



Gesetzliche Frauenquote in Unternehmen

Eine gesellschafts-, europa- und verfassungsrechtliche Untersuchung



Impressum

Herausgeber:



Stiftung Familienunternehmen
Prinzregentenstraße 50
80538 München

Tel.: +49 (0) 89 / 12 76 400 02
Fax: +49 (0) 89 / 12 76 400 09
E-Mail: info@familienunternehmen.de
www.familienunternehmen.de

Bearbeitet von:

Prof. Dr. iur. Knut Werner Lange,
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Handels- und Wirtschaftsrecht,
Universität Bayreuth

Prof. Dr. iur. Kay Windthorst,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Rechtsdogmatik und Rechtsdidaktik,
Universität Bayreuth

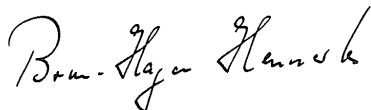
Vorwort

Lange Zeit wurde davon ausgegangen, dass eine gesetzliche Frauenquote an die Konzerne im Streubesitz adressiert ist. Aus der EU-Kommission in Brüssel hieß es immer wieder, Familienunternehmen seien von einer Regelung nicht betroffen. Die geplanten Regelungen sollen aber, so der bisherige Stand, nur die Klein- und Mittelbetriebe (weniger als 250 Beschäftigte oder 50 Millionen Euro Jahresumsatz) ausparen.

Gerade in Deutschland existiert eine besondere Kultur großer Familienunternehmen, die gemessen an Arbeitsplätzen und Umsatzzahlen weit jenseits dieser Grenzen liegen. Berechnungen unserer Studie zur volkswirtschaftlichen Bedeutung der Familienunternehmen zufolge handelt es sich auch in dieser Kategorie der sogenannten Großunternehmen bei jedem dritten um eines, welches familienkontrolliert ist. Dies geschieht in der Regel nicht zum Nachteil der Beschäftigten, weil ihre Unternehmensstrategie nicht an Quartalszahlen klebt, sondern langfristig ausgerichtet ist.

In der Öffentlichkeit, aber auch bei den Vertretern von Wirtschaft und Politik ist unklar, welche rechtlichen Leitplanken es für die Regulierung von Familienunternehmen gibt und wie sich die geplanten Modelle der Frauenquote auf Familienunternehmen auswirken würden. Das vorliegende Gutachten der Professoren Knut Werner Lange und Kay Windthorst geht diesen Fragen sowohl aus gesellschaftsrechtlicher als auch verfassungsrechtlicher Sicht nach. Es zeigt auf, wie den besonderen Anforderungen wie der unterschiedlichen Praxis der Familienunternehmen Rechnung getragen werden kann.

Ich wünsche Ihnen eine erkenntnisreiche Lektüre.



Prof. Dr. Dr. h.c. Brun-Hagen Hennerkes
Vorstand der Stiftung Familienunternehmen

Inhaltsverzeichnis

Executive Summary	7
A. Einführung (<i>Lange</i>)	10
I. Vorbemerkungen	10
II. Gesetzesinitiativen	10
III. Begrifflichkeiten	11
IV. Gang der Untersuchung	11
B. Frage 1: Wie sind die Führungs- und Kontrollgremien zu definieren, für die eine Geschlechterquote eingeführt werden könnte? (<i>Lange</i>)	12
C. Frage 2: Wie ist der Kreis der Normadressaten einer möglichen Geschlechterquote zu definieren? (<i>Lange</i>)	14
I. Vorüberlegungen	14
II. Anknüpfung an die Börsennotierung der Unternehmung.....	15
1. Begriff der Börsennotierung	15
2. Börsennotierung und Frauenquote	16
III. Anknüpfung an die unternehmerische Mitbestimmung.....	18
1. Bestehende Rechtslage.....	18
2. Die geplante Frauenquote für mitbestimmte Unternehmen	19
3. Zwischenergebnis.....	21
IV. Anknüpfung an die Unternehmensgröße.....	21
V. Anknüpfung an die Gesellschaftsform der Unternehmung	22
1. Eingrenzung	22
2. Aktiengesellschaft	25
a) Aufsichtsrat	25
b) Vorstand	25
c) Zwischenergebnis	26
3. Kommanditgesellschaft auf Aktien.....	26
4. Gesellschaft mit beschränkter Haftung.....	27
5. Societas Europaea	28
VI. Zwischenergebnis.....	29
D. Frage 3: Wie wäre eine verbindliche Geschlechterquote im Aufsichtsrat inhaltlich auszugestalten? (<i>Lange</i>)	30
I. Vorüberlegungen	30
II. Gesamtquote oder getrennte Quoten für Anteilseigner/Arbeitnehmervertreter?	30
III. Quote und Entsendungsrechte	31
IV. Ausscheiden und Ersatzmitglieder.....	32
V. Härtefallregelung.....	32
VI. Zwischenergebnis.....	34

E. Frage 4: Wie sähen mögliche Sanktionen eines Verstoßes gegen die Geschlechterquote aus? (Lange)	34
I. Vorbemerkungen	34
II. Transparenz durch Publizität.....	35
III. Gesellschaftsrechtliche Sanktionen	36
IV. Zwischenergebnis.....	38
F. Frage 5: Unionsrechtliche Zulässigkeit einer Frauenquote (Windthorst)	38
I. Aktueller Entwurf einer Richtlinie der EU zur Verbesserung der Ausgewogenheit der Geschlechter unter den Führungskräften börsennotierter Unternehmen.....	38
1. Vorgeschichte	38
2. Inhalt des Richtlinienentwurfs	39
a) Ziel der Richtlinie	39
b) Betroffene Unternehmen	39
c) Erfasste Gremien	40
d) Art und Höhe der Quote	40
e) Sanktionen	41
3. Weiterer Fortgang	41
4. Zusammenfassung zu I.	42
II. Kompetenz der EU	42
1. Notwendigkeit einer Kompetenzbegründung.....	42
2. Einschlägige Kompetenzzuweisung	42
3. Beachtung des Grundsatzes der Subsidiarität bei der Kompetenzausübung	44
a) Behinderung der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes.....	44
b) Bessere Verwirklichung des Gleichstellungsauftrages auf Unionsebene	45
4. Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bei der Kompetenzausübung	46
5. Zwischenergebnis zu II.	47
III. Beachtung der Europäischen Grundrechte-Charta	47
1. Berufsfreiheit, unternehmerische Freiheit und Eigentumsrecht	47
a) Gewährleistungen dieser Unionsgrundrechte.....	47
b) Regelung zum Wohl der Allgemeinheit	48
c) Verhältnismäßigkeit der Regelung	48
2. Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts.....	50
3. Zwischenergebnis zu III.	50
IV. Beachtung der Gleichbehandlungs-Richtlinie.....	50
1. Grundsätzliches Verbot einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts	50
2. Reichweite der Öffnungsklausel.....	51
3. Zwischenergebnis zu IV.	52
G. Frage 6: Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Frauenquote (Windthorst)	52

I. Gesetzgebungskompetenz des Bundes	52
II. Vereinbarkeit einer gesetzlichen Frauenquote mit dem Verbot einer geschlechtsbedingten Ungleichbehandlung durch Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG	53
1. Tatbestand einer Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts	53
2. Rechtfertigung durch den Verfassungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG	53
a) Tragfähigkeit des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG als Rechtfertigungsgrund.....	53
b) Abwägung zwischen Ungleichbehandlungsverbot (Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG) und Gleichbehandlungsauftrag (Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG).....	54
aa) Geeignetheit	54
bb) Erforderlichkeit	55
cc) Angemessenheit	56
3. Ergebnis zu II.	58
III. Vereinbarkeit einer gesetzlichen Frauenquote mit dem Eigentumsrecht der Anteilseigner nach Art. 14 GG.....	58
1. Schutz der Anteile an einem Unternehmen durch Art. 14 GG	58
2. Eingriff in das Eigentum durch eine gesetzliche Frauenquote	59
3. Rechtfertigung des Eingriffs	59
a) Verfassungslegitimer Gemeinwohlbelang	59
aa) Ökonomische Gründe	59
bb) Gesellschaftspolitische Gründe	61
b) Beachtung der Verhältnismäßigkeit	63
aa) Privatnützigkeit versus Sozialbindung des Eigentums	63
bb) Notwendige Differenzierungen nach Unternehmensform und Führungsgremium	63
cc) Besondere Situation bei Familienunternehmen	64
(1) Begriff des Familienunternehmens.....	65
(2) Grundrechtliche Gewährleistungen.....	65
(3) Bedeutung der Privatnützigkeit	65
(4) Generelle Freistellung der Familienunternehmen von einer gesetzlichen Frauenquote?	66
(5) Notwendigkeit einer Ausnahme- und Härtefallklausel für Familienunternehmen....	66
(aa) Unterscheidung zwischen Ausnahme- und Härtefallklausel	66
(bb) Gründe für eine allgemeine Ausnahme- und Härtefallklausel	67
(cc) Gründe für eine besondere Ausnahme- und Härtefallklausel für Familienunternehmen	67
(6) Ausgestaltung der Ausnahme- und Härtefallklausel	68
(aa) Entscheidungsprimat der Aktionäre mit Sperrquote	68
(bb) Generalklausel mit Regelbeispiel	68
H. Fazit und Ausblick (<i>Windthorst</i>)	69

Executive Summary

- Zu den obersten Führungs- und Kontrollgremien, in denen eine Frauenquote verbindlich eingeführt werden könnte, gehören nach dem derzeitigen Stand der Diskussion Vorstand und Aufsichtsrat bzw. die damit vergleichbaren Organe in anderen Gesellschaftsformen. Dabei ist die Forderung abzulehnen, eine verbindliche Geschlechterquote für die Besetzung von Vorstandsposten einzuführen. Eine solche Vorgabe griffe zu tief in die Autonomie der Unternehmung ein und dürfte zu erheblichen praktischen Problemen führen.
- Sollte der Gesetzgeber bei der Einführung der Geschlechterquote allein an die Rechtsform einer Unternehmung anknüpfen, würde dies in der Regel zu erheblichen Anpassungsproblemen führen. Eine solche Vorgehensweise erweist sich in den meisten Fällen als zu wenig zielgenau. Die Anknüpfung an die Mitbestimmung wäre demgegenüber zwar gesetzestechisch leichter umzusetzen, würde aber erhebliche Umsetzungsschwierigkeiten aufwerfen und griffe mit dem DrittelbG auch viel zu weit.
- Die einfachgesetzliche Ausgestaltung einer verbindlichen Geschlechterquote erweist sich bei genauer Betrachtung als sehr schwierig. Egal ob man sich für eine feste Quote im Sinne eines Fixums oder für die FlexiQuote entscheidet – der Gesetzgeber wird noch erhebliche Detailarbeit leisten müssen. Jedenfalls sind viele Härte- und Ausnahmeregelungen erforderlich, so dass eine konsistente Gesamtregelung insgesamt sehr schwierig werden dürfte.
- Außerdem könnte es je nach konkreter Ausgestaltung der gesetzlichen Vorgaben im Einzelfall dazu kommen, dass Interessengruppen ihre Vorschläge strategisch platzieren, um die gesetzlichen Mechanismen der Quotenvorgabe zu ihren Gunsten zu nutzen. Die Rechtsrisiken für die betroffenen Unternehmen dürften jedenfalls signifikant ansteigen.
- Wie der Gesetzgeber einen Verstoß gegen die verbindliche Geschlechterquote ausgestalten wird, ist derzeit noch nicht absehbar, zumal das grundsätzlich in Betracht kommende Sanktionsinstrumentarium ausgesprochen breit gefächert ist. Die aktuellen Vorschläge reichen von sehr strengen Strafen, wie dem Entzug der Börsennotierung, bis hin zu Publizitätspflichten. Hinreichend gesichert erscheint derzeit nur zu sein, dass auf eine wie auch immer geartete Rechtsfolge für den Fall des Verstoßes nicht verzichtet wird. Letztlich wird die Prüfung der Verfassungsgemäßheit der Geschlechterquote auch von der Strenge der angedrohten Sanktionen abhängen.
- Der Entwurf einer EU-Richtlinie zur Förderung des unterrepräsentierten Geschlechts unter den nicht-geschäftsführenden Führungskräften börsennotierter Unternehmen in der Union vom 14.11.2012 kann sich nicht auf die Kompetenz aus Art. 157 Abs. 4 AEUV stützen, weil diese Norm ausdrücklich nur für Maßnahmen der Mitgliedstaaten gilt. Art. 157 Abs. 3 AEUV scheidet als Kompetenzgrundlage ebenfalls aus, da er nicht zu positiven Fördermaßnahmen wegen des Geschlechts ermächtigt. Die notwendige Kompetenzzuweisung für die EU ergibt sich aber aus Art. 19 Abs. 1 AEUV i. V. m. Art. 2 Satz 2, Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUV und Art. 23 Abs. 2 EU-GrCh.

Allerdings setzt der Erlass einer solchen Richtlinie einen einstimmigen Beschluss des Rates voraus. Ihre praktische Realisierbarkeit ist somit sehr zweifelhaft.

- Darüber hinaus ist fraglich, ob die Ausübung dieser Kompetenz durch Erlass der geplanten Richtlinie mit dem Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 Abs. 1 S. 2 und Abs. 3 EUV vereinbar ist. Das kann nur angenommen werden, wenn die Beschäftigungs- und Vorbildfunktion börsennotierter Unternehmen als hinreichender Rechtfertigungsgrund für eine Regelung auf Unionsebene anerkannt wird. Dagegen genügt der Umstand, dass börsennotierte Unternehmen einer stärkeren Regulierung unterliegen, nicht als Rechtfertigungsgrund im Hinblick auf den Subsidiaritätsgrundsatz. Denn mit dieser Regulierung werden Ziele verfolgt, die in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit der Besetzung des Aufsichtsrats dieser Unternehmen mit weiblichen Kandidaten stehen.
- Wegen des in Art. 296 Abs. 1 AEUV ausgeformten Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit darf die EU eine Frauenquote keinesfalls durch eine unmittelbar geltende EU-Verordnung einführen.
- Der Richtlinienentwurf der EU greift insbesondere in das Grundrecht der Anteilseigner der betroffenen Unternehmen auf Eigentum nach Art. 17 Abs. 1 EU-GrCh ein. Der dem Entwurf zugrunde liegende Gleichstellungsauftrag in Art. 23 EU-GrCh kann diesen Eingriff zwar prinzipiell rechtfertigen. Dies gilt aber nur, wenn er in verhältnismäßiger Weise ausgestaltet ist. Das verlangt neben der Begrenzung der Regelung auf den Aufsichtsrat börsennotierter Unternehmen und der Voraussetzung gleicher Qualifikation der Kandidaten eine Ausnahme- und Härtefallklausel für Familienunternehmen, um eine unangemessene Beeinträchtigung des Eigentums der Anteilseigner (Familiengesellschafter) nach Art. 17 Abs. 1 EU-GrCh zu vermeiden. Eine solche Klausel ist im aktuellen Richtlinienentwurf nicht vorgesehen. Der Entwurf ist daher schon aus diesem Grund unionsrechtswidrig.
- Der Bund besitzt gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 14, Art. 72 Abs. 2 GG die konkurrierende Kompetenz für die gesetzliche Regelung einer Frauenquote für Wirtschaftsunternehmen. Die Gesetzgebungskompetenz der Länder wird dadurch gem. Art. 72 Abs. 1 GG verdrängt.
- Eine gesetzliche Frauenquote für Führungsgremien von Wirtschaftsunternehmen beeinträchtigt das verfassungsrechtliche Verbot des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, da sie für männliche Bewerber eine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts darstellt. Dieser Verstoß kann aber durch den Gleichbehandlungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG gerechtfertigt sein, wenn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet wird.
- Hinsichtlich der Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Frauenquote bestehen wegen der Einschätzungsprärogative und des Einschätzungsspielraums des Gesetzgebers keine durchgreifenden Bedenken.
- Was die Angemessenheit einer Frauenquote betrifft, so ist diese nicht gegeben, wenn weibliche Kandidaten trotz geringerer Qualifikation den Vorzug bei der Besetzung des Aufsichtsrats eines börsennotierten Unternehmens erhalten. Darüber hinaus bedarf es einer differenzierten gesetzlichen Regelung mit Ausnahme- und Härtefallklausel.

- Diese Klauseln müssen zum einen die Fälle erfassen und von der Quotenregelung freistellen, in denen nachweisbar keine gleich geeigneten Frauen für das Aufsichtsratsmandat zur Verfügung stehen („Verfügbarkeits-Klausel“). Zum anderen muss eine Klausel in den Fällen eingreifen, in denen die Gesellschafter eines Familienunternehmens infolge der Quote ihren bestimmenden Einfluss auf das Familienunternehmen verlieren oder dieser Einfluss wesentlich beeinträchtigt wird („Familienunternehmen-Klausel“).
- Die Notwendigkeit einer Familienunternehmen-Klausel resultiert daraus, dass bei Familienunternehmen unabhängig ihrer Größe die mitgliedschaftsrechtliche Gewährleistung des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG für das Anteilseigentum der Familiengeschafter eine wichtige Rolle spielt, da das Element der Privatnützigkeit stark ausgeprägt ist. Das Unternehmen ist für die Gesellschafter nicht nur ein Vermögenswert, sondern sie sind mit ihm persönlich, familiär, wirtschaftlich und emotional verbunden. Letzteres zeigt etwa der Umstand, dass die Familiengeschafter sich regelmäßig mit ihrem Unternehmen und seinen Werten identifizieren. Das Familienunternehmen ist zudem häufig ein wichtiges Bindeglied zur Sicherung des familiären Zusammenhalts. Die Anteilseigner eines Familienunternehmens haben somit großes Interesse daran, auf die Unternehmensführung und -strategie Einfluss zu nehmen. Dieses Interesse wird durch die Garantie der Privatnützigkeit in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG besonders geschützt. Das zieht dem Gesetzgeber bei der Festlegung einer Frauenquote enge Grenzen und begründet die Notwendigkeit einer Ausnahme- und Härtefallklausel für Familienunternehmen.
- Diese Klausel muss zwar nicht alle börsennotierten Familienunternehmen von vornherein von einer gesetzlichen Frauenquote für den Aufsichtsrat freistellen. Sie muss aber jedenfalls dann eingreifen, wenn die Quote dazu führen kann, dass die Familiengeschafter den bestimmenden Einfluss auf das Familienunternehmen verlieren oder darin wesentlich beeinträchtigt werden. Dazu kann es beispielsweise in den Fällen kommen, in denen die Unternehmensleitung fremdbestimmt ist und die Familiengeschafter Gefahr laufen, infolge der Quotenregelung das Letztentscheidungsrecht im mitbestimmten Aufsichtsrat zu verlieren, weil sie die Bank der Anteilseigner mangels Alternativen notgedrungen mit externen, also nicht zum Kreis der Familiengeschafter gehörenden weiblichen Kandidaten besetzen müssen.
- Die notwendige zielgenaue, konsistente und folgerichtige Ausgestaltung der gesetzlichen Regelung einer Frauenquote und insbesondere dieser Klauseln stellt den Gesetzgeber vor erhebliche Probleme. Als Alternative könnten Familienunternehmen von vornherein von einer fixen Frauenquote ausgenommen und stattdessen von ihnen verlangt werden, dass sie eine spezifische Frauenquote als bindende Selbstverpflichtung für sich definieren. Dieser Lösung wird man zumindest den Charme der Schlichtheit, Eindeutigkeit und geringen Komplexität kaum absprechen können.

Gutachten

A. EINFÜHRUNG (*LANGE*)

I. VORBEMERKUNGEN

Seit einigen Jahren wird in Deutschland eine intensive Debatte über die Einführung einer verbindlichen Mindestquote für Frauen in Führungspositionen von Wirtschaftsunternehmen geführt,¹ die immer auch eine europäische Dimension besitzt.² Entsprechende Geschlechterquoten kennt man beispielsweise in Frankreich,³ Norwegen, Island, Spanien, Belgien und jüngst Italien.⁴ In den Niederlanden wurde ein entsprechendes Gesetz über eine Frauenquote im Vorstand Ende 2009 eingeführt.⁵ Erwägt wird die Einführung verbindlicher Frauenquoten derzeit in Österreich.

Nachfolgend geht es allein um die gesetzliche Einführung einer verpflichtenden Geschlechterquote und nicht um das weiter ausgreifende Thema „Diversity“. Die Einführung einer verbindlichen Frauenquote verfolgt zwei Ziele: zum einen die Verbesserung der Aufsichtsratsstätigkeit durch Diversifizierung im Sinne einer besseren Corporate Governance, zum anderen die Frauenförderung. Eine ökonomische Notwendigkeit zur Einführung einer gesetzlichen Frauenmindestquote besteht nicht. Ein positiver Zusammenhang zwischen Gender Diversity und Unternehmensperformance ist nicht ausreichend wissenschaftlich belegt. Die Mehrheit der veröffentlichten Studien kann im Gegenteil keine klare Korrelation nachweisen.⁶ Damit scheint die Einführung vorrangig politischen Motiven zu folgen.

II. GESETZESINITIATIVEN

Folgende Gesetzesinitiativen wurden für dieses Gutachten herangezogen:

- Der Entwurf eines „Gesetzes zur geschlechtergerechten Besetzung von Aufsichtsräten“ der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Deutschen Bundestag.⁷
- Der Vorschlag der Fraktion DIE LINKE im Bundestag zur „Geschlechtergerechten Besetzung von Führungspositionen in der Wirtschaft“.⁸
- Der Entwurf der SPD-Fraktion im Bundestag eines „Gesetzes zur Förderung der Chancengleichheit von Männern und Frauen in Wirtschaftsunternehmen“.⁹

¹ Vgl. nur die Auseinandersetzung zwischen *Reding* und *Weber-Rey* in ZRP 2011, 127 mit Ergänzungen durch *Kempter*, S. 219.

² Vgl. nur Kommission, KOM (2011), 164 endg., S. 7 f.; DAV, Pressemitteilung, EuZW 2012, 203; *Philipp*, EuZW 2011, 612.

³ Dazu *François-Poncet/Deilmann/Otte*, NZG 2011, 450, 451 f.

⁴ Vgl. dazu etwa *Frost/Linnainmaa*, AG 2007, 601 ff.; *Körner*, FS Pfarr, S. 218, 220 ff.

⁵ *Schladebach/Stefanopoulou*, BB 2010, 1042, 1043.

⁶ Vgl. dazu die Auswertung von *Velte*, Der Konzern, 2012, 1, 3 ff.; zu pauschal hingegen *Brandt/Thiele*, AG 2011, 580.

⁷ BT-Drs. 17/3296 v. 13.10.2010; dazu *Künast*, ZRP 2011, 11.

⁸ BT-Drs. 17/4842 v. 22.02.2011 unter II. A. 2.

- Der Antrag des Landes Nordrhein-Westfalen eines „Gesetzes zur Förderung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern in Aufsichtsräten börsennotierter Unternehmen“ im Bundesrat.¹⁰
- Entwurf des Landes Hamburg eines Gesetzes zur „Förderung gleichberechtigter Teilhabe von Frauen und Männern in Führungsgremien“.¹¹
- Ferner wurde der Vorschlag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) zur Einführung einer sog. FlexiQuote untersucht.

III. BEGRIFFLICHKEITEN

Der Begriff der sog. Frauenquote ist in mehrfacher Hinsicht ungenau. Zum einen ist es präziser von einer Geschlechterquote zu sprechen, da die entsprechenden Initiativen durchweg Quoten für Männer und Frauen fordern. Zum anderen erfasst der Begriff der Quote sowohl die verbindliche Vorgabe im Sinne eines Fixums als auch die Flexi-Quote. Letzter meint nicht eine verbindliche Mindestquote, sondern „gesetzliche Pflicht zur Selbstverpflichtung“. Unternehmen müssen danach eine selbst bestimmte und betriebsspezifische Frauenquote festlegen und veröffentlichen, die innerhalb einer bestimmten Frist erreicht werden soll. Hintergrund ist ein vierstufiger Aktionsplan des BMFSFJ, wobei die 3. Stufe die gesetzliche Pflicht zur Selbstverpflichtung enthalten soll. Die 4. Stufe, die sog. sunset-clause, soll eingreifen, wenn ein Unternehmen eine Frauenquote von 30 % in Aufsichtsrat und Vorstand erreicht hat. In diesem Falle entfällt für dieses Unternehmen die gesetzliche Pflicht der Selbstverpflichtung.

IV. GANG DER UNTERSUCHUNG

Der Gutachtenauftrag bestand darin, herauszuarbeiten, welche rechtlichen Rahmenbedingungen die Einführung einer wie auch immer gearteten Geschlechterquote für Führungs- und Kontrollorgane in Unternehmen zu beachten hätte. Erfasst werden sollten die gesellschaftsrechtlichen, die europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Dimensionen dieser Thematik.

Hiervon ausgehend wird zunächst die Frage beantwortet, wie die Führungs- und Kontrollgremien zu definieren sind, für die eine Geschlechterquote eingeführt werden könnte. Sodann ist der Kreis der Normadressaten einer solchen Quote zu definieren. Daran schließen sich Überlegungen zur Frage einer inhaltlichen Ausgestaltung einer verbindlichen Geschlechterquote im Aufsichtsrat an. Zu prüfen ist sodann, wie mögliche Sanktionen eines Verstoßes gegen die Geschlechterquote aussehen könnten.

⁹ BT-Drs. 17/8878 v. 06.03.2012, S. 8.

¹⁰ BR-Drs. 87/11 v. 11.02.2011.

¹¹ BR-Drs. 330/12 v. 29.05.2012.

B. Frage 1: Wie sind die Führungs- und Kontrollgremien zu definieren, für die eine Geschlechterquote eingeführt werden könnte? (LANGE)

Die erste Frage, die man beantworten sollte, wenn man sich für die Einführung einer verbindlichen geschlechterspezifischen Besetzung der Führungsgremien in Wirtschaftsunternehmen ausspricht, ist diejenige nach der Reichweite, also welche Führungs- und Kontrollgremien konkret erfasst sein sollen. Derzeit wird nahezu ausschließlich von der Besetzung von Vorständen und/oder Aufsichtsräten gesprochen, wodurch die Einführung einer verbindlichen Mindestbeteiligungsquote (zunächst) auf die oberste Führungs- bzw. Kontrollebene eines Unternehmens beschränkt werden dürfte.

Im Vorschlag der Bundestags-Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN geht es allein um das oberste Aufsichtsgremium.¹² Die Initiative der Fraktion DIE LINKE im Bundestag spricht davon, dass Führungspositionen in Wirtschaftsunternehmen alle Positionen in Vorstand und Aufsichtsrat seien.¹³ Der Antrag des Landes Nordrhein-Westfalen im Bundesrat hingegen hat allein die Aufsichtsräte im Blick.¹⁴ Der Gesetzesentwurf der SPD-Fraktion im Bundestag fordert eine Mindestquote von 40 % für Frauen und Männer in Aufsichtsräten und Vorständen.¹⁵ Der jüngste Vorschlag stammt aus Hamburg. Dort schlägt man die zweistufige Einführung einer zunächst 20 und später 40 %igen Quote für die Besetzung von Aufsichtsräten vor.¹⁶ Die Bundesregierung will den Plänen des BMFSFJ zufolge eine sog. Flexi-Quote gesetzlich einführen. Dies betrifft sowohl den Vorstand als auch den Aufsichtsrat.¹⁷

Der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) enthält seit dem Jahr 2010 an mehreren Stellen Empfehlungen für die Besetzung von Vorstand und Aufsichtsrat. Seither heißt es in Ziff. 4.1.5: „Der Vorstand soll bei der Besetzung von Führungsfunktionen im Unternehmen auf Vielfalt (Diversity) achten und dabei insbesondere eine angemessene Berücksichtigung von Frauen anstreben“. Eine Aussage darüber, welche Hierarchiestufen unter den Begriff „Führungsfunktionen“ fallen, fehlt.

Ferner heißt es in Ziff. 5.1.2 Abs. 1: „Der Aufsichtsrat bestellt und entlässt die Mitglieder des Vorstands. Bei der Zusammensetzung des Vorstands soll der Aufsichtsrat auch auf Vielfalt (Diversity) achten und dabei insbesondere eine angemessene Berücksichtigung von Frauen anstreben (...)“. In der aktuellen Fassung aus dem Jahr 2012 wird zudem in Ziff. 5.4.1 Abs. 2 empfohlen: „Der Aufsichtsrat soll für seine Zusammensetzung konkrete Ziele benennen, die unter Beachtung der unternehmensspezifischen Situation die internationale Tätigkeit des Unternehmens, potentielle Interessenkonflikte, die Anzahl der unabhängigen Aufsichtsratsmitglieder im Sinn von Nummer 5.4.2,

¹² BT-Drs. 17/3296 v. 13.10.2010; dazu *Künast*, ZRP 2011, 11.

¹³ BT-Drs. 17/4842 v. 22.02.2011 unter II. A. 2.

¹⁴ BR-Drs. 87/11 v. 11.02.2011.

¹⁵ BT-Drs. 17/8878 v. 06.03.2012, S. 8.

¹⁶ BR-Drs. 330/12 v. 29.05.2012.

¹⁷ Vgl. Pressemitteilung BMFSFJ v. 06.06.2011, <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/gleichstellung,did=172756.html>.

eine festzulegende Altersgrenze für Aufsichtsratsmitglieder und Vielfalt (Diversity) berücksichtigen. Diese konkreten Ziele sollen insbesondere eine angemessene Beteiligung von Frauen vorsehen.“

Die genannten Empfehlungen des DCGK sollen bewusst als positive Maßnahme zugunsten von Frauen in den obersten Führungsgremien verstanden werden.¹⁸ Will der Aufsichtsrat dem Kodex entsprechen, hat er entweder eine eigene Quote oder eine Wachstumsrate zu beschließen und für deren Erreichen einen Zeitplan aufzustellen.¹⁹ Er hat diese Vorgaben in seinem Wahlvorschlag an die Hauptversammlung zu berücksichtigen und muss über den Stand ihrer Umsetzung berichten. Die Kodex-Kommission wollte mit der Regelung erstens eine starre Quote im Sinne eines Fixums vermeiden und zweitens der angeblichen Einsicht Rechnung tragen, dass ein heterogen zusammengesetztes Gremium regelmäßig besser arbeiten soll.²⁰

Zwar sind die Vorgaben des DCGK nicht rechtsverbindlich, mittelbare Wirkungen entfalten sie aber über die sog. Entsprechenserklärung gem. § 161 AktG („comply or explain“).²¹ Nach § 289 a Abs. 2 Nr. 1 HGB ist diese in die Erklärung zur Unternehmensführung aufzunehmen. Auf diese Weise wird die Entsprechenserklärung als Bestandteil der Erklärung zur Unternehmensführung Element des Lageberichts.²² Für den Konzernabschluss ist § 314 Abs. 1 Nr. 8 HGB zu beachten. Schon der damit einhergehende Publizitätsdruck führt zu teilweise beachtlichen Ergebnissen. Dennoch sind die Wirkungen des § 161 AktG mit Blick auf eine verstärkte Berufung von Frauen zu Vorständen und Aufsichtsräten recht begrenzt, zumal Sanktionen im DCGK hierzu ohnehin nicht vorgesehen sind.

Kritisiert wurde zudem die alte Vorgabe der Ziff. 5.4.1 Abs. 2 DCGK 2012, die der Aufsichtsrat schon dann erfüllt hatte, wenn er das Ziel einer angemessenen Beteiligung von Frauen „berücksichtigt“ hatte, also etwa nach einer eingehenden Debatte aufgrund der spezifischen Gegebenheiten im Unternehmen gegen eine gezielte Besetzung durch Frauen votiert hatte, da gerade keine feste Quote gefordert wurde.²³ Auch sprach die Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs „angemessen“ gegen eine hinreichende „Durchschlagskraft“ der Regelung, zumal offen blieb, wer diese Angemessenheit anhand welchen Maßstabs nachträglich überprüfen soll.²⁴ Die aktuelle Fassung hat diese Kritik nicht aufgegriffen und den Wortlaut insofern unverändert beibehalten.²⁵

¹⁸ Hecker/Peters, BB 2010, 2251, 2253 f.; Weber, NJW 2010, 274, 279.

