

**Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung
für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an
Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst
vom 20.01.2015 (BT-Dr. 18/3784)**

Prof. Dr. Kay Windthorst

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht VI der Universität Bayreuth
Direktor der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Forschungsstelle für
Familienunternehmen der Universität Bayreuth

I. Gegenstand der Stellungnahme

- (1) Die Stellungnahme beschränkt sich auf die Regelungen des Gesetzentwurfs der Bundesregierung für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst vom 20.01.2015 (BT-Dr. 18/3784, nachfolgend RegE genannt) für private Unternehmen. Im Vordergrund steht die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der geplanten Änderungen des Aktiengesetzes.

II. Grundsätzliche Zulässigkeit einer gesetzlichen Geschlechterquote

- (2) Die Entscheidung des Gesetzgebers, durch Gesetz bindende Vorgaben für die Besetzung von Führungspositionen für bestimmte private Unternehmen festzulegen, ist verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig. Das gilt prinzipiell für die fixe und die flexible Geschlechterquote. Dem Gesetzgeber steht bei den Entscheidungen, ob eine gesetzliche Quote statuiert und wie diese ggfs. ausgestaltet wird, von Verfassungs wegen ein weiter Spielraum zu. Dieser resultiert aus dem Umstand, dass die Umsetzung des verfolgten gesellschafts- und wirtschaftspolitischen Ziels, eine stärkere Repräsentanz von Frauen in den Führungsgremien von Unternehmen herbeizuführen, stark von prognostischen Elementen abhängt. Das gilt insbesondere für die flexible Quote. Ob und ggfs. in welchem Umfang sie den gewünschten Effekt tatsächlich herbeiführen wird, lässt sich derzeit kaum verlässlich vorhersagen. Nach der Funktionentrennung des Grundgesetzes liegt die Verantwortung für diese Entscheidung und ihre Folgen beim Gesetzgeber.
- (3) Das gilt auch für die fixe Quote. Allerdings ist das prognostische Element hier erheblich schwächer ausgeprägt, weil die geplante Regelung einen Mindestanteil von 30% von Frauen in Aufsichtsräten börsennotierter Aktiengesellschaften, die der Arbeitnehmermitbestimmung unterliegen, zwingend verlangt. Das führt zu strengeren verfassungsrechtlichen Anforderungen, da die fixe Quote im Vergleich zur flexiblen Quote deutlich intensiver in die eigentumsrechtlichen Gewährleistungen des Art. 14 GG für die betroffenen Unternehmen und deren Anteilseigner sowie in die gleichheitsrechtlichen Gewährleistungen des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 GG unterlegener Mitbewerber eingreift. Im Gegenzug ist der gesetzgeberische Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum insoweit reduziert. Das ist vor allem für die

umstrittene Frage nach der Notwendigkeit einer Ausnahmeregelung bedeutsam und legt aus verfassungsrechtlicher Sicht eine Ergänzung der geplanten Regelung nahe.

III. Vereinbarkeit der geplanten fixen Quote mit dem Grundgesetz

1. Eigentumsrecht der Anteilseigner nach Art. 14 GG

a) Schutz der Anteile an einem Unternehmen durch Art. 14 GG

(4) Art. 14 Abs. 1 GG schützt die Anteile an einem Unternehmen und verleiht den Inhabern dieser Anteile ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe, das gerichtlich durchgesetzt werden kann (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG). Das Grundrecht auf Eigentum schützt insoweit nicht nur den Vermögenswert der Anteile und die Befugnis der Anteilseigner, darüber zu verfügen, sondern verleiht ihnen auch Rechte in Bezug auf die Unternehmensführung. Zu diesen mitgliedschaftlichen Gewährleistungen gehört das Recht der Anteilseigner, auf die Besetzung der Unternehmensorgane Einfluss zu nehmen.

(5) Die Reichweite dieser Befugnis wird durch das einschlägige Gesellschaftsrecht ausgestaltet, das seinerseits den Anforderungen des Art. 14 GG genügen muss. In einer mitbestimmten AG werden die Mitglieder der Anteilseigner im Aufsichtsrat grds. von diesen in der Hauptversammlung gewählt, soweit nicht durch Satzung ein Entsenderecht begründet worden ist (§ 101 Abs. 1 Satz 1 AktG). In beiden Fällen garantiert Art. 14 GG den Aktionären das Recht darüber zu entscheiden, welche Personen in den Aufsichtsrat gewählt oder entsendet werden.

