

# **Gleichberechtigte Vertretung der Geschlechter in Aufsichtsräten**

– Gemeinschaftsrechtliche Rahmenbedingungen –

## **Rechtsgutachten**

im Auftrag der Sinus Sociovision GmbH, Heidelberg

von

**Professor Dr. Christian Rolfs**

unter Mitwirkung

der wiss. Mitarbeiter Achim Schmid und Stefan Witschen

Universität zu Köln

## Inhaltsübersicht

<b>A. Entwicklung des europarechtlichen Gebots der Gleichbehandlung der Geschlechter</b>	<b>1</b>
I. Die Normentwicklung nach Abschluss der Römischen Verträge	1
II. Die Entwicklung nach Abschluss des Vertrages von Amsterdam	3
III. Allgemeines arbeitsrechtliches Gleichbehandlungsgebot	5
IV. Der Vertrag von Lissabon	6
<b>B. Anwendungsbereich und Inhalt der Richtlinie 2006/54/EG</b>	<b>7</b>
I. Anwendungsbereich	7
1. Entgelt	7
2. Gleichbehandlung in betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit	7
3. Gleichbehandlung hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen	8
II. Inhalt	9
1. Allgemeine Bestimmungen	9
2. Besondere Bestimmungen	9
a) Gleiches Entgelt	10
b) Gleichbehandlung in betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit	10
c) Gleichbehandlung hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen	10
III. Horizontale Bestimmungen	11
IV. Schlussbestimmungen	12
V. Fazit	12
<b>C. Vereinbarkeit nationaler Quotenregelungen bei der Besetzung von Aufsichtsräten mit dem EG-Recht</b>	<b>13</b>
I. Allgemeines zur Bildung von Aufsichtsräten nach deutschem Recht	13
II. Anwendbarkeit gemeinschaftsrechtlicher Normen auf das Recht der Bestellung von Aufsichtsräten	13
1. Verwirklichung des gemeinsamen Marktes	13

2. Wahlrechtsgrundsätze	16
3. Gleichbehandlung der Geschlechter	17
4. Zwischenergebnis	19
III. Diskriminierung wegen des Geschlechts durch Quoten	19
IV. Ausnahmebestimmung	19
1. Benachteiligung von Frauen bei der Bestellung von Aufsichtsräten	21
a) Indizien für eine mittelbare Benachteiligung von Frauen	21
b) Kein Gegenbeweis	25
2. Reichweite der Öffnungsklausel – Verhältnismäßigkeit	26
a) Äußerungen der Gemeinschaftsorgane zu Quotenregelungen	26
aa) Empfehlungen und Berichte	26
(1) Stellungnahmen des Rates	26
(2) Stellungnahmen der Kommission	29
(3) Entschließung des Europäischen Parlaments	30
(4) Zusammenfassung	30
bb) Rechtsprechung	31
(1) Rechtssache Kalanke	31
(2) Rechtssache Marschall	32
(3) Rechtssache Badeck	33
(4) Rechtssache Abrahamsson	35
(5) Fazit	36
b) Spezifische Vergünstigung	37
c) Verhältnismäßigkeit einer nationalen Geschlechterquote für die Besetzung von Aufsichtsräten	37
aa) Legitimer Zweck und Geeignetheit	38
bb) Erforderlichkeit	39
(1) Maßnahmen zur Förderung der Wettbewerbsfähigkeit von Frauen	40
(2) Programmvorschriften	41
(3) Doppelbenennung	41
(4) Minderheitenquote	42
(5) Starre Ergebnisquoten	44
(6) Mindestanteilsquote	47
(7) Zwischenergebnis	49
(8) Rechtsfolgen bei Verstößen	50
cc) Angemessenheit	51
3. Zwischenergebnis	53
<b>D. Fazit</b>	<b>54</b>

## A. Entwicklung des europarechtlichen Gebots der Gleichbehandlung der Geschlechter

Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Die normsetzenden Institutionen der Europäischen Gemeinschaft haben zahlreiche Rechtsakte verabschiedet, die der rechtlichen und tatsächlichen Verwirklichung dieser heutzutage selbstverständlich anmutenden Einsicht dienen. Das Gebot, Personen nicht wegen ihres Geschlechts zu benachteiligen, hat sowohl in den nationalen Rechtsordnungen als auch auf Gemeinschaftsebene eine schwierige Entwicklung hinter sich, die insbesondere in der Rechtswirklichkeit nach wie vor nicht abgeschlossen ist. Im Folgenden soll ein kurzer Überblick über wichtige Schritte in der Entwicklung des Gleichbehandlungsgebots im Gemeinschaftsrecht gegeben werden.

### I. Die Normentwicklung nach Abschluss der Römischen Verträge

Am 25. März 1957 wurde in Rom der Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) geschlossen, welcher zum 1. Januar 1958 in Kraft trat.

Art. 119 Abs. 1 EWG-Vertrag begründete eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit, welche mit Ablauf der ersten Stufe der Übergangszeit, also vom 1. Januar 1962 an, voll zu erfüllen war<sup>1</sup>. Diese Vorschrift sollte ursprünglich weniger dem sozialpolitischen Ziel der Gleichstellung der Geschlechter als vielmehr der Verwirklichung des einheitlichen Binnenmarktes dienen. Das Gebot der Lohngleichheit sollte Wettbewerbsnachteile für diejenigen Länder verhindern, die vergleichbare Diskriminierungsverbote bereits in ihrer nationalen Rechtsordnung verankert hatten<sup>2</sup>. Dieser Befund ändert freilich nichts daran, dass die Norm vom EuGH als umfassendes Gleichbehandlungsgebot und Ausdruck des Grundrechts, nicht wegen des Geschlechts diskriminiert zu werden, verstanden wurde<sup>3</sup>. Der Vorschrift wurde zudem im Urteil „*Defrenne II*“ vom 8. April 1978 unmittelbare Wirkung, auch unter Privatpersonen, zuerkannt<sup>4</sup>. Im Gemeinschaftsrecht besteht daher schon seit Jahrzehnten Klarheit darüber, dass Männer und Frauen im besonders sensiblen Bereich des Entgelts grundsätzlich gleich zu behandeln sind.

---

<sup>1</sup> EuGH, Urteil vom 8. 4. 1976 – C-43/75 (*Defrenne II*), Slg. 1976, 455 RdNr. 56/58.

<sup>2</sup> *Rust* in: von der Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag (6. Aufl. 2003), Art. 141 EG RdNr. 5 ff.; *Langenfeld* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der EU (37. EL 2008), Art. 141 EG RdNr. 7.

<sup>3</sup> EuGH, Urteil vom 10. 2. 2000 – C-270/97 (*Sievers*) und C-271/97 (*Schrage*), Slg. 2000, I-929 RdNr. 56.

<sup>4</sup> EuGH, Urteil vom 8. 4. 1976 – C-43/75 (*Defrenne II*), Slg. 1976, 455 RdNr. 40.

In den 1970-er Jahren haben die Gemeinschaftsorgane die ersten sekundärrechtlichen Normen zur Gleichbehandlung der Geschlechter verabschiedet. Als Rechtsgrundlage für den Erlass der Richtlinien dienten damals noch die Generalklauseln Art. 100 und 235 EWG-Vertrag (siehe heute Art. 94, 308 EG).

Die erste Richtlinie 75/117/EWG vom 10. Februar 1975<sup>5</sup> hatte die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen aus Art. 119 EWG-Vertrag zum Ziel. Außerdem erweiterte Art. 1 RL 75/117/EWG den Geltungsbereich der Entgeltgleichheit ausdrücklich von der in Art. 119 EWG-Vertrag genannten gleichen Arbeit auch auf die *gleichwertige* Arbeit.

Die Richtlinie 76/207/EWG vom 9. Februar 1976<sup>6</sup> erweiterte das zuvor auf den Bereich der Entgeltgleichheit beschränkte Spektrum der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben über die Gleichbehandlung der Geschlechter ganz erheblich. Sie sollte den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen auch hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie – vor allem – in Bezug auf die Arbeitsbedingungen verwirklichen und fand damit auf ganz erhebliche Teile des Arbeitslebens Anwendung. Eine Öffnungsklausel für Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Frauen und Männer beinhaltete Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG. In diesem Zusammenhang wird von „positiver Diskriminierung“ gesprochen.

Die in Art. 1 Abs. 2 RL 76/207/EWG vorgesehene schrittweise Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern im Bereich der sozialen Sicherheit wurde zum Gegenstand der Richtlinie 79/7/EWG des Rates vom 19. Dezember 1978<sup>7</sup>. Mit Verabschiedung der Richtlinie 86/378/EWG vom 24. Juli 1986<sup>8</sup> wurden die Mitgliedstaaten zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auch bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit verpflichtet. Die Ausweitung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf den Bereich der sozialen Sicherheit hat zur Folge, dass dieser auch nach Beendigung des Berufslebens für Ruhestandssysteme Anwendung findet.

Die Richtlinie des Rates 86/613/EWG vom 11. Dezember 1986<sup>9</sup> erweiterte den Anwendungsbereich des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern auf die von den Richtlinien 76/207/EWG und 79/7/EWG nicht erfassten Bereiche. Seitdem gilt auch für Personen, die

---

<sup>5</sup> ABl. EG Nr. L 45, S. 19.

<sup>6</sup> ABl. EG Nr. L 39, S. 40.

<sup>7</sup> ABl. EG Nr. L 6, S. 24.

<sup>8</sup> ABl. EG Nr. L 225, S. 40, ber. ABl. EG 1987 Nr. L 51, S. 56.

<sup>9</sup> ABl. EG Nr. L 359, S. 56.

eine selbständige Erwerbstätigkeit – einschließlich der Landwirtschaft – ausüben oder zu ihrer Ausübung beitragen, ein Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts.

Die Gleichbehandlungsrichtlinien wurden durch die Richtlinie 92/85/EG des Rates vom 19. Oktober 1992<sup>10</sup> über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz flankiert. Die Gemeinschaft setzte sich damit aktiv dafür ein, dass Frauen familiäre und berufliche Aufgaben besser miteinander vereinbaren können und so ihre Wettbewerbschancen auf dem Arbeitsmarkt steigen.

Der Erlass der Richtlinien hatte zur Folge, dass immer mehr Sachverhalte des Erwerbslebens und immer mehr Personen von dem gemeinschaftsrechtlichen Recht auf Gleichbehandlung erfasst wurden und die rechtliche Entwicklung in den Mitgliedstaaten einheitlich und verbindlich vorangerieben wurde.

## II. Die Entwicklung nach Abschluss des Vertrages von Amsterdam

Durch den Vertrag von Amsterdam vom 2. Oktober 1997 wurde der EG-Vertrag (EG) in großem Umfang geändert und ergänzt sowie neu nummeriert. Die in den sekundärrechtlichen Richtlinien bereits angelegte Entwicklung des europäischen Rechts zur Gleichbehandlung von Frauen und Männern fand mit den im Vertrag von Amsterdam in das Primärrecht eingeführten Normen zur Gleichbehandlung ihre Fortsetzung.

Die Zielbestimmungsnorm des Art. 2 EG führt die Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern explizit als Gemeinschaftsaufgabe an. Die Gemeinschaft wirkt außerdem nach der so genannten Querschnittsklausel in Art. 3 Abs. 2 EG bei allen ihren Tätigkeiten darauf hin, die Gleichbehandlung von Frauen und Männern zu fördern. Aus diesen Bestimmungen lassen sich zwar keine Gleichstellungsansprüche im Einzelfall herleiten, sie unterstreichen aber den hohen Stellenwert der Gleichstellung von Frau und Mann im Vertrag und verpflichten sämtliche Gemeinschaftspolitiken auf das Gleichstellungsziel<sup>11</sup>.

Art. 13 Abs. 1 EG ermächtigt den Rat, im Rahmen der durch den Vertrag auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Parlaments, durch einstimmigen Beschluss geeignete Vorkehrungen zu treffen, um Diskriminierungen auf Grund des Geschlechts zu bekämpfen. Damit wurde das europäische

---

<sup>10</sup> ABl. EG Nr. L 348, S. 1.

<sup>11</sup> *Ruffert/Häde* in: *Callies/Ruffert, EUV/EGV* (3. Aufl. 2007), Art. 3 EG RdNr. 25.

Gleichbehandlungsrecht von dem zuvor allein maßgeblichen Bezug zur Erwerbstätigkeit gelöst und auf eine breitere Basis gestellt. Auf der Grundlage des Art. 13 EG wurde unter anderem die Richtlinie 2004/113/EG vom 13. Dezember 2004<sup>12</sup> zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen verabschiedet.

Die Gemeinschaft unterstützt und ergänzt die Tätigkeit der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Chancengleichheit von Frauen und Männern auf dem Arbeitsmarkt und der Gleichbehandlung am Arbeitsplatz nach Art. 137 Abs. 1 lit. i) EG. Zu diesem Zweck kann der Rat gemäß Art. 137 Abs. 2 Satz 1 lit. b) EG unter Berücksichtigung der in den einzelnen Mitgliedstaaten bestehenden Bedingungen und technischen Regelungen durch Richtlinien Mindestvorschriften erlassen, die schrittweise anzuwenden sind. Die wichtigste Maßnahme in diesem Bereich, die noch auf der Vorgängernorm im Sozialabkommen beruht, ist die Richtlinie 96/34/EG des Rates vom 3. Juni 1996<sup>13</sup> zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub. Sie unterstreicht, dass Männer genauso wie Frauen in der Pflicht stehen, familiäre Verantwortung zu übernehmen.

Art. 141 EG ersetzt Art. 119 EWG-Vertrag und betrifft nicht mehr nur den in Abs. 1 und 2 beibehaltenen Grundsatz der Entgeltgleichheit, sondern generell die Gleichbehandlung der Geschlechter im Arbeitsleben. In Art. 141 Abs. 1 EG wird die schon in der Richtlinie 75/117/EWG angelegte Erweiterung der Entgeltgleichheit nachvollzogen. Sowohl bei gleicher als auch bei gleichwertiger Arbeit ist Frauen und Männern das gleiche Entgelt zu zahlen. Art. 141 Abs. 3 EG beinhaltet eine Ermächtigungsgrundlage für den Rat zum Erlass von Maßnahmen zur Gewährleistung der Anwendung des Grundsatzes der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung von Frauen und Männern in Arbeits- und Beschäftigungsfragen gemäß dem Verfahren nach Art. 251 EG und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses. Der Gemeinschaft wurde damit ausdrücklich eine umfassende Zuständigkeit für diesen Bereich eingeräumt. Die zuvor als Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der Richtlinien über die Gleichbehandlung von Frauen und Männern herangezogenen Art. 100 und 235 EWG-Vertrag (Art. 94, 308 EG) boten eine weit weniger eindeutige Grundlage für das Tätigwerden der Gemeinschaft.

Eine Öffnungsklausel, die Differenzierungen wegen des Geschlechts ausdrücklich erlaubt, ist in Art. 141 Abs. 4 EG enthalten. Danach ist es den Mitgliedstaaten im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Frauen und Männern im Arbeitsleben erlaubt, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder

---

<sup>12</sup> ABl. EG Nr. L 373, S. 37.

<sup>13</sup> ABl. EG Nr. L 145, S. 4.

zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen. Die Erklärung Nr. 28 im Vertrag von Amsterdam zu Art. 119 Abs. 4 EG-Vertrag macht deutlich, dass diese Bestimmung in erster Linie zur Verbesserung der Lage von Frauen im Arbeitsleben dienen soll.

Die Gemeinschaft hat nicht nur auf das materielle Gleichbehandlungsrecht Einfluss genommen. Die Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15. Dezember 1997<sup>14</sup> über die Beweislast bei Diskriminierung des Geschlechts soll die Geltendmachung des Rechts auf Gleichbehandlung verfahrensrechtlich erleichtern und diesem zur tatsächlichen Durchsetzung verhelfen.

Mit der Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002<sup>15</sup> wurde die Richtlinie 76/207/EWG in wesentlichen Punkten geändert und erweitert. Unter anderem wurden Belästigungen und sexuelle Belästigungen als Diskriminierungstatbestände aufgenommen und Art. 141 Abs. 4 EG zum alleinigen Rechtsfertigungsmaßstab bezüglich positiver Maßnahmen erklärt. Außerdem wurden besondere institutionelle Vorkehrungen zur Durchsetzung des Diskriminierungsverbots eingeführt.

Die Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006<sup>16</sup> zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen fasst zahlreiche der genannten Gleichbehandlungsrichtlinien zusammen und hebt die vorherigen einzelnen Richtlinien zum 15. August 2009 auf. Die damit verbundene Vereinheitlichung des Gleichbehandlungsrechts verbessert die Übersichtlichkeit und vereinfacht die praktische Handhabung.

### III. Allgemeines arbeitsrechtliches Gleichbehandlungsgebot

Es ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur umstritten, ob sich dem primären Gemeinschaftsrecht ein ungeschriebenes, an die Mitgliedstaaten gerichtetes, allgemeines arbeitsrechtliches Gleichbehandlungsgebot entnehmen lässt<sup>17</sup>. Gegen das Bestehen eines solchen Grundsatzes wird angeführt, dass dieser ebenso klar und ausdrücklich in den Vertragstext auf-

---

<sup>14</sup> ABl. EG Nr. L 14, S. 6.

<sup>15</sup> ABl. EG Nr. L 269, S. 15.

<sup>16</sup> ABl. EG Nr. L 204, S. 23.

<sup>17</sup> So *Birk* in: *Richardi/Wlotzke* (Hrsg.), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht* (2. Aufl. 2000), § 19 RdNr. 328 f.; *Epiney/Abt*, *Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU* (2003), S. 111; *Rademacher*, *Diskriminierungsverbot und Gleichstellungsauftrag* (2004), S. 271; *Krebber* in: *Callies/Ruffert*, *EUV/EGV* (3. Aufl. 2007), Art. 141 EG RdNr. 75 f.; a.A. *Langenfeld* in: *Grabitz/Hilf*, *Das Recht der EU* (37. EL 2008), Art. 141 EG RdNr. 4.

genommen worden wäre wie das Gebot der Entgeltgleichheit in Art. 141 Abs. 1 EG. Die Gegenansicht betont, dass Abs. 3 und 4 des Art. 141 EG ihrem Wortlaut nach von der Existenz eines allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes ausgehen, ohne diesen selbst zu konstituieren. Es wäre zudem nicht überzeugend, einen solchen Grundsatz dem Sekundärrecht, also den Gleichbehandlungsrichtlinien, zu entnehmen, während sich die Einschränkungsmöglichkeit aus Art. 141 Abs. 4 EG und somit aus dem Vertrag selbst ergibt.

#### **IV. Der Vertrag von Lissabon**

Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union setzt die Ratifizierung des Verfassungsvertrags von Lissabon<sup>18</sup> voraus und ist dementsprechend (noch) nicht in Kraft getreten. Nach Art. 6 Abs. 1 EU-Vertrag n.F. erkennt die Union die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepassten Fassung niedergelegt sind. Die Charta der Grundrechte und die Verträge sind gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 2 EU-Vertrag n.F. gleichrangig.

