



Stellungnahme zu Gesetzentwürfen einer starren Geschlechterquote in Führungsgremien der Privatwirtschaft

Wir nehmen die für Januar geplante öffentliche Anhörung des Bundestags-Rechtsausschusses zum Anlass, zu den beiden aktuellen Vorlagen „Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Chancengleichheit von Männern und Frauen in Wirtschaftsunternehmen (ChGIFöG)“ der SPD-Bundestagsfraktion (BT-Drs. 17/8878 vom 6. März 2012) sowie „Entwurf eines Gesetzes zur Förderung gleichberechtigter Teilhabe von Frauen und Männern in Führungsgremien (GIFöG)“ der Bundestagsfraktionen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs. 17/11139 vom 23. Oktober 2012) Stellung zu nehmen.

I. Position der deutschen Wirtschaft zur Debatte um Geschlechterquoten¹

Gemeinsames Anliegen von Politik und Wirtschaft

Die substantielle Steigerung des Frauenanteils in Führungsgremien der Unternehmen ist der deutschen Wirtschaft ein wichtiges Anliegen. Als branchen- und unternehmensspezifische Maßnahmen der Selbstverpflichtung oder unternehmerischer Eigeninitiative sind die erreichten und angestrebten Steigerungen nachhaltig und wirkungsvoll. Quotenmäßige Besetzungen hingegen nehmen im Zweifel keine Rücksicht auf Aspekte wie fachliche Qualifikation, einschlägige Kenntnisse und Erfahrungen in dem entsprechenden Wirtschaftszweig, eine für das Unternehmen unverzichtbare Vernetzung in der Branche sowie eine langjährige Verankerung in der Wirtschaft, im Unternehmen und damit in der Belegschaft.

Keine gesetzlichen Quoten

Starre gesetzliche Einheitsquoten für Vorstände, aber auch für Aufsichts- und Verwaltungsräte lehnen wir nachdrücklich ab. Sie ignorieren die höchst unterschiedlichen Rahmenbedingungen in den verschiedenen Branchen. So weisen einige Wirtschaftszweige einen sehr geringen Anteil an weiblichen Mitarbeitern in sämtlichen Bereichen der Unternehmen auf (Metall-, Automobilindustrie etc.). Dort wäre es besonders unangemessen, die gleiche pauschale Quotenvorgabe für Führungsgremien in den Unternehmen gelten zu lassen, wie in Branchen, in denen der Frauenanteil bereits in der Belegschaft hoch ist. Dieser Aspekt ist keineswegs nur für Managementfunktionen (Führungspositionen und Vorstand) oder für die Arbeitnehmerseite in Aufsichts- und Verwaltungsräten relevant, wie der im Bundesrat beschlossene Gesetzesantrag (GIFöG) in einer Ausnahmeregelung statuiert. Denn auch für die Überwachung des Vorstands sind Unternehmens- und Branchenkenntnisse unentbehrlich. Die Möglichkeiten, seitens der Anteilseigner auf unternehmens- bzw. branchenfremde Expertise für den Aufsichtsrat zurückzugreifen, sind begrenzt und sollten im Interesse einer guten Unternehmensführung und -überwachung nicht überstrapaziert werden.

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

Bundesverband der Deutschen Industrie e. V.

Deutscher Industrie- und Handelskammertag e. V.

¹ Vgl. u. a. Stellungnahme von BDI/DIHK zum Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zur Förderung der geschlechtergerechten Besetzung von Aufsichtsräten (BT-Drs. 17/3296); BDA-kompakt „Frauen in der Wirtschaft“; BDA-argumente „Frauen in Führungspositionen“.

im Haus der Deutschen Wirtschaft
Breite Straße 29
10178 Berlin

Erhöhung der Frauenbeteiligung in Aufsichtsräten und Vorständen 2011 und 2012

In Nachwahlen der DAX30-Aufsichtsräte der Jahre 2011 und 2012 wurden jeweils etwa 40 Prozent der frei gewordenen Aufsichtsratspositionen an weibliche Kandidaten vergeben. Nach Abschluss der Hauptversammlungs-Saison 2012 waren gut 19 Prozent der DAX30-Aufsichtsratsmitglieder weiblich. Auf Anteilseignerseite der DAX30-Gesellschaften hat sich der Frauenanteil seit Anfang 2011 auf gut 14 Prozent erhöht und sich damit nahezu verdoppelt. In einigen DAX30-Gesellschaften ist es bereits mit der Hauptversammlungssaison 2012 gelungen, Beteiligungswerte von Frauen in Aufsichtsräten von einem Drittel oder gar 40 Prozent zu erreichen. Für die Hauptversammlungen des Jahres 2013 ist überdies mit weiteren erheblichen Fortschritten zu rechnen. Die gleiche Tendenz zeichnet sich seit Jahren bei Vorständen ab, wobei hier in besonderem Maße auf den unternehmensinternen bzw. branchenbezogenen Aufstieg gesetzt werden muss. Ein Seiteneinstieg ist hier aus Gründen der Unternehmenskenntnis und Erfahrung mit den konkreten Abläufen selten im Interesse der jeweiligen Gesellschaft. Insgesamt haben die Unternehmen mit ihrer Gremienbesetzungspolitik der vergangenen Jahre den regelmäßig vorgeschlagenen gesetzlichen Quoten – ganz abgesehen von deren Verfassungswidrigkeit – die gesetzgeberische Anforderlichkeit nachhaltig entzogen. Angesichts der skizzierten Erfolge und der klaren Tendenz in der Unternehmenspraxis zur diversifizierten Gremienbesetzung – die auch in den übrigen Börsensegmenten sichtbar ist – sollte die Politik von einer gesetzlichen Regelung absehen. Bisher bestand schließlich in der Debatte weitgehende Einigkeit darüber, dass eine Quote kein Selbstzweck sein dürfe. Von diesem Konsens verabschieden sich die Entwurfsverfasser nun trotz der Tatsache, dass es gerade in den häufig kritisierten börsennotierten Gesellschaften erhebliche Fortschritte auf dem Feld der geschlechtergemischten Gremienbesetzung gibt.

Geschlechterverteilung und Unternehmenserfolg nicht kausal

An dieser Stelle sei noch einmal ein Argument, welches Quoten-Befürworter regelmäßig anführen, hinterfragt: Die allgemeine Verknüpfung eines erhöhten Unternehmenserfolgs mit einem ausgeglichenen Geschlechtermix. Wenngleich gemischte Gremien im Allgemeinen durchaus wünschenswert und vorteilhaft erscheinen mögen, ist darauf hinzuweisen, dass keinerlei Studien einen generellen kausalen Zusammenhang tatsächlich behaupten oder gar belegen. Vor allem aber muss die Frage gestellt werden, mit welcher Berechtigung der Staat unternehmerische Erfolgsstrategien privater Unternehmen bewerten oder sie sogar mittels einer bestimmten Einheitsquote steuern will. Die Erfahrung zeigt: Der Staat ist nicht der bessere Unternehmer.

Corporate Governance Kodex zeigt Wirkung

Wie das Verhältnis von Staat und Wirtschaft differenziert und einzelfallgerecht zu behandeln ist, zeigt die Entwicklung auf dem Feld der Corporate Governance in der Bundesrepublik. Die Unternehmen sind mit der Befolgung von Selbstverpflichtungen nach dem Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) sehr erfolgreich. Der Ansatz des Kodex, der im Gegensatz zu einer Einheitsquote Raum für branchen- und unternehmensspezifische Besonderheiten lässt, hat in den letzten Jahren breite Akzeptanz in der Praxis gefunden. Eine zwingend vorgegebene Ergebnisquote würde das Instrument des Corporate Governance Kodex erheblich schwächen. Es stellt insgesamt eine Schwäche der Entwürfe dar, dass sie die gefundenen Ergebnisse der Corporate-Governance-Debatte der vergangenen Jahre nicht aufgreifen oder gar fortentwickeln.

