



## Die Geschlechterquote für die Privatwirtschaft

Verfassungsrechtliches Gutachten zum Referentenentwurf  
des Bundesjustiz- und Bundesfamilienministeriums



# 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](mailto:info@familienunternehmen.de)  
[www.familienunternehmen.de](http://www.familienunternehmen.de)

**Autor:**

Prof. Dr. iur. Kay Windthorst,  
Universität Bayreuth  
Prinzregentenstraße 75  
81675 München



## Vorwort

Seit Längerem wird in Deutschland darüber diskutiert, wie es gelingen könnte, mehr Frauen in Spitzenpositionen von Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung zu bringen. Die Große Koalition von CDU, CSU und SPD hat sich diese Aufgabe auf ihre politische Agenda geschrieben. Im Koalitionsvertrag setzt sie auf die gesetzliche Einführung von Geschlechterquoten in Vorständen und Aufsichtsräten von Unternehmen. Familienministerin Manuela Schwesig und Justizminister Heiko Maas (beide SPD) haben einen Referentenentwurf zum „Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst“ vorgelegt.



Darin ist eine feste Frauenquote von mindestens 30 Prozent für die Aufsichtsräte voll mitbestimmungspflichtiger und zugleich börsennotierter Unternehmen ab dem Jahr 2016 vorgesehen. Darüber hinaus sollen sich alle Unternehmen, die entweder mitbestimmungspflichtig oder börsennotiert sind, bereits ab 2015 verbindliche Zielvorgaben für einen Frauenanteil im Aufsichtsrat, im Vorstand und bis zu zwei Ebenen unterhalb des Vorstands geben. Unter den beiden Gruppen der mitbestimmungspflichtigen und der börsennotierten Unternehmen befinden sich Familienunternehmen in großer Zahl.

Die Wirkung der geplanten regulatorischen Eingriffe auf die Eigentumsrechte der Anteilseigner und Unternehmen hat Kay Windthorst, Professor für Öffentliches Recht, Rechtsdogmatik und Rechtsdidaktik an der Universität Bayreuth, für die Stiftung Familienunternehmen untersucht. Im Rahmen dieses Gutachtens hat er weiter die verfassungsrechtliche Vereinbarkeit dieser Maßnahmen mit Blick auf die Spezifika der Familienunternehmen geprüft.

Wir wünschen eine informative Lektüre.

Ihr



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

# Inhalt

<b>Vorwort</b> .....	<b>I</b>
<b>Inhalt</b> .....	<b>II</b>
<b>Executive Summary</b> .....	<b>V</b>
1. Zur festen 30-Prozent-Quote für das unterrepräsentierte Geschlecht.....	V
2. Zur flexiblen Quote .....	VII
<b>1. Teil Gegenstand und Reichweite der Untersuchung</b> .....	<b>2</b>
<b>2. Teil Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der geplanten fixen Geschlechterquote</b> .....	<b>3</b>
I. Vereinbarkeit der Quotenregelung mit dem Eigentumsrecht der Anteilseigner nach Art. 14 GG .....	3
1. Schutz der Anteile an einem Unternehmen durch Art. 14 GG .....	3
2. Eingriff in das Anteilseigentum durch eine gesetzlich festgelegte Geschlechterquote	3
3. Rechtfertigung des Eingriffs.....	5
a) Verfassungslegitimer Gemeinwohlbelang.....	5
aa) Wirtschaftliche Gründe .....	5
bb) Verfassungsrechtliche Gründe .....	6
b) Geeignetheit.....	6
c) Erforderlichkeit.....	7
aa) Definition.....	7
bb) Einschätzungsprärogative und Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers	7
cc) Freiwillige Selbstverpflichtung – ein milderes, gleich geeignetes Mittel?..	7
dd) Zwischenergebnis .....	9
d) Angemessenheit (Proportionalität) .....	9
aa) Definition.....	9
bb) Kriterien .....	10
cc) Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers .....	10
dd) Grundsätzlich erhöhte Sozialbindung börsennotierter und mitbestimmter Unternehmen .....	10
ee) Ausnahmen von diesem Grundsatz bei besonderem personellem Bezug der Eigentümer.....	11

	(1) Große Anteile in der Hand weniger Anteilseigner.....	11
	(2) Besondere Entsenderechte der Anteilseigner .....	11
	(3) Besondere Beeinträchtigung der Anteilseigner von Familienunternehmen.....	11
	(4) Tatsächliche Verfügbarkeit qualifizierter Kandidaten.....	12
	ff) Drastische Sanktionierung von Verstößen .....	14
II.	Vereinbarkeit der Quotenregelung mit dem Verbot einer geschlechtsbedingten Ungleichbehandlung durch Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG.....	15
	1. Tatbestand eines Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts.....	15
	2. Rechtfertigung durch den Verfassungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG.....	15
	a) Tragfähigkeit des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG als Rechtfertigungsgrund.....	15
	b) Abwägung zwischen Ungleichbehandlungsverbot (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG) und Gleichbehandlungsauftrag (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG) .....	16
	aa) Geeignetheit und Erforderlichkeit.....	16
	bb) Angemessenheit .....	16
III.	Zusammenfassung zum 2. Teil.....	17
<b>3. Teil</b>	<b>Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der geplanten flexiblen Geschlechterquote.....</b>	<b>22</b>
I.	Überblick zu den geplanten Regelungen .....	22
	1. Betroffene Unternehmen.....	22
	2. Erfasste Organe und Stellen .....	22
	3. Ausgestaltung der Quotenregelung.....	22
II.	Vereinbarkeit der Quotenregelung mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG .....	23
	1. Schutz des Eigentums der Anteilseigner und des Unternehmens durch Art. 14 GG ...	23
	2. Bloße Ausgestaltung des Eigentums oder Eingriff in die Eigentumsrechte?.....	23
	a) Ausgestaltung des Inhalts des Eigentums.....	23
	b) Eingriff in die Gewährleistungen des Eigentums.....	23
	aa) Definition des Eingriffs.....	23
	bb) „Klassischer“ Eingriffsbegriff .....	24
	cc) Erweiterter Eingriffsbegriff .....	24
	dd) Zwischenergebnis .....	26

3.	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....	26
a)	Verfassungslegitimes Ziel.....	26
b)	Verhältnismäßigkeit .....	26
aa)	Geeignetheit .....	26
bb)	Erforderlichkeit.....	26
	(1) In Bezug auf Aufsichtsrat und Vorstand .....	26
	(2) In Bezug auf die beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstandes .	27
cc)	Angemessenheit (Proportionalität) .....	27
	(1) Börsennotierte oder paritätisch mitbestimmte Unternehmen .....	27
	(2) Sonderproblem der Untergrenze bei der Festlegung der Zielgrößen..	28
	(3) Nicht börsennotierte Unternehmen nach dem Drittelbeteiligungsgesetz.....	28
	(4) Führungsebenen unterhalb des Vorstandes .....	29
III.	Zusammenfassung des 3. Teils .....	30
	<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>32</b>

# Executive Summary

## 1. Zur festen 30-Prozent-Quote für das unterrepräsentierte Geschlecht

- Art. 14 Abs. 1 GG schützt die Anteile an einem Unternehmen und verleiht den Inhabern dieser Anteile ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe, das gerichtlich durchgesetzt werden kann (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG). Das Grundrecht auf Eigentum schützt insoweit nicht nur den Vermögenswert der Anteile und die Befugnis der Anteilseigner, darüber zu verfügen, sondern verleiht ihnen auch Rechte in Bezug auf die Unternehmensführung. Zu diesen mitgliedschaftlichen Gewährleistungen gehört das Recht der Anteilseigner, auf die Besetzung der Unternehmensorgane Einfluss zu nehmen.
- Der Referentenentwurf stützt die beschränkende Quotenregelung auf das verfassungsrechtliche Gebot der Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG, auf dessen tatsächliche Verwirklichung der Staat hinwirken muss. Dabei handelt es sich um einen verfassungslegitimen Gemeinwohlbelang.
- Das verfassungsrechtliche Gebot der Erforderlichkeit verlangt, dass kein milderes, gleich geeignetes Mittel zur Verfügung steht, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Bei der inhaltlichen Bewertung dieser Frage steht dem Gesetzgeber ein Einschätzungsspielraum zu. Allerdings muss er seine inhaltliche Einschätzung auf eine verlässliche Tatsachengrundlage stützen und sich dabei aller verfügbaren Erkenntnisquellen bedienen.
- Der Referentenentwurf weist insoweit Defizite auf. So wird schlicht behauptet, dass die freiwillige Selbstverpflichtung nicht den gewünschten Erfolg gezeigt habe. Dabei wird die tatsächliche Steigerung des Anteils von Frauen im Aufsichtsrat der DAX 30-Unternehmen unzureichend berücksichtigt. Ihr Anteil ist von 15,7 Prozent im Jahr 2011 auf 24,7 Prozent im Juli 2014 angewachsen. Diese Entwicklung wirft Zweifel an der Erforderlichkeit der geplanten starren gesetzlichen Quote auf.
- Die gesetzliche fixe Geschlechterquote betrifft Unternehmen, die börsennotiert und mitbestimmt sind. Sie sind wegen der Finanzierung über den Kapitalmarkt einer stärkeren Regulierung ausgesetzt und tragen wegen der Zahl der Beschäftigten (mehr als 2000) eine größere wirtschaftliche und gesellschaftliche Verantwortung. Das Anteilseigentum an diesen Unternehmen und die daraus abgeleiteten mitgliedschaftlichen Befugnisse der Anteilseigner unterliegen deshalb einer erhöhten Sozialbindung. Das mindert die Schutzbedürftigkeit dieser Rechte und führt dazu, dass die geplante Geschlechterquote die betroffenen Unternehmen grundsätzlich nicht unangemessen benachteiligt.
- Dieser Grundsatz wird allerdings in den Fällen durchbrochen, in denen eine erhöhte Privatnützigkeit besteht. Insoweit genießen die Einwirkungsrechte der Anteilseigner auf die Besetzung des Aufsichtsrats stärkeren Schutz. Die Quotenregelung kann dann unangemessen sein und gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit verstoßen. Um dies zu vermeiden, sollte die geplante Regelung durch



eine Härteklausel für nachfolgend genannte Fälle ergänzt werden; andernfalls kann sie im Einzelfall verfassungswidrig sein:

- börsennotierte und mitbestimmte Unternehmen, bei denen die Anteile in der Hand weniger Personen liegen. Denn dies hat in der Regel eine erhöhte Privatnützigkeit zu Folge, weil das Anteilseigentum und die damit verbundenen Befugnisse dann regelmäßig nicht nur eine Vermögensanlage, sondern Grundlage unternehmerischer Betätigung sind;
  - besondere Entsendungsrechte der Anteilseigner für den Aufsichtsrat, da sie zu einem besonderen personellen Bezug ihrer mitgliedschaftlichen Befugnisse führen;
  - fremdgeführte Familienunternehmen, bei denen die Geschlechterquote zur Konsequenz haben kann, dass das Letztentscheidungsrecht der Familiengeschafter im Aufsichtsrat entfällt oder erheblich beeinträchtigt wird. Eine Unangemessenheit ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die Quote dazu führt, dass ein Unternehmen wegen des Verlustes der Einwirkungsrechte der Familiengeschafter seinen Status als Familienunternehmen einbüßt.
- 
- Die notwendige Härteklausel könnte auf der Rechtsfolgenseite flexibel ausgestaltet werden und zur Dispensierung von der starren Geschlechterquote führen, wenn nur so dem verfassungsrechtlichen Gebot der Angemessenheit Rechnung getragen werden kann.
  - Darüber hinaus muss die Quotenregelung zur Wahrung dieses Verfassungsgebots eine Ausnahmeklausel für den Fall vorsehen, dass nicht mindestens 30 Prozent ausreichend qualifizierte Frauen für die zu besetzenden Aufsichtsratsmandate tatsächlich zur Verfügung stehen. Der Referentenentwurf enthält keine derartige Klausel und geht auf das Problem, dass ausreichend qualifizierte Frauen für die Besetzung der Aufsichtsräte möglicherweise tatsächlich nicht zur Verfügung stehen, nicht näher ein. Diese Problematik ist insbesondere in bestimmten Branchen wie der Bau- und Schwerindustrie virulent. Eine starre Quote von mindestens 30 Prozent ohne Ausnahmeklausel kann hier unangemessen und somit verfassungswidrig sein.
  - Darüber hinaus ist die geplante Sanktionierung von Verstößen gegen die Geschlechterquote nicht mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar. Denn sie sieht in diesen Fällen nicht nur vor, dass das quotenwidrig besetzte Mandat rechtlich unbesetzt bleibt („leerer Stuhl“), sondern führt bei einer Blockwahl zur Nichtigkeit der gesamten Wahl hinsichtlich des überrepräsentierten Geschlechts. Die Unzumutbarkeit dieser Regelung wird zusätzlich dadurch verschärft, dass die dem unterrepräsentierten Geschlecht angehörigen Kandidaten wirksam gewählt sind. Das unterläuft die mitgliedschaftlichen Befugnisse der Unternehmenseigentümer bei der Besetzung der Anteilseignerbank im Aufsichtsrat.

- Die starre gesetzliche Geschlechterquote kann zudem das verfassungsrechtliche Verbot einer Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG beeinträchtigen. Dazu kommt es beispielsweise, wenn eine weibliche Bewerberin um ein Aufsichtsratsmandat den Vorzug erhält, weil nur so die gesetzliche Mindestquote für das weibliche Geschlecht erfüllt werden kann, obwohl ein männlicher Mitbewerber für das Mandat besser qualifiziert ist.
- Die vorliegende Fassung des Referentenentwurfs schließt daher eine Verletzung des Verbots des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nicht aus, sondern scheint diese Gefahr entweder nicht zu erkennen oder bewusst in Kauf zu nehmen.

