

Stellungnahme zur Frage einer Geschlechterquote im
Aufsichtsrat,

insbesondere zu dem Antrag der SPD-Fraktion (BT-
Drucks. 17/4683: „Quotenregelung für Aufsichtsräte
und Vorstände gesetzlich festschreiben“), zum
Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE
GRÜNEN eines Gesetzes zur geschlechtergerechten
Besetzung von Aufsichtsräten (BT-Drucks. 17/3296)
und zum Antrag der Fraktion DIE LINKE (BT-Drucks.
17/4842: „Geschlechtergerechte Besetzung von
Führungspositionen der Wirtschaft“) für den Deutschen
Bundestag

– Sitzung des Rechtsausschusses und des Ausschusses für Familie,
Senioren, Frauen und Jugend
am 11. Mai 2011 –

von

Heribert Hirte, Dr. iur. (Köln), LL.M. (Berkeley),
Universitätsprofessor,
Geschäftsführender Direktor des Seminars für Handels-,
Schiffahrts- und Wirtschaftsrecht der Universität Hamburg

Inhalt

I. Einleitung	1
II. Gundsatzfragen	2
1. Empirische Grundlagen und Erfahrungen im Ausland.....	2
a) Übertragbarkeit der empirischen Befunde auf Deutschland	4
b) Verbesserung der Unternehmens-„Performance“ vs. Durchsetzung gesellschaftspolitischer Ziele	7
2. Verfassungsrechtliche Überlegungen.....	8
a) Anwendungsbereich	8
b) Eigentumsgarantie	9
c) Grundrechte Dritter	14
d) Alternativen	14
III. Einzelheiten	16
1. Gesellschaftsrechtliche Folge: Kontrolldefizite.....	16
2. Einseitige Erfassung nur der Aufsichts- und Leitungsorgane	17
3. Rechtsfolgen.....	17
a) Verfassungsrechtliche Bedenken	17
b) Missbrauchsanfälligkeit	19
c) Alternativen	19
IV. Zusammenfassung	19

I. Einleitung

Die Gleichbehandlung von Männern und Frauen ist ein wichtiges gesellschaftspolitisches Anliegen, das unser Grundgesetz völlig zu Recht in seinem Art. 3 Abs. 1 Satz 1 GG mit an die Spitze des Grundrechtskataloges stellt. Das gilt insbesondere für die Gleichbehandlung der Geschlechter im Berufsleben, wie sie die hier näher zu beleuchtenden Anträge in den Mittelpunkt ihrer Überlegungen stellen.

Dieses Anliegen teile ich auch ganz persönlich: Denn – diese Anmerkung sei hier erlaubt – nicht nur ich selbst (wie hier ersichtlich), sondern auch meine Frau ist berufstätig, und das ist gut und richtig so. Aber aus eigener Anschauung weiß ich auch, dass die Schwierigkeiten berufstätiger Frauen nicht (jedenfalls nicht in erster Linie) bei der Vereinbarkeit von Beruf und Geschlecht, sondern bei der Vereinbarkeit von Beruf *und Familie* liegen, sei es, weil sie in einer Partnerschaft leben, sei es (und vor allen Dingen und wie auch bei uns), weil sie Kinder haben. Art. 6 GG trägt dem in deutlicher Form Rechnung. Bei der Vereinbarkeit von Beruf und *Familie in Form von Kindern* – und das sei ebenfalls vorab gesagt – gibt es im Übrigen durchaus auch Benachteiligungen und Unverständnis zu Lasten von Männern (etwa, wenn sie infolge der Erkrankung eines Kindes frei nehmen wollen [bzw. müssen]). Der Ansatz, dass Elternzeit nicht mehr nur auch von Männern genommen werden *kann*, sondern auch *muss*, wenn man die Höchstgrenzen ausschöpfen möchte (§ 15 Abs. 3 BEEG), ist vor diesem Hintergrund gut und richtig.

Mit den vorliegenden **Gesetzentwürfen und Anträgen** soll in Form von Geschlechterquoten (*vulgo*: Frauenquote) ein Instrument geschaffen werden, um die angesprochenen Benachteiligungen von Frauen in bestimmten Bereichen des Berufslebens, in denen sie in besonderer Weise offenkundig geworden seien, zu beseitigen. Ob Quoten dafür *überhaupt* ein geeignetes Mittel sind, soll an dieser Stelle nicht untersucht werden; Gleiches gilt für die damit zusammenhängende Frage, ob die mit Einführung einer Quote bezweckte „Ergebnis“-Gleichheit überhaupt aus dem grundgesetzlichen Petitum einer „Chancen“-Gleichheit, wie es dem herrschenden Verständnis von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG entspricht, abgeleitet werden kann.¹ Dass die bisherige Judikatur auf nationaler wie europäischer Ebene die unbedingte, strikte Bevorzugung von Frauen im Arbeitsrecht und im öffentlichen Dienst als unzulässig ansieht, sei deshalb nur in Erinnerung gerufen.² Freilich soll ein Hinweis auf neuere amerikanische Daten nicht unterbleiben: Danach ist der Anteil der Männer an gekündigten

¹ Siehe hierzu u.a. den Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, BT-Drucks. 12/6000, S. 50; Maunz/Dürig/Dürig/Scholz (Stand: 60. EL 2010) Art. 3 GG Rdn. 65 f.

² Siehe BAG Urt. v. 5.3.1996 – 1 AZR 590/92, E 82, 211 (zu einer Quotenregelung); im Übrigen EuGH Urt. v. 30.9.2004 – Rs. C-319/03, Slg. 2004, I-8807.

Mitarbeitern im Gefolge der Finanzkrise höher gewesen als derjenige der Frauen, was zu einer Erhöhung des Frauenanteils – der Quote – an der Erwerbsbevölkerung geführt hat;³ erklärt wird dies damit, dass Frauen die früher von Männern geleistete Arbeit zu günstigeren Löhnen erbringen. Im Ergebnis hat also die Erhöhung des Frauenanteils zu einer Senkung der Lohnkosten geführt; darauf ist zurückzukommen.

II. Gundsatzfragen

1. Empirische Grundlagen und Erfahrungen im Ausland

Was die Begründung für die vorgeschlagenen Maßnahmen angeht, so ist es zunächst zutreffend, dass es vergleichbare Geschlechterquoten auch in anderen **europäischen Ländern** gibt oder deren Einführung diskutiert wird (SPD-Antrag, Präambel).⁴ Auch die **Europäische Kommission** hat in einem vor wenigen Wochen (am 5. April 2011) vorgelegten Grünbuch⁵ darauf verwiesen, dass ein „geschlechterspezifisches Gleichgewicht in der Unternehmensführung und bei der Beschlussfassung des Unternehmens geschäftlich von großer Bedeutung ist“. In den **Vereinigten Staaten**, dem „Mutterland“ der Quoten, ist die Diskussion demgegenüber diffuser: Während der Gesetzgeber dort Quoten („*affirmative action*“) als Mittel zum Ausgleich früherer Diskriminierungen vor allem ethnischer Minderheiten im Arbeitsrecht lange Zeit durchaus favorisierte und die (Verfassungs-)Rechtsprechung dies in einer – freilich nicht sehr homogenen – Rechtsprechung akzeptierte,⁶ verschob sich der Schwerpunkt der Diskussion dann zunächst zu der Frage, ob bei der Vergabe öffentlicher Aufträge Unternehmen in der Hand ethnischer Minderheiten bevorzugt berücksichtigt werden dürften, was der *U.S. Supreme Court* als einen Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ansah, weil es an der erforderlichen spezifischen Verbindung zwischen der aktuellen Bevorzugung und der früheren Diskriminierung fehle.⁷ Parallel dazu

³ Siehe *Floyd Norris*, In This Recession, Men Are Losing Jobs, N.Y. TIMES, Mar. 14, 2009; *Rosenblum*, Feminizing Capital: A Corporate Imperative, 6 Berkeley Bus. L.J. 55 (2009), 55, 56.

⁴ Zum norwegischen “Corporate Board Quota Law” ausführlich *Rosenblum*, 6 Berkeley Bus. L.J. 55 (2009), 55 ff.

⁵ Europäische Kommission, Grünbuch: Europäischer Corporate Governance-Rahmen, Dok KOM(2011) 164/3, sub 1.1.3.

⁶ Grundlegend und zulassend *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. 193, 200-201 (1979) (bezogen auf Rasse); *Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County*, 480 U.S. 616 (1987) (bezogen auf Frauen); Überblick bei *Ciocchetti/Holcomb*, The Frontier of Affirmative Action: Employment Preferences & Diversity in the Private Workplace, 12 U.Pa. J. Bus. L., 283, 298 ff. (2009-2010); *Carlson*, Adarand Constructors, Inc. v. Pena: The Lochnerization of Affirmative Action, 27 St. Mary’s L.J. 423, 428 ff. (1996).