Deutliche Verbesserung bei der Chancengleichheit erreicht

Die im Entwurf des GlTeilhG angeführte „Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Spitzenverbänden der deutschen Wirtschaft zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern in der Privatwirtschaft“ von 2001 hat,

anders als von den Entwurfsverfassern behauptet, sehr wohl zu deutlichen Fortschritten geführt. Betrachtet man diese Vereinbarung allein unter dem Blickwinkel der Positionen im absoluten Top-Management der Privatwirtschaft, wird man zudem der Tragweite dieser Übereinkunft nicht gerecht. Ziel der Vereinbarung war es vor allem, zunächst den Anteil von Frauen an der Erwerbsbevölkerung insgesamt zu steigern. Ausweislich der 4. Bilanz Chancengleichheit des Bundesministeriums für Familie, Frauen, Senioren und Jugend mit dem Titel „Erfolgreiche Initiativen unterstützen – Potenziale aufzeigen“ aus Juni 2011 ist auch der gleichermaßen vereinbarte Ausbau familienfreundlicher Angebote durch die Unternehmen an die Belegschaft sowie die Förderung von Mädchen und Frauen bei der Wahl naturwissenschaftlicher Ausbildungsgänge und Berufe ein gutes Stück voran gekommen. Die Vereinbarung ist weit umfassender und nachhaltiger als vom unternehmerischen Kontext losgelöste staatliche Ergebnisquoten für das Top-Management.

Freiwillige Selbstverpflichtungen der DAX30-Unternehmen abgegeben

Die im Oktober 2011 von den DAX30-Unternehmen ergriffene Initiative einer freiwilligen Selbstverpflichtung zur Steigerung des Frauenanteils in Führungspositionen ist ein weiterer Schritt auf dem Weg zur Umsetzung realitätsbezogener, weil unternehmensspezifischer und messbarer Zielvorgaben. Hier wird neben den Führungspositionen auch die Gesamtbelegschaft in den Blick genommen, womit die tatsächlich erreichten Zahlen aussagekräftiger werden. Zielvorgaben von 25, 30 oder gar 35 Prozent im mittleren und oberen Management für die nächsten Jahre sind hier eher Regel als Ausnahme.

Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Quote

Unabhängig von der Höhe einer Quote und den unterschiedlichen Ausgangspositionen für die betroffenen Unternehmen, stellt eine staatlich gesetzte Ergebnisvorgabe für private Gremien einen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Autonomie der Unternehmen sowie ihrer Anteilseigner dar, an dessen Verfassungsmäßigkeit wir erhebliche Zweifel haben. Bei einer Geschlechterquote handelt es sich um eine unternehmensfremde, gesellschaftspolitische Zielsetzung, die – bei allem Verständnis für die grundsätzliche Berechtigung des Anliegens – eine derartige Inpflichtnahme Privater nicht legitimieren kann. Insbesondere ist zu bedenken, dass im öffentlichen Bereich (Parlamente, Regierungen, Behörden und staatliche Organe, Unternehmen der öffentlichen Hand etc.) keine vergleichbaren gesetzlichen Ergebnisvorgaben für die Besetzung von (Leitungs-)Gremien existieren, obwohl der Frauenanteil auch hier vielfach gering ist und die entsprechenden Institutionen teilweise unmittelbar an die verfassungsrechtliche Vorgabe der Chancengleichheit nach Art. 3 Absatz 2 GG gebunden sind.

Der Bund könnte als Mehrheitseigner von Unternehmen bei der Besetzung dieser Aufsichtsräte und anderer Führungsgremien – ebenso wie die Wirtschaft – versuchen, die Beteiligung von Frauen zu erhöhen. Allerdings betrug der Frauenanteil in den Aufsichtsräten der Beteiligungsunternehmen des Bundes im Jahr 2011 nur 17,7 Prozent.² Auch die Länder und Gemeinden hätten in ihrem Einflussbereich entsprechende Möglichkeiten, die jedoch im Falle der Länder lediglich in einem Fall (Berlin) zu einem höheren Frauenanteil als 25 Prozent geführt haben.³ Allerdings ist insgesamt im Bereich der Corporate Governance ein Defizit der öffentlichen Anteilseigner festzustellen. Denn nur wenige Länder wie Berlin, Brandenburg oder Hamburg, oder einige Kommunen verfügen überhaupt über einen eigenen Public Corporate Governance Kodex, mit dem sie auf die Leitung öffentlicher Unternehmen Einfluss nehmen.

² vgl. Julia Schimeta, Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung e.V. (DIW Berlin), „Einsam an der Spitze – Frauen in Führungspositionen im öffentlichen Sektor“, S. 25.

³ vgl. Schimeta, aoO, S. 31.

In der öffentlichen Verwaltung fällt die Bestandsaufnahme zur gleichberechtigten Beteiligung beider Geschlechter nicht besser aus. So waren im Jahr 2009 zwar 49 Prozent der Beschäftigten weiblich, jedoch im höheren Dienst nur noch mit 36 Prozent, innerhalb aller Leitungsfunktionen mit 23 Prozent, auf Abteilungsleiter-ebene gar nur noch mit 14 Prozent vertreten⁴. Unter den beamteten Staatssekretären waren im Jahr 2009 lediglich drei Prozent weiblich. Heute liegt dieser Anteil mit 24 Prozent zwar deutlich höher, aber nicht wesentlich über dem Frauenanteil in den DAX30-Aufsichtsräten. Auch in Gremien im Einflussbereich der Bundesministerien sind Quoten weiblicher Beteiligung von weniger als 20 Prozent keine Seltenheit. Lediglich das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) besetzte die Gremien in seinem Einflussbereich mit mehr als 30 Prozent Frauen.

Dieser Befund erstaunt umso mehr, führt man sich vor Augen, dass für den öffentlichen Bereich seit vielen Jahren Gleichstellungsgesetze gelten, denen in der zitierten Studie des Deutschen Institut für Wirtschaftsforschung e.V. (DIW Berlin) ein „durchweg bescheidener“ Einfluss auf die Entwicklung der Diversity zugesprochen wird. Für den staatlichen Bereich gelten die Grundrechte zudem unmittelbar. Allerdings kann Art. 33 Absatz 2 GG, nach dem „jeder Deutsche ... nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte“ hat, nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts selbst bei gleicher Qualifikation nicht Frauen automatisch den Vorrang einräumen⁵. Im Ergebnis stellt sich die Frage, weshalb die Befürworter einer gesetzlich verbindlichen Geschlechterquote für Gremien der Privatwirtschaft höhere Anforderungen als an den öffentlichen Sektor stellen. Zudem gilt: Wenn das BAG den vorgeannten strengen Maßstab schon im Bereich der Auswahlkriterien im öffentlichen Dienst anlegt, so muss sich folglich eine Quotenregelung im Bereich der privaten Wirtschaft, erst recht im Bereich der von Wahlgrundsätzen überformten Bestellung von Aufsichtsräten, an noch strengeren Anforderungen messen lassen. Die Forderung einer starren gesetzlichen Quote für Private ist bereits aus diesem Grund verfassungsrechtlich sehr bedenklich und nachdrücklich abzulehnen.

II. Zu den konkreten Regelungsvorschlägen des ChGIFöG und des GTeilhG

Zu den beiden Regelungsvorschlägen nehmen wir wie folgt Stellung:

Beide Gesetzentwürfe haben gemeinsam, dass sie die stufenweise Einführung sogenannter Mindestgeschlechterquoten für Aufsichtsräte börsennotierter und der Mitbestimmung unterliegender Gesellschaften vorsehen. Der Entwurf GTeilhG erstreckt den Anwendungsbereich zudem auf Verwaltungsräte, der Entwurf ChGIFöG dehnt die Geltung auf Vorstände aus. Bereits an dieser Stelle treten Differenzen zwischen den Entwurfsverfassern hinsichtlich der regelungsbedürftigen Rechtskreise zutage. Die Erstreckung der Anwendungsbereiche starrer Quotenvorgaben auf Vorstände oder über börsennotierte Gesellschaften hinaus auf mitbestimmte Gesellschaften begegnet in noch stärkerem Maße als die Vorgabe für Aufsichtsräte börsennotierter Gesellschaften schwerwiegenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Bisher bestand Konsens, dass sich Maßnahmen im Rahmen der Corporate Governance ausschließlich an börsennotierte und damit kapitalmarktorientierte Gesellschaften richten. Ausgangspunkt war hier der Schutz der Interessen einer Vielzahl von Investoren und Anteilseignern. Im Bereich von Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die der Mitbestimmung unterliegen, sind diese „öffentlichen“ Beteiligungsformen nicht anzutreffen. Den Regelungsbereich von (staatlich vorge-

⁴ vgl. Schimeta, aoO.

