



**Bayerisches Staatsministerium der Justiz
und für Verbraucherschutz**



**Behörde für Justiz und Gleichstellung der
Freien und Hansestadt Hamburg**



**Hessisches Ministerium der Justiz, für In-
tegration und Europa**



**Ministerium für Justiz und Gleichstellung
des Landes Sachsen-Anhalt**

Bericht der Länderarbeitsgruppe

"Teilhabe von Frauen in Führungs- und Kontrollgremien der Wirtschaft"

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	8
Abschnitt I Die rechtliche und tatsächliche Situation in Deutschland	10
I. Die rechtliche Ausgangssituation in Deutschland.....	10
II. Die tatsächliche Situation in Deutschland	15
1. Der Frauenanteil auf Vorstandsebene.....	16
2. Der Frauenanteil in den Aufsichtsräten	18
3. Der Frauenanteil auf unteren Führungsebenen	21
4. Die Ausbildungssituation	22
5. Ziele und Problembewusstsein der Unternehmen.....	24
III. Fazit.....	26
Abschnitt II Die tatsächliche und rechtliche Situation in Europa	27
I. Die tatsächliche Situation in Europa.....	27
1. Studien zum Frauenanteil in Führungsgremien.....	27
2. Fazit.....	31
II. Die rechtliche Situation in ausgewählten Ländern Europas	31
1. Norwegen	32
a) Organisationsverfassung der Kapitalgesellschaften.....	32
b) Gesetzliche Vorgaben	33
c) Sanktionen.....	34
d) Umsetzung.....	35
2. Island.....	37
a) Organisationsverfassung der Kapitalgesellschaften.....	37
b) Gesetzliche Vorgaben	37
c) Umsetzung.....	38
3. Spanien	38
a) Organisationsverfassung der Kapitalgesellschaften.....	38
b) Gesetzliche Vorgaben	38
c) Sanktionen.....	39
d) Umsetzung.....	40
4. Frankreich.....	41
a) Organisationsverfassung der Kapitalgesellschaften.....	41
b) Historie, gesetzliche Vorgaben und sonstige Maßnahmen	41
c) Sanktionen.....	43
d) Umsetzung.....	44
5. Niederlande	45
a) Organisationsverfassung der Kapitalgesellschaften.....	45
b) Geplante gesetzliche Vorgaben.....	46
c) Geplante Sanktionen	46
d) Geplante Umsetzung.....	46
6. Schweden.....	47

a)	Organisationsverfassung der Kapitalgesellschaften.....	47
b)	Geplante gesetzliche Vorgaben.....	47
c)	Geplante Sanktionen	48
d)	Geplante Umsetzung und weitere Maßnahmen	48
7.	Finnland.....	48
a)	Organisationsverfassung der Kapitalgesellschaften.....	48
b)	Gesetzliche Vorgaben und weitere Maßnahmen.....	48
8.	Belgien.....	49
a)	Organisationsverfassung der Kapitalgesellschaften.....	49
b)	Geplante gesetzliche Vorgaben.....	50
c)	Geplante Umsetzung.....	50
9.	Österreich.....	50
a)	Organisationsverfassung der Kapitalgesellschaften.....	50
b)	Geplante gesetzliche Vorgaben.....	51
10.	Italien.....	51
a)	Organisationsverfassung der Kapitalgesellschaften.....	51
b)	Geplante gesetzliche Vorgaben.....	52
c)	Geplante Sanktionen	52
d)	Geplante Umsetzung.....	52
11.	Großbritannien.....	53
a)	Organisationsverfassung der Kapitalgesellschaften.....	53
b)	Planungen.....	53
12.	Schweiz.....	54
a)	Organisationsverfassung der Kapitalgesellschaften.....	54
b)	Planungen.....	54
13.	Dänemark.....	55
a)	Organisationsverfassung der Kapitalgesellschaften.....	55
b)	Maßnahmen.....	55
III.	Fazit.....	56
Abschnitt III Die Ursachen der geringen Frauenrepräsentanz.....		57
I.	Studien zur Repräsentanz von Frauen in Führungsgremien.....	57
II.	Fazit.....	63
Abschnitt IV Die Bedeutung der Geschlechtervielfalt für die Unternehmen und die Volkswirtschaft.....		65
I.	Bedeutung für die Unternehmen	65
II.	Volkswirtschaftliche Bedeutung.....	71
III.	Fazit.....	72
Abschnitt V Gesetzgebungskompetenz und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen.....		73
I.	Gesetzgebungskompetenz.....	73
II.	Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen.....	73
1.	Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1 GG	75
a)	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Genderquote in Aufsichtsräten	75
b)	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Genderquote in Vorständen.....	91

2.	Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG	92
a)	Schutzbereich und Eingriff.....	92
b)	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	93
3.	Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 1 und Abs. 3 GG	94
4.	Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 3 GG	95
a)	Träger des Grundrechts.....	96
b)	Geltung im Privatrechtsverkehr, Bindung des Gesetzgebers.....	96
c)	Inhalt des Art. 3 Abs. 3 GG und Verhältnis zu Art. 3 Abs. 2 GG.....	96
d)	Abwägung der Verfassungspositionen	98
5.	Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG	107
III.	Fazit und Alternativen.....	108

Abschnitt VI Europarechtliche Rahmenbedingungen und Initiativen auf Unionsebene 110

I.	Entwicklung der europarechtlichen Rahmenbedingungen für das Gebot der Gleichbehandlung der Geschlechter.....	110
1.	Die Normentwicklung nach Abschluss der Römischen Verträge	110
2.	Die Entwicklung nach Abschluss des Vertrags von Amsterdam	112
3.	Der Vertrag von Lissabon.....	113
II.	Initiativen und Stand der Befassung auf europäischer Ebene.....	114
1.	Europäisches Parlament (EP)	115
2.	Europäische Kommission	116
3.	Rat der Europäischen Union	119
4.	Europäischer Rat.....	120
III.	Vereinbarkeit von gesetzlichen Regelungen zur Einführung einer Mindestbeteiligungsquote für beide Geschlechter in der Privatwirtschaft mit europäischem Recht	121
1.	Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen.....	121
a)	Anwendungsbereich	121
b)	Diskriminierung wegen des Geschlechts.....	122
c)	Ausnahmeregelungen des Art. 14 Abs. 2	123
d)	Ausnahmeregelung des Art. 3	124
e)	Ergebnis zur Vereinbarkeit mit RL 2006/54/EG.....	140
2.	Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt.....	141
3.	Grundrechte-Charta, Art. 157 Abs. 4 AEUV	142
4.	Grundfreiheiten.....	144
a)	Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV)	144
b)	Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 ff. AEUV)	147
c)	Zwischenergebnis.....	148
5.	Fazit.....	148

Abschnitt VII Möglicher Anwendungsbereich 150

I.	Die oberste Führungs- und Kontrollebene.....	150
II.	Börsennotierte und sonstige Unternehmen.....	151
1.	Anknüpfung an die Börsennotierung	151
2.	Kritik und Alternativen.....	152
a)	Anknüpfung an die Mitbestimmung	152

b)	Anknüpfung an Bilanzsumme oder Umsatz.....	156
III.	Gesellschaftsformen.....	156
1.	Aktiengesellschaften.....	157
2.	Kommanditgesellschaften auf Aktien (KGaA)	158
3.	Gesellschaften mit beschränkter Haftung.....	159
4.	Eingetragene Genossenschaften	159
5.	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit.....	160
6.	Personengesellschaften	161
7.	Societates Europaeae	161
8.	Gesellschaften im Geltungsbereich des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung.....	165
9.	Europäische Genossenschaften.....	166
10.	Familiengesellschaften	166
IV.	Unternehmen der öffentlichen Hand.....	168
V.	Fazit:.....	168
Abschnitt VIII Mögliche Ausgestaltung einer Geschlechterquote.....		169
I.	Getrennte Quote für Führungs- und Kontrollgremien	169
II.	Geschlechterneutrale Mindestquote.....	169
III.	Bezugsgröße	170
IV.	Gesamtquote bzw. getrennte Quoten für Anteilseigner- und Arbeitnehmervertreter	171
1.	Einheitliche oder getrennte Quote	171
2.	Ausgestaltung einer gesonderten Quotierung auf Arbeitnehmerseite.....	173
V.	Bestellung des Vorstands.....	176
VI.	Bestellung des Aufsichtsrats	176
1.	Wahl mehrerer Mitglieder in der Hauptversammlung	177
2.	Benennung von Ersatzmitgliedern.....	178
3.	Ausscheiden einzelner Mitglieder.....	179
4.	Entsendung	180
VII.	Ausnahme- und Härtefallregelungen.....	184
1.	Branchenspezifische Ausnahmeregelungen	184
2.	Ausnahme geschlechterlastiger Unternehmen.....	185
3.	Härtefallklausel.....	186
VIII.	Sollvorschrift.....	190
IX.	Verpflichtung zur Selbstverpflichtung (Flexiquote)	191
X.	Quotenhöhe.....	192
XI.	Verortung einer Quotenbestimmung	199
XII.	Zeitraumen und Übergangsfristen.....	200
XIII.	Fazit.....	201

Abschnitt IX Mögliche Sanktionen	202
I. Offenlegungs- und Berichtspflicht.....	202
1. Eignung	203
2. Ausgestaltung einer Regelung	203
3. Bewertung	205
II. Unwirksamkeit der Bestellung von Aufsichtsrats- oder Vorstandsmitgliedern.....	205
1. Eignung	205
2. Ausgestaltung der Sanktion für den Aufsichtsrat.....	206
3. Nichtigkeit der Bestellung des Vorstandes	208
4. Gerichtliche Bestellung von Ersatzmitgliedern	209
5. Bewertung	210
III. Missbilligungsbeschluss der Hauptversammlung.....	211
1. Eignung	211
2. Ausgestaltung einer Regelung	211
3. Bewertung	212
IV. Haftung des Vorstandes und des Aufsichtsrats.....	212
1. Eignung	212
2. Mögliche Rechtsgrundlagen einer Haftung	213
3. Bewertung	214
V. Verlust der Börsennotierung oder Auflösung der Gesellschaft.....	214
1. Eignung	214
2. Ausgestaltung.....	214
3. Bewertung	215
VI. Steuerrechtliche Sanktionen.....	216
1. Eignung	216
2. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit	217
3. Ausgestaltung.....	218
4. Bewertung	219
VII. Verhängung einer Geldbuße	219
1. Eignung	219
2. Adressat eines Bußgelds.....	219
3. Verfassungsrechtliche Bewertung	221
4. Umsetzung	222
5. Bewertung	223
VIII. Steuerung durch Vergabe öffentlicher Aufträge	223
1. Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich	223
2. Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich.....	226
3. Bewertung	229
IX. Fazit.....	229
Abschnitt X Sonstige (begleitende) Maßnahmen.....	231

Anlagen

1. Teilnehmerliste des Experten-Hearings am 12. April 2011 in Berlin

2. Gegenwärtige Ist-Situation zur Frage der Präsenz von Frauen in Führungspositionen, die seitens der öffentlichen Hand vergeben werden, in den einzelnen Bundesländern - Bundes- und landesweite Evaluierung im öffentlichen Bereich

3. Abweichende Wertung Hessens zu den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen

Einleitung

Die 81. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister am 23. und 24. Juni 2010 in Hamburg hat die Länder Bayern, Hamburg, Hessen und Sachsen-Anhalt gebeten, bis zur Frühjahrskonferenz 2011 die Notwendigkeit und Möglichkeit gesetzlicher Regelungen zur Einführung einer Mindestbeteiligungsquote für beide Geschlechter in Führungspositionen der Wirtschaft näher zu untersuchen. Bayern hat den Vorsitz in der Länderarbeitsgruppe übernommen. Der Herbstkonferenz der Justizministerinnen und Justizminister wurde ein Zwischenbericht vorgelegt. Die Konferenz hat diesen Zwischenbericht zur Kenntnis genommen und die Arbeitsgruppe gebeten, zur Frühjahrskonferenz 2011 einen Abschlussbericht vorzulegen.

Die Arbeitsgruppe legt nunmehr in Form einer gutachtlichen Stellungnahme einen umfassenden Bericht über die Ergebnisse ihrer Tätigkeit vor. Die Arbeitsgruppe hat sich insbesondere mit den tatsächlichen Verhältnissen in Deutschland und Europa und den jeweils geltenden Rechtsgrundlagen befasst (Abschnitte I und II). Das Land Hessen hat in diesem Zusammenhang eine bundesweite Evaluierung über die Präsenz von Frauen in Führungspositionen wirtschaftlicher Unternehmen, die seitens der Länder vergeben werden, durchgeführt (Anlage 2). Kurz beleuchtet wurden die Ursachen der geringen Frauenrepräsentanz (Abschnitt III) und die betriebswirtschaftliche sowie die volkswirtschaftliche Bedeutung der Geschlechtervielfalt für die Führungs- und Kontrollgremien der Wirtschaft (Abschnitt IV). Detailliert untersucht hat die Arbeitsgruppe die verfassungsrechtlichen Vorgaben (Abschnitt V) sowie die europarechtlichen Rahmenbedingungen und die bisherigen Initiativen der Europäischen Union (Abschnitt VI). Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Bewertung ist es nicht gelungen, eine einvernehmliche Stellungnahme zu erarbeiten. Das Land Hessen legt insoweit ein abweichendes Votum vor (Anlage 3). Beschäftigt hat sich die Arbeitsgruppe auch mit der Frage, welche Unternehmen dem Anwendungsbereich einer gesetzlichen Regelung unterfallen könnten (Abschnitt VII), welche Ausnahmen geschaffen werden müssten und in welcher Weise eine Regelung ausgestaltet werden könnte (Abschnitt VIII). Auch mögliche Sanktionen wurden in den Fokus genommen (Abschnitt IX). Unabhängig von der Frage, ob es zu einer gesetzlichen Regelung kommen wird oder nicht und wie eine solche gegebenenfalls ausgestaltet sein sollte, ist die Arbeitsgruppe der Meinung, dass weitere Maßnahmen erforderlich sind, um das Ziel einer gleichberechtigten Teilhabe von Frauen im Wirtschaftsleben auf allen Ebenen zu erreichen (Abschnitt X).

Die Länderarbeitsgruppe ist insgesamt siebenmal zusammengekommen¹ und hat auch externen Sachverstand zugezogen. Die Arbeitsebene hat sich Informationen durch einen Vortrag und eine Diskussion mit Frau Privatdozentin Dr. Elke Holst vom Deutschen Institut für Wirtschaftsforschung beschafft. Auf Ministeriebene wurde ein Hearing mit Sachverständigen aus Wirtschaft, Wissenschaft und Politik durchgeführt. Auf die Liste der angehörten Sachverständigen (Anhang 1) wird Bezug genommen.

Soweit sich der Bericht mit justizfremden Themen befasst, beispielsweise mit Fragen der unternehmerischen Mitbestimmung oder mit steuerlichen Problemstellungen, ist darauf hinzuweisen, dass keine Einbindung der insoweit zuständigen Ressorts erfolgt ist, die Ausführungen daher unter dem Vorbehalt der fachspezifischen Prüfung und Bewertung stehen.

¹ An den Sitzungen der Arbeitsgruppe hat auch Frau Kathrin Brandt, wissenschaftliche Assistentin des Lehrstuhls von Prof. Dr. Gerald Spindler, Universität Göttingen, teilgenommen, die zu der Thematik promoviert. Sie war der Arbeitsgruppe insbesondere bei der Beschaffung von Material behilflich.

Abschnitt I

Die rechtliche und tatsächliche Situation in Deutschland

I. Die rechtliche Ausgangssituation in Deutschland¹

Im Gesellschaftsrecht und auch im Recht der unternehmerischen Mitbestimmung gibt es keine verbindlichen Regelungen über geschlechtsspezifische Gremienbesetzungen - anders als im Bereich der betrieblichen Mitbestimmung, wo § 15 Abs. 2 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)² zwingend vorschreibt, dass das Geschlecht, das in der Belegschaft in der Minderheit ist, mindestens entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis im Betriebsrat vertreten sein muss, wenn dieser aus mindestens drei Mitgliedern besteht.

Eine nicht zwingende gesetzliche Regelung zur geschlechtsspezifischen Besetzung von Führungs- bzw. Kontrollgremien auf Bundesebene findet sich im Mitbestimmungsrecht in § 4 Abs. 4 Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG)³, wonach im Aufsichtsrat der Unternehmen, die der Mitbestimmung nach diesem Gesetz unterliegen, Frauen und Männer entsprechend ihrem zahlenmäßigen Verhältnis im Unternehmen vertreten sein sollen. Diese Sollvorschrift zielt darauf ab, das tatsächliche Verhältnis der Geschlechter im Unternehmen ohne Berücksichtigung von Schwellenwerten im Aufsichtsrat widerzuspiegeln⁴. Eine ähnliche Regelung findet sich im SE-Beteiligungsgesetz (SEBG): Sofern die gesetzliche Mitbestimmung nach §§ 22, 35 ff. gilt, verweist § 36 Abs. 3 Satz 2 hinsichtlich der Verteilung der Sitze im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan auf die geschlechterspezifische Sollbestimmung entsprechend dem zahlenmäßigen Verhältnis in § 6 Abs. 2 Satz 2⁵. Entsprechendes gilt im Anwendungsbereich des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Gesellschaften (MgVG): Sofern die gesetzliche Mitbestimmung nach

¹ Dargestellt wird hier nur die rechtliche Situation auf Bundesebene, Vorschriften auf Landesebene, etwa in Gleichstellungsgesetzen, bleiben unberücksichtigt.

² Nach einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 16.3.2005 (NZA 2005, 1252) ist die Vorschrift mit dem Grundgesetz vereinbar, s. dazu auch die Ausführungen im Abschnitt V.

³ Mit den Mitbestimmungsregelungen des DrittelbG vom 18.5.2004 (BGBl I, 974) wurden die Regelungen des BetrVG 1952 abgelöst.

⁴ BT-Drs. 10/04, S. 24.

⁵ Die Sollbestimmung des § 6 Abs. 2 Satz 2 SEBG sieht hinsichtlich der Zusammensetzung des besonderen Verhandlungsgremiums, dessen Aufgabe der Abschluss einer Vereinbarung über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer ist, eine Zusammensetzung nach dem Repräsentationsprinzip vor.

§§ 23 ff. greift, sieht § 25 Abs. 3 Satz 2 über die Verweisung auf § 8 Abs. 2 Satz 2⁶ eine Sollbestimmung für die Verteilung der Sitze im Aufsichts- bzw. Verwaltungsorgan vor.

Eine weitere Vorschrift auf Bundesebene enthält § 1 Bundesgremiengesetz. Im Geltungsbereich dieses Gesetzes ist danach auf eine gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern in Gremien, zu denen auch Vorstände und Verwaltungsräte zählen, hinzuwirken. Vorgesehen ist in § 4 Abs. 1 insbesondere eine Doppelbenennungspflicht⁷.

Im Übrigen existieren auf Bundesebene keine Bestimmungen über die Beteiligung der beiden Geschlechter in Führungs- oder Kontrollgremien. Lediglich für die Zusammensetzung von Wahlgremien und -vorständen gibt es Sollvorschriften betreffend die Geschlechterproportionalität, regelmäßig entsprechend dem tatsächlichen Verhältnis der Geschlechter im Betrieb⁸.

Zu erwähnen ist noch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), das darauf abzielt, Benachteiligungen von Beschäftigten auch aufgrund des Geschlechts zu verhindern oder zu beseitigen (§ 1); § 6 Abs. 3 AGG eröffnet auch Organmitgliedern einen eingeschränkten Schutz durch die Vorschriften dieses Gesetzes⁹. Auch in zahlreichen Ländern gibt es Gleichstellungsgesetze, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann.

Seit dem 2. Juli 2010 gelten die Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) in einer Neufassung vom 26. Mai 2010¹⁰, eine angemessene Berücksichtigung von Frauen ist nunmehr vorgesehen. In der Vorgängerfassung des Kodex, die seit dem 18. Juni 2009 galt, war ohne weitere Spezifizierung vorgesehen gewesen, dass bei der Zusammensetzung von Vorstand und Aufsichtsrat auf Vielfalt (Diversity) geachtet werden solle; vor dem Jahr 2009 war das Thema Vielfalt im DCGK noch nicht thematisiert worden. Der DCGK gilt nach der Regelung in seiner Präambel nur für börsennotierte Unternehmen, nicht börsennotierten Unternehmen wird die Beachtung des Kodex nur emp-

⁶ Die Sollbestimmung des § 8 Abs. 2 Satz 2 MgVG entspricht der Regelung in § 6 Abs. 2 Satz 2 SEBG.

⁷ Im Fünften Bericht der Bundesregierung über den Anteil von Frauen in wesentlichen Gremien im Einflussbereich des Bundes wird festgestellt, dass sich dieses Doppelbenennungsverfahren nicht bewährt habe, vgl. BT-Drs. 17/4308, S. 37 ff.

⁸ Vgl. insbesondere § 4 Satz 2 Erste Wahlordnung zum Mitbestimmungsgesetz, § 3 Abs. 3 Satz 2 Zweite Wahlordnung zum Mitbestimmungsgesetz, § 3 Abs. 3 Satz 2 Dritte Wahlordnung zum Mitbestimmungsgesetz, § 2 Abs. 3 Satz 2 Wahlordnung zum Mitbestimmungsergänzungsgesetz, § 2 Abs. 2 Satz 5 Wahlordnung zum DrittelbG

⁹ Vgl. zur Bedeutung des Gesetzes für Organmitglieder z. B. Eßer, NZG 2007, 321.

¹⁰ Abrufbar unter <http://www.corporate-governance-code.de/ger/kodex/5.html>.

fohlen, die Durchdringungstiefe in alle Bereiche ist wohl nicht zufriedenstellend¹¹. Der DCGK ist weder ein formelles Gesetz noch eine autonome Satzung¹², rechtliche Relevanz als „soft law“ erhält er nur über § 161 AktG¹³. Börsennotierte Gesellschaften haben nach § 161 des Aktiengesetzes jährlich zu erklären, dass den Empfehlungen entsprochen wird bzw. aus welchen Gründen bestimmte Empfehlungen nicht angewendet werden¹⁴. Ein Verstoß gegen die Empfehlungen des DCGK oder gegen § 161 AktG berühren die Wirksamkeit der Verträge mit Vorstandsmitgliedern oder Führungskräften nicht. Auch die Beschlüsse des Aufsichtsrats bzw. der Hauptversammlung über die Bestellung der Vorstands- bzw. die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder sind weder nichtig noch anfechtbar¹⁵.

In der Neufassung des DCGK ist in Ziff. 4.1.5 bestimmt, dass der Vorstand bei der Besetzung von Führungspositionen im Unternehmen auf Vielfalt (Diversity)¹⁶ achten und insbesondere eine angemessene Berücksichtigung von Frauen anstreben solle. Bei der Besetzung des Vorstands soll der Aufsichtsrat ebenfalls auf Vielfalt achten und eine „angemessene Berücksichtigung von Frauen anstreben“ (Ziff. 5.2.1). In Ziff. 5.4.1 Satz 2 ist geregelt, dass der Aufsichtsrat für seine Zusammensetzung „konkrete Ziele“ benennen und dabei „Vielfalt (Diversity)“ berücksichtigen soll. Satz 3 bestimmt, dass diese konkreten Ziele, insbesondere eine „angemessene Beteiligung von Frauen“, vorsehen sollen. Die Bestimmungen des DCGK zielen nicht auf den Schutz vor Ungleichbehandlung und sind keine Aufforderung zu positiven Maßnahmen, um die Gleichbehandlung von Frauen zu verbessern; die Einbeziehung der Vielfalt als Kriterium für die Personalauswahl soll primär dem Unternehmensinteresse dienen; die Präzisierung der Vielfalt entsprechend dem konkreten Unternehmensinteresse obliegt dem zuständigen Unternehmensorgan, das insoweit einen erheblichen Gestaltungsspielraum hat¹⁷.

Auch diese neuen Formulierungen des Kodex sind weich¹⁸; die Vagheit der Formulierungen „steht im Kontrast zum Empfehlungscharakter dieser Regelung“¹⁹. Anhand welcher

¹¹ So ausdrücklich die Bundesarbeitsministerin im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung. Auch nach der Auffassung von Wieland ist die öffentliche Wirksamkeit des Kodex überschaubar.

¹² Schubert/Jacobsen, WM 2011, 726/727 m.w.N.

¹³ Ein Verstoß gegen Kodexempfehlungen begründet beispielsweise keinen Gesetzes- oder Satzungsverstoß im Sinne von § 251 AktG.

¹⁴ Nach herrschender Meinung ist bei einer relevanten Veränderung der Umstände während des Jahres eine Aktualisierung vorzunehmen, vgl. BGH, NZG 2009, 342.

¹⁵ Ausführlich und detailliert zu den Rechtsfolgen Schubert/Jacobsen, WM 2011, 726/730 ff.

¹⁶ Der Begriff der Vielfalt, der synonym mit dem englischen Begriff Diversity verwendet wird, ist den Sozial- und Wirtschaftswissenschaften entnommen: Er ist positiv im Sinne von Facettenreichtum zu verstehen und stuft die Vielschichtigkeit als synergetischen Nutzen ein, vgl. Schubert/Jacobsen, WM 2011, 726/727 m.w.N.

¹⁷ Schubert/Jacobsen, WM 2011, 726/728 m.w.N.

¹⁸ So ausdrücklich die Bundesarbeitsministerin im Rahmen der Sachverständigenanhörung.

¹⁹ Schubert/Jacobsen, WM 2011, 726/727.

Kriterien sich die Angemessenheit beurteilen soll, wird nicht vorgegeben oder erläutert; Regelungen über die Nachprüfung oder Beurteilung der Angemessenheit sind nicht vorgesehen²⁰. Damit bleibt unbestimmt, was unter einer angemessenen Beteiligung von Frauen zu verstehen ist. In der Literatur gehen die Auffassungen auseinander, in welcher Weise die Empfehlungen umgesetzt werden müssen²¹. Beispielsweise wird die Auffassung vertreten, die Einhaltung der Empfehlungen bedeute lediglich, dass der Aspekt der Diversity in die jeweiligen Überlegungen mit einfließen müsse²². Insbesondere hinsichtlich der Empfehlungen betreffend den Vorstand und die Führungspositionen, die schwächer formuliert sind, geht die wohl herrschende Meinung davon aus, dass die Benennung konkreter Zielvorgaben nicht erforderlich sei und die bisherige Praxis bei der Besetzung fortgeführt werden könne²³. Für den Aufsichtsrat meinen einige Literaturstimmen²⁴ dagegen, dass insoweit konkrete Quoten oder Zielvorgaben, etwa in Form von Zahlen, Prozentsätzen oder prozentualen Wachstumsangaben, benannt werden müssten, da das Ziel sonst verfehlt würde. Die Regierungskommission hat die Frage, ob den seit 2010 konkretisierten neuen Zielsetzungen eine Pflicht zur Festlegung von bestimmten Quoten entnommen werden kann, offen gelassen²⁵. Sofern von einer Benennungspflicht ausgegangen wird, ist die Höhe jedenfalls in das Ermessen gestellt; nicht erforderlich ist, dass zeitliche Vorgaben für die Erfüllung gesetzt werden²⁶.

Ein Grund für das Fehlen spezifischer gesetzlicher Vorschriften dürfte in der im Jahr 2001 von der damaligen Bundesregierung mit den Spitzenverbänden der deutschen Wirtschaft getroffenen Vereinbarung zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern in der Privatwirtschaft zu sehen sein²⁷. Festgehalten waren in dieser Vereinbarung verschiedene Zielsetzungen und Maßnahmen. Als ausdrückliches Ziel wurde die allgemeine Erhöhung des Frauenanteils in Führungspositionen aufgenommen. Die Vereinbarung bezieht sich daher auf Führungspositionen in allen Bereichen, also einschließlich der obers-

²⁰ Vgl. hierzu auch Schulz, BB 2010, 2390/2391.

²¹ Nachw. bei Albrecht/Goscinska/Koch-Rust, Die Änderungen im Kodex - „Roadmap to Gender-Diversity?“, S. 53/56, in: Aktionärinnen fordern Gleichberechtigung, 2010, abrufbar unter http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Pdf-Anlagen/Aktion_C3_A4rinnenfordern-Gleichberechtigung.property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf

²² Kocher, BB 2010, 264/265.

²³ Kocher, BB 2010, 264/265; Ringleb/Kremer/Lutter/v.Werder, NZG 2010, 1161/1164; Schubert/Jacobsen, WM 2011 726/730.

²⁴ So etwa Schulz, BB 2010, 2390/2391; Deilmann/Albrecht, AG 2010, 727/730; Langenbucher, DB 2010, 43/44; Schubert/Jacobsen, WM 2011, 726/728.

²⁵ Vgl. hierzu Schulz, BB 2010, 2390/2391 m. w. N.

²⁶ Schulz, a. a. O.

²⁷ Abrufbar unter <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/gleichstellung,did=6408.html>.

ten Ebene²⁸. Man hatte sich darauf verständigt, dass die Bundesregierung keine gesetzlichen Initiativen zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern in der Privatwirtschaft treffen würde, solange die Vereinbarung erfolgreich umgesetzt werde; aufgrund des Abschlusses der Vereinbarung wurde das ursprüngliche Gesetzesvorhaben, die Schaffung eines umfassenden Gleichstellungsgesetzes²⁹, aufgegeben. Die Umsetzung der Vereinbarung sollte alle zwei Jahre kontrolliert werden. In der ersten Bilanz aus dem Jahr 2003³⁰ wurde zum Thema Frauen in Führungspositionen festgehalten, dass vorhandene Untersuchungen und Statistiken nur begrenzt aussagekräftig seien. Die Datenbank des Wirtschaftsinformationsdienstes Hoppenstedt weise im Topmanagement einen Frauenanteil von 8,1 % aus, nach einer europäischen Vergleichsstudie gebe es in Deutschland 5 % Frauen auf der ersten Führungsebene³¹. Als Ergebnis wird - ohne Benennung von Zahlen - ermittelt, dass der Anteil von Frauen in Führungspositionen einem Trend nach oben folge³². Gesetzliche Regelungen könnten wenig ändern und seien kontraproduktiv³³. Die letzte Kontrolle der Umsetzung der Vereinbarung erfolgte in der „3. Bilanz Chancengleichheit - Europa im Blick“ der Bundesregierung aus dem Jahr 2008³⁴. Dort wird zum Thema Frauen in Führungspositionen³⁵ festgestellt, dass der Frauenanteil in den letzten Jahren gestiegen sei, Frauen aber nach wie vor unterrepräsentiert seien. Verwiesen wird u. a. auf die Hoppenstedt-Datenbank, die zeige, dass der Anteil weiblicher Topmanager in größeren deutschen Unternehmen von 2007 auf 2008 zurückgegangen, in den Jahren davor, jedoch gestiegen sei; aussagekräftige konkrete Zahlen insoweit werden nicht genannt. Unter Bezug auf Daten des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung (DIW) wird darauf verwiesen, dass Deutschland bei den breiter definierten Managementpositionen im internationalen Vergleich eine Position im unteren Drittel der Länderrangfolge einnehme. Abschließend wird - ohne das Thema Frauen in Führungspositionen anzusprechen - eine insgesamt positive Bilanz gezogen und konstatiert, dass sich Bundesregierung und Spitzenverbände der deutschen Wirtschaft einig seien, dass weiterhin kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestehe³⁶. Die Vereinbarung aus dem Jahr 2001 wird heute allerdings in Bezug auf die

²⁸ Im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung wurde allerdings immer wieder - allerdings ohne nähere Begründung - erklärt, Vorstands- und Aufsichtsratspositionen seien nicht Gegenstand der damaligen Selbstverpflichtung gewesen, so z.B. von Müller und Wolf.

²⁹ Vgl. zu diesem Gesetzesentwurf Pfarr (Hrsg.), Ein Gesetz zur Gleichstellung der Geschlechter in der Privatwirtschaft, 2001.

³⁰ Abrufbar unter <http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Pdf-Anlagen/bilanz-2003-vereinbarung,property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf> .

³¹ Vgl. S. 21 f.

³² Vgl. S. 37.

³³ Vgl. S. 39.

³⁴ Abrufbar unter

<http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/Service/Publikationen/publikationen,did=111114.html>.

³⁵ Vgl. S. 27 ff.

³⁶ Vgl. S. 74 ff.

Besetzung von Spitzengremien in den großen Unternehmen der Privatwirtschaft als in keiner Weise ausreichend umgesetzt, vielfach sogar als „gescheitert“ angesehen, so ausdrücklich z. B. die von der Arbeitsgruppe angehörte Sachverständige *Holst*³⁷.

Am 30. März 2011 wurde von den DAX 30 Unternehmen³⁸ eine gemeinsame Erklärung zu "Frauen in Führungspositionen" unterzeichnet, in der sich die Unternehmen auch zu einer Intensivierung der Erhöhung ihrer Anstrengungen zu Erhöhung des Frauenanteils in Führungsfunktionen verpflichtet haben; konkrete Ziele und Zeitangaben werden in dieser Erklärung nicht genannt³⁹.

II. Die tatsächliche Situation in Deutschland

Die tatsächliche Beteiligung von Frauen in Führungspositionen und Kontrollgremien ist in Deutschland nach wie vor gering, obgleich ein Anteil von 51 % der Bevölkerung weiblich ist⁴⁰ und in Deutschland ca. 69,8 % der Frauen auf dem Arbeitsmarkt erwerbstätig sind (bei den Männern liegt der Beschäftigungsgrad bei etwa 79,7 %) ⁴¹.

³⁷ Ebenso auch *Holst/Wiemer*, Frauen sind in Spitzengremien der Wirtschaft unterrepräsentiert, ZBW 2010, 692/698; *Holst/Busch*, Führungskräfte Monitor 2010, S. 55; ebenso *Spindler/Brandt*, NZG 2011, 401/403; *Laskowski*, S. 70/83; *Körner*, Frauen in die Aufsichtsräte - die skandinavischen Regelungen verbindlicher Teilhabe als Modell für Deutschland, S. 225, in: *Aktionärinnen fordern Gleichberechtigung*, 2010, abrufbar unter http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Bilder__jpeg/Aktion_C3_A4rinnenfordern-Gleichberechtigung,templateld=renderFull.html; *Dorothee Bär*, CSU, in: *Fraktion Direkt* v. 29. Oktober 2010; *Elisabeth Winkelmeier-Becker* im Deutschen Bundestag, *Stenogr. Ber.*, Plenarprotokoll 17/79, S. 8743; *Albrecht/Goscinska/Koch-Rust*, Die Änderungen des Kodex - „Roadmap zu Gender-Diversity?“, S. 53/58, in: *Aktionärinnen fordern Gleichberechtigung*, 2010, stellen in Frage, ob die Neufassung des DCGK zu einer signifikanten schnellen Erhöhung des Frauenanteils beitragen könne. Andererseits wurde im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung von *Dercks* darauf hingewiesen, dass die Vereinbarung unter verschiedenen Aspekten (z.B. Erwerbstätigkeitsquote, Bildung, Existenzgründerinnen) durchaus als erfolgreich umgesetzt angesehen werden müsse. Nach der Auffassung von *Wolf* wurde die Vereinbarung seitens der Wirtschaft eingehalten.

³⁸ Abrufbar unter [http://www.arbeitgeber.de/www/arbeitgeber.nsf/res/DAX30.pdf/\\$file/DAX30.pdf](http://www.arbeitgeber.de/www/arbeitgeber.nsf/res/DAX30.pdf/$file/DAX30.pdf).

³⁹ Dies wurde im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung von der Bundesarbeitsministerin ausdrücklich bemängelt. Demgegenüber verwies Staatssekretärin *Grundmann* darauf, dass es für die 30 beteiligten Unternehmen nicht möglich gewesen sei, sich auf unternehmensspezifische konkrete Zahlen zu einigen.

⁴⁰ Vgl. die Angaben bei *catalyst*, abrufbar unter <http://www.catalyst.org/publication/285/women-in-europe>

⁴¹ Vgl. die Angaben der Europäischen Kommission im Report on Progress on Equality between Women and Men in 2010, S. 18, 30, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=418>; Deutschland liegt damit über dem europäischen Durchschnitt des weiblichen Beschäftigtenanteils von 62,5 % (bei Männern liegt der Beschäftigungsgrad im Durchschnitt bei 75,8 %).

1. Der Frauenanteil auf Vorstandsebene

Bei der Besetzung der Vorstandspositionen (großer) Unternehmen besteht in Deutschland ein extremes Ungleichgewicht zwischen Männern und Frauen.

Nach einer Studie des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung (DIW)⁴² nahmen Frauen im Untersuchungszeitraum November 2010 bis Januar 2011 bei den 200 umsatzstärksten deutschen Wirtschaftsunternehmen (außerhalb des Finanzsektors) nur 3,2 % der Vorstandspositionen ein, zwei Frauen haben den Vorstandsvorsitz; bei den 100 größten Unternehmen waren es nur 2,2 % Frauen, keinem Vorstand steht eine Frau vor. Das DIW hatte zum Ende des Jahres 2009 bei den 200 größten Unternehmen einen Anteil von 2,5 %, in den 100 größten Unternehmen von 2,6 % ermittelt⁴³. Der Anstieg des Frauenanteils ist nach dieser Studie in den letzten Jahren nur gering gewesen: 2006 lag der Anteil durchschnittlich bei 1,2 %, 2007 bei 1,8 % und 2008 bei 2,5 %. Zu beachten ist dabei auch, dass etwa ein Zehntel der TOP-200-Unternehmen 2010 neu gelistet sind, wobei vier dieser Unternehmen jeweils eine Frau im Vorstand haben. Im Finanz- bzw. Versicherungssektor, in denen weit mehr als die Hälfte der Beschäftigten Frauen sind, betrug der Frauenanteil bei den Vorständen der 100 größten Banken und Sparkassen 2,9 % (2006: 2,5 %, 2007: 2,3 %, 2008: 1,9 %, 2009: 2,6 %) und bei den 62 größten Versicherungen 2,5 % (2006: 2,5 %, 2007: 3,2 %, 2008: 2,4 %, 2009: 2,8 %). In diesem Bereich stagniert der Frauenanteil also nahezu. Weiterhin hat das DIW die zeitliche Entwicklung des Frauenanteils im Top-Management nach Unternehmensgröße ermittelt: In Großunternehmen ist der Anteil am geringsten und es ist ein eher stagnierender bis rückläufiger Trend zu erkennen⁴⁴; in mittelständischen Unternehmen ist der Anteil höher und zunehmend⁴⁵; am höchsten ist der Anteil in kleinen Unternehmen mit ebenfalls ansteigender Tendenz⁴⁶.

⁴² Wochenbericht des DIW Berlin Nr. 3/2011; vgl. auch Holst/Busch, Führungskräfte Monitor 2010.

⁴³ Die Zahlen gehen zurück auf die Untersuchungen des DIW in Berlin aus dem Jahr 2010, siehe hierzu die Darstellung bei Holst/Wiemer, Zur Unterrepräsentanz von Frauen in Spitzengremien der Wirtschaft Ursachen und Handlungsansätze 2010.

⁴⁴ 2004 lag der Anteil bei 6,8 %, 2007 bei 7,5 %, 2008 bei 5,4 %, 2009 bei 5,7 und 2010 bei 5,9 % (Januar) bzw. 6,1 % (Oktober).

⁴⁵ 2004 lag der Anteil bei 9,1 %, 2007 bei 9,4 %, 2008 bei 10,3 %, 2009 bei 10,6 (Januar) bzw. 10,7 (Mai) und 2010 bei 10,9 % (Januar) bzw. 11,1 % (Oktober).

⁴⁶ 2004 lag der Anteil bei 11,2 %, 2007 bei 11,9 %, 2008 bei 12,4 %, 2009 bei 12,7 (Januar) bzw. 12,8 (Mai) und 2010 bei 12,9 %.

Eine zum 1. Februar 2011 erstellte Studie der Hans-Böckler-Stiftung⁴⁷, die die 160 in den ersten deutschen Börsenindizes (DAX30, MDAX, SDAX und TecDAX) gelisteten Unternehmen untersucht hat⁴⁸, zeigt dort eine Frauenbeteiligung von 3,1 % (2008: 2,5 %, 2009: 3 %, 2010: 3,0 %). Im höchsten deutschen Börsensegment, dem DAX30, sind nur 2,2 % der Vorstandspositionen mit Frauen besetzt (2008 bis 2010 jeweils 0,5 %), im MDAX 1,9 % (2008: 1,8 %, 2009: 2,6 %, 2010: 2,1 %), im SDAX 4,4 % (2008: 3,9 %, 2009: 4,0 %, 2010: 5,7 %) und im TecDAX 5,3 % (2008: 5,1 %, 2009: 5,7 %, 2010: 4,6 %)⁴⁹. Jeweils eine Frau haben danach den Vorstandsvorsitz bzw. den stellvertretenden Vorstandsvorsitz inne. Die Vorjahresstudie (Februar/März 2010)⁵⁰ hatte einen Frauenanteil von 3,0 % ermittelt. Auch nach dieser Studie ist der Anstieg des Frauenanteils also minimal.

Die aktuelle Analyse Women-on-Board-Index des Vereins Frauen in die Aufsichtsräte (FidAR) e. V.⁵¹, die sämtliche Vorstands- und Aufsichtsratsbesetzungen der 160 börsennotierten DAX, MDAX, TecDAX und SDAX Unternehmen zum Stichtag 14. Januar 2011 erfasst⁵², also - anders als die DIW-Studie auch mittlere und kleinere Unternehmen berücksichtigt, hat ermittelt, dass 46 % der Unternehmen weder im Vorstand noch im Aufsichtsrat eine Frau haben. Durchschnittlich liegt der Frauenanteil nach dieser Studie in den Vorständen bei 3,01 % (DAX30 2,15 %, MDAX 1,87 %, SDAX 4,46, TecDAX 4,67 %). Eine einzige Frau hat den Vorstandsvorsitz inne⁵³.

Eine Studie der Universität Karlsruhe, die sich mit der Entwicklung in den 600 wichtigsten börsennotierten Unternehmen in Deutschland betreffend einen Zeitraum von elf Jahren (1998 bis 2008) befasste, hat einen zunächst minimal ansteigenden, ab 2005 stagnierenden Frauenanteil bei den Vorstandspositionen ermittelt (1998: 1,2 %, 1999: 1,2 %, 2000: 1,8 %, 2001: 2,1 %, 2002: 2,0 %, 2003: 2,3 %, 2004: 2,1 %, 2005: 2,5 %, 2006: 2,5 %, 2007: 2,5 %, 2008: 2,5 %).

⁴⁷ Abrufbar unter http://www.boeckler.de/320_113412.html; die Angaben für die Jahre 2008 und 2009 beruhen auf der Datenerhebung aus März 2010, abrufbar unter http://www.boeckler.de/pdf/mbf_gender_2010.pdf.

⁴⁸ Von den 160 Unternehmen unterlagen 75 der Mitbestimmung nach dem MitbestimmG, 1 Unternehmen der Montan-Mitbestimmung, 25 Unternehmen dem DrittelbG und 59 Unternehmen keiner unternehmerischen Mitbestimmung.

⁴⁹ In den Branchen „Automobil“, „Bauindustrie“, „Immobilien“, „Banken, Finanzdienstleister, Versicherungen“, „Medien“ und „Transport und Logistik“ waren keine Frauen im Vorstand, in der Branche „(Groß)Industrie“ betrug der Frauenanteil 9,1 %, im „Pharmabereich“ 7,7 %.

⁵⁰ Abrufbar unter http://www.boeckler.de/32014_95294.html#link.

⁵¹ Die Studie ist abrufbar unter <http://www.fidar.de/WoB-Index.92.0.html>.

⁵² Die Studie soll jedenfalls für die nächsten drei Jahre fortgeschrieben werden und so die Veränderungen darstellen.

⁵³ Ines Kolmsee bei SKW Stahl-Berallurgie Holding AG.

2006: 2,4 %, 2007: 2,5 %, 2008: 2,4 %) ⁵⁴. Festgestellt wurde auch, dass weniger als die Hälfte der Frauen ihre Position über eine klassische Industriekarriere, sondern auf anderen Wegen (etwa als Mitglied der Eigentümer- oder Gründerfamilie) erreicht haben.

Ergänzend ist auf eine im Zeitraum 1. Juli 2009 bis 1. Juli 2010 durchgeführte Studie des Deutschen Juristinnenbundes e. V. „Aktionärinnen fordern Gleichberechtigung“ (djb-Studie) ⁵⁵ hinzuweisen, die sich auch mit der Neubesetzung von Vorstandspositionen im Untersuchungszeitraum befasst hat. Danach wurden in diesem Zeitraum in den DAX30-Unternehmen insgesamt 19 Vorstandspositionen neu besetzt, drei davon mit einer Frau (15,7 %).

2. Der Frauenanteil in den Aufsichtsräten

Auch bei der Zusammensetzung der Aufsichtsräte sind deutliche Defizite festzustellen.

Nach der bereits genannten Studie des DIW lag der Frauenanteil in den Aufsichtsräten der TOP-200-Unternehmen (außerhalb des Finanzsektors) bei 10,6 %, rund ein Drittel hat keine einzige Frau im Aufsichtsrat. Nach der Vorjahresstudie waren Ende 2009 bei den 200 größten Unternehmen 9,8 % der Mandate von Frauen besetzt (2006: 7,8 %, 2007: 8,6 %, 2008: 9,3 %). In den TOP-100-Unternehmen (außerhalb des Finanzsektors) lag der Anteil nach der aktuellen Analyse im Jahr 2010 bei 9,6 % und ist damit gegenüber dem Vorjahr (2009: 10,1 %) gesunken (2006: 8,6 %, 2007: 8,6 %, 2008: 9,8 %). Im Finanz- bzw. Versicherungsbereich waren im Jahr 2010 bei den größten 100 Banken und Sparkassen 16,3 % (2006: 15,1 %, 2007: 15,4 %, 2008: 15,5 %, 2009: 16,8 %) und bei den 62 größten Versicherungen 11,9 % (2006: 11,3 %, 2007: 12,7 %, 2008: 13,5 %, 2009: 12,4 %) der Aufsichtsratspositionen weiblich besetzt, obgleich in diesen beiden Branchen Frauen die Mehrzahl der Beschäftigten stellen; in diesem Bereich stagniert der Frauenanteil also bzw. ist sogar teilweise rückläufig ⁵⁶. Weiterhin stellen die DIW-Studien fest, dass die meisten Frauen als Arbeitnehmervertreterinnen in die Gremien gelangen: In den TOP-100-Unternehmen lag der Anteil

⁵⁴ Universität Karlsruhe, Institut für Unternehmensführung, Frauen in Führungspositionen- Status Quo in der Deutschen Wirtschaft, Projektbericht vom 14.04.2010; abrufbar unter http://www.ibu.uni-karlsruhe.de/rd_download/100414_Zusammenfassung_Projektergebnisse.pdf.

⁵⁵ Abrufbar unter [http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Pdf-Anlagen/Aktion_C3_A4rinnen-fordern-](http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Pdf-Anlagen/Aktion_C3_A4rinnen-fordern-Gleichberechtigung.property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf)

[Gleichberechtigung.property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf](http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Pdf-Anlagen/Aktion_C3_A4rinnen-fordern-Gleichberechtigung.property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf) .

⁵⁶ Wochenbericht des DIW Berlin Nr. 3/2011; vgl. auch Holst/Busch, Führungskräfte Monitor 2010.

2010 bei 73,7 %⁵⁷, bei den TOP-200-Unternehmen bei 71,9 %⁵⁸. Soweit auf Anteilseignerseite Frauen vertreten sind, liegt dies in vielen Fällen an ihrer Zugehörigkeit zur Eigentümerfamilie, ausschließlich solche Frauen haben auch (in nur zwei Fällen) den Aufsichtsratsvorsitz in den 100 und 200 größten Unternehmen inne. Der Anstieg des Frauenanteils in den Aufsichtsräten ist also nach diesen Studien in den letzten Jahren eher gering gewesen und belegt eine eklatantes Missverhältnis zwischen Anteilseigner- und Arbeitnehmerseite.