¹⁹ Hecker/Peters, BB 2010, 2251, 2254; Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, NZG 2010, 1161, 1166; Schubert/Jacobsen, WM 2011, 726, 727-730; Weber-Rey/Handt, NGZ 2011, 1, 3.

²⁰ Bachmann, ZIP 2011, 1131, 1132; Deilmann/Albrecht, AG 2010, 727, 734; Rieder/Holzmann, AG 2010, 570, 573. Kritisch bis ablehnend hingegen Mühlert, ZHR 174 (2010), 375, 380, 384; Peltzer, NZG 2011, 281, 283.

²¹ GK-AktG/Hopt/Roth, § 101 Rn. 23; Hüffer, § 161 Rn. 14 ff.; Heide/Kirschbaum, § 161 Rn. 62 ff.; Schmidt/Lutter/Spindler, § 161 Rn. 12.

²² MünchKomm-HGB/Lange, § 289 a Rn. 8; Tödtmann/Schauer, ZIP 2009, 995, 997; Vetter, NZG 2009, 561, 562.

²³ Ebenso Henssler/Seidensticker, KSzW 2012, 10; vgl. auch Deilmann/Albrecht, AG 2010, 727, 733.

²⁴ Schulz, BB 2010, 2390, 2391; Spindler/Brandt, NZG 2011, 401, 403; offen gelassen von Velte, Der Konzern, 2012, 1, 5.

²⁵ Vgl. dazu Ihrig/Meder, ZIP 2012, 1210 ff.

Das DrittelbG schreibt als Bestandteil des bestehenden Mitbestimmungsrechts in seinem § 4 Abs. 4 vor, dass unter den Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer Frauen und Männer entsprechend ihrem zahlenmäßigen Verhältnis im Unternehmen vertreten sein „sollen“. Trotz der weichen Formulierung als „Soll-Vorschrift“ werden diese Vorgaben angeblich in der Praxis durchweg beachtet.²⁶

Danach ist für die weitere Untersuchung festzuhalten, dass zu den obersten Führungs- und Kontrollgremien, in denen eine Frauenquote verbindlich eingeführt werden könnte, nach dem derzeitigen Stand der Diskussion allein Vorstand und Aufsichtsrat bzw. die damit vergleichbaren Organe in anderen Gesellschaftsformen zu zählen sind und keineswegs etwa das gesamte „obere Management“.

C. Frage 2: Wie ist der Kreis der Normadressaten einer möglichen Geschlechterquote zu definieren? (LANGE)

I. VORÜBERLEGUNGEN

Die Beschränkung der Einführung einer verbindlichen Frauenquote auf die oberste Führungs- und Kontrollebene einer Gesellschaft (Vorstand und Aufsichtsrat) darf nicht mit einer Vorfestlegung auf bestimmte Rechtsformen, namentlich die Aktiengesellschaft, verwechselt werden. Vielmehr ist genau zu prüfen, wie der unternehmerische Anwendungsbereich einer solchen geschlechterspezifischen Quote zu definieren ist. Hierzu bieten sich im Wesentlichen folgende Anknüpfungskriterien an:

- die Börsennotierung bzw. Kapitalmarktorientierung der Unternehmung,
- das Vorliegen einer verbindlichen unternehmerischen Mitbestimmung,
- eine bestimmte Unternehmensmindestgröße sowie
- die Gesellschaftsform der Unternehmung.

Die o.g. Gesetzesinitiative des Landes Nordrhein-Westfalen sieht die Einführung einer Mindestquote für Aufsichtsräte börsennotierter Aktiengesellschaften vor, erklärt also die Börsennotiertheit der Unternehmung zum entscheidenden Anknüpfungspunkt.²⁷ Weiter greift der Gesetzesentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Bundestag aus, der auf der einen Seite ebenfalls Unternehmen erfasst, die börsennotiert sind, auf der anderen Seite aber zusätzlich an den Umstand der zwingenden unternehmerischen Mitbestimmung anknüpft.²⁸ Auch der Gesetzesentwurf der SPD-Fraktion im Bundestag vom März 2012 richtet sich sowohl an börsennotierte als auch an mitbestimmte Unternehmen.²⁹ Dasselbe gilt für den Entwurf aus Hamburg, der die Einführung gesetzlicher

²⁶ So *Frost/Linnainmaa*, AG 2007, 601, 602; *Holst*, DIW 35/2005, 505, 511; *Spindler/Brandt*, NZG 2011, 401.

²⁷ BR-Drs. 87/11 v. 11.02.2011, S. 19.

²⁸ BT-Drs. 17/3296, S. 6 f.; *Künast*, ZRP 2011, 11 f.

²⁹ BT-Drs. 17/8878 v. 06.03.2012, S. 8.

Mindestquoten für Aufsichtsräte börsennotierter und mitbestimmter Unternehmen vorsieht.³⁰ Ausschließlich rechtsformorientiert ist demgegenüber der Antrag der Fraktion DIE LINKE im Bundestag ausgestaltet, der alle AG, KGaA, aufsichtsratsfähigen GmbH und Genossenschaften, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, Europäische Aktiengesellschaften, Europäische Genossenschaften und Gesellschaften nach grenzüberschreitender Verschmelzung erfasst, soweit diese für das dualistische System optiert haben.³¹ Der Vorschlag aus dem BMFSFJ über die sog. Flexi-Quote stellt auf die Kriterien der Börsennotierung und der Mitbestimmung ab. Schon dieser Überblick verdeutlicht, dass eine differenzierende Herangehensweise geboten erscheint.

II. ANKNÜPFUNG AN DIE BÖRSENNOTIERUNG DER UNTERNEHMUNG

1. Begriff der Börsennotierung

Nach § 3 Abs. 2 AktG ist eine Aktiengesellschaft börsennotiert, deren Aktien zu einem Markt zugelassen sind, der von staatlich anerkannten Stellen geregelt und überwacht wird, regelmäßig stattfindet und für das Publikum mittelbar oder unmittelbar zugänglich ist. Diese Legaldefinition gilt für sämtliche Vorschriften des AktG, die diesen Terminus verwenden. Börsennotiert sind danach Gesellschaften, deren Aktien zu einem Markt zugelassen sind, der durch staatlich anerkannte Stellen geregelt und überwacht wird (§§ 32 ff. BörsG). Es werden auch solche Gesellschaften erfasst, deren Aktien an vergleichbaren Börsen im Ausland notiert werden.³² Nicht erfasst ist hingegen der sog. Freiverkehr (§ 48 BörsG). Ebenfalls nicht erfasst vom Begriff der Börsennotierung sind Gesellschaften, deren Aktien im Inter-Banken-Handel (sog. OTC-Handel), im Telefonhandel sowie mittels alternativer Transaktionssysteme (sog. ATS) gehandelt werden.³³ Für diejenigen Aktiengesellschaften, die nicht börsennotiert im Sinne von § 3 Abs. 2 AktG sind, gelten Erleichterungen insbesondere bei den Verfahrensvorschriften. Demgegenüber haben börsennotierte Aktiengesellschaften zusätzlich zahlreiche Sondervorschriften des Kapitalmarktrechts zu beachten.³⁴

Abzugrenzen von der börsennotierten Gesellschaft ist der umfassendere Begriff der kapitalmarktorientierten Kapitalgesellschaft im Sinne von § 264 d HGB, der auch beim Handel anderer Wertpapiere als Aktien greift. Dieser Paragraph definiert die Kapitalmarktorientierung für das HGB. Da er dazu auf § 2 Abs. 5 und § 2 Abs. 1 Satz 1 WpHG verweist, fallen sowohl der Freiverkehr an den Börsen als auch Anteile an Investmentvermögen (§ 2 Abs. 1 Satz 2 WpHG) aus der Definition heraus. Umgekehrt begrenzt die Bestimmung die Kapitalmarktorientierung nicht auf die das Eigenkapital repräsentierenden Wertpapiere, weshalb Kapitalgesellschaften unterschiedlicher

³⁰ BR-Drs. 330/12 v. 29.05.2012, S. 14.

³¹ BT-Drs. 17/4842 v. 22.02.2011, S. 2.

³² Böcker, RNotZ 2002, 129, 131; Spindler/Stilz/Drescher, § 3 Rn. 5; Henssler/Strohn/Lange, § 3 AktG Rn. 3.

³³ Döge/Jobst, BKR 2010, 136.

³⁴ Vgl. dazu den Überblick bei Wachter/Franz, § 3 Rn. 7; MünchKomm/AktG/Heider, § 3 Rn. 44-46.

Rechtsformen (AG, GmbH, SE etc.) erfasst werden. Dies gilt auch für kleine Kapitalgesellschaften im Sinne von § 267 Abs. 1 HGB, die, wenn sie kapitalmarktorientiert gemäß § 264 d HGB sind, stets als große Kapitalgesellschaften einzustufen sind (§ 267 Abs. 3 Satz 2 HGB).

Stellte man nicht auf die Börsennotierung sondern auf den weiterreichenden Begriff der Kapitalmarktorientierung der Unternehmen ab, würde letztlich die Ausgabe eines Fremdkapitalinstruments zum Anknüpfungsinstrument für die verbindliche Geschlechterquote werden. Dieser Schritt überzeugt nicht, da weder Rückschlüsse auf besondere Governance-Probleme noch auf die Größe und/oder die Sozialbindung bzw. die gesamtwirtschaftliche Vorbildfunktion möglich sind.³⁵ Nachfolgend wird sich daher allein mit der Börsennotierung der Unternehmung befasst und nicht auch mit den kapitalmarktorientierten Kapitalgesellschaften.

2. Börsennotierung und Frauenquote

Angesichts dieser Gemengelage stellt sich die Frage, was mit einer Anknüpfung an die Börsennotierung erreicht werden soll. Von den Befürwortern einer verbindlichen Frauenquote für börsennotierte Unternehmen wird auf den besonderen Einfluss der börsennotierten Unternehmen in Wirtschaft und Gesellschaft, ihrer damit einher gehenden gesteigerten gesellschaftlichen Verpflichtung sowie auf die Vorbild- und Ausstrahlungswirkung dieser Unternehmensgruppe verwiesen.³⁶ Zudem sei für sie die Umsetzung der Frauenquote regelmäßig verwaltungstechnisch und hinsichtlich der damit verbundenen Kosten zumutbar. In anderen Unternehmen hingegen könnten gesteigerte Umsetzungsprobleme auftreten. Bei börsennotierten Publikumskapitalgesellschaften bestehe zudem regelmäßig keine enge Verbundenheit der Anteilseigner mit dem Unternehmen, die über eine reine Kapitalanlage hinausgehe. Von einer Mitunternehmerschaft der Anteilseigner sei hier nicht auszugehen.³⁷

An dieser Argumentation ist jedenfalls richtig, dass bei börsennotierten Publikumskapitalgesellschaften die Eigentumsposition des Gesellschafters und seine Teilhaberechte an der Unternehmensführung, die er in der Hauptversammlung durch die Wahl des Aufsichtsrats ausübt (vgl. §§ 101, 119 Abs. 1 Nr. 1 AktG), dergestalt reduziert sind, dass seine Rechtsstellung derjenigen eines Kapitalanlegers deutlich angenähert ist. Ein wesentlicher Bestandteil seines Eigentumsrechts dürfte im Dividendenbezug und in der Möglichkeit liegen, seine Gesellschaftsanteile rasch gewinnbringend veräußern zu können.³⁸ Bei der Gruppe der börsennotierten Publikumskapitalgesellschaften als Normadressaten kann zudem vor allem dann eine gewisse

³⁵ Ebenso *Langenbucher*, JZ 2011, 1038, 1041.

³⁶ Vgl. Gesetzesentwurf Hamburg, BR-Drs. 330/12 v. 29.05.2012, S. 36: „wahrnehmbare Vorbildfunktion“; Gesetzesentwurf NRW, BR-Drs. 87/11 v. 11.02.2011, S. 19: „bedeutsame Schlüsselpositionen im Wirtschaftsleben“, S. 27: „Ausstrahlungswirkung“; *Henssler/Seidensticker*, KSzW 2012, 10, 17: „hinreichende Signalwirkung“.

³⁷ Gesetzesentwurf Hamburg, BR-Drs. 330/12 v. 29.05.2012, S. 36; Gesetzesentwurf NRW, BT-Drs. 87/11 v. 11.02.2011, S. 26 f.

Erfahrung im Umgang mit vielfältigen Diversity-Vorgaben unterstellt werden, wenn die Unternehmungen über einen internationalen Anlegerkreis verfügen.³⁹ Offen ist jedoch, ob dies auch für solche Gesellschaften zutrifft, bei denen nur ein geringer Teil der Anteile am Kapitalmarkt gehandelt wird und ein größerer Teil in der Hand einiger weniger Personen (Familie) verbleibt. Die bisher vorgelegten Gesetzesvorschläge sehen keine diesbezügliche Ausnahme vor.

Soweit man in der Börsennotierung das entscheidende Kriterium für die Einführung einer verbindlichen Frauenquote sieht, muss man sodann die Folgefrage beantworten, welche Rechtsformen davon betroffen wären. Der Gesetzesentwurf des Landes NRW ist ausdrücklich auf „börsennotierte Aktiengesellschaften“ beschränkt (§ 96 a AktG-E).⁴⁰ Etwas ungenauer ist der Gesetzesentwurf der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN formuliert,⁴¹ der letztlich aber auf § 96 AktG aufsetzt, was dann jedenfalls die auch börsennotierte KGaA einbeziehen würde (vgl. auch § 287 AktG).⁴² Der Vorschlag der SPD-Fraktion im Bundestag stellt ebenfalls auf § 96 AktG und damit auf die Rechtsformen der Aktiengesellschaft und der KGaA ab.

Rechtspolitisch ist zu beachten, dass der Kreis der von einer solchen Regelung betroffenen Unternehmen relativ klein wäre. Nur eine sehr geringe Zahl der gut 17.000 Aktiengesellschaften,⁴³ KGaA bzw. der Europäischen Gesellschaften lässt seine Anteile an der Börse handeln.⁴⁴ Dieser Befund ändert sich nicht signifikant, bezöge man über § 3 Abs. 2 AktG hinaus den Freiverkehr mit ein.⁴⁵ Beschränkte man daher die Einführung einer verbindlichen Frauenquote qualitativ auf den Kreis der börsennotierten Unternehmen, schieden erstens Unternehmen bestimmter Rechtsformen von vornherein aus dem Anwendungsbereich der Regelung aus. Zweitens zählte selbst aus der verbleibenden Menge der Rechtsformen nur eine sehr geringe Minderheit von Unternehmen zum Adressatenkreis.

Durch eine Beschränkung auf (zunächst) eine geringe Zahl von Unternehmen könnte man aber der Tatsache hinreichend Rechnung tragen, dass das Kriterium der Qualifikation der Mitglieder beachtet werden könnte (vgl. § 100 AktG), das auch bei der gesetzlichen Frauenquote im Aufsichtsrat uneingeschränkt gelten müsste. Die Thematik, ob bereits heute ein hinreichend großer Pool geeigneter und akzeptierter Frauen zu Verfügung steht, um die Quotenvorgaben zu erfüllen,⁴⁶ würde

³⁸ Vgl. dazu BGHZ 153, 47, 54 f. (zum Delisting).

³⁹ *Bachmann*, ZIP 2011, 1131, 1136.

⁴⁰ BT-Drs. 87/11 v. 11.02.2011.

⁴¹ BT-Drs. 17/3296 v. 13.10.2010.

⁴² *Bachmann*, ZIP 2011, 1131, 1136; *Wachter/Blaurock*, § 287 Rn. 10; *Hüffer*, § 96 Rn. 12; *Schmidt/Lutter/K. Schmidt*, § 287 Rn. 1; *Heidel/Wichert*, § 287 Rn. 4.

⁴³ Aktuelle Zahlen bei *Kornblum*, GmbHR 2012, 728 ff.

⁴⁴ Nach *Döge/Jobst*, BKR 2010, 136, 137, soll es sich um 4% aller Aktiengesellschaften handeln.

⁴⁵ Nach *Döge/Jobst*, BKR 2010, 136, 137, kämen dann weitere 3% hinzu.

⁴⁶ Zu beachten ist, dass die Begrenzung der Höchstzahl der Mandate gem. § 100 Abs. 2 Nr. 1 AktG auch im Falle der Einführung einer Frauenquote gelten würde.

damit erheblich an Brisanz verlieren. Verfassungsrechtliche Bedenken mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz⁴⁷ ließe sich ggf. mit dem Hinweis auf den kleinen Kreis der Normadressaten begegnen.⁴⁸

Beschränkte man den Anwendungsbereich der Frauenquote somit auf den Kreis der börsennotierten Aktiengesellschaften und KGaA (sowie ggf. der SE), könnte man für diesen Ansatz ins Feld führen, dass diese Gesellschaften bereits heute strengen Governance-Vorgaben unterliegen, regelmäßig über einen zwingenden Aufsichtsrat als Aufsichtsorgan verfügen, mit der Börsennotierung gesteigerten Publizitätspflichten unterliegen und der Eingriff in die Rechte der Anteilseigner zunächst begrenzt erscheint. Rechtsmethodisch kann auf eine bereits bestehende Normadressatengruppe zurückgegriffen werden. Ggf. könnte der Adressatenkreis auf diejenigen Unternehmen ausgedehnt werden, deren Anteile auf dem sog. freien Markt über ein multilaterales Handelssystem (§ 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 8 WpHG) gehandelt werden, was jedoch genauer untersucht werden müsste.

III. ANKNÜPFUNG AN DIE UNTERNEHMERISCHE MITBESTIMMUNG

1. Bestehende Rechtslage

Eine Anknüpfung der verpflichtenden Frauenquote an die unternehmerische Mitbestimmung erweiterte den Normadressatenkreis deutlich. Die Unternehmensmitbestimmung ist in mehreren Gesetzen formuliert, was die Übersichtlichkeit erschwert. Nach dem MontanMitbestG unterliegen der speziellen Montanmitbestimmung Unternehmen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft und der GmbH, deren Unternehmenszweck der Bergbau- und der Stahlindustrie zuzurechnen ist und die mehr als 1.000 Arbeitnehmer beschäftigen (§ 1 MontanMitbestG). Heute unterliegen der Montanmitbestimmung lediglich etwa dreißig Unternehmen.⁴⁹ Der Aufsichtsrat wird hier jeweils zu gleichen Teilen aus Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern sowie einem neutralen Mitglied besetzt (§§ 4, 9 MontanMitbestG; § 5 MontanMitbestErgG).

Daneben besteht die praktisch bedeutsamere erweiterte Unternehmensmitbestimmung nach dem MitbestG. Ihr unterfallen Aktiengesellschaften, KGaA, GmbH und Genossenschaften mit mehr als 2.000 Arbeitnehmern (§ 1 Abs. 1 MitbestG). Der Aufsichtsrat wird paritätisch von Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern besetzt (§ 7 MitbestG). Der Aufsichtsratsvorsitzende hat bei Stimmgleichheit ein Zweitstimmrecht (§§ 29, 31 MitbestG). Ferner besteht für Unternehmen mit mehr als 500 Mitarbeitern in den Rechtsformen Aktiengesellschaft, KGaA, GmbH, Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit sowie Genossenschaft die Mitbestimmung nach dem DrittelbG, sofern nicht andere Mitbestimmungsgesetze vorrangig sind (§ 1 Abs. 1 u. 2 DrittelbG). Bei ihnen muss der Aufsichtsrat zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern bestehen (§ 4 Abs. 1 DrittelbG). Daneben

⁴⁷ Dazu unten G. II. 2. b) cc) und G. III. 3) a).

⁴⁸ Vgl. Gesetzesentwurf NRW, BT-Drs. 87/11 v. 11.02.2011, S. 25 f.

⁴⁹ *Windbichler*, § 28 Rn. 24.

bestehen Mitbestimmungsmodelle in Rechtsformen europäischer Prägung, wie der dualistischen, mitbestimmten SE,⁵⁰ die hier aber (zunächst) ausgeklammert werden sollen. Entsprechendes gilt für den Aspekt der Mitbestimmung bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen.

2. Die geplante Frauenquote für mitbestimmte Unternehmen

Sowohl der Gesetzesentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Bundestag⁵¹ als auch der Gesetzesentwurf der SPD-Fraktion⁵² sehen neben den börsennotierten auch mitbestimmte Unternehmen als Normadressaten für eine verbindliche Frauenquote vor. Gleiches gilt für den Vorschlag aus Hamburg.⁵³ Auch der Vorschlag einer FlexiQuote im Sinne einer gesetzlichen Pflicht zur Selbstverpflichtung richtet sich neben börsennotierten auch an „voll mitbestimmte“ Unternehmen.⁵⁴ Dieser Ansatz hat aus der Sicht der Befürworter der Frauenquote vor allem zwei Vorzüge: Erstens erweitert er den Kreis der von der der Regelung betroffenen Unternehmen erheblich. Zweitens greift er regelungstechnisch auf bereits vorhandene Kontrollgremien und -strukturen zurück, stellen die Mitbestimmungsregeln doch sicher, dass die betroffenen Unternehmen stets über einen Aufsichtsrat verfügen. Ein einheitliches, klar definiertes und mit eindeutig umschriebenen Kompetenzen ausgestattetes Gremium ist damit bereits vorhanden. Dies gilt jedenfalls für die Montanmitbestimmung und die erweiterte Unternehmensmitbestimmung nach dem MitbestG. Der Aufsichtsrat nach dem MontanMitbestG besteht aus mindestens elf, derjenige nach dem MitbestG aus wenigstens zwölf Mitgliedern, was einen hinreichenden Spielraum bei der Besetzung belassen würde.⁵⁵

Bei genauerer Betrachtung sind jedoch Zweifel angebracht. So können gesetzgeberische Praktikabilitätserwägungen keine verfassungsrechtliche Legitimation ersetzen. Ferner fällt auf, dass eine Begründung für den Rückgriff gerade auf die Mitbestimmungsregeln nicht gegeben wird.⁵⁶ Der Gesetzesentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Bundestag führt hierzu lediglich aus, es handele sich um Unternehmen einer bestimmten Größe, bei denen die Bildung eines Aufsichtsrats gesetzlich vorgegeben sei.⁵⁷ Zudem existiere bereits mit § 4 Abs. 4 DrittelbG eine Quotenregelung; diese werde de lege ferenda lediglich auf die Kapitaleseite erweitert. Wie bereits oben ausgeführt, handelt es sich allerdings derzeit um eine sog. „Soll-Vorschrift“, die künftig zu einer zwingenden Vorschrift ausgebaut würde. Der Vorschlag der SPD-Fraktion enthält keine diesbezügliche Erklärung.

⁵⁰ Dazu *Kraft/Redenius-Hövermann*, AG 2012, 28, 30 ff.

⁵¹ BT-Drs. 17/3296, S. 6 f.; *Künast*, ZRP 2011, 11 f.

⁵² BT-Drs. 17/8878 v. 06.03.2012, S. 8.

⁵³ BR-Drs. 330/12 v. 29.05.2012, S. 36 f.

⁵⁴ Pressemitteilung BMFSFJ v. 06.06.2011, <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/gleichstellung,did=172756.html>.

⁵⁵ *Langenbacher*, JZ 2011, 1038, 1042.

⁵⁶ Der Mangel an Begründung verwundert auch mit Blick auf die erforderlichen verfassungsrechtlichen Legitimationsgründe, näher dazu unten G. III. a).

Der Hamburger Entwurf spricht von einer erhöhten sozialen Verantwortung, die der Gesetzgeber Unternehmen dieser Größenklasse auferlegt habe.⁵⁷

Auch der Verweis auf die mit der Mitbestimmung verbundene Unternehmensmindestgröße erscheint fragwürdig, da das Mitbestimmungsrecht nur auf ein einziges Kriterium abstellt, die Zahl der beschäftigten Mitarbeiter. Dies mag aus der Sicht des Regelungsziels der Arbeitnehmermitbestimmung nachvollziehbar sein.⁵⁸ Für die Einführung einer Frauenquote ist das Abstellen allein auf die Beschäftigtenzahl nicht eingängig. Weder das Argument einer Vorbildfunktion noch dasjenige einer gesteigerten Sozialbindung vermag zu verfangen. Dies zeigt etwa ein Blick auf § 267 HGB, wo verschiedene Kriterien zur Klassifizierung von Kapitalgesellschaften aufgeführt werden, wie Bilanzsumme, Umsatzerlöse und durchschnittliche Mitarbeiterzahl. Weshalb man gerade mitbestimmte Unternehmen einer weiteren Sozialverpflichtung unterwerfen will, ist somit nicht ohne weiteres begründbar.

Besonders überprüfungsbedürftig erscheint das Ausgreifen auf diejenigen Unternehmen, die dem DrittelbG unterliegen.⁶⁰ Bei ihnen handelt es sich wesentlich häufiger um eigentümergeführte Unternehmen, in denen der personale Bezug deutlich stärker ausgeprägt ist, als dies bei den Unternehmen der Fall ist, die der Montanmitbestimmung bzw. der Mitbestimmung nach dem MitbestG unterliegen. Governance-Probleme treten hier zudem wesentlich seltener auf.⁶¹ Gerade bei Familiengesellschaften kann zudem eine übertriebene Inhomogenität des Aufsichtsrats Kontrolldefizite auslösen.⁶²

Die Einbeziehung nichtbörsennotierter Unternehmen, die nur der Mitbestimmung nach dem DrittelbG unterliegen, bedürfte daher einer besonderen Begründung, die bislang fehlt.⁶³ So würden hier auch Aufsichtsräte mit lediglich drei Mitgliedern erfasst (§§ 95 Abs. 1 S. 1, 96 Abs. 1 AktG),⁶⁴ was zu einer Frauenquote von mindestens 33,33 % führt. Dies rief nicht nur erhebliche praktische Umsetzungsprobleme hervor, sondern schränkte auch die Handlungsfreiheit bei der Besetzung deutlich ein.⁶⁵

⁵⁷ BT-Drs. 17/3296, S. 6 f.; *Künast*, ZRP 2011, 11 f.

⁵⁸ Gesetzesentwurf Hamburg, BR-Drs. 330/12 v. 29.05.2012, S. 36.

⁵⁹ *Henssler/Seidensticker*, KSzW 2012, 10, 17: „Relevanz der unternehmerischen Mitbestimmung für die Grundrechtssphäre der Arbeitnehmer“.

⁶⁰ Daher ist es unverständlich, wenn namentlich der Gesetzesvorschlag aus Hamburg „aus Vereinfachungsgründen“ von einer Unterscheidung nach den gesetzlichen Grundlagen der Mitbestimmung absieht, Gesetzesentwurf Hamburg, BR-Drs. 330/12 v. 29.05.2012, S. 37.

⁶¹ Vgl. dazu *Lange*, BB 2005, 2585 ff.; *ders.*, FS Hennerkes, S. 135, 138 ff.

⁶² So *Henssler/Seidensticker*, KSzW 2012, 10, 17.

⁶³ Lediglich im Gesetzesentwurf der SPD-Fraktion, BT-Drs. 17/8878 v. 06.03.2012, S. 8, findet sich der lapidare Hinweis, wonach die gesellschaftliche und wirtschaftliche Bedeutung dieser Unternehmen mit derjenigen börsennotierter Unternehmen „durchaus vergleichbar“ sein soll.

⁶⁴ MK-AktG/*Gach*, § 4 DrittelbG Rn. 2; HWK/*Seibt*, § 4 DrittelbG Rn. 1; ErfK/*Oetker*, § 4 DrittelbG Rn. 3.

⁶⁵ *Langenbucher*, JZ 2011, 1038, 1042, zu undifferenziert daher *Papier/Heidebach*, ZGR 2011, 305, 324 f.

Darüber hinaus hätte das Abstellen auf die Mitbestimmung zur Folge, dass die sog. Tendenzbetriebe (Unternehmen, die unmittelbar oder überwiegend politischen, koalitionspolitischen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Zwecken, der Berichterstattung oder der Meinungsäußerung dienen, vgl. § 1 Abs. 2 MitbestG) von der Frauenquote ausgenommen wären, wofür mit Blick auf die Zielsetzung der Geschlechterquote kein Grund ersichtlich ist.

Rechtspolitisch ist darauf hinzuweisen, dass die Verknüpfung der zwingenden Frauenquote mit der unternehmerischen Mitbestimmung für viele Unternehmen ein zusätzlicher Grund sein könnte, sich nach mitbestimmungsfreien Rechtsformen umzusehen, um so gewissermaßen zwei Fliegen mit einer Klappe zu erschlagen. In Betracht kämen insoweit die KG,⁶⁶ die Limited oder die plc. bzw. die monistische SE. Kommen sie ohne Beherrschungsvertrag aus (vgl. § 2 Abs. 2 DrittelbG), sind auch Holding-Strukturen denkbar. Ob der Gesetzgeber sich dieser „Zwickmühle zwischen Gewerkschaftsgunst und Frauenförderung“⁶⁷ überhaupt bewusst ist, darf bezweifelt werden.

3. Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für eine Verknüpfung von geschlechterbezogener Mindestquote mit der unternehmerischen Mitbestimmung aus Sicht des Gesetzgebers vor allem *rechtstechnische Gründe* sprechen, da die bestehenden Mitbestimmungsregeln gewährleisten, dass die betroffenen Unternehmen bereits heute über einen Aufsichtsrat verfügen. Damit kann der Gesetzgeber auf einen bereits bestehenden, eindeutigen Adressaten zugreifen, der zwingend über bestimmte Mindestrechte verfügt. Im MitbestG findet sich zudem eine Verweiskette auf das Aktienrecht, die sich gesetzestechnisch nutzen ließe.

Eine tragfähige *inhaltliche* Begründung für eine Verbindung von Frauenquote und Mitbestimmung fehlt hingegen. Dies gilt insbesondere mit Blick auf die Einbeziehung nichtbörsennotierter Unternehmen, die ausschließlich der Mitbestimmung nach dem DrittelbG unterliegen. Die Einführung einer zwingenden Frauenquote (als Fixum oder als Flexi-Quote) bereitete dieser Unternehmensgruppe erhebliche Probleme und stellte sich für sie als ein tiefer Eingriff in die unternehmerische Freiheit dar. Zudem müsste eine tragfähige Begründung nachgeliefert werden.

IV. ANKNÜPFUNG AN DIE UNTERNEHMENSGRÖßE

Wendet man sich von qualitativen Anknüpfungskriterien ab, rücken rein quantitative Tatbestandsmerkmale ins Blickfeld.⁶⁸ Insofern könnte eine Orientierung an § 267 HGB erfolgen, wo eine Eingruppierung von Kapitalgesellschaften anhand dreier Größenklassen (klein, mittelgroß und

⁶⁶ Zur mittelbaren Erstreckung der Mitbestimmung nach § 4 MitbestG auf die KG siehe ErfK/Oetker, § 4 MitbestG Rn. 1.

⁶⁷ So Bachmann, ZIP 2011, 1131, 1137 mit Blick auf die Aufsichtsratsgröße.

