



LUDWIG-  
MAXIMILIANS-  
UNIVERSITÄT  
MÜNCHEN

**Dr. Martin Heidebach**  
Institut für Politik und Öffentliches Recht  
Ludwig-Maximilians-Universität München



# **Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst u.a.**

im Auftrag des

**Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend**

**Dr. Martin Heidebach**

Institut für Politik und öffentliches Recht

Juristische Fakultät

Ludwig-Maximilians-Universität München



## Inhaltsverzeichnis:

A.	Zusammenfassung .....	1
B.	Einführung.....	2
C.	Verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Rahmen .....	3
I.	Verfassungsrechtliche Vorgaben.....	4
1.	Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG .....	4
a)	Geschlechtsbezogene Quotenregelungen lassen sich verfassungsrechtlich rechtfertigen.....	4
b)	Reichweite des Rechtfertigungsgrunds aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG.....	5
aa)	Schonender Ausgleich.....	5
bb)	Herstellung von Chancengleichheit.....	5
c)	Verfassungsrechtliche Grenzen für Quotenregelungen.....	6
aa)	Leistungsbezogene Quoten grundsätzlich verfassungsgemäß .....	6
bb)	Unterrepräsentation als Voraussetzung der Benachteiligung .....	6
(1)	Bezugsgröße für die Unterrepräsentation.....	7
(2)	Schluss von der Unterrepräsentation auf die Benachteiligung .....	8
cc)	Problem der starren Quoten.....	9
(1)	Tatsächliche benachteiligende Unterrepräsentation.....	10
(2)	Schonender Ausgleich bezüglich der Benachteiligung von Männern .....	10
2.	Art. 33 Abs. 2 GG .....	11
a)	leistungsbezogene Quotenregelungen .....	11
b)	starre Quotenregelungen.....	11
aa)	Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht .....	11
bb)	Keine Beeinträchtigung von Art. 33 Abs. 2 GG .....	12
II.	Europarechtliche Vorgaben.....	13
D.	Entwurf des Bundesgleichstellungsgesetzes.....	15
I.	Männerquote (§ 8 Abs. 1 S. 5 BGleIG).....	15
1.	§ 8 Abs. 1 Satz 5 BGleIG regelt leistungsbezogene Männerquote.....	15
2.	Verfassungswidrigkeit der Männerquote .....	15

a)	Problem der Bezugsgröße bei der Feststellung der Unterrepräsentation.....	16
b)	Unterrepräsentation entspricht nicht Benachteiligung.....	16
c)	Fazit: Verfassungswidrigkeit der Männerquote .....	17
3.	Folgeprobleme der Einführung einer Männerquote.....	18
a)	Klagemöglichkeit nicht berücksichtigter Männer .....	18
b)	Unbestimmtheit des § 8 Abs. 4 BGleiG .....	18
c)	Gleichstellungsbeauftragte .....	19
4.	Empfehlung: Streichung des § 8 Abs. 1 Satz 5 BGleiG .....	19
II.	Effektivere Ausgestaltung der Frauenquote (§ 8 Abs. 1 Satz 1 BGleiG).....	19
1.	Modernisierung 1: Quotenregelung bei Einstiegsämtern überflüssig .....	20
2.	Modernisierung 2: Derzeitige Quotenregelung bezüglich des beruflichen Aufstiegs nicht wirksam.....	20
a)	Problem der fehlenden Wirksamkeit .....	20
b)	Lösungsvorschlag.....	21
c)	Hinweise für die Ausgestaltung.....	22
aa)	Bezugsgröße Frauenanteil in den Eingangsämtern .....	22
bb)	Schonender Ausgleich hinsichtlich der Ungleichbehandlung der Männer..	22
E.	Entwurf des Bundesgremienbesetzungsgesetzes.....	23
I.	Grundeinschätzung: Systemwechsel zum bisherigen Bundesgremienbesetzungsgesetz.....	23
1.	Starre Quote in den Aufsichtsgremien .....	24
2.	„Weiche“ Quote für wesentliche Gremien .....	24
3.	Keine Quote für die übrigen Gremien .....	24
4.	Verfassungsrechtliche Bewertung .....	25
II.	Verfassungs- und europarechtliche Beurteilung der starren Geschlechterquote in § 4 Abs. 1 Satz 1 BGremBG .....	25
1.	Männerquote verfassungsrechtlich bedenklich.....	25
2.	Verfassungs- und europarechtliche Risiken der starren Frauenquote .....	26
a)	Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht .....	26
b)	Vereinbarkeit mit dem Europarecht .....	26

---

c) Möglichst schonende Ausgestaltung der starren Quote .....	27
III. Auslegungsprobleme.....	28
1. Funktionsgebundene Gremienbesetzung.....	28
2. Verhältnis von § 3 Nr. 2 zu § 3 Nr. 1 BGremBG.....	29
3. Fehlende Sanktionierung der Nichteinhaltung .....	29

## A. Zusammenfassung

Die Stellungnahme befasst sich mit der Frage, inwieweit das novellierte Bundesgleichstellungsgesetz und das novellierte Bundesgremienbesetzungsgesetz mit dem Verfassungsrecht und dem Europarecht vereinbar sind. Zusammenfassend kommt sie zu **folgenden Ergebnissen**:

### **E r s t e n s :**

Die wesentliche Neuerung des Bundesgleichstellungsgesetzes ist die Einführung einer „Männerquote“ für den öffentlichen Dienst. Nach § 8 Abs. 1 Satz 5 BGleiG sind künftig Männer bei Einstellung und beruflichem Aufstieg zu bevorzugen, wenn sie in einem Bereich unterrepräsentiert sind und die gleiche Qualifikation wie ihre Mitbewerberinnen aufweisen. **Diese Form der Männerförderung ist verfassungswidrig.** Bei richtiger Betrachtung sind Männer in Führungspositionen nicht unterrepräsentiert. Wo Männer in Eingangsämtern unterrepräsentiert sind, dürften sie nicht benachteiligt sein. Tatsächliche Benachteiligung ist aber Voraussetzung für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der in der Männerförderung liegenden Ungleichbehandlung zulasten der Frauen durch Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG. Aus verfassungsrechtlichen Gründen ist deshalb zu raten, § 8 Abs. 1 Satz 5 BGleiG und § 8 Abs. 4 BGleiG zu streichen (näher zum Ganzen unten D. I.).

### **Z w e i t e n s :**

Im Hinblick auf die Frauenförderung mithilfe einer Quote ändert das novellierte Bundesgleichstellungsgesetz nichts. Es bleibt bei der bisherigen Regelung, dass Frauen bei gleicher Qualifikation zu bevorzugen sind. Diese Form der **Frauenquote hat sich in der Praxis als wenig effektiv erwiesen.** Das gilt besonders bei Personalentscheidungen für die Führungsebene des öffentlichen Dienstes. Bei der Auswahl zwischen verschiedenen Bewerberinnen und Bewerbern für ein Führungsamt werden die Qualifikationskriterien so ausdifferenziert angewandt, dass es letztlich immer zu einer Reihung der Kandidatinnen und Kandidaten kommt. Damit läuft die Quotenregelung leer, weil sie erst zur Anwendung kommen kann, wenn ein Qualifikationsgleichstand festgestellt wird. Der entscheidende Hebel, um der Frauenquote für die Führungspositionen größere Wirksamkeit zu verleihen, ist deshalb ein **gesetzliches Verbot der Ausdifferenzierung der Qualifikationskriterien.** Dazu könnte § 8 Abs. 1 Satz 3 BGleiG folgendermaßen neu formuliert werden: „Voraussetzung für die Bevorzugung ist, dass Bewerberinnen **eine im Wesentlichen gleiche Qualifikation** aufweisen wie ihre männlichen Mitbewerber.“ Bei der weiteren Ausgestaltung der Frauenquotenregelung ist darauf zu achten, dass sich die damit einhergehende Ungleichbehandlung zulasten der Männer nicht zu stark auswirkt (näher zum Ganzen unten D. II.).

**Drittens:**

Die **Neuregelung des Bundesgremienbesetzungsgesetzes nimmt einen Systemwechsel vor**, ohne dass dies in der Gesetzesbegründung ausdrücklich thematisiert wird. Für nicht wesentliche Gremien des Bundes, die keine Aufsichtsgremien sind, gilt das Gesetz künftig nicht mehr. Der Bund ist – im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage – nicht mehr einfachgesetzlich verpflichtet, in diesen Gremien auf eine gleichberechtigte Besetzung mit Männern und Frauen hinzuwirken (näher zum Ganzen unten E. I.).

**Viertens:**

Die in § 4 Abs. 1 Satz 1 BGremBG geregelte **starre, also nicht leistungsbezogene Geschlechterquote birgt gewisse verfassungs- und europarechtliche Risiken**. Starre Geschlechterquoten werden auf nationaler Ebene in der rechtswissenschaftlichen Literatur überwiegend als verfassungswidrig abgelehnt. Auf europäischer Ebene hat der EuGH derartige Quoten bislang ebenfalls als rechtswidrig eingestuft. Es ist vertretbar, aufgrund der Besonderheiten von Aufsichtsgremien hier ausnahmsweise eine starre Geschlechterquote (das heißt in der Regel Frauenquote) zuzulassen. Der Gesetzgeber begibt sich damit allerdings auf verfassungs- und europarechtlich ungesichertes Terrain (näher zum Ganzen unten E. II.).

**B. Einführung**

Der Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestags hat mich gebeten, als Sachverständiger zu folgenden Gesetzentwürfen Stellung zu nehmen:

- Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst, BT-Drucksache 18/3784 sowie
- Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN: Entwurf eines Gesetzes zur geschlechtergerechten Besetzung von Aufsichtsräten, Gremien und Führungsebenen (Führungskräftegesetz), BT-Drucksache 18/1878.

Entsprechend der Zuständigkeit des Ausschusses beschränke ich meine Ausführungen im Wesentlichen auf Art. 1 und Art. 2 des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, also die Novellierungen des Bundesgremienbesetzungsgesetzes (BGremBG) und des Bundesgleichstel-

lungsgesetzes (BGleiG).<sup>1</sup> In erster Linie prüfe ich, inwieweit die beiden Gesetzesentwürfe die durch das Verfassungsrecht und das Europarecht gezogenen Grenzen beachten.

Die vorliegende Stellungnahme beruht unter anderem auf mehreren Untersuchungen gemeinsam mit Herrn Prof. em. Dr. Dres. h. c. Hans-Jürgen Papier, Präsident des Bundesverfassungsgerichts a.D.<sup>2</sup> Aus Gründen der besseren Lesbarkeit fasst diese Stellungnahme hieraus die wichtigsten Punkte zusammen und beschränkt Literaturnachweise<sup>3</sup> auf das Nötigste. Zur fachwissenschaftlichen Vertiefung einschließlich der umfassenden Auseinandersetzung mit dem juristischen Schrifttum darf ich auf den jüngst im „Deutschen Verwaltungsblatt“ erschienenen Beitrag *Papier/Heidebach*, „Mehr Frauen in Führungspositionen des öffentlichen Dienstes durch Fördermaßnahmen – verfassungs- und europarechtliche Bewertung“<sup>4</sup> verweisen, der als Anlage beigefügt ist.

Die Stellungnahme gliedert sich wie folgt: Zunächst wird kurz der verfassungs- und europarechtliche Rahmen für geschlechtsbezogene Fördermaßnahmen dargestellt. Auf dieser Grundlage erfolgt die Prüfung des novellierten Bundesgleichstellungsgesetzes und des novellierten Bundesgremienbesetzungsgesetzes.