Die aktuelle Studie der Hans-Böckler-Stiftung hat bei den 160 börsennotierten Unternehmen für das Jahr 2011 einen prozentualen Anteil von 10 % ermittelt (2008: 9,3 %, 2009: 10,2 %, 2010: 9,4 %). Im DAX30 liegt der Frauenanteil nach dieser Erhebung bei 13,4 % (2008: 12,0 %, 2009: 13,3 %, 2010: 13,4 %), im MDAX bei 8,8 % (2008: 7,7 %, 2009: 8,4 %, 2010: 7,9 %), im SDAX bei 8,2 % (2008: 9,2 %, 2009: 8,8 %, 2010: 10,0 %) und im TecDAX bei 8,3 % (2008: 9,2 %, 2009: 8,8 %, 2010: 7,1 %). 71,3 % der weiblichen Aufsichtsratsmitglieder kommen von der Arbeitnehmerseite, 28,7 % von der Anteilseignerseite: Auf Seiten der Arbeitnehmervertretung liegt der Frauenanteil bei 18,4 % (2008: 18,3 %, 2009: 19,3 %, 2010: 18,5 %), auf Seiten der Anteilseigner bei 4,7 % (2008: 3,4 %, 2009: 4,2 %, 2010: 3,8 %). In Gesellschaften, die keine unternehmerische Mitbestimmung haben, liegt der Frauenanteil bei 2,6 % (2008: 2,9 %, 2009: 2,6 %, 2010: 1,9 %) gegenüber einem Anteil von 11,7 % bei den mitbestimmten Unternehmen (2008: 11,0 %, 2009: 11,7 %, 2010: 11,2 %). Nach dieser Studie hat die unternehmerische Mitbestimmung auch Einfluss auf den Frauenanteil im Vorstandsbereich: In Gesellschaften mit unternehmerischer Mitbestimmung ist der Frauenanteil seit 2008 von 1,4 % auf 3,3 % angestiegen, in Unternehmen ohne Mitbestimmung dagegen von 4,9 % auf 2,8 % gesunken.

Die genannte FidAR-Studie hat festgestellt, dass 67,5 % aller untersuchten Unternehmen im Aufsichtsrat auf der Anteilseignerseite gar keine Frauen haben. In den Aufsichtsräten liegt der durchschnittliche Frauenanteil nach dieser Studie bei 9,97 % (DAX30 13,63 %, MDAX 8,75 %, SDAX 7,56, TecDAX 8,6 %). Auf Anteilseignerseite beträgt der Frauenanteil durchschnittlich nur 3,06 % (DAX30 4,01 %, MDAX 2,64 %, SDAX 2,33 %, TecDAX 3,23 %), auf Arbeitnehmerseite 17,74 % (DAX30 19,67 %, MDAX 14,34 %, SDAX 20,00 %, TecDAX 22,22 %)⁵⁹. Nach dieser Studie stellt die Arbeitnehmerseite 70 %, die Anteilseignerseite 30 % der Frauen in den Aufsichtsrats-

⁵⁷ 2009 waren es 76,0 %, 2008 72,6 %, 2007 72,0 % und 2006 73,0 %.

⁵⁸ 2009 waren es bei diesen Unternehmen 71,6 %, 2008 74,4 %, 2007 74,5 % und 2006 76,0 %.

⁵⁹ Laut Presseberichten plant die IG Metall insoweit künftig eine Quote von 30 %, vgl. <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/0,1518,745214,00.html>.

gremien. Ermittelt wurde schließlich noch, dass zwei Frauen den Vorsitz in einem Aufsichtsrat führen⁶⁰.

Die Studie der Universität Karlsruhe kommt zu dem Ergebnis, dass im Jahre 2008 von 3.758 Aufsichtsratspositionen 307 von Frauen besetzt waren, dies bedeutet ein Anteil von 8,2 %. Diese Studie, die den Zeitraum 1998 bis 2008 untersucht hat, kommt auch zu dem Ergebnis, dass ein klarer (positiver) Entwicklungstrend nicht erkennbar ist und die Zahlen in den letzten Jahren eher stagnieren (1998: 6,8 %, 1999: 6,4 %, 2000: 6,2 %, 2001: 6,7 %, 2002: 7,1 %, 2003: 7,5 %, 2004: 7,9 %, 2005: 8,3 %, 2006: 8,3 %, 2007: 8,0 %, 2008: 8,2 %). 63 % der weiblichen Aufsichtsräte sind nach dieser Studie Vertreterinnen der Arbeitnehmerseite. Weiterhin wird in der Studie festgestellt, dass nur 20 % der Frauen in den Aufsichtsräten über eine Industriekarriere in diese Position gelangt sind. 36 % sind Vertreter der Eigentümer- oder Gründerfamilie, 44 % institutionelle Vertreter (z. B. Politikerinnen, Unternehmensberaterinnen oder Private-Equity-Investorinnen).

Eine Studie der Frankfurt School of Finance & Management kommt zu ähnlichen Ergebnissen⁶¹. Hiernach sind die Aufsichtsräte der 160 DAX-notierten Großunternehmen lediglich zu knapp 10 % mit Frauen besetzt. Diese Studie hat darüber hinaus konkrete Wahrscheinlichkeitsberechnungen angestellt über die Chancen von Frauen und Männern bei der Neubesetzung einer Aufsichtsratsposition ein Mandat zu erlangen⁶².

Die genannte djb-Studie hat sich auch mit der Neubesetzung von Aufsichtsratspositionen im Untersuchungszeitraum befasst. Auf Anteilseignerseite wurden insgesamt 34 Posten neu besetzt, zwei davon mit Frauen (5,8 %).

Der Grund für den im Vergleich zu der Besetzung von Vorstandspositionen höheren Frauenanteil in Aufsichtsräten dürfte an den in Deutschland geltenden Mitbestimmungsregeln liegen, die eine zwingende Beteiligung von Arbeitnehmervertretern zwi-

⁶⁰ Dr. Simone Bagel-Trah bei Henkel AG & Co. KGaA und Prof. Dr. Brigitte Zürn bei Centrotherm photovoltaics AG.

⁶¹ Rudolph, Frauen in Aufsichtsräten - Befund Ursachen und Konsequenzen des unterproportionalen Anteils der Frauen in deutschen Aufsichtsräten und mögliche Veränderungsoptionen, Frankfurt School of Finance & Management, 2009; die Studie ist abrufbar unter http://www.frankfurt-school.de/content/de/frauen_in_aufsichtsräten/dmsFS/0/file1/Frauen-in-Aufsichtsräten.pdf.

⁶² Die Chancen einer Frau ein Mandat zu erlangen liegen in dem Fall, dass kein Aufsichtsratsmitglied ausscheidet bei 10,9 %, in dem Fall, dass ein weibliches Aufsichtsratsmitglied ausscheidet bei 39,3 % und in dem Fall, dass ein männliches Aufsichtsratsmitglied ausscheidet bei 12,7 %.

schen einem Drittel und der Hälfte vorsehen⁶³. Von gewisser Bedeutung ist insoweit auch die Regelung in § 4 Abs. 4 DrittelbG. Nach dieser im Jahr 2004 neu formulierten Vorschrift⁶⁴, die für verschiedene Gesellschaftsformen mit in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern gilt (sofern sie keinen anderen Mitbestimmungsvorschriften unterfallen), sollen unter den Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer Frauen und Männer entsprechend dem zahlenmäßigen Verhältnis im Unternehmen vertreten sein; eine entsprechende Regelung findet sich im SE-Beteiligungsgesetz⁶⁵. Die Vorschrift hat zu einem Schub bei der Frauenbeteiligung in den Aufsichtsräten geführt⁶⁶.

3. Der Frauenanteil auf unteren Führungsebenen

Hinsichtlich der Beteiligung von Frauen auf den unteren Führungsebenen sind weniger konkrete und verlässliche Zahlen verfügbar. Eine aktuelle Untersuchung der Wirtschaftsauskunftei Bürgel, die insgesamt 1.028.016 Unternehmen in Deutschland zum Gegenstand hatte und wohl alle Führungsebenen erfasste, stellte eine durchschnittliche Frauenbeteiligung von 20,3 % fest⁶⁷. Nach Informationen des Wirtschaftsdienstes Hoppenstedt, die auf dessen eigener Firmendatenbank der 300.000 größten deutschen Unternehmen beruhen⁶⁸, ist der Frauenanteil im oberen und mittleren Management in den letzten 15 Jahren von 8 % auf etwa 20 % gestiegen. Der Führungskräfte-Monitor 2010 hat für das Jahr 2007 im Top-Management einen Frauenanteil von 15 %, im mittleren Management von 18 % und im unteren Management von 39 % ermittelt⁶⁹. Nach Angaben des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales sind in den deutschen Unternehmen in der ersten Führungsebene unterhalb der Geschäftsleitung 25 % und in der zweiten Führungsebene 35 % weiblich⁷⁰. Nach der genannten djb-Studie konnten nur drei der befragten DAX30-Unternehmen und zwei der übrigen befragten Unternehmen Angaben zu allen Führungsebenen machen. Einige Unternehmen konnten nur Zahlen zur ersten oder zur ersten und zweiten Führungsebene vorlegen. Soweit Zahlen genannt wurden, schwankte der Frauenanteil zwischen knapp 30 % und 2 % auf

⁶³ S. dazu auch die Ausführungen im Abschnitt VII.

⁶⁴ Die Vorgängernorm des § 76 Abs. 2 Satz 4 BetrVG 1952 sah Geschlechterproportionalität erst für den Fall vor, dass die Arbeitnehmer des Unternehmens in der Mehrheit aus Frauen bestehen.

⁶⁵ S. hierzu bereits die Ausführungen oben unter Abschnitt I.

⁶⁶ So ausdrücklich die Bundesarbeitsministerin im Rahmen der von der Arbeitsgruppe durchgeführten Sachverständigenanhörung am 12.4.2011.

⁶⁷ Analyse der Bürgel Wirtschaftsinformationen GmbH & Co. KG „Frauen in Führungspositionen“, abrufbar unter <http://www.buergel.de/images/content/pdf/frauen-in-fuehrungspositionen.pdf>.

⁶⁸ http://www.hoppenstedt.de/xist4c/web/-05-03-10--Hoppenstedt-Studie--Frauen-in-Fuehrungspositionen---Frauenanteil-im-Management-steigt-weiter---an-der-Spitze-sind-Frauen-aber-weiterhin-rar_id_3281_.htm

⁶⁹ Vgl. Holst/Busch, Führungskräfte Monitor, S. 23, abrufbar unter

http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.358490.de/diwkompakt_2010-056.pdf

⁷⁰ Süddeutsche Zeitung vom 2.2.2011.

der ersten Ebene. Auf der zweiten Ebene schwankten die Angaben zwischen etwa 30 % und 5 %, auf der dritten und vierten Ebene zwischen etwa 37 % und 5 %. Der Frauenanteil in der Belegschaft lag bei den befragten Unternehmen zwischen 10 % und 90 %. Die Studie kommt zu dem Ergebnis, dass - unabhängig von den wenigen ermittelbaren konkreten Zahlen - jedenfalls erkennbar geworden sei, dass sich der Beschäftigtenanteil von Frauen nicht annähernd in der Beteiligung an Führungsaufgaben auch auf den unteren Ebenen widerspiegeln.

Im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung erklärte *Müller*, bei den Führungskräften unterhalb des Vorstands habe sich der Frauenanteil seit 2010 von 10 % auf 20 % verdoppelt.

4. Die Ausbildungssituation

a) Diese tatsächliche Besetzung der Spitzenpositionen steht in Widerspruch zum Ausbildungsstand der Frauen. *Müller* erklärte im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung, über die Frage der Eignung und Qualifikation von Frauen dürfe im Jahr 2011 nicht mehr debattiert werden. Die Längsschnittstudie Sozio-ökonomisches Panel⁷¹ belegt, dass eine gute (hoch)schulische Ausbildung in Führungspositionen von herausragender Bedeutung ist. Insoweit bestehen jedoch zwischen Männern und Frauen schon seit längerer Zeit kaum mehr Unterschiede. Nach den Ermittlungen des Statistischen Bundesamtes hat der Anteil von Frauen bei den Hochschulabschlüssen bereits frühzeitig begonnen steil anzusteigen. Schon im Jahr 1973 erlangten Frauen 27,1 % der Hochschulabschlüsse⁷². 1975 waren es schon 32,0 %, in den folgenden Jahren stieg der Anteil weiter kontinuierlich und rasch an⁷³. 1995 hatte der Frauenanteil die 40 %-Schwelle überschritten, auch der Anteil der erfolgreichen Absolventinnen in den Wirtschaftswissenschaften lag schon bei knapp 40 %⁷⁴. Im Jahr 2000 betrug der Frauenanteil der Hochschulabsolventen knapp 45 % und 2005 war die 50 %-Schwelle fast erreicht⁷⁵. Seit 2005 liegt der Frauenanteil bei den erfolgreich bestandenen Hochschulabschlüssen bei über 50 % mit weiter anstei-

⁷¹ Eine seit 1984 laufende Wiederholungsbefragung von derzeit 23.000 Personen, vgl. hierzu <http://www.diw.de/deutsch/soep/29004.html>.

⁷² Die Angaben beruhen auf einer Auskunft des Statistischen Bundesamtes in Deutschland Anfang des Jahres 2011.

⁷³ 1977 waren es 33,3 %, 1979 34,4 %, 1981 34,3 %, 1983 36,7 %, 1985 36,7 %, 1987 36,8 %, 1989 36,0 %, 1991 37,1 % und 1993 38,9 %.

⁷⁴ Vgl. Holst/Busch, Führungskräfte Monitor, S. 13.

⁷⁵ 2001 betrug der Anteil 44,8 %, 2001 46,0 %, 2003 48,4 % und 2005 49,5 %.

gender Tendenz⁷⁶. In den technischen und naturwissenschaftlichen Studiengängen lag der Anteil der Absolventinnen nach den Angaben der djb-Studie, die sich auf Daten des Nationalen Pakts für Frauen in Mint-Berufen bezieht, im Jahr 2008 bei 40,2 % in der Fächergruppe Mathematik/Naturwissenschaften und bei 22,6 % in den Ingenieurwissenschaften. Dieser früh begonnene Anstieg bei der Ausbildung entspricht in keiner Weise der Entwicklung des Frauenanteils bei den Spitzenpositionen der Wirtschaft.

Die aktuelle McKinsey-Studie⁷⁷ hat den Frauenanteil bei den Hochschulabschlüssen im Jahr 1975 (32 %) zur Besetzung der Vorstandspositionen im Jahr 2010 (2 % Frauen) in Relation gesetzt und ausgehend von einem Frauenanteil bei den Hochschulabschlüssen in Höhe von 55 % im Jahr 2008 eine weibliche Vorstandsbesetzung von 4 % im Jahr 2040 errechnet. Die Studie kommt damit zu dem Ergebnis, dass der gestiegene Anteil an Hochschulabschlüssen bei den Frauen eine minimale Auswirkung auf die Besetzung von Spitzenpositionen hatte und haben wird.

- b) Hinsichtlich der Ausbildungsrichtungen der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder hat die genannte djb-Studie, die sich mit allen DAX30-Unternehmen sowie 44 börsennotierten Unternehmen aus dem TecDAX und dem MDAX befasst hat, festgestellt, dass 59 % der Vorstandspositionen und 62 % der Aufsichtsratspositionen mit Personen, die eine juristische bzw. wirtschaftswissenschaftliche⁷⁸ Ausbildung aufweisen, besetzt waren, während 36 % der Vorstände und 29 % der Aufsichtsräte eine mathematische, naturwissenschaftliche oder technische Ausbildung hatten (der Rest verteilt sich auf sonstige Ausbildungsrichtungen). Im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung wies *Maier* darauf hin, dass auch in technikgetriebenen Unternehmen, wie beispielsweise der Telekom, nur ein gewisser Anteil der Funktionen technisch geprägt sei⁷⁹. Die Einschätzung, ob bereits für alle Bereiche hinreichend qualifizierte Frauen in ausreichender Zahl zur Verfügung stünden, war bei den angehörten Sachverständigen unterschiedlich. Klar positiv geäußert haben sich beispielsweise *Ledendecker* und *Stahl*.

⁷⁶ 2006 waren es 50,5 %, 2007 50,7 %, 2008 51,1 % und 2009 51,0 %.

⁷⁷ Women Matter 4, 2010, abrufbar unter

http://www.mckinsey.de/downloads/publikation/women_matter/Women_Matter_4_brochure.pdf.

⁷⁸ Zu den wirtschaftswissenschaftlichen Ausbildungsrichtungen wurden gezählt: Betriebswirtschaft, Volkswirtschaft, BMA, und Abschlüsse in den Studiengängen Economics, Business und Finance.

⁷⁹ Für die rein technikgetriebenen Funktionen wurde ein Anteil von 30 bis 40 % genannt.

5. Ziele und Problembewusstsein der Unternehmen

Bewusstsein und Veränderungswille waren bei den Unternehmen in Deutschland bislang noch nicht hinreichend ausgeprägt. Nach den oben unter 1. und 2. zitierten Studien war der Anstieg des Frauenanteils in den letzten Jahren gering, zum Teil stagnierend oder sogar rückläufig.

Die bereits genannte djb-Studie ist zu dem Ergebnis gelangt, dass Vielfalt im Sinne einer angemessenen Beteiligung von Frauen in den untersuchten Unternehmen noch nicht ausreichend praktiziert werde. Die untersuchten Unternehmen hatten - trotz der oben dargestellten tatsächlichen Situation - alle Entsprechenserklärungen hinsichtlich der Empfehlungen des DCGK abgegeben und damit erklärt, bei der Besetzung von Vorstand und Aufsichtsrat auf Vielfalt geachtet zu haben; die allermeisten Unternehmen hatten auch die Frage einer angemessenen Frauenbeteiligung unter den Begriff der Vielfalt subsumiert. Bei den DAX30-Unternehmen benannten 26,7 % konkrete Maßnahmen, die zur Verbesserung der Frauenbeteiligung in Kontroll- und Führungsgremien bereits ergriffen worden seien, bei den untersuchten TecDAX- und MDAX-Unternehmen waren es 6,8 %. Auf die Frage, ob es Kennziffern gebe, auf welchen konkreten Prozentsatz der Frauenanteil in den nächsten Jahren erhöht werden soll, machten 10 % der befragten DAX30-Unternehmen und 11,36 % der 44 TecDAX und MDAX-Unternehmen keine Angaben, 16,66 % (DAX30) bzw. 2,27 % (TecDAX und MDAX) benannten konkrete Zahlen (zwischen 5 % und 30 %, meist bis 2015) und 73,34 % (DAX30) und 79,56 % (TecDAX und MDAX) hatten keine Kennziffern festgelegt.⁸⁰ Die Frage, ob es spezielle Förderprogramme für Frauen im Unternehmen gebe, wurde - soweit Auskünfte erteilt wurden - bei den DAX30-Unternehmen von 53,3 % bejaht und von 40,0 % verneint, bei den TecDAX- und MDAX-Unternehmen von 9,1 % bejaht und von 77,4 % verneint. Die Studie kommt zu dem Ergebnis, dass Diversity im Sinne einer Frauenbeteiligung in den Unternehmen überwiegend nicht praktiziert und nicht messbar umgesetzt werde. Der weibliche Beschäftigtenanteil bilde sich auf den Führungsebenen in keiner Weise ab. Nur wenige Unternehmen hätten konkrete Maßnahmen zur Erhöhung des Frauenanteils in Vorstand und Aufsichtsrat ergriffen. Die Einführung der Diversity-Klausel im DCGK habe nicht zu einer signifikanten Erhöhung des Frauenanteils in diesen Organen geführt.

⁸⁰ djb-Studie, S. 35 f.

Die ebenfalls bereits zitierte FidAR-Studie hat erstmals eine Analyse der Entsprechenserklärungen der Unternehmen, die seit der Überarbeitung des Corporate Governance Kodex im Mai 2010 auch im Hinblick auf eine angemessene Beteiligung von Frauen abzugeben sind⁸¹, vorgenommen. Die Studie stellt fest, dass die Reform des Kodex nur bei einem Teil der Unternehmen eine gewisse Wirkung zeige. 58 % der untersuchten Unternehmen gaben an, die Empfehlungen des Kodex uneingeschränkt einzuhalten, allerdings waren auch in diesen Unternehmen zum Teil weder im Vorstand noch im Aufsichtsrat Frauen vertreten. 42 % der Unternehmen machten in den Entsprechenserklärungen Ausführungen zum Thema Vielfalt, 25 % gaben explizit an, von den Empfehlungen abzuweichen. Nur 12 % erklärten, konkrete Planungen in Bezug auf die angemessene Berücksichtigung von Frauen vorlegen zu wollen, und nur wenige Unternehmen haben bereits konkrete Ziele benannt.

Nach einer von der Wirtschaftsprüfungs- und Beratungsgesellschaft PricewaterhouseCoopers durchgeführten Analyse der Geschäftsberichte der DAX30 Unternehmen⁸² wollen 18 Gesellschaften mehr Frauen in ihre Aufsichtsräte holen, 17 davon haben konkrete Zahlen genannt⁸³, ein Unternehmen (die Commerzbank AG, die aktuell 20 % Frauen im Aufsichtsrat hat) hat lediglich eine unbezifferte Steigerungsabsicht erklärt; im Durchschnitt streben diese 17 Unternehmen einen Frauenanteil von 19,8 % an. 7 Unternehmen wollen den bestehenden Frauenanteil im Aufsichtsrat lediglich halten⁸⁴, diese Unternehmen haben einen aktuellen durchschnittlichen Frauenanteil von 22,6 %. 4 Unternehmen haben sich gar keine Ziele gesetzt⁸⁵ und ein Unternehmen erklärte, im laufenden Jahr Ziele definieren zu wollen⁸⁶, diese 5 Unternehmen haben im Durchschnitt nur 5 % weibliche Aufsichtsratsmitglieder. Elf der Unternehmen, die ein Steigerungsziel genannt haben, wollen dies zur nächsten Aufsichtsratswahl erreichen, drei

⁸¹ Vgl. hierzu die Ausführungen unter Abschnitt I.

⁸² Abrufbar unter <http://www.pwc.de/de/aufsichtsrate/governance-kodex-greift-dax-aufsichtsrateschauen-sich-nach-frauen-um.jhtml> sowie unter <http://www.pwc.de/de/pressemitteilungen/2011/dax30-nur-67-frauen-unter-500-aufsichtsratsmitgliedern.jhtml>.

⁸³ Addidas will bei 12 Mitgliedern von 2 auf 3, Allianz bei 12 Mitgliedern von 1 auf 3, Bayer bei 20 Mitgliedern von 2 auf 4, BMW bei 20 Mitgliedern von 3 auf 4, Daimler bei 20 Mitgliedern von 1 auf 4, Deutsche Börse bei 18 Mitgliedern von 1 auf 4, Deutsche Post bei 20 Mitgliedern von 5 auf 6, Deutsche Telekom bei 20 Mitgliedern von 4 auf 6, E.ON bei 20 Mitgliedern von 2 auf 4, K+S bei 16 Mitgliedern von 1 auf 2, Linde bei 12 Mitgliedern von 0 auf 2, MAN bei 16 Mitgliedern von 1 auf 2, METRO bei 20 Mitgliedern von 2 auf 6, Münchener Rück bei 20 Mitgliedern von 3 auf 6, SAP bei 16 Mitgliedern von 1 auf 2, ThyssenKrupp bei 20 Mitgliedern von 2 auf 4 und Volkswagen bei 20 Mitgliedern von 1 auf 2.

⁸⁴ BASF hat bei 12 Mitgliedern 2 Frauen, Beiersdorf bei 12 Mitgliedern 3 Frauen, Deutsche Bank bei 20 Mitgliedern 6 Frauen, Henkel bei 16 Mitgliedern 4 Frauen, Infineon bei 12 Mitgliedern 2 Frauen, Merck bei 16 Mitgliedern 4 Frauen und Siemens bei 20 Mitgliedern 4 Frauen.

⁸⁵ Lufthansa, Fresenius, Fresenius Medical Care und HeidelbergCement.

⁸⁶ RWE.

bis zur übernächsten Aufsichtsratswahl, die restlichen vier Unternehmen haben einen längerfristigen oder gar keinen Zeitplan angegeben. Angesichts dieser Zahlen erscheint die Darstellung des Bundesverbandes der Deutschen Industrie e. V., die neuen Empfehlungen des DCGK würden schon jetzt eindeutig feststellbare Auswirkungen zeigen, etwas kühn⁸⁷.

III. **Fazit**

Es besteht nach wie vor eine starke Unterrepräsentanz von Frauen in Führungs- und Kontrollgremien großer Wirtschaftsunternehmen in Deutschland. Die Vorstandspositionen sind trotz einiger positiver Beispiele in jüngster Zeit noch fest in Männerhand. Auch die Situation in den Aufsichtsratsgremien ist unzureichend. Insgesamt hat sich die Lage in Deutschland in den letzten Jahren kaum verändert. Nur in der jüngsten Zeit sind in begrenztem Umfang einige Verbesserungen erkennbar geworden. Diversity wird insgesamt nicht ausreichend umgesetzt. Problembewusstsein und Veränderungswille scheinen in vielen Unternehmen immer noch eher gering, den in der Vereinbarung aus dem Jahr 2001⁸⁸ übernommenen Verpflichtungen wurde hinsichtlich der Besetzung von Vorstands- und Aufsichtsratspositionen nicht ausreichend entsprochen. Die Zahl der Unternehmen, die konkrete Strategien und Pläne zur Erhöhung des Frauenanteils haben, ist begrenzt, vielfach herrscht noch eine passive Haltung vor. Frauenspezifische Daten werden von den meisten Unternehmen nicht erhoben, es fehlt an Transparenz. Die abgegebenen Erklärungen, den Empfehlungen des DCGK zu entsprechen, spiegelt sich nicht in der tatsächlichen Situation wider, es bestehen daher auch insoweit Zweifel, ob wirklich ein ausreichendes Problembewusstsein bei den meisten Unternehmen vorhanden ist. Es gibt jedoch Anzeichen, dass sich bei dem größeren Teil der führenden Unternehmen zumindest ein Bewusstseinswandel abzeichnet; ob die gesteckten Ziele, die allerdings nicht allzu ehrgeizig erscheinen, erreicht werden, bleibt abzuwarten.

⁸⁷ Vgl. die Stellungnahme des BDI vom 23.3.2011 zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern in Aufsichtsräten börsennotierter Unternehmen (BR-Drs. 87/11), S. 4; der BDI greift lediglich beispielhaft einige Passagen aus besonders positiven Geschäftsberichten von vier DAX30 Unternehmen heraus.

⁸⁸ Vgl. hierzu oben die Ausführungen unter Abschnitt I.

Abschnitt II

Die tatsächliche und rechtliche Situation in Europa

In vielen Ländern Europas und auch auf Gemeinschaftsebene wird die Repräsentanz von Frauen in wirtschaftlichen Führungspositionen in jüngster Zeit intensiv erörtert, insbesondere die Frage nach dem besten Weg zur Erhöhung des Frauenanteils in den Führungs-, Aufsichts- und Verwaltungsratsgremien. Die Gleichstellung von Frauen und Männern bei Entscheidungsprozessen ist einer von fünf Schwerpunktbereichen sowohl der Frauen-Charta - Ein verstärktes Engagement für die Gleichstellung von Frauen und Männern¹ als auch der Strategie für die Gleichstellung von Frauen und Männern 2010 - 2015². In beiden Dokumenten hat die Kommission ihre Absicht bekräftigt, den Anteil von Frauen in verantwortlichen Positionen zu steigern.

I. Die tatsächliche Situation in Europa

Die tatsächliche Beteiligung von Frauen in verantwortlichen Positionen in der Wirtschaft variiert in den verschiedenen Ländern Europas ganz erheblich.

1. Studien zum Frauenanteil in Führungsgremien

Nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission im Report on Progress on Equality between Women and Men in 2010 - The gender balance in business leadership lag der Frauenanteil in den höchsten Gremien (Vorstandspositionen, Verwaltungsräte, Aufsichtsräte) der größten börsennotierten Unternehmen in Europa im Jahr 2010 in Norwegen bei 39 %³, gefolgt von Schweden und Finnland mit jeweils 26 % sowie Lettland, Slowakei und Rumänien mit jeweils etwas über 20 %. Am Ende der Liste rangieren Portugal, Italien, Zypern, Luxemburg und Malta mit weniger als 5 %. Deutschland liegt danach mit etwas über 12 % im unteren europäischen Durchschnitt. Die Kommission hat festgestellt, dass Frauen in Führungspositionen weiterhin signifikant unterrep-

¹ Abrufbar unter http://www.esf.de/portal/generator/13804/property=data/2010__04__28__charta.pdf.

² Abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0491:FIN:DE:PDF>.

³ Vgl. hierzu auch die nachfolgenden Ausführungen unter Abschnitt II.

räsentiert seien und der Fortschritt - von wenigen Ländern abgesehen - sehr langsam sei. Der Frauenanteil in den operativen Führungspositionen der größten börsennotierten Unternehmen liege im Durchschnitt bei 3 %, habe sich gegenüber dem Vorjahr kaum verändert und entspreche in keiner Weise dem Beschäftigungsanteil und Ausbildungsstand der Frauen⁴. Der Report der Europäischen Kommission zieht die Schlussfolgerung, dass es weitere 50 Jahre dauern werde, bevor ein angemessenes Gleichgewicht von Frauen und Männern in Entscheidungs- und Verantwortungspositionen der Wirtschaft erreicht sei, sofern keine deutlichen Anstrengungen zur Steigerung des Frauenanteils unternommen würden. Besonders wichtig sei die Steigerung des Frauenanteils im operativen Bereich, da daraus üblicherweise das Potential für die Besetzung der Verwaltungsratsgremien rekrutiert werde. Bereits im Bericht der Kommission zum Thema Gleichstellung von Frauen und Männern vom 18. Dezember 2009 wurde unter Bezugnahme auf die Datenbank über Frauen und Männer in Entscheidungsprozessen⁵ darauf hingewiesen, dass die Entwicklung hinsichtlich des Frauenanteils in Führungspositionen der Wirtschaft nicht positiv verlaufe.

Im Rahmen eines internationalen Vergleichs von elf ausgewählten Ländern⁶ stellt die bereits genannte aktuelle Studie von McKinsey⁷ hinsichtlich des Frauenanteils in den Vorständen fest, dass Deutschland eine Schlusslichtposition einnehme: Führend sei Schweden mit 17 %, gefolgt von Großbritannien und den USA mit jeweils 14 % und Norwegen mit 12 %; Deutschland liege gemeinsam mit Indien an letzter Stelle mit jeweils 2 % (hinter Russland mit 11 %, China mit 8 %, Frankreich mit 7 % und Spanien und Brasilien mit jeweils 6 %); hinsichtlich der Besetzung der Aufsichtsräte liegt Deutschland nach dieser Studie mit 13 % im Mittelfeld (führend ist danach Norwegen mit 32 %, gefolgt von Schweden mit 27 % und den USA und Frankreich mit je 15 %; Schlusslichter sind China und Indien mit 6 % bzw. 5 %). Diese Untersuchung hat auch nach Branchen differenziert und insoweit erwartungsgemäß erhebliche Unterschiede hinsichtlich des durchschnittlichen Frauenanteils bei der Besetzung der Vorstände und Boards festgestellt (Zahlen speziell für Deutschland liegen nicht vor): Gebrauchsgüter und Einzelhandel 12 % bzw. 16 %; Telekommunikation, Medien und Unterhaltung 11 % bzw. 16 %; Finanzen und Versicherungen 11 % bzw. 15 %; Wissenschaft und

⁴ Der Bericht ist abrufbar unter <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=418>; es ist der erste jährliche Bericht, der nach der Annahme der Strategie Europa 2020 und der neuen Strategie der Kommission für Gleichberechtigung zwischen Frauen und Männern vorgelegt wird.

⁵ Abrufbar unter <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=764&langId=de>.

⁶ USA, Brasilien, Schweden, Norwegen, Großbritannien, Frankreich, Spanien, Deutschland, Russland, Indien und China.

⁷ Women Matter 4, 2010, abrufbar unter

http://www.mckinsey.de/downloads/publikation/women_matter/Women_Matter_4_brochure.pdf;s. hierzu auch die Ausführungen im Abschnitt I und im Abschnitt IV.

Technologie 13 % und 14 %; Gesundheit 8 % bzw. 13 %; Industrie 6 % bzw. 10 %; Energie, Rohstoffe und Umwelt 7 % bzw. 10 %; Transport, Logistik und Tourismus jeweils 9 %; Immobilien und Infrastruktur 8 % bzw. 6 %.

Nach dem EPWN Bord Women Monitor 2010⁸ des European Professional Women's Network, der insgesamt 334 Unternehmen unterschiedlicher Branchen mit einer bestimmten Mindestmarktkapitalisierung⁹ in 17 europäischen Ländern¹⁰ im Zeitraum 2004 bis 2010 untersucht hat, ist in den meisten Ländern ein maßvoller Anstieg des Frauenanteils in Führungspositionen zu verzeichnen. Im Schnitt lag der Frauenanteil nach dieser Studie 2004 bei 8 %, 2006 bei 8,5 %, 2008 bei 9,7 % und 2010 bei 11,7 %; in Deutschland lag der Anteil 2004 bei etwa 9 %, fiel 2006 auf etwa 7 % und stieg 2008 auf 7,8 % und 2010 auf 8,5 %. Deutschland liegt nach dieser Analyse damit an vierletzter Stelle (vor Luxemburg, Italien und Portugal).

Der bereits genannte Phönix Report¹¹ kommt ebenfalls zu dem Ergebnis, dass der Anteil weiblicher Vorstandsmitglieder gering ist. In Nordeuropa lag er nach dieser Studie im Schnitt bei knapp 13 %, in Osteuropa bei 8,1 %. Mitteleuropa folgt in großem Abstand mit durchschnittlich 3,2 %. Am Schluss stehen Südeuropa mit 2,5 %, Großbritannien und Irland mit 2,4 % und Spanien und Portugal mit 2,2 %.

In einer aktuellen Untersuchung der Personalberatung Egon Zehnder International¹², die sich mit den Führungs- und Kontrollgremien in Europa befasst hat, wurde ermittelt, dass die Frauenbeteiligung 2010 im europäischen Durchschnitt bei 12,2 %¹³ liegt, wobei ein deutlicher Unterschied festzustellen ist hinsichtlich des Anteils bei den geschäftsführenden (4,2 %) und den nicht geschäftsführenden Mitgliedern der Boards (14,3 %). Bei den großen deutschen Unternehmen dagegen liegt der errechnete

⁸ Abrufbar unter http://www.europeanpwn.net/files/europeanpwn_boardmonitor_2010.pdf.

⁹ Market capital over 1 bn £.

¹⁰ Norwegen, Schweden, Finnland, Niederlande, Dänemark, Großbritannien, Österreich, Frankreich, Belgien, Spanien, Griechenland, Irland, Schweiz, Deutschland, Luxemburg, Italien und Portugal.

¹¹ S. hierzu die Ausführungen im Abschnitt I.

¹² Die Studie European board diversity analysis 2010 - Is it getting easier to find women on European boards? ist abrufbar unter <http://www.egonzehnder.com/de/thoughtleadership/publications/publication/id/17500252>. Untersucht wurden in dieser Studie über mehrere Jahre die Frauenbeteiligung in den europäischen Boards der 340 der größten Unternehmen (gemessen am Börsenwert) in 17 verschiedenen Ländern Europas (Österreich, Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Italien, Luxemburg, Niederlande, Norwegen, Portugal, Irland, Spanien, Schweden, Schweiz und Großbritannien), davon 36 Unternehmen aus Deutschland. Der Untersuchung zugrunde gelegt wurde zum Teil ein etwas weiter verstandener Begriff von Führungspositionen. In Deutschland wurden nicht nur die Aufsichtsräte einbezogen, sondern auch die Vorstandspositionen.

¹³ 2008: 9,7 %, 2006: 8,3 % und 2004: 8,0 %.

Durchschnittsanteil bei nur 8,7 %¹⁴ (2,3 % bei den Vorstandspositionen, 10,9 % bei den Aufsichtsratspositionen); die skandinavischen Länder nehmen auch nach dieser Studie die Spitzenpositionen ein (Norwegen 31,9 %¹⁵, Finnland 28,8 %¹⁶, Schweden 28,7 %¹⁷), die Niederlande kommen auf 14,6 %¹⁸, Frankreich auf 12,4 %¹⁹, Belgien auf 11,6 %²⁰, Österreich auf 10,8 %²¹ und Spanien auf 10,3 %²². Im eigentlichen Leitungsbereich (executive board members) liegt danach der durchschnittliche Frauenanteil bei 4,2 %, bei den sonstigen Mitgliedern (non-executive board members) bei 14,3 %. Auch eine Analyse nach verschiedenen Branchen wurde vorgenommen: Die Frauenbeteiligung schwankt insoweit zwischen 31,3 % (Haushaltsprodukte) und 4,7 % (Stahl- und Metallindustrie); die frauenspezifischen Branchen haben erwartungsgemäß meist den höchsten Frauenanteil²³. Der Studie zufolge ist im europäischen Durchschnitt in den vergangenen Jahren ein deutlicher Fortschritt zu verzeichnen. Von den drei großen europäischen Wirtschaftsnationen (Deutschland, Frankreich und Großbritannien) sei nur in Frankreich ein merklicher Anstieg der Frauenbeteiligung (von 4,8 % auf 12,4 %) zu verzeichnen. Bei einer Betrachtung der 4-Jahres-Veränderung (von 2006 bis 2010) liegt die Bundesrepublik an zweitletzter Stelle. Die Untersuchung zieht den Schluss, dass es für Deutschland wenig Anzeichen gäbe, dass sich die Situation rasch verbessern werde. Analysiert wurde auch die Neubesetzung der Positionen in den letzten zwölf Monaten. Im europäischen Durchschnitt sind 20,4 % der neu zu vergebenden Stellen an Frauen gegangen; besonders hoch war der Anteil in Schweden und Frankreich mit 36,4 % und 37,8 %, Deutschland dagegen liegt insoweit mit 7,8 % vor Österreich und Luxemburg an drittletzter Stelle. Untersucht wurde schließlich auch der Anteil der Frauen (und Männer), die Mehrfachmandate innehaben: Der Anteil bei den Frauen liegt im europäischen Durchschnitt bei 13,4 % (Männer und Frauen zusammen: 13,7 %), in Deutschland bei 6,5 % (Männer und Frauen zusammen: 12,0 %) und in Norwegen bei 8,8 % (Männer und Frauen zusammen: 4,9 %)²⁴. Zur Situation in

¹⁴ 2008: 7,8 %, 2006: 7,2 % und 2004: 10,0 %.

¹⁵ 2008: 44,2 %, 2006: 28,8 % und 2004: 22,0 %; die Tatsache, dass 2010 nur ein Prozentsatz von 31,9 errechnet worden ist, liegt nach Angaben der Analysten daran, dass diese Erhebung auch andere Führungsebenen einbezogen hat.

¹⁶ 2008: 25,7 %, 2006: 20,0 % und 2004: 14,0 %.

¹⁷ 2008: 26,9 %, 2006: 22,8 % und 2004: 20,0 %.

¹⁸ 2008: 12,3 %, 2006: 6,5 % und 2004: 7,0 %.

¹⁹ 2008: 7,6 %, 2006: 7,0 % und 2004: 6,0 %.

²⁰ 2008: 7,0 %, 2006: 4,2 % und 2004: 3,0 %.

²¹ 2008: 9,2 %, 2006: 6,8 % und 2004: 7,0 %.

²² 2008: 6,6 %, 2006: 4,3 % und 2004: 3,0 %.

²³ Tabak- und Papierindustrie rangieren aber ebenfalls ganz oben mit einer Frauenbeteiligung von 27 % und 24 %.

²⁴ Die Zahlen belegen, dass die Behauptung, das norwegische Gesetz habe zu einer ausgeprägten Tendenz zu Mehrfachberufungen geführt - so z.B. Müller bei der Sachverständigen-Anhörung - so

Deutschland (sowie in Frankreich und den Niederlanden) weist die Studie darüber hinaus darauf hin, dass das Problem insbesondere darin liege, dass häufig nur jeweils eine einzelne Frau in den Gremien vertreten sei; für das Bewirken nachhaltiger Veränderungen sei dies nicht ausreichend²⁵.

Auch ein Bericht des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung kommt zu dem Ergebnis, dass sich in den letzten vier Jahren wenig geändert habe²⁶.

2. **Fazit**

In ganz Europa sind Frauen in verantwortlichen Positionen unterrepräsentiert, ein rascher Fortschritt ist nicht festzustellen. Die Verteilung der Führungspositionen auf Frauen und Männer variiert in den einzelnen Ländern ganz erheblich. Im Ranking der Nationen nimmt Deutschland bei der Besetzung der Vorstandsposten - je nach Erhebung - eine Position im unteren Drittel bzw. eine Schlusslichtstellung ein; bei der Verteilung der Aufsichtsratsmandate rangiert Deutschland - je nach Untersuchung im Durchschnitt bzw. im unteren Drittel, wobei noch die relativ hohe Entsendungsrate von Frauen in Aufsichtsräte auf Arbeitnehmerseite als Folge des deutschen Mitbestimmungsrechts berücksichtigt werden muss. Für die meisten Länder wird ein maßvoller bis deutlicher Anstieg des Frauenanteils in verantwortlichen Stellen konstatiert. In Deutschland dagegen sind die Verbesserungen nur gering. Es werden nur wenig Anzeichen gesehen, dass sich die Situation in Deutschland rasch verbessern werde. Der Frauenanteil bei den Neubesetzungen in jüngster Zeit war unterdurchschnittlich.

II. **Die rechtliche Situation in ausgewählten Ländern Europas**

In einigen europäischen Staaten wurden in den letzten Jahren gesetzliche Maßnahmen vorbereitet bzw. umgesetzt, um die Präsenz von Frauen in den Führungsgremien der Unternehmen zu erhöhen. Gesetzlich vorgeschriebene Geschlechterquoten gibt es bislang in Norwegen, Island, Spanien und Frankreich. Andere Staaten setzen dagegen primär auf freiwillige Maßnahmen.

nicht zutreffend ist. Die Anzahl der Mehrfachmandate bei Frauen liegt dort immer noch deutlich unter dem europäischen Schnitt der Mehrfachmandate und auch unter dem Schnitt in Deutschland.

²⁵ Vgl. zum Problem der „kritischen Masse“ auch die Ausführungen im Abschnitt VII.

²⁶ Bericht des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, einer der Bundesagentur für Arbeit unterstehenden Forschungseinrichtung, 2010, Kohaut/Möller, IAB-Kurzbericht 6/2010.

1. Norwegen

Als erstes Land der Welt hat Norwegen eine gesetzlich vorgeschriebene Mindestbeteiligungsquote für beide Geschlechter in den Verwaltungsräten eingeführt. Dazu wurde sowohl das norwegische Gleichstellungsgesetz²⁷ geändert als auch das norwegische Unternehmensgesetz angepasst²⁸. Die Quote bezieht sich auf staatliche, kommunale und private Aktiengesellschaften und ist grundsätzlich unabhängig von der Börsennotierung. Das norwegische Gesetz entstand unter der damaligen bürgerlichen Regierung auf Initiative des konservativen Wirtschaftsministers Ansgar Gabrielsen und fand eine breite politische Unterstützung im Parlament²⁹.

a) Organisationsverfassung der Kapitalgesellschaften

Das norwegische System folgt grundsätzlich dem monistischen Modell der Organisationsverfassung (Board-System). Nur ein Organ ist zur Unternehmensleitung und -kontrolle vorgesehen: der Verwaltungsrat.³⁰ Ihm obliegen die allgemeine Geschäftsleitung³¹, die Verwaltung der Gesellschaft und die Organisation der Geschäftstätigkeit. Zudem überwacht und kontrolliert er den Geschäftsführer und die Geschäftstätigkeit an sich. Er wird durch die Hauptversammlung gewählt, soweit nicht die Beschäftigten verlangen können, dass eine bestimmte Anzahl von Mitgliedern des Verwaltungsrats aus ihren Reihen gewählt wird. Gleichzeitig enthält das norwegische Modell jedoch auch Elemente des dualistischen Systems: In Unternehmen mit mehr als 200 Beschäftigten ist zusätzlich zum Verwaltungsrat ein Aufsichtsorgan mit zwölf oder mehr Mitgliedern³² vorgesehen. Die Aktionärshauptversammlung wählt zwei Drittel der Mitglieder dieses Aufsichtsorgans, das andere Drittel wird von den Arbeitnehmern aus ihren Reihen gewählt. Quotenbestimmungen für dieses Aufsichtsorgan gibt es nicht. Sofern ein Aufsichtsorgan eingerichtet ist, obliegt diesem die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats; die Beschäftigten kön-

²⁷ „Likestillingsloven“, englische Version abrufbar unter <http://www.regjeringen.no/en/doc/Laws/Acts/The-Act-relating-to-Gender-Equality-the-.html?id=454568>, 14.09.2010.

²⁸ „Allmennaksjeloven“, im Folgenden AASL, englische Version abrufbar unter http://www.oslobors.no/ob_eng/obnewsletter/download/20fd77664bccdf3f6b8cb0dc95eeb7bb/file/file/Norwegian%20Public%20Limited%20Liability%20Companies%20Act.pdf, 14.9.2010.

²⁹ Nur die dem rechten politischen Spektrum angehörende Fortschrittspartei (Fremskrittspartiet) stimmte gegen die gesetzliche Neuregelung.

³⁰ Norwegisch Styret, das sog. Board of Directors.

³¹ Es müssen jedoch Geschäftsführer bestellt werden, denen die Aufgabe der laufenden Geschäftsleitung übertragen wird; die Mitglieder der Geschäftsführung haben in Norwegen meist keinen Sitz im Verwaltungsrat. Die Gesamtverantwortung für die unternehmerische Tätigkeit verbleibt beim Verwaltungsrat, die Geschäftsführung ist diesem gegenüber weisungsgebunden.

³² Die sog. Corporate Assembly.

nen aber verlangen, dass bis zu einem Drittel der Verwaltungsratssitze³³ aus ihren Reihen gewählt werden. Unternehmen können allerdings beschließen, ein solches Aufsichtsorgan nicht einzurichten, sofern die Mehrheit der Beschäftigten des Unternehmens dem zustimmt bzw. das Unternehmen sich mit den lokalen Gewerkschaften einigt.

b) Gesetzliche Vorgaben

Der norwegische Gesetzgeber führte zum 1. Januar 2004 ein Gesetz ein, das staatliche und kommunale Aktiengesellschaften bzw. Gesellschaften mit beschränkter Haftung sowie private Aktiengesellschaften dazu verpflichtet, einen bestimmten Mindestanteil der Verwaltungsratsmandate mit Vertretern beider Geschlechter zu besetzen; ausgenommen von der Quotenpflicht sind die privaten Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Das norwegische Gesetz ist geschlechterneutral formuliert, bezweckt aber den faktischen Gegebenheiten entsprechend die Förderung der Präsenz von Frauen in den norwegischen Verwaltungsräten. Die geforderte Mindestbeteiligung unter den von der Hauptversammlung gewählten Verwaltungsratsmitgliedern ist nach der Verwaltungsratsgröße gestaffelt und gilt auch für die stellvertretenden Mitglieder.

<u>Größe der Verwaltungsräte</u>	<u>Besetzung³⁴</u>
2-3 Mitglieder	Beide Geschlechter müssen vertreten sein
4-5 Mitglieder	Beide Geschlechter müssen mit mindestens 2 Personen vertreten sein
6-8 Mitglieder	Beide Geschlechter müssen mit mindestens 3 Personen vertreten sein

³³ Mindestens jedoch zwei Mitglieder.