In dem vorgesehenen Grundrechtekatalog finden sich auch Vorschriften über die Gleichbehandlung von Frauen und Männern. Art. 21 Abs. 1 EU-Grundrechtecharta verbietet Diskriminierungen, insbesondere auch wegen des Geschlechts. Nach Art. 23 EU-Grundrechtecharta ist die Gleichheit von Frauen und Männern in allen Bereichen, einschließlich der Beschäftigung, der Arbeit und des Arbeitsentgelts, sicherzustellen. Dieser Grundsatz steht jedoch der Beibehaltung oder Einführung spezifischer Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht ausdrücklich nicht entgegen.

---

<sup>18</sup> ABl. EG Nr. C 306 vom 17. 12. 2007, S. 1 ff.

## **B. Anwendungsbereich und Inhalt der Richtlinie 2006/54/EG**

Die Richtlinie 2004/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 dient der Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen. Sie fasst die Gleichbehandlungsrichtlinien 76/207/EWG, 86/378/EWG, 75/117/EWG sowie 97/80/EWG in einem Rechtsakt zusammen und hebt sie zum 15. August 2009 auf. Die Umsetzungsfrist ist am 15. August 2008 abgelaufen. Lediglich in dem Fall, dass ein Mitgliedstaat der Richtlinie aufgrund besonderer Schwierigkeiten nicht rechtzeitig nachkommen kann, darf die Frist bis zum 15. August 2009 verlängert werden.

### **I. Anwendungsbereich**

Ausweislich ihres Art. 1 enthält die Richtlinie 2006/54/EG Bestimmungen zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in Bezug auf den Zugang zur Beschäftigung einschließlich des beruflichen Aufstiegs und zur Berufsbildung, zu Arbeitsbedingungen einschließlich des Entgelts und zu betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit, nebst einiger Verfahrensvorschriften. Die Richtlinie betrifft nicht nur staatliche Normen, sondern auch privatautonom gesetztes Recht wie Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen, wie Art. 23 RL 2006/54/EG zum Ausdruck bringt. Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, für eine umfassende Einhaltung des Gleichbehandlungsgebots Sorge zu tragen.

#### **1. Entgelt**

Bezüglich des in Art. 4 RL 2006/54/EG normierten Gebots der Entgeltgleichheit ist die Richtlinie personell auf abhängig erwerbstätige Personen beschränkt. Dies ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 lit. e) RL 2006/54/EG, welcher zugleich den sachlichen Anwendungsbereich der Entgeltgleichheit umreißt. Entgelt wird definiert als die üblichen Grund- oder Mindestlöhne sowie alle sonstigen Vergütungen, die der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer mittelbar oder unmittelbar als Geld- oder Sachleistung zahlt.

#### **2. Gleichbehandlung in betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit**

Hinsichtlich der Gleichbehandlung in betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit erfasst die Richtlinie 2006/54/EG nach ihrem Art. 6 neben den abhängigen auch selbständige Erwerbstätige sowie unverschuldet Arbeitslose, Ruheständler und anspruchsberechtigte Angehörige. Für Selbständige gelten die in Art. 10 und Art. 11 RL 2006/54/EG niedergelegten Besonderheiten.

*Betriebliche* Systeme der sozialen Sicherheit sind gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. f) RL 2006/54/EG Systeme, deren Zweck darin besteht, den abhängig Beschäftigten und den Selbständigen in einem Unternehmen oder einer Unternehmensgruppe, in einem Wirtschaftszweig oder den Angehörigen eines Berufes oder einer Berufsgruppe Leistungen zu gewähren, die als Zusatzleistungen oder Ersatzleistungen die gesetzlichen Systeme der sozialen Sicherheit ergänzen oder an ihre Stelle treten, unabhängig davon, ob der Beitritt zu diesen Systemen Pflicht ist oder nicht. Der Anwendungsbereich der Richtlinie 2006/54/EG ist negativ zu demjenigen der Richtlinie 79/7/EWG abzugrenzen, welche Vorgaben über die *gesetzlichen* Systeme der sozialen Sicherheit macht.

Vom sachlichen Anwendungsbereich der Art. 5 ff. RL 2006/54/EG werden betriebliche Systeme der sozialen Sicherheit umfasst, wenn sie Schutz gegen die in Art. 7 Abs. 1 lit. a) RL 2006/54/EG genannten Risiken, das sind Krankheit, Invalidität, Alter, Arbeitsunfall, Berufskrankheit oder Arbeitslosigkeit, bieten oder sonstige Sozialleistungen als Vergütung des Arbeitnehmers vorsehen. Zudem erstreckt sich der Anwendungsbereich nach Art. 7 Abs. 2 RL 2006/54/EG auf bestimmte Rentensysteme des öffentlichen Dienstes. Ausnahmen sind in Art. 8 RL 2006/54/EG geregelt.

### **3. Gleichbehandlung hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen**

In den Anwendungsbereich der Richtlinie 2006/54/EG fallen die Bedingungen – einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen – für den Zugang zur Beschäftigung oder zu abhängiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit unabhängig von Tätigkeitsfeld und beruflicher Position einschließlich des beruflichen Aufstiegs. Mit dieser Formulierung wird klargestellt, dass die Richtlinie personell und sachlich umfassend auf sämtliche Formen des Zugangs zu entgeltlicher Erwerbstätigkeit Anwendung findet.

Weiterhin werden die Ausgestaltung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen sowie Maßnahmen der beruflichen Qualifikation von den Bestimmungen der Richtlinie erfasst.

Zudem fällt die Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberorganisation oder einer Organisation, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören, einschließlich der Inanspruchnahme von Leistungen solcher Organisationen in den Anwendungsbereich der Richtlinie.

## **II. Inhalt**

Die Richtlinie 2006/54/EG ist in vier Titel aufgeteilt. Die materiellen Regelungen sind in den ersten beiden Titeln über die allgemeinen und besonderen Bestimmungen zu finden. Verfahrensrechtliche Vorgaben sind im dritten Titel über die horizontalen Bestimmungen geregelt. Im letzten Titel werden Schlussbestimmungen getroffen.

### **1. Allgemeine Bestimmungen**

In Art. 1 RL 2006/54/EG wird die Sicherstellung der Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Frauen und Männern in Arbeits- und Beschäftigungsfragen als Ziel der Richtlinie ausgegeben.

Art. 2 RL 2006/54/EG enthält zentrale Begriffsbestimmungen. Besonders hervorzuheben sind die Definitionen der Diskriminierung. Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person aufgrund ihres Geschlechts eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Eine mittelbare Diskriminierung liegt in einer Situation vor, in der dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen des einen Geschlechts in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung des Zwecks angemessen und erforderlich.

Bezüglich sogenannter positiver Maßnahmen stellt Art. 3 RL 2006/54/EG, wie zuvor schon Art. 2 Abs. 8 RL 76/207/EWG, ausdrücklich klar, dass die Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Frauen und Männern im Arbeitsleben Maßnahmen im Sinne von Art. 141 Abs. 4 EG beibehalten oder beschließen können. Die Öffnungsklausel in Art. 141 Abs. 4 EG erlaubt den Mitgliedstaaten, im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben, 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. Besondere Bestimmungen**

Der zweite Titel der Richtlinie, welcher die besonderen materiellen Bestimmungen enthält, ist nach Sachgebieten in drei Kapitel unterteilt.

**a) Gleiches Entgelt**

Art. 4 RL 2006/54/EG enthält ein umfassendes Ungleichbehandlungsverbot aufgrund des Geschlechts in Bezug auf sämtliche Entgeltbestandteile und -bedingungen für gleiche oder gleichwertige Arbeit. Die Norm entspricht inhaltlich Art. 1 RL 75/117/EWG.

**b) Gleichbehandlung in betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit**

In betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit darf es nach Art. 5 RL 2006/54/EG unbeschadet des Art. 4 keine Ungleichbehandlungen wegen des Geschlechts geben. Art. 9 RL 2006/54/EG führt nicht abschließend eine Reihe von Beispielen für Diskriminierungstatbestände auf. In Art. 13 RL 2006/54/EG wird klargestellt, dass der Anspruch auf ein flexibles Rentenalter mit der Richtlinie vereinbar ist.

**c) Gleichbehandlung hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen**

Die Normen für die Gleichbehandlung hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen sind im Kapitel 3 des zweiten Titels der Richtlinie 2006/54/EG enthalten.

Nach Art. 14 Abs. 1 lit. a) RL 2006/54/EG darf es im öffentlichen und privaten Sektor einschließlich öffentlicher Stellen in Bezug auf die Bedingungen – einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen – für den Zugang zur Beschäftigung oder zu abhängiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit, unabhängig von Tätigkeitsfeld und beruflicher Position einschließlich des beruflichen Aufstiegs, keinerlei unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geben. Selbiges gilt für jede Form des Zugangs zu beruflicher Qualifikation, die Arbeitsbedingungen sowie die Mitgliedschaft in Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerorganisationen.

Die Mitgliedstaaten haben nach Art. 14 Abs. 2 RL 2006/54/EG die Möglichkeit, im Hinblick auf den Zugang zur Beschäftigung, einschließlich der zu diesem Zweck erfolgenden Berufsbildung, Ausnahmen vom Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts zuzulassen. Voraussetzung dafür ist, dass das Geschlecht selbst oder ein darauf bezogenes Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. Außerdem muss die Anforderung einem rechtmäßigen Zweck dienen und angemessen sein.

In Art. 15 RL 2006/54/EG wird ein Anspruch für Frauen statuiert, nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs an den früheren oder einen gleichwertigen Arbeitsplatz zurückzukehren und an allen Verbesserungen der Arbeitsbedingungen teilzuhaben, auf die sie während ihrer Abwesenheit Anspruch gehabt hätten.

Rechte auf Vaterschafts- und/oder Adoptionsurlaub anzuerkennen steht den Mitgliedstaaten gemäß Art. 16 RL 2006/54/EG frei, wobei sie in diesem Fall den betroffenen Personen entsprechende Schutzrechte wie den Müttern einzuräumen haben.

### **III. Horizontale Bestimmungen**

Art. 17 bis 19 RL 2006/54/EG treffen Vorgaben über Rechtsmittel, welche die effektive Inanspruchnahme der Gleichbehandlungsrechte sicherstellen sollen. So können beschwerte Personen von bestimmten Verbänden bei der Geltendmachung ihrer Rechte vertreten oder unterstützt werden. Ferner haben die Mitgliedstaaten abschreckende Schadensersatzansprüche für geschlechtsbezogene Diskriminierungen zu statuieren. Zudem ordnet Art. 19 RL 2006/54/EG Beweislasterleichterungen für Personen an, die sich durch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für beschwert halten. Die Erleichterung erstreckt sich auf sämtliche Anwendungsbereiche der Richtlinie 2006/54/EG und geht damit über die bisherige Regelung der Richtlinie 97/80/EG hinaus, welche nicht für die betrieblichen Systeme der sozialen Sicherheit galt.

Die Mitgliedstaaten haben nach Maßgabe des Art. 20 RL 2006/54/EG Stellen zur Förderung der Gleichstellung der Geschlechter einzurichten. Dies ist in Deutschland die Antidiskriminierungsstelle des Bundes. Art. 21 und Art. 22 RL 2006/54/EG betreffen die Förderung des sozialen Dialogs zwischen den Sozialpartnern und der Mitgliedstaaten mit Nichtregierungsorganisationen über die Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebots. Nach Art. 21 Abs. 4 RL 2006/54/EG werden die Arbeitgeber er sucht, den Arbeitnehmern und ihren Vertretern Informationen über die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in ihrem Betrieb zu geben. Die Informationen können insbesondere Übersichten über den Anteil von Frauen und Männern auf den unterschiedlichen Ebenen des Betriebs enthalten.

Die Mitgliedstaaten sind nach Art. 23 RL 2006/54/EG verpflichtet, alle für eine umfassende Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Zudem sind gemäß Art. 25 RL 2006/54/EG wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen bei Verstößen gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinie zu verhängen.

Einen Appell zur Prävention vor Diskriminierungen enthält Art. 26 RL 2006/54/EG. Die Mitgliedstaaten ersuchen in Einklang mit ihren nationa-

len Rechtsvorschriften, Tarifverträgen oder Gepflogenheiten die Arbeitgeber, wirksame Maßnahmen zu ergreifen, um allen Formen der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts beim Zugang zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg vorzubeugen.

Die Vorschriften der Richtlinie stellen nach Art. 27 RL 2006/54/EG lediglich Mindestanforderungen dar und hindern die Mitgliedstaaten nicht, günstigere Regelungen im Hinblick auf die Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu treffen.

Nach Art. 29 RL 2006/54/EG berücksichtigen die Mitgliedstaaten aktiv das Ziel der Gleichstellung von Männern und Frauen bei der Formulierung und Durchführung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften, Politiken und Tätigkeiten in den in der Richtlinie genannten Bereichen. Der Richtliniengeber fordert demnach zur umfassenden Gewährleistung der Gleichbehandlung von Frauen und Männern im Arbeitsleben auf.

#### **IV. Schlussbestimmungen**

Im Teil über die Schlussbestimmungen sind Berichtspflichten, Einzelheiten zu Umsetzung und Inkrafttreten der Richtlinie 2006/54/EG, die Überprüfung ihrer Anwendung sowie die Aufhebung der in ihr zusammengefassten älteren Richtlinien geregelt.

Dass eine besondere Sensibilität des Richtliniengebers hinsichtlich positiver Maßnahmen zur tatsächlichen Herstellung von Chancengleichheit und Gleichbehandlung, also umgekehrter Diskriminierung, besteht, zeigt Art. 31 Abs. 2 RL 2006/54/EG. Die Mitgliedstaaten haben danach der Kommission alle vier Jahre den Wortlaut aller Maßnahmen nach Art. 141 Abs. 4 EG sowie Berichte über diese Maßnahmen und deren Durchführung zu übermitteln.

#### **V. Fazit**

Die Richtlinie 2006/54/EG statuiert im Hinblick auf zahlreiche Aspekte des Erwerbslebens umfassende Diskriminierungsverbote aufgrund des Geschlechts. Damit dient sie sowohl dem individuellen Interesse, unabhängig vom Geschlecht Erwerbschancen wahrnehmen zu können und gerecht entlohnt zu werden, als auch dem volkswirtschaftlichen Interesse an der vollständigen Aktivierung des Wertschöpfungspotentials der Bevölkerung. Inhaltlich entspricht sie zum größten Teil den in ihr zusammengefassten älteren Richtlinien. Die für deren Regelungen entwickelten Auslegungsgrundsätze können somit auch für Vorgaben der Richtlinie 2006/54/EG nutzbar gemacht werden.

## **C. Vereinbarkeit nationaler Quotenregelungen bei der Besetzung von Aufsichtsräten mit dem EG-Recht**

Im Folgenden wird die Frage untersucht, ob eine nationale, an das Geschlecht gekoppelte Quotenregelung bei der Besetzung von Aufsichtsräten mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar wäre.

### **I. Allgemeines zur Bildung von Aufsichtsräten nach deutschem Recht**

Die Errichtung eines Aufsichtsrates nach Maßgabe der §§ 95 ff. AktG ist für Aktiengesellschaften obligatorisch, entsprechendes gilt für Kommanditgesellschaften auf Aktien gemäß § 278 Abs. 3 AktG. Nach den §§ 36 ff. GenG sind auch für eingetragene Genossenschaften Aufsichtsräte zu bilden. Den Gesellschaftern einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung steht es grundsätzlich frei, die Bildung eines Aufsichtsrates im Gesellschaftsvertrag vorzusehen. Ist die Bestellung eines Aufsichtsrates im Gesellschaftsvertrag verankert, so finden verschiedene Vorschriften des AktG nach § 52 GmbHG entsprechende Anwendung. Unter bestimmten Voraussetzungen ist die Bildung eines Aufsichtsrates auch für Gesellschaften mit beschränkter Haftung gesetzlich vorgeschrieben. Die obligatorische Bildung eines Aufsichtsrates korrespondiert dabei mit der gesetzlichen Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat nach § 6 Abs. 1 MitbestG, § 3 Montan-MitbestG oder § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG. Die Europäische Gesellschaft (Societas Europaea, SE) und die Europäische Genossenschaft (Societas Cooperativa Europaea, SCE) kennen vergleichbare Aufsichtsgremien.

Wegen der Einzelheiten der Anwendungsbereiche der verschiedenen Mitbestimmungsgesetze, der Zusammensetzung und der Funktionen des Aufsichtsrats wird auf das erste Teilgutachten Bezug genommen.

### **II. Anwendbarkeit gemeinschaftsrechtlicher Normen auf das Recht der Bestellung von Aufsichtsräten**

Zu untersuchen ist, ob Bestimmungen des europäischen Gemeinschaftsrechts einer im nationalen Recht verankerten Geschlechterquote für die Besetzung von Aufsichtsräten entgegenstehen.

#### **1. Verwirklichung des gemeinsamen Marktes**

Zu gegenwärtigen Zeitpunkt, zu dem die Charta der Grundrechte der Europäischen Union noch nicht in Kraft ist, sind die mit einer Geschlechterquote möglicherweise verbundenen Eingriffe in wirtschaftliche Grundfreiheiten der Anteilseigner und Arbeitnehmer, wie Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG), Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) oder Koalitionsfreiheit (Art. 9

Abs. 3 GG), ausschließlich am nationalen Recht zu messen. Gemeinschaftsrechtliche Beschränkungen existieren damit derzeit insoweit nicht.

Mit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon, dessen Ratifizierung durch vier Mitgliedstaaten (Deutschland, Irland, Polen und Tschechien) derzeit noch aussteht, tritt auch die EU-Grundrechtecharta<sup>19</sup> in Kraft. Sie beinhaltet eine Reihe von Bestimmungen, die schon heute im deutschen Verfassungsrecht verankert sind. Namentlich bestimmt sie:

#### Artikel 12 Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit

(1) Jede Person hat das Recht, sich insbesondere im politischen, gewerkschaftlichen und zivilgesellschaftlichen Bereich auf allen Ebenen frei und friedlich mit anderen zu versammeln und frei mit anderen zusammenzuschließen, was das Recht jeder Person umfasst, zum Schutz ihrer Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten.

(2) ...

#### Artikel 15 Berufsfreiheit und Recht zu arbeiten

(1) Jede Person hat das Recht, zu arbeiten und einen frei gewählten oder angenommenen Beruf auszuüben.

(2), (3) ...

#### Artikel 16 Unternehmerische Freiheit

Die unternehmerische Freiheit wird nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt.

#### Artikel 17 Eigentumsrecht

(1) Jede Person hat das Recht, ihr rechtmäßig erworbenes Eigentum zu besitzen, zu nutzen, darüber zu verfügen und es zu vererben. Niemandem darf sein Eigentum entzogen werden, es sei denn aus Gründen des öffentlichen Interesses in den Fällen und unter den Bedingungen, die in einem Gesetz vorgesehen sind, sowie gegen eine rechtzeitige angemessene Entschädigung für den Verlust des Eigentums. Die Nutzung des Eigentums kann gesetzlich geregelt werden, soweit dies für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich ist.

(2) ...

---

<sup>19</sup> ABl. EG Nr. C 303 vom 14. 12. 2007, S. 1 ff.

## Artikel 21 Nichtdiskriminierung

(1) Diskriminierungen insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung sind verboten.

(2) Unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge ist in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten.

## Artikel 23 Gleichheit von Frauen und Männern

Die Gleichheit von Frauen und Männern ist in allen Bereichen, einschließlich der Beschäftigung, der Arbeit und des Arbeitsentgelts, sicherzustellen.

Der Grundsatz der Gleichheit steht der Beibehaltung oder der Einführung spezifischer Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht nicht entgegen.