### C. Verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Rahmen

Die verfassungs- und europarechtlich kontroverseste Form der geschlechtsbezogenen Fördermaßnahme ist die Quote. Das Bundesgleichstellungsgesetz und das Bundesgremienbesetzungsgesetz enthalten zwei unterschiedliche Modelle geschlechtsbezogener Quotenregelungen:

§ 8 Abs. 1 Satz 1 BGleiG normiert wie bisher eine so genannte leistungsbezogene Quote. Die Angehörigen des unterrepräsentierten Geschlechts sind (nur) bei gleicher Qualifikation zu bevorzugen. Die Neuerung liegt darin, dass diese Quotenregelung auch auf Männer an-

---

<sup>1</sup> Soweit im Folgenden Paragraphen des BGremBG und des BGleiG zitiert werden, sind die Regelungen des Entwurfs gemeint. Zitate aus den bislang geltenden Gesetzen werden durch den Zusatz a. F. (alte Fassung) gekennzeichnet.

<sup>2</sup> Zwei dieser Untersuchungen sind veröffentlicht: *Papier/Heidebach*, Die Einführung einer gesetzlichen Frauenquote für die Aufsichtsräte deutscher Unternehmen unter verfassungsrechtlichen Aspekten, ZGR 2011, 305 ff.; *Papier/Heidebach*, Mehr Frauen in Führungspositionen des öffentlichen Dienstes durch Fördermaßnahmen – verfassungs- und europarechtliche Bewertung, DVBl. 2015, 125 ff.

<sup>3</sup> Literaturnachweise werden in erster Linie zu den Fragen angeführt, mit denen sich der angefügte Beitrag nicht befasst.

<sup>4</sup> DVBl. 2015, 125 ff. Der Beitrag beruht auf einem Gutachten für das Land Nordrhein-Westfalen zur Frage der Zielquoten für Frauen in Führungspositionen im öffentlichen Dienst sowie zur Verankerung von Sanktionen bei Nichteinhaltung; der vollständige Text des Gutachtens ist abrufbar unter [https://www.mik.nrw.de/fileadmin/user\\_upload/Redakteure/Dokumente/Themen\\_und\\_Aufgaben/Moderne\\_Verwaltung/1407ga\\_zielquoteoedie.pdf](https://www.mik.nrw.de/fileadmin/user_upload/Redakteure/Dokumente/Themen_und_Aufgaben/Moderne_Verwaltung/1407ga_zielquoteoedie.pdf).

zuwenden ist, soweit sie in einem bestimmten Bereich unterrepräsentiert sind (§ 8 Abs. 1 Satz 5 BGG).

§ 4 Abs. 1 Satz 1 BGG normiert erstmals für den Bereich des öffentlichen Dienstes eine so genannte starre Quote. Demnach müssen in einem Aufsichtsgremium mindestens 30 % der vom Bund bestimmten Mitglieder dem unterrepräsentierten Geschlecht angehören, ohne dass ein Qualifikationsvergleich stattfindet.

Bevor diese Regelungen unter D. einer detaillierten Prüfung unterzogen werden können, soll zunächst der verfassungs- und europarechtliche Rahmen für geschlechtsbezogene Quotenregelungen geklärt werden.

## **I. Verfassungsrechtliche Vorgaben**

Verfassungsrechtlich sind geschlechtsbezogene Quotenregelungen allgemein an Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG zu messen. Da die Quoten für den öffentlichen Dienst vorgesehen sind, ist zusätzlich Art. 33 Abs. 2 GG zu beachten.

### **1. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG**

Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG lautet: „Niemand darf wegen seines Geschlechtes (...) benachteiligt oder bevorzugt werden.“

#### **a) Geschlechtsbezogene Quotenregelungen lassen sich verfassungsrechtlich rechtfertigen**

Jede Fördermaßnahme zugunsten eines Geschlechts benachteiligt grundsätzlich das andere Geschlecht, dem die Fördermaßnahme nicht zugänglich ist. Das gilt besonders für Quotenregelungen. Durch geschlechtsbezogene Quotenregelungen wird den Angehörigen des nicht geförderten Geschlechts der Zugang zu bestimmten beruflichen Positionen zumindest zum Teil verwehrt.

Diese Ungleichbehandlung führt aber noch nicht zwingend zur Verfassungswidrigkeit geschlechtsbezogener Fördermaßnahmen. Nach dem allgemeinen Grundsatz der Einheit der Verfassung kann auch eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden. Es muss sich also ein in der Verfassung selbst angelegter Rechtfertigungsgrund für die Ungleichbehandlung finden lassen. Ein solcher Rechtfertigungsgrund ist nach überwiegender Auffassung in der rechtswissenschaftlichen Literatur Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG. Er regelt:

„Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.“



Die Meinung, Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG könne keine Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG rechtfertigen, wird im rechtswissenschaftlichen Schrifttum nur noch vereinzelt vertreten.<sup>5</sup> Ihr steht die höchstrichterliche Rechtsprechung entgegen. Das Bundesarbeitsgericht hat hierzu entschieden: Eine landesrechtliche Vorschrift, nach der Frauen bei gleicher Qualifikation zu bevorzugen sind, kann durch Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG gerechtfertigt sein.<sup>6</sup> Das Bundesverfassungsgericht hatte sich noch nicht ausdrücklich mit geschlechtsbezogenen Quotenregelungen zu befassen. Die verfassungsrechtliche Möglichkeit, Ungleichbehandlungen zulasten eines Geschlechts durch Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG zu rechtfertigen, hat es allerdings anerkannt:

„Fehlt es an zwingenden Gründen für eine Ungleichbehandlung, läßt sich diese nur noch im Wege einer Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht legitimieren (...). Insofern kommt vor allem das (...) Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG in Betracht, das den Gesetzgeber berechtigt, faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, durch begünstigende Regelungen auszugleichen.“<sup>7</sup>

#### **b) Reichweite des Rechtfertigungsgrunds aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG**

Damit ist dem Gesetzgeber die grundsätzliche Möglichkeit eröffnet, geschlechtsbezogene Fördermaßnahmen zu regeln. Jedoch ist sein Spielraum für Quotenregelungen nicht unbeschränkt. Insbesondere zwei verfassungsrechtliche Grenzen sind zu beachten:

##### **aa) Schonender Ausgleich**

Erstens gilt allgemein, dass die Kollision zweier Verfassungsgüter nach dem Grundsatz „praktischer Konkordanz“ aufzulösen ist. Es muss ein verhältnismäßiger, möglichst schonender Ausgleich zwischen den beiden Verfassungsgütern gefunden werden. Der Gesetzgeber hat folglich die Aufgabe, einen schonenden Ausgleich herzustellen zwischen dem Verfassungsauftrag, bestehende Nachteile zwischen den Geschlechtern tatsächlich abzubauen, und dem Verbot, aufgrund des Geschlechts zu diskriminieren.

##### **bb) Herstellung von Chancengleichheit**

Zweitens kann Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG die Ungleichbehandlung zulasten eines Geschlechts nur unter folgender Bedingung rechtfertigen: Die Maßnahme muss dazu dienen, einer bestehenden Chancenungleichheit zwischen den Geschlechtern entgegenzuwirken. Positive

<sup>5</sup> S. die Nachw. in *Papier/Heidebach*, DVBl. 2015, 125 (126 Fn. 13).

<sup>6</sup> BAGE 104, 264 (269)

<sup>7</sup> BVerfGE 92, (91); 114, 357 (364). Mit „zwingenden Gründen“ meint das BVerfG einen weiteren, ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund, den es entwickelt hat: Demnach kann eine Ungleichbehandlung der Geschlechter aus zwingenden biologischen Gründen gerechtfertigt sein. Da dieser Rechtfertigungsgrund im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle spielt, ist nicht weiter auf ihn einzugehen.

Maßnahmen zugunsten eines Geschlechts sind deshalb nur dann verfassungskonform, wenn sie einen tatsächlich vorhandenen Nachteil ausgleichen sollen. Was das genau bedeutet, ist im Einzelnen umstritten. Hierauf ist sogleich unter c) zurückzukommen, wenn die verfassungsrechtlichen Grenzen von Quotenregelungen diskutiert werden.

Weitgehend unumstritten ist jedenfalls, dass Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG nicht die Gleichstellung von Männern und Frauen um ihrer selbst willen legitimieren kann. Die Vorschrift ist keine Grundlage für eine Quotenregelung, die zur paritätischen Besetzung aller gesellschaftlichen Positionen führen soll, ohne dass das unterrepräsentierte Geschlecht tatsächlich benachteiligt ist. Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG, der die „Beseitigung bestehender Nachteile“ zum Inhalt hat. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG ist erst mit der Verfassungsreform des Jahres 1994 in das Grundgesetz aufgenommen worden. In dem Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission aus Bundestag und Bundesrat, auf die die Formulierung von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG zurückgeht, heißt es ausdrücklich:

„Die Wortwahl ‘Beseitigung bestehender Nachteile’ weist darüber hinaus darauf hin, daß Benachteiligungssituationen vorhanden sind, die beseitigt werden sollen.“<sup>8</sup>

### **c) Verfassungsrechtliche Grenzen für Quotenregelungen**

Die Frage ist, welche konkreten verfassungsrechtlichen Grenzen sich ergeben aus der Pflicht zu einem schonenden Ausgleich und der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen zulasten eines Geschlechts (nur) zur Herstellung von Chancengleichheit.

#### **aa) Leistungsbezogene Quoten grundsätzlich verfassungsgemäß**

Leistungsbezogene Quotenregelungen zugunsten von Frauen, wie beispielsweise in § 8 Abs. 1 Satz 1 BGleG, sind praktisch allgemein verfassungsrechtlich akzeptiert. Da Frauen nur bevorzugt werden, wenn ein Qualifikationsgleichstand mit einem männlichen Bewerber besteht, kommt die Quote nur ausnahmsweise zur Anwendung. Sie wirkt sich sehr begrenzt diskriminierend zulasten der Männer aus; damit ist ein schonender Ausgleich hergestellt.

#### **bb) Unterrepräsentation als Voraussetzung der Benachteiligung**

Allerdings kann – wie erwähnt – eine Quotenregelung nur gerechtfertigt sein, wenn sie dem Ausgleich einer Benachteiligung dient. Voraussetzung für eine Bevorzugung ist deshalb, dass die Angehörigen eines Geschlechts in einem bestimmten Bereich unterrepräsentiert sind. Das wirft zwei verfassungsrechtliche Probleme auf.

---

<sup>8</sup> BT-Drucks. 12/6000, S. 50.

### **(1) Bezugsgröße für die Unterrepräsentation**

Erstens stellt sich die Frage, wie Unterrepräsentation festzustellen ist, also anhand welcher Bezugsgröße Unterrepräsentation eines Geschlechts zu bestimmen ist. Es scheint bislang wenig beachtet zu sein, dass Unterrepräsentation in diesem Sinne nicht zwingend am Bevölkerungsanteil der Geschlechter von jeweils ca. 50 % festzumachen ist. Die Unterrepräsentation ergibt sich vielmehr in Relation zu den für eine Position zur Verfügung stehenden Angehörigen eines Geschlechts. Nur in diesem Fall dient die Quote der Verwirklichung von Chancengleichheit. Sind beispielsweise 30 % der für einen Bereich zur Verfügung stehenden Arbeitskräfte Männer, werden diese aber solange bevorzugt eingestellt, bis sie 50 % der Arbeitsplätze besetzen, haben sie eine deutlich höhere Chance als die Frauen, in diesem Bereich einen Arbeitsplatz zu erhalten.