⁷ *Adarand Constructors, Inc. v. Pena*, 515 U.S. 200, 115 S.Ct. 2097 (1995); dazu *Berkman*, Clinton Report Makes Case for Affirmative Action, Nat.L.J. (July 31, 1995), p. A11; *Hirte/Otte*, NZA 1997, 1327, 1328 f.; *Lacovara*, The Supreme Court Ruling that curtailed race-based federal affirmative action programs has left the

wurde erörtert, ob staatliche Bildungseinrichtungen (vor allem Universitäten) „aktiv“ durch Festsetzung von Quoten auf eine „plurale“ (*diverse*) Zusammensetzung ihrer Studentenschaft hinwirken könnten, ohne dass dies als Kompensation für frühere Benachteiligungen zu verstehen wäre, was – nach einer zunächst deutlich restriktiveren Rechtsprechung⁸ – zuletzt im Ergebnis gestattet wurde.⁹ In der jüngeren Diskussion steht ganz entsprechend auch im Arbeitsrecht die Frage im Mittelpunkt, ob *freiwillig* beschlossene *Affirmative-action*-Programme mit dem erklärten, „zukunftsgerichteten“ Ziel, im Unternehmensinteresse eine plurale Belegschaft zu erhalten („*Diversity Spotlight Rationale*“) eine verfassungswidrig unzulässige Benachteiligung der von ihnen nicht Begünstigten darstellen; nachdem hier bislang auch von Zulässigkeit ausgegangen wurde,¹⁰ werden nunmehr Zweifel geäußert, ob unter dem Vorsitz des neuen konservativeren Chief Justice *Roberts* nicht eine kritischere Sichtweise Platz greifen könnte.¹¹ Eine der deutschen bzw. europäischen Diskussion vergleichbare Diskussion über zwingende Quoten in den *boards* von Gesellschaften wird demgegenüber nicht geführt, was sich hinsichtlich des bundesrechtlichen Kapitalmarktrechts mit der zweifelhaften Zulässigkeit solcher Quoten erklären lässt, hinsichtlich des einzelstaatlichen Gesellschaftsrechts damit, dass einzelstaatliche Vorstöße angesichts des „Wettbewerbs der Gesellschaftsrechte“ solange keinen Ertrag versprechen, wie sie nicht auch von dem „wirtschaftsfreundlichen“ Ostküstenstaat Delaware mitgetragen werden – was unwahrscheinlich ist. Hinzu kommt, dass der Frauenanteil in US-amerikanischen *boards* mit 15 % schon heute gut 2 Prozentpunkte (also etwa 15 %) über dem entsprechenden Wert in Deutschland liegt,¹² so dass auch aus diesem Grunde kein Handlungsbedarf gesehen wird.

Im Ansatz richtig ist es auch, dass ein höherer Frauenanteil in Unternehmensleitungsorganen nach **empirischen Untersuchungen** positiv mit der Unternehmensleistung korreliert, wobei

private sector wondering if its programs may be next, Nat.L.J. (July 17, 1995), p. B4-B5; *Lauer*, Hopwood v. Texas: A Victory for “Equality” that denies Reality, 28 St. Mary’s L.J. 109 ff., 117 (1996); *Norton*, Affirmative Action Still a Vital Tool for Women, Nat.L.J. (Aug. 14, 1995), p. A19-A20; kritisch dazu *Carlson*, 27 St. Mary’s L.J. 423, 435 ff. (1996); *Morris*, Through the Looking Glass: Recent Developments in Affirmative Action, 11 Berkeley Women’s L.J. 182 ff. (1996).

⁸ Siehe insoweit vor allem *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *Hopwood v. Texas*, 78 F.3d 932, 945 (5th Cir. 1996), *cert. den.* 116 S.Ct. 2581 (1996); dazu *Carlson*, 27 St. Mary’s L.J. 423, 432 f. (1996); *Lauer*, 28 St. Mary’s L.J. 109, 122 ff. (1996); *Morris*, 11 Berkeley Women’s L.J. 186 ff. (1996).

⁹ Zulassend *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244, 123 S.Ct. 2411 (2003) (freilich eine pauschale Vergabe von Bonuspunkten zugunsten Benachteiligter für unzulässig haltend); *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 124 S.Ct. 2325 (2003) (bei stärkerer individueller Gewichtung der einzelnen Faktoren); ablehnend aber (unter dem neuen Chief Justice *Roberts*) *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District*, 551 U.S. 701, 127 S.Ct. 2738 (2007); dazu ausf. *Ciocchetti/Holcomb*, 12 U.Pa. J. Bus. L., 283, 306 ff. (2009-2010).

¹⁰ *Ciocchetti/Holcomb*, 12 U.Pa. J. Bus. L., 283, 324 ff. (2009-2010).

¹¹ *Ciocchetti/Holcomb*, 12 U.Pa. J. Bus. L., 283, 327 ff., 345 (2009-2010) (i.E. diese Befürchtung bejahend); siehe auch schon *Hirte/Otte*, NZA 1997, 1327, 1329.

¹² McKinsey & Company, Women matter 4, 2010, S. 2 (Zahlen aus 2010).

allerdings nicht feststeht, dass es sich insoweit um eine *kausale* Beziehung handelt.¹³ Stellt man dem die Feststellung gegenüber, dass der Frauenanteil umso kleiner ist, je älter das Management ist,¹⁴ ist es auch möglich, dass der größere unternehmerische Erfolg bei den Unternehmen mit höherem Frauenanteil die Konsequenz eines jüngeren, aktiveren Managements ist, in dem der höhere Frauenanteil Ausdruck sich zweifellos wandelnder gesellschaftlicher Vorstellungen ist. Das ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil auf der Grundlage dieses Befundes nicht gesetzliches Tätigwerden, sondern **Marktselektion und Zeitablauf** ohnehin auch die im Sinne einer Gleichbehandlung der Geschlechter wünschenswerte Regelung zeitigen werden. Andererseits ist es auch nicht auszuschließen, dass die bessere *performance* von Unternehmen mit höherem Frauenanteil im *board* auch im Zusammenhang steht mit einem insgesamt höheren Anteil von im Vergleich zu Männern schlechter bezahlten Frauen im Unternehmen; darauf deuten jedenfalls die eingangs zitierten unterschiedlich hohen Kündigungsraten von Männern und Frauen im Zusammenhang mit der Finanzkrise hin (oben I a.E.). Manche der Untersuchungen fassen im Übrigen nur die Ergebnisse von Interviews zusammen, was zwar als wissenschaftliche Methode durchaus anerkannt ist, aber nicht weiterführt, wenn es darum geht, einen Zusammenhang zu hier vorliegenden „harten Zahlen“ im Sinne des Unternehmenserfolges herzustellen.¹⁵

a) Übertragbarkeit der empirischen Befunde auf Deutschland

Vor einer undifferenzierten Heranziehung der genannten **Untersuchungen** als Begründung für die hier geforderten gesetzgeberischen Maßnahmen in Deutschland ist freilich mit Nachdruck zu warnen: Denn zunächst einmal fokussieren die genannten empirischen Studien zumeist nicht nur speziell auf die Auswirkungen eines höheren Frauenanteils in Unternehmensleitungsorganen, sondern **allgemein auf die Auswirkungen höherer *diversity*** – und das umfasst auch Fragen der ethnischen oder religiösen Vielfalt (allgemein in diese Richtung auch Empfehlung Nr. 5.4.1 Abs. 1 Satz 1 DCGK für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats und Empfehlung Nr. 4.1.5 für die Besetzung von Führungspositionen durch den Vorstand).¹⁶ Teilweise wird sogar ausdrücklich betont, dass ethnische Vielfalt eine *höhere*

¹³ Europäische Kommission, a.a.O., sub 1.1.3; *Rosenblum*, 6 Berkeley Bus. L.J. 55 (2009), 55, 59, 91 f. m.w.N.; ausdrücklich zur fehlenden Kausalität auch McKinsey & Company, Women matter 1, 2007, S. 14; *Rosenblum*, ebda., S. 92; abw. (Kausalität annehmend) SPD-Antrag, Präambel.

¹⁴ *Carter/Simkins/Simpson*, Corporate Governance, Board Diversity, and Firm Value (March 2002), abrufbar unter SSRN 304499 (2002); *Rosenblum*, 6 Berkeley Bus. L.J. 55 (2009), 55, ##.

¹⁵ So die Studien McKinsey & Company, Women matter 3, 2009, und 4, 2010.