## 2. Zur flexiblen Quote

- Gegen die Einführung einer flexiblen Quote für die beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstandes bestehen grundsätzliche Bedenken im Hinblick auf die Konsistenz, Bestimmbarkeit und praktische Realisierbarkeit der geforderten Festlegung von Zielgrößen. Angesichts des häufigen Wechsels des Personals auf diesen Ebenen ist es für den Vorstand kaum möglich, für zwei oder drei Jahre im Voraus festzulegen, wie hoch der künftige Frauenanteil insoweit sein wird. Er kann bei Festlegung der Zielgrößen weder wissen noch verlässlich abschätzen, wann welche Mitarbeiter auf den beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstandes ausscheiden werden und welche Nachfolger welchen Geschlechts dann zur Verfügung stehen werden. Eine flexible Quotenregelung für diese Führungsebenen sollte daher gestrichen werden.
- Besonders zweifelhaft ist die Erforderlichkeit der flexiblen Quotenregelung hinsichtlich der beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstandes insbesondere für Unternehmen, die nicht börsennotiert sind und nur dem Drittelbeteiligungsgesetz unterfallen. Denn insoweit fehlen schon die notwendigen Kenntnisse über den Frauenanteil, der auf diesen Ebenen tatsächlich erreicht worden ist. Angesichts der Defizite bei der Ermittlung der tatsächlichen Ausgangssituation scheint fraglich, ob der Gesetzgeber seinen inhaltlichen Beurteilungsspielraum ordnungsgemäß ausüben kann.
- Dagegen bestehen grundsätzlich keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine flexible Quote für Aufsichtsrat und Vorstand von Unternehmen, die börsennotiert sind oder dem Mitbestimmungsgesetz, dem Montan-Mitbestimmungsgesetz oder dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz unterfallen. Allerdings muss jedenfalls für den Vorstand eine Ausnahme von der starren Untergrenze des tatsächlich erreichten Frauenanteils zugelassen werden. Andernfalls könnten Kandidaten allein wegen ihres Geschlechts zum Vorstand bestellt werden, obwohl sie hierfür nicht ausreichend qualifiziert sind. Das wäre ein unangemessener Eingriff in Art. 14 GG.
- Bei Unternehmen, die nicht börsennotiert sind und nur dem Drittelbeteiligungsgesetz unterfallen, ist die Angemessenheit der flexiblen Quote generell zweifelhaft. Denn sie tragen angesichts der

geringeren Zahl der regelmäßig Beschäftigten (mehr als 500) nicht allgemein eine besondere Verantwortung für die Verwirklichung des Gleichbehandlungsauftrages. Sie unterliegen somit auch nicht von vornherein einer erhöhten Sozialbindung. Vielmehr ist das Element der Privatnützigkeit bei ihnen häufig stark ausgeprägt, insbesondere wenn es sich um Familienunternehmen handelt, deren Anteile in der Hand weniger Familiengesellschafter sind. Für diese Unternehmen kann eine flexible Geschlechterquote im Einzelfall unzumutbar sein. Um dies zu vermeiden, sollte der Gesetzgeber diese Unternehmen, die nicht börsennotiert sind und nur dem Drittelbeteiligungsgesetz unterliegen, von der flexiblen Quotenregelung ausnehmen.



# 1. Teil      **Gegenstand und Reichweite der Untersuchung**

- Gegenstand der Untersuchung ist der Referentenentwurf eines Gesetzes für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst (RefE) des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend und des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 9. September 2014.
  
- Die Betrachtung richtet sich auf die Vorgaben dieses Artikelgesetzes (Entwurf) für zwei wesentliche Bereiche: Zum einen die gesetzlich verbindliche Festlegung einer Geschlechterquote von mindestens 30 Prozent für Aufsichtsräte in Aktiengesellschaften (AG), sofern diese börsennotiert sind und der Mitbestimmung unterliegen (sog. fixe Quote). Zum anderen die gesetzliche Verpflichtung zur Festlegung von Zielgrößen für die Erhöhung des Frauenanteils in Aufsichtsräten, Vorständen und den beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstandes in AGs und GmbHs, die börsennotiert oder mitbestimmt sind (sog. flexible Quote). Soweit Aufsichtsräte betroffen sind, werden nur die Vorgaben für die Besetzung der Bank der Anteilseigner untersucht.
  
- Rechtstechnisch sollen fixe und flexible Quoten in dem beschriebenen Rahmen insbesondere durch Änderungen und Ergänzungen des Aktiengesetzes (AktG), des GmbH-Gesetzes (GmbHG) und des Handelsgesetzbuches (HGB) samt zugehöriger Einführungsgesetze umgesetzt werden. Die Festlegung des Frauenanteils in Aufsichtsrat, Vorstand und den obersten Managementebenen im Rahmen der flexiblen Quote muss bis spätestens 30. Juni 2015 erfolgen (Art. 4 und 18 RefE). Die Regelungen der fixen Quote sollen am 1. Januar 2016 in Kraft treten (Art. 24 Abs. 1 RefE).
  
- Die Untersuchung beschränkt sich auf die Vereinbarkeit der angesprochenen wesentlichen Regelungen des Referentenentwurfs mit der Verfassung. Die Grundlage und Rechtfertigung dieser Überprüfung ergeben sich aus der Bindung des Gesetzgebers an das Grundgesetz im Allgemeinen (Art. 20 Abs. 3 GG) und die darin enthaltenen Grundrechte im Besonderen (Art. 1 Abs. 3 GG). Sollte eine Bestimmung des geplanten Gesetzes für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an den Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst gegen die Verfassung verstoßen, wäre sie von Anfang an nichtig. Allerdings müsste sie bis zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit durch das Bundesverfassungsgericht weiterhin beachtet werden. Dieses Gericht könnte nach Erschöpfung des Rechtswegs durch die Anteilseigner der betroffenen Unternehmen und die Unternehmen selbst im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG) angerufen werden, sofern die verfassungswidrige Regelung in ihre Grundrechte eingreift.

## 2. Teil      **Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der geplanten fixen Geschlechterquote**

### I.      **Vereinbarkeit der Quotenregelung mit dem Eigentumsrecht der Anteilseigner nach Art. 14 GG**

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

- Art. 14 GG schützt die Anteile an einem Unternehmen und verleiht den Inhabern dieser Anteile ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe, das gerichtlich durchgesetzt werden kann (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG). Das Grundrecht auf Eigentum schützt insoweit nicht nur den Vermögenswert der Anteile und die Befugnis der Anteilseigner, darüber zu verfügen, sondern verleiht ihnen auch Einwirkungsrechte auf die Unternehmensführung. Zu diesen mitgliedschaftlichen Gewährleistungen gehört das Recht der Anteilseigner, auf die Besetzung der Unternehmensorgane Einfluss zu nehmen.
  
- Die Reichweite dieser Befugnis wird durch das einschlägige Gesellschaftsrecht ausgestaltet, das seinerseits den Anforderungen des Art. 14 GG genügen muss. In einer mitbestimmten AG werden die Mitglieder der Anteilseigner im Aufsichtsrat grds. von diesen in der Hauptversammlung gewählt, soweit nicht durch Satzung ein Entsenderecht begründet worden ist (§ 101 Abs. 1 Satz 1 AktG). In beiden Fällen garantiert Art. 14 GG den Aktionären das Recht darüber zu entscheiden, welche Personen in den Aufsichtsrat gewählt oder entsendet werden sollen.
  
- Der Referentenentwurf sieht für börsennotierte Gesellschaften (insb. AG), für die das Mitbestimmungsgesetz, das Montan-Mitbestimmungsgesetz oder das Mitbestimmungsergänzungsgesetz gelten, zwingend vor, dass sich der Aufsichtsrat zu mindestens 30 Prozent aus Frauen und zu mindestens 30 Prozent aus Männern zusammensetzt. Diese Mindestanteile sind auf Seiten der Anteilseigner und der Arbeitnehmer gesondert zu erfüllen. Eine Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrats durch die Hauptversammlung und eine Entsendung in den Aufsichtsrat unter Verstoß gegen das Mindestanteilsgebot ist von Anfang an unmittelbar kraft Gesetzes nichtig (§ 96 Abs. 2 AktG-E).

#### 2.      **Eingriff in das Anteilseigentum durch eine gesetzlich festgelegte Geschlechterquote**

- Ein Grundrechtseingriff liegt vor, wenn durch ein dem Staat zuzurechnendes Verhalten Grundrechtsgewährleistungen beschränkt oder auf sonstige Weise beeinträchtigt werden. Die gesetzliche Einführung einer zwingenden Geschlechterquote für den Aufsichtsrat der genannten Gesellschaften von mindestens 30 Prozent greift in das durch Art. 14 GG geschützte Recht der Anteilseigner ein, ihre Vertreter im Aufsichtsrat durch Wahl oder Entsendung zu bestimmen.
  
- Dagegen wird vorgebracht, dass die geplante gesetzliche Regelung den Anteilseignern nicht vorschreibe, eine bestimmte weibliche Kandidatin zu wählen oder sich zwischen einer bestimmten

weiblichen Kandidatin und einem bestimmten männlichen Kandidaten zu entscheiden, so dass ihre inhaltliche Auswahlfreiheit erhalten bleibe (Wieland, NJW 2010, 2408, 2409). Diese Annahme hält einer näheren Betrachtung nicht stand. Dass die gesetzliche Regelung bestimmte weibliche Kandidatinnen nicht vorschreibt, ist selbstverständlich, weil dies schon gesetzestechnisch nicht möglich wäre.

- Die Annahme, dass nicht zwischen bestimmten Kandidaten zu entscheiden sei, geht an der Unternehmenswirklichkeit vorbei. Bei den betroffenen großen Unternehmen werden in der Regel zunächst die gewünschten Qualifikationen für das zu besetzende Aufsichtsratsmandat festgelegt und dann nach geeigneten Kandidaten gesucht. Bei der Auswahlentscheidung auf der Grundlage der so erstellten „short list“ stehen sich typischerweise mehrere Bewerber gegenüber. Ausschlaggebend ist letztlich, welcher Kandidat oder welche Kandidatin das Anforderungsprofil am besten erfüllt und gewinnbar ist.
- Die geplante Quotenregelung stellt weder auf Qualifikation noch auf Verfügbarkeit der Kandidaten, sondern allein auf die Einhaltung eines Mindestanteils von 30 Prozent Frauen und 30 Prozent Männer, also auf das Geschlecht, ab. Das wird in vielen Fällen die Auswahlentscheidung wesentlich beeinflussen. Dies wird in den Fällen besonders deutlich, in denen die starre Quote von 30 Prozent nur dadurch erfüllt werden kann, dass die vakanten Mandate im Aufsichtsrat mit Vertretern des unterrepräsentierten Geschlechts besetzt werden. In dieser Situation sind die Anteilseigner angesichts der drastischen Folgen eines Verstoßes gegen die Mindestquote (dazu unten) faktisch gezwungen, den verfügbaren Kandidaten in den Aufsichtsrat zu wählen oder zu entsenden, selbst wenn ein Kandidat des anderen Geschlechts besser qualifiziert und geeignet ist. Eine solche starre gesetzliche Quote greift nicht nur erheblich in die durch Art. 14 GG geschützte Entscheidungsfreiheit der Anteilseigner ein, sondern ist als umgekehrte Diskriminierung auch im Hinblick auf das Verbot einer Ungleichbehandlungsgebot in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG problematisch (dazu unten II.).
- Die beeinträchtigende Wirkung der Einführung der geplanten gesetzlichen Quote wird durch die drastischen Sanktionen im Falle eines Verstoßes noch erhöht. Nach dem Referentenentwurf bleiben die für das unterrepräsentierte Geschlecht vorgesehenen Plätze rechtlich unbesetzt (sog. leerer Stuhl, vgl. § 96 Abs. 2 Satz 4 AktG-E). Bei dadurch eintretender Beschlussunfähigkeit des Aufsichtsrats sind sie auf Antrag durch das Gericht auf die für die Beschlussfähigkeit erforderliche Zahl quotengerecht zu ergänzen (§ 104 Abs. 5 AktG-E).
- Im Falle einer Blockwahl, bei der alle vakanten Mandate zusammengefasst zur Abstimmung gestellt werden und nur einheitlich angenommen oder abgelehnt werden können, ist die gesamte Wahl hinsichtlich des überrepräsentierten Geschlechts nichtig, wenn sie nicht zur Erfüllung der Mindestquote führt. Dagegen sind die dem unterrepräsentierten Geschlecht angehörigen Kandidaten wirksam gewählt (vgl. die Begr. des RefE, S. 102). Die durch Art. 14 GG geschützte Entscheidungsfreiheit der Anteilseigner wird dadurch nicht nur eingeschränkt, sondern kann im Ergebnis leer laufen, weil die

Besetzung des Aufsichtsrats nicht mehr selbstbestimmt, sondern fremdbestimmt ist.

- Zusammenfassend ist festzustellen, dass die gesetzliche Einführung einer starren Geschlechterquote und ihre Sanktionierung einen intensiven Eingriff in die durch Art. 14 GG garantierte Entscheidungsfreiheit der Anteilseigner der betroffenen Unternehmen darstellt.

### 3. Rechtfertigung des Eingriffs

- Die im Referentenentwurf vorgesehene starre Geschlechterquote von mindestens 30 Prozent in den Aufsichtsräten mitbestimmter und börsennotierter Unternehmen ist grundrechtsdogmatisch als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums zu qualifizieren (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG). Für ihre Zulässigkeit verlangt das Bundesverfassungsgericht, dass die Regelung dem Wohl der Allgemeinheit dient und verhältnismäßig ist (BVerfGE 104, 1, 10 ff.).