Die entscheidende Frage ist damit, wie sich die Bezugsgröße bestimmen lässt. Natürlich darf sie ihrerseits nicht geschlechtsdiskriminierend sein. Beispielsweise bestünde die Gefahr der diskriminierenden Wirkung, wenn man die Unterrepräsentation eines Geschlechts in der Führungsebene daran festmacht, wie viele Angehörige dieses Geschlechts auf der nächsttieferen Führungsebene vertreten sind. Bei dieser Vorgehensweise ist zu befürchten, dass sich der Effekt der so genannten gläsernen Decke verstärkt. Die jeweils höhere Führungsebene könnte die Anwendbarkeit einer Quotenregelung schon dadurch unterlaufen, dass sie keine Angehörigen des bislang wenig vertretenen Geschlechts in die nächsttiefere Führungsebene aufsteigen lässt. Ist eine diskriminierungsfreie Bestimmung der Bezugsgröße für die Repräsentation eines Geschlechts nicht möglich, so ist im Zweifel auf die Geschlechterverteilung in der Bevölkerung abzustellen. Dann liegt Unterrepräsentation vor, wenn ein Geschlecht in einem bestimmten Bereich mit weniger als 50 % vertreten ist. Im Übrigen hat der Gesetzgeber nach allgemeinen Grundsätzen einen gewissen Typisierungsspielraum bei der Festlegung der Bezugsgröße.

Aus diesen Überlegungen ergeben sich für die Bestimmung der Unterrepräsentation im öffentlichen Dienst folgende Bezugsgrößen: Für Führungspositionen könnte auf das jeweilige Eingangsamts der Laufbahn abgestellt werden. Sind die Angehörigen eines Geschlechts in den Führungspositionen des jeweiligen Bereichs weniger stark vertreten als in den Eingangssämtern, sind sie unterrepräsentiert. Die Bezugnahme auf die Eingangssämter dürfte keinen diskriminierenden Effekt haben. Es ist nicht davon auszugehen, dass weniger Angehörige eines Geschlechts in den öffentlichen Dienst eingestellt werden, um ihren Aufstieg in Führungspositionen zu verhindern. Darauf zu achten ist, dass als Bezugsgröße für Führungspositionen im öffentlichen Dienst nicht die Zahl der Gesamtbeschäftigten eines Bereichs, zum Beispiel eines Bundesministeriums, herangezogen wird. In die Berechnung

dürfen nur diejenigen Beschäftigten einbezogen werden, aus denen sich die Führungskräfte rekrutieren können, also die jeweiligen Eingangssämter.<sup>9</sup>

Bei den Eingangssämtern ist die Bestimmung einer Bezugsgröße für die Repräsentation der Geschlechter wesentlich schwieriger. Es dürfte auch in der Bundesverwaltung Bereiche geben, in denen schon im zur Verfügung stehenden Arbeitskräftepotential eine deutliche Geschlechterdisproportionalität herrscht. Man denke nur an das Pflegepersonal eines Bundeswehrkrankenhauses. In den meisten Bereichen dürfte bei typisierender Betrachtung aber davon auszugehen sein, dass Unterrepräsentation gegeben ist, wenn weniger als 50 % eines Geschlechts in den Eingangssämtern vertreten sind.

## **(2) Schluss von der Unterrepräsentation auf die Benachteiligung**

Ist die Unterrepräsentation auf diese Weise festgestellt, so ist – zweitens – zu prüfen, ob diese Unterrepräsentation eines Geschlechts tatsächlich auf einer Benachteiligung beruht. Diese Frage ist besonders heikel.

Anerkannt ist heute weitgehend: Sind Frauen in Führungspositionen unterrepräsentiert, dann ist dies Folge einer Benachteiligung. Dieser Schluss basiert auf der Beobachtung, dass Frauen trotz steigender Qualifikation und obwohl sie im öffentlichen Dienst mittlerweile in vielen Bereichen mindestens 50 % der Eingangssämter besetzen, in allen Führungspositionen unterrepräsentiert sind. Benachteiligung erfordert dabei nicht, dass Frauen aufgrund ihres Geschlechts gezielt von Führungspositionen ausgeschlossen werden. Es genügen auch mittelbare Effekte: So kann die Benachteiligung darauf beruhen, dass Frauen bei der Auswahl für Führungspositionen übergangen werden, weil ihnen aufgrund von Geschlechterstereotypen weniger Interesse oder Kompetenz für Führungsaufgaben zugeschrieben wird. Die Benachteiligung kann aber auch Folge einer stärkeren familiären Belastung der Frauen sein. Sind Frauen in Führungspositionen unterrepräsentiert, so lässt sich eine Förderung von Frauen auch zulasten der männlichen Konkurrenten grundsätzlich auf Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG stützen. Es geht um die Beseitigung bestehender Nachteile im Sinne dieser Bestimmung des Grundgesetzes.

Sind Männer in einem Bereich unterrepräsentiert – was in Führungspositionen des öffentlichen Dienstes ohnehin nicht der Fall ist – so ist hingegen äußerst zweifelhaft, ob die Unterrepräsentation auf einer tatsächlichen Benachteiligung beruht. Hierauf ist bei der Prüfung von § 8 Abs. 1 Satz 5 BGleIG zurückzukommen.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Insofern weist der so genannte Kienbaum Frauen-Führungsquotient gewisse Unschärfen auf. Er setzt den Frauenanteil in Führungspositionen ins Verhältnis zu dem Frauenanteil an den Gesamtbeschäftigten eines Bundesministeriums.

<sup>10</sup> S. unten D. I.

### cc) Problem der starren Quoten

Mit der Einführung einer starren Quote von 30 % für die Besetzung von Aufsichtsgremien in § 4 Abs. 1 Satz 1 BGremBG betritt der Gesetzgeber verfassungsrechtliches Neuland. Verbindliche starre Quoten sind bislang – soweit ersichtlich – im öffentlichen Dienst nicht geregelt. Eine starre Quote wirkt sich besonders benachteiligend für die Angehörigen des Geschlechts aus, die nicht aufgrund der Quote bevorzugt werden. 30 % der dem Bund zustehenden Sitze in einem Aufsichtsgremium sind nunmehr für ein Geschlecht reserviert. Diese Sitze kann eine Person nicht erhalten, wenn sie nicht das entsprechende Geschlecht aufweist. Daran kann sie auch nichts ändern, selbst wenn sie formal eine bessere Qualifikation aufweist.

Der Wille des historischen Verfassungsgebers steht grundsätzlich einer starren Quotenregelung entgegen. Das genaue Verständnis von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG war in der Gemeinsamen Verfassungskommission aus Bundestag und Bundesrat, auf deren Vorschlag die Vorschrift 1994 in das Grundgesetz aufgenommen wurde, umstritten. Unumstritten war allerdings, dass Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG starre Quoten nicht rechtfertigen könne:

„Die neue Verfassungsbestimmung soll auf Bundes-, Landes- und kommunaler Ebene eine sachgerechte Förderungspolitik zur Erreichung der tatsächlichen Gleichberechtigung bewirken. Es bestand Übereinstimmung darüber, daß diese Bestimmung eine Frauenförderung in Gestalt sog. starrer Quoten nicht gestattet.“<sup>11</sup>

Allerdings bildet dieser historische Verfassungsgeberwille nur einen Anhaltspunkt für die heutige Auslegung der Verfassungsnorm. Der historische Verfassungsgeber dürfte hierbei in erster Linie die Besetzung der gewöhnlichen Ämter im öffentlichen Dienst im Blick gehabt haben. Er wollte wohl vor allem eine geschlechterparitätische Besetzung dieser Ämter um ihrer selbst willen und ohne Qualifikationsbezug ausschließen. Bei Aufsichtsgremien besteht aber bereits das Problem, dass kein klares Qualifikationsprofil gegeben ist, an das man eine leistungsbezogene Quote anknüpfen könnte. Man wird hier deshalb in Bezug auf Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG eine starre Quote nicht von vornherein für verfassungswidrig ansehen können.<sup>12</sup>

Wegen der stärkeren Benachteiligungswirkung der starren Quotenregelung ist aber sicherzustellen, dass die weiteren verfassungsrechtlichen Vorgaben besonders sorgfältig eingehalten werden.

<sup>11</sup> BT-Drucks. 12/6000, S. 50.

<sup>12</sup> Vgl. Papier/Heidebach, ZGR 2011, 305 (320 ff.) zur gleichen Problematik bei der starren Frauenquote für die Aufsichtsräte privater Gesellschaften.

### **(1) Tatsächliche benachteiligende Unterrepräsentation**

Zum einen ist besonders darauf zu achten, dass eine entsprechende Unterrepräsentation des über die Quote geförderten Geschlechts besteht. Die soweit ersichtlich bislang einzige vorhandene starre Quotenregelung in § 15 Abs. 2 Betriebsverfassungsgesetz regelt deshalb:

„Das Geschlecht, das in der Belegschaft in der Minderheit ist, muss mindestens entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis im Betriebsrat vertreten sein, wenn dieser aus mindestens drei Mitgliedern besteht.“

Bezugsgröße für die Repräsentation eines Geschlechts im Betriebsrat ist sein Anteil an der Belegschaft. Für Aufsichtsgremien lässt sich die Bezugsgröße naturgemäß wesentlich schwieriger bestimmen. Dies hängt nicht zuletzt mit dem bereits angesprochenen Problem des fehlenden Qualifikationsprofils zusammen. Der Gesetzgeber geht offensichtlich davon aus, dass unter diesen Bedingungen zumindest jeweils 30 % Angehörige eines Geschlechts für die Tätigkeit in den verschiedenen Aufsichtsgremien des Bundes zur Verfügung stehen. Diese Typisierung dürfte verfassungsrechtlich vertretbar sein.<sup>13</sup> Soweit weniger als 30 % der Mitglieder des Aufsichtsgremiums Frauen sind, lässt sich von der Unterrepräsentation auch auf eine Benachteiligung schließen.<sup>14</sup>

### **(2) Schonender Ausgleich bezüglich der Benachteiligung von Männern**

Zum anderen ergibt sich bei der starren Quote das besondere Problem des schonenden Ausgleichs der Verfassungsgüter. Wie bereits erwähnt, erfordern allgemeine Grundsätze der Verfassungsauslegung Folgendes: Das Ziel aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG, tatsächlich bestehende Nachteile zwischen den Geschlechtern zu beseitigen, und das Verbot aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, anhand des Geschlechts zu differenzieren, verlangen einen schonenden, verhältnismäßigen Ausgleich. Insbesondere ist zu vermeiden, dass das bislang überrepräsentierte Geschlecht durch die Ausgleichsmaßnahmen zu stark benachteiligt wird. Dabei geht es vor allem um die Ausgestaltung des Übergangszeitraums, in dem ein besonderer Nachholbedarf zur Erfüllung einer Quotenregelung besteht. Klar ist, dass derzeit ausnahmslos Männer durch die Anwendung der Quotenregelung belastet werden. Das Dilemma ist: Gerade in den Bereichen, in denen Frauen bislang am deutlichsten unterrepräsentiert sind, besteht der größte Nachholbedarf. Daraus ergibt sich gleichzeitig der stärkste Benachteiligungseffekt zulasten der Männer und das Bedürfnis für dessen Abmilderung.

---

<sup>13</sup> Für einen stärker differenzierenden Ansatz vgl. *Papier/Heidebach*, ZGR 2011, 305 (318 ff.).

