

Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Fraktion der  
SPD und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN  
eines Gesetzes zur Förderung gleichberechtigter  
Teilhabe von Frauen und Männern in Führungsgremien  
(GlTeilhG) (BT-Drucks. 17/11139)<sup>1</sup>  
und zum Gesetzentwurf der Fraktion der SPD eines  
Gesetzes zur Förderung der Chancengleichheit von  
Männern und Frauen in Wirtschaftsunternehmen  
(ChGlFöG) (BT-Drucks. 17/8878)  
für den Deutschen Bundestag

– Sitzung des Rechtsausschusses  
am 16. Januar 2013 –

von

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

---

<sup>1</sup> Weitgehend textidentisch mit BR-Drucks. 330/12 = BT-Drucks. 17/11270.

## Inhalt

I. Einleitung .....	1
1. Familieninkompatibilität als Hauptkarrierehindernis.....	1
2. Geschlechtsspezifische Unterschiede bei der Berufswahl .....	3
3. Die Gesetzentwürfe im Überblick.....	4
II. Publizität .....	4
1. Publizität im Lagebericht (§ 289b HGB-E).....	4
2. Veröffentlichung einer Namensliste („shaming“) (§ 96 Abs. 7 AktG-E) .....	6
3. Teilhabestatistikgesetz (Art. 14 des „rot-grünen“ Entwurfs) .....	7
III. Geschlechterquoten .....	8
1. Empirische Grundlagen.....	8
2. Verfassungsrechtliche Überlegungen.....	10
a) Anwendungsbereich .....	10
b) Eigentumsgarantie .....	11
c) Positive Diskriminierung („affirmative action“) ..	20
d) Alternativen .....	22
3. Rechtsfolgen.....	25
a) Verfassungsrechtliche Bedenken .....	25
b) Missbrauchsanfälligkeit .....	30
c) Alternativen .....	30
IV. Zusammenfassung .....	31

## I. Einleitung

Die Wirtschaftsrechtliche Abteilung des 69. Deutschen Juristentages (DJT) hat vor wenigen Monaten mit 62 zu 16 Stimmen den Vorschlag abgelehnt, für den Aufsichtsrat eine gesetzliche Frauenquote vorzuschreiben.

Der Frauenanteil der DJT-Mitglieder bei der Beschlussfassung lag nach meiner Schätzung bei etwa 10 %, während unter den Mitgliedern des Deutschen Juristentages insgesamt ca. 19 % weiblich und 81 % männlich sind (von den Angemeldeten waren nach Auskunft des DJT ca. 38 % weiblich).<sup>2</sup> Niemand hat irgendeine Frau an der Mitwirkung in der Wirtschaftsrechtlichen Abteilung gehindert, und auch die Tatsache der bevorstehenden Abstimmung über diese Frage war lange bekannt. Noch krasser ist im Übrigen die Lage bei der IG-Metall, wo sogar unter den Mitgliedern der Frauenanteil bei nur 18 % liegt.<sup>3</sup>

Warum sage ich das?

### 1. Familieninkompatibilität als Hauptkarrierehindernis

Der beschriebene Befund deutet meines Erachtens recht deutlich darauf hin, dass es nicht eine aktive Diskriminierung „von Männern gegen Frauen“ ist, sondern entweder **bestimmte Tätigkeitsfelder** oder **bestimmte Arten von Tätigkeiten**, die auch von Frauen selbst (jedenfalls zu erheblichen Teilen) als unattraktiv wahrgenommen werden. Das mag man für falsch halten oder für änderungsbedürftig, ist aber für die rechtliche Beurteilung der hier zu diskutierenden Gesetzentwürfe von erheblicher Bedeutung: Denn die - in der Akzentsetzung unterschiedlich scharfen - Quotenvorgaben für Aufsichtsräte und Vorstände ignorieren die (wenn man so will) „Verantwortlichkeit“ für diese Lage.

Das deckt sich mit ähnlichen Beobachtungen in anderen Feldern: So hat selbst der Richterwahlausschuss des Deutschen Bundestages mit gut 29 % bei der letzten Wahl von Bundesrichtern die Quote von Richterinnen nicht erreicht, die hier in der Endstufe von privaten Unternehmen für die Besetzung ihrer Aufsichts- und Leitungsorgane eingefordert wird.<sup>4</sup> Dem lässt sich leicht entgegenhalten, dass unter den Vorgeschlagenen die Quote

---

<sup>2</sup> Auskunft des Generalsekretärs des Deutschen Juristentages, Dr. *Andreas Nadler*, mit E-Mail vom 4.12.2012.

<sup>3</sup> Siehe dazu *Meck*, „Wir müssen mehr Frauen nach oben bringen“ (Interview mit dem Vorsitzenden der IG Metall, *Berthold Huber*), FAS v. 2.12.2012, Nr. 48, S. 44.

<sup>4</sup> Pressemitteilung des BMJ vom 29.3.2012, abrufbar [http://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2012/20120329\\_17\\_neue\\_Bundesrichter\\_gewaehlt.html?nn=1967012](http://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2012/20120329_17_neue_Bundesrichter_gewaehlt.html?nn=1967012) (zuletzt abgerufen am 12.1.2013);

weiblicher Bewerber höher gewesen sei - und man diese leicht hätte wählen können. Das ist aber verkürzt: Denn entscheidender ist die Frage, warum sich qualifizierte(re) Frauen gar nicht erst um eine Wahl bemüht haben. Und hier hört man immer wieder, dass „pendelnde Richter(innen)“ ebenso unerwünscht seien wie „halbe Frauen“ (= teilzeitbeschäftigte Richter[innen]) - und diese sich dann aus Rücksicht auf ihre Familie nicht bewerben.<sup>5</sup>

Im Bereich der Wissenschaft wird beobachtet, dass unter den Wissenschaftlern, die in Führungspositionen in der Wissenschaftsverwaltung berufen werden (etwa Max-Planck-Direktoren), Kinderlosigkeit (oder geringe Kinderzahl) relativ häufiger anzutreffen sind.<sup>6</sup> Die (frühere) Erste Vizepräsidentin des Deutschen Hochschulverbandes, *Johanna Hey*, hat einen Teil der Gründe hierfür einmal plastisch mit „männlichen Präsenzritualen“ beschrieben.

Und über Abgeordnete heißt es, dass sie - noch vor „Publizisten“ - die Berufsgruppe bildeten, die die geringste Kinderzahl aufweist.<sup>7</sup> Das wird bestätigt durch die kürzliche Entscheidung der beiden (!) Kölner CDU-Bundestagsabgeordneten, *Ursula Heinen* und *Michael Paul*, vor allem auch aus Rücksichtnahme auf ihre kleinen Kinder nicht erneut für den Deutschen Bundestag kandidieren zu wollen.

Die in diesem Zusammenhang sicher unverdächtige Bundesvorsitzende der Grünen (von der einer der Gesetzentwürfe mit unterzeichnet ist), *Claudia Roth*, hat vor einigen Wochen dazu immer wieder erklärt:

„Ich kann mir nicht vorstellen, wie der Job, den ich gerade mache, mit einer Beziehung funktionieren soll“.<sup>8</sup>

Sie werden keine Schwierigkeiten haben, ähnliche Äußerungen von weiblichen Aufsichtsrats- oder Vorstandsmitgliedern zu erhalten, und deshalb ist es auch nicht erstaunlich, dass von

---

dazu auch *Pisal*, Editorial zu NJW 12/2012.

<sup>5</sup> Zur „Familien“-Inkompatibilität früher schon der Unterzeichner einleitend in seiner Stellungnahme für die Sitzung des Rechtsausschusses und des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend am 11. Mai 2011: *Hirte*, Konzern 2011, 519 (zur Veröffentlichung überarbeitete Stellungnahme für die Sitzung des Rechtsausschusses und des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend am 11. Mai 2011); ebenso jetzt wieder im Hinblick auf Managementpositionen *Fabian Ochsenfeld*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 2012, 507, 524 ff., der hierin – zusammen mit der Studienfachwahl – den entscheidenden Grund für die Unterrepräsentanz von Frauen in Managementpositionen sieht (dazu auch *Jürgen Kaube*, Die Politik plant eine große Frauenkaskade, FAZ v. 21.11.2012, Nr. 272, S. N 5).

<sup>6</sup> Siehe schon *Hirte*, Konzern 2011, 519, 526.

<sup>7</sup> Hierzu *Markus Wehner*, Kinder in Raten, FAS v. 11.11.2012, Nr. 45, S. 9. - Die Kinderzahl der Abgeordneten ist aber unter [http://www.bundestag.de/bundestag/abgeordnete17/mdb\\_zahlen/familienstand.html](http://www.bundestag.de/bundestag/abgeordnete17/mdb_zahlen/familienstand.html) abrufbar (zuletzt abgerufen am 12.1.2013).

<sup>8</sup> Siehe etwa *jbe.*, „Liebe“, FAZ v. 17.11.2012, Nr. 269, S. 2 (und öfters).

ihnen gut 40 % kinderlos sind.<sup>9</sup> Die Familieninkompatibilität lässt sich im Hinblick auf die mangelhafte Repräsentanz von Frauen in Managementpositionen für Mütter sogar empirisch belegen.<sup>10</sup>

## **2. Geschlechtsspezifische Unterschiede bei der Berufswahl**

Ganz ähnlich sieht es aber bei den **Inhalten der Tätigkeit** aus, die typischerweise für Führungspositionen in der Wirtschaft qualifizieren. Es ist ein soziales Faktum, dass die Studienfachwahl von Frauen anders ausfällt als diejenige von Männern. 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 2011/12 betrug der Anteil der Studienanfängerinnen 20,58 Prozent;<sup>11</sup> angehende Juristinnen wählen – ganz ähnlich – wirtschaftsrechtliche Schwerpunktbereiche nur unterproportional häufig, wenngleich sich auch hier langsam eine Änderung anbahnt.<sup>12</sup> Insoweit bilden auch die vom „rot-grünen“ Entwurf genannten Zahlen keine hinreichende empirische Basis für die Notwendigkeit eines gesetzlichen Eingreifens.<sup>13</sup> Was den Ausbildungsstand angeht, müsste insoweit richtigerweise etwa die Zahl der Rechtsanwältinnen (oder Partnerinnen) in Großkanzleien genannt werden, die noch geringer liegt.<sup>14</sup> Vor allem waren die technischen und wirtschaftswissenschaftlichen Fächer aber in der Zeit, in der die heute für Aufsichtsratspositionen in Frage kommenden Menschen ausgebildet wurden, noch Männerdomänen (dazu näher unten III.2. b) cc). Und selbst zur heutigen Lage war noch vor wenigen Wochen in der FAZ zu lesen, dass nach Erkenntnissen des Frankfurter Soziologen *Fabian Ochsenfeld* Frauen (weiterhin) überwiegend „weiche“ Fächer mit geringeren Karriereaussichten studieren.<sup>15</sup>

<sup>9</sup> Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hrsg.), *Frauen in Führungspositionen – Auswirkungen auf den Unternehmenserfolg*, S. 17, dort Fn 5 (danach sind 44 % der Frauen in Führungspositionen kinderlos; dem steht eine Kinderlosenrate bei den männlichen Kollegen von nur 23 % gegenüber).

<sup>10</sup> Siehe ausführlich dazu die Untersuchung von *Ochsenfeld*, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 2012, 507, insbesondere S. 526.

<sup>11</sup> Vgl. die Angaben des Statistischen Bundesamtes im Bericht „Bildung und Kultur - Studierende an Hochschulen“ (abrufbar unter [www.destatis.de](http://www.destatis.de), zuletzt abgerufen am 12.1.2013).

<sup>12</sup> Eigene Beobachtung; verlässliche Zahlen scheinen hierfür nicht zur Verfügung zu stehen.

<sup>13</sup> Begr. GlTEilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 14 (falsche Referenzzahlen, wenn auf die allgemeine Bevölkerung abgestellt wird), 16 f. (für die Angaben zum Ausbildungsstand) (elektronische Vorab-Fassung).

<sup>14</sup> Von drei bis 16 Prozent Partnerinnen bei den führenden Großkanzleien spricht etwa *Kristin Schmidt*, *Handelsblatt* Nr. 236 vom 6.12.2011, S. 18.

<sup>15</sup> Siehe den Artikel von *Jürgen Kaube*, *Die Politik plant eine große Frauenkaskade*, FAZ v. 21.11.2012, Nr. 272, S. N 5 und das Ergebnis der Studie bei *Ochsenfeld*, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 2012, 507, 524 f., der hierin – zusammen mit der Frage, ob die entsprechenden Frauen Mütter sind – den entscheidenden Grund für die Unterrepräsentanz von Frauen in Managementpositionen sieht; dies auch als Möglichkeit konzedierend *Henssler/Seidensticker*, *KSzW* 2012, 10, 13.

### 3. Die Gesetzentwürfe im Überblick

Beide Gesetzentwürfe adressieren die Problematik mit dem Instrument der **zwingenden Quoten**, der „rot-grüne“ darüber hinaus mit **Publizität**. Letztere - das sei hier vorweggenommen - ist im Ansatz richtig, während erstere rechtlich, insbesondere auch verfassungsrechtlich, bedenklich sind. Der SPD-Entwurf geht im Übrigen hinsichtlich seines Anwendungsbereichs (Erfassung auch von Vorständen) wie hinsichtlich seiner Sanktionen (Anordnung der Handlungsunfähigkeit der Unternehmensorgane) über den „rot-grünen“ Entwurf hinaus.