⁵ BAG, Urteil vom 05.03.1996, Az.: 1 AZR 590/92.

gebenen oder selbstverpflichtenden) Zielen zur Geschlechterbeteiligung auf zum Teil eng und einheitlich geführte Gesellschaften wie GmbHs auszuweiten, wäre daher sachlich nicht gerechtfertigt und überdies gänzlich unpraktikabel.

Auch ist beiden Entwürfen eine getrennte Betrachtung der Aktionärsseite und der Arbeitnehmerseite bei Aufsichtsräten in mitbestimmten Gesellschaften gemein. Das ist im Sinne der Entwürfe zumindest stringent, will man vermeiden, dass ein erhöhter Frauenanteil auf der einen Seite geringere Anstrengungen bei der Rekrutierung des unterrepräsentierten Geschlechts auf der anderen Seite überdeckt. Allerdings wird sowohl auf Anteilseignerseite wie auch auf Seite der Arbeitnehmer auch weiterhin das Problem bestehen, die jeweils geforderten Quotenvorgaben zu erfüllen.

Der Entwurf der SPD-Bundestagsfraktion (ChGIFöG) wird überdies dem Umstand nicht gerecht, dass eine Vielzahl von Wahlen zu Vorständen und Aufsichtsräten in fünfjährigen Zyklen, so in den Jahren 2013 und 2018 erfolgen. Der Entwurf der Bundestagsfraktionen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen trägt diesem Rhythmus zwar auf den ersten Blick Rechnung. Er verlangt jedoch von den Gesellschaften die Umsetzung der Quotenvorgaben bereits jeweils zu Beginn des Jahres, in deren Verlauf eine Vielzahl von Gremienwahlen stattfinden. Damit ist den Gesellschaften die Möglichkeit genommen, die wahlintensiven Hauptversammlungen der Jahre 2013, 2018 und 2023 zu nutzen, um die Diversity in ihren Gremien nachhaltig zu erhöhen.

1. ChGIFöG

Der Titel des Gesetzentwurfs der SPD-Bundestagsfraktion (ChGIFöG) hat die „Förderung der Chancengleichheit“ zum Ziel und ist damit bereits irreführend. Den Autoren geht es augenscheinlich nicht um gleiche Chancen in einem Entwicklungsprozess. Der Entwurf erhält Ergebnisquoten, die beinahe unabhängig von den jeweiligen Begleitumständen gesetzlich vorgeschrieben erreicht werden müssen. Nicht Chancengleichheit, sondern Ergebnisgleichheit ist das, was mit dem Gesetzentwurf tatsächlich verbunden ist.

Die im Entwurf enthaltene Forderung nach einer stufenweise einzuführenden Mindestgeschlechterquote, die im Ergebnis ab 1. Januar 2015 eine Höhe von 40 Prozent in Aufsichtsräten und Vorständen börsennotierter sowie mitbestimmter Gesellschaften erzwingen soll (§ 76 Absatz 4 Satz 1 AktG-E und § 96 Absatz 4 Satz 1 AktG-E), reiht sich in eine Vielzahl von Maximalforderungen zum Thema Geschlechterquote der vergangenen Jahre ein. Daran ändert auch die im Gesetzentwurf vorgesehene erste Stufe nichts, nach der bereits zum 1. Januar 2013 für Neubesetzungen in Aufsichtsräten Mindestquoten von 30 Prozent für Aufsichtsräte (§ 96 Absatz 3 bis 5 AktG-E) und von 20 Prozent für Vorstände (§ 76 Absatz 4 und 5 AktG-E) börsennotierter sowie mitbestimmter Gesellschaften gelten sollen.

Wir halten es verfassungs- und gesellschaftsrechtlich nicht für vertretbar, aus der Nichterfüllung von Quotenvorgaben eine Einschränkung der Vertretungsmacht des Vorstands, wie ihn § 78 Absatz 1 Satz 2 AktG-E i.V.m. § 76 Absatz 4 und 5 AktG-E vorsieht, resultieren zu lassen. Der zugrunde liegende Ausnahmecharakter der bisherigen Regelung steht dem Vorschlag, den Fall der Quotenverfehlung mit dem Tatbestand der Führungslosigkeit einer Gesellschaft gleichzustellen, klar entgegen. Mit der Übertragung der passiven Vertretungsmacht auf den Aufsichtsrat wird in Kauf genommen, dass in einer ganzen Reihe von Fällen die Unternehmensleitung nicht mehr vom Vorstand ausgeübt werden kann.

Die vorgesehene Sanktionsregelung hinsichtlich der Quotenverfehlung im Aufsichtsrat, nach der für den Fall, in dem keine Personen des unterrepräsentierten Geschlechts gewählt bzw. bestellt werden, die dafür vorgesehenen Plätze unbe-

setzt bleiben, lässt die notwendige Sensibilität für die Abläufe im Unternehmen und für das Regelungsfeld des Gesellschaftsrechts vermissen. Der Regelungsvorschlag eines § 108 Absatz 2 Satz 5 AktG-E, nach dem folgenschwere Einschränkungen der Beschlussfähigkeit des Kontrollgremiums Aufsichtsrat in Kauf genommen werden, offenbart beispielhaft, wie die Funktionsfähigkeit eines Unternehmens sowie die Sicherung von Marktchancen und Arbeitsplätzen auf der einen Seite gegen die ergebnisgleiche Beteiligung beider Geschlechter in den Führungsgremien der Gesellschaft auf der anderen Seite gegeneinander ausgespielt werden sollen. Angesichts des hier aufgestellten Sanktionsregimes stellt sich die Frage, welche Bedeutung die Entwurfsverfasser der Rolle eines funktionsfähigen Kontrollgremiums in ihren jeweiligen Gesellschaften überhaupt beimessen. Gleichermaßen steht der Schaden, der angesichts der geforderten Sanktion für eine Gesellschaft ausgelöst oder in Kauf genommen wird, in keinem Verhältnis zum Zweck der Regelung. Schließlich obliegt es dem Aufsichtsrat einer Gesellschaft, die Geschäftsführung zu überwachen; für bestimmte Arten von Geschäften ist gar dessen Zustimmung erforderlich. Diese zentrale Rolle des Aufsichtsrats innerhalb der Gesellschaft in der hier vorliegenden Weise zu schwächen, bedarf eines gewichtigeren Anlasses, als einer als ungerecht empfundenen Geschlechterverteilung in diesen Gremien. Angesichts der drohenden Nichtbesetzung des Gremiums geht die Gesetzesbegründung, nach der die Regelung selbstregulierend wirken soll, fehl.

Auf den ersten Blick ist es begrüßenswert, dass bereits zum 31. Dezember 2013 ein Evaluierungsbericht durch die Bundesregierung vorgelegt werden soll (Art. 12), der sodann alle zwei Jahre zu wiederholen ist. Jedoch versäumen es die Entwurfsverfasser selbst in der Entwurfsbegründung darzulegen, was mit den Ergebnissen einer solchen Evaluation geschehen soll. An dieser Stelle wäre es ein Leichtes gewesen anzukündigen, dass mit Zielerreichung der Gesetzesvorgaben durch die Regelungsadressaten ein Auslaufen der gesetzlichen starren Quotenregelungen verbunden ist. Der Verzicht darauf lässt befürchten, dass eine Erfüllung der vorgegebenen Geschlechterquoten durch die Privatwirtschaft möglicherweise weitere gesetzliche Vorgaben nach sich ziehen wird.