<sup>14</sup> S. oben I. 1. c) bb) (2).

Der schonende Ausgleich zwischen den verschiedenen Verfassungsgütern ist in erster Linie Sache des Gesetzgebers. Es besteht also ein gewisser Gestaltungsspielraum.<sup>15</sup> Andererseits ist die Einhaltung der Grenzen des Gestaltungsspielraums einer Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht zugänglich.

## **2. Art. 33 Abs. 2 GG**

Art. 33 Abs. 2 GG lautet: „Jeder Deutsche hat nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte.“

Diese Vorschrift enthält eine spezielle Gleichheitsregelung für den gesamten öffentlichen Dienst und gilt auch für Beförderungen. Deshalb müssen geschlechtsbezogene Quotenregelungen für den öffentlichen Dienst nicht nur mit Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG vereinbar sein, sondern auch die Vorgaben aus Art. 33 Abs. 2 GG beachten.

### **a) leistungsbezogene Quotenregelungen**

Leistungsbezogene Quotenregelungen werfen in dieser Hinsicht keine Probleme auf. Sie kommen erst bei Qualifikationsgleichstand zur Anwendung; die Voraussetzungen von Art. 33 Abs. 2 GG sind damit erfüllt. Leistungsbezogene Quotenregelungen sind folglich im Ergebnis nur an Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG zu messen.

### **b) starre Quotenregelungen**

Anders verhält es sich mit starren Quotenregelungen. Hier werden Angehörige eines Geschlechts bei der Besetzung eines öffentlichen Amtes bevorzugt, ohne dass ein Qualifikationsvergleich zwischen verschiedenen Bewerbern stattfindet. Starre Quoten sind deshalb noch nicht zwingend verfassungswidrig. Es gibt zwei Möglichkeiten, sie verfassungsrechtlich zu legitimieren.

#### **aa) Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht**

Starre, nicht leistungsbezogene Quoten bei der Besetzung einer regulären Stelle des öffentlichen Dienstes beeinträchtigen Art. 33 Abs. 2 GG. Derartige Beeinträchtigungen können nach allgemeinen Grundsätzen nur durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden.

In der Praxis gab es und gibt es Regelungen, die Ausnahmen von Art. 33 Abs. 2 GG machen. Prominentes Beispiel ist das frühere Gesetz über Hilfsmaßnahmen für Spätheimkehrer. Nach dessen § 9a waren so genannte Spätheimkehrer, also deutsche Kriegsgefangene, die erst nach dem 1. Januar 1948 entlassen worden waren, bei der Einstellung in den öf-

---

<sup>15</sup> Zu einem Vorschlag für den schonenden Ausgleich s. unten D. II. 2. c) bb) und E. II. 2. c).

fentlichen Dienst zu bevorzugen. Hierzu mussten sie lediglich die unerlässlichen Mindestvoraussetzungen für das entsprechende Amt erfüllen.<sup>16</sup> Solche Ausnahmen werden durch das kollidierende Verfassungsgut des Sozialstaatsprinzips gerechtfertigt.

Im Hinblick auf geschlechtsbezogene Quoten lässt sich der Förderauftrag aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG als Rechtfertigungsgrund für die Beeinträchtigung des Art. 33 Abs. 2 GG heranziehen. Parallel zur Abwägung zwischen Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG und Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG gilt: Es muss ein schonender Ausgleich zwischen Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG auf der einen Seite und Art. 33 Abs. 2 GG auf der anderen Seite gefunden werden. Außerdem muss die Quotenregelung dazu dienen, bestehende Nachteile auszugleichen, wie es Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG fordert.

Legt man diesen Maßstab an starre Quotenregelungen an, so ist zum einen zweifelhaft, ob sie auf die Herstellung von Chancengleichheit zielen oder nicht vielmehr die Geschlechterparität um ihrer selbst willen bezwecken. Zum anderen fehlt ein schonender Ausgleich, da die Qualifikationskriterien aus Art. 33 Abs. 2 GG überhaupt keine Rolle mehr spielen. Deshalb sind starre Quoten zur Besetzung der regulären Stellen des öffentlichen Dienstes verfassungswidrig.

#### **bb) Keine Beeinträchtigung von Art. 33 Abs. 2 GG**

Diese verfassungsrechtliche Bewertung lässt sich nicht ohne Weiteres auf die Quotenregelung für Gremien übertragen, wie sie in § 4 Abs. 1 Satz 1 BGremBG normiert ist. Fraglich ist, inwieweit Art. 33 Abs. 2 GG auf Gremien überhaupt angewandt werden kann.

Einigkeit herrscht im juristischen Schrifttum darüber, dass Art. 33 Abs. 2 GG nicht für die Wahl echter politischer Gremien gilt.<sup>17</sup> Hier würde die Forderung nach einer qualifikationsbezogenen Auslese schon nicht mit den Wahlrechtsgrundsätzen vereinbar sein. Danach ist prinzipiell jeder Bürger (ab einem gewissen Alter) wählbar. Aufsichtsgremien im Sinne von § 4 Abs. 1 Satz 1 BGremBG sind keine derartigen politischen Gremien.

§ 4 Abs. 1 Satz 1 BGremBG erfasst alle Aufsichtsgremien, für die der Bund Mitglieder bestimmen kann. Das können Aufsichtsgremien privatrechtlicher Gesellschaften sein, an denen der Bund beteiligt ist. In der juristischen Literatur ist umstritten, ob Art. 33 Abs. 2 GG für die Besetzung von Stellen in derartigen Unternehmen gilt, weil es sich nicht unmittelbar um staatliche Ämter handelt.<sup>18</sup> Schließt man sich der Meinung an, dass Art. 33 Abs. 2 GG

<sup>16</sup> S. z. B. BVerwGE 6, 347 (349).

<sup>17</sup> *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 33 Rn. 23; *Höfling*, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 33 Rn. 110 ff.; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 33 Rn. 9; *Masing*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 33 Rn. 43.

<sup>18</sup> Gegen die Anwendung von Art. 33 Abs. 2 GG in diesem Fall bspw.: *Höfling*, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 33 Rn. 107; dafür bspw.: *Masing*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art.



für privatrechtlich organisierte öffentliche Unternehmen nicht gilt, dann sind starre Frauenquoten für deren Aufsichtsgremien nicht an Art. 33 Abs. 2 GG zu messen.

In jedem Fall ist Art. 33 Abs. 2 GG für die Aufsichtsgremien der staatlichen Eigenbetriebe sowie der juristischen Personen des öffentlichen Rechts anzuwenden. Aufgrund der bereits angesprochenen besonderen Struktur von Aufsichtsgremien, für die kein bestimmtes Qualifikationsprofil besteht, wird man hier Art. 33 Abs. 2 GG nur eingeschränkt anwenden können. Deshalb dürften starre Quoten in diesem Bereich jedenfalls nicht gegen Art. 33 Abs. 2 GG verstoßen. Allerdings bewegt sich der Gesetzgeber insoweit auf ungesichertem verfassungsrechtlichem Terrain. Soweit ersichtlich wird die Spezialfrage starrer Frauenquoten in den Aufsichtsgremien öffentlich-rechtlich organisierter Gesellschaften bislang im juristischen Schrifttum kaum diskutiert; Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hierzu gibt es nicht. Im Allgemeinen werden starre Frauenquoten im öffentlichen Dienst in der juristischen Literatur ganz überwiegend als Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG abgelehnt, ohne dass hierbei zwischen den verschiedenen Ämtern differenziert wird.

## II. Europarechtliche Vorgaben

Regelungen über Frauenquoten müssen nicht nur den Vorgaben des deutschen Verfassungsrechts entsprechen. Hier gelten – sogar vorrangig – auch die Anforderungen des Europarechts.

Diese ergeben sich aus der Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Gleichbehandlungsrichtlinie). Deren Art. 14 Abs. 1 lautet:

„Im öffentlichen und privaten Sektor einschließlich öffentlicher Stellen darf es in Bezug auf folgende Punkte keinerlei unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geben:

a) 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;“

Art. 14 Abs. 1 Gleichbehandlungsrichtlinie verbietet folglich geschlechtsbezogene Diskriminierungen beim Zugang zu Arbeitsplätzen und beim beruflichen Aufstieg. Er gilt ausdrücklich auch für den öffentlichen Dienst und nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs

---

33 Rn. 42; *Wendt*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 127 Rn. 73.

der Europäischen Union (EuGH) ebenfalls für die Besetzung von Aufsichtsgremien<sup>19</sup>. In Art. 3 enthält die Gleichbehandlungsrichtlinie eine mit Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG vergleichbare Vorschrift, die auf den heutigen Art. 157 Abs. 4 AEUV verweist. Art. 157 Abs. 4 AEUV lautet:

„Im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben hindert der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen.“

Der EuGH hat bereits mehrfach die Vereinbarkeit mitgliedstaatlicher Regelungen zur Förderung von Frauen mit diesen europarechtlichen Vorgaben geprüft.<sup>20</sup> Die Gesetzesbegründung zu § 4 BGremBG setzt sich mit der Rechtsprechung des EuGH nicht auseinander.<sup>21</sup> Die Rechtsprechung des EuGH ist jedoch maßgeblich für das Verständnis der europarechtlichen Vorgaben. Der EuGH hat in mehreren Entscheidungen folgende rechtliche Anforderungen für Frauenquoten entwickelt:

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

– wenn sie weiblichen Bewerbern, die die gleiche Qualifikation wie ihre männlichen Mitbewerber besitzen, keinen automatischen und unbedingten Vorrang einräumt und

– wenn die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sind, bei der die besondere persönliche Lage aller Bewerber berücksichtigt wird.“<sup>22</sup>

Nach der Rechtsprechung des EuGH sind demnach nur leistungsbezogene Quotenregelungen mit dem Europarecht vereinbar. Besonderen Wert legt der EuGH darauf, dass eine leistungsbezogene Quotenregelung darüber hinaus eine so genannte Härteklausel enthält. Durch die Härteklausel soll sichergestellt werden, dass bei einem Qualifikationsgleichstand mehrerer Bewerber Frauen nur grundsätzlichen Vorrang genießen; im Einzelfall soll sich

---

<sup>19</sup> Vgl. EuGH Rs. C-158/97, *Badeck u. a.*, Slg. 2000, I-1875 Rn. 64 zu der Vorgängerrichtlinie 76/207/EWG.

<sup>20</sup> Zum Teil bezogen sich die Urteile des EuGH auf ähnlich lautende Vorgängerregelungen; umfassend zum Ganzen das Gutachten für das Land Nordrhein-Westfalen zur Frage der Zielquoten für Frauen in Führungspositionen im öffentlichen Dienst sowie zur Verankerung von Sanktionen bei Nichteinhaltung (oben Fn. 4), S. 24 ff.

<sup>21</sup> In BT-Drucks. 18/3784, S. 53 ff. wird die Rspr. des EuGH ebenfalls nicht erwähnt.

<sup>22</sup> EuGH Rs. C-158/97, *Badeck u. a.*, Slg. 2000, I-1875 Rn. 23; ebenso erneut später in der Rs. C-407/98, *Abrahamsson und Anderson*, Slg. 2000, I-5539 Rn. 43.

aber auch ein männlicher Kandidat durchsetzen können, wenn besondere soziale Gründe für ihn sprechen. § 8 Abs. 1 Satz 4 BGleiG regelt eine entsprechende Härteklausele.