b) Eingriff in das Anteilseigentum nach Art. 14 GG

(6) Die in § 96 Abs. 2 AktG-E vorgesehene Geschlechterquote von mindestens 30 Prozent für die Aufsichtsräte von Aktiengesellschaften, die börsennotiert sind und dem Mitbestimmungsgesetz, dem Montan-Mitbestimmungsgesetz oder dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz unterliegen, greift in die durch Art. 14 GG geschützten mitgliedschaftlichen Rechte der Anteilseigner der betroffenen Unternehmen ein. Dieser Eingriff ist grundrechtsdogmatisch als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums i. S. v. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG einzuordnen. Seine Verfassungsmäßigkeit setzt voraus, dass der Gesetzgeber damit einen verfassungslegitimen Gemeinwohlbelang in verhältnismäßiger Weise verfolgt.

c) Verfassungslegitimes Ziel

(7) Der Regierungsentwurf stützt die beschränkende Quotenregelung auf das verfassungsrechtliche Gebot der Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG, auf dessen tatsächliche Verwirklichung der Staat hinwirken muss. Dabei handelt es sich um einen verfassungslegitimen Gemeinwohlbelang. Allerdings werden private Unternehmen durch diesen Verfassungsauftrag nicht unmittelbar rechtlich verpflichtet. Die von der fixen Geschlechterquote betroffenen Unternehmen tragen

jedoch wegen der großen Zahl an Beschäftigten eine besondere wirtschaftliche und gesellschaftliche Verantwortung für die Realisierung dieses Verfassungsauftrags. Das rechtfertigt grundsätzlich ihre Einbindung in staatliche Maßnahmen zur Förderung von Frauen in Führungspositionen der Privatwirtschaft.

d) *Verhältnismäßigkeit*

- (8) Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist problematisch, ob die Quotenregelung in § 96 Abs. 2 AktG-E dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt. Im Fokus steht dabei das Gebot der Angemessenheit. Danach dürfen die Beeinträchtigungen durch die Quotenregelung nicht außer Verhältnis zu dem damit verfolgten Zweck stehen. Sie müssen vielmehr bei einer Gesamtbewertung angemessen und deshalb für die Betroffenen zumutbar sein. Dabei sind das Ausmaß des Nutzens für den angestrebten Erfolg und das Gewicht der damit verbundenen Beeinträchtigungen einander gegenüberzustellen und Konflikte gemäß dem Gebot praktischer Konkordanz aufzulösen. Dem Gesetzgeber steht insoweit ein Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum zu.

aa) Maßgebliche Kriterien

- (9) Bezugspunkte der erforderlichen Abwägung sind die Privatnützigkeit des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG) und seine Sozialbindung (Art. 14 Abs. 2 GG). Das Merkmal der Privatnützigkeit bezeichnet die besondere Schutzbedürftigkeit der eigentumsrechtlichen Gewährleistungen, weil sie die persönliche Freiheit im vermögensrechtlichen Bereich sichern. Der Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist insoweit beschränkt. Umgekehrt eröffnet eine stark ausgeprägte Sozialbindung des Eigentums dem Gesetzgeber weitergehende Einschränkungsmöglichkeiten, weil das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug und in einer sozialen Funktion steht.
- (10) Die gesetzliche fixe Geschlechterquote betrifft Unternehmen, die börsennotiert *und* paritätisch mitbestimmt sind. Sie sind wegen der Finanzierung über den Kapitalmarkt einer stärkeren Regulierung ausgesetzt und tragen wegen der Zahl der Beschäftigten (mehr als 2000) eine größere wirtschaftliche und gesellschaftliche Verantwortung. Das Anteilseigentum an diesen Unternehmen und die daraus abgeleiteten mitgliedschaftlichen Befugnisse der Anteilseigner unterliegen deshalb einer erhöhten Sozialbindung. Das mindert die Schutzbedürftigkeit dieser Rechte und führt dazu, dass die geplante Geschlechterquote grundsätzlich keine unangemessene Benachteiligung darstellt.
- (11) Dieser Grundsatz wird allerdings in den Fällen durchbrochen, in denen eine erhöhte Privatnützigkeit besteht. Insoweit genießen die Einwirkungsrechte der Anteilseigner bei der Besetzung des Aufsichtsrats stärkeren Schutz. Die Quotenregelung kann dann unangemessen sein und gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit verstoßen. Das kann durch eine Härtefallklausel vermieden werden.