2. GTeilhG

Mit dem „Entwurf eines Gesetzes zur Förderung gleichberechtigter Teilhabe von Frauen und Männern in Führungsgremien (GTeilhG)“ greifen SPD und Bündnis 90/Die Grünen einen ursprünglich als Gesetzesantrag der Freien und Hansestadt Hamburg und des Landes Brandenburg in den Bundesrat eingebrachten Entwurf auf, der am 21. September 2012 die Mehrheit der Länderkammer fand.

Die hier geforderte Festschreibung einer zweistufigen Einführung einer Geschlechterquote von 20 Prozent zum 1. Januar 2018 und von 40 Prozent zum 1. Januar 2023 in Aufsichtsräten und Verwaltungsräten börsennotierter Gesellschaften und der Mitbestimmung unterliegender Gesellschaften (§ 96 Absatz 3 bis 7 AktG-E) nimmt zwar deutlich realistischere Zielgrößen in den Blick, als der Entwurf des ChGlFöG, beschreitet jedoch mit der Statuierung starrer und zwingend vorgegebener Einheitsquoten für Gremien der Privatwirtschaft den gleichermaßen falschen Weg.

Lediglich für die Besetzung des Teilgremiums der Arbeitnehmervertreter bietet § 96 Absatz 3 Satz 7 AktG-E die Möglichkeit, sanktionslos von den starren Quotenvorgaben abzuweichen, wenn regelmäßig mindestens 90 Prozent der Arbeitnehmer in der Gesellschaft demselben Geschlecht angehören. Hier muss die Frage erlaubt sein, weshalb eine solche Ausnahme nicht bereits bei einem Anteil an der Belegschaft von weniger als 40 Prozent gilt und nicht gleichermaßen für die Anteilseignerseite Anwendung findet. Schließlich ist auch dieses Teilgremium auf die personellen Ressourcen der Branche angewiesen. An dieser Stelle wird ein Miss-

verständnis offenbar, welches die gesamte Debatte um Frauen in Führungspositionen begleitet: Es ist im Management, insbesondere im Spitzenmanagement, gerade nicht unbedeutend, ob die betreffende Person unternehmens- oder branchenbezogene Kenntnisse mitbringt oder zumindest einen für die jeweilige Branche relevanten Studienabschluss aufweist. Diese persönlichen Eigenschaften sind vielmehr von unschätzbarem Wert für das jeweilige Unternehmen. Der zu beklagende Mangel an Kandidatinnen für Leitungsgremien beruht gerade darauf, dass bislang noch zu wenige Frauen die notwendige, oftmals jahrzehntelange Management-Erfahrung mitbringen. Die Regelung bietet zudem Raum für folgendes Rechenbeispiel: Wenn die Belegschaft eines Unternehmens einen theoretischen Männeranteil von 99 Prozent aufweist, so soll dies nach dem Willen der Entwurfsverfasser nichts an der zwingenden Quotenvorgabe für die Anteilseignerbank im Aufsichtsrat ändern, diese mit 20 bzw. 40 Prozent Frauen besetzen zu müssen. Diese Vorgabe ist erkennbar unrealistisch und unangemessen. Der Ansatz dieser als Ausnahmetatbestand angelegten Regelung läuft auch aufgrund der Ungleichbehandlung der Teilgremien ins Leere.

Insgesamt hilfreicher ist die Härtefallklausel in § 96 Absatz 4 Satz 1 und 2 AktG-E. Danach sollen die Quotenregelungen des § 96 Absatz 3 Satz 1 bis 4 und 6 AktG-E nicht gelten, wenn trotz erheblicher Anstrengungen (beispielsweise bei ernsthaften, aber erfolglosen Bemühungen) des Unternehmens kein geeigneter Kandidat des unterrepräsentierten Geschlechts zur Verfügung steht. Die Klausel greift allerdings dann nicht, wenn ein Kandidat des unterrepräsentierten Geschlechts zwar deutlich geringer qualifiziert ist, als sein Mitbewerber, jedoch als geeignet für die Aufgabe zu bezeichnen ist. Diese Regelung der genannten Konstellation stellt damit schlicht eine offene Diskriminierung dar und ist mit allem Nachdruck abzulehnen. Ausweislich der Entwurfsbegründung dient diese Ausnahmenvorschrift ferner allein der Vermeidung unzumutbarer Härten und ist als solche sehr eng auszulegen. Zudem führt die Verpflichtung der Gesellschaft, das Vorliegen eines solchen wichtigen Grundes nachzuweisen, zu einer faktischen Beweislastumkehr bei der Bewertung der Qualifikation zu Lasten der jeweiligen Gesellschaft. Es besteht die Gefahr, dass einem betroffenen Unternehmen in der Praxis kaum gelingen wird nachzuweisen, dass ein Kandidat für die Besetzung nicht geeignet ist und zugleich an den/die Kandidaten keine überzogenen Anforderungen gestellt werden. So wäre beispielsweise zu befürchten, dass in der Vergangenheit vereinzelt vorgenommene Bestellungen von formal geringer qualifizierten Personen, die zugleich über nur geringe unternehmerische Erfahrung verfügen, den Anforderungsmaßstab für alle künftigen Aufsichtsratsmitglieder senken. Dies könnte zur Folge haben, dass später statuierte Anforderungen bei Neubesetzungen, die über diese geringere Qualifikation hinausgehen, regelmäßig als „überzogen“ zurückgewiesen werden. Dieses Beispiel zeigt, in welchem Umfang das Auswahlermessen im Zweifel eingeschränkt werden könnte. Zudem stellt eine Anwendung der Klausel die Unternehmen vor einen erheblichen Bürokratieaufwand und übersteigerte Dokumentationsanforderungen.

Ferner etabliert der Entwurf neue Berichts- und Informationspflichten für die Unternehmen. Nach § 289b HGB-E ist im Lagebericht anzugeben, wie viele Mitglieder des Geschäftsführungsorgans und des Aufsichtsrats weiblich und wie viele männlich sind, ob die gesetzliche Quotenregelung aufgrund des Eingreifens der Voraussetzungen gilt und ob sie erfüllt wurde. Dies und der von den Unternehmen zu erbringende Nachweis der Erfüllung der Quote durch Freistellungsbescheid des Bundesamtes für Justiz ziehen – man bedenke den ausufernden Adressatenkreis des Gesetzentwurfs – einen erheblichen Bürokratieaufwand nach sich, der mit dem im Entwurf beschriebenen „geringfügigen personellen Mehraufwand“ wohl kaum zu bewältigen sein dürfte. Auch kleine Kapitalgesellschaften, die gemäß § 264 Absatz 1 Satz 4 HGB zur Erstellung eines Lageberichtes grundsätzlich nicht verpflichtet sind, müssten den Berichtspflichten nach § 289b HGB-E (Entwurf GTeilHG) nachkommen. Gleiches gilt für die über § 264a HGB erfassten Personen-

gesellschaften (Kommanditgesellschaften und offene Handelsgesellschaften, bei denen nicht wenigstens ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person oder eine offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft oder andere Personengesellschaft mit einer natürlichen Person als persönlich haftendem Gesellschafter ist oder sich die Verbindung von Gesellschaften in dieser Art fortsetzt). Der zusätzliche Aufwand bei allen nach § 289b HGB-E betroffenen Unternehmen steht in Widerspruch zu den Versuchen der Bundesregierung, die Informationspflichten der Unternehmen, insbesondere der kleinen Unternehmen, zu reduzieren.

Die Veröffentlichung einer Liste von Unternehmen, welche die Quotenvorgaben nicht erfüllen, durch das Bundesamt für Justiz auf Grundlage von § 96 Absatz 7 AktG-E erzeugt überdies eine nicht gerechtfertigte Prangerwirkung zu Lasten der Unternehmen, denen im Zweifel der Mangel an erfahrenen und branchenspezifisch ausgebildeten weiblichen Kandidaten nicht angelastet werden kann.