³⁴ Vgl. § 6 - 11 a AASL. Die Grenzsätze entsprechen den Vorgaben des norwegischen Gleichstellungsgesetzes, das die bei Wahlen etc. zu erzielenden Quoten gesetzlich festlegt, vgl. § 21 Ligestillingsloven.

9 Mitglieder	Beide Geschlechter müssen mit mindestens 4 Personen vertreten sein
Ab 9 Mitglieder	Beide Geschlechter müssen zu mindestens 40 % vertreten sein

Für die Verwaltungsratsmitglieder, die von und aus den Reihen der Beschäftigten gewählt werden, gilt gem. §6 - 11a Abs. 2 AASL eine eigenständige Quotenbestimmung. Sofern zwei oder mehr Mitglieder von den Beschäftigten gewählt werden, müssen beide Geschlechter vertreten sein; dies gilt allerdings nicht, wenn der Anteil eines Geschlechts bei den Beschäftigten zum Zeitpunkt der Wahl ihrer Vertreter weniger als 20 % beträgt.

c) Sanktionen

Bei Nichteinhaltung der gesetzlichen Vorgaben kann zunächst das Handelsregister eine angemessene Frist zur Abhilfe setzen, als primäre Rechtsfolge kann gem. § 16 - 17 Abs. 3 AASL eine monetäre Verwaltungsstrafe verhängt werden³⁵. Vom Zeitpunkt der Abmahnung an bleibt dem Unternehmen eine Frist von allenfalls zwei Monaten, bevor die Sache dem zuständigen Gerichtshof übergeben wird. Ursprünglich drohte das Gesetz mit der sofortigen Zwangsliquidation durch Gerichtsbeschluss gem. § 16 - 15 Abs. 1 Nr. 2 AASL, wenn der prozentuale Anteil der Frauen an den Verwaltungsratspositionen nicht eingehalten wird. Diese unmittelbar umzusetzende Sanktion erschien jedoch unverhältnismäßig, so dass eine im Februar 2007 ergangene Gesetzesänderung eine Fristerstreckung vorsah. Nunmehr kann bei Vorliegen besonderer Gründe ausnahmsweise die Auferlegung einer monetären Verwaltungsstrafe als primäre Rechtsfolge gesetzt und damit die Auflösung der Gesellschaft zunächst abgewendet werden, falls das Ministerium für Wirtschaft und Handel dies unter Berufung auf substantielle soziale Erwägungen für erforderlich

³⁵ Dies erfolgt beim Vorliegen besonderer Gründe sowie Zustimmung durch die norwegische Wirtschaftskammer NHO.

hält³⁶. Wenn die Quote weiterhin nicht eingehalten wird, ist eine Zwangsliquidation einzuleiten.

d) **Umsetzung**

Der gesamte Prozess vom ersten Entwurf bis zur vollständigen Umsetzung dauerte zehn Jahre. Für die staatlichen (und interkommunalen) Unternehmen trat die Regelung bereits zum 1. Januar 2004 in Kraft, die Übergangsperiode dauerte bis zum 1. Januar 2006. Den privaten Aktiengesellschaften, die vor Inkrafttreten der Bestimmung bereits an der Börse notiert waren, wurde eine zweijährige Frist gewährt, um die erforderlichen Quotenbestimmungen zu erfüllen. Als begleitende Maßnahme wurde eine Empfehlung³⁷ im Corporate Governance Kodex aufgenommen. Für die Aktiengesellschaften trat das Gesetz verbindlich zum 1. Januar 2006 in Kraft, nachdem die Unternehmen bis dahin die Vorgaben auf freiwilliger Basis nicht erfüllt hatten. Für die Umstellung wurde ihnen eine nochmalige zweijährige Übergangsfrist eingeräumt, so dass sie die Quoten erst 2008 erfüllen mussten. Neugegründete Aktiengesellschaften wurden bereits seit 2006 nur noch unter der Bedingung der Einhaltung der Quote an der Börse zugelassen.

Die Einführung der Quotenregelung wurde in Norwegen mit vorbereitenden Kursen für „Styrekompetanse“³⁸ der norwegischen Wirtschaftskammer (NHO³⁹) flankiert, bei dessen erfolgreichem Abschneiden den Frauen ein Zeugnis überreicht wird, das zur Eintragung in eine zertifizierte Datenbank der NHO befähigt. Die Unternehmen können dann bei der Nominierung der zu wählenden Verwaltungsratsmitglieder auf einen umfassenden Pool an kompetenten und hochqualifizierten Frauen für ihre Aufsichtsräte zugreifen. Das ebenfalls von der NHO zwischen 2002 und 2005 angebotene Programm Female Future basierte auf drei Säulen: Monitoring potenzieller Kandidatinnen durch CEO's ausgewählter Unternehmen, individuell zugeschnittene Weiterbildung in Finanzwesen, Recht, Strategie etc. und einem Follow-Up, um Instrumente weiter zu entwickeln.

³⁶ Das Ministerium hat diese Befugnis vom König delegiert bekommen, § 16 - 17 Abs. 3 AASL.

³⁷ Ausgewogene Verteilung der Verwaltungsmandate auf beide Geschlechter.

³⁸ Norwegisch für Verwaltungsratskompetenz.

³⁹ Confederation of Norwegian Business and Industry.

Der Frauenanteil in den Boards ist infolge der gesetzlichen Regelung steil angestiegen von 6 % (2002) auf über 40 % (2009)⁴⁰. Berichten zufolge hatten bereits im April 2008 alle betroffenen Unternehmen die Quote erfüllt⁴¹. Der Frauenanteil in den höchsten Gremien der größten börsennotierten Unternehmen in Norwegen betrug im Jahr 2009 42 %, nach Datensammlungen im September und Oktober 2010 hat sich dieser Anteil auf 39 % verringert⁴². Innerhalb der Räte besteht jedoch weiterhin eine Geschlechterhierarchie, lediglich 5 % der Vorsitzenden sind Frauen und nur 2 % der an der Osloer Börse notierten Unternehmen haben eine Geschäftsführerin. In den größten Unternehmen sind 10 % der höchsten Führungspositionen mit Frauen besetzt⁴³. Einige Unternehmen haben ihre Statuten geändert und sich in eine AS umgewandelt⁴⁴, insbesondere in der Anfangszeit; allerdings stellte sich bei näherer Betrachtung heraus, dass der Hauptgrund für den Wechsel der Rechtsform wohl eine zum gleichen Zeitpunkt in Kraft tretende andere gesetzliche Vorschrift war, die das Erfordernis der Börsennotierung für Finanzanlagegesellschaften entfallen ließ⁴⁵. Ob es derzeit insgesamt mehr oder weniger börsennotierte Unternehmen gibt als vor Einführung des Gesetzes, war nicht verlässlich zu ermitteln⁴⁶. Jedenfalls gibt es derzeit wohl mehr börsennotierte ausländische Unternehmen als vor Einführung des Quotengesetzes⁴⁷. Widersprüchlich sind die Berichte über die Auswirkungen der gesetzlichen Regelungen auf Unternehmen, die dem Anwendungsbereich nicht unterfallen. Nach Angaben der Europäischen Kommission seien keine Auswirkungen insoweit festzustellen⁴⁸. Anderen Berichten zufolge sei der Frauenanteil in den Verwaltungsräten auch der kleineren Gesellschaften, für die die Quote nicht verbindlich ist, gesteigert worden⁴⁹. Nach Angaben von Marit Hoel, der Leiterin des norwegischen Forschungsinstituts Center for Corporate Diversity, haben auch diese

⁴⁰ Storvik/Teigen, Das norwegische Experiment - eine Frauenquote für Aufsichtsräte, Friedrich-Ebert-Stiftung 2010, 9, abrufbar unter

http://www.fes.de/aktuell/documents2010/100705_Frauenquote.pdf

⁴¹ Eine am 1.1.2008 vom norwegischen statistischen Zentralamt durchgeführte Statistik erwies, dass damals bereits 78 % der Gesellschaften dem Gesetz nachgekommen waren, abrufbar unter http://www.ssb.no/ner_en/, 13.09.2010., vgl. auch <http://www.sueddeutsche.de/karriere/frauenquote-in-europa-das-ende-der-ausreden-1.19016>, 9.9.2010.

⁴² Angaben aus der Datenbank der EU-Kommission Frauen und Männer in Entscheidungsprozessen, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=764&langId=de>; vgl. auch den Wochenbericht des DIW Berlin Nr. 4/2010, S. 9

⁴³ Storvik/Teigen, S. 9

⁴⁴ Die einfache „aksjeselskap“.

⁴⁵ Traufetter, Have Gender Quotas Really Helped Norwegian Women?, Spiegel Online International v. 17. 2. 2011, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/international/zeitgeist/bild-745664-181194.html>

⁴⁶ Im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung erklärte Wolf, dass es derzeit in Norwegen 362 börsennotierte Unternehmen gebe gegenüber 554 vor Einführung der Quotenbestimmung.

⁴⁷ Beyer/Voigt, Die Machtfrage, in: Der Spiegel, Heft 5 vom 31.1.2011

⁴⁸ Vgl. den Report on Progress on Equality between Women and Men in 2010, S. 58, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=418>

⁴⁹ <http://www.zeit.de/online/2008/11/frauen-norwegen-quote?page=3>.

Unternehmen im Durchschnitt mit 26,9 % einen sehr hohen Frauenanteil in den obersten Gremien⁵⁰. Die Europäische Kommission hat festgestellt, infolge der Quotengesetzgebung stünden nunmehr eine höhere Anzahl qualifizierter Frauen für Spitzenpositionen zur Verfügung⁵¹. Hinsichtlich des Ausmaßes der Mehrfachmandate bei den weiblichen Mitgliedern der Boards wird auf die Ausführungen unter I. verwiesen. Nach der genannten Studie der Friedrich-Ebert-Stiftung werden die gesetzlichen Quotenbestimmungen mittlerweile nur noch wenig diskutiert und sind weitgehend akzeptiert. Verbandsberichte über Probleme bei der Umsetzung lägen nicht vor. Die neuen Vertreterinnen im Aufsichtsrat seien im Schnitt jünger und besser ausgebildet als ihre männlichen Kollegen. Die bereits genannte Studie der Frankfurt School of Finance & Management weist darauf hin, dass die Einführung der verbindlichen Mindestgeschlechterquote per Gesetz in Norwegen Gegenstand einiger Studien gewesen sei, die zu einer sehr positiven Einschätzung gekommen seien. Negative Effekte seien nicht eingetreten; zudem habe die gesetzliche Regelung in Norwegen auch eine positive Entwicklung in den übrigen skandinavischen Ländern bewirkt⁵².

2. Island

Island hat am 4. März 2010 ein Gesetz verabschiedet, das eine verbindliche Quotenregelung für öffentliche und private Unternehmen mit mehr als 50 Beschäftigten vorsieht⁵³.

a) Organisationsverfassung der Kapitalgesellschaften

Auch das isländische System folgt grundsätzlich dem monistischen Modell der Organisationsverfassung (Board-System). Erforderlich ist ein mindestens dreiköpfiges Leitungsgremium („board of directors“) sowie ein bis drei Geschäftsführer, die regelmäßig nicht dem Leitungsgremium angehören.

b) Gesetzliche Vorgaben

Das isländische Gesetz sieht wohl vor, dass in Verwaltungsräten, die aus drei Mitgliedern bestehen, beide Geschlechter vertreten sein müssen. In Verwaltungsräten,

⁵⁰ Handelsblatt vom 11.2.2011.

⁵¹ Vgl. den Report on Progress on Equality between Women and Men in 2010, S. 58

⁵² Nachweise dieser Studie bei Rudolph, S. 21.

⁵³ <http://www.domsmalaraduneyti.is/media/Skyrslur/CCPR-5th-periodic-report-Iceland.pdf>

die aus mehr als drei Mitgliedern bestehen, müssen beide Geschlechter zu mindestens 40 % vertreten sein. Weitergehende Informationen waren nicht zu beschaffen, da der Gesetzestext bislang in englischer Version nicht zugänglich ist.

c) **Umsetzung**

Das Gesetz soll ab dem Jahr 2013 greifen⁵⁴.

3. **Spanien**

Spanien hat auf Initiative der sozialistischen Regierungsfraktion PSOE als erster Mitgliedstaat der EU ein Gesetz zur Gleichstellung der Geschlechter in Politik und Privatwirtschaft verabschiedet, das „Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres“⁵⁵.

a) **Organisationsverfassung der Kapitalgesellschaften**

Auch das spanische System folgt dem monistischen Verwaltungsratsmodell. Die Unternehmensführung obliegt einem Verwaltungsrat⁵⁶, dessen Satzung die Geschäftsführung regelt. Diese wird entweder durch einen geschäftsführenden Vorstand oder einen Verwalter übernommen. Der Verwaltungsrat kontrolliert die Gesellschaft. Die Hauptversammlung ernennt und entlässt die Mitglieder des Verwaltungsrats und entscheidet über Satzung und Gewinnverwendung.

b) **Gesetzliche Vorgaben**

Das verfassungsergänzende Gesetz zur tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern wurde am 15. März 2007 vom spanischen Parlament verabschiedet, es will verschiedene europäische Richtlinien im Zusammenhang mit der Gleichstellung der Geschlechter umsetzen. Das umfassende Gesetz erstreckt sich auf viele Bereiche der spanischen Gesellschaft, u. a. änderte es auch das allgemeine spanische Wahlgesetz von 1985 mit dem Ziel, ein ausgewogenes Verhältnis beider Ge-

⁵⁴ Vgl. die Ausführungen im Report on Progress on Equality between Women and Men in 2010, S. 59.

⁵⁵ Gesetz für die Herstellung der effektiven Gleichberechtigung zwischen Männern und Frauen, verabschiedet am 15. März 2010, veröffentlicht im Boletín Oficial del Estado número 71, del viernes 23 de marzo de 2007 (BOE nº 71 de 23/3/2007), in Kraft getreten am 24. März 2007.

⁵⁶ Den sog. Administradores.

schlechter in politischen Funktionen zu sichern⁵⁷. Titel VII des Gleichstellungsgesetzes formuliert dessen Vorgaben an die Unternehmen. Das Gesetz schreibt in Art. 75 eine „ausgewogene“ Repräsentanz⁵⁸ von Frauen und Männern in den Aufsichtsräten der staatlichen und privaten Kapitalgesellschaften⁵⁹ vor. Eine „ausgewogene“ Repräsentanz liegt demnach dann vor, wenn ein Geschlecht weder mehr als 60 % der Mitglieder überschreitet, noch 40 % unterschreitet⁶⁰. Von den Bestimmungen ausgenommen sind Gesellschaften, die zur Erstellung einer vereinfachten Gewinn- und Verlustrechnung berechtigt sind⁶¹. Dies gilt für Unternehmen, die eine Bilanzsumme von maximal 11.400.000 Euro und Umsatzerlöse von maximal 22.800.000 Euro nicht überschreiten und nicht mehr als 250 Mitarbeiter/innen beschäftigen. Kleinere und mittelständische Unternehmen können die gesetzlichen Vorgaben freiwillig einführen. Zudem müssen Unternehmen mit mehr als 250 Beschäftigten Gleichstellungspläne zur Förderung weiblicher Beschäftigung in allen Berufen und Hierarchien aufstellen. Sie werden verpflichtet, in den Tarifgesprächen mit den Gewerkschaften konkrete Maßnahmen zur Förderung des unterrepräsentierten Geschlechts auszuhandeln. Außerdem müssen sie Gleichstellungspläne aufstellen, um die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts am Arbeitsplatz zu verhindern; dazu gehören auch Maßnahmen gegen sexuelle Belästigung.

Die konservative „Partido Popular“ hatte gegen das Gleichstellungsgesetz Rechtsmittel vor dem Verfassungsgericht eingelegt. In seinem Urteilsspruch vom Januar 2008⁶² bestätigte das Verfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes.

c) Sanktionen

Noch ist nicht geregelt, welche Sanktionsmaßnahmen für den Fall der Nichteinhaltung der Quote Anwendung finden sollen. Gem. Art. 34f des Gleichstellungsgesetzes müssen die Unternehmen allerdings für den Fall, dass sie sich nicht an die Vor-

⁵⁷ Das Verhältnis ist dann ausgewogen, wenn ein Geschlecht zu mind. 40 %, aber gleichzeitig maximal zu 60 % vertreten ist.

⁵⁸ „presencia equilibrada“, vgl. Art. 16 bzw. 75 des Gesetzes.

⁵⁹ Sociedades Mercantiles.

⁶⁰ Vgl. Titel VIII, Abschnitt „Disposición Adicional Primera“ des Gesetzes.

⁶¹ Vgl. hierzu Art. 190 Abs. 1 Ley de sociedades de responsabilidad limitada (Spanisches GmbH-Gesetz) bzw. Art. 176 Abs. 1 Ley de Sociedades Anónimas (Spanisches Aktiengesellschaftsgesetz) in der bis September 2010 gültigen Fassung. Die beiden Gesetze wurden zusammengeführt zu einem neuen Gesetz, nämlich dem Ley de Sociedades de Capital. Art. 258 dieses Gesetzes entspricht inhaltlich den bisherigen Regelungen.

⁶² Constitutional Court Judgment No. 12/2008, of January 29, abrufbar in englischer Sprache unter <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/restrad/Paginas/JCC122008en.aspx>, 9.9.2010.

gaben halten, damit rechnen, dass Subventionen, etwa zur Frauenförderung, gestrichen werden. Außerdem kann der Staat bei der Vergabe von Aufträgen diejenigen Unternehmen, die eine geschlechtergerechte Politik verfolgen, gem. Art. 34 Abs. 2 begünstigen. Maßstab dafür ist ein so genannter Index, der das Engagement der jeweiligen Unternehmen misst. Unternehmen, die Frauen besonders fördern, werden mit einem Gütesiegel ausgezeichnet. Ferner schreibt das spanische Gleichstellungsministerium einen Preis für jene Unternehmen aus, die geschlechtergerechte Vorgaben am besten umsetzen.

d) **Umsetzung**

Der spanische Gesetzgeber gewährt den Gesellschaften eine achtjährige Übergangsfrist⁶³ zur Erreichung der Schwellen, bis zum Jahr 2015 muss der Frauenanteil in den Verwaltungsräten der Unternehmen mindestens 40 % betragen. Entgegen dem ursprünglichen Gesetzesentwurf sind keine verpflichtenden Stufen zur schrittweisen Einführung der Quote vorgesehen⁶⁴. Bis zum Ende der Übergangszeit können die Unternehmen im Rahmen des Corporate Governance Kodex⁶⁵ freiwillig auf eine ausgewogene Verteilung von Männern und Frauen in den Verwaltungsräten hinarbeiten und mehr Frauen in das unternehmensleitende Board berufen. In diesem Fall müssen sie eine entsprechende Erklärung im Kodex abgeben⁶⁶. Die ersten Erklärungen gingen im ersten Halbjahr 2008 ein.⁶⁷

Eine österreichische Untersuchung (März 2010) stellte fest, dass der Frauenanteil in den spanischen Gremien seit 2006 um 150 % zugenommen habe⁶⁸. Nach Angaben der Europäischen Kommission, basierend auf Datensammlungen von September/Oktober 2010 liegt der Frauenanteil in den höchsten Entscheidungsgremien der größten börsennotierten Unternehmen nunmehr bei 10 % gegenüber einem Anteil von 4 % im Jahr 2006⁶⁹. Auch die bereits genannte Studie Egon Zehnder Internati-

⁶³ Das spanische Gleichberechtigungsgesetz wurde am 24. März 2007 eingeführt, die Umsetzung der Quote muss daher bis zum 24. März 2015 erfolgen.

⁶⁴ Der ursprüngliche Entwurf sah 10-Prozent-Schritte pro Jahr vor, innerhalb von 4 Jahren wäre dementsprechend die vorgeschriebene Quote von 40 % erreicht.

⁶⁵ Vgl. „Unified Corporate Governance Code (UCGC)“, abrufbar unter www.cnmv.es/index.htm, 8.9.2010.

⁶⁶ Diese Erklärung soll Auskunft über die Beteiligung im Hinblick auf das Geschlecht, etwaige Gründe für die geringe Präsenz eines Geschlechts und eventuelle Maßnahmen, um gegen diese geringe Präsenz vorzugehen, enthalten.

⁶⁷ Vgl. <http://www.ak-tirol.com/bilder/d65/FraueninChefetagen.pdf>, 8.9.2010.

⁶⁸ <http://wien.arbeiterkammer.at/online/page.php?P=68&IP=53827&AD=0&REFP=5549>

⁶⁹ Datenbank der EU-Kommission Frauen und Männer in Entscheidungsprozessen; vgl. auch den Report on Progress on Equality between Women and Men in 2010, S. 58

onal ist zu dem Ergebnis gelangt, dass 2010 der Frauenanteil bereits bei 10,3 % lag gegenüber dem Anteil von 4,3 % im Jahr 2004. Damit ist der Frauenanteil zwar immer noch gering, jedoch ist nach Einführung der gesetzlichen Quote ein erhebliches Wachstum zu verzeichnen.

4. **Frankreich**

Im Januar dieses Jahres ist in Frankreich ein Gesetz mit einer Quotenregelung zum Ausgleich des Frauen- und Männeranteils in Aufsichts- und Verwaltungsräten und zur Gleichberechtigung am Arbeitsplatz verabschiedet worden⁷⁰. Danach müssen binnen sechs Jahren Aufsichts- und Verwaltungsräte (nicht die Vorstände) je zu 40 % mit Frauen besetzt sein.

a) **Organisationsverfassung der Kapitalgesellschaften**

In Frankreich sind beide Organisationssysteme zu finden, seit 1966 haben die Gründer einer Aktiengesellschaft die Wahl zwischen einem monistischen und einem dualistischen System.

Beim traditionell monistischen Verwaltungsratsmodell ist die Generaldirektion mit der täglichen Geschäftsführung betraut, während dem Verwaltungsrat⁷¹ die reine Richtlinienkompetenz in der Praxis zukommt. Die Hauptversammlung wählt die Mitglieder des Verwaltungsrates und genehmigt den Jahresabschluss.

Das dualistische Direktoriumsmodell kann fakultativ eingeführt werden, es findet sich in der Realität seltener, ist aber jedenfalls bei den großen französischen Aktiengesellschaften weiter verbreitet. Dem Vorstand obliegt die Gesamtgeschäftsführung, während der Aufsichtsrat als Kontrollorgan fungiert. Die Hauptversammlung wählt die Mitglieder des Aufsichtsrats und genehmigt den Jahresabschluss.

b) **Historie, gesetzliche Vorgaben und sonstige Maßnahmen**

Das französische Parlament hatte im Februar 2006 das Gesetz zur Gleichberechtigung der Geschlechter auf dem Arbeitsmarkt verabschiedet.⁷² Dieses hatte auch

⁷⁰ Gesetzestext abrufbar unter <http://www.botschaft-frankreich.de>

⁷¹ Französisch: conseil d'administration.

⁷² Das „Loi n°2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.“, aktuelle Version abrufbar unter

Bestimmungen über die Verteilung der Verwaltungs- und Aufsichtsratsmandate auf beide Geschlechter vorgesehen. Gemäß Art. 22 des Gesetzes war bei der Besetzung der Mandate der Aktiengesellschaft⁷³ eine gleichmäßige Verteilung anzustreben. Dementsprechend sollten die Mitglieder des conseil d'administration sowie des conseil de surveillance⁷⁴ zu mindestens 20 % und zu maximal 80 % weiblich bzw. männlich sein. Das Gesetz gewährte den Unternehmen eine fünfjährige Umsetzungsfrist, um die Vorgaben zu erfüllen. Im März 2006 hob der Verfassungsgerichtshof zahlreiche Bestimmungen des Gleichberechtigungsgesetzes auf, darunter auch die Quotenregelung, da sie nicht mit der Verfassung vereinbar seien.

Nach einer Änderung der französischen Verfassung im Jahr 2008⁷⁵ hat die Französische Nationalversammlung am 20. Januar 2010 erneut einen Gesetzesvorschlag⁷⁶ des Fraktionsvorsitzenden der Regierungspartei UMP⁷⁷, Jean-François Copé, über eine Quotenregelung zum Ausgleich des Frauen- und Männeranteils in Aufsichts- und Verwaltungsräten und zur Gleichberechtigung am Arbeitsplatz angenommen und diesem ohne eine Gegenstimme entsprochen⁷⁸. Der Gesetzentwurf⁷⁹ sieht eine verbindliche Geschlechterquote für die Aufsichts- und Verwaltungsräte börsennotierter und öffentlicher Unternehmen vor. Am 27. Januar 2011 wurde das Gesetz verkündet und am 28. Januar 2011 veröffentlicht. Es betrifft Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, deren Aktien zum Handel an einem regulierten Markt zugelassen sind oder die im dritten Jahr in Folge im Durchschnitt mindestens 500 Arbeitnehmer dauerhaft beschäftigen und einen Umsatz oder einen Gesamtbilanzgewinn von mindestens 50 Mio. EUR erwirtschaften⁸⁰. Nicht erfasst von diesen gesetzlichen Vorgaben werden die vereinfachten Aktiengesellschaften („société par action simplifiée“, SAS), die ihre innere Verfassung weitgehend frei gestalten können und deren Aktien auch nicht zum Handel an der Börse zugelassen sind. Vorstandsgremien unterfallen der Quotenregelung nicht;

http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=4620390C81EC0BF77317FB6613D0C2FC.tpdjo03v_1?cidTexte=LEGITEXT000006053456&dateTexte=20100921, 20.9.2010.

⁷³ Eine sog. „Société anonyme“.

⁷⁴ Das Aufsichtsgremium.

⁷⁵ Die maßgebliche Vorschrift lautet nunmehr: „Das Gesetz schafft gleichen Zugang von Männern und Frauen zu sozialen Ämtern.“, Nachw. bei François-Poncet/Deilmann/Otte, NZG 2011, 450 Fn. 16.

⁷⁶ „Loi relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle.“

⁷⁷ Union pour un mouvement populaire („Union für eine Volksbewegung“).

⁷⁸ Der Gesetzesvorschlag war von mehreren Abgeordneten am 3.12.2009 in der Nationalversammlung eingebracht worden.

⁷⁹ Abrufbar unter <http://www.assemblee-nationale.fr/13/ta/ta0394.asp>, 13.9.2010.

⁸⁰ Vgl. Art. 1 II, Art. 2 III des Gesetzes; François-Poncet/Deilmann/Otte, NZG 2011, 450/452.

das Exekutivorgan besteht in Frankreich häufig aus nur einem Vorstandsmitglied⁸¹. Die Vorschriften gelten auch nicht für gesetzlich nicht vorgeschriebene Verwaltungsratsausschüsse⁸².

Bereits am 19. April 2010 war der von der Vereinigung der Privatgesellschaften („Association Française des Entreprises Privées“, AFEP) und dem französischen Arbeitsgeberverband („Mouvement des Entreprises de France“, MEDEF) ausgearbeitete Kodex zur Unternehmensführung (AFEP-MEDEF-Kodex) um eine Empfehlung zur Verstärkung der Präsenz von Frauen in den Verwaltungsräten ergänzt worden: Danach muss ein Gleichgewicht zwischen Männern und Frauen hergestellt werden⁸³.

c) Sanktionen

Bestellungen von Verwaltungs- und Aufsichtsratsmitgliedern sind nichtig, wenn die Quotenregelung nicht eingehalten wird. Die Unwirksamkeit der Bestellung tangiert die Wirksamkeit der Beschlüsse, die das nicht ordnungsgemäß zusammengesetzte Gremium gefasst hat, jedoch nicht, da dies eine dem französischen Gesellschaftsrecht fremde Sanktion wäre⁸⁴. Im französischen Recht würde eine solche Rechtsfolge wegen der Gefährdung der Rechtssicherheit als unverhältnismäßig angesehen. Im französischen Code de Commerce ist nämlich der Grundsatz niedergelegt, dass eine Unrechtmäßigkeit der Beschlussfassung nicht gutgläubigen Dritten entgegengehalten werden kann⁸⁵. Eine weitere finanzielle Sanktion besteht in der Möglichkeit einer zeitweisen Aussetzung der Sitzungsgelder für die Mitglieder der Aufsichts- und Verwaltungsräte, falls gegen die gesetzlich niedergelegten Quotenregelungen verstoßen wird⁸⁶. Erforderlich ist die Nennung dieser Rechtsfolge in der ordentlichen Hauptversammlung; sie muss auch in den jährlichen Berichten des Vorsitzenden des Verwaltungs-/Aufsichtsrats dargestellt werden. Außerdem muss der Vorsitzende des Verwaltungs- oder Aufsichtsrats in seinem jährlichen Bericht über die interne Kontrolle und Unternehmensführung die Zusammensetzung des Gremi-

⁸¹ François-Poncet/Deilmann/Otte, NZG 2011, 450/452.

⁸² François-Poncet/Deilmann/Otte, NZG 2011, 450/452.

⁸³ Nachw. und weitere Einzelheiten zu den Regelungen des Kodex bei François-Poncet/Deilmann/Otte, NZG 2011, 450/451. Verstöße haben keine unmittelbaren Rechtsfolgen, Abweichungen müssen dargelegt und erläutert werden.

⁸⁴ Vgl. Art. 1 II, Art. 2 IV des Gesetzes; François-Poncet/Deilmann/Otte, NZG 2011, 450/453.

⁸⁵ François-Poncet/Deilmann/Otte, NZG 2011, 450/453.

⁸⁶ Vgl. Art. 1 VIII, Art. 2 VII des Gesetzes.

ums und die Anwendung des Prinzips der gleichberechtigten Vertretung von Männern und Frauen behandeln⁸⁷.

d) **Umsetzung**

Der Anteil der Mitglieder im Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat der betroffenen Gesellschaften muss ab 2017 für jedes Geschlecht mindestens 40 % betragen. Der Anteil von Frauen soll in den betroffenen Gremien einem Stufenplan folgend drei Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes, also im Jahr 2014, mindestens 20 % betragen. Falls dies nicht erreicht wird, muss mindestens ein Vertreter des nicht ausreichend vertretenen Geschlechts auf der nächsten ordentlichen Hauptversammlung ernannt werden, die über die Bestellung ihrer Mitglieder zu beschließen hat. Darüber hinaus müssen die Unternehmen, die bisher keine Frauen in ihre Verwaltungsräte oder Aufsichtsräte berufen haben, innerhalb einer Frist von sechs Monaten nach Inkrafttreten des Gesetzes mindestens eine Frau berufen. Der Abstand zwischen der Anzahl der Verwaltungs- und Aufsichtsratsmitglieder jedes Geschlechts darf nicht größer als zwei sein⁸⁸. Für die Wahl der Arbeitnehmervertreter der Verwaltungs- und Aufsichtsratsmitglieder hat die Aufstellung der Bewerber so zu erfolgen, dass die Bewerberliste einen Wechsel aus männlichen und weiblichen Kandidaten enthält. Der Abstand zwischen der Anzahl der Kandidaten jedes Geschlechts darf auf der Liste nicht größer als eins sein⁸⁹.

Nach Schätzungen von Personalberatern dürften in den nächsten Jahren 1.350 Frauen für Verwaltungsratsposten benötigt werden, wenn eine Frau zwei Mandate besetzt⁹⁰. Eine Signalwirkung geht dem Gesetz bereits voraus: Die Zahl der Frauen in den Verwaltungs- und Aufsichtsräten der 40 größten börsennotierten Unternehmen soll sich nach Angaben der französischen Botschaft in jüngster Zeit um 50 % auf 15 % erhöht haben⁹¹. Die Studie von Egon Zehnder International hat festgestellt, dass bei den Neubesetzungen der Boards im Jahr 2010 der Frauenanteil bei 38 % lag. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass in Frankreich angesichts der zahlreichen staatlichen Möglichkeiten sehr viele Frauen berufstätig sind und dies als selbstverständlich angesehen wird, auch wenn sie Kinder haben.

⁸⁷ François-Poncet/Deilmann/Otte, NZG 2011, 450/453.

⁸⁸ Vgl. Art. 1 II, Art. 2 III des Gesetzes

⁸⁹ Vgl. Art. 1 VI Abs. 2 des Gesetzes; François-Poncet/Deilmann/Otte, NZG 2011, 450/452.

⁹⁰ <http://www.faz.net>, „Frauenquote für Unternehmen“

⁹¹ <http://www.faz.net> „Frauenquote für Unternehmen“

Unterstützung findet das Gesetz auch durch den französischen Arbeitgeberverband MEDEF, wobei die Präsidentin Laurence Parisot hervorhob, dass sich Ungerechtigkeiten manchmal mit klaren Vorgaben wie der Quote verändern ließen.

5. **Niederlande**

Die Niederlande beabsichtigen, eine Quotenregelung sowohl für Aufsichtsräte als auch Vorstände einzuführen, das niederländische Parlament hat im Dezember 2009 mit großer Mehrheit⁹² ein entsprechendes Gesetz beschlossen. Die Niederlande wären damit das erste Land mit einer expliziten Quotenbestimmung auch für das Leitungsorgan einer Gesellschaft.

Nach dem Zusammenbruch des früheren Kabinetts im Februar 2010 hat die neue Regierung unter Präsident Rutte erst im Oktober 2010 ihr Amt angetreten. Hierdurch dürfte sich auch das Gesetzgebungsverfahren verlangsamt haben. Ursprünglich war mit dem Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens durch die Entscheidung der ersten Kammer, die Provinzvertretung, im Frühjahr 2010, die als gesichert galt, gerechnet worden. Die weitere Entwicklung unter der neuen Regierung bleibt abzuwarten.

a) **Organisationsverfassung der Kapitalgesellschaften**

In den Niederlanden hat sich das dualistische System etabliert. Es gibt ein Leitungsorgan, den Vorstand, der die exekutiven Funktionen ausfüllt, und ein Aufsichtsorgan, das das Leitungsorgan berät und überwacht. Das Aufsichtsorgan ist nur für sog. „große Gesellschaften/ Strukturgesellschaften“⁹³ verpflichtend⁹⁴, kleinere Gesellschaften können auf freiwilliger Basis ein Aufsichtsorgan einrichten, diese haben jedoch weniger Einfluss und Kompetenz im Vergleich zu den obligatorischen Aufsichtsräten. Die Aufsichtsräte der Strukturgesellschaften bestellen die Vor-

⁹² Acht der elf Fraktionen in der Zweiten Kammer, darunter geschlossen die vier größten Parlamentsfraktionen, stimmten dafür. Vgl. auch <http://www.fidar.de/Holland-will-mehr-Frauen-in-Chefetagen.69.0.html>, 13.9.2010.

⁹³ Strukturgesellschaften sind Gesellschaften, deren gezeichnetes Kapital mindestens 13 Millionen Euro beträgt, die gesetzlich verpflichtet sind, über einen Betriebsrat zu verfügen und in der mindestens 100 Arbeitnehmer/innen in den Niederlanden beschäftigt sind. Vgl. Gesellschafts- und Mitbestimmungsrecht in den Ländern der Europäischen Gemeinschaft, abrufbar unter http://www.boeckler.de/pdf/p_ah_araete_11.pdf, 14.9.2010.

⁹⁴ Die Pflicht zur Schaffung eines Aufsichtsorgans trifft Gesellschaften, die Stammkapital und Reserven in Höhe von mehr als 13 Mio. Euro halten, bei denen sich ein Betriebsrat etabliert hat und die mehr als 100 Arbeitnehmende haben und demzufolge in 3 aufeinanderfolgenden Jahren beim Handelsregister als „große“ Gesellschaften geführt wurden.

standsmitglieder, stellen den Jahresabschluss fest und geben ihre Zustimmung zu bestimmten wichtigen Vorstandsbeschlüssen. Ihre Amtsdauer beträgt vier Jahre.

b) **Geplante gesetzliche Vorgaben**

Nachdem ein früherer Vorstoß, einen geringen Frauenanteil in Führungsgremien auch im Code für gute Unternehmensführung festzuschreiben, 2008 gescheitert war, beschloss das niederländische Parlament ein Gesetz, das einen Frauenanteil von mindestens 30 Prozent in Vorständen und Aufsichtsräten von Unternehmen mit mehr als 250 Mitarbeitern vorsieht⁹⁵.

c) **Geplante Sanktionen**

Der Gesetzentwurf sieht für den Fall, dass die Unternehmen die Vorgaben nicht erfüllen, keine direkten Sanktionen, sondern nur eine Rechtfertigungspflicht vor.

d) **Geplante Umsetzung**

Bis Ende 2015 sollen die Unternehmen zunächst freiwillig mehr Frauen in Spitzenpositionen berufen. Sofern sich auf diesem Weg der Frauenanteil nicht erhöht, soll eine gesetzliche Quote vorgeschrieben werden⁹⁶. Diese soll ab dem Jahr 2016 für alle Firmen mit über 250 Beschäftigten sowohl für den Aufsichtsrat als auch für den Vorstand verpflichtend gelten. Nach einer österreichischen Untersuchung von März 2010 zeigt die zu erwartende gesetzliche Regelung bereits Wirkung, der Frauenanteil hat sich von 2006 bis 2009 verdoppelt⁹⁷. Der Frauenanteil in den höchsten Entscheidungsgremien der größten börsennotierten Unternehmen in der Niederlande betrug nach Datensammlungen von September 2010 bis Oktober 2010 15 %.⁹⁸

⁹⁵ Bereits im Oktober 2009 hatten sich die damaligen Koalitionspartner der christdemokratischen CDA sowie die sozialdemokratische Partij van de Arbeid auf diesen Inhalt verständigt.

⁹⁶ Vgl. „Frauen per Gesetz in die Chefetage“, abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/karriere/niederlande-frauen-per-gesetz-in-die-chefetage-1.137824>, 14.9.2010.

⁹⁷ Vgl. Naderer/Sauer/Wieser, Frauen in Geschäftsführung und Aufsichtsrat, AK Wien, März 2010, S. 8, abrufbar unter

<http://wien.arbeiterkammer.at/online/page.php?P=68&IP=53827&AD=0&REFP=5549>

⁹⁸ Datenbank der EU-Kommission Frauen und Männer in Entscheidungsprozessen

6. Schweden

Da im Jahr 2002 der Frauenanteil bei den Verwaltungsräten börsennotierter Unternehmen nur bei 6,1 % lag, kündigte die zuständige Ministerin für das Jahr 2004 eine gesetzliche Regelung an: Nach norwegischem Vorbild sollte ein Gesetz mit einer verpflichtenden Geschlechterquote eingeführt werden, wenn es den Unternehmen bis dahin nicht gelingen würde, einen Frauenanteil von 25 % zu erreichen⁹⁹. Die schwedische Regierung forderte die börsennotierten Unternehmen konkret auf, ihre Verwaltungsräte zu mindestens 25 % mit Frauen zu besetzen. Bis zum Herbst 2004 stieg der Frauenanteil auf 14,6 % an. Nach einem Regierungswechsel im Herbst 2006 wurde der Gesetzesentwurf jedoch auf Eis gelegt¹⁰⁰. Der Frauenanteil in den Verwaltungsräten ist in Schweden mittlerweile relativ hoch: Im Jahr 2006 betrug er 24 % und in den Jahren 2008 und 2009 jeweils 27 %¹⁰¹.

a) Organisationsverfassung der Kapitalgesellschaften

Auch in Schweden herrscht die monistische Struktur vor. Der Verwaltungsrat¹⁰² führt die Gesellschaft, bei größeren Aktiengesellschaften ist ein/e geschäftsführende/r Direktor/in eingerichtet. Der Verwaltungsrat hat Kontroll- und Leitungsfunktionen. Die Hauptversammlung wählt die Kapitalvertreter des Verwaltungsrats.

b) Geplante gesetzliche Vorgaben

Im Sommer 2006 legte die von der Regierung beauftragte Professorin Catarina af Sandeberg einen erarbeiteten Gesetzesentwurf vor. Dieser sah vor, dass jedes Geschlecht mit mindestens 33,3 Prozent in den Verwaltungsräten von börsennotierten Publikums- und Kapitalgesellschaften, an denen der Staat eine 100-Prozent-Beteiligung hält, vertreten sein muss. Der Gesetzesentwurf sollte zum 1. Januar 2008 in Kraft treten und ab dem 1. Januar 2010 auch auf nicht börsennotierte Aktiengesellschaften erweitert werden.

⁹⁹ Zechner, Aufsichtsrat aktuell 3/2005, S. 10.

¹⁰⁰ Vgl. hierzu: <http://www.ak-tirol.com/bilder/d65/FraueninChefetagen.pdf>, 16.9.2010.

¹⁰¹ Datenbank der EU-Kommission Frauen und Männer in Entscheidungsprozessen.

¹⁰² Schwedisch: „styrelse“.

c) **Geplante Sanktionen**

Als Sanktionsmöglichkeiten waren in dem Gesetzentwurf eine Verwaltungsstrafe in der Höhe von 16.000 € sowie ein Vermerk im Firmenbuch vorgesehen gewesen.

d) **Geplante Umsetzung und weitere Maßnahmen**

Unabhängig von dem Gesetzesvorhaben wurde zum 1. Juli 2005 in den schwedischen Corporate Governance Kodex eine konkrete Empfehlung für ein ausgewogenes Verhältnis der Verteilung der Mandate zwischen Männern und Frauen im Verwaltungsrat aufgenommen. Durch das Jahresabschlussgesetz werden die Unternehmen zur Aufschlüsselung der Führungspositionen nach Geschlechtern verpflichtet¹⁰³. In der Folgezeit erhöhte sich nach Feststellungen der europäischen Kommission der Frauenanteil erheblich auf 28,6 % in 2009¹⁰⁴.

7. **Finnland**

Wie unter I. festgestellt, gehört Finnland zu den Ländern mit dem höchsten Frauenanteil in den Verwaltungsräten privater Unternehmen.

a) **Organisationsverfassung der Kapitalgesellschaften**

In Finnland gibt es eine monistische Unternehmensstruktur, fakultativ kann zusätzlich ein Aufsichtsrat eingeführt werden. Der Vorstand, der aus mindestens 3 Mitgliedern besteht, leitet die Gesellschaft (übergreifende Kompetenz). In großen Gesellschaften wird zu seiner Unterstützung ein geschäftsführender Direktor eingesetzt. Rechnungsprüfer und Hauptversammlung sind obligatorisch einzurichten. Die Hauptversammlung wählt den Vorstand, soweit dies nicht dem Aufsichtsrat zugewiesen ist.

b) **Gesetzliche Vorgaben und weitere Maßnahmen**

In Finnland gibt es ein umfassendes Nichtdiskriminierungsgesetz¹⁰⁵. Im Bereich der Geschlechtergleichstellung hat Finnland 1995 ein Gesetz beschlossen, das für

¹⁰³ Die Verpflichtung betrifft insbesondere den Verwaltungsrat, darüber hinaus muss auch die Beteiligung von Frauen in der Geschäftsführung und bei den leitenden Angestellten erklärt werden

¹⁰⁴ Vgl. den Report on Progress on Equality between Women and Men in 2010, S. 58

¹⁰⁵ „Non-Discrimination Act 21/2004“ vom Juli 2004, abrufbar unter <http://www.finlex.fi/pdf/saadkaan/E0040021.PDF>, 20.9.2010.

staatliche und kommunale Unternehmen eine verpflichtende Beteiligungsquote von mindestens 40 % vorsieht¹⁰⁶. Für private Unternehmen sieht das finnische Recht keine verpflichtende Geschlechterquote vor; die finnische Regierung kündigte jedoch an, gegebenenfalls eine verpflichtende Quote per Gesetz einzuführen. 2008 wurde auch der für börsennotierte Unternehmen geltende finnische Corporate Governance Kodex reformiert. Er enthält nunmehr die Bestimmung, dass beide Geschlechter in den Verwaltungsräten der finnischen Unternehmen vertreten sein müssen. Wenn dies nicht umgesetzt wird, müssen die Unternehmen gegenüber den Aktionären erklären, warum dies nicht geschehen ist („comply or explain“). Nach Mitteilung der Europäischen Kommission stieg wohl in Konsequenz dieser Änderung der Anteil der börsennotierten Unternehmen, in denen mindestens eine Frau im Board vertreten ist, von 51 % (2008) auf 74 % (2010)¹⁰⁷. In Finnland beträgt nunmehr der Frauenanteil in den Verwaltungsräten der größten börsennotierten Unternehmen im Durchschnitt 26 %.¹⁰⁸

8. **Belgien**

Belgien prüft derzeit die Einführung von Geschlechterquoten für die Verwaltungsräte börsennotierter Unternehmen. Infolge der schwierigen Regierungsbildung in Belgien nach den Neuwahlen wird das Gesetzgebungsverfahren derzeit nicht vorangetrieben. Der Frauenanteil in den Verwaltungsräten in Belgien ist relativ niedrig: Im Jahr 2006 betrug er 6 %, im Jahr 2008 7 % und 2009 lag er bei 8 %¹⁰⁹.

a) **Organisationsverfassung der Kapitalgesellschaften**

In Belgien ist die Unternehmensführung monistisch organisiert. Dem Verwaltungsrat¹¹⁰ obliegen die Gesamtgeschäftsführung sowie die Kontrolltätigkeit, die täglichen Verwaltungsaufgaben werden auf einen administrateur-délégué oder directeur-général übertragen. Die Generalversammlung wählt die Mitglieder des Verwaltungsrats und prüft und genehmigt den Jahresabschluss und die Handlungen der Organe.

¹⁰⁶ Die 40/60-Regel wurde 1995 durch einen Zusatz zum Gleichstellungsgesetz von 1986 für nicht-gewählte öffentliche Körperschaften festgelegt. Vgl. dazu auch: <http://www.capital.de/karriere/job/:Frauenquoten-und-Quotenfrauen--Wie-das-Ausland-Frauen-foerdert/100030932.html?p=2>, 20.9.2010.

¹⁰⁷ Vgl. den Report von Progress on Equality between Women and Men in 2010, S. 57 f.; vgl. im Übrigen die Ergebnisse der benannten Studien.

¹⁰⁸ Datenbank der EU-Kommission Frauen und Männer in Entscheidungsprozessen.

¹⁰⁹ Datenbank der EU-Kommission Frauen und Männer in Entscheidungsprozessen.

¹¹⁰ Französisch: conseil d'administration.

b) Geplante gesetzliche Vorgaben

Am 28. Februar 2007 hatte die christlich-demokratische Senatorin Sabine de Bethune einen Gesetzentwurf¹¹¹ zur „Förderung einer ausgewogenen Vertretung von Frauen und Männern in den Vorständen verschiedener Unternehmen“ eingereicht. Nach diesem Gesetzentwurf soll jedes Geschlecht mindestens ein Drittel der Mitglieder des Verwaltungsrates stellen. Im November 2009 hatte die Senatorin Bethune nach einigen parlamentarischen Anhörungen erneut einen Vorschlag unterbreitet, der einen Frauenanteil von mindestens 30 Prozent in den Verwaltungsräten der börsennotierten Unternehmen vorsieht¹¹². Die belgische Ministerin für Arbeit und Altersvorsorge im Kabinett Leterme, Joëlle Milquet, hatte bereits Zustimmung signalisiert¹¹³.

c) Geplante Umsetzung

Die gesetzliche Verpflichtung zur Einhaltung der Quote soll zum 1. Januar des siebten Jahres nach Inkrafttreten des Gesetzes beginnen.

9. Österreich

Auch Österreich erwägt derzeit gesetzliche Regelungen einzuführen, um den Frauenanteil in börsennotierten Unternehmen zu erhöhen. Nach Untersuchungen der Arbeiterkammer Wien im Februar 2010 lag der Frauenanteil der TOP 200 Unternehmen Österreichs in der Geschäftsführung bei 5,3 % und in den Aufsichtsräten bei 9,7 %¹¹⁴.

a) Organisationsverfassung der Kapitalgesellschaften

In Österreich gibt es eine dualistische Unternehmensorganisation mit Vorstand und Aufsichtsrat. Der Vorstand führt das Unternehmen, der Aufsichtsrat bestellt den Vorstand, kontrolliert diesen und muss bestimmten Geschäften zustimmen. Die Hauptversammlung ist das oberste Organ, sie entlastet Vorstand und Aufsichtsrat.