bb) Zur Notwendigkeit einer Härtefallklausel

- (12) Der Regierungsentwurf (insb. § 96 AktG-E) müsste um eine Härtefallklausel ergänzt werden, wenn die fixe Quote nach obigen Kriterien im Einzelfall unzumutbar sein kann. Um eine Aushöhlung des gesetzgeberischen Ziels der Regelung zu verhindern, ist dies restriktiv zu verstehen.
- (13) Eine solche Unzumutbarkeit kann grundsätzlich nicht allein daraus abgeleitet werden, dass Familienunternehmen betroffen werden. Diese sind dadurch gekennzeichnet, dass eine Familie oder mehrere Familien alle oder jedenfalls die Mehrheit der Anteile halten und entscheidenden Einfluss auf die Unternehmensführung haben. Damit einher geht typischerweise eine Beschränkung des Kreises der Anteilseigentümer auf Familienangehörige, die häufig durch Vinkulierungsbestimmungen in der Gesellschaftssatzung abgesichert wird. Bei größeren Familienunternehmen wird die persönliche Bindung zudem nicht selten durch eine Poolvereinbarung sichergestellt, in der sich die Familiengesellschafter zur einheitlichen Ausübung ihres Stimmrechts verpflichten.
- (14) Bei Familienunternehmen spielt somit unabhängig von der Größe des Unternehmens die mitgliedschaftsrechtliche Gewährleistung des Art. 14 GG eine wichtige Rolle. Daher ist das Element der Privatnützigkeit in der Regel stark ausgeprägt. Das Unternehmen ist für die Gesellschafter nicht nur ein Vermögenswert, sondern sie sind mit ihm persönlich, wirtschaftlich und emotional verbunden. Die Anteilseigentümer eines Familienunternehmens haben somit großes Interesse daran, auf die Unternehmensführung und -strategie Einfluss zu nehmen. Dieses Interesse wird durch die Garantie der Privatnützigkeit in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG besonders geschützt. Das zieht dem Gesetzgeber bei der Festlegung einer Geschlechterquote engere Grenzen.
- (15) Allerdings ist der Gesetzgeber von Verfassung wegen nicht verpflichtet, den Aufsichtsrat von börsennotierten und mitbestimmten Familienunternehmen generell von der geplanten fixen gesetzlichen Geschlechterquote freizustellen. Denn unter der Kategorie „Familienunternehmen“ werden so viele unterschiedliche Unternehmensformen zusammengefasst, dass eine pauschale Freistellung in Bezug auf den Aufsichtsrat dieser Unternehmen sachlich nicht gerechtfertigt ist und zudem Anreiz für missbräuchliche Gestaltungen geben könnte.
- (16) Anders verhält es sich, wenn die fixe Quote für den Aufsichtsrat in den Kernbereich der Privatnützigkeit börsennotierter und mitbestimmter Familienunternehmen eingreift. Dieser Fall kann eintreten, wenn die gesetzliche Quotenregelung dazu führt, dass die Familiengesellschafter das Letztentscheidungsrecht im Aufsichtsrat und somit ihren bestimmenden Einfluss auf die Unternehmensführung verlieren. Diese Gefahr besteht vor allem dann, wenn der Vorstand des mitbestimmten Unternehmens durch Externe geführt wird. Die Quotenregelung für den Aufsichtsrat kann in diesem Fall zur Folge haben, dass ein Sitz oder mehrere Sitze auf der Anteilseignerseite mit externen, d. h. familienfremden weiblichen Kandidaten besetzt werden müssen, weil

keine bzw. jedenfalls keine ausreichend qualifizierten weiblichen Kandidaten aus dem Gesellschafterkreis zur Verfügung stehen. Die fixe Geschlechterquote hätte dann zur Konsequenz, dass das Familienunternehmen diesen Status verliert und zu einem fremdbestimmten Unternehmen wird. Das wäre eine unangemessene Beschränkung der durch Art. 14 Abs. 1 GG garantierten Privatnützigkeit des Anteilseigentums.