¹⁶ Siehe etwa *Carter/D'Souza/Simkins/Simpson*, The Diversity of Corporate Board Committees and Financial Performance, abrufbar unter SSRN 1106698 (basierend auf einer Analyse der Fortune 500-Unternehmen für die Jahre 1998-2002); *Carter/Simkins/Simpson*, Corporate Governance, Board Diversity, and Firm Value (March 2002), abrufbar unter SSRN 304499 (2002) (basierend auf einer Analyse der Fortune 1000-

Korrelation zur besseren Unternehmensleistung aufweist als der Anteil von Frauen (für den das nur im Bereich des *auditing* gelte).¹⁷ In anderen Studien wird betont, dass der Zusammenhang zwischen einem höheren Frauenanteil in Unternehmensleitungen und besserer *performance* sehr komplex sei.¹⁸

„We find that diversity has a positive impact on performance in firms that otherwise have weak governance, as measured by their abilities to resist takeovers. In firms with strong governance, however, enforcing gender quotas in the boardroom could ultimately decrease shareholder value. One possible explanation is that greater gender diversity could lead to overmonitoring in those firms.

More generally, our results show that female directors have a substantial and value-relevant impact on board structure. But this evidence does not provide support for quota-based policy initiatives. No evidence suggests that such policies would improve firm performance on average.“

Im Bereich dieser allgemeiner verstandenen *diversity* ist Deutschland aber vielen der anderen genannten Länder weit voraus, weil schon die **unternehmerische Mitbestimmung** (auf die auch noch in anderem Zusammenhang zu sprechen zu kommen sein wird) hier schon institutionell zu Vielfalt führt; ganz entsprechend gibt es zunehmend auch Untersuchungen, die den daraus resultierenden auch unternehmerischen Erfolg nachweisen.¹⁹

Sämtliche Untersuchungen analysieren – soweit ersichtlich – zum Zweiten allein die Lage bei **börsennotierten Gesellschaften**, wahrscheinlich, weil nur dort wegen der gesetzlichen Publizitätsanforderungen überhaupt eine ausreichend sichere Datenbasis zur Verfügung steht.

Unternehmen für das Jahr 1997; dort – S. 9 f. – auch zahlreiche Nachweise früherer Studien mit gänzlich unterschiedlichen Ergebnissen).

¹⁷ So *Carter/D’Souza/Simkins/Simpson*, The Diversity of Corporate Board Committees and Financial Performance, ebda.; allgemein auch McKinsey & Company, Women matter 2, 2008 (wo betont wird, dass die *performance* von Frauen hinsichtlich *einiger* Unternehmensfunktionen besser sei); hinsichtlich des *auditing* ebenso *Adams/Ferreira* Women in the boardroom and their impact on corporate governance and performance, abrufbar unter SSRN 1107721 (2008), S. 28.

¹⁸ So *Adams/Ferreira* Women in the boardroom and their impact on corporate governance and performance, abrufbar unter SSRN 1107721 (2008), S. 28.

¹⁹ Dazu *Oetker*, in: Großkommentar zum Aktiengesetz (4. Aufl. Stand: Juni 1999), Vorbem MitbestG Rdn. 33; *Markus Roth*, EBOR 11 (2010), 51, 76 ff. m.w.N. (allerdings mit ausdrücklichem Hinweis, dass dies nicht für die *paritätische* Mitbestimmung gilt); **abw.** etwa *Hörisch*, Unternehmensmitbestimmung im nationalen und internationalen Vergleich (Berlin 2009), S. 188 (eindeutig positive Auswirkung der unternehmerischen Mitbestimmung auf die „Unternehmensperformanz“ ist nicht zu bestätigen); *Junkes/Sadowksi*, in: Frick/Kluge/Streeck (Hrsg.), Die wirtschaftlichen Folgen der Mitbestimmung (Frankfurt a.M./New York 1999), S. 52, 82 („uneinheitliche empirische Ergebnisse“; dazu auch *Hexel/Thannisch*, Wirtschaftsdienst 11/2006, 1, 3 m.w.N., die jedenfalls „keinen Nachweis einer negativen ökonomischen Wirkung“ sehen); *Sadowski*, Mitbestimmung, Gewinne und Investitionsverhalten (1997), S. 82 („insignifikante und widersprüchliche Ergebnisse“).

Wenn aber andererseits Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass bei börsennotierten Gesellschaften mit einem größeren „Insideranteil“ (und das sind die eigentümerorientierten Unternehmen) ein geringerer Frauenanteil festzustellen ist,²⁰ müsste – unterstellt man einen Zusammenhang von Frauenanteil und Leistungskraft eines Unternehmens – bei diesen und erst recht bei den noch stärker eigentümerorientierten nicht börsennotierten Unternehmen gesetzlicher Handlungsbedarf bestehen (der dort dann aber noch stärker als bei den börsennotierten Unternehmen mit Art. 14 GG konfliktieren dürfte; dazu näher unten 2. b).

Die genannten empirischen Studien bauen zum Dritten typischerweise auf den – deutlich breiteren – **US-amerikanischen und englischen Kapitalmärkten** und dort notierten amerikanischen oder englischen Gesellschaften auf;²¹ das gilt letztlich auch für die in der öffentlichen Diskussion besonders häufig zitierte **McKinsey-Studie**, die sich zwar auf **Europa** beschränkt, für die Auswahl der Gesellschaften aber auf deren hohe Marktkapitalisierung abstellt.²² Insgesamt fußen die Ergebnisse daher auf der Analyse nicht-deutscher, überwiegend sogar angelsächsischer Gesellschaften, in denen – ganz abgesehen von der fehlenden Mitbestimmung in den *boards* angelsächsischer Gesellschaften – eine stärkere „Eigentümerorientierung“ jedenfalls bislang an der Tagesordnung war; dementsprechend fällt auch die „Rendite“ bei stärkerer Einbeziehung der *stakeholder* in Form von *diversified boards* höher aus. Hinzu kommt, dass die Gesellschaften (im Sinne von *societies*) in manchen der genannten Staaten deutlich stärker *diversified* sind als die deutsche und auch Frauen dort insgesamt besser in das Berufsleben integriert sind als dies (bedauerlicherweise) bei uns der Fall ist. Das heißt aber andererseits auch, dass nicht-diversifizierte *boards* in diesen Staaten einen weiteren Abstand von der Referenzgruppe aufweisen würden, als dies bei uns der Fall ist; umgekehrt ist es nicht erstaunlich, dass die *performance* steigt, wenn Gesellschaften (im Sinne von *corporations*) auch ein Abbild der Zivilgesellschaft (im Sinne von *society*) sind, in der sie verankert sind.

Ob ein solches *im Interesse des Unternehmenserfolges* zu beseitigendes *gap* auch bei uns besteht, ist deshalb außerordentlich fraglich. Umgekehrt spricht manches dafür, dass den in den Anwendungsbereich der vorgeschlagenen Regelung fallenden Unternehmen im Bereich

²⁰ Siehe *Carter/Simkins/Simpson*, Corporate Governance, Board Diversity, and Firm Value (March 2002), abrufbar unter SSRN 304499 (2002).

²¹ So *Adams/Ferreira* Women in the boardroom and their impact on corporate governance and performance, SSRN 1107721 (2008): nur US-Unternehmen); *Carter/D’Souza/Simkins/Simpson*, The Diversity of Corporate Board Committees and Financial Performance, ebda.: Fortune 500-Unternehmen; *Carter/Simkins/Simpson*, Corporate Governance, Board Diversity, and Firm Value (March 2002), abrufbar unter SSRN 304499 (2002): Fortune 1000-Unternehmen; *Francoeur/Labelle/Sinclair-Desgagné*, Gender Diversity in Corporate Governance and Top Management, *Journal of Business Ethics* (2008), S. 83, abrufbar unter SSRN 1159472 (mit Nachweis weiterer Studien S. 86).

²² McKinsey & Company, *Women matter* 1, 2007, v.a. S. 14.

der Frauenförderung eine Vorreiterrolle zugebracht ist – es also nicht etwa um eine Verbesserung des Unternehmenserfolges geht, sondern darum, (bestimmten) Unternehmen zusätzliche Lasten im Interesse der Gleichbehandlung von Mann und Frau aufzubürden, nachdem Anstrengungen in eigentlich vorrangigen Bereichen entweder gar nicht unternommen wurden oder gescheitert sind; darauf ist zurückzukommen.

Schließlich – auch vor dem Hintergrund der Einbeziehung auch und in erster Linie ausländischer Rechte – differenzieren die herangezogenen Untersuchungen kaum zwischen Aufsichtsrat und Vorstand nach dem bei uns (außerhalb der Europäischen Aktiengesellschaft) gesetzlich vorgegebenen dualen System. Gerade die **McKinsey-Studie**²³ begründet ihren Befund sogar umgekehrt (allein) mit den Frauenanteilen in Positionen des **Top-Management** – und damit nicht in den Aufsichtsgremien; darauf ist zurückzukommen (unten III.2).²⁴

b) Verbesserung der Unternehmens-, „Performance“ vs. Durchsetzung gesellschaftspolitischer Ziele

Vor diesem Hintergrund ist auch die weitere Begründung zu würdigen, dass eine Erhöhung des Frauenanteils im Aufsichtsrat auch vom **Deutschen Corporate Governance Kodex** (in seiner Fassung vom Mai 2010) gefordert werde, freilich nur auf freiwilliger Basis (so SPD-Antrag, Präambel).