¹¹¹ Abrufbar unter <http://www.senate.be/www/webdriver?MItabObj=pdf&MIcolObj=pdf&MInamObj=pdfid&MItypeObj=application/pdf&MIvalObj=50335969>, 13.9.2010.

¹¹² Abrufbar unter <http://www.faz.net/s/RubC43EEA6BF57E4A09925C1D802785495A/Doc~E1ACFF1AB048547CCBB6E9985EF59BE54~ATpl~Ecommon~Scontent.html>, 14.9.2010.

¹¹³ Vgl. Holland will mehr Frauen in Chefetagen, Financial Times Deutschland vom 10.12.2009.

¹¹⁴ Naderer/Sauer/Wieser, S. 3

b) Geplante gesetzliche Vorgaben

Mit einem langfristigen Stufenplan will Österreichs Frauenministerin Gabriele Heinisch-Hosek (SPÖ) die Frauenquote in Aufsichtsräten auf 40 Prozent erhöhen¹¹⁵. Zunächst ist eine Selbstverpflichtung mit jährlicher Berichtspflicht vorgesehen. Nach Untersuchungen der Arbeiterkammer Wien im Februar 2010 liegt der Frauenanteil der Top 200 Unternehmen Österreichs bei der Geschäftsführung bei 5,3 % und in den Aufsichtsräten bei 9,7 %.¹¹⁶ Österreichische Unternehmen sollen freiwillig bis Ende des Jahres 2013 mindestens 25 % Frauen in die Aufsichtsräte holen; bis 2018 soll der Anteil auf 40 % ansteigen¹¹⁷. Wird dieses Ziel nicht erreicht, sind gesetzliche Regelungen geplant. Für Unternehmen des Bundes schlägt die sozialdemokratische Politikerin vor, „so lange Frauen für freiwerdende Stellen zu nominieren, bis wir den vierzigprozentigen Anteil erreicht haben“.

Darüber hinaus gibt es in Österreich seit 2002 einen Corporate Governance Kodex¹¹⁸ zur verantwortungsvollen Führung und Leitung von börsennotierten Unternehmen. Dieser Kodex muss jährlich vor dem Hintergrund nationaler und internationaler Entwicklungen angepasst werden. Mit der letzten Anpassung im Jahre 2009 wurde im Punkt 41 des Kodex die Berücksichtigung beider Geschlechter und der Aspekt der Diversität in Aufsichtsräten angeregt, sollten die österreichischen Unternehmen dieser Empfehlung nicht folgen, ergibt sich für sie kein Erklärungsbedarf.

10. Italien

a) Organisationsverfassung der Kapitalgesellschaften

Der Aufbau einer italienischen Aktiengesellschaft ist gekennzeichnet durch das traditionelle Modell der Unternehmensführung, bestehend aus dem Verwaltungsrat (consiglio de amministrazione) und dem Prüferkollegium (collegio sindacale). Der Zuständigkeit des Prüferkollegiums obliegt die Prüfung der ordnungsgemäßen Verwaltung und die Einhaltung der gesetzlichen und statutarischen Bestimmungen. Die Hauptversammlung bestellt die Mitglieder des Verwaltungsrates, beruft sie ab und

¹¹⁵ Vgl. http://www.boeckler.de/107_103226.html, 17.9.2010.

¹¹⁶ Naderer/Sauer/Wiese, Frauen in Geschäftsführung und Aufsichtsrat, AK Wien, März 2010, S. 3.

¹¹⁷ Abrufbar unter <http://www.euractiv.de/unternehmen-und-arbeit-000315/artikel/stufenplan-zur-40-prozent-frauenquote-002853>, 20.9.2010.

¹¹⁸ Die Fassung von 2009 ist abrufbar unter

http://www.wienerbourse.at/corporate/pdf/CG%20Kodex%20deutsch_Jaenner%202009_Druck.pdf, 20.9.2010.

trifft die Entscheidung über vorgelegte Geschäftsangelegenheiten und die Gewinnverwendung.

Die im Jahr 2004 in Kraft getretene Gesellschaftsrechtsreform ermöglicht die Wahl alternativer Gesellschaftsformen, nämlich das dualistische und das monistische Modell. Das dualistische Modell ist angelehnt an die deutsche Aktiengesellschaft und enthält die Unterscheidung zwischen dem Vorstand (consiglio di gestione) und dem Aufsichtsgremium (consiglio di sorveglianza), das den Vorstand ernennt und kontrolliert und den Jahresabschluss genehmigt. Das monistische Modell besteht aus einem Verwaltungsrat, der von der Gesellschafterversammlung gewählt wird, und dem Kontrollorgan (comitato di controllo), das aus der Mitte des Verwaltungsrates gebildet wird¹¹⁹.

b) Geplante gesetzliche Vorgaben

Der italienische Senat hat einem Gesetz zur Einführung einer Frauenquote für Verwaltungsräte börsennotierter und staatlich kontrollierter Unternehmen zugestimmt. Danach sollen zunächst 20 %, später 30 % der Sitze Frauen überlassen werden. Die Abgeordnetenkammer muss nun über diesen Gesetzentwurf der Regierung abstimmen¹²⁰.

c) Geplante Sanktionen

Im Falle eines Verstoßes droht den Unternehmen die Auflösung des Verwaltungsrates, wobei diese Konsequenz bereits durch das Vorschalten einer Mahnung und einer Geldbuße abgeschwächt wurde.

d) Geplante Umsetzung

Die Quote in Höhe von 20 % soll ab 2012 gelten, sie soll bis zum Jahr 2015 auf 30 % steigen.

¹¹⁹ Vgl. zum Vorstehenden: Rossmanith/Wurzer: Die italienische Gesellschaftsreform, Der Schweizer Treuhänder 2007, 263, 267.

¹²⁰ Vgl. hierzu „Frauenquote hilft gegen Seilschaften“ „Frauenquote als Übergangslösung“, abrufbar unter <http://www.eurotopics.net>.

11. Großbritannien

a) Organisationsverfassung der Kapitalgesellschaften

In Großbritannien ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft monistisch strukturiert, wobei insbesondere bei größeren Aktiengesellschaften zwischen executive und non-executive Directors differenziert wird. Dem executive Director obliegen die täglichen Geschäfte und dem non-executive Director kommen eher beratende und überwachende Funktionen zu.

b) Planungen

In Großbritannien gibt es keine Quote in Vorstandsetagen, eine gesetzliche Regelung ist von der konservativ-liberalen Regierung auch nicht beabsichtigt. Der Anteil an Frauen in den höheren Führungspositionen der führenden Aktiengesellschaften beträgt 12,6 %¹²¹. Nach einem im Auftrag der britischen Regierung unter der Leitung von Lord Davies of Abersuch erstellten und im Februar 2011 vorgestellten Bericht „Women on Boards“, werden konkrete Maßnahmen zur Chancengleichheit in der Wirtschaft vorgeschlagen¹²². Hierzu zählt u. a. die Forderung, bis 2015 mindestens 25 % der Aufsichtsräte und Vorstände in den Boards der 100 im britischen Aktienindex Financial Times Stock Exchange Index (FTSE 100) gelisteten Unternehmen mit Frauen zu besetzen. Der britische Corporate Governance Kodex soll eine Empfehlung aufnehmen, konkrete Ziele für den Anteil von Frauen in den Unternehmen festzulegen und darüber transparent berichten. Investoren und Personalberater werden angehalten, die Chancengleichheit in den Unternehmen bei ihrer Tätigkeit zu berücksichtigen. Bei der Vorstellung des Berichts wurde hervorgehoben, dass der Anteil berufstätiger Frauen zwar um ein Drittel gestiegen sei, aber in den Führungspositionen zu wenig passiert sei.

¹²¹ „Ein europäischer Vergleich ohne Gleiche“, abrufbar unter <http://www.european-circle.de>

¹²² Vgl. hierzu „Großbritannien stärkt Chancengleichheit in der Wirtschaft“, abrufbar unter <http://www.fidar.de>.

12. Schweiz

Quotenregelungen für eine geschlechtergerechte Besetzung der Verwaltungsräte gibt es in der Schweiz nicht. Der Frauenanteil in den Verwaltungsratsgremien beträgt 11 %¹²³.

a) Organisationsverfassung der Kapitalgesellschaften

In der Schweiz gibt es vorwiegend das monistische System¹²⁴. Es sind jedoch auch dualistische Strukturen umsetzbar, da dem Verwaltungsrat die Befugnis zusteht, die Geschäftsführung zu delegieren, Art. 716 Abs. 2 des Schweizerischen Obligationenrechts¹²⁵. Jedoch zählen zu den unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates gemäß Art. 716a Abs. 1 OR die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der notwendigen Weisungen und die Befugnis, die Delegation der Geschäftsführung zurückzunehmen. Diese zwingenden Zuständigkeiten sind mit dem Dualismus unvereinbar.

b) Planungen

In der Schweiz hat es mehrere parlamentarische Initiativen zu Quotenregelungen in Verwaltungsräten gegeben, die jedoch keine Mehrheit gefunden haben. Eine parlamentarische Initiative der grünen Nationalrätin Katharina Prelicz-Huber aus dem Jahr 2006, nach der in Verwaltungsräten von Gesellschaften mit über 200 Beschäftigten mindestens 40 % Frauen bzw. Männer vertreten sein müssen, wurde im Plenum noch nicht behandelt. In der Antwort des Bundesrates ist u. a. niedergelegt, dass ein Eingriff in die Privatautonomie durch eine gesetzliche Geschlechterquote sich mit dem liberalen Gesellschaftsrecht in der Schweiz nur schwer vereinbaren lasse. Die Diversifizierung des Verwaltungsrates gelte heute als erstrebenswert, jedoch sei das Geschlecht für die Zusammensetzung des Verwaltungsrates nur eines von zahlreichen Kriterien. Die Quotenregelung, die nur für Verwaltungsräte gelten solle, beinhalte gegenüber zahlreichen wirtschaftlichen Unternehmen (Genossen-

¹²³ Schweizer Verwaltungsratsgremien: „Hohe Internationalität - tiefe Frauenquote“ vom 21.3.2011, abrufbar unter <http://www.schweizmagazin.ch>.

¹²⁴ Vgl. Werner Altmeier „Die Uhr tickt“, abrufbar unter: <http://www.boeckler.de>

¹²⁵ Abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/220.de.pdf>.

schaften, GmbH) eine Ungleichbehandlung, für die es an rechtlichen Gründen fehle¹²⁶.

13. Dänemark

Eine gesetzlich normierte Quotenregelung gibt es in Dänemark nicht. Der Frauenanteil in den höchsten Entscheidungsgremien der größten börsennotierten Unternehmen, die in einem Börsenleitindex der umsatzstärksten Aktien (max50) zusammengefasst wurden, beträgt durchschnittlich 18 %¹²⁷.

a) **Organisationsverfassung der Kapitalgesellschaften**

In Dänemark wurde das sog. Neue dänische Gesellschaftsrecht (selskabsloven) umfassend reformiert und als Gesetz im Jahr 2009 bekannt gemacht, zwischenzeitlich jedoch noch mehrfach geändert. Im Neuen dänischen Gesellschaftsrecht sind zwei unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten für die Management-Struktur einer dänischen Aktiengesellschaft vorgesehen. Entweder wird ein Verwaltungsrat (bestyrelse) eingerichtet, dem die Unternehmensleitung obliegt und der zur Führung des Tagesgeschäfts eine Geschäftsführung (direktion) einsetzt. Daneben besteht die Möglichkeit, die Leitung der Aktiengesellschaft einer dreiköpfigen Geschäftsführung (direktion) zu übertragen, dessen Überwachung einem Aufsichtsrat (tilsynsråd) obliegt. Daneben ist die Hauptversammlung (generalforsamling) das Gremium, in dem Beschlüsse der Aktionäre gefasst werden¹²⁸.

b) **Maßnahmen**

Die Gleichstellungsministerin Lykke Friis von Venstre hat mit den 17 größten Unternehmen eine freiwillige Vereinbarung getroffen, wonach sich die Unternehmen bemühen wollen, mehr Frauen in die Vorstände aufzunehmen und mehr Frauen die Möglichkeit zu bieten, in führende Positionen ihrer Unternehmen aufzusteigen¹²⁹.

¹²⁶ <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch.id=20093067>

¹²⁷ Größte börsennotierte Unternehmen, abrufbar unter <http://www.ec.europa.eu>

¹²⁸ www.portal21.de.

¹²⁹ Unternehmen einig: Mehr Frauen für das Land vom 12.11.2010 abrufbar unter <http://www.nordschleswiger.dk>

III. **Fazit**

Die Europäische Kommission hat im Hinblick auf die verschiedenen gesetzgeberischen Aktivitäten zwar festgestellt, dass es noch zu früh sei, um die Ergebnisse dieser Maßnahmen zu bewerten, da die Maßnahmen - mit Ausnahme des norwegischen Gesetzes - erst in jüngster Vergangenheit umgesetzt wurden¹³⁰. Allerdings weist sie auch darauf hin, dass die Länder, die Gesetze geschaffen haben, ihre Ziele bislang erreicht hätten. Dies spreche dafür, dass gesetzgeberische Maßnahmen die effektivste Form zur Erreichung einer Gleichstellung der Geschlechter in Führungspositionen seien. Gesetzgeberische Initiativen müssten jedoch mit abschreckenden Sanktionen versehen und von zusätzlichen Maßnahmen (wie Mentoring-Programmen, dem Aufbau von Datenbanken u. ä.) begleitet werden. Die Kommission stellt andererseits aber auch fest, dass auch freiwillige Maßnahmen ermutigende Ergebnisse erbracht hätten.

¹³⁰ Vgl. die Ausführungen im Report on Progress on Equality between Women and Men in 2010, S. 29 f.

Abschnitt III

Die Ursachen der geringen Frauenrepräsentanz

Wie die Ausführungen im Abschnitt I belegen, ist der Frauenanteil in Führungspositionen und Kontrollgremien deutscher Unternehmen nach wie vor äußerst gering, obgleich ein Anteil von 51 % der Bevölkerung in Deutschland weiblich ist und ca. 69,8 % der Frauen auf dem Arbeitsmarkt erwerbstätig sind; bei den Männern liegt die Erwerbsquote bei 79,7 %, die Differenz beträgt also weniger als 10 %¹. Dennoch sind nach einer Studie des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung (DIW) in den 200 umsatzstärksten deutschen Wirtschaftsunternehmen (außerhalb des Finanzsektors) nur 3,2 % der Vorstands- und 10,6 % der Aufsichtsratsposten mit Frauen besetzt². Zwingend schließt sich die Frage nach dem warum an - was sind die Ursachen dafür, dass der Frauenanteil in höheren Gremien von Unternehmen so niedrig ist?

Plastisch beschreibt der Begriff der „gläsernen Decke“, der erstmals Mitte der 1980er Jahre verwandt wurde³, die Lage der betroffenen Frauen. Es handelt sich um ein international bekanntes, in Deutschland besonders ausgeprägtes Phänomen⁴: Auch Frauen, deren Karriere sich bislang gut entwickelt, stoßen oftmals kurz vor dem Aufstieg in Top-Führungspositionen an eine unsichtbare Karrieregrenze - die „gläserne Decke“ ist dann erreicht. Selbst in Branchen, in denen überproportional viele Frauen arbeiten, werden Führungspositionen überwiegend mit Männern besetzt. Ein Grund dafür ist meist nicht auszumachen. Trotz allem Engagements will ein weiteres berufliches Vorankommen nicht gelingen.

I. Studien zur Repräsentanz von Frauen in Führungsgremien

Die Unternehmensberatung Odgers Berndtson befragte hierzu im Jahr 2009 Frauen in deutschen Chefetagen von Großunternehmen, Versicherungen und Banken⁵. Weniger als ein

¹ Wegen der Einzelheiten wird auf die Ausführungen im Abschnitt I verwiesen.

² Wochenbericht des DIW Berlin Nr. 3/2011; vgl. auch Holst/Busch, Führungskräfte Monitor 2010.

³ Hymowitz/Schellhardt, The Glass Ceiling: Why Women Can't Seem to Break the Invisible Barrier That Blocks Them from the Top Jobs, The Wall Street Journal, 24 Mar 86, 1.

⁴ So Benecke, DB 2011, 934.

⁵ Odgers Berndtson, Deutschlands Chefinnen - Wie Frauen es an die Unternehmensspitze schaffen, 2010, abrufbar unter http://www.odgersberndtson.de/fileadmin/uploads/germany/Documents/100322OBG_Frauenstudie_d.pdf.

Drittel der Befragten⁶ gab an, auf ihrem Weg in eine Top-Position keinen wesentlichen Hindernissen ausgesetzt gewesen zu sein. Die häufigsten Karrierehemmer waren nach ihren Angaben Vorurteile gegenüber weiblichen Führungskräften und mangelnde Chancengleichheit (47 %). Als zweit wichtigste Schwierigkeit (34 %) beim Aufstieg identifizierten sie den Mangel an beruflichen Netzwerken, die für die Karriere nutzbar gemacht werden können. Vorhandene Strukturen wären hier insbesondere auf die Bedürfnisse männlicher Führungskräfte zugeschnitten. Interessanterweise wurde die Thematik der Vereinbarkeit von Familie und Beruf kein einziges mal als eine wesentliche Hürde für beruflichen Erfolg genannt. Als Indiz hierfür werden in der Studie auch die privaten Lebensumstände deutscher Topmanagerinnen angeführt: 81 % sind verheiratet bzw. leben in einer festen Partnerschaft, 44 % haben Kinder. Auch die Tatsache, dass das Phänomen der gläsernen Decke Frauen mit und ohne Kindern in gleicher Weise betrifft, spricht dafür, dass die Vereinbarkeit von Beruf und Familie nicht der ausschlaggebende Aspekt sein kann⁷, zumal etwa 30 % der Akademikerinnen kinderlos sind⁸. *Hudelmaier* meinte im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung, die Vereinbarkeit von Familie und Beruf sei ein vorgeschobenes Argument und verwies darauf, dass dies international kein Thema, sondern eine rein deutsche Diskussion sei.

Eine Umfrage lag auch der Untersuchung von *Rudolph* von der Frankfurt School of Finance & Management zugrunde⁹. Seine Analyse konzentriert sich auf die Besetzung von deutschen Aufsichtsräten. Befragt wurden alle Aufsichtsratsmitglieder der 160 in DAX-Indizes¹⁰ verzeichneten Unternehmen sowie die der 320 größten deutschen GmbHs¹¹. Fast dreimal so viele Frauen in Aufsichtsräten wie Männer sind der Meinung, eine lückenlose Karriereentwicklung sei unabdingbare Voraussetzung für eine Berufung in den Aufsichtsrat (37,9 % zu 14,0 %). Einen Aufsichtsratsposten kann nur bekleiden, wer langjährige Führungs-, Budget- und Ergebnisverantwortung hat - dies sehen 60 % der befragten Männer und 53,7 % der befragten Frauen so. Die Meinungen, ob die Erfahrung als Vorstand oder Geschäftsführer gesammelt werden muss, gehen auseinander (bei den Männern verneinen dies nur 29,6 %, bei den Frauen 39,1 %). Auch anderweitig ist häufig zu hören, dass männliche Vorstandsmitglieder für den Aufsichtsrat geeigneter seien als Frauen, die auf der zweiten oder dritten

⁶ Betrachtet wurden die 500 umsatzstärksten Unternehmen, die 30 größten Banken und die zehn größten Versicherungen. Von den 49 Frauen im Vorstand bzw. in der Geschäftsleitung nahmen 32 an der Umfrage teil.

⁷ So ausdrücklich auch die Bundesarbeitsministerin im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung.

⁸ So Abele-Brehm unter Hinweis auf eine entsprechende Langzeitstudie; vgl. hierzu auch http://www.morgenpost.de/familie/article1143710/Warum_Akademikerinnen_keine_Kinder_bekommen.html.

⁹ Rudolph, Frauen in Aufsichtsräten, 2009; abrufbar unter http://www.frankfurt-school.de/content/de/frauen_in_aufsichtsraten/dmsFS/0/file1/Frauen-in-Aufsichtsraten.pdf.

¹⁰ DAX30, MDAX, SDAX und TechDAX.

¹¹ Der Fragebogen mit 28 Fragen wurde von 330 Mitgliedern deutscher Aufsichtsräte ausgefüllt.

Führungsebene tätig sind¹². Die Untersuchung von *Rudolph* kommt weiterhin zu dem Ergebnis, dass nicht nur „Workaholics“ als Aufsichtsrat in Betracht kommen. Nur 21,7 % der befragten weiblichen Aufsichtsratsmitglieder und 12,4 % der männlichen sind der Auffassung, dass Aufsichtsrat nur werden kann, wer weder für die Kindererziehung noch für die Sorge um pflegebedürftige Eltern zur Verfügung steht.

Mit den Ursachen der geringen Frauenrepräsentanz beschäftigt sich auch eine aktuelle Untersuchung durch das Sinus-Institut, die vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend in Auftrag gegeben wurde¹³. Bei der Befragung männlicher Top-Manager¹⁴ konnte festgestellt werden, dass in vielen Köpfen noch mannigfaltige, miteinander verstränkte Vorbehalte gegen Frauen in Führungspositionen bestehen. Dadurch wird (unbewusst) das Vorankommen von Frauen behindert. Als ein zentraler Grund dafür, dass es weniger Frauen in Führungspositionen gibt, wurde von Männern angeführt, eine kontinuierliche Berufsbiographie ohne (längere) Unterbrechung sei zwingende Voraussetzung für beruflichen Erfolg. Dieses Argument konnte in der Studie aber entkräftet werden: Die Zahl der Frauen in Führungspositionen ohne Unterbrechung (56 %) war fast genauso hoch, wie die Zahl derer, die eine Unterbrechung verzeichneten (44 %). Außerdem hat auch jeder vierte Mann in einer Führungsposition sein Berufstätigkeit schon einmal unterbrochen. Nachgewiesen werden konnte auch, dass Berufskontinuität keine notwendige Bedingung für Karriere-sprünge ist.

Die Europäische Kommission beschäftigte sich 2010 mit den Gründen für die ungleiche Geschlechterverteilung in Führungspositionen¹⁵. Eine gewichtige Rolle spielt demzufolge, nach wie vor die traditionelle Aufgabenverteilung zwischen Mann und Frau. Den Frauen obliegt danach üblicherweise die Sorge um die Familie. Trotz des Abbaus struktureller Barrieren gäbe es immer noch Hindernisse, die die berufliche Gleichstellung von Mann und Frau behindern. Dazu zählen der Mangel an Betreuungseinrichtungen für Kinder, Behinderte oder auch alte Menschen sowie eine Steuerpolitik, die Familien, mit zwei vollen Einkommen, behindert. Der zuletzt genannte Punkt wurde auch von *Domscheit-Berg* während der Sachverständigen-Anhörung betont. Sie forderte eine konsistente Politik, die hergebrachte Rollenmodelle, beispielsweise durch Ehegatten-Splitting und kostenlose Mitversicherung von Ehe-

¹² Vgl. z.B. Redenius-Hövermann, ZIP 2010, 660/662.

¹³ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Frauen in Führungspositionen - Barrieren und Brücken, 2010; abrufbar unter <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/Service/Publikationen/publikationen,did=134254.html>.

¹⁴ Insgesamt gliedert sich die Untersuchung in drei Teilstudien. Es wurde Frauen und Männer in Führungspositionen repräsentativ befragt. Daneben fanden qualitative Einzelinterviews, sowohl von Männern als auch von Frauen in Führungspositionen statt.

¹⁵ European Commission - Justice, Report on Progress on Equality between Women and Men in 2010, S. 55; abrufbar unter <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6562&langId=en>.

gatten, nicht länger unterstützt. Auf die Problematik des in Deutschland stark verankerten herkömmlichen Frauenbildes hat auch *Stahl* hingewiesen.

Auch eine 2006 erstellte Studie des österreichischen Bundesministeriums für Gesundheit und Frauen unter Beteiligung aller österreichischer Betriebe ab einer Unternehmensgröße von 50 Mitarbeiter/innen untersuchte die Gründe für die noch geringe Repräsentanz von Frauen in Führungspositionen. Hauptverantwortlich hierfür sind - aus Sicht der österreichischen Unternehmen - die schwere Vereinbarkeit von Familie und Beruf (89,5 %), die Männerdominanz in vielen Branchen (74,9 %), die zu geringer Zahl von Frauen mit technischer Ausbildung (64,9 %) und zu wenige Bewerbungen von Frauen (64,0 %). Auch männerdominierte Spielregeln (59,6 %) und die jeweilige Unternehmenspolitik (58,2 %) spielen eine wichtige Rolle. Hierzu passt das Ergebnis einer Umfrage des Vereins deutscher Ingenieure aus dem Jahr 2009¹⁶: Von 500 befragten Ingenieurinnen gab auf die Frage, warum sie ihren Beruf jungen, an Technik interessierten Frauen nicht empfehlen würden, ein erheblicher Prozentsatz an, Frauen würden in diesem Beruf benachteiligt und hätten keine Aufstiegschancen. Nur 7 % der befragten Frauen waren der Meinung, dass sich Beruf und Familie gut vereinbaren lasse.

Die 3. Bilanz Chancengleichheit - Europa im Blick der Bundesregierung identifiziert die Vereinbarkeit von Familiengründung und beruflichem Engagement als einen entscheidenden Faktor¹⁷. In Deutschland sinke die Erwerbsbeteiligung von Frauen deutlich mit der Familiengründung. Eine Förderung der Kinderbetreuung könnte hierzu einen wesentlichen Beitrag leisten. Dass in diesem Bereich noch Nachhol- und Ausbaubedarf besteht, könnte in Zusammenhang mit folgenden Zahlen des Statistischen Bundesamtes stehen¹⁸: Im Jahr 2008 gingen in Deutschland die Mehrheit der 30-jährigen Mütter mit Kindern bis 14 Jahren (55 %) keiner Berufstätigkeit nach. Die entsprechenden Väter waren mit 82 % fast doppelt so oft berufstätig. Auch bei Eltern, die in Teilzeit arbeiten, gehen die Zahlen auseinander. Im Alter von 27 bis 59 Jahren arbeiteten im Jahr 2008 5 % der erwerbstätigen Väter in Teilzeit, bei Müttern im gleichen Alter waren es hingegen 73 %¹⁹. Auf die Auswirkungen von Teilzeitarbeit

¹⁶ Abrufbar unter [http://www.vdi.de/6390.0.html?&tx_ttnews\[tt_news\]=48287&cHash=f09d0b8efba845c3509cc0970dc321b6](http://www.vdi.de/6390.0.html?&tx_ttnews[tt_news]=48287&cHash=f09d0b8efba845c3509cc0970dc321b6).

¹⁷ Bundesregierung, 2008, 3. Bilanz Chancengleichheit - Europa im Blick, 2008; abrufbar unter <http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Pdf-Anlagen/3.-bilanz-chancengleichheit-europa-im-blick,property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf>.

¹⁸ Statistisches Bundesamt, Frauen und Männer in verschiedenen Lebensphasen, 2010; abrufbar unter <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Publikationen/Fachveroeffentlichungen/Bevoelkerung/HaushalteMikrozensus/BroschuereFrauenMaenner0010013109001,property=file.pdf>.

¹⁹ Vgl. hierzu auch die Ausführungen im Abschnitt IV.

für die Karriereentwicklung wurde auch im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung hingewiesen, z.B. von *Maier*.

Eine Untersuchung des DIW in Berlin vom Januar 2011²⁰ lässt aber möglicherweise den Schluss zu, dass ein beruflicher Aufstieg, der mitunter wegen großer zeitlicher Belastung nur schwerlich mit einer Familiengründung zu vereinbaren ist, für Frauen weniger wichtig ist als für Männer. In der Analyse wurde die Zusammenhang zwischen Zufriedenheit und beruflichem Status begutachtet. Bei Männern ist die berufliche Stufe klar mit ihrer Zufriedenheit verknüpft. Bei Frauen konnten hingegen keine signifikanten Unterschiede festgestellt werden - ganz gleich, ob sie in Spitzenfunktionen oder normalen Positionen arbeiteten oder sich um die Familie kümmerten. Andererseits soll eine repräsentative Forsa-Studie²¹ zu dem Ergebnis gelangt sein, dass der Beruf für Frauen einen höheren Stellenwert habe als für Männer: 77 % der befragten Frauen glaubten, dass ihnen ohne die Arbeit etwas fehlen würde, bei den Männern waren es nur 67 %. *Domscheit-Berg* erklärte im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung, ihre Erfahrung mit Schulungen von ca. 1.000 Managerinnen gehe dahin, dass diese alle karriereinteressiert und höchst motiviert gewesen, aber nicht in gleicher Weise wie Männer zum Zuge gekommen seien. *Stahl* wies darauf hin, dass Frauen im Grundsatz weniger status- und machtorientiert seien.

Für *Holst* und *Wiemer* kommen unter Bezugnahme auf eine Reihe von wissenschaftlichen Untersuchungen von der Vielzahl der diskutierten Ursachen v. a. zwei Hauptgründe für den Mangel an weiblichen Führungskräften in Betracht²². Der differenztheoretische Erklärungsansatz stellt auf Unterschiede in Verhaltensweisen und Persönlichkeit von Männern und Frauen ab. Insbesondere Divergenzen der beiden Geschlechter in Karriereaspiration, im Aggressionsverhalten sowie im Arbeits- und Kommunikationsstil sind hier festzustellen. Der strukturelle bzw. ideologische Ansatz macht Barrieren, denen Frauen beim beruflichen Aufstieg begegnen, für ihre geringe Repräsentanz in Spitzenpositionen verantwortlich. Strukturell sind vor allem die fehlende Teilhabe an informellen Netzwerken und familiäre Verpflichtungen maßgeblich. Freundschaften, Kontakte und informelle Netzwerke seien bei der Besetzung von Spitzenpositionen von maßgeblicher Bedeutung. Zur Gewährleistung von Vertrauen und Erwartungsstabilität und zur Vermeidung von Risiken würden diese Beziehungen häufig auf dem Prinzip der Selbstähnlichkeit²³ beruhen. Bei der Rekrutierung von Wirt-

²⁰ Trzcinski/Holst, Why Men Might 'Have It All' While Women Still Have to Choose between Career and Family Germany, 2011; abrufbar unter http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.367187.de/diw_sp0356.pdf.

²¹ Süddeutsche Zeitung vom 16./17.4.2011.

²² Holst/Wierner, Frauen sind in Spitzengremien der Wirtschaft unterrepräsentiert - Eine Analyse der Ursachen und Handlungsansätze, Wirtschaftsdienst, 90 Jhg. 2010, Heft 10, S. 692.

²³ Auf die Problematik der Auswahl nach dem Ähnlichkeitsprinzip hat im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung auch Schulz-Strelow hingewiesen.

schaftseliten sei die soziale Ähnlichkeit in Bezug auf Herkunft und Habitus der entscheidende Faktor - auch im Vergleich zu Bildung und Qualifikation. Dabei spiele auch die Ähnlichkeit in Bezug auf das Geschlecht eine maßgebliche Rolle. Familiäre Verpflichtungen stünden der Übernahme von Führungsfunktionen insbesondere wegen der dort erwarteten uneingeschränkten zeitlichen Verfügbarkeit entgegen. Auch die Segregation in den Tätigkeiten zählt zu den strukturellen Hindernissen. Frauen arbeiten oftmals im Personal- oder PR-Bereich, weniger häufig im operativen Geschäft und in Jobs mit Ergebnisverantwortung - diese gelten als Sprungbrett für das Top-Management. Als ideologische Barriere machen die beiden Autorinnen Vorurteile und Stereotypen aus. Es herrsche die Auffassung vor, Frauen fänden vorrangig im privaten Bereich ihre Erfüllung und seien weniger als Männer an beruflicher Karriere interessiert. Auch die Kompetenz von Frauen für Führungsaufgaben wird oftmals ganz grundsätzlich von Unternehmen in Frage gestellt. Keinesfalls ausreichend als Erklärungsansatz des Frauenanteils ist der sog. „Pipeline-Effekt“: Danach würden die qualifizierten Frauen in der „Pipeline“ stehen und bald in Spitzenpositionen aufrücken. Bereits 1995 lag aber in den Wirtschaftswissenschaften der Frauenanteil bei den Hochschulabschlüssen bei 38,9 %. Unter Berücksichtigung des bis zur Qualifikation für Spitzenpositionen erforderlichen Zeitraums²⁴ hätten demnach längst mehr Frauen in Top-Positionen nachrücken müssen.

Eine Untersuchung von Führungskräften in der Landesbank Berlin erbrachte u.a. folgende interessante Aspekte: Primärer Karrierefaktor bei der Auswahl sind fachliche Kompetenzen, andere Schlüsselqualifikationen wie soft skills spielen in den Auswahlkriterien keine Rolle²⁵. Ermittelt wurde weiterhin ein als „reflexive Karriereorientierung“ bezeichneter Effekt: Frauen streben einen Aufstieg nicht um jeden Preis an, sondern reflektierten bei einem bevorstehenden Karrieresprung zeitliche und inhaltliche Anforderungen. Aufgrund dieser Art der Karriereorientierung lehnen Frauen bisweilen Beförderungen ab und verweigern sich bewusst den männlich geprägten Strukturen.

Der Führungskräfte-Monitor 2010 des DIW nimmt ebenfalls die möglichen Ursachen für die Unterrepräsentanz von Frauen in Führungspositionen²⁶ unter die Lupe²⁷. Als sehr wichtig wird hier die Vereinbarkeit von Familie und Beruf eingestuft. Der Frauenanteil an Führungspositionen beträgt vom 18. bis zum 34. Lebensjahr 37 %, sinkt dann aber zwischen dem 35 und 54 Jahr ab auf ein Viertel. Dies zeigt, dass sich dieser Zeitraum oftmals mit der der Pha-

²⁴ Im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung nannte Müller einen Zeitraum von 12 bis 15 Jahren, Bauer hinsichtlich der Qualifikation für eine Aufsichtsratsposition einen Zeitraum von 20 bis 25 Jahren.

²⁵ Nachw. dieser Untersuchung bei Schubert/Jacobsen, WM 2011, 726/729.

²⁶ Unter Führungskräften werden hier Angestellte in der Privatwirtschaft verstanden, die angaben, entweder in Tätigkeiten mit umfassenden Führungsaufgaben oder in sonstigen Leitungsfunktionen zu sein oder auch hochqualifizierte Tätigkeiten auszuüben.

²⁷ Holst/Busch, DIW Berlin, Führungskräfte Monitor 2010; abrufbar unter http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.358490.de/diwkompakt_2010-056.pdf.

se der Familiengründung überschneidet. Lange Arbeitszeiten sind in Führungspositionen üblich und lassen sich oftmals nur schwer mit dem Familienleben vereinbaren. Interessant ist auch, dass sich die „klassischen“ Rollenverteilung selbst dann fortsetzt, wenn die Frau eine Führungsposition bekleidet. Unter vollzeitbeschäftigten Führungskräften übernehmen Männer neben ihrem Beruf nur zu einem geringen Anteil Tätigkeiten im Haushalt (20 %), während dies für Frauen in Führungsposition durchaus üblich ist (59 %). Als maßgeblich erachtet diese Analyse auch das Fehlen von Vorbildern und Rollenmustern. Einen weiteren Grund sieht der Führungskräfte-Monitor unter Berufung auf eine vom Sinus-Institut durchgeführte Befragung von Frauen und Männern in Führungspositionen in der Bildung von einflussreichen Männer-Netzwerken, in die Frauen nur schwer vordringen können, sowie in der Blockade durch Stereotype und Vorurteile, die auf die kulturell definierte Rolle der Frau in der Gesellschaft zurückgehen. In den deutschen Chefetagen herrsche eine Mischung aus konservativen Rollenvorstellungen in Bezug auf die Eignung von Frauen für Spitzenpositionen sowie die Ansicht, es gebe zu wenige karriereorientierte Frauen. Diese Mentalitätsmuster erzeugten eine mehrfach gesicherte soziale Schließfunktion mit sehr selektiver Durchlässigkeit.

Im Rahmen der Sachverständigenanhörung wurde durch die Bundesarbeitsministerin auf das in hohem Maße veränderungsresistente System der Unternehmensführung in Deutschland hingewiesen. Die Strukturen und Rituale zur Suche und Bestellung von Vorständen und Aufsichtsräten seien sehr verkrustet. Insbesondere aufgrund der traditionellen Suchschemata unter Zugrundelegung eines derzeit vielfach nur von Männern zu erfüllenden Erfahrungshorizonts werde der Status quo zementiert. Frauen mit einer anderen Vita, anderen Erfahrungen und anderen Kompetenzen blieben außen vor. Auch hätten die deutschen Aufsichtsräte im europäischen Vergleich die höchste Verweildauer.

Von *Müller* wurde bei der Sachverständigen-Anhörung zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie auf die erheblichen besseren Rahmenbedingungen im Sinne einer Ganztagsbetreuung in anderen Ländern, insbesondere in den USA, Frankreich und den skandinavischen Ländern hingewiesen. Er erklärte - unter Berufung auf eine Studie der Bertelsmann-Stiftung aus dem Jahr 2010 -, die Doppelbelastung von Beruf und Familie stelle für Frauen nach wie vor die entscheidende Karrierebremse dar.

II. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, wie schwierig die Ursachen für den geringen Frauenanteil in Führungspositionen auszumachen sind. Ein eindeutiger „Schuldiger“ ist für den Zustand nicht auszumachen. Viele der angesprochenen Punkte spielen eine Rolle - wobei

über ihr Gewicht gestritten wird. Ein maßgeblicher Faktor dürfte das in Deutschland besonders stark verankerte herkömmliche Rollenverständnis sein. Von besonderer Relevanz sind wohl auch strukturelle Defizite. Die schlechte Vereinbarkeit von Familie und Beruf und die herrschende, männlich geprägte Unternehmenskultur werden oft als ein Hauptgrund angeführt. Personen in Führungspositionen - darunter auch erstaunlich viele Frauen - sehen dies aber eher selten als geeigneten Erklärungsansatz. Auch die mangelnde Teilhabe an informellen Netzwerken, das Fehlen von Rollenvorbildern und die Rekrutierung von Führungskräften nach dem Ähnlichkeitsprinzip sind von Gewicht. Frauen, die im Grundsatz wohl weniger macht- und statusorientiert sind als Männer, haben in einer hauptsächlich von Männern geprägten Unternehmenskultur beim Aufstieg in Führungspositionen oftmals auch mit ideologischen Barrieren und Vorurteilen zu kämpfen. Wie stark sich diese tatsächlich auswirken, ist aber nur schwer messbar.

Abschnitt IV

Die Bedeutung der Geschlechtervielfalt für die Unternehmen und die Volkswirtschaft

Bereits seit mehreren Jahren ist die Bedeutung der Geschlechtervielfalt und insbesondere auch die Repräsentanz der Geschlechter in Spitzenfunktionen aus ökonomischer Sicht Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen und Erhebungen.

I. Bedeutung für die Unternehmen

Bereits 2001 konnte *Adler* einen deutlichen Zusammenhang zwischen der Förderung von Frauen in den Chefetagen von Unternehmen und deren Wirtschaftlichkeit nachweisen¹. Der Untersuchung lagen die Daten der 500 umsatzstärksten US-Unternehmen (sog. Fortune 500) aus den Jahren 1980 bis 1998 zu Grunde. Dabei wurden die 25 Unternehmen mit der stärksten Besetzung von Vorstands- und Aufsichtsratsposten mit Frauen² mit dem jeweiligen Branchendurchschnitt verglichen. Die Untersuchung lieferte ein deutliches Bild: Die Umsatzrendite der Unternehmen lag im Durchschnitt 34 % über dem Schnitt der Vergleichsgruppe. Waren im Vorstand und Aufsichtsrat Frauen stark vertreten, war die Eigenkapitalrendite sogar um 69 % höher als bei einem durchschnittlichen Unternehmen.

Einen ähnlichen Zusammenhang konnte eine Studie durch Catalyst bei den Fortune 500-Unternehmen für den Zeitraum zwischen 1996 und 2000 ermitteln³. Die Unternehmen mit der höchsten Repräsentanz von Frauen im Topmanagement schnitten wirtschaftlich deutlich besser ab als die Gruppe derer mit dem geringsten Frauenanteil⁴. Die Aktien- und Ei-

¹ Adler, Women in the Executive Suite Correlate to High Profits, 2001, Zusammenfassung abrufbar unter http://www.lonelotsarna.se/equalpay/docs/en/adler_web.pdf.

² Die Klassifizierung erfolgte anhand eines Punktesystems. Für einen „top 10“-Vorstandsposten wurden für die Jahre 1980 bis 1992 je zwei Punkte und für die Jahre 1993 bis 1998 ein Punkt vergeben. Die Besetzung eines „next 10“-Posten bis 1992 ergab jeweils ein Punkt, danach einen halben Punkt. Für eine Frau im Aufsichtsrat wurde von 1980 bis 1992 jeweilig ein Punkt und für die darauf folgenden Jahre ein halber Punkt angesetzt.

³ Catalyst, The Bottom Line: Connecting Corporate Performance and Gender Diversity, 2004, abrufbar unter <http://www.catalyst.org/publication/82/the-bottom-line-connecting-corporate-performance-and-gender-diversity>.

⁴ Als Vergleichsmaßstab wurde der durchschnittliche Frauenanteil in Führungspositionen in der Zeit zwischen 1996 und 2000 herangezogen. Berücksichtigt wurden Frauen, die täglich in unternehmeri-

genkapitalrenditen waren im Durchschnitt um 34,0 % bzw. 35,1 % höher. In manchen Branchen fiel das Ergebnis noch deutlicher aus. In der Basiskonsumgüterindustrie etwa lagen die Aktien- und Eigenkapitalrenditen der Primuse um 147,0 % bzw. 229,6 % über denen der Schlusslichter. Zahlenmaterial aus den Jahren 2001 bis 2004 lag einer weiteren Studie durch Catalyst zu Grunde die ausschließlich den Frauenanteil im „Board of Directors“ von Fortune 500-Unternehmen untersuchte. Beim Vergleich der Unternehmen mit der stärksten Besetzung von entsprechenden Posten mit Frauen mit denen mit der geringsten Beteiligung konnte eine um 53 % höhere Eigenkapital- und eine um 42 % höhere Umsatzrendite ermittelt werden. Auch beim Vergleich der Rentabilität des investierten Kapitals war der Wert bei den Unternehmen mit vielen Frauen im „Board of directors“ deutlich höher (66 %).

Dieses Ergebnis konnte auch 2008 in einer Studie der United Nations bei der Untersuchung von Fortune 500-Unternehmen in den USA bestätigt werden⁵. Frauen in gehobenen Management-Positionen verhalfen diesen zu einem deutlich höheren Ertrag.

Auch bei der Untersuchung europäischer Unternehmen zeichnet sich ein ähnliches Bild ab. Im Phoenix Report 2011⁶, der auf einer Analyse von 358 europäischen Firmen verschiedener Branchen⁷ basiert, wurde die Diversität des Topmanagementteams als einer von fünf Faktoren identifiziert, die nachweislich für mehr Wachstum, Profitabilität, und Kapitalmarkterfolg sorgen. Festgestellt wurde, dass Geschlechterbalance⁸ im Management zu deutlich mehr Erfolg führt: Unternehmen mit hoher Geschlechterdiversität wurden auf dem Kapitalmarkt besser bewertet⁹. Als Gründe hierfür wurden der größere Perspektivenreichtum und die Zunahme von Entscheidungs- und Handlungskompetenzen durch produktiven Umgang

sche Prozesse und in weichenstellende Entscheidungen eingebunden waren und auch in der Lage waren das Unternehmen rechtlich zu vertreten.

⁵ United Nations Department of Economic and Social Affairs, World Survey on the Role of Women in Development 2009, S. 23; abrufbar unter <http://www.un.org/womenwatch/daw/public/WorldSurvey2009.pdf>.

⁶ „Phoenix Report 2011 - Eine evidenzbasierte Analyse europäischer Unternehmen auf dem Weg zu High Performance - 1. Teil“, Studie der Unternehmensberatung Accenture Management Consulting und der Justus-Liebig-Universität in Gießen, abrufbar unter https://microsite.accenture.com/Wachstum/Documents/downloads/Accenture_Phoenix%20Report_Part%201.pdf; vgl. auch den Bericht im accenture-Magazin outlook Juni 2010, abrufbar unter http://www.accenture.com/SiteCollectionDocuments/PDF/Accenture_Outlook_Vive_la_difference_Talent_management.pdf.

⁷ Untersucht wurden in 24 Ländern Europas (inklusive Russland und Türkei) börsennotierte Unternehmen mit einem Mindestumsatz von 500 Millionen Euro insbesondere aus den Branchen Stahl, Öl und Gas, Energieversorgung, Chemie, Pharma, Banken, Versicherungen und Telekommunikation.

⁸ Als das einflussreichste Diversitätsmerkmal identifiziert der Report das Geschlecht. Weitere Diversitätsmerkmale sind Erfahrung, Ausbildungsweg, akademischer Hintergrund und Internationalität.

⁹ Das Market-to-Book Ratio, also die Kennzahl für den Wertzuwachs, den die durch den Eigentümer in der Vergangenheit getätigten Kapitalanlagen erfahren haben, lag bei den Unternehmen mit der höchsten Geschlechterdiversität um knapp eine Kennzahl höher.

mit unterschiedlichen Sichtweisen ermittelt. Bei heterogenen Gruppen steige einerseits die Wahrscheinlichkeit, den status quo stärker zu hinterfragen, andererseits sei die Neigung zu einer einheitlichen, unreflektierten Meinung und einer einseitigen Sicht auf die Probleme geringer. In diesem Zusammenhang verwies *Abele-Brehm* im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung auf verschiedene Studien, die nachweisen, dass die Tätigkeit von Frauen gerade in Krisenzeiten von Vorteil sei. Weiterhin wird im Phönix Report dargestellt, dass Unternehmen mit mehr Frauen im Management eine höhere Profitabilität aufweisen. Die Rentabilität, also die Eigenkapitalrendite, lag bei den Unternehmen mit der höchsten Geschlechterdiversität im Durchschnitt bei 11 %, bei den Unternehmen mit der geringsten Geschlechterdiversität dagegen bei 5 %.

Eine finnische Analyse nahm 2007 die Daten von rund 13.000 finnischen Kapitalgesellschaften mit mehr als 10 Mitarbeitern unter die Lupe.¹⁰ Wiederum wurde die Profitabilität der Unternehmen - errechnet aus der Gesamtkapitalrendite, der Kapitalanlagerendite sowie der Umsatzrendite - verglichen¹¹. Das Ergebnis ist, dass Firmen mit weiblichen Vorstandsvorsitzenden rund 10 % rentabler sind als die, die von einem Mann geführt werden. Gegenübergestellt wurden ferner Vorstände, mit gleichem Anteil von Männern und Frauen sowie Vorstände, denen ausschließlich Männer angehören. Auch hier wurde eine um 10 % höhere Rentabilität ermittelt. Die Ergebnisse dieser Studie sollen in nicht unerheblicher Weise dazu beigetragen haben, dass die Frauenrepräsentanz in den finnischen Boards deutlich gestiegen ist¹².

In der breit angelegten Untersuchung „Woman Matter 1“ durch die Unternehmensberatung McKinsey & Company im Jahr 2007 wurde ebenfalls ein positiver ökonomischer Effekt durch die Präsenz von Frauen in Führungspositionen beobachtet¹³. Zunächst wurde durch die Umfrage unter 115.000 Mitarbeitern aus 231 Unternehmen die organisatorische Stärke einzelner Unternehmen ermittelt. Diese steht in deutlichem Zusammenhang mit der wirt-

¹⁰ Kotiranta/Kovalainen/Rouvinen, Female Leadership and Firm Profitability, Finnish Business and Policy Forum (EVA), 2007 No. 3; abrufbar unter http://www.eva.fi/wp-content/uploads/files/2133_Analyysi_no_003_eng_FemaleLeadership.pdf.