- (17) Wie hoch die Wahrscheinlichkeit ist, dass ein solcher Härtefall bei den von § 96 Abs. 2 AktG-E präsumtiv betroffenen Unternehmen (ca. 100) tatsächlich eintritt, ist mangels belastbarer empirischer Untersuchungen zu dieser Frage schwer abzuschätzen. Der Gesetzgeber sollte diese Ermittlungen jedenfalls vornehmen. Andernfalls bleibt aus verfassungsrechtlicher Sicht ein Restrisiko, dass § 96 AktG-E ohne entsprechende Härtefallklausel in diesen Fällen unverhältnismäßig und somit verfassungswidrig ist.
- cc) Zur Notwendigkeit einer Ausnahmeklausel
- (18) Aus *verfassungsrechtlicher Sicht* sollte § 96 AktG-E durch eine Ausnahmeklausel für die Fälle ergänzt werden, dass nicht mindestens 30 Prozent ausreichend qualifizierte Frauen für die zu besetzenden Aufsichtsratsmandate tatsächlich zur Verfügung stehen. Der Regierungsentwurf enthält keine derartige Klausel und sieht darin wohl auch kein Problem, sondern scheint davon auszugehen, dass diese Frage sich nicht stellt, weil ausreichend qualifizierte Frauen für die Besetzung der Aufsichtsräte der betroffenen Unternehmen tatsächlich zur Verfügung stehen.
- (19) Ob diese Annahme zutrifft, ist nach praktischen Erfahrungen gerade in Bezug auf bestimmte Branchen wie die Bau- und Schwerindustrie zweifelhaft. Dass diese Zweifel eine reale Grundlage haben, zeigen frühere Versuche, eine verbindliche Geschlechterquote durch Gesetz einzuführen. Der von der Landesregierung NRW beschlossene und am 8.2.2011 in den Bundesrat eingebrachte Entwurf eines Gesetzes zur Gleichberechtigung von Frauen und Männern in Aufsichtsräten börsennotierter Unternehmen (FöGAbUG, BR-Dr. 87/11) sah in § 96a Satz 2 Nr. 2 AktG-E eine Ausnahmeklausel von der fixen Quote von mindestens 30 Prozent für die Fälle vor, dass für die zu besetzenden Aufsichtsratssitze im Einzelfall eine hinreichende Anzahl von Angehörigen des jeweiligen Geschlechts, die die in Gesetz und Satzung genannten persönlichen Voraussetzungen erfüllen, trotz der rechtzeitig ergriffenen Maßnahmen zur Förderung und Gewinnung von Führungskräften beider Geschlechter nicht zur Verfügung stand.
- (20) Zur Begründung wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine solche Ausnahme sowohl verfassungsrechtlich geboten als auch in der Sache notwendig sei. Denn es sei, wenn auch nur in zunehmend seltener werdenden Ausnahmefällen, vorstellbar, dass trotz aller Bemühungen der Aktiengesellschaft nicht nur im unmittelbaren Vorfeld einer Aufsichtsratswahl, sondern auch in dem Zeitraum davor, dennoch nicht eine zur Erfüllung der Mindestquote hinreichende Anzahl insbesondere von Frauen gewonnen werden könne, die zur Übernahme eines Aufsichtsratsmandates bereit und

qualifiziert sind. In dieser Situation müsse es zulässig bleiben, auch einen Angehörigen eines Geschlechts in den Aufsichtsrat zu wählen, dessen Wahl die gesetzliche Mindestquote grundsätzlich verletzte (so die Begründung des FöGAbUG, BR-Dr. 87/11, S. 34).

- (21) Ähnliche Überlegungen enthält der Entwurf des Bundesrates eines Gesetzes zur gleichberechtigten Teilhabe von Frauen und Männern in Führungsgremien (GlTeilhG) vom 31.10.2012 (BT-Dr. 17/11270). Der darin enthaltene § 96 Abs. 4 AktG-E ließ Ausnahmen von der fixen Quote für den Aufsichtsrat börsennotierter oder mitbestimmter Aktiengesellschaften zu, wenn die Gesellschaft nachweist, dass hierfür ein wichtiger Grund vorliegt. Ein wichtiger Grund sei insbesondere anzunehmen, soweit trotz erheblicher Anstrengungen der Gesellschaft nur ungeeignete Personen des unterrepräsentierten Geschlechts zur Besetzung des Aufsichtsrats zur Auswahl standen. Zur Begründung dieser Ausnahme wird angeführt, dass eine solche Klausel verfassungsrechtlich geboten sei, um die Verhältnismäßigkeit des Gesetzentwurfs zu gewährleisten. Denn es sei nie auszuschließen, dass einem Unternehmen aus bestimmten Gründen, die verfassungsrechtlich relevant sind, die Einhaltung der Mindestquote unmöglich sei (BT-Dr. 17/11270, S. 35).
- (22) Dagegen geht der vorliegende Regierungsentwurf nicht auf die damit aufgeworfene Frage ein, warum diese Möglichkeit nicht mehr bestehen soll. In den vergangenen Jahren hat sich die tatsächliche Situation jedenfalls nicht so entwickelt, dass sicher davon auszugehen ist, dass ausreichend qualifizierte Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts tatsächlich zur Verfügung stehen. In dieser Situation ist die Aufnahme einer entsprechenden Ausnahmeklausel verfassungsrechtlich geboten, weil nur so die Verfassungsmäßigkeit der geplanten fixen Quotenregelung sichergestellt werden kann.
- (23) Dieser Weg verdient auch aus folgenden Gründen den Vorzug: Erweist sich die Befürchtung fehlender Verfügbarkeit als unbegründet, weil genügend ausreichend qualifizierte Frauen tatsächlich zur Verfügung stehen, geht die Ausnahmeregelung ins Leere und lässt die Wirksamkeit der Quotenregelung unberührt. Sollte dagegen tatsächlich eine unzureichende Verfügbarkeit eintreten, ist die Ausnahmeregelung ein rechtliches Netz, das die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes gewährleistet. Sie ist somit auch aus Sicht der Gegner einer solchen Klausel das geringe Übel gegenüber der sonst eintretenden Nichtigkeit der Regelung der fixen Quote.
- (24) Die Einwände gegen eine Ausnahmeklausel für diese Fälle sind daher wohl vor allem *rechtspolitischer Natur*. Es wird befürchtet, dass die Klausel dazu benutzt wird, um die fixe Quote aufzuweichen und die „Gläserne Decke“ weiter aufrechtzuerhalten. Selbst wenn diese Bedenken zuträfen, was hier nicht beurteilt werden kann und soll, sprechen sie nicht gegen eine Ausnahmeklausel, sondern zwingen nur dazu, diese missbrauchsresistent auszugestalten. Hierfür gibt es verschiedene rechtliche Ansatzpunkte. So müssen der Gesetzgeber und das betroffene Unternehmen die objektiven Kriterien für die Auswahlentscheidung vorab transparent festlegen. Ihre