Zunächst ist es nämlich außerordentlich fraglich, ob die dortige Empfehlung (DCGK Nr. 5.4.1 Abs. 2 Satz 2) tatsächlich mit dem (eigentlichen) Ziel des Kodex in Einklang steht, „international und national anerkannte Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung“ (so die Präambel des Kodex) zu formulieren. Denn angesichts des Fehlens jedweder Begründung im Rahmen des Rechtsetzungsprozesses der Kodex-Kommission²⁵ ist es nicht sicher, ob die Kommission mit der Empfehlung wirklich die (jedenfalls für Deutschland zweifelhafte) Vorstellung hatte, damit eine Maßnahme besserer Unternehmensführung zu formulieren – oder es nicht auch ihr in Wirklichkeit darum ging, **allgemeine gesellschaftspolitische Ziele** zu verwirklichen (was im Übrigen mit dem gesetzlichen Ziel der Kommission nicht in Einklang stünde).

²³ McKinsey & Company, Women matter 1, 2007, v.a. S. 14.

²⁴ Ähnlich auch *Francoeur/Labelle/Sinclair-Desgagné*, Gender Diversity in Corporate Governance and Top Management, *Journal of Business Ethics* (2008), S. 83, 87 ff., abrufbar unter SSRN 1159472.

²⁵ Kritisch hierzu jüngst *Hoffmann-Becking*, ZIP 2011 (demnächst); *Kremer*, ZIP 2011 (demnächst) (Vorträge vor dem „Berliner Kreis“).

Unterstellt man aber, dass es der Kodex-Kommission um eine Maßnahme im Interesse des Unternehmenserfolges ging, dann wäre eine gesetzgeberische Regelung gerade nicht angezeigt (im Gegensatz zur Vorstellung des SPD-Antrags). Denn gerade bei Empfehlungen und Anregungen, die sich unmittelbar auf den Unternehmenserfolg auswirken, ist zu erwarten, dass sich eine Nicht-Beachtung in Kursabschlägen niederschlägt; die Unternehmensführungen würden deshalb schon im eigenen Interesse die entsprechenden Maßnahmen ergreifen (und ergreifen müssen).

Zeigen sich solche Kursunterschiede nicht und handeln die Unternehmen nicht entsprechend der Empfehlung, spricht demgegenüber manches dafür, dass die Annahme eines höheren Unternehmenserfolges jedenfalls für eine Großzahl der deutschen Unternehmen nicht zutrifft und es in Wirklichkeit um die Durchsetzung unternehmensexterner gesellschaftspolitischer Ziele geht. Das stellt – um es zu betonen – nicht grundsätzlich die Legitimität des Anliegens in Frage, wohl aber seine Begründung und möglicherweise auch seine verfassungsrechtliche Zulässigkeit (dazu näher sogleich 2).

2. Verfassungsrechtliche Überlegungen

Die Unklarheiten bei der Begründung leiten unmittelbar über zur verfassungsrechtlichen Beurteilung der vorliegenden Vorschläge, die in engem Zusammenhang mit dem vorgeschlagenen Anwendungsbereich steht.

a) Anwendungsbereich

Dieser soll sich nach Vorstellung der Grünen auf börsennotierte und mitbestimmte Unternehmen sowie einige weitere Großunternehmen beschränken (explizit § 101 Abs. 4 AktG-E Grünen-Entwurf), während der SPD-Vorschlag neben einer Erfassung der (gemeint wohl: aller) Aktiengesellschaften die mitbestimmten Unternehmen einbeziehen will (SPD-Antrag, II Nr. 4). Der Vorschlag der LINKEN will demgegenüber – noch etwas weiter – alle aufsichtsratsfähigen Unternehmen erfassen (II. A. 1).

Das wirft zunächst die Frage danach auf, ob ein solch' selektiver Anwendungsbereich nicht gegen den (allgemeinen) **Gleichbehandlungsgrundsatz** des Art. 3 Abs. 1 GG verstößt. Das wäre dann der Fall, wenn die vom vorgeschlagenen Gesetz erfasste Gruppe von Unternehmen sachwidrig ausgewählt oder beschränkt wäre. Hierfür gibt es jedenfalls insoweit Anhalts-

punkte, als eine ungleiche Verteilung der Geschlechter in Leitungspositionen jedenfalls nicht signifikant mit der Rechtsform des Arbeitgebers korreliert (was dann freilich dazu führen kann, dass der Anwendungsbereich der Regelungen auch auf andere Gesellschaften *erstreckt* werden müsste). Ebenso zu hinterfragen ist vor dem Hintergrund des Art. 3 Abs. 1 GG, warum die Regelungen einseitig und ausschließlich auf die Aufsichts- (und nur teilweise auch Leitungs-)organe der Unternehmen fokussieren und damit die – auch zahlenmäßig wichtigere – Gruppe der Mitarbeiter ebenso außen vor lassen wie eine Herstellung des Geschlechtergleichgewichts im Rahmen der Ausbildung. Das ist auch insoweit bedeutsam, als sich aus diesen Gruppen das Potential an Nachwuchs für die Leitungspositionen rekrutiert (dazu noch näher sogleich b) cc).

Umgekehrt stellt sich nicht nur mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG, sondern auch im Hinblick auf Art. 3 Abs. 2 GG die Frage, warum der Entwurf bzw. die Anträge dann nicht auch Fälle eklatanter **Unterrepräsentierung von Männern** wie insbesondere in Kindergärten und Grundschulen, aber teilweise auch in Krankenhäusern und in der Justiz ins Auge nehmen, zumal auch diese erhebliche soziale Folgewirkungen haben.²⁶ Weil einerseits nicht auszuschließen ist, dass der Gesetzgeber in den genannten Bereichen noch später tätig wird oder dort andere vergleichbare Maßnahmen für ausreichend oder gleichwertig erachtet und der Gesetzgeber andererseits im Bereich des Art. 3 Abs. 1 GG über einen weit reichenden Gestaltungsspielraum verfügt, soll dies hier nicht weiter thematisiert werden.

b) Eigentumsgarantie

Deutlich kritischer wiegt, dass die Gesetzesvorschläge in ihrer konkreten Ausgestaltung gegen die **Eigentumsgarantie** des Art. 14 GG verstoßen könnten. Hier ist daran zu erinnern, dass das Bundesverfassungsgericht das **Mitbestimmungsgesetz 1976**, nach dem in Aktiengesellschaften und GmbHs mit in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmern die Hälfte der Aufsichtsratsmitglieder von den Arbeitnehmern zu wählen ist, zwar für verfassungsgemäß hielt; das verfassungsrechtlich garantierte Grundrecht auf Eigentum seitens der Anteilseignerseite (Art. 14 GG) werde dabei nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts aber nur dadurch ausreichend geschützt, dass der Aufsichtsratsvorsitzende bei Stimmgleichheit von der Anteilseignerseite gestellt wird (§ 27 Abs. 2 Satz 2 MitbestG 1976) und er bei Pattsitu-

²⁶ Zu den (bislang freilich ebenfalls bloß beabsichtigten) politischen Konsequenzen einer „Jungen- und Männerpolitik“ siehe Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP („Wachstum - Bildung - Zusammenhalt“). 17. Legislaturperiode, vom 26. Oktober 2009 (abrufbar unter anderem unter www.cdu.de/portal2009/29145.htm), S. 74 (gleich hinter der Forderung nach mehr „Frauen in Führungspositionen“); dazu jüngst *Rasche*, FAZ v. 15.4.2011, Nr. 89, S. 1.

ationen ein „Zweitstimmrecht“ hat (§ 29 Abs. 2 Satz 1 MitbestG 1976).²⁷

aa) Diese Abwägung könnte bei einer **weiteren Einschränkung der Wahlfreiheit** von Aufsichtsratsmitgliedern, wie ihn der vorliegende Gesetzentwurf und die weiteren Anträge vorsehen, vor allem bei mitbestimmten Unternehmen in eine verfassungswidrige Beschränkung des Eigentums umschlagen. Zwar wird das zahlenmäßige Verhältnis der von Anteilseignern und Arbeitnehmern zu wählenden Aufsichtsratsmitglieder nicht verändert, wohl aber wird die Wahlfreiheit auf der – für Art. 14 GG relevanten – Anteilseignerseite derartig eingeschränkt, dass die Verfügung über das Eigentum nicht mehr in ausreichender Weise möglich ist. Das gilt besonders für die Forderung der LINKEN, wenngleich erst nach Ablauf einer gewissen Zeit einen Frauenanteil von „mindestens 50 %“ „in allen Führungspositionen“ nachweisen zu müssen (II. A. 3); denn das würde bei den im Gesellschaftsrecht charakteristischen Dreiergremien zu einer zwingenden Besetzungsquote von zwei Dritteln mit Frauen führen – was weit über deren Anteil an der Bevölkerung hinausginge. Dabei kommt hinzu, dass die geschlechtsspezifischen Wahlvorgaben der Durchsetzung allgemeiner politischer und nicht mit der Verwirklichung des Unternehmenszwecks zusammenhängender Ziele dienen, was sie von der Lage bei der unternehmerischen Mitbestimmung nachhaltig unterscheidet.