Starre Frauenquoten, nach denen ein bestimmter Stellenanteil unabhängig von der Qualifikation nur mit Frauen besetzt werden kann, hat der EuGH bislang als europarechtswidrig abgelehnt. Hierauf ist bei der europarechtlichen Prüfung des § 4 BGremBG zurückzukommen.<sup>23</sup>

## **D. Entwurf des Bundesgleichstellungsgesetzes**

Anhand dieses verfassungs- und europarechtlichen Rahmens können die Gesetzesvorschläge im Einzelnen untersucht werden, im Folgenden zunächst das Bundesgleichstellungsgesetz.

### **I. Männerquote (§ 8 Abs. 1 S. 5 BGleiG)**

Eine wesentliche Neuerung des Bundesgleichstellungsgesetzes ist, dass die Fördermaßnahmen geschlechtsneutral ausgestaltet sind. Das gilt auch für die Regelung über die Quote bei der Einstellung und Beförderung im öffentlichen Dienst in § 8 Abs. 1 BGleiG.

#### **1. § 8 Abs. 1 Satz 5 BGleiG regelt leistungsbezogene Männerquote**

Da es sich aus dem Gesetzestext nicht so eindeutig ergibt, ist klarzustellen, dass § 8 Abs. 1 Satz 1 und Satz 5 BGleiG leistungsbezogene Quotenregelungen enthalten: Sind Angehörige eines Geschlechts in einem bestimmten Bereich unterrepräsentiert, so sind sie bevorzugt zu befördern, wenn ein Qualifikationsgleichstand besteht. Nach der gesetzlichen Definition des § 3 Nr. 10 BGleiG sind die Angehörigen eines Geschlechts unterrepräsentiert, wenn ihr jeweiliger Anteil an den Beschäftigten in einem einzelnen Bereich unter 50 % liegt. § 8 Abs. 1 BGleiG regelt folglich eine leistungsbezogene Frauen- und Männerquote von 50 %.

#### **2. Verfassungswidrigkeit der Männerquote**

Selbstverständlich kann auch eine „Männerquote“ verfassungskonform sein, wenn sie die unter C. I. erläuterten Voraussetzungen erfüllt. Die Gesetzesbegründung erweckt hierbei den Eindruck, dass es sich um eine Regelung „auf Vorrat“ handle, die nur für den Fall eingreife, dass Männer in der Zukunft benachteiligt würden.<sup>24</sup> Die gesetzliche Regelung ist aber so konstruiert, dass sie bereits jetzt einen Anwendungsbereich hat und zur Anwendung kommen muss: Männer gelten nach § 3 Nr. 10 BGleiG als in einem Bereich unterrepräsentiert, wenn sie weniger als 50 % der Beschäftigten stellen. In § 8 Abs. 1 Satz 5 (in

---

<sup>23</sup> S. unten E. II. 2. b).

<sup>24</sup> BT-Drucks. 18/3784, S. 55.

Verbindung mit Satz 1) BGleiG wird aus der Unterrepräsentation gesetzlich auf die Benachteiligung geschlossen. Sind Männer also in einem Bereich mit weniger als 50 % vertreten, so müssen sie bei der Einstellung oder Beförderung bei Qualifikationsgleichstand mit weiblichen Bewerbern kraft Gesetzes bevorzugt werden.<sup>25</sup> Welche praktischen Folgen das hat, lässt sich anhand zweier Beispiele erläutern.

#### **a) Problem der Bezugsgröße bei der Feststellung der Unterrepräsentation**

Das erste Beispiel betrifft die Besetzung von Führungspositionen im öffentlichen Dienst. Da derzeit noch kaum Bereiche der Bundesverwaltung existieren, in denen Männer weniger als 50 % der Führungspositionen innehaben, ist auf ein Beispiel aus der Landesverwaltung zurückzugreifen. Im Jahr 2012 waren im Land Nordrhein-Westfalen 91,3 % der Lehrkräfte in Grundschulen Frauen. Leiterinnen waren hingegen nur 74,1 %. Das heißt 25,9 % der Leitungspositionen besetzten Männer, während nur 8,7 % der Grundschullehrkräfte Männer waren. Überträgt man die bundesrechtliche Neuregelung des § 8 Abs. 1 Satz 5 BGleiG auf die landesrechtliche Situation, so müsste ab jetzt bei jeder Neubesetzung einer Grundschul-Leitungsposition ein Mann bevorzugt werden, wenn im Übrigen die gleiche Qualifikation bestünde.

Hier zeigt sich die Problematik der fehlerhaften Bezugsgröße: Tatsächlich sind derzeit in Grundschul-Leitungspositionen immer noch Frauen deutlich unterrepräsentiert: Sie stellen über 90 % der Lehrkräfte aber nur ca. 74 % der Leiterinnen. Würde man die 50%-Männerquote nach dem Vorbild des § 8 Abs. 1 Satz 5 BGleiG auf Landesebene einführen, so würden die Chancen für Männer, eine Leitungsposition zu erreichen, noch einmal stark erhöht – obwohl sie faktisch in Leitungspositionen ohnehin schon überrepräsentiert sind.

Bezüglich der Führungspositionen lässt sich § 8 Abs. 1 Satz 5 BGeiG folglich nicht auf Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG stützen. Männer sind in Führungspositionen – bei richtiger Bezugsgröße – in der Regel nicht unterrepräsentiert. Die Anwendung einer 50%-Männerquote auf Führungspositionen verstärkt im Gegenteil den Benachteiligungseffekt zulasten der Frauen.

#### **b) Unterrepräsentation entspricht nicht Benachteiligung**

§ 8 Abs. 1 Satz 5 BGleiG kommt auch bei der Besetzung der Eingangsstellen zur Anwendung. Hier lässt sich ein Beispiel aus der Bundesverwaltung finden. Nach der aktuellen Kienbaumstudie beträgt der Frauenanteil an den Gesamtbeschäftigten des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) 68,8 %. Die Studie differenziert zwar nicht zwischen den verschiedenen Laufbahnen; da im BMFSFJ aber sogar in den Füh-

---

<sup>25</sup> Außer die Härteklausele in § 8 Abs. 1 Satz 4 BGleiG kommt zugunsten einer weiblichen Konkurrentin zur Anwendung.

ungspositionen insgesamt der Frauenanteil mittlerweile etwas über 50 % liegt, ist davon auszugehen, dass der Frauenanteil in den Eingangssämtern des höheren Dienstes über 50 % liegt. Nach § 8 Abs. 1 Satz 5 BGleG müssen folglich künftig bei der Einstellung in die Laufbahn des höheren Dienstes im BMFSFJ Männer bei gleicher Qualifikation bevorzugt werden.

Es ist zwar richtig, dass Männer in den Eingangssämtern dieses Bundesministeriums unterrepräsentiert sind. Für die Eingangssämter des höheren Dienstes wird man bei typisierender Betrachtung davon ausgehen dürfen, dass sich unter den grundsätzlich geeigneten Bewerberinnen und Bewerbern jeweils 50 % Frauen und Männer befinden.

Als verfassungsrechtliche Frage bleibt aber: Sind Männer in den Eingangssämtern des BMFSFJ tatsächlich unterrepräsentiert, weil sie strukturell benachteiligt werden? Wesentlich einleuchtender erscheint, dass Männer in den Eingangssämtern dieses Ministeriums schlicht deshalb unterrepräsentiert sind, weil sie weniger Interesse an der Beschäftigung mit dort behandelten Themen haben. Das kann man gesellschaftlich kritisieren und zum Beispiel politisch dafür werben, mehr Männer für diese Themen zu begeistern. Es ist aber nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt, Männern in diesem Bereich – zulasten der sich ebenfalls bewerbenden Frauen – einen Vorteil zu verschaffen. Ziel des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG ist eben nicht, eine paritätische Geschlechtsverteilung in jedem gesellschaftlichen Bereich herbeizuführen.

### **c) Fazit: Verfassungswidrigkeit der Männerquote**

Aus alledem ergibt sich, dass § 8 Abs. 1 Satz 5 BGleG derzeit verfassungswidrig ist. In Führungspositionen sind Männer bei richtiger Betrachtung nicht unterrepräsentiert. In den Eingangssämtern dürfte eine gegebene Unterrepräsentation nicht auf Benachteiligung beruhen. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG kann deshalb die mit der Männerbevorzugung einhergehende Ungleichbehandlung zulasten von Frauen nicht rechtfertigen und verletzt Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG.

Rechtfertigen ließe sich die Männerquote in § 8 Abs. 1 Satz 5 BGleG nur, wenn man Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG so interpretierte, dass er eine Geschlechterparität in jedem gesellschaftlichen Bereich um ihrer selbst willen forderte. Diese Auffassung wird – wenn überhaupt – in der juristischen Literatur nur zugunsten der Förderung von Frauen vertreten. Die ganz herrschende Ansicht in der Literatur hält diese Auffassung allerdings für weder mit dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG noch mit dem historischen Verfassungsgeberwillen vereinbar.

Noch anzumerken ist, dass eine verfassungskonforme Auslegung des § 8 Abs. 1 Satz 5 BGleIG ausscheidet. Ein verfassungskonformes Verständnis von „Unterrepräsentation“ ist nicht möglich. Der Begriff ist in § 3 Nr. 10 BGleIG ausdrücklich definiert und macht die Unterrepräsentation an der 50%-Marke fest. Spielraum für die Frage, ob die Unterrepräsentation auf einer tatsächlichen Benachteiligung beruht, lässt das Gesetz ebenfalls nicht. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich vielmehr, dass Unterrepräsentation als Indikator für Benachteiligung verstanden werden will.<sup>26</sup>

### **3. Folgeprobleme der Einführung einer Männerquote**

Wird die Männerquote in der bisherigen Form in § 8 Abs. 1 Satz 5 BGleIG beibehalten, so ergeben sich noch einige Folgeprobleme, die hier kurz angesprochen werden sollen.

#### **a) Klagemöglichkeit nicht berücksichtigter Männer**

Ein Anwendungsbereich für die Männerquote aus § 8 Abs. 1 Satz 5 BGleIG wurde bereits aufgezeigt. Es muss klar sein, dass diese Regelung keine „Vorratsgesetzgebung“ für die Zukunft darstellt, sondern schon mit Inkrafttreten Wirkung entfaltet. Anerkannt ist, dass eine Verletzung des bisherigen § 8 Abs. 1 Satz 1 BGleIG gerichtlich gerügt werden kann.<sup>27</sup> Gleiches wird für § 8 Abs. 1 Satz 5 BGleIG gelten. Ein Bewerber für eine Stelle des Eingangsamtes für den höheren Dienst im BMFSFJ, der nicht eingestellt wurde, kann also künftig gerichtlich geltend machen, dass die Männerquote nicht zu seinen Gunsten angewandt wurde.

#### **b) Unbestimmtheit des § 8 Abs. 4 BGleIG**

Offensichtlich hat der Gesetzgeber die Problematik der Einführung einer Männerquote gesehen. So erklärt sich der neue § 8 Abs. 4 BGleIG:

„Zum Abbau struktureller Benachteiligungen von Frauen, kann in einem einzelnen Bereich von dem Ziel der paritätischen Vertretung von Frauen und Männern abgewichen werden.“

Die Gesetzesbegründung zu § 8 Abs. 4 BGleIG führt zurecht an, dass Frauen in Führungspositionen – bei richtiger Betrachtung – in der Regel gar nicht unterrepräsentiert sind.<sup>28</sup> Nach den allgemeinen juristischen Auslegungsmethoden kann § 8 Abs. 4 BGleIG aber nicht so verstanden werden, dass er § 8 Abs. 1 Satz 5 BGleIG immer vorgeht. Dann wäre die Re-

---

<sup>26</sup> BT-Drucks. 18/3784, S. 79.