¹¹ Dabei wurde anhand einer Regressionsanalyse versucht den Effekt, den der Frauenanteil auf die Profitabilität hat zu isolieren. Andere Faktoren, wie z. B. das Alter des Vorstandsvorsitzenden, die Anzahl der Mitglieder des Vorstandes sowie die Unternehmensstruktur, wurden dabei ausgeblendet.

¹² Klug/Matthias/Wolf, Die Quote in der Europäischen Union, S. 84/85, in: Aktionärinnen fordern Gleichberechtigung, abrufbar unter [http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Pdf-Anlagen/Aktion_C3_A4rinnen-fordern-](http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Pdf-Anlagen/Aktion_C3_A4rinnen-fordern-Gleichberechtigung.property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf)

[Gleichberechtigung.property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf](http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Pdf-Anlagen/Aktion_C3_A4rinnen-fordern-Gleichberechtigung.property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf)

¹³ Studie der Unternehmensberatung McKinsey & Company, Woman Matter 1, 2007; abrufbar unter http://www.mckinsey.de/downloads/publikation/women_matter/Women_Matter_1_brochure.pdf.

schaftlichen Schlagkraft eines Betriebes.¹⁴ Bei allen herangezogenen Organisationskriterien¹⁵ schnitten die Vorstände, die mit Frauen besetzt waren besser ab. Erwähnenswert ist, dass dies - bei einem durchschnittlich mit 10 Personen besetztem Gremium - erst ab der Beteiligung von drei Frauen ("kritische Masse"¹⁶) gilt. Unter dieser Schwelle konnte kein signifikanter Einfluss festgestellt werden. Ferner wurden durch McKinsey & Company in der Studie die europäischen Großunternehmen mit der höchsten Präsenz von Frauen in Führungspositionen analysiert¹⁷. Der Vergleich dieser Unternehmen mit dem jeweiligen Branchendurchschnitt ergab folgendes Bild: Sie erwirtschafteten etwa 48 % mehr Gewinn vor Zinsen und Steuern. Die Eigenkapitalrendite lag um 10 % über dem Durchschnitt. Laut der Studie stieg auch der Aktienkurs rund 1,7-mal schneller. In der Folgestudie „Women Matter 2“ wurde den Ursachen der Geschlechterdiversität für den Unternehmenserfolg nachgegangen¹⁸. Identifiziert wurden neun Führungsverhaltensweisen, die - in unterschiedlicher Weise - die Leistung einer Organisation positiv beeinflussen¹⁹. Da einige Fähigkeiten eher bei Männern, einige eher bei Frauen festgestellt wurden, kam McKinsey zu dem Ergebnis, dass gender-diverse Unternehmen erfolgreicher sind, weil durch die Führungspersonen alle Bereiche abgedeckt werden. Hinsichtlich der nach McKinsey für die Bewältigung zukünftiger Herausforderungen der Unternehmen besonders wichtigen Eigenschaften wurde die Mehrheit primär bei Frauen identifiziert²⁰; der weibliche Führungsstil sei durch bessere Mitarbeiterentwicklung und Inspiration gekennzeichnet. Insgesamt gelangt die Studie zu dem Ergebnis, dass Gender-Diversity von „strategischer Bedeutung“ für die Unternehmen sei.

Diese Ergebnisse decken sich auch mit der Selbsteinschätzung von Frauen in Führungspositionen. Durch die Unternehmensberatung Odgers Berndtson wurde 2009 eine repräsentative Umfrage unter Frauen in deutschen Chefetagen von Großunternehmen, Versi-

¹⁴ Die organisatorisch stärksten Unternehmen wiesen im Durchschnitt doppelt so hohe Umsatzrenditen und Börsenwerte aus wie die organisatorisch schwächsten.

¹⁵ Herangezogen wurden die Kriterien Mitarbeiterführung, Ausrichtung, Übernahme von Verantwortung, Koordinierung, Steuerung, externe Orientierung, Leistungsfähigkeit, Motivation, Arbeitsumfeld und Werte.

¹⁶ Vgl. hierzu auch die Ausführungen im Abschnitt VIII.

¹⁷ Berücksichtigt wurden nur Unternehmen mit einem Börsenwert von mindestens € 150 Millionen. Ausgewählt wurden 89 Unternehmen v. a. nach den Kriterien Anzahl und Prozentsatz von Frauen im Vorstand sowie deren dort ausgeübten Funktionen.

¹⁸ Studie der Unternehmensberatung McKinsey & Company, Woman Matter 2, 2008; abrufbar unter http://www.mckinsey.com/locations/paris/home/womenmatter/pdfs/women_matter_oct2008_english.pdf

¹⁹ Herausgearbeitet wurden folgende Verhaltensweisen: Fähigkeit, andere an Entscheidungen teilnehmen zu lassen; Vorbildfunktion; Inspiration; Erwartungen und Belohnung; Mitarbeiterentwicklung; Ansporn intellektueller Fähigkeiten; effiziente Kommunikation; Entscheidungsfähigkeit; Kontrolle und Korrektur.

²⁰ Fähigkeit, andere an Entscheidungen teilhaben zu lassen, Inspiration sowie Erwartungen und Belohnung; Ansporn intellektueller Fähigkeiten wurde als genderneutral bewertet.

cherungen und Banken durchgeführt²¹. Nach Meinung der Befragten²² tragen Frauen in den obersten Führungsgremien zu einer höheren Meinungsvielfalt auf oberster Ebene bei (81 %). Interessant ist auch, dass durch weibliche Beteiligung eine deutlich bessere Einbindung der weiteren Ebenen geben sei (47 %).

Auch die Organisation für Economic Co-operation and Development (OECD) konstatiert in einem 2008 erstellten Forschungsbericht, dass weibliche Manager durch ihre ausgeprägten „soft skills“ Vorteile für Unternehmen bringen, die sich auch im wirtschaftlichen Erfolg widerspiegeln²³. Frauen überzeugen danach insbesondere durch ihren Weitblick in Entscheidungsfindungen, ihrer interkollegialen Zusammenarbeit und ihrem deutlichem Verhandlungsgeschick. Ermittelt wurde, dass die Unternehmen, in denen Frauen in den Führungsgremien vertreten waren, eine um 53 % höhere Eigenkapitalrendite und eine um 42 % höhere Umsatzrendite aufwiesen.

Dieses Ergebnis korreliert mit den Ergebnissen von *Woolley, Chabris, Pentland, Hashmi* und *Malone*²⁴. Untersucht wurde die „kollektive Intelligenz“ im Zusammenhang mit der Interaktion in Gruppen. In zwei Studien wurde die Arbeit von 699 Beteiligten in Gruppen von zwei bis fünf Personen begutachtet. Dabei wurde ein statistischer Zusammenhang zwischen „kollektiver Intelligenz“ und dem Frauenanteil der jeweiligen Gruppen festgestellt.

Ein 2006 erstellter Forschungsbericht des österreichischen Bundesministeriums für Gesundheit und Frauen zeigt einen Zusammenhang zwischen der Vertretung von Frauen in Führungspositionen und dem Beschäftigungswachstum auf²⁵. Für die Studie wurden alle österreichischen Betriebe ab einer Unternehmensgröße von 50 Mitarbeiter/innen schriftlich befragt. 10 % der kontaktierten Unternehmen beteiligten sich an der Umfrage²⁶. In Wachstumsunternehmen haben Frauen durchschnittlich 34 % der Führungspositionen inne. Dabei

²¹ Odgers Berndtson, Deutschlands Chefinnen - Wie Frauen es an die Unternehmensspitze schaffen, 2010, abrufbar unter http://www.odgersberndtson.de/fileadmin/uploads/germany/Documents/100322OBG_Frauenstudie_d.pdf.

²² Betrachtet wurden die 500 umsatzstärksten Unternehmen, die 30 größten Banken und die zehn größten Versicherungen. Von den 49 Frauen im Vorstand bzw. in der Geschäftsleitung nahmen 32 an der Umfrage teil.

²³ OECD, Gender and Sustainable development - Brochure and presentation, 2008, S. 31; abrufbar unter <http://www.oecd.org/dataoecd/58/1/40881538.pdf>.

²⁴ Woolley/Chabris/Pentland/Hashmi/Malone, Evidence for a Collective Intelligence Factor in the Performance of Human Groups, Science 29 October 2010:

Vol. 330 no. 6004, 686; abrufbar unter <http://www.wjh.harvard.edu/~cfc/Woolley2010a.pdf>.

²⁵ Österreichisches Bundesministerium für Gesundheit und Frauen, Auf Erfolgskurs - Die Repräsentanz von Frauen in Führungspositionen in österreichischen Unternehmen sowie in der Selbstverwaltung, 2006, S. 47; abrufbar unter <http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=22955>.

²⁶ Von den 5.528 versandten Fragebögen konnten 535 zurückgesandte Bögen in die Auswertung einbezogen werden.

hat sich der Frauenanteil unter den Abteilungsleitern von 24 % (2000) auf 38 % (2005) erhöht. Zum Vergleich: Der Anteil der Abteilungsleiterinnen betrug in allen untersuchten Unternehmen 2005 nur 32,5 %. Hingegen blieb ihr Anteil in der höchsten Führungsebene unverändert. Er betrug im Jahr 2000 wie auch im Jahr 2005 11 %.

Ferrary untersuchte im Krisenjahr 2008 den Zusammenhang zwischen den Aktienkursen der 40 führenden französischen Aktiengesellschaften des Leitindex CAC 40 und der weiblichen Besetzung von Managementaufgaben²⁷. Er ermittelte einen signifikanten Zusammenhang zwischen beiden Faktoren. Die Kurse fielen entsprechend geringer, je mehr Frauen Führungspositionen bekleideten.

*Krell*²⁸ führt weitere, ökonomisch interessante Vorzüge eines höheren Frauenanteils auf: Eine vielfältig besetzte Belegschaft kann sich besser auf unterschiedliche Kundenbelange einstellen. Diversity ist ferner ein Belang der zunehmend von Kunden als auch Investoren bewusst bei Kauf- bzw. Investitionsentscheidungen berücksichtigt wird.

Bei einigen Untersuchungen waren keinerlei signifikanten Einflüsse auf die unternehmerische Tätigkeit zu ermitteln²⁹. Teilweise wurden bei den Nichtsuchungen neben positiven Effekten auch gewisse Nachteile für Unternehmen durch eine Erhöhung des Frauenanteils festgestellt. *Matsa* und *Miller* haben die Auswirkungen der ab 2005 verpflichtenden 40%igen Frauenquote in norwegischen Verwaltungsräten börsennotierter Unternehmen³⁰ analysiert³¹. Verglichen wurden 104 norwegische Firmen, die von der Gesetzesänderung betroffen waren mit 1.100 vergleichbaren Unternehmen im skandinavischen Raum. Sie fanden Anzeichen für eine gewisse Abnahme der Profitabilität, im Schnitt um 4 Prozentpunkte. Ein Grund dafür waren z. B. gestiegene Personalkosten und eine niedrigere Kündigungsrate. In der Analyse wird allerdings betont, dass die Datenlage noch unzureichend und deshalb eine langfristige Bewertung noch nicht möglich sei. Es sei daher nicht vorhersehbar sei, ob sich ein auch weiblich geprägter Führungsstil nachhaltig betrachtet für die Unternehmen finanziell eher negativ oder positiv auswirken werde. Auch *Adams* und *Fer-*

²⁷ Ferrary, Gender diversity and stock market performance, 2009, Kurzübersicht abrufbar unter http://www.genderprinciples.org/resource_files/Why_women_managers_shine_in_a_downturn.pdf.

²⁸ Gertraude Krell, Diversity Management: Chancengleichheit für alle und auch als Wettbewerbsfaktor, in: Gertraude Krell (Hrsg.): Chancengleichheit durch Personalpolitik, 5. Auflage 2008.

²⁹ Vgl. hierzu Mensi-Klarbach, Betriebliche Frauenförderung Human Ressource: Frau - Eine betriebswirtschaftliche Betrachtung, 2004, S. 23; abrufbar unter http://www.femtech.at/fileadmin/downloads/Wissen/FEMtech_Publikationen/betriebliche_frauenfoerderung.pdf.

³⁰ S. hierzu die Ausführungen im Abschnitt II.

³¹ Matsa/Miller, A Female Style in Corporate Leadership? Evidence from Quotas?, 2011; abrufbar unter <http://econ-www.mit.edu/files/6500>.

reira beobachten - neben positiven - gewisse negative Auswirkungen bei straff geführten US-Unternehmen³². Höhere Diversität führt hier teilweise zur Reduzierung von Unternehmenswerten. Ihres Erachtens könnte dies an der engeren Kontrolle von Unternehmensprozessen durch stärker mit Frauen besetzten Führungsgremien liegen. Das operative Management wurde in divers besetzten Kontrollgremien häufiger zur Verantwortung gezogen.

II. Volkswirtschaftliche Bedeutung

Aus volkswirtschaftlicher Sicht wird das Potenzial qualifizierter Frauen nicht ausgeschöpft. Eine stärkere Repräsentanz von Frauen ist aber gerade auch aus volkswirtschaftlicher Sicht, insbesondere infolge der demographischen Entwicklung, notwendig³³. Diesen Vorteil einer vermehrten Frauenbeteiligung macht auch *Krell* aus. Seit Ende der neunziger Jahre sinkt das Angebot an Arbeitskräften in Deutschland, auch in den nächsten Jahrzehnten wird die Zahl der Erwerbspersonen vermutlich weiter schrumpfen³⁴. Nach einer OECD-Studie stagniert die Geburtenrate in Deutschland seit drei Jahrzehnten auf einem sehr niedrigen Niveau, während zahlreiche Industrieländer steigende Zahlen melden; Deutschland liegt danach mit 1,36 Kindern pro Frau im Ranking von 34 untersuchten Industrie- und Schwellenländern³⁵ gemeinsam mit Japan auf dem viertletzten Platz³⁶. Nach Angaben des Statistischen Bundesamtes ist die Geburtenrate in Deutschland mit 1,4 seit etwa 35 Jahren konstant. Nach einer anderen Erhebung liegt Deutschland im Vergleich aller 193 Länder der Welt mit durchschnittlich 8,25 Lebendgeburten pro Jahr auf 1.000 Einwohner auf dem vorletzten Platz³⁷. In Deutschland steigt der Anteil von Frauen an der Erwerbsbevölkerung,

³² Adams/Ferreira, Women in the boardroom and their impact on governance and performance, Journal of Financial Economic 94 (2009), S. 291/308; abrufbar unter <http://personal.lse.ac.uk/FERREIRD/gender.pdf>; vgl. auch die teilweise kritische Bewertung dieser Studie von Stelkens/Behrens, Women Matter: Die McKinsey- und andere Studien, S. 95/101 ff., in: Aktionärinnen fordern Gleichberechtigung, 2010, abrufbar unter http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Pdf-Anlagen/Aktion_C3_A4rinnenfordern-Gleichberechtigung,property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf

³³ Vgl. hierzu auch die Stellungnahme des Bundesverbands der Deutschen Industrie e.V. vom 23.3.2011 zum Gesetzentwurf aus Nordrhein-Westfalen, S. 1.

³⁴ Ohne Zuwanderungen würde nach einer Untersuchung der Schrader Stiftung die Zahl der Erwerbspersonen um ein volles Drittel auf nur 27 Millionen im Jahr 2030 zurückgehen, abrufbar unter http://www.schrader-stiftung.de/gesellschaft_wandel/440.php; auf diesen Aspekt verwies im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung auch Dercks.

³⁵ Einbezogen waren beispielsweise Israel (2,96 Kinder), USA (2,01 Kinder), Frankreich (1,99 Kinder), Großbritannien (1,94 Kinder), Schweden (1,94 Kinder), Dänemark (1,84 Kinder), Niederlande (1,79 Kinder), Italien (1,41 Kinder) und Spanien (1,40 Kinder).

³⁶ Welt-Online v. 27.4.2011, abrufbar unter <http://www.welt.de/politik/deutschland/article13281324/Deutschland-bei-Geburtenrate-auf-viertletztem-Platz.html>.

³⁷ Vgl. http://www.geographixx.de/einwohner/geburtenrate_vergleich.asp.

die Quote an Teilzeitbeschäftigten ist mit etwa 50 % allerdings sehr hoch³⁸. Unternehmen sind auf deren Ressourcen angewiesen und sollten Frauen nicht als „Problemgruppe“ betrachten. Die volkswirtschaftlichen Gefahren einer zu geringen Förderung von Frauen sind seit langem bekannt³⁹; die Lage dürfte sich in den nächsten Jahren zuspitzen. Die demographische Entwicklung führt dazu, dass Deutschland ein enormer Fach- und Führungskräfte mangel droht. Um diesen Effekt abzumildern, müssen alle notwendigen Maßnahmen ergriffen werden. Das bedeutet konkret, dass alle verfügbaren Personalpools nutzbar gemacht werden müssen. Hierzu zählt auch die Einbeziehung bislang ungenutzte weiblicher Talentressourcen. Darauf wurde auch im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung mehrfach hingewiesen, z.B. von *Maier* und *Stahl*. Um mehr Frauen für Fach- und Führungsaufgaben zu gewinnen, sind die Unternehmen gehalten, neue Personalkonzepte und Organisationsformen zu entwickeln. Ferner sind auch unterstützende Strukturen, wie z. B. firmeneigene Kinderbetreuung notwendig. Insoweit wird auf die Ausführungen im Abschnitt X verwiesen.

III. Fazit

Die ganz überwiegende Anzahl der wissenschaftlichen Studien, die sich mit den Auswirkungen von Diversität und der Repräsentanz von Frauen in Führungsgremien in der Wirtschaft befasst haben, hat deutlich positive Einflüsse ermittelt. Diese Analysen zeigen, dass bei hoher Diversität und einem entsprechend hohen Frauenanteil deutliche ökonomische Vorteile für das Unternehmen bestehen. Wenn auch dieser positive Zusammenhang zwischen Diversität und Leistungssteigerung unter statistischen Gesichtspunkten nicht zwingend einen kausalen Zusammenhang bedeutet⁴⁰; so weisen die Ergebnisse dieser Studien doch deutlich in diese Richtung. Ein exakter Nachweis der Ursächlichkeit kann auf Grund der vielen möglichen Einflussfaktoren ohnehin kaum geführt werden.

³⁸ Vgl. hierzu die Angaben der Hans-Böckler-Stiftung, auch zum Vergleich der Länder, abrufbar unter <http://www.boeckler-boxen.de/5535.htm>. Im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung sprach die Bundesarbeitsministerin von einer Teilzeitquote von 55 %. S. in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen im Abschnitt III.

³⁹ Vgl. etwa Holst/Wiemer, Zur Unterrepräsentanz von Frauen in Spitzengremien der Wirtschaft Ursachen und Handlungsansätze, 2010; abrufbar unter http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.356535.de/dp1001.pdf.

⁴⁰ Rudolph, Frauen in Aufsichtsräten, 2009, S. 12; abrufbar unter http://www.frankfurt-school.de/content/de/frauen_in_aufsichtsräten/dmsFS/0/file1/Frauen-in-Aufsichtsräten.pdf.

Abschnitt V **Gesetzgebungskompetenz und verfassungsrechtliche** **Rahmenbedingungen**

I. Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungskompetenz für die Einführung einer Geschlechterquote in Aufsichtsräten und Vorständen ergibt sich aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG. Danach besteht ein konkurrierendes Gesetzgebungsrecht des Bundes für das bürgerliche Recht. Zum Bereich des bürgerlichen Rechts sind alle Normen zu zählen, die herkömmlicherweise dem Zivilrecht zugeordnet werden¹. Dazu gehört auch das Gesellschaftsrecht. Einschlägig kann zudem die Gesetzgebungskompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft)² sowie die Gesetzgebungskompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Arbeitsrechts einschließlich der Betriebsverfassung) sein.

Da der Bund die Zusammensetzung und den Vorgang der Wahl der Organe von Kapitalgesellschaften bereits im Aktiengesetz abschließend geregelt hat, verbleibt allerdings auch dann kein Raum für die Einführung einer Geschlechterquote auf Landesebene, wenn der Bund seine Gesetzgebungskompetenz insoweit nicht ausübt.

II. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

Der grundsätzliche verfassungsrechtliche Rahmen des Aktienrechts wird maßgeblich durch die Eigentumsfreiheit, die Berufsfreiheit sowie die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit geprägt. Die Einführung einer Geschlechterquote in Vorständen und Aufsichtsräten von Kapitalgesellschaften ist darüber hinaus am Gleichheitssatz zu messen, weil nicht nur die Rechte der Unternehmer, sondern auch die der Bewerber betroffen sind. Das gilt auch

¹ BVerfGE 11, 192/199.

² Vgl. auch Laskowski, Gesetzliche Quotierung der Aufsichtsräte, S. 70/72, in: Aktionärinnen fordern Gleichberechtigung, 2010, abrufbar unter <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/Service/Publikationen/publikationsliste,did=165456.html>

dann, wenn die Quote neutral als Mindestvertretungsquote formuliert wird und doppelseitig wirkt.

Dabei ist zunächst nach der Rechtfertigung eines Eingriffs in die Freiheitsrechte der Unternehmer zu fragen, auch wenn die bisherige verfassungsrechtliche Diskussion über Frauenförderung und Quotenbestimmungen maßgeblich durch Art. 3 GG bestimmt worden ist. Tatsächlich liegt aufgrund des Schutzbereichs der verfassungsrechtlichen Vorschriften die verfassungsrechtliche Hauptproblematik - jedenfalls für die Geschlechterquote in Aufsichtsräten - in dem Eingriff in die Freiheitsrechte der Unternehmer und nicht in der Beschneidung der Gleichheitsrechte der Bewerber³.

Zur Feststellung der Verfassungsmäßigkeit einer Genderquote für Aufsichtsräte und Vorstände kann dabei auch auf die Ausführungen zu anderen Quotenbestimmungen zurückgegriffen werden; denn Quotierungsregelungen sind der bundesdeutschen Rechtsordnung keineswegs fremd⁴. Dabei wird allerdings zu berücksichtigen sein, dass sich die meisten Quotenvorgaben dadurch von einer Geschlechterquote unterscheiden, dass es dort um die Kompensation persönlich erlittener Nachteile geht; Anknüpfungspunkt insoweit sind also individuelle, konkret vorweisbare Defizite (z. B. bei der Schwerbehindertenpflichtplatzquote nach § 71 Abs. 1 SGB IX⁵). Eine Übertragbarkeit auf die strukturell und gesellschaftlich bedingte Benachteiligung von Frauen ist daher nicht ohne weiteres möglich. Vergleichbar sind allerdings die bereits bestehenden (verbindlichen) Geschlechterquoten, beispielsweise die Vorschriften des Bundesgremienbesetzungsgesetzes (betreffend Gremien, für die der Bund Berufungs- oder Entsendungsrechte hat), der Gleichstellungsgesetze des Bundes (BGleiG, betreffend Beschäftigte der Bundesverwaltung⁶) und der Länder⁷ sowie die geschlechtsspezifische Besetzungsvorgabe für den Betriebsrat in § 15 Abs. 2 BetrVG bzw. § 17 Abs. 7 BPersVG.

³ So auch Wieland, NJW 2010, 2408/2409; Raasch, ZfRV 2009, 216/220; Körner, FS für Heide Pfarr, 2010, 218/227; a.A. Schladebach/Stefanopoulou, BB 2010, 1042/1046.

⁴ Vgl. hierzu z. B. näher Scheinert, Quotennormen im Arbeitsrecht, S. 5 f. u. passim; Schmitt Glaeser, DÖV 1982, 381/385; Raasch, Frauenquoten und Männerrechte, 1991, S. 193 ff.

⁵ § 71 Abs. 1 S. 1 SGB IX: „Private und öffentliche Arbeitgeber (Arbeitgeber) mit jahresdurchschnittlich monatlich mindestens 20 Arbeitsplätzen [...] haben auf wenigstens 5 Prozent der Arbeitsplätze schwerbehinderte Menschen zu beschäftigen.“

⁶ Vgl. dazu § 7 Abs. 1 BGleiG, wonach bei der Besetzung von Arbeitsplätzen in Bereichen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, zu Vorstellungsgesprächen oder besonderen Auswahlverfahren mindestens ebenso viele Frauen wie Männer einzuladen sind, die die in der Ausschreibung vorgegebene Qualifikation aufweisen, sofern Bewerbungen von Frauen in ausreichender Zahl vorliegen.

⁷ Vgl. z. B. § 7 Abs. 1 HessGleiG: „In Ausbildungsberufen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, sind sie bei der Vergabe von Ausbildungsplätzen mindestens zur Hälfte zu berücksichtigen.“

1. Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1 GG

Art. 14 Abs. 1 GG schützt das Eigentum, wozu auch das Eigentum am Unternehmen gehört⁸. Der Eigentumsschutz wird allerdings nicht schrankenlos gewährleistet, vielmehr können nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG Inhalt und Schranken durch ein (formelles) Gesetz bestimmt werden.

Art. 14 GG schützt das Eigentum am Unternehmen umfassend: Geschützt sind sowohl die Rechtsbeziehungen zwischen dem Unternehmen und dessen Träger im Verhältnis zu außenstehenden Dritten als auch die Integrität unternehmensinterner Rechtsbeziehungen⁹. Vom Schutzbereich erfasst und Träger des Grundrechts sind damit sowohl die Aktionäre als Anteilseigner als auch die Gesellschaften - über Art. 19 Abs. 3 GG - selbst.

Ob Regelungen, die die Organisation und die Willensbildung betreffen, in den so umrissenen Schutzbereich eingreifen oder ob der Schutzbereich erst durch solche Regelungen als Inhalts- und Schrankenbestimmungen im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG ausgeformt wird¹⁰, kann für die hier interessierenden Zwecke dahinstehen. In beiden Fällen müssen die das Eigentum beschränkenden Gesetze verhältnismäßig sein¹¹. Eine Mindestbeteiligungsquote wäre als eine solche eigentumsbeschränkende bzw. eigentumsbestimmende Regelung zu qualifizieren. Eine Vorschrift, die die Zusammensetzung des Aufsichtsrats oder des Vorstands bestimmt, greift in das Recht der Anteilseigentümer und des Unternehmens ein, seine innere Organisation selbst zu regeln und ist daher rechtfertigungsbedürftig.

a) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Genderquote in Aufsichtsräten

(1) Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hängt der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers für Inhalts- und Schrankenbestimmungen davon ab, ob das Eigentum ein Element zur Sicherung der persönlichen Freiheit ist oder ob das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug oder einer sozialen Funktion steht¹². In seiner Entscheidung zum Mitbestimmungsgesetz ist das Bundesverfassungsgericht davon ausgegangen, dass die von diesem Gesetz erfassten Gesell-

⁸ BVerfGE 50, 290/351.

⁹ Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Auflage 2010, Band 1, Art. 14 Rn. 141.

¹⁰ So BVerfGE 50, 290/340; Raasch, ZfRV 2009, 216/220; Körner, FS für Heide Pfarr, 2010, 218/227.

¹¹ BVerfGE 50, 290/341.

¹² BVerfGE 50, 290/340 f.

schaften mit mehr als 2.000 Arbeitnehmern die Belange anderer Rechtsgenossen berühren, die auf die Nutzung des Eigentumsobjekts angewiesen seien; insoweit gelte das Gebot der Rücksichtnahme auf den Nichteigentümer. Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers sei daher relativ weit¹³. Eine ähnlich weitgehende Regelungskompetenz des Gesetzgebers dürfte auch hinsichtlich der von der Einführung einer Genderquote betroffenen Gesellschaften gelten¹⁴.

Problematisch könnte dies allenfalls bei kleinen Gesellschaften sein, weil hier die soziale Funktion schwächer ausgeprägt ist. Darauf könnte jedoch bei der Gestaltung einer gesetzlichen Quotenregelung etwa dadurch Rücksicht genommen werden, dass solche Kapitalgesellschaften von einer Quotenregelung ausgenommen würden. Ein ähnliches Problem könnte sich hinsichtlich der Entsenderechte bestimmter Eigentümer, beispielsweise auch bei Familiengesellschaften, stellen, wenn diese auf einem personellen Bezug des Aktionärs zu dem Unternehmen beruhen. Dies dürfte bei einem persönlichen Entsenderecht nach § 101 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 AktG regelmäßig der Fall sein, kann aber auch bei einem inhabergebundenen Entsenderecht nach § 101 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 AktG in Betracht kommen. Hier könnte der Schutz der persönlichen Freiheit des Aktionärs gegenüber der sozialen Funktion höher einzuschätzen sein; denn der Eigentümerposition dürfte nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht aufgrund des personalen Bezugs hier ein stärkeres Gewicht zukommen.

(2) Die Einführung einer Mindestbeteiligungsquote in Aufsichtsräten verfolgt ein legitimes **Ziel**, nämlich die Beseitigung der Unterrepräsentation von Frauen in Führungs- und Kontrollgremien der Wirtschaft. Die Legitimität dieses gesellschaftspolitischen Ziels ergibt sich schon aus Art. 3 Abs. 2 GG¹⁵. Art. 3 Abs. 2 GG ist nicht auf die Gewährleistung rechtlicher Gleichheit beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit¹⁶. Dies ist durch die Ergänzung des Satzes 2 in Art. 3 Abs. 2 GG ausdrücklich klargestellt¹⁷. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts geht es „um die Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter für

¹³ BVerfGE 50, 290/341.

¹⁴ Wieland, NJW 2010, 2408/2409.

¹⁵ Vgl. BVerfGE 109, 64/89; Wieland, NJW 2010, 2408/2409.

¹⁶ BVerfGE 109, 64/83, 92, 91/109; 85, 191/207; Hohmann-Dennhardt, S. 238 f.

¹⁷ Die Formulierung in Satz 2 geht auf einen Vorschlag der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat und der Bundesratskommission Verfassungsreform zurück, vgl. hierzu Frauenrechte im Grundgesetz, Diskussion in der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat und der Bundesratskommission Verfassungsreform, Dokumentation, 1993, S. 298.

die Zukunft. Art. 3 Abs. 2 GG zielt auf die Angleichung der Lebensverhältnisse¹⁸. Mit der Reform der Vorschrift sollte primär nicht ein rechtliches, sondern ein gesellschaftliches Problem gelöst werden¹⁹. Die Verwirklichung dieses Verfassungsauftrags ist auch nicht in das Belieben des Gesetzgebers gestellt. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG schränkt den weiten Spielraum staatlichen Handelns insoweit ein, als dass das Gebot der tatsächlichen Gleichstellung vom Gesetzgeber nicht dauerhaft außer Acht gelassen werden darf, wenn sich das Ziel nicht anderweitig verwirklichen lässt. *Wieland* hob deshalb in der Sachverständigen-Anhörung hervor, dass der Gesetzgeber auch in diesem Zusammenhang das zu staatlichen Schutzpflichten entwickelte²⁰ und vom Bundesverfassungsgericht anerkannte²¹ Untermaßverbot zu beachten habe.

Darüber hinaus kann auch das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) als Rechtfertigung für Maßnahmen sowohl zur Herstellung faktischer Gleichheit der Geschlechter ebenso wie für einen langfristig angestrebten Wandel in der Unternehmens- und Arbeitskultur, der zu einer verbesserten Vereinbarkeit von Beruf und Familie führen soll, herangezogen werden²². Sofern der Gesetzgeber unter Bezugnahme auf die bereits genannten ökonomischen Studien²³ auch deren Ergebnisse als Regelungszweck definiert²⁴, findet auch diese Zielsetzung, möglicherweise auch unter dem Aspekt des Abbaus von Wettbewerbsnachteilen für die deutsche Wirtschaft²⁵, eine Rechtfertigung.

(a) Die verfassungsrechtliche Rechtmäßigkeit des Ziels wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Aufsichtsrat der Interessenvertretung der Aktionäre dient und diese nicht zwingend durch die Geschlechterverteilung der Anteilseignervertersitze im Aufsichtsrat gewährleistet ist²⁶. Es ist gerade die Aufgabe der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, dem Gesetzgeber zu ermöglichen, mit dem Primärzweck nicht identische weitere (soziale) Ziele zu verfol-

¹⁸ Nach BVerfGE 109, 64/89; nach Raasch, ZfRV 2009, 216/221 ist es sogar vertretbar, aus Art. 3 Abs. 2 GG angesichts des Versagens freiwilliger Maßnahmen nicht nur die Legitimation eines staatlichen Eingriffs, sondern auch die Verpflichtung des Gesetzgebers zum Eingreifen abzuleiten.

¹⁹ Vgl. hierzu Limbach/Eckertz-Höfer (Hrsg.), S. 300.

²⁰ Canaris, AcP 1984 (1984), 201/228; Stern, Staatsrecht, Band III/2, 1994, S. 813 f.; Isensee, in: Handbuch des Staatsrechts, Band V, 1992, § 111 Rn. 165.

²¹ BVerfGE 88, 203/254; 109, 190/247; der Sache nach bereits BVerfGE 39, 1/52 ff.

²² Eichenhofer, FS für Heide Pfarr, 2010, 81/89.

²³ Vgl. hierzu die Ausführungen im Abschnitt IV.

²⁴ So z. B. der Gesetzentwurf aus Nordrhein-Westfalen (BR-Drs. 87/11), S. 1 des Vorblatts.

²⁵ Domscheit-Berg wies im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung darauf hin, dass die Wettbewerbsfähigkeit Deutschlands auch davon abhängt, dass die Vielfalt der vorhandenen Talente und Potenziale genutzt werde.

²⁶ a. A. Redenius-Hövermann, ZIP 2010, 660/665.

gen. Ob der Primärzweck dadurch übermäßig eingeschränkt wird, ist vielmehr eine Frage der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

(b) Die Verfolgung des Ziels einer Gleichstellung von Frauen setzt allerdings voraus, dass tatsächlich eine Unterrepräsentanz von Frauen in Aufsichtsräten besteht. Bezugspunkt insoweit dürfte dabei wohl nicht der Frauenanteil in der Bevölkerung sein; denn es geht um den Ausgleich geschlechtsbedingter Nachteile, nicht darum, dass der Aufsichtsrat ein verkleinertes Abbild der Gesellschaft darstellen soll. Es dürfte deshalb auf den Anteil der Frauen abzustellen sein, die neben den Voraussetzungen der §§ 100, 105 AktG die hinreichende Qualifikation aufweisen²⁷.

Dies bedeutet aber nicht, dass vor der Einführung einer Geschlechterquote allgemein oder nach Branchen getrennt festgestellt werden müsste, welcher Anteil an Frauen für diese Position in Frage käme. An einer bestimmten beruflichen Vorbildung oder Entwicklung kann die Qualifikation nämlich allgemein nicht festgemacht werden. Es gibt auch keine allgemein gültige Regelung, dass (bei börsennotierten oder mitbestimmten Gesellschaften) nur Aufsichtsrat werden kann, wer Mitglied des Vorstands, der Geschäftsführung oder der ersten Führungsebene unter dem Vorstand war, mit der Folge, dass sich die Quote möglicherweise nach deren Anteil zu bemessen hätte²⁸. Nur vage Anhaltspunkte für die erforderliche Qualifikation lassen sich auch dem DCGK entnehmen, der bestimmt, dass die Aufsichtsratsmitglieder „über die zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Aufgaben erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und fachlichen Erfahrungen verfügen“ sollen (Ziff. 5.4.1). Dabei sollen die Aufsichtsratsmitglieder jedoch nicht nach einem festen Qualifikationsbild ausgewählt werden, sondern ein unterschiedliches Spektrum repräsentieren. Der DCGK spricht auch insoweit von „diversity (Vielfalt)“. Ein einheitliches Anforderungsprofil existiert somit nicht und kann angesichts der Verschiedenartigkeit der Unternehmen und ihrer Tätigkeiten auch gar nicht existieren. Dies bestätigt sich in der Rechtswirklichkeit, die ganz unterschiedliche Biographien der - zumeist männlichen - Aufsichtsratsmitglieder kennt.

Dem Gesetzgeber ist in dieser Situation bei der Bemessung des Anteils der zu repräsentierenden Frauen ein erheblicher Einschätzungsspielraum zuzugestehen. Er muss sich aus diesem Grund nicht am unteren Rand einer empirisch ermittelten

²⁷ Schladebach/Stefanopoulou, BB 2010, 1042/1046; vgl. zur tatsächlichen Situation die Ausführungen im Abschnitt I.

²⁸ In diese Richtung aber Redenius-Hövermann, ZIP 2010, 660/665 und Schladebach/Stefanopoulou, BB 2010, 1042/1046.

Quotenhöhe orientieren. Andererseits darf er das von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG legitimierte Ziel, bestehende Nachteile der Frauen zu beseitigen, nicht aus den Augen verlieren und auf eine nachvollziehbare Abschätzung des zu repräsentierenden Frauenanteils gänzlich verzichten. Angesichts der im Abschnitt I geschilderten tatsächlichen Verhältnisse kann die Zulässigkeit einer Quotenbestimmung unter diesem Aspekt kaum ernsthaft in Frage gestellt werden.

(c) Angesichts der Einschätzungsprärogative ist zur Ermittlung des zu repräsentierenden Anteils von Frauen kein empirischer Befund notwendig. Selbst wenn aber der Gesetzgeber dennoch zu der Einschätzung käme, dass es derzeit noch an einer genügenden Zahl geeigneter und damit zu repräsentierender Frauen fehlt, könnten insoweit Übergangsregelungen geschaffen werden, die es ermöglichen, den Anteil der Frauen mit dem erforderlichen Qualifikationsniveau zu erhöhen²⁹. Durch die Fristen könnten die Unternehmen in einem vorhersehbaren Zeitraum nach geeigneten Kandidatinnen Ausschau halten und diese entsprechend fördern. Ein dadurch ausgeübter mittelbarer Zwang der Unternehmen zu Fördermaßnahmen wäre ebenso von dem Ziel, die Unterrepräsentation der Frauen in Führungspositionen zu beseitigen, gedeckt.

(d) Ebenso könnte daran gedacht werden, ein möglicherweise noch vorhandenes Defizit an geeigneten Personen durch eine Härtefallregelung für den Einzelfall zu berücksichtigen³⁰. Eine derartige Regelung kann vorsehen, dass die Einhaltung einer Quote (ausnahmsweise) dann nicht erfolgen muss, wenn trotz geeigneter Maßnahmen zur Werbung geeigneter Kandidatinnen nicht genügend Wahlvorschläge gemacht werden konnten.

Zur Beseitigung verfassungsrechtlicher Risiken müsste die Härtefallregelung hinreichend effektiv sein, d. h. dem Unternehmen bei einem Mangel an hinreichend qualifizierten weiblichen Bewerbern tatsächlich ein Ausweichen auf männliche Bewerber ermöglichen, ohne dass an den Nachweis des Mangels allzu überspannte Anforderungen gestellt werden. Bei der Ausgestaltung der Härtefallregelung wären zudem

²⁹ Vgl. z. B. den Gesetzentwurf aus Nordrhein-Westfalen, der aus diesem Grund die erstmalige Anwendung der Quote im Jahr 2017 vorsieht und zunächst eine Quote von 30 %, die nach fünf Jahren auf 40 % erhöht wird, festlegt; auch der Gesetzentwurf von Bündnis 90/Die Grünen sieht eine Übergangsregelung vor.

³⁰ Der Gesetzentwurf aus Nordrhein-Westfalen sieht eine derartige Härtefallregelung vor: Sofern der Aufsichtsrat trotz nachhaltiger Anstrengungen nicht in der Lage sein sollte, der Hauptversammlung eine quotengerechte Kandidatenauswahl vorzuschlagen, kann das Unternehmen von der Geltung der Quotenregelung im Einzelfall entbunden werden. Vgl. hierzu näher die Ausführungen im Abschnitt VIII.

die hohen qualitativen Anforderungen, die an die Aufsichtsräte zu stellen sind, und deren zunehmende Professionalisierung zu berücksichtigen. Es dürfte nicht zulässig sein, wenn der Gesetzgeber lediglich formale Mindestqualifikationen für Aufsichtsratsmitglieder festlegt, bei deren Erreichen die Kandidatinnen nicht mehr zurückgewiesen werden dürfen³¹. Eine derartige Festlegung von Mindestqualifikationen dürfte aber ohnehin praktisch kaum möglich sein, weil - wie oben ausgeführt - ein einheitliches Berufsprofil nicht vorhanden ist und man wohl branchenspezifisch vorgehen müsste. Möglich erschiene es hingegen, die Unternehmen selbst verbindliche Anforderungsprofile erstellen zu lassen, anhand derer die Eignung aller potentiellen Kandidaten gemessen werden könnte.

(3) Die Einführung einer Geschlechterquote ist zur Erhöhung des Frauenanteils im Aufsichtsrat ohne weiteres **geeignet**³². Schwieriger zu beantworten ist, ob dies auch im Hinblick auf das weiterhin erstrebte Ziel, die Unterrepräsentanz von Frauen in Führungsgremien der Wirtschaft insgesamt zu erhöhen, der Fall ist. Die Erhöhung des Frauenanteils im Aufsichtsrat müsste dann erwarten lassen, dass die Verwirklichung dieses Ziels entweder im Wege eines direkten Einflusses des Aufsichtsrats, z. B. durch die Bestimmung des Vorstands oder die Unternehmenspolitik, oder durch eine Vorbildfunktion oder Ausstrahlungswirkung eintritt. Dabei wird dem Gesetzgeber bei der Beurteilung der Eignung des eingesetzten Mittels eine Einschätzungsprärogative einzuräumen sein. Der Gesetzgeber verfügt insoweit über das Recht, auch empirisch unsichere Sätze seinen Regelungen zugrunde zu legen. Das gilt besonders bei Eingriffen in die Freiheit von Wirtschaftssubjekten, die regelmäßig von Prognosen abhängig sind. Das Bundesverfassungsgericht beschränkt sich insoweit auf eine bloße Evidenzkontrolle und räumt dem Gesetzgeber einen weiten Prognosespielraum ein³³. Er muss die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft und das erreichbare Material sachgerecht und vertretbar beurteilt haben³⁴. Dass die Eignung hier fehlen könnte, weil Frauen teilweise aufgrund anderer Prioritäten möglicherweise weniger Interesse an einer Führungsposition haben oder weil die Aufsichtsrätinnen als sog. „Quotenfrauen“ in Aufsichtsräten stigmatisiert werden und ihre Benennung wirkungslos bleibt, hindert den Gesetzgeber jedenfalls solange nicht an einer Quotenregelung, solange keine empirisch gesicherten Daten für derartige Auswirkungen vorliegen.

³¹ Rüfner, in: Bonner Kommentar, GG, Art. 3 Rn. 765.

³² Vgl. z. B. Laskowski, S. 70/82: die Eignung sei „evident“.

³³ So verweist das Gericht in BVerfGE 30, 250/263 etwa darauf, dass das Rechtsstaatsprinzip belastende Gesetze, die zur Erreichung des Zwecks schlechthin untauglich seien, verbiete.

³⁴ BVerfGE 50, 290/333 f.

(4) Eine Geschlechterquote dürfte in der gegenwärtigen Situation auch **erforderlich** sein. Erforderlich ist sie dann, wenn keine mildereren, aber gleich wirksamen Mittel zu einer gleichberechtigten Teilhabe von Frauen an den Aufsichtsratsmandaten zur Verfügung stehen. Nicht nur die Einführung der Quote muss erforderlich sein, sondern es müssen auch die vorgesehenen Sanktionen jeweils notwendig sein. Dem Gesetzgeber ist dabei hinsichtlich der Beurteilung der Effizienz verschiedener Maßnahmen ein erheblicher Beurteilungsspielraum zugute zu halten³⁵. Stehen zu den vom Gesetzgeber beabsichtigten Mitteln Alternativen zur Verfügung, die einen geringeren Eingriff bedeuten, so kann die Erforderlichkeit nur dann verneint werden, wenn deren sachliche Gleichwertigkeit zur Zweckerreichung eindeutig feststeht³⁶.

(a) Spezielle Förderprogramme für Frauen (z. B. spezielle Qualifikationsangebote, flankierende Angebote zur Verbesserung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie, Informationskampagnen zur Beseitigung von Vorurteilen) können zwar den Qualifikationsgrad und die Wettbewerbsfähigkeit von Frauen erhöhen. Allerdings geht beispielsweise der Europäische Gerichtshof ausdrücklich davon aus, dass zwei Bewerber unterschiedlichen Geschlechts mit gleicher Qualifikation nicht notwendigerweise die gleichen Chancen haben³⁷. Förderprogramme üben auf die Entscheidungsträger keinen Zwang aus, Frauen in die Vorstands- und Aufsichtsratsgremien zu berufen. Insofern sind solche Maßnahmen zwar milder, aber im Vergleich zu verbindlichen Quotenregelungen nicht gleich effektiv für die Beseitigung der aktuell gegebenen Unterrepräsentanz von Frauen in Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien.

(b) Die Erforderlichkeit einer gesetzlichen Quote könnte fehlen, wenn durch Selbstverpflichtungen der Wirtschaft, aufgrund der Empfehlungen des DCGK oder von gesetzlichen Sollvorschriften nach dem Vorbild von § 4 Abs. 4 DrittelbG und § 6 Abs. 2 Satz 2 SEBG³⁸, auch ohne rechtliche Verbindlichkeit und Sanktionierung die gleiche effektive Wirkung entfaltet würde.

Dies kann aber nicht angenommen werden. Die Unterrepräsentanz gerade in diesem Bereich der wirtschaftlichen Führungs- und Kontrollebenen dürfte in erhebli-

³⁵ BVerfGE 124, 300/331; 117, 163/182; 115, 320/345; 100, 313/359 (ständige Rechtsprechung); s. auch bereits die Ausführungen oben unter (1).

³⁶ BVerfGE 81, 70/91.

³⁷ EuGH, Urteil vom 11.11.1997 - C - 409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363, Rn. 30; s. hierzu auch die Ausführungen im Abschnitt VI.

³⁸ Vgl. hierzu die Ausführungen im Abschnitt I.

chem Maße auf strukturelle und ideologische Barrieren und traditionelles Rollenverständnis zurückzuführen sein³⁹. Insoweit sprechen gute Gründe dafür, dass eine angemessene und nachhaltige Veränderung nur mit verbindlichen und konkreten Vorgaben erreicht werden kann. Die Vergangenheit dürfte auch gezeigt haben, dass die Selbstverpflichtungen in ihrer Wirkung nicht gleich effektiv sind. Ihre tatsächliche Wirkung hängt wegen ihrer Unverbindlichkeit vor allem vom guten Willen der Entscheidungsträger ab. Weder freiwillige Selbstverpflichtungen der Unternehmen noch die Empfehlungen des DCGK hatten bisher eine signifikante Erhöhung des Frauenanteils zur Folge. Die tatsächliche eklatante Unterrepräsentation⁴⁰, insbesondere die mehr als verhaltene Entwicklung in den letzten zehn Jahren, spricht dabei für sich. Im Bereich der Mitbestimmung ist in den Aufsichtsräten auf Arbeitnehmerseite die Situation zwar deutlich besser als bei der Vertretung der Anteilseigner⁴¹. Angesichts eines Anteils von Frauen von etwa 17 % ist aber auch hier von einem erheblichen Nachholbedarf auszugehen, auch für die Arbeitnehmerseite dürfte die Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung daher grundsätzlich zu bejahen sein.

Die im Jahr 2001 abgeschlossene Vereinbarung mit den Spitzenverbänden der deutschen Wirtschaft, die auf freiwillige Veränderungen abzielt⁴², zielt auf die Erhöhung des Frauenanteils auf allen Ebenen. Hinsichtlich ihres Erfolgs betreffend die oberste Ebene, also die Spitzenpositionen, wird sie überwiegend als in keiner Weise ausreichend umgesetzt, vielfach sogar als „gescheitert“ angesehen, so ausdrücklich z. B. die von der Arbeitsgruppe angehörte Sachverständige Dr. Holst⁴³. Der DCGK in seiner bisherigen Fassung hat jedenfalls keine maßgeblichen Veränderungen bewirkt. Es kann auch kaum angenommen werden, dass die reformierte Fassung die gleiche Effektivität haben wird wie eine verbindlich festgesetzte Zielvorgabe. Allein die Unbestimmtheit der dort statuierten Angemessenheit der Ge-

³⁹ Vgl. hierzu die Ausführungen im Abschnitt III.