Einhaltung und das Vorliegen einer Ausnahmesituation muss behördlich überprüfbar und auf Antrag des unterlegenen Bewerbers gerichtlich kontrollierbar sein.

- (25) Vor allem sollte die Eignungsfeststellung nicht nur für den unterlegenen, sondern auch für den erfolgreichen Kandidaten für ein Aufsichtsratsmandat gelten. Insoweit ist es in praxi üblich, dass sich aufgrund einer sog. short list mehrere Kandidaten um ein Mandat gegenüber stehen. Für das Eingreifen der Ausnahmeklausel reicht es nicht aus nachzuweisen, dass der unterlegene Kandidat nicht die erforderliche Eignung besitzt. Vielmehr muss auch positiv nachgewiesen werden, dass der erfolgreiche Kandidat den festgelegten Anforderungen genügt. Bei dieser Ausgestaltung legt die Klausel Bewerberinnen keine einseitige Rechtfertigungslast hinsichtlich ihrer Qualifikation auf, sondern fordert dies geschlechtsunabhängig von jedem erfolgreichen Kandidaten. Eine solche geschlechterunabhängige Evaluation der Qualifikation liegt letztlich im Interesse aller Beteiligten.
- dd) Unverhältnismäßige Sanktionierung eines Verstoßes gegen die fixe Geschlechterquote im Falle einer Blockwahl
- (26) Nach § 96 Abs. 2 Satz 6 AktG-E ist die Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrats durch die Hauptversammlung und eine Entsendung in den Aufsichtsrat unter Verstoß gegen das Mindestanteilsgebot nichtig. Die Wahl oder Entsendung ist somit von Anfang an ohne Rechtswirkung, und zwar unabhängig davon, ob eine Nichtigkeitsklage erhoben oder die Nichtigkeit „auf andere Weise“ (§ 250 Absatz 3 Satz 3 AktG) geltend gemacht.
- (27) Bei der Einzelwahl bleibt das quotenwidrig besetzte Mandat rechtlich unbesetzt („leerer Stuhl“). Das betrifft nach der Begründung des RegE den Wahlbeschluss, der in der chronologischen Abfolge als erster das Mindestanteilsgebot verletzt. Darüber hinaus sind gegebenenfalls auch die folgenden unter Verletzung der Mindestquote beschlossenen Wahlen nichtig (BT-Dr. 18/3784, S. 128). Dieses Verfahren gewährleistet zwar einerseits eine gewisse Rechtssicherheit, andererseits hängt die mögliche Betroffenheit aber von der Zufälligkeit der Reihenfolge der Wahlen ab.
- (28) Darüber soll bei einer Blockwahl die gesamte Wahl hinsichtlich des überrepräsentierten Geschlechts nichtig sein, wenn sie nicht zur Erfüllung der Mindestquote führt. Dagegen ist der dem unterrepräsentierten Geschlecht angehörige Kandidat wirksam gewählt, auch wenn er oder mehrere noch nicht zum Erreichen der gesetzmäßigen Quote führen (BT-Dr. 18/3784, S. 128). Die Wahlentscheidung der fehlerhaft abstimmenden Aktionäre ist daher nicht nur hinsichtlich aller gewählten Kandidaten unwirksam, sondern die Folgen der fehlerhaften Abstimmung werden dadurch zusätzlich verschärft, dass die dem unterrepräsentierten Geschlecht angehörigen Kandidaten wirksam gewählt sind. Die betroffenen Anteilseigner verlieren nicht nur den Einfluss auf die Mandatsvergabe, sondern sehen sich gegebenenfalls einem Aufsichtsrat gegenüber, dessen Besetzung allein durch die – mögliche – Minderheit der ohne Quotenverstoß abstimmenden Aktionäre bestimmt