#### a) Verfassungslegitimer Gemeinwohlbelang

- Gesetzliche Geschlechterquoten sollen den Anteil des unterrepräsentierten Geschlechts in Führungsgremien von Wirtschaftsunternehmen erhöhen. Der Referentenentwurf enthält umfangreiche Darlegungen zur tatsächlichen Situation, wonach Frauen in diesen Gremien unterrepräsentiert sind. Vor diesem Hintergrund wird die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung zur signifikanten Verbesserung des Frauenanteils an Führungspositionen der Privatwirtschaft vor allem mit wirtschaftlichen und verfassungsrechtlichen Erwägungen begründet (Begr. des RefE, S. 46 ff.).

#### aa) *Wirtschaftliche Gründe*

- Nach Ansicht des Referentenentwurfs zeigen Studien, dass eine heterogene Zusammensetzung in Führungsgremien (Diversität) einen besseren Entscheidungsprozess gewährleistet. Damit könnten auch bessere wirtschaftliche Ergebnisse einhergehen. Die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen könne gesteigert und der Wirtschaftsstandort Deutschland gefördert werden, wenn der Anteil von Frauen an Führungspositionen zunehme. Das gelte gerade auch mit Blick auf den wachsenden Fachkräftebedarf und die demographische Entwicklung. Die geplante Geschlechterquote sei daher nicht nur für die betroffenen Unternehmen, sondern auch gesamtwirtschaftlich sinnvoll (Begr. des RefE, S. 48).
- Die Schwäche dieses Begründungsansatzes liegt vor allem darin, dass die Korrelation zwischen dem Anteil von Frauen in unternehmensleitenden Gremien und dem Erfolg des Unternehmens bisher nicht abschließend empirisch bewiesen worden und jedenfalls nicht quantifizierbar ist. 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. Damit beruht auch die Annahme eines gesamtwirtschaftlichen Nutzens auf Annahmen, die empirisch bisher nicht ausreichend belegt sind. Allerdings ist anzuerkennen, dass



eine Teilnahme von Frauen in Gremien deren Effizienz tendenziell steigern und damit den Erfolg des Unternehmens fördern kann.

*bb) Verfassungsrechtliche Gründe*

- Der verfassungsrechtliche Begründungsansatz stützt sich auf Art. 3 Abs. 2 GG. Danach sind Männer und Frauen gleichberechtigt. Der Staat muss die tatsächliche Durchsetzung dieser Gleichberechtigung fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinwirken (Begr. des RefE, S. 46). Zwar richtet sich dieser Verfassungsauftrag mit seiner gesellschaftspolitischen Verpflichtung an den Staat und nicht an die Unternehmen. Denn ihr Handeln wird nicht (primär) durch gesellschaftspolitische Gemeinwohlerwägungen, sondern durch privatwirtschaftliche Entscheidungsrationalität bestimmt. Das gesellschaftspolitische Ziel einer Förderung des unterrepräsentierten Geschlechts wird den Unternehmen also gleichsam von außen vorgegeben. Dabei darf indes nicht übersehen werden, dass der Verfassungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG in Bezug auf private Unternehmen nur tatsächlich realisiert werden kann, wenn diese an der Erhöhung des Frauenanteils in ihren Führungsgremien mitwirken. Das legitimiert grundsätzlich ihre Einbeziehung bei der Verwirklichung dieses Verfassungsauftrags.
  
- Allerdings ist daran zu erinnern, dass die Entscheidungsfreiheit privater Unternehmen und ihrer Anteilseigner insbesondere durch die Wirtschaftsgrundrechte (Art. 12 Abs. 1, Art. 14 und Art. 2 Abs. 1 GG) ebenfalls verfassungsrechtlich abgesichert ist. In welcher Weise und in welchem Umfang sie vom Staat in die Umsetzung des gesellschaftspolitischen Ziels einer Frauenförderung eingebunden und mit Verpflichtungen belegt werden können, hängt wesentlich vom Ausmaß ihrer gesellschaftlichen Verantwortung ab. Eine wesentliche Rolle spielen hierbei die Struktur des Unternehmens und die Zahl seiner Beschäftigten. Daneben ist zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß das Unternehmen aufgrund seiner Tätigkeit und Finanzierung bereits einer hoheitlichen Regulierung unterworfen ist.
  
- Die im Referentenentwurf vorgesehene starre Geschlechterquote betrifft nur Kapitalgesellschaften (insbesondere AG), die börsennotiert sind und den genannten Mitbestimmungsgesetzen unterfallen. Sie haben daher in der Regel mehr als 2000 Beschäftigte und tragen somit eine erhöhte gesellschaftliche Verantwortung. Außerdem weisen sie infolge der Börsennotierung häufig eine große Zahl an Anteilseignern auf und unterliegen einer erhöhten staatlichen Regulierung. Die gesetzliche Festlegung einer Geschlechterquote für den Aufsichtsrat dieser Unternehmen ist daher durch das verfassungslegitime Ziel einer tatsächlichen Verwirklichung des Gleichbehandlungsauftrags des Grundgesetzes (Art. 3 Abs. 2 GG) grundsätzlich legitimiert. Ob dies ausnahmslos für alle betroffenen Unternehmen sowie für die im Referentenentwurf vorgesehene starre Ausgestaltung der Quote und drastische Sanktionierung von Verstößen gilt, ist bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit zu klären.

b) Geeignetheit

- Was die Beachtung des Erfordernisses der Geeignetheit der Regelung betrifft, die ein Element des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ist, bestehen gegen die geplante starre Quote für die Aufsichts-

räte börsennotierter und mitbestimmter Unternehmen keine durchgreifenden Bedenken. Denn für die Eignung reicht es aus, dass das Mittel den angestrebten Erfolg fördern kann (BVerfGE 30, 292, 316; 110, 141, 164; 126, 122, 144). Es genügt also, dass die Quotenregelung die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass mehr weibliche Kandidaten in diese Gremien einziehen. Das wird man kaum abstreiten können.

c) Erforderlichkeit

aa) *Definition*

- Das Merkmal der Erforderlichkeit setzt voraus, dass kein gleich wirksames, aber milderer, d. h. die Entscheidungsfreiheit der Anteilseigner bei der Besetzung der betroffenen Aufsichtsräte weniger beeinträchtigendes Mittel als die geplante strikte gesetzliche Quote zur Verfügung steht, um einen Anteil von Frauen in diesen Gremien von mindestens 30 Prozent bis zum 1. Januar 2016 zu erreichen. Diese verfassungsrechtlichen Anforderungen gelten sowohl für die Einführung dieser Quote als auch für die gesetzliche Sanktionierung eines Verstoßes.

bb) *Einschätzungsprärogative und Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*

- Bei der Beurteilung der Erforderlichkeit werden dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative und ein Einschätzungsspielraum eingeräumt. Die Beurteilung ist also zunächst und zuvörderst dem Gesetzgeber zugewiesen und darf nicht durch die Gerichte ersetzt werden. Diese sind vielmehr darauf beschränkt festzustellen, ob sich die Entscheidung des Gesetzgebers innerhalb des Spielraums hält, in dem allein seine Einschätzung maßgeblich ist.
- Die Förderung des unterrepräsentierten Geschlechts durch eine Quotenregelung ist eine Prognoseentscheidung im wirtschaftlichen Bereich. Für diese Fälle wird dem Gesetzgeber grundsätzlich ein weiterer Einschätzungsspielraum zugebilligt, da solchen Entscheidungen ein höheres Risiko eines Irrtums immanent ist (vgl. nur BVerfGE 30, 250, 263). Allerdings beeinträchtigt die geplante starre Quote mit den aufgezeigten Sanktionen die grundrechtlich geschützte Entscheidungsfreiheit der Anteilseigner erheblich. Das reduziert den Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers.

cc) *Freiwillige Selbstverpflichtung – ein milderer, gleich geeignetes Mittel?*

- Dies ist bei Beantwortung der Frage zu berücksichtigen, ob eine freiwillige Selbstverpflichtung, wie sie die DAX-Unternehmen im Jahre 2011 abgegeben haben, ein milderer, aber gleich wirksames Mittel gegenüber der vorgesehenen starren verpflichtenden Quote darstellt. Dies wird zum Teil mit dem Hinweis abgelehnt werden, dass eine freiwillige Selbstverpflichtung im Gegensatz zu der geplanten gesetzlichen Verpflichtung nicht zwangsweise durchgesetzt werden könne und somit nicht gleich wirksam sei (Bericht der Länderarbeitsgruppe „Teilhabe von Frauen in Führungs- und Kontrollgremien der Wirtschaft, S. 84). Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht es in einer neueren Entscheidung ausreichen lassen, dass das mildere Mittel nicht aussichtslos ist (BVerfGE 128, 282, 309). Folgt man dieser sehr weiten Auffassung, wäre eine freiwillige Selbstverpflichtung

der Unternehmen angesichts der in diesem Rahmen erreichten Steigerung des Frauenanteils (dazu unten) ein gleich geeignetes, aber milderer Mittel. Der geplanten Quotenregelung würde dann der Grundsatz der Erforderlichkeit entgegenstehen.

- Die wohl herrschende Meinung lehnt dieses extensive Verständnis gleicher Eignung (Wirksamkeit) ab und verlangt eine sachlich gleichwertige oder mit Blick auf den Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers sogar eine eindeutig gleichwertige Alternative (BVerfGE 105, 17, 36; dazu Sachs, in: ders. [Hrsg.], GG, 7. Aufl. 2014, Art. 20 Rn. 152 m. w. Nachw.). Legt man diese Ansicht zugrunde, impliziert die damit verbundene Anerkennung eines solchen inhaltlichen Entscheidungsspielraums, dass der Gesetzgeber die Auswirkungen seiner Entscheidung so zuverlässig wie möglich abschätzt.
- Angesichts der wesentlichen Auswirkungen, die gerade durch eine gesetzliche starre Geschlechterquote für die Grundrechte der Anteilseigner der betroffenen Unternehmen und der männlichen Mitbewerber um einen Sitz im Aufsichtsrat 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 ermitteln sowie die daraus abgeleiteten Kausalzusammenhänge sorgfältig begründen (vgl. BVerfGE 125, 175, 225 ff.). Dazu muss er insbesondere die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausschöpfen und seiner Einschätzung in Bezug auf die getroffene Maßnahme und mildere, gleichwertige Handlungsalternativen zugrundelegen (BVerfGE 50, 290, 334).
- Der Referentenentwurf stellt insoweit fest, dass die von politischer Seite initiierten Selbstverpflichtungen der Unternehmen nicht die gewünschte Wirkung erzielt und zu keiner nennenswerten Erhöhung des Frauenanteils an Führungspositionen geführt haben (S. 1). Ob und ggfs. auf welche Erkenntnisquellen diese Einschätzung gestützt wird, bleibt offen. Das ist schon deshalb verwunderlich, weil umfangreiche empirische Auswertungen zur Wirksamkeit der Selbstverpflichtung der DAX 30-Unternehmen zur Erhöhung des Frauenanteils zur Verfügung stehen (DIW Berlin, Frauen in den Vorständen und Aufsichtsräten von DAX-30 Unternehmen, Stand: 16. Juli 2014). Da sich der Adressatenkreis mit dem der geplanten fixen Quote überschneidet, drängt sich die Berücksichtigung dieses Materials geradezu auf, zumal darauf leicht zugegriffen werden kann.
- Zieht man diese Auswertungen heran, wird deutlich, dass die Behauptung, wonach die Selbstverpflichtungen der Unternehmen nicht zu einer nennenswerten Erhöhung des Frauenanteils an Führungspositionen geführt habe, jedenfalls für die Aufsichtsräte von DAX 30-Unternehmen, die alle börsennotiert und mitbestimmt sind, nicht zutrifft. Seit Abgabe der Selbstverpflichtung im Jahre 2011 stieg der Anteil weiblicher Aufsichtsratsmitglieder in diesen Unternehmen von 15,7 Prozent auf 19,4 Prozent (2012), 21,9 Prozent (2013) auf 24,7 Prozent (DIW Berlin, Frauen in den Vorständen und Aufsichtsräten von DAX-30 Unternehmen, Stand: 16. Juli 2014). Das ist eine nicht unerhebliche kontinuierliche Steigerung des Frauenanteils im Rahmen der Selbstverpflichtung. Diese Entwicklung

legt mit Blick auf die von den DAX-Unternehmen selbst gesetzten Quoten die Annahme nahe, dass zum 1. Januar 2016 ein Frauenanteil von knapp 30 Prozent erreicht wird. Angesichts dieses empirischen Befundes müsste der Gesetzgeber detaillierter darlegen, worauf er seine Einschätzung stützt, dass freiwillige Selbstverpflichtungen die angestrebte Quote von mindestens 30 Prozent Frauen in den Aufsichtsräten börsennotierter und mitbestimmter Unternehmen nicht gleich wirksam erreichen können. Das ist in dem Referentenentwurf nicht geschehen.

- Um seinen Einschätzungsspielraum bei der Prüfung der Geeignetheit der geplanten starren gesetzlichen Geschlechterquote ordnungsgemäß auszuüben, müsste er zudem im Hinblick auf die freiwillige Selbstverpflichtung der DAX 30-Unternehmen klären, warum dieser Ansatz seiner Ansicht nach nicht den gewünschten Erfolg gebracht hat. Ohne diese tatsächliche Klärung kann die Wirksamkeit der geplanten fixen Quotenregelung nicht hinreichend verlässlich prognostiziert werden. Denn die vorliegenden Daten lassen erkennen, dass im Rahmen der Selbstverpflichtung in bestimmten Branchen wie der Automobil- und Schwerindustrie sowie der Baubranche erhebliche Unterschreitungen der angestrebten Quote von mindestens 30 Prozent zu verzeichnen sind.