⁴⁰ Wie im Abschnitt I. dargestellt.

⁴¹ S. hierzu die Darstellungen im Abschnitt I.

⁴² Vgl. hierzu die Ausführungen im Abschnitt I.

⁴³ Ebenso auch Holst/Wiemer, Frauen sind in Spitzengremien der Wirtschaft unterrepräsentiert, ZBW 2010, 692/698; ebenso Spindler/Brandt, NZG 2011, 401/403; Laskowski, S. 70/83; Körner, Frauen in die Aufsichtsräte - die skandinavischen Regelungen verbindlicher Teilhabe als Modell für Deutschland, S. 225, in: Aktionärinnen fordern Gleichberechtigung, 2010, abrufbar unter http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Bilder__jpeg/Aktion_C3_A4rinnenfordern-Gleichberechtigung,templateld=renderFull.html; Dorothee Bär, CSU, in: Fraktion Direkt v. 29. Oktober 2010; Elisabeth Winkelmeier-Becker im Deutschen Bundestag, Stenogr. Ber., Plenarprotokoll 17/79, S. 8743; Albrecht/Goscinska/Koch-Rust, Die Änderungen des Kodex - „Roadmap zu Gender-Diversity?“, S. 53/58, in: Aktionärinnen fordern Gleichberechtigung, 2010, stellen in Frage, ob die Neufassung des DCGK zu einer signifikanten schnellen Erhöhung des Frauenanteils beitragen könne. Vgl. hierzu auch die Ausführungen im Abschnitt I.

schlechterbeteiligung spricht klar gegen eine vergleichbare Effektivität⁴⁴. Aufgrund der bisherigen Untersuchungen⁴⁵ ist davon auszugehen, dass die Reform des Kodex nur bei einem Teil der Unternehmen eine gewisse Wirkung zeigt. Trotz der tatsächlich bestehenden signifikanten Unterrepräsentanz wurden von mehr als der Hälfte der von FidAR untersuchten Unternehmen Entsprechenserklärungen abgegeben; ein Viertel erklärte explizit, von den Empfehlungen abzuweichen; und nur wenige Unternehmen benannten konkrete Ziele. Laut djb-Studie gaben alle DAX30-Unternehmen trotz der massiven Unterrepräsentanz uneingeschränkte Entsprechenserklärungen ab. In der Begründung zum Gesetzentwurf aus Nordrhein-Westfalen wird ausgeführt, es zeichne sich bereits jetzt ab, dass die in Ziffer 5.4.1 des DCGK vorgesehene Regelung leer laufen werde: Eine Umfrage des Beratungsunternehmens Kienbaum im November 2010 habe ergebe, dass sich nur 6 % der befragten Unternehmen entschlossen hätten, die Empfehlungen des DCGK umzusetzen⁴⁶. Die Europäische Kommission hat festgestellt, dass zwar teilweise auch freiwillige Maßnahmen durchaus ermutigende Ergebnisse geliefert hätten, jedenfalls aber davon auszugehen sei, dass gesetzliche Regelungen am effektivsten seien⁴⁷.

Im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung verwies *Abele-Brehm* darauf, dass durch verschiedene Studien belegt werde, dass Veränderungen in Unternehmen meist nur durch externe Vorgaben erreicht würden. Aufgrund der grundsätzlichen Trägheit der Unternehmen bedürfe es solcher Vorgaben, um eingefahrene Bahnen zu verlassen; auch nehme die psychologische Bereitschaft zu Veränderungen im Laufe der Zeit ab.

Es dürfte im Ergebnis deshalb kein ernsthafter Zweifel bestehen, dass die genannten Alternativen unter Effektivitätsgesichtspunkten hinter einer verbindlichen gesetzlichen Regelung jedenfalls zurückstehen müssten⁴⁸. Der Gesetzgeber wäre daher unter diesem Gesichtspunkt jedenfalls nicht an einer verbindlichen gesetzlichen Regelung gehindert. Nachdem beispielsweise in Norwegen die freiwilligen Selbstverpflichtungen der Unternehmen keinen nennenswerten Fortschritt erkennen ließen, wurden gesetzlich verpflichtende Quotenvorgaben eingeführt, die zu einer deutlichen Erhöhung des Frauenanteils führten.

⁴⁴ Vgl. hierzu die Ausführungen im Abschnitt I.

⁴⁵ Vgl. hierzu die Ausführungen im Abschnitt I.

⁴⁶ Vgl. S. 22 der Begründung zum Gesetzentwurf.

⁴⁷ Siehe hierzu die Ausführungen im Abschnitt II.

⁴⁸ Ebenso Spindler/Brandt, NZG 2011, 401/403.

(c) Das dürfte auch für die von Bundesfamilienministerin Schröder vorgestellte „Flexiquote“ gelten. Unternehmen sollen danach gesetzlich verpflichtet werden, sich selbst individuelle quantifizierte Quotenvorgaben für Vorstand und Aufsichtsrat zu setzen, die sie innerhalb einer bestimmten Frist erreichen (siehe dazu im Einzelnen Abschnitt VIII. IX). Bei diesen „flexiblen Quoten“ handelt es sich um ein im Vergleich zu Mindestbeteiligungsquoten milderes Mittel, da Unternehmen die Höhe des Anteils der Sitze in den Gremien, der mit Frauen bzw. beiden Geschlechtern besetzt sein muss, selbst bestimmen können, ebenso wie den Zeitrahmen. Dem Interesse der Unternehmen nach größtmöglicher Gestaltungsfreiheit wird in weiterem Umfang Rechnung getragen als bei dem Modell mit Mindestbeteiligungsquoten, die auch in ihrer Höhe verbindlich vom nationalen Gesetzgeber festgesetzt werden. Fällt die Höhe der „flexiblen Quote“ niedriger aus, so wird in weniger Fällen und damit auch insgesamt weniger intensiv in die Rechte der männlichen Mitbewerber und die Interessen der Unternehmen eingegriffen. Die den Unternehmen eingeräumte größere Entscheidungsfreiheit hat jedoch auch zur Folge, dass es sich bei „flexiblen Quoten“ nicht um gleich effektive Mittel zur Erhöhung des Frauenanteils in Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien handelt. Auch die tatsächliche Wirkung von „flexiblen Quoten“ hängt vor allem vom guten Willen der Entscheidungsträger ab. Gleich effektiv können „flexible Quoten“ auch nur dann sein, wenn sie in etwa gleich hoch ausfallen wie staatlich festgelegte Mindestbeteiligungsquoten, und ein entsprechender Zeitrahmen bestimmt wird. Ob dies der Fall sein wird, ist zwar rechtssicher nicht vorherzusagen, kann aber angesichts der Erfahrungen aus der Vergangenheit mit freiwilligen Selbstverpflichtungen der Unternehmen mit guten Gründen bezweifelt werden. Im Rahmen des dem Gesetzgeber zustehenden erheblichen Beurteilungsspielraums kann deshalb in rechtlich nicht zu beanstandender Weise argumentiert werden, dass es sich auch bei „flexiblen Quoten“ im Vergleich zu verbindlich festgelegten Mindestbeteiligungsquoten zwar um mildere, aber keineswegs gleich effektive Mittel handelt.

(d) Eine gesetzliche Regelung, die eine Quotierung lediglich auf den Wahlvorschlagslisten des Aufsichtsrats nach § 124 Abs. 3 AktG vorsieht, wäre zwar auch eine geschlechterspezifische gesetzliche Quotenregelung, würde aber weniger tief in die Freiheitsrechte der Eigentümer eingreifen, weil sie auf die Aufsichtsratswahl selbst keinen Einfluss nehmen würde. Diese Regelungsalternative schließt die Möglichkeit einer verbindlichen Quote für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats aber nur dann aus, wenn sie als milderes Mittel gleichermaßen effektiv wäre. Eine weitere Möglichkeit zur Erhöhung des Frauenanteils in Vorstands- und/oder Aufsichts-

ratsgremien wäre die Statuierung einer Pflicht zur Doppelbenennung von Kandidaten, etwa nach dem Vorbild des § 4BGremBG⁴⁹. Danach wären den Entscheidungsträgern für jeden Sitz in Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien grundsätzlich ebenso viele geeignete Frauen wie Männer vorzuschlagen.

Mit einer Pflicht zur Benennung von geeigneten Wahlvorschlagslisten bzw. zur Doppelbenennung von Kandidaten würden die bestehenden Strukturen insoweit aufgebrochen, als gezielt nach geeigneten Kandidaten beiderlei Geschlechts Ausschau gehalten werden müsste und den Aktionären aufgezeigt würde, dass auch qualifizierte Kandidatinnen verfügbar und wählbar sind⁵⁰. Der von Wahlvorschlägen ausgehende Rechtfertigungsdruck für die Entscheidungsträger wäre allerdings nur gesellschaftlich-sozialer Art. Die Hauptversammlung wäre nicht gehindert, von den Wahlvorschlägen abzuweichen⁵¹. Die Gefahr dürfte besonders dann bestehen, wenn Stimmrechte auf einzelne Aktionäre oder Aktionärsvertreter konzentriert sind. Diese könnten dann ohne aufwendige Abreden eigene Kandidaten wählen, so dass die Wahlvorschlagslisten nur noch pro forma geführt würden⁵². Die Möglichkeit einer Quotierung von Wahlvorschlagslisten schließt die Erforderlichkeit einer gesetzlichen Genderquote daher nicht aus. Ergänzend ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die Bundesregierung in ihrem Fünften Bericht über den Anteil von Frauen in wesentlichen Gremien im Einflussbereich des Bundes (Fünfter Gremienbericht) hinsichtlich des Doppelbenennungsverfahrens zu dem Ergebnis gelangt, dass sich dieses nicht bewährt habe; sie hält es für angezeigt, in Zukunft auf kom-

⁴⁹ „(1) Erfolgt eine Berufung aufgrund der Benennung oder des Vorschlages einer vorschlagsberechtigten Stelle, so hat diese, soweit ihr Personen verschiedenen Geschlechts mit der besonderen persönlichen und fachlichen Eignung und Qualifikation zur Verfügung stehen, für jeden auf sie entfallenden Sitz jeweils eine Frau und einen Mann zu benennen oder vorzuschlagen (Doppelbenennung).“

(2) Eine Doppelbenennung kann unterbleiben, soweit

1. einer vorschlagsberechtigten Stelle mehrere Sitze in einem Gremium zustehen und sie gleich viele Frauen und Männer benennt oder vorschlägt; bei einer ungeraden Anzahl von Sitzen bleibt für einen Sitz die Pflicht zur Doppelbenennung bestehen,
2. der vorschlagsberechtigten Stelle eine Doppelbenennung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht möglich oder aus sachlichen, nicht auf das Geschlecht bezogenen Gründen unzumutbar ist; in diesem Fall hat sie der berufenden Stelle die Gründe hierfür schriftlich darzulegen,
3. der berufenden Stelle aufgrund eines Gesetzes ein Auswahlrecht nicht zusteht.“

vgl. BT-Drs. 17/4308, S. 35 ff.

⁵⁰ Spindler/Brandt, NZG 2011, 401/402 f.

⁵¹ Eine Bindung der Hauptversammlung an Wahlvorschläge besteht nur im Anwendungsbereich der Montanmitbestimmung, § 101 Abs. 1 Satz 2 AktG (Hüffer, AktG, 9. Auflage 2010, § 101 Rn. 3, 4).

⁵² Spindler/Brandt, NZG 2011, 401/403.

plizierte Verfahrensregelungen (für alle Gremienbesetzungen) zu verzichten und sie durch nachvollziehbare, realistische Zielvorgaben zu ersetzen⁵³.

(e) Als Alternative zu einer Mindestbeteiligungsquote käme auch eine Minderheitenquote in Betracht. Beispielhaft für eine solche Quote ist § 15 Abs. 2 BetrVG. Danach muss das „*Geschlecht, das in der Belegschaft in der Minderheit ist, (...) mindestens entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis im Betriebsrat vertreten sein, wenn dieser aus mindestens drei Mitgliedern besteht.*“ Die Vereinbarkeit dieser Regelung mit dem Verfassungs- und auch dem Europarecht hat das Bundesarbeitsgericht bereits festgestellt⁵⁴. Eine solche Regelung wäre auch für die Besetzung von Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien denkbar. Frauen könnten von einer solchen Regelung aber nur dann profitieren, wenn sie innerhalb der Belegschaft in der Minderheit sind. Im Vergleich zu einer Quote, die auf das Minderheitenkriterium verzichtet, wäre sie aber nicht gleich effektiv. Die derzeitigen Verhältnisse zeigen, dass Frauen auch in Unternehmen, in denen sie die Mehrheit der Belegschaft ausmachen, im Aufsichtsrat unterrepräsentiert sind⁵⁵. In diesen Unternehmen würde eine Minderheitenklausel aber keine Anwendung finden, so dass eine Benachteiligung der Frauen nicht verhindert werden könnte. Ein weiterer Nachteil besteht darin, dass dieses Quotenmodell auf die Arbeitnehmer im Aufsichtsrat zugeschnitten ist, obwohl Frauen auf Seiten der Aufsichtsratsvertreter der Anteilseigner in noch stärkerem Maße unterrepräsentiert sind. Eine Minderheitenquote ist daher von vornherein weniger geeignet und effektiv als eine Mindestbeteiligungsquote, die für das gesamte Aufsichtsrats- und Vorstandsgremium gilt.

(f) Zur Beurteilung der Erforderlichkeit kann auf die tatsächliche Situation sowie auch auf die tatsächlichen Gegebenheiten in anderen, vergleichbaren Gebieten zurückgegriffen werden. Der Gesetzgeber kann deshalb Umfang, Auswirkung und Effizienz von Förder- und Gleichstellungsmaßnahmen bzw. verbindlichen Quotenbestimmungen auf anderen Gebieten, beispielsweise im öffentlichen Dienst oder im Bereich der politischen Parteien, bezogen auf jeweils ähnliche Gremien (also Spitzenpositionen und -gremien) berücksichtigen. Die Erforderlichkeit kann zudem durch einen Blick ins Ausland beurteilt werden, insbesondere durch die dortige konkrete Entwicklung vor und nach Einführung verbindlicher Quotenbestimmungen in

⁵³ Vgl. hierzu die Ausführungen im Fünften Gremienbericht, BT-Drs. 17/4308, S. 35 ff.

⁵⁴ BAG, NZA 2005, 1252 ff.; siehe hierzu auch die Ausführungen unter V.II.4.d.4.

⁵⁵ Vgl. hierzu die Ausführungen im Abschnitt I.

verschiedenen Bereichen⁵⁶. Die Ausführungen unter II. und III. (zur tatsächlichen und rechtlichen Situation in Deutschland und Europa) sowie unter IV. (Ursachen) verdeutlichen dabei, dass in Deutschland bisherige Maßnahmen offensichtlich nicht dazu geführt haben, in ausreichendem Maße und in angemessenem Zeitrahmen nachhaltige Veränderungen zu bewirken⁵⁷ - die Entwicklung ist äußerst langsam oder stagniert auf niedrigem Niveau - und dass in den Ländern, in denen eine Entscheidung für gesetzliche Regelungen getroffen wurde, deutliche Veränderungen bewirkt wurden. Unter Berücksichtigung des dem Gesetzgeber auch für die Beurteilung der Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung zuzugestehenden erheblichen Einschätzungsspielraum kann es verfassungsrechtlich nicht beanstandet werden, wenn er von der Erforderlichkeit verbindlicher Quotenregelungen zur Erreichung einer besseren Frauenrepräsentation ausgehen würde.

Der Gesichtspunkt der Erforderlichkeit könnte es allerdings gebieten, eine an sich notwendige Regelung zeitlich zu befristen, da die Verwirklichung der Gleichstellung der Geschlechter das Ziel ist, nicht aber eine (in Teilbereichen) dauerhaft quotierte Gesellschaft. Auch könnte es deshalb notwendig sein, in bestimmten Zeitabständen eine Auswirkungs- und Erfolgskontrolle durchzuführen sowie insbesondere die gesellschaftliche Wirklichkeit zu analysieren und die Erforderlichkeit gegebenenfalls eingeführter verbindlicher Vorgaben erneut einer Bewertung zu unterziehen.

Zu prüfen dürfte schließlich auch sein, ob eine bloße Quotenvorgabe ausreichend oder zusätzlich eine Sanktionierung erforderlich ist. Zu beurteilen ist auch die Erforderlichkeit und Angemessenheit der konkreten Sanktionen. Insoweit ist dem Gesetzgeber aber ebenfalls ein erheblicher Einschätzungsspielraum zuzugestehen. Die Ergebnisquote mit ihrer messbaren Erfolgsvorgabe wäre als Anknüpfungspunkt für Sanktionen ohne Zweifel gut geeignet und ein wirksames Instrument. Angesichts der Erfahrungen mit den freiwilligen Selbstverpflichtungen und Regelungen im DCGK erscheint es zumindest zweifelhaft, ob etwa bloße Berichtspflichten und die Gefahr negativer Presse bei Nichterfüllung einer Quote als Drohpotential ausreichen würden. Unter Berücksichtigung des Einschätzungsspielraums wird der Gesetzgeber daher nicht gehindert sein, auch finanzielle oder gesellschaftsrechtliche Sanktionen vorzusehen.

⁵⁶ Vgl. zu älteren Initiativen z. B. Raasch, Frauenquoten und Männerrechte, S. 48 ff.

⁵⁷ Vgl. auch Holst/Wiemer, ZBW 2010, 692/699.

(5) Eine Geschlechterquote darf zudem die Rechte der Anteilseigner und des Unternehmens **nicht unangemessen** einschränken. Die Rechte der nicht zum Zuge kommenden männlichen Bewerber sind hingegen erst im Rahmen des Art. 3 GG zu berücksichtigen (dazu unter 4.). Die Rechte der Anteilseigner gebieten, dass sie grundsätzlich die Zusammensetzung des Aufsichtsrats bestimmen können und in ihren Eigentumsrechten am Unternehmen nicht übermäßig beschränkt werden (dazu sogleich (a)). Die von Art. 14 Abs. 1 GG ebenfalls geschützte Gesellschaft selbst kann verlangen, dass die Funktionsfähigkeit ihres Organs Aufsichtsrat nicht unangemessen eingeschränkt wird (dazu sogleich (b)).

(a) Die Einführung einer Geschlechterquote stellt einen Eingriff in die Wahlfreiheit der Aktionäre dar. Hervorzuheben ist dabei aber, dass der Gesetzgeber bei verbindlichen Mindestbeteiligungsquoten die Auswahl der Mitglieder weiterhin der Hauptversammlung überlässt, denen nicht etwa einzelne Mitglieder des Aufsichtsrats gesetzlich vorgegeben werden. Vielmehr wird nur ein weiteres Kriterium für die Auswahl geschaffen, wie es vergleichbar schon in der bisherigen Regelung über persönliche Voraussetzungen für Aufsichtsratsmitglieder nach § 100 AktG vorgesehen ist⁵⁸. Die Mindestbeteiligungsquote beruht damit auf einer „Strategie der chancenwahrenden Auswahlbeeinflussung“.

Diese Beschränkung stellt per se aber noch keinen unzumutbaren Eingriff in ihre Freiheit als Eigentümer dar⁵⁹. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Mitbestimmungsentscheidung klargestellt, dass Eingriffe in die Verfügungsbefugnis der Anteilseigner gerechtfertigt sein können, selbst wenn sie zu einer weitgehenden Einschränkung ihrer mitgliedschaftlichen Position führen⁶⁰. Ein derart tiefgreifender Eingriff liegt hier mithin nicht vor; denn die Auswahlentscheidung der Aktionäre bleibt weitgehend bestehen. Ihnen wird nicht vorgeschrieben, bestimmte weibliche Mitglieder in den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft zu wählen oder sich zwischen einer bestimmten weiblichen Kandidatin und einem bestimmten männlichen Kandidaten zu entscheiden, ihre inhaltliche Wahlfreiheit bleibt also erhalten⁶¹. Es können nach wie vor die Personen ausgewählt werden, die nach Auffassung der Aktionäre die Interessen der Gesellschaft am besten vertreten werden. Zu Recht weist Wieland darauf hin, dass keine Auswahl-situation im Sinne einer Eins-zu-Eins-Gegenüberstellung von männlichem und weiblichem Kandidaten besteht, sondern

⁵⁸ Wieland, NJW 2010, 2408/2409.

⁵⁹ So aber Redenius-Hövermann, ZIP 2010, 660/665.

⁶⁰ BVerfGE 50, 290/347.

⁶¹ Ebenso Körner, S. 227.

die Hauptversammlung aus allen geeigneten Bewerbern beiderlei Geschlechts eine Auswahl treffen kann. Sie muss nur beachten, dass im Ergebnis jedes Geschlecht zumindest mit der im Gesetz vorgesehenen Quote vertreten ist⁶².

Die Mitglieder des Aufsichtsrats entscheiden zudem nicht unmittelbar und in einem derartigen Maß über die Geschäftstätigkeit des Unternehmens, dass aus diesem Gesichtspunkt jede Einflussnahme auf die Wahl und Zusammensetzung des Aufsichtsrats einen unangemessenen Eingriff in die Rechte der Anteilseigner darstellen muss. Der Aufsichtsrat ist vom Vorstand, dem die operative Leitung des Unternehmens obliegt, getrennt. Die Aufsichtsratsmitglieder haben nicht unmittelbar Einfluss auf die Geschäftsführung des Unternehmens, sondern lediglich mittelbar, in dem sie die Mitglieder des Vorstandes bestimmen (§ 84 AktG). Ihre weitere wesentliche Aufgabe liegt in der Überwachung der Gesellschaft. Sie wirken dabei zwar auch beratend hinsichtlich der künftigen Geschäftspolitik und Strategie, tragen aber auch insoweit nicht unmittelbar unternehmerische Verantwortung⁶³. Ein besonders starker personaler Bezug besteht daher bei den Aufsichtsratsmitgliedern nicht. Die Wahlfreiheit der Hauptversammlung für die Mitglieder des Aufsichtsrats wird zudem - wie bereits dargestellt - nicht ausgeschlossen, sondern nur in einer bestimmten Richtung, nämlich hinsichtlich des Geschlechts eines Teils der Mitglieder, beschränkt. Auch im Hinblick auf die wahrzunehmenden Aufgaben erscheint dies nicht unangemessen.

Dies gilt insbesondere und in noch stärkerem Maße für die Einführung einer Geschlechterquote hinsichtlich der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat. Diese sind bereits dem Wahlrecht der Anteilseigner entzogen, so dass das vermögensrechtliche Element des Anteilseigentums keine weitere Einbuße dadurch erleidet, dass die Arbeitnehmervertreter einen Teil ihrer Sitze mit weiblichen Aufsichtsräten besetzen müssen.

Bereits dargelegt wurde, dass die Anforderungen an eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer Quotierung betreffend die Entsenderechte wohl höher anzusetzen wäre (siehe unter (1)). Es könnte eine unangemessene Einschränkung der Eigentümerrechte darstellen, wenn der Entsendungsberechtigte aufgrund einer Geschlechterquote bestimmte Personen, z. B. sich selbst als Großaktionär, nicht mehr als Aufsichtsratsmitglied benennen könnte. Aus verfassungsrechtlicher Sicht er-

⁶² Wieland, NJW 2010, 2408/2409.

⁶³ Vgl. Habersack, in: Münchener Kommentar Aktiengesetz, 3. Auflage 2008, vor § 95 Rn. 2.

scheint deshalb eine Regelung, die den Entsendeberechtigten die Wahlfreiheit auch hinsichtlich des Geschlechts belässt, mit deutlich geringeren Risiken behaftet. Durch die Beschränkung der Entsenderechte auf ein Drittel der Aufsichtsratsmandate nach § 101 Abs. 2 Satz 4 AktG steht dabei nicht zu befürchten, dass die Quote insgesamt wirkungslos würde⁶⁴.

Ebenso könnte eine Mindestbeteiligungsquote bei Familiengesellschaften unangemessen sein, weil die Rechte der Unternehmer hier stärker zu gewichten sind. Die Beurteilung dieser Frage dürfte vor allem davon abhängen, wie weit der Kreis derjenigen Gesellschaften gefasst wird, die die Quote zu erfüllen haben (vgl. zum Begriff die Ausführungen in Abschnitt VII). Das BVerfG hat in seinem Urteil vom 1. März 1979 betont, dass für die Vielzahl der Anteilseigner das Anteilseigentum typischerweise mehr Kapitalanlage als Grundlage unternehmerischer Betätigung bedeute, den vergleichsweise wenigen großen Anteilseignern gewähre das Anteilseigentum hingegen die Chance, bestimmenden Einfluss auf die Geschäftspolitik des Unternehmens auszuüben.⁶⁵ Aber der grundsätzliche Unterschied gegenüber dem Unternehmer-Eigentümer, der mit seinem Eigentum unmittelbar wirke und die volle Verantwortung trage, bleibe auch hier bestehen.⁶⁶ Demgegenüber liege die soziale Funktion des Anteilseigentums auf der Hand. Sie zeige sich bereits darin, dass es in aller Regel in der Gemeinschaft mit anderen in einer Gesellschaft besteht, die Eigentümerin von Produktionsmitteln ist, und dass es zur Nutzung des Anteilseigentums immer der Mitwirkung der Arbeitnehmer bedürfe.⁶⁷ Das BVerfG hat deshalb bei Familiengesellschaften keine Ausnahmen von der paritätischen Mitbestimmung für geboten gehalten. Die Einführung einer Frauenquote im Aufsichtsrat dürfte nicht stärker in die Grundrechte der Gesellschafter eingreifen als die unternehmerische Mitbestimmung. Dies dürfte dafür sprechen, dass eine Quote im Aufsichtsrat, die nur der Mitbestimmung unterliegende Gesellschaften erfasst, gerechtfertigt ist, ohne dass es Ausnahmen für Familiengesellschaften bedarf.

Es ist auch nicht zu erwarten, dass sich die Einführung einer Geschlechterquote auf den Vermögenswert des Anteilsrechts negativ auswirken würde.

(b) Eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Organe der Aktiengesellschaft ist durch eine stärkere Beteiligung von Frauen ebenfalls nicht zu erwarten. Dabei

⁶⁴ Vgl. zur Problematik der Entsenderechte die Ausführungen im Abschnitt VIII.

⁶⁵ BVerfGE 50, 290/341 ff.

⁶⁶ BVerfGE 50, 290/343.

⁶⁷ BVerfGE 50, 290/348 f.

kann aus verfassungsrechtlicher Sicht dahinstehen, ob eine Erhöhung des Frauenanteils in den Aufsichtsräten neben der Verwirklichung der Gleichberechtigung auch unter wirtschaftlichen oder soziologischen Gründen sinnvoll und empfehlenswert sein könnte⁶⁸. Jedenfalls kann davon ausgegangen werden, dass der Unternehmenserfolg durch eine stärkere Beteiligung von Frauen typischerweise nicht geringer wird.

(6) **Zwischenergebnis:** Die Einführung einer Frauen- oder Geschlechterquote in Aufsichtsräten begegnet im Hinblick auf Art. 14 Abs. 1 GG keinen grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken. Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit wird nicht unverhältnismäßig eingeschränkt. Verfassungsrechtliche Risiken könnten sich jedoch für eine Regelung ergeben, die auch kleine Kapitalgesellschaften erfasst und die auch eine Quotenbestimmung für Entsenderechte, bei denen ein besonderer personeller Bezug der Anteilseigner besteht, vorsieht. Zudem sollte durch Übergangsfristen und eine Öffnungs- bzw. Härtefallklausel die Verhältnismäßigkeit der Regelung gesichert werden.

b) **Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Genderquote in Vorständen**

Eine Geschlechterquote für Vorstände greift ebenso wie eine Quote für Aufsichtsräte in die Eigentumsrechte der Aktionäre und des Unternehmens ein. Sie verfolgt jedoch grundsätzlich – abgesehen von den unter a) (5) genannten Ausnahmen – unter Zugrundelegung des weiten Prognosespielraums des Gesetzgebersein ein legitimes Ziel und ist zu dessen Erreichung geeignet und erforderlich, wobei die Erwägungen zur Geschlechterquote in Aufsichtsräten entsprechend herangezogen werden können. Nicht ganz unproblematisch könnte insoweit aber die Angemessenheit einer solchen Regelung erscheinen.

Bei der Frage nach der Angemessenheit einer Quote für Vorstände ist zunächst zu berücksichtigen, dass dem Vorstand die Leitung der Gesellschaft unter eigener Verantwortung obliegt (§ 76 Abs. 1 AktG). Der Vorstand füllt die strategische Führungsfunktion aus. Ihm obliegt die Festlegung der Unternehmenspolitik und die Entscheidung über die zu übernehmenden geschäftlichen und finanziellen Risiken des Unternehmens⁶⁹. Anders als die Kontroll- und Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats, die eine objektive Wahrnehmung erfordert, ist die Aufgabenwahrnehmung

⁶⁸ So z. B. Wieland NJW 2010, 2408/2409; vgl. hierzu die Ausführungen im Abschnitt V.

⁶⁹ Spindler, in: Münchener Kommentar Aktiengesetz, § 76 Rn. 16 f.

durch den Vorstand wesentlich von seinen persönlichen Einstellungen und Werten geprägt. Das Interesse des Unternehmens, einen bestimmten Vorstand zu benennen und sich bei der Auswahl nicht nach dem Geschlecht richten zu müssen, ist daher höher zu bewerten. Die Besetzung des Vorstandes hat auch in ungleich höherem Maße Einfluss auf den Erfolg des Unternehmens als dies beim Aufsichtsrat der Fall ist⁷⁰.

Die Anforderungen an die Angemessenheit eines Eingriffs in das Selbstorganisationsrecht des Unternehmens sind daher höher anzusetzen. Es erscheint deshalb nicht ganz unzweifelhaft, ob die beabsichtigte Herbeiführung einer ausreichenden Repräsentanz von Frauen in diesen Führungsgremien trotz der Legitimation des Anliegens als Rechtfertigung nach Art. 3 Abs. 2 GG ausreichend wäre. Allerdings könnten etwaige verfassungsrechtliche Zweifel durch eine Öffnungs- bzw. Härtefallklausel erheblich abgemildert werden. Festzuhalten ist, dass es jedenfalls gewichtige Literaturstimmen gibt, die von der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit auch einer Quotierung für Vorstände ausgehen⁷¹.

2. Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG

a) **Schutzbereich und Eingriff**

Art. 12 Abs. 1 GG wird durch Art. 14 Abs. 1 GG nicht verdrängt. Er schützt die Berufsfreiheit auch der juristischen Personen. In die so geschützte „Unternehmerfreiheit“ würde eine Quotenregelung für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats oder Vorstands eingreifen, weil sie die Freiheit der Gesellschaft bei der Planung und Entscheidung des Unternehmens einschränkt. Als sog. Berufswahlbeschränkung dürfte sich eine Quotenbestimmung dabei aber grundsätzlich nicht erweisen. Dies wäre nur dann der Fall, wenn dadurch die betroffenen Gesellschaften in aller Regel und nicht nur in Ausnahmefällen wirtschaftlich nicht mehr in der Lage wären, den gewählten „Beruf“, also die ausgeübte Unternehmenstätigkeit, weiterhin zur Grundlage der unternehmerischen Gewinnerzielung zu machen, wenn also die Leistungsfähigkeit des Unternehmens oder sein (teilweiser) Bestand gefährdet wäre⁷². Dies

⁷⁰ Von dieser Einschätzung geht offensichtlich auch der Gesetzentwurf aus Nordrhein-Westfalen aus, vgl. die Begründung auf S. 31: Die dort vorgesehene Beschränkung der Quote auf den Aufsichtsrat führe dazu, dass die Einwirkung auf das Unternehmen „nur schonend und mittelbar“ erfolge und ein unmittelbarer Eingriff auf der operativen Führungsebene vermieden werde.

⁷¹ Vgl. z. B. Hohmann-Dennhardt, S. 248.

⁷² Vgl. hierzu BVerfGE 30, 292/314; OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ 2010, 328/329.

erscheint eher unwahrscheinlich. Eine entsprechende Bestimmung dürfte sich daher regelmäßig nur als sog. Berufsausübungsregelung⁷³ darstellen⁷⁴.

Art. 12 Abs. 1 GG könnte zudem im Hinblick auf die Berufsfreiheit der Aufsichtsräte und Vorstände betroffen sein. Während die Tätigkeit als Vorstand ohne weiteres einen geschützten Beruf im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG darstellt, ist dies für die Tätigkeit im Aufsichtsrat nicht ganz unproblematisch. Da eine gesetzliche Vergütungspflicht für die Aufsichtsräte nach § 113 Abs. 1 AktG nicht besteht, nehmen *Schladebach/Stefanopoulou* an, dass eine Mitgliedschaft im Aufsichtsrat keine zur Erschaffung oder Erhaltung der Lebensgrundlage dienende Tätigkeit und damit kein geschützter Beruf ist⁷⁵. Allerdings werden faktisch jedenfalls die Aufsichtsräte in den börsennotierten und mitbestimmten Unternehmen stets honoriert. Auch wenn das Aufsichtsratsmandat selten die Haupteinkommensquelle bilden dürfte, schafft es doch ein weiteres Einkommen, das der Bestreitung des Lebensunterhalts dient. Auch die Tätigkeit als Aufsichtsrat dürfte damit ebenso wie andere Zweitberufe oder Nebentätigkeiten⁷⁶ dem Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG unterfallen.

Eine Geschlechterquote stellt auch einen Eingriff in die Berufsfreiheit der Bewerber um einen Vorstandsposten oder ein Aufsichtsratsmandat dar, wenn die Bewerber dem überrepräsentierten Geschlecht angehören; denn durch die Quote ändert sich ihre Chance auf Einstellung. Eine Quotennorm stellt dabei sogar eine objektive Berufswahlregelung dar, weil der Bewerber auf das Geschlecht und seine Möglichkeit zum Zugang zu der angestrebten Tätigkeit keinen Einfluss hat⁷⁷.

b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Für Berufsausübungs- und Berufswahlregelungen gelten nach der sog. Drei-Stufen-Theorie des Bundesverfassungsgerichts unterschiedliche Anforderungen⁷⁸. Ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit ist dann nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG hinzunehmen, wenn er durch sachgerechte und vernünftige Erwägungen des Ge-

⁷³ Vgl. hierzu BVerfGE 46, 246/256 f.

⁷⁴ Vgl. auch Slupik, Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis, 1987, S. 131; Pfarr, Frauenquoten und Männerrechte, 1991, S. 104 m. w. N.; Scheinert, Quotennormen im Arbeitsrecht, 2009, S. 73 f.

⁷⁵ Schladebach/Stefanopoulou, BB 2010, 1042/1046.

⁷⁶ So BVerfG 110, 141/156 f.; 87, 287/316.

⁷⁷ Steinert, S. 74 f.

⁷⁸ Vgl. allgemein zur sog. Drei-Stufen-Theorie Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 12 Rn. 138 ff. m. w. N.

meinwohls gerechtfertigt ist⁷⁹. Eine objektive Berufswahlbeschränkung soll hingegen nur hinzunehmen sein, wenn eine nachweisbare oder höchstwahrscheinliche Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut besteht⁸⁰. Allerdings liegt der Schwerpunkt hier in dem Eingriff in die Unternehmerfreiheit. Die Berufswahl der Bewerber ist angesichts der Anzahl an insgesamt zur Verfügung stehenden Vorstands- und Aufsichtsratsstellen kaum betroffen. Die Intensität des Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit der Unternehmer ist höher als der in die Berufswahlfreiheit der Bewerber, so dass die erhöhten Anforderungen an die Berufswahlbeschränkung in concreto nach der Drei-Stufen-Theorie nicht gerechtfertigt erscheinen. Ist der Zugang zu einem Beruf nicht vollständig versperrt und verbleibt bei einer statistischen Betrachtungsweise ein erheblicher Teil an möglichen Arbeitsplätzen, hat das Bundesverfassungsgericht die an sich objektive Berufswahlbeschränkung dementsprechend lediglich als Berufsausübungsregelung angesehen und deren Rechtfertigungsvoraussetzungen angenommen⁸¹.

Prüfungsmaßstab ist somit insgesamt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz⁸². Es kommt daher auf das Vorhandensein eines legitimen Ziels, die Geeignetheit, die Erforderlichkeit und die Angemessenheit des Eingriffs an. Hinsichtlich des Eingriffs in die Unternehmerfreiheit kann insoweit auf die Ausführungen zu Art. 14 Abs. 1 GG verwiesen werden, denn dort geht es ebenfalls um die Rechtfertigung eines Eingriffs in Freiheitsrechte des Unternehmers, denen auch kein anderes Gewicht zukommt.⁸³ Soweit den Bewerberrechten eine eigenständige Bedeutung im Rahmen des Art. 12 GG zugemessen wird, kann hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs auf die hier im Rahmen des Art. 3 GG angestellten Erwägungen zurückgegriffen werden (dazu unter 4. d).

3. Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 1 und Abs. 3 GG

Eine Quotenregelung berührt auch die von Art. 9 Abs. 1 und Abs. 3 GG geschützte Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit. Der Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit umfasst als Individualgrundrecht, also hinsichtlich der Aktionäre, neben der Gründungs- und Beitrittsfreiheit auch die Organisationsfreiheit als Freiheit der Ausgestaltung der in-

⁷⁹ BVerfGE 7, 377/405 f.; 39, 210/225; 46, 246/256 f. (ständige Rechtsprechung).

⁸⁰ Vgl. dazu grundlegend BVerfGE 7, 377/406 (ständige Rechtsprechung).

⁸¹ BVerfGE 77, 84/106 zur Tätigkeit der Verleiher nach Beschränkung der Arbeitnehmerüberlassung; Scheinert, S. 76 spricht insoweit von einem „Kunstgriff“.

⁸² BVerfGE 77, 84/107 ff.

⁸³ Ebenso BVerfGE 50, 290/365.

neren Verfassung von Vereinigungen, zu denen auch Kapitalgesellschaften zählen; darüber hinaus schützt Art. 9 Abs. 1 GG auch die Vereinigung selbst, also im hiesigen Fall die Aktiengesellschaft, in ihrer Selbstbestimmung⁸⁴. Art. 9 Abs. 1 GG schließt jedoch nicht jede staatliche Regelung der Organisation und Willensbildung aus. Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ausgestaltung der Vereinigungsfreiheit gehört von vornherein zum Inhalt des Art. 9 Abs. 1 GG⁸⁵. Der Gesetzgeber hat sich bei der Ausgestaltung am Schutzgut der Grundrechtsgewährleistung zu orientieren und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren. Sofern durch eine Quotenbestimmung die Funktionsfähigkeit des Unternehmens nicht ernsthaft gefährdet und die Selbstbestimmung der Gesellschaft über ihre innere Organisation und Willensbildung nicht grundsätzlich in Frage gestellt wird⁸⁶, dürfte eine Regelung mit der Gewährleistung des Art. 9 Abs. 1 vereinbar sein⁸⁷. Die Beurteilung der Zulässigkeit einer Quotenregelung für Vorstand und Aufsichtsrat dürfte unter dem Gesichtspunkt des Art. 9 Abs. 1 GG jedenfalls zu keiner von der Bewertung unter dem Blickwinkel von Art. 12 und 14 GG abweichenden Beurteilung führen⁸⁸.

Unabhängig davon, ob der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG durch eine Quotenbestimmung für Vorstand und Aufsichtsrat von Aktiengesellschaften überhaupt berührt sein kann, dürfte diese Vorschrift der Bestimmung von Beschäftigungsquoten im Wirtschaftsleben mangels Monopols der Koalitionen für diesen Bereich jedenfalls nicht entgegenstehen⁸⁹.

4. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 3 GG

Nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG darf niemand wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Diese Verfassungsnorm verstärkt den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, indem sie der dem Gesetzgeber darin eingeräumten Gestaltungsfreiheit engere Grenzen zieht.

⁸⁴ BVerfGE 38, 281/298 ff.; 50, 290/354; 84, 372/378; für größere Kapitalgesellschaften zweifelnd allerdings BVerfGE 50, 290/355 f.; vgl. auch Laskowski, S. 70/73.

⁸⁵ BVerfGE 50, 290/354 f.

⁸⁶ BVerfGE 50, 290/356 f., 359.

⁸⁷ Ausführlich zur Vereinbarkeit einer Quotenbestimmung mit Art. 9 Abs. 1 und 3 GG Laskowski, S. 70/73 ff.

⁸⁸ Vgl. auch BVerfGE 50, 290/357.

⁸⁹ Vgl. Sachs, NJW 1989, 553/554.

a) Träger des Grundrechts

Alle natürlichen Personen genießen den Schutz des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG. Juristische Personen und sonstige Personenvereinigungen können hingegen nur ausnahmsweise Träger des Grundrechts sein. Ihr Zusammenschluss und ihre Betätigung muss gerade wegen der in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG genannten Merkmale erfolgen⁹⁰. Eine Aktiengesellschaft oder eine andere auf wirtschaftliche Betätigung ausgerichtete Kapitalgesellschaft ist daher selbst nicht Träger des Grundrechts aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG.

Träger des Grundrechts sind aber die Bewerber um die Aufsichtsratsmandate und um einen Vorstandsposten. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG verbietet deshalb im Grundsatz, sie wegen ihres Geschlechts zu benachteiligen.

b) Geltung im Privatrechtsverkehr, Bindung des Gesetzgebers

Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG gilt im Privatrechtsverkehr nicht unmittelbar. Der Bewerber um eine Berufung in den Aufsichtsrat oder in den Vorstand kann sich deshalb - anders als ein Bewerber im öffentlichen Dienst - nicht gegenüber einem Kandidaten anderen Geschlechts oder gegenüber der Hauptversammlung oder anderen Organen der Aktiengesellschaft auf den Gleichheitssatz berufen.

Art. 3 Abs. 3 GG bindet aber die öffentliche Gewalt, wenn sie Regelungen oder Entscheidungen im Privatrechtsverkehr trifft. Auch der Zivilrechtsgesetzgeber muss daher bei seiner Gesetzgebung die Differenzierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG beachten. Es geht insoweit um die Schaffung einer objektiven Wertordnung, nicht um individuellen Rechtsschutz. Maßgeblich hat der Gesetzgeber dabei die Grundrechtsträger, also die Bewerber um Aufsichtsratsmandate, in den Blick zu nehmen.

c) Inhalt des Art. 3 Abs. 3 GG und Verhältnis zu Art. 3 Abs. 2 GG

Art. 3 Abs. 3 GG verbietet eine Benachteiligung oder Bevorzugung wegen des Geschlechts. Dabei ist die Vorschrift klar als rechtliche Gleichheitsgarantie formuliert⁹¹. Damit ist auch jede Bevorzugung einer Gruppe verboten, um faktische Nachteile dieser Gruppe auszugleichen. Das Geschlecht darf grundsätzlich nicht als Anknüp-

⁹⁰ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Rn. 374.

⁹¹ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Rn. 371.

fungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden (sog. Differenzierungsverbot). Art. 3 Abs. 3 GG ist damit stets dann einschlägig, wenn staatliche Regelungen und Maßnahmen an das jeweilige Geschlecht anknüpfen⁹².

Das Verhältnis von Absatz 3 und Absatz 2 des Art. 3 GG ist umstritten. Die in unmittelbaren Zusammenhang mit dem Verbot der Geschlechtsdiskriminierung stehende Regelung des Art. 3 Abs. 2 GG stellt ein Gleichberechtigungsgebot auf. Wie bereits unter 1. a) (2) ausgeführt, erstreckt es sich primär auf die Gestaltung der gesellschaftlichen Wirklichkeit und zielt damit auf eine Angleichung der Lebensverhältnisse. Die allgemeine Meinung hält Art. 3 Abs. 2 GG für die Normierung eines Staatsziels, nicht für die Regelung eines Grundrechts. Teilweise, namentlich von *Starck* wird hieraus gefolgert, dass Art. 3 Abs. 2 GG sich nicht auf der grundrechtlichen Ebene der strikten Differenzierungsverbote befinde und deren Einschränkung nicht begründen könne⁹³: Von einem strikten Differenzierungsverbot, wie es die Garantie der Gleichberechtigung von Mann und Frau darstelle, dürfe nicht zugunsten der Verwirklichung von Staatszielen abgewichen werden. Teilweise wird der Gruppenbezug und die Intention der Veränderung der Lage der Gruppe und damit die Beseitigung der strukturellen Diskriminierung in den Vordergrund gestellt und daraus ein Vorrang der kollektivrechtlichen vor der individualrechtlichen Komponente des Art. 3 GG abgeleitet bzw. Absatz 2 als *lex specialis* eingeordnet⁹⁴. Dagegen nimmt die ganz herrschende Ansicht an, die kollidierenden verfassungsrechtlichen Positionen aus Art. 3 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 3 GG müssten in Ausgleich gebracht werden⁹⁵. Zum Teil wird dabei auch auf die Lehre von der praktischen Konkordanz abgestellt, wonach die betroffenen Rechtsgüter so weit möglich zu einer maximalen Entfaltung zu bringen sind⁹⁶. Auch das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, dass sich eine Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 GG, die nicht zwingend erforderlich ist,

⁹² BVerfGE 85, 191/206; Osterloh, in: Sachs, Art. 3 Rn. 259.

⁹³ Vgl. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Rn. 313; vgl. auch Scheinert, S. 234 ff.

⁹⁴ So Slupik, S. 123 f. und Pfarr, NZA 1995, 809/810 bzw. Raasch, S. 242 ff. unter Hinweis auf die entsprechende Bewertung von Art. 6 Abs. 5 GG.

⁹⁵ So Osterloh, in: Sachs, Art. 3 Rn. 266; Jarass/Pieroth, GG, 11. Auflage 2011, Art. 3 Rn. 93, 97; Sodan, GG, 2009, Art. 3 Rn. 26; Laskowski, S. 70/76; Battis/Schulte-Trux/Weber, DVBl. 1991, 1165/1170 f.; Rübner, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 3 Rn. 711 f.; Kokott, NJW 1995, 1049/1050; König, DÖV 1995, 837/845; Pfarr/Fuchsloch, NJW 1988, 2201/2203 f.

⁹⁶ Vgl. die Nachw. insoweit bei Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Rn. 313; allgemein zur Lehre von der praktischen Konkordanz Sachs, Einf. Rn. 50; Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 11. Auflage 2011., Einl. Rn. 10.

durch eine Abwägung mit dem Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG legitimieren lässt⁹⁷.

d) **Abwägung der Verfassungspositionen**

(1) Die betroffenen Rechtsgüter müssen so weit wie möglich zu einer maximalen Entfaltung gebracht werden. Grundrechtseinschränkungen, Abwägung und Auflösung des Konflikts haben nach den Maßstäben des Verhältnismäßigkeitsprinzip zu erfolgen⁹⁸. Dies muss grundsätzlich auch für eine gesetzliche Quotenbestimmung gelten⁹⁹. Umstritten ist allerdings, ob und in welchem Umfang die Abwägung unter Einbeziehung der tatsächlichen Besonderheiten zu erfolgen habe oder primär abstrakt nach dem Gewicht der verfassungsrechtlichen Gewährleistungen¹⁰⁰. Letzteres erscheint jedoch problematisch, da dies zu einer vom Verfassungsgeber prinzipiell nicht vorgesehenen Hierarchie führen würde.

Bei der insoweit notwendigen Abwägung besteht ein erheblicher Bewertungs- und Prognosespielraum¹⁰¹. Dabei kann wohl nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Förderung der tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung von Männern und Frauen, also die Erfüllung des Verfassungsauftrags des Art. 3 Abs. 2 GG, kaum möglich sein wird, ohne dass Männer davon in irgendeiner Form nachteilig betroffen werden. Es dürfte keine Gleichstellung der Frauen geben, die nicht in gewissem Umfang auf Kosten der Männer geht¹⁰². Wenn Art. 3 Abs. 2 GG, wie dargestellt, als auf die gesellschaftliche Wirklichkeit bezogenes Gleichberechtigungsgebot zu verstehen ist, kann dieser Verfassungsauftrag bisweilen nur durch gewisse Beschränkung und Beeinträchtigung gegenläufiger Positionen erfüllt werden - und zwar auch der Individualrechte aus Art. 3 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 GG. Ohne Einschränkung des Diskriminierungsverbotes des Art. 3 Abs. 3 GG ist eine Umsetzung des Verfas-

⁹⁷ BVerfGE 92, 91/109, 112.