⁶⁸ So auch die französische Regelung, vgl. Art. L 225-18-1 Code de Commerce.

groß) für die Zwecke der Bilanzierung erfolgt.⁶⁹ Es handelt sich um eine Kombination der drei Kriterien Bilanzsumme, Umsatzerlöse und durchschnittliche Arbeitnehmerzahl. Zu beachten ist, dass diese drei Merkmale zu Differenzierungszwecken mit Blick auf unterschiedlich umfangreiche Bilanzierungsvorgaben verwendet werden. Ob sie auch hinreichend geeignet sind, den Adressatenkreis einer geschlechterbezogenen Mindestquote zu definieren, erscheint hingegen fraglich zu sein.⁷⁰ So fehlt es an hinreichenden Daten darüber, auf welche quantitativen Kriterien mit Blick auf die Zielsetzungen der verbindlichen Geschlechterquote sinnvollerweise zurückzugreifen ist und wie hoch sie im Einzelnen bemessen sein müssten. Ein sachlogischer Zusammenhang zwischen Umsatzerlösen oder anderen Finanzkennzahlen und der Geschlechterquote ließe sich jedenfalls nicht ohne weiteres herstellen.⁷¹ Allenfalls ließe sich argumentieren, dass die gesellschaftspolitisch gewollte Frauenförderung zunächst einmal bei Unternehmen einer gewissen Mindestgröße ansetzen sollte, wofür § 267 HGB u.U. ein hinreichendes Modell bieten könnte. Naheliegender wäre es dann aber, auf die Größe des Gesellschafterkreises abzustellen.⁷²

Stets muss dabei beachtet werden, dass mit einer ausschließlich größenmäßigen Anknüpfung auch solche Unternehmen in den Anwendungsbereich einbezogen würden, die derzeit über kein Organ verfügen, das sich für eine geschlechterspezifische Quotierung eignet, wie etwa die nicht mitbestimmte GmbH. Für diese Gruppe von Unternehmen erhöhte sich der Regelungsaufwand erheblich, stellte man ausschließlich auf bestimmte Größenkriterien ab. Es fehlt aber vielfach nicht nur an einem gesellschaftsrechtlich tauglichen dualen Führungs- und Kontrollsystem. Auch stellt sich bei vielen von einem Rückgriff auf § 267 HGB betroffenen Unternehmen das Problem der Corporate Governance in Form eines Auseinanderfallens von Eigentum und Kontrolle nicht. Daher erscheint eine rein quantitative Anknüpfung im Sinne einer Unternehmensmindestgröße derzeit ungeeignet zu sein; sie wäre zu undifferenziert.⁷³ Allenfalls kann darüber nachgedacht werden, quantitative mit qualitativen Kriterien zu verbinden.⁷⁴

V. ANKNÜPFUNG AN DIE GESELLSCHAFTSFORM DER UNTERNEHMUNG

1. Eingrenzung

Mit der Einführung einer verbindlichen geschlechterspezifischen Mindestquote für Führungs- bzw. Kontrollorgane in Wirtschaftsunternehmen soll eine geschlechtergerechte Besetzung hergestellt

⁶⁹ Baumbach/Hopt/Merkt, § 267 Rn. 1; MünchKomm-HGB/Reiner, § 267 Rn. 1; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wiedmann, § 267 Rn. 1.

⁷⁰ Tendenziell für diesen Ansatz Bachmann, ZIP 2011, 1131, 1136.

⁷¹ Darauf weist auch Langenbacher, JZ 2011, 1038, 1041 hin.

⁷² So auch Henssler/Seidensticker, KSzW 2012, 10, 16.

⁷³ Im Ergebnis ebenso Langenbacher, JZ 2011, 1038, 1041.

⁷⁴ So soll die Flexi-Quote nach den Vorstellungen des BMFSFJ für börsennotierte und mitbestimmte Unternehmen einer bestimmten Mindestgröße gelten.

werden.⁷⁵ Es soll Frauen ein gleichberechtigter Zugang zu den maßgeblichen Positionen im Wirtschaftsleben ermöglicht werden.⁷⁶ Diese Anliegen bestehen aber grundsätzlich unabhängig davon, in welcher Rechtsform ein Unternehmen betrieben wird, was zunächst gegen eine gesellschaftsformdifferenzierende Anknüpfung spricht. Dafür spricht indes, dass sich längst nicht alle Gremien jedweder Gesellschaftsform für die Einführung einer geschlechterspezifischen Besetzungsvorschrift eignen.

Solche strukturellen Eigenheiten kennen namentlich die Personengesellschaften OHG, KG, PartG und GbR. Sie verfügen über eine gegenüber Kapitalgesellschaften vollkommen andere Führungs- und Haftungsstruktur. Anstelle einer Fremdgeschäftsführung herrscht bei ihnen der Grundsatz der Selbstorganschaft.⁷⁷ Damit sind Personengesellschaften durch ein sehr personalistisches Element mit entsprechenden Treue- und Loyalitätspflichten und ein damit verbundenes strenges Haftungsregime gekennzeichnet, dem sämtliche Gesellschafter mit Ausnahme der Kommanditisten unterliegen. Beides lässt jedwede gesetzlich auferlegte Vorgabe hinsichtlich der Zusammensetzung der Führungsebene ausgesprochen problematisch erscheinen.⁷⁸ Aufgrund des Zusammenfallens von Eigentum, Geschäftsführung und Vertretungsbefugnis entsteht zudem die für die Corporate-Governance-Thematik typische Prinzipal-Agent-Situation nicht.⁷⁹ Wollte man in die Besetzung von Führungsgremien in Personengesellschaften gesetzlich einwirken, beeinflusste man den Gesellschafterkreis, was einer Art Kontrahierungszwang gleichkäme. Personengesellschaften werden daher von der weiteren Betrachtung ausgeschlossen.

Allenfalls könnte man die sog. kapitalistischen Personengesellschaften in den Blick nehmen, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist (etwa die GmbH & Co. KG). Für diesen Kreis von Unternehmen enthält das Handelsrecht schon heute Sonderregeln für die Bilanzierung (etwa § 264 a HGB). Auch das Mitbestimmungsrecht kennt eine besondere Vorschrift (§ 4 MitbestG). Dabei handelt es sich allerdings um Mischformen, die hier nicht gesondert untersucht werden sollen, zumal unklar ist, weshalb gerade sie von der Einführung einer verbindlichen Geschlechterquote erfasst sein sollten.

Schwierigkeiten bestehen ferner beim Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit.⁸⁰ Hier ist ein Aufsichtsrat nur vorhanden, wenn der Versicherungsverein nach dem DrittelbG einen Aufsichtsrat zu

⁷⁵ So der Gesetzesentwurf der SPD-Fraktion, BT-Drs. 17/8878 v. 06.03.2012, S. 7, vgl. auch den Gesetzesentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 17/3296 v. 13.10.2010, S. 6.

⁷⁶ So der Antrag der Fraktion DIE LINKE, BT-Drs. 17/4842 v. 22.02.2011, S. 1 f.

⁷⁷ *Saenger*, § 3 Rn. 146 u. § 4 Rn. 285; *Windbichler*, § 2 Rn. 12; weiterführend *K. Schmidt*, § 14 II 2.

⁷⁸ Dies ist auch einer der Gründe, aus denen Personengesellschaften nicht der Mitbestimmung unterliegen.

⁷⁹ *Lange*, BB 2005, 2585, 2586 f.; *Langenbacher*, JZ 2011, 1038, 1040.

⁸⁰ Derzeit existieren rund 88 VVaG in Deutschland, vgl. *Kornblum*, GmbHR 2012, 728, 693.

bilden hat (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 DrittelbG).⁸¹ Bei kleineren Vereinen ist jedoch der Verzicht auf den regelmäßig zu bildenden Aufsichtsrat vorgesehen (§§ 35, 53 VAG), was bei Einführung einer Frauenquote zu Widersprüchen führen könnte. Zudem müsste geprüft werden, ob eine geschlechterspezifische Mindestquote mit dem Vereinszweck in Einklang zu bringen ist. Auch Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit werden daher von der weiteren Untersuchung ausgeklammert.

Fraglich ist weiter, ob die verbindliche Frauenquote für eingetragene Genossenschaften eingeführt werden kann und soll. Aufgrund ihrer dualistischen Führungsstruktur mit Vorstand (§ 24 GenG) und Aufsichtsrat (§ 36 GenG) besteht bei der eingetragenen Genossenschaft jedenfalls eine hinreichende rechtstechnische Grundlage zur Einführung einer gesetzlichen Geschlechterquote.⁸² Gegen ihre Einführung spricht aber der genossenschaftliche Charakter, der dieser Rechtsform eigentümlich ist. Nach § 1 Abs. 1 GenG besteht der Zweck einer Genossenschaft darin, „den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder oder deren soziale oder kulturelle Belange durch gemeinwirtschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern“. Damit einher gehen die Grundsätze der Selbsthilfe, der Mitgliederförderung, der Selbstverantwortung und der Selbstverwaltung.⁸³ Die Genossenschaft ist durch das Identitätsprinzip gekennzeichnet, das eine Einheit von Entscheidungsträgern, Geschäftspartnern und Kapitalgebern beschreibt.⁸⁴ Diese Grundsätze und Eigenheiten lassen sich mit einer verbindlichen geschlechterspezifischen Mindestquote für Führungs- bzw. Kontrollorgane (Fixum oder Flexi-Quote) kaum in Einklang bringen.⁸⁵ So schreibt § 9 Abs. 1 S. 2 GenG als Ausdruck des förderzweckbezogenen Selbstverwaltungsgrundsatzes vor, dass die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats Mitglieder der Genossenschaft sein müssen (Grundsatz der Selbstorganschaft).⁸⁶ Eine Ausnahme besteht derzeit nur für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat einer Genossenschaft mit hoher Beschäftigtenzahl (vgl. § 1 Nr. 5 DrittelbG; §§ 1, 6 ff. MitbestG). Vor diesem Hintergrund wird auch die Genossenschaft nicht weiter betrachtet.

Somit verbleiben die Gesellschaftsformen der Aktiengesellschaft, der KGaA, der GmbH sowie der Societas Europaea (SE), die sodann genauer untersucht werden.⁸⁷

⁸¹ In diesem Fall soll er nach dem Vorschlag aus Hamburg der Geschlechterquote unterfallen, Gesetzesentwurf Hamburg, BR-Drs. 330/12 v. 29.05.2012, S. 38.

⁸² Zu beachten ist allerdings, dass Genossenschaften mit maximal 20 Mitgliedern auf die Bildung eines Aufsichtsrats verzichten können, vgl. § 9 Abs. 1 S. 2 GenG.

⁸³ Zu den genossenschaftlichen Grundsätzen siehe *Beuthien*, § 1 Rn. 8 ff.; *Fandrich* in Pöhlmann/Fandrich/Bloehs, § 1 Rn. 24 ff.

⁸⁴ Siehe dazu *Beuthien*, § 1 Rn. 42; *K. Schmidt*, § 41 III; *Lang/Weidmüller/Schulte*, § 1 Rn. 3 u. 8.

⁸⁵ Dies sollte auch für die Europäische Genossenschaft (Societas Cooperativa Europaea – SCE) gelten.

⁸⁶ *Fandrich* in Pöhlmann/Fandrich/Bloehs, § 9 Rn. 7; *Henssler/Strohn/Geibel*, § 9 GenG Rn. 4 ff.; *Lang/Weidmüller/Schulte*, § 9 Rn. 12 f.

⁸⁷ So namentlich auch der Gesetzesvorschlag aus Hamburg, Gesetzesentwurf Hamburg, BR-Drs. 330/12 v. 29.05.2012, S. 37, der die GmbH (nur) über die Mitbestimmung einbezieht.

2. Aktiengesellschaft

a) Aufsichtsrat

Im Fokus der politischen Betrachtungen steht gegenwärtig vor allem die Aktiengesellschaft mit ihrer dualistischen Führungsstruktur von Vorstand (§§ 76 ff. AktG) und Aufsichtsrat (§§ 95 ff. AktG). Die Mitglieder des Aufsichtsrats werden von der Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit gewählt (§ 101 Abs. 1 S. 1 AktG). Der amtierende Aufsichtsrat unterbreitet Wahlvorschläge, die sich bei mitbestimmten Gesellschaften nur auf die Anteilseigner beziehen (§ 124 Abs. 3 S. 5 AktG). Die Hauptversammlung ist an den Wahlvorschlag nicht gebunden, vielmehr können Aktionäre nach den §§ 126, 127 AktG der Hauptversammlung eigene Wahlvorschläge unterbreiten.

Die Wahlfreiheit ist vor allem durch die persönlichen Mindestanforderungen eingeschränkt, die ein Aufsichtsratsmitglied zu erfüllen hat, vgl. § 100 Abs. 1 u. 2 AktG. Dazu zählen etwa unbeschränkte Geschäftsfähigkeit, eine Begrenzung der ausgeübten Aufsichtsratsmandate sowie Sonderregeln für Konzerntatbestände. Hinzu treten ggf. die mitbestimmungsrechtlichen Vorgaben (vgl. § 100 Abs. 3 AktG) für die Besetzung der Arbeitnehmerseite des Aufsichtsrats. Die Aktiengesellschaft kann in ihrer Satzung weitere persönliche Voraussetzungen formulieren (§ 100 Abs. 4 AktG). Hierzu zählt neben Alter oder Fachkunde nach h.M. auch das Geschlecht.⁸⁸ Besondere Voraussetzungen an einzelne Aufsichtsratsmitglieder stellt vor allem § 100 Abs. 5 AktG für die Bestellung des unabhängigen Finanzexperten auf. Diese Regelung gilt nur für Aktiengesellschaften im Sinne von § 264 d HGB.⁸⁹ Danach ist festzuhalten, dass bereits de lege lata vielfältige Vorgaben bei der Besetzung von Aufsichtsratsposten zu beachten sind. Eine geschlechterspezifische Besetzungsregel dürfte sich daher an dieser Stelle recht stimmig realisieren lassen. Dennoch muss betont werden, dass mit einem ausschließlichen Anknüpfen an die Rechtsform der Aktiengesellschaft zwangsläufig auch solche Gesellschaften erfasst würden, die kapitalmarktfrem und überwiegend familiengeprägt sind. Für diese Unternehmen kann sich der Eingriff besonders nachhaltig auswirken, ohne dass hier eine besondere Rechtfertigung erkennbar wäre.

b) Vorstand

Schwieriger gestaltet sich die Situation beim Vorstand einer Aktiengesellschaft, wie dies namentlich der Gesetzesentwurf der SPD-Fraktion und der Vorschlag des BMFSFJ zur Flexi-Quote vorsehen, wo von einer Mindestquote iHv. 40% bzw. 30% für Frauen und Männer in Aufsichtsräten und Vorständen die Rede ist.⁹⁰ Hinsichtlich der persönlichen Voraussetzungen enthält das Gesetz bislang nur eine „Negativliste“ in § 76 Abs. 3 S. 2 u. 3 AktG. Ansonsten kann jede natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person Mitglied des Vorstands einer Aktiengesellschaft sein (§ 76 Abs. 1 S. 1 AktG).

⁸⁸ MünchKomm-AktG/Habersack, § 100 Rn. 41; Langenbacher, JZ 2011, 1038, 1042; Redenius-Hövermann, ZIP 2010, 660, 663 f. AA. wohl noch GK-AktG/Hopt/Roth, § 101 Rn. 19.

⁸⁹ Hensler/Strohn/Hensler, § 100 AktG Rn. 14; Spindler/Stilz/Spindler, § 100 Rn. 43; Wiedmann, BB 2009, 2602 f.

Da das Gesetz derzeit keine weitergehenden Restriktionen kennt, wäre eine geschlechterspezifische Mindestquote (Fixum oder Flexi-Quote) für die Besetzung des Vorstands damit ein Fremdkörper. Das AktG differenziert deutlich zwischen der Bestellung der Mitglieder des unternehmensleitenden Vorstands auf der einen und derjenigen der Mitglieder des überwachenden Aufsichtsrats auf der anderen Seite. Es vertraut bei der Bestellung der Vorstandsmitglieder auf die sachgerechte Ausübung des Auswahlmessens durch den Aufsichtsrat. Aus diesem Grund kann auch die Satzung nach h.M. derzeit keine bestimmte Frauenquote für den Vorstand vorschreiben.⁹¹

Wohl vor diesem Hintergrund sehen weder der Vorschlag aus NRW noch derjenige der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN eine Vorstandsquote vor. Denn bei der Besetzung dieser Positionen kommt es allein auf die persönliche Eignung an, leitet der Vorstand die Gesellschaft doch „in eigener Verantwortung“ (§ 76 Abs. 1 AktG). In wesentlich umfassenderem Maße als der Aufsichtsrat nimmt er daher Einfluss auf das Wohl und Wehe der Aktiengesellschaft mit allen Folgen für Share- wie für Stakeholder.⁹² Führte man eine geschlechterspezifische Mindestquote für den Vorstand ein, dürfte ferner die Thematik der hinreichenden Zahl geeigneter Kandidatinnen in besonderem Maße Bedeutung erlangen.

c) Zwischenergebnis

Eine gesetzliche Mindestvorgabe der geschlechterspezifischen Zusammensetzung des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft dürfte sich zunächst relativ unproblematisch in den bestehenden Gesetzeskontext integrieren lassen.⁹³ Diese Gesellschaftsform verfügt über eine dualistische Führungsstruktur mit klaren Aufgabenzuweisungen und einer strengen Organisationsverfassung. Das Gesetz kennt bereits heute Vorgaben hinsichtlich der Besetzung von Aufsichtsratsposten, in die sich eine Quotenregelung gesetzestechnisch einfügen ließe.

Abzulehnen ist hingegen die Forderung, eine verbindliche Geschlechterquote (als Fixum oder als Flexi-Quote) auch für die Besetzung von Vorstandsposten einzuführen. Eine solche Vorgabe griffe zu tief in die Autonomie der Unternehmung ein und dürfte zu erheblichen praktischen Problemen führen.

3. Kommanditgesellschaft auf Aktien

Die KGaA besitzt ebenfalls zwingend einen Aufsichtsrat (§ 287 AktG).⁹⁴ Hinsichtlich der persönlichen Voraussetzungen gilt grds. § 100 AktG, sofern nicht die besondere persönliche

⁹⁰ BT-Drs. 17/8878 v. 06.03.2012, S. 8; Pressemitteilung BMFSFJ v. 06.06.2011, <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/gleichstellung,did=172756.html>.

⁹¹ Schmidt/Lutter/Seibt, § 76 Rn. 25; wohl auch MünchKomm-AktG/Spindler, § 76 Rn. 108.

⁹² Ebenso Bachmann, ZIP 2011, 1131, 1138 f.; vgl. auch Bosch/Lange, JZ 2009, 255 f.

⁹³ Vgl. aber unten G. III. 3. b) bb).

⁹⁴ Derzeit existieren rund 260 KGaA in Deutschland, von denen die meisten kapitalistisch strukturiert sind, also keine natürliche Person als Vollhafter besitzen, vgl. Kornblum, GmbHR 2012, 728, 733.

Inkompatibilitätsregelung des § 287 Abs. 3 AktG eingreift.⁹⁵ Insofern kann auf die obigen Ausführungen zur Aktiengesellschaft verwiesen werden.

4. Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Die GmbH weist gegenüber der Aktiengesellschaft und der KGaA die Besonderheit auf, dass sie grundsätzlich keinen obligatorischen Aufsichtsrat kennt, sondern mit Geschäftsführung und Gesellschafterversammlung nur über zwei Organe verfügt.⁹⁶ Im Falle der Einpersonen-GmbH fallen diese zudem de facto zusammen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht nur im Falle der mitbestimmten GmbH.⁹⁷ Das Recht der GmbH kennt mit § 52 GmbHG zudem eine Vorschrift über den fakultativen Aufsichtsrat, die in Teilen auf das Recht des Aufsichtsrats der AG verweist. Wollte man eine geschlechterspezifische Quotierung für die GmbH einführen, müsste man daher de lege ferenda für die GmbH zwingend einen Aufsichtsrat einführen, was für die meisten kleinen und Einpersonen-GmbH einen viel zu großen Aufwand bedeuten würde.⁹⁸ Ggf. wäre daher an eine Verbindung mit Mindestgrößenkriterien zu denken.⁹⁹

Stellte man vor diesem Hintergrund auf den fakultativen Aufsichtsrat ab, so sind schwierige Folgeprobleme aufgeworfen. Unterwirft man dieses Organ einer verbindlichen Quotierungsregel, stellt sich die Frage nach der inneren Rechtfertigung einer solchen Maßnahme. Zudem wäre dieser Aufsichtsrat im Sinne von § 52 GmbHG von anderen freiwilligen Strukturen, wie etwa einem Beirat abzugrenzen. Denn § 52 GmbHG bedeutet nicht, dass die Gesellschafter der GmbH als freiwilliges Organ stets nur den Aufsichtsrat im Sinne dieser Vorschrift bilden dürfen.¹⁰⁰ Von einem (fakultativen) Aufsichtsrat kann vielmehr nur dann gesprochen werden, wenn dem Organ ein Mindestmaß an unentziehbaren Kontrollrechten eingeräumt wird.¹⁰¹ Soll hingegen explizit (nur) ein Beirat o.ä. und gerade kein Aufsichtsrat geschaffen werden, wird in der Praxis neben der Wahl der entsprechenden Bezeichnung der ausdrückliche Ausschluss des § 52 GmbHG in der Satzung angeraten.¹⁰² Eine verbindliche Quotenvorgabe für den fakultativen Aufsichtsrat gem. § 52 GmbH ließe sich daher zum einen leicht umgehen und riefte zum anderen erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten hervor.

Vollends problematisch wäre die Schaffung gesetzlicher Vorgaben für eine geschlechterspezifische Zusammensetzung der Geschäftsführung der GmbH, zumal die GmbH nach § 6 Abs. 1 Var. 1 GmbH

⁹⁵ Schmidt/Lutter/K. Schmidt, § 287 Rn. 6.

⁹⁶ Roth/Altmeyen/Altmeyen, § 35 Rn. 1; Saenger, § 17 Rn. 771; K. Schmidt, § 36 I 1.

⁹⁷ Siehe dazu oben C. III. 3.

⁹⁸ Zudem würde man die gesetzgeberischen Ziele der GmbH-Reform teilweise konterkarieren; vgl. MoMiG v. 28.10.2008, BGBl. I 2026.

⁹⁹ Immerhin gibt es in Deutschland über 1 Mio. GmbH.

¹⁰⁰ Huber, GmbHR 2004, 772, 773; Lange, GmbHR 2006, 897, 898; Scholz/Schneider, § 52 Rn. 5 u. 48 ff.

¹⁰¹ Roth/Altmeyen/Altmeyen, § 52 Rn. 2; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 1182.

¹⁰² Buth/Hermanns, DStR 1996, 597, 601; Lange, GmbHR 2006, 897, 898 f.; Spindler/Kepper, DStR 2005, 1738, 1741.

mit einem einzigen Geschäftsführer auskommen kann,¹⁰³ der zudem mit dem Alleingesellschafter personenidentisch sein darf.¹⁰⁴

Eine alleinige Anknüpfung an die Rechtsform der GmbH ist daher weder sachgerecht noch lässt sie sich sinnvoll bewerkstelligen. Allenfalls käme die (mittelbare) Einbeziehung über das Kriterium der Mitbestimmung in Betracht,¹⁰⁵ denn die Bildung eines Aufsichtsorgans stellt bei einer nicht den Regeln der Mitbestimmung unterliegenden GmbH eine freiwillige Entscheidung der Gesellschafter dar.

5. Societas Europaea

Bei der SE besteht die Besonderheit des Wahlrechts zwischen dualistischer und monistischer Führungsstruktur.¹⁰⁶ Die Gesellschafter können daher frei darüber entscheiden, für welches System sie optieren (Art. 38 lit. b SE-VO).¹⁰⁷ In dem dualistischen Modell besteht eine Trennung zwischen dem geschäftsführenden Leitungsorgan (Art. 39 Abs. 1 Satz 1 SE-VO) und dem Aufsichtsorgan. Ist eine SE in Deutschland hingegen monistisch organisiert, verfügt sie neben der Hauptversammlung nur über den Verwaltungsrat als Führungsorgan. Dieser hat mindestens einen geschäftsführenden Direktor zu bestellen (§ 40 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 SEAG). Zudem hat die SE nichtgeschäftsführende Direktoren, die für die Aufsicht zuständig sind. Derzeit besteht keine Geschlechterquote.

Nach dem Stand mehrerer Gesetzesentwürfe soll für die dualistisch verfassten (börsennotierten) SE mit Sitz in Deutschland eine verbindliche Frauenquote eingeführt werden. In einer ausführlichen Stellungnahme werden hiergegen europarechtliche Bedenken vorgebracht.¹⁰⁸ Die Frage nach der Befugnis des nationalen Gesetzgebers zur Einführung einer Quotenbestimmung ist daher derzeit offen. Nicht hinreichend geklärt ist zudem, wie dann mit der monistischen SE zu verfahren wäre. Sollte es zu einer Geschlechterquotierung unter Ausschluss der monistischen SE kommen, könnte dies eine Flucht aus der Aktiengesellschaft in die SE auslösen. Auch müsste genauer untersucht werden, ob nicht börsennotierte SE ebenfalls in den Anwendungsbereich einbezogen werden sollten, da von den derzeit operativ tätigen SE nur eine Minderheit an der Börse notiert ist. Schwierigkeiten bestehen zudem, wenn man die SE über das Kriterium der Mitbestimmung einbeziehen möchten, da eine SE

¹⁰³ Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 6 Rn. 5. Nur im Anwendungsbereich des MitbestG und des MontanMitbestG sind mindestens zwei Geschäftsführer zu bestellen, da als weiterer gleichberechtigter Geschäftsführer ein Arbeitsdirektor vorhanden sein muss (§ 33 MitbestG; § 13 MontanmitbestG; § 13 MitbestErgG). Das DrittelbG enthält keine Vorschrift über die Anzahl der Geschäftsführer.

¹⁰⁴ Roth/Altmeyen/Altmeyen, § 6 Rn. 2; Scholz/Schneider, § 6 Rn. 15.

¹⁰⁵ Damit wäre aber nur ein kleinerer Teil der existierenden GmbH erfasst, vgl. Roth/Altmeyen/Altmeyen, § 52 Rn. 47.

¹⁰⁶ Zur monistischen Leitungsstruktur siehe Wiedemann/Wanzl, FuS 2011, 51.

¹⁰⁷ Die Frage, ob die SE der Mitbestimmung unterliegt, hat auf diese Grundsatzentscheidung keinen Einfluss, vgl. Spindler/Stilz/Eberspächer, Art. 38 SE-VO Rn. 6; Hommelhoff, AG 2001, 279, 282 f.

¹⁰⁸ Kraft/Redenius-Hövermann, AG 2012, 28, 30 ff.

mit Sitz in Deutschland nicht dem deutschen Mitbestimmungsrecht unterliegt.¹⁰⁹ Vielmehr können die betroffenen Gesellschaften die Mitbestimmung selbst gestalten (§§ 4, 21 SEBG). Die Mitbestimmung gilt kraft Gesetzes nur, wenn keine Vereinbarung zustande kommt (§§ 22, 34 ff. SEBG).¹¹⁰ All diese ungelösten Rechtsfragen lassen es angezeigt erscheinen, die SE derzeit von einer verpflichtenden Mindestquote auszunehmen.

VI. ZWISCHENERGEBNIS

Verbände man eine verbindliche Geschlechterquote allein mit der Rechtsform einer Unternehmung, dürfte dies in der Regel zu erheblichen Anpassungsproblemen führen, da sich diese Vorgehensweise in den meisten Fällen als zu wenig zielgenau erweist. Mit Ausnahme der Aktiengesellschaft und der KGaA ist schon nicht in allen Gesellschaftsformen ein dualistisches Führungs- und Kontrollsystem zwingend vorgeschrieben, auf das der Gesetzgeber zurückgreifen könnte. Beachtet werden müssten zudem die jeweiligen Besonderheiten der Gesellschaftsformen, wie etwa die personalistische Struktur der Personengesellschaften oder der spezifische Charakter der Genossenschaft. Europarechtliche Vorgaben engen den Spielraum des Gesetzgebers bei der SE deutlich ein, was bei der Einführung einer geschlechterspezifischen Vorgabe für die Besetzung des Aufsichtsgremiums in dieser supranationalen Gesellschaftsform zu beachten wäre. Von einer alleinigen Anknüpfung an die Rechtsform der Unternehmung ist daher dringend abzuraten.

Die Anknüpfung an die Mitbestimmung ist demgegenüber gesetzestechnisch leichter umzusetzen, wirft aber ebenfalls Schwierigkeiten auf und greift mit dem DrittelbG zu weit aus.¹¹¹ Damit wird zugleich deutlich, dass die rechtliche Umsetzbarkeit einer verbindlichen Geschlechterquote nur bei der börsennotierten Aktiengesellschaften und der KGaA einigermaßen unproblematisch zu realisieren wäre. Zudem käme sie auch nur für den Aufsichtsrat in Betracht. Nachfolgend soll der Frage nachgegangen werden, wie eine solche verbindliche Geschlechterquote für den Aufsichtsrat inhaltlich auszugestalten wäre.

¹⁰⁹ Vgl. nur *Henssler*, RdA 2005, 330, 333; *Nikoleyczik/Führ*, DStR 2010, 1743, 1744.

¹¹⁰ Ausweislich einer Statistik der Hans Böckler Stiftung unterlagen zum 31.12.2010 elf SE in Deutschland der Mitbestimmung (<http://www.boeckler.de/38347.htm>). Nach *Kornblum*, GmbHR 2012, 728, 735 existierten zum gleichen Zeitpunkt 191 SE in Deutschland.

¹¹¹ Siehe dazu schon oben unter C. III. 2.

D. Frage 3: Wie wäre eine verbindliche Geschlechterquote im Aufsichtsrat inhaltlich auszugestalten? (LANGE)

I. VORÜBERLEGUNGEN

Die derzeit im politischen Raum diskutierten Vorschläge zur Einführung einer verbindlichen Geschlechterquote für die Besetzung des Aufsichtsrats unterscheiden sich hinsichtlich der „technischen Umsetzung“ erheblich. Das Spektrum reicht dabei von einer bloßen Sollvorschrift, wie sie derzeit insbesondere in § 4 DrittelbG zu finden ist, über die sog. Flexi-Quote bis hin zu verbindlichen Mindestquoten iHv. 30 bis 40% (Fixum). Derzeit wahrscheinlich ist eine Ausgestaltung entweder im Wege der Flexi-Quote des BMFSFJ oder als eine für beide Geschlechter formulierte Mindestvorgabe im Sinne eines Fixums. Möglich wäre dabei eine prozentuale Vorgabe ebenso wie die Festlegung konkreter Mindestkopffzahlen der Geschlechter für die in Rede stehenden Gremien.¹¹² Nachfolgend wird sich aufgrund der gewonnenen Erkenntnisse auf eine geschlechterbezogene Mindestquote für den Aufsichtsrat in Aktiengesellschaften und KGaA beschränkt.

Bislang nicht diskutiert wird die konzernrechtliche Dimension, also etwa Fragen nach den Anforderungen an die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder in einer abhängigen Gesellschaft. Diese Problematik muss hier ausgespart werden.

II. GESAMTQUOTE ODER GETRENNTE QUOTEN FÜR ANTEILSEIGNER/ARBEITNEHMERVERTRETER?

Ein zentraler Aspekt, den es bei der konkreten Ausgestaltung der geschlechterbezogenen Mindestquote für den Aufsichtsrat in Aktiengesellschaften und KGaA zu beachten gilt, ist das Vorhandensein von Vertretern unterschiedlicher Gruppen im Falle der Mitbestimmung. Vom Gesetzgeber ist daher die Frage zu beantworten, ob der Aufsichtsrat einer mitbestimmten Kapitalgesellschaft einer Gesamtquotierung unterworfen werden soll, ob für die Arbeitnehmervertreter und die Vertreter der Anteilseigner getrennte Quoten festgelegt werden oder ob gar nur die Anteilseignerseite erfasst werden soll.¹¹³

Rechtstechnisch ließe sich die einheitliche Quote für das Gesamtgremium wahrscheinlich etwas leichter realisieren, zumal die Besetzungsvorschriften und Verfahrensregeln im Rahmen der Mitbestimmung derzeit ohnehin schon sehr kompliziert sind. Die gesetzliche Umsetzung einer gesonderten Quote dürfte insbesondere auf Arbeitnehmerseite den Aufwand erheblich vergrößern, etwa was die Koordination und die einzelnen Wahlverfahren betrifft. Dennoch sprechen auch überzeugende Argumente zugunsten des Modells gesonderter Quotierungsbestimmungen für

¹¹² Prozentuale Vorgaben haben den Nachteil, dass sie nicht in jedem Falle rechnerisch korrekt umgesetzt werden können, vgl. *Bachmann*, ZIP 2011, 1131, 1137.