## II. Publizität

### 1. Publizität im Lagebericht (§ 289b HGB-E)

Für im Ansatz richtig halte ich den Vorschlag, den Umfang der Beteiligung von Frauen und Männern in Aufsichts- und Leitungsorganen zum Gegenstand zusätzlicher Publizität zu machen.<sup>16</sup> Richtig ist es auch, diese Publizität im Rahmen des Lageberichts zu verwirklichen:<sup>17</sup> Denn damit ist zum einen sichergestellt, dass die entsprechenden Angaben mit geringfügigem Mehraufwand aus den Rechenwerken der Gesellschaft bereitgestellt werden können, andererseits im Rahmen der Abschlussprüfung nach § 316 HGB mit überprüft werden können. Eine Berücksichtigung dieser Frage im Lagebericht ist auch systematisch korrekt: Denn der Lagebericht verlangt mit den nach § 289 Abs. 2 Nr. 2 (Risikomanagementziele und -methoden) einerseits und Nr. 3 HGB (Forschung und Entwicklung) andererseits vorgeschriebenen Angaben gerade die Offenlegung solcher „Produktionsfaktoren“, die für die langfristige („nachhaltige“) Unternehmensentwicklung von Bedeutung sein können, ohne dass sie sich unmittelbar aus den Finanzzahlen ergeben würden (noch deutlicher, allerdings nur für große Kapitalgesellschaften, die nach § 289 Abs. 3 HGB geforderten Angaben zu „nichtfinanziellen Leistungsindikatoren, wie Informationen über Umwelt- und Arbeitnehmerbelange“).<sup>18</sup> Vor diesem Hintergrund könnte man allenfalls

<sup>16</sup> Siehe bereits die Stellungnahme des Unterzeichners für die Sitzung des Rechtsausschusses und des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend am 11. Mai 2011: *Hirte*, Konzern 2011, 519, 527.

<sup>17</sup> In diese Richtung auch der Unterzeichner mündlich in der Anhörung des Rechtsausschusses und des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend am 11. Mai 2011; siehe das Wortprotokoll der Anhörung, abrufbar unter [http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/09\\_Aufsichtsraete/05\\_Wortprotokoll.pdf](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/09_Aufsichtsraete/05_Wortprotokoll.pdf) (zuletzt abgerufen am 12.1.2013).

<sup>18</sup> Allgemein zu den Erweiterungen der Rechnungslegungspflicht um „nichtfinanzielle Indikatoren“ demnächst

systematisch darüber streiten, ob der Fragenkreis nicht in § 289 HGB selbst einzubeziehen wäre.

Inhaltlich bestehen aber **Bedenken gegen die zu erhebenden Angaben**: Sie resultieren zunächst daraus, dass die jetzt verlangten Angaben<sup>19</sup> nach § 285 Nr. 10 HGB sich schon seit Langem **aus dem zu veröffentlichenden Anhang des Jahresabschlusses** ergeben (das Geschlecht lässt sich aus dem ebenfalls verpflichtend anzugebenden Vornamen erschließen); der Jahresabschluss ist deshalb auch die Grundlage für die Ermittlung der Zahlen, die Anlass für die hier zu beurteilenden Gesetzentwürfe sind.

Vor allem aber sind die geforderten (zur Zeit lediglich „gedoppelten“) Zahlen wie auch das Grundkonzept des Gesetzentwurfs **einseitig auf eine Gleichbehandlung von Mann und Frau** gerichtet und **blenden** damit den schon angesprochenen entscheidenden Grund für eine Unterrepräsentation von Frauen, nämlich **die unzureichende Vereinbarkeit von Familie und Beruf, aus**. In § 289b Nr. 1 HGB-E (oder - noch einfacher - im geltenden § 285 Nr. 10 HGB oder als Ergänzung bei den Wahlvorschlägen nach § 124 Abs. 3 Satz 4 oder § 125 Abs. 1 Satz 5 AktG) wäre daher ergänzend eine Offenlegung der jeweiligen Kinderzahl zu verlangen (nach den Verhaltensregeln für Mitglieder des Deutschen Bundestages,<sup>20</sup> die sich der Bundestag nach § 44b Abgeordnetengesetz selbst zu geben hat, wird eine solche Angabe zwar nicht verlangt, ist aber üblich und etwa in den öffentlich einsehbaren Biografien der Bundestagsabgeordneten enthalten). Auch auf eine frühere (familienbedingte) Teilzeitbeschäftigung (auch bei Männern!) könnte hier hingewiesen werden. Denkbar wäre auch, an dieser Stelle - nach dem Vorbild von § 161 AktG bzw. darüber hinaus - eine Begründung dafür zu verlangen, warum das Geschlechterverhältnis im Aufsichts- oder Leitungsgremium von demjenigen der Belegschaft und/oder von einer vom Gesetzgeber vorgegebenen Zielgröße abweicht. Auch Hinweise zur Förderung von Frauen oder Familien, die sich ohnehin schon im Jahresabschluss („Sozialbericht“) finden, könnten an dieser Stelle gebündelt werden.

Das bedeutet - das sei ausdrücklich gesagt - **keine Forderung nach einer Mütter- oder Väterquote**. Denn natürlich gibt es ungewollte Kinderlosigkeit, und es wäre nicht angemessen, die Betroffenen quasi „doppelt zu bestrafen“. Zudem würde eine Quotenvorgabe diejenigen Mütter und Väter benachteiligen, die im Augenblick ihrer Bestellung *noch* keine Kinder haben. Umgekehrt gilt aber auch, wie auch der „rot-grüne“

---

*Hirte*, in einer Festschrift.

<sup>19</sup> Abgesehen von den Angaben, die sich auf die Frage beziehen, ob die Quote greift (und die deshalb natürlich von der Vorfrage abhängig sind, ob es eine solche überhaupt gibt).

<sup>20</sup> Anlage 1 der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages.

Gesetzentwurf einräumt,<sup>21</sup> dass die fehlende Vereinbarkeit von Familie und Beruf zwar möglicherweise nicht der einzige, wohl aber der entscheidende Faktor für die geringe Präsenz von Frauen in Führungspositionen großer Unternehmen ist.

Transparenz auch in diesem Punkte wäre daher ein geeignetes Mittel, um die notwendige öffentliche Diskussion über eine Verbesserung der Gleichstellung von Mann und Frau zu erreichen. Sie ist andererseits aber auch ausreichend, weil der öffentliche Diskurs stärker als schematische Vorgaben in der Lage ist, den im Einzelfall sehr unterschiedlichen Gründen für oder gegen Kinder Rechnung zu tragen.

Ich sehe es allerdings als - mit Blick auf Art. 6 GG auch verfassungsrechtlich - problematisch an, wenn einigen wenigen Einkommenszuwächse auf die Gefahr hin gesichert werden, dass zugleich die Unternehmen und ihre (weit größere Zahl) von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern benachteiligt werden.<sup>22</sup> Der Effekt des Entwurfes könnte daher ohne die vorgeschlagenen Ergänzungen darin liegen, dass **eine Diskriminierung durch eine andere Diskriminierung ersetzt** wird.

Verfassungsrechtlich von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch, dass die von den Entwürfen propagierte Beseitigung der Diskriminierung von Frauen angesichts der fixen Geschlechterquoten dazu beitragen kann, dass Aufsichtsratskandidaten mit aus anderen Gründen verfassungsrechtlich geschützten „Profilen“ nicht mehr berücksichtigt werden können. Das betrifft vor allem 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).<sup>23</sup>

## **2. Veröffentlichung einer Namensliste („shaming“) (§ 96 Abs. 7 AktG-E)**

Als weitere Sanktion ist die Veröffentlichung einer Namensliste derjenigen Unternehmen vorgesehen, die die geforderten gesetzlichen Vorgaben nicht beachten (neuhochdeutsch „shaming“; früher „Pranger“).<sup>24</sup> Eine Veröffentlichung soll dabei auch dann schon erfolgen,

<sup>21</sup> Begr GlTeilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 16 (elektronische Vorab-Fassung).

<sup>22</sup> Begr GlTeilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 43 f. (elektronische Vorab-Fassung); ebenso bereits *Hirte*, Konzern 2011, 519, 526.

<sup>23</sup> Ebenso bereits *Hirte*, Konzern 2011, 519, 526.

<sup>24</sup> Begr GlTeilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 50 (elektronische Vorab-Fassung).

solange gegen die Verpflichtung zur quotengerechten Organbesetzung ein Rechtsmittel anhängig ist.<sup>25</sup>

Das ist - im Ansatz durchaus erwägenswert - angelehnt an entsprechende kapitalmarkt-rechtliche Vorschriften, vor allem § 40b WpHG. Allerdings markiert die um diese Norm geführte Diskussion auch die Grenzen des Konzepts: Das beginnt damit, dass die Veröffentlichung vergangener Verstöße nicht zwingend denjenigen trifft, der für den früheren Verstoß verantwortlich ist, und deshalb - als Sanktion ohne Verschulden - aus verfassungsrechtlichen Gründen nur mit großer Zurückhaltung vorgenommen werden darf.<sup>26</sup> Vor diesem Hintergrund besonders bedenklich ist die vorgesehene Veröffentlichung trotz Anhängigkeit eines Rechtsmittels, was in § 40b WpHG explizit (und zu Recht) anders geregelt ist. § 40b WpHG bringt darüber hinaus die allgemeine (und verfassungsrechtlich gebotene) Güterabwägung deutlich zum Ausdruck, wenn er die Veröffentlichung untersagt in Fällen, in denen diese „zu einem unverhältnismäßigen Schaden bei den Beteiligten führen“ würde. Das fehlt hier und würde im Übrigen zu der Frage führen, ob eine Veröffentlichung überhaupt einen zusätzlichen Nutzen generieren kann, wenn und weil hier - anders als in den von § 40b WpHG erfassten Fällen - alle zugrunde liegenden Informationen sich ohnehin schon aus dem Handels- bzw. Unternehmensregister ergeben.

### **3. Teilhabestatistikgesetz (Art. 14 des „rot-grünen“ Entwurfs)**

Der weitere Vorschlag, die im Lagebericht zu machenden Angaben durch ein Teilhabestatistikgesetz noch einer weitergehenden Publizität zuzuführen, ist demgegenüber nicht überzeugend. Entgegen der Begründung des rot/grünen Entwurfs<sup>27</sup> ist es gerade nicht so, dass „nur so“ die entsprechenden Daten einer breiten Öffentlichkeit zugänglich sind.

Es ist vielmehr umgekehrt so, dass die **Jahresabschlusspublizität** mit ihrer zeitnahen und elektronischen Verfügbarkeit (§ 325 HGB) eine weitaus größere Öffentlichkeit erreicht als eine (weitere) Statistik.<sup>28</sup> Diese große Publizität war es überhaupt erst, die die jetzige Diskussion ermöglicht und angestoßen hat. Jedenfalls würde eine solche Statistik keinen Zugewinn an Information gegenüber einer Aufbereitung der Daten mit sich bringen, wie sie

<sup>25</sup> Begr GlTeilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 21 (elektronische Vorab-Fassung).

<sup>26</sup> Dazu ausführlich *Altenhain*, in: Kölner Kommentar zum Wertpapierhandelsgesetz (2007), § 40b WpHG Rdn. 5.

<sup>27</sup> Begr GlTeilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 44 (elektronische Vorab-Fassung).

<sup>28</sup> Sie scheint den Entwurfsverfassern nicht bekannt, weil sie in Begr GlTeilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 60 (elektronische Vorab-Fassung) nur auf die zu steuerlichen Zwecken erhobenen Statistiken verweisen.

nach dem Vorschlag aus dem Lagebericht - und (auch schon jetzt!) weiteren Zahlen des Jahresabschlusses - abgeleitet werden können. Zudem beeinträchtigt eine auf gesetzlicher Grundlage beruhende Statistik die Möglichkeiten einer differenzierteren Analyse nach - je nach Perspektive des Beurteilers - (auch im Zeitablauf) unterschiedlichen Parametern und schreibt damit - was vor dem Hintergrund von Art. 5 Abs. 1 GG nicht unproblematisch ist - eine bestimmte Meinung fest.

Die für die Frage der **Gleichstellung wesentlichen Entgeltunterschiede** zwischen Mann und Frau (ggfls. unter Berücksichtigung von Kindern) sollen bemerkenswerterweise nach dem Gesetz nicht erfasst werden; das erscheint widersprüchlich. Umgekehrt lassen sie sich zu einem erheblichen Teil bereits jetzt aus den nach § 285 Nr. 9 HGB zu machenden Angaben zur individuellen Vorstandsvergütung ermitteln; allerdings wäre denkbar, den Anwendungsbereich dieser Norm über den Bereich der „börsennotierten Aktiengesellschaft“ hinaus zu erweitern und insbesondere auch Aufsichtsratsmitglieder zu erfassen (u.U. beschränkt auf die Frage der geschlechtsspezifischen Entgeltunterschiede).

### III. Geschlechterquoten

Im Mittelpunkt beider Gesetzentwürfe steht aber - wie schon vorgestellt - die Forderung nach zwingenden Geschlechterquoten, wobei sich die Entwürfe vor allem hinsichtlich des Anwendungsbereichs und der Sanktionen unterscheiden.

#### 1. Empirische Grundlagen

Was die Begründung für die vorgeschlagenen Maßnahmen angeht, steht der früher in diesem Zusammenhang hervorgehobene Effekt auf die Corporate Governance nicht (mehr) im Mittelpunkt. Das ist gut und richtig so: Denn eine **klare kausale Beziehung** zwischen einem höheren Frauenanteil und besserer Corporate Governance lässt sich bislang nicht nachweisen.<sup>29</sup> Zudem befassen sich manche Untersuchungen mit dem Effekt höherer **diversity allgemein** – und das umfasst auch Fragen der ethnischen oder religiösen Vielfalt (allgemein

---

<sup>29</sup> Europäische Kommission, Grünbuch: Europäischer Corporate Governance-Rahmen, Dok KOM(2011) 164/3, 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) Begr ChGIFöG, BT-Drucks. 17/8878, Präambel; dazu schon *Hirte*, Konzern 2011, 519, 521; jetzt auch *Habersack*, Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages (2012), Gutachten, S. E 38; *Velte*, Konzern 2012, 1, 2 ff.; abw. *Henssler/Seidensticker*, KSzW 2012, 10, 16.