#### *dd) Zwischenergebnis*

- Diese Situation legt die Annahme nahe, dass eine Unterrepräsentierung von Frauen in den Aufsichtsräten von Unternehmen in bestimmten Geschäftsfeldern zumindest auch auf strukturelle Besonderheiten zurückzuführen ist, etwa einen geringeren Anteil von Frauen unter den Mitarbeitern, weil bestimmte Tätigkeiten für sie nicht attraktiv zu sein scheinen. Sofern sich diese Annahme verifizieren lässt, wäre eine gesetzliche Geschlechterquote nicht erforderlich, ja sogar hinderlich. Denn der Hebel für eine Frauenförderung müsste dann an anderer Stelle, insbesondere bei der Ausbildung in den MINT-Fächern und der Ausgestaltung des Arbeitsplatzes ansetzen werden. Die geplante gesetzliche Quote könnte die Verfügbarkeit von Frauen mit einschlägiger Qualifizierung und Erfahrung in diesen Bereichen nicht steigern. Vor ihrer Einführung müsste der Gesetzgeber diese tatsächlichen Bedingungen und Entwicklung klären oder zumindest berücksichtigen.
- Das ist in dem Referentenentwurf, soweit ersichtlich, nicht geschehen. Angesichts dieser Ermittlungsdefizite bestehen Zweifel, ob die geplante starre gesetzliche Quote von 30 Prozent für Aufsichtsräte börsennotierter und mitbestimmter Unternehmen dem verfassungsrechtlichen Erfordernis der Geeignetheit genügt.

#### *d) Angemessenheit (Proportionalität)*

##### *aa) Definition*

- Das Merkmal der Angemessenheit (Proportionalität), das auch als Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne bezeichnet wird, verlangt, dass die Beeinträchtigungen nicht außer Verhältnis zu dem verfolgten Zweck stehen. Sie müssen vielmehr bei einer Gesamtbewertung angemessen und deshalb

für die Betroffenen zumutbar sein (Sachs, in: ders. [Hrsg.], GG, 7. Aufl. 2014, Art. 20 Rn. 154). Dabei sind das Ausmaß des Nutzens für den angestrebten Erfolg und das Gewicht der damit verbundenen Beeinträchtigungen einander gegenüberzustellen.

*bb) Kriterien*

- Bezugspunkte der erforderlichen Abwägung sind die Privatnützigkeit des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG) und seine Sozialbindung (Art. 14 Abs. 2 GG). Kommt es zu Kollisionen, sind diese so aufzulösen, dass die widerstreitenden Belange sich weitestmöglich entfalten können (Grundsatz der praktischen Konkordanz). Die gesetzliche Beschränkung des Eigentums muss zudem vom geregelten Sachbereich her geboten sein und darf nicht weiter gehen als der Schutzzweck reicht, dem die Regelung dient (BVerfGE 21, 73, 86).

*cc) Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers*

- Der Gesetzgeber verfügt bei der Gewichtung der Belange und bei der Auflösung von Zielkonflikten über einen Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum. Dabei genießt das Eigentum besonderen Schutz, soweit es der Sicherung der persönlichen Freiheit dient und somit privatnützig ist. Der Spielraum des Gesetzgebers ist insoweit beschränkt, für die Rechtfertigung einer Beschränkung dieser Eigentümerbefugnisse gilt ein strenger Maßstab. Umgekehrt ist die Befugnis des Gesetzgebers zur Inhalts- und Schrankenbestimmung umso weiter, je mehr das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug und in einer sozialen Funktion steht. Nutzung und Verfügung bleiben dann nicht lediglich in der Privatsphäre des Eigentümers, sondern berühren die Belange anderer, die auf die Nutzung des Eigentumsobjekts angewiesen sind (BVerfGE 50, 290, 341). Für die Ermittlung der Zumutbarkeitsgrenze kommt es somit auf das Ausmaß der Privatnützigkeit und der Sozialbindung sowie auf die Intensität der Betroffenheit an.

*dd) Grundsätzlich erhöhte Sozialbindung börsennotierter und mitbestimmter Unternehmen*

- Projiziert man diese Leitsätze auf die geplante feste Geschlechterquote, betrifft die gesetzliche Regelung Unternehmen, die aufgrund ihrer Börsennotierung typischer Weise eine große Zahl von Eigentümern aufweisen, die jeweils nur kleine Anteile halten. Das trifft insbesondere auf große Publikumsgesellschaften in Form der AG zu (Begr. des RefE, S. 101). Ihre Eigentümer haben infolge der Zersplitterung der Anteile regelmäßig keinen oder nur einen sehr geringen Einfluss auf die Unternehmensführung. Die Anteile sind dann letztlich eine Kapitalanlage, deren Vermögenswert durch eine gesetzliche Frauenquote nicht beeinträchtigt wird.
- Außerdem tragen diese Unternehmen wegen der Zahl der Beschäftigten eine besondere wirtschaftliche und gesellschaftliche Verantwortung. Sie unterliegen daher der gesetzlichen Mitbestimmung, die die Entscheidungsrechte der Anteilseigner bei der Besetzung des Aufsichtsrats beschränkt (z. B. nur Besetzung der Plätze der Anteilseignerseite). Eine Gesamtschau dieser strukturellen Besonderheiten

rechtfertigt grundsätzlich eine erhöhte Sozialbindung der mitgliedschaftlichen Befugnisse der Anteilseigner dieser Unternehmen, die staatliche Beschränkungen, wie eine starre Geschlechterquote, in weiterem Umfang zulässt.

*ee) Ausnahmen von diesem Grundsatz bei besonderem personellem Bezug der Eigentümer*

- Dieser Grundsatz muss aber für die Unternehmen eingeschränkt werden, bei denen ein starker persönlicher Bezug der Anteilseigner besteht.

*(1) Große Anteile in der Hand weniger Anteilseigner*

- Dieses besondere Näheverhältnis kann dadurch entstehen, dass die Anteile des Unternehmens nur von wenigen Personen gehalten werden und entsprechend groß sind. Dies ist auch bei börsennotierten und mitbestimmten Unternehmen möglich. Nach Ansicht des BVerfG 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 (BVerfGE 50, 290, 342 f., 348). Die geplante starre Geschlechterquote von mindestens 30 Prozent kann in diesen Fällen unangemessen sein. Daher sollte das Gesetz insoweit eine Härteklausele enthalten, um unzumutbare Beeinträchtigungen des durch Art. 14 GG geschützten Anteilseigentums und somit einen Verstoß gegen den Verfassungsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit zu vermeiden.

*(2) Besondere Entsenderechte der Anteilseigner*

- Die personelle Komponente der mitgliedschaftlichen Eigentumsrechte der Anteilseigner erhält zusätzliches Gewicht, wenn sie in der Unternehmensführung mitwirken und/oder besondere Entsenderechte in den Aufsichtsrat haben (§ 101 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 AktG; dazu Bericht der Länderarbeitsgruppe „Teilhabe von Frauen in Führungs- und Kontrollgremien der Wirtschaft“, S. 76, 89 f.). Ob dies zu einer unangemessenen Beschränkung der mitgliedschaftlichen Rechte der Anteilseigner führt, hängt vom jeweiligen Einzelfall ab. Daher ist eine Einbeziehung dieser Fälle in die angesprochene Härtefallklausel zumindest in Betracht zu ziehen.

*(3) Besondere Beeinträchtigung der Anteilseigner von Familienunternehmen*

- Die börsennotierten und mitbestimmten Unternehmen, für die eine starre Geschlechterquote eingeführt werden soll, sind zu einem nicht geringen Teil zugleich Familienunternehmen. Diese sind dadurch gekennzeichnet, dass eine Familie oder mehrere Familien entscheidenden Einfluss auf die Unternehmensführung haben. Damit einher geht typischerweise eine Beschränkung des Kreises der Anteilseigentümer auf Familienangehörige, die häufig durch Vinkulierungsbestimmungen in der Gesellschaftssatzung abgesichert wird. Bei größeren Familienunternehmen wird die persönliche Bindung zudem nicht selten durch eine Poolvereinbarung sichergestellt, in der sich die Familienge-

sellschafter zur einheitlichen Ausübung ihres Stimmrechts verpflichten.

- Bei Familienunternehmen spielt somit unabhängig von der Größe des Unternehmens die mitgliedschaftsrechtliche Gewährleistung des Art. 14 GG eine wichtige Rolle. Daher ist das Element der Privatnützigkeit stark ausgeprägt. Das Unternehmen ist für die Gesellschafter nicht nur ein Vermögenswert, sondern sie sind mit ihm persönlich, wirtschaftlich und emotional verbunden. Familienunternehmen tragen regelmäßig den Namen der Familie, die sich mit ihrem Unternehmen und seinen Werten identifizieren. Das Familienunternehmen ist zudem häufig ein wichtiges Bindeglied zur Sicherung des familiären Zusammenhalts. Die Anteilseigentümer 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 I 1 GG besonders geschützt. Das zieht dem Gesetzgeber bei der Festlegung einer Frauenquote enge Grenzen.
- Allerdings ist der Gesetzgeber von Verfassung wegen nicht verpflichtet, den Aufsichtsrat von börsennotierten und mitbestimmten Familienunternehmen generell von der geplanten starren gesetzlichen Geschlechterquote freizustellen. Denn unter der Kategorie „Familienunternehmen“ werden so viele unterschiedliche Unternehmensformen zusammengefasst, dass eine pauschale Freistellung in Bezug auf den Aufsichtsrat dieser Unternehmen sachlich nicht gerechtfertigt ist und zudem Anreiz für missbräuchliche Gestaltungen geben könnte.
- Der Gesetzgeber muss jedoch für die börsennotierten und mitbestimmten Familienunternehmen eine Härteklausele vorsehen, bei denen die fixe Quote für den Aufsichtsrat in den Kernbereich der Privatnützigkeit eingreift. Dieser Fall tritt ein, wenn die gesetzliche Quotenregelung dazu führt, dass die Familiengesellschafter das Letztentscheidungsrecht im Aufsichtsrat und somit ihren bestimmenden Einfluss auf die Unternehmensführung verlieren. Diese Gefahr besteht vor allem dann, wenn der Vorstand des mitbestimmten Unternehmens durch Externe geführt wird. 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 Kandidaten besetzt werden müssen, weil keine bzw. jedenfalls keine ausreichend qualifizierten weiblichen Kandidaten aus dem Gesellschafterkreis zur Verfügung stehen. Die geplante Geschlechterquote hätte dann zur Konsequenz, dass das Familienunternehmen zu einem fremdbestimmten Unternehmen wird. Das wäre eine unangemessene Beschränkung der durch Art. 14 I GG garantierten Privatnützigkeit des Anteilseigentums. Außerdem wäre das Unternehmen dann kein Familienunternehmen mehr. Die Quotenregelung würde daher auch gegen die durch Art. 9 Abs. 1 GG geschützte Vereinigungsfreiheit verstoßen.

#### *(4) Tatsächliche Verfügbarkeit qualifizierter Kandidaten*

- Der Referentenentwurf stellt weder auf die Qualifizierung noch auf die tatsächliche Verfügbarkeit der weiblichen und männlichen Kandidaten ab, sondern legt ausnahmslos fest, dass die Aufsichtsräte börsennotierter und mitbestimmter Unternehmen jeweils mindestens 30 Prozent von Kandidaten

beider Geschlechter aufweisen müssen. Diese starre Quotierung ist nicht nur für die Anteilseigner, sondern aus Sicht der unterlegenen Bewerber des anderen Geschlechts auch mit Blick auf das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG problematisch (dazu unten II.).

- Die Anteilseigner haben ein hohes Interesse, dass sie hervorragend qualifizierte Bewerber in den Aufsichtsrat entsenden. Allerdings wird die Bedeutung des Qualifikationskriteriums vereinzelt unterschellig in Frage gestellt, indem auf die fehlende unmittelbare unternehmerische Verantwortung dieses Gremiums und den daraus abgeleiteten schwächeren personalen Bezug zu den mitgliedschaftlichen Rechten der Anteilseigner hingewiesen wird (Bericht der Länderarbeitsgruppe „Teilhabe von Frauen in Führungs- und Kontrollgremien der Wirtschaft“, S. 89).
- Diese Argumentation wird weder den rechtlichen Vorgaben noch den tatsächlichen Bedingungen gerecht. Bei Aktiengesellschaften, die im Mittelpunkt der Quotenregelung stehen, hat der Aufsichtsrat wichtige Befugnisse. Dazu gehören u. a. die Bestellung und Abberufung des Vorstandes, die Überwachung der Geschäftsführung sowie die Abstimmung der Unternehmensstrategie (vgl. § 84 und § 111 Abs. 1 AktG). Daneben kann die Gesellschaftssatzung oder Aufsichtsrat Zustimmungsvorbehalte für weitere Geschäfte vorsehen (§ 111 Abs. 4 AktG). Solche Vorbehalte werden regelmäßig für Investitionen ab einem bestimmten Budget statuiert. Gerade bei börsennotierten und mitbestimmten Unternehmen sind dies wichtige Entscheidungen, die den Wert des Unternehmens erheblich beeinflussen. Sie berühren somit die mitgliedschaftliche und (mittelbar auch) die vermögensrechtliche Seite des verfassungsrechtlich geschützten Anteilseigentums. Die Eigentümer haben somit ein durch Art. 14 GG geschütztes Interesse, Personen mit der erforderlichen Qualifizierung in den Aufsichtsrat zu wählen oder zu entsenden. Das Qualifikationskriterium spielt daher gerade für die Aufsichtsräte der betroffenen Unternehmen eine wichtige Rolle.
- Davon wird die weitere Frage nicht immer hinreichend deutlich unterschieden, nach welchen Kriterien die erforderliche Qualifikation zu bestimmen ist. Die Antwort hierauf ist insbesondere im Hinblick auf die ausreichende Verfügbarkeit geeigneter Kandidaten wichtig. Angesichts der zunehmenden Professionalisierung und Spezialisierung der Tätigkeit der Mitglieder in Aufsichtsräten börsennotierter und mitbestimmter Unternehmen und der damit einhergehenden Verschärfung der persönlichen Haftung sind eine ausreichende branchenspezifische und zumindest unternehmerische Ausbildung und Erfahrung wesentliche Kriterien für die Besetzung dieser Gremien.
- Daneben wird dem Aspekt der Diversität zunehmend größere Bedeutung beigemessen (s. etwa Ziffer 5.4.1. des Deutschen Corporate Governance Kodexes). Das lässt zwar Abstriche an der branchenspezifischen Ausbildung und Erfahrung zu, rechtfertigt aber keine Absenkung des erforderlichen Qualifikationsniveaus. Die Kandidaten müssen daher in anderen Kernkompetenzen des Aufsichtsrats, z. B. Human Resources, Financing, Controlling, Governance und Compliance, Internationalisierung sowie Recht und Steuern, ausreichend qualifiziert sein. Für Branchen, wie die Bau- und Schwerindustrie,



bedeutet dies, dass der dort vorherrschende Mangel an branchenspezifisch qualifizierten weiblichen Kandidaten nicht durch eine stärkere Ausrichtung der Zusammensetzung des Aufsichtsrats an dem Grundsatz der Diversität kompensiert werden kann.