<sup>27</sup> S. dazu das Gutachten für das Land Nordrhein-Westfalen zur Frage der Zielquoten für Frauen in Führungspositionen im öffentlichen Dienst sowie zur Verankerung von Sanktionen bei Nichteinhaltung (oben Fn. 4), S. 35.

<sup>28</sup> BT-Drucks. 18/3784, S. 90 f.

gelung widersprüchlich, weil § 8 Abs. 1 Satz 5 BGleiG kein Anwendungsbereich verbliebe. Abgesehen davon enthält § 8 Abs. 4 BGleiG eine Ermessensvorschrift: Es „kann“ von der Regel des § 8 Abs. 1 Satz 5 BGleiG abgewichen werden, muss aber nicht. Damit sind zugleich schwierige Auslegungsfragen aufgeworfen. Bei der Anwendung der Männerquote aus § 8 Abs. 1 Satz 5 BGleiG ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob eine nicht berücksichtigte Kandidatin unter die Härteklausele des § 8 Abs. 1 Satz 4 BGleiG fällt oder § 8 Abs. 4 BGleiG anzuwenden ist. Nähere Maßstäbe sind dem Gesetz hierfür nicht zu entnehmen. Dies führt in dem ohnehin schwierigen Gebiet der Auswahlentscheidung zu weiterer Rechtsunsicherheit.

### **c) Gleichstellungsbeauftragte**

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass die jetzt weitgehend geschlechtsneutrale Ausrichtung des Bundesgleichstellungsgesetzes § 19 Abs. 1 Satz 5 BGleiG in Frage stellt. Nach dieser Vorschrift sind für das Amt der Gleichstellungsbeauftragten und ihrer Stellvertreterin nur die weiblichen Beschäftigten aktiv und passiv wahlberechtigt. Diese Ungleichbehandlung zulasten der Männer ist schon bislang im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG verfassungsrechtlich bedenklich.<sup>29</sup> Dient das Gesetz jetzt aber ausdrücklich und verstärkt der Förderung von Männern, ist die Ungleichbehandlung nicht mehr verfassungsrechtlich zu rechtfertigen.<sup>30</sup>

## **4. Empfehlung: Streichung des § 8 Abs. 1 Satz 5 BGleiG**

Aus verfassungsrechtlichen Gründen ist deshalb zu raten, § 8 Abs. 1 Satz 5 BGleiG und § 8 Abs. 4 BGleiG zu streichen.

## **II. Effektivere Ausgestaltung der Frauenquote (§ 8 Abs. 1 Satz 1 BGleiG)**

In der Gesetzesbegründung wird des Öfteren darauf verwiesen, dass dem Gesetzentwurf ein „modernes Verständnis von Gleichstellungspolitik“ zugrunde liege.<sup>31</sup> Die Frauenquotenregelung im neuen § 8 Abs. 1 Satz 1 BGleiG entspricht jedoch im Wesentlichen der bereits bislang geltenden Vorschrift. Im Folgenden sollen zwei Vorschläge für eine (verfassungs-)rechtliche Modernisierung der Frauenquote gemacht werden:

---

<sup>29</sup> Für eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung aber NdsStGH, NVwZ 1997, 58 (60 f.).

<sup>30</sup> S. auch Zweiter Erfahrungsbericht der Bundesregierung zum Bundesgleichstellungsgesetz, BT-Drucks. 17/4307, S. 104.

<sup>31</sup> Z.B. BT-Drucks. 18/3784, S. 50.

## **1. Modernisierung 1: Quotenregelung bei Einstiegsämtern überflüssig**

Wie bereits dargelegt, ist die Bevorzugung eines Geschlechts durch eine Quotenregelung eine Ungleichbehandlung zulasten des anderen Geschlechts und deshalb nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG rechtfertigungsbedürftig. Als Rechtfertigungsgrund kann Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG herangezogen werden. Das ist aber nur möglich, wenn die Bevorzugung des einen Geschlechts einen tatsächlich bestehenden Nachteil ausgleichen soll.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob bei den Eingangsämtern des öffentlichen Dienstes, also bei der Einstellung, überhaupt noch eine Benachteiligung eines Geschlechts besteht. Stellt sich heraus, dass in vielen Bereichen der Bundesverwaltung das Verhältnis der Geschlechter bei den Eingangsämtern bereits ausgeglichen ist, dann ist dies jedenfalls ein Indiz für fehlende tatsächliche Benachteiligung. Eine Bevorzugung von weiblichen Bewerbern über die Quotenregelung lässt sich dann verfassungsrechtlich nicht mehr rechtfertigen. Der Gesetzgeber sollte in diesem Fall prüfen, ob Frauenquotenregelungen auf der Ebene der Einstellung überhaupt noch erforderlich sind.

## **2. Modernisierung 2: Derzeitige Quotenregelung bezüglich des beruflichen Aufstiegs nicht wirksam**

Ganz anders sind Quotenregelungen bezüglich des beruflichen Aufstiegs einzuschätzen. Hier besteht ohne Weiteres eine Rechtfertigung für frauenfördernde Maßnahmen. Frauen sind in den Führungspositionen immer noch deutlich unterrepräsentiert. Die Unterrepräsentation ist als Indikator für eine (unmittelbare oder mittelbare) Benachteiligung zu werten. Folglich lassen sich Ungleichbehandlungen zulasten der männlichen Mitbewerber grundsätzlich rechtfertigen.

### **a) Problem der fehlenden Wirksamkeit**

Allerdings können aufgrund der bisherigen Ausgestaltung des § 8 Abs. 1 Satz 1 BGlG Frauenquoten nur begrenzte Wirkung entfalten. Die Handhabung der Qualifikationskriterien aus § 3 Nr. 8 BGlG, die auf Art. 33 Abs. 2 GG zurückgehen, durch Verwaltung und Rechtsprechung hat zu einer immer stärkeren Ausdifferenzierung geführt. Vereinfacht lässt sich das folgendermaßen beschreiben:<sup>32</sup> Für die Merkmale „Leistung“ und „Befähigung“ werden in der Praxis verschiedenste Unterkategorien gebildet, in denen Bewerberinnen und Bewerber bewertet werden. Stimmt die Gesamtbeurteilung verschiedener Bewerberinnen und Bewerber überein, werden sie anhand dieser Unterkategorien verglichen. Aus diesem Vergleich ergibt sich fast immer eine Reihung der Kandidatinnen und Kandidaten. Je differenzierter aber die Qualifikationskriterien angewandt werden, desto weniger kann die

<sup>32</sup> S. umfassend *Papier/Heidebach*, DVBl. 2015, 125 (134 f.).



Quote zum Tragen kommen. Denn wenn praktisch immer ein Bewerber oder eine Bewerberin als der oder die bestqualifizierte eingestuft werden muss, dann läuft letztlich jede leistungsbezogene Quotenregelung ins Leere.

Daraus folgt nicht, dass die Qualifikationskriterien des Art. 33 Abs. 2 GG bei Beförderungsentscheidungen nicht eingehalten werden müssten. Das System der Maßstäbe und Untermaßstäbe bei der Auswahl darf aber nicht so ausgestaltet sein, dass es die Quotenregelung aushebelt. Im Übrigen wird auf diese Weise nur suggeriert, die Auswahlentscheidung werde nach objektiv bestimmbareren Kriterien und strengen rechtlichen Vorgaben durchgeführt. Tatsächlich finden die Wertungsentscheidungen versteckt bereits bei der Festlegung und Gewichtung der verschiedenen Einzelbeurteilungen statt. Indem die Wertungsentscheidung auf die Stufe der Bestimmung der Qualifikationskriterien verschoben wird, wird verschleiert, dass bei jeder Auswahl auch ein gewisser Ermessensspielraum verbleibt.

### **b) Lösungsvorschlag**

Dieser Befund der derzeitigen Beförderungspraxis hat eine verfassungsrechtliche Dimension: Die Aushöhlung der Frauenquotenregelung aus § 8 Abs. 1 Satz 1 BGleIG a. F. wirft die Frage auf, ob tatsächlich ein schonender Ausgleich zwischen Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG hergestellt wird. Die derzeitige Handhabung der Beförderungsentscheidungen fällt insoweit einseitig zulasten des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG aus. Zwar könnte § 8 Abs. 1 Satz 1 BGleIG auch so angewandt werden, dass der staatliche Förderauftrag, tatsächliche Benachteiligungen zulasten der Frauen zu beseitigen, besser zur Geltung käme. Es ist jedoch davon auszugehen, dass Verwaltung und Rechtsprechung § 8 Abs. 1 Satz 1 BGleIG wie bisher vollziehen werden.

Deshalb ist dem Gesetzgeber zu raten, die zu starke Ausdifferenzierung der Beurteilungskriterien durch ausdrückliche gesetzliche Regelung zu untersagen. Die Neuregelung ließe sich ohne Weiteres in § 8 Abs. 1 Satz 3 BGleIG aufnehmen und könnte folgendermaßen lauten:

"Voraussetzung für die Bevorzugung ist, dass Bewerberinnen *eine im Wesentlichen* gleiche Qualifikation aufweisen wie ihre männlichen Mitbewerber."<sup>33</sup>

Mit dieser Formulierung wäre klargestellt, dass Ausdifferenzierungen beim Qualifikationsvergleich unzulässig sind. Zugleich wäre aber auch dem Art. 33 Abs. 2 GG noch hinreichende Geltung verschafft. Diese Formulierung hätte im Übrigen den Vorteil, dass sie an

---

<sup>33</sup> Die Hervorhebung kennzeichnet den gegenüber dem Gesetzentwurf neuen Formulierungsvorschlag.

die Rechtsprechung des EuGH im Urteil *Abrahamsson und Anderson* angelehnt wäre. Eine Quotenregelung, die Frauen bevorzugt, wird dort noch als leistungsbezogen eingestuft,

„wenn die Verdienste der Bewerber als gleichwertig oder fast gleichwertig anzusehen sind“.<sup>34</sup>

Wie bereits erwähnt, ist die Rechtsprechung des EuGH Frauenquoten gegenüber als eher kritisch einzustufen. Durch die vorgeschlagene Formulierung ließe sich das Risiko einer Europarechtswidrigkeit deshalb verringern.

### **c) Hinweise für die Ausgestaltung**

Da zu erwarten ist, dass eine in dieser Form geregelte Frauenquote eine größere tatsächliche Wirkung entfaltet und sich damit stärker zulasten männlicher Mitbewerber auswirkt, ist besonders darauf zu achten, die unter C. I. erläuterten verfassungsrechtlichen Vorgaben einzuhalten.

#### **aa) Bezugsgröße Frauenanteil in den Eingangsstufen**

Erstens muss die Höhe der Quote im Verhältnis zu dem Frauenanteil in den den jeweiligen Führungspositionen untergeordneten Eingangsstufen stehen. Eine entsprechende Regelung ließe sich in § 3 Nr. 10 BGlG aufnehmen, der „Unterrepräsentation“ definiert. Da der Frauenanteil in den Eingangsstufen in den verschiedenen Bereichen der Bundesverwaltung sehr unterschiedlich sein kann, ist auch denkbar, die Festlegung der konkreten Quoten der Bundesregierung im Wege der Verordnungsermächtigung zu überlassen. Selbstverständlich bestünde hierbei nach allgemeinen Grundsätzen ein gewisser Pauschalierungs- und Rundungsspielraum.