¹¹³ Vgl. dazu den Gesetzesentwurf der SPD-Fraktion, wo für eine getrennte Betrachtung plädiert wird (§ 96 Abs. 3 AktG-E). Auch der Vorschlag aus Hamburg spricht sich dafür aus, dass jedes Teilgremium die Anforderungen erfüllen müsse, Gesetzesentwurf Hamburg, BR-Drs. 330/12 v. 29.05.2012, S. 42.

Arbeitnehmersvertreter und Vertreter der Anteilseigner, nicht nur wegen der Akzeptanz. Zu vermeiden wäre es etwa, dass die Arbeitnehmerseite überwiegend von Frauen besetzt würde, die Seite der Anteilseigner hingegen nicht. Führt man eine Quote auch für die Arbeitnehmervertreter ein, wäre die Folgefrage zu beantworten, ob hinsichtlich ihrer Höhe auf das zahlenmäßige Verhältnis in der Belegschaft abzustellen ist. Ggf. sprechen die erheblichen verfahrensrechtlichen Schwierigkeiten bei der Einführung einer Mindestquote auch für die Arbeitnehmerbank im Ergebnis dafür, mitbestimmte, aber nicht börsennotierte Aktiengesellschaften und KGaA von der Regelung auszunehmen.

Entscheidet sich der Gesetzgeber für ein Modell der verbindlichen Gesamtquote für das Organ Aufsichtsrat,¹¹⁴ müsste er die Folgefrage beantworten, ob es zu einer Art wechselseitiger Anrechnung kommt. Muss also ein (vorsätzlicher oder fahrlässiger) Quotenverstoß der einen Seite durch eine Übererfüllung der anderen Seite zwingend ausgeglichen werden, da auf das Gesamtgremium geschaut wird? Kann umgekehrt eine freiwillige Übererfüllung der Quote durch eine Seite der anderen Seite zugute kommen? Die vorgelegten Entwürfe und Vorschläge gehen in diesem Punkt zu weit auseinander als das sich eine Entwicklung abschätzen ließe.

III. QUOTE UND ENTSENDUNGSRECHTE

Bisher wenig diskutiert ist die Frage, ob auch der Entsendungsberechtigte verpflichtet werden soll, sich an die verbindlichen Quotenvorgaben zu halten. Nach § 101 Abs. 2 S. 4 AktG können Entsendungsrechte für insgesamt bis zu einem Drittel der sich aus Gesetz oder Satzung ergebenden Zahl der Aufsichtsratsmitglieder eingeräumt werden.¹¹⁵ Eine Beachtung der Quote durch den Entsendungsberechtigten erscheint derzeit kaum vernünftig umsetzbar zu sein, zumal wenn der Entsendungsberechtigte seinerseits Beschränkungen unterliegt.¹¹⁶ Hier käme es rasch zu unverhältnismäßigen Restriktionen bei der Ausübung des Entsendungsrechts.

Unterwirft man die Entsendungsrechte hingegen nicht der Quotenregelung, könnte der Freiraum bei der Besetzung der verbleibenden Aufsichtsratsmandate zu stark eingeschränkt werden. Dies gilt namentlich für den Fall, dass man die durch den Entsendungsberechtigten entsandten Personen auf die Mindestquote anrechnet, denn damit könnte die Wahlfreiheit der Hauptversammlung (§ 101 Abs. 1 AktG) de facto beschränkt werden. Es käme letztlich zu einer wechselseitigen Beeinflussung, je nachdem welche Entscheidung zuerst fiel, was nicht sachgerecht ist. Hier besteht somit noch erheblicher Prüfungsbedarf, der nicht zuletzt die grundrechtliche Dimension (Eigentumsrecht des Entsendungsberechtigten) der Thematik nicht aus dem Auge verlieren darf.

¹¹⁴ So etwa im Falle des Gesetzesentwurfs aus NRW (§ 96 a AktG-E).

¹¹⁵ Das Entsenderecht stellt ein Sonderrecht im Sinne von § 35 BGB dar und kann dem Berechtigten nur durch Satzungsänderung und seine Zustimmung entzogen werden, *Heidel/Breuer/Fraune*, § 101 Rn. 10; *Spindler/Stilz/Spindler*, § 101 Rn. 50.

¹¹⁶ Die Satzung kann das Entsendungsrecht in nahezu beliebiger Weise einschränken, *Schmidt/Lutter/Drygalla*, § 101 Rn. 13; *KK-AktG/Mertens*, § 101 Rn. 46. Diese Gestaltungsform spielt u.a. bei Familien-AG eine Rolle.

IV. AUSSCHIEDEN UND ERSATZMITGLIEDER

Der Gesetzgeber hat sodann zu entscheiden, ob die Quotenregelung auch auf Ersatzmitglieder zu erstrecken ist, also auf solche Personen, die bei Wegfall eines Aufsichtsratsmitglieds für die verbleibende Amtszeit nachrücken (vgl. § 101 Abs. 3 S. 2 AktG).¹¹⁷ Auf den ersten Blick mag dies unproblematisch erscheinen, da nach § 101 Abs. 3 S. 4 AktG die für das Aufsichtsratsmitglied anzuwendenden Vorschriften auch für das Ersatzmitglied gelten, was de lege ferenda auch die Quotenregelung umfassen würde. Allerdings müsste dann sichergestellt sein, dass für alle quotenrelevanten Kandidaten jeweils gleichgeschlechtliche Ersatzkandidaten vorgehalten werden, um bei Ablehnung eine wirksame Wahl zu ermöglichen. Die praktische Umsetzung dürfte damit sehr komplex ausfallen.

Zu klären wären ferner die Auswirkungen des Ausscheidens einzelner Aufsichtsratsmitglieder auf die Erfüllung der Quotenpflicht. Fällt ein Aufsichtsratsmitglied infolge Amtsniederlegung oder Tod weg, bedarf es der Bestellung eines Nachfolgemitglieds, sofern nicht ein Ersatzmitglied vorhanden ist, das nachrückt. Wird dabei nicht sichergestellt, dass das Nachfolge- bzw. das Ersatzmitglied das „richtige“ Geschlecht besitzt, kann es zu einer Verletzung der Quotenpflicht kommen. Deshalb kann die Wahlfreiheit bei der Bestellung eines Nachfolgemitglieds empfindlich eingeschränkt werden, etwa weil zwingend eine Frau oder ein Mann zu bestellen ist. Den damit einhergehenden Bedenken ließe sich u.U. dadurch begegnen, dass die Fälle der Nachwahl während einer laufenden Aufsichtsratsperiode von der Quotenpflicht auszunehmen sind.¹¹⁸

Die Themenbereiche der Ersatzmitglieder bzw. des Nachrückens verdeutlichen, dass die Einführung einer verbindlichen Geschlechterquote für den Aufsichtsrat mit vielfältigen Folgeproblemen verbunden ist, die zu gleichermaßen komplexen wie schwierigen Regelungen nötigen. Relativiert wird damit zugleich die Aussage, dass die Einführung einer Geschlechterquote (Fixum wie Flexi-Quote) unproblematisch bei der Aktiengesellschaft bzw. der KGaA möglich wäre. Ggf. wird man daher für diese Konstellationen Ausnahmen von der Erfüllung der Quotenpflicht vorsehen müssen.¹¹⁹

V. HÄRTEFALLREGELUNG

Aus verfassungsrechtlichen Erwägungen heraus ist die Schaffung einer Ausnahme- bzw. Härtefallregelung geboten.¹²⁰ Unter einer Härtefallklausel wird hier sowohl eine mehr oder weniger allgemein formulierte Ausnahme vom Anwendungsbereich der Quotenregelung verstanden als auch eine Vorschrift, die Einzelfälle erfasst, in denen es insbesondere nicht gelingt, die gesetzliche

¹¹⁷ Heidel/Breuer/Fraune, § 101 Rn. 15; Krauel/Fackler, AG 2009, 686; Spindler/Stilz/Spindler, § 101 Rn. 82.

¹¹⁸ Die höchstzulässige Amtsdauer beträgt gut fünf Jahre (§ 102 AktG), vgl. MünchKomm-AktG/Habersack, § 102 Rn. 6; Hüffer, § 102 Rn. 2; KK-AktG/Mertens, § 102 Rn. 4.

¹¹⁹ So der Vorschlag aus NRW, der für den Fall des Nachrückens eines Ersatzmitglieds eine Ausnahme von der gesetzlichen Mindestquote vorsieht (§ 96 a S. 2 Nr. 1 AktG-E).

¹²⁰ Näher dazu unten G. II. 2. b) cc) und G. III. 3. b) cc) (5).

Vorgabe tatsächlich zu erfüllen.¹²¹ Derzeit offen ist, wie eine solche Ausnahme- bzw. Härtefallklausel ausgestaltet werden könnte.

Denkbar ist eine Ausnahmeregelung für einzelne Branchen, in denen überwiegend Personen eines Geschlechts tätig sind. Damit ließe sich den Problemen eines „one-size-for-all-Ansatzes“ ggf. hinreichend Rechnung tragen. Ob sich die dafür erforderliche branchenspezifische Typisierung erreichen lässt, ist derzeit ebenso offen wie die Frage nach einer politischen Akzeptanz einer so ausgestalteten Ausnahmeregelung. Leichter ließen sich die Schwierigkeiten von Unternehmen, in denen überwiegend Personen eines Geschlechts beschäftigt sind, durch eine Regelung ausräumen, die ausnahmsweise die Höhe der Quote von der konkreten Mitarbeiterstruktur abhängig macht.

Zu überprüfen ist ferner, ob für Familienunternehmen eine Ausnahme von der gesetzlich verbindlichen Geschlechterquote, sei es in Form eines Fixums oder einer Flexi-Quote, geschaffen werden sollte. Hier könnte man aus der geringen Fungibilität der Anteile auf eine besondere verfassungsrechtliche Gewichtung der Eigentumsposition der Gesellschafter schließen.¹²² Die mitgliedschaftliche Komponente steht bei dieser Gesellschaftsart gegenüber der Verkehrsfähigkeit der Anteile bei Familienunternehmen deutlich im Vordergrund. Daher dürfte hier auch ein gesteigertes Interesse vorhanden sein, als Anteilseigner dem Aufsichtsgremium anzugehören. Aus gesetzgeberischer Sicht könnte gegen eine solche Ausnahmeregelung eingewandt werden, dass es keine allgemein anerkannte Definition für Familiengesellschaften gibt¹²³ und eine eigenständige Gesellschaftsform des Familienunternehmens eigens entwickelt werden müsste. Aus Sicht des Gesetzgebers könnte es ggf. einfacher sein, bestimmte Gesellschaftsarten aus dem Anwendungsbereich der Quotenregelung herauszunehmen.¹²⁴ Ob diese Erwägung jedoch ausreicht, den gerade bei Familienunternehmen besonders tiefgreifenden Eingriff zu rechtfertigen, ist fraglich. Um eine hinreichende Einzelfallgerechtigkeit sicherzustellen, müsste auf die Spezifika dieser Unternehmensform bei der Formulierung der Härtefallklausel daher besonders geachtet werden.

Jedenfalls eine größenmäßige Beschränkung im Sinne einer Ausnahme für kleine und mittlere Unternehmen sollte ernsthaft in Erwägung gezogen werden. Je kleiner der Kreis der Gesellschafter ist, desto größer ist das Interesse des Einzelnen, das Unternehmen zu leiten oder es wenigstens zu kontrollieren.

Die entscheidende Schwierigkeit für den Gesetzgeber dürfte es sein, eine Härtefallklausel zu formulieren, die hinreichend bestimmt und praktisch handhabbar, also flexibel und effektiv ist.¹²⁵

¹²¹ Dies gilt etwa mit Blick auf die Position des unabhängigen Finanzexperten nach § 100 Abs. 5 AktG; vgl. *Henssler/Seidensticker*, *KSzW* 2012, 10, 15.

¹²² So *Henssler/Seidensticker*, *KSzW* 2012, 10, 16.

¹²³ Einen umfassenden Überblick über die verschiedenen Definitionen findet sich bei *Pyschny*, S. 8-31.

¹²⁴ Vgl. den Gesetzesvorschlag aus Hamburg, wo darauf hingewiesen wird, dass Familiengesellschaften nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 Var. 2 DrittelbG von der Mitbestimmung ausgenommen seien, was als ausreichend erachtet wird, BR-Drs. 330/12 v. 29.05.2012, S. 39 u. 44.

¹²⁵ Vgl. den Vorschlag aus NRW, § 96 a Satz 2 Nr. 2 AktG-E.

Wird eine echte Ausnahmeregelung formuliert, dürfte mit einem recht engen Anwendungsbereich gerechnet werden.¹²⁶ Dies dürfte nicht zuletzt auch deshalb zu erwarten sein, um Umgehungen zu vermeiden. All dies spricht auf der einen Seite für enge Tatbestandsvoraussetzungen. Auf der anderen Seite muss die Norm aus verfassungsrechtlichen Gründen den betroffenen Unternehmen im Einzelfall ein Abweichen von der Quotenregelung auch tatsächlich ermöglichen.

VI. ZWISCHENERGEBNIS

Sollte sich der Gesetzgeber für eine geschlechterbezogene Mindestquote zur Besetzung des Aufsichtsrats in Aktiengesellschaften und KGaA entscheiden, wären mit diesem Schritt weitreichende Folgefragen aufgeworfen, über deren konkrete Beantwortung derzeit nur spekuliert werden kann. Es ist jedenfalls deutlich geworden, dass entsprechende Vorgaben hinsichtlich der Bestellung „nur“ der Aufsichtsratsmitglieder die betroffenen Aktiengesellschaften und KGaA vor teilweise erhebliche Anpassungsprobleme stellen dürften. Im Bereich der Mitbestimmung kann dies auch die Arbeitnehmerseite empfindlich treffen und hier namentlich bei der Vorbereitung und Durchführung der Wahlverfahren zahlreiche praktische Probleme aufwerfen. Die Gestaltung der Einladung zur Hauptversammlung dürfte ebenfalls deutlich komplexer ausfallen als bisher, was die Gefahr einer Anfechtbarkeit erhöht. Die Rechtsrisiken für die betroffenen Unternehmen dürften jedenfalls signifikant ansteigen. Je nach konkreter Ausgestaltung der gesetzlichen Vorgaben könnte es im Einzelfall dazu kommen, dass Interessengruppen ihre Vorschläge strategisch platzieren, um die gesetzlichen Mechanismen der Quotenvorgabe zu ihren Gunsten instrumentalisieren zu können. Schon die Reihenfolge der Einzelabstimmung könnte die Wahl de facto vorentscheiden.

Die einfachgesetzliche Ausgestaltung erweist sich bei genauer Betrachtung als sehr schwierig. Hier wird der Gesetzgeber noch erhebliche Detailarbeit leisten müssen, egal ob man sich am Ende für eine feste Quote im Sinne eines Fixums oder für die relativ flexibel zu wählende zwingende Selbstverpflichtung (Flexi-Quote) entscheidet. Diese Grundentscheidung spielt aber für die verfassungsrechtliche Dimension eine wichtige Rolle.¹²⁷

E. Frage 4: Wie sähen mögliche Sanktionen eines Verstoßes gegen die Geschlechterquote aus? (LANGE)

I. VORBEMERKUNGEN

Für die praktische Wirksamkeit der gesetzlichen Vorgaben zur geschlechterspezifischen Besetzung von Führungs- und Aufsichtsgremien, aber auch für die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Vorschriften spielt der Gesichtspunkt der Rechtsfolgen im Falle eines Verstoßes eine erhebliche Rolle. Je strenger diese Sanktionierung ausfällt, desto eher dürfte davon auszugehen sein, dass sich die

¹²⁶ So ausdrücklich der Vorschlag aus Hamburg, Gesetzesentwurf Hamburg, BR-Drs. 330/12 v. 29.05.2012, S. 45.

¹²⁷ Dazu unten G. II. 2. b) cc) und 3.

Normadressaten an die Vorgaben bei der Besetzung ihrer Gremien halten werden. Das Sanktionsinstrumentarium muss daher einerseits nachhaltig und effektiv ausgestaltet sein. Andererseits muss die Sanktion, die bei der Missachtung der gesetzlichen Geschlechterquote droht, der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten.¹²⁸ Zu weitgehend erscheinen daher die Androhung des Verlusts der Börsennotierung¹²⁹ oder gar der Auflösung der Gesellschaft bei einem fortgesetzten Verstoß gegen die gesetzliche Geschlechterquote. Solch schwere Sanktionen dürften weder erforderlich noch angemessen sein. Der Verlust der Börsennotierung (vgl. § 39 BörsG) ließe sich zudem mit der Systematik des Börsen(zulassungs)rechts kaum in Einklang bringen.¹³⁰

Die ansonsten in Betracht kommenden Sanktionsformen sind ausgesprochen breit gefächert und können an dieser Stelle nicht vollumfänglich erörtert werden, zumal hier die Diskussion erst am Anfang steht und vieles von der konkreten Ausgestaltung der Geschlechterquote abhängt. So müssen insbesondere denkbare steuerrechtliche Sanktionen, etwa in Form einer Versagung der Abzugsfähigkeit der Vergütung der Gremienmitglieder (vgl. § 10 Nr. 4 KStG), ebenso ungeprüft bleiben,¹³¹ wie ein möglicher Ausschluss der verstoßenden Unternehmen von der Vergabe öffentlicher Aufträge. Nicht untersucht werden kann zudem die Frage, ob der Verstoß gegen die Quotenregelung künftig als Ordnungswidrigkeit verfolgt werden könnte. Denkbar ist zudem, dass einzelne Rechtsfolgen miteinander kombiniert werden. Wahrscheinlich ist ferner, dass die Sanktionen gestuft erfolgen, also ein erstmaliger Verstoß anders geahndet werden wird, als ein wiederholter oder gar fortwährender.

Damit rücken vor allem bilanz- und gesellschaftsrechtliche Sanktionsmechanismen in den Vordergrund, die genauer untersucht werden sollen.

II. TRANSPARENZ DURCH PUBLIZITÄT

Die wahrscheinlichste Regelung dürfte diejenige sein, die die betroffenen Unternehmen zur Herstellung von Transparenz hinsichtlich ihrer Gremienbesetzung verpflichtet. Diese Pflicht würde ihrerseits sanktionsbewehrt ausgestaltet werden. Mit entsprechenden Offenlegungs- und Berichtspflichten ist schon deshalb zu rechnen, da die staatliche Stelle, die künftig wie auch immer geartete Sanktionen verhängen kann, zunächst einmal Kenntnis von einem Verstoß gegen die Geschlechterquote erlangen muss. Ferner ist nicht zu verkennen, dass von der Veröffentlichung der einschlägigen Daten – und damit ggf. eines Gesetzesverstoßes – bereits eine gewisse Sanktionswirkung, insbesondere in Form eines öffentlichen Rechtfertigungsdrucks ausgeht.¹³²

¹²⁸ Redenius-Hövermann, ZIP 2010, 660, 666.

¹²⁹ So der Gesetzesentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 17/3296.

¹³⁰ Ablehnend daher zu Recht Bachmann, ZIP 2011, 1131, 1138; Spindler/Brandt, NZG 2011, 401, 404.

¹³¹ Dies sieht der Gesetzesentwurf aus Hamburg vor, BR-Drs. 330/12 v. 29.05.2012, S. 45 f.

¹³² So auch der Gesetzesvorschlag aus Hamburg, wo ausdrücklich eine Berichtspflicht gefordert wird, um „den Druck auf die Unternehmen (zu) erhöhen“, BR-Drs. 330/12 v. 29.05.2012, S. 53 f.

Die Art und Weise, mittels derer Transparenz hergestellt werden kann, hängt zum einen davon ab, ob sich der Gesetzgeber für eine feste Quote oder aber für das flexiblere Instrument der Flexi-Quote entscheiden wird. Zum anderen korrelieren die Wirkungen der Veröffentlichungspflicht mit Inhalt, Darstellung und Publikationsmedium. Erste Erfahrungen hat man mit der Veröffentlichung der Erklärung zum DCGK sammeln können. Nach § 289 a Abs. 2 Nr. 1 HGB ist Gegenstand der Erklärung im Bericht zur Unternehmensführung die Einhaltung oder Nichteinhaltung der im DCGK enthaltenen Empfehlungen. Damit soll die Verbindung zwischen der Erklärung zur Unternehmensführung und der Erklärung zum Corporate Governance Kodex nach § 161 AktG hergestellt werden. Die Aktiengesellschaft wird verpflichtet, ihre jährliche Erklärung zum DCGK gemäß § 161 AktG im Lagebericht innerhalb der Angaben zur Unternehmensführung aufzunehmen.¹³³

Folgte man diesem Weg,¹³⁴ müssten die betroffenen Unternehmen Angaben zur Erfüllung/Nichterfüllung der Geschlechtervorgaben in ihren Lagebericht aufnehmen, wogegen sich systematische, bilanzrechtliche Bedenken erheben ließen.¹³⁵ Zudem muss sichergestellt werden, dass der Kreis der Normadressaten in jedem Fall verpflichtet ist, seinen Jahresabschluss um einen Lagebericht zu erweitern. Derzeit sind nur Kapitalgesellschaften verpflichtet, einen Lagebericht aufzustellen, wobei kleine Kapitalgesellschaften im Sinne von § 267 Abs. 1 HGB von dieser Verpflichtung befreit sind, § 264 Abs. 1 Satz 3 HGB. Zur Abgabe der Erklärung zur Unternehmensführung sind zudem derzeit nur die in § 289 a Abs. 1 HGB genannten Aktiengesellschaften verpflichtet.¹³⁶

Eine Beschränkung des Sanktionsinstrumentariums auf eine rein sanktionsbewehrte Publizitätspflicht sollte nicht vorschnell als zu wenig wirksam abgetan werden. So drohen dem Unternehmen in jedem Fall erhebliche Reputationsverluste. Zudem ließe sich diese vergleichsweise milde Sanktion ohne tiefgreifende verfassungsrechtliche Bedenken realisieren.

III. GESELLSCHAFTSRECHTLICHE SANKTIONEN

Entscheidet sich der Gesetzgeber neben der Publizitätspflicht für strengere Sanktionen, gerät das Gesellschaftsrecht in das Blickfeld. So spricht der Vorschlag aus dem BMFSFJ von „Sanktionen nach dem Gesellschaftsrecht“, wenn ein Unternehmen seine selbst gewählte Quote im Vorstand/Aufsichtsrat nicht erreicht oder nicht veröffentlicht. Damit sieht der Plan des Ministeriums sowohl eine Veröffentlichungspflicht als auch eine wie auch immer geartete gesellschaftsrechtliche Folge vor. Die aktuellen Gesetzesvorschläge enthalten durchweg beschlussrechtliche Sanktionen. Die

¹³³ Weiterführend MünchKomm-HGB/Lange, § 289 a Rn. 8 f.

¹³⁴ So der Ansatz bei Langenbacher, JZ 2011, 1038, 1044; vgl. auch den Gesetzesentwurf aus Hamburg, wo eine neue „Erklärung zur Teilhabe von Frauen und Männern in Führungsgremien“ (§ 289 b HGB-E) gefordert wird, BR-Drs. 330/12 v. 29.05.2012, S. 8.

¹³⁵ Vgl. BDI, Stellungnahme zum Gesetzesantrag des Landes NRW v. 24.03.2011, S. 12.

¹³⁶ MünchKomm-HGB/Lange, § 289 a Rn. 1-2; Baumbach/Hopt/Merkt, § 289 a Rn. 1.

Aufsichtsratswahl ist entweder anfechtbar oder gar nichtig,¹³⁷ wobei die Anfechtbarkeit die geringere Sanktionsstufe darstellt. Derzeit ordnet § 250 AktG die Nichtigkeit einer Aufsichtsratswahl an, wenn besonders schwerwiegende Gesetzesverstöße begangen wurden. Die Nichtbeachtung einer verbindlichen Geschlechterquote müsste de lege ferenda einen solchen beachtlichen Gesetzesverstoß darstellen, wie dies der Vorschlag aus NRW mit einem § 250 Abs. 1 Nr. 5 AktG-E vorsieht. Für weitere Verstöße gegen die Satzung oder das Gesetz ordnet § 251 AktG die Anfechtung des Wahlbeschlusses der Hauptversammlung an.

Der Gesetzgeber müsste sich nicht nur entscheiden, welches Gewicht er einem Verstoß gegen die Geschlechterquote beimessen will, er müsste sodann auch die Folgefrage beantworten, welche weiterreichenden Konsequenzen die Unwirksamkeit der Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds hätte. Dazu zählt nicht nur der Umfang der Nichtigkeit der Wahl der Mitglieder des Gremiums (sind sämtliche oder nur einzelne Mitglieder betroffen?), sondern auch der Aspekt der Nichtigkeit aller Beschlüsse, die der quotenwidrig besetzte Aufsichtsrat gefasst hat. Derzeit geht die noch hM. davon aus, dass ein unwirksam bestelltes Aufsichtsratsmitglied, das sein Amt angenommen hat, dieses nicht wirksam ausüben vermag. Allerdings soll die Tatsache allein, dass das nichtig bestellte Aufsichtsratsmitglied an einer Beschlussfassung mitgewirkt hat, für sich genommen noch nicht die Nichtigkeit des Beschlusses begründen, solange der gefasste Beschluss nicht gerade auf der Stimmabgabe dieses Mitglieds beruhte.¹³⁸ Eine zusätzliche schwierige Gemengelage könnte dabei auch durch die Härtefallklausel entstehen.¹³⁹

Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung dürfte die Unwirksamkeit der Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern (und ggf. von Vorstandsmitgliedern) eine besonders schwerwiegende Sanktion darstellen, von der weiterreichende Wirkungen für die Geschäftsführung und die wirtschaftliche Situation des betroffenen Unternehmens ausgehen. Sie wäre zudem mit teilweise erheblicher Rechtsunsicherheit – auch für den Geschäftsverkehr – verbunden, da die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft eingeschränkt würde.

Abschließend soll noch kurz auf eine mögliche Haftung der Mitglieder von Vorstand und/oder Aufsichtsrat eingegangen werden. Die unrichtige Abgabe der Erklärung zur Einhaltung der Quote würde, eine entsprechende Gesetzesvorgabe vorausgesetzt, wahrscheinlich eine Pflichtverletzung darstellen, die zu Schadensersatz verpflichten würde. Auch die Nichteinhaltung der Geschlechterquote bei der Gremienbesetzung könnte eine Haftung der Mitglieder des Vorstands bzw. des Aufsichtsrats auslösen. Die Haftungstatbestände der §§ 93, 116 AktG erfassen die Sorgfaltspflicht und Haftung

¹³⁷ So etwa der Gesetzesentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 17/3296, S. 3.

¹³⁸ BGHZ 47, 341, 345 f.; Hüffer, § 101 Rn. 17. Weitergehend aber die im Vordringen befindliche sog. Lehre vom fehlerhaften Organ, vgl. OLG Frankfurt ZIP 2011, 24, 27; Schmidt/Lutter/Drygala, § 101 Rn. 35 ff.; MünchKommAktG/Habersack, § 101 Rn. 70 f.; Schürnbrand, NZG 2008, 609, 610 f.; Staake, ZIP 2010, 1013, 1020. Danach ist das unwirksam bestellte Aufsichtsratsmitglied bis zur tatsächlichen Beendigung des Mandats wie ein wirksam bestelltes Mitglied zu behandeln.

¹³⁹ So auch Bachmann, ZIP 2011, 1131, 1138.

gegenüber der Gesellschaft und begründen somit eine gesellschaftsinterne Verantwortlichkeit (sog. Binnenhaftung).¹⁴⁰ Es fragt sich aber, worin der Schaden bestehen könnte, der der Gesellschaft durch die Verletzung der Quotenregelung entsteht. Allenfalls wäre an die Kosten einer erneuten Einberufung der Hauptversammlung zu denken. Zu klären wäre zudem, ob die Akteure auch dann ein Verschulden trifft, sollte sich trotz intensiver Suche keine geeignete Kandidatin finden.

IV. ZWISCHENERGEBNIS

Wie der Gesetzgeber einen Verstoß gegen die verbindliche Geschlechterquote (Fixum oder Flexi-Quote) ausgestalten wird, ist derzeit noch nicht absehbar. Zu vieles hängt davon ab, wie die Geschlechterquote selbst formuliert und für welche Unternehmen sie gelten wird. Hinreichend gesichert erscheint derzeit nur zu sein, dass auf eine wie auch immer geartete Rechtsfolge für den Fall des Verstoßes nicht verzichtet wird. Die aktuellen Vorschläge reichen von sehr strengen Strafen, wie dem Entzug der Börsennotierung, bis hin zu Publizitätspflichten. Besonders sorgfältig sollte sich der Gesetzgeber der Frage annehmen, welche Folgen von einer fehlerhaften Organbestellung ausgehen. Hier geht es nicht zuletzt um die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft und damit verbunden um den Schutz des Geschäftsverkehrs. Letztlich wird die Prüfung der Verfassungsgemäßheit der Geschlechterquote auch von der Strenge der angedrohten Sanktionen abhängen.

F. Frage 5: Unionsrechtliche Zulässigkeit einer Frauenquote (*WINDTHORST*)

I. AKTUELLER ENTWURF EINER RICHTLINIE DER EU ZUR VERBESSERUNG DER AUSGEWOGENHEIT DER GESCHLECHTER UNTER DEN FÜHRUNGSKRÄFTEN BÖRSENNOTIERTER UNTERNEHMEN

1. Vorgeschichte

Die Vizepräsidentin der EU-Kommission *Viviane Reding* hat im Frühjahr 2011 die Notwendigkeit einer stärkeren Repräsentanz von Frauen in den Führungspositionen von Wirtschaftsunternehmen in der EU betont.¹⁴¹ Zugleich hat sie festgestellt, dass der europäische Gesetzgeber nach den EU-Verträgen die Befugnis habe, das Gesellschaftsrecht – einschließlich der Corporate Governance – zu regeln. Er könne daher eine gesetzliche Quotenregelung für Frauen im Vorstand und Aufsichtsrat von börsennotierten Unternehmen einführen, die auf dem Binnenmarkt tätig sind.

Diese Überlegungen sind im September und Oktober 2012 von *Frau Reding* modifiziert und konkretisiert worden.¹⁴² Nach ihren Plänen soll baldmöglichst eine Richtlinie erlassen werden, die für

¹⁴⁰ *Bosch/Lange*, JZ 2009, 255 f.; *Wachter/Eckert*, § 93 Rn. 2; *Hüffer*, § 93 Rn. 3.

¹⁴¹ *Reding*, ZRP 2011, 127.

¹⁴² European Commission, Press Release, 03.10.2012, SPEECH/12/678 mit Eckpunkten eines Regelungsvorschlags; European Commission, Press Release, 08.10.2012, SPEECH/12/702.

den Aufsichtsrat bzw. für die nicht-geschäftsführenden Mitglieder des Verwaltungsrats börsennotierter Unternehmen in der EU für das unterrepräsentierte Geschlecht eine Quote von 40 % festlegt. Dieser Vorschlag ist nicht nur in mehreren Mitgliedstaaten,¹⁴³ sondern auch in der Kommission selbst auf erheblichen Widerstand gestoßen.¹⁴⁴ Dies hat dazu geführt, dass das Kollegium der Kommission am 24.10.2012 die Entscheidung über die Einbringung der Richtlinie¹⁴⁵ ins Gesetzgebungsverfahren erst einmal vertagt hat¹⁴⁶ – ein in diesem Gremium ungewöhnlicher Vorgang.