Aber auch bei sonstigen Aktiengesellschaften (die ja nach dem SPD-Antrag ebenfalls erfasst sein sollen) kann die Einschränkung der Wahlfreiheit zu einer verfassungswidrigen Beschränkung des Eigentums führen. Denn in Anbetracht der kleinen „Basiszahlen“ (der Aufsichtsrat einer „gewöhnlichen“ Aktiengesellschaft hat nur drei Mitglieder; § 95 Satz 1 AktG) schränkt die Festlegung eines (besonders hohen) Prozentsatzes von 40 % schon bei **gewöhnlichen Aktiengesellschaften** nicht nur die Wahlfreiheit ein, sondern legt im Ergebnis bestimmte, unabänderliche Zahlen pro Geschlecht fest, die im Übrigen bei den im Gesellschaftsrecht häufigen Dreiergremien gar nicht erreicht werden können (weil zwei Sitze – und damit 66,6 % – zwingend in der Hand eines Geschlechts sind). Bemerkenswerterweise schreibt auch das in diesem Zusammenhang häufig als Vorbild angeführte norwegische Recht deutlich geringere Geschlechterquoten vor, wenn die Zahl der Verwaltungsratsmitglieder die Zahl zehn unterschreitet.²⁸ Entgegen der Vorstellung des SPD-Antrags (in der Präambel) würde daher die Realisierung des Vorschlags zu einer erheblichen Veränderung der vorhandenen „Strukturen“ führen.

Der damit schon bei allen Aktiengesellschaften praktisch nicht mehr bestehende Beset-

²⁷ BVerfGE 50, 290 – Mitbestimmungsurteil.

²⁸ Hierzu *Rosenblum*, 6 Berkeley Bus. L.J. 55 (2009), 55, 63 m.w.N.

zungsspielraum konfligiert aber darüber hinaus mit anderen, teilweise auch gesetzlichen Vorgaben für die Aufsichtsratsbesetzung. Läuft etwa die Amtszeit des bei kapitalmarkt-orientierten Gesellschaften i.S.v. § 264d HGB vorgeschriebenen „unabhängigen Finanzexperten“ (§ 100 Abs. 5 AktG n.F.) aus, ohne dass die Geschlechtervorgaben erfüllt sind, muss dies nach dem Entwurf bzw. den Anträgen zwingend eine Frau (oder auch ein Mann) sein. Verlangt die Satzung – etwa bei einer SE –, dass die Aufsichtsratsmitglieder in bestimmtem Umfang aus unterschiedlichen Ländern kommen, muss der Kandidat oder die Kandidatin auch noch aus einem bestimmten Staat stammen. In Unternehmen, an denen die öffentliche Hand beteiligt ist, sind die zu entsendenden Aufsichtsratsmitglieder unter Umständen (auch) nach politischen Gesichtspunkten zu bestimmen. Eine weitere Reduktion der Auswahlmöglichkeiten träte auf der Grundlage des SPD-Antrags (II.8) dann ein, wenn auch die (jedenfalls bestimmte) Ausschüsse in gleicher Weise zu quotieren sind, weil an die Ausschussmitgliedschaft nach Gesetz, Kodex oder Satzung unterschiedliche Qualifikationsanforderungen zu stellen sind.

bb) Die Folgen dieser reduzierten Auswahlmöglichkeiten und damit der Verfügungsmöglichkeit über das Anteilseigentum verstärken sich noch weiter, wenn aufgrund des **Mitbestimmungsrechts** ohnehin nur eine beschränkte (im Extremfall nur die Hälfte) der Aufsichtsratssitze seitens der Anteilseigner besetzbar ist.

Sie reduzieren sich aber auch als Folge der vorgeschlagenen **Übergangsregelungen** nochmals: Denn diese knüpfen zwar an den üblichen Wahlzyklus für Aufsichtsratsmitglieder an, unterstellen aber, dass mit Ablauf einer Wahlperiode tatsächlich eine vollständig freie Neubesetzung aller Positionen nicht nur rechtlich möglich, sondern auch wirtschaftlich sinnvoll ist. Das aber ist nicht der Fall: Denn Aufsichtsratsmitglieder verbleiben im Allgemeinen zwei bis drei Wahlperioden in ihrem Amt, schon weil nur dadurch die gewonnene Erfahrung sinnvoll genutzt werden kann. Hinzu kommt, dass die Wahlperioden häufig nicht gleichzeitig enden, schon um laufenden Veränderungserfordernissen Rechnung zu tragen („*staggered board*“). Wenn aber schon nach Ablauf der ersten „zufällig“ endenden laufenden Periode Quoten in dem von den Anträgen geforderten Umfang erreicht werden müssen, kann dies dazu führen, dass auch ein gerade erstmals bestelltes noch „junges“ Aufsichtsratsmitglied oder der zufällig zur Neuwahl anstehende Aufsichtsratsvorsitzende zwingend durch eine Frau zu ersetzen ist. Letztlich begründen die Regelungen damit nicht nur eine Einschränkung der Wahlfreiheit, sondern einen „Abwahlzwang“.

cc) Die durch die Vorschläge eintretende Beschränkung der Wahlfreiheit (um in jedem Fall 50 %) wäre möglicherweise hinnehmbar, wenn das Reservoir an **geeigneten Personen** bei

beiden Geschlechtern vergleichbar wäre. Das ist aber nach den hierzu verfügbaren Informationen nicht der Fall.²⁹ Jedenfalls im Ansatz völlig zu Recht knüpft dementsprechend der Grünen-Vorschlag in § 7 Abs. 5 MitbestG-E für die auf der „Arbeitnehmerbank“ zu beachtende Quote im Sinne einer „flexiblen Quote“ an das zahlenmäßige Verhältnis von Frauen und Männern im Unternehmen an; widersprüchlich (und möglicherweise gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßend) ist es freilich, diesen Grundsatz nicht auch auf die Anteilseignerbank zu übertragen.

Dass das Reservoir an geeigneten Personen begrenzt ist, scheinen der SPD-Antrag und der LINKEN-Antrag selbst zu erkennen. Denn sie wollen gleichzeitig mit der Forderung nach der Erarbeitung von Qualifikationsstandards (II Nr. 7) kompensieren, dass das – was damit eingestanden wird – Qualifikationsniveau zu weit absinkt. Ganz ähnlich fordern die LINKEN die Schaffung eines „Pools“ an geeigneten Bewerbern (II A. 5). Damit wird freilich auch eingestanden, dass das Kernproblem einer nicht geschlechterparitätischen Besetzung von Aufsichtsratsmandaten an ganz anderer, früherer Stelle liegt, nämlich bereits in der Ausbildung. Beschränken wir uns – rein exemplarisch – auf die Hochschulausbildung, so dürfte bekannt sein, dass der Frauenanteil in den ingenieurwissenschaftlichen Studiengängen gering ist, auch wenn er in den letzten Jahren angestiegen ist; zum Wintersemester 2010/11 betrug der Anteil der Studienanfängerinnen ca. 22 Prozent;³⁰ angehende Juristinnen wählen – ganz ähnlich – wirtschaftsrechtliche Schwerpunktbereiche nur unterproportional häufig, wengleich sich auch hier langsam eine Änderung anbahnt.³¹ In der Altersgruppe aber, aus der typischer- und berechtigterweise Aufsichtsrats- und Vorstandsmitglieder rekrutiert werden, lagen die Dinge noch deutlich einseitiger, ohne dass dies heute noch änderbar wäre. Unternehmen (jedenfalls solche, die auf solche asymmetrisch gewählten Ausbildungsgänge angewiesen sind) würden zu Recht den Vorwurf erheben, dass sie für Fehlentscheidungen verantwortlich gemacht würden, die nicht sie, sondern die Bewerber und die für die Ausbildungsorganisation Verantwortlichen (zum überwiegenden Teil also der Staat selbst) getroffen haben. Ganz sicher ist freilich auch, dass die Zahl zur Auswahl stehender weiblicher Bewerber unterschiedlich ist, so dass auch die verfassungsrechtliche Beurteilung *unterschiedlich* ausfallen muss.

Ich verkenne schließlich nicht, dass die Dinge hier möglicherweise so liegen wie bei der

²⁹ Zum Mangel an qualifizierten Frauen in der ersten Führungsebene der betroffenen Unternehmen, aus der sich in der Regel oder doch zumindest sehr oft die Mitglieder der Aufsichtsräte rekrutieren, *Redenius-Hövermann*, ZIP 2010, 660, 665.

³⁰ Vgl. die Angaben des Statistischen Bundesamtes im Vorbericht „Bildung und Kultur, Studierende an Hochschulen“ (abrufbar unter www.destatis.de, zuletzt abgerufen am 18.4.2011).