- Daher kann Diversität das Problem, dass derzeit vor allem in bestimmten Branchen nicht ausreichend qualifizierte weibliche Bewerber für die Aufsichtsräte börsennotierter und mitbestimmter Unternehmen tatsächlich zur Verfügung stehen, nicht lösen, sondern führt nur so einer Verschiebung des Engpasses. Vor diesem Aspekt ist es schwer einsehbar, warum der Referentenentwurf dem zentralen Problem tatsächlicher Verfügbarkeit ausreichend qualifizierter Bewerberinnen über den Aspekt der Diversität hinaus keine Beachtung geschenkt, sondern eine starre qualifikationsunabhängige Geschlechterquote von Ausnahmen einführen will. Das kann zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung der mitgliedschaftlichen Anteilsrechte führen, wenn schlechter qualifizierte Kandidaten in den Aufsichtsrat gewählt oder entsendet werden müssen, um die Geschlechterquote einzuhalten. Darin liegt ein Verstoß gegen das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit, der zur Verfassungswidrigkeit des Entwurfs wegen Verletzung von Art. 14 GG führen würde.
- Daher muss der Entwurf eine Ausnahmeklausel für den Fall vorsehen, dass nicht ausreichend qualifizierte Bewerber eines Geschlechts tatsächlich verfügbar sind. In diese Klausel könnte auch aufgenommen werden, nach welchen allgemeinen Kriterien die Qualifikation zu beurteilen ist und von welcher Stelle dies gegebenenfalls überprüft werden kann.

*ff) Drastische Sanktionierung von Verstößen*

- Neben der im Referentenentwurf festgelegten Einführung einer starren Geschlechterquote müssen auch die dort vorgesehenen Sanktionen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen. Nach den Vorstellungen der Entwurfsverfasser bleibt bei einem Verstoß gegen die gesetzliche Quote im Falle einer Blockwahl, die in der Praxis häufig vorkommt, nicht nur das nicht quotenkonform bestimmte Mandat rechtlich unbesetzt („leerer Stuhl), sondern die gesamte Wahl ist hinsichtlich des überrepräsentierten Geschlechts nichtig. Dagegen wären die dem unterrepräsentierten Geschlecht angehörenden Kandidaten wirksam gewählt, auch wenn dies noch nicht zum Erreichen der gesetzmäßigen Quote führen würde (Begr. des RefE, S. 102).
- Diese asymmetrische Sanktionierung ist unangemessen. Denn sie berücksichtigt nur die quotengerecht abgegebenen Stimmen, während die nicht quotengerecht abgegebenen Stimmen nicht mitgezählt werden. Die Entscheidung der Anteilseigner wird dadurch nicht nur nicht berücksichtigt, sondern im Ergebnis unterlaufen. Soweit dadurch eine Aktiengesellschaft betroffen wird, ist schon fraglich, ob dies mit dem aktienrechtlichen Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre zu vereinbaren ist. Jedenfalls liegt ein Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vor.

## **II. Vereinbarkeit der Quotenregelung mit dem Verbot einer geschlechtsbedingten Ungleichbehandlung durch Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG**

### **1. Tatbestand einer Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts**

- Die geplante starre gesetzliche Geschlechterquote für Aufsichtsräte von börsennotierten und mitbestimmten Unternehmen kann das verfassungsrechtliche Verbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG beeinträchtigen, da die Regelung angesichts der tatsächlichen Unterrepräsentierung von Frauen in diesen Gremien und dem eindeutigen Ziel, ihren Anteil zu erhöhen, männliche Bewerber bei der Mandatsvergabe benachteiligen kann. Dazu kann es insbesondere dann kommen, wenn das Aufsichtsratsmandat mit einer weiblichen Bewerberin besetzt werden muss, um den gesetzlich vorgeschriebenen Mindestanteil von 30 Prozent zu erreichen. Darin liegt eine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts. Diese Zuwiderhandlung gegen das Verbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG kann nicht mit dem Argument gerechtfertigt werden, dass dies zur Kompensation von Nachteilen erforderlich ist, die zwingende Folge biologisch-geschlechtlicher Unterschiede zwischen Männern und Frauen sind (dazu BVerfGE 74, 163, 180; 92, 91, 109).

### **2. Rechtfertigung durch den Verfassungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG**

- Als Rechtfertigungsgrund für den Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG kommt Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG in Betracht. Danach fördert der Staat die tatsächliche Durchsetzung der in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG rechtlich gebotenen Gleichberechtigung von Männern und Frauen und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin. Dieser Verfassungsauftrag erfasst auch den privatwirtschaftlichen Bereich (BVerfGE 85, 191, 207; 92, 91, 109).

#### **a) Tragfähigkeit des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG als Rechtfertigungsgrund**

- Allerdings lehnen Teile des Schrifttums die Tragfähigkeit des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG als Rechtfertigungsgrund für einen geschlechtsbedingten Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ab. Zur Begründung führen sie an, der Verfassungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG sei eine Staatszielbestimmung, die sich nicht gegenüber dem strikt verbindlichen verfassungsrechtlichen Verbot des Art. 3 III 1 GG durchsetzen könne, sondern hinter dieses zurücktreten müsse (so etwa Sachs/Osterloh, in Sachs [Hrsg.], Grundgesetz, Art. 3 GG Rn. 264 ff.; Sachs, ZG 2012, 52, 57).
- Für diesen Ansatz sprechen zwar rechtstheoretische und rechtsdogmatische Argumente. Das BVerfG und weite Teile des Schrifttums sind ihm jedoch nicht gefolgt. Sie qualifizieren Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG als mit Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG kollidierendes Verfassungsrecht, das grundsätzlich geeignet ist, eine geschlechtsbedingte Ungleichbehandlung im Rahmen des Art. 3 III 1 GG zu legitimieren (BVerfGE 85, 191, 207; 104, 373, 393; 114, 357, 370; Battis/Schulte-Trux/Weber, DVBl. 1991, 1165, 1168 ff.).

- 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 Geschlechterquote 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 Geschlechterquote 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.
- b) Abwägung zwischen Ungleichbehandlungsverbot (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG) und Gleichbehandlungsauftrag (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG)
- Folgt man dieser Auffassung der überwiegenden Meinung, stellt sich die Frage, ob die geplante starre gesetzliche Geschlechterquote durch den Gleichbehandlungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG gegenüber dem Ungleichbehandlungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG gerechtfertigt sind. Die Antwort hängt von einer Abwägung zwischen diesen Verfassungsbestimmungen unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ab.

*aa) Geeignetheit und Erforderlichkeit*

- Die prinzipielle Eignung der geplanten gesetzlichen starren Geschlechterquote ist mit Blick auf den Verfassungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG gegeben (vgl. oben I 3 a bb und b). Hinsichtlich der Erforderlichkeit im Hinblick auf eine freiwillige Selbstverpflichtung börsennotierter und mitbestimmter Unternehmen ist auf die Ausführungen zur Vereinbarkeit mit dem Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG zu verweisen (oben I 3 c cc).

*bb) Angemessenheit*

- Diese Ausführungen bilden auch den Ausgangspunkt für die Beurteilung der Angemessenheit des Eingriffs in das Verbot der Ungleichbehandlung gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG. Das hängt entscheidend von der konkreten Ausgestaltung der geplanten Geschlechterquote ab. Ein wesentliches Kriterium ist hierbei die Intensität der Beeinträchtigung der Rechte der männlichen Mitbewerber (vgl. Huster, AöR Bd. 118 [1993], 109, 129). 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 (dazu auch Ossenbühl, NJW 2012, 417, 421).
- Die Regelungen des Referentenentwurfs sehen eine feste Quote von mindestens 30 Prozent für jedes Geschlecht in den Aufsichtsräten börsennotierter und mitbestimmter Unternehmen ab 1. Januar 2016 vor. Ausnahmen von dieser Festlegung sind nicht vorgesehen. Insbesondere wird auf die tatsächliche Verfügbarkeit ausreichend qualifizierter Kandidaten des unterrepräsentierten Geschlechts keine Rücksicht genommen. Der Entwurf enthält auch keine Klausel für Härtefälle. Die

geplante Quotenregelung bleibt zwar unter der absoluten Grenze von 50 Prozent zurück, ist aber sehr starr ausgestaltet. Das kann im Einzelfall dazu führen, dass Kandidaten des überrepräsentierten Geschlechts unangemessen benachteiligt werden. Exemplarisch hierfür ist die Situation, dass eine schlechter qualifizierte Kandidatin für ein Aufsichtsratsmandat gegenüber dem besser qualifizierten Konkurrenten nur deshalb den Vorzug erhält, weil nur so die gesetzliche Mindestquote für Frauen erfüllt werden kann.

- Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die geplante gesetzliche starre Geschlechterquote in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung nicht gewährleistet, dass keine unangemessenen Benachteiligungen des überrepräsentierten Geschlechts vermieden werden. Eine Verletzung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ist somit nicht ausgeschlossen.

### III. Zusammenfassung zum 2. Teil

- Art. 14 Abs. 1 GG schützt die Anteile an einem Unternehmen und verleiht den Inhabern dieser Anteile ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe, das gerichtlich durchgesetzt werden kann (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG). Das Grundrecht auf Eigentum schützt insoweit nicht nur den Vermögenswert der Anteile und die Befugnis der Anteilseigner, darüber zu verfügen, sondern verleiht ihnen auch Rechte in Bezug auf die Unternehmensführung. Zu diesen mitgliedschaftlichen Gewährleistungen gehört das Recht der Anteilseigner, auf die Besetzung der Unternehmensorgane Einfluss zu nehmen.
- Die Reichweite dieser Befugnis wird durch das einschlägige Gesellschaftsrecht ausgestaltet, das seinerseits den Anforderungen des Art. 14 GG genügen muss. In einer mitbestimmten AG werden die Mitglieder der Anteilseigner im Aufsichtsrat grds. von diesen in der Hauptversammlung gewählt, soweit nicht durch Satzung ein Entsenderecht begründet worden ist (§ 101 Abs. 1 Satz 1 AktG).
- Die geplante starre gesetzlichen Geschlechterquote von mindestens 30 Prozent für die Aufsichtsräte börsennotierter und mitbestimmter Unternehmen greift in die durch Art. 14 GG geschützten mitgliedschaftlichen Rechte der Anteilseigner der betroffenen Unternehmen ein. Dieser Eingriff ist grundrechtsdogmatisch als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums i. S. v. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG einzuordnen. Seine Verfassungsmäßigkeit setzt voraus, dass der Gesetzgeber damit einen verfassungslegitimen Gemeinwohlbelang in verhältnismäßiger Weise verfolgt.
- Der Referentenentwurf stützt die beschränkende Quotenregelung auf das verfassungsrechtliche Gebot der Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG, auf dessen tatsächliche Verwirklichung der Staat hinwirken muss. Dabei handelt es sich um einen verfassungslegitimen Gemeinwohlbelang. Allerdings werden private Unternehmen durch diesen Verfassungsauftrag nicht unmittelbar rechtlich verpflichtet. Die von der fixen Geschlechterquote betroffenen Unternehmen tragen jedoch wegen der großen Zahl an Beschäftigten eine besondere wirtschaftliche und gesellschaftliche Verantwortung

für die Realisierung dieses Verfassungsauftrags. Das rechtfertigt grundsätzlich ihre Einbindung in staatliche Maßnahmen zur Förderung von Frauen in Führungspositionen der Privatwirtschaft.