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),<sup>30</sup> die in Deutschland durch die **unternehmerische Mitbestimmung** im Vergleich zum internationalen Standard schon sehr weitgehend verwirklicht ist.<sup>31</sup> Das wird etwa im SPD-Entwurf übersehen, wenn dort auf die in verschiedenen Ländern eingeführten gesetzlichen Regelungen zu Frauenquoten verwiesen wird, ohne darauf hinzuweisen, dass diese Länder keine unternehmerische Mitbestimmung deutscher Prägung kennen.<sup>32</sup>

Sämtliche Untersuchungen analysieren – soweit ersichtlich – zum Zweiten allein die Lage bei **börsennotierten Gesellschaften**, und bauen zum Dritten typischerweise auf den – deutlich breiteren – **US-amerikanischen und englischen Kapitalmärkten** und dort notierten amerikanischen oder englischen Gesellschaften auf.<sup>33</sup> Das alles lässt sich schon nur begrenzt auf Europa und noch schwerer auf Deutschland übertragen.<sup>34</sup>

Vor diesem Hintergrund soll bei den weiteren Überlegungen davon ausgegangen werden, dass die zu untersuchenden Entwürfe allein eine **gesellschaftspolitische Zielrichtung** haben - und sich daran auch rechtlich messen lassen müssen.

---

<sup>30</sup> 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-Unternehmen für das Jahr 1997; dort – S. 9 f. – auch zahlreiche Nachweise früherer Studien mit gänzlich unterschiedlichen Ergebnissen); dazu schon *Hirte*, Konzern 2011, 519, 521 f.

<sup>31</sup> Zu deren positivem Einfluss auf die Corporate Governance *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“).

<sup>32</sup> Begr ChGIFöG, BT-Drucks. 17/8878, S. 7.

<sup>33</sup> 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).

<sup>34</sup> Ausführlich zu den Gründen *Hirte*, Konzern 2011, 519, 521 f.; ähnlich jetzt *Velte*, Konzern 2012, 1, 3.

## 2. Verfassungsrechtliche Überlegungen

Das leitet über zur verfassungsrechtlichen Beurteilung der vorliegenden Vorschläge, die in engem Zusammenhang mit dem vorgeschlagenen Anwendungsbereich steht.

### a) Anwendungsbereich

Dieser soll sich nach beiden Entwürfen auf börsennotierte und mitbestimmte Unternehmen beschränken.<sup>35</sup> Allerdings erfasst der „rot/grüne“ Entwurf insoweit nur die Besetzung der Aufsichtsräte, während der SPD-Entwurf weitergehend auch die Besetzung von Vorstandspositionen erfasst. Solche Besetzungsvorgaben für die **Geschäftsführungspositionen** greifen dabei ungleich stärker in das Eigentumsgrundrecht der Gesellschafter ein als solche für den Aufsichtsrat.<sup>36</sup> Das gilt umso mehr dann, wenn die Geschäftsführung von den Eigentümern selbst oder ihnen nahestehenden Personen übernommen werden soll.

Das wirft zunächst die Frage danach auf, ob dieser Anwendungsbereich - was die erfassten Unternehmen angeht - 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. Hinter dieser Abgrenzung steht der Gesichtspunkt der Unternehmensgröße.<sup>37</sup> Das ist zwar sicher plausibler als eine Anknüpfung an die Rechtsform des Unternehmensträgers.<sup>38</sup> Gleichwohl drängt sich die Frage auf, ob die ungleiche Verteilung der Geschlechter in Leitungspositionen mit der Unternehmensgröße in Zusammenhang steht. Sollte dahinter (unausgesprochen) die Annahme stehen, dass bei kleinen Unternehmen die Beteiligungsstruktur Eingriffe nicht in demselben Maße zulassen sollte wie bei großen, hätte dies zwar einen richtigen Kern, würde aber gleichwohl nicht vollständig trennscharf ansetzen: Denn Groß-Beteiligungen gibt es sowohl bei kleinen wie bei großen Unternehmen, insbesondere im Bereich der Familienunternehmen.<sup>39</sup> Das braucht freilich an dieser Stelle nicht weiter vertieft zu werden,

<sup>35</sup> Begr GlTeilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 30 f. (elektronische Vorab-Fassung); ebenso Begr ChGlFöG, BT-Drucks. 17/8878, S. 1 f. - Zur Nicht-Erstreckbarkeit eventueller Regelungen auf ausländische Unternehmen unter dem Gesichtspunkt der Niederlassungsfreiheit *Bachmann*, ZIP 2011, 1131, 1135 m.w.N.

<sup>36</sup> *Bachmann*, ZIP 2011, 1131, 1137 f.; dazu schon *Hirte*, Konzern 2011, 519, 527. Dementsprechend gelten die gesetzlichen Vorgaben in Frankreich gerade nicht für Vorstände; dazu *François-Poncet/Deilmann/Otte*, NZG 2011, 450, 452.

<sup>37</sup> Begr GlTeilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 30 f.; Begr ChGlFöG, BT-Drucks. 17/8878, S. 8.

<sup>38</sup> Zur Kritik an abw. früheren Ansätzen *Hirte*, Konzern 2011, 519, 523.

<sup>39</sup> Dies übersehen offenbar *Papier/Heidebach*, ZGR 2011, 305, 326; anders (und teilweise wie hier) demgegenüber *Henssler/Seidensticker*, KSzW 2012, 10, 16, die aber ebenfalls übersehen (S. 17), dass es Groß-Beteiligungen auch bei börsennotierten Gesellschaften geben kann.

weil der fehlenden sachlichen Legitimation dieser Anknüpfung bei der Prüfung der Vereinbarkeit des Entwurfs mit Art. 14 GG Rechnung getragen werden kann (dazu unten b) aa).

Viel kritischer ist vor dem Hintergrund des Art. 3 Abs. 1 GG die Frage, warum die Regelungen in erster Linie auf die Aufsichtsorgane der Unternehmen (und nur der SPD-Entwurf daneben auf den Vorstand) 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). Da es sowohl innerhalb von Unternehmen als auch in der Gesellschaft insgesamt zahlreiche weitere Fälle gibt, in denen die Zusammensetzung eines Gremiums nicht den Geschlechterproporz der allgemeinen Bevölkerung widerspiegelt (und zwar sowohl zu Lasten wie zugunsten von Frauen), haftet dem ein „Touch von Willkür“ an.

## b) Eigentumsgarantie

Deutlich kritischer wiegt, dass die Gesetzesvorschläge in ihrer konkreten Ausgestaltung gegen die **Eigentumsgarantie** des Art. 14 GG verstoßen könnten.<sup>40</sup> Im Ausgangspunkt ist dem Entwurf aber zunächst insoweit zuzustimmen, als er insbesondere vor dem Hintergrund der Vereinbarkeit mit Art. 14 GG einen „**legitimen Zweck**“ verfolgt.<sup>41</sup> Hier ist erneut<sup>42</sup> 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 Stimmen-

---

<sup>40</sup> Siehe etwa auch *Papier/Heidebach*, ZGR 2011, 305, 323 ff., die zu dem Ergebnis kommen, in Branchen, in denen Frauen *nicht generell* (über alle Ebenen hinweg) unterrepräsentiert sind, sei eine Frauenquote mit der Eigentumsgarantie zu vereinbaren. - Zum Teil wird auch ein Verstoß gegen die **Vereinigungsfreiheit** des Art. 9 Abs. 1 GG als denkbar erachtet (so etwa *François-Poncet/Deilmann/Otte*, NZG 2011, 450, 454; *Papier/Heidebach*, ZGR 2011, 305, 327 f.); doch liegt dies wegen des stärker personalistischen Bezugs dieses Grundrechts für die typischerweise fremdverwaltete Kapitalgesellschaft eher fern und soll daher hier nicht weiter untersucht werden (ebenso *Bachmann*, ZIP 2011, 1131, 1134). Ähnliches gilt für die ebenfalls angeführte **Berufsfreiheit** des Art. 12 Abs. 1 GG (einen Verstoß hiergegen erwägend *Spindler/Brandt*, NZG 2011, 401 ff.; siehe auch *Papier/Heidebach*, ZGR 2011, 305, 328 f.), die nur tangiert sein dürfte, wenn eine Besetzung von Organpositionen den Eigentümern persönlich vorenthalten wird.

<sup>41</sup> Begr. GlTeilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 19 (elektronische Vorab-Fassung).

<sup>42</sup> Siehe schon *Hirte*, Konzern 2011, 519, 525 f.

gleichheit von der Anteilseignerseite gestellt wird (§ 27 Abs. 2 Satz 2 MitbestG 1976) und er bei Pattsituationen ein „Zweitstimmrecht“ hat (§ 29 Abs. 2 Satz 1 MitbestG 1976).<sup>43</sup>

aa) Diese Abwägung könnte bei einer **weiteren Einschränkung der Wahlfreiheit** für die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern bzw. die Bestellung von Vorstandmitgliedern, wie ihn beide vorliegende Gesetzentwürfe vorsehen, vor allem bei mitbestimmten Unternehmen in eine verfassungswidrige Beschränkung des Eigentums umschlagen.<sup>44</sup> Hier wird seitens des Verfassers nicht verkannt, dass zwar das zahlenmäßige Verhältnis der von Anteilseignern und Arbeitnehmern zu wählenden Aufsichtsratsmitglieder nicht verändert wird.<sup>45</sup> Allerdings ist zunächst dem Grundsatz nach von einer Freiheit der Anteilseigner auszugehen, den Aufsichtsrat in Höhe von 100 % frei zu besetzen. Jegliche Einschränkung dieser Freiheit muss sich an Art. 14 GG messen lassen. Eine auf die durch das Mitbestimmungsgesetz 1976 bewirkte Freiheitseinschränkung „aufgesattelte“ weitere Einschränkung, gleich welcher Ausgestaltung, führte zu einem weitergehenden Abzug von diesen 100 %. So wird – unabhängig von dem unterschiedlichen Ansatzpunkt von Unternehmensmitbestimmung einerseits und Gestaltung der Besetzung der für Art. 14 GG dann nur noch relevanten Anteilseignerseite des Aufsichtsrates andererseits – die Wahlfreiheit derartig eingeschränkt, dass die Verfügung über das Eigentum im Hinblick auf Art. 14 GG nicht mehr in ausreichender Weise möglich ist.<sup>46</sup> Dabei kommt hinzu, dass die geschlechtsspezifischen Wahlvorgaben der Durchsetzung allgemeinpolitischer 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 Unternehmen** (die ja nach beiden Entwürfen ebenfalls erfasst sein sollen) kann die Einschränkung der Wahlfreiheit (immer noch) zu einer verfassungswidrigen Beschränkung des Eigentums führen.<sup>47</sup> Dabei wird nicht verkannt, dass die vor allem mit dem jetzt vorgelegten „rot/grünen“ Gesetzentwurf geforderten Quoten, auch angesichts längerer Übergangszeiten, deutlich hinter denen zurückbleiben, die früher einmal gefordert worden waren.<sup>48</sup>

Der Gesetzentwurf fokussiert aber vor allen Dingen allein auf die **Art des zu überwachenden Unternehmens**. Für die Frage eines Grundrechtsverstößes kommt es daneben (möglicher-

<sup>43</sup> BVerfGE 50, 290 (Mitbestimmungsurteil).

<sup>44</sup> Ebenso jetzt *Bachmann*, ZIP 2011, 1131, 1134; abw. etwa *Papier/Heidebach*, ZGR 2011, 305, 324 f.

<sup>45</sup> Dies führen der Sache nach etwa *Papier/Heidebach*, ZGR 2011, 305, 324 ins Feld.

<sup>46</sup> Abw. *Papier/Heidebach*, ZGR 2011, 305, 324 f.

<sup>47</sup> Ausführlicher hierzu *Hirte*, Konzern 2011, 519, 523 ff.

<sup>48</sup> Zu diesen *Hirte*, Konzern 2011, 519, 524 f.

weise auch stattdessen) auf die **Art der Beteiligung** an diesem Unternehmen an. Insoweit wird mehr oder weniger pauschal davon ausgegangen, dass es sich bei Aktiengesellschaften immer um solche mit Streubesitz handelt, bei denen aus diesem Grunde die Beteiligung eher den Charakter einer Kapitalanlage habe.<sup>49</sup> Dort, so wird weiter unter Hinweis auf das Mitbestimmungsurteil des BVerfG<sup>50</sup> ausgeführt, gälten für die Zulässigkeit von Eingriffen geringere Anforderungen.<sup>51</sup> Dabei werden allerdings die Realität der Aktiengesellschaft und die bisherige gesetzliche Lage des Aktienrechts ignoriert: Denn der zahlenmäßig größte Teil (auch) der Aktiengesellschaften ist Teil eines Unternehmensverbundes;<sup>52</sup> die Aktien befinden sich also nicht in Streubesitz, sondern es ist gerade der „personale Grundrechtsbezug“ gegeben, den der Entwurf selbst als Grund für höhere verfassungsrechtliche Schranken für Eingriffe annimmt.<sup>53</sup> Aber selbst bei börsennotierten Aktiengesellschaften sind typischerweise nur kleine Teile der Aktien tatsächlich frei gehandelt, während der größte Teil in Form mehr oder weniger großer Aktienpakete - bis hin zu „Beteiligungen“ i.S.v. § 271 HGB - gebündelt ist; das betrifft insbesondere Familienunternehmen. Der Aktienbesitz stellt in diesen Fällen keine „bloße Kapitalanlage“ dar, sondern eine unternehmerische Beteiligung; er ist in den Worten von § 271 HGB dazu „bestimmt [...], dem eigenen Geschäftsbetrieb durch Herstellung einer dauernden Verbindung zu jenen Unternehmen zu dienen“ (Hervorh. durch den Verf.). Der Verweis auf den Charakter der Aufsichtsratsstätigkeit als bloßer Nebentätigkeit<sup>54</sup> geht in diesen Fällen ins Leere: Denn er blendet aus, zu was es sich um eine Nebentätigkeit handelt - und dass etwa in den vorgenannten Fällen die Aufsichtsratsstätigkeit in einem beherrschten Unternehmen einen Teil der Beteiligungsverwaltung seitens des maßgeblich beteiligten (oder gar Allein-)Gesellschafters darstellt - und damit der *Geschäftsführung in diesem Unternehmen*. Dementsprechend ist es auch möglich und üblich, Mitarbeiter zur Übernahme von Aufsichtsratsmandaten in (konzern-)beherrschten Unternehmen zu verpflichten,<sup>55</sup> so wie der Gesetzgeber umgekehrt in verschiedenen Zusammenhängen solche Aufsichtsratsmandate anders behandelt<sup>56</sup> bzw. sogar - wie in § 308 Abs. 3 AktG - die Kompetenz eines solchen Aufsichtsrats unterläuft. Das lässt zunächst Zweifel an der - auch verfassungsrechtlich erforderlichen - **Folgerichtigkeit** der vorgeschlagenen Lösung aufkommen. Dieser Grundsatz - letztlich eine Ausprägung von Art.