³¹ Eigene Beobachtung; verlässliche Zahlen scheinen hierfür nicht zur Verfügung zu stehen.

Henne und dem Ei: Wären die Chancen bei späteren Arbeitgebern besser, würden auch mehr Frauen die entsprechenden Ausbildungsgänge wählen. Allerdings ist die Lage hier in einer Hinsicht ähnlich der in den USA zum Zeitpunkt der Einführung des Erfordernisses von bestimmten Qualifikationsnachweisen zur Ausübung einiger Berufe.³² Dort führte nicht die Einführung einer Quote zu einem höheren Anteil von bislang unterrepräsentierten Gruppen in den jeweiligen, insbesondere höher qualifizierten Berufen, sondern der durch den erforderlichen Qualifikationsnachweis erleichterte Nachweis spezifischer Fähigkeiten.³³ Dies verdeutlicht, dass eine andere „Stellschraube“ besser als eine starre Quote zu dem gewünschten Erfolg der verbesserten Gleichstellung qualifizierter Frauen führen kann.

dd) Ungeachtet der Frage der Eignung wird die Auswahlfreiheit weiter dadurch beschränkt, dass nicht jede geeignete Person **bereit** sein wird, ein Aufsichtsratsmandat unter Einschluss der damit verbundenen Risiken auch zu übernehmen. Erinnerung sei in diesem Zusammenhang vor allem an die in den letzten Jahren deutlich verschärften Normen zur Aufsichtsratshaftung und die Einführung des zwingenden Selbstbehalts bei der Vorstandshaftung (§ 93 Abs. 2 Satz 3 AktG), der zwar für den Aufsichtsrat nach § 116 Satz 1 AktG nicht kraft Gesetzes, wohl aber als Empfehlung nach Nr. 3.8 Abs. 3 DCGK gilt.

Angesichts möglicherweise geringerer Qualifikation zur Verfügung stehender Bewerber(innen) können sich zudem Unterschiede bei der Höhe der Versicherungsprämien für eine (soweit möglich) D&O-Versicherung ergeben, die die Bereitschaft zur Übernahme eines Aufsichtsratsmandats weiter einschränken können.

ee) Ich halte es für denkbar, dass die Unternehmen angesichts solcher teilweise inkompatibler und sich widersprechender Vorgaben „passen“ und fehlende Positionen im Verfahren nach § 104 AktG vom **Gericht besetzen** lassen. Dem trägt der Entwurf der Grünen insofern bereits Rechnung, als er die Wahlvorgaben durch den vorgeschlagenen § 104 Abs. 3a AktG auf das gerichtliche Bestellungsverfahren überträgt. Nur übersieht auch dieser Vorschlag, dass auch ein Gericht nicht zwingend eine den Vorgaben entsprechende Person finden kann.

Vor dem Hintergrund von Art. 14 GG deutlich zu weitgehend ist es zudem, dass dieses Bestellungsverfahren nach Vorstellung des Grünen-Vorschlags nicht nur und erst im Falle der Nicht-Besetzung eines Aufsichtsratspostens durch die Anteilseigner greifen soll, sondern auch im Falle einer erfolgten und nicht den Quotenvorgaben entsprechenden Wahl.

³² Vgl. dazu die Untersuchung von *Law/Marks*, Effects of Occupational Licensing Laws on Minorities: Evidence from the Progressive Era, 52 J.L. & Econ. 351 (2009).

³³ *Law/Marks*, 52 J.L. & Econ. 351, 359 f. (2009).

ff) Damit ist sowohl zweifelhaft, ob es bei den von SPD und Grünen gemachten Vorschlägen wirklich „nur“ um eine (Mindest-) Quote geht. Zudem ist zweifelhaft, ob die vorgeschlagene gesetzliche Regelung im Tatsächlichen überhaupt befolgbar ist, eine Tatsache, der angesichts der bei Missachtung der Quoten Platz greifenden „drakonischen“ Rechtsfolgen (dazu noch III.3) besondere Bedeutung bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung zukommen dürfte.

c) Grundrechte Dritter

Verfassungsrechtlich von Bedeutung ist schließlich, dass die von den Entwürfen propagierte Beseitigung der Diskriminierung von Frauen angesichts der extrem hohen Geschlechterquoten dazu beitragen kann, dass Aufsichtsratskandidaten mit aus anderen Gründen verfassungsrechtlich geschützten „Profilen“ nicht mehr berücksichtigt werden können. Das betrifft einerseits Vertreter **ethnischer und religiöser Minderheiten**, deren Gleichbehandlung das Grundgesetz in seinem Art. 3 Abs. 3 Satz 1 ebenfalls besonders einfordert (und deren Berücksichtigung die „offenere“ gegenwärtige Formulierung des DCGK deutlich leichter zulässt).

Vor allem aber berücksichtigen die Entwürfe keinerlei **Familien-Belange**, wie dies Art. 6 GG verlangt. Insbesondere die Tatsache, dass eine Benachteiligung von Frauen in erster Linie eine Folge ihrer (unverändert) stärkeren Einbindung in die Erziehung der Kinder ist, bleibt unberücksichtigt. Dabei ist auch der Fall zu bedenken, dass ein allein verdienender (Ehe-)Mann seine Frau und Kinder versorgt – und seine wirtschaftliche Schlechterstellung daher mittelbar seine (ohnehin schon „abhängige“) Frau trifft. Im Extremfall wäre es sogar möglich, dass den vorgeschlagenen gesetzlichen Vorgaben dadurch Genüge getan ist, dass sich ein Aufsichtsrat ausschließlich aus kinderlosen deutschen Singles zusammensetzt, die zudem alle dieselbe (ggfls. auch keine) religiöse Überzeugung haben. Ich würde das für fatal halten.

Ähnliche (negative) Erfahrungen im Bereich der Wissenschaftsförderung sollte der Gesetzgeber (ungeachtet der Frage eventueller Verfassungswidrigkeit) nicht auf weitere Bereiche übertragen.

d) Alternativen

Den vorgenannten Bedenken, die vor allem auf der zu hohen und unterschiedslosen Festsetzung einer Quote beruhen, könnte dadurch Rechnung getragen werden, dass die ausgewogene Repräsentanz der Geschlechter in einem Unternehmen zum Gegenstand einer **Verhandlung** gemacht werden muss, deren Ergebnis in der Satzung niederzulegen wäre. Gesellschaftsrechtlich gibt es im Rahmen der Vorschriften über die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft Vorbilder für solche Verhandlungsmodelle, die hierhin übertragbar wären. Ein besonderes Augenmerk wäre dabei der Frage zu widmen, wem man im Rahmen eines solchen Verhandlungsprozesses die Macht einräumt, die Position der Geschlechterparität zu vertreten. Jedenfalls aus der zuvor dargelegten gesellschafts- und verfassungsrechtlichen Sicht wäre es bedenklich, diese Macht einer gesellschaftsexternen dritten Stelle einzuräumen; sollte der Gesetzgeber diesen Schritt freilich tun, müsste aus denselben verfassungsrechtlichen Gründen durch Beteiligung verschiedener Interessengruppen sichergestellt sein, dass etwa auch familienpolitische Belange und solche ethnischer Minderheiten berücksichtigt werden (können).

Hier drängt sich insbesondere auf, anstelle einer Geschlechterquote eine Quote für **Teilzeitbeschäftigung** vorzusehen.³⁴ Denn es ist die fehlende Vereinbarkeit der hier in Rede stehenden Tätigkeiten mit Familie und Partnerschaft, die eine Erhöhung des Frauenanteils in diesen Positionen erschwert (und eine Einstellung von Männern in vergleichbarer Lage auch).

Der Gesetzgeber könnte (und müsste) sich dann darauf beschränken, entweder eine bloße Verhandlung vorzuschreiben oder aber eine durch Verhandlung (ggfls. nur in einem festzulegenden Rahmen) abänderbare „*Opt-out*-Regelung“ zu formulieren. Die gesetzliche Regelung hätte dann – wiederum ähnlich wie beim Gründungsprozess einer Europäischen Aktiengesellschaft – den Charakter einer **Auffangregelung**. Die korrekte Umsetzung könnte im Rahmen des weiter auch noch anzusprechenden Statusverfahrens (§ 98 AktG) erfolgen, im Rahmen dessen den zu definierenden Interessenträgern Antrags- und Beteiligungsrechte einzuräumen wären.

Sinnvoll – weil Differenzierungen Rechnung tragend – ist zudem die Forderung der LINKEN (II A Nrn. 6 und 7), durch **Publizität** Entgeltunterschiede zwischen Männern und Frauen einschließlich deren Grund offen zu legen.

³⁴ Hierzu demnächst ausführlicher *Markus Roth*.