Am 14.11.2012 hat die Kommission aber dann doch den Initiativbeschluss für den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verbesserung der Ausgewogenheit der Geschlechter unter den nicht-geschäftsführenden Führungskräften börsennotierter Unternehmen in der Union gefasst.¹⁴⁷ Dieser Entwurf weicht in wesentlichen Punkten von früheren Plänen ab und versucht auf diese Weise, die dagegen vorgebrachten rechtlichen Bedenken zu entkräften.¹⁴⁸

2. Inhalt des Richtlinienentwurfs

Nach dem Vorschlag der Kommission sollen die EU-Mitgliedstaaten verpflichtet werden, spätestens zwei Jahre nach Inkrafttreten dieser Richtlinie eine gesetzliche Quotenregelung gemäß den in diesem Rechtsakt der EU enthaltenen Vorgaben einzuführen. Der Inhalt dieses Vorschlags wird durch folgende grundlegenden Festlegungen geprägt:

a) Ziel der Richtlinie

Die Richtlinie will bis spätestens 01.01.2020 eine stärkere Ausgewogenheit von Männern und Frauen unter den nicht-geschäftsführenden Führungskräften von börsennotierten Unternehmen in der Union sicherstellen, um einerseits den Fortschritt bei der Ausgewogenheit der Geschlechter zu beschleunigen und andererseits den Unternehmen genügend Zeit für die notwendigen Maßnahmen zu geben (Art. 1).

b) Betroffene Unternehmen

Die Richtlinie gilt nur für börsennotierte Unternehmen in der EU (Art. 1 und 4). Darunter sind Unternehmen zu verstehen, die in einem Mitgliedstaat der Union ansässig sind und deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt i. S. v. Art. 4 Abs. 1 Nr. 14 der Richtlinie 2004/39/EG in einem oder mehreren Mitgliedstaat(en) der EU zugelassen sind (Art. 2 Abs. 14).

¹⁴³ Das gilt für folgende Mitgliedstaaten: Großbritannien, Bulgarien, Tschechien, Dänemark, Ungarn, Litauen, Malta, Niederlande, Schweden und Slowenien.

¹⁴⁴ *Gammelin*, Europaweiter Frauenquote droht das Aus, Süddeutsche Zeitung vom 05.09.2012, <http://www.sueddeutsche.de/politik/gleichberechtigung-europaweiter-frauenquote-droht-das-aus-1.1459108>.

¹⁴⁵ Der damalige Richtlinienentwurf wurde unter dem Zeichen KOM (2012) 614/3 verfasst; zuständig ist die Equality Legislation Unit (D.2.) im Generaldirektorat für Justiz.

¹⁴⁶ Vgl. European Commission, Press Release, 26.10.2012, AGENDA/12/37.

¹⁴⁷ Vorschlag der Kommission vom 14.11.2012, KOM (2012) 614 final.

¹⁴⁸ European Commission, Press Release, 14.11.2012, IP/12/1205; siehe zu den Unterschieden KOM (2012) 614/3 und KOM (2012) 614 final, http://ec.europa.eu/justice/newsroom/gender-equality/news/121114_en.htm.

Ausdrücklich ausgenommen sind gem. Art. 3 börsennotierte kleine und mittelgroße Unternehmen (small and medium-sized enterprises – SME). Sie werden in Art. 2 Abs. 8 des Vorschlags im Einklang mit der Empfehlung 2003/361/EG durch folgende drei Kriterien definiert: weniger als 250 Mitarbeiter und nicht mehr als 50 Mio. Euro Jahresumsatz oder keine höhere Bilanzsumme als 43 Mio. Euro.

Aus dem Zusammenspiel der Art. 1, 3 und 4 des Richtlinienentwurfs wird zudem deutlich, dass seine Regelungen nicht für Unternehmen gelten, die keine SME, aber auch nicht börsennotiert sind. Dieser breite Zwischenbereich, zu dem z. B. auch Unternehmen gehören können, die der Arbeitnehmermitbestimmung unterfallen, ist nicht Gegenstand der geplanten Richtlinie. Ihr Geltungsbereich beschränkt sich auf börsennotierte Unternehmen („positives Merkmal“), die zudem keine SME sind („negatives Merkmal“). Außerdem können die Mitgliedstaaten Unternehmen von den Verpflichtungen der Richtlinie ausnehmen, wenn das unterrepräsentierte Geschlecht weniger als 10% der Belegschaft ausmacht (Art. 4 Abs. 6).

c) Erfasste Gremien

Die Richtlinie differenziert zunächst nicht danach, ob es sich um ein verwaltendes, leitendes oder überwachendes Führungsgremium eines börsennotierten Unternehmens handelt und ob die Struktur der Führungsgremien monistisch oder – wie in Deutschland die Regel – dualistisch ist. Erfasst werden aber nur nicht-geschäftsführende Mitglieder dieser Führungsgremien, d.h. konkret: die Mitglieder des Aufsichtsrats bzw. in einem monistischen oder gemischten System die nicht-geschäftsführenden Mitglieder des Verwaltungsrats (die nachfolgend außer Betracht bleiben). Abweichend von früheren Überlegungen sind somit die Mitglieder des Vorstandes bzw. der Geschäftsführung ausdrücklich ausgenommen, der Geltungsbereich der geplanten Richtlinie beschränkt sich auf „non-executive board members“.

Dagegen spielen „executive board members“ allein im Rahmen des Art. 4 Abs. 7 eine Rolle. Danach können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass das Ziel der Richtlinie erfüllt ist, wenn ein börsennotiertes Unternehmen nachweisen kann, dass das unterrepräsentierte Geschlecht mindestens ein Drittel aller Führungspositionen besetzt, wobei insoweit nicht zwischen geschäftsführenden und nicht-geschäftsführenden Positionen unterschieden wird. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Richtlinie grundsätzlich auch für die Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat börsennotierter Unternehmen gelten soll.¹⁴⁹

d) Art und Höhe der Quote

Als für die Mitgliedstaaten bindende Vorgabe sieht der Richtlinienentwurf vor, dass bis zum 01.01.2020 40% der Mitglieder des Aufsichtsrats von börsennotierten Unternehmen in der EU dem unterrepräsentierten Geschlecht angehören müssen. Für börsennotierte öffentliche Unternehmen, d.h. Unternehmen, die börsennotiert sind und von der öffentlichen Hand beherrscht werden (Art. 2 Abs. 9), soll dieses Ziel schon bis zum 01.01.2018 umgesetzt werden (Art. 4 Abs. 1). Dies wird damit

begründet, dass die öffentliche Hand bei diesen Unternehmen wegen ihres beherrschenden Einflusses weitergehende Einwirkungsmöglichkeiten habe.¹⁵⁰

Was die Art der Quote, insbesondere die Verwirklichung des von ihr angestrebten Ziels angeht, sieht der Richtlinienvorschlag keinen starren Automatismus vor. Vielmehr soll dem Kandidaten des unterrepräsentierten Geschlechts nur dann der Vorrang eingeräumt werden, wenn er im Hinblick auf Geeignetheit, Fähigkeit und fachliche Leistung gleich qualifiziert wie der Kandidat des anderen Geschlechts ist. Aber auch in dieser Situation kann eine objektive Beurteilung der Gesamtumstände des Einzelfalls dazu führen, dass dem Kandidaten des überrepräsentierten Geschlechts der Vorrang einzuräumen ist (Art. 4 Abs. 3). Auf diese Weise soll der gefestigten Rechtsprechung des EuGH zu Geschlechterquoten Rechnung getragen werden.¹⁵¹

Was das Auswahlverfahren betrifft, müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die Bestellung von Mitgliedern des Aufsichtsrats von börsennotierten Unternehmen, die die Geschlechterquote von 40% nicht erreicht haben, aufgrund einer vergleichenden Analyse der Qualifikation jedes einzelnen Kandidaten auf der Basis von vorab festgelegten klaren, neutralen und eindeutigen Kriterien erfolgt (Art. 4 Abs. 1). Weiterhin sieht der Entwurf in Art. 4 Abs. 4 und 5 vor, dass die Mitgliedstaaten dem erfolglosen Kandidaten einen Anspruch gegen das Unternehmen auf Darlegung der Entscheidungsgründe gewähren müssen. Außerdem müssen sie ein Rechtsmittelverfahren gegen die Auswahlentscheidung des Unternehmens bereitstellen, in dem eine dem § 22 AGG vergleichbare Beweislastumkehr nach substantiierter Glaubhaftmachung eines Quotenverstößes eingreift. Art. 5 sieht weitere Informationspflichten der verpflichteten Unternehmen vor. Einschränkungen dieser Pflichten können sich aus Gründen des Datenschutzes ergeben.¹⁵²

e) Sanktionen

Verstoßen börsennotierte Unternehmen gegen diese Vorgaben, sollen die Mitgliedstaaten effektive, angemessene und abschreckende Sanktionen ergreifen (Art. 6 Abs. 1). Als nicht abschließende Regelbeispiele nennt der Entwurf die Verhängung von Bußgeldern und die Nichtigkeit bzw. Anfechtbarkeit der Bestellung des Aufsichtsratsmitglieds (Art. 6 Abs. 2).

3. Weiterer Fortgang

Zum gegenwärtigen Zeitpunkt (November 2012) ist nicht absehbar, ob die geplante EU-Richtlinie zur Geschlechterquote in börsennotierten Unternehmen der Union letztlich verabschiedet wird. Denn bereits am 14.09.2012 hat sich eine Gruppe von Mitgliedstaaten um den Wortführer Großbritannien, im Übrigen bestehend aus Bulgarien, Dänemark, Estland, Lettland, Litauen, Malta, Tschechien und

¹⁴⁹ Begründungserwägung 22, KOM (2012) 614 final.

¹⁵⁰ Begründungserwägung 23, KOM (2012) 614 final.

¹⁵¹ S. etwa EuGH, Urteil v. 11.11.1997, Rs. C-409/95 – *Marschall* = Slg. 1997, I – 6383, Rn. 35.

¹⁵² Begründungserwägung 28, KOM (2012) 614 final i. V. m. Art. 7 und 8 EU-GrCh.

Ungarn, in einem Brief gegen die damaligen Pläne ausgesprochen. Diese Staaten verfügen zusammen über eine Sperrminorität im Rat; sie können daher die Richtlinie verhindern. In ersten Stellungnahmen haben sich auch Vertreter der deutschen Bundesregierung kritisch zu dem vorliegenden Vorschlag einer EU-Richtlinie geäußert. Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten.

4. Zusammenfassung zu I.

Der Richtlinienvorschlag der Kommission vom 14.11.2012 sieht eine Quote in Höhe von 40% für das unterrepräsentierte Geschlecht im Aufsichtsrat bzw. für die nicht-geschäftsführenden Mitglieder des Verwaltungsrats börsennotierter Unternehmen in der EU vor, soweit diese keine SME sind. Die Quotenvorgabe muss bis zum 01.01.2020 (für öffentliche Unternehmen bereits bis zum 01.01.2018) erreicht werden. Allerdings liegt ein Verstoß bei der Besetzung dieser Gremien nur vor, wenn ein gleich qualifizierter Kandidat des unterrepräsentierten Geschlechts zur Verfügung steht. Auch in diesem Fall kann aufgrund der Gesamtumstände des Einzelfalls der Kandidat des überrepräsentierten Geschlechts zum Zuge kommen. Ein zwangsläufiger, unbedingter Vorrang des Kandidaten des unterrepräsentierten Geschlechts ist daher auch bei gleicher Qualifikation nicht vorgesehen.

II. KOMPETENZ DER EU

1. Notwendigkeit einer Kompetenzbegründung

Die EU besitzt keine originäre Kompetenz für die Ausübung von Hoheitsgewalt, sondern kann nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV) nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig werden, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben. Alle der Union nicht im geltenden EU-Vertrag (EUV) und im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) übertragenen Zuständigkeiten verbleiben bei den Mitgliedstaaten.¹⁵³

2. Einschlägige Kompetenzzuweisung

Der EUV erwähnt die Gleichstellung von Frauen und Männern an verschiedenen Stellen, etwa in Art. 2 Satz 2 und in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2. Diese Regelungen erkennen die Gleichstellung der Geschlechter zwar als ein wesentliches Ziel der Union an, verleihen ihr aber keine Kompetenz für entsprechende Maßnahmen. Nach Art. 8 AEUV muss die Union bei allen ihren Tätigkeiten darauf hinwirken, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern. Diese Regelung begründet allein ebenfalls keine umfassende Kompetenz der Union für konkrete Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung der Geschlechter, sondern setzt eine solche Kompetenz voraus und bindet ihre Ausübung an dieses Ziel. Art. 157 Abs. 4 AEUV legitimiert zwar alle Maßnahmen, die mit dem Ziel der gleichberechtigten Teilnahme von Frauen und Männern im

¹⁵³ Vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim/Bast/von Bogdandy, Art. 5 EUV Rn. 13, 34.

Berufsleben ergriffen werden. Diese Ermächtigung zielt aber nach ihrem eindeutigen Wortlaut allein auf die Mitgliedstaaten.¹⁵⁴

Die Kommission hat den Entwurf der Richtlinie zur Förderung des unterrepräsentierten Geschlechts daher auf Art. 157 Abs. 3 AEUV gestützt.¹⁵⁵ Dieser ermächtigt zu gesetzlichen Maßnahmen zur Gewährleistung der Anwendung des Grundsatzes der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen. In Bezug auf den Entwurf stellt sich zunächst die Frage, ob die Besetzung des Aufsichtsrats unter den Begriff „Arbeits- und Beschäftigungsfragen“ fällt. Dieses Merkmal zielt nach seinem Schutzzweck und seiner systematischen Stellung zwar primär, aber nicht ausschließlich auf unselbständige Dauerarbeitsverhältnisse. Es umfasst daher auch die Tätigkeit im Aufsichtsrat eines börsennotierten Unternehmens.

Allerdings ist Art. 157 Abs. 3 AEUV nur dann tragfähige Kompetenzgrundlage für den Richtlinienentwurf, wenn er auch zu sog. positiven Maßnahmen ermächtigt. Darunter versteht man aktive Fördermaßnahmen zur Gleichstellung des unterrepräsentierten Geschlechts, wie sie der Entwurf vorsieht. Dies wird von der Literatur überwiegend abgelehnt.¹⁵⁶ Der EuGH hat sich zu dieser Frage noch nicht ausdrücklich geäußert. Für ein restriktives Verständnis, wonach positive Fördermaßnahmen zugunsten des unterrepräsentierten Geschlechts von Art. 157 Abs. 3 AEUV nicht gedeckt sind, spricht die Gegenüberstellung mit der Öffnungsklausel des Art. 157 Abs. 4 AEUV, die (nur) den Mitgliedstaaten solche Maßnahmen zur Gleichstellung erlaubt. Dies wird durch die Entstehungsgeschichte der Regelungen untermauert. Danach sollte den unterschiedlichen politischen Ansätzen in den Mitgliedstaaten nicht durch eine einheitliche Gleichstellungspolitik der Union begegnet werden. Folgt man dieser Auffassung, scheidet Art. 157 Abs. 3 und 4 AEUV als kompetenzrechtliche Grundlage des Richtlinienentwurfs aus.

Eine Kompetenz der Union für die geplante Richtlinie kann sich aber aus der allgemeineren Ermächtigung in Art. 19 Abs. 1 AEUV i. V. m. Art. 2 Satz 2, Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUV und Art. 23 Abs. 2 EU-GrCh ergeben, die mangels Anwendbarkeit des Art. 157 Abs. 3 AEUV nicht durch diese an sich speziellere Bestimmung verdrängt wird. Die genannten Vorschriften gestatten nach Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Systematik auch positive Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts.¹⁵⁷ Der Inhalt der geplanten Richtlinie kann also auf diese Ermächtigung in Art. 19 Abs. 1 AEUV gestützt werden.

Allerdings hat dies in verfahrensrechtlicher Hinsicht zur Folge, dass die Richtlinie nicht im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren mit qualifizierter Mehrheit im Rat (Art. 238 Abs. 2, 3 AEUV)

¹⁵⁴ Vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim/Langenfeld, Art. 157 AEUV Rn. 78; anders ohne nähere Begründung Streinz/Eichenhofer, Art. 157 AEUV Rn. 25 f.

¹⁵⁵ Begründungserwägung 1, KOM (2012) 614 final.

¹⁵⁶ So etwa Calliess/Ruffert/Krebber, Art. 157 AEUV Rn. 92; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Langenfeld, Art. 157 AEUV Rn. 78; anders Epiney, in FS Schnyder, 1995, 205, 217 ff.

¹⁵⁷ Calliess/Ruffert/Epiney, Art. 19 AEUV Rn. 1 und 10 ff.; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Grabenwarter, Art. 19 AEUV Rn. 1 f., 8 und 46.

beschlossen werden kann, sondern ein besonderes Gesetzgebungsverfahren durchlaufen muss und einen einstimmigen Beschluss im Rat erfordert (Art. 19 Abs. 1 AEUV). Dies lässt sich entstehungsgeschichtlich damit begründen, dass die politisch sensible Einschränkung des individualrechtlichen Gleichheitsschutzes zu Gunsten einer temporären gesamtgesellschaftlich zu verantwortenden Kompensation nur einstimmig im Konsens möglich sein sollte. Angesichts des erklärten Widerstands in verschiedenen Mitgliedstaaten wird diese verfahrensrechtliche Hürde im Ergebnis mit hoher Wahrscheinlichkeit dazu führen, dass die geplante Richtlinie nicht erlassen werden kann, sofern sie positive Fördermaßnahmen wegen des Geschlechts vorsieht.

Darüber hinaus muss die Union bei der Ausübung der Zuständigkeit aus Art. 19 Abs. 1 AEUV (nach a. A. aus Art. 157 Abs. 3 AEUV) die Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit beachten (Art. 5 Abs. 1 S. 2 EUV).

3. Beachtung des Grundsatzes der Subsidiarität bei der Kompetenzausübung

Da die Festlegung einer Geschlechterquote in Unternehmen nicht in die ausschließliche Zuständigkeit der Union fällt (Art. 3 AEUV), darf sie aufgrund des Subsidiaritätsprinzips des Art. 5 Abs. 3 EUV nur tätig werden, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind. Die Kommission hat ihren Richtlinienvorschlag im Hinblick auf die Subsidiarität mit zwei Erwägungen begründet: Zum einen sollen die unterschiedlichen Regelungen zur Förderung des unterrepräsentierten Geschlechts in den Mitgliedstaaten das Funktionieren des Binnenmarktes behindern (dazu a)). Zum anderen sei der Gleichstellungsauftrag aus Art 23 EU-GrCh angesichts seiner unzureichenden Verwirklichung durch die Mitgliedstaaten auf Unionsebene besser zu realisieren (dazu b)).¹⁵⁸

a) Behinderung der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes

Nach Ansicht der Kommission können unterschiedliche nationale Regelungen zur Förderung des unterrepräsentierten Geschlechts im Aufsichtsrat börsennotierter Unternehmen dazu führen, dass Unsicherheit darüber entsteht, welche Vorgaben für die Besetzung des Aufsichtsrats zu beachten sind, wenn etwa ein solches Unternehmen in einem anderen Mitgliedstaat eine Tochtergesellschaft gründet, die ebenfalls börsennotiert ist. Außerdem sollen sich unterschiedliche Sanktionen für Verstöße gegen solche Regeln in den einzelnen Mitgliedstaaten, z. B. der Ausschluss bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, nachteilig auf die wirtschaftliche Betätigung börsennotierter Unternehmen im Binnenmarkt auswirken.

Beide Gesichtspunkte können aber die Bedenken in Bezug auf den Grundsatz der Subsidiarität nicht ausräumen. Denn der Entwurf sieht vor, dass die Mitgliedstaaten selbst über die Sanktionen

¹⁵⁸ Begründungserwägung 37, KOM (2012) 614 final und ebda., S. 9 f.

entscheiden und weitergehende Festlegungen für die Besetzung der erfassten Führungsgremien treffen können. Selbst wenn man daher unterstellt, dass die unterschiedlichen nationalen Regelungen sich nachteilig auf den Binnenmarkt auswirken können – was keinesfalls sicher ist, sondern konkret nachgewiesen werden muss –, ist der vorliegende Entwurf jedenfalls ungeeignet, dieses vermeintliche Hindernis zu beseitigen. Denn die unterschiedlichen nationalen Regelungen sollen gerade im Hinblick auf die Sanktionen weiterhin möglich sein.

b) Bessere Verwirklichung des Gleichstellungsauftrages auf Unionsebene

Die Kommission begründet die Notwendigkeit eines Vorgehens der EU vor allem damit, dass das allgemeine Ziel, eine stärkere Vertretung des unterrepräsentierten Geschlechts in Führungsgremien von Wirtschaftsunternehmen zu fördern, wegen der unterschiedlichen und z. T. unzureichenden Regelungen auf nationaler Ebene besser auf Unionsebene verwirklicht werden kann. Insoweit ist zunächst zu konstatieren, dass eine mitgliedstaatliche Regelung offensichtlich möglich ist. Dies belegen die Regelungen einer Frauenquote in Frankreich und – außerhalb der EU – in Norwegen.¹⁵⁹ Fraglich ist somit allein, ob diese Regelungen ausreichend zur Verwirklichung des angestrebten Ziels einer Förderung des unterrepräsentierten Geschlechts sind.

Diesbezügliche Bedenken können zunächst daher rühren, dass die Bestimmungen in den Mitgliedstaaten Unterschiede hinsichtlich der Art und der Reichweite einer Förderung des unterrepräsentierten Geschlechts sowie hinsichtlich der Höhe der Quote aufweisen. Diese Divergenzen sind aber durch die unterschiedliche Struktur und Kultur der Unternehmen in den einzelnen Staaten der EU sachlich gerechtfertigt. So spielen z. B. in Deutschland Familienunternehmen traditionell eine große Rolle, die besondere Regelungen verlangt. Eine gewisse Homogenität ist allein bei börsennotierten Unternehmen anzuerkennen, die auf dem Binnenmarkt tätig sind. Sie unterliegen wegen ihrer Börsennotierung einer stärkeren Regulierung. Das hierfür notwendige öffentliche Interesse ergibt sich insbesondere aus dem notwendigen Schutz der Anleger und der Stabilität des Finanzsystems.

Beide Argumente können zwar eine stärkere Aufsicht legitimieren. Dagegen ist fraglich, ob dies auch für Regelungen zur Besetzung der Führungsgremien, konkret: des Aufsichtsrats börsennotierter Unternehmen gilt. Denn diese Frage zielt auf die innere Organisation der betroffenen Unternehmen. Für den Schutz der Anleger und die Stabilität des Finanzsystems als den Gemeinwohlbelangen, die eine stärkere Regulierung rechtfertigen, ist diese Frage aber weitgehend irrelevant. Das besondere öffentliche Interesse, das für die Rechtfertigung einer Regelung der Besetzung des Aufsichtsrats von börsennotierten Unternehmen durch die EU erforderlich ist, kann daher nur aus der großen wirtschaftlichen Bedeutung dieser Unternehmen und ihrer damit verbundenen Vorbildfunktion abgeleitet werden. Ob dies für die Wahrung des Subsidiaritätsgrundsatzes ausreicht, ist indes zweifelhaft.

Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die EU bei fortbestehenden Zweifeln die Rechtfertigungslast dafür trägt, dass die Voraussetzungen für ein Handeln trotz des Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 Abs. 3 EUV) vorliegen.¹⁶⁰ Der Richtlinienvorschlag zur Förderung des unterrepräsentierten Geschlechts in nicht-geschäftsführenden Führungsgremien börsennotierter Unternehmen steht daher auf unsicherem kompetenziellem Grund. Erlässt die Union die geplante Richtlinie, können der Deutsche Bundestag oder der Bundesrat dagegen Subsidiaritätsklage zum Europäischen Gerichtshof erheben, die im Rechtsschutzsystem der EU einen Sonderfall der Nichtigkeitsklage darstellt.¹⁶¹

4. Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bei der Kompetenzausübung

Erkennt man eine Befugnis der EU zur Statuierung einer unionsweiten Frauenquote für börsennotierte Unternehmen trotz dieser Bedenken an, muss darüber hinaus bei der Ausübung der angenommenen Kompetenz der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach Art. 5 Abs. 4 EUV beachtet werden. Dieser beschränkt sich auf das Verhältnis zwischen der EU und den Mitgliedstaaten. Davon zu unterscheiden ist das grundrechtliche Verhältnismäßigkeitsgebot des Art. 52 Abs. 1 S. 2 EU-GrCh, das sich im Verhältnis zwischen EU bzw. Mitgliedstaaten und Privaten entfaltet. Nach Art. 5 Abs. 4 EUV dürfen die Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinausgehen.

Was den Inhalt des Richtlinienvorschlags angeht, wahrt dieser im Hinblick auf das Ziel, die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern (Art. 2 Satz 2, Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUV, Art. 8 AEUV), den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gem. Art. 5 Abs. 4 EUV. Denn der Entwurf sieht nur ein Mindestmaß an Harmonisierung vor, da sein Anwendungsbereich auf nicht-geschäftsführende Führungsgremien von börsennotierten Unternehmen beschränkt ist. Außerdem sollen Mitgliedstaaten, die das Ziel des Richtlinienvorschlags bereits erreicht haben, von dem Fördermechanismus des Art. 4 Abs. 1, 3 bis 5 freigestellt werden (Art. 8 Abs. 3). Ist diese Mindestgarantie gewährleistet, bleibt den Mitgliedstaaten Spielraum für eine Regelung, die auf die nationalen Besonderheiten zugeschnitten ist. Im Übrigen verlangt der Richtlinienvorschlag spätestens ab 31.12.2021 eine regelmäßige Überprüfung der Notwendigkeit dieses Regelwerks durch die Kommission im Zwei-Jahres-Rhythmus und tritt spätestens am 31.12.2028 außer Kraft (Art. 9 Abs. 3 und 4, Art. 10 Abs. 2).

Die geplante Richtlinie ist auch im Hinblick auf das gewählte rechtliche Instrument mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar (Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 EUV). Er gilt gem. Art. 296 Abs. 1 AEUV auch für die Art des Rechtsaktes, da dieser insoweit nicht im Primärrecht der EU vorgegeben

¹⁵⁹ Vgl. *Frost/Linnainmaa*, AG 2007, 601; *Buschmann*, NZG 2011, 87, 90; *François-Poncet/Deilmann/Otte*, NZG 2011, 450; *Velte*, Der Konzern 2012, 1, 2.

¹⁶⁰ Die EU-Organe haben dabei eine ex-ante-Beurteilung vorzunehmen, wobei der EuGH einen weiten Ermessensspielraum anerkennt, *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Bast/von Bogdandy*, Art. 5 EUV Rn. 58; *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo/Lienbacher*, Art. 5 EUV Rn. 26 ff.

ist.¹⁶² Eine Richtlinie ist zur Erreichung der Ziele einer Geschlechterquote gleich geeignet wie eine Verordnung, greift aber weniger intensiv in die institutionelle und verfahrensrechtliche Autonomie der Mitgliedstaaten ein. Denn eine Richtlinie der EU ist gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV zwar für die Mitgliedstaaten hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Im Gegensatz zur EU-Verordnung (Art. 288 Abs. 2 AEUV) bedarf eine solche Richtlinie der normativen Umsetzung durch die Mitgliedstaaten, denen insoweit ein Gestaltungsspielraum verbleibt.

5. Zwischenergebnis zu II.

Die EU besitzt gemäß Art. 19 Abs. 1 AEUV i. V. m. Art. 2 Satz 2, Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUV und Art. 23 Abs. 2 EU-GrCh die Kompetenz für eine Richtlinie mit dem Ziel, eine verbindliche Förderung des unterrepräsentierten Geschlechts für den Aufsichtsrat bzw. die nicht-geschäftsführenden Mitglieder des Verwaltungsrats von börsennotierten Unternehmen in der Union einzuführen. Der Erlass dieser Richtlinie bedarf allerdings eines einstimmigen Beschlusses im Rat. Dagegen ist eine Kompetenz der Union aus Art. 157 Abs. 4 AEUV abzulehnen, da diese Regelung nur auf die Mitgliedstaaten zielt. Art. 157 Abs. 3 AEUV ermächtigt nach überwiegender Meinung nicht zu positiven Fördermaßnahmen für das unterrepräsentierte Geschlecht. Folgt man dieser Auffassung, scheidet diese Bestimmung als Grundlage für die geplante Richtlinie aus.

Bei der Ausübung der Kompetenz durch die EU ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach Art. 5 Abs. 4 EUV gewahrt. Dagegen ist die Einhaltung des Subsidiaritätsgrundsatzes nach Art. 5 Abs. 3 EUV fraglich. Sie kann jedenfalls nicht mit einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes begründet werden. Als Rechtfertigungsgrund kommt allein das besondere öffentliche Interesse bei börsennotierten Unternehmen wegen ihrer großen wirtschaftlichen Bedeutung und der damit verbundenen Vorbildfunktion in Betracht, die eine stärkere Regulierung legitimieren können. Gleichwohl bleiben Zweifel, ob diese Regulierung auf Unionsebene erfolgen muss.

III. BEACHTUNG DER EUROPÄISCHEN GRUNDRECHTE-CHARTA

1. Berufsfreiheit, unternehmerische Freiheit und Eigentumsrecht

a) Gewährleistungen dieser Unionsgrundrechte

Eine Geschlechterquote, wie sie der Richtlinienvorschlag vorsieht, greift in das Eigentumsrecht der Anteilseigner der betroffenen börsennotierten Unternehmen ein, das durch Art. 17 Abs. 1 EU-GrCh als Grundrecht auf der Ebene der EU gewährleistet ist. Es garantiert nicht nur den Bestand der Eigentumsposition, sondern auch die Befugnis, die geschützten vermögenswerten Rechte zu nutzen

¹⁶¹ Grabitz/Hilf/Nettesheim/Bast/von Bogdandy, Art. 5 EUV Rn. 64.

¹⁶² Grabitz/Hilf/Nettesheim/Bast/von Bogdandy, Art. 5 EUV Rn. 72; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Krajewski/Rösslein, Art. 296 AEUV Rn. 48, 51.

und darüber zu verfügen.¹⁶³ Zu ihnen gehören auch die Inhaberrechte der Anteilseigner eines Unternehmens. Sie umfassen gemäß den gesellschaftsrechtlichen Regelungen grundsätzlich die Befugnis, über die personelle Besetzung des Aufsichtsrats zu entscheiden. Diese Befugnis wird durch den Richtlinienvorschlag eingeschränkt.