wird. Das ist eine unzumutbare Aushöhlung der eigentumsrechtlichen Befugnisse der Aktionäre bei der Besetzung der Anteilseignerbank im Aufsichtsrat, die verfassungsrechtlich unzulässig ist.

2. *Diskriminierung unterlegener Mitbewerber nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG*

- (29) Die in § 96 Abs. 2 und 3 AktG-E vorgesehene feste Geschlechterquote kann zudem das verfassungsrechtliche Verbot einer Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG beeinträchtigen. Dazu kommt es beispielsweise dann, wenn eine Bewerberin um ein Aufsichtsratsmandat den Vorzug erhält, weil nur so die gesetzliche Mindestquote für das weibliche Geschlecht erfüllt werden kann, obwohl ein Mitbewerber für das Mandat besser qualifiziert ist.
- (30) Diese Zuwiderhandlung gegen den Verbotstatbestand des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG kann nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts zwar durch den Verfassungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG legitimiert sein. Danach ist eine Besserstellung des unterrepräsentierten Geschlechts jedenfalls für einen Übergangszeitraum zulässig, wenn nur so die gebotene Gleichbehandlung in der Lebenswirklichkeit herbeigeführt werden kann. Das gilt aber nur dann, wenn dabei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet wird. Dies ist aus genannten Gründen jedenfalls so lange nicht sichergestellt, wie eine Ausnahmeregelung für die Fälle fehlt, in denen ausreichend qualifizierte Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts für die zu besetzenden Aufsichtsratsmandate tatsächlich nicht zur Verfügung stehen.
- (31) Die vorliegende Fassung des § 96 AktG-E gewährleistet daher nicht, dass es zu keiner Verletzung des Verbots des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG kommt.

IV. Vereinbarkeit der geplanten flexiblen Quote mit dem Grundgesetz

1. *Notwendigkeit der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung*

- (32) Für die verfassungsrechtliche Beurteilung der flexiblen Geschlechterquote ist zunächst entscheidend, ob § 76 Abs. 4 und § 111 Abs. 5 AktG-E einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedürfen und gegebenenfalls welche Anforderungen hierfür gelten. Das hängt davon ab, ob diese Regelungen einen Grundrechtseingriff darstellen oder aus sonstigen Gründen wesentlich im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind (s. auch §§ 36 und 52 GmbHG-E).
- (33) Die gesetzliche Verpflichtung des Aufsichtsrats, Zielgrößen für die Erhöhung des Frauenanteils in diesem Gremium und im Vorstand festzulegen (§ 111 Abs. 5 AktG-E), berührt das Eigentumsrecht der betroffenen Unternehmen. Gleiches gilt für die Verpflichtung des Vorstandes, Zielgrößen für die Erhöhung des Frauenanteils in den beiden unterhalb des Vorstandes liegenden Führungsebenen festzulegen (§ 76 Abs. 4 AktG-E).