<sup>49</sup> Begr. GITEilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 23 (elektronische Vorab-Fassung).

<sup>50</sup> BVerfGE 50, 290 (Mitbestimmungsurteil).

<sup>51</sup> Begr. GITEilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 23 (elektronische Vorab-Fassung): soziale Funktion des Anteilseigentums, da es in aller Regel mit anderen ausgeübt wird und immer auch der Mitwirkung der Arbeitnehmer bedarf.

<sup>52</sup> Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht (7. Aufl. 2012), Rdn. 8.1; Wiedemann, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht (1988), S. 6 f.

<sup>53</sup> Begr. GITEilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 23 (elektronische Vorab-Fassung).

<sup>54</sup> Begr. GITEilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 46 (elektronische Vorab-Fassung).

<sup>55</sup> Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht (7. Aufl. 2012), Rdn. 3.67.

<sup>56</sup> Nachweise für eine entsprechende differenzierte Betrachtung bei Hirte (Fn. 52), Rdn. 3.155.

3 Abs. 1 GG - ist als Verfassungsgrundsatz vor allem aus dem Steuerrecht bekannt, und zwar in Fällen, in denen eine Verletzung von Abwehrgrundrechten (noch) verneint wird: Generell gesprochen muss sich der Gesetzgeber danach an eine einmal getroffene Grundsatzentscheidung auch selbst halten lassen;<sup>57</sup> in jüngerer Zeit ist dieser Grundsatz vor allem durch das Urteil zur sog. Entfernungspauschale bekannt geworden.<sup>58</sup> Er beinhaltet, dass der Gesetzgeber Wertungswidersprüche, die sich durch die Einfügung neuer Normen ergeben, nicht einfach hinnehmen darf, sondern sie - etwa durch Beseitigung entgegenstehenden früheren Rechts - beseitigen muss. Das ist hier die fehlende Abstimmung mit den Regelungen zu Beteiligungen und Unternehmensverbund. Unabhängig davon und vor allem bewirkt der Vorschlag in diesen Fällen einen **Eingriff in die Geschäftsführungskompetenz** dieser beherrschenden bzw. beteiligten Unternehmen; denn sie werden in vielen Fällen nicht den nach ihrer Binnenorganisation beteiligten Mitarbeiter bzw. die dafür verantwortliche Mitarbeiterin einsetzen dürfen, sondern werden mit Blick an die Anbindung an ein „Hauptamt“ neue Mitarbeiter (innen) einstellen müssen. Die Eingriffsintensität auch der im Vergleich zu früheren Vorschlägen abgesenkten Quotenvorgaben steigt daher vor allem in diesen Fällen auf ein unzulässiges Maß an.<sup>59</sup>

Das gilt noch stärker in Fällen, in denen dem beherrschenden bzw. beteiligten Unternehmen sogar ein diese Beteiligung formell absicherndes **Entsenderecht** nach § 101 Abs. 2 AktG eingeräumt wurde - und die der Gesetzentwurf ausdrücklich mit erfassen will.<sup>60</sup> Noch einen Schritt schwerer wiegt schließlich, dass auch **öffentlichrechtliche Vorgaben** für eine Entsendung irrelevant sein sollen.<sup>61</sup> Denn das kann dazu führen, dass von einem Gemeinderat ein in den für die Beteiligungsverwaltung zuständigen Ausschuss gewählter Vertreter ein auf den Mitgliedschaftsrechten der Gemeinde fußendes Aufsichtsratsmandat nicht (mehr) wahrnehmen kann - und das Bundesamt für Justiz im Rahmen der Härtefallregelung des § 96 Abs. 4 AktG-E die Wahlentscheidungen der Gemeinde überprüfen muss. Auf Bundesebene könnte das etwa dazu führen, dass ein männlicher Bundesfinanzminister die Beteiligungsrechte des Bundes in Form von Aufsichtsratsmandaten nur wahrnehmen darf, wenn das Bundesamt für Justiz einen „Härtefall“ festgestellt hat. Gleiches würde für einen Ministerpräsidenten gelten, der - wie aktuell im Zusammenhang mit dem Flughafen Berlin Brandenburg diskutiert - die Rechte „seines Landes“ in einer Projektgesellschaft (der Flughafen Berlin Brandenburg GmbH) wahrnehmen soll. Wie das mit dem

<sup>57</sup> Grundlegend BVerfG, Urt. v. 13.7.1965 –1 BvR 771/59, 1 BvR 234/61, 1 BvR 246/61, 1 BvR 367/61, 1 BvR 17/62), E 19, 101; dazu auch Hey, DStR 2009, 2561 ff.

<sup>58</sup> BVerfG, Urt. v. 9.12.2008 - 2 BvL 1/07, 2 BvL 2/07, 2 BvL 1/08, 2 BvL 2/08), E 122, 210.

<sup>59</sup> Dazu Bachmann, ZIP 2011, 1131, 1137, sowie auch schon Hirte, Konzern 2011, 519, 527.

<sup>60</sup> Begr GlTeilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 46 (elektronische Vorab-Fassung).

<sup>61</sup> Begr GlTeilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 46 (elektronische Vorab-Fassung).

Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) in Einklang stehen soll, ist ebenso ungeklärt wie - bezüglich der Beteiligungsrechte von Ländern und Kommunen - die Frage, ob insoweit der Bund überhaupt zuständig ist.

Verfassungsrechtlich bedenklich ist auch, dass die Quotenvorgaben in mitbestimmten Aktiengesellschaften für die **Teilgremien** „getrennt zu betrachten“ sind (§ 96 Abs. 3 Satz 2 und Satz 6 AktG-E).<sup>62</sup> Damit setzt sich der Gesetzesvorschlag in Widerspruch zu dem sonst das Aufsichtsratssystem durchziehenden Grundsatz der Gleichbehandlung<sup>63</sup> seiner Mitglieder.<sup>64</sup> Schon unabhängig von weiteren Folgerungen verstößt der Gesetzentwurf auch insoweit gegen das Verfassungsgebot der Folgerichtigkeit. Das wirkt sich im Übrigen einerseits insoweit aus, als die *Erforderlichkeit* der Regelung mit Blick auf die Zielerreichung in Frage steht: Denn in einem von der gesetzlichen Struktur her auf eine Gleichberechtigung seiner Mitglieder angelegten Gremium kann es für die gleichberechtigte Beteiligung beider Geschlechter, etwa im Hinblick auf die damit beabsichtigte Verbesserung der Diskussionskultur, keinen Unterschied machen, welchem der Teilgremien ein Aufsichtsratsmitglied angehört. Folgt man diesen Überlegungen andererseits nicht, wird sich umgekehrt der bislang verteidigte Grundsatz der Gleichbehandlung der Aufsichtsratsmitglieder auch in anderen Bereichen (etwa Informationszugang oder Haftung) nicht mehr halten lassen (zu den Konsequenzen im Zusammenhang mit der Versicherbarkeit sogleich unten).

Die mit Blick auf Art. 14 GG (in vielen Fällen äußerst) bedenkliche Reduktion des Auswahlermessens bei der Wahl (bzw. Entsendung) von Aufsichtsratsmitgliedern wäre dann möglicherweise unbeachtlich, wenn die **Härtefallregelung** des § 96 Abs. 4 AktG-E des „rot-grünen“ Entwurfs hier einen Ausgleich böte.<sup>65</sup> Das ist aber nach dem Entwurf nicht der Fall: Denn sie ist „sehr eng auszulegen“.<sup>66</sup> Andere Besetzungsgesichtspunkte, selbst solche der „*Diversity*“ (einschl. der schon angesprochenen Behinderung), dürfen keine Rolle spielen.

<sup>62</sup> So Begr GTeilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 45, 47 (elektronische Vorab-Fassung); ebenso Begr ChGIFöG, BT-Drucks. 17/8878, S. 2 und S. 9 (zu § 96 Abs. 3 bis 5 AktG-E).

<sup>63</sup> 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. 52), Rdn. 3.186. – Für den **Vorstand** statuiert § 77 Abs. 1 Satz 2 AktG, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nur in Grenzen abbedungen werden kann.

<sup>64</sup> Im Ergebnis ebenso *Habersack* (Fn. 29), S. E 42.

<sup>65</sup> Zu deren zwingender Notwendigkeit *Henssler/Seidensticker*, KSzW 2012, 10, 15.

<sup>66</sup> Begr GTeilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 47 (elektronische Vorab-Fassung).

Das steht zunächst in einem offenen **Konflikt mit den Regelungen des AGG** (und damit auch seinen europarechtlichen Grundlagen), nach denen verschiedene Formen potentieller Diskriminierung aus den in § 1 AGG genannten Gründen untersagt werden; denn die vorgeschlagene Regelung erlaubt (und gebietet!) die Bevorzugung einer der dort genannten Gruppen selbst dann, wenn sie zu Lasten einer anderen geht.

Vor allem bedenklich ist aber, dass der Faktor **Geschlecht Vorrang vor Qualitätsanforderungen** haben soll; es heißt: „Der Kandidat oder die Kandidatin muss insbesondere nicht dieselben Voraussetzungen erfüllen, wie dies bei bereits vorhandenen Aufsichtsratsmitgliedern der Fall ist.“<sup>67</sup> Denn sonst könne das Gesetzesziel „durch die Formulierung besonders hoher Anforderungen“ unterlaufen werden“.<sup>68</sup> Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass „[v]erglichen mit beispielsweise der Geschäftsführungstätigkeit des Vorstands [...] die Aufgaben des Vorstands regelmäßig weniger fachspezifische Kenntnisse [erforderten und insbesondere nach bisherigen Erfahrungen] häufig allgemeinere juristische oder betriebswirtschaftliche Qualifikationen ausreich[t]en, die keine Erfahrungen in der bestimmten Branche oder im Unternehmen voraussetz[t]en.“<sup>69</sup> Damit werden einerseits jahrelange Anstrengungen des europäischen und deutschen Gesetzgebers konterkariert, die Qualität von Aufsichtsräten und ihrer Arbeit zu verbessern - so dass die vorgeschlagene gesetzliche Regelung auch insoweit gegen das Gebot der Folgerichtigkeit verstößt. Vor allem aber wird übersehen, dass die Tätigkeit in einem Aufsichtsrat eben nur aus der Sicht der „Zielgesellschaft“ eine „Nebentätigkeit“ ist, aus der Sicht des wählenden oder entsendenden Aktionärs aber „knallharte“ Geschäftsführung. Das heißt in der Folge, dass die Härtefallregelung nicht in der Lage ist, den vor allen Dingen in Fällen der Beteiligungsverwaltung bestehenden Verstoß der Quotenregelung gegen Art. 14 GG zu relativieren.<sup>70</sup>

Die damit schon bei den meisten Aktiengesellschaften erhebliche Reduktion bei den Besetzungsspielräumen konfliktiert aber darüber hinaus mit anderen, teilweise auch **gesetzlichen Vorgaben für die Aufsichtsratsbesetzung**. Diese basieren darüber hinaus überwiegend auf **europäischem Recht**, so dass der aufgezeigte Konflikt zunächst auch dort gelöst werden

<sup>67</sup> Diesen Konflikt verneinen *Papier/Heidebach*, ZGR 2011, 305, 325, die davon ausgehen, eine hinreichende Zahl qualifizierter Frauen werde sich in jedem Fall finden lassen.

<sup>68</sup> Begr GlTeilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 47 (elektronische Vorab-Fassung).

<sup>69</sup> Begr GlTeilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 47 (elektronische Vorab-Fassung).