Der Richtlinienvorschlag beeinträchtigt zudem die unternehmerische Freiheit, die Art. 16 EU-GrCh dem Unternehmer und dem Unternehmen selbst verbürgt.¹⁶⁴ Gleiches gilt für die Berufsfreiheit der Kandidaten des überrepräsentierten Geschlechts nach Art. 15 EU-GrCh. Die Gewährleistungen dieser Grundrechte binden gem. Art. 51 Abs. 1 EU-GrCh die Kommission, den Rat und das Europäische Parlament bei Erlass der geplanten Richtlinie zur Einführung einer Geschlechterquote. Daneben müssen auch die Mitgliedstaaten diese Grundrechte beachten, wenn sie diese Richtlinie nach ihrem Inkrafttreten umsetzen und anwenden. Ersteres zielt auf den deutschen Gesetzgeber, Letzteres auf die deutschen Behörden und Gerichte.¹⁶⁵

b) Regelung zum Wohl der Allgemeinheit

Allerdings lässt Art. 17 Abs. 1 S. 3 EU-GrCh eine gesetzliche Regelung der Nutzung des Eigentums zu, soweit dies für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich ist.¹⁶⁶ Für die Einschränkung der Grundrechte aus Art. 15 und 16 EU-GrCh verlangt Art. 52 Abs. 1 S. 1 EU-GrCh allgemein, dass sie unter Wahrung der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit nur vorgenommen werden darf, wenn sie erforderlich ist. Außerdem muss sie den von der Union anerkannten, dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen. In diesem Zusammenhang ist Art. 23 EU-GrCh zu beachten. Danach ist die Gleichheit von Männern und Frauen in allen Bereichen, einschließlich der Beschäftigung, der Arbeit und des Arbeitsentgelts, sicherzustellen. Außerdem steht der Grundsatz der Gleichheit der Beibehaltung oder der Einführung spezifischer Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht nicht entgegen.¹⁶⁷ Das lässt die Förderung des Zugangs von Frauen zu Führungsgremien von börsennotierten Unternehmen durch eine Geschlechterquote grundsätzlich zu.¹⁶⁸

c) Verhältnismäßigkeit der Regelung

Wie bereits angesprochen, muss die Ausgestaltung der Quote dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen (Art. 52 Abs. 1 S. 2 EU-GrCh).¹⁶⁹ Der EuGH verlangt hierfür, dass die Regelung zur Erreichung

¹⁶³ Vgl. Streinz/Streinz, Art. 17 EU-GrCh Rn. 17.

¹⁶⁴ Streinz/Streinz, Art. 16 EU-GrCh Rn. 6 f.

¹⁶⁵ Schwarze/Becker/Hatje/Schoo/Hatje, Art. 51 EU-GrCh Rn. 8 ff.; Jarass, Art. 51 EU-GrCh Rn. 3 ff.

¹⁶⁶ Vgl. Jarass, Art. 17 EU-GrCh Rn. 26 ff. und 32.

¹⁶⁷ Vgl. Jarass, Art. 23 EU-GrCh Rn. 11 ff.; Schwarze/Becker/Hatje/Schoo/Graser, Art. 23 EU-GrCh Rn. 4.

¹⁶⁸ Hierzu ist ebenfalls im Wesentlichen auf die Ausführungen unten zu Art. 157 AEUV und den Richtlinien 76/207/EWG und 2006/54/EG zu verweisen.

¹⁶⁹ Vgl. EuGH, Urteil v. 11.07.1989, Rs. C-265/87 – *Hermann Schröder HS Kraftfutter ./. Hauptzollamt Gronau* = Slg. 1989, 2237, Rn. 21; Calliess/Ruffert/Kingreen, Art. 52 EU-GrCh Rn. 65 f.

der mit ihr verfolgten Ziele geeignet ist. Außerdem muss sie erforderlich sein. Dies bedeutet zunächst, dass von mehreren geeigneten Maßnahmen diejenige zu wählen ist, die am wenigsten belastend ist. Darüber hinaus dürfen die durch die Maßnahme verursachten Nachteile nicht außer Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen.¹⁷⁰

Die Quotenregelung des Richtlinienentwurfs ist ein geeignetes Mittel, um für ein ausgewogenes Geschlechterverhältnis in den Aufsichtsräten von börsennotierten Unternehmen zu sorgen, weil dieses rechtliche Instrument die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass mehr Kandidaten des unterrepräsentierten Geschlechts ein Aufsichtsratsmandat erhalten.

Was die Erforderlichkeit der Maßnahme betrifft, stellen unverbindliche Empfehlungen der Union und Aufrufe zur Selbstregulierung zwar ein milderes Mittel dar. Es ist aber nicht in gleichem Maße wie die geplante Richtlinie geeignet, das Ziel einer Gleichbehandlung des unterrepräsentierten Geschlechts in diesem Bereich zu erreichen, stellt somit die Erforderlichkeit nicht in Frage. Außerdem sieht der Richtlinienentwurf nur eine Mindestharmonisierung vor und überlässt den Mitgliedstaaten insbesondere die Festlegung der Sanktionen. Der Entwurf verstößt daher nicht gegen das Kriterium der Erforderlichkeit.

Bei der Beurteilung der Angemessenheit des Richtlinienentwurfs sind seine Auswirkungen zu ermitteln. Wichtige Parameter sind hierbei die betroffenen Unternehmen und die erfassten Gremien. Der Entwurf sieht eine Geschlechterquote nur für den Aufsichtsrat bzw. für die nicht-geschäftsführenden Mitglieder des Verwaltungsrats börsennotierter Unternehmen vor, die keine SME sind. Im Hinblick auf die Angemessenheit kann zunächst konstatiert werden, dass durch diese Einschränkungen die Auswirkungen für die Unternehmen begrenzt sind. Der Vorschlag soll insbesondere nicht für geschäftsführende Führungsgremien börsennotierter Unternehmen gelten. Dadurch ist die Frage der Angemessenheit erheblich entschärft worden.

Allerdings muss die Richtlinie darüber hinaus durch Ausnahme- und Härtefallklauseln sicherstellen, dass es in typischen Fällen oder im Einzelfall zu keiner unverhältnismäßigen Belastung kommt. Diese Situation tritt bei Familienunternehmen ein, wenn die Familiengesellschafter durch die Quote den bestimmenden Einfluss auf das Unternehmen verlieren oder dieser erheblich eingeschränkt wird.¹⁷¹

Die Ausgrenzung von SME durch Art. 3 des Richtlinienvorschlags beseitigt dieses Härtefallrisiko nicht, weil börsennotierte Familienunternehmen jedenfalls in Deutschland regelmäßig keine SME sind. Auch die qualifikationsabhängige Ausgestaltung der Klausel durch Art. 4 Abs. 3 des Richtlinienentwurfs kann die beschriebenen Härtefälle für Familienunternehmen nicht vermeiden. Denn die Quotenregelung kommt zum Zuge, wenn ein gleich qualifizierter Kandidat des unterrepräsentierten

¹⁷⁰ EuGH, Urteil v. 07.09.2004, C-310/04 – *Spanien/Rat* = Slg. 2006, I – 7285, Rn. 97; EuGH, Urteil v. 12.07.2001, Rs. C-189/01 – *Jippers u.a.* = Slg. 2001, I – 5689; das Kriterium der Angemessenheit wird teils als Bestandteil der Erforderlichkeit, teils als eigenständiges Kriterium neben der Erforderlichkeit geprüft, dazu *Streinz/Streinz*, Art. 52 EU-GrCh Rn. 30; die inhaltlichen Anforderungen werden durch diese Frage nicht beeinflusst.

¹⁷¹ Zur Begründung s. u. G. III. 3. b) cc).

Geschlechts zur Verfügung steht. Auf seine Zugehörigkeit zur Unternehmerfamilie stellt die Klausel aber gerade nicht ab.

Der aktuelle Richtlinienvorschlag der Kommission kann dazu führen, dass Familienunternehmen diese Eigenschaft infolge der Quotenregelung verlieren. Das ist ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Grundrechte aus Art. 16 und 17 EU-GrCh. Da die notwendige Härtefallklausel für diese Fälle weder in dem Richtlinienvorschlag vorgesehen ist noch dort eine entsprechende nationale Regelung zugelassen wird, ist der Richtlinienentwurf insoweit unionsrechtswidrig.

2. Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts

Art. 21 EU-GrCh verbietet unmittelbare oder mittelbare Diskriminierungen wegen des Geschlechts. Dagegen enthält Art. 23 EU-GrCh das Gebot, die Gleichheit von Männern und Frauen in allen Bereichen sicherzustellen und lässt auch die Beibehaltung oder Einführung spezifischer Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht zu. Diese Regelungen der EU-GrCh führen wegen ihres gegenläufigen Inhalts typischerweise zu einem Spannungsverhältnis. Zu seiner Auflösung ist auf die Grundsätze zurückzugreifen, die von der Rechtsprechung zur Gleichbehandlungsrichtlinie entwickelt wurden (s.u. IV).

3. Zwischenergebnis zu III.

Eine Geschlechterquote der EU greift in die Grundrechte der Berufsfreiheit der Mitbewerber (Art. 15 EU-GrCh), der unternehmerischen Freiheit des Unternehmers und des Unternehmens (Art. 16 EU-GrCh) sowie in das Eigentumsrecht der Anteilseigner (Art. 17 Abs. 1 EU-GrCh) ein. Der vorliegende Richtlinienentwurf der Kommission ist aber wegen des Gleichstellungsauftrags in Art. 23 EU-GrCh unionsrechtskonform, wenn er in verhältnismäßiger Weise ausgestaltet ist. Das verlangt zunächst eine Begrenzung auf den Aufsichtsrat bzw. auf die nicht-geschäftsführenden Mitglieder des Verwaltungsrats börsennotierter Unternehmen. Außerdem muss die Quote qualifikationsabhängig ausgestaltet sein und eine Härtefallklausel für Familienunternehmen vorsehen. Letzteres betrifft die Fälle, in denen die Quote dazu führen kann, dass das betroffene Unternehmen dadurch seine Eigenschaft als Familienunternehmen verliert oder der Einfluss der Familiengesellschafter erheblich eingeschränkt wird. Da der aktuelle Richtlinienvorschlag eine solche Klausel weder vorsieht noch auf nationaler Ebene zulässt, beschränkt er die Grundrechte aus Art. 16 und 17 EU-GrCh in unverhältnismäßiger Weise und ist deshalb unionsrechtswidrig.

IV. BEACHTUNG DER GLEICHBEHANDLUNGS-RICHTLINIE

1. Grundsätzliches Verbot einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts

Eine unionsweite Geschlechterquote (Frauenquote) muss die Vorgaben der Richtlinie 2006/54/EG (Gleichbehandlungs-Richtlinie) beachten. Darüber hinaus binden die Merkmale dieser Richtlinie in

ihrem Geltungsbereich auch den deutschen Gesetzgeber. Art. 14 Abs. 1 lit. a der Gleichbehandlungs-Richtlinie verbietet eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung¹⁷² aufgrund des Geschlechts hinsichtlich der Bedingungen – einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen – für den Zugang zur Beschäftigung unabhängig vom Tätigkeitsfeld.

Qualifiziert man die Tätigkeit als Aufsichtsrat bzw. als nicht-exekutiver Verwaltungsrat eines börsennotierten Unternehmens als „Beschäftigung“ in diesem Sinne, fällt eine unionsweite Frauenquote unter dieses Verbot, da sie Männer aufgrund ihres Geschlechts bei der Besetzung dieser Gremien unmittelbar diskriminiert.¹⁷³ Denn männliche Kandidaten erfahren aufgrund ihres Geschlechts bei der Bewerbung um ein Aufsichtsratsmandat (Verwaltungsratsmandat) eine weniger günstige Behandlung als weibliche Kandidaten.¹⁷⁴

2. Reichweite der Öffnungsklausel

Allerdings sieht Art. 3 der Gleichbehandlungs-Richtlinie (2006/54/EG) i. V. m. Art. 157 Abs. 4 AEUV eine Öffnungsklausel gegenüber diesem Verbot vor. Danach können die Mitgliedstaaten zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben spezifische Vergünstigungen beibehalten oder beschließen, um dem unterrepräsentierten Geschlecht die Berufstätigkeit zu erleichtern.

In diesem Zusammenhang hat der EuGH für die Besetzung von Arbeitsplätzen entschieden, dass positive Maßnahmen zur Förderung des unterrepräsentierten Geschlechts nur unter folgenden Voraussetzungen zulässig sind:

- die Kandidaten des unterrepräsentierten Geschlechts müssen in Bezug auf Eignung, Fähigkeit und fachliche Leistung gleich qualifiziert wie die Kandidaten des überrepräsentierten Geschlechts sein;
- ein unbedingter und automatischer Vorrang des unterrepräsentierten Geschlechts ist unzulässig;
- vielmehr bedarf es einer Gesamtbeurteilung der konkreten Umstände des Einzelfalls, die zu einer Entscheidung für den Kandidaten des überrepräsentierten Geschlechts führen kann.¹⁷⁵

Nur unter diesen Voraussetzungen ist eine Geschlechterquote für die Besetzung von Arbeitsplätzen von der Öffnungsklausel des Art. 3 RL 2006/54/EG i. V. m. Art. 157 Abs. 4 AEUV gedeckt.

Dagegen hat der Europäische Gerichtshof hinsichtlich der Besetzung eines Aufsichtsrats eine starre, also insbesondere nicht qualifikationsbezogene Frauenquote, ohne ausdrückliche Härtefallklausel

¹⁷² Zum Begriff der mittelbaren Diskriminierung vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2006/54/EG.

¹⁷³ Vgl. *Lutter*, BB 2007, 725, 730.

¹⁷⁴ So zuletzt EuGH, Urteil v. 01.03.2011, Rs. C-236/09 – *Association belge des Consommateurs* = NJW 2011, 907, Rn. 28.

¹⁷⁵ Vgl. EuGH, Urteil v. 17.10.1995, Rs. C-450/93 – *Kalanke* = Slg. 1995, I – 3069 = ZIP 1995, 1692; EuGH, Urteil v. 11.11.1997, Rs. C-409/95 – *Marschall* = Slg. 1997, I – 6383 = NJW 1997, 3429; EuGH, Urteil v. 06.07.2000, Rs. C-407/98 – *Abrahamsson* = Slg. 2000, I – 5562; die Entscheidungen ergingen zur Richtlinie 76/207/EWG, die gemäß Erwägungsgrund Nr. 1 der Richtlinie 2006/54/EG durch diese Gleichbehandlungs-Richtlinie als Nachfolgerin neugefasst wird. Vgl. auch *Sachs*, RdA 1998, 129 ff.; *Suhr*, EuGRZ 1998, 121 ff.; *Sacksofsky*, RdJB 2002, 193 ff.

zugelassen.¹⁷⁶ Dies geschah jedoch mit der Begründung, dass die strittige Vorschrift als Soll-Regelung „Raum für die Einbeziehung sonstiger Gesichtspunkte lasse“.¹⁷⁷ Dies legt den Schluss nahe, dass der EuGH auch bei der Besetzung von Gremien wie dem Aufsichtsrat bzw. den nicht-geschäftsführenden Mitgliedern des Verwaltungsrats eines Wirtschaftsunternehmens einer starren Frauenquote letztlich ablehnend gegenübersteht.¹⁷⁸ Dagegen genügt der aktuelle Richtlinienentwurf diesem Anforderungsprofil, weil er die gleiche Qualifikation des Kandidaten des unterrepräsentierten Geschlechts voraussetzt, einen unbedingten automatischen Vorrang dieser Kandidaten ablehnt und im Einzelfall eine Entscheidung zugunsten des überrepräsentierten Geschlechts ermöglicht.

3. Zwischenergebnis zu IV.

Die Öffnungsklausel in Art. 3 Gleichbehandlungs-Richtlinie (2006/54/EG) i. V. m. Art. 157 Abs. 4 AEUV lässt zwar spezifische Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht und damit grundsätzlich auch eine Frauenquote zu. Angesichts der Rechtsprechung des EuGH ist eine solche Quote mit Unionsrecht nicht zu vereinbaren, wenn sie starr, also qualifikationsunabhängig ausgestaltet ist, und keine Klausel für die Fälle enthält, in denen wegen der Gesamtumstände des Einzelfalls eine Entscheidung zugunsten des Kandidaten des überrepräsentierten Geschlechts geboten sein kann. Der aktuelle Richtlinienentwurf der Kommission erfüllt jedoch diese Anforderungen und ist daher unionsrechtskonform.

G. Frage 6: Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Frauenquote (WINDTHORST)

Eine nationale gesetzliche Frauenquote in Deutschland in Form eines Fixums oder einer Flexi-Quote für Führungsgremien von Wirtschaftsunternehmen muss unionsrechtlichen Anforderungen genügen, wenn sie eine EU-Richtlinie umsetzt. Im Übrigen muss das deutsche Gesetz jedenfalls den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen.

I. GESETZGEBUNGSKOMPETENZ DES BUNDES

Nach den vorliegenden Gesetzesentwürfen soll eine Frauenquote auf nationaler Ebene regelungstechnisch durch Ergänzungen und Änderungen des Gesellschaftsrechts eingeführt werden. Dies fällt unter den Kompetenztitel „Recht der Wirtschaft“ gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 14 GG, der dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz zuweist. Er hat von dieser Kompetenz insbesondere durch Erlass des AktG und des GmbHG Gebrauch gemacht. Dies war zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit auch erforderlich i. S. v. Art. 72 Abs. 2 GG, weil sonst die

¹⁷⁶ EuGH, Urteil v. 28.03.2000, Rs. C-158/97 – *Badeck* = Slg. 2000, I – 1875 = NJW 2000, 1549; entgegen den Schlussanträgen von Generalanwalt *Saggio*, Slg. 2000, I – 1875, Rn. 42.

¹⁷⁷ EuGH, *Badeck* (aaO), Rn. 65 = NJW 2000, 1549, 1553.

Funktionsfähigkeit der Rechtsgemeinschaft und – vor allem – die notwendige Einheitlichkeit des Wirtschaftsraums gefährdet sind.¹⁷⁹ Die Gesetzgebungskompetenz der Länder ist gem. Art. 72 Abs. 1 GG verdrängt, soweit der Bund von dieser konkurrierenden Kompetenz Gebrauch gemacht hat. Dies ist für das Gesellschaftsrecht u. a. durch das AktG und das GmbHG geschehen. Der Bund hat somit die Gesetzgebungskompetenz für die Einführung einer Frauenquote für diese Unternehmen.

II. VEREINBARKEIT EINER GESETZLICHEN FRAUENQUOTE MIT DEM VERBOT EINER GESCHLECHTSBEDINGTEN UNGLEICHBEHANDLUNG DURCH ART. 3 ABS. 3 S. 1 GG

1. Tatbestand einer Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts

Eine gesetzliche Frauenquote für Führungsgremien von Wirtschaftsunternehmen beeinträchtigt das verfassungsrechtliche Verbot des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, da sie für männliche Bewerber eine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts darstellt. Dieser Eingriff kann nicht als Kompensation von Nachteilen gerechtfertigt werden, die zwingende Folge biologisch-geschlechtlicher Unterschiede zwischen Männern und Frauen sind.¹⁸⁰

2. Rechtfertigung durch den Verfassungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG

Als Rechtfertigungsgrund für den Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG kommt Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG in Betracht. Danach fördert der Staat die tatsächliche Durchsetzung der in Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG rechtlich gebotenen Gleichberechtigung von Männern und Frauen und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin. Dieser Verfassungsauftrag gilt auch für den privatwirtschaftlichen Bereich.¹⁸¹

a) Tragfähigkeit des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG als Rechtfertigungsgrund

Allerdings lehnen Teile des Schrifttums die Tragfähigkeit des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG als Rechtfertigungsgrund für einen geschlechtsbedingten Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ab. Zur Begründung führen sie an, der Verfassungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG sei eine Staatszielbestimmung, die sich nicht gegenüber dem strikt verbindlichen verfassungsrechtlichen Verbot des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG durchsetzen könne, sondern hinter dieses zurücktreten müsse.¹⁸²

¹⁷⁸ Dazu *Brandt/Thiele*, AG 2011, 580, 583 ff.

¹⁷⁹ BVerfGE 106, 62, 145 ff.

¹⁸⁰ Vgl. BVerfGE 74, 163, 180 – „Rentenalter“; BVerfGE 85, 191, 207 – „Nachtarbeit“; BVerfGE 92, 91, 109 – „Feuerwehrabgabe“; *Battis/Schulte/Trux-Weber*, DVBl. 1991, 1165, 1168; *Gutzeit*, 42, 47 f.; *Sachs/Osterloh*, Art. 3 GG Rn. 272.

¹⁸¹ Offen gelassen in BVerfGE 74, 163, 180; bejaht in BVerfGE 85, 191, 207; 92, 91, 109; BAGE 114, 119, 129 f.; vgl. *Papier/Heidebach*, ZGR 2011, 305, 314 f.

¹⁸² So etwa *Sachs/Osterloh*, Art. 3 GG Rn. 264 ff., *Sachs*, ZG 2012, 52, 57, *Henssler/Seidensticker*, KSzW 2012, 10, 11 f.; kritisch auch *Ebsen*, Jura 1990, 515, 516; *Gutzeit*, 42, 51 ff.

Für diesen Ansatz sprechen zwar rechtstheoretische und rechtsdogmatische Argumente. Das BVerfG¹⁸³ und der wohl überwiegende Teil des Schrifttums¹⁸⁴ sind ihm jedoch nicht gefolgt. Sie qualifizieren Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG als mit Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG kollidierendes Verfassungsrecht, das grundsätzlich geeignet ist, eine geschlechtsbedingte Ungleichbehandlung im Rahmen des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zu legitimieren. Für diese Lösung spricht auch der außerrechtliche Gesichtspunkt der gesellschaftlichen Akzeptanz. Sie ist eine notwendige Bedingung für die Fähigkeit des Rechts, gesellschaftliche und wirtschaftliche Verhältnisse zu gestalten und dort auftretende Konflikte zu befrieden. Die Frauenquote ist ein Thema, dessen Bedeutung weit über Fragen des Rechts hinausgeht. Dies schließt es nach der geltenden Verfassungsordnung nicht aus, dass der Staat die rechtlichen Rahmenbedingungen setzt. Ob allerdings die Diskussion über eine gesetzliche Frauenquote mit dem Hinweis auf die rechtstheoretische Einordnung des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG als striktes Verbot gelöst oder gar befriedet werden kann, scheint äußerst zweifelhaft.

Überdies zieht diese Argumentation dem Gleichbehandlungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG sehr enge Grenzen, da seine Verwirklichung typischerweise mit dem Verbot aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG kollidiert. Auch aus diesen Gründen verdient der Ansatz des BVerfG den Vorzug, der den Konflikt zwischen Ungleichbehandlungsverbot und Gleichbehandlungsauftrag durch eine Abwägung unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit lösen will.

b) Abwägung zwischen Ungleichbehandlungsverbot (Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG) und Gleichbehandlungsauftrag (Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG)

Folgt man dieser Auffassung der überwiegenden Meinung, stellt sich die Frage, ob und ggf. welche gesetzlichen Frauenquoten durch den Gleichbehandlungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG gegenüber dem Ungleichbehandlungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG gerechtfertigt sind. Das hängt von einer Abwägung zwischen diesen Verfassungsbestimmungen ab, die durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geleitet wird.

aa) Geeignetheit

Hinsichtlich der prinzipiellen Eignung einer Frauenquote (Fixum oder Flexi-Quote [s.o.]) bestehen mit Blick auf den Verfassungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG keine durchgreifenden Bedenken.¹⁸⁵ Eine solche Quote ist ein taugliches Mittel, das den angestrebten Erfolg, den Anteil von Frauen in Führungsgremien von Wirtschaftsunternehmen zu erhöhen, zumindest fördern kann. Das Kriterium der Eignung setzt dagegen nicht voraus, dass dieses Regelungsziel durch dieses Regelungsinstrument tatsächlich erreicht wird. Vielmehr reicht aus, dass die Wahrscheinlichkeit erhöht wird, dass mehr

¹⁸³ BVerfGE 85, 191, 207; 92, 91, 109; 104, 373, 393; 114, 357, 370; in neuerer Rechtsprechung spricht das Gericht von einem Gleichberechtigungsgebot, das den Gesetzgeber berechtigt, faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, durch begünstigende Regelungen auszugleichen.

¹⁸⁴ Vgl. *Battis/Schulte/Trux-Weber*, DVBl. 1991, 1165, 1168 ff.; *Huster*, AöR Bd. 118 (1993), 109 ff.; *Münch/Kunig/Boysen*, Art. 3 Rn. 161; ausführlich zum aktuellen Streitstand: *Ossenbühl*, NJW 2012, 417 ff.

¹⁸⁵ Vgl. nur *Henssler/Seidensticker*, KSzW 2012, 10, 13.

Frauen in Führungsgremien dieser Unternehmen einrücken.¹⁸⁶ Diesen Effekt wird man einer fixen oder flexiblen Quote nicht absprechen können, zumal der Gesetzgeber insoweit über eine Einschätzungsprärogative verfügt.

bb) Erforderlichkeit

Dagegen wird die Erforderlichkeit einer gesetzlichen Frauenquote teilweise bezweifelt. Dieses Teilelement des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes setzt voraus, dass kein gleich geeignetes Mittel zur Verfügung steht, das den Verbotstatbestand des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG weniger beeinträchtigt. Mildere Mittel in diesem Sinne sind etwa die Selbstverpflichtungen der DAX-Unternehmen zu einer Erhöhung des Frauenanteils und die Regelungen des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK), die eine angemessene Berücksichtigung von Frauen im Vorstand und im Aufsichtsrat verlangen.¹⁸⁷ Allerdings vertritt der überwiegende Teil des Schrifttums die Ansicht, dass diese Maßnahmen und Regelungen wegen ihrer fehlenden obligatorischen normativen Bindungswirkung nicht gleich geeignet wie eine gesetzliche zwingende Frauenquote sind.¹⁸⁸ Dies hat zur Folge, dass sie der Erforderlichkeit einer solchen Quote nicht entgegenstehen. Diese Argumentation ist gerade bei einer fixen gesetzlichen Quote schlüssig.

Außerdem verfügt der Gesetzgeber hinsichtlich des Inhalts dieser Einschätzung nicht nur über eine Prärogative, sondern auch über einen Spielraum, der vom Bundesverfassungsgericht nur eingeschränkt überprüft werden kann.¹⁸⁹ In der Sache würde der Gesetzgeber diesen Spielraum nicht überschreiten, wenn er annimmt, dass eine gesetzliche fixe Frauenquote die Erhöhung des Anteils von Frauen in Führungsgremien stärker fördert als eine der Höhe nach offene Selbstverpflichtung der Dax-Unternehmen oder Governance-Regeln ohne unmittelbare rechtliche Verbindlichkeit.

Allerdings muss der Gesetzgeber in verfahrensrechtlicher Hinsicht alle zugänglichen Erkenntnismöglichkeiten ausgeschöpft haben, um die Auswirkungen der Einführung einer Frauenquote so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können. Angesichts der wesentlichen Auswirkungen, die gerade durch eine gesetzliche Frauenquote für die Grundrechte der betroffenen Unternehmen, der Anteilseigner und der männlichen Mitbewerber um einen Sitz in einem Führungsgremium eintreten, darf sich der Gesetzgeber nicht mit bloßen Vermutungen, subjektiven Einschätzungen oder Annahmen begnügen, die nicht durch hinreichende Fakten belegt sind. Vielmehr muss er die entscheidungsrelevanten Tatsachen im Wesentlichen vollständig und zutreffend

¹⁸⁶ *Spindler/Brandt*, NZG 2011, 401, 403.

¹⁸⁷ Weitere alternative Mittel sind die Pflicht zur Doppelbenennung von Kandidaten (eine Frau und ein Mann) oder eine Minderheitenquote nach dem Vorbild des § 15 Abs. 2 Betriebsverfassungsgesetz, die aber die Erforderlichkeit nicht in Frage stellen; dazu BR-Drs. 330/12, S. 26 f.; s. auch *Bachmann*, ZIP 2011, 1131, 1132 ff.; *Spindler/Brandt*, NZG 2011, 401, 403 f.

¹⁸⁸ S. nur *Papier/Heidebach*, ZGR 2011, 305, 315; *Henssler/Seidensticker*, KSzW 2012, 10, 14 jeweils m.w.Nachw.

¹⁸⁹ BVerfGE 102, 197, 218; 115, 276, 309; 116, 220, 225; 120, 274, 321; vgl. auch BAGE 73, 269, 285; *Battis/Schulte/Trux-Weber*, DVBl. 1991, 1165, 1174.

ermitteln sowie die daraus abgeleiteten Kausalzusammenhänge sorgfältig begründen.¹⁹⁰ Ob diesem Erfordernis zum gegenwärtigen Zeitpunkt bereits Rechnung getragen wurde, ist fraglich. Es fehlen insbesondere differenzierte belastbare empirische Erhebungen zu den konkreten Auswirkungen der verschiedenen Möglichkeiten einer Frauenquote auf die Gremien der verschiedenen Unternehmensformen.

cc) Angemessenheit

Ob eine gesetzliche Frauenquote mit dem verfassungsrechtlichen Gebot der Angemessenheit zu vereinbaren ist, bildet den Gegenstand heftiger Diskussionen. Das gilt insbesondere für eine fixe Quote. Das Gebot der Angemessenheit ist ein Teilelement des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und wird z. T. auch als Proportionalität oder als Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne bezeichnet. In der Sache verlangt dieses Merkmal, dass der angestrebte Erfolg und die damit verbundenen Beeinträchtigungen des Verbots der Ungleichbehandlung (Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG) in einem angemessenen Verhältnis stehen.

Das hängt entscheidend von der konkreten Ausgestaltung der Quote ab. Ein wesentliches Kriterium ist hierbei die Intensität der Beeinträchtigung der Rechte der männlichen Mitbewerber.¹⁹¹ Ausschlaggebend hierfür sind insbesondere die Höhe der Quote und ihre Flexibilität, also ob auch geschlechtsunabhängige Kriterien, wie Qualifikation und Erfahrung, eine Rolle spielen und ob eine Härtefallklausel vorgesehen ist.¹⁹² Nicht mehr angemessen wäre jedenfalls eine 50 % Frauenquote. Denn Art. 3 Abs. 2 GG gewährleistet nur eine tatsächliche Chancengleichheit, nicht aber eine tatsächliche Erfolgsparität.¹⁹³

Unterhalb dieser absoluten Grenze liefert die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) Hinweise für die Angemessenheit von Frauenquoten. Danach ist eine leistungsbezogene (= qualifikationsabhängige) Quote mit Härtefallklausel grundsätzlich als zulässig erachtet worden.¹⁹⁴ Das legt die Annahme nahe, dass der umgekehrte Fall einer starren, also nicht leistungsbezogenen Quote ohne Härtefallklausel, unzulässig ist. Zwar hat das Gericht in Bezug auf die Besetzung des Betriebsrats eine starre Quotenregelung akzeptiert.¹⁹⁵ Daraus kann man aber nicht auf die prinzipielle

¹⁹⁰ Vgl. BVerfGE 125, 175, 225 ff. – „Hartz IV“; *Henssler/Seidensticker*, KSzW 2012, 10, 13 f.

¹⁹¹ *Huster*, AöR Bd. 118 (1993), 109, 129.

¹⁹² Nach *Ossenbühl*, NJW 2012, 417, 421, darf durch eine „chancenwahrende Auswahlbeeinflussung“, so der von ihm verwendete Begriff für flexible, qualifikationsabhängige Quoten, nicht das personalpolitische Ermessen in der individuellen Entscheidung vorweggenommen werden.

¹⁹³ So auch der aktuelle Gesetzentwurf, s. BR-Drs. 330/12, S. 29; *Sachs/Osterloh*, Art. 3 GG Rn. 286, 288; *Battis/Schulte/Trux-Weber*, DVBl. 1991, 1165, 1174; *Bachmann*, ZIP 2011, 1131, 1137; *Henssler/Seidensticker*, KSzW 2012, 10, 14; *Ossenbühl*, NJW 2012, 417, 419.

¹⁹⁴ BAGE 73, 269, 286 f. (Vorlagebeschluss Rs. *Kalanke*); BAGE 87, 171, 175; 104, 264, 269 f.; vgl. auch *Suhr*, EuGRZ 1998, 121, 122 ff.; *Papier/Heidebach*, ZGR 2011, 305, 316 f.

¹⁹⁵ BAGE 114, 119, 129 ff., wonach „im Hinblick auf die Funktion und die Aufgaben eines Betriebsrats“ eine paritätische Quotierung mit Art. 3 Abs. 2 GG gerechtfertigt werden kann.