- (34) Die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG schützt nicht nur das Anteilseigentum an einem Unternehmen, sondern gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auch das Unternehmen selbst. Sie gewährleistet ihm u. a. das Recht, seine innere Organisation selbst zu regeln. Die Unternehmensorgane werden in ihrer gesetzlich ausgestalteten Entscheidungsfreiheit durch Art. 14 GG geschützt. Die Entscheidungsfreiheit des Aufsichtsrats bei der Bestellung des Vorstandes und die Entscheidungsfreiheit des Vorstandes bei der Auswahl des Personals für die beiden unterhalb des Vorstandes liegenden Führungsebenen gehören nach den gesetzlichen Bestimmungen zum jeweiligen Kernbereich der Aufgaben von Aufsichtsrat und Vorstand (vgl. § 76 Abs. 1 und § 84 Abs. 1 AktG). Sie sind von den Gewährleistungen des Art. 14 GG für das Unternehmen und seiner Anteilseigner, sofern sie im Aufsichtsrat oder Vorstand mitwirken, mitumfasst.
- (35) Die gesetzlichen Regelungen einer flexiblen Geschlechterquote in § 76 Abs. 4 und § 111 Abs. 5 AktG-E stellen einen rechtlichen Eingriff in diese Grundrechtsgewährleistungen dar. Zwar überlassen sie es den zuständigen Unternehmensorganen (Aufsichtsrat und Vorstand), die Zielgrößen für die Erhöhung des Frauenanteils in den Führungsgremien festzulegen. Diese Gestaltungsfreiheit darf aber nicht mit Freiwilligkeit gleichgesetzt werden. Denn die gesetzlichen Bestimmungen schreiben zwingend vor, *dass* eine Frauenquote für die genannten Gremien und Stellen festgelegt werden muss, *bis wann* dies geschehen muss (erstmalig bis spätestens 30. Juni 2015) und dass bei Zielgrößen unter 30 Prozent der tatsächlich erreichte Frauenanteil durch die Festlegung nicht unterschritten werden darf. Eine Verletzung dieser Pflicht kann eine Haftung der Vorstandsmitglieder (§ 93 Abs. 2 Satz 1 AktG) und der Aufsichtsratsmitglieder (§ 116 AktG) nach sich ziehen (vgl. die Begr. des RegE, BT-Dr. 18/3784, S. 129).
- (36) Abweichungen von den selbst gesetzten Festlegungen sind zwar unerwünscht, aber grundsätzlich möglich. Diese Flexibilisierung stellt indes den Eingriffscharakter der Regelungen und die daraus resultierende Notwendigkeit einer Rechtfertigung der Beeinträchtigung in Art. 14 GG nicht in Frage. Allerdings führt sie zu einer Abschwächung der Intensität des Eingriffs und damit zu einer Reduzierung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an seine Rechtfertigung. Da grundrechtsdogmatisch eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums i. S. v. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG vorliegt, ist dieser Aspekt bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit Rechnung zu berücksichtigen.

2. Verfassungs- und Zweckmäßigkeit der flexiblen Geschlechterquote

a) In Bezug auf die erfassten Unternehmen

- (37) Die flexible Geschlechterquote betrifft deutlich mehr Unternehmen (ca. 3500) als die fixe Geschlechterquote, weil es ausreicht, dass ein Unternehmen entweder börsennotiert oder mitbestimmt ist. Ein solches Unternehmen trägt aus oben genannten Gründen grundsätzlich eine besondere wirtschaftliche und

gesellschaftliche Verantwortung für die Umsetzung des Gleichbehandlungsauftrages aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG. Die eigentumsrechtlichen Gewährleistungen aus Art. 14 GG unterliegen daher einer stärkeren Sozialbindung, die weitergehende gesetzliche Beschränkungen zulässt. Allerdings ist diese Verantwortung für Unternehmen, die allein der Mitbestimmung nach dem Drittelbeteiligungsgesetz unterfallen, schwächer ausgeprägt, da dieses Gesetz und somit die flexible Quote bereits dann Geltung beanspruchen, wenn das Unternehmen in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 DrittelbG).

- (38) Für Unternehmen, die entweder börsennotiert oder nach dem Mitbestimmungsgesetz, dem Montan-Mitbestimmungsgesetz oder dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz paritätisch mitbestimmt sind, greift die flexible Quote für die Besetzung des Aufsichtsrats und des Vorstands grundsätzlich nicht unzumutbar in die Entscheidungsfreiheit des Aufsichtsrats ein. Denn er kann bei der Festlegung der Zielgrößen die Qualifizierung und die tatsächliche Verfügbarkeit von Frauen angemessen berücksichtigen. Außerdem sind im Falle einer Fehleinschätzung Abweichungen von der festgelegten Zielgröße grundsätzlich möglich, sofern dies entsprechend begründet und die Öffentlichkeit darüber transparent informiert wird.
- (39) Dagegen kann für Unternehmen, die nur dem Drittelbeteiligungsgesetz unterliegen, die Erfüllung der mit der flexiblen Geschlechterquote verbundenen Ermittlungs-, Berichts- und Informationspflichten einen nicht unerheblichen Aufwand verursachen. Das gilt insbesondere dann, wenn sie hierfür nicht über die notwendigen personellen Kapazitäten verfügen und deshalb die Erfüllung der Aufgabe auf Dritte übertragen müssen. Der erhöhten Intensität des Eingriffs stehen eine geringe Verantwortung im Rahmen des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG gegenüber (vgl. oben Tz. 37).
- (40) Hinzu kommt, dass der Vorstand bei diesen Unternehmen häufig nur aus zwei Personen besteht. Das führt zu Schwierigkeiten bei der Festlegung der Zielgröße für dieses Gremium, weil die Quote dann nur bei 0 Prozent, 50 oder 100 Prozent liegen kann. Die Festlegung auf ein weibliches Vorstandsmitglied hat daher größere Auswirkungen als bei großen Unternehmen mit einer breiteren Vorstandsbank. Das erhöht die Gefahr, dass die Festlegung nicht dauerhaft erreicht werden kann. Der Gesetzgeber sollte diese besonderen Belastungen sorgfältig mit dem Nutzen infolge des weiter gefassten Adressatenkreises abwägen. Dabei könnte es zweckmäßig sein, Unternehmen, die nur dem Drittelbeteiligungsgesetz unterfallen, von der flexiblen Geschlechterquote auszunehmen oder diese für sie jedenfalls erst zu einem späteren Zeitpunkt einzuführen, nachdem ausreichend Erfahrungen mit der Quotenregelung für größere Unternehmen gemacht wurden.
- (41) Generelle Bedenken begegnet die in § 76 Abs. 4 AktG-E vorgesehene Festlegung der Zielgrößen durch den Vorstand für die Erhöhung des Frauenanteils in den beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstandes. Die Einwände zielen insoweit weniger auf die Angemessenheit als auf die Konsistenz, Bestimmbarkeit und praktische Realisierbarkeit der geforderten Festlegung von Zielgrößen ab.