Insgesamt stellt der Entwurf einen unverhältnismäßigen Eingriff in die unternehmerische Autonomie dar. Daran ändert auch die im Vergleich zu anderen Vorschlägen auf den ersten Blick weniger eingriffsintensive und ausschließlich finanziell wirkende Sanktionierung nichts, nach der es Unternehmen, welche die Quote nicht einhalten, untersagt wird, die Vergütung für die Aufsichtsratsmitglieder bei der Körperschaftsteuer wie bisher hälftig geltend zu machen. Hier teilen wir die erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken des Bundesrats-Finanzausschusses. Die Sanktionsüberlegungen der Entwurfsverfasser werden den Anforderungen an die besondere rechtliche Begründung der Versagung des Betriebsausgabenabzugs nicht gerecht. Schließlich unterstreichen wir die Kritik des Ausschusses, nach der die Sanktionierung spätestens im Falle einer nur geringfügigen Verfehlung der Quotenvorgabe als übermäßig zu klassifizieren wäre.

III. Verstoß gegen Verfassungsrecht

Die im Entwurf des GITEilhG in § 96 Absatz 3 bis Absatz 5 AktG-E enthaltene gesetzliche Vorgabe, den Aufsichtsrat börsennotierter Aktiengesellschaften und mitbestimmter Unternehmen zunächst mit jeweils ca. 20 Prozent, später mit ca. 40 Prozent aus Angehörigen beider Geschlechter zusammenzusetzen, ist verfassungsrechtlich unzulässig. Die im Entwurf des ChGIFöG vorgesehenen Quotenregelungen in § 76 Absatz 4, 4a AktG-E für den Vorstand in Höhe von 20, später 40 Prozent sowie in § 96 Absatz 3 bis 5 AktG-E für den Aufsichtsrat in Höhe von 30, später mindestens 40 Prozent führen ebenfalls zu einem Verstoß.

1. Verstoß gegen Art. 14 GG

Zunächst liegt bei den Quotenvorgaben der Entwürfe für den Aufsichtsrat ein Verstoß gegen das Eigentumsrecht der Gesellschafter nach Art. 14 GG vor. Die vorgeschlagene Quotenvorgabe greift in die Eigentumsrechte der Gesellschafter nach Art. 14 GG ein, da die Anteilseigner ihre Aufsichtsratsmitglieder nicht mehr frei bzw. nach den im Aktiengesetz geregelten Sachkriterien auswählen könnten, sondern den gesetzlichen Vorgaben der Quote nachzukommen hätten. Es bestünde ein faktischer Zwang, eine Person eines bestimmten Geschlechts zu wählen.

Der Aufsichtsrat hat die Aufgabe, den Vorstand für die Aktionäre zu überwachen. Diese wiederum sind daran interessiert, dass diese Überwachung bestmöglich ausgeführt wird. Ein hochqualifizierter Aufsichtsrat kann zum Erfolg eines Unternehmens beitragen. Es ist folglich im Interesse der Anteilseigner, die Personen nach ausschließlichem Unternehmensinteresse in den Aufsichtsrat zu berufen, unabhängig von deren Geschlecht. Auch wenn, wie die Begründung zum Entwurf des GITEilhG auf Seite 23 ausführt, lediglich im Ergebnis die Mindestquote eingehalten

werden muss, bleibt es dabei, dass die Anteilseigner (wie auch auf Seite der Arbeitnehmervertreter) bei der Berufung von Aufsichtsräten ein weiteres Kriterium, das nicht auf Qualifikation und Erfahrung basieren würde, berücksichtigen müssten. Auch das Argument, es handele sich nur um ein weiteres Kriterium nach § 100 AktG, kann nicht überzeugen. Den in § 100 AktG aufgeführten Voraussetzungen liegt – abgesehen von den mitbestimmungsrechtlichen Voraussetzungen – ausschließlich das Ziel einer „effektiven Überwachungstätigkeit“⁶ zu Grunde. Die Geschlechtszugehörigkeit kann zu einer effektiven Überwachungstätigkeit jedoch nicht beitragen.

Auch die These der Gesetzesbegründung zum Entwurf des GITEilhG auf Seite 23, für die Vielzahl der Anteilseigner bedeute das Anteilseigentum typischerweise mehr Kapitalanlage als Grundlage unternehmerischer Betätigung, mag zwar für die Frage der Sozialbindung des Eigentums relevant sein. Sie steht jedoch dem Interesse der Anteilseigner an einer effektiven Überwachung der Geschäftsführung/des Vorstands nicht entgegen. Denn auch für die Kapitalanlage und damit den Erhalt des Investments ist es von besonderer Bedeutung, dass das Unternehmen über qualifizierte und erfahrene Aufsichtsräte verfügt, die für die Anteilseigner die Geschäftsführung/den Vorstand überwachen. Die Sozialbindung des Eigentums geht auch nicht so weit, als dass sie diesen Eingriff decken kann. Geschlechtsspezifische Bindungen gehen über die vom Bundesverfassungsgericht vorgesehene Sozialbindung des Eigentums hinaus, zumal das Grundgesetz und damit „Art. 3 Abs. 2 S. 2 ... nur als ein Hebel zu verstehen [ist], um bestehende rechtliche Benachteiligungen zu beseitigen und ... lediglich eine „Klarstellung“ der bisherigen verfassungsgerichtlichen Judikatur dar[stellt].“⁷

Die vom Entwurf des ChGIFöG vorgesehene Quote für den Vorstand nach § 76 Absatz 4, 5 AktG-E in Höhe von 20 Prozent für 2013 und 40 Prozent ab 2015 bzw. für die Geschäftsführung einer GmbH greift noch stärker in Art. 14 GG ein. Der Vorstand einer Aktiengesellschaft wird vom Aufsichtsrat, damit mittelbar von den Aktionären, die den Aufsichtsrat berufen haben, bestellt. Bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung wird die Geschäftsführung direkt von ihren Gesellschaftern bestellt. Der Vorstand/die Geschäftsführung hat dabei die entscheidende Führungsfunktion. Er bzw. sie legt die Unternehmenspolitik und -strategie fest und trifft nahezu alle geschäftlichen Entscheidungen mit sämtlichen Risiken. Der Vorstand/die Geschäftsführung hat weitaus größeren Einfluss auf den Erfolg bzw. Misserfolg eines Unternehmens als der Aufsichtsrat. Im Vergleich zum Aufsichtsrat sind die persönlichen Fähigkeiten und Fertigkeiten von noch größerer Bedeutung. Das Interesse und das Recht der Eigentümer, eine bestimmte Person als Vorstand/Geschäftsführer zu benennen – unabhängig von dessen Geschlecht – muss daher noch höher bewertet werden.

Der Eingriff wird nochmals verschärft, wenn Aufsichtsratsmitglieder nach § 104 Absatz 4a AktG-E (Entwurf GITEilhG) bzw. § 104 Absatz 1 Satz 1 AktG-E (Entwurf ChGIFöG) künftig auch dann gerichtlich bestellt werden, falls die Hauptversammlung die Aufsichtsratsmitglieder nicht „quotengerecht“ wählt. Damit soll künftig ein Dritter – also gerade kein Unternehmenseigner und auch ohne jeden Einfluss derselben – bestimmen, welche quotenerfüllende Person den Vorstand überwachen soll. Nach seinem Zweck soll mit § 104 AktG die Handlungs- und Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrats im Wege der gerichtlichen Bestellung sichergestellt werden.⁸ Bisher sieht das Gesetz nur zwei Fälle der gerichtlichen Ersatzbestellung vor: Zum einen kann das Gericht auf Antrag einen beschlussunfähigen Aufsichtsrat um das fehlende Aufsichtsratsmitglied ergänzen – hierdurch soll die dauerhafte Funktions-

⁶ vgl. Münchner Kommentar zum AktG, 3. Auflage, § 100 Rn. 1.

⁷ Maunz-Dürig, Kommentar zu Art. 3 Abs. 2 GG, Rdn. 71.