- Die Verfassungsmäßigkeit kann aber nur bejaht werden, wenn die Quotenregelung dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt. Dieser setzt sich aus den drei Teilelementen „Geeignetheit“, „Erforderlichkeit“ und „Angemessenheit“ zusammen, für die das Bundesverfassungsgericht je spezifische Anforderungen entwickelt hat.
- Danach ist das Merkmal der Geeignetheit erfüllt, wenn die Quotenregelung den angestrebten Erfolg, den Anteil des unterrepräsentierten Geschlechts in den Aufsichtsräten börsennotierter und mitbestimmter Unternehmen zu erhöhen, herbeiführen kann. Hierfür reicht es nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts bereits aus, dass die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts erhöht wird. Das ist bei der geplanten fixen gesetzlichen Geschlechterquote der Fall. Ob die Quotenregelung auch in der Praxis geeignet ist, bleibt bei dieser verfassungsrechtlichen Prüfung außer Betracht.
- Das verfassungsrechtliche Gebot der Erforderlichkeit verlangt, dass kein milderes, gleich geeignetes Mittel zur Verfügung steht, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Für die fixe gesetzliche Geschlechterquote ist dies im Hinblick auf die freiwillige Selbstverpflichtung zur Erhöhung des Frauenanteils in Führungsgremien, die DAX 30-Unternehmen im Jahr 2011 eingegangen sind, fraglich. Denn diese Unternehmen sind wie die Adressaten der geplanten Quotenregelung börsennotiert und mitbestimmt. Die starre gesetzliche Quote wäre daher nicht erforderlich, wenn die gewünschte Erhöhung des Anteils von Frauen in den Aufsichtsräten dieser Unternehmen gleich wirksam durch deren freiwillige Selbstverpflichtung erreicht werden könnte. Stellt auf den Einwirkungsmechanismus ab, ist eine gesetzliche Verpflichtung wirksamer als eine freiwillige Selbstverpflichtung. Allerdings kommt es für die Förderung des unterrepräsentierten Geschlechts weniger auf das eingesetzte Instrument als auf den tatsächlich erreichten Erfolg an.
- Insoweit ist fraglich, ob das evident mildere Mittel der Selbstverpflichtung gleich geeignet wie eine starre gesetzliche Verpflichtung ist. Bei der inhaltlichen Bewertung dieser Frage steht dem Gesetzgeber ein Einschätzungsspielraum zu. Allerdings muss er seine inhaltliche Einschätzung auf eine verlässliche Tatsachengrundlage stützen und sich dabei aller verfügbaren Erkenntnisquellen bedienen.
- Der Referentenentwurf weist insoweit Defizite auf. So wird schlicht behauptet, dass die freiwillige Selbstverpflichtung nicht den gewünschten Erfolg gezeigt habe. Dabei wird die tatsächliche Steigerung des Anteils von Frauen in DAX 30-Unternehmen unzureichend berücksichtigt. Ihr Anteil ist von 15,7 Prozent im Jahr 2011 auf 24,7 Prozent im Juli 2014 angewachsen. Diese Entwicklung wirft Zweifel an der Erforderlichkeit der geplanten starren gesetzlichen Quote auf.

- Hinzu kommt, dass die Entwurfsverfasser nicht auf das Phänomen eingehen, dass ein Unterschreiten der angestrebten Quote im Rahmen der Selbstverpflichtung vor allem bei bestimmten Branchen, wie der Bau- und Schwerindustrie, zu beobachten ist. Dieser tatsächliche Befund legt die Annahme nahe, dass in diesen Branchen auf allen Ebenen nicht genügend weibliche Kandidaten zur Verfügung stehen. Diese Frage bedarf vor Einführung der geplanten Quote der Klärung, weil diese andernfalls leerläuft, ja hinderlich ist. Angesichts der konstatierten Ermittlungsdefizite ist zweifelhaft, ob der Einschätzungsspielraum ordnungsgemäß ausgefüllt worden ist, da diese Mängel auf die inhaltliche Bewertung durchschlagen.
  
- Das verfassungsrechtliche Erfordernis der Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engen Sinne) verlangt, dass die Beeinträchtigungen durch die Quotenregelung nicht außer Verhältnis zu dem damit verfolgten Zweck stehen. Sie müssen vielmehr bei einer Gesamtbewertung angemessen und deshalb für die Betroffenen zumutbar sein. Dabei sind das Ausmaß des Nutzens für den angestrebten Erfolg und das Gewicht der damit verbundenen Beeinträchtigungen einander gegenüberzustellen und Konflikte gemäß dem Gebot praktischer Konkordanz aufzulösen. Dem Gesetzgeber steht insoweit ein Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum zu.
  
- Bezugspunkte der erforderlichen Abwägung sind die Privatnützigkeit des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG) und seine Sozialbindung (Art. 14 Abs. 2 GG). Das Merkmal der Privatnützigkeit bezeichnet die besondere Schutzbedürftigkeit der eigentumsrechtlichen Gewährleistungen, weil sie die persönliche Freiheit im vermögensrechtlichen Bereich sichern. Der Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist insoweit beschränkt. Umgekehrt eröffnet eine stark ausgeprägte Sozialbindung des Eigentums dem Gesetzgeber weitergehende Einschränkungsmöglichkeiten, weil das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug und in einer sozialen Funktion steht.
  
- Die gesetzliche fixe Geschlechterquote betrifft Unternehmen, die börsennotiert und mitbestimmt sind. Sie sind wegen der Finanzierung über den Kapitalmarkt einer stärkeren Regulierung ausgesetzt und tragen wegen der Zahl der Beschäftigten (mehr als 2000) eine größere wirtschaftliche und gesellschaftliche Verantwortung. Das Anteilseigentum an diesen Unternehmen und die daraus abgeleiteten mitgliedschaftlichen Befugnisse der Anteilseigner unterliegen deshalb einer erhöhten Sozialbindung. Das mindert die Schutzbedürftigkeit dieser Rechte und führt dazu, dass die geplante Geschlechterquote der betroffenen Unternehmen grundsätzlich nicht unangemessen benachteiligt.
  
- Dieser Grundsatz wird allerdings in den Fällen durchbrochen, in denen eine erhöhte Privatnützigkeit besteht. Insoweit genießen die Einwirkungsrechte der Anteilseigner auf die Besetzung des Aufsichtsrats stärkeren Schutz. Die Quotenregelung kann dann unangemessen sein und gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit verstoßen. Um dies zu vermeiden, sollte die geplante Regelung durch eine Härteklausele für nachfolgend genannte Fälle ergänzt werden; andernfalls kann sie im Einzelfall verfassungswidrig sein:

- börsennotierte und mitbestimmte Unternehmen, bei denen die Anteile in der Hand weniger Personen liegen. Denn dies hat in der Regel eine erhöhte Privatnützigkeit zu Folge, weil das Anteilseigentum und die damit verbundenen Befugnisse dann regelmäßig nicht nur eine Vermögensanlage, sondern Grundlage unternehmerischer Betätigung sind;
  - besondere Entsendungsrechte der Anteilseigner für den Aufsichtsrat, da sie zu einem besonderen personellen Bezug ihrer mitgliedschaftlichen Befugnisse führen;
  - fremdgeführte Familienunternehmen, bei denen die Geschlechterquote zur Konsequenz haben kann, dass das Letztentscheidungsrecht der Familiengesellschafter im Aufsichtsrat entfällt oder erheblich beeinträchtigt wird. Eine Unangemessenheit ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die Quote dazu führt, dass ein Unternehmen wegen des Verlustes der Einwirkungsrechte der Familiengesellschafter seinen Status als Familienunternehmen einbüßt.
- Die notwendige Härteklausele könnte auf der Rechtsfolgenseite flexibel ausgestaltet werden und zur Dispensierung von der starren Geschlechterquote führen, wenn nur so dem verfassungsrechtlichen Gebot der Angemessenheit Rechnung getragen werden kann.
- Darüber hinaus muss die Quotenregelung zur Wahrung dieses Verfassungsgebots eine Ausnahmeklausel für den Fall vorsehen, dass nicht mindestens 30 Prozent ausreichend qualifizierte Frauen für die zu besetzenden Aufsichtsratsmandate tatsächlich zur Verfügung stehen. Der Referentenentwurf enthält keine derartige Klausel und geht auf das Problem, dass ausreichend qualifizierte Frauen für die Besetzung der Aufsichtsräte möglicherweise tatsächlich nicht zur Verfügung stehen, nicht näher ein. Diese Problematik ist insbesondere in bestimmten Branchen wie der Bau- und Schwerindustrie virulent. Eine starre Quote von mindestens 30 Prozent ohne Ausnahmeklausel kann hier unangemessen und somit verfassungswidrig sein.
- Darüber hinaus ist die geplante Sanktionierung von Verstößen gegen die Geschlechterquote nicht mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar. Denn sie sieht in diesen Fällen nicht nur vor, dass das quotenwidrig besetzte Mandat rechtlich unbesetzt bleibt („leerer Stuhl“), sondern führt bei einer Blockwahl zur Nichtigkeit der gesamten Wahl hinsichtlich des überrepräsentierten Geschlechts. Die Unzumutbarkeit dieser Regelung wird zusätzlich dadurch verschärft, dass die dem unterrepräsentierten Geschlecht angehörigen Kandidaten wirksam gewählt sind. Das unterläuft die mitgliedschaftlichen Befugnisse der Unternehmenseigentümer bei der Besetzung der Anteilseignerbank im Aufsichtsrat.
- Die starre gesetzliche Geschlechterquote kann zudem das verfassungsrechtliche Verbot einer Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG beeinträchtigen. Dazu kommt

es beispielsweise, wenn eine weibliche Bewerberin um ein Aufsichtsratsmandat den Vorzug erhält, weil nur so die gesetzliche Mindestquote für das weibliche Geschlecht erfüllt werden kann, obwohl ein männlicher Mitbewerber für das Mandat besser qualifiziert ist.

- Diese Zuwiderhandlung gegen den Verbotstatbestand des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG kann aber durch den Verfassungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG legitimiert sein, wenn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet wird. Hinsichtlich der Gebote der Geeignetheit und Erforderlichkeit ist auf die Ausführungen zu Art. 14 GG zu verweisen. Angesichts der Möglichkeit einer freiwilligen Selbstverpflichtung als milderer Mittel bestehen Zweifel an der Erforderlichkeit der gesetzlichen Quote. Sie resultieren aus Defiziten bei der Ermittlung der Wirksamkeit der freiwilligen Selbstverpflichtung der DAX 30-Unternehmen (vgl. oben).
- Außerdem ist die Quotenregelung starr, also unflexibel ausgestaltet. Denn sie legt zwingend einen Mindestanteil von 30 Prozent für jedes Geschlecht fest. Eine Ausnahme für die Fälle, in denen ausreichend qualifizierte Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts für die zu besetzenden Aufsichtsratsmandate tatsächlich nicht zur Verfügung stehen, ist nicht vorgesehen. Ebenso fehlt eine Härteklausel für die oben dargelegten Konstellationen, in denen die Geschlechterquote aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls eine unangemessene Härte darstellt.
- Die vorliegende Fassung des Referentenentwurfs schließt daher eine Verletzung des Verbots des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nicht aus, sondern scheint diese Gefahr entweder nicht zu erkennen oder bewusst in Kauf zu nehmen.



### **3. Teil      Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der geplanten flexiblen Geschlechterquote**

#### **I.      Überblick zu den geplanten Regelungen**

##### **1. Betroffene Unternehmen**

- Die Vorgaben für eine flexible Geschlechterquote betreffen Unternehmen die börsennotiert oder mitbestimmt sind. Anders als bei der fixen Geschlechterquote müssen beide Merkmale nicht kumulativ, sondern alternativ vorliegen. Außerdem ist der Kreis der mitbestimmten Unternehmen weiter gefasst. Neben der paritätischen Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz, dem Montan-Mitbestimmungsgesetz und dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz werden auch Unternehmen erfasst, für die das Drittelbeteiligungsgesetz Anwendung beansprucht. Dieses Gesetz gilt nicht erst ab 2000 regelmäßig Beschäftigten, sondern greift schon bei Unternehmen ein, die in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmer haben.

##### **2. Erfasste Organe und Stellen**

- Die flexible Quote erfasst nicht nur den Aufsichtsrat, sondern auch den Vorstand und die beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstandes.

##### **3. Ausgestaltung der Quotenregelung**

- Die flexible Geschlechterquote gibt keinen gesetzlich bestimmten Mindestanteil für das jeweilige Geschlecht vor, sondern verpflichtet den Aufsichtsrat der betroffenen Unternehmen dazu, bis spätestens 30. Juni 2015 erstmals Zielgrößen für die Erhöhung des Frauenanteils im Aufsichtsrat und im Vorstand festzulegen. Gleiches gilt für den Vorstand hinsichtlich der beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstandes (§ 76 Abs. 4, § 111 Abs. 5 AktG-E, § 36 und § 52 Abs. 4 GmbHG-E, § 25 EGActG-E, § 5 EGGmbHG-E). Diese Festlegungen sind in die Erklärung zur Unternehmensführung aufzunehmen. Für den Fall, dass die selbst festgelegten Zielgrößen nicht erreicht werden, müssen die Gründe für diese Unterschreitung ebenfalls in diese Erklärung aufgenommen werden (§ 289a Abs. 2 Nr. 4 HGB-E). Außerdem bildet der tatsächlich erreichte Frauenanteil in den genannten Führungsgremien eine Untergrenze, die bei Festlegung der Zielgrößen unter 30 Prozent nicht unterschritten werden darf. Ist ein Frauenanteil von 30 Prozent oder mehr erreicht, dürfen die Zielgrößen 30 Prozent nicht unterschreiten.

## II. Vereinbarkeit der Quotenregelung mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG

### 1. Schutz des Eigentums der Anteilseigner und des Unternehmens durch Art. 14 GG

- Die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG schützt nicht nur das Anteilseigentum an einem Unternehmen, sondern gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auch das Unternehmen selbst. Sie gewährleistet ihm u. a. das Recht, seine innere Organisation selbst zu regeln. Die Unternehmensorgane werden in ihrer gesetzlich ausgestalteten Entscheidungsfreiheit geschützt.