⁹⁸ Osterloh, in: Sachs, Art. 3 Rn. 266; Jarass, Vorb. vor Art. 1 Rn. 49.

⁹⁹ Vgl. Huster, AöR 1993, 109/129: „Quoten sind ... gesellschaftspolitische Instrumente, die schwer greifbare Benachteiligungen abbauen sollen: Kollidieren sie dabei mit individuellen Rechten, stehen sie unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit.“

¹⁰⁰ Vgl. hierzu die Nachw. bei Raasch, S. 232 f.

¹⁰¹ Sachs, Einf. Rn. 50.

¹⁰² Vgl. hierzu Limbach/Eckertz-Höfer (Hrsg.), S. 71; Pfarr, NZA 1995, 809/811; Slupik, S. 124, die auf die ansonsten bestehende Gefahr des Leerlaufs des Verfassungsauftrags verweist.

sungsauftrags des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG in der sozialen Wirklichkeit kaum möglich¹⁰³.

Danach dürfte der Gesetzgeber, dem bei der Abwägung der Verfassungsgüter ein Beurteilungsspielraum zuzugestehen ist, grundsätzlich wohl auch im Hinblick auf die Individualgrundrechte beteiligter Dritter aus Art. 3 Abs. 3 GG die Möglichkeit haben, eine Quotenregelung im Privatrecht zu schaffen, sofern die damit einhergehende Beeinträchtigung im konkreten Fall verhältnismäßig, insbesondere angemessen und zumutbar erscheint¹⁰⁴. Hinsichtlich der sich bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit stellenden Fragen kann dabei zunächst grundsätzlich auf die zu Art. 14 Abs. 1 GG dargestellten Erwägungen verwiesen werden. Bei der Prüfung der Zumutbarkeit ist zu berücksichtigen, dass eine Ergebnisquote nicht zu einer unmittelbaren Beeinträchtigung, sondern nur zu einer Reduzierung von Chancen führt. Die Beeinträchtigung männlicher Kandidaten im Einzelfall erscheint von geringem Gewicht und dürfte daher gerechtfertigt sein¹⁰⁵, zumal davon auszugehen sein dürfte, dass der Gesetzgeber nur eine klar unter 50 % liegende Mindestquote vorsehen würde und damit ein erheblicher Teil der Gremienposten weiterhin geschlechtsunabhängig bliebe. Im Privatrecht gibt es grundsätzlich keinen Anspruch eines Einzelnen, aufgrund seiner Befähigungen bestimmte Positionen zu erhalten. Auch dürfte das direkte Anstellen eines diskriminierungsfreien Vergleichs der Befähigung gerade für Spitzenpositionen nur sehr schwer möglich sein. Die Suche nach geeigneten Kandidaten für Aufsichtsrat oder Vorstand erfolgt üblicherweise

¹⁰³ Teilweise wird in der Literatur in diesem Zusammenhang auch auf die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts betreffend die Rechte nichtehelicher Kinder verwiesen, vgl. BVerfGE 25, 167/182. Die unterschiedliche Ausgangslage könne eine Ungleichbehandlung gebieten, um dem Verfassungsauftrag des Art. 6 Abs. 5 GG gerecht zu werden. Das Bundesverfassungsgericht habe einen „Nachholbedarf“ als rechtliche Kategorie anerkannt. Genau um einen solchen Nachholbedarf gehe es aber auch beim faktischen Gleichheitsdefizit, vgl. hierzu Schmitt Glaeser, DÖV 1982, 381/388.

¹⁰⁴ Vgl. zur grundsätzlichen Zulässigkeit auch Wieland, NJW 2010, 2408/2409; Laskowski, S. 70/73 ff., die darauf verweist, dass im Hinblick auf die männliche Überrepräsentation in den Führungsgremien der Kapitalgesellschaften die staatliche Schutz- und Förderpflicht in besonderer Weise greife; Pfarr, NZA 1995, 809/812; Friauf, Grundrechtsprobleme bei der Durchführung von Maßnahmen der Gleichberechtigung, 1981; Slupik, S. 122 ff.; Pfarr/Fuchsloch, NJW 1988, 2201 ff.; Benda, Notwendigkeit und Möglichkeit positiver Aktionen zugunsten von Frauen im öffentlichen Dienst, 1986, S. 118 ff.; Battis/Eisenhardt, ZRP 1994, 18/23 f.; Kokott, NJW 1995, 1049/1051; Zuck, MDR 1988, 459/460; Lange, NJW 1988, 1174/1178; Huster, AöR 1993, 109/122; vgl. auch die Entscheidung des Hessischen Staatsgerichtshofs, NZW 1993, 521/525, der die Regelung eines Geschlechterproporzesses für Personalräte, der zwangsläufig zur Benachteiligung der Männer führe, als verfassungsrechtlich zulässigen Schritt zur Angleichung der Lebensverhältnisse der Frau in der Arbeitswelt erachtet hat; a. A. aber z. B. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Rn. 311 ff.; Stober, Grundrechtsschutz der Wirtschaftstätigkeit, 1989, S. 126.

¹⁰⁵ Laskowski, S. 70/83; ebenso Rolf, S. 52: „Die 'offene' individuelle Benachteiligung von Männern durch eine Quote wiegt nicht schwerer als die 'versteckte' faktische Benachteiligung von Frauen ohne Quotenregelung.“

se nicht mittels Ausschreibung und unmittelbaren Leistungsvergleichen. Daher kann der Gesetzgeber bei Ausgestaltung einer Quotenbestimmung allenfalls gehalten sein sicherzustellen, dass Qualifikation angemessen berücksichtigt wird. Gerade in dem hier betroffenen Bereich der Besetzung von Führungs- und Kontrollfunktionen auf höchster Ebene würde die Festlegung einer Ergebnisquote, die formal nicht an konkrete Qualifikationskriterien anknüpft, aber wohl keineswegs einen Verzicht auf die notwendige Qualifikation bedeuten. Denn es kann nicht zulässiges Ziel des Gesetzgebers sein, den Frauenanteil in den verantwortungsvollen Spitzenpositionen der Privatwirtschaft, in denen naturgemäß das Qualifikationselement dominiert, unabhängig von der notwendigen Befähigung zu erhöhen. Art. 3 Abs. 2 GG zielt grundsätzlich nur auf die tatsächliche Gleichstellung innerhalb eines auch vergleichbaren Personenkreises, nicht auf eine absolute Geschlechterparität. Das Vorliegen der notwendigen Qualifikation dürfte daher einer Quotenregelung insoweit immanent sein und muss gegebenenfalls durch entsprechende Interpretation einer Vorschrift bzw. besser durch Klarstellung in einer entsprechende Öffnungs- bzw. Härtefallklausel¹⁰⁶ verwirklicht werden. Denn nur eine so verstandene Ergebnisquote kann im Gemeinwohlinteresse liegen und damit verfassungsrechtlich zulässig sein. Unter diesen Voraussetzungen erscheint eine Quotierungsregelung, die je nach Sachlage die Chancen von Interessenten eines bestimmten Geschlechts vermindern kann, grundsätzlich zumutbar.

Unter Berücksichtigung dieser Maßgaben ist auch nicht ersichtlich, aus welchen Gründen es geboten sein sollte, besonders strenge Maßstäbe bei der Abwägung anzulegen oder gar darauf abzustellen, ob die Quotenbestimmung und die damit einhergehende gewisse Ungleichbehandlung „zwingend geboten“ ist. Dem steht auch nicht die Auffassung *Osterlohs* entgegen, die Quotenregelungen nur als "ultima ratio"¹⁰⁷ wirksamen Schutzes in Betracht ziehen will¹⁰⁸, denn sie bezieht sich ausdrücklich nur auf den öffentlichen Dienst, der mit privaten Beschäftigungsverhältnissen nicht vergleichbar ist (dazu sogleich). Sie schließt im Übrigen Quoten auch nicht generell aus, sondern hält auch Quotenregelungen mit einer Öffnungsklausel für mit dem nationalen Verfassungsrecht vereinbar.¹⁰⁹ Auch das Bundesverfassungsgericht stellt darauf grundsätzlich nur dann ab, wenn eine Differenzierung

¹⁰⁶ Für eine Öffnungsklausel auch ausdrücklich Laskowski, S. 70/83.

¹⁰⁷ Domscheit-Berg erklärte im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung, es sei nunmehr "endlich Zeit für die ultima ratio".

¹⁰⁸ Osterloh, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 286.

¹⁰⁹ Osterloh, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 286 f.

nicht durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden kann¹¹⁰; dies ist hier jedoch gerade nicht der Fall.

(2) In der Literatur wird dennoch zum Teil angenommen, dass die Regelung sog. starrer Quoten grundsätzlich unzulässig sei.

(a) Dogmatisch wird dies häufig nicht näher begründet, sondern auf die Gesetzesbegründung im Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission verwiesen¹¹¹. Soweit eine dogmatische Einordnung vorgenommen wird, wird entweder darauf abgestellt, dass die Herstellung von Parität kein Verfassungsziel des Art. 3 Abs. 2 GG sei¹¹² oder dass die Abwägung zugunsten des Differenzierungsverbots ausgehe¹¹³.

Die Diskussion, ob sog. „starre“ Quoten zulässig seien, ist allerdings bisher vor allem im Recht des öffentlichen Dienstes geführt worden. Schon den vielfach in der Literatur als Beleg herangezogenen Gesetzesmaterialien lässt sich nicht entnehmen, dass die Gemeinsame Verfassungskommission bei ihrer Rechtsauffassung, dass der neu geschaffene Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG eine Frauenförderung in Gestalt sog. „starrer“ Quoten nicht gestatte, auch Regelungen im Privatrecht im Blick hatte. Vielmehr wird dort ausgeführt, dass diese neue Verfassungsbestimmung „auf Bundes-, Landes- und kommunaler Ebene“ wirken solle¹¹⁴. Der Verfassungsgeber hatte also nur den öffentlichen Dienst im Blick. Dementsprechend bezieht sich auch die ablehnende Haltung in der Literatur vielfach ausschließlich auf das Recht des öffentlichen Dienstes¹¹⁵. Ausdrücklich für die Anwendbarkeit des Unterscheidungsverbots auf das Privatrecht sprechen sich allerdings *Sachs*¹¹⁶ und *Heun*¹¹⁷ aus. *Sachs* erklärt hierzu, dass eine Einwirkung auf die Einstellungschancen der Bewerber nach Maßgabe ihres Geschlechts für eine Anwendung des Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG genüge.

¹¹⁰ Eine „strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung“ verlangt jedoch der Gesetzentwurf aus Nordrhein-Westfalen (Begründung S. 28), wobei er freilich zu demselben Ergebnis kommt.

¹¹¹ So z. B. Kannengießer, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Hopfauf, GG, 11. Auflage 2008, Art. 3 Rn. 56; Gubelt, in: v. Münch/Kunig, GG, 5. Auflage 2000, Art. 3 Rn. 93 f.; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Rn. 314.

¹¹² Rübner, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 3 Rn. 765.

¹¹³ Heun, in: Dreier, GG, 2. Auflage 2004, Art. 3 Rn. 112.

¹¹⁴ BT-Drs. 12/6000, S. 50.

¹¹⁵ So bezieht sich Osterloh, in: Sachs, Art. 3 Rn. 287, explizit auf das Beamtenrecht; auch *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, 32. Lfg. 1996, Art. 3 Abs. 2 Rn. 65, verweist darauf, dass es in erster Linie um den Bereich des öffentlichen Dienstes gehe, da hier das von Art. 33 Abs. 2 GG geregelte Eignungs- und Leistungsprinzip betroffen sei.

¹¹⁶ Sachs, NJW 1989, 553/554.

¹¹⁷ Heun, in: Dreier, Art. 3 Rn. 112 a. E.

Die Gleichbehandlung von Quoten im staatlichen und privaten Bereich begegnet jedoch erheblichen Bedenken. Ein Erst-Recht-Schluss, dass die im Beamtenrecht geltenden Rahmenbedingungen für Quotenbestimmungen auch im Privatrecht gelten müssten, weil der private Arbeitgeber nicht stärker reglementiert werden könnte als der Staat, erscheint nicht möglich. Im Privatrecht steht die Privatautonomie im Vordergrund, Gleichbehandlungsrechte sind schon deshalb nicht besonders ausgeprägt¹¹⁸. Wird für den Bereich des öffentlichen Dienstes durch Quotenbestimmungen der Leistungsgrundsatz durchbrochen, so steht dort ein konkretes Recht gegenüber, nämlich das Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG, gemäß der Eignung berücksichtigt zu werden. Im Bereich des Privatrechts fehlt es dagegen an einer solchen Regelung. Im Privatrecht gibt es keine Vorgaben der Auswahlprinzipien. Dort wird die Befähigung und Akzeptanz für eine Position durch ein Bündel von Faktoren bestimmt. Zudem gibt es im Privatrecht - anders als beim Staat - grundsätzlich keine Monopolstellung für bestimmte Berufstätigkeiten. Die Festlegung von bestimmten Geschlechterquoten für bestimmte Bereiche der Privatwirtschaft ist angesichts der typischerweise vorhandenen Vielzahl von potentiellen Beschäftigungsmöglichkeiten deutlich weniger einschneidend als bei der Konkurrenz um bestimmte staatliche Tätigkeiten, für die es keine (oder bei Landes- und Kommunalbeamten wenige) weitere mögliche Dienstherren gibt, so dass hier eine Quote einer größeren Belastung gleichkommen könnte.

(b) Es erscheint im Übrigen mehr als zweifelhaft, ob eine prozentuale oder zahlenmäßige Mindestergebnisvorgabe für einen bestimmten Geschlechteranteil für ein Gremium überhaupt als „starre“ Quote zu bezeichnen wäre. Der genaue Inhalt einer als unzulässig erachteten „starren“ Quote wird selten ausdrücklich definiert, sondern zumeist vorausgesetzt. Das Verständnis differiert aber durchaus. So wird im Zusammenhang mit § 15 Abs. 2 BetrVG zum Teil gerade nicht von einer „starren“ Quote gesprochen, weil dort nur ein Mindestverhältnis vorgegeben wird¹¹⁹. Ausgehend von diesem Verständnis wäre eine gesetzliche Bestimmung, die ein Mindestverhältnis für beide Geschlechter vorgibt, nicht als „starre“ Quote zu qualifizieren¹²⁰. Vielfach wird (im Arbeitsrecht) jedoch wohl unter einer „starren“ Quote die Vorgabe eines festen Prozentsatzes an Beschäftigten eines Geschlechts verstanden, ohne

¹¹⁸ Vgl. Huster, AöR 1993, 109/120 f.

¹¹⁹ Sannwald, NJW 1994, 3313/3314.

¹²⁰ So ausdrücklich Homburg/Klebe, § 15 Abs. 2 BetrVG: Ein Beitrag zur Gleichstellung in der Betriebsverfassung, S 209/216 f., in: Aktionärinnen fordern Gleichberechtigung, 2010, die explizit eine Übertragung der Regelung des § 15 Abs. 2 BetrVG auf die Unternehmensmitbestimmung vorschlagen und darauf hinweisen, dass man auf diese Weise wohl verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine „starre“ Quote begegnen könnte.

dass auf eine etwaige bessere Qualifikation der sonstigen Bewerber Rücksicht genommen wird, soweit der Bewerber des zu fördernden Geschlechts die Mindestanforderungen der zu besetzenden Stelle erfüllt¹²¹. In seinem Schlussantrag vom 6. April 1995 zur Kalanke-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs definierte der Generalanwalt eine starre Quote hingegen als die Festlegung eines Prozentsatzes von Stellen, der unabhängig von der Befähigung der von den Maßnahmen betroffenen Personen zu erreichen ist¹²². Diese Definition geht von einer qualifikationsunabhängigen Quote aus, also einer Quote, die sich offensichtlich am Bevölkerungsanteil der Frauen orientiert¹²³.

Es dürfte danach zu kurz greifen, jede Ergebnisquote als „starre“ Quote zu bezeichnen. Eine eindeutige Formulierung der quantitativen Bezugsgröße für ein (innerhalb einer bestimmten Zeit) zu erreichendes Ziel ist keine Starrheit, sondern die einzige Möglichkeit, zur Einhaltung zu verpflichten und diese zu überprüfen. Im Gegensatz zur Entscheidungs- oder Verfahrensquote belässt eine Ergebnisquote dem Verpflichteten gerade deutlich mehr Flexibilität und Auswahlfreiheit. Das Einfließen der notwendigen Qualifikation müsste nach hiesiger Auffassung als einer Quotenregelung für die Spitzenpositionen der Privatwirtschaft immanent vorgegeben anzusehen sein¹²⁴ und gegebenenfalls durch eine entsprechende Öffnungs- bzw. Härtefallklausel umgesetzt werden. Im Übrigen ist auch davon auszugehen, dass sich der Gesetzgeber schon aufgrund des durch Art. 14 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich vorgegebenen Rahmens entschließen wird, eine entsprechende Klausel vorzusehen, so dass in der Praxis ausreichend sichergestellt werden kann, dass die Auswahl der Aufsichtsratsmitglieder nur unter geeigneten Kandidaten erfolgt und nicht etwa allein wegen der Vorgabe einer Ergebnisquote eine nicht hinreichend befähigte Person in den Aufsichtsrat gewählt werden muss. Aus diesen Gründen wäre je-

¹²¹ Vgl. Scheinert, S. 17, der als Beispiel §§ 7, 5 Abs. 7 des Hessischen Gleichberechtigungsgesetzes nennt, wonach Frauen bei der Stellenbesetzung in dem wissenschaftlichen Dienst der Hochschulen in dem Prozentsatz, den sie an den Absolventen des jeweiligen Fachsemesters stellen, zu berücksichtigen sind.

¹²² Zt. n. Laubinger VerwArch 87 (1996), 305/312.

¹²³ So wird auch die Regelung des § 15 Abs. 2 BetrVG, wonach das in der Belegschaft in der Minderheit befindliche Geschlecht mindestens entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis im Betriebsrat vertreten sein muss, nicht als „starre“, sondern als „flexible“ Quote bezeichnet, obwohl die wechselnde Mindestquote sogar qualifikationsunabhängig ist, vgl. Homburg/Klebe, FS für Heide Pfarr, 2010, S. 209/210 f.

¹²⁴ Siehe insoweit die Ausführungen oben unter (1).

denfalls nicht von einer „starrten“ Quote im Sinne der obigen Definition auszugehen¹²⁵.

(3) Die **Aufsichtsratswahl** weist zudem gewichtige Besonderheiten auf, die maßgeblich gegen eine mögliche Grundrechtsverletzung eines infolge einer Quotenbestimmung nicht zum Zuge gekommenen Bewerbers aus Art. 3 Abs. 3 GG sprechen:

Bei der Aufsichtsratswahl handelt es sich nicht um die direkte Konkurrenz verschiedener Bewerber um eine bestimmte Stelle¹²⁶. Im Regelfall wird ein gesamtes Gremium gewählt. Ein männlicher Bewerber kann grundsätzlich immer noch neben einer konkurrierenden Frau in den Aufsichtsrat gewählt werden¹²⁷; es besteht bei mehreren zu vergebenden Sitzen stets eine Verteilungsmasse. Das gilt selbst dann, wenn beispielsweise die Wahlvorschlagsliste des Aufsichtsrats nach § 124 Abs. 3 AktG zur Wahrung der Quote ihn nicht als Kandidaten benennt: Ihr Wahlvorschlag ist für die Hauptversammlung nicht verbindlich; diese kann weitere Kandidaten benennen¹²⁸. Das kann auch in der Form erfolgen, dass sich der Bewerber selbst als Kandidaten benennt. Letztlich würde eine Geschlechterquote nur zu einer verminderten Chance für die Gruppe der Männer führen, einer gewissen Verschlechterung der Chancen auf Wahl in den Aufsichtsrat. Kein konkreter (männlicher) Bewerber kann - auch bei bester Qualifikation - verlangen, gewählt zu werden. Gerade eine Entscheidung im Rahmen einer Aufsichtsratswahl ist nicht ausschließlich durch harte Leistungskriterien, sondern auch durch subjektive Merkmale (wie empfundene Vertrauenswürdigkeit oder Charisma) geprägt. Auch hier werden die Besonderheiten der Privatwirtschaft und der Privatautonomie deutlich im Vordergrund stehen. Eine rein qualifikationsgebundene Auswahlentscheidung der Hauptversammlung zwischen einigen Bewerbern für eine bestimmte Stelle findet daher so gerade nicht statt.

Diese Unterschiede zwischen der direkten Konkurrenz um eine Position und der einer Auswahlentscheidung bei mehreren zu besetzenden Stellen hat auch das Bundesverwaltungsgericht gesehen. Zu der Bestimmung in § 7 Abs. 1 des Landesgleichstellungsgesetzes des Landes Berlin, in der geregelt ist, dass Ausbildungsplätze in Bereichen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, in jeder Einrichtung

¹²⁵ Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 2 Rn. 65.

¹²⁶ Vgl. auch Wieland, NJW 2010, 2408/2409.

¹²⁷ Diesen Gedanken betont auch Körner, FS für Heide Pfarr, 2010, 218/227, allerdings im Rahmen des Art. 14 Abs. 1 GG.

¹²⁸ Habersack, in: Münchener Kommentar Aktiengesetz, § 101 AktG Rn. 7.

und in jedem Ausbildungsgang mindestens zur Hälfte an Frauen zu vergeben sind, hat es festgestellt, dass Bedenken im Hinblick auf die Ausführungen des Europäischen Gerichtshofs in der Kalanke-Entscheidung nicht bestünden¹²⁹. Deren Feststellungen kämen schon deshalb nicht zum Tragen, weil grundsätzliche Unterschiede zwischen Quotierungen bei der Vergabe von Ausbildungsplätzen und Ernennungen bzw. Beförderungen bestünden. Eine Entscheidung könne immer noch die Einzelfallgerechtigkeit wahren¹³⁰. Verfassungsrechtliche Bedenken hatte das Bundesverwaltungsgericht nicht. Die strukturelle Ähnlichkeit der Vergabe eines Pools von Ausbildungsplätzen mit dem einer Wahl des Aufsichtsrats führt dazu, dass die Argumente des Bundesverwaltungsgerichts auch für die Zulässigkeit von Quotenregelungen in Aufsichtsräten Geltung beanspruchen können.

Darüber hinaus geht es bei der Bestellung als Aufsichtsrat - anders als bei der Anstellung im öffentlichen Dienst oder als Arbeitnehmer - für den Bewerber typischerweise nicht um die Sicherung seiner persönlichen und wirtschaftlichen Existenz. Dies zeigt schon die vielfache Häufung von Aufsichtsratsmandaten bei den Mitgliedern wie auch die Vergütung der Aufsichtsräte, die zumeist nur als Nebeneinnahme dient.

Der Gesetzeszweck des Art. 3 Abs. 3 GG wäre daher nach hiesiger Auffassung bei einer Geschlechterquote in Aufsichtsräten allenfalls am Rande berührt. In die Rechte der männlichen Aufsichtsratsbewerber wird in einem wesentlich geringeren Maße eingegriffen. Dies hat das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung zur Minderheitenquote nach § 15 Abs. 2 BetrVG bei der Betriebsratswahl ebenso erkannt und die Zulässigkeit der Quote daher primär am Grundrecht der Wahlrechtsgleichheit, das aus Art. 3 Abs. 1 GG fließt, geprüft¹³¹. Dem Differenzierungsverbot zugunsten der männlichen Arbeitnehmer hat es keine eigenständige Bedeutung beigemessen. Die Entscheidung ist rechtskräftig, nachdem das Bundesverfassungsgericht den Antrag auf konkrete Normenkontrolle im Jahr 2006 als unzulässig zurückgewiesen hat.

Gerade im Hinblick auf diese Besonderheiten der Aufsichtsratswahl kann daher bei der notwendigen Abwägungsentscheidung zwischen dem Differenzierungsverbot

¹²⁹ BVerwGE 100, 354/360.

¹³⁰ BVerwGE 100, 354/360 f.

¹³¹ BAG, NZA 2005, 1252.

des Art. 3 Abs. 3 GG und dem Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG die Entscheidung zu Gunsten des Art. 3 Abs. 2 GG getroffen werden.

(4) Die aufgezeigten Besonderheiten der Aufsichtsratswahl bestehen allerdings bei der Berufung in den **Vorstand** nicht. Auch unter dem Aspekt des Differenzierungsverbots des Art. 3 Abs. 3 GG könnte daher ein größeres verfassungsrechtliches Risiko bei der Implementierung einer Genderquote bestehen. Auch bei einer Quotierung von Vorstandsgremien gilt grundsätzlich, dass die kollidierenden verfassungsrechtlichen Positionen aus Art. 3 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 3 GG in Ausgleich zu bringen sind, wobei der Ausgleich nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit erfolgen muss. Es ist nicht auszuschließen, dass hier anders als bei der Aufsichtsratswahl eher eine konkrete Konkurrenzsituation zwischen mehreren Bewerbern für eine bestimmte Position entstehen kann, die durch eine Entscheidung des Unternehmens, nicht durch eine Wahl getroffen wird. Argumentiert werden könnte auch, dass das Grundrecht aus Art. 3 Abs. 3 GG für den Bewerber um einen Vorstandsposten erhebliches Gewicht hat, weil es sich um ein Hauptamt handelt, was der Gesetzgeber berücksichtigen muss. Dies gilt unabhängig davon, dass das Unternehmen, das eine Position zu besetzen hat, im Moment der Entscheidung die Verantwortlichkeit für die Gleichbehandlung trägt¹³².

Allerdings erfolgen gerade die Suche nach geeigneten Kandidaten für eine Vorstandsposition und die sich anschließende Besetzungsentscheidung üblicherweise nicht im Wege der Ausschreibung und eines unmittelbaren Leistungsvergleichs¹³³. Die Frage der individuellen Persönlichkeit und ihrer Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung des spezifischen Werdegangs steht eindeutig im Vordergrund. Ein diskriminierungsfreier Qualifikationsvergleich erscheint bei derartigen Funktionen kaum möglich. Dies könnte - unter dem Aspekt des Art. 3 Abs. 3 GG - durchaus für die Zulässigkeit der Quotenregelung auch für die Vorstandsebene argumentativ angeführt werden. Ein verfassungsrechtliches Risiko aber würde jedenfalls verbleiben.

(5) **Zwischenergebnis:** Sofern Regelungen für eine Geschlechterquote für Aufsichtsräte und Vorstände von einer Öffnungs- bzw. Härtefallklausel flankiert werden, dürfte es sich nicht um eine von der Literatur teilweise als unzulässig angesehene qualifikationsunabhängige starre Quote handeln. Eine Geschlechterquote bei Aufsichtsräten dürfte nach den Grundsätzen der praktischen Konkordanz vielmehr mit

¹³² So Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Rn. 352.

¹³³ Vgl. Hohmann-Dennhardt, S. 248.

dem speziellen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 3 GG zu vereinbaren sein. Die bei der Aufsichtsratswahl geltenden Besonderheiten führen schon dazu, dass nicht erheblich in die Rechte der männlichen Bewerber um ein Aufsichtsratsmandat eingegriffen wird. Unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 Abs.3 GG könnte eine Quote für Vorstände indes etwas kritischer beurteilt werden.

5. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG

Zu prüfen bleibt, ob eine ausschließlich auf Vorstände und Aufsichtsräte beschränkte Quotenbestimmung unter dem Aspekt der Systemgerechtigkeit verfassungsrechtlich bedenklich sein könnte¹³⁴. Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt festgestellt, dass die Systemwidrigkeit einer gesetzlichen Regelung, „die Verletzung der vom Gesetz selbst statuierten Sachgesetzlichkeit“, einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz indiziert¹³⁵. Es prüft dabei, ob die vom Gesetzgeber als maßgeblich zugrunde gelegten Wertentscheidungen bei der rechtlichen Ausgestaltung auch konsequent durchgehalten werden. Durchbrechungen oder Abweichungen bedürfen besonderer verfassungsrechtlich anerkannter Gründe¹³⁶.

Die Beschränkung einer Genderquote auf Aufsichtsräte und Vorstände könnte zum einen dadurch gerechtfertigt sein, dass im Unterbau kein oder zumindest ein deutlich geringerer und deshalb weniger gewichtiger Förderungsbedarf besteht. Auf den unteren (Führungs)Ebenen, etwa im unteren und mittleren Management, sind Frauen anteilig stärker vertreten¹³⁷. Deshalb wird man dem Gesetzgeber durchaus zugestehen müssen, „vom Kopf her zu denken“ und die oberste Entscheidungsebene in den Blick zu nehmen¹³⁸. Im Übrigen hat der Gesetzgeber auch einen gewissen Spielraum und eine Einschätzungsprognose hinsichtlich der Auswirkungen einer (schrittweise) eingeführten Quotierung auf Leitungsebene auf den Unterbau, insbesondere auch unter dem Aspekt, dass die Förderung der Geschlechterparität in Führungspositionen gerade auch Anreiz- und Vorbildfunktion haben und das Einstellungsverhalten der Unternehmen entsprechend verändern soll und wohl auch wird¹³⁹.

¹³⁴ Vgl. z. B. Raasch, Frauenquoten und Männerrechte, 1991, S. 264: „Eine Geschlechterquote allein für Führungspositionen wäre verfassungsrechtlich und gleichstellungspolitisch ... problematisch“.

¹³⁵ Vgl. z. B. BVerfGE 34, 103/115; BVerfG NJW 1977, 1815.

¹³⁶ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Rn. 45.

¹³⁷ Siehe dazu die Ausführungen im Abschnitt I.

¹³⁸ Hohmann-Dennhardt, S. 247.

¹³⁹ Vgl. hierzu die Ausführungen im Abschnitt VII.

Die Argumente könnten auch herangezogen werden, wenn beabsichtigt wäre, die Mindestbeteiligungsquote nur für die Seite der Anteilseigner im Aufsichtsrat vorzuschreiben, wobei dann die Arbeitnehmerseite keiner Quote oder einer Quote in Höhe des Geschlechteranteils unter den Arbeitnehmern (sog. Repräsentationsmodell) unterliegen könnte. Eine Differenzierung könnte hier dadurch gerechtfertigt sein, dass der Frauenanteil auf Arbeitnehmerseite bereits heute deutlich höher ist¹⁴⁰ und insoweit ein geringerer „Nachholbedarf“ besteht. Zudem könnte die Einführung eines Repräsentationsmodells mit ähnlichen Erwägungen wie zu § 15 Abs. 2 BetrVG gerechtfertigt werden.¹⁴¹

Eine Beschränkung der Quote beispielsweise auf börsennotierte und mitbestimmte Unternehmen erscheint ebenfalls nicht systemwidrig. Zur Rechtfertigung lässt sich anführen, dass eine staatliche Einflussnahme auf die personelle Besetzung des Aufsichtsrats bei derartigen Unternehmen typischerweise weniger stark in die Eigentumsrechte der Anteilseigner eingreift. Bei kleineren Gesellschaften wird häufig ein stärkerer personeller Bezug der Anteilseigner zum Unternehmen anzunehmen sein. Aufgrund ihrer besonderen Stellung kommt den börsennotierten und mitbestimmten Unternehmen eine faktische Vorbildwirkung zu, die erwarten lässt, dass auch weitere Unternehmen entsprechenden positiven Entwicklungen bei der Besetzung von Führungspositionen folgen werden¹⁴².

Die Systemgerechtigkeit dürfte bei einer Befreiung für Familiengesellschaften von der Mindestbeteiligungsquote berührt sein. Es würde sich dann die Frage stellen, warum nicht auch andere Gesellschaften, deren Gesellschafterkreis geschlossen ist und die sich z. B. als gemeinsame Gründer dem Unternehmen ebenfalls eng verbunden fühlen (sog. personalistisch geprägte Nichtfamilienunternehmen), von der Quote ausgenommen werden. Denn Art. 6 Abs. 1 GG dürfte für eine Bevorzugung der Familiengesellschaften nicht einschlägig sein, da die unternehmerische Betätigung den Bereich des familiären Zusammenlebens überschreitet.

III. Fazit und Alternativen

Eine gesetzliche Mindestbeteiligungsquote für den Aufsichtsrat erscheint aus verfassungsrechtlicher Sicht allenfalls mit geringen Risiken behaftet. Das gilt insbesondere, wenn eine

¹⁴⁰ Vgl. zu den Zahlen Abschnitt I.II.2.

¹⁴¹ Siehe zu § 15 Abs. 2 BetrVG unter II.1.a) (4) (e).

¹⁴² Vgl. hierzu die Ausführungen im Abschnitt VII.; ebenso auch der Gesetzentwurf aus Nordrhein-Westfalen (Begründung S. 30).

Regelung den Belangen kleinerer und familiengeführter Unternehmen Rechnung tragen würde. Eine Nichtanwendung der Quotenregelungen auf nicht börsennotierte kleinere Gesellschaften könnte diese Belange berücksichtigen und die sonst auftretenden Risiken vermeiden. Gleiches gilt für die Entsenderechte von (Groß)Aktionären. Verfassungsrechtlich weder geboten noch unter dem Gesichtspunkt der Systemgerechtigkeit zweifelsfrei zulässig wäre hingegen eine generelle Befreiung für Familiengesellschaften. Empfehlenswert erscheint aus verfassungsrechtlicher Sicht eine Öffnungs- oder Härtefallklausel. Angesichts dessen, dass die wesentlichen Fragen bisher noch nicht durch das Bundesverfassungsgericht entschieden wurden, muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass ein verfassungsrechtliches Restrisiko verbleibt. Eine Geschlechterquote für Vorstände erscheint aus verfassungsrechtlicher Sicht mit einem etwas höheren Risiko behaftet¹⁴³.

Die verbleibenden verfassungsrechtlichen Risiken könnten dadurch ausgeschlossen werden, dass ein Gesetz nicht eine Quote als Ergebnis der Aufsichtsratswahl vorschreibt, sondern sich beispielsweise darauf beschränkt, den Aufsichtsrat zu einem eine bestimmte Geschlechterquote berücksichtigenden Wahlvorschlag (§ 124 Abs. 3 AktG) zu verpflichten. Da hier die Wahlfreiheit der von Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Anteilseigner nicht berührt ist, wäre eine solche Regelung verfassungsrechtlich jedenfalls unproblematisch. Allerdings dürfte sich die Frage nach der Wirksamkeit einer derartigen Regelung stellen.

Die von Bundesfamilienministerin Schröder vorgeschlagene Flexiquote wäre ebenfalls ein milderes Mittel zur Mindestbeteiligungsquote, weil der Eingriff in die von Art. 14 GG geschützten Unternehmerrechte durch die selbstgesetzte Quotenhöhe geringer ist. Hinsichtlich des Gleichheitssatzes ist sie nicht anders zu beurteilen als die Mindestbeteiligungsquote, weil es für die durch Art. 3 GG geschützten Bewerber keinen Unterschied macht, ob ihre Chancen auf ein Aufsichtsratsmandat oder einen Vorstandsposten durch eine im Gesetz festgelegte oder aufgrund einer gesetzlichen Regelung durch das Unternehmen selbst festgelegte Quote beeinträchtigt werden. Dass sie weniger effektiv als eine Mindestbeteiligungsquote wäre, steht ihrer Einführung nicht entgegen. Der Gesetzgeber ist nicht gehalten, zur Erreichung eines angestrebten Ziels stets das effektivste Mittel anzuwenden. Erhebliche verfassungsrechtliche Risiken bestehen somit nicht.

¹⁴³ Nach Auffassung der Bundesjustizministerin ist eine „gesetzliche Frauenquote“ ... mit der deutschen Verfassung und den EU-Richtlinien vereinbar, vgl. Die Welt v. 18.6.2010.

Abschnitt VI **Europarechtliche Rahmenbedingungen und Initiativen auf** **Unionsebene**

I. Entwicklung der europarechtlichen Rahmenbedingungen für das Gebot der Gleichbehandlung der Geschlechter¹

Die normsetzenden Institutionen auf europäischer Ebene haben zahlreiche Rechtsakte verabschiedet, die der rechtlichen und tatsächlichen Verwirklichung des Gebots der Gleichbehandlung der Geschlechter dienen.

1. Die Normentwicklung nach Abschluss der Römischen Verträge

Im europäischen Recht besteht schon seit Jahrzehnten der Grundsatz, dass Männer und Frauen im besonders sensiblen Bereich des Entgelts grundsätzlich gleich zu behandeln sind. Art. 119 Abs. 1 EWG-Vertrag begründete eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit, welche vom 1. Januar 1962 an voll zu erfüllen war. Diese Vorschrift sollte ursprünglich weniger dem sozialpolitischen Ziel der Gleichstellung der Geschlechter als vielmehr der Verwirklichung des einheitlichen Binnenmarktes dienen. Dennoch wurde die Norm vom EuGH als umfassendes Gleichbehandlungsgebot und Ausdruck des Grundrechts, nicht wegen des Geschlechts diskriminiert zu werden, ver-

¹ Zusammenfassung der Darstellung in dem Rechtsgutachten von Professor Dr. Christian Rolfs unter Mitwirkung der wiss. Mitarbeiter Achim Schmid und Stefan Witschen, Universität zu Köln, „Gleichberechtigte Vertretung der Geschlechter in Aufsichtsräten - Gemeinschaftsrechtliche Rahmenbedingungen -“, erstellt im Auftrag der Sinus Sociovision GmbH, Heidelberg, S. 1 ff., abrufbar unter http://www.sinus-institut.de/fileadmin/dokumente/downloadcenter/Soziales_und_Umwelt/Gutachten_1_Gleichberechtigte_Vertretung_der_Geschlechter_in_Aufsichtsräten.pdf.

standen². Der Vorschrift wurde zudem im Urteil „Defrenne II“ vom 8. April 1978 unmittelbare Wirkung, auch unter Privatpersonen, zuerkannt³.

Die ersten sekundärrechtlichen Normen zur Gleichbehandlung der Geschlechter haben die Gemeinschaftsorgane in den 1970er Jahren verabschiedet.

Die erste Richtlinie 75/117/EWG vom 10. Februar 1975⁴ wurde mit dem Ziel erlassen, die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen anzugleichen.

Mit der Richtlinie 76/207/EWG vom 9. Februar 1976⁵ wurde das zuvor auf den Bereich der Entgeltlichkeit beschränkte Spektrum der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für die Gleichbehandlung der Geschlechter auf erhebliche Teile des Arbeitslebens erweitert. Nach Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie beinhaltet der *„Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne der nachstehenden Bestimmungen (...), dass keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts - insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand - erfolgen darf“*. Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie beinhaltet eine Öffnungsklausel für Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern (*„Diese Richtlinie steht nicht den Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen in den in Artikel 1 Absatz 1 genannten Bereichen beeinträchtigen, entgegen“*). Auf europäischer Ebene wird insoweit von „positiver Diskriminierung“ gesprochen.

Mit Verabschiedung der Richtlinie 86/378/EWG vom 24. Juli 1986⁶ wurden die Mitgliedstaaten zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auch bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit verpflichtet.

Für Personen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben, gilt das Gleichbehandlungsgebot seit dem Erlass der Richtlinie des Rates 86/613/EWG vom 11. Dezember 1986⁷.

² Rolfs, S. 1 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 10.2.2000 – C-270/97 (Sievers) und C-271/97 (Schrage), Slg. 2000, I-929 Rn. 56.

³ Rolfs, S. 1 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 8.4.1976 – C-43/75 (Defrenne II), Slg. 1976, 455 Rn. 40.

⁴ ABl. EG Nr. L 45, S. 19.

⁵ ABl. EG Nr. L 39, S. 40.

⁶ ABl. EG Nr. L 225, S. 40, ber. ABl. EG 1987 Nr. L 51, S. 56.

Durch den Erlass dieser Richtlinien wurden immer mehr Sachverhalte des Erwerbslebens und immer mehr Personen von dem europäischen Recht auf Gleichbehandlung erfasst und die Entwicklung in den Mitgliedstaaten vorangetrieben.

2. Die Entwicklung nach Abschluss des Vertrags von Amsterdam

Durch den Vertrag von Amsterdam fand die in den sekundärrechtlichen Richtlinien bereits angelegte Entwicklung der Gleichbehandlung der Geschlechter im Primärrecht ihren Fortgang. Mit den Bestimmungen der Art. 2, 3 Abs. 2 und 13 Abs. 1 EG wurde das europäische Gleichbehandlungsrecht von dem zuvor allein maßgeblichen Bezug zur Erwerbstätigkeit gelöst und auf eine breitere Basis gestellt. Zu beachten ist die Veränderung der Wortwahl, derer sich der europarechtliche Normengeber nunmehr bedient. Ist in der Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG aus dem Jahr 1976 noch durchgängig von *Gleichbehandlung* der Männer und Frauen die Rede, so spricht der EG-Vertrag seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam am 1. Mai 1999 in den Art. 2 und 3 Abs. 2 von der *Gleichstellung* von Frauen und Männern.

Art. 119 EWG-Vertrag wurde durch Art. 141 EG ersetzt. Art. 141 EG umfasst nicht mehr nur den in Abs. 1 und 2 enthaltenen Grundsatz der Entgeltlichkeit, sondern generell die Gleichbehandlung der Geschlechter im Arbeitsleben. Art. 141 Abs. 3 EG ermächtigt den Rat zum Erlass von Maßnahmen zur Gewährleistung der Anwendung des Grundsatzes der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung von Frauen und Männern in Arbeits- und Beschäftigungsfragen⁸. Damit wurde der Gemeinschaft eine umfassende Kompetenz für diesen Bereich eingeräumt. In Art. 141 Abs. 4 EG ist eine Öffnungsklausel enthalten, die Differenzierungen wegen des Geschlechts ausdrücklich erlaubt. Den Mitgliedstaaten ist es danach im Hinblick auf die *„effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Frauen und Männern im Arbeitsleben“* erlaubt, *„zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen“*. Es ist davon auszugehen, dass Art. 141 Abs. 4 EG weitergehende Maßnahmen zulässt als Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie 76/207/EWG, der von der Verwirklichung der Chancengleichheit und nicht

⁷ ABl. EG Nr. L 359, S. 56; Nachfolgeregelung ist die Richtlinie 2010/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juli 2010 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben, und zur Aufhebung der Richtlinie 86/613/EWG des Rates, ABl. EU Nr. L 180, S. 1.

⁸ Gemäß dem Verfahren nach Art. 251 EG und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses.

von der effektiven Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Frauen und Männern im Arbeitsleben spricht. Die Unterrepräsentanz eines Geschlechts ist in Art. 141 Abs. 4 EG dergestalt tatbestandlich, dass zum Erreichen einer Ergebnisgleichheit der Grundsatz der Gleichberechtigung durchbrochen werden kann.⁹

Die Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002¹⁰ ändert die Richtlinie 76/207/EWG vom 9. Februar 1976 und erklärt Art. 141 Abs. 4 EG zum alleinigen Rechtfertigungsmaßstab bezüglich positiver Maßnahmen.

Zahlreiche der genannten Gleichbehandlungsrichtlinien wurden durch die Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006¹¹ zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen mit Wirkung vom 15. August 2009 aufgehoben und zusammengefasst. Durch die damit verbundene Vereinheitlichung des Gleichbehandlungsrechts wurde die Übersichtlichkeit verbessert und die praktische Handhabung vereinfacht.

3. Der Vertrag von Lissabon

Mit Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags am 1. Dezember 2009 ist der Amsterdamer Vertrag in den „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ (AEUV) umbenannt worden und hat eine neue Artikelabfolge erhalten. Art. 141 Abs. 4 EG ist nunmehr wortlautgleich Art. 157 Abs. 4 AEUV.

Die Gleichstellung der Geschlechter bleibt auch mit dem Vertrag von Lissabon einer der grundlegenden Werte der EU. Regelungen hierzu finden sich im EUV, im AEUV und in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, die über Art. 6 Abs. 1 EUV gleichrangig neben die Verträge gestellt wird.

Gemäß Art. 2 EUV ist die Gleichheit von Frauen und Männern ein grundlegender Wert der Union. Als Ziel der Union benennt Art. 3 Abs. 3 EUV die Gleichstellung von Frauen und Männern. Neben den Regelungen im EUV ist die Gleichstellung der Geschlechter auch im AEUV niedergelegt. Art. 8 AEUV bestimmt, dass die Union bei allen ihren Tä-

⁹ Scheinert, in: Quotennormen im Arbeitsrecht, Schriftenreihe Arbeitsrechtliche Forschungsergebnisse, Band 119, S. 306.

¹⁰ ABI. EG Nr. L 269, S. 15.

¹¹ ABI. EG Nr. L 204, S. 23.

tigkeiten darauf hinwirkt, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern. Gemäß Art. 10 AEUV zielt die Union bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihren Maßnahmen darauf ab, Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts zu bekämpfen.

Art. 19 AEUV enthält eine Kompetenzzuweisung an den Rat bzw. an das Parlament und den Rat, Vorkehrungen gegen Verletzungen bestimmter Ausprägungen des Allgemeinen Gleichheitssatzes („... Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts ...“) zu treffen und zu diesem Zweck Fördermaßnahmen zu ergreifen. Nach Art. 153 Abs. 1 lit i AEUV unterstützt und ergänzt die Union die Tätigkeit der Mitgliedstaaten bei der Herstellung von Chancengleichheit von Männern und Frauen auf dem Arbeitsmarkt und der Gleichbehandlung am Arbeitsplatz.

Der Grundsatz der Gleichheit von Frauen und Männern ist auch in Art. 23 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) niedergelegt. Nach Art. 23 Abs. 1 GRCh ist die Gleichheit von Frauen und Männern in allen Bereichen, einschließlich der Beschäftigung, der Arbeit und des Arbeitsentgelts, sicherzustellen.

Die Öffnungsklausel des Art. 141 Abs. 4 EG findet sich nun inhaltsgleich in Art. 157 Abs. 4 AEUV, wonach es den Mitgliedstaaten ermöglicht ist, spezifische Vergünstigungen zugunsten des benachteiligten Geschlechts im Arbeitsleben beizubehalten oder zu beschließen. Auch Art. 23 Abs. 2 GRCh bestimmt, dass der Grundsatz der Gleichheit der Beibehaltung oder der Einführung spezifischer Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht nicht entgegensteht. Eine Beschränkung auf das Arbeitsleben wie in Art. 157 Abs. 4 AEUV entfällt. Aus Art. 52 Abs. 2 GRCh folgt, dass Art. 157 Abs. 4 AEUV durch Art. 23 Abs. 2 GRCh keine Änderung erfährt¹².

II. **Initiativen und Stand der Befassung auf europäischer Ebene**

Die europäischen Organe haben immer wieder erkennen lassen, dass sie der Ergreifung positiver Maßnahmen zur effektiven Verwirklichung der Gleichstellung der Geschlechter wohlwollend gegenüber stehen. Insbesondere die Erhöhung des Anteils von Frauen in verantwortlichen Positionen ist ihnen ein wichtiges Anliegen. Nach der Rechtsprechung des

¹² Vgl. Geiger/Khan/Kotzur, EUV, AEUV, 5. Auflage 2010, Erl. zu Artikel 23 GRCh.

EuGH sind bei der Auslegung europarechtlicher Bestimmungen Empfehlungen der Unionsorgane zu berücksichtigen¹³.

1. Europäisches Parlament (EP)

In der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 28. September 2006 zu den Perspektiven von Frauen im internationalen Handel findet sich der folgende Abschnitt¹⁴:

„Das Europäische Parlament,...