Die Europäischen Institutionen, nicht zuletzt der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, werden vor der Aufgabe stehen, die genannten Grundrechte im Konfliktfall zu einem wechselseitigen Ausgleich zubringen. Wie und mit welcher Gewichtung dies im Einzelfall erfolgen wird, kann derzeit nicht zuverlässig beurteilt werden. Es spricht jedoch vieles dafür, dass die in Art. 23 Satz 2 der Charta ausdrücklich gestattete sog. „positive Diskriminierung“ nicht nur Einschränkungen des Grundsatzes der (formalen) Gleichheit der Geschlechter, sondern auch der übrigen Grundrechte ermöglicht. So hat der EuGH in den Rechtssachen *Schmidberger*<sup>20</sup>, *Omega*<sup>21</sup> und *Laval*<sup>22</sup> bereits erkannt, dass die Grundrechte geeignet sind, die im EG-Vertrag garantierten Freiheiten des Warenverkehrs, der Dienstleistungen und der Niederlassung zu beschränken. Darüber hinaus gestattet Art. 17 Abs. 1 Satz 2 der EU-Grundrechtecharta ausdrücklich gesetzliche Regelungen zur Nutzung des Eigentums, soweit diese für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich sind. Die Beschränkungen der Eigentumsrechte der Anteilseigner von Kapitalgesellschaften, die in der Statuierung von Quotenregelungen bei der Besetzung der Aufsichtsräte liegt, dürften damit im Ergebnis gerechtfertigt sein<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> EuGH, Urteil vom 12. 11. 2003 – C-112/00 (*Schmidberger*), Slg. 2003, I-5695.

<sup>21</sup> EuGH, Urteil vom 14. 10. 2004 – C-36/02 (*Omega*), Slg. 2004, I-9609.

<sup>22</sup> EuGH, Urteil vom 18. 12. 2007 – C-341/05 (*Laval*), Slg. 2007, I-11767.

<sup>23</sup> Vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 18. 11. 2003 – 1 BvR 302/96, BVerfGE 109, 64 (89): „Art. 3 Abs. 2 GG stellt ein Gleichberechtigungsgebot auf und erstreckt dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit (...). Das ist durch die Anfügung von Satz 2 in Art.3 Abs.2 GG ausdrücklich klargestellt worden (...). Es geht um die Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter für die Zukunft. Art.3 Abs.2 GG zielt auf die An-

## 2. Wahlrechtsgrundsätze

Soweit Mitglieder des Aufsichtsrates *gewählt* und nicht *entsandt* werden, wäre eine Beeinträchtigung der Grundsätze des aktiven Wahlrechts durch eine Geschlechterquote denkbar. In dem Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit könnte ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts zu erblicken sein. Eine Anerkennung des Grundsatzes der gleichen Wahl als ungeschriebenen Primärrechtssatz durch den EuGH hat zwar bisher nicht stattgefunden, sie erscheint aber angesichts der fundamentalen Bedeutung demokratischer Wahlen im europäischen Gemeinwesen nicht als fernliegend. Die Einhaltung gewisser Mindeststandards wäre in diesem Fall nicht nur bei politischen, sondern auch bei anderen Wahlen primärrechtlich geboten. Auf nationaler Ebene hat das BVerfG die für allgemeine politische Wahlen aus Art. 3 Abs. 1 GG entwickelten Grundsätze als ungeschriebenes Verfassungsrecht auch auf andere Wahlen, etwa zu Personalvertretungen<sup>24</sup>, erstreckt.

Eine an das Geschlecht gebundene Quotenvorgabe könnte zu einer unangemessenen Ungleichverteilung des Stimmerfolgs führen, wenn einem Bewerber wegen seines Geschlechts der Vorzug gegenüber einem Konkurrenten, der eine höhere Stimmzahl erreicht hat, einzuräumen wäre. Dieser Problematik kann freilich schon bei der Ausgestaltung des konkreten Wahlverfahrens Rechnung weitgehend getragen werden<sup>25</sup>. So ließe sich etwa durch nach Geschlechtern getrennte Wahllisten oder andere Vorgaben sicherstellen, dass jeder Stimme eine möglichst gleiche Erfolgchance zukommt und die Grundsätze des aktiven Wahlrechts gewahrt werden. Auf diejenigen Wahlverfahren, die nicht nach dem Grundsatz „one man, one vote“ gestaltet sind, sondern in denen sich die Stimmgewichtung nach der Kapitalbeteiligungsquote richtet, wäre besondere Rücksicht zu nehmen.

Verbleibende, durch eine Geschlechterquote verursachte Ungleichheiten bezüglich des aktiven Wahlrechts können durch einen legitimen Zweck gerechtfertigt werden, sofern sie die Wahlrechtsgleichheit nicht unverhältnismäßig beeinträchtigen. Dass Beeinträchtigungen der Wahlrechtsgleichheit aus sachlichen Gründen grundsätzlich gemeinschaftsrechtlich akzeptiert werden, zeigt sich daran, dass sogar bei der Wahl zum Europäischen Parlament darauf verzichtet wird, die Stimmen der Bürger gleich zu gewichten, damit dem Souveränitätsanspruch der kleineren Mitgliedstaaten Rechnung getragen werden kann.

---

gleichung der Lebensverhältnisse (...). Frauen müssen die gleichen Erwerbchancen haben wie Männer (...).“

<sup>24</sup> BVerfG, Beschluss vom 23. 3. 1982 – 2 BvL 1/81, BVerfGE 60, 162 (167 ff.); Beschluss vom 16. 10. 1984 – 2 BvL 20/82 u.a., BVerfGE 67, 369 (377 ff.).

<sup>25</sup> Vgl. BVerwG, Beschluss vom 5. 1. 2000 – 6 P 1/99, BVerwGE 110, 253 (263 f.).

Die Vereinbarkeit einer Geschlechterquote mit den nationalen Grundsätzen des Wahlrechts hat schon das Bundesarbeitsgericht und das Bundesverwaltungsgericht beschäftigt, wobei beide Gerichte keine Verstöße durch die streitigen Vorschriften erkennen konnten<sup>26</sup>. § 15 Abs. 2 BetrVG sieht vor, dass das Geschlecht, das in der Belegschaft eines Betriebs in der Minderheit ist, mindestens entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis im Betriebsrat vertreten sein muss, wenn dieser mindestens aus drei Mitgliedern besteht. Dazu hat das BAG ausgeführt<sup>27</sup>:

Die Durchsetzung der Mindestquote bei der Sitzverteilung kann zu Beeinträchtigungen des aktiven Wahlrechts führen ... . Diese Einschränkungen der formalen Wahlrechtsgleichheit sind jedoch im Hinblick auf die Funktion und die Aufgaben des Betriebsrats gerechtfertigt, da sie der Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebots des Art. 3 Abs. 2 GG dienen.

Überträgt man diese Wertung auf die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder, so sind zumindest nach der Ansicht des BAG gewisse, mit der Einführung einer inhaltlich vergleichbaren Geschlechterquote verbundene Einschränkungen der Wahlrechtsgleichheit durch die Förderung der tatsächlichen Durchsetzung der Gleichbehandlung von Frauen und Männern gerechtfertigt, solange sie der Funktion und dem Aufgabenbereich des Aufsichtsrates Rechnung tragen. Die Förderung der Gleichstellung der Geschlechter ist nach Art. 2, Art. 3 Abs. 2 EG auch ein Ziel der Gemeinschaft, so dass sich verhältnismäßige Einschränkungen der Wahlrechtsgleichheit gemeinschaftsrechtlich rechtfertigen ließen, solange eine tatsächliche Gleichstellung noch nicht erreicht ist.

Wird vorausgesetzt, dass die Wahlrechtsgrundsätze allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts darstellen, so ist festzuhalten, dass grundsätzlich auch Wahlen von Aufsichtsratsmitgliedern so weit wie möglich den Anforderungen an allgemeine politische Wahlen zu genügen haben. Einschränkungen der Wahlrechtsgleichheit, die mit der Einführung einer Geschlechterquote verbunden wären, ließen sich mit dem Ziel der effektiven Gleichstellung der Geschlechter sachlich rechtfertigen, wenn sie verhältnismäßig sind.

### 3. Gleichbehandlung der Geschlechter

Es ist fraglich, ob das gemeinschaftsrechtliche Gebot der Gleichbehandlung der Geschlechter auf die Besetzung von Aufsichtsräten Anwendung findet. Als einschlägige Vorschrift kommt insbesondere Art. 14 Abs. 1 lit. a) RL 2006/54/EG in Betracht.

---

<sup>26</sup> BVerwG, Beschluss vom 5. 1. 2000 – 6 P 1/99, BVerwGE 110, 253 (263 f.); BAG, Beschluss vom 16. 3. 2005 – 7 ABR 40/04, NZA 2005, 1252 (1253 ff.).

<sup>27</sup> BAG, Beschluss vom 16. 3. 2005 – 7 ABR 40/04, NZA 2005, 1252 (1255).

Danach darf es im öffentlichen und privaten Sektor in Bezug auf die Bedingungen – einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen – für den Zugang zur Beschäftigung oder zu abhängiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit, unabhängig von Tätigkeitsfeld und beruflicher Position, einschließlich des beruflichen Aufstiegs keinerlei unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geben. Die Norm soll den Zugang zu jeder Erwerbstätigkeit von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts frei halten. Die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung hängt nicht von der Einstufung der zu besetzenden Stellen ab<sup>28</sup>.

Die Festlegung einer verbindlichen Geschlechterquote für die Besetzung von Aufsichtsräten betrifft den Zugang zur Aufsichtsratsarbeit, indem eine bestimmte Vorauswahl hinsichtlich des Besetzungsergebnisses bezüglich des Geschlechts der Kandidaten getroffen wird, welche die Wahrscheinlichkeit des Erfolges einer Bewerbung beeinflusst.

Nach § 113 Abs. 1 AktG kann den Aufsichtsratsmitgliedern für ihre Tätigkeit eine Vergütung gewährt werden. Soweit von dieser Option Gebrauch gemacht wird, ist in der Aufsichtsratsarbeit eine Erwerbstätigkeit zu sehen, welche in den Anwendungsbereich des Art. 14 Abs. 1 lit. a) RL 2006/54/EG fällt.

Der Fall liegt anders, wenn der Aufsichtsrat ohne eine Vergütung ehrenamtlich tätig ist. Art. 14 Abs. 1 lit. a) RL 2006/54/EG erfasst lediglich den Zugang zu beruflich ausgeübten Tätigkeiten. Dadurch sind nur entgeltliche Tätigkeiten gekennzeichnet, die wirtschaftlich zur Bestreitung des Lebensunterhalts beitragen können. Dafür, dass ehrenamtliche Tätigkeiten nicht von der Richtlinie erfasst werden, spricht des Weiteren, dass Art. 141 Abs. 3 EG, auf den sich die Richtlinie ausdrücklich als Ermächtigungsgrundlage stützt, die Gleichstellung der Geschlechter ausschließlich in Arbeits- und Beschäftigungsfragen und somit in Fragen entgeltlicher Tätigkeit betrifft.

Festzuhalten ist, dass eine nationale Quotenregelung für die Besetzung von Aufsichtsräten dem Anwendungsbereich des Art. 14 Abs. 1 lit. a) RL 2006/54/EG unterfällt, sofern für diese Arbeit eine Vergütung gezahlt wird. Der Zugang zu ehrenamtlich wahrzunehmenden Aufsichtsratsmandaten unterliegt den Bestimmungen der Richtlinie dagegen nicht.

---

<sup>28</sup> EuGH, Urteil vom 6. 7. 2000 – C-407/98 (*Abrahamsson*), Slg. 2000, I-5539, RdNr. 64.

#### 4. Zwischenergebnis

Eine durch nationales Recht vorgegebene Quote bezüglich der Besetzung von Aufsichtsräten mit entgeltlich tätigen Personen eines bestimmten Geschlechts fällt in den Anwendungsbereich der RL 2006/54/EG und müsste daher deren Anforderungen genügen, um mit Gemeinschaftsrecht vereinbar zu sein.

### III. Diskriminierung wegen des Geschlechts durch Quoten

Eine gesetzlich festgelegte Geschlechterquote für die Besetzung von Aufsichtsräten könnte eine grundsätzlich rechtswidrige Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Sinne von Art. 14 Abs. 1 lit. a) RL 2006/54/EG darstellen.

Gemäß Art. 2 lit. a) RL 2006/54/EG stellt eine Situation, in der eine Person aufgrund ihres Geschlechts eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde, eine unmittelbare Diskriminierung in Sinne der Richtlinie dar. Es besteht also ein Verbot, im Anwendungsbereich der Richtlinie an das Geschlecht als Differenzierungskriterium anzuknüpfen<sup>29</sup>. Auf die Motivation der unterschiedlichen Behandlung kommt es nicht an.

Die Reservierung einer gewissen Anzahl der zu vergebenen Posten für Angehörige des einen Geschlechts stellt zwangsläufig eine ungünstigere Behandlung für Bewerber des anderen Geschlechts dar, deren rechnerische Chancen auf eine erfolgreiche Bewerbung wegen ihres Geschlechts sinken. Dies gilt auch dann, wenn die Regelung geschlechtsneutral formuliert ist, also Frauen und Männern gleichermaßen eine quotenmäßige Beteiligung zusichert. Eine solche Anknüpfung an das Geschlecht stellt eine grundsätzlich unzulässige unmittelbare Anknüpfung an das Geschlecht dar.

Bestimmungen, welche eine auf das Geschlecht der Bewerber bezogene Quote für die Besetzung von Aufsichtsräten zwingend festlegen und nicht nur anregen, sind demnach unmittelbar diskriminierend im Sinne des Art. 2 lit. a) RL 2006/54/EG.

### IV. Ausnahmebestimmung

Die Festlegung einer Geschlechterquote für die Besetzung von Aufsichtsräten im Recht eines Mitgliedstaates könnte trotz ihrer diskriminierenden Wirkung ausnahmsweise als positive Maßnahme nach Art. 3 RL 2006/54/EG i.V. mit Art. 141 Abs. 4 EG zulässig sein. Diese Öffnungs-

---

<sup>29</sup> *Schlachter* in: Schulze/Zuleeg, Europarecht (2006), § 39 RdNr. 29.

klausel betrifft nicht nur die Gleichheit des Arbeitsentgelts, sondern gilt allgemein für den Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik<sup>30</sup>. Die Vorschrift dient dem bestimmten und begrenzten Zweck der Zulassung von Maßnahmen, die zwar dem Anschein nach diskriminierend sind, aber in der sozialen Wirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten beseitigen oder verringern sollen<sup>31</sup>.

Art. 3 RL 2006/54/EG stellt ausdrücklich klar, dass die Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben Maßnahmen im Sinne von Art. 141 Abs. 4 EG beibehalten oder beschließen dürfen. Art. 141 Abs. 4 EG bestimmt, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran hindert, 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. Art. 31 Abs. 2 RL 2006/54/EG statuiert eine Berichtspflicht der Mitgliedstaaten gegenüber der Kommission für die nach Art. 141 Abs. 4 EG getroffenen Maßnahmen.

Die Vorgängernorm des Art. 141 Abs. 4 EG zur Rechtfertigung positiver Maßnahmen war Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG a.F., welcher lautete:

Diese Richtlinie steht nicht den Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen in den in Art. 1 Abs. 1 genannten Bereichen beeinträchtigen, entgegen.

Die mit dem Vertrag von Amsterdam zum 1. Mai 1999 in Kraft getretene Regelung in Art. 141 Abs. 4 EG eröffnet weitergehende Möglichkeiten für positive Diskriminierungen als Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG a.F. Dies ergibt sich aus dem weiter gefassten Wortlaut der Öffnungsklausel. Während Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG auf die Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen im Anwendungsbereich der Richtlinie gerichtet war, gibt Art. 141 Abs. 4 EG die volle Gleichstellung von Frauen und Männern im Arbeitsleben als Ziel aus. Auch daraus, dass der EuGH Art. 141 Abs. 4 EG stets nur dann geprüft hat, wenn sich eine nationale Maßnahme nicht nach Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG a.F. rechtfertigen ließ, ergibt sich, dass die neue Regelung weiter gefasst ist<sup>32</sup>. Im Zuge der

---

<sup>30</sup> Allg. Meinung; siehe *Rust* in: von der Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag (6. Aufl. 2003), Art. 141 EG RdNr. 218; *Krebber* in: Callies/Ruffert, EUV/EGV (3. Aufl. 2007), Art. 141 EG RdNr. 80; *Langenfeld* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der EU (37. EL 2008), Art. 141 EG RdNr. 82.

<sup>31</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 25. 10. 1988 – C-312/86 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1988, 6315 RdNr. 15.

<sup>32</sup> *Krebber* in: Callies/Ruffert, EUV/EGV (3. Aufl. 2007), Art. 141 EG RdNr. 82; *Langenfeld* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der EU (37. EL 2008), Art. 141 EG RdNr. 113; *Tillmanns* in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht-Kommentar (3. Aufl. 2008), Art. 141 EG RdNr. 55.

Novellierung der Richtlinie 76/207/EWG durch die Richtlinie 2002/73/EG vom 23. September 2002<sup>33</sup> wurde Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG a.F. durch Art. 2 Abs. 8 RL 76/207/EWG n.F. ersetzt. Seitdem ist Art. 141 Abs. 4 EG alleiniger Prüfungsmaßstab für die Zulässigkeit positiver Maßnahmen. Diese Regelung wurde in Art. 3 RL 2006/54/EG beibehalten. Der Wegfall des enger gefassten Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG a.F. legt nahe, dass der Normgeber die Möglichkeiten der Mitgliedstaaten zur Ergreifung positiver Maßnahmen erweitern wollte.

Art. 141 Abs. 4 EG beinhaltet zwei voneinander abzugrenzende Vergünstigungstatbestände. Zum einen sind Maßnahmen zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts erfasst. Zum anderen werden die Verhinderung oder der Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn gerechtfertigt. Quotenregelungen können sowohl der Erleichterung der Berufstätigkeit als auch dem Ausgleich bzw. der Verhinderung von Benachteiligungen dienen<sup>34</sup>.

Eine Quotenregelung für die Besetzung von Aufsichtsräten dient nicht der Erleichterung der Berufstätigkeit, sondern stellt eine Vergünstigung dar, mit der Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn nicht lediglich durch Gewährung von Surrogaten ausgeglichen, sondern von vornherein verhindert werden sollen.

Damit die Quotenvorgabe von der Öffnungsklausel des Art. 141 Abs. 4 EG gedeckt ist, müssten demnach Frauen derzeit bei der Besetzung von Aufsichtsräten benachteiligt werden und die Quote müsste eine spezifische Maßnahme darstellen, die geeignet, erforderlich und angemessen ist, um diese Benachteiligung zu verhindern.

## **1. Benachteiligung von Frauen bei der Bestellung von Aufsichtsräten**

Die Rechtfertigungsnorm Art. 141 Abs. 4 EG setzt voraus, dass Personen wegen ihres Geschlechts in der beruflichen Laufbahn benachteiligt werden. Es müsste also bei der Besetzung der Aufsichtsräte in Deutschland zu unmittelbaren oder mittelbaren Benachteiligungen wegen des Geschlechts kommen<sup>35</sup>.