Anerkennung dieser Quote schließen.¹⁹⁶ Denn diese Entscheidung betraf mit dem Betriebsrat ein Gremium, dessen spezifische Funktion die Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer des Unternehmens, also von Partikularinteressen ist. Dagegen muss die Tätigkeit des Aufsichtsrats die Belange des gesamten Unternehmens wahren und fördern. Die beiden Gremien unterscheiden sich also erheblich in ihren Funktionen. Darüber hinaus hat das Gericht die starre Frauenquote nicht zuletzt deshalb anerkannt, weil es sich im konkreten Fall um eine „Soll-Regelung“ handelte, die ausreichende Flexibilität eröffnete. Das ist bei einer starren Frauenquote durch Gesetz gerade nicht der Fall.

Es ist daher festzuhalten, dass aus dieser singulären Entscheidung nicht auf die prinzipielle Anerkennung solcher Quoten durch das Bundesarbeitsgericht geschlossen werden kann. Vielmehr scheint es bei einer Gesamtwürdigung seiner Judikatur geboten, die Angemessenheit insbesondere von der Berücksichtigung zusätzlicher geschlechtsunabhängiger sachadäquater Kriterien, z. B. Qualifikation und Erfahrung, sowie vom Vorliegen einer angemessenen Härtefallklausel abhängig zu machen.

Dagegen ist die gelegentlich geäußerte Auffassung, die sich generell gegen eine Relevanz der Argumentation des BAG für die Besetzung von Vorstand und Aufsichtsrat eines Wirtschaftsunternehmens wendet,¹⁹⁷ abzulehnen. Das Argument, die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung betreffe die Besetzung von einzelnen Arbeitsplätzen und nicht von Gremien, verkennt, dass sich auch bei der Vergabe eines Aufsichtsratsmandats mehrere Bewerber gegenüberstehen können. Die Qualifikation spielt nicht nur für die Besetzung des konkreten Arbeitsplatzes, sondern auch für die Besetzung der Führungsgremien eines Wirtschaftsunternehmens eine herausragende Rolle. Das gilt für den Vorstand und zunehmend auch für den Aufsichtsrat. Daher ist zumindest eine indizielle Bedeutung der Judikatur des BAG für die Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit einer gesetzlichen Frauenquote zu bejahen.

Außerdem ist daran zu erinnern, dass es nicht um Gremien im politisch-staatlichen Bereich geht, für deren Besetzung andere Grundsätze gelten. Vielmehr ist der Aufsichtsrat ein Gremium im wirtschaftlich-gesellschaftlichen Bereich, der durch grundrechtliche Gewährleistungen der Freiheit und Gleichheit geschützt ist. Diese entfalten zwar keine unmittelbare Bindungswirkung für die privaten Anteilseigner bei ihrer Auswahlentscheidung, wohl aber für den Gesetzgeber, wenn er – wie im Falle einer gesetzlichen Frauenquote – die Auswahlkriterien festlegt.

¹⁹⁶ So auch *Henssler/Seidensticker*, KSzW 2012, 10, 14 f.

¹⁹⁷ So begründet etwa *Wieland*, NJW 2010, 2408, 2409 f., seinen Vorschlag einer starren, unbedingten Quote mit einer Unterscheidung zwischen Arbeitsplatz und dem Wahlamt des Aufsichtsrats.

3. Ergebnis zu II.

Angesichts der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu vergleichbaren Fällen ist die Angemessenheit einer starren Frauenquote, die keine qualifikationsbezogenen Kriterien anerkennt und auch keine Härtefallklausel vorsieht, abzulehnen.

Um einen Verstoß gegen das Verbot geschlechtsbedingter Ungleichbehandlung (Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG) zu vermeiden, ist daher eine differenzierte gesetzliche Regelung mit sachgerechter Härtefallklausel notwendig. Differenzierungsmerkmale sind insbesondere die erfassten Führungsgremien, die betroffenen Unternehmen, die Zulassung geschlechtsunabhängiger Kriterien wie insbesondere die Qualifikation der Bewerber, die Höhe der Quote sowie das Ausmaß und die Auswirkungen der Beschränkung des Auswahlrechts bei der Besetzung der Gremien.

Die konkreten Anforderungen an die Ausgestaltung einer gesetzlichen Frauenquote für Führungsgremien von Wirtschaftsunternehmen ergeben sich vor allem aus den betroffenen Grundrechten, etwa aus Art. 12 Abs. 1, Art. 14, Art. 9 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG. Die Gewährleistungen dieser Grundrechte schränken die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ein.¹⁹⁸ Das gilt insbesondere für das Eigentumsrecht der Anteilseigner eines Unternehmens aus Art. 14 Abs. 1 GG. Dieses Grundrecht schützt zwar gem. Art. 19 Abs. 3 GG auch das private Wirtschaftsunternehmen selbst, etwa die Funktionsfähigkeit ihrer Organe. Eine gesetzliche Frauenquote beeinträchtigt aber vor allem das durch Art. 14 Abs. 1 GG gewährleistete Recht der Anteilseigner, die innere Organisation des Unternehmens selbst zu regeln. Dieses Grundrecht steht daher im Mittelpunkt der weiteren Ausführungen.

III. VEREINBARKEIT EINER GESETZLICHEN FRAUENQUOTE MIT DEM EIGENTUMSRECHT DER ANTEILSEIGNER NACH ART. 14 GG

1. Schutz der Anteile an einem Unternehmen durch Art. 14 GG

Nach der Entscheidung des BVerfG zur Arbeitnehmermitbestimmung in Unternehmen, deren Grundaussagen auch für die verfassungsrechtliche Beurteilung einer gesetzlichen Frauenquote bedeutsam sind, spielt insbesondere das Eigentumsrecht der Anteilseigentümer der betroffenen Unternehmen nach Art. 14 GG eine wichtige Rolle. Der Schutz durch Art. 14 GG umfasst auch die Anteile an einem Unternehmen. Zu seinen Verbürgungen gehören insbesondere die Privatnützigkeit des Vermögenswertes und die Verfügungsbefugnis des Eigentümers. Inhalt und Grenzen des Anteilseigentums werden durch das Gesellschaftsrecht bestimmt.¹⁹⁹

In Bezug auf das gesellschaftsrechtlich vermittelte Anteilseigentum muss nach der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur zwischen dem *mitgliedschaftlichen* und dem

¹⁹⁸ Zur Vielschichtigkeit des verfassungsrechtlichen Schutzes unternehmerischen Handelns s. *Badura/Rittner/Rüthers*, Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz, S. 190 ff.

¹⁹⁹ BVerfGE 25, 371, 407 = NJW 1968, 1203; BVerfGE 50, 290, 339 = NJW 1979, 699 – „Mitbestimmung“; BVerfGE 100, 289, 301 = NJW 1999, 3769; Münch/Kunig/Bryde, Art. 14 GG Rn. 22; Sachs/Wendt, Art. 14 GG Rn. 24.

vermögensrechtlichen Element unterschieden werden, da Beeinträchtigungen dieser Gewährleistungen des Art. 14 GG unterschiedlichen Anforderungen unterliegen.²⁰⁰ Das Mitgliedschaftsrecht kann der Anteilseigentümer im Gegensatz zum Sacheigentümer grundsätzlich nicht selbst, sondern nur mittelbar über die Organe des Unternehmens wahrnehmen. Dagegen betrifft das Vermögensrecht den Vermögenswert der Anteile. Über sie kann der Anteilseigentümer grundsätzlich unmittelbar privatnützig verfügen.²⁰¹

2. Eingriff in das Eigentum durch eine gesetzliche Frauenquote

Eine gesetzliche Frauenquote (fix oder flexibel) beeinträchtigt die mitgliedschaftsrechtliche Eigentumsgewährleistung des Anteilseigentümers, weil sie sein Auswahlrecht bei der Besetzung der Führungsgremien des Unternehmens und somit die durch Art. 14 Abs. 1 gewährleistete Entscheidungsfreiheit über dessen innere Organisation beschränkt. Dagegen entfaltet eine Quotenregelung grundsätzlich keine unmittelbaren nachteiligen Auswirkungen auf den Wert des Anteilseigentums.²⁰²

3. Rechtfertigung des Eingriffs

Die Beeinträchtigung der mitgliedschaftsrechtlichen Befugnisse des Anteilseigentümers durch eine gesetzliche Frauenquote ist verfassungsrechtlich als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums im Sinne von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG einzuordnen. Für ihre Zulässigkeit verlangt das BVerfG, dass die Regelung dem Wohl der Allgemeinheit dient und verhältnismäßig ist.²⁰³

a) Verfassungslegitimer Gemeinwohlbelang

Gesetzliche Frauenquoten sollen den Anteil von Frauen in Führungsgremien von Wirtschaftsunternehmen erhöhen. Dieses Anliegen wird mit gesellschaftspolitischen und wirtschaftlichen Erwägungen begründet.

aa) Ökonomische Gründe

Der wirtschaftliche Begründungsansatz beruht auf der These, dass divers zusammengesetzte Gremien effizienter arbeiten. Eine stärkere Einbeziehung von Frauen in die Führungsgremien von Wirtschaftsunternehmen soll daher den wirtschaftlichen Erfolg der Unternehmen steigern. Stimmt man dieser Annahme zu, stellt dieser Zusammenhang einen mit der Entscheidungs rationalität des

²⁰⁰ BVerfGE 14, 263, 276; 50, 290, 341 f.

²⁰¹ BVerfGE 50, 290, 345.

²⁰² Vgl. die insoweit gleich gelagerte Konstellation in der Mitbestimmungsentscheidung, BVerfGE 50, 290, 347 f.

²⁰³ Vgl. BVerfGE 104, 1, 10 ff.; Münch/Kunig/Bryde, Art. 14 GG Rn. 56, 68 und 65 („Unternehmensverfassung“); Papier/Heidebach, ZGR 2011, 305, 323.

Unternehmens und seiner Eigentümer konformen gewichtigen Belang dar.²⁰⁴ Denn eine Frauenquote würde dann letztlich auch dem Unternehmen und seinen Eigentümern zugute kommen.²⁰⁵

Die Schwäche dieses Ansatzes liegt darin, dass die Korrelation zwischen dem Anteil von Frauen in unternehmensleitenden Gremien und dem Erfolg des Unternehmens bisher nicht abschließend empirisch bewiesen werden konnte und jedenfalls nicht quantifizierbar ist.²⁰⁶ Der Erfolg eines Wirtschaftsunternehmens hängt von vielen externen und internen Faktoren ab, deren Einfluss schwer messbar ist. Ein strenger Kausalitätsbeweis zwischen Frauenquote und Unternehmenserfolg ist daher kaum zu erbringen. Ganz überwiegend anerkannt ist aber, dass eine Teilnahme von Frauen in Gremien deren Effizienz tendenziell steigern und damit den Erfolg des Unternehmens fördern kann.²⁰⁷

Ob diese Korrelation (allein) zur Rechtfertigung einer gesetzlichen Frauenquote ausreicht, scheint indes fraglich. Hinzu kommt ein weiterer Aspekt: Besteht der präsumtive Zusammenhang zwischen dem Frauenanteil in unternehmensleitenden Gremien und dem Unternehmenserfolg, liegt es im eigenen Interesse des Unternehmens und seiner Eigentümer, dafür zu sorgen, dass mehr Frauen in Führungsgremien kommen. Eine gesetzliche Frauenquote ist in diesem Fall nicht erforderlich. Vielmehr sollte der Gesetzgeber dann auf das Eigeninteresse des Unternehmens vertrauen. Die jüngste tatsächliche Entwicklung zeigt, dass immer mehr Unternehmen dies erkennen und entsprechend handeln, wengleich dieser Prozess verbreitet als unzureichend angesehen wird.

Vor diesem Hintergrund bedarf die Frage, ob ein hinreichend gewichtiger sachlicher Grund für die gesetzliche Regelung einer Frauenquote besteht, einer eingehenderen Untersuchung. Dabei kann der präsumtive „Beschleunigungseffekt“ einer gesetzlichen Quote für die Verwirklichung eines höheren Frauenanteils in Führungsgremien von Wirtschaftsunternehmen außer Betracht bleiben. Denn die gesetzliche Einführung einer solchen Quote erfordert eine großzügig bemessene Übergangsfrist, die auch in allen vorliegenden Gesetzesvorschlägen enthalten ist. Der tatsächliche Beschleunigungseffekt ist somit gering, rechtfertigt mithin nicht die gesetzliche Einführung einer Frauenquote.

In der Rationalität des ökonomischen Begründungsansatzes kann eine gesetzliche Zwangsquote nur auf zwei Gründe gestützt werden: Zum einen, wenn man unterstellt, dass die Verantwortlichen in den Unternehmen aus sachwidrigen Gründen einen höheren Frauenanteil verhindern.²⁰⁸ Das wird man wohl nur in einzelnen Fällen annehmen können, sofern man nicht die Annahme einer „Gläsernen Decke“ teilt. Ein genereller gesetzlicher Zwang durch Einführung einer Quote geht jedenfalls für die Bekämpfung solcher Einzelfälle zu weit, zumal die öffentliche Meinung in solchen Situationen

²⁰⁴ So etwa *Seibert*, *Der Betrieb* 2009, 1167, 1170; *Rieder/Holzmann*, *AG* 2010, 570, 572 f. und 579; *Mayer*, *AnwBl* 2011, 919.

²⁰⁵ *Langenbucher*, *JZ* 2011, 1038, hält daher die Legitimation einer Quotenregelung im Sinne einer Corporate-Governance-Maßnahme für „systemgerechter“ als eine gesellschaftspolitische Begründung.

²⁰⁶ Vgl. *Bachmann*, *AG* 2011, 181, 189; *Velte*, *Der Konzern*, 2012, 1, 3 ff.

²⁰⁷ In diesem Sinne etwa *Langenbucher*, *ZGR* 2012, 314, 315 ff., die „nachbarwissenschaftliche Erkenntnisse“ in Bezug auf die Aufsichtsratsbesetzung darstellt.

²⁰⁸ So wohl *Ossenbühl*, *NJW* 2012, 417, 418.

erheblichen Druck entfalten wird. Zum anderen kann eine Quotenregelung dadurch legitimiert werden, dass man den Frauenanteil, den Unternehmen als erfolgsfördernd erachten, für zu niedrig ansieht. Um diese Argumentation abzusichern, müsste aber über die Anerkennung einer allgemeinen Korrelation hinaus belastbar dargelegt werden, wie hoch der Anteil von Frauen in unternehmensleitenden Gremien sein muss, um einen optimalen positiven Effekt zu haben. Eine allgemein anerkannte Antwort auf diese Frage ist bis jetzt noch nicht einmal ansatzweise gelungen.

bb) Gesellschaftspolitische Gründe

Gesetzliche Frauenquoten werden daher vor allem mit gesellschaftspolitischen Erwägungen begründet. Dieser Legitimationsansatz geht von der bestehenden Unterrepräsentation von Frauen in Führungsgremien von Wirtschaftsunternehmen aus und will eine tatsächliche Gleichbehandlung in diesem Bereich herbeiführen. Das ist ein legitimer Gemeinwohlbelang, der durch Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG verfassungsrechtlich abgesichert ist. Allerdings dient er im Unterschied zur Unternehmensmitbestimmung nicht oder zumindest nicht primär unternehmerischen Interessen, sondern verfolgt gesellschaftspolitische Ziele. Aus Sicht der betroffenen Unternehmen und ihrer Anteilseigner ist die aus gesellschaftspolitischen Gründen gewünschte Frauenförderung ein von außen vorgegebenes Ziel.²⁰⁹

Die daraus zum Teil abgeleitete Auffassung, es handele sich dabei um einen unzulässigen Fremdkörper,²¹⁰ geht aber zu weit, wenn aus diesem Grund die Anerkennung dieses Ziels als zulässiger Gemeinwohlbelang im Rahmen von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG prinzipiell in Frage gestellt wird. Vielmehr ist dem Umstand, dass dieser Rechtfertigungsgrund für den Eigentumseingriff anders als bei der Unternehmensmitbestimmung nicht primär im Interesse des Unternehmens, sondern im Interesse der Allgemeinheit liegt, bei der Festlegung des Kreises der Unternehmen Rechnung zu tragen, für die eine gesetzliche Frauenquote gelten soll.²¹¹

Danach kann eine gesetzliche Frauenquote nur für Unternehmen eingeführt werden, die eine erhöhte gesellschaftspolitische Verantwortung haben und deshalb zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsauftrags des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG herangezogen werden können. Diese besondere gesellschaftspolitische Verantwortung der Unternehmen bedarf einer sorgfältigen, differenzierten Begründung. Die vorliegenden Gesetzesentwürfe lassen diese Begründung entweder ganz vermissen oder beschränken sich auf pauschale Hinweise und empirisch nicht belegte Vermutungen.

Sieht man von diesem Begründungsdefizit ab, hält sich die Annahme des Gesetzgebers, wonach börsennotierte Unternehmen eine besondere gesellschaftspolitische Verantwortung zur Mitwirkung an der tatsächlichen Gleichbehandlung von Frauen tragen, jedenfalls im Rahmen des Einschätzungsspielraums, der ihm bei der Beurteilung dieser Frage einzuräumen ist. Allerdings kann

²⁰⁹ *Ossenbühl*, NJW 2012, 417, 418 f.

²¹⁰ *So Habersack*, NJW 2012, 94, 95.

²¹¹ Vgl. hierzu *Langenbacher*, JZ 2011, 1038, 1039 ff.

diese besondere Verantwortung nicht aus der Existenz einer staatlichen Regulierung abgeleitet werden, der diese Unternehmen aufgrund ihrer Börsennotierung unterliegen. Denn ihr liegen mit dem Schutz der Anleger und der Stabilität der Finanzmärkte Erwägungen zugrunde, die keine weitergehende Regulierung der inneren Organisation rechtfertigen. Ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen diesen Gemeinwohlbelangen und der stärkeren Besetzung des Aufsichtsrats börsennotierter Unternehmen mit Frauen ist nicht zu erkennen.²¹²

Dagegen scheint die Annahme des Gesetzgebers, dass börsennotierte Unternehmen regelmäßig eine große Zahl von Beschäftigten aufweisen und deshalb bei der Förderung des Zugangs von Frauen zu Führungsgremien in Wirtschaftsunternehmen schon aus tatsächlichen Gründen eine besondere Verantwortung tragen und eine Vorbildfunktion innehaben, zumindest vertretbar.²¹³ Das ist angesichts des insoweit bestehenden Einschätzungsspielraums des Gesetzgebers ausreichend. Will man nicht so weit gehen, bleibt letztlich nur die Konsequenz, dass eine solche Frauenförderung durch gesetzliche Quotenregelungen verfassungsrechtlich generell nicht möglich ist, da sie nicht einmal bei börsennotierten Unternehmen gerechtfertigt werden kann. Statt dieses generellen Verdikts verdient eine differenzierte Lösung den Vorzug. Danach kann für börsennotierte Unternehmen in den Grenzen der Verhältnismäßigkeit (dazu unten) eine Quote eingeführt werden.

Dagegen tragen kleine und mittelgroße Unternehmen (KMU bzw. SME) von vornherein keine besondere gesellschaftspolitische Verantwortung für die Gleichbehandlung von Frauen. Eine gesetzliche Frauenquote würde hier gegen Art. 14 GG verstoßen.²¹⁴ Sie ist daher in den Gesetzesentwürfen auch nicht vorgesehen.

Besondere Probleme wirft die Frage auf, ob Unternehmen, die der Arbeitnehmermitbestimmung unterfallen, eine erhöhte gesellschaftspolitische Verantwortung zur Mitwirkung bei der tatsächlichen Gleichbehandlung von Frauen trifft und ob sie deshalb zulässiger Adressat einer gesetzlichen Frauenquote sind. Dafür kann die erhöhte Zahl ihrer Beschäftigten angeführt werden, die der Grund für die Arbeitnehmermitbestimmung ist. Dagegen spricht, dass die Schwelle mit in der Regel mehr als 2000 Arbeitnehmern (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 Mitbestimmungsgesetz) auf einem so niedrigen Niveau angesiedelt ist, dass eine große Zahl von Unternehmen einer gesetzlichen Frauenquote unterstellt würden, auch wenn sie häufig ganz unterschiedliche Strukturen besitzen.

Sofern man nicht schon aus diesem Grund eine Heranziehung von mitbestimmten Unternehmen von vornherein ablehnt, muss die gesetzliche Regelung einer Frauenquote jedenfalls den unternehmensspezifischen Besonderheiten angemessen Rechnung tragen, was im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit gerichtlich überprüft werden kann. Das stellt den Gesetzgeber vor große Herausforderungen. Ob eine konsistente Regelung dieser komplexen Problematik möglich ist,

²¹² S. die Begründung oben F. II. 3. b), die entsprechend herangezogen werden kann.

²¹³ So auch *Henssler/Seidesticker*, *KSzW* 2012, 10, 17.

²¹⁴ So auch *Papier/Heidebach*, *ZGR* 2011, 305, 326.

scheint fraglich. Angesichts dieser verfassungsrechtlichen Unwägbarkeit ist der Ansatz, die Quote von vornherein auf börsennotierte Unternehmen zu beschränken, jedenfalls der sicherere Weg.

b) Beachtung der Verhältnismäßigkeit

Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in das Anteilseigentum durch eine gesetzliche Frauenquote steht das Kriterium der Angemessenheit im Mittelpunkt, das ein Bestandteil des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ist.

aa) Privatnützigkeit versus Sozialbindung des Eigentums

Bezugspunkte der Abwägung, die bei der Prüfung der Angemessenheit vorzunehmen ist, sind einerseits die Privatnützigkeit des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG), andererseits seine Sozialbindung (Art. 14 Abs. 2 GG). Je stärker die Sozialbindung ausgeprägt ist, desto weiter kann eine Frauenquote ausgreifen. Umgekehrt sind ihr desto engere Grenzen gezogen, je stärker Elemente der Privatnützigkeit berührt werden.

Die Mitgliedschaftsrechte der Anteilseigentümer unterliegen grundsätzlich einer stärkeren Sozialbindung als deren Vermögensrechte. Das gilt nach Ansicht des BVerfG insbesondere dann, wenn die Anteile so klein sind, dass ihre Eigentümer keinen oder nur einen sehr geringen Einfluss auf die Unternehmensführung haben.²¹⁵ Die Anteile sind dann letztlich eine Kapitalanlage, deren Vermögenswert durch eine gesetzliche Frauenquote nicht beeinträchtigt wird.²¹⁶ Umgekehrt verdienen die Mitgliedschaftsrechte aus dem Anteilseigentum umso stärkeren Schutz, je größer der Anteil ist. In diesen Fällen ist das Anteilseigentum nicht lediglich eine Kapitalanlage, sondern die Grundlage für die Steuerung des Unternehmens. Sie hat als Freiheitsentfaltung im vermögensrechtlichen Bereich eine starke privatnützige Prägung, während die Sozialbindung eher zurücktreten muss.

bb) Notwendige Differenzierungen nach Unternehmensform und Führungsgremium

Wegen des aufgezeigten Zusammenhangs ist eine gesetzliche Frauenquote für Personengesellschaften unangemessen und verstößt gegen Art. 14 GG. Sie ist daher in den Gesetzesvorschlägen auch nicht vorgesehen.

Bei Kapitalgesellschaften ist zwischen Vorstand und Aufsichtsrat zu unterscheiden. Bei der Besetzung des *Vorstandes* muss nach den Regelungen des Gesellschaftsrechts die Qualifikation eindeutig im Vordergrund stehen.²¹⁷ Dies verlangt auch das durch Art. 14 GG geschützte Interesse der Anteilseigentümer an einer guten Unternehmensführung. Eine gesetzliche Regelung, die dazu zwingt, weibliche Bewerber in den Vorstand aufzunehmen, obwohl sie geringer qualifiziert sind als ihre männlichen Mitbewerber, verstößt gegen das Gebot der Angemessenheit. Qualifikationsunabhängige starre Frauenquoten für dieses Gremium sind mit Art. 14 GG nicht vereinbar. Das Interesse an

²¹⁵ BVerfGE 14, 263, 283 = NJW 1962, 1667; BVerfGE 50, 290, 347 f. – „Mitbestimmung“; BVerfGK 11, 253 = NJW 2007, 3268, 3270 – „Squeeze-out“.

²¹⁶ BGHZ 153, 47, 54.

²¹⁷ Vgl. Bachmann, ZIP 2011, 1131, 1138 f.; Langenbacher, JZ 2011, 1038, 1043.

einer tatsächlichen Gleichbehandlung von Frauen kann insoweit nur als zusätzlicher Aspekt bei gleicher Eignung Berücksichtigung finden.

Bei der Besetzung des *Aufsichtsrats* von Kapitalgesellschaften ist umstritten, ob diese Grundsätze ebenfalls gelten. Für eine Abschwächung wird insbesondere angeführt, dass der Aufsichtsrat keine exekutiven Aufgaben wahrnehme, sondern sich auf die Kontrolle der Geschäftsführung beschränke.²¹⁸

Dem ist entgegenzuhalten, dass diese Kontrolle insbesondere im Interesse der Anteilseigner eine wesentliche Bedeutung hat und deshalb die Anforderungen an die notwendige Qualifizierung für ein Aufsichtsratsmandat in den letzten Jahren erheblich verschärft worden sind.²¹⁹ Angesichts dieser „Professionalisierung“ der Aufsichtsräte müssen für ihre Besetzung prinzipiell die gleichen Grundsätze hinsichtlich der notwendigen Qualifizierung der Bewerber gelten. Erforderlich ist also eine qualifikationsabhängige Ausgestaltung der Quotenregelung, die auf die Eignung, Fähigkeit und fachliche Leistung bzw. Erfahrung der Bewerber abstellt und hierfür transparente, eindeutige und objektive Beurteilungskriterien vorab festlegt.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Anteilseigner ein gesellschaftsrechtlich vermitteltes Auswahlrecht bei der Besetzung des Aufsichtsrats haben, das als mitgliedschaftsrechtliche Befugnis durch Art. 14 GG geschützt ist.²²⁰ Eine gesetzliche Frauenquote greift in diese Befugnis ein. Die Angemessenheit des Eingriffs hängt wesentlich davon ab, in welchem Ausmaß die Gewährleistung der Privatnützigkeit betroffen ist. Hierfür ist wiederum die Größe der Anteile relevant. Diese korreliert typischerweise mit der Zahl der Gesellschafter. Bei einer kleinen Zahl von Gesellschaftern gewinnt das Element der Privatnützigkeit erhebliches Gewicht. Eine Frauenquote für den Aufsichtsrat kann in diesen Fällen zu einer unangemessenen Beeinträchtigung der mitgliedschaftsrechtlichen Befugnisse der Anteilseigner führen. Das ist in börsennotierten und/oder mitbestimmten Kapitalgesellschaften jedenfalls anzunehmen, wenn das Letztentscheidungsrecht der Anteilseigner im Aufsichtsrat durch den Zwang zur Aufnahme von weiblichen Bewerbern gefährdet ist. Der Gesetzgeber muss dieser Situation durch eine Härtefallklausel vorbeugen.

cc) Besondere Situation bei Familienunternehmen

Kapitalgesellschaften sind in Deutschland häufig zugleich Familienunternehmen. Nach einer Untersuchung der TU München gibt es in Deutschland derzeit rund 980 börsennotierte Unternehmen. Hiervon sind wiederum etwa 400 börsennotierte Familienunternehmen, die nach den vorliegenden Gesetzesvorschlägen einer Frauenquote unterliegen würden.

²¹⁸ Begründungserwägung 20, KOM (2012) 614 final.

²¹⁹ Nr. 5.4.1 und 5.4.2 des DCGK in der Fassung vom 15.05.2012.

²²⁰ Zu Auswahlpflichten bei der Bestellung des Aufsichtsrats vgl. *Lutter*, ZIP 2003, 417 ff.; s. auch *Langenbacher*, ZGR 2012, 314, 325 f., zu den rechtlichen Anforderungen der „hinreichenden Sachkunde“ der Aufsichtsratsmitglieder.

(1) Begriff des Familienunternehmens

Eine allgemein gültige Definition des Begriffs „Familienunternehmen“ ist bisher nicht gelungen. Als Mindestkonsens kann aber festgestellt werden, dass diese Unternehmen dadurch gekennzeichnet sind, dass eine Familie oder mehrere Familien entscheidenden Einfluss auf die Unternehmensführung haben. Damit einher geht typischerweise eine Beschränkung des Kreises der Anteilseigner auf Familienangehörige, die häufig durch Vinkulierungsbestimmungen in der Gesellschaftssatzung abgesichert wird.

(2) Grundrechtliche Gewährleistungen

Das Familienunternehmen genießt gem. Art. 14 Abs. 1 i. V. m. Art. 19 Abs. 3 grundrechtlichen Eigentumsschutz. Gleiches gilt für die Anteilseigner, also die Familiengesellschafter. Bei größeren Familienunternehmen wird die persönliche Bindung zwischen den Familiengesellschaftern nicht selten durch eine Poolvereinbarung sichergestellt, in der diese sich zur einheitlichen Ausübung ihres Stimmrechts verpflichten. Diese Bindung genießt den Schutz der Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG, der den eigentumsrechtlichen Schutz ergänzt.²²¹ Darüber hinaus genießt die persönliche unternehmerische Tätigkeit der Anteilseigner des Familienunternehmens, sofern sie über die bloße Vermögensverwaltung hinausgeht, auch den Schutz der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG.²²²

(3) Bedeutung der Privatnützigkeit

Bei Familienunternehmen spielt somit – unabhängig von der Größe des Unternehmens – die mitgliedschaftsrechtliche Gewährleistung des Art. 14 GG, also das Unternehmer-Eigentum, eine wichtige Rolle.²²³ Daher ist das verfassungsrechtliche Element der Privatnützigkeit stark ausgeprägt. Das Unternehmen ist für die Gesellschafter nicht nur ein Vermögenswert, sondern sie sind mit ihm persönlich, familiär, wirtschaftlich und emotional verbunden. Letzteres zeigt etwa der Umstand, dass die Familiengesellschafter sich regelmäßig mit ihrem Unternehmen und seinen Werten identifizieren. Das Familienunternehmen ist zudem ein wichtiges Bindeglied zur Sicherung des familiären Zusammenhalts. Die Anteilseigner eines Familienunternehmens haben somit großes Interesse daran, auf die Unternehmensführung und -strategie Einfluss zu nehmen. Dieses Interesse wird durch die Garantie der Privatnützigkeit in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG besonders geschützt. Das zieht dem Gesetzgeber bei der Festlegung einer Frauenquote enge Grenzen.

²²¹ Nach BVerfGE 50, 290, 358 kann zudem in Bezug auf die Gesellschaft selbst bei „mit (...) der Gesellschaft eng verbundenen Aktionären“ und der „Familien-GmbH“ eine „größere Nähe zum Kern der Vereinigungsfreiheit“ bestehen. Weiterführend s.a. *Badura/Rittner/Rüthers*, Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz, S. 215 ff., *Bachmann*, ZIP 2011, 1131, 1134; *Papier/Heidebach*, ZGR 2011, 305, 327 f.

²²² S. auch BVerfGE 50, 290, 363 f., wonach – bei hinreichendem personalen Bezug – Besetzungsregeln für den Aufsichtsrat als Berufsausübungsregelungen für die Person des Unternehmensträgers anzusehen sind; weiterführend *François-Poncet/Deilmann*, NZG 2011, 450, 454; *Spindler/Brandt*, NZG 2011, 401, 404 f.; *Papier/Heidebach*, ZGR 2011, 305, 328 f.