<sup>70</sup> Zu einem Lösungsvorschlag *Hirte*, Konzern 2011, 519, 527: Rückgriff auf die durch das VorstAG eingeführte Regelung des § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AktG a.E., nach der der eigentlich unzulässige unmittelbare Wechsel eines Vorstandsmitglieds in den Aufsichtsrat ausnahmsweise dann gestattet ist, wenn seine Wahl auf **Vorschlag von Aktionären erfolgt, die mehr als 25 % der Stimmrechte an der Gesellschaft** halten; damit soll den Eigentumsinteressen, insbesondere von Gründerfamilien, Rechnung getragen werden. Übertragen auf die Lage hier dürfte dann eine „relevante Minderheit“ der Eigentümer eine Quotenvorgabe außer Kraft setzen.

müsste. Das betrifft etwa den bei kapitalmarktorientierten Gesellschaften i.S.v. § 264d HGB vorgeschriebenen „unabhängigen Finanzexperten“ (§ 100 Abs. 5 AktG n.F.<sup>71</sup>) ebenso wie die Leitungspositionen bei sämtlichen **Banken und Versicherungen**, bei denen nach § 36 Abs. 3 KWG, § 7a Abs. 4 VAG besondere Anforderungen an die fachliche Eignung gestellt werden, die zudem von der BaFin (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht) überwacht werden. Bei der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) kann es zudem sein, dass die Aufsichtsratsmitglieder aufgrund satzungsrechtlicher Vorgaben oder als Ergebnis einer Mitbestimmungsvereinbarung in bestimmtem Umfang aus unterschiedlichen Ländern kommen müssen.<sup>72</sup>

Die Härtefallregelung gibt aber auch darüber hinaus Anlass zu Kritik: Denn mit ihrem Abstellen auf **formale Abschlüsse**<sup>73</sup> und der Überprüfung alternativer Qualifikationen durch eine Verwaltungsbehörde in Form des Bundesamts für Justiz überträgt sie (unterbewusst?) das schematische System des öffentlichen Dienstes auf die private Wirtschaft. Denn weder reicht alleine ein (Hochschul-)Abschluss, noch ist für wirtschaftliche Expertise umgekehrt ein „Schein“ zwingend erforderlich - wie etwa der Commerzbank-Aufsichtsratsvorsitzende *Klaus-Peter Müller* zeigt.<sup>74</sup> Alles andere wäre zu schön, um wahr zu sein! Denn dann müsste der Staat auch sonst bei höherem Abschluss automatisch eine Einkommensgarantie geben. Wenn der Ansatz richtig wäre, hätten Doktoren im Übrigen ein Abonnement auf Aufsichtsratspositionen - und Professoren einen Freifahrtschein ...

Unverändert von beiden Entwürfen nicht angesprochen<sup>75</sup> ist die Frage, wie sichergestellt werden kann, dass auch ein(e) „alternative(r)“ Aufsichtsrats- oder Vorstandskandidat(in) Versicherungsschutz in einer **D&O-Versicherung** erhält (von der Frage der weitergehenden *Bereitschaft*, das Risiko eines Selbstbehalts nach § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG bei der Vorstandshaftung bzw. nach Empfehlung Nr. 3.8 Abs. 3 DCGK bei der Aufsichtsratschaftung [siehe § 116 Satz 1 AktG] zu übernehmen, ganz abgesehen). Dieses - gleichermaßen im Falle einer Besetzung durch das Gericht nach § 104 AktG bestehende Risiko<sup>76</sup> - steigt, weil nach den Vorstellungen der Entwurfsverfasser eine möglicherweise geringere Qualifikation von zur Verfügung stehenden Bewerber(innen) den Vorrang vor Qualitätsanforderungen haben

<sup>71</sup> Zurückgehend auf das Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts v. 25.5.2009 (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz [BilMoG]), BGBl. I, S. 1102, in Umsetzung von Art. 41 Abs. 1 UA 1 Satz 2 Abschlussprüferrichtlinie (2006/43/EG).

<sup>72</sup> Zu den zahlreichen ungeklärten Fragen einer Quotenregelung gerade bei der SE (die hier nicht weiter erörtert werden können) ausführlich *Kraft/Redenius-Hövermann*, AG 2012, 28 ff. (zu früheren Gesetzesentwürfen).

<sup>73</sup> Begr. GITEilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 19 (elektronische Vorab-Fassung).

<sup>74</sup> Siehe den „offiziellen“ Lebenslauf von *Klaus-Peter Müller*, abrufbar unter [www.commerzbank.de/media/de/konzern\\_1/konzerninfo/aufsicht/Mueller\\_CV\\_0610.pdf](http://www.commerzbank.de/media/de/konzern_1/konzerninfo/aufsicht/Mueller_CV_0610.pdf) (zuletzt abgerufen am 12.1.2013).

<sup>75</sup> Zur Kritik früher schon *Hirte*, Konzern 2011, 519, 526.

<sup>76</sup> Hierzu bereits *Hirte*, Konzern 2011, 519, 526.

soll;<sup>77</sup> das dürfte aber - zumindest in der Versicherungstheorie - Folgen für die grundsätzliche Bereitschaft eines Versicherers zum Abschluss von D&O-Versicherungen haben und sich jedenfalls auf die Höhe der Versicherungsprämien auswirken.<sup>78</sup> In der Konsequenz des Entwurfs läge es vor diesem Hintergrund nahe, einen Abschlusszwang für die D&O-Versicherung vorzusehen oder die erforderlichen Mittel aus dem Bundeshaushalt zur Verfügung zu stellen.

bb) Die Folgen dieser reduzierten Auswahlmöglichkeiten reduzieren sich - unverändert, wenn auch nicht mit der gleichen Schärfe - 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“. Deshalb greift insoweit auch nicht der Vergleich mit dem ebenfalls nur befristeten Mandat eines Abgeordneten: Die vorgeschlagenen Regelungen liefen nämlich auf ein Kandidaturverbot hinaus und würden nicht nur die Selbstverständlichkeit bekräftigen, dass politische wie aktienrechtliche Macht nur auf Zeit einräumbar ist.

cc) Die durch die Vorschläge eintretende Beschränkung der Wahlfreiheit wäre möglicherweise hinnehmbar, wenn das Reservoir an **geeigneten Personen** bei beiden Geschlechtern vergleichbar wäre. Das ist aber nach den hierzu verfügbaren Informationen (noch) nicht der Fall.<sup>79</sup> Jedenfalls im Ansatz völlig zu Recht verlangt dementsprechend der

<sup>77</sup> Zu den materiell-haftungsrechtlichen Folgen auch *Henssler/Seidensticker*, KSzW 2012, 10, 15.

<sup>78</sup> Nach bisheriger Praxis spielen in der D&O-Versicherung allerdings weder die Person der Organmitglieder noch deren Zahl irgendeine Rolle für die Entscheidung eines Versicherers, ob und zu welcher Prämie Versicherungsschutz angeboten wird; vielmehr entscheiden allein Branche und Umsatz. Die Versicherer dürften in der Praxis von diesem Ansatz - schon wegen des sonst drohenden Imageschadens - wahrscheinlich nur/erst abweichen, wenn sich herausstellen sollte, dass insbesondere "Quotenfrauen" wegen Pflichtverletzungen häufiger in Anspruch genommen werden.

<sup>79</sup> Zum Mangel an qualifizierten Frauen in der ersten Führungsebene der betroffenen Unternehmen, aus der sich

„rot-grüne“ Vorschlag bei Unternehmen, die zu mehr als 90 Prozent Arbeitnehmer nur eines Geschlechts beschäftigen, keine Quotenbeachtung (§ 96 Abs. 3 S. 7 AktG-E).<sup>80</sup> Widersprüchlich (und möglicherweise gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßend) ist es freilich, diesen Grundsatz nicht insgesamt flexibel zu handhaben und ihn nicht auch auf die Anteilseignerbank zu übertragen.<sup>81</sup>

Vielmehr liegt der Kern des Problems bereits in der Ausbildung (dazu bereits oben I.2.). Hinzu kommt: In der Altersgruppe, aus der typischer- und berechtigterweise heute Aufsichtsrats- und Vorstandsmitglieder rekrutiert werden, lagen die Dinge noch deutlich einseitiger, ohne dass dies heute noch änderbar wäre.<sup>82</sup> 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.<sup>83</sup>

Dies verdeutlicht, dass eine andere „Stellschraube“ besser als eine starre Quote zu dem gewünschten Erfolg der verbesserten Gleichstellung qualifizierter Frauen führen kann - und die Quote damit gerade **weder ein „geeignetes“ noch gar ein „erforderliches“ Mittel** zur Erreichung dieses Ziels ist.<sup>84</sup> Denn einerseits ist sie für sich allein gerade nicht geeignet, das (legitime) Ziel zu verwirklichen, andererseits ist sie zur Erreichung des (willkürlich herausgegriffenen) Ziels, Gleichbehandlung in bestimmten Teilgremien von Unternehmen herzustellen, auch nicht erforderlich, weil andere Mittel dieses Ziel ebenfalls erreichen.<sup>85</sup> Das gilt insbesondere bezüglich einiger der hier als Alternativen vorgeschlagenen Maßnahmen, mag die Zielerreichung mit ihrer Hilfe unter Umständen auch länger dauern; aber gerade mit

---

in der Regel oder doch zumindest sehr oft die Mitglieder der Aufsichtsräte rekrutieren, *Redenius-Hövermann*, ZIP 2010, 660, 665; abw. *Papier/Heidebach*, ZGR 2011, 305, 325.

<sup>80</sup> Unter anderem auf die anteilige Repräsentanz von Frauen im Unternehmen insgesamt stellen auch *Papier/Heidebach*, ZGR 2011, 305, 323 ff. ab.

<sup>81</sup> Ähnlich hinsichtlich der Beschränkung auf die Arbeitnehmerbank *Bachmann*, ZIP 2011, 1131, 1137.

<sup>82</sup> Zur großen praktischen Bedeutung dieses „evolutiven Ansatzes“ Spencer Stuart Board Index 2012, S. 3 ff.

<sup>83</sup> Ähnlich *Bachmann*, ZIP 2011, 1131, 1137 mit dem Hinweis, dass es je nach Branche und Unternehmen unterschiedlich schwer fällt, das „richtige“ Geschlecht zu rekrutieren; i.E. ähnlich (zu Art. 12 GG) auch *Spindler/Brandt*, NZG 2011, 401, 405.

<sup>84</sup> Eine starre Quote lehnen im Ergebnis auch *Papier/Heidebach*, ZGR 2011, 305, 325 f. für solche Unternehmen ab, in denen Frauen *generell* unterproportional vertreten sind.

<sup>85</sup> Abw. Begr. GlTeilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 20 (elektronische Vorab-Fassung) (Eignung und Erforderlichkeit, da keine milderen, aber gleich wirksamen Mittel zur Erhöhung des Frauenanteils in Aufsichtsräten) und Begr. ChGlFöG, BT-Drucks. 17/8878, S. 8 f. („geeignet, das angestrebte Ziel der Erhöhung des Frauenanteils und zur Unterrepräsentanz von Frauen zu erreichen und sie ist auf der anderen Seite auch erforderlich, da kein anderes milderes, geeignetes Mittel zur Verfügung steht“).

Blick auf die Intensität des in den vorgeschlagenen Maßnahmen liegenden Grundrechtseingriffs stellt sich die Frage, ob eine Zielerreichung in der von den Entwürfen beabsichtigten „Kurzfristigkeit“ legitimerweise angestrebt werden darf.

### c) Positive Diskriminierung („*affirmative action*“)

Eine andere Beurteilung könnte sich unter Umständen aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG ergeben, nach dem „[d]er Staat [...] die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern [fördern] und auf [...] die Beseitigung bestehender Nachteile hin[wirken muss]“.<sup>86</sup> Allerdings geht die mit Einführung einer Quote bezweckte „Ergebnis“-Gleichheit weit über das grundgesetzliche Petitum einer „Chancen“-Gleichheit hinaus, wie es dem (bisher) herrschenden Verständnis von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG entspricht.<sup>87</sup> Gleiches gilt für die parallele europarechtliche Vorgabe in Art. 157 Abs. 4 AEUV (früher Art. 141 Abs. 4 EGV).<sup>88</sup> Vor diesem Hintergrund sieht die bisherige Judikatur auf nationaler wie europäischer Ebene die unbedingte, strikte Bevorzugung von Frauen im Arbeitsrecht und im öffentlichen Dienst als unzulässig an<sup>89</sup> (mögliche künftige Pläne der EU-Kommission, auf die die Gesetzentwürfe zur Stützung ihrer Position hinweisen,<sup>90</sup> müssen hier unberücksichtigt bleiben, weil ihre Verwirklichung politisch ungeklärt und auch ihre europarechtliche Zulässigkeit unsicher ist).

Der „rot-grüne“ Gesetzentwurf versucht vor diesem Hintergrund, ein Handeln des Gesetzgebers unter Hinweis auf eine mittelbare Diskriminierung von Frauen zu rechtfertigen.<sup>91</sup> Der

<sup>86</sup> Siehe zu diesem Gedanken ausführlich *Henssler/Seidensticker*, KSzW 2012, 10, 11 ff.; *Papier/Heidebach*, ZGR 2011, 305, 314 ff.

<sup>87</sup> 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.; zum Teil differenzierend *Bachmann*, ZIP 2011, 1131, 1135 unter Hinweis darauf, dass diese Überlegungen für *Gremien* nicht entsprechend gälten (insoweit ebenso *Henssler/Seidensticker*, KSzW 2012, 10, 14); abw. Begr. GI TeilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 28 f. (elektronische Vorab-Fassung); *Henssler/Seidensticker*, KSzW 2012, 10, 11 ff. (Zulässigkeit aber jedenfalls nur bei „signifikanter Unterrepräsentation“ eines Geschlechts [Hervorh. im Original]; S. 14).

<sup>88</sup> Siehe dazu im Zusammenhang mit der aktuellen Diskussion auch *Habersack* (Fn. 29), S. E 37; *Papier/Heidebach*, ZGR 2011, 305, 330 ff.

<sup>89</sup> Siehe BAG Urt. v. 5.3.1996 – 1 AZR 590/92, E 82, 211 (zu einer Quotenregelung); im Übrigen EuGH, Urt. v. 17.10.1995 - Rs. C-450/93, Slg. 1995, I-3051 (Kalanke); EuGH Urt. v. 30.9.2004 – Rs. C-319/03, Slg. 2004, I-8807; dazu auch *Henssler/Seidensticker*, KSzW 2012, 10, 18 f.; *Spindler/Brandt*, NZG 2011, 401, 402. - Zu Frankreich sei auf die Entscheidung des französischen Verfassungsgerichtshofs verwiesen, die auf der Grundlage der früheren Fassung der französischen Verfassung eine solche Quote für verfassungswidrig gehalten hatte; dazu *François-Poncet/Deilmann/Otte*, NZG 2011, 450, 452; zu den moderateren Rechtsfolgen der aktuellen französischen Quotenregelung auch *Henssler/Seidensticker*, KSzW 2012, 10, 11.