### **a) Indizien für eine mittelbare Benachteiligung von Frauen**

Die Situation, dass eine Person ausdrücklich und damit *unmittelbar* wegen ihres Geschlechts nicht in den Aufsichtsrat berufen wird, ist heutzutage

---

<sup>33</sup> ABl. EG Nr. L 269 vom 5. 10. 2002, S. 15.

<sup>34</sup> *Krebber* in: Callies/Ruffert, EUV/EGV (3. Aufl. 2007), Art. 141 EG RdNr. 95.

<sup>35</sup> *Krebber* in: Callies/Ruffert, EUV/EGV (3. Aufl. 2007), Art. 141 EG RdNr. 90.

praktisch kaum vorstellbar. Fraglich ist, ob Frauen bei der Besetzung von Aufsichtsräten *mittelbar* diskriminiert werden. Eine mittelbare Diskriminierung beschreibt nach der Begriffsbestimmung in Art. 2 Abs. 1 lit. b) RL 2006/54/EG eine Situation, in der dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen des einen Geschlechts in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren wären durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel wären zu Erreichung des Ziels angemessen und erforderlich. Eine mittelbare Diskriminierung liegt also vor, wenn der Eintritt einer Benachteiligung wegen des Geschlechts hinreichend wahrscheinlich ist<sup>36</sup>. Eine hohe Wahrscheinlichkeit wird statistisch dadurch belegt, dass zwei Gruppen von hinreichender Größe miteinander verglichen werden, deren eine weit überwiegend aus Frauen zusammengesetzt ist, während die andere entsprechend überwiegend aus Männern besteht<sup>37</sup>. Damit soll der Beweis einer geschlechtsbezogenen Benachteiligung erleichtert werden<sup>38</sup>.

Die vorliegende Fragestellung betrifft den Bereich der Besetzung von Aufsichtsräten in Deutschland. Der Anteil von Frauen in den Aufsichtsräten müsste signifikant geringer sein als ihr Anteil in der hinreichend qualifizierten Erwerbsbevölkerung. Damit läge die hohe Wahrscheinlichkeit einer Benachteiligung wegen des Geschlechts bei der Besetzung von Aufsichtsräten vor.

Der prozentuale Anteil der Geschlechter an der Gesamtbevölkerung, an den Erwerbstätigen, an den Hochschulabsolventen und Führungskräften in Deutschland beträgt:

	Männer	Frauen
Gesamtbevölkerung <sup>39</sup>	49	51
Erwerbstätige <sup>40</sup>	54	46
Hochschulabsolventen <sup>41</sup>	49	51
Führungspositionen <sup>42</sup>	70	30

<sup>36</sup> *Schlachter* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (9. Aufl. 2009), Art. 141 EG RdNr. 25.

<sup>37</sup> *Schlachter* in: Schulze/Zuleeg, Europarecht (2006), § 39 RdNr. 34.

<sup>38</sup> *Schlachter*, Probleme der mittelbaren Benachteiligung im Anwendungsbereich des Art. 119 EGV, NZA 1995, 393 (396).

<sup>39</sup> Europäische Kommission, Frauen und Männer in Entscheidungsprozessen, laufend aktualisierte Datenbank, [http://ec.europa.eu/employment\\_social/women\\_men\\_stats/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/employment_social/women_men_stats/index_de.htm), Abruf vom 8. 7. 2009.

<sup>40</sup> Europäische Kommission, Frauen und Männer in Entscheidungsprozessen, laufend aktualisierte Datenbank, a.a.O.

<sup>41</sup> Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2008, S. 150.

<sup>42</sup> Direktoren und Hauptgeschäftsführer/innen und Leiter/innen kleiner Unternehmen, Europäische Kommission, Frauen und Männer in Entscheidungsprozessen, laufend aktualisierte Datenbank, a.a.O.

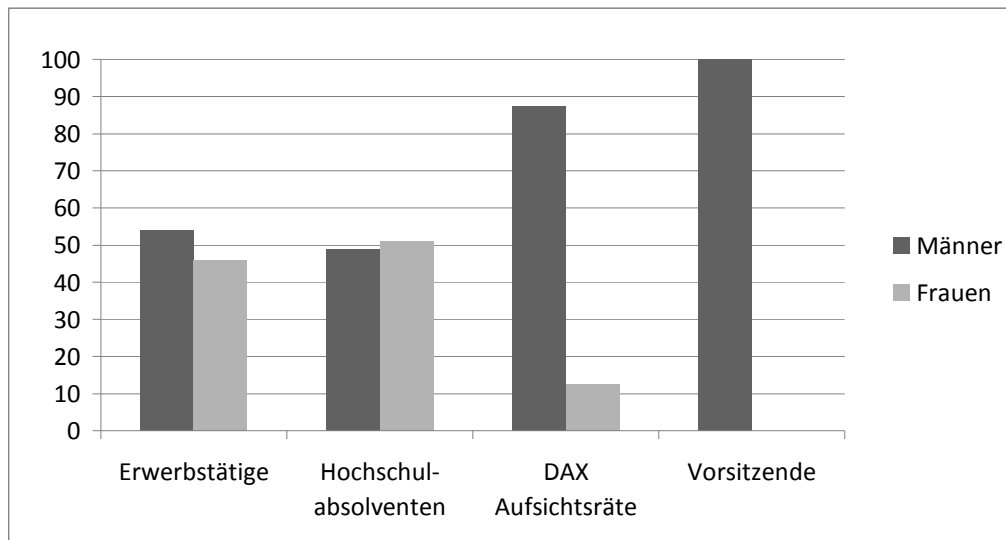
Ein exemplarischer Überblick über die Beteiligung der Geschlechter in Aufsichtsräten lässt sich anhand der im Internet veröffentlichten Selbstdarstellungen der DAX-Unternehmen gewinnen. Es ergibt sich das folgende Bild<sup>43</sup>:

Unternehmen	Aufsichtsratsvorsitz	Mitglieder insgesamt	davon Frauen	davon Vertreterinnen der Arbeitnehmer
Adidas AG	M	12	2	2
Allianz SE	M	12	1	0
BASF SE	M	12	1	1
Bayer AG	M	20	1	1
Beiersdorf AG	M	12	3	1
BMW AG	M	20	3	1
Commerzbank AG	M	20	5	5
Daimler AG	M	20	1	0
Deutsche Bank AG	M	20	7	6
Deutsche Börse AG	M	18	1	1
Deutsche Lufthansa AG	M	20	3	2
Deutsche Post AG	M	20	5	5
Deutsche Telekom AG	M	20	3	3
E.ON AG	M	20	2	1
Fresenius SE	M	12	0	0
Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA	M	6	0	0
Hannover Rück AG	M	9	0	0
Henkel KGaA	M	16	4	3
K+S AG	M	16	1	0
Linde AG	M	12	0	0
MAN AG	M	16	2	1
Merck KGaA	M	16	5	4
Metro AG	M	20	2	1
Münchener Rück AG	M	20	2	2
RWE AG	M	20	2	1
Salzgitter AG	M	21	1	1
SAP AG	M	16	1	1
Siemens AG	M	20	4	3
ThyssenKrupp AG	M	20	1	1
Volkswagen AG	M	20	1	1
<b>Insgesamt</b>		<b>506</b>	<b>64</b>	<b>48</b>

<sup>43</sup> Stand: 8. 7. 2009.

Es zeigen sich die folgenden Ergebnisse:

Frauenanteil in den Aufsichtsräten der DAX-Unternehmen:	<b>12,65 %</b>
Anteil der Arbeitnehmervertreterinnen an den Frauen in Aufsichtsräten:	<b>75 %</b>
Frauen als Aufsichtsratsvorsitzende:	<b>0 %</b>



Die Europäische Kommission erhebt Daten über Frauen und Männer in Entscheidungsprozessen und kommt dabei nahezu zu den gleichen Ergebnissen<sup>44</sup>.

Das vorliegende Datenmaterial zeigt, dass in den Aufsichtsräten der DAX-Unternehmen deutlich mehr Männer als Frauen vertreten sind. Obwohl Frauen 51% der Gesamtbevölkerung, 46% der Erwerbstätigen und die Mehrzahl der Hochschulabsolventen stellen, beträgt ihr Anteil in den Aufsichtsräten der DAX-Unternehmen lediglich 12,65%. Besonders auffällig ist die Zurückhaltung der Anteilseigner, Frauen in den Aufsichtsrat zu bestellen. Die weit überwiegende Anzahl derjenigen Frauen, die in den Aufsichtsrat gewählt werden, sind Vertreterinnen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Die wenigen Vertreterinnen der Anteilseigner sind häufig zugleich Kapitaleignerinnen<sup>45</sup>. Es ist also vor allem den Mitbestimmungsgesetzen zu verdanken, dass überhaupt eine noch nennenswerte Beteiligung von Frauen in den Aufsichtsräten vorliegt<sup>46</sup>. Berücksichtigt man die insgesamt schwache Vertretung von Frauen in den Aufsichtsräten, so nimmt es nicht weiter Wunder, dass keine einzige Frau dem Aufsichtsrat

<sup>44</sup> Europäische Kommission, Frauen und Männer in Entscheidungsprozessen, laufend aktualisierte Datenbank, a.a.O.

<sup>45</sup> Frost/Linnainmaa, Corporate Governance: Frauen im Aufsichtsrat – Können wir von unseren skandinavischen Nachbarn lernen?, AG 2007, 601 (602).

<sup>46</sup> Frost/Linnainmaa, Corporate Governance: Frauen im Aufsichtsrat – Können wir von unseren skandinavischen Nachbarn lernen?, AG 2007, 601 (602).

eines im DAX notierten Unternehmens vorsitzt. Dafür, dass sich die Situation in den Aufsichtsräten der anderen Unternehmen in Deutschland grundlegend anders darstellt, liegen keine Anhaltspunkte vor. Vielmehr hat eine Studie des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung ergeben, dass Frauen in den 200 größten Unternehmen in Deutschland lediglich einen Anteil von 7,8% der Aufsichtsratsmitglieder stellen und in einem Drittel der Aufsichtsräte überhaupt nicht vertreten sind<sup>47</sup>.

Es ist dementsprechend festzustellen, dass Frauen bei der Besetzung von Aufsichtsräten in deutschen Unternehmen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit wegen ihres Geschlechts benachteiligt werden.

## b) Kein Gegenbeweis

Eine anhand des statistischen Vergleichs nachgewiesene überwiegende Wahrscheinlichkeit einer Benachteiligung wegen des Geschlechts kann durch einen Gegenbeweis widerlegt werden<sup>48</sup>. Es müsste also in der vorliegenden Konstellation nachgewiesen werden, dass die schwache Beteiligung von Frauen in Aufsichtsräten nicht auf einer Differenzierung nach dem Geschlecht, sondern auf anderen Ursachen beruht.

Der Großteil der Aufsichtsratsmitglieder wird aus Mitgliedern der ersten Führungsebene rekrutiert. Diese Personen werden in der Regel sehr gradlinige Berufslaufbahnen mit allenfalls geringen Auszeiten vorweisen können, bevor sie derart verantwortungsträchtige Positionen erreichen. Bei Frauen kommt es insbesondere aus familiären Gründen erheblich öfter zu beruflichen Unterbrechungen als bei Männern. Dies ist nicht der einzige, aber ein durchaus relevanter Grund dafür, dass ihnen entsprechend häufiger, trotz vergleichbarer beruflicher Fähigkeiten, der Schritt in die obersten Führungsetagen verwehrt bleibt. Es wäre daher denkbar, die Unterrepräsentanz von Frauen in Aufsichtsräten durch ihre überdurchschnittlichen Ausfallzeiten zu erklären. Gerade dieses Kriterium heranzuziehen, würde jedoch zu einer erneuten mittelbaren Diskriminierung von Frauen gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. b), Art. 14 Abs. 1 lit. a), Art. 15 RL 2006/54/EG führen und ist daher unzulässig. Der Nachweis einer nicht durch die Wahrnehmung familiärer Aufgaben oder aus anderen Gründen unterbrochenen Berufslaufbahn ist auch keine wesentliche und entscheidende Anforderung für die Tätigkeit als Aufsichtsrat nach Art. 14 Abs. 2 RL 2006/54/EG. Die für die Aufsichtsratsarbeit erforderliche Sachkunde kann auch von Personen mit Unterbrechungen in der Berufsbiographie vorgezeigt werden.

---

<sup>47</sup> *Holst/Stahn*, Wochenbericht DIW Berlin 2007, 89 (89); Weekly Report DIW Berlin 2007, 33 (33); abrufbar unter <http://www.diw.de>.

<sup>48</sup> *Schlachter* in: Schulze/Zuleeg, Europarecht (2006), § 39 RdNr. 33.

Es ist demzufolge nicht ersichtlich, dass ein stichhaltiger Beweis gegen das Vorliegen einer mittelbaren Benachteiligung wegen des Geschlechts erbracht werden könnte.

Somit ist vom Vorliegen einer mittelbaren Benachteiligung wegen des Geschlechts auszugehen.

## **2. Reichweite der Öffnungsklausel – Verhältnismäßigkeit**

Es ist fraglich, ob eine Geschlechterquote als positive Maßnahme zur Verhinderung von Benachteiligungen wegen des Geschlechts bei der Besetzung von Aufsichtsräten gemäß Art. 141 Abs. 4 EG gerechtfertigt ist.

### **a) Äußerungen der Gemeinschaftsorgane zu Quotenregelungen**

Für die Beantwortung der Frage, ob eine Geschlechterquote für die Besetzung von Aufsichtsräten mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, können sich Äußerungen der Gemeinschaftsorgane zu positiven Maßnahmen als aufschlussreich erweisen.

#### **aa) Empfehlungen und Berichte**

Erste Anhaltspunkte über die Reichweite der Öffnungsklausel in Art. 141 Abs. 4 EV können verschiedene Empfehlungen der Gemeinschaftsorgane geben. Diese sind nach Art. 249 EG zwar nicht verbindlich, nach der Rechtsprechung des EuGH sind sie aber bei der Auslegung gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen zu berücksichtigen<sup>49</sup>. Zudem sind Empfehlungen gelegentlich Vorstufen einer formellen Rechtsangleichung und können damit einen perspektivischen Ausblick über eine mögliche Rechtsentwicklung bieten<sup>50</sup>.

#### **(1) Stellungnahmen des Rates**

In der Begründung der Empfehlung des Rates vom 13. Dezember 1984 zur Förderung positiver Maßnahmen für Frauen<sup>51</sup> heißt es:

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 Regierungen, die Sozialpartner und sonstige beteiligte Stellen gleichzeitig tätig werden, um ge-

---

<sup>49</sup> EuGH, Urteil vom 13. 12. 1989 – C-322/88 (*Grimaldi*), Slg. 1989, 4407.

<sup>50</sup> *Remien* in: Schulze/Zuleeg, Europarecht (2006), § 14 RdNr. 17.

<sup>51</sup> ABl. EG Nr. L 331 vom 19. 12. 1984, S. 34 f.

gen die Benachteiligung der Frauen in der Arbeitswelt vorzugehen, die durch Einstellungen, Verhaltensmuster und Strukturen der Gesellschaft verursacht wird.

In seiner Entschließung vom 12. Juli 1982 zur Förderung der Chancengleichheit der Frauen<sup>52</sup> hat der Rat die allgemeinen Ziele des neuen Aktionsprogramms der Gemeinschaft zur Förderung der Chancengleichheit der Frauen (1982/1985), nämlich die Intensivierung der Aktion, mit der die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen gewährleistet werden soll, und die Förderung der Chancengleichheit in der Praxis durch positive Aktionen (Teil B des Programms), gebilligt und den Willen zum Ausdruck gebracht, geeignete Maßnahmen zur Erreichung dieser Ziele zu ergreifen.

In einer Zeit der wirtschaftlichen Krise sollte die Aktion auf gemeinschaftlicher und einzelstaatlicher Ebene nicht nur fortgesetzt, sondern auch intensiviert werden, um die Verwirklichung der Chancengleichheit in der Praxis durch positive Aktionen zu fördern, namentlich in Bezug auf das gleiche Entgelt und die Gleichbehandlung beim Zugang zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie bei den Arbeitsbedingungen.

Das Europäische Parlament hat die Wichtigkeit positiver Aktionen betont.

Die Empfehlung selbst lautet in Auszügen:

Der Rat der Europäischen Gemeinschaften empfiehlt den Mitgliedstaaten,

1. Eine Politik positiver Maßnahmen anzunehmen, um die faktischen Ungleichheiten, mit denen die Frauen im Berufsleben konfrontiert sind, zu beseitigen, sowie die Aufhebung der Geschlechtertrennung am Arbeitsmarkt zu fördern; diese Politik umfasst im Rahmen der einzelstaatlichen Politiken und der einzelstaatlichen Praxis sowie unter voller Beachtung der Zuständigkeiten der Sozialpartner geeignete allgemeine und spezifische Maßnahmen, deren Ziel es ist,  
...
- b) die Beteiligung der Frauen in den verschiedenen Berufen und Bereichen des Arbeitslebens, in denen sie gegenwärtig unterrepräsentiert sind, insbesondere in den zukunftsträchtigen Sektoren, und auf Ebenen mit höherer Verantwortung zu fördern, um zu einer besseren Nutzung aller menschlichen Ressourcen zu gelangen;
2. einen Rahmen mit geeigneten Bestimmungen festzulegen, um die Einführung und Ausweitung solcher Maßnahmen zu fördern und zu erleichtern;
3. im öffentlichen Sektor und der Privatwirtschaft positive Maßnahmen zu treffen, fortzusetzen oder zu fördern;

---

<sup>52</sup> ABl. EG Nr. C 186 vom 21. 7. 1982, S. 3.

4. dafür zu sorgen, dass die positiven Maßnahmen möglichst Aktionen betreffend folgende Aspekte einschließen:
  - ...
  - in Bereichen, Berufen und auf Ebenen, wo Frauen unterrepräsentiert sind, Förderung der Bewerbung, der Einstellung und des Aufstiegs von Frauen, insbesondere in verantwortlichen Stellungen;
  - ...
  - aktive Teilnahme von Frauen in Entscheidungsgremien, einschließlich derjenigen, die Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Selbständige vertreten.

Die Empfehlung des Rates vom 2. Dezember 1996 über die ausgewogene Mitwirkung von Männern und Frauen am Entscheidungsprozess<sup>53</sup> enthält in ihrer Begründung folgende Passagen:

- (4) Das Europäische Parlament hat in seiner Entschließung vom 11. Februar 1994 zu Frauen im Entscheidungsprozess<sup>54</sup> die Kommission aufgefordert, „sich zur Bekämpfung der individuellen Hürden für Frauen, die deren Beteiligung am Entscheidungsprozess behindern, nachdrücklich für die Durchführung der Maßnahmen für Chancengleichheit des Dritten Aktionsprogramms der Gemeinschaft einzusetzen“ sowie „Maßnahmen und Aktionen festzulegen, die eine stärkere Beteiligung von Frauen an Entscheidungsprozessen ermöglichen“.
- (5) In der Erklärung und in dem Aktionsprogramm der vierten Weltfrauenkonferenz (Peking, 4. – 15. September 1995) wurde ausdrücklich betont, dass eine ausgewogene Aufteilung von Pflichten, Befugnissen und Rechten sichergestellt werden muss; die Mitgliedstaaten haben sich verpflichtet, diese Aktion durchzuführen.
- (6) Die Mitwirkung am Entscheidungsprozess beruht auf der Vertretung in den Entscheidungsorganen auf allen Ebenen des politischen, wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und kulturellen Lebens; sie erfordert insbesondere die Präsenz in Führungspositionen und Entscheidungsfunktionen.
- (7) Frauen sind in den Entscheidungsorganen im politischen, wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und kulturellen Bereich nach wie vor unterrepräsentiert.