²²³ Nach einem obiter dictum in BVerfG (K), NJW 2007, 3268, 3270 ist auch bei kleinen Anteilen und Minderheitsanteilen möglich, dass ein (Minderheits-)Aktionär über seine Vermögensinteressen hinaus ein mitgliedschaftliches, das heißt „ein weitergehendes, anerkanntes Interesse an der Beteiligung an einem Unternehmen hat, wie es etwa bei Aktionären aus dem Familienkreis bei Familienunternehmen denkbar ist“; ebenso OLG Hamburg, NZG 2003, 978, 979.

(4) Generelle Freistellung der Familienunternehmen von einer gesetzlichen Frauenquote?

Eine Frauenquote für den Vorstand von Familienunternehmen begegnet zunächst den oben genannten allgemeinen Bedenken und ist deshalb abzulehnen.²²⁴ Im Hinblick auf den Aufsichtsrat stellt sich bei Familienunternehmen wegen der besonders ausgeprägten Privatnützigkeit des Anteilseigentums der Familiengesellschafter die Frage, ob sie generell von einer gesetzlichen Frauenquote freizustellen sind. Eine solche allgemeine Freistellung dieser Unternehmen ist zwar verfassungsrechtlich zulässig, aber nicht zwingend geboten. Anders gewendet ist eine gesetzliche qualifikationsabhängige Frauenquote für den Aufsichtsrat von börsennotierten Familienunternehmen und – mit erheblichen Zweifeln – von mitbestimmten Familienunternehmen nicht von vornherein verfassungsrechtlich unzulässig. Zwar ist die besondere Nähe zwischen den durch das Eigentum an Anteilen des Familienunternehmens gewährleisteten Mitgliedschaftsrechten und der Garantie der Privatnützigkeit des Art. 14 GG anzuerkennen. Der Gesetzgeber ist aber von Verfassung wegen nicht verpflichtet, den Aufsichtsrat von Familienunternehmen generell von einer Frauenquote freizustellen. Denn unter der Kategorie „Familienunternehmen“ werden so viele unterschiedliche Unternehmensformen zusammengefasst, dass eine generelle Freistellung in Bezug auf den Aufsichtsrat dieser Unternehmen auch bei Begrenzung der Quote auf börsennotierte Familienunternehmen sachlich nicht in allen Fällen gerechtfertigt ist und zudem Anreiz für missbräuchliche Gestaltungen geben könnte.

(5) Notwendigkeit einer Ausnahme- und Härtefallklausel für Familienunternehmen

Der Gesetzgeber kann daher für den Aufsichtsrat von Familienunternehmen, die als Kapitalgesellschaft organisiert und börsennotiert sind, grundsätzlich eine gesetzliche Frauenquote festlegen.²²⁵ Allerdings kann die insoweit bestehende erhöhte Sozialbindung einen Eingriff in den Kernbereich der Privatnützigkeit nicht rechtfertigen. Dazu kommt es, wenn die für den Aufsichtsrat vorgeschriebene Frauenquote dazu führt, dass die Familiengesellschafter ihren bestimmenden Einfluss auf die Unternehmensführung verlieren oder darin erheblich beeinträchtigt werden.

(aa) Unterscheidung zwischen Ausnahme- und Härtefallklausel

Die Einführung einer gesetzlichen Frauenquote für den Aufsichtsrat von börsennotierten (und/oder mitbestimmten) Familienunternehmen muss daher mit einer Ausnahme- und Härtefallklausel verknüpft werden. Diese Klauseln unterscheiden sich darin, dass die Ausnahmeklausel in bestimmten Situationen typischerweise eine unzulässige Härte gegeben sieht und deshalb eine Freistellung von der Frauenquote anordnet. Dagegen stellt die Härtefallklausel auf die besonderen Umstände des Einzelfalls ab, in denen ausnahmsweise eine besondere Härte im Hinblick auf die Garantie der Privatnützigkeit durch Art. 14 Abs. 1 GG auftritt. Sie erfasst also gerade die untypischen Fälle, die der Gesetzgeber nicht voraussehen kann. Die Rechtfertigungsgründe sind aber für die Klauseln identisch.

²²⁴ S. o. G. III. 3. b) bb).

(bb) Gründe für eine allgemeine Ausnahme- und Härtefallklausel

Eine allgemeine Ausnahme- und Härtefallklausel für alle der Frauenquote unterliegenden Unternehmen ist geboten, wenn für das Aufsichtsratsmandat keine geeigneten weiblichen Bewerber zur Verfügung stehen. In diesem Fall ist die Freistellung von der Frauenquote schon aus tatsächlichen Gründen zwingend geboten. Es gilt der Grundsatz „*ultra posse nemo obligatur*“ – „zu etwas objektiv unmöglichem kann niemand verpflichtet werden“. Bezugspunkt hierfür ist die tatsächliche Verfügbarkeit *geeigneter* Kandidatinnen. Dagegen kommt es nicht darauf an, ob *nur ungeeignete* Kandidatinnen zur Besetzung des Aufsichtsrats zur Auswahl standen, was der Gesetzesvorschlag des Bundesrats vorsieht.²²⁶ Zwischen der positiven Forderung der Eignung und der Ausgrenzung ungeeigneter Personen besteht ein wesentlicher Unterschied, zumal wenn man letztgenanntes Kriterium eng auslegt, wie der Entwurf dies fordert.²²⁷ Fehlende Ungeeignetheit bedeutet nicht zwangsläufig bestehende Eignung. Allein darauf kann es aber nach dem Schutzzweck dieser Klausel ankommen.

Darüber hinaus kann eine Frauenquote nur und erst zum Tragen kommen, wenn die weibliche Kandidatin um das Aufsichtsratsmandat die gleiche Qualifikation wie der männliche Kandidat besitzt. Das ist im Wege einer vergleichenden Analyse anhand der Kriterien der Eignung, Fähigkeit und fachlichen Leistung bzw. spezifischen Erfahrungen objektiv zu ermitteln. Art. 33 Abs. 2 GG schreibt die Beachtung dieser Kriterien zwar nur für den Zugang zu öffentlichen Ämtern zwingend vor. Diese Anforderungen gelten gem. Art. 12 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG aber auch für die gesetzliche Regelung der Besetzung des Aufsichtsrats im Rahmen einer Regelung der Frauenquote. Dagegen entfalten diese grundrechtlichen Gewährleistungen für die Auswahlentscheidung durch die privaten Anteilseigner nur mittelbare Bindungswirkung, die typischerweise durch die einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften vermittelt wird.

(cc) Gründe für eine besondere Ausnahme- und Härtefallklausel für Familienunternehmen

Bei Familienunternehmen muss die Ausnahme- und Härtefallklausel zudem verhindern, dass die Familiengeschafter das Letztentscheidungsrecht im Aufsichtsrat verlieren. Das gilt vor allem dann, wenn der Vorstand durch Externe geführt wird und das Unternehmen der Arbeitnehmermitbestimmung unterliegt. Die Quotenregelung für den Aufsichtsrat kann in diesem Fall zur Folge haben, dass ein Sitz oder mehrere Sitze auf der Anteilseignerseite mit externen, d. h. familienfremden weiblichen Kandidatinnen besetzt werden müssen, weil keine bzw. jedenfalls keine ausreichend qualifizierten weiblichen Kandidaten aus dem Kreis der Familiengeschafterkreis zur

²²⁵ Zur Frage der Einbeziehung von mitbestimmten Familienunternehmen o. G. III. 3. b) cc) (5) (bb).

²²⁶ Nach § 96 Abs. 4 S. 2 AktG-E in der Fassung des Entwurfs eines Gesetzes zur Förderung gleichberechtigter Teilhabe von Frauen und Männern in Führungsgremien (GlTeilhG) ist ein wichtiger Grund insbesondere anzunehmen, „soweit trotz erheblicher Anstrengungen der Gesellschaft nur ungeeignete Personen des unterrepräsentierten Geschlechts zur Besetzung des Aufsichtsrats zur Verfügung standen.“ (BR-Drs. 330/12, S. 2).

²²⁷ BT-Drs. 17/11270, Begründung unter A. IV. 1.; jeweils gleichlautend in BT-Drs. 17/11139, Begründung unter A. IV. 1. und BR-Drs. 330/12, S. 36.

Verfügung stehen. Die Frauenquote hat dann zur Konsequenz, dass das Familienunternehmen zu einem fremdbestimmten Unternehmen wird. Das wäre eine unangemessene Beschränkung der durch Art. 14 Abs. 1 GG garantierten Privatnützigkeit des Eigentums der Anteilseigner. Außerdem wäre das Unternehmen dann kein Familienunternehmen mehr. Die Frauenquote würde daher auch gegen die durch Art. 9 Abs. 1 GG geschützte Vereinigungsfreiheit der Familiengesellschafter und gegen den Eigentumsschutz verstoßen, der dem Unternehmen selbst gem. Art. 14 Abs. 1 i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG zugute kommt.

(6) Ausgestaltung der Ausnahme- und Härtefallklausel

Angesichts der vielfältigen Situationen, in denen eine gesetzliche Frauenquote bei börsennotierten (mitbestimmten) Familienunternehmen zu einem unangemessenen Eingriff in Art. 14 GG führen kann, stellt die gebotene zielgenaue und konsistente Ausgestaltung der Ausnahme- und Härtefallklausel den Gesetzgeber vor erhebliche Probleme. Einerseits muss er die Klausel so weit fassen, dass sie die notwendige Flexibilität besitzt. Andererseits läuft eine offen formulierte Klausel Gefahr, missbraucht zu werden. Zwischen diesen beiden Eckpunkten kommen vor allem zwei Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht:

(aa) Entscheidungsprimat der Aktionäre mit Sperrquote

Zur Vermeidung einer unverhältnismäßigen Belastung börsennotierter Familienunternehmen durch eine gesetzliche Frauenquote wird eine Freistellung gefordert, wenn die Wahl anderer Aufsichtsratsmitglieder, die den Anforderungen der Quote nicht entsprechen, auf Vorschlag von Aktionären erfolgt, die mehr als 25 Prozent der Stimmrechte an der Gesellschaft halten.²²⁸ Für diesen Vorschlag spricht, dass diese Lösung gesetzessystematisch folgerichtig wäre und sich an der Regelung im sog. VorstAG (Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung) orientiert, die sich in der Praxis bewährt hat. Gegen diese Lösung kann vorgebracht werden, dass eine Minderheit von 25 % der Anteilseigner die (stärkere) weibliche Besetzung des Aufsichtsrats verhindern kann. Das ist Wasser auf die Mühlen der Personen, die den eigentlichen Grund für die geringe Repräsentanz von Frauen in Führungsgremien von Wirtschaftsunternehmen in der sog. „Gläsernen Decke“ sehen. Ob dieser (verfassungs-)rechtlich durchaus plausible Vorschlag daher die notwendige politische und gesellschaftliche Akzeptanz findet, bleibt abzuwarten.

(bb) Generalklausel mit Regelbeispiel

Das Problem der Ausgestaltung der Ausnahme- und Härtefallklausel könnte durch eine Generalklausel mit Regelbeispiel gelöst werden. Der unbestimmte Rechtsbegriff der Generalklausel bietet die notwendige Flexibilität; das Regelbeispiel gewährleistet die notwendige Konkretisierung und Orientierung. Darüber hinaus kann für diesen Lösungsansatz angeführt werden, dass er bewährter deutscher Gesetzestradiation entspricht. Die konkrete Formulierung könnte wie folgt lauten:

„¹Ausnahmen von der verpflichtenden Frauenquote sind zulässig, wenn hierfür ein wichtiger Grund vorliegt. ²Dies ist anzunehmen, wenn geeignete Frauen für die Besetzung des Aufsichtsrats nachweislich nicht zur Verfügung stehen. ³Im Übrigen liegt ein wichtiger Grund in der Regel vor, wenn die Quote für ein Unternehmen, auf dessen Führung eine Familie oder mehrere Familien entscheidenden Einfluss haben (Familienunternehmen), oder für dessen Anteilseigner einen erheblichen Nachteil darstellt. ⁴Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Quote dazu führen kann, dass die Familiengeschafter keinen entscheidenden Einfluss mehr auf die Unternehmensführung ausüben können oder darin behindert werden.“

Erachtet man diese Regelungsstruktur als zu komplex, bietet sich folgende Auffanglösung an: Danach werden börsennotierte (mitbestimmte) Familienunternehmen von vornherein von einer Frauenquote freigestellt. Sie müssen sich aber verpflichten, eine Frauenquote als bindende Selbstverpflichtung für sich zu definieren. Dieser Lösung wird man zumindest den Charme der Schlichtheit, Klarheit und Transparenz nicht absprechen können.

H. Fazit und Ausblick (*WINDTHORST*)

Die Ausführungen haben deutlich gemacht, dass das Unionsrecht und das Verfassungsrecht einer gesetzlichen Frauenquote für Wirtschaftsunternehmen (Fixum oder Flexi-Quote) Grenzen ziehen. Eine gesetzliche Frauenquote für Personengesellschaften sowie für kleine und mittelgroße Unternehmen (Kapitalgesellschaften) ist von vornherein unzulässig. Sie ist daher in den vorliegenden Richtlinien- und Gesetzesentwürfen auch nicht vorgesehen. Bei börsennotierten und insbesondere bei mitbestimmten Kapitalgesellschaften bestehen Zweifel, ob ihre Beschäftigungs- und Vorbildfunktion ausreicht, um ihre besondere gesellschaftspolitische Verantwortung für die Verwirklichung des Verfassungsauftrags aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG zur tatsächlichen Gleichbehandlung von Frauen und Männern zu begründen. Im Übrigen ist nur eine qualifikationsabhängige Frauenquote für den Aufsichtsrat dieser Unternehmen zulässig.

Darüber hinaus ist wegen der unterschiedlichen Auswirkungen auf die verschiedenen Arten von Unternehmen eine differenzierte Regelung mit Härtefall- und Ausnahmeklauseln notwendig. Sie muss insbesondere sicherstellen, dass keine unangemessenen Beeinträchtigungen des Eigentumsrechts der Anteilseigner eintreten. Dabei muss vor allem bei Unternehmen mit wenigen Anteilseignern und bei Familienunternehmen der besonders ausgeprägten Privatnützigkeit des Eigentums der Anteilseigner (Familiengeschafter) Rechnung getragen werden. Eine gesetzliche Frauenquote erfordert somit aus verfassungsrechtlichen Gründen vielfältige Abstufungen und Differenzierungen. Das stellt den Gesetzgeber vor große Herausforderungen, wenn er sich zur Einführung einer Frauenquote

²²⁸ Positionspapier der Stiftung Familienunternehmen zur Einführung einer verbindlichen Frauenquote für Aufsichtsräte börsennotierter Gesellschaften in Deutschland, Mai 2012.

entschließen sollte. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie als fixe Quote ausgestaltet werden soll, was ohnehin nur bei gleicher Qualifikation der Kandidaten möglich ist.

Die EU hat die Kompetenz zur Regelung einer qualifikationsabhängigen Frauenquote für den Aufsichtsrat börsennotierter Unternehmen in Form einer Richtlinie. Diese Zuständigkeit ergibt sich aber nicht aus Art. 157 Abs. 3 oder 4 AEUV, sondern aus Art. 19 Abs. 1 AEUV i. V. m. Art. 23 EU-GrCh. Der Erlass einer solchen Richtlinie erfordert daher einen einstimmigen Beschluss im Rat. Neben der damit aufgeworfenen Frage der praktischen Realisierbarkeit bestehen erhebliche Zweifel an der Einhaltung des Grundsatzes der Subsidiarität bei der Ausübung dieser Kompetenz (Art. 5 Abs. 1 S. 2 und Abs. 4 EUV). Jedenfalls bedarf es auch auf unionsrechtlicher Ebene einer Ausnahme- und Härtefallklausel für Familienunternehmen, um eine unangemessene Beeinträchtigung des Eigentums der Anteilseigner (Familiengesellschafter) nach Art. 17 Abs. 1 EU-GrCh zu vermeiden. Eine solche Klausel ist im aktuellen Richtlinienentwurf vom 14.11.2012 nicht vorgesehen. Der Entwurf ist daher schon aus diesem Grund unionsrechtswidrig.

Literaturverzeichnis

- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin, Das Recht der Europäischen Union, 48. Ergänzungslieferung, Stand: 2012; zit.: Grabitz/Hilf/Nettesheim/Bearbeiter.
- Bachmann, Gregor, Zur Umsetzung einer Frauenquote im Aufsichtsrat, ZIP 2011, S. 1131.
- ders., Corporate Governance nach der Finanzkrise, AG 2011, S. 181.
- Badura, Peter/Rittner, Fritz/Rüthers, Bernd, Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz, 1977.
- Battis, Ulrich/Schulte-Trux, Anke/Weber, Nicole, „Frauenquoten“ und Grundgesetz, DVBl. 1991, S. 1165.
- Baumbach, Adolf/Hopt, Klaus J., Handelsgesetzbuch, 35. Aufl. 2012, zit.: Baumbach/Hopt/Bearbeiter.
- ders./Hueck, Alfred, GmbHG, 19. Aufl. 2010; zit.: Baumbach/Hueck/Bearbeiter.
- Beuthien, Volker, Genossenschaftsgesetz, 15. Aufl. 2011.
- Böcker, Georg, Die kleine AG als Alternative zur GmbH?, RNotZ 2002, S. 129.
- Bosch, Nikolaus/Lange, Knut Werner, Unternehmerischer Handlungsspielraum des Vorstandes zwischen zivilrechtlicher Verantwortung und strafrechtlicher Sanktion, JZ 2009, S. 255.
- Brandt, Kathrin/Thiele, Alexander, Zulässigkeit einer Gleichstellungsquote im Aufsichtsrat unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH, AG 2011, S. 580.
- Buschmann, Marco, EU-Grünbuch zur Corporate Governance: Alter Wein in neuen Schläuchen?, NZG 2011, S. 87.
- Buth, Andrea/Hermanns, Michael, Unternehmenspolitische Erwägungen zum Beirat in der GmbH und der KG, DStR 1996, S. 597.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 4. Aufl. 2011; zit.: Calliess/Ruffert/Bearbeiter.
- Deilmann, Barbara/Albrecht Frauke, Corporate Governance und Diversity – was empfiehlt der neue Kodex?, AG 2010, S. 727.
- Döge, Melanie/Jobst, Stefan, Aktienrecht zwischen börsen- und kapitalmarktorientiertem Ansatz, BKR 2010, S. 136.
- Ebenroth, Carsten Thomas/Boujong, Karlheinz/Joost, Detlev/Strohn, Lutz (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 2008; zit.: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Bearbeiter.
- Ebsen, Ingwer, Leistungsbezogene Quotierung für den öffentlichen Dienst, Ein Beispielfall kompensatorischer Ungleichbehandlung von Männern und Frauen, Jura 1990, S. 515.
- Epiney, Astrid, Möglichkeiten und Grenzen „positiver Diskriminierung“ im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Festschrift Schnyder, 1995, S. 205.
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Aufl. 2012; zit.: ErfK/Bearbeiter.
- François-Poncet, Raphaële/Deilmann, Barbara/Otte, Sabine, Frauenquote in französischen Aufsichts- und Verwaltungsräten – ist eine Quote auch in Deutschland zulässig?, NZG 2011, S. 450.
- Frost, Ina/Linnainmaa, Leena, Corporate Governane: Frauen im Aufsichtsrat – Können wir von unseren skandinavischen Nachbarn lernen?, AG 2007, S. 601.

- Großkommentar zum Aktiengesetz, Bd. 4., 4. Aufl. 2006; zit.: GK-AktG/Bearbeiter.
- Gutzeit, Martin, Zur Zulässigkeit gesetzlicher Frauenquoten, in: Gutzeit, Martin/Reimann, Markus (Hrsg.), Liber Discipulorum, Dankschrift für Prof. Dr. Günther Wiese, 1996, S. 42.
- Habersack, Matthias, Möglichkeiten und Grenzen staatlicher und halbstaatlicher Eingriffe in die Unternehmensführung, NJW 2012, Beilage zu Heft 28, S. 94.
- Hecker, Andreas/Peters, Marc, Die Änderungen des DCGK im Jahr 2010, BB 2010, S. 2251.
- Heidel, Thomas (Hrsg.), Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2011; zit.: Heidel/Bearbeiter.
- Henssler, Martin, Bewegung in der deutschen Unternehmensmitbestimmung – Reformdruck durch Internationalisierung der Wirtschaft, RdA 2005, S. 330.
- ders./Seidensticker, Thomas, Eckdaten einer verfassungs- und europarechtskonformen Ausgestaltung verbindlicher Frauenquoten für Aufsichtsräte, KSzW 2012, S. 10.
- ders./Strohn, Lutz (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2011; zit.: Henssler/Strohn/Bearbeiter.
- ders./Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 5. Aufl. 2012; zit.: HWK/Bearbeiter.
- Holst, Elke, Führungskräfte im internationalen Vergleich: Frauen in Aufsichtsräten in Deutschland meist von Arbeitnehmervertretungen entsandt, DIW 35/2005, S. 505.
- Hommelhoff, Peter, Einige Bemerkungen zur Organisationsverfassung der Europäischen Aktiengesellschaft, AG 2001, S. 279.
- Huber, Herwart, Beirat und Beiratsmitglied – praxisrelevante Aspekte für ihre Tätigkeit, GmbHR 2004, S. 772.
- Hüffer, Uwe, Aktiengesetz, 9. Aufl. 2010.
- Huster, Stefan, Frauenförderung zwischen individueller Gerechtigkeit und Gruppenparität, Zu einigen Grundfragen der Rechtfertigung von Quotenregelungen, AöR Bd. 118 (1993), S. 109.
- Ihrig, Hans-Christoph/Meder, Manuel M., Zweifelsfragen bei der Zielbenennung zur Zusammensetzung des Aufsichtsrats nach dem Kodex, ZIP 2012, S. 1210.
- Jarass, Hans D., Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2010; zit.: Jarass/Bearbeiter.
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl. 1996; zit.: KK-AktG/Bearbeiter.
- Körner, Marita, Frauen in die Aufsichtsräte – die skandinavischen Regelungen verbindlicher Teilhabe als Modell für Deutschland, Festschrift Heide Pfarr, 2010, S. 218.
- Kommission, Grünbuch: Europäischer Corporate Governance-Rahmen v. 05.04.2011, KOM (2011), 164 endg.
- Kornblum, Udo, Bundesweite Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Stand 1.1.2012), GmbHR 2011, S. 728.
- Kraft, Julia/Redenius-Hövermann, Julia, Zur Einführung einer gesetzlichen Geschlechterquote im Aufsichts- oder Verwaltungsrat einer SE, AG 2012, S. 28.
- Krauel, Wolfgang/Fackler, Stephan, Die Ersetzung eines dauerhaft verhinderten Aufsichtsratsmitglieds, AG 2009, S. 686.
- Mayer, Barbara, Vier Thesen für die Frauenquote in Aufsichtsräten, AnwBl. 2011, S. 919.
- Künast, Renate, Geschlechtergerechte Besetzung von Aufsichtsräten, ZRP 2011, S. 11.

- Lang/Weidmüller (Begr.), Genossenschaftsgesetz, 37. Aufl. 2011; zit.: Lang/Weidmüller/Bearbeiter.
- Lange, Knut Werner, Kodex und Familienverfassung als Mittel der Corporate Governance in Familienunternehmen, in: Festschrift für Brun-Hagen Hennerkes, 2009, S. 135.
- ders., Der Beirat als Element der Corporate Governance in Familienunternehmen, GmbHR 2006, S. 897.
- ders., Corporate Governance in Familienunternehmen, BB 2005, S. 2585.
- Langenbucher, Katja, Frauenquote und Gesellschaftsrecht, JZ 2011, S. 1038.
- dies., Zentrale Akteure der Corporate Governance: Zusammensetzung des Aufsichtsrats, ZGR 2012, S. 314.
- Lutter, Marcus, Anwendbarkeit der Altersbestimmungen des AGG auf Organpersonen, BB 2007, S. 725.
- ders./Krieger, Gerd, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Aufl. 2008.
- ders., Auswahlpflichten und Auswahlverschulden bei der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern, ZIP 2003, S. 417.
- Meyer, Jürgen (Hrsg.), Kommentar zur Grundrechtecharta der Europäischen Union, 1. Aufl. 2003, zit.: Meyer/Bearbeiter.
- Mülbert, Peter O., Corporate Governance in der Krise, ZHR 174 (2010), S. 375.
- von Münch, Ingo/Kunig, Philip (Hrsg.), Grundgesetz (Kommentar), 6. Aufl. 2012, zit.: Münch/Kunig/Bearbeiter.
- Münchener Kommentar zu AktG, 3. Aufl. seit 2008; zit.: MünchKomm-AktG/Bearbeiter.
- Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. seit 2010; zit.: MünchKomm-HGB/Bearbeiter.
- Nikoleyczik, Tobias/Führ, Thorsten, Mitbestimmungsgestaltung im grenzüberschreitenden Konzern unter besonderer Berücksichtigung der SE und grenzüberschreitender Verschmelzungen, DStR 2010, S. 1743.
- Ossenbühl, Fritz, Frauenquote für Leitungsorgane von Privatunternehmen, NJW 2012, S. 417.
- Papier, Hans-Jürgen/Heidebach, Martin, Die Einführung einer gesetzlichen Frauenquote für die Aufsichtsräte deutscher Unternehmen unter verfassungsrechtlichen Aspekten, ZGR 2011, S. 305.
- Peltzer, Martin, Der Bericht der Corporate Governance Kommission an die Bundesregierung, NZG 2011, S. 281.
- Philipp, Otmar, Frauenquote in Führungspositionen in der Wirtschaft, EuZW 2011, S. 612.
- Pfarr, Heide/Fuchsloch, Christine, Verfassungsrechtliche Beurteilung von Frauenquoten, NJW 1988, S. 2201.
- Pöhlmann, Peter/Fandrich, Andreas/Bloehs, Joachim, (Hrsg.), Genossenschaftsgesetz nebst umwandlungsrechtlichen Vorschriften, 4. Aufl. 2012; zit.: Bearbeiter in Pöhlmann/Fandrich/Bloehs.
- Pyschny, Mariusz, Die Kombination eines trust mit einer corporation (Delaware) als Nachfolgemodell für Familienunternehmen – Gestaltungsmöglichkeiten und Grenzen, 2006.
- Redenius-Hövermann, Julia, Zur Frauenquote im Aufsichtsrat, ZIP 2010, S. 660.
- Reding, Viviane, Gesetzliche Frauenquote?, ZIP 2011, S. 127.

- Rieder, Marcus S./Holzmann, Daniel, Brennpunkte der Aufsichtsratsregulierung in Deutschland und den USA, AG 2010, S. 570.
- Ringleb, Henrik-Michael/Kremer, Thomas/Lutter, Marcus/v. Werder, Axel, Die Kodex-Änderungen vom Mai 2010, NZG 2010, S. 1161.
- Roth, Günter H./Altmeyden, Holger, GmbHG-Kommentar, 6. Aufl. 2009; zit.: Roth/Altmeyden/Bearbeiter.
- Sachs, Michael, Frauenquote wieder vor dem EuGH, RdA 1998, S. 129.
- ders., Grundgesetz (Kommentar), 6. Aufl. 2011, zit.: Sachs/Bearbeiter.
- ders., Quotenregelungen für Frauen im staatlichen und gesellschaftlichen Bereich, insbesondere für die Wirtschaft, ZG 2012, S. 52.
- Sacksofsky, Ute, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Frauenfördermaßnahmen - ein Puzzle aus vier Teilen, RdJB 2002, S. 193.
- Saenger, Ingo, Gesellschaftsrecht, 2010.
- Schladebach, Marcus/Stefanopoulou, Georgia, Frauenquote in Aufsichtsräten – Überlegungen zur Änderung des Aktiengesetzes, BB 2010, S. 1042.
- Schmidt, Karsten, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002.
- ders./Lutter, Marcus (Hrsg.), Aktiengesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2010; zit.: Schmidt/Lutter/Bearbeiter.
- Scholz, Franz (Begr.), Kommentar zum GmbH-Recht, 10. Aufl. 2006-2010; zit.: Scholz/Bearbeiter.
- Schubert, Claudia/Jacobsen, Gönke, Personelle Vielfalt als Element guter Unternehmensführung – die Empfehlung des Corporate Governance Kodex und die Rechtsfolgen ihrer unzureichenden Berücksichtigung, WM 2011, S. 726.
- Schürnbrand, Jan, Zur fehlerhaften Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern und fehlerhaften Abberufung von Vorstandsmitgliedern, NZG 2008, S. 609.
- Schulz, Stephan, Die Zielbenennung zur Zusammensetzung des Aufsichtsrats nach dem DCGK 2010, BB 2010, S. 2390.
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.)/Becker, Ulrich/Hatje, Armin/Schoo, Johann (Mitherausgeber), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, zit.: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo/Bearbeiter.
- Seibert, Ulrich, Finanzmarktkrise, Corporate Governance, Aufsichtsrat, Der Betrieb 2009, S. 1167.
- Spindler, Gerald/Brandt, Kathrin, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Gleichstellungsquote im Aufsichtsrat der börsennotierten AG, NZG 2011, S. 401.
- ders./Kepper, Katrin, Funktionen, rechtliche Rahmenbedingungen und Gestaltungsmöglichkeiten des GmbH-Beirats (Teil I), DStR 2005, S. 1738.
- ders./Stilz, Eberhard, Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010; zit.: Spindler/Stilz/Bearbeiter.
- Staahe, Marco, Der unabhängige Finanzexperte im Aufsichtsrat. Zur Besetzungsregel des neuen § 100 Abs. 5 AktG, ZIP 2010, S. 1013.
- Streinz, Rudolf (Hrsg.), Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Kommentar), 2. Aufl. 2012, zit.: Streinz/Bearbeiter.
- Suhr, Oliver, Grenzen der Gleichbehandlung: Zur Vereinbarkeit von Frauenquoten mit dem Gemeinschaftsrecht Anmerkung zu dem Urteil des EuGH im Fall Marschall, EuGRZ 1998, S. 121.

- Tödtmann, Ulrich/Schauer, Michael, Der Corporate Governance Kodex zieht scharf, ZIP 2009, S. 995.
- Velte, Patrick, Förderung der Gender Diversity bei der Zusammensetzung des Aufsichtsrats. Zur potenziellen Einführung einer gesetzlichen Frauenquote, Der Konzern 2012, S. 1.
- Vetter, Eberhard, Der Tiger zeigt die Zähne, NZG 2009, S. 561.
- Wachter, Thomas (Hrsg.), Kommentar zum AktG, 2012; zit Wachter/Bearbeiter.
- Weber, Martin, Die Entwicklung des Kapitalmarktrechts im Jahre 2009, NJW 2010, S. 274.
- Weber-Rey, Daniela/Handt, Friederike, Vielfalt/Diversity im Kodex – Selbstverpflichtung, Bemühenspflicht und Transparenz, NGZ 2011, S. 1.
- Wiedmann, Tobias, Das Fehlen eines Finanzexperten nach dem BilMoG –Worst-Case-Szenario für den Aufsichtsrat?, BB 2009, S. 2602.
- Wiedemann, Andreas/Wanzl, Laura, Die monistische Leitungsstruktur der Europäischen Aktiengesellschaft – ein Corporate Governance Modell für deutsche Familienunternehmen?, FuS 2011, S. 51.
- Wieland, Joachim, Ist eine Quotenregelung zur Erhöhung des Anteils der Frauen in Aufsichtsräten mit dem Grundgesetz und Europarecht vereinbar?, NJW 2010, S. 2408.
- Windbichler, Christine, Gesellschaftsrecht, 22. Aufl. 2009.

Stiftung Familienunternehmen

Prinzregentenstraße 50

D-80538 München

Telefon + 49 (0) 89 / 12 76 400 02

Telefax + 49 (0) 89 / 12 76 400 09

E-Mail info@familienunternehmen.de

www.familienunternehmen.de

ISBN: 978-3-942467-21-6