⁸ vgl. Spindler/Stilz, AktG, 2. Auflage, § 104 Rn. 1 mwN.

fähigkeit des Aufsichtsrates gewährleistet werden, die beispielsweise durch eine dauerhafte Amtsverhinderung eines Aufsichtsratsmitglieds eintreten kann. Zum anderen kann das Gericht den Aufsichtsrat auch bei Beschlussfähigkeit ergänzen, wenn die gesetzliche oder durch die Satzung festgelegte Mitgliederzahl des Aufsichtsrates länger als drei Monate unterschritten wird. Eine solche Unterbesetzung kann beispielsweise Folge des Ausscheidens eines Aufsichtsratsmitglieds oder der Erweiterung des Aufsichtsrates sein. All diese bisher geregelten Fälle unterscheiden sich in ihrer Systematik deutlich von der in den Gesetzentwürfen vorgeschlagenen Bestellung zur Erreichung der Mindestquote. Nur diese knüpft im Ergebnis an eine „fehlerhafte“, weil nicht quotengerechte Wahl der Aktionäre an. Dies unterstreicht die zusätzliche Möglichkeit einer gerichtlichen Bestellung nach § 104 Absatz 2 Satz 1 AktG-E (Entwurf ChGIFöG), die auch bei Beschlussfähigkeit und bei Vorliegen eines „dringenden Falles“ entsprechend der Quotenvorgabe möglich sein soll. Die Unternehmenseigner wären im Unterschied zu den bestehenden gesetzlichen Möglichkeiten der Benennung durch das Gericht eben gerade nicht untätig geblieben. Der Eingriff wird durch die im Entwurf des ChGIFöG vorgesehene Regelung von § 108 Absatz 2 Satz 5 AktG-E nochmals verschärft, da der Aufsichtsrat, der länger als zwölf Monate weniger Mitglieder als die durch Gesetz oder Satzung festgesetzte Zahl hat, beschlussunfähig wird.

Die Gesetzentwürfe regeln zudem nicht, ob sie die Quote als absolute Bevorzugung von Personen bestimmten Geschlechts sehen oder ob die Quote in dem Sinne zu verstehen ist, dass eine Bevorzugung jeweils der Frau oder des Mannes nur bei gleicher Qualifikation wie einer Person mit dem jeweils anderen Geschlecht vorzunehmen ist. Da im ChGIFöG ausschließlich und ohne Ausnahmemöglichkeit auf das Geschlecht abgestellt wird und im GITEilHG nur eine Abweichungsmöglichkeit bei (gänzlich) ungeeigneten Personen vorgesehen ist, ist von einer absoluten Bevorzugung auszugehen. Ein derartiges Verständnis ist allerdings schon grundsätzlich als unzulässig anzusehen⁹.

Bei der gesetzlich erzwungenen Erhöhung des Anteils von Frauen in Führungspositionen auf eine bestimmte Mindestquote handelt es sich nicht um ein verfassungslegitimes Ziel. Nach Art. 3 Absatz 2 Satz 2 GG hat der Staat die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken. Der Gesetzgeber hat grundsätzlich einen Gestaltungsspielraum, um diesem Ziel nachzukommen. Nach dem Willen der Gemeinsamen Verfassungskommission sollte mit der Förderklausel in Art. 3 Absatz 2 Satz 2 1. HS GG jedoch nicht die Gleichstellung erreicht werden, sondern die Gleichberechtigung. Art. 3 Absatz 2 Satz 2 GG geht von der Chancengleichheit, nicht jedoch von der Ergebnisgleichheit aus¹⁰. Die in der Begründung (S. 19 Entwurf GITEilHG) erwähnte Beseitigung einer Unterrepräsentation von Frauen kann im Lichte von Art. 3 Absatz 2 Satz 2 GG folglich nur so verstanden werden, dass Chancengleichheit staatlich gewährleistet wird¹¹.

Auch Art. 3 Absatz 2 Satz 2 2. HS GG – die Beseitigung von bestehenden Nachteilen – kann nicht zur Rechtfertigung des vorgeschlagenen Grundrechtseingriffs

⁹ vgl. Schladebach/Stefanopoulou, BB 2010, S. 1042ff. und unten Erläuterung zu Art. 3 GG.

¹⁰ vgl. Maunz-Dürig, Kommentar zu Art. 3 Abs. 2 GG, Ergänzungslieferung 2012, Rdn. 65f.; Rdn. 60: „Die Neuregelung des Art. 3 Abs. 2 S. 2 leitet diesen Ausgleich auf der Ebene der Verfassung selbst ein, wobei mit Recht auf die Konstituierung eines sozialen Grundrechts, also eines einklagbaren Rechts auf reale Gleichstellung oder Förderung verzichtet worden ist“; Rdn. 66: „Der Staat wird also nicht zum Erfolgsgaranten für die Durchsetzung der Gleichberechtigung, übernimmt aber dort Verantwortung für ihre Realisierung, wo es vor allem um den Ausgleich von Unterschieden in der Chancengleichheit geht“; Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, BT-Drs. 12/6000 S. 50.

¹¹ Maunz-Dürig, Kommentar zu Art. 3 Abs. 2 GG, Rdn. 71: „Art. 3 Abs. 2 S. 2 ist ... nur als ein Hebel zu verstehen, um bestehende rechtliche Benachteiligungen zu beseitigen und stellt lediglich eine „Klarstellung“ der bisherigen verfassungsgerichtlichen Judikatur dar.“

führen. Mit dieser 1994 eingeführten Klausel knüpfte der Gesetzgeber an die entsprechende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts an¹², nach der ein Ausgleich von Nachteilen zulässig ist, soweit diese „ihrerseits auch auf biologische Unterschiede zurückgehen“¹³. Danach sind *geschlechtsneutrale* und konkrete Maßnahmen zum Abbau faktischer Nachteile unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit zulässig (z. B. Maßnahmen zu flexiblen, familiengerechten Arbeitszeit- und Arbeitsplatzgestaltungen)¹⁴. Das Bundesarbeitsgericht¹⁵ machte nach 1994 nochmals deutlich, dass Art. 3 Absatz 2 Satz 2 GG keine sog. starren Quotenregelungen gestattet¹⁶.

Das in der Begründung des Entwurfs des GlTeilhG auf Seite 19 zitierte Urteil des Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 109, 64, räumt dem Staat eine Ausgestaltungsbefugnis ein, allerdings um die Gleichberechtigung („Art. 3 Abs. 2 GG zielt auf die Angleichung der Lebensverhältnisse. Frauen müssen die gleichen Erwerbschancen haben wie Männer“¹⁷) durchzusetzen. Von einer Gleichstellung oder Ergebnisgleichheit ist nicht die Rede¹⁸.

Auch kann der Gleichberechtigungsgrundsatz bzw. Art. 3 Absatz 2 Satz 2 GG nicht zu der von der Gesetzesbegründung intendierten Bevorzugung von Frauen wegen vermeintlich früherer Benachteiligung von Frauen ausgelegt werden. In diesem Fall würde das Grundrecht auf Gleichberechtigung „von einem Individualrecht zu einem Gruppenrecht umgedeutet“ werden, was jedoch „dem System der Grundrechte als Individualrechte zuwider laufen und dazu führen [würde], daß Gruppengerechtigkeit in Zukunft den Vorrang vor individueller Gerechtigkeit erhielte“¹⁹.

Der Eingriff in Form einer starren Einheitsquote wäre zudem nicht verhältnismäßig. Ein Eingriff in Form einer Quote ist bereits nicht erforderlich. Es gibt zahlreiche Mittel, die langfristig mehr Erfolg für Frauen bedeuten und damit die Erhöhung des Frauenanteils in Führungspositionen insgesamt, aber auch in Aufsichtsräten nach sich ziehen werden und zugleich die Ursachen tatsächlich angehen. Die in der Begründung des Entwurfs des GlTeilhG auf Seite 14 und 20 angeführte Vereinbarung zwischen Bundesregierung und Spitzenverbänden von 2001 ist nicht – wie in der Gesetzesbegründung behauptet – gescheitert, sondern hat, wie oben dargelegt, zu positiven Veränderungen geführt – wenngleich nicht in dem Tempo und

¹² vgl. Maunz-Dürig, Kommentar zu Art. 3 Abs. 2 GG, Rdn. 67f.