Der Rat empfiehlt den Mitgliedstaaten:

1. Eine umfassende und integrierte Strategie zur Förderung einer ausgewogenen Mitwirkung von Frauen und Männern am Entscheidungsprozess zu beschließen und zu diesem Zweck geeignete Maßnahmen wie zum Beispiel gegebenenfalls Rechts- und/oder Verwal-

---

<sup>53</sup> ABl. EG Nr. L 319 vom 10. 12. 1996, S. 11 ff.

<sup>54</sup> ABl. EG Nr. C 61 vom 28. 2. 1994, S. 248.

tungsmaßnahmen und/oder stimulierende Maßnahmen zu konzipieren bzw. durchzuführen;

...

2. e) die Sozialpartner unbeschadet ihrer Tarifautonomie bei ihren Bemühungen zu ermutigen und zu unterstützen, eine ausgewogene Mitwirkung von Frauen und Männern bei ihren Aktivitäten zu fördern und sie auf die Verantwortung hinzuweisen, die sie in Bezug auf die Unterstützung und die Aufstellung von weiblichen Kandidaten für die verschiedenen Posten in öffentlichen Kommissionen und Ausschüssen in den Mitgliedstaaten und auf Gemeinschaftsebene haben;

...

4. d) den privaten Sektor zu ermutigen, die Präsenz der Frauen auf allen Entscheidungsebenen, insbesondere durch die Annahme oder im Rahmen von Gleichstellungsplänen oder Förderprogrammen, zu verstärken.

## (2) Stellungnahmen der Kommission

Der Standpunkt der Kommission lässt sich anhand ihres Berichts an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zur Gleichstellung von Frauen und Männern vom 27. Februar 2009<sup>55</sup> darstellen.

In der Einleitung heißt es:

Dank gemeinsamer Anstrengungen konnten positive Ergebnisse erzielt werden, vor allem im Bereich der Beschäftigung von Frauen; gleichwohl sind in den meisten anderen Bereichen nur schleppende Fortschritte zu verzeichnen und die Gleichstellung der Geschlechter ist noch längst nicht verwirklicht. Es traten mehr Frauen in den Arbeitsmarkt ein, sodass die Zielvorgaben von Lissabon in Reichweite rücken, aber dieser quantitative Fortschritt (Zielvorgabe: „mehr“ Arbeitsplätze) ging nicht mit einer qualitativen Verbesserung (Zielvorgabe: „bessere“ Arbeitsplätze) einher. Nach wie vor gehen mehr Frauen als Männer einer Teilzeitarbeit nach. Sie sind stärker in Jobs und Sektoren mit geringen Qualifikationsvoraussetzungen beschäftigt, werden im Durchschnitt schlechter bezahlt als Männer und sind in Führungspositionen unterrepräsentiert.

Zu den wichtigsten Entwicklungen gibt der Bericht Folgendes wider:

Im Bildungsbereich sind ebenfalls Fortschritte zu verzeichnen: 2006 waren in der EU 58,9% der Hochschulabsolventen Frauen (gegenüber 56,7% im Jahr 2004). ... in den Studienrichtungen Wirtschaftswissenschaften, Betriebswirtschaft und Rechtswissenschaften beträgt der Anteil der Frauen 60% ...

---

<sup>55</sup> Celex-Nummer: 52009DC0077.

Der hohe Bildungsgrad von Frauen spiegelt sich nicht direkt in den Positionen wider, die sie auf dem Arbeitsmarkt bekleiden ...

Obwohl immer mehr Frauen hochqualifiziert sind und die Erwerbstätigkeitsquote für Frauen steigt, sind sie nach wie vor in Führungspositionen in Politik und Wirtschaft, insbesondere in den Chefetagen unterrepräsentiert. Der Anteil weiblicher Führungskräfte<sup>56</sup> ist in den letzten Jahren unverändert geblieben und liegt im Durchschnitt bei 30%, in den meisten Mitgliedstaaten allerdings darunter. Der Anteil von Frauen, die bei den größten börsennotierten Unternehmen Vorstandsvorsitzende sind, beträgt 3%, und lediglich eines von 10 Vorstandsmitgliedern ist eine Frau. Die nationalen Zentralbanken werden ausnahmslos von Männern geführt und nur 16% der Mitglieder ihrer Entscheidungsgremien sind Frauen. Das ist paradox, denn der Anteil weiblicher Studierender der Studienrichtungen Wirtschaftswissenschaften, Betriebswirtschaft und Rechtswissenschaften ist höher als der der männlichen Studierenden.

Unter dem Punkt „Herausforderungen und Orientierungen für die künftige Politik“ heißt es:

Es sind quantitative und qualitative Studien erforderlich, die über die Ergebnisse der von den Mitgliedstaaten durchgeführten Strategien Aufschluss geben, u.a. über positive Maßnahmen wie Quotenregelungen.

### **(3) Entschließung des Europäischen Parlaments**

In der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 28. September 2006 zu den Perspektiven von Frauen im internationalen Handel findet sich der folgende Abschnitt<sup>57</sup>:

Das Europäische Parlament, ...

J. 23. begrüßt den Beschluss der norwegischen Regierung, per Gesetz eine 40%-Quote für eine weibliche Vertretung in den Leitungsgremien von Kapitalgesellschaften einzuführen.

### **(4) Zusammenfassung**

Die zitierten Äußerungen des Rates, der Kommission und des Europäischen Parlaments lassen erkennen, dass sie der Ergreifung positiver Maßnahmen zur effektiven Verwirklichung der Gleichstellung der Geschlechter wohlwollend gegenüber stehen. Insbesondere die Stärkung der Frauen in verantwortlichen Positionen, welche Aufsichtsratsmandate zweifellos darstellen, ist ihnen ein wichtiges Anliegen.

---

<sup>56</sup> Geschäftsführerinnen und leitende Angestellte in kleineren Unternehmen.

<sup>57</sup> Entschließung des Europäischen Parlaments zu den Perspektiven von Frauen im internationalen Handel vom 28. 9. 2006, A6-0254/2006.

## bb) Rechtsprechung

Es liegen bereits einige Urteile des Europäischen Gerichtshofes über Quotenregelungen vor, die Aufschluss über die Reichweite der Öffnungsklausel in Art. 141 Abs. 4 EG geben können. Rechtsgrundlage der Entscheidungen *Kalanke* und *Marschall* war freilich noch nicht Art. 141 Abs. 4 EG i.V. mit Art. 3 RL 2006/54/EG bzw. Art. 2 Abs. 8 RL 76/207/EWG, sondern Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG a.F. Dies ist bei der Würdigung dieser Urteile zu berücksichtigen.

### (1) Rechtssache Kalanke

In der Rechtssache *Kalanke*<sup>58</sup> hatte der EuGH die Vereinbarkeit einer Regelung im Bremer Gleichstellungsgesetz mit der Richtlinie 76/207/EWG in ihrer seinerzeitigen Fassung, also vor der Novellierung durch die Richtlinie 2002/73/EG, zu beurteilen. Das Gleichstellungsgesetz sah vor, dass Frauen in Bereichen, in denen sie unterrepräsentiert waren, bei gleicher Qualifikation wie ihre männlichen Mitbewerber bevorzugt eingestellt oder befördert werden müssen. Von einer Unterrepräsentation war nach der Regelung auszugehen, wenn Frauen in den einzelnen Lohn-, Vergütungs- und Besoldungsgruppen der jeweiligen Personalgruppe einer Dienststelle nicht mindestens zur Hälfte vertreten sind.

Der EuGH hat in seiner Entscheidung unter Bezugnahme auf die Rechtssache *Johnston*<sup>59</sup> betont, dass die Öffnungsklausel als Ausnahme von dem individuellen Recht auf Gleichbehandlung eng auszulegen sei<sup>60</sup>. Eine nationale Regelung, die den Frauen bei Ernennungen oder Beförderungen absolut und unbedingt den Vorrang einräumt, gehe aber über eine Förderung der Chancengleichheit hinaus und überschreite damit die Grenzen der Öffnungsklausel<sup>61</sup>. Zudem setze eine solche Regelung, sofern sie darauf abziele, dass in allen Vergütungsgruppen und auf allen Funktionsebenen einer Dienststelle mindestens ebenso viele Frauen wie Männer vertreten sind, an die Stelle der in Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG a.F. vorgesehenen Förderung der Chancengleichheit das *Ergebnis*, zu dem allein die Verwirklichung einer solchen Chancengleichheit führen könnte<sup>62</sup>. Demzufolge sei die im Bremer Gleichstellungsgesetz getroffene Regelung nicht mit dem Gemeinschaftsrecht zu vereinbaren.

---

<sup>58</sup> EuGH, Urteil vom 17. 10. 1995 – C-450/93 (*Kalanke*), Slg. 1995, I-3051 ff.

<sup>59</sup> EuGH, Urteil vom 15. 5. 1986 – C-222/84 (*Johnston*), Slg. 1986, 1651 ff.

<sup>60</sup> EuGH, Urteil vom 17. 10. 1995 – C-450/93 (*Kalanke*), Slg. 1995, I-3051, RdNr. 21.

<sup>61</sup> EuGH, a.a.O. (*Kalanke*), RdNr. 22.

<sup>62</sup> EuGH, a.a.O. (*Kalanke*), RdNr. 23.

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass Art. 141 Abs. 4 EG nicht mehr die Chancengleichheit, sondern die volle Gleichstellung von Frauen und Männern als das Ziel positiver Maßnahmen ausbildet. Insofern ist fraglich, ob der EuGH vor dem Hintergrund der neueren Rechtslage an dem Argument, dass nur Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit zulässig sind, festhält. In den folgenden Entscheidungen ist der EuGH auf diesen Aspekt nicht mehr eingegangen.

## (2) Rechtssache Marschall

Der Entscheidung in der Rechtssache *Marschall*<sup>63</sup> lag eine Bestimmung des nordrhein-westfälischen Beamtengesetzes zu Grunde. Darin war geregelt, dass Frauen bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt zu befördern sind, soweit im Bereich der für die Beförderung zuständigen Behörde im jeweiligen Beförderungsamt der Laufbahn weniger Frauen als Männer beschäftigt sind und nicht in der Person des Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen.

Der EuGH nahm in seiner Entscheidung ausdrücklich auf die bereits oben auszugsweise zitierte Empfehlung des Rates 84/635/EWG vom 13. Dezember 1984 zur Förderung positiver Maßnahmen für Frauen Bezug und stellte fest, dass die Tatsache, dass zwei Bewerber unterschiedlichen Geschlechts gleich qualifiziert sind, noch nicht bedeutet, dass sie gleiche Chancen haben<sup>64</sup>. Er hielt daran fest, dass die Grenzen der Ausnahmenvorschrift in Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG a.F. überschritten seien, wenn eine nationale Regelung den Frauen bei einer Beförderung absoluten und unbedingten Vorrang einräumt<sup>65</sup>. Der Fall *Marschall* liege jedoch anders als die Sache *Kalanke*, weil die nordrhein-westfälische Regelung eine Öffnungsklausel enthielt. Eine Regelung sei mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar, wenn sie 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 Merkmale berücksichtigt werden und der den weiblichen Bewerbern eingeräumte Vorrang entfällt, wenn ein Kriterium oder mehrere Kriterien zugunsten des männlichen Bewerbers überwiegen. Solche Kriterien dürften allerdings keine diskriminierende Wirkung gegenüber den weiblichen Bewerbern haben.<sup>66</sup>

Die Entscheidung zeigt, dass der EuGH, obwohl er weiter mit der Formulierung vom absoluten und unbedingten Vorrang arbeitet, im Einzelfall eine Verhältnismäßigkeitsprüfung anstellt. Quotenregelungen sind dann

---

<sup>63</sup> EuGH, Urteil vom 11. 11. 1997 – C-409/95 (*Marschall*), Slg. 1997, I-6363 ff.

<sup>64</sup> EuGH, a.a.O. (*Marschall*), RdNr. 28 ff.

<sup>65</sup> EuGH, a.a.O. (*Marschall*), RdNr. 32.

<sup>66</sup> EuGH, a.a.O. (*Marschall*), RdNr. 33.

verhältnismäßig, wenn sie den Einfluss geschlechtsneutraler Kriterien auf die Entscheidungsfindung nicht vollständig ausschließen.

### (3) Rechtssache Badeck

Die Entscheidung in der Rechtssache *Badeck*<sup>67</sup> betraf mehrere Bestimmungen des Hessischen Gleichbehandlungsgesetzes. Der EuGH stellte klar, dass er an den Entscheidungen *Kalanke* und *Marschall* festhalte und eine Regelung, nach der weibliche Bewerber in Bereichen des öffentlichen Dienstes, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, vorrangig befördert werden sollen, mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, wenn sie weiblichen Bewerbern, die die gleiche Qualifikation wie ihre männlichen Bewerber besitzen, keinen automatischen und unbedingten Vorrang einräumt, und wenn die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sind, bei der die besondere persönliche Lage aller Bewerber berücksichtigt wird<sup>68</sup>.

Die erste der in Frage stehenden Regelungen sah vor, dass in Bereichen des öffentlichen Dienstes, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, bei gleicher Qualifikation der in die Auswahl einbezogenen Bewerberinnen und Bewerber den Bewerberinnen Vorrang einzuräumen ist, wenn dies zur Erfüllung der verbindlichen Zielvorgaben eines Frauenförderplanes erforderlich ist und keine Gründe von größerem rechtlichen Gewicht entgegenstehen. Die Rede ist von einer sogenannten flexiblen Ergebnisklausel. Deren Merkmale bestehen zum einen darin, dass die Geschlechterquote nicht einheitlich für alle betroffenen Bereiche und Dienststellen festgelegt ist, sondern dass deren Besonderheiten für die Zielvorgaben maßgebend sein sollen. Zum anderen ist bei einer qualifikatorischen Patt-situation nicht zwingend zu Gunsten der Bewerberin zu entscheiden. Der EuGH sah in dieser Regelung keine im Sinne des *Kalanke*-Urteils absolute und unbedingte Vorrangnorm und hielt sie daher für mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar<sup>69</sup>.

Die zweite Norm, über deren Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht der EuGH zu entscheiden hatte, bestimmte, dass die verbindlichen Zielvorgaben für befristete Stellen des wissenschaftlichen Dienstes und für wissenschaftliche Hilfskräfte mindestens den Anteil an Frauen vorzusehen haben, den diese an den Absolventinnen und Absolventen, Promovierten und Studierenden des jeweiligen Fachbereichs stellen. Die Norm wurde vom Hessischen Staatsgerichtshof so ausgelegt, dass die Zielvorgabe den Grundsatz der Bestenauslese bei Auswahlentscheidungen nicht einschränken sollte und eine Auswahlentscheidung nur dann beeinflussen könnte,

---

<sup>67</sup> EuGH, Urteil vom 28. 3. 2000 – C-158/97 (*Badeck*), Slg. 2000, I-1875-1933.

<sup>68</sup> EuGH, a.a.O. (*Badeck*), RdNr. 23.

<sup>69</sup> EuGH, a.a.O. (*Badeck*), RdNr. 36.

wenn die Bewerber gleich qualifiziert sind. Der EuGH erhob keinerlei gemeinschaftsrechtliche Bedenken gegen eine solche Sonderregelung für den Bereich der Wissenschaft<sup>70</sup>.

Eine dritte Regelung legte fest, dass in Ausbildungsberufen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind und in denen nicht ausschließlich der Staat ausbildet, Frauen mindestens die Hälfte der Ausbildungsplätze erhalten müssen, es sei denn, dass nicht genügend Bewerbungen von Frauen um freie Ausbildungsplätze vorliegen, obwohl diese durch geeignete Maßnahmen darauf aufmerksam gemacht wurden. Der EuGH hielt dies für mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar. Zum einen sei die Quote nicht absolut starr, da mehr als die Hälfte der Ausbildungsplätze mit Männern besetzt werden können, wenn sich nicht ausreichend Frauen bewerben<sup>71</sup>. Zum anderen werde kein männlicher Bewerber definitiv von einer Ausbildung ausgeschlossen, da die Quote nur für Ausbildungen gilt, für die es auch im Privatsektor Plätze gibt<sup>72</sup>.

Zum vierten Teil der Vorlagefrage stellte der EuGH die Gemeinschaftsrechtskonformität einer nationalen Regelung fest, die in Bereichen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, bei gleicher Qualifikation von Bewerberinnen und Bewerbern sicherstellt, dass qualifizierte Frauen, die alle gesetzlich oder sonst vorgesehenen Voraussetzungen erfüllen, zu Vorstellungsgesprächen eingeladen werden<sup>73</sup>.

Die fünfte Regelung betraf die Besetzung von Vertretungsorganen der Arbeitnehmer sowie der Verwaltungs- und Aufsichtsräte und sah vor, dass bei den Rechtsvorschriften zu ihrer Durchführung das Ziel einer zumindest hälftigen Beteiligung von Frauen an diesen Organen berücksichtigt werden soll. Der EuGH hielt die Regelung für vereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht, da sie als Sollvorschrift Raum für die Einbeziehung sonstiger Gesichtspunkte lasse<sup>74</sup>.

Gegenüber den verschiedenen Förderungsmaßnahmen hat sich der EuGH großzügig gezeigt und alle angegriffenen Regelungen nach Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG a.F. für gerechtfertigt gehalten. Insbesondere überrascht es, dass der EuGH die Regelung über die hälftige Verteilung der Ausbildungsplätze und die anteilige Besetzung der Stellen im wissenschaftlichen Bereich nicht als absolut im Sinne seiner vorhergehenden Entscheidungen ansah<sup>75</sup>. Immerhin sieht die Regelung über die Ausbildungsplätze keine

---

<sup>70</sup> EuGH, a.a.O. (*Badeck*), RdNr. 43.

<sup>71</sup> EuGH, a.a.O. (*Badeck*), RdNr. 51.

<sup>72</sup> EuGH, a.a.O. (*Badeck*), RdNr. 53.

<sup>73</sup> EuGH, a.a.O. (*Badeck*), RdNr. 63.

<sup>74</sup> EuGH, a.a.O. (*Badeck*), RdNr. 65.

<sup>75</sup> *Starck*, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 28. 3. 2000 – C-158/97 (*Badeck*), JZ 2000, 670 (671).

objektive Beurteilung der Bewerbungen vor, sondern ist nur offen, soweit sich Frauen nicht in ausreichender Zahl bewerben. Diese Abmilderung greift im Einzelfall eher zufällig und nicht wegen besonders zu berücksichtigender geschlechtsneutraler Kriterien ein. Sobald sich genug Frauen bewerben, stellt die Regelung eine starre Ergebnisklausel auf und sind Bewerberinnen Bewerber unabhängig von Qualifikation und persönlichen Merkmalen vorzuziehen. Dass die Quotennorm für die Besetzung der Stellen im wissenschaftlichen Bereich nur bei einer qualifikatorischen Pattsituation eingreifen soll, ist ihrem Wortlaut nicht zu entnehmen, sondern beruht lediglich auf einer solchen Auslegung durch den Hessischen Staatsgerichtshof. Der EuGH hat demnach nicht allein den Wortlaut der Vorschrift, sondern den durch ihre Auslegung gewonnenen Regelungsgehalt beurteilt. Zudem hat er sie ausdrücklich als Sonderregelung bezeichnet, so dass ihre Zulässigkeit nicht verallgemeinert werden kann.