III. Einzelheiten

1. Gesellschaftsrechtliche Folge: Kontrolldefizite

Trotz meiner vorhin geäußerten grundsätzlichen Sympathie für das Anliegen einer Frauen- (und damit Familien-) Förderung scheinen mir die drei Anträge bzw. der Gesetzentwurf auch hinsichtlich ihrer Ausgestaltung im Detail hierfür nicht den rechten Weg aufzuzeigen.

Was zunächst die Grundsatzforderung nach einer Quote von (mindestens) je 40 % der Aufsichtsratssitze für Männer und Frauen angeht (SPD-Antrag, II. Nr.1; § 101 Abs. 4 AktG-E Grünen-Entwurf) einschließlich deren Anwendung – bei mitbestimmten Unternehmen – auf die Anteilseigner- und Arbeitnehmerseite (SPD-Antrag, II Nr. 3; § 7 Abs. 5 MitbestG-E Grünen-Entwurf) und etwaige („große“) Ausschüsse (SPD-Antrag, II Nr. 8), so ist es nach meinen Eingangsbemerkungen durchaus richtig und zu begrüßen, die „Quote“ nicht nur auf Frauen, sondern auch auf Männer zu beziehen. Dass die Höhe der Quote und ihre einseitige Ausrichtung auf die Frauenförderung unter Außerachtlassung anderer *Diversity*- Gesichtspunkte nicht zuletzt verfassungsrechtliche Fragen aufwirft, wurde schon angesprochen.

Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ist aber vor allem hervorzuheben, dass nach vielfach (in der Regel aber nur mündlich) geäußelter Ansicht eine zunehmende Diversifizierung des Aufsichtsrats zu größeren **Kontrolldefiziten** bei der Überwachung des Vorstands führen kann; denn die größere Inhomogenität erschwert parallele Entscheidungen des Aufsichtsrats und stärkt damit die Entscheidungskompetenz des Vorstands. Die aus gesellschaftspolitischen Gründen durchaus zu unterstützende Forderung nach stärkerer Gleichbehandlung der Geschlechter dürfte daher mit den gesellschaftsrechtlichen Interessen einer Stärkung des Anleger-, Minderheits- und Gläubigerschutzes in Konflikt geraten. Das hat zugleich insoweit eine verfassungsrechtliche Komponente, als Kontrolldefizite auch eine Schwächung der Durchsetzung von Eigentumsrechten i.S.v. Art. 14 GG bedeuten.

Unklar ist, was mit der Forderung nach einer gesetzlichen Regelung gemeint ist, die eine Begrenzung der durch eine Person wahrnehmbaren Aufsichtsratsmandate vorsieht (SPD-Antrag, II Nr. 7). Da eine solche Regelung mit § 100 Abs. 2 Nr. 1 AktG bereits existiert (und zudem in den letzten Jahren immer wieder verschärft wurde³⁵), muss wohl eine *weitere* Verschärfung dieser Regelung gemeint sein. Damit aber würde das beschriebene Knappheitsproblem nur noch weiter verschärft.

³⁵

Siehe hierzu *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht (6. Aufl. 2009), Rdn. 3.155.

2. Einseitige Erfassung nur der Aufsichts- und Leitungsorgane

Die genannten Quoten sollen nach dem SPD-Antrag auch auf **Vorstände** angewandt werden; zudem sollen jeweils andersgeschlechtliche Stellvertreter vorgesehen werden (SPD-Antrag, II Nr. 5). Mit Blick auf die empirischen Befunde einerseits (nach denen eine Erhöhung der Leistungsfähigkeit eines Unternehmens mit einem höheren Frauenanteil im Management – und nicht den Aufsichtsgremien – korreliert) und die Rekrutierungspraxis andererseits (nach der sich Aufsichtsratsmitglieder in der Regel aus früheren Managern rekrutieren) erscheint aber genau die umgekehrte zeitliche Reihung angezeigt: Erst wenn in höheren Führungspositionen genügend weibliche Bewerber zur Besetzung von Vorstandpositionen vorhanden sind, lässt sich dort der Frauenanteil erhöhen, und erst wenn dies der Fall ist, auch der Anteil weiblicher Aufsichtsratsmitglieder.

3. Rechtsfolgen

a) Verfassungsrechtliche Bedenken

Als Rechtsfolge für den Fall einer Verletzung der Quotenvorgaben wollen der „grüne“ Vorschlag ebenso wie der SPD-Antrag eine **Nichtigkeit** der von den „fehlerhaft besetzten“ Gremien gefassten Beschlüsse vorsehen (§ 255a AktG-E Grünen-Entwurf; SPD-Antrag II Nr. 10). Die Forderung der LINKEN geht insoweit noch etwas weiter (was man freilich auch als Klarstellung gegenüber den beiden anderen Vorschlägen werten kann), als auch – wohl in Anlehnung an das norwegische Recht³⁶ – die **Eintragung** der entsprechenden Beschlüsse ausdrücklich verweigert werden soll (II C. 2) und – in der Sache konsequent – die erstmalige Eintragung einer Gesellschaft in das Handelsregister von der Einhaltung der geschlechtsspezifischen Vorgaben abhängig gemacht werden soll (II C. 1).

Mag man bei den vorgeschlagenen Quoten über die Verfassungsmäßigkeit noch streiten, wenn sie nicht in der vorgeschlagenen Höhe und mit ausreichenden Öffnungsklauseln bzw. Differenzierungsmöglichkeiten verbunden werden, wendet sich das Bild bei den vorgeschlagenen Rechtsfolgen im Falle einer Missachtung der Quotenvorgaben. Denn die vorgeschlagene Nichtigkeitsfolge hinsichtlich der von fehlerhaft besetzten Gremien gefassten Beschlüsse erstreckt die Sanktionen für eine Nichtbeachtung der Quotenvorgaben auch auf solche Personen, die entweder gar keinen Einfluss auf die Einhaltung der Vorgaben hatten (wie etwa Gläubiger der Gesellschaft) oder sogar versucht haben, die Vorgaben zu beachten

³⁶ Hierzu *Rosenblum*, 6 Berkeley Bus. L.J. 55 (2009), 55, 57 und 63 m.w.N.

(wie im Falle überstimmter Minderheitsgesellschafter). Das verstößt nach meiner Einschätzung gegen das **Rechtsstaatsprinzip** (Art. 20 Abs. 3 GG), auch weil bei uns das gesellschaftliche Umfeld in Form eines Rekrutierungspotenzials an weiblichen Bewerbern ein völlig anderes ist als in Norwegen, dessen Rechtslage offenbar als Vorbild für die vorgeschlagene Regelung gedient hat.

Aber auch, so weit die Rechtsfolge der Nichtigkeit die wählenden (Mehrheits-)Gesellschafter trifft, sind verfassungsrechtliche Bedenken angebracht. Denn wenn etwa das Finden geeigneter und das Vertrauen der Eigentümer genießender Personen extrem schwierig ist (etwa: weibliche Aufsichtsratskandidatin mit Erfahrung in industriellen Software-Anwendungen), kann die vorgeschlagene Nichtigkeitsfolge gegen den **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**, genauer gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne,³⁷ verstoßen. Denn der zu betreibende Aufwand für die Besetzung der Aufsichtsratsmandate mit geeigneten Frauen stünde unter Umständen außer Verhältnis zu dem zu erreichenden Zweck der Gleichstellung von Frauen, für dessen Erreichung darüber hinaus eine – noch dazu starre – Quotierung der Geschlechterrepräsentation nicht zweifelsfrei das geeignetste Mittel ist.³⁸ Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz führt im Bereich des Strafrechts etwa auch dazu, dass in Form des Schuldprinzips zwischen dem verwirklichten Tatbestand und der Sanktion ein Gleichgewicht bestehen muss.³⁹ Dementsprechend stößt die von den LINKEN über die Nichtigkeitsfolge für Beschlüsse hinaus geforderte Buße bei zweimaligen Gesetzesverstoß (II C. 3) auf entsprechend noch größere verfassungsrechtliche Bedenken. Die Bedenken gegen alle vorgeschlagenen Sanktionen wiegen umso stärker, je mehr die eigentlichen Ursachen für die zu beseitigenden Ungleichgewichte gar nicht eine Folge des Verhaltens derjenigen sind, die mit den Rechtsfolgen belastet werden. Dabei kann an dieser Stelle die Frage offen bleiben, ob die Verantwortung für eine ungleiche Besetzung von Aufsichtsratspositionen nicht auch (oder sogar in erster Linie) eine Folge von den Unternehmen nicht anlastbaren gesellschaftlichen oder ausbildungspolitischen (Fehl-)Entscheidungen der Vergangenheit ist (dazu bereits oben II.2.b)cc). Denn belastet werden mit den Rechtsfolgen in jedem Fall die **Eigentümer** der betroffenen Gesellschaften, und das ungeachtet der Frage, ob sie irgendeinen Einfluss auf die Auswahl der Vertreter hatten, die die gegen die vorgeschlagenen Quoten verstoßenden Entscheidungen getroffen haben; und zu diesen Eigentümern gehören – das sei vorsorglich in Erinnerung gerufen – vor allen Dingen auch die (deutschen) Lebensversicherer und Pensionsfonds.