### 2. Bloße Ausgestaltung des Eigentums oder Eingriff in die Eigentumsrechte?

#### a) Ausgestaltung des Inhalts des Eigentums

- Die gesetzliche Verpflichtung des Aufsichtsrats, Zielgrößen für die Erhöhung des Frauenanteils in diesem Gremium und im Vorstand festzulegen, berührt das Eigentumsrecht des Unternehmens. Gleiches gilt für die Verpflichtung des Vorstandes, Zielgrößen für die Erhöhung des Frauenanteils in den beiden unterhalb des Vorstandes liegenden Führungsebenen festzulegen. Da Abweichungen zwar unerwünscht, aber grundsätzlich möglich sind, spricht man von einer flexiblen Geschlechterquote, die angesichts der tatsächlichen Situation eine flexible Frauenquote ist.
- Soweit die Eigentümer des betroffenen Unternehmens zugleich Mitglieder des Aufsichtsrats oder des Vorstandes sind, berührt diese gesetzliche Verpflichtung auch ihre mitgliedschaftlichen Befugnisse aufgrund des Anteilseigentums.
- Die geplanten Regelungen der flexiblen Geschlechterquote gestalten das verfassungsrechtliche Eigentum der Anteilseigner und des Unternehmens aus. Sie sind insoweit grundrechtsdogmatisch als Inhaltsbestimmungen des Eigentums zu qualifizieren. Als solche unterliegen sie den Anforderungen des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 GG. Danach müssen die Bestimmungen ein verfassungslegitimes Ziel (Gemeinwohlbelang) in verhältnismäßiger Weise verfolgen.
- Eine Verletzung dieser objektiv-rechtlichen Anforderungen kann von den betroffenen Unternehmen und seinen Anteilseignern aber nur dann vor den Gerichten geltend gemacht und von den Gerichten kontrolliert und ggfs. durchgesetzt werden, wenn sie durch die Quotenregelung über die Ausgestaltung hinaus in ihrem Grundrecht auf Eigentum beeinträchtigt werden. Denn die Garantie eines effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG setzt eine Verletzung in subjektiven Rechten voraus, zu denen insbesondere die Grundrechte gehören.

#### b) Eingriff in die Gewährleistungen des Eigentums

##### aa) Definition des Eingriffs

- Ein Eingriff in das Eigentum liegt vor, wenn die gesetzliche Verpflichtung zur Festlegung von Ziel-

größen für die Erhöhung des Frauenanteils in den genannten Führungsgremien die Entscheidungsfreiheit der Unternehmensorgane und/oder der Anteilseigner des Unternehmens einschränkt oder in sonstiger Weise beeinträchtigt.

*bb) „Klassischer“ Eingriffsbegriff*

- Die geplante Quote verlangt zwar, dass Zielgrößen bis zu einem bestimmten Zeitpunkt festgelegt werden (vgl. unten). Gleichwohl ist es wegen der Flexibilität hinsichtlich der Höhe der Zielgröße zweifelhaft, ob der Tatbestand des „klassischen“ Grundrechtseingriffs vorliegt, da insoweit die von ihm vorausgesetzte imperative Wirkung („Befehl und ggfs. Zwang“) fehlt.

*cc) Erweiterter Eingriffsbegriff*

- Unabhängig davon ist allgemein anerkannt, dass dieses enge Verständnis eines Grundrechtseingriffs insbesondere bei faktischen und mittelbaren Beeinträchtigungen durch eine weiter gefasste Interpretation ergänzt wird. Sie verzichtet auf die Imperativität als konstitutives Merkmal. Für einen Grundrechtseingriff reichen vielmehr neben rechtlichen auch faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen durch ein dem Staat zuzurechnendes Verhalten aus, sofern sie eine hinreichende Beeinträchtigungsintensität besitzen. Geht die (faktische) Beeinträchtigung von Dritten aus, ist der Staat hierfür verantwortlich, wenn er das Verhalten bewusst und gewollt herbeigeführt hat.
- Als eingriffsrelevante faktische Beeinträchtigung kommt daher auch der Druck durch die Öffentlichkeit gegenüber Unternehmen in Betracht, die die selbst gesetzte Zielgröße verfehlen oder von vornherein eine niedrige Zielgröße festlegen. Diese tatsächlichen Auswirkungen gehen zwar von privaten Dritten aus. Sie sind aber dem Staat zuzurechnen, weil er diesen Druck nach der Begründung des Referentenentwurfs bewusst herbeiführen will und zu diesem Zweck weitreichende Berichts- und Informationspflichten für die Unternehmen statuiert (Begr. des RefE, S. 100). Allerdings kann gegenwärtig kaum verlässlich prognostiziert werden, ob der angestrebte Druck durch die Öffentlichkeit die für einen Eingriff in Art. 14 GG notwendige Beeinträchtigungsintensität entfalten wird.
- Die flexible Geschlechterquote wird aber jedenfalls zu einer rechtlichen Beeinträchtigung der Leistungsgewährleistungen des Unternehmens und seiner Anteilseigner führen. Zwar überlässt sie es den zuständigen Unternehmensorganen (Aufsichtsrat und Vorstand), die Zielgrößen für die Erhöhung des Frauenanteils in den Führungsgremien festzulegen. Diese Gestaltungsfreiheit darf aber nicht mit Freiwilligkeit gleichgesetzt werden. Denn die gesetzliche Regelung schreibt zwingend vor, dass eine Frauenquote für die genannten Gremien und Stellen festgelegt werden muss, bis wann dies geschehen muss (erstmalig bis spätestens 30. Juni 2015) und dass bei Zielgrößen unter 30 Prozent der tatsächlich erreichte Frauenanteil nicht unterschritten werden darf.

- Die Quotenregelung beschränkt somit die Entscheidungsfreiheit von Aufsichtsrat und Vorstand hinsichtlich der Frage, ob eine Frauenquote festgelegt wird und hinsichtlich des Zeitpunktes, bis zu dem diese Festlegung erfolgen muss. Was den Umfang der Quote betrifft, ist zwar eine bestimmte Mindestzielgröße nicht explizit vorgegeben. Solange aber keine Frauenquote von 30 Prozent erreicht ist, dürfen nur solche Zielgrößen festgelegt werden, die den zu diesem Zeitpunkt tatsächlich bestehenden Status Quo nicht unterschreiten. Der Frauenanteil kann daher bis zur Erreichung dieser Grenze nur erhöht, aber nicht verringert werden. Dahinter steht das langfristige Ziel, die Führungsgremien der betroffenen Unternehmen paritätisch mit Frauen und Männern zu besetzen (Begr. des RefE, S. 100). Diese aus dem tatsächlich erreichten Frauenanteil resultierende Untergrenze ist zwingend verbindlich. Da die gesetzliche Vorgabe für die flexible Quotenregelung darauf abstellt, handelt es sich um eine rechtliche Mindestzielgröße, deren Höhe von der faktischen Situation abhängt. Sie kann also selbst dann nicht durchbrochen werden, wenn zu bestimmten Zeiten ausreichend qualifizierte Frauen tatsächlich nicht zur Verfügung stehen. Daraus wird deutlich, dass die geplante Quotenregelung bei näherer Betrachtung deutlich weniger flexibel ist als dies zunächst den Anschein hat.
  
- Die Entscheidungsfreiheit des Aufsichtsrats bei der Bestellung des Vorstandes und die Entscheidungsfreiheit des Vorstandes bei der Auswahl des Personals für die beiden unterhalb des Vorstandes liegenden Führungsebenen werden dadurch nicht unerheblich beschränkt. Diese Entscheidungen gehören nach den gesetzlichen Bestimmungen zum jeweiligen Kernbereich der Aufgaben von Aufsichtsrat und Vorstand (vgl. § 76 Abs. 1 und § 84 Abs. 1 AktG). Sie sind von den Gewährleistungen des Art. 14 GG für das Unternehmen und seine Anteilseigner, sofern sie im Aufsichtsrat oder Vorstand mitwirken, mitumfasst. Daher ist die geplante flexible Quotenregelung als Eingriff in Art. 14 GG zu qualifizieren. Den betroffenen Unternehmen und Anteilseignern steht dagegen der gerichtliche Rechtsschutz offen. Nach der Qualität der Einwirkungen sind Ähnlichkeiten zur Rechtsfigur der regulierten Selbstregulierung zu erkennen.
  
- Der Eingriffscharakter der flexiblen Geschlechterquote wird durch die damit verbundenen wirtschaftlichen Belastungen der betroffenen Unternehmen untermauert. Sie resultieren aus den Kosten für die Ermittlung des Frauenanteils und für die Festlegung der Zielgrößen, die insbesondere für die Führungsebenen unterhalb des Vorstandes erheblichen personellen und sachlichen Aufwand verursachen kann. Dazu tragen auch die geforderten Berichts- und Informationspflichten bei. Danach müssen Abweichungen von den festgelegten Zielgrößen begründet und die Öffentlichkeit darüber transparent informiert werden. Der Vorstand muss also nachvollziehbar darlegen, was er unternommen hat und weshalb dies keinen Erfolg hatte (Begr. des RefE, S. 100).
  
- Da die flexible Quotenregelung auch für Unternehmen gilt, die dem Drittelbeteiligungsgesetz unterfallen, beansprucht sie bereits dann Geltung, wenn das Unternehmen in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 DrittelbG). Gerade für diese Unternehmen dürfte die Erfüllung der Ermittlungs-, Berichts- und Informationspflichten häufig mit einem nicht

unerheblichen Aufwand verbunden sein. Das gilt insbesondere dann, wenn sie hierfür nicht über die notwendigen personellen Kapazitäten verfügen und deshalb die Erfüllung der Aufgabe auf Dritte übertragen müssen.

*dd) Zwischenergebnis*

- Die flexible gesetzliche Geschlechterquote greift in das Eigentum des Unternehmens und in das Eigentum der Anteilseigner ein, wenn diese im Aufsichtsrat oder Vorstand tätig sind. Grundrechtsdogmatisch ist der Eingriff eine Schrankenbestimmung.

### **3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

- Die Beschränkung der eigentumsrechtlichen Gewährleistungen ist gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG nur verfassungskonform, wenn der Gesetzgeber einen verfassungslegitimen Gemeinwohlbelang in verhältnismäßiger Weise verfolgt.

a) Verfassungslegitimes Ziel

- Was das Vorliegen eines verfassungslegitimen Gemeinwohlbelangs im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG betrifft, ist auf die diesbezüglichen Ausführungen zu der geplanten fixen Geschlechterquote zu verweisen (oben 2. Teil I 3 a). Auch die flexible Geschlechterquote kann sich grundsätzlich auf das durch Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG abgesicherte Ziel stützen, die tatsächliche Gleichberechtigung von Männern und Frauen in Führungspositionen der Wirtschaft zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken. Ob und ggfs. in welchem Umfang die vom Gesetzgeber angenommenen Nachteile in den erfassten Gremien der betroffenen Unternehmen tatsächlich bestehen, ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu erörtern (dazu sogleich).

b) Verhältnismäßigkeit

*aa) Geeignetheit*

- Die geplante flexible Geschlechterquote erfüllt die Anforderungen des verfassungsrechtlichen Gebots der Geeignetheit. Zwar lässt sich zum gegenwärtigen Zeitpunkt kaum prognostizieren, ob die Quotenregelung den gewünschten Fördereffekt tatsächlich entfalten kann. Darauf kommt es jedoch für dieses verfassungsrechtliche Erfordernis nicht an. Vielmehr reicht insoweit aus, dass die Wahrscheinlichkeit des Erfolgsintritts erhöht wird. Dieser Effekt ist jedenfalls gegeben.

*bb) Erforderlichkeit*

*(1) In Bezug auf Aufsichtsrat und Vorstand*

- Die in der Quotenregelung vorgesehene flexible Festlegung von Zielgrößen für die Erhöhung des Frauenanteils in Aufsichtsrat und Vorstand genügt den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Gebots der Erforderlichkeit, weil ein milderes, gleich wirksames Mittel nicht ersichtlich ist. Der Aufsichtsrat kann bei dieser Festlegung insbesondere die Struktur der Branche und des Unternehmens

sowie die präsumtive tatsächliche Verfügbarkeit ausreichend qualifizierter Frauen für diese Positionen angemessen berücksichtigen. Im Falle einer Fehleinschätzung sind Abweichungen von der festgelegten Zielgröße grundsätzlich möglich (zur Bedeutung der Untergrenze s. unten cc (2)). Insofern bedarf es lediglich einer entsprechenden Begründung und deren öffentliche Bekanntmachung.

*(2) In Bezug auf die beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstandes*

- Erheblichen Bedenken begegnet aber die Erforderlichkeit einer Festlegung der Zielgrößen für die Erhöhung des Frauenanteils in den beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstandes. Insofern ist zunächst daran zu erinnern, dass die flexible Geschlechterquote weit mehr Unternehmen betrifft als die fixe Geschlechterquote. Denn einerseits reicht es aus, dass ein Unternehmen börsennotiert oder mitbestimmt ist. Andererseits wird der Kreis der mitbestimmten Unternehmen weiter gezogen, weil – anders als bei der fixen Quote – auch Unternehmen erfasst werden, für die das Drittelbeteiligungsgesetz gilt. Dieses Gesetz kann auch schon unter 500 regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmern eingreifen, wenn die Aktiengesellschaft vor dem 10. August 1994 eingetragen worden und keine Familiengesellschaft ist (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 und 3 DrittelbG).
  
- Bei Unternehmen dieser Größe ist es oft schwierig, die relevanten Führungsebenen zu bestimmen. Zudem fehlen verlässliche Zahlen, wie hoch der Frauenanteil auf diesen Ebenen tatsächlich ist. Angesichts der Unsicherheit bei der Bestimmung der betroffenen Führungsebenen dürften schon belastbare Schätzungen erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Zwar hat der Gesetzgeber bei der Beurteilung der Erforderlichkeit einen Spielraum. Er darf seine Entscheidung aber nicht auf der Grundlage von Vermutungen treffen. Jedenfalls für die beiden unterhalb des Vorstandes liegenden Führungsebenen bei Unternehmen, die in der Regel zwischen 500 und 2000 Arbeitnehmer beschäftigen und nicht börsennotiert sind, fehlen die notwendigen tatsächlichen Klärungen. Dieses Ermittlungsdefizit kann zu einem Bewertungsfehler hinsichtlich des Verfassungsgebots der Erforderlichkeit führen.