- (42) Sie betreffen in besonderem Maße Unternehmen, für die das Drittelbeteiligungsgesetz gilt. Denn dieses Gesetz kann schon unter 500 regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmern eingreifen, wenn die Aktiengesellschaft vor dem 10. August 1994 eingetragen worden und keine Familiengesellschaft ist (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 und 3 DrittelbG). Bei Unternehmen dieser Größe ist es oft schwierig, die relevanten Führungsebenen zu bestimmen. Zudem fehlen verlässliche Zahlen, wie hoch der Frauenanteil auf diesen Ebenen tatsächlich ist. Angesichts der Unsicherheit bei der Bestimmung der betroffenen Führungsebenen dürften schon belastbare Schätzungen erhebliche Schwierigkeiten bereiten.
- (43) Zudem hängt die Reichweite der gesetzlichen Verpflichtung in § 76 Abs. 4 AktG-E zu diesen Festlegungen von den tatsächlich im konkreten Unternehmen eingerichteten Hierarchieebenen unterhalb des Vorstandes ab. Diese Organisationsstruktur ist meist historisch gewachsen und jedenfalls nicht mit Blick auf eine Frauenförderung eingerichtet worden. Unternehmen mit einer flachen Hierarchie werden erheblich stärker von der Quotenregelung betroffen als Unternehmen mit einer ausgeprägten Hierarchie. Sachliche Gründe für diese Differenzierung sind nicht zu erkennen. Im Gegenteil, bei flachen Hierarchien sind die Arbeit in Teams und somit der Gedanke der Diversität oft stärker ausgeprägt als bei strengen, steilen Hierarchien. Daher ist schwer einzusehen, warum Unternehmen mit flachen Hierarchien stärker in die Pflicht genommen werden sollen. Außerdem kann die gesetzliche Quotenregelung durch Umstrukturierung der Führungsebenen unterhalb des Vorstandes unterlaufen werden. Es ist daher zweifelhaft, ob die tatsächlich bestehenden Führungsebenen ein geeignetes Anknüpfungskriterium für die Reichweite der flexiblen Quote sind.
- (44) Neben der großen Zahl der betroffenen Personen ist die hohe Fluktuation, die auf diesen Ebenen üblich ist, ein wesentlicher Kritikpunkt für die Einbeziehung dieser Führungsebenen in die flexible Geschlechterquote. Angesichts des häufigen Wechsels des Personals auf diesen Ebenen ist es für den Vorstand schwierig, ja oft unmöglich, für zwei oder drei Jahre im Voraus festzulegen, wie hoch der künftige Frauenanteil insoweit sein wird. Denn er kann zum Zeitpunkt der Festlegung der Zielgrößen weder wissen noch mit einem Mindestmaß an Verlässlichkeit abschätzen, wann welche Mitarbeiter auf den beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstandes ausscheiden und welche Nachfolger welchen Geschlechts dann zur Verfügung stehen werden. Die Auferlegung einer Verpflichtung, die aus Gründen, die nicht im Verantwortungsbereich des Adressaten liegen, nicht ordnungsgemäß erfüllt werden kann, ist rechtsstaatlich bedenklich und praktisch sinnlos. Auf die Einbeziehung der beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstandes in die flexible Geschlechterquote sollte daher gänzlich verzichtet werden.

Bayreuth, den 16. Februar 2015

Prof. Dr. Kay Windthorst