³⁷ Vgl. dazu allgemein BVerfG, Entsch. v. 16.3.1971 - 1 BvR 52/66, 1 BvR 665/66, 1 BvR 667/66, 1 BvR 754/66, E 30, 292, 316 f.; Maunz/Dürig/Grzeszick (Stand: 60. EL 2010) Art. 20 GG Rdn. 117 ff.

³⁸ Dazu Redenius-Hövermann, ZIP 2010, 660, 665 und oben II.2. d).

³⁹ Vgl. BVerfG Beschl. v. 25.10.1966 - 2 BvR 506/63, E 20, 323, 331; Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann (Stand: 60. EL 2010) Art. 103 Abs. 2 GG Rdn. 170.

b) Missbrauchsanfälligkeit

Die vorgeschlagenen Regelungen sind zudem in besonderem Maße missbrauchsanfällig. Denn missfällt z.B. einer Frau im Aufsichtsrat oder Vorstand ein sich abzeichnender Beschluss, könnte sie mit der Niederlegung ihres Amtes drohen, weil im Falle ihrer Amtsniederlegung die Quote nicht mehr erfüllt ist und deswegen der Beschluss trotz ansonsten erfüllter Mehrheit nichtig ist; sie hätte sich daher im Ergebnis gegen die sachliche Mehrheit durchgesetzt. Das verstößt gegen den bislang für elementar gehaltenen Grundsatz der Gleichbehandlung der Gremiumsmitglieder.⁴⁰

c) Alternativen

Naheliegend (und gesellschaftsrechtskonform) wäre demgegenüber, die korrekte Beachtung einer etwa festzulegenden Frauenquote im **Statusverfahren** nach § 98 AktG überprüfen zu lassen.

IV. Zusammenfassung

1. Das mit den vorgeschlagenen Regelungen betreffend die Gleichstellung berufstätiger Frauen und Männer verfolgte generelle Anliegen, die Gleichstellung von Frauen in den Fokus zu nehmen und zu fördern, verdient nachdrückliche **Unterstützung**. Die vorgeschlagenen Regelungen sind aber insbesondere wegen ihres Schematismus im Ergebnis nicht angemessen. Denn es kommt hier ganz entscheidend auf die Wahl der richtigen Mittel an.

2. Was die **empirische Lage** angeht, ist zwar davon auszugehen, dass es eine Korrelation zwischen mehr Vielfalt (im weiteren Sinne) in der Besetzung von Unternehmens-

⁴⁰ Zu diesem bislang unter dem Stichwort des Verbotes von Diskriminierung (vor allem der Arbeitnehmervertreter im **Aufsichtsrat**) erörterten Gesichtspunkt BGH Urt. v. 17.5.1993 - II ZR 89/92, Z 122, 342 = ZIP 1993, 1079 = NJW 1993, 2307 = EWiR § 25 MitbestG 1/93, 809 (*Rittner*); im Anschluss an BGH Urt. v. 25.2.1982 - II ZR 123/81, Z 83, 106, 115 = ZIP 1982, 434 (Nichtigkeit einer Satzungsbestimmung über weiteren von der Anteilseignerseite zu stellenden Stellvertreter des Aufsichtsratsvorsitzenden); BGH Urt. v. 15.2.1982 - II ZR 102/81, Z 83, 144, 149 = ZIP 1982, 440 = NJW 1982, 1528 = LM § 107 AktG 1965 Nr. 2a (Zweitstimmrecht des Vorsitzenden des Personalausschusses); BGH Urt. v. 25.2.1982 - II ZR 145/80, Z 83, 151, 154 ff. (Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats bei fehlender Teilnahme der Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner); dazu *Hirte* (Fn. 35), Rdn. 3.186. – Für den **Vorstand** statuiert § 77 Abs. 1 Satz 2 AktG, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nur in Grenzen abbedungen werden kann.

leitungsorganen und einem gesteigerten Unternehmenserfolg gibt. Allerdings steht der letzte Beweis dafür aus, dass gerade ein bestimmter Prozentsatz *an Frauen* auch *kausal* für einen gesteigerten Unternehmenserfolg verantwortlich ist. Weiter bezieht sich vorhandenes Datenmaterial oft nicht speziell auf den deutschen Markt. Vor allem aber kann die nach den empirischen Untersuchungen vorteilhafte Vielfalt auf unterschiedliche Art und Weise erreicht werden. Durch die unternehmerische Mitbestimmung etwa ist in Deutschland bereits ein höheres Maß an Vielfalt in der Besetzung der Unternehmensleitungsorgane gegeben, als dies in vielen anderen Staaten der Fall ist.

3. **Verfassungsrechtlich** bedenklich ist die vorgeschlagene Neuregelung zunächst im Hinblick auf **Art. 3 GG**. Der Anwendungsbereich ist im Hinblick auf die von ihr erfassten Unternehmen problematisch. Es ist aber auch zu berücksichtigen, dass die Regelung zwar geschlechtsneutral formuliert ist, aber eindeutig auf eine Unterrepräsentierung von Frauen ausgerichtet ist. Eine Unterrepräsentation von Männern in anderen Berufszweigen ist dagegen bisher nicht Gegenstand der Diskussion.

4. Die schwerwiegenden Bedenken ergeben sich aber im Hinblick auf die **Eigentumsgarantie** des **Art. 14 GG**. Die Freiheit der Anteilseigner, über die Besetzung des Aufsichtsrates zu befinden, würde noch weiter als ohnehin schon durch die unternehmerische Mitbestimmung eingeschränkt. Bedeutsam ist dabei, dass die unternehmerische Mitbestimmung in ihrer geltenden Form vom Bundesverfassungsgericht bereits als sehr kritisch, eben *gerade noch* mit Art. 14 GG vereinbar angesehen wurde. In den nicht mitbestimmten Unternehmen, die über deutlich kleinere Unternehmensleitungsorgane verfügen, führte die **besonders hohe vorgeschlagene Quote** (40 %) im Zusammenspiel mit den **zu knapp bemessenen Übergangsvorschriften** sogar zu noch einschneidenderen und verfassungsrechtlich bedenklichen Veränderungen. Zudem tragen die vorgeschlagenen Regelungen nicht den je nach Unternehmenszweig sehr **unterschiedlichen tatsächlichen Möglichkeiten** bei der Rekrutierung geeigneter Bewerberinnen Rechnung. Im Zusammenspiel mit weiteren Besetzungsvorschriften ergäbe sich teils gar eine faktische Unmöglichkeit, den Vorgaben der Regelung zu entsprechen.

5. Ganz wesentlich ist dabei die **fehlende Verfügbarkeit geeigneter Bewerberinnen**, die in ausreichendem Maße heute nicht vorhanden sind. Dies lässt sich nicht – quasi „symptomorientiert“ – mit einer gesetzlich geregelten Quote regeln; die Lösung muss vielmehr früher und an anderer Stelle ansetzen, namentlich in der Ausbildungslandschaft und bei den Maßnahmen zur Unterstützung berufstätiger Familienmensen – Frauen wie Männer. Darüber hinaus wurde der Fokus durch die vorgeschlagene Regelung sehr stark auf die Geschlech-

terfrage gelegt, ohne zu berücksichtigen, dass andere Gruppen – etwa ethnischer oder religiöser Natur – gegenwärtig ebenfalls faktisch nicht gleichgestellt sind.

6. Die einseitige Fixierung auf das Geschlecht führt zu einer Außerachtlassung der für den unterschiedlichen beruflichen Erfolg verantwortlichen familiären Situation, deren Berücksichtigung durch Art. 6 GG geboten ist; eine Quote für **Teilzeitbeschäftigung** würde dem effektiver Rechnung tragen. Als aus Sicht des Gesellschaftsrechts vorzugswürdige Alternative gegenüber einer fixen Quote drängt sich eine - den Interessen des einzelnen Unternehmens Rechnung tragende - **Verhandlungslösung** auf.

7. Aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive ist schließlich zu befürchten, dass eine Regelung wie die hier vorgeschlagene eine Verschlechterung der Qualität der Aufsichtsratsstätigkeit nach sich zieht („**Kontrolldefizite**“).

8. Die stärksten Bedenken bestehen jedoch gegen die **Rechtsfolge der Nichtigkeit** der von fehlerhaft besetzten Gremien gefassten Beschlüsse. Diese Rechtsfolge steht außer Verhältnis zu der Erreichung des unbestritten legitimen Zwecks der Gleichstellung Berufstätiger, zumal die Folgen dieser Regelung auch unbeteiligte Dritte treffen würden. Gerade angesichts der abzusehenden faktischen Unmöglichkeit und der zur Verfügung stehenden alternativen Ansätze ist es unangemessen, eine derart scharfe Sanktion zu wählen. Hier bietet sich das Statusverfahren (§ 98 AktG) als Alternative an.