Wie bereits erwähnt, dient Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG der Beseitigung von tatsächlichen Nachteilen, nicht der Herstellung einer Geschlechterparität. Um der Gefahr einer schematischen Ausrichtung aller Stellenbesetzungen im öffentlichen Dienst am Geschlechterverhältnis zu begegnen, sollte die absolute Obergrenze für eine Frauenquote bei 50 % liegen. Dies gilt also auch für den Fall, dass der Anteil der Frauen in den Eingangsstufen den der Männer übersteigt.

#### **bb) Schonender Ausgleich hinsichtlich der Ungleichbehandlung der Männer**

Zweitens ist der schonende Ausgleich im Hinblick auf die Ungleichbehandlung zulasten der männlichen Mitbewerber im Auge zu behalten. Die Benachteiligung männlicher Bewerber könnte beispielsweise durch eine „Deckelung“ der Quotenregelung abgemildert werden.

---

<sup>34</sup> EuGH Rs. C-407/98, *Abrahamsson und Anderson*, Slg. 2000, I-5539 Rn. 62 (Hervorhebungen durch den Verf.).

Dabei könnte man auf das Instrument der Gleichstellungspläne aus den §§ 11 ff. BGleig zurückgreifen. Man könnte die Quotenregelung jeweils nur solange anwenden, bis in dem durch den Gleichstellungsplan festgelegten zeitlichen Intervall von vier Jahren bei den vorgesehenen Beförderungen für eine Führungsebene ein Frauenanteil von 50 % erreicht wird. Wenn bereits 50 % der in diesem Zeitraum für Beförderungen vorgesehenen Stellen mit Frauen besetzt wurden, wäre eine weitere Beförderung von Frauen auf die übrigen Führungspositionen nicht ausgeschlossen, die Beförderung könnte nur nicht mehr auf Grundlage der Quotenregelung erfolgen. Durch diese Form der „Deckelung“ der Quote hätten männliche Bewerber in jedem Fall die Chance, 50 % der für Beförderungen zur Verfügung stehenden Stellen zu erlangen. Hierin kann keine unverhältnismäßige Benachteiligung zulasten der Männer gesehen werden.

## **E. Entwurf des Bundesgremienbesetzungsgesetzes**

Zunächst ist klarzustellen, welche grundlegende Systemänderung mit dem neuen Bundesgremienbesetzungsgesetz gegenüber dem bisherigen Rechtsstand herbeigeführt wird (I.). Anschließend ist die Verfassungs- und Europarechtskonformität der starren Geschlechterquote in § 4 Abs. 1 Satz 1 BGremBG zu prüfen (II.). Schließlich sind einige Auslegungsprobleme der Neuregelung zu erörtern (III.).

### **I. Grundeinschätzung: Systemwechsel zum bisherigen Bundesgremienbesetzungsgesetz**

Ohne dass dies so klar aus der Gesetzesbegründung hervorgeht, führt das neue Bundesgremienbesetzungsgesetz einen Systemwechsel durch. Das bisherige Bundesgremienbesetzungsgesetz enthielt in seinem § 1 zwar durchgehend nur eine Pflicht des Bundes, bei der Gremienbesetzung auf eine gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern „hinzuwirken“. Allerdings galt das Gesetz nach seinem § 2 Abs. 1 grundsätzlich für alle Gremien, also „Vorstände, Beiräte, Kommissionen, Ausschüsse, Verwaltungs- und Aufsichtsräte, kollegiale Organe und vergleichbare Gruppierungen unbeschadet ihrer Bezeichnung“.

Nach dem Referentenentwurf vom 20.6.2014 sollte das Bundesgremienbesetzungsgesetz weiterhin für alle Gremien gelten. Jedoch sollte die bisherige „weiche“ Hinwirkungspflicht in eine starre Geschlechterquote von 50 % umgewandelt werden.

Der vorliegende Gesetzentwurf der Bundesregierung sieht nun ein völlig anderes Bundesgremienbesetzungsgesetz vor:

## 1. Starre Quote in den Aufsichtsgremien

Eine starre Geschlechterquote gilt nach § 4 Abs. 1 Satz 1 BGremBG nur für die Aufsichtsgremien nach § 3 Nr. 1 BGremBG. Die Quote ist auf 30 % festgelegt. § 4 Abs. 2 BGremBG regelt das Ziel, die Quote ab 1.1.2018 auf 50 % zu erhöhen. Diese 50%-Quote ist aufgrund der Formulierung des § 4 Abs. 2 BGremBG mit der „weichen“ Hinwirkungspflicht der alten Fassung des Bundesgremienbesetzungsgesetzes gleichzusetzen.

Mit der starren Quote von 30 % für Aufsichtsgremien möchte der Gesetzgeber offensichtlich einen Gleichlauf zur Geschlechterquote für die Privatwirtschaft herstellen. Die Quotenregelung in § 4 Abs. 1 Satz 1 BGremBG reicht allerdings darüber hinaus. Sie betrifft nicht nur die Aufsichtsräte bestimmter privatrechtlich organisierter Gesellschaften, wie es § 96 Abs. 2 AktG für börsennotierte und mitbestimmungspflichtige Aktiengesellschaften regelt. Die starre Quote gilt für alle Aufsichtsgremien, in die der Bund Mitglieder entsendet.

## 2. „Weiche“ Quote für wesentliche Gremien

Weiterhin sieht das Bundesgremienbesetzungsgesetz in § 5 Abs. 2 vor, dass für so genannte wesentliche Gremien im Sinne von § 3 Nr. 2 BGremBG wie bislang eine „weiche“ Hinwirkungspflicht gilt. Im Unterschied zur bisherigen Rechtslage ist diese Hinwirkungspflicht etwas abgeschwächt: Sie kann sich an den für die Aufsichtsgremien geltenden Quoten orientieren. Die Pflicht, auf eine *gleichberechtigte* Besetzung der wesentlichen Gremien hinzuwirken, gilt deshalb erst ab 1.1.2018. Bis dahin genügt es, auf einen Frauen- (oder Männer-) Anteil von 30 % hinzuwirken.

Zu kritisieren ist die Unbestimmtheit der Definition eines „wesentlichen Gremiums“. Sprachlich ist § 3 Nr. 2 BGremBG wenig geglückt: Wesentliche Gremien sind demnach zum einen solche, bei denen die Bundesregierung die Mitgliedschaft „beschließt“ oder „zur Kenntnis nimmt“. Im Übrigen besteht ein großer Spielraum, welche weiteren Gremien als wesentlich bestimmt werden.<sup>35</sup> Es ist zu erwägen, die Kriterien hier schärfer zu fassen.

## 3. Keine Quote für die übrigen Gremien

Die Systemänderung liegt vor allem darin, dass die sonstigen Gremien, die weder Aufsichtsgremien noch wesentliche Gremien sind, aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen werden. Für diese soll offensichtlich nicht einmal mehr die bisherige Hinwirkungspflicht auf eine gleichberechtigte Besetzung mit männlichen und weiblichen Mitgliedern gelten. In der Gesetzesbegründung kommt dies nur versteckt zum Ausdruck, wenn es zu § 5 BGremBG heißt:

---

<sup>35</sup> Zur Problematik der Bestimmung der „wesentlichen“ Gremien s. auch den Fünften Gremienbericht der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/4308 (neu), S. 10.

„Zum anderen beschränkt das Erfordernis der besonderen Bedeutung die Anzahl der dem Gesetz unterfallenden Gremien.“<sup>36</sup>

#### **4. Verfassungsrechtliche Bewertung**

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist diese Systemänderung des Bundesgremienbesetzungsgesetzes allerdings unbedenklich. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG lässt als Staatszielbestimmung dem Gesetzgeber einen weiten Umsetzungsspielraum. Strenggenommen stellt die Novellierung noch nicht einmal einen Rückschritt zur bisherigen Rechtslage dar. Die bisherige Hinwirkungspflicht auf eine gleichberechtigte Vertretung von Männern und Frauen in den vom Bund zu besetzenden Gremien ergibt sich letztlich schon aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG. Folglich ist der Bund auch weiterhin verpflichtet, die gleichberechtigte Besetzung in den Gremien anzustreben, die künftig aus dem Anwendungsbereich des Bundesgremienbesetzungsgesetzes ausgenommen sind.

Zu bedenken ist allenfalls die politische Symbolik, die mit dieser Systemänderung des Bundesgremienbesetzungsgesetzes verbunden ist. Dies zu bewerten ist nicht Aufgabe dieser Stellungnahme.

### **II. Verfassungs- und europarechtliche Beurteilung der starren Geschlechterquote in § 4 Abs. 1 Satz 1 BGremBG**

Verfassungs- und europarechtliche Fragen stellen sich im Hinblick auf die starre, also nicht leistungsbezogene Geschlechterquote in § 4 Abs. 1 Satz 1 BGremBG. Aus der Darstellung des verfassungs- und europarechtlichen Rahmens unter C. dürfte bereits klar geworden sein, dass starre Geschlechterquoten mit gewissen verfassungs- und europarechtlichen Risiken behaftet sind.

#### **1. Männerquote verfassungsrechtlich bedenklich**

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass auch in diesem Zusammenhang eine Männerförderung verfassungsrechtlich bedenklich ist. Es ist nicht ersichtlich, dass Männer bislang beim Zugang zu Aufsichtsgremien benachteiligt sind. Deshalb ist ihre Bevorzugung gegenüber Konkurrentinnen nicht durch Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG gerechtfertigt. In Bezug auf § 4 Abs. 1 Satz 1 BGremBG dürfte sich diese Problematik aber letztlich kaum auswirken. Tatsächlich sind Frauen bislang in Aufsichtsgremien deutlich unterrepräsentiert. Die Quotenregelung wirkt sich folglich ohnehin nur zu ihren Gunsten aus. Dennoch ist zu überlegen, die Formulierung „und mindestens 30 Prozent Männer“ aus § 4 Abs. 1 Satz 1 BGremBG zu streichen.

---

<sup>36</sup> BT-Drucks. 18/3784, S. 76.

## 2. Verfassungs- und europarechtliche Risiken der starren Frauenquote

Im Folgenden sind daher nur noch die verfassungs- und europarechtlichen Risiken einer starren Frauenquote zu erörtern.<sup>37</sup>

### a) Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht

Auf verfassungsrechtlicher Ebene ist vor allem die Vereinbarkeit der starren Frauenquote aus § 4 Abs. 1 Satz 1 BGremBG mit Art. 33 Abs. 2 GG fragwürdig. Auf den ersten Blick gewährt eine starre Quotenregelung dem Förderauftrag aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG absoluten Vorrang vor dem gleichen Zugang zu den öffentlichen Ämtern aus Art. 33 Abs. 2 GG.

Für die Aufsichtsgremien privatrechtlich organisierter Gesellschaften, an denen der Bund beteiligt ist, stellt sich dieses Problem eventuell nicht. Es lässt sich vertreten, diese aus dem Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG auszunehmen. Inwieweit dies zulässig ist, ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur allerdings umstritten.

Im Übrigen ist Art. 33 Abs. 2 GG in jedem Fall auf die Aufsichtsgremien juristischer Personen des öffentlichen Rechts anwendbar. Verfassungsrechtlich lassen sich starre Frauenquoten hier nur rechtfertigen, wenn man die Anforderungen aus Art. 33 Abs. 2 GG wegen der besonderen Strukturen und des fehlenden Qualifikationsprofils bei Aufsichtsgremien absenkt. Diese Ansicht ist verfassungsrechtlich vertretbar, keinesfalls aber die Mehrheitsmeinung im juristischen Schrifttum. Andererseits ist zu beachten, dass die breite Ablehnung starrer Frauenquoten als unvereinbar mit Art. 33 Abs. 2 GG ohne Auseinandersetzung mit der speziellen Problematik von Aufsichtsgremien erfolgt.