J. 23. begrüßt den Beschluss der norwegischen Regierung, per Gesetz eine 40%-Quote für eine weibliche Vertretung in den Leitungsgremien von Kapitalgesellschaften einzuführen.“

Im Mai 2010 hat das Europäische Parlament seinen Initiativ-Bericht über berufsethische Fragen in der Unternehmensführung¹⁵ verabschiedet. Darin erhebt es in Ziffer 9 die Forderung, *„dass bei der Unternehmensführung und der Vergütungspolitik die in den europäischen Verträgen und Richtlinien verankerten Grundsätze des gleichen Entgelts und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen zu achten und zu fördern sind.“*

Ergänzend wird in Ziffer 18:

„die Förderung von Frauen in Führungspositionen durch eine Empfehlung der Kommission zur Einführung einer Regelung bei der Besetzung von Unternehmensorganen sowie bei der Besetzung sonstiger Gremien und Stellen“

verlangt. Der Beschäftigungsausschuss des Europäischen Parlaments ist in seiner vorausgehenden Stellungnahme sogar noch einen Schritt weiter gegangen und hat die Notwendigkeit betont,

¹³ Colneric, BB 1986, S. 265/266 unter Verweis auf die Entscheidung des EuGH vom 13.12.1989 - Rs. C-322/88.

¹⁴ Entschließung des Europäischen Parlaments zu den Perspektiven von Frauen im internationalen Handel vom 28.9.2006, A6-0254/2006.

¹⁵ Klug/Matthias/Wolf, Die Quote in der Europäischen Union, in: Aktionärinnen fordern Gleichberechtigung, S. 88, unter Verweis auf P7_A(2010)135 v. 3.5.2010, Bericht über berufsethische Fragen in der Unternehmensführung (2009/2177 (INI)), Rechtsausschuss, Berichterstatter Klaus-Heiner Lehne, abrufbar unter http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Pdf-Anlagen/Aktion_C3_A4rinnen-fordern-Gleichberechtigung,property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf.

„alle Formen der Diskriminierung in den Unternehmen unter Strafe zu stellen, insbesondere bei der Festlegung der Vergütungspolitik, bei der Laufbahnentwicklung und beim Verfahren der Einstellung von Führungskräften.“¹⁶

2. Europäische Kommission

Die Europäische Kommission zeigt seit Längerem ein großes Interesse an der Thematik. Die Aufgeschlossenheit gegenüber nationalen Mindestbeteiligungsquoten lässt sich ihrem Bericht zur Gleichstellung von Frauen und Männern vom 27. Februar 2009 entnehmen:¹⁷

„Obwohl immer mehr Frauen hochqualifiziert sind und die Erwerbstätigkeitsquote für Frauen steigt, sind sie nach wie vor in Führungspositionen in Politik und Wirtschaft, insbesondere in den Chefetagen unterrepräsentiert. Der Anteil weiblicher Führungskräfte ist in den letzten Jahren unverändert geblieben und liegt im Durchschnitt bei 30 %, in den meisten Mitgliedstaaten allerdings darunter. Der Anteil von Frauen, die bei den größten börsennotierten Unternehmen Vorstandsvorsitzende sind, beträgt 3 %, und lediglich eines von 10 Vorstandsmitgliedern ist eine Frau. Die nationalen Zentralbanken werden ausnahmslos von Männern geführt und nur 16 % der Mitglieder ihrer Entscheidungsgremien sind Frauen. Das ist paradox, denn der Anteil weiblicher Studierender der Studienrichtungen Wirtschaftswissenschaften, Betriebswirtschaft und Rechtswissenschaften ist höher als der der männlichen Studierenden.“

Unter dem Punkt „Herausforderungen und Orientierungen für die künftige Politik“ heißt es:

„Es sind quantitative und qualitative Studien erforderlich, die über die Ergebnisse der von den Mitgliedstaaten durchgeführten Strategien Aufschluss geben, u. a. über positive Maßnahmen wie Quotenregelungen.“

Unter dem zum Jahresende ausgelaufenen Fahrplan für die Gleichstellung von Männern und Frauen (2006 - 2010)¹⁸ wurde eine Datenbank „*Frauen und Männer in Entscheidungspositionen*“¹⁹ geschaffen, in der aktuelle Daten und Statistiken zum Ist-Stand der besetzten Entscheidungspositionen in Politik, Wirtschaft, Verwaltung und Justiz vorgehalten werden.

¹⁶ Klug/Matthias/Wolf, S. 88, unter Verweis auf Ziffer 7 der Stellungnahme des Ausschusses für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten für den Rechtsausschuss über die berufsethischen Fragen in der Unternehmensführung, PE439.404v02-00.

¹⁷ Bericht der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zur Gleichstellung von Frauen und Männern – 2009 (KOM/2009/77 endg.), Celex-Nummer: 52009DC0077.

¹⁸ Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Ein Fahrplan für die Gleichstellung von Frauen und Männern 2006-2010 ([KOM/2006/92](#) endg. – Nicht im Amtsblatt veröffentlicht).

¹⁹ Abrufbar unter <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=764&1angId=de>.

Im Januar 2010 hat die Kommission den Bericht „*Mehr Frauen in Führungspositionen - Ein Schlüssel zu wirtschaftlicher Stabilität und Wachstum*“²⁰ vorgelegt. Dort heißt es, dass in der Wirtschaft zunehmend anerkannt werde, dass ein ausgewogenes Geschlechterverhältnis auf allen Ebenen gut für das Geschäft sei, gleichzeitig ändere sich der Anteil von Frauen in Führungspositionen „quälend langsam“.

Auf dem Fahrplan Gleichstellung beruht auch das seit 2008 existierende Netzwerk für Frauen in Entscheidungspositionen. Das Netzwerk dient vor allem dem Austausch von Erfahrungen, Ideen und Informationen. Es ist damit eine „*gemeinsame EU-Plattform für erfolgreiche Strategien zur Verbesserung der Gleichstellung von Mann und Frau in Führungspositionen*“.²¹

Im Grünbuch „*Corporate Governance in Finanzinstituten und Vergütungspolitik*“²² führt die Kommission aus, dass größere Vielfalt bei der Besetzung (z. B. Frauen, Verwaltungsratsmitglieder unterschiedlicher sozialer und kultureller Herkunft) nicht nur der Notwendigkeit entspreche, sondern auch zur Qualität der Arbeiten des Verwaltungsrates beitragen könnte.

Am 5. März 2010 haben Kommissions-Präsident José Manuel Barroso und Vizepräsidentin Viviane Reding die „*Charta der Frauen*“ für „*ein verstärktes Engagement für die Gleichstellung von Frauen und Männern*“ der Öffentlichkeit vorgestellt. Die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Entscheidungsprozessen ist dabei eines der wesentlichen Ziele.²³

²⁰ Klug/Matthias/Wolf, S. 89, unter Verweis auf Europäische Kommission, Generaldirektion Beschäftigung, KOM-Bericht „Mehr Frauen in Führungspositionen – Ein Schlüssel zu wirtschaftlicher Stabilität und Wachstum“, Januar 2010, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=762&langId=de&pubId=476&type=2&furtherPubs=yes>.

²¹ Klug/Matthias/Wolf, S. 89, unter Verweis auf Europäische Kommission, Generaldirektion Beschäftigung, Nachrichtenarchiv v. 2.6.2008, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=de&catId=418&newsId=133&furtherNews=yes>.

²² Klug/Matthias/Wolf, S. 89, unter Verweis auf das Grünbuch der Kommission: Corporate Governance in Finanzinstituten und Vergütungspolitik; KOM/2010/284 endg. v. 2. 6. 2010.

²³ IP/10/237 sowie Klug/Matthias/Wolf, S. 89, unter Verweis auf eine Mitteilung aus Anlass des Internationalen Frauentages und des 15. Jahrestages zur Verabschiedung einer Erklärung und einer Aktionsplattform auf der Weltfrauenkonferenz der Vereinten Nationen in Peking und des 30. Jahrestages des Übereinkommens der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau; KOM/2010/78 endg. v. 5.3.2010.

Am 21. September 2010 hat die Europäische Kommission eine neue Fünfjahresstrategie für die Gleichstellung von Frauen und Männern (2010-2015)²⁴ angenommen. Auf der Grundlage der erwähnten Charta für Frauen hat die Kommission in dieser Strategie gezielte Maßnahmen erarbeitet, die auch auf die Stärkung des Frauenanteils in den Leitungsgremien der Unternehmen abzielen. In der Studie des Beratenden Ausschusses²⁵ zur künftigen europäischen Gleichstellungspolitik wird unter anderem empfohlen, positive Maßnahmen für das unterrepräsentierte Geschlecht auch durch die Einführung von Zielquoten zu treffen.

Die Kommissarin für Justiz, Grundrechte und Bürgerschaft, *Reding*, drängte bereits wiederholt auf einen höheren Frauenanteil in Führungspositionen. Auf einem speziell zu diesem Thema einberufenen Gipfel in Brüssel hat die Kommissarin am 1. März 2011 Geschäftsführer und Vorstandsvorsitzende von börsennotierten Unternehmen aus zehn europäischen Ländern getroffen. Die Kommissarin strebt bis 2015 einen Frauenanteil von 30% und bis 2020 von 40% in den Vorstandsetagen und leitenden Positionen der Unternehmen an. Auf dem Treffen appellierte die Kommissarin an die Unternehmen bis März 2012 einer Selbstverpflichtungsinitiative beizutreten.²⁶ Sollte sich bis Ende 2012 die Lage nicht wesentlich verbessern, stehe die Kommission bereit, erforderlichenfalls mit rechtlichen Instrumenten einzugreifen.²⁷ Binnenmarktkommissar *Barnier* hatte den Vorstoß der Kommissarin unterstützt. „*Ich stehe der Idee aufgeschlossen gegenüber, europaweit Frauenquoten einzuführen, beispielsweise in den Vorständen der großen börsennotierten Unternehmen.*“²⁸

Im April 2011 hat die Kommission das Grünbuch „*Europäischer Corporate Governance-Rahmen*“²⁹ vorgelegt. Aufgrund der Stellungnahmen zu dem Konsultationspapier will die Kommission im Herbst Rechtssetzungsvorschläge erarbeiten. Einen wesentlichen Punkt stellt das geschlechterspezifische Gleichgewicht in Unternehmensführung und Verwaltungsräten dar, dem die Kommission große Bedeutung beimisst. Das Grün-

²⁴ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Strategie für die Gleichstellung von Frauen und Männern (2010 - 2015), KOM/2010/491 endg.

²⁵ Klug/Matthias/Wolf, S. 90, unter Verweis auf Advisory Committee on Equal Opportunities for Women and Men, Opinion on „The future of Gender Equality Policy after 2010“ and on the priorities for a possible future framework for equality between women and men, Januar 2010, veröffentlicht in der Dokumentendatenbank der Europäischen Kommission, Generaldirektion Beschäftigung, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/social/keyDocuments.jsp?type=0&policyArea=418&subCategory=0&country=0&year=0&advSearchKey=adcopinion&mode=advancedSubmit&langId=de>.

²⁶ Dow Jones Europa Aktuell, Nr. 43, vom 2. März 2011, S.1.

²⁷ Süddeutsche Zeitung vom 31. 3. 2011.

²⁸ www.eu-info.de/dpa-europaticker/182821.html.

²⁹ KOM(2011) 164/3.

buch verweist insbesondere darauf, dass geschlechterspezifische Diversität „einen Beitrag zur Bekämpfung von Standarddenkmustern leisten“ könne und „es Nachweise dafür <gebe>, dass Frauen unterschiedliche Führungsstile haben, an mehr Verwaltungsratssitzungen teilnehmen und eine positive Auswirkung auf die kollektive Gruppenintelligenz zeitigen“. Aus Studien gehe hervor, „dass zwischen dem Prozentsatz von Frauen in Verwaltungsräten und der Leistung des Unternehmens eine positive Korrelation besteht“. Die Kommission betont die Notwendigkeit der „Einführung von Maßnahmen wie Quoten und Zielen zur Gewährleistung des geschlechterspezifischen Gleichgewichts in Verwaltungsräten“ in Verbindung mit weiteren Diversitätsstrategien.

3. Rat der Europäischen Union

Im Kontext der Quotenproblematik ist die „Empfehlung des Rates vom 13. Dezember 1984 zur Förderung positiver Maßnahmen für Frauen“³⁰ von Bedeutung. Der Rat stellt in den Begründungserwägungen dieser Empfehlung fest, dass die Frauen in der Arbeitswelt durch Einstellungen, Verhaltensweisen und gesellschaftliche Strukturen benachteiligt werden. Er „empfiehlt den Mitgliedstaaten,

eine Politik positiver Maßnahmen anzunehmen, um die faktischen Ungleichheiten, mit denen die Frauen im Berufsleben konfrontiert sind, zu beseitigen, sowie die Aufhebung der Geschlechtertrennung am Arbeitsmarkt zu fördern; diese Politik umfasst im Rahmen der einzelstaatlichen Politiken und der einzelstaatlichen Praxis sowie unter voller Beachtung der Zuständigkeiten der Sozialpartner geeignete allgemeine und spezifische Maßnahmen, deren Ziel es ist, (...)

b) die Beteiligung der Frauen in den verschiedenen Berufen und Bereichen des Arbeitslebens, in denen sie gegenwärtig unterrepräsentiert sind, insbesondere in den zukunftssträchtigen Sektoren, und auf den Ebenen mit höherer Verantwortung zu fördern, um zu einer besseren Nutzung aller menschlichen Ressourcen zu gelangen;

einen Rahmen mit geeigneten Bestimmungen festzulegen, um die Einführung und Ausweitung solcher Maßnahmen zu fördern und zu erleichtern;

im öffentlichen Sektor und in der Privatwirtschaft positive Maßnahmen zu treffen, fortzusetzen oder zu fördern;

dafür Sorge zu tragen, dass die positiven Maßnahmen möglichst Aktionen betreffend folgende Aspekte einschließen:

³⁰ ABI. EG Nr. L 331 vom 19.12.1984, S. 34 f.

- in Bereichen, Berufen und auf Ebenen, wo Frauen unterrepräsentiert sind, Förderung der Bewerbung, der Einstellung und des Aufstiegs von Frauen, insbesondere in verantwortlichen Stellungen;

- aktive Teilnahme von Frauen in Entscheidungsgremien, einschließlich derjenigen, die Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Selbstständige vertreten.“

In der Begründung der Empfehlung des Rates vom 2. Dezember 1996 über die ausgewogene Mitwirkung von Männern und Frauen am Entscheidungsprozess³¹ heißt es:

„(6) Die Mitwirkung am Entscheidungsprozess beruht auf der Vertretung in den Entscheidungsorganen auf allen Ebenen des politischen, wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und kulturellen Lebens; sie erfordert insbesondere die Präsenz in Führungspositionen und Entscheidungsfunktionen.

(7) Frauen sind in den Entscheidungsorganen im politischen, wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und kulturellen Bereich nach wie vor unterrepräsentiert. (...)

Der Rat empfiehlt den Mitgliedstaaten:

Eine umfassende und integrierte Strategie zur Förderung einer ausgewogenen Mitwirkung von Frauen und Männern am Entscheidungsprozess zu beschließen und zu diesem Zweck geeignete Maßnahmen wie zum Beispiel Rechts- und/oder Verwaltungsmaßnahmen und/oder stimulierende Maßnahmen zu konzipieren bzw. durchzuführen; (...)

d) den privaten Sektor zu ermutigen, die Präsenz der Frauen auf allen Entscheidungsebenen, insbesondere durch die Annahme oder im Rahmen von Gleichstellungsplänen und Förderprogrammen, zu verstärken.“

4. Europäischer Rat

Der Europäische Rat hat im Juni 2010 die Strategie „Europa 2020“ verabschiedet. Man einigte sich auf fünf Kernziele (Erhöhung der Beschäftigungsquote, Erhöhung der Forschungsaufwendungen, Erreichen der Klimaschutz- und Energieziele, Reduzierung der Schulabbrecherquote und Reduzierung der Armut).³² Am 21. Oktober 2010 sind zur Umsetzung der Strategie „Europa 2020“ Leitlinien für beschäftigungspolitische Maßnahmen der Mitgliedstaaten beschlossen worden³³. Danach soll die Erwerbsbeteiligung insbesondere von Frauen erhöht und der Ungleichbehandlung von Männern und Frauen auf dem Arbeitsmarkt entgegengewirkt werden.

³¹ ABl. EG Nr. L 319 vom 10.12.1996, S. 11 ff.

³² Klug/Matthias/Wolf, S. 89.

³³ Beschluss des Rates vom 21.10.2010 über Leitlinien für beschäftigungspolitische Maßnahmen der Mitgliedstaaten, ABl. EU Nr. L 308, S. 46 ff.

III. Vereinbarkeit von gesetzlichen Regelungen zur Einführung einer Mindestbeteiligungsquote für beide Geschlechter in der Privatwirtschaft mit europäischem Recht

Eine bundesrechtliche Regelung, durch die Mindestbeteiligungsquoten für beide Geschlechter für Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien von (börsennotierten) Aktiengesellschaften und sonstigen mitbestimmten Gesellschaften eingeführt werden, ist mit europäischem Recht vereinbar, wenn sie nicht gegen Sekundär- oder Primärrecht verstößt. Maßgebliches Sekundärrecht sind die Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (dazu unter 1.) und die Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt (dazu unter 2.). Aus dem Primärrecht sind die Grundrechte-Charta (dazu unter 3.) und die Grundfreiheiten (dazu unter 4.) maßgeblich.

1. **Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen**

Die Richtlinie 2006/54/EG ist mit Wirkung vom 15. August 2006 an die Stelle der Richtlinie 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen getreten. Fraglich ist, ob eine durch nationales Recht vorgegebene Mindestbeteiligungsquote für beide Geschlechter bezüglich der Besetzung von Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2006/54/EG fällt. Ist dies zu bejahen, muss das nationale Recht den Anforderungen der Richtlinie genügen, um mit dem Unionsrecht vereinbar zu sein³⁴.

a) **Anwendungsbereich**

Die Richtlinie gilt nach ihrem Art. 1 für „Arbeits- und Beschäftigungsfragen“, insbesondere den „Zugang zur Beschäftigung einschließlich des beruflichen Aufstiegs“. Als einschlägige Vorschrift kommt insbesondere Art. 14 Abs. 1 lit. a) in Betracht. Dort wird ein Diskriminierungsverbot geregelt, das sich explizit auch auf *„die Bedingungen - einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen - für den Zugang zur Beschäftigung oder zu abhängiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit,*

³⁴ Rolfs, S. 19.

unabhängig von Tätigkeitsfeld und beruflicher Position einschließlich des beruflichen Aufstiegs“ bezieht .

Die Tätigkeit des Vorstands ist ein bezahltes Hauptamt und wird nicht - wie häufig ein Aufsichtsratsmandat - als Nebenamt ausgeübt. Sie ist als Erwerbstätigkeit einzustufen und fällt damit unter den Anwendungsbereich der Richtlinie. Dafür spricht auch § 6 Abs. 3 AGG. Danach gelten die Vorschriften des Abschnitts für Selbständige und Organmitglieder, insbesondere Geschäftsführer oder Geschäftsführerinnen und *Vorstände*, entsprechend.

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob die Richtlinie auch auf die Aufsichtsrats-tätigkeit anwendbar ist. Aufsichtsratsmitgliedern kann nach § 113 Abs. 1 AktG für ihre Tätigkeit eine Vergütung gewährt werden. Wird von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, ist in der Aufsichtsrats-tätigkeit eine Erwerbstätigkeit zu sehen, welche in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt³⁵. Anderes gilt, wenn der Aufsichtsrat ohne eine Vergütung ehrenamtlich tätig ist. Vom Anwendungsbereich des Art. 14 Abs. 1 lit a) ist nur der Zugang zu beruflich ausgeübten Tätigkeiten umfasst. Diese sind durch entgeltliche Tätigkeiten gekennzeichnet, die wirtschaftlich zur Bestreitung des Lebensunterhalts beitragen können. Dafür spricht auch, dass Art. 141 Abs. 3 EG als Rechtsgrundlage für die Richtlinie herangezogen wurde, die die Gleichstellung der Geschlechter ausschließlich in Arbeits- und Beschäftigungsfragen und somit in Fragen entgeltlicher Tätigkeit betrifft.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass nationale verbindliche Mindestbeteiligungquoten für beide Geschlechter für die Besetzung von Vorstandsposten und entgeltlich ausgeübten Aufsichtsratsmandaten dem Anwendungsbereich des Art. 14 Abs. 1 lit a) der Richtlinie 2006/54/EG unterfallen. Nicht den Bestimmungen der Richtlinie unterliegt dagegen der Zugang zu ehrenamtlich wahrzunehmenden Aufsichtsratsmandaten, die unentgeltlich ausgeführt werden³⁶.

b) Diskriminierung wegen des Geschlechts

Eine gesetzlich verbindliche Mindestbeteiligungsquote für beide Geschlechter bei der Besetzung von Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien könnte eine grund-

³⁵ Rolfs, S. 18; a. A. von Schladebach/Stefanopoulou, BB 2010, S. 1042/1045, da § 113 Abs. 1 Satz 2 AktG keine gesetzliche Vergütungspflicht vorsehe.

³⁶ Rolfs, S. 18.

sätzlich rechtswidrige Diskriminierung auf Grund des Geschlechts im Sinne von Art. 14 Abs. 1 lit a) in Verbindung mit Art. 2 lit. a) RL 2006/54/EG sein. Im Anwendungsbereich der Richtlinie besteht das Verbot, beim Zugang der Beschäftigung an das Geschlecht als Differenzierungskriterium anzuknüpfen.

Nach Art. 2 lit. a) der Richtlinie bezeichnet der Ausdruck „unmittelbare Diskriminierung“ eine Situation, in der eine Person aufgrund ihres Geschlechts eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation. Eine zwangsläufig ungünstigere Behandlung für Bewerber des anderen Geschlechts stellt es dar, wenn ein gewisser Prozentsatz der zu vergebenen Posten für Angehörige des einen Geschlechts reserviert sind. Deren rechnerische Chancen auf eine erfolgreiche Bewerbung sinken wegen ihres Geschlechts. Dies gilt selbst dann, wenn die Quote geschlechtsneutral formuliert ist, also die Mindestbeteiligungsquote für beide Geschlechter erfüllt sein muss.³⁷ Eine geschlechtsneutrale Formulierung fasst letztlich nur zwei geschlechtsspezifische Regelungen, eine Frauenquote und eine Männerquote, in einer Regelung zusammen und knüpft für beide Regelungen an das Geschlecht als Differenzierungskriterium an. Regelungen mit Mindestbeteiligungsquoten für beide Geschlechter für die Besetzung von Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien sind unmittelbar diskriminierend im Sinne der Art. 14 Abs. 1 lit a) in Verbindung mit Art. 2 lit. a) RL 2006/54/EG.³⁸

c) **Ausnahmeregelungen des Art. 14 Abs. 2**

In Art. 14 Abs. 2 lässt die Richtlinie Ausnahmeregelungen der Mitgliedstaaten zu (*„Die Mitgliedstaaten können im Hinblick auf den Zugang zur Beschäftigung einschließlich der zu diesem Zweck erfolgenden Berufsbildung vorsehen, dass eine Ungleichbehandlung wegen eines geschlechtsbezogenen Merkmals keine Diskriminierung darstellt, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt“*).

Mindestbeteiligungsquoten können nicht unter die Voraussetzungen dieser Ausnahmebestimmung subsumiert werden. Als wesentliche berufliche Anforderung dürfte zu verstehen sein, dass die Art der Tätigkeit oder die besonderen Pflichten,

³⁷ Rolfs, S. 19.

³⁸ Rolfs, S. 19.

die damit zusammenhängen, das Vorhandensein oder Fehlen eines bestimmten geschlechtsbezogenen Merkmals verlangen. Bei der verlangten Tätigkeit muss es sich um eine wesentliche Anforderung der Arbeitsstelle und nicht lediglich um die übliche Praxis in dem fraglichen Arbeitsumfeld handeln³⁹. Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie hat die Fälle im Auge, in denen etwa bestimmte körperliche Anforderungen an die Tätigkeit bestehen, die es rechtfertigen, geschlechtsbezogene Merkmale vorzusehen. Darum geht es bei Mindestbeteiligungsquoten für beide Geschlechter nicht.

d) Ausnahmeregelung des Art. 3

Die Festlegung von verbindlichen Mindestbeteiligungsquoten für beide Geschlechter könnte trotz ihrer diskriminierenden Wirkung aber als positive Maßnahme nach Art. 3 RL 2006/54/EG zulässig sein. Diese Öffnungsklausel lässt positive Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben zu (*„Die Mitgliedstaaten können im Hinblick auf die Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben Maßnahmen im Sinne von Artikel 141 Absatz 4 des Vertrags beibehalten oder beschließen“*).

aa) Anwendbarkeit des Art. 3 RL 2006/54/EG: Es ließe sich argumentieren, dass Art. 3 der Richtlinie hinter dem dann als *lex specialis* anzusehenden Art. 14 der Richtlinie zurücktritt. Sehr viel naheliegender ist jedoch eine Anwendbarkeit von Art. 3 neben Art. 14. Denn zum einen wäre der Anwendungsbereich von Art. 3 stark geschmälert, wenn gerade für den Bereich des Zugangs zur Beschäftigung nur Art. 14 mit seinen strengen Anforderungen an eine zulässige Ungleichbehandlung gälte. Zum anderen sprechen die Erwägungsgründe 21 und 22 der Richtlinie klar für diese Ansicht. Nach Erwägungsgrund 21 soll das Diskriminierungsverbot solchen Maßnahmen nicht entgegenstehen, mit denen bezweckt wird, Benachteiligungen von Personen eines Geschlechts zu verhindern oder auszugleichen. Gemäß Erwägungsgrund 22 hindert der Grundsatz der Gleichbehandlung im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben nicht an spezifischen Vergünstigungen zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn. In diesem Sinne hat offenbar auch der Bundesgesetzgeber die Richtlinie interpretiert, als er in § 5 AGG

³⁹ Vgl. auch EuGH, Rs. C-273/97 Sirdar gegen Army Board und the Secretary of State for Defence; C-285/98 Kreil gegen BRD, C-186/01 Dory gegen BRD.

positive Maßnahmen zum Ausgleich bestehender Nachteile „ungeachtet der in den in den §§ 8 bis 10 sowie in § 20 benannten Gründe“ zugelassen hat. Art. 3 RL 2006/54/EG ist danach anwendbar.

bb) Voraussetzungen des Art. 3 RL 2006/54/EG: Art. 3 RL 2006/54/EG verweist auf Art. 141 Abs. 4 EG (jetzt inhaltsgleich Art. 157 Abs. 4 AEUV). Diese Vorschrift besagt, dass im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran hindert, „zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen“.

Mindestbeteiligungsquoten für beide Geschlechter stellen eine *spezifische* Vergünstigung dar, da Zweck und Ziel der Quoten die *Verhinderung* der Benachteiligung von Frauen in der beruflichen Laufbahn ist. Es handelt sich nicht nur um eine zufällig begünstigende Begleiterscheinung. Darüber hinaus müssten Frauen derzeit bei der Besetzung von Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien benachteiligt sein und die Mindestbeteiligungsquote müsste eine Maßnahme darstellen, die geeignet, erforderlich und angemessen ist, um diese Benachteiligung zu verhindern.⁴⁰

(1) Benachteiligung von Frauen bei der Besetzung von Vorstands- und Aufsichtsratsgremien: Die Öffnungsklausel des Art. 157 Abs. 4 AEUV setzt voraus, dass Personen wegen ihres Geschlechts in der beruflichen Laufbahn benachteiligt werden. Bei der Besetzung der Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien in Deutschland müsste es also zu unmittelbaren oder mittelbaren Benachteiligungen wegen des Geschlechts kommen.⁴¹

Kaum vorstellbar ist, dass eine Person ausdrücklich und damit unmittelbar wegen ihres Geschlechts nicht in den Vorstand oder Aufsichtsrat einberufen wird. Denkbar ist aber, dass Frauen bei der Besetzung von Aufsichtsräten mittelbar diskriminiert werden.

Nach der Begriffsbestimmung in Art. 2 Abs. 1 lit b) RL 2006/54/EG liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn „*dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien*

⁴⁰ Rolfs, S. 21.

⁴¹ Rolfs, S. 21; Krebber, in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, 3. Auflage 2007, Art. 141 EG, Rn. 90.

oder Verfahren Personen des einen Geschlechts in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich“. Eine mittelbare Diskriminierung wird dann angenommen, wenn der Eintritt einer Benachteiligung wegen des Geschlechts hinreichend wahrscheinlich ist⁴². Eine solche Wahrscheinlichkeit gilt als indiziert bei einer statistisch nachweisbaren deutlichen Unterrepräsentanz des einen Geschlechts im Vergleich zum anderen Geschlecht.

Die vorliegende Fragestellung betrifft den Bereich der Beteiligung an Vorstands- und Aufsichtsratsgremien. Da der Anteil von Frauen in den Aufsichtsräten und in den Vorstandsgremien nach den statistischen Daten signifikant geringer ist als ihr Anteil in der hinreichend qualifizierten Erwerbsbevölkerung liegt eine hohe Wahrscheinlichkeit einer mittelbaren Benachteiligung wegen des Geschlechts bei der Besetzung von Vorstands- und Aufsichtsratsgremien vor⁴³.

Eine anhand des statistischen Vergleichs nachgewiesene überwiegende Wahrscheinlichkeit einer Benachteiligung wegen des Geschlechts kann zwar durch einen Gegenbeweis widerlegt werden.⁴⁴ Der Nachweis, dass die signifikante Unterbesetzung solcher Posten mit Frauen in Deutschland auf anderen Gründen beruht, gelingt aber nicht. Zwar kommt es bei Frauen aus familiären Gründen erheblich öfter zu beruflichen Unterbrechungen als bei Männern. Dies trägt dazu bei, dass Frauen entsprechend häufiger der Schritt in die obersten Führungsetagen verwehrt bleibt, aus denen der Großteil der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder rekrutiert wird. Das Kriterium der überdurchschnittlichen Ausfallzeiten kann aber nicht herangezogen werden, um die Unterrepräsentanz von Frauen zu erklären, weil dies erneut zu einer mittelbaren Diskriminierung nach Art. 2 Abs. 1 lit b), Art. 14 Abs. 1 lit a), Art. 15 RL 2006/54/EG führen würde.

Ein stichhaltiger Beweis gegen das Vorliegen einer mittelbaren Benachteiligung wegen des Geschlechts kann nicht geführt werden⁴⁵.

⁴² Schlachter, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 9. Auflage 2009, Art. 141 EG, Rn. 25.

⁴³ Rolfs, S. 22.

⁴⁴ Rolfs, S. 25; Schlachter, in: Schulze/Zuleeg, Europarecht, 2006, § 39, Rn. 33.

⁴⁵ Rolfs, S. 25 f.

(2) Reichweite der Öffnungsklausel nach der Rechtsprechung des EuGH: Über die Reichweite der Öffnungsklausel in Art. 157 Abs. 4 AEUV geben einige Urteile des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) Aufschluss. Zwar liegen noch keine Entscheidungen zu der Frage vor, ob verbindliche Quotenregelungen für die Besetzung von Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien durch die Regelung des Art. 3 RL 2006/54/EG i. V. m. Art. 157 Abs. 4 AEUV gerechtfertigt sind. Der EuGH hat jedoch grundlegende Entscheidungen zur Zulässigkeit von Quotenregelungen im öffentlichen Dienst getroffen, die auch für eine Rechtfertigung der hier in Frage stehenden Quotenregelung richtungweisend sein könnten. Diesen Urteilen liegt noch die außer Kraft getretene Richtlinie 76/207/EWG zugrunde, insbesondere Art. 2 Abs. 1 und Abs. 4 der Richtlinie. Dies ist bei der Würdigung dieser Urteile zu berücksichtigen.

Als Ausgangspunkt zur Entwicklung der Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Quotenregelungen im öffentlichen Dienst ist die Entscheidung in der Rechtssache Kalanke anzusehen.⁴⁶ Herr Kalanke blieb im Rahmen eines Einstellungsverfahrens zur Besetzung der Stelle eines Sachgebietsleiters beim Gartenbauamt der Stadt Bremen unberücksichtigt und an seiner Stelle wurde eine Frau mit gleicher Qualifikation eingestellt. Diese Entscheidung beruhte auf § 4 des Landesgleichstellungsgesetzes in Bremen, wonach bei gleicher Qualifikation Frauen bei der Einstellung vorrangig zu berücksichtigen sind, wenn sie unterrepräsentiert sind.

Nach Auffassung des EuGH handelt es sich hierbei um eine Regelung, die zu einer Diskriminierung von Männern führe, die durch die eng auszulegende Ausnahmenvorschrift des Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie 76/207/EWG nicht zu rechtfertigen sei. Der EuGH hebt zwar hervor, dass Maßnahmen, die spezifisch Frauen begünstigen und ihre Konkurrenzfähigkeit auf dem Arbeitsmarkt verbessern, zulässig sein können. Jedoch überschreite eine nationale Regelung, die den Frauen bei der Ernennung oder Beförderung absolut und unbedingt den Vorrang einräume, die Grenzen des Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie 76/207/EWG und gehe über eine Förderung der Chancengleichheit hinaus. Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie bezwecke nur die Chancengleichheit der Geschlechter beim Zugang zu bestimmten Beschäftigungsbereichen, nicht hingegen - wie § 4 Landesgleichstellungsgesetz - eine Ergebnisgleichheit der Geschlechter innerhalb eines bestimmten Beschäftigungsbereiches. Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie erfasse jedenfalls keine Regelungen, die Frauen einen absoluten und unbedingten Vorrang einräumten.

⁴⁶ EuGH, Urteil vom 17.10.1995 – C – 450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051 ff.

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, dass Art. 157 Abs. 4 AEUV nicht mehr nur die Chancengleichheit, sondern die volle Gleichstellung von Frauen und Männern als das Ziel positiver Maßnahmen ausbildet. Insofern muss bezweifelt werden, ob der EuGH vor dem Hintergrund der neuen Rechtslage an dem Argument, dass nur Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit zulässig sind, festhalten wird.⁴⁷

Eine Präzisierung der Rechtsprechung des EuGH erfolgte in der Entscheidung Marschall.⁴⁸ Der EuGH hebt hervor, dass die streitentscheidenden Normen des § 25 Abs. 5 Beamten-Gesetz NRW keine absolute und unbedingte vorrangige Einstellung und Beförderung von Frauen in von ihnen unterrepräsentierten Bereichen beinhalten. Die nordrhein-westfälische Regelung enthalte anders als im Fall Kalanke eine Öffnungsklausel. Eine Regelung sei mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar, wenn sie den männlichen Bewerbern, die die gleiche Qualifikation wie die weiblichen Bewerber besitzen, in jedem Einzelfall garantiere, dass die Bewerbung Gegenstand einer objektiven Beurteilung sei, bei der alle die Person betreffenden Merkmale berücksichtigt werden und der den weiblichen Bewerbern eingeräumte Vorrang entfalle, wenn ein Kriterium oder mehrere Kriterien zugunsten des männlichen Bewerbers überwiegen. Solche Kriterien dürften aber keine diskriminierende Wirkung gegenüber den weiblichen Bewerbern haben⁴⁹.

Eine Quotenregelung mit Öffnungsklausel ist folglich nach Auffassung des EuGH im Gegensatz zu einer automatischen Bevorzugung durch Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie 76/207/EWG gedeckt.⁵⁰ Die Entscheidung zeigt, dass der EuGH im Einzelfall eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vornimmt. Quotenregelungen sind dann verhältnismäßig, wenn sie den Einfluss geschlechtsneutraler Kriterien auf die Entscheidungsfindung nicht vollständig ausschließen.⁵¹ Der EuGH nimmt die negative Diskriminierung des Mannes in Kauf, soweit nicht aufgrund der besseren Qualifikation des Mannes gegen den Leistungsgrundsatz verstoßen wird.⁵² Damit erachtet es der

⁴⁷ Rolfs, S. 25 f.

⁴⁸ EuGH, Urteil vom 11.11.1997 - C - 409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363 ff.

⁴⁹ EuGH (Marschall), Rn. 33.

⁵⁰ a. A. Scheinert, S. 290 ff. (die vom EuGH angeführten Umstände seien nicht in der Lage, die Verletzung von Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 76/207/EWG gemäß Art. 2 Abs. 4 zu rechtfertigen).

⁵¹ EuGH (Marschall), Rn. 32 f.

⁵² Scheinert, S. 307.

EuGH für zulässig, den Weg gleicher Individualrechte zu verlassen, um das Ziel der Gleichstellung der Geschlechter zu erreichen.⁵³

Die Entscheidung in der Rechtssache Badeck⁵⁴ betraf mehrere Bestimmungen des Hessischen Gleichbehandlungsgesetzes. Der EuGH stellte klar, dass er an den Entscheidungen Kalanke und Marschall festhält.

Als Erstes hat der EuGH festgestellt, „*dass Artikel 2 Abs. 1 und 4 der Richtlinie einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, die in Bereichen des öffentlichen Dienstes, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, bei gleicher Qualifikation von Bewerberinnen und Bewerbern den Bewerberinnen Vorrang einräumt, wenn dies zur Erfüllung der Zielvorgaben des Frauenförderplans erforderlich ist und keine Gründe von größerem rechtlichen Gewicht entgegenstehen, sofern diese Regelung gewährleistet, dass die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sind, bei der die besondere persönliche Lage aller Bewerberinnen und Bewerber berücksichtigt wird*“⁵⁵. Die Rede ist von einer flexiblen Ergebnisklausel. Der EuGH sieht in dieser Regelung keine im Sinne des Kalanke-Urteils absolute und unbedingte Vorrangnorm und hält sie daher für mit dem europäischen Recht vereinbar.

Zum Zweiten hat der EuGH eine Proporzregelung für Frauen für den Wissenschaftsbereich als zulässig erachtet, wonach die verbindlichen Zielvorgaben des Frauenförderplans für befristete Stellen mindestens den Anteil an Frauen vorzusehen haben, den diese an den Absolventinnen und Absolventen, Promovierten und Studierenden des jeweiligen Fachbereichs stellen. Die Norm wurde vom Hessischen Staatsgerichtshof so ausgelegt, dass die Zielvorgabe den Grundsatz der Bestenauslese bei Auswahlentscheidungen nicht einschränken sollte und eine Auswahlentscheidung nur dann beeinflussen könnte, wenn die Bewerber gleich qualifiziert sind⁵⁶.

Drittens hat der EuGH auch eine Regelung zur Beseitigung einer Unterrepräsentation von Frauen in Ausbildungsberufen für zulässig gehalten, in denen Frauen unterrepräsentiert sind und in denen dem Staat kein Ausbildungsmonopol zukommt. Nach der Regelung müssen Frauen mindestens die Hälfte der Ausbildungsplätze erhalten, es sei denn, es mangle an Bewerberinnen. Die vom Gesetzgeber hier-

⁵³ Scheinert, S. 307.

⁵⁴ EuGH, Urteil vom 28.3.2000 - C - 158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875-1933.

⁵⁵ EuGH (Badeck), Rn. 38.

⁵⁶ EuGH (Badeck), Rn. 43.

durch beabsichtigte „starre Ergebnisquote“ führe nicht zu einer absolut starren Quote, da im Fall nicht ausreichender Bewerberinnen auch mehr als die Hälfte der Plätze mit Männern besetzt werden könnten. Als weiteres Argument gegen die Absolutheit der Quote führt das Gericht an, dass die Quote nur für solche Ausbildungsplätze gelte, für die kein staatliches Monopol bestehe, sodass kein definitiver Ausschluss männlicher Bewerber vorliege⁵⁷.

Schließlich hat der EuGH zur Zulässigkeit einer Gremienbesetzung Stellung bezogen und eine nationale Regelung über die Besetzung von Vertretungsorganen der Arbeitnehmer und der Verwaltungs- und Aufsichtsräte mit Art. 2 Abs. 1 und 4 der Richtlinie vereinbar angesehen, nach der bei den Rechtsvorschriften zu ihrer Durchführung das Ziel einer zumindest hälftigen Beteiligung von Frauen an diesen Organen berücksichtigt werden soll. Der EuGH hielt die Regelung für vereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht, da sie als Sollvorschrift Raum für die Einbeziehung sonstiger Gesichtspunkte lasse⁵⁸.

Der EuGH hat in dieser Entscheidung also ausdrücklich erklärt, eine nationale Regelung sei zulässig, nach der mindestens die Hälfte der Mitglieder von Verwaltungs- und Aufsichtsräten Frauen sein *sollen*. Auch wenn es sich nur um eine Sollregelung handelt, ist diese Entscheidung umso bemerkenswerter, weil Generalstaatsanwalt Saggio in seinen Schlussanträgen die Auffassung vertreten hatte, die in Rede stehende Regelung sei offensichtlich unzulässig⁵⁹. Dem ist der Gerichtshof nicht gefolgt, was relativ selten geschieht. Auch daraus wird gefolgert, dass der Gerichtshof bei der Wahl in Gremien offensichtlich andere Kriterien anlegt, als bei der Besetzung einer einzelnen Stelle, bei der zwischen männlichen und weiblichen Bewerbern zu entscheiden ist⁶⁰.

Es überrascht zudem, dass der EuGH die Regelung über die hälftige Verteilung der Ausbildungsplätze und die anteilige Besetzung der Stellen im wissenschaftlichen Bereich nicht als absolut im Sinne seiner vorhergehenden Entscheidungen ansah⁶¹. Die Regelung über Ausbildungsplätze sieht immerhin keine objektive Beurteilung der Bewerbungen vor, sondern ist nur offen, soweit sich Frauen nicht in ausrei-

⁵⁷ EuGH (Badeck), Rn. 53.

⁵⁸ EuGH (Badeck), Rn. 65.

⁵⁹ Generalstaatsanwalt Saggio, Schlussanträge v. 10.6.1999, Slg.2000I1875 Rn. 42 - Badeck.

⁶⁰ So Wieland, NJW 2010, 2408/2410.

⁶¹ Starck, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 28.3.2000 - C - 158/97 (Badeck), JZ 2000, 670/671.

chender Zahl bewerben. Sobald sich genug Frauen bewerben, stellt die Regelung eine starre Ergebnisklausel auf. Dass die Quotennorm für die Besetzung der Stellen im Wissenschaftsbereich nur bei einer qualifikatorischen Pattsituation eingreifen soll, ist nicht ihrem Wortlaut zu entnehmen, sondern nur einer Auslegung durch den Hessischen Staatsgerichtshof. Der EuGH beurteilt also nicht nur den Wortlaut der Vorschrift, sondern den durch ihre Auslegung gewonnenen Regelungsgehalt⁶².

In der Rechtssache Abrahamsson⁶³ hat sich der EuGH mit einer schwedischen Regelung befasst, die bestimmte, dass ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts um eine Stelle im öffentlichen Dienst, der hinreichende Qualifikation für diese Stelle besitzt, vor einem Bewerber des anderen Geschlechts, der sonst ausgewählt worden wäre, auszuwählen ist, sofern dies erforderlich ist, damit ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts ausgewählt wird, und sofern der Unterschied zwischen den Qualifikationen der Bewerber nicht so groß ist, dass sich daraus ein Verstoß gegen das Erfordernis der Sachgerechtigkeit bei der Einstellung ergeben würde.

Der EuGH hat beanstandet, dass eine solche Regelung Bewerbern des unterrepräsentierten Geschlechts automatisch den Vorrang einräume, wenn diese hinreichend qualifiziert sind. Die Tragweite der Einschränkung, dass sich kein Verstoß gegen das Erfordernis der Sachgerechtigkeit ergeben darf, sei zu unbestimmt und damit rechtssicher nicht überprüfbar. Es fehle zudem eine objektive Beurteilung der Bewerbungen, die die persönliche Lage aller Bewerber berücksichtigt⁶⁴. Auch stellte der EuGH fest, dass positive Maßnahmen zu dem verfolgten Ziel im Verhältnis stehen müssten und dies hier nicht der Fall sei⁶⁵. Der EuGH hat deshalb einen Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 und 4 der Richtlinie 76/207/EWG und gegen Art. 141 Abs. 4 EG angenommen. Klargestellt hat der EuGH schließlich, dass die Anwendung dieser Grundsätze nicht von der Einstufung der zu besetzenden Stellen abhängt⁶⁶.

Der EuGH hat in dieser Entscheidung also noch einmal betont, dass die Auswahl eines Bewerbers nicht allein von seinem Geschlecht abhängen darf, und zwar auch dann nicht, wenn der Bewerber hinreichend qualifiziert ist. Stets muss die objektive Berücksichtigung von geschlechtsneutralen Merkmalen, wie Qualifikation und per-

⁶² Rolfs, S. 35.

⁶³ EuGH, Urteil vom 6.7.2000 – C – 407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539.

⁶⁴ EuGH (Abrahamsson), Rn. 55.

⁶⁵ EuGH (Abrahamsson), Rn. 52 ff.

⁶⁶ EuGH (Abrahamsson), Rn. 64.

sönliche Lage der Bewerber, gewährleistet sein⁶⁷. Auch auf der Grundlage des Art. 141 Abs. 4 EG ist demnach eine unbedingte Geschlechterquote nicht zulässig⁶⁸.

Die Entwicklung in der Rechtsprechung des EuGH lässt den Schluss zu, dass der EuGH seine strikte Linie, die er noch in der Rechtssache Kalanke vertreten hat, gelockert hat und flexible Ergebnisquoten für zulässig erachtet. Der EuGH hat sich bislang vorrangig mit Entscheidungsquoten bezüglich der Besetzung einzelner Stellen im öffentlichen Dienst befasst. Es fragt sich, inwieweit die vorgenannten Kriterien auf Mindestbeteiligungsquoten in der Privatwirtschaft übertragbar sind. Man wird davon ausgehen können, dass die Kriterien einen Mindeststandard formulieren, an dem sich eine Quote in der Privatwirtschaft jedenfalls messen lassen muss. Abstriche könnten allenfalls insofern zu machen sein, als in der Privatwirtschaft keine strenge Bindung an den Leistungsgrundsatz besteht und damit geringere Anforderungen an eine Eignungsprüfung zu stellen sind.

Die Rechtsprechung des EuGH lässt den Schluss zu, dass für die Wahl in Gremien andere Kriterien angelegt werden können als für die Besetzung einzelner Stellen⁶⁹. Dafür spricht auch, dass sich die Vorgänge maßgeblich unterscheiden. Mindestbeteiligungsquoten führen bei Gremienbesetzungen nicht dazu, dass bestimmte weibliche Mitglieder in den Vorstand oder Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft zu wählen wären. Weder würden Gremienmitglieder von unternehmensfremder Seite bestimmt noch würden einzelne Personen den Unternehmensorganen als Mitglieder des Aufsichtsrats oder Vorstands vorgegeben. Es besteht keine Auswahl-situation im Sinne einer Eins-zu-Eins-Gegenüberstellung von männlichen und weiblichen Kandidaten, sondern es darf aus allen geeigneten potentiellen Mitgliedern beiderlei Geschlechts eine Auswahl getroffen werden, bei der nur beachtet werden muss, dass im Ergebnis die Mindestbeteiligungsquote für beide Geschlechter eingehalten wird. Mindestbeteiligungsquoten lassen den Gremien weiterhin Raum für eine Auswahl, so dass sich die Europarechtskonformität auch leichter begründen lassen wird⁷⁰.

Bei der Heranziehung der bisherigen Judikatur des EuGH zu Quotenregelungen müssen auch die unterschiedlichen Fassungen der den Entscheidungen zugrunde liegenden Norm des Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie 76/207/EWG und der nunmehr gel-

⁶⁷ Rolfs, S. 36.

⁶⁸ Scheinert, S. 302.

⁶⁹ So Wieland, NJW 2010, 2408/2410.

⁷⁰ Wieland, NJW 2010, 2408/2409.

tenden Regelung des Art. 3 der Richtlinie 2006/54/EG i. V. m. Art. 141 Abs. 4 EG (jetzt Art. 157 Abs. 4 AEUV) berücksichtigt werden. Ein Vergleich der Normen zeigt, dass die mit dem Vertrag von Amsterdam zum 1. Mai 1999 in Kraft getretene Regelung in Art. 