#### (4) Rechtssache *Abrahamsson*

Die Rechtssache *Abrahamsson*<sup>76</sup> betraf eine schwedische Regelung, die bestimmte, dass ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts um eine Stelle im öffentlichen Dienst, der hinreichende Qualifikationen für diese Stelle besitzt, vor einem Bewerber des anderen Geschlechts, der sonst ausgewählt worden wäre, auszuwählen ist, sofern dies erforderlich ist, damit ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts ausgewählt wird, und sofern der Unterschied zwischen den Qualifikationen der Bewerber nicht so groß ist, dass sich daraus ein Verstoß gegen das Erfordernis der Sachgerechtigkeit bei der Einstellung ergeben würde.

Der EuGH beanstandete, dass eine solche Regelung Bewerbern des unterrepräsentierten Geschlechts automatisch den Vorrang einräume, wenn diese hinreichend qualifiziert sind. Die Tragweite der Einschränkung, dass sich kein Verstoß gegen das Erfordernis der Sachgerechtigkeit ergeben darf, sei nicht genau bestimmbar, so dass die Auswahl eines Bewerbers letztlich allein auf seiner Zugehörigkeit zum unterrepräsentierten Geschlecht beruhe. Zudem fehle eine objektive Beurteilung der Bewerbungen, die die persönliche Lage aller Bewerber berücksichtigt. Deshalb sei die Regelung nicht mit Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG a.F. vereinbar<sup>77</sup>.

An die Prüfung der Vereinbarkeit der Regelung mit Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG schloss der EuGH eine Prüfung der primärrechtlichen Rechtfertigung nach Art. 141 Abs. 4 EG an und stellte fest, dass positive Maßnahmen zu dem verfolgten Ziel im Verhältnis stehen müssten und dies bei der vorliegenden Regelung nicht der Fall sei<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> EuGH, Urteil vom 6. 7. 2000 – C-407/98 (*Abrahamsson*), Slg. 2000, I-5539.

<sup>77</sup> EuGH, a.a.O. (*Abrahamsson*), RdNr. 52 ff.

<sup>78</sup> EuGH, a.a.O. (*Abrahamsson*), RdNr. 55.

Der EuGH hielt die Regelung auch dann für unvereinbar mit Art. 2 Abs.4 RL 76/207/EWG und Art. 141 Abs. 4 EG, wenn sie nur für die Besetzung einer von vornherein festgelegten begrenzten Stellenzahl oder von Stellen gilt, die im Rahmen eines von einer konkreten Hochschule besonders beschlossenen Programms über die Zulassung positiver Diskriminierung geschaffen worden sind. Dies begründete das Gericht damit, dass die Beschränkung des Anwendungsbereichs einer positiven Diskriminierung der vorliegenden Art nichts an ihrem absoluten und unverhältnismäßigen Charakter ändern kann<sup>79</sup>.

Klargestellt wurde zudem, dass die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung nach dem Gemeinschaftsrecht nicht von der Einstufung der zu besetzenden Stellen abhängt<sup>80</sup>.

Mit der Entscheidung betont der EuGH, dass die Auswahl eines Bewerbers nicht allein von seinem Geschlecht abhängen darf, und zwar auch dann nicht, wenn der Bewerber hinreichend qualifiziert ist. Maßnahmen zur Förderung der vollen Gleichbehandlung müssen demnach stets eine gewisse Flexibilität an den Tag legen, die es ermöglicht, geschlechtsneutrale Merkmale, wie Qualifikation und persönliche Lage der Bewerber, zu berücksichtigen.

## (5) Fazit

Bislang hat sich der EuGH vorrangig mit Entscheidungsquoten bezüglich der Besetzung einzelner Stellen befasst. Bindende Quoten für die Besetzung mehrköpfiger Gremien in Wahlverfahren wurden ihm bislang nicht vorgelegt. Dieser Vorgang unterscheidet sich von der Besetzung einer einzelnen Stelle. Die Auswahl durch mehrheitliche Wahlentscheidung entspricht in ihrer Art auch nicht der Auswahlentscheidung durch eine personalverantwortliche Person bzw. ein solches Gremium. Dementsprechend lässt sich nicht jede Aussage des EuGH in den vorgenannten Rechtssachen auf die hier in Frage stehenden Quotenregelungen übertragen.

Nichtsdestotrotz lassen sich den Entscheidungen des EuGH einige grundsätzliche Voraussetzungen für die Rechtfertigung positiver Diskriminierungen entnehmen:

Nach Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG a.F. durfte Bewerbern durch Quotenregelungen nicht wegen ihres Geschlechts absolut und unbedingt der

---

<sup>79</sup> EuGH, a.a.O. (*Abrahamsson*), RdNr. 58.

<sup>80</sup> EuGH, a.a.O. (*Abrahamsson*), RdNr. 64.

Vorzug bei der Besetzung einer Stelle eingeräumt werden und die Bewerbungen mussten stets Gegenstand einer objektiven Beurteilung sein.

Für die nach Art. 141 Abs. 4 EG erweiterte Zulässigkeit positiver Maßnahmen gilt, dass sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen müssen.

Auch wenn der EuGH mit dem *absoluten bzw. automatischen und unbedingten Vorrang* sowie der *objektiven Beurteilung* eine besondere Begrifflichkeit für die Prüfung der Zulässigkeit von Quotennormen eingeführt hat, ist die Verhältnismäßigkeit der konkreten Maßnahme im Einzelfall der entscheidende Maßstab für die Zulässigkeit jeder umgekehrten Diskriminierung<sup>81</sup>. Vereinfachend lässt sich sagen, dass eine Maßnahme unverhältnismäßig ist, wenn dem Geschlechtsmerkmal im Auswahlprozess eine so dominante Rolle zukommt, dass sachliche Aspekte nicht mehr hinreichend berücksichtigt werden können.

## **b) Spezifische Vergünstigung**

Eine diskriminierende Vergünstigung kann nur dann nach Art. 141 Abs. 4 EG gerechtfertigt sein, wenn sie „spezifisch“ ist. Daraus lässt sich schließen, dass die jeweilige Maßnahme an eine bestimmte faktisch benachteiligende Situation anknüpfen muss. Sie muss also auf einen bestimmten Bereich begrenzt sein und darf keine generalklauselartige Weite entfalten<sup>82</sup>. Zudem darf ihre Wirkung nicht zufällig eintreten, sondern der Mitgliedstaat muss sich über die belastenden und begünstigenden Auswirkungen seiner diskriminierenden Maßnahme im Klaren sein<sup>83</sup>. Die Verabschiedung einer nationalen Quotenregelung für die Besetzung von Aufsichtsräten wäre auf einen festgelegten Bereich begrenzt und würde an die Benachteiligung von Frauen beim Zugang zu diesem Bereich des Arbeitslebens anknüpfen. Die durch eine Quotenregelung eintretenden Benachteiligungen und Begünstigungen wegen des Geschlechts wären explizit erwünscht. Die Maßnahme wäre also spezifisch im Sinne des Art. 141 Abs. 4 EG.

## **c) Verhältnismäßigkeit einer nationalen Geschlechterquote für die Besetzung von Aufsichtsräten**

Entscheidend für die Vereinbarkeit einer Geschlechterquote für die Bestellung von Aufsichtsräten mit dem Gemeinschaftsrecht ist, ob diese spezifi-

---

<sup>81</sup> *Krepper* in: Callies/Ruffert, EUV/EGV (3. Aufl. 2007), Art. 141 EG RdNr. 83; *Langenfeld* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der EU (37. EL 2008), Art. 141 EG RdNr. 112.

<sup>82</sup> *Epiney/Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU (2003), S. 206 f.

<sup>83</sup> *Krepper* in: Callies/Ruffert, EUV/EGV (3. Aufl. 2007), Art. 141 EG RdNr. 88.

sche Maßnahme zur Vermeidung von Benachteiligungen wegen des Geschlechts verhältnismäßig ist. Dem Ausnahmecharakter des Art. 141 Abs. 4 EG ist durch eine kritische Prüfung Rechnung zu tragen<sup>84</sup>.

#### aa) Legitimer Zweck und Geeignetheit

Die Einführung einer nationalen Geschlechterquote für die Besetzung von Aufsichtsräten müsste zur Erreichung eines legitimen Ziels geeignet sein.

Der allein in Betracht kommende legitime Zweck positiver Diskriminierungen ist nach Abs. 141 Abs. 4 EG die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Frauen und Männern im Arbeitsleben. Geeignet ist eine Maßnahme, wenn sie den angestrebten Zweck zumindest fördert. Bezüglich der Geeignetheit einer spezifischen Maßnahme zur Förderung der vollen Gleichstellung der Geschlechter steht den Mitgliedstaaten eine Einschätzungsprärogative zu, die ihre Grenze in der Ungeeignetheit findet<sup>85</sup>.

Mit der Geschlechterquote für die Besetzung von Aufsichtsräten soll die in diesem Bereich bestehende mittelbare Benachteiligung von Frauen eingedämmt oder sogar beseitigt werden. Sie soll damit die Gleichstellung von Frauen und Männern in diesem Bereich des Arbeitslebens fördern und dient somit einem legitimen Zweck nach Art. 141 Abs. 4 EG.

Die generelle Eignung umgekehrter Diskriminierung zur Förderung der vollen Gleichstellung der Geschlechter wird von Art. 141 Abs. 4 EG grundsätzlich anerkannt<sup>86</sup>. Die Einführung von Geschlechterquoten gewährt Personen des unterrepräsentierten Geschlechts einen erleichterten Zugang zu einem festgelegten Teil der zu vergebenen Posten. Damit bestehen für sie verbesserte Chancen auf Erlangung einer Stelle in dem fraglichen Bereich und es ist wahrscheinlich, dass die eine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts indizierende Unterrepräsentanz beseitigt oder zumindest verringert wird.

Quotenregelungen für die Besetzung von Aufsichtsräten sind somit grundsätzlich geeignet, die volle Gleichstellung von Frauen und Männern in diesem Bereich des Arbeitslebens zu fördern<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 17. 10. 1995 – C-450/93 (*Kalanke*), Slg. 1995, I-3051 RdNr. 21.

<sup>85</sup> *Schlachter* in: Schulze/Zuleeg, Europarecht (2006), § 39 RdNr. 42; *Krebber* in: Callies/Ruffert, EUV/EGV (3. Aufl. 2007), Art. 141 EG RdNr. 84.

<sup>86</sup> *Krebber* in: Callies/Ruffert, EUV/EGV (3. Aufl. 2007), Art. 141 EG RdNr. 84.

<sup>87</sup> *Birk* in: *Richard/Wlotzke* (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (2. Aufl. 2000), § 19 RdNr. 334; *Tillmanns* in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht-Kommentar (3. Aufl. 2008), Art. 141 EG RdNr. 55; *Schlachter* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (9. Aufl. 2009), Art. 141 EG RdNr. 25.

## bb) Erforderlichkeit

Eine nationale Geschlechterquote für die Besetzung von Aufsichtsräten ist nur dann verhältnismäßig, wenn sie zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich ist. Das heißt, dass kein ebenso effektives und zugleich weniger belastendes Mittel zur Verfügung stehen darf, mit dem die Erreichung des angestrebten Ziels ebenfalls gefördert würde.

Eine Präzisierung ist im hiesigen Kontext möglich, wenn darauf abgestellt wird, ob eine alternative Maßnahme zur Verfügung steht, die Benachteiligungen ebenso effektiv verhindert, zugleich aber den Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschlechter weniger stark beeinträchtigt<sup>88</sup>. Die Wirksamkeit einer Maßnahme ergibt sich sowohl aus dem Grad der Wahrscheinlichkeit, mit dem das angestrebte Ziel durch sie erreicht wird, als auch aus dem zeitlichen Rahmen, in dem mit einer Verwirklichung gerechnet werden kann. Die konkrete Wirkung einer Maßnahme in der Rechtswirklichkeit lässt sich für die Zukunft nicht präzise vorhersagen. Deshalb steht den Mitgliedstaaten bei der Auswahl des erforderlichen Mittels ein gewisser Einschätzungsspielraum zu<sup>89</sup>. Dem Ausnahmecharakter umgekehrter Diskriminierungen nach Art. 141 Abs. 4 EG ist jedoch Rechnung zu tragen<sup>90</sup>.

Eine Maßnahme ist effektiv, wenn sie der mittelbaren Benachteiligung von Frauen bei der Besetzung von Aufsichtsräten abhilft. Da die mittelbare Diskriminierung anhand eines statistischen Gruppenvergleichs ermittelt wird, tritt Abhilfe ein, wenn eine Regelung zur Folge hat, dass sich das Geschlechterverhältnis der Aufsichtsratsmitglieder so zu Gunsten der Frauen verändert, dass die Vermutung für mittelbare Benachteiligungen nicht mehr aufgestellt werden kann.

Umso mehr Raum für geschlechtsneutrale Auswahlaspekte den Entscheidungsträgern bei der Bestellung der Aufsichtsräte bleibt, desto milder wirkt eine Regelung, die die Benachteiligung von Frauen bei der Besetzung von Aufsichtsräten fördern soll.

Positive Maßnahmen gemäß Art. 141 Abs. 4 EG sind nur solange zur Verhinderung von Benachteiligungen wegen des Geschlechts erforderlich, bis die volle Gleichstellung von Frauen und Männern bei der Besetzung von Aufsichtsräten in der Rechtswirklichkeit erreicht ist. Dementsprechend ist jede Maßnahmen laufend auf ihre Verhältnismäßigkeit hin zu überprüfen und aufzuheben, sobald die Bedingung der vollen Gleichstellung der Geschlechter eingetreten ist.

---

<sup>88</sup> Vgl. *Epiney/Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU (2003), S. 211.

<sup>89</sup> *Schlachter* in: Schulze/Zuleeg, Europarecht (2006), § 39 RdNr. 42.

<sup>90</sup> *Schlachter* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (9. Aufl. 2009), Art. 141 EG RdNr. 24.

Es sind verschiedene Varianten der gesetzgeberischen Gestaltung denkbar, mit denen das Ziel, die Benachteiligung von Frauen bei der Besetzung von Aufsichtsräten zu verhindern, gefördert werden kann.

### **(1) Maßnahmen zur Förderung der Wettbewerbsfähigkeit von Frauen**

Es ist möglich, die Chancen von Frauen auf Erlangung eines Aufsichtsratsmandats durch besondere Förderprogramme zu verbessern. Diese könnten verschiedenste Maßnahmen umfassen, die die Wettbewerbsfähigkeit von Frauen erhöhen. Dazu gehören etwa spezielle Qualifikationsangebote für Frauen, flankierende Angebote zur Verbesserung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie, von denen Frauen überdurchschnittlich profitieren könnten, oder Informationskampagnen zur Beseitigung von Vorurteilen. In Norwegen werden Datenbanken betrieben, die geeignete Kandidatinnen für Aufsichtsratsmandate führen, wodurch die Kontaktanbahnung zwischen den Unternehmen und potentiellen Mandatsträgerinnen vereinfacht wird<sup>91</sup>.

Diesen Maßnahmen ist gemein, dass sie bei der Besetzung von Aufsichtsräten keinen Zwang auf die Entscheidungsträger ausüben, Frauen in die Aufsichtsräte zu berufen. Es stünde ihnen weiterhin frei, den Aufsichtsrat ausschließlich mit Männern zu besetzen. Die Fördermaßnahmen wirken dementsprechend milder als Quotenvorschriften, da das Geschlecht der Bewerber im Auswahlprozess insofern keine Rolle spielt, als Vertreter beider Geschlechter zwingend in den Aufsichtsrat bestellt werden müssten.

Der fehlende Zwang hat jedoch zugleich zur Folge, dass den Maßnahmen nicht die gleiche Effektivität für die Beseitigung der aktuell gegebenen Unterrepräsentanz von Frauen in Aufsichtsräten zukommt wie einer Quotenregelung. Förderprogramme können den Qualifikationsgrad von Frauen erhöhen. Der EuGH geht aber ausdrücklich davon aus, dass die Tatsache, dass zwei Bewerber unterschiedlichen Geschlechts gleich qualifiziert sind, noch nicht bedeutet, dass sie gleiche Chancen haben<sup>92</sup>. Dementsprechend sind flankierende Angebote zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit von Frauen hinsichtlich des Zugangs zu Aufsichtsratsmandaten zwar mildere, aber nicht ebenso geeignete Mittel zur Verhinderung der mittelbaren Benachteiligung von Frauen bei der Besetzung von Aufsichtsräten wie Quotenregelungen. Der Erfolg, dass die Benachteiligung von Frauen abgestellt wird, tritt mit geringerer Wahrscheinlichkeit und, wenn überhaupt, mit zeitlicher Verzögerung ein.

---

<sup>91</sup> *Frost/Linnainmaa*, Corporate Governance: Frauen im Aufsichtsrat – Können wir von unseren skandinavischen Nachbarn lernen?, AG 2007, 601 (605).

<sup>92</sup> EuGH, Urteil vom 11. 11. 1997 – C-409/95 (*Marschall*), Slg. 1997, I-6363 RdNr. 30.

## (2) Programmvorschriften

Denkbar sind solche Vorgaben, die lediglich ein erwünschtes Ziel formulieren, ohne dessen tatsächliche Umsetzung rechtlich zu erzwingen. Beispiele für diese Art von Programmsatz sind § 4 Abs. 4 DrittelbG und § 6 Abs. 2 Satz 2 SE-Beteiligungsgesetz, die eine Quotenbeteiligung der Geschlechter als Soll-Vorschrift statuieren. Ihre Nichtbeachtung zieht keine Folgen nach sich.

Programmatisch formulierte Normen greifen in der Regel nur in so geringem Maße in die Rechte der betroffenen Personen ein, dass sie ohne weiteres zulässig sind. Der EuGH hat diese Einschätzung in der *Badeck*-Entscheidung bestätigt<sup>93</sup>. Soll-Vorschriften lassen in hinreichendem Maße Raum für die Einbeziehung geschlechtsneutraler Auswahlkriterien. Sie dienen allenfalls dazu, den vom Gesetzgeber politisch für wünschenswert erachteten Zustand zu beschreiben und können dadurch auch bei der Auslegung des Gesetzes Hilfe bieten. Ihre tatsächliche Wirkung hängt von den Möglichkeiten und vor allem vom guten Willen der Normadressaten ab.

Das Beispiel Norwegen zeigt, dass Quotenempfehlungen auf freiwilliger Basis keine ebenso signifikante Erhöhung des Frauenanteils zur Folge haben wie verbindliche Vorgaben<sup>94</sup>. Dort haben die Unternehmen der norwegischen Regierung zunächst in freiwilligen Selbstverpflichtungen die Erhöhung des Frauenanteils in ihren Führungsgremien zugesichert. Nachdem diese freiwilligen Selbstverpflichtungen keinen nennenswerten Fortschritt erkennen ließen, wurden gesetzlich verpflichtende Quotenvorgaben eingeführt, die zu einer deutlichen Erhöhung des Frauenanteils führten. Somit sind programmatische Empfehlungen im Vergleich zu verbindlichen Quotenvorgaben keine ebenso effektive Maßnahme hinsichtlich einer Erhöhung des Frauenanteils in Aufsichtsräten.