Sollte es zu einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung des § 4 Abs. 1 Satz 1 BGremBG kommen, bleibt also ein gewisses Risiko, dass das Bundesverfassungsgericht diese Vorschrift für verfassungswidrig halten könnte.

### b) Vereinbarkeit mit dem Europarecht

Aus europarechtlicher Sicht ist zu beachten, dass der EuGH starre Frauenquotenregelungen bislang als europarechtswidrig eingestuft hat. Nach seiner Rechtsprechung sind Quotenregelungen nur mit dem Europarecht vereinbar, wenn sie leistungsbezogen sind und eine Härteklausele aufweisen.

Die europarechtlichen Bedenken werden dadurch verstärkt, dass die Europäische Kommission diese europarechtliche Einschätzung auch bezüglich Frauenquoten in Aufsichtsräten teilt. In der Diskussion um Frauenquoten in den Aufsichtsräten privatrechtlicher Gesell-

---

<sup>37</sup> Die Ausführungen gelten selbstverständlich für eine Männerquote entsprechend.

schaften legte die Europäische Kommission im November 2012 einen Vorschlag für eine europäische Richtlinie vor.<sup>38</sup> Der Richtlinienvorschlag enthält eine leistungsbezogene Quotenregelung in Höhe von 40 % und orientiert sich ausdrücklich an der Rechtsprechung des EuGH.<sup>39</sup>

Auch auf europarechtlicher Ebene lässt sich dem entgegenhalten, dass die Auswahl eines Mitglieds für ein Aufsichtsgremium nicht an den gleichen Maßstäben zu messen ist wie die Besetzung eines regulären Arbeitsplatzes. Allerdings lässt sich noch weniger als für das nationale Verfassungsrecht prognostizieren, ob der EuGH bereit wäre, dieser Argumentation zu folgen. Sollte § 4 Abs. 1 Satz 1 BGremBG Gegenstand einer Entscheidung des EuGH werden, besteht folglich insgesamt ein Risiko der Feststellung der Europarechtswidrigkeit dieser Vorschrift.

### **c) Möglichst schonende Ausgestaltung der starren Quote**

Angesichts der dargelegten verfassungs- und europarechtlichen Bedenken ist zu raten, die Quotenregelung besonders schonend auszugestalten. Es ist also darauf zu achten, die benachteiligende Wirkung zulasten der Männer durch Anwendung der starren Quote möglichst zu minimieren.

Die vorgesehene Übergangsregelung in § 4 Abs. 1 Satz 2 BGremBG ist unter diesem Blickwinkel zu prüfen. Auch wenn sie etwas weniger streng formuliert ist als § 25 Abs. 2 EGAktG n. F., soll sie ausweislich der Gesetzesbegründung genauso verstanden werden.<sup>40</sup> Daraus folgt, dass die dem Bund zustehenden, frei werdenden Sitze in einem Aufsichtsgremium solange nur noch mit Frauen besetzt werden dürfen, bis sie einen Anteil von 30 % stellen.

Diese Übergangsregelung ist problematisch, wenn sie dazu führt, dass Männern die Mitgliedschaft in bestimmten Gremien über einen längeren Zeitraum vollständig verwehrt ist. Das ist unter zwei Bedingungen nicht der Fall:

Erstens stellt sich dieses Problem nicht, soweit Aufsichtsgremien jeweils in einem bestimmten Turnus vollständig neu besetzt werden.<sup>41</sup> Werden alle Mandate – in der Regel – gleichzeitig frei, dann können bis zu 70 % an männliche Kandidaten vergeben werden.

---

<sup>38</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Gewährleistung einer ausgewogeneren Vertretung von Frauen und Männern unter den nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften und über damit zusammenhängende Maßnahmen vom 14.11.2012; COM(2012) 614 final.

<sup>39</sup> Für das Erfordernis einer leistungsbezogenen Quotenregelung auch *Habersack/Kersten*, BB 2014, 2819 (2827), in Bezug auf die Besetzung von Aufsichtsräten privatrechtlicher Gesellschaften.

<sup>40</sup> BT-Drucks. 18/3784, S. 75.

<sup>41</sup> Der Regelfall scheint allerdings zu sein, dass Gremiensitze sukzessive nachbesetzt werden; s. BT-Drucks. 17/4308 (neu), S. 25.

Zweitens entfällt die Problematik, wenn bereits jetzt die betreffenden Aufsichtsgremien mit ca. 30 % Frauen besetzt sind. Selbst wenn die Mandate hier sukzessive nachzubesetzen sind, ist die Neubestellung von Männern nicht auf längere Sicht verwehrt. Ausweislich des Fünften Gremienberichts der Bundesregierung zum Bundesgremienbesetzungsgesetz vom 16.12.2010 waren im Jahr 2009 25,2 % der Sitze in Aufsichtsgremien des Bundes an Frauen vergeben.<sup>42</sup> Sollte sich der dem Bericht zu entnehmende Trend in den letzten Jahren fortgesetzt haben, dürfte die Zahl der Frauen in den Aufsichtsgremien heute noch höher liegen. Es handelt sich allerdings um einen Durchschnittswert, aus dem eventuelle Unterschiede in den Aufsichtsgremien der verschiedenen Bereiche nicht ersichtlich werden.

Es obliegt der Einschätzung des Gesetzgebers, ob er unter diesen Bedingungen die Übergangsregelung in § 4 Abs. 1 Satz 2 BGremBG für ausreichend hält, um einen schonenden Ausgleich herzustellen. Eine schonendere Alternative wäre beispielsweise folgende Formulierung des § 4 Abs. 1 Satz 2 BGremBG (bezogen nur auf eine Frauenquote):

„Der Mindestanteil ist bei erforderlich werdenden Neuwahlen, Berufungen und Entsendungen zur Besetzung einzelner oder mehrerer Sitze zu beachten. Reicht die Anzahl der neu zu besetzenden Sitze nicht aus, um den Mindestanteil zu erreichen, sind diese Sitze zu mindestens 50 Prozent mit Frauen zu besetzen, um ihren Anteil sukzessive zu steigern; die Anzahl der auf diese Weise mit Frauen zu besetzenden Sitze ist stets aufzurunden.“

### **III. Auslegungsprobleme**

Abschließend ist noch auf einige Auslegungsprobleme der Neuregelung des Bundesgremienbesetzungsgesetzes hinzuweisen.

#### **1. Funktionsgebundene Gremienbesetzung**

Keine Regelung enthält der Gesetzentwurf bezüglich der so genannten funktionsgebundenen Gremienbesetzung. Funktionsgebundene Gremienbesetzung meint, dass ein bestimmtes Mandat in einem Gremium an ein Verwaltungsamt gebunden ist. Ein Beispiel hierfür wäre eine Regelung, nach der der Bundesfinanzminister kraft Amtes Mitglied des Verwaltungsrats eines bundeseigenen Finanzinstituts ist. Im Fünften Gremienbesetzungsbericht der Bundesregierung wird die funktionsgebundene Gremienbesetzung als eines der Hauptprobleme für die Schwierigkeiten bei der Umsetzung des Bundesgremienbesetzungsgesetzes benannt.<sup>43</sup> Dabei wird auf den Zusammenhang zwischen dem niedrigen Frauenanteil in

<sup>42</sup> BT-Drucks. 17/4308 (neu), S. 24.

<sup>43</sup> BT-Drucks. 17/4308 (neu), S. 17 f.



Führungspositionen der Bundesverwaltung und der an Leitungspositionen gebundenen Gremienbesetzung hingewiesen.

§ 4 Abs. 1 Satz 1 BGremBG, der eine starre Frauenquote von 30 % vorsieht, enthält keine Kollisionsregel für den Fall der funktionsgebundenen Gremienbesetzung. Die Regelung sieht also keine Lösung vor, wenn die Geschlechterquote nicht eingehalten werden kann, weil die vom Bund zu bestimmenden Mitglieder bereits kraft Amtes in das Aufsichtsgremium zu entsenden sind.

Vorrangig ist § 4 Abs. 1 Satz 1 BGremBG als gesetzliche Regelung, wenn die funktionsgebundene Gremienbesetzung lediglich auf einer (informalen) Verwaltungsübung oder einer Verwaltungsvorschrift beruht. Ist die Grundlage für die funktionsgebundene Gremienbesetzung ihrerseits ein Gesetz, ist die Kollisionsfrage ungeklärt. Es ist deshalb zu raten, diesen Fall ausdrücklich im Gesetz zu regeln, um hier eine Rechtsunsicherheit zu vermeiden.

## **2. Verhältnis von § 3 Nr. 2 zu § 3 Nr. 1 BGremBG**

Eine weitere unklare Auslegungsfrage betrifft das Verhältnis von § 3 Nr. 2 zu § 3 Nr. 1 BGremBG. § 3 Nr. 1 BGremBG definiert, was ein Aufsichtsgremium ist. Nur für Aufsichtsgremien gilt wiederum die starre Frauenquote aus § 4 Abs. 1 Satz 1 BGremBG. § 3 Nr. 2 BGremBG enthält die Definition für „wesentliches Gremium“. Für diese Gremien gilt hingegen nach § 5 Abs. 2 BGremBG die „weiche“ Hinwirkungspflicht.

§ 3 Nr. 2 BGremBG ließe sich so auslegen, dass auch Aufsichtsgremien als wesentliche Gremien eingestuft werden könnten. Dadurch könnten Aufsichtsgremien aus dem Anwendungsbereich des § 4 Abs. 1 Satz 1 BGremBG ausgenommen werden. Es ist nicht ersichtlich, ob dies der Absicht des Gesetzgebers entspricht. Falls nicht, ist zu raten, einen klarstellenden Zusatz in § 3 Nr. 2 BGremBG aufzunehmen, dass Aufsichtsgremien keine wesentlichen Gremien im Sinne des Gesetzes sind.

## **3. Fehlende Sanktionierung der Nichteinhaltung**

Aus § 4 Abs. 3 BGremBG und der Gesetzesbegründung<sup>44</sup> ergibt sich, dass die Nichteinhaltung der starren Geschlechterquote aus § 4 Abs. 1 Satz 1 BGremBG keine Konsequenzen hat. Die Besetzung eines Aufsichtsgremiums unter Verstoß gegen die Quotenregelung bleibt damit folgenlos.

Entsendet der Bund Mitglieder in den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, für die § 96 Abs. 2 AktG gilt, macht ein Verstoß gegen die dort geltende Geschlechterquote von 30 % die entsprechende Besetzung nichtig (§ 96 Abs. 2 Satz 6 AktG). Die öffentlich-rechtliche

---

<sup>44</sup> BT-Drucks. 18/3784, S. 76.

(Zusatz-)Verpflichtung des Bundes nach § 4 Abs. 1 Satz 1 BGremBG lässt diese Rechtsfolge unberührt, auch wenn der Verstoß gegen § 4 Abs. 1 Satz 1 BGremBG nach § 4 Abs. 3 BGremBG nicht sanktioniert ist. § 96 Abs. 2 Satz 6 AktG geht also in seinem Anwendungsbereich insoweit vor. Um Missverständnisse zu vermeiden, könnte dieses Verhältnis von § 4 Abs. 1 Satz 1 BGremBG zu § 96 Abs. 2 AktG in § 4 Abs. 3 BGremBG klargestellt werden.