¹³ BVerfGE 74, 163, 180 (1 BvR 455/82) sowie Maunz-Dürig, Kommentar zu Art. 3 Abs. 2 GG, Rdn. 67.

¹⁴ vgl. Maunz-Dürig, a.o.O.: „Ziel des staatlichen Handelns soll die Beseitigung der konstatierten Nachteile selbst sein, ohne jedoch eine vom Nachteil losgelöste Kompensation durch einen mit der konkreten Benachteiligung sachlich nicht verbundenen Vorteil zu ermöglichen.“

¹⁵ BAG vom 05.03.1996, 1 AZR 590/92, Rdn. 66: „Der notwendige Zwischenschritt einer Prüfung ... der im Sinne der Einzelfallgerechtigkeit ein Abweisen von der Bevorzugung von Frauen nicht nur zulässt, sondern u. U. sogar fordert, hebt die Automatik auf, die nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs mit Art. 2 Abs. 1 und 3 der Richtlinie 76/207/EWG unvereinbar ist.“

¹⁶ vgl. auch Maunz-Dürig, Kommentar zu Art. 3 Abs. 2 GG, Rdn. 65: „Nach Aussage der Gemeinsamen Verfassungskommission soll Art. 3 Abs. 2 S. 2 ausdrücklich keine sog. starren Quotenregelungen gestatten. Dies sind verbindliche Anordnungen zur Bevorzugung von Frauen, bis eine zahlenmäßige Parität mit den Männern erreicht ist, ohne flexible Ausnahmen aus sozialen oder anderen berechtigten Gründen (Öffnungs- oder Härtefallklauseln) zugunsten von Männern vorzusehen und ohne die Bevorzugung und Förderung an konkret vorhandene Nachteile zu knüpfen. Maßnahmen der Förderung (1. HS des Art. 3 Abs. 2 S. 2) oder der Nachteilsbeseitigung (2. HS des Art. 3 Abs. 2 S. 2) sind daher nach dem Wortlaut der Verfassungsergänzung nicht im Sinne von „Quotenregelungen“ oder „Gleichstellungen“ zu verstehen.“

¹⁷ BVerfG, Beschluss 1 BvR 302/96, Rz. 111.

¹⁸ BVerfG, Beschluss 1 BvR 302/96, Rz. 114: „...Art und Weise, wie der Staat seine Verpflichtung erfüllt, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken, obliegen seiner Ausgestaltungsbefugnis. Er muss jedoch faktische Diskriminierungen, die sich als Folge seiner Regelungen ergeben, so weit wie möglich vermeiden.“

¹⁹ Maunz-Dürig, Kommentar zu Art. 3 Abs. 2 GG, Rdn. 68.

nicht bei sämtlichen Zielsetzungen in den „großen“ Schritten, wie von Teilen der Politik gewünscht. Ein Grund für den stetigen, aber zögernden Anstieg liegt auch darin, dass sich die nötigen Rahmenbedingungen – insbesondere bei der Kinderbetreuung – nur langsam entwickeln. Hierfür trägt die Politik, wie am Beispiel der Umsetzung des Rechtsanspruchs auf einen Kindergartenplatz leicht erkenntlich, die Hauptverantwortung. In Hinblick auf die Berufswahl ist zu konstatieren, dass Frauen selbst heute in industrierelevanten Studiengängen nicht gleich repräsentiert sind, was für die Generation der heutigen Spitzen-Führungskräfte erst recht gilt.

Zudem muss berücksichtigt werden, dass das durchschnittliche Alter von Aufsichtsratsmitgliedern ca. 60 Jahre beträgt. Für eine sachliche Analyse kann folglich der heutige Frauenanteil in Aufsichtsräten nicht mit dem heutigen Frauenanteil bei Abiturienten und Hochschulabsolventen verglichen werden²⁰. Ein realistischer Vergleich ist vielmehr mit dem Frauenanteil unter den Hochschulabsolventen in den 1980er Jahren zu führen: Der Anteil weiblicher Absolventen lag damals in Wirtschaftswissenschaften bei 11,6 Prozent und bei Ingenieurwissenschaften bei 9,4 Prozent²¹. Dies entspricht etwa dem Frauenanteil in Aufsichtsräten der 200 größten Wirtschaftsunternehmen von ungefähr 11,9 Prozent²². Im aktuellen Board Index von Spencer Stuart für Deutschland 2012 wird diesbezüglich weiter festgestellt, dass Kompetenz und Erfahrung als Kriterium bei der Auswahl von Mandatsträgern für eine effektive Wahrnehmung des Aufsichtsratsmandats Erfahrung unabdingbar sei. Das zeigten sowohl die Ziele zur Zusammensetzung des Aufsichtsrats in den Geschäftsberichten als auch die tatsächliche Zusammensetzung, so der Board Index. Erfahrung in der Leitung von Unternehmen ist dabei herausragende Voraussetzung. Mit der Anforderung „Erfahrung“ korrespondiert das derzeitige Durchschnittsalter der Anteilseignervertreter.²³ Auch können die notwendigen Erfahrungswerte aus der Unternehmenspraxis nicht in wenigen Jahren quasi „verschult“ an Frauen weitergegeben werden, die für Aufsichtsratspositionen geeignet wären. Dies gilt insbesondere für Branchen und Unternehmen, in denen nicht genügend weibliche Kandidatinnen zur Verfügung stehen.

Die Gesetzesbegründung zum Entwurf des GTeilhG (S. 20) konstatiert zudem fehlerhaft, dass Ziffer 5.4.1 des DCGK in der aktuellen Fassung „keine signifikanten Veränderungen“ erzielt hat. Wie oben dargelegt, setzen sich die Unternehmen beachtliche konkrete und individuelle Ziele, die bereits zu positiven Veränderungen geführt haben und zu einem weiteren deutlichen Anstieg des Frauenanteils, insbesondere in Aufsichtsräten, führen werden. Zudem lässt die Gesetzesbegründung völlig außen vor, dass seit Einführung der Diversity-Empfehlung in den DCGK 2009 bereits ein deutlicher Anstieg des Frauenanteils in Aufsichtsräten und auch Vorständen erfolgt ist (vgl. S. 2). Die bisherige tatsächliche Entwicklung in den letzten Jahren zeigt, dass die Empfehlung des DCGK, die Vereinbarung zwischen Bundesregierung und den Spitzenverbänden von 2001 und die von der Wirtschaft vorgenommenen zahlreichen familienfreundlichen Maßnahmen greifen. Folglich bestehen mildere, ebenso geeignete Mittel zur Zweckerreichung.

Eine Quote wäre zudem nicht angemessen. Zwar sieht der Gesetzentwurf des GTeilhG vor, dass die Quote von 20 Prozent „erst“ 2018 und die Quote von 40 Prozent „erst“ 2023 greift, während der Entwurf des ChGIFöG bereits ab 2013 bzw. 2015 mit Quoten von 30 bzw. 40 Prozent gelten soll und offensichtlich unangemessen ist. Allerdings sind selbst die Übergangsfristen des GTeilhG auch unter Berücksichtigung der für die Unternehmen zur Verfügung stehenden Vorbereitungszeit unverhältnismäßig. Bei einer solchen Fristsetzung müssen zwingend

²⁰ vgl. Heidrick & Struggles, Corporate Governance Report 2009.

²¹ vgl. Zahlen aus DIW, Discussion Paper 1001.

²² vgl. DIW, Wochenbericht Nr. 3/2013.

²³ vgl. Spencer Stuart Board Index, Deutschland 2012, S. 14.

auch die gesetzlichen Amtszeiten von Aufsichtsräten beachtet werden. Die turnusmäßigen Wahlen der Aufsichtsräte stehen nur alle fünf Jahre an.