## (3) Doppelbenennung

Eine weitere Möglichkeit zur Verbesserung des Zugangs von Frauen zu Aufsichtsratsposten wäre die Statuierung einer Pflicht zur Doppelbenennung von Kandidaten, wie sie etwa § 4 BGremBG vorsieht. Für jeden Sitz im Aufsichtsrat wären den zur Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder berechtigten Stellen dann grundsätzlich ebenso viele geeignete Frauen wie Männer vorzuschlagen. Damit würde die Grundlage der Auswahlentscheidungen so eingeschränkt, dass eine rechnerische Chancengleichheit für die weiblichen Bewerber sichergestellt wäre. Zusätzlich würde durch

---

<sup>93</sup> EuGH, Urteil vom 28. 3. 2000 – C-158/97 (*Badeck*), Slg. 2000, I-1875 RdNr. 66.

<sup>94</sup> *Frost/Linnainmaa*, Corporate Governance: Frauen im Aufsichtsrat – Können wir von unseren skandinavischen Nachbarn lernen?, AG 2007, 601 (606).

die gesetzliche Vorgabe einer paritätischen Geschlechterverteilung im Bewerberpool ein gewisser Rechtfertigungsdruck entstehen, falls das Besetzungsergebnis noch immer zu einer erheblichen Unterrepräsentanz von Frauen führen würde.

Die rechnerische Chancengleichheit beseitigt allerdings noch nicht das vom EuGH festgestellte Problem, dass Frauen bei gleicher Eignung noch nicht die gleichen Chancen auf Zugang zu einer Beschäftigung haben<sup>95</sup>. Der von einer Pflicht zur Doppelbenennung ausgehende Druck, nichtdiskriminierende Entscheidungen zu treffen, ist lediglich gesellschaftlich-sozialer Art und übt keinen rechtlichen Zwang aus. Halten die zur Besetzung des Aufsichtsrates berufenen Stellen diesem Druck stand und berufen sie weiterhin erheblich mehr Männer als Frauen in die Aufsichtsräte, so verpufft die Wirkung der Regelung, ohne dass die vorhandene reale Benachteiligung von Frauen effektiv verhindert worden wäre.

Dementsprechend ist die Pflicht zur Doppelbenennung sicherlich ein geeignetes Mittel zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern bei der Besetzung von Aufsichtsräten, aber sie ist zur Verhinderung einer mittelbaren Benachteiligung wegen des Geschlechts nicht ebenso effektiv wie eine verbindliche Quotenvorgabe. Diese verhilft Personen des unterrepräsentierten Geschlechts nicht lediglich zu rechnerischer Chancengleichheit, welche die Gefahr faktischer Benachteiligungen nur mindert und nicht bannt, sondern garantiert den Frauen in bestimmtem Umfang ein erfolgreiches Besetzungsergebnis, welches die Vermutung einer mittelbaren Benachteiligung wegen des Geschlechts ausschaltet.

#### (4) Minderheitenquote

Eine besondere Regelung enthält § 15 Abs. 2 BetrVG. Danach muss das Geschlecht, das in der Belegschaft in der Minderheit ist, mindestens entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis im Betriebsrat vertreten sein, wenn dieser aus mindestens drei Mitgliedern besteht. Das BAG hat die Rechtmäßigkeit der Norm bereits in einer Entscheidung bestätigt<sup>96</sup>:

Der Grundsatz der Gleichbehandlung in diesem Sinne verbietet zwar eine mittelbare oder unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts (Art. 2 Abs. 1 RL 76/207/EWG a.F.). Nach Art. 2 Abs. 4 steht die Richtlinie aber Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der in den Art. 1 Abs. 1 genannten Bereichen betreffen, nicht entgegen. Da die Regelungen in § 15 Abs. 2 BetrVG

---

<sup>95</sup> EuGH, Urteil vom 11. 11. 1997 – C-409/95 (*Marschall*), Slg. 1997, I-6363 RdNr. 30.

<sup>96</sup> BAG, Beschluss vom 16. 3. 2005 – 7 ABR 40/04, NZA 2005, 1252 ff.

... der Förderung der Chancengleichheit von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zum Betriebsrat dienen, in dem Frauen bislang typischerweise unterrepräsentiert sind, sind sie nach Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie 76/207/EWG zulässig.

Eine vergleichbare Regelung ließe sich auch für die Berufung der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat kreieren. Frauen könnten von einer solchen Regelung freilich nur dann profitieren, wenn sie innerhalb der Belegschaft in der Minderheit sind. In Unternehmen, deren Belegschaft sich überwiegend aus Frauen zusammensetzt, bestünde kein Privileg, das eine Mindestanzahl weiblicher Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat sicherstellen würde. In diesem Fall würden die Männer durch die Regelung rechtlich begünstigt, praktische Vorteile würden sich angesichts ihrer ohnehin starken Präsenz allerdings nicht ergeben.

Die Regelung hätte den Vorteil, dass sie lediglich einen Minderheitenschutz gewährleistet und auf eine umgekehrte Diskriminierung zu Lasten der Männer verzichtet, sofern die weibliche Mehrheit der Belegschaft es selbst in der Hand hat, durch aktive Teilnahme am Auswahlprozess für eine angemessene Repräsentanz des eigenen Geschlechts im Aufsichtsrat zu sorgen. Die derzeitigen Verhältnisse zeigen jedoch, dass Frauen auch in Unternehmen, in denen sie die Mehrheit der Belegschaft stellen, im Aufsichtsrat unterrepräsentiert sind. Es wäre daher zu befürchten, dass eine mit § 15 Abs. 2 BetrVG vergleichbare Quotenregelung für Aufsichtsräte nur in denjenigen Unternehmen eine Benachteiligung von Frauen beim Zugang zu Aufsichtsratsmandaten verhindert, in denen Frauen den kleineren Teil der Belegschaft ausmachen, während die derzeitigen Verhältnisse in Unternehmen mit mehrheitlich weiblicher Belegschaft unverändert fortbeständen.

Demzufolge trägt eine Regelung, die nur Personen des Geschlechts, das in der Belegschaft in der Minderheit ist, eine quotenmäßige Beteiligung im Aufsichtsrat garantiert, weniger effektiv zur Verhinderung der Benachteiligung von Frauen bei der Besetzung von Aufsichtsräten bei als eine Quotenregelung, die auf das Minderheitskriterium verzichtet.

Ein weiterer Nachteil des beschriebenen Quotenmodells ist, dass es lediglich die Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat betrifft. In Unternehmen, die keiner Mitbestimmung unterliegen, entfaltet eine solche Regelung erst gar keine Wirkung. In mitbestimmten Unternehmen sind Frauen als Aufsichtsratsvertreter der Anteilseigner in noch erheblich stärkerem Maße unterrepräsentiert als bei den Arbeitnehmern. Die Anteilseigner der dreißig im DAX notierten Unternehmen haben insgesamt gerade einmal sechzehn Frauen in ihre Aufsichtsräte berufen. In mehr als jedem zweiten der DAX-Unternehmen haben die Anteilseigner überhaupt keine Frau in den Aufsichtsrat berufen. Dementsprechend ist eine auf die Arbeitnehmerseite beschränkte Quotenregelung von vornherein weniger geeignet, Benachteiligungen wegen des Geschlechts bei der Besetzung von Aufsichtsräten zu verhindern, als eine Geschlechterquote bezüglich des gesamten Aufsichtsrates.

Die beschriebenen Nachteile betreffen freilich nur die Effektivität der Minderheitenquote im Vergleich zu einer Quote, die auf das Minderheitskriterium verzichtet. Gegen die Statuierung einer mit § 15 Abs. 2 BetrVG vergleichbaren Regelung für die Besetzung des Aufsichtsrates mit Arbeitnehmervertretern wäre aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nichts einzuwenden. Sie würde im Allgemeinen dem Minderheitenschutz und im Besonderen der Förderung des Zugangs von Frauen zu den Aufsichtsräten dienen, in denen sie bislang typischerweise unterrepräsentiert sind. Die Begünstigung dieser Ziele rechtfertigt nach Art. 141 Abs. 4 EG ausnahmsweise die grundsätzlich unzulässige Anknüpfung an das Geschlecht als Tatbestandsmerkmal.

### (5) Starre Ergebnisquoten

Mit einer starren Ergebnisquote würde der nationale Normgeber exakt festlegen, wie viele Vertreter beider Geschlechter im Aufsichtsrat vertreten sein müssen.

Indem § 4 Abs. 4 DrittelbG von einer Soll- in eine Muss-Vorschrift umgewandelt würde und entsprechende Normen in die anderen Mitbestimmungsgesetze eingefügt würden, könnte garantiert werden, dass Frauen entsprechend ihrem Anteil an der Belegschaft eines Unternehmens durch Arbeitnehmervertreterinnen im Aufsichtsrat repräsentiert werden, und zwar unabhängig davon, ob sie in der Minderheit sind. Die Besetzung der Aufsichtsräte mit Frauen und Männern der Arbeitnehmerseite wäre damit an ein Kriterium geknüpft, anhand dessen sich für jedes Unternehmen klare Besetzungsvorgaben ergeben würden.

Auf den ersten Blick deckt sich die Vorgabe anhand des Belegschaftsanteils mit der vom EuGH in der *Badeck*-Entscheidung gebilligten Regelung, wonach verbindliche Zielvorgaben für befristete Stellen des wissenschaftlichen Dienstes und für wissenschaftliche Hilfskräfte mindestens den Anteil an Frauen vorzusehen haben, den diese an den Absolventen, Promovierten und Studierenden des jeweiligen Fachbereichs stellen<sup>97</sup>. Es bestehen jedoch erhebliche Unterschiede. So ist der EuGH ausdrücklich davon ausgegangen, dass die entsprechende Quotenvorgabe nur in qualifikatorischen Pattsituationen zu einer Bevorzugung von Frauen führt. Außerdem betrachtete er die entsprechende Vorschrift als Sonderregelung für den Wissenschaftsbereich<sup>98</sup>. Eine Übertragung dieses Teils des *Badeck*-Urteils auf die hier dargestellte Quotenregelung ist daher nicht möglich.

---

<sup>97</sup> EuGH, Urteil vom 28. 3. 2000 – C-158/97 (*Badeck*), Slg. 2000, I-1875 RdNr. 44.

<sup>98</sup> EuGH, a.a.O. (*Badeck*), RdNr. 42.

Vielmehr ist zu befürchten, dass der EuGH eine solche Quotenvorgabe als ungeeignet oder zumindest nicht erforderlich zur Erreichung des Ziels der vollen Gleichstellung von Frauen und Männern bei der Besetzung von Aufsichtsräten ansieht. Es könnte durch eine Anknüpfung an den Belegschaftsanteil eine Trennung von „Frauenunternehmen“ und „Männerunternehmen“ stattfinden, da Personen erheblich bessere Aussichten auf ein Aufsichtsratsmandat in Unternehmen haben würden, in denen ihr jeweiliges Geschlecht in der Belegschaft mehrheitlich vertreten ist. In klassischerweise von Männern dominierten Branchen, wie etwa der Bauwirtschaft, würden sich die Schwierigkeiten für Frauen, in den Aufsichtsrat zu gelangen, angesichts des geringen Frauenanteils in den Belegschaften durch eine solche Quote noch erhöhen. Unter Umständen dürfte noch nicht einmal eine Frau als Arbeitnehmervertreterin in den Aufsichtsrat berufen werden, weil die Belegschaft nahezu ausschließlich aus Männern besteht. Eine strikte, an den Belegschaftsanteil gekoppelte Vorgabe über die Sitzverteilung an Frauen und Männer ist daher zur Verhinderung einer mittelbaren Benachteiligung wegen des Geschlechts nicht verhältnismäßig.

An Stelle einer Verteilung der Sitze anhand des Anteils in der Belegschaft wäre auch eine paritätische Verteilung der Arbeitnehmersitze im Aufsichtsrat nach dem Geschlecht denkbar.

Volle Effektivität kann die Quotenvorgabe freilich nur dann erreichen, wenn sie die Vertreter der Anteilseigner einbezieht. Eine starre Ergebnisquote bezüglich des Geschlechts der Vertreter der Anteilseigner wäre sinnvoll nur als Halbteilungsklausel denkbar. Eine Anknüpfung an das Geschlecht der Anteilseigner ist kaum vorstellbar, da diese auch juristische Personen sein können.

Demzufolge wäre eine Quotenregelung denkbar, die eine hälftige Verteilung sämtlicher Sitze im Aufsichtsrat vorsieht. Dabei könnten getrennte Vorgaben für die Vertreter der Anteilseigner und der Arbeitnehmer gelten, so dass beide Seiten ihre Sitze je zur Hälfte mit Frauen besetzen müssten. Alternativ könnte eine Gesamtvorgabe für das Gremium statuiert werden, die es ermöglicht, dass sich beide Seiten über die Bestellung von Frauen und Männern so verständigen, dass die Sitze im Aufsichtsrat insgesamt jeweils zur Hälfte mit Vertretern beider Geschlechter besetzt sind.

Der entscheidende Nachteil solcher Regelungen ist ihre mangelnde Flexibilität, welche eine praktikable und gerechte Handhabung erschwert. Besonderheiten des Einzelfalls, beispielsweise in reinen Familienunternehmen, kann kaum Rechnung getragen werden, da die Verteilung der Aufsichtsratsmandate bezüglich des Geschlechts der Kandidaten bis auf den letzten Sitz exakt festgelegt wäre. Von daher ist es fraglich, ob solche Klauseln, die ein starres Besetzungsergebnis bezüglich des Geschlechts der Aufsichtsratsmitglieder erzwingt, nicht „absolut und unbedingt“ im Sinne der Rechtsprechung des EuGH und damit unzulässig sind.

Es wäre bei starren Quotenvorgaben zwar nicht jedes Auswahlresultat bezüglich einzelner Personen automatisch vorgegeben, da bei mehreren Sitzen eine gewisse Verteilungsmasse besteht. Dieser Befund ändert jedoch nichts daran, dass sämtliche zu vergebende Sitze im Aufsichtsrat ein bestimmtes Geschlecht als unmittelbar diskriminierende Zugangsvoraussetzung haben würden. Andere geschlechtsneutrale Auswahlkriterien hätten wegen der starren Vorgabe nur noch ergänzende Funktion und würden somit degradiert, obwohl gerade sie nach der Vorgabe des Art. 14 Abs. 1 lit. a) RL 2006/54/EG im Vordergrund stehen sollen. Von einer „objektiven Beurteilung“ der Eignung jedes Kandidaten kann keine Rede mehr sein, da kein einziger Posten unabhängig vom Geschlecht vergeben werden kann. Eine solche Entwicklung liefe der angestrebten vollen Gleichstellung der Geschlechter direkt entgegen und könnte auf Dauer Separierungstendenzen an Stelle der angestrebten Egalisierung der Geschlechter fördern. Das Verhältnis von der Regel, dass Aufsichtsratssitze unabhängig vom Geschlecht der Bewerber zu besetzen sind, zu der Ausnahme, dass zur Förderung des unterrepräsentierten Geschlechts ausnahmsweise an das Geschlechtsmerkmal angeknüpft werden darf, würde in nicht erforderlichem und damit unverhältnismäßigem Maße verschoben werden.

Hinzu kommt, dass unter der vollen Gleichberechtigung von Frauen und Männern im Arbeitsleben eben nicht eine geschlechterbezogene Ergebnisgleichheit im Sinne einer absolut paritätischen Verteilung der Aufsichtsratssitze zu verstehen ist<sup>99</sup>. Die hälftige Verteilung der zu besetzenden Sitze ist nur eines von mehreren möglichen Szenarien und nicht das allein richtige Ergebnis eines benachteiligungsfreien Auswahlprozesses<sup>100</sup>. Dies zeigt sich auch daran, dass die Vermutung für eine mittelbare Diskriminierung nur bei signifikanter Unterrepräsentanz eines Geschlechts eingreift und nicht schon dann, wenn nur keine hälftige Beteiligung von Frauen und Männern in einem bestimmten Bereich vorliegt.

Es wäre grundsätzlich denkbar, die starre Ergebnisvorgabe durch eine Härtefallklausel zu öffnen und über unbestimmte Rechtsbegriffe geschlechtsneutralen Auswahlaspekten Raum zu schaffen. Solchen Überlegungen hat der EuGH jedoch in der *Abrahamsson*-Entscheidung eine Absage erteilt<sup>101</sup>. Die Tragweite der Einschränkung müsste sich genau bestimmen lassen. Dies ist bei der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe regelmäßig nicht der Fall, so dass die Auswahlentscheidung letztlich allein auf dem Geschlecht der Kandidaten beruhen würde, was unzulässig ist.

---

<sup>99</sup> Vgl. *Sacksofsky*, Positive Maßnahmen und Verfassungsrecht, ZESAR 2004, 208 (208).

<sup>100</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 17. 10. 1995 – C-450/93 (*Kalanke*), Slg. 1995, I-3051 RdNr. 23.

<sup>101</sup> EuGH, Urteil vom 6. 7. 2000– C-407/98 (*Abrahamsson*), Slg. 2000, I-5539 RdNr. 53.

Eine exakte Vorgabe des nationalen Gesetzgebers bezüglich des Geschlechts sämtlicher Aufsichtsratsmitglieder wäre ein unverhältnismäßiger Eingriff in das individuelle Recht der Bewerber auf geschlechtsneutrale Auswahl und nicht als positive Maßnahme nach Art. 141 Abs. 4 EG zu rechtfertigen.

## (6) Mindestanteilsquote

Auch durch Mindestbeteiligungsklauseln ließe sich der Frauenanteil in Aufsichtsräten erhöhen. Diese unterscheiden sich von starren Regelungen dadurch, dass sie lediglich gewisse Mindeststandards bei der Besetzung des Aufsichtsrates mit Frauen und Männern vorgeben und den Entscheidungsträgern ansonsten freie Hand lassen. Denkbar sind sowohl fixe Quoten, wie zum Beispiel eine Drittelbeteiligung der Geschlechter, als auch andere gestaffelte Vorgaben. In Norwegen existiert für die Vertreter der Anteilseigner das folgende Modell<sup>102</sup>, welches vom Europäischen Parlament ausdrücklich begrüßt wurde<sup>103</sup>:

Beide Geschlechter müssen in den Boards wie folgt vertreten sein:

1. Wenn das Board aus zwei oder drei Mitgliedern besteht, müssen beide Geschlechter vertreten sein.
2. Wenn das Board aus vier oder fünf Mitgliedern besteht, müssen beide Geschlechter mit jeweils mindestens zwei Personen vertreten sein.
3. Wenn das Board aus sechs bis acht Mitgliedern besteht, müssen beide Geschlechter mit jeweils mindestens drei Personen vertreten sein.
4. Wenn das Board aus neun Mitgliedern besteht, müssen beide Geschlechter mit jeweils mindestens vier Personen vertreten sein, und wenn das Board aus mehr als neun Mitgliedern besteht, muss jedes Geschlecht mit einer Quote von mindestens 40% vertreten sein.
5. Ziffer 1 bis 4 sind auch auf die Wahl von Ersatzmitgliedern anwendbar.