<sup>90</sup> Begr. GI TeilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 16 (elektronische Vorab-Fassung); ebenso Begr. ChGIFöG, BT-Drucks. 17/8878, S. 9.

<sup>91</sup> Begr. GI TeilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 28 f. (elektronische Vorab-Fassung); zur mittelbaren Diskrimi-

eingangs vorgestellte Befund zu den Gründen für eine Unterrepräsentanz von Frauen in Aufsichtsräten stellt diese These jedoch in Frage. Auch sei die bisherige Judikatur zur Unzulässigkeit von Frauenquoten auf die Besetzung von Aufsichtsräten nicht übertragbar, weil es dort nicht - wie insbesondere bei Einstellungs- und Beförderungsentscheidungen im öffentlichen Dienst - um „Eins-zu-Eins-Entscheidungen“ gehe.<sup>92</sup> Auch hier wirkt sich freilich das (falsche) Bild der Gesetzesverfasser aus, die die Wahl eines Aufsichtsrats allein aus der Sicht der „Zielgesellschaft“ beurteilen! Daher wird ausgeblendet, dass die „wählenden Aktionäre“ bei ihrer Wahl (legitimerweise) Interessen verfolgen und die Zusammensetzung eines Aufsichtsrats dementsprechend das Resultat eines komplizierten Prozesses von Verhandlungen ist, als deren Ergebnis nur ein recht enges Anforderungsprofil steht (wie das der DCGK in seinen Empfehlungen und Anregungen Nrn. 5.4 ff. und Nrn. 5.5 ff. auch detailliert „vorschreibt“). Das sieht der Entwurf an anderer Stelle sogar selbst so, wenn er versucht, genau diese - sich aus den Eigentümerinteressen und dem Gesetz ergebenden - Anforderungen auszublenden.

Zum zweiten ist auch auf der europäischen Ebene zu berücksichtigen, dass das Geschlecht nicht der einzige Faktor ist, hinsichtlich dessen die Rechtsordnung vor einer möglichen Benachteiligung schützen will. Das haben vor allem mehrere Richtlinien<sup>93</sup> und das darauf beruhende deutsche **Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)** zum Ausdruck gebracht. Von daher ist es zwar richtig, dass dieses Gesetz, wie der „rot-grüne“ Entwurf sagt, vor der Benachteiligung wegen des Geschlechts bei der Besetzung von Organpositionen nur einen „eingeschränkten Schutz“<sup>94</sup> bietet. Das aber ist letztlich beabsichtigt: Denn die Richtlinie wie das darauf beruhende deutsche Gesetz sind Ausdruck einer viel weitergehenden Absicht zum Ausgleich von Benachteiligungen und wenden sich damit bewusst gegen eine „eindimensionale“ Betrachtung, wie sie den hier zu beurteilenden Entwürfen zugrundeliegt. Vor diesem Hintergrund ist kaum zu erwarten, dass der Europäische Gerichtshof etwa eine gesetzliche (gleich ob national oder europäisch) Regelung als mit dem Europarecht vereinbar ansehen wird, bei der das Geschlecht als ausgleichender Faktor *automatischen* Vorrang etwa vor der (nationalen) Herkunft erhält. Daher dürfte auch die von den Entwurfsverfassern für ihre Position angeführte<sup>95</sup> „Badeck“-Entscheidung des EuGH<sup>96</sup> insoweit nicht weiter-

---

nierung und ihrer Entwicklung jüngst ausführlich *Wiedemann*, in: Arbeitsgerichtsbarkeit und Wissenschaft. Festschrift für Bepler (2012), S. 605 ff.

<sup>92</sup> Begr GlTeilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 29 (elektronische Vorab-Fassung); wohl auch *Bachmann*, ZIP 2011, 1131, 1135.

<sup>93</sup> RiL 2000/43/EG, ABl. EG 2000 L 180, S. 22; RiL 2000/78/EG, ABl. 2000 L 303, S. 16; RiL 2002/73/EG, ABl. EG 2002 L 269, S. 15; RiL 2004/113/EG, ABl. EG 2004 L 373, S. 37.

<sup>94</sup> Begr GlTeilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 13 (elektronische Vorab-Fassung).

<sup>95</sup> Begr GlTeilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 29 (elektronische Vorab-Fassung).

<sup>96</sup> EuGH, Urt. v. 28.3.2000 – C-158/97, Slg. 2000, I-1875 = NJW 2000, 1549.

führen, weil sie lediglich eine *Soll*vorschrift mit dem Ziel einer zumindest hälftigen Beteiligung von Frauen in Arbeitnehmervertretungen und Aufsichtsräten als gemeinschaftsrechtskonform anerkannt hat und damit gerade Raum für die Berücksichtigung anderer Faktoren gelassen hat.<sup>97</sup>

Hinsichtlich der europäischen Rechtslage ist hier zudem erneut (dazu schon oben b) darauf zu verweisen, dass die bisherige Judikatur und Diskussion auf der europäischen Ebene die deutsche **unternehmerische Mitbestimmung ausblenden** (sondern vielmehr den öffentlichen Dienst betreffen). Eine Europakompatibilität der hier vorgeschlagenen Regelungen könnte daher im Extremfall sogar darauf hinauslaufen, dass die unternehmerische Mitbestimmung der Geschlechtergleichbehandlung zu opfern wäre!

#### d) Alternativen

aa) Den vorgenannten Bedenken, die vor allem auf der immer noch zu hohen und unterschiedslosen Festsetzung einer Quote beruhen, könnte - wie schon früher vorgetragen<sup>98</sup> - 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.<sup>99</sup> Gesellschaftsrechtlich gibt es im Rahmen der Vorschriften über die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft Vorbilder für solche Verhandlungsmodelle, die hierhin übertragbar wären.<sup>100</sup>

Hier drängt sich insbesondere auf, anstelle einer Geschlechterquote eine Quote für **Teilzeitbeschäftigung** vorzusehen.<sup>101</sup> Denn es ist - wie eingangs herausgearbeitet (oben I.1.) - 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).<sup>102</sup>

<sup>97</sup> Wie hier *Henssler/Seidensticker*, KSzW 2012, 10, 18.

<sup>98</sup> *Hirte*, Konzern 2011, 519, 526 (dort auch zu weiteren Einzelheiten).

<sup>99</sup> In eine ähnliche Richtung auch *Weller*, FAZ v. 8.6.2011, S. 19, sofern er Publizität als Sanktionsinstrument vorschlägt.

<sup>100</sup> Ähnlich *Bachmann*, ZIP 2011, 1131, 1137.

<sup>101</sup> Allgemein zur notwendigen familienfreundlichen Fortentwicklung des Arbeitsrechts jüngst *Markus Roth*, RdA 2012, 1, 13 f.; vgl. hierzu auch die DVAG-Umfrage zum Thema Frauen und Beruf v. 18.4.2011, abrufbar unter <http://www.dvag-presseservice.de/2011/04/?cat=422>, zuletzt abgerufen am 12.1.2013, wonach sich die Bevölkerung in Deutschland mehrheitlich für eine flexible Zeiteinteilung als das am besten geeignete Arbeitsmodell für die Vereinbarkeit von Familie und Beruf ausspricht - und nicht für starre gesetzliche Quoten.

<sup>102</sup> Bezweifelnd für den Aufsichtsrat *Bachmann*, ZIP 2011, 1131, 1137 (was aber nur begrenzt richtig ist, wenn man einerseits den typischen „Weg dorthin“ mit in den Blick nimmt und andererseits die Forderungen an die Professionalisierung der Aufsichtsrats Tätigkeit an dieser Stelle nicht ausblendet).

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 auch noch anzusprechenden Statusverfahrens (§ 98 AktG) erfolgen, im Rahmen dessen den zu definierenden Interessenträgern Antrags- und Beteiligungsrechte einzuräumen wären.

bb) Vor allen Dingen aber müssten die **Hemmnisse in den Bereichen beseitigt** werden, die entscheidend dazu beitragen, dass Frauen in Führungspositionen der Wirtschaft unterrepräsentiert sind. Ohne solche begleitenden Maßnahmen fehlt es den isoliert vorgeschlagenen gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen an ihrer Eignung zur Zielerreichung, wie sie sowohl verfassungsrechtlich wie auch europarechtlich erforderlich ist.

Einige Beispiele seien genannt:

Der Tendenz, dass sich Frauen, auch innerhalb von **Studiengängen**, eher für die „weichen“ Fächer entscheiden, müsste entgegengewirkt werden, indem maximale Quoten für den Frauenanteil festgelegt werden! Denkt man dies fort, müssten eigentlich sogar Regelungen geschaffen werden, die 12-jährige Jungen zum Ballettunterricht zwingen, ebenso wie 14-jährige Mädchen zum Fußballspielen zwangsverpflichtet werden müssten!

Wenn man dies nicht will, wäre als Minimum daran zu denken, etwa in der **Juristenausbildung** (die in Form des Deutschen Richtergesetzes in der Hand des Bundesgesetzgebers liegt), festzuschreiben, dass die wirtschaftsrechtlichen Fächer einschl. Steuerrecht und Rechnungslegung ebenso wie Grundzüge der Wirtschaftswissenschaften zum zwingenden Bestand der Juristenausbildung gehören, dem man sich durch Wahl eines Schwerpunktbereichs nicht „entziehen“ kann.

Und hinsichtlich der **Vereinbarkeit von Familie und Beruf** könnte der Gesetzgeber die Regelungen zur steuerlichen **Absetzbarkeit von häuslichen Arbeitszimmern** um eine „familienpolitische Komponente“ ergänzen. Denn gerade die Möglichkeit, zu Hause arbeiten zu können, erleichtert es (neben der Möglichkeit der Teilzeitarbeit) Müttern und Vätern, berufliche und familiäre Pflichten miteinander besser zu vereinbaren. Vor diesem Hintergrund könnte der jetzige § 4 Abs. 5 Satz 1 EStG wie folgt geändert werden (Änderungen in fett):

„Die folgenden Betriebsausgaben dürfen den Gewinn nicht mindern: [...]

6b. Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer sowie die Kosten der Ausstattung.

<sup>2</sup>Dies gilt nicht, wenn für die betriebliche oder berufliche Tätigkeit kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht **oder ein minderjähriges Familienmitglied des Steuerpflichtigen in seiner Wohnung gemeldet ist.** <sup>3</sup>In diesem Fall wird die Höhe der abziehbaren Aufwendungen auf 1 250 Euro begrenzt; die Beschränkung der Höhe nach gilt nicht, wenn das Arbeitszimmer den Mittelpunkt der gesamten betrieblichen und beruflichen Betätigung bildet; [...]"

Dabei bestehen selbstverständlich Spielräume, etwa hinsichtlich des Alters, bis zu dem die steuerliche Berücksichtigungsfähigkeit eines häuslichen Arbeitszimmers automatisch gegeben sein soll.

Noch allgemeiner (und steuersystematisch überzeugender) könnte an den allgemeinen Begriff der **Werbungskosten** (§ 9 EStG) angeknüpft werden, unter denen solche Kosten zu verstehen sind, die entstehen, um den Lebensunterhalt zu erwerben, zu sichern und dauerhaft zu erhalten. Hier bräuchte nur klargestellt werden, dass die Einstellung von Hilfspersonal zum Zwecke der Kinderbetreuung ebenso wie die Einrichtung eines häuslichen Arbeitsplatzes - entgegen bisherigem Verständnis - darunter fällt. Denn: Ohne Einstellung einer Haushaltskraft ist es einem berufstätigen Steuerpflichtigen in der Regel nicht möglich, seinen Lebensunterhalt zu erwerben, zu sichern oder zu erhalten. Ein Problem hierbei ist, dass die entsprechenden Aufwendungen von der privaten Lebensführung nicht deutlich abzugrenzen sind, was aber nach der - jedenfalls früheren - steuerrechtlichen Lage erforderlich ist. Dies ließe sich aber leicht lösen, indem (ggfls. statt der Zahlung von Betreuungsgeld) eine Pauschale für eine Betreuungskraft neben den vorhandenen Betreuungspauschalen zugelassen wird.

Umgekehrt (das sei aus aktuellem Anlass gesagt) werden durch Vorschläge, wie einer Ende letzten Jahres vorgelegt wurde,<sup>103</sup> nach denen eine befristete Eltern-Teilzeit aus Steuermitteln für alle Eltern in gleichem Umfang finanziert werden soll, genau die Eltern benachteiligt, die durch die hier vorgelegten Gesetzentwürfe gefördert werden sollen. Diese Vorschläge konterkarieren daher die hier zu untersuchenden Entwürfe und belegen damit umgekehrt die fehlende Notwendigkeit einer (festen) gesetzlichen Quote.

---

<sup>103</sup> Das entsprechende „offizielle“ Interview mit *Andrea Nahles* ist abrufbar unter [http://www.spd.de/aktuelles/85074/20121228\\_nahles\\_spd\\_elternzeit.html](http://www.spd.de/aktuelles/85074/20121228_nahles_spd_elternzeit.html) (zuletzt abgerufen am 14.1.2013).

Zu den rein praktischen Problemen einer erschwerten Vereinbarkeit von Beruf und Familie gehört im Übrigen die unveränderte zu geringe Zahl von (flexiblen) **Kindertagesstätten** bzw. sonstigen Betreuungsangeboten, auch weil flexiblere private Lösungen hier unverändert schwer zu realisieren sind.<sup>104</sup> Übersehen werden darf in diesem Zusammenhang auch nicht, dass Kindertagesstätten - gerade wegen der damit verbundenen erheblichen Folgen bzw. Multiplikationswirkungen für arbeitende Väter und Mütter - immer mit besonderer „Hingabe“ **bestreikt** werden.