Hinzu kommt, dass die unterschiedlichen Anforderungen der Unternehmen, der jeweiligen Branchen und sonstiger individueller Rahmenbedingungen – wie die Gesetzesbegründung indirekt einräumt – eine Pauschalierung der Anforderungen gerade unmöglich machen. Die These, der Gesetzgeber könne mittels seiner Einschätzungsprärogative einfach den „richtigen“ Frauenanteil in Aufsichtsräten festlegen, kann nicht nachvollzogen werden. Die unterschiedlichen Anforderungen an Aufsichtsräte und die grundsätzlich erforderliche Erfahrung sprechen gerade gegen pauschale Festlegungen. Diese These kann im Ergebnis nicht dazu führen, dass der Eingriff in die Rechte der Aktionäre als angemessen bewertet werden kann.

Die Einbeziehung aller börsennotierten Unternehmen unabhängig von ihrer Größe erscheint ebenfalls nicht angemessen. So wären z. B. auch börsennotierte Unternehmen mit 200 Mitarbeitern der Quotenregelung unterworfen. Die Börsennotierung dient als Anknüpfungspunkt für zusätzliche Anforderungen im Bereich der Rechnungslegung bzw. Erstellung des Jahresabschlusses oder der Fristen für die Offenlegung desselben und auch für zusätzliche Informationen für die Aktionäre, soweit diese Informationen Auswirkungen auf die Entwicklung des Unternehmens haben können. Eine gesellschaftspolitisch motivierte Geschlechterquotenregelung kann an diese Kriterien jedoch nicht anknüpfen.

Die Tatsache, dass auch nicht-börsennotierte Unternehmen, z. B. in den Rechtsformen der GmbH, der Genossenschaft, der Aktiengesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien, ab 500 Mitarbeitern in den Anwendungsbereich der geplanten Vorschrift fallen, führt bei der Ermittlung der Verhältnismäßigkeit zu einer weiteren Schieflage. Mit abnehmender Verkehrsfähigkeit der Gesellschaftsanteile steigt die Bindung der Anteilseigner an das Unternehmen und damit die Bedeutung ihrer unternehmerischen Mitgestaltung. Folglich ist auch eine noch höhere Schwelle für die Befugnis des Staates, diese Unternehmen für ein politisches Anliegen in die Pflicht zu nehmen, anzulegen. Will das Unternehmen den Vorgaben dieses Gesetzentwurfs nachkommen, um die „Auflistung“ nach § 96 Absatz 7 AktG-E und negative Reputation sowie die Nichtabziehbarkeit nach dem Körperschaftsteuergesetz gemäß dem Entwurf des GlTeilHG vermeiden, müsste es im Zweifel besser geeignete Kandidaten wegen ihres Geschlechts ablehnen und auf weniger qualifizierte Kandidaten des unterrepräsentierten Geschlechts zurückgreifen. Damit gehen entsprechende Nachteile für die Überwachungs- bzw. Kontrollfunktion des Aufsichtsrates einher. Dies überschreitet die Grenzen des rechtlich Zumutbaren bei Weitem.

Die im Entwurf des ChGIFöG enthaltene Quote für den Vorstand einer Aktiengesellschaft bzw. KGaA und die Geschäftsführung einer GmbH ist ebenfalls nicht angemessen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Vorstand/die Geschäftsführung die Gesellschaft unter eigener Verantwortung leitet, vgl. oben. Werden die oben genannten Aspekte zur Verhältnismäßigkeit auf die Quotenvorgabe für den Vorstand/die Geschäftsführung übertragen, so führt dies zu einer noch stärkeren Schieflage bei der Frage der Verhältnismäßigkeit. Die Regelungen in § 78 Absatz 1 Satz 2 AktG-E bzw. § 35 Absatz 1 Satz 2 GmbHG-E, die die Geschäftsführungsbefugnis in den Fällen, in denen der Vorstand/die Geschäftsführung länger als zwölf Monate nicht der durch Gesetz oder Satzung festgesetzten Zahl entspricht, auf den Aufsichtsrat bzw. die Gesellschafter überträgt, sind ebenfalls entschieden zurückzuweisen.

Die pauschale Veröffentlichung der Namen der Unternehmen nach § 96 Absatz 7 AktG-E, die den Vorgaben von § 96 Absatz 3 bis 5 AktG-E nicht entsprechen, wäre

ebenfalls nicht angemessen. Unabhängig von den Gründen für die Nichterfüllung oder etwaigen Maßnahmen, die die betroffenen Unternehmen im Vorfeld bei der Kandidatensuche etc. durchgeführt haben, würde eine „Prangerstellung“ erfolgen. Zudem besteht der in der Begründung auf Seite 22 des Entwurfs des GlTeilhG angeführte Zusammenhang zwischen der Aussagekraft von Lageberichten und der Auflistung nach § 96 Absatz 7 AktG-E (Entwurf GlTeilhG) nicht. Der Lagebericht eines Unternehmens ist unabhängig davon aussagekräftig.

Auch die in § 96 Absatz 4 AktG-E (Entwurf GlTeilhG) vorgesehene Härtefallregelung – im Gegensatz zum Entwurf des ChGIFöG, welches keinerlei Härtefallregelungen enthält – kann den unverhältnismäßigen Eingriff nicht beseitigen. Durch die Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe ist es für das betroffene Unternehmen nicht absehbar, unter welchen Voraussetzungen es einen „wichtigen Grund“ i. S. d. § 96 Absatz 4 AktG-E (Entwurf GlTeilhG) in Anspruch nehmen könnte. Die Gesetzesbegründung gesteht auf Seite 19 (Entwurf GlTeilhG) selbst ein, dass es kein einheitliches Anforderungsprofil für Aufsichtsratsmitglieder gibt. Die Rechtsunsicherheit der betroffenen Unternehmen, darlegen zu müssen, dass erhebliche Anstrengungen unternommen wurden und nur ungeeignete Personen des unterrepräsentierten Geschlechts zur Verfügung standen, ist folglich sehr hoch und im Ergebnis nicht zumutbar.

2. Verstoß gegen Art. 3 GG

Neben dem Verstoß gegen Art. 14 GG kann in Auswahl-situationen auch ein Verstoß gegen Art. 3 Absatz 1, Absatz 2 Satz 1 und Absatz 3 GG und damit gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vorliegen. Eine Quote in Höhe von 20 bzw. 40 Prozent für Frauen und Männer, wie in § 96 Absatz 3 bis 5 AktG-E (Entwurf GlTeilhG) sowie in Höhe von 30 bzw. 40 Prozent nach § 96 Absatz 3ff. AktG-E (Entwurf ChGIFöG) vorgesehen, greift in dieses Grundrecht ein. Denn ist z. B. die Quotenvorgabe für Frauen nicht erfüllt, müssen männliche Mitbewerber – um die Quotenvorgabe zu erfüllen – benachteiligt werden. Dies gilt insbesondere auch für den Fall, dass sie besser geeignet wären, es sei denn, sämtliche Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts wären gänzlich ungeeignet. Dieser Eingriff kann auch nicht durch Art. 3 Absatz 2 Satz 2 GG gerechtfertigt werden, da der Verfassungsgeber die Gleichberechtigung bzw. Chancengleichheit, nicht aber die Ergebnisgleichheit intendiert hat (s. o.). „Sinn der grundgesetzlichen Neuregelung sei vielmehr, die Wirksamkeit des Grundrechts der Gleichberechtigung der Geschlechter zu stärken, nicht aber dieses Grundrecht (zu Lasten der Männer) einzuschränken“²⁴. Hinsichtlich der hilfswisen Argumentation zur Unverhältnismäßigkeit vgl. Ausführungen zu Art. 14 GG.

Berlin, 6. Dezember 2012

Ansprechpartner:

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA):
Abteilung Arbeitsrecht, Tel.: 030/2033-1200, arbeitsrecht@arbeitgeber.de

Bundesverband der Deutschen Industrie e. V. (BDI):
Bernhard Stehfest, Tel.: 030/2028-1560, b.stehfest@bdi.eu

Deutscher Industrie- und Handelskammertag e. V. (DIHK):
Annika Böhm, Tel.: 030/20308-2727, boehm.annika@dihk.de

²⁴ Maunz-Dürig, Kommentar zu Art. 3 Abs. 2 GG, Rdn. 66.