Unabhängig von der Quotenregelung für die Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner besteht in Norwegen eine eigene Quote für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat<sup>104</sup>. Danach müssen beide Geschlechter vertre-

---

<sup>102</sup> *Frost/Linnainmaa*, Corporate Governance: Frauen im Aufsichtsrat – Können wir von unseren skandinavischen Nachbarn lernen?, AG 2007, 601 (604).

<sup>103</sup> Entschließung des Europäischen Parlaments zu den Perspektiven von Frauen im internationalen Handel vom 28. 9. 2006, A6-0254/2006.

<sup>104</sup> *Frost/Linnainmaa*, Corporate Governance: Frauen im Aufsichtsrat – Können wir von unseren skandinavischen Nachbarn lernen?, AG 2007, 601 (605).

ten sein, wenn mindestens zwei Mitglieder des Boards aus dem Kreis der Arbeitnehmer entsandt werden. Diese Bestimmung findet jedoch nur dann Anwendung, wenn beide Geschlechter am Wahltag mit einem Anteil von mindestens 20% in der Belegschaft vertreten sind.

Wenn lediglich zwei Vertreter der Arbeitnehmer in den Aufsichtsrat bestellt werden, ergibt sich automatisch die Vorgabe, dass ein Mann und eine Frau ausgewählt werden müssen. Eine starre Halbteilungsvorgabe gilt auch für die Bestellung von zwei, vier und sechs Vertretern der Anteilseigner. Dies ist, wie bereits oben geschildert wurde, unverhältnismäßig, weil damit das Geschlecht als Auswahlkriterium eine unzulässige Dominanz gegenüber sachlichen Kriterien gewinnt. Kein Sitz könnte unabhängig vom Geschlecht vergeben werden.

Soweit drei oder mehr Vertreter der Arbeitnehmer bestellt werden, wandelt sich die absolute Verteilung der Sitze nach dem Geschlechtsmerkmal in eine Mindestbeteiligungsklausel, deren Wirkung immer geringer wird, je mehr Sitze zu vergeben sind. Die Quotenvorgabe wird erfüllt, wenn beide Geschlechter jeweils mit mindestens einem Sitz vertreten sind. Die übrigen Posten können anhand geschlechtsunabhängiger Kriterien vergeben werden.

Für die Vertreter der Anteilseigner greift eine gestaffelte Vorgabe über die Mindestbeteiligung beider Geschlechter ein: Bei drei Mitgliedern ein Drittel, bei fünf Mitgliedern zwei Fünftel, bei sieben Mitgliedern drei Siebtel, bei acht Mitgliedern drei Achtel, bei neun Mitgliedern vier Neuntel und darüber hinaus 40%.

Mindestanteilsquoten erzwingen eine anteilige Besetzung des Aufsichtsrates mit Vertretern beider Geschlechter. Damit könnte die signifikante Unterrepräsentanz von Frauen und die damit verbundene Indizwirkung bezüglich einer mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts zuverlässig verhindert werden. Zugleich bleibt den Entscheidungsträgern bezüglich eines Teils der Sitze ein freier Entscheidungsspielraum zur Auswahl unabhängig vom Geschlecht der Kandidaten. Eine objektive Beurteilung der zur Auswahl stehenden Kandidaten ist somit, wenn auch eingeschränkt, möglich. Jeder Kandidat hat die Möglichkeit, sich über den Weg der Bestenauslese im Auswahlverfahren gegen seine Konkurrenten durchzusetzen und so einen derjenigen Sitze im Aufsichtsrat zu sichern, die unabhängig vom Geschlecht zu vergeben werden können. Die Quote gilt bei geschlechtsneutraler Formulierung zwar auch für Männer, praktische Auswirkungen hätte dies angesichts der derzeitigen Präsenz von Männern in den Aufsichtsräten jedoch nicht.

Eine Mindestbeteiligungsklausel, etwa in Form einer Drittelquote, wäre flexibel zu handhaben. Würden, um bei dem Beispiel der Drittelquote zu bleiben, zwei Drittel der Arbeitnehmersitze im Aufsichtsrat anhand des Geschlechts vergeben, so bliebe ein Drittel der Sitze frei, für die kein Vorrang von Bewerbern wegen ihres Geschlechts bestünde. Das freie Drittel

der Sitze kann ausschließlich anhand geschlechtsneutraler Auswahlkriterien vergeben werden. Die Eignung der Kandidaten kann im Wege einer objektiven Beurteilung festgestellt werden. Da Frauen und Männer jeweils mindestens ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder stellen, kann es nicht zu einer derart großen Unterrepräsentanz eines Geschlechts kommen, dass eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts vermutet werden könnte.

Ein weniger belastendes und ebenso effektives Mittel zur Förderung der vollen Gleichstellung von Frauen und Männern bei der Besetzung von Aufsichtsräten ist nicht ersichtlich. Die Verteilung eines Teils der Aufsichtsratsmandate anhand des Geschlechts ist somit erforderlich, um eine Benachteiligung von Frauen bei der Besetzung von Aufsichtsräten zu verhindern.

### **(7) Zwischenergebnis**

Nationale Quotenregelungen für die Besetzung von Aufsichtsräten sind nur in Gestalt von Mindestanteilsquoten, die Geschlechtervorgaben für einen Teil der zu vergebenen Sitze statuieren, zur Verhinderung von Benachteiligungen wegen des Geschlechts erforderlich. Die zur Entscheidung berufenen Stellen müssen einen Teil der Posten unabhängig vom Geschlechtsmerkmal besetzen können.

Denkbar ist sowohl eine einheitliche Quotenregelung für den gesamten Aufsichtsrat als auch ein Mischsystem, in dem verschiedene Quoten für die Vertreter der Anteilseigner und der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat gelten. Zum Beispiel könnte für die Vertreter der Anteilseigner eine fixe Mindestbeteiligungsklausel statuiert werden, während für die Arbeitnehmervertreter eine an Belegschaftsanteile gekoppelte Minderheitenquote gilt.

Zur Vermeidung unverhältnismäßiger Ergebnisse, die in Kollision zum verfassungsrechtlich geschützten Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG) geraten könnten, ist durch eine Ausnahmeklausel spezifischen Besonderheiten einzelner Unternehmen Rechnung zu tragen. So sollte beispielsweise ein reines Familienunternehmen, dessen Anteile allein den Händen der Mitglieder einer oder mehrerer Familien liegen, nicht dazu gezwungen werden, ein externes, nicht familienangehöriges Mitglied in den Aufsichtsrat zu entsenden, wenn unter den weiblichen Familienmitgliedern niemand über die für eine Mitgliedschaft im Aufsichtsrat erforderliche Qualifikation (vgl. Ziff. 5.4.1 des Deutschen Corporate Governance-Kodex) verfügt.

Dessen ungeachtet sind flankierende Maßnahmen zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit von Frauen und die Aufnahme von Programmsätzen in die Gesetze ebenfalls zulässig.

## (8) Rechtsfolgen bei Verstößen

Die Verabschiedung einer Quotenregelung über die Beteiligung von Frauen und Männern bei der Besetzung von Aufsichtsräten würde auch die Frage aufwerfen, welche Rechtsfolgen im Falle von Verstößen vorzusehen sind. Die Wirksamkeit einer Geschlechterquote für die Förderung der vollen Gleichbehandlung von Frauen und Männern hängt maßgeblich davon ab, wie auf Verstöße reagiert wird. Gemeinschaftsrechtlich bedeutsam ist diese Frage freilich nur insoweit, als sie das Recht der Bewerber auf Gleichbehandlung betrifft. Betrifft die Rechtsfolge wirtschaftliche Grundfreiheiten der beteiligten Personen, wie etwa Eigentum, Berufsfreiheit oder Koalitionsfreiheit, so richtet sich die Rechtfertigung des Eingriffs nach den Vorgaben der nationalen Rechtsordnung.

Die Statuierung von Programmvorschriften, wie § 4 Abs. 4 DrittelbG zur Förderung der vollen Gleichbehandlung von Frauen und Männern, die keine Rechtsfolge an Verstöße knüpfen, hat kaum nennenswerte Auswirkungen auf das Gleichbehandlungsrecht der Bewerber um ein Aufsichtsratsmandat. Dementsprechend bestünden keine gemeinschaftsrechtlichen Bedenken<sup>105</sup>.

In Norwegen führt die Verletzung der dortigen Quotenvorschriften zur Auflösung der Gesellschaft durch Gerichtsbeschluss, wenn die Gesellschafter die Auflösung nicht bereits vorher durch Gesellschafterbeschluss herbeigeführt haben<sup>106</sup>. Diese Rechtsfolge wurde nicht speziell für die Einhaltung der Quotenvorgaben statuiert, sondern stellt die gewöhnliche Sanktion für die Nichterfüllung gesetzlicher Auflagen dar. Vor Einleitung des Auflösungsverfahrens ist der Gesellschaft eine angemessene Frist zur Abhilfe zu setzen. Die Auflösung kann nach Ablauf der Frist unter Androhung von Bußgeldern vom norwegischen König unter Setzung weiterer Fristen verhindert werden, wenn ihr „substantielle soziale Erwägungen“ entgegen stehen. Bei konsequenter Umsetzung könnten Verstöße gegen die Quotenregelung dazu führen, dass kein Bewerber ein Aufsichtsratsmandat erhält, weil das Unternehmen aufgelöst wird. Dies ist sicherlich nicht erforderlich, um Benachteiligungen von Frauen bei der Besetzung von Aufsichtsräten zu verhindern. Auch in Norwegen wurde die Auflösung von Gesellschaften wegen Verstößen gegen die Quotenvorgabe bislang nicht ernsthaft in Betracht gezogen<sup>107</sup>.

Erheblich näher als die Auflösung der ganzen Gesellschaft liegt die Anordnung einer Neubestellung des Aufsichtsrates. Ein solches Verfahren könnte von Amts wegen durch staatliche Stellen eingeleitet werden, welche für

---

<sup>105</sup> EuGH, Urteil vom 28. 3. 2000 – C-158/97 (*Badeck*), Slg. 2000, I-1875 RdNr. 65.

<sup>106</sup> *Frost/Linnainmaa*, Corporate Governance: Frauen im Aufsichtsrat – Können wir von unseren skandinavischen Nachbarn lernen?, AG 2007, 601 (604).

<sup>107</sup> Vgl. *Frost/Linnainmaa*, Corporate Governance: Frauen im Aufsichtsrat – Können wir von unseren skandinavischen Nachbarn lernen?, AG 2007, 601 (604).

die Überwachung der ordnungsgemäßen Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder zuständig wären. Alternativ wäre denkbar, Privaten, die ein berechtigtes Interesse an der ordnungsgemäßen Bestellung des Aufsichtsrates nachweisen können, eine Anfechtungsmöglichkeit einzuräumen. Die erneute Bestellung des Aufsichtsrates bei Verstößen gegen die rechtmäßige Quotenvorgabe wäre gemeinschaftsrechtlich unbedenklich. Dass die Kandidaten sich einem weiteren Auswahlverfahren stellen müssen, verletzt sie nicht in ihrem Recht auf geschlechtsneutrale Behandlung.

### cc) Angemessenheit

Auch wenn neben der Quotenvorgabe kein ebenso effektives Mittel zur Verfügung steht, mit dem die Benachteiligung von Frauen bei der Besetzung von Aufsichtsräten verhindert werden könnte, so müssen die Nachteile der diskriminierenden Quotenregelung in einem angemessenen Verhältnis zu den mit ihr angestrebten Vorteilen stehen.

Positive Maßnahmen, die das kollektive Anliegen einer Verbesserung des Zugangs von Frauen zur Erwerbstätigkeit auf allen Ebenen des Arbeitslebens fördern, führen zu einer individuellen Benachteiligung von Männern wegen ihres Geschlechts. Diese Belastung des Individuums müsste im typischen Einzelfall angemessen sein.

Eine Quotenregelung könnte dazu führen, dass ein Mann kein Aufsichtsratsmandat erlangt, obwohl er besser qualifiziert ist als eine an seiner Stelle auf Grund der Quotenregelung berufene Frau. Die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder erfolgt in erster Linie durch Wahlen. Eine Bewerberauswahl durch Wahl erfolgt nicht ausschließlich anhand nachprüfbarer „harter“ Kriterien, wie etwa den Leistungsdaten in der beruflichen Laufbahn, sondern es spielen zu einem nicht unerheblichen Teil „weiche“ Merkmale, wie subjektiv empfundene Vertrauenswürdigkeit oder Charisma, eine Rolle. Dementsprechend ist die Berufung für ein Aufsichtsratsmandat von vornherein nicht so stark qualifikationsabhängig wie etwa eine Beförderung in der Laufbahn von Angehörigen des öffentlichen Dienstes und auch im privaten Sektor. Eine „objektive Beurteilung“ der Leistungsdaten der Bewerber um ein Aufsichtsratsmandat findet nur in eingeschränkter Weise statt. Auch ohne Quotenregelung kann selbst die beste fachliche Qualifikation nicht garantieren, dass der entsprechende Kandidat in den Aufsichtsrat bestellt wird. Durch die Statuierung einer Mindestanteilsquote bliebe bei der Besetzung eines mehrköpfigen Gremiums zudem stets die Möglichkeit, die nicht für Vertreter eines Geschlechts reservierten Sitze unabhängig von diesem Kriterium mit den qualifiziertesten Personen zu besetzen.

Die Erhöhung des Frauenanteils in Aufsichtsräten hat notwendigerweise zur Folge, dass der Anteil von Männern in den Gremien sinkt. Die Einführung einer nationalen Geschlechterquote in Deutschland hätte bei den derzeitigen Verhältnissen zur Folge, dass viele Männer ihre Aufsichtsrats-

mandate im Zuge der turnusmäßigen Neubesetzung abgeben müssten. Betroffen wäre auch die Generation „nachwachsender“ männlicher Kandidaten für die Aufsichtsräte, deren Aussichten auf Erlangung eines Sitzes zukünftig erheblich schlechtere wären.

Im Gegenzug zum Ausscheiden bzw. der Nichtberücksichtigung von Männern würde sich vielen Frauen die Chance bieten, Aufsichtsratsmandate zu übernehmen, die durch die Quotenregelung für weibliche Aufsichtsratsmitglieder reserviert wären. Mit der vorläufig erzwungenen, stärkeren Repräsentanz von Frauen im Aufsichtsrat und einer Bewährung im Tagesgeschäft wäre aller Wahrscheinlichkeit nach eine wachsende Akzeptanz weiblicher Personen in Leitungsfunktionen auf den obersten Ebenen der Wirtschaft verbunden. Dadurch, so die Erwartung, wird sich die Quotenregelung mit der Zeit selbst erledigen, weil auch ohne Zwang eine Benachteiligung von Frauen unterbleibt.

Denjenigen Männern, die auf Grund einer Quotenregelung nicht bei der Besetzung des Aufsichtsrats berücksichtigt werden, würde damit in der Regel nicht ihre wirtschaftliche Lebensgrundlage entzogen. Eine Vergütung der Aufsichtsratsarbeit bildet nur in den seltensten Fällen die Grundlage des Lebensunterhalts. Soziale Aspekte stehen einer Geschlechterquote demnach nicht entgegen.

Schwerer wiegt der ideelle Aspekt einer Selbstverwirklichung durch die Tätigkeit im Aufsichtsrat, welche durch eine Quotenregelung im Einzelfall wegen der Zugehörigkeit zum männlichen Geschlecht verhindert würde. Dem ist freilich entgegenzuhalten, dass ohne eine Quotenregelung eine mittelbare Benachteiligung von Frauen stattfindet, welche deren individuelle Selbstverwirklichung durch Zugang zur Aufsichtsratsarbeit in zahlreichen Fällen verhindert. Es ist daher festzuhalten, dass sowohl mit als auch ohne Quotierung der Aufsichtsratsmandate Benachteiligungen wegen des Geschlechts stattfinden. Die „offene“ individuelle Benachteiligung von Männern durch eine Quote wiegt nicht schwerer als die „versteckte“ faktische Benachteiligung von Frauen ohne Quotenregelung. Der hohe Anteil von Männern in Aufsichtsräten und die relativ hohen Chancen auf Erlangung eines Mandats beruhen schließlich neben anderen Faktoren auch darauf, dass Männer aus der derzeit stattfindenden mittelbaren Benachteiligung von Frauen Profit schlagen. Die Quotenregelung knüpft direkt an die bestehende Benachteiligung von Frauen an und wirkt ihr durch die Gewährung von Vorteilen entgegen, wobei eine formale Schlechterstellung von Männern vor dem Hintergrund dieser Ausgangssituation unumgänglich ist.

Demzufolge ist eine Geschlechterquote für die Besetzung des Aufsichtsrates nur dem Anschein nach diskriminierend und beseitigt in Wirklichkeit

die bestehende faktische Ungleichheit der Zugangschancen<sup>108</sup>. Die formale unmittelbare Benachteiligung der Männer verhindert die mittelbare Benachteiligung von Frauen bei der Besetzung von Aufsichtsräten und bewirkt somit eine Gleichstellung der Geschlechter in diesem Bereich. Um den betroffenen Personen den Übergang zur neuen Rechtslage zu erleichtern, könnte der Mindestanteil schrittweise auf das anvisierte Maß gesteigert werden.

Im Ergebnis ist die durch eine Quotenregelung verursachte individuelle Benachteiligung von Männern, die ein Aufsichtsratsmandat anstreben, nicht unangemessen im Verhältnis zu der einher gehenden Verhinderung der mittelbaren Benachteiligung von Frauen und den langfristig zu erwartenden positiven Effekten für die faktische Gleichstellung der Geschlechter im Arbeitsleben.

### 3. Zwischenergebnis

Die Ausnahmebestimmung in Art. 3 RL 2006/54/EG i.V. mit Art. 141 Abs. 4 EG erlaubt es denjenigen Mitgliedstaaten, in denen Frauen bei der Besetzung von Aufsichtsräten wegen ihres Geschlechts benachteiligt werden, Geschlechterquoten in Form von Mindestanteilsquoten für die Besetzung von Aufsichtsräten festzulegen.

---

<sup>108</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 25. 10. 1988 – C-312/86 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1988, 6315 RdNr. 15.

## D. Fazit

Der deutsche Gesetzgeber kann in gemeinschaftsrechtlich zulässiger Weise eine Quotenregelung einführen, die eine Mindestbeteiligung beider Geschlechter im Aufsichtsrat vorsieht. Diese Quote muss unter 50% bleiben, damit jedenfalls ein Teil der Aufsichtsratssitze quotenunabhängig besetzt werden kann. Ohne weiteres zulässig ist es dagegen, diese Quote über einen längeren Zeitraum kontinuierlich (z.B. von eingangs 25% auf später 33% oder einen höheren Prozentsatz) ansteigen zu lassen. Spezifischen Besonderheiten einzelner Unternehmen, etwa solcher, die sich allein im Familienbesitz befinden, ist durch Ausnahmegesetze Rechnung zu tragen.

Die gesetzliche Regelung ist solange zulässig, bis die volle Gleichstellung von Frauen und Männern im Arbeitsleben erreicht ist. Der Gesetzgeber hat ihre Erforderlichkeit im Hinblick auf die Erreichung dieses Zieles regelmäßig zu überprüfen.

Die Bundesrepublik Deutschland hat der Kommission alle vier Jahre den Wortlaut der entsprechenden Normen sowie Berichte über diese Maßnahme und deren Durchführung zu übermitteln (Art. 31 Abs. 2 Satz 1 RL 2006/54/EG).

Köln, den 8. Juli 2009

(Rolf)