### 3. Rechtsfolgen

#### a) Verfassungsrechtliche Bedenken

Die Rechtsfolgen einer Quotenverletzung sind im Vergleich zu früheren Vorschlägen vor allem im „rot-grünen“ Vorschlag deutlich verändert worden: Neben eine namentliche Nennung der die Quotenvorgabe missachtenden Unternehmen (§ 96 Abs. 7 AktG-E) und ihre Offenlegung im Rahmen der Statistik tritt vor allem die steuerliche Folge der Nichtabziehbarkeit der Aufwendungen für den (gesamten) Aufsichtsrat, wenn die Quotenvorgabe missachtet wurde.<sup>105</sup> Der SPD-Entwurf sieht demgegenüber Sanktionen vor, die im Ergebnis die Handlungsunfähigkeit der Gesellschaftsorgane bewirken.

aa) Im Kern sieht der „rot-grüne“ Vorschlag „nur“ **steuerliche Konsequenzen** vor. Das begründet er damit, dass diese ein - vor allem im Vergleich zu denkbaren gesellschaftsrechtlichen Sanktionen -, „milderes Mittel“ darstellen<sup>106</sup>

Diese Einschätzung ist allerdings zweifelhaft: Denn letztlich nutzt der Gesetzentwurf diesen Weg nur, um „auf dem Umweg über das Steuerrecht“ eine Sanktion (Geldbuße) durchzusetzen, wie sie eigentlich für das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht typisch ist.<sup>107</sup>

<sup>104</sup> Dazu jüngst *Christoph Schäfer*, Kommerzielles Kinderhüten, 3.1.2013, Nr. 2, S. 10.

<sup>105</sup> Begr GlTeilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 21 (elektronische Vorab-Fassung).

<sup>106</sup> Begr GlTeilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 21, 22, ausführlich S. 37 f., 41 f. (elektronische Vorab-Fassung). - Dass diese Sanktionen nur als „erster Schritt“ gedacht sind (Begr GlTeilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 41 [elektronische Vorab-Fassung]), ist hier nicht von Bedeutung, weil weitergehende Sanktionen nur durch ein weiteres Gesetz eingeführt werden könnten, das hier nicht zur Beratung ansteht.

<sup>107</sup> Das wird deutlich beim Blick auf die Höhe. So formulierte die Hamburger Senatorin *Schiedek* im bei der Beratung des im Wesentlichen gleichlautenden Bundratsentwurfs in dieser Sache (BR-Plen.-Prot. 900/12), S. 385 C: „Daneben schlagen wir eine **steuerliche Sanktionierung** vor, wenn Unternehmen die Geschlechterquote verfehlen. Die an ein quotenwidrig besetztes Gremium gezahlten Vergütungen sind danach nicht mehr körperschaftsteuerlich absetzbar. Große Unternehmen, zum Beispiel die Deutsche Bank oder Daimler, haben nach ihren Geschäftsberichten für das Jahr 2011 jeweils rund 2,6 Millionen Euro an Aufsichtsratsvergütungen gezahlt, die zu 50 Prozent steuerlich absetzbar sind. Bei Nichteinhaltung der Geschlechterquote würden solche

Dies erscheint vor dem Hintergrund des Erfordernisses der Vorhersehbarkeit des Rechts und seiner Wirkungen im Zusammenhang mit Sanktionen (welches der EGMR etwa im Hinblick auf die Sicherungsverwahrung hervorhob<sup>108</sup>) problematisch.

Damit aber wird der Gesellschaft - und mittelbar ihren Gesellschaftern - eine Sanktion für das *Fehlen eines Ergebnisses* aufgebürdet, ohne dass überhaupt nur die Möglichkeit besteht zu prüfen, ob sie dafür eine Verantwortung trifft. Das ist auch beabsichtigt, wie sich insbesondere daraus ergibt, dass das Abzugsverbot - in Widerspruch zu den seinerseits zweifelhaften, nur auf das jeweilige Teilgremium bezogenen Besetzungsvorgaben (dazu oben 2.b) aa) - in Bezug auf den *gesamten Aufsichtsrat* greifen soll, auch wenn die Quotenvorgabe nur in einem Teilgremium verletzt wurde.<sup>109</sup> Darin liegt letztlich eine steuerrechtliche Sanktion, die schon wegen Nichtbeachtung des mit Verfassungsrang ausgestatteten Verschuldensprinzips<sup>110</sup> bedenklich ist, so dass die Frage offenbleiben kann, ob es sich nicht sogar um eine Haftung der Gesellschaft für das Fehlverhalten Dritter, nämlich ihrer Gesellschafter (genauer: der Teilgruppe ihrer „wählenden Hauptversammlungsmehrheit“) handelt. Der insoweit denkbare Verweis auf das Härtefallverfahren nach § 96 Abs. 4 AktG-E hilft insoweit nicht, als er die Frage nach der (persönlichen) Verantwortlichkeit für die quotenwidrige Besetzung nicht stellt.

Dieser Befund wird dadurch noch verstärkt, dass der Entwurf in dem vorgeschlagenen § 251 Abs. 4 AktG (Art. 1 Nr. 4 des Entwurfs) die **Anfechtbarkeit der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern** wegen Verstoßes gegen die Quotenvorgaben ausschließen will.

Zur Begründung heißt es dazu, „dass durch den rückwirkenden Eintritt der Anfechtungswirkung Rechtsunsicherheit über vom Aufsichtsrat getroffene Maßnahme entstehen“ würde.<sup>111</sup> Diese Annahme ist zunächst im Ausgangspunkt unzutreffend: Denn auch eine erfolgreiche Wahlanfechtung würde weder zu einem rückwirkenden Entfallen auch der Amtsstellung führen<sup>112</sup> noch hätte sie zur Folge, dass die von dem Aufsichtsrat gefassten Beschlüsse unwirksam wären, wenn die Wahl eines seiner Mitglieder später für nichtig erklärt würde. Denn in diesem Zusammenhang greifen die von der Rechtsprechung und dem

---

Unternehmen nach dem Gesetzentwurf also rund 1,3 Millionen Euro geringere Betriebsausgaben steuermindernd geltend machen können.“

<sup>108</sup> EGMR (V. Sektion), Urt. v. 17. 12. 2009 - 19359/04 (M./Deutschland), EuGRZ 2010, 25 = NJW 2010, 2495.

<sup>109</sup> Begr GlTeilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 59 (elektronische Vorab-Fassung).

<sup>110</sup> Grundlegend zum Verschuldensprinzip und dessen Verfassungsrang BVerfG, Beschl. v. 25.10.1966 - 2 BvR 506/63, E 20, 323.

<sup>111</sup> Begr GlTeilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 51 (elektronische Vorab-Fassung).

<sup>112</sup> So jüngst ausdrücklich für den besonderen Vertreter nach § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG BGH ZIP 2011, 2195 f. (HVB/UniCredit).

Schrifttum entwickelten Grundsätze des fehlerhaften Bestellungsverhältnisses, die jüngst vom II. Zivilsenat des BGH<sup>113</sup> noch einmal bestätigt wurden. Danach berührt die spätere erfolgreiche Anfechtung der Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds gerade nicht die Wirksamkeit der in der Zwischenzeit vorgenommenen Rechtshandlungen.

Vor allem verstärkt diese dem Gesetzesvorschlag zugrunde liegende Fehlbeurteilung seinen Effekt noch: Denn die vorgeschlagene Regelung bewirkt den Ausschluss eines privatrechtlichen Rechtsschutzes seitens der Aktionäre gegen eine den vorgeschlagenen Quotenvorgaben widersprechende Wahl und versperrt damit den bei einer Wahl überstimmten Eigentümern (und das kann angesichts geringer Hauptversammlungspräsenzen die Mehrheit sein!) ein Hinwirken auf eine dem Gesetzentwurf entsprechende Lage - etwa durch Verweis auf das Legalitätsprinzip oder die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht. Da der Vorschlag einen korrespondierenden Rechtsschutz (etwa in Form einer Beteiligung von Aktionären am Härtefallverfahren nach § 96 Abs. 4 AktG-E) nicht, jedenfalls nicht ausdrücklich - vorsieht, spricht viel dafür, dass diese Regelung gegen die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG verstößt; unabhängig davon liegt auch ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG nahe, da die in der Begründung angeführten Gesichtspunkte (wenn sie richtig wären) auch auf andere Wahlakte zuträfen.<sup>114</sup>

Widersprüchlich und perplex ist es schließlich, wenn für den Rechtsschutz gegen Bescheide des als im Hinblick auf die Quotenregelung als zentral zuständige Stelle vorgesehenen Bundesamtes für Justiz **nicht die Kammern für Handelssachen**, sondern die ordentlichen Zivilkammern berufen sein sollen, weil es dafür „keiner besonderen handelsrechtlichen oder kaufmännischen Kenntnisse bedarf“.<sup>115</sup> Denn das Gesetz verlangt an anderen Stellen eine durchaus in Einzelheiten gehende- nur eben vom Faktor Geschlecht überlagerte - Beurteilung genau dieser kaufmännischen Kompetenzen von Bewerbern. Zugleich würde die Regelung damit gegen Art. 3 GG verstoßen, weil der Gesetzgeber in vergleichbaren anderen Fällen (selbstverständlich) die Kammern für Handelssachen zur Entscheidung beruft. Im Übrigen fehlt eine Abstimmung mit dem Verwaltungsverfahren und dem Rechtsweg, das bzw. der für die Überprüfung der Zuverlässigkeitskontrolle der Geschäftsleiter und Aufsichtsratsmitglieder von **Banken und Versicherungen** nach § 36 Abs. 3 KWG, § 7a Abs. 4 VAG vorgesehen ist.

<sup>113</sup> BGH ZIP 2011, 2195 f. (HVB/UniCredit).

<sup>114</sup> Die richtige Remedur für das Problem liegt in der an anderer Stelle diskutierten Reform des Beschlussmängelrechts; dazu *Hirte*, in: Festschrift für Wienand Meilicke (2010), S. 201 ff. und jüngst *Bayer/Fiebelkorn*, ZIP 2012, 2181 ff.

<sup>115</sup> Begr GlTeilhG, BT-Drucks. 17/11139, S. 50 (elektronische Vorab-Fassung).

bb) Als Rechtsfolge für den Fall einer Verletzung der Quotenvorgaben geht der SPD-Vorschlag noch deutlich weiter: Denn er verbietet eine quotenwidrige Besetzung der von ihm erfassten Gremien (Aufsichtsrats und Vorstand) mit der Folge, dass die Gremien unterbesetzt sein können; für den Vorstand soll dies nach einer zwölfmonatigen Karenzzeit zum **Verlust der passiven Vertretungsmacht** führen, die dann - wie bei einer führungslosen Gesellschaft - auf den Aufsichtsrat übergehen soll (§ 78 Abs. 1 Satz 2 AktG-E).<sup>116</sup> Allerdings ist diese Regelung nicht etwa, wie es in der Begründung heißt, „nicht systemfremd“<sup>117</sup>. Richtig ist zwar, dass die durch das MoMiG<sup>118</sup> eingeführte Regelung des § 78 Abs. 1 Satz 2 AktG mittelbar darauf hinwirken will, dass die Gesellschaft ihre Gesellschaftsorgane (korrekt) bestellt; dabei dient sie aber dem *Schutz Dritter* davor, dass die Gesellschaftsorgane ihr Amt niederlegen und die Gesellschaft deshalb für die Gläubiger schwerer erreichbar wird.<sup>119</sup> Die hier vorgeschlagene Regelung soll aber einer Sanktionierung der Gesellschaft dienen.

Viel schwerer wiegt aber, dass dieses Ziel gar nicht erreicht wird: Denn zunächst fehlt es an einer Anordnung, dass der Verlust der passiven Vertretungsmacht im **Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht** wird; ohne eine solche Regelung könnten Dritte aber wegen § 15 Abs. 1 HGB auf den Fortbestand der Vertretungsmacht der verbliebenen Vorstandsmitglieder vertrauen. Sähe man eine solche Regelung vor (und stünde sie - was hier nicht untersucht werden soll - mit europäischem Recht in Einklang), würde ein Übergang der passiven Vertretungsmacht auf den Aufsichtsrat aber **allein die Gläubiger** der Gesellschaft und damit Personen **benachteiligen**, die in keinsten Weise für das (angebliche) Fehlverhalten der Gesellschaft verantwortlich sind. Denn diese können die gegenüber der Gesellschaft abzugebenden Willenserklärungen nun nicht mehr gegenüber dem normalen Vertretungsorgan abgeben, sondern müssen sich an den Aufsichtsrat halten. Sie würde schließlich jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied, das nunmehr mit **Einzelvertretungsmacht** passiv vertretungsberechtigt wäre (§ 78 Abs. 2 Satz 2 AktG), dazu verpflichten, etwa ihm zugegangene Schriftstücke an die unverändert zur Geschäftsführung (und zur Aktivvertretung!) berechtigten und verpflichteten Organe - also den Vorstand - weiterzuleiten.<sup>120</sup> Die Haftungsrisiken sind unabsehbar.

Der **Aufsichtsrat** soll demgegenüber zwar allein durch eine Unterbesetzung zunächst nicht beschlussunfähig werden; Beschlussunfähigkeit soll aber - als Sanktion - nach einem Jahr

<sup>116</sup> Begr ChGIFöG, BT-Drucks. 17/8878, S. 8.

<sup>117</sup> Begr ChGIFöG, BT-Drucks. 17/8878, S. 8 und 9.

<sup>118</sup> Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008 (BGBl. I, 2026).

<sup>119</sup> Dazu *Hirte* (Fn. 52), Rdn. 3.19b m.w.N.

<sup>120</sup> Siehe dazu etwa *Hirte*, ZInsO 2008, 689, 700.

eintreten (§ 101 Abs. 1a AktG-E).<sup>121</sup> Das reicht zwar nicht ganz so weit wie frühere Vorschläge, die insoweit eine Nichtigkeit der von den „fehlerhaft besetzten“ Gremien gefassten Beschlüsse vorgesehen hatten,<sup>122</sup> führt aber ebenfalls im Ergebnis zu einer vollständigen Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft.

Vor allem aber wirken sich auch die im jetzigen SPD-Entwurf vorgesehenen Sanktionen für die fehlerhafte Besetzung von Gremien damit auch auf solche Personen aus, die entweder gar keinen Einfluss auf die Einhaltung der Vorgaben hatten (wie etwa Gläubiger der Gesellschaft einschl. ihrer Arbeitnehmer) oder sogar versucht hatten, die Vorgaben zu beachten (wie im Falle überstimmter Minderheitsgesellschafter). Das verstößt nach meiner Einschätzung auch jetzt noch 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 Staaten, deren Rechtslage offenbar als Vorbild für die vorgeschlagene Regelung gedient hat.<sup>123</sup>

Aber auch, so weit die Rechtsfolge der Handlungsunfähigkeit oder - im Falle eines falsch besetzten Vorstands - der Einschränkung dieser Fähigkeit 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 Rechtsfolge gegen den **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**, genauer gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne,<sup>124</sup> verstoßen. Denn der zu betreibende Aufwand für die Besetzung der Aufsichtsrats- oder Vorstandsmandate 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.<sup>125</sup> 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.<sup>126</sup>

<sup>121</sup> Begr ChGIFöG, BT-Drucks. 17/8878, S. 10.

<sup>122</sup> § 255a AktG-E im Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN eines Gesetzes zur geschlechtergerechten Besetzung von Aufsichtsräten (BT-Drucks. 17/3296); Antrag II Nr. 10 der SPD-Fraktion (BT-Drucks. 17/4683: „Quotenregelung für Aufsichtsräte und Vorstände gesetzlich festschreiben“).

<sup>123</sup> Ebenso zu früheren Vorschlägen *Hirte*, Konzern 2011, 519, 528 m.w.N.

<sup>124</sup> Vgl. dazu allgemein BVerfG, Beschl. 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.; i.E. wie hier *Weller*, FAZ v. 8.6.2011, S. 19.

<sup>125</sup> Dazu *Redenius-Hövermann*, ZIP 2010, 660, 665 und oben III.2. d).

<sup>126</sup> Vgl. BVerfG Beschl. v. 25.10.1966 - 2 BvR 506/63, E 20, 323, 331; Maunz/Dürig/*Schmidt-Aßmann* (Stand:

cc) 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 III.2.b)cc). Denn belastet werden mit den Rechtsfolgen in jedem Fall die **Eigentümer und Gläubiger** (einschl. der Arbeitnehmer) der betroffenen Unternehmen, 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.

## b) Missbrauchsanfälligkeit

Die vorgeschlagenen Regelungen sind zudem unverändert 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 die Handlungsfähigkeit des Vorstands erschwert oder - wengleich erst mit gewisser zeitlicher Verzögerung - die Beschlussunfähigkeit des Aufsichtsrats herbeigeführt wird; sie hätte sich daher im Ergebnis gegen die sachliche Mehrheit durchgesetzt. Das verstößt ebenfalls gegen den bislang für elementar gehaltenen Grundsatz der Gleichbehandlung der Gremiumsmitglieder.<sup>127</sup>

## c) Alternativen

Naheliegend (und gesellschaftsrechtskonform) wäre demgegenüber,<sup>128</sup> die korrekte Beachtung einer etwa festzulegenden Frauenquote im **Statusverfahren** nach § 98 AktG überprüfen zu lassen.<sup>129</sup> Denkbar wäre auch, (nur) die **Wahl** oder die darauf basierende **Bestellung** eines Organmitglieds unter Verstoß gegen die Quotenvorgaben als **nichtig** anzusehen.<sup>130</sup> Freilich dürfen die damit verbundenen Schwierigkeiten nicht übersehen

---

60. EL 2010) Art. 103 Abs. 2 GG Rdn. 170.

<sup>127</sup> Zu diesem bereits oben Fn. 63.

<sup>128</sup> Insoweit unter Aufgreifen der Überlegungen bei *Hirte*, Konzern 2011, 519, 529.

<sup>129</sup> Ebenso *Bachmann*, ZIP 2011, 1131, 1138.

<sup>130</sup> So in Frankreich; dazu *François-Poncet/Deilmann/Otte*, NZG 2011, 450, 453; erwägend auch *Weller*, FAZ v.

werden; denn anders als in den Fällen der Inhabilität nach § 76 Abs. 3 AktG, § 6 Abs. 2 GmbHG, in denen eine Bestellung nichtig oder der nachträgliche Eintritt eines Bestellungshindernisses *ipso iure* zum sofortigen Amtsverlust führt,<sup>131</sup> würde sich der Nichtigkeitsgrund hier erst aufgrund im Einzelfall unklarer und - noch wichtiger - nicht zwingend in der Person des zu Bestellenden selbst liegenden Gründen ergeben. So könnte etwa das Ausscheiden des einem „zu starken“ Geschlecht angehörenden Geschäftsleiters durch Tod oder Amtsniederlegung dazu führen, dass die Bestellung aller *anderen* Organmitglieder automatisch nichtig würde - und die Gesellschaft im Verkehr mit Dritten bis zu einer Beseitigung der quotenwidrigen Organbesetzung nur noch durch § 15 Abs. 1 HGB geschützt wäre.<sup>132</sup>

## 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**. Sie **verfehlen** aber das selbstgesetzte **Ziel**, weil sie die Ursachen für die mangelnde Präsenz von Frauen in Führungspositionen in Deutschland - die **Vereinbarkeit von Beruf und Familie, insbesondere Kindern - überhaupt nicht in den Blick nehmen** und andererseits den Fokus mit Führungspositionen in der Wirtschaft **willkürlich auf einen kleinen Teil der Führungspositionen beschränken**, bei denen sich das gleiche Problem stellt.

2. Im Ergebnis würden die vorgeschlagenen Regelungen daher dazu führen, dass die - auch bei Männern - in Führungspositionen verbreitete **Kinderarmut erhalten** bliebe (oder sogar ausgebaut würde) und sich nur „Umschichtungen“ innerhalb der Geschlechterverteilung auf dieser Ebene ergäben, die im Ergebnis sogar zu Lasten derjenigen Frauen gehen könnten, die zur Zeit auf nachgeordneten Unternehmensebenen mit der Schwierigkeit konfrontiert sind, Beruf und Familie miteinander zu vereinbaren.

3. Wesentlich erscheint daher die Verstärkung der öffentlichen Diskussion über die hinter der empirisch gegebenen Lage, um eine nachhaltige (strukturelle) Veränderung zu erreichen. Als geeignet erscheint hierfür – ähnlich dem Ansatz des § 161 AktG – die zwingend ausgestaltete

---

8.6.2011, S. 19.

<sup>131</sup> Siehe hierzu Begr. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum MoMiG, BT-Drucks. 16/9737, S. 55; *Hirte* (Fn. 52), Rdn. 3.12.

<sup>132</sup> Zu den Grenzen dieses Schutzes, weil häufig Kenntnis des Sachverhalts anzunehmen wäre, *Weller*, FAZ v. 8.6.2011, S. 19.

## Publizität.

4. Hierfür bietet sich vor allem der **Lagebericht** an. Allerdings kommt es für die zielgerechte Ermöglichung einer öffentlichen Diskussion darauf an, nicht (lediglich) **Publizität** im Hinblick auf die Anteile der beiden Geschlechter an besetzten Führungspositionen, sondern auch (bzw. vor allem) **im Hinblick auf die familiäre Situation** aller Führungskräfte in solchen Positionen zu verlangen.

5. Die vorgeschlagene **Namensliste**, die die gegen neu zu schaffende Vorgaben verstoßenden Unternehmen auflistet, ist in der vorgeschlagenen Form bedenklich, weil sie einerseits nur geringfügig mehr Information bereitstellt, als ohnehin aus dem Handelsregister ermittelbar sind, und andererseits über Gebühr in Grundrechte Betroffener eingreift (etwa im Hinblick auf die Auflistung schon zu einem Zeitpunkt, zu dem noch Rechtsmittel anhängig sind).

6. Eine über diese Mittel noch hinausgehende **Teilhabe-statistik** ist nicht sinnvoll, da sie zum einen redundant ist und zum anderen in der vorgeschlagenen Form einseitig meinungsbildend, was kein Zweck einer Statistik sein darf (oder sein sollte).

7. Im Mittelpunkt der Gesetzesentwürfe stehen **zwingende Geschlechterquoten**. Diese sind – im Gegensatz zur grundsätzlich erwägenswerten Publizitätssteigerung – **grundlegenden verfassungsrechtlichen Bedenken** ausgesetzt. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass die Festsetzung einer solchen Quote für die geschäftsleitenden Organe von Gesellschaften (noch) kritischer zu sehen ist als eine solche im Hinblick auf den Aufsichtsrat.

8. Es ergeben sich vor allem wesentliche verfassungsrechtliche Bedenken vor dem Hintergrund der **nach Art. 14 GG gewährleisteten Eigentumsgarantie**. Im Hinblick auf die Aufsichtsräte wird das Eigentum an den entsprechenden Gesellschaften **schon durch die Vorschriften der Mitbestimmung (wesentlich) beeinträchtigt**. Eine Geschlechterquote würde die Auswahlfreiheit bei der Besetzung der Aufsichtsräte noch weiter beschneiden, was sich im Ergebnis nicht mehr mit Art. 14 GG vereinbaren lässt. Das gilt in besonderem Maße für Inhaber wesentlicher Beteiligungen (zu denen auch, aber nicht nur die Beteiligungen an Familienunternehmen gehören). Dazu kommt noch, dass die von den vorgeschlagenen Quotenregeln betroffenen Unternehmen in aller Regel einem Unternehmensverbund angehören. Die Wahrnehmung von Aufsichtsratsmandaten stellt sich hier in der Folge **oftmals als Geschäftsführungstätigkeit** des beherrschenden Unternehmens dar, was wiederum den Kern dessen unternehmerischer Freiheit berührt und den Konflikt mit der Eigentumsgarantie weiter verschärft. Darüber hinaus ergeben sich weitere Probleme etwa im Zusammenhang mit

### **Entsenderechten** in den Aufsichtsrat.

Widersprüchlich ist, dass die Quotenregelungen den Aufsichtsrat nicht als Einheit betreffen sollen, sondern für die **Teilgremien** „**getrennt zu betrachten**“ sein sollen. Auch die vorgesehenen Härtefallregelungen können den Konflikt mit Art. 14 GG im Ergebnis nicht hinreichend abmildern. Größtes Problem ist aber, dass die **Quotenvorgaben offensichtlich der Qualität der Überwachung über die betreffende Gesellschaft vorgehen** sollen. Denn *zum heutigen Zeitpunkt* dürften schlicht nicht genügend hinreichend qualifizierte Bewerberinnen zur Verfügung stehen. Es ist darüber hinaus nicht zu erkennen, wie den sonstigen gesetzlichen Vorgaben an die Besetzung von Aufsichtsräten noch erfolgreich entsprochen werden kann. Die angesprochenen Problempunkte werden sich schließlich in der **(fehlenden) Versicherbarkeit unzureichend qualifizierter Aufsichtsratsmitglieder** niederschlagen.

9. Eine Frauenquote ist schließlich auch nicht vor dem Hintergrund der nach **Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG** gegebenen Pflicht des Staates zur Beseitigung bestehender Benachteiligungen von Frauen (oder Männern) geboten. Denn diese Verpflichtung zielt auf eine *Chancengleichheit* und gerade nicht auf eine *Ergebnisgleichheit* bei der Gleichbehandlung von Frauen und Männern.

10. Etwas anderes ergibt sich auch nicht vor dem Hintergrund von **Art. 157 Abs. 4 AEUV**. Vielmehr ist (insbesondere auch vor dem Regelungshintergrund des die aktuellen europäischen Vorgaben umsetzenden Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes [AGG]) festzuhalten, dass eine wie hier vorgeschlagene Bevorzugung auf Grund des Geschlechts **europarechtlich** unzulässig sein dürfte.

11. Eine Frauenquote ist nicht ohne **Alternativen**. So ist an die **Etablierung von Verhandlungsprozessen** statt strikter gesetzlicher Vorgaben oder die Vorgabe einer **Teilzeitbeschäftigtenquote** zu denken, zielt diese doch auf das eigentliche, hinter einer Unterrepräsentanz von Frauen liegende Problem. Weitere Anknüpfungspunkte für die Verbesserung der besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf sind leicht auffindbar, etwa und insbesondere auch im Steuerrecht.

12. Im Hinblick auf die **Rechtsfolgen** einer nicht quotengerechten Besetzung von Aufsichtsräten ist festzuhalten, dass beide vorgelegten Vorschläge gravierende Sanktionen vorsehen. Auch die vom „rot-grünen“ Gesetzentwurf vorgesehenen **steuerlichen Sanktionen** sind – trotz entgegenstehender Bekundungen – gravierend, bedeuten sie doch in der Sache eine Bestrafung ohne Überprüfung bestehenden Verschuldens. Der SPD-Entwurf führte mit den vorgeschlagenen Rechtsfolgen schließlich zu **Handlungsunfähigkeit der betroffenen**

**Gesellschaften.**

13. Schließlich sind beide vorgeschlagenen Regelungen **missbrauchsanfällig**.

14. Bei Verabschiedung einer Geschlechterquotenregelung in der vorliegend vorgeschlagenen Form droht (überdies) eine bislang wenig beachtete Gefahr. Im Anschluss an das gesetzgeberische Handeln droht das hinter einer solchen Regelung eigentlich stehende Thema, nämlich die Förderung der **Vereinbarkeit von Beruf und Familie, vernachlässigt zu werden**. Wie hier aufgezeigt, ist jedoch gleichzeitig das vorgeschlagene Mittel einer Quotierung nicht geeignet, dieses Problem zu lösen. Im Ergebnis könnte sich daher in Folge verminderter Aufmerksamkeit diesem Thema gegenüber die Lage im Ergebnis sogar verschärfen.