*cc) Angemessenheit (Proportionalität)*

- Hinsichtlich des verfassungsrechtlichen Gebots der Angemessenheit, dem dritten Element des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, gelten für die flexible Geschlechterquote dieselben Leitsätze und Kriterien, die in Bezug auf die fixe Geschlechterquote offen gelegt worden sind. Legt man diese zugrunde, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Eingriff grundsätzlich eine deutlich geringere Intensität als bei einer fixen Quote aufweist, weil der Frauenanteil von den Unternehmen flexibel festgelegt werden kann. Abweichungen von den festgelegten Zielgrößen sind prinzipiell zulässig, strengere Sanktionen als Berichts- und Informationspflichten sind nicht vorgesehen.

*(1) Börsennotierte oder paritätisch mitbestimmte Unternehmen*

- Hinzu kommt, dass Unternehmen, die börsennotiert oder nach dem Mitbestimmungsgesetz, dem Montan-Mitbestimmungsgesetz oder dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz paritätisch mitbestimmt

sind, aus oben genannten Gründen eine besondere wirtschaftliche und gesellschaftliche Verantwortung für die Umsetzung des Gleichbehandlungsauftrages aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG haben. Die eigentumsrechtlichen Gewährleistungen unterliegen daher einer stärkeren Sozialbindung, die weitergehende Beschränkungen zulässt.

- Für diese Unternehmen greift die flexible Quote für den Aufsichtsrat und Vorstand grundsätzlich nicht unzumutbar in die Entscheidungsfreiheit des Aufsichtsrats ein. Der entscheidende Grund hierfür ist, dass er bei der Festlegung der Zielgrößen die Qualifizierung und die tatsächliche Verfügbarkeit von Frauen angemessen berücksichtigen kann. Gerade für den Vorstand einer Aktiengesellschaft wäre es mit Blick auf dessen Aufgaben, Verantwortung und Haftung unangemessen, wenn andere Kriterien als die Qualifikation der Bewerber ausschlaggebend wären. Dieser Grund bildet somit zugleich die Grenze für die Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers.

### *(2) Sonderproblem der Untergrenze bei der Festlegung der Zielgrößen*

- Daher ist die Angemessenheit der Untergrenze für die Festlegung des Frauenanteils verfassungsrechtlich problematisch, wenn abzusehen ist, dass künftig weniger ausreichend qualifizierte weibliche Kandidaten als mit Frauen gegenwärtig besetzte Mandate zur Verfügung stehen werden. Der Aufsichtsrat wäre in dieser Situation gleichwohl gesetzlich verpflichtet, eine höhere Zielgröße für den Frauenanteil als den bisherigen Status Quo festzulegen. Dies würde selbst dann gelten, wenn er erkennt, dass diese Quote nicht erfüllt werden kann, weil ausreichend qualifizierte Frauen nicht verfügbar sind, oder wenn er diesbezüglich begründete Zweifel hat. Der Aufsichtsrat müsste letztlich für Bedingungen eintreten, auf die er keinen Einfluss hat.
- Als Ausweg bliebe nur, entweder die Zielgröße einzuhalten und den Vorstand mit nicht hinreichend qualifizierten Kandidatinnen zu besetzen oder gegen die Untergrenze der flexiblen Quote zu verstoßen. Ersteres ist wegen der Stellung des Vorstands und dem dadurch begründeten Primat der Qualifikation seiner Mitglieder eine unzumutbare Beeinträchtigung der Eigentumsgewährleistungen des Art. 14 GG. Letzteres würde gegen die gesetzliche Verpflichtung zur Beachtung der Untergrenze bei der Festlegung der Quote verstoßen und kann zu einer Haftung des Aufsichtsratsvorsitzenden führen. Beide Lösungswege sind daher nicht gangbar. Daher sollte der Gesetzgeber bei der Festlegung der Zielgröße Durchbrechungen der Untergrenze der flexiblen Quote zulassen, wenn der Aufsichtsrat begründete Zweifel darlegen kann, dass der erreichte Frauenanteil künftig nicht realisierbar sein wird.

### *(3) Nicht börsennotierte Unternehmen nach dem Drittelbeteiligungsgesetz*

- Darüber hinaus bedarf die verfassungsrechtliche Angemessenheit der Quotenregelung für Unternehmen, die nur dem Drittelbeteiligungsgesetz unterfallen und nicht börsennotiert sind, einer differenzierten Beurteilung. Anders als bei börsennotierten oder paritätisch mitbestimmten Unternehmen ist bei diesen Unternehmen angesichts der geringeren Zahl der Beschäftigten nicht generell eine besondere Verantwortung für die Verwirklichung des Gleichbehandlungsauftrages zu erkennen. Sie

unterliegen somit auch nicht allgemein einer erhöhten Sozialbindung. Vielmehr ist das Element der Privatnützigkeit bei ihnen stark häufig ausgeprägt, insbesondere wenn es sich häufig um Familienunternehmen handelt, deren Anteile in der Hand weniger Familiengesellschafter sind. Außerdem schlagen bei ihnen die Kosten für die Ermittlung und Festlegung der Zielgrößen stärker zu Buche, wenn sie nicht über das hierfür notwendige Personal verfügen.

- Für diese Unternehmen kann eine flexible Geschlechterquote daher im Einzelfall unzumutbar sein. Um dies zu vermeiden, sollte der Gesetzgeber diese Unternehmen von der flexiblen Quotenregelung ausnehmen und diese nur für börsennotierte Unternehmen oder für Unternehmen einführen, für die das Mitbestimmungsgesetz, das Montan-Mitbestimmungsgesetz oder das Mitbestimmungsergänzungsgesetz gilt. Für dieses Vorgehen spricht auch die Kohärenz mit dem Adressatenkreis einer fixen Geschlechterquote.

#### *(4) Führungsebenen unterhalb des Vorstandes*

- Grundsätzliche Bedenken bestehen gegen die Einführung einer flexiblen Quote für die beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstandes. Das gilt auch für den oben umrissenen engeren Kreis betroffener Unternehmen. Die Einwände zielen insoweit weniger auf die Angemessenheit als auf die Konsistenz, Bestimmbarkeit und praktische Realisierbarkeit der geforderten Festlegung von Zielgrößen ab.
- Dabei ist zunächst daran zu erinnern, dass die Reichweite der gesetzlichen Verpflichtung zu diesen Festlegungen von den tatsächlich im konkreten Unternehmen eingerichteten Hierarchieebenen unterhalb des Vorstandes abhängt. Diese Organisationsstruktur ist meist historisch gewachsen und jedenfalls nicht mit Blick auf eine Frauenförderung eingerichtet worden. Unternehmen mit einer flachen Hierarchie werden erheblich stärker von der Quotenregelung betroffen als Unternehmen mit einer ausgeprägten Hierarchie. Sachliche Gründe für diese Differenzierung sind nicht zu erkennen. Im Gegenteil, bei flachen Hierarchien sind die Arbeit in Teams und somit der Gedanke der Diversität oft stärker ausgeprägt als bei strengen, steilen Hierarchien. Daher ist schwer einzusehen, warum Unternehmen mit flachen Hierarchien stärker in die Pflicht genommen werden sollen. Außerdem ließe sich die gesetzliche Quotenregelung durch Umstrukturierung der Führungsebenen unterhalb des Vorstandes unterlaufen. Es ist daher zweifelhaft, ob die tatsächlich bestehenden Führungsebenen ein geeignetes Anknüpfungskriterium für die Reichweite der flexiblen Quote sind.
- Neben der großen Zahl der betroffenen Personen ist die hohe Fluktuation, die auf diesen Ebenen üblich ist, ein wesentlicher Kritikpunkt für die Einbeziehung dieser Führungsebenen in die flexible Geschlechterquote. Angesichts des häufigen Wechsels des Personals auf diesen Ebenen ist es für den Vorstand schwierig, ja oft unmöglich, für zwei oder drei Jahre im Voraus festzulegen, wie hoch der künftige Frauenanteil insoweit sein wird. Denn er kann zum Zeitpunkt der Festlegung der Zielgrößen weder wissen noch mit einem Mindestmaß an Verlässlichkeit abschätzen, wann welche Mitarbeiter auf



den beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstandes ausscheiden werden und welche Nachfolger welchen Geschlechts dann zur Verfügung stehen werden. Die Auferlegung einer Verpflichtung, die aus Gründen, die nicht im Verantwortungsbereich des Adressaten liegen, nicht ordnungsgemäß erfüllt werden kann, ist rechtsstaatlich bedenklich und praktisch sinnlos. Auf die Einbeziehung der beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstandes in die flexible Geschlechterquote sollte daher gänzlich verzichtet werden.

### III. Zusammenfassung des 3. Teils

- Die Erforderlichkeit der flexiblen Quotenregelung ist hinsichtlich der beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstandes insbesondere für Unternehmen zweifelhaft, die nicht börsennotiert sind und nur dem Drittelbeteiligungsgesetz unterfallen. Denn insoweit fehlen schon die notwendigen Kenntnisse über den Frauenanteil, der auf diesen Ebenen tatsächlich erreicht worden ist. Angesichts der Defizite bei der Ermittlung der tatsächlichen Ausgangssituation scheint fraglich, ob der Gesetzgeber seinen inhaltlichen Beurteilungsspielraum ordnungsgemäß ausüben kann.
- Dagegen bestehen grundsätzlich keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine flexible Quote für Aufsichtsrat und Vorstand von Unternehmen, die börsennotiert sind oder dem Mitbestimmungsgesetz, dem Montan-Mitbestimmungsgesetz oder dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz unterfallen. Allerdings muss jedenfalls für den Vorstand eine Ausnahme von der starren Untergrenze des tatsächlich erreichten Frauenanteils zugelassen werden. Andernfalls könnten Kandidaten allein wegen ihres Geschlechts zum Vorstand bestellt werden, obwohl sie hierfür nicht ausreichend qualifiziert sind. Das wäre ein unangemessener Eingriff in Art. 14 GG.
- Bei Unternehmen, die nicht börsennotiert sind und nur dem Drittelbeteiligungsgesetz unterfallen, ist die Angemessenheit der flexiblen Quote generell zweifelhaft. Denn sie tragen angesichts der geringeren Zahl der regelmäßig Beschäftigten (mehr als 500) nicht allgemein eine besondere Verantwortung für die Verwirklichung des Gleichbehandlungsauftrages. Sie unterliegen somit auch nicht von vornherein einer erhöhten Sozialbindung. Vielmehr ist das Element der Privatnützigkeit bei ihnen häufig stark ausgeprägt, insbesondere wenn es sich um Familienunternehmen handelt, deren Anteile in der Hand weniger Familiengesellschafter sind. Für diese Unternehmen kann eine flexible Geschlechterquote im Einzelfall unzumutbar sein. Um dies zu vermeiden, sollte der Gesetzgeber diese Unternehmen, die nicht börsennotiert sind und nur dem Drittelbeteiligungsgesetz unterliegen, von der flexiblen Quotenregelung ausnehmen.
- Gegen die Einführung einer flexiblen Quote für die beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstandes bestehen grundsätzliche Bedenken im Hinblick auf die Konsistenz, Bestimmbarkeit und praktische Realisierbarkeit der geforderten Festlegung von Zielgrößen. Angesichts des häufigen Wechsels des Personals auf diesen Ebenen ist es für den Vorstand kaum möglich, für zwei oder drei Jahre im

Voraus festzulegen, wie hoch der künftige Frauenanteil insoweit sein wird. Er kann bei Festlegung der Zielgrößen weder wissen noch verlässlich abschätzen, wann welche Mitarbeiter auf den beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstandes ausscheiden werden und welche Nachfolger welchen Geschlechts dann zur Verfügung stehen werden. Eine flexible Quotenregelung für diese Führungsebenen sollte daher gestrichen werden.

## Literaturverzeichnis

Bayerisches Staatsministerium der Justiz / Behörde für Justiz und Gleichstellung der Freien und Hansestadt Hamburg / Hessisches Ministerium der Justiz, für Integration und Europa / Ministerium für Justiz und Gleichstellung des Landes Sachsen-Anhalt: Bericht der Länderarbeitsgruppe „Teilhabe von Frauen in Führungs- und Kontrollgremien der Wirtschaft“, 2011.

Battis, Ulrich / Schulte-Trux, Anke / Weber, Nicole: „Frauenquoten“ und Grundgesetz, in: DVBl. 1991, S. 1165 ff.

DIW Deutsches Institut für Wirtschaft: Frauen in Vorständen und Aufsichtsräten der DAX-30 Unternehmen; Stand 16. Juli 2014; abrufbar im Internet unter [http://www.diw.de/documents/dokumentenarchiv/17/diw\\_01.c.470206.de/20140717\\_pm\\_holst\\_frauenanteile\\_tab1.pdf](http://www.diw.de/documents/dokumentenarchiv/17/diw_01.c.470206.de/20140717_pm_holst_frauenanteile_tab1.pdf) (zuletzt abgerufen am 07.10.2014).

Huster, Stefan: Frauenförderung zwischen individueller Gerechtigkeit und Gruppenparität – Zu einigen Grundfragen der Rechtfertigung von Quotenregelungen, in: AöR Bd. 109 (1993), S. 109 ff.

Ossenbühl, Fritz: Frauenquoten für Leitungsorgane von Privatunternehmen, in: NJW 2012, S. 417 ff.

Sachs, Michael (Hrsg.): Grundgesetz, Kommentar, 7. Auflage 2014, München (im Erscheinen).

Sachs, Michael: Quotenregelungen für Frauen im staatlichen und gesellschaftlichen Bereich, insbesondere für die Wirtschaft, in: ZG 2012, S. 52 ff.

Wieland, Joachim: Ist eine Quotenregelung zur Erhöhung des Anteils der Frauen in Aufsichtsräten mit dem Grundgesetz und Europarecht vereinbar?, in: NJW 2010, S. 2408 ff.

**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](mailto:info@familienunternehmen.de)

[www.familienunternehmen.de](http://www.familienunternehmen.de)

ISBN: 978-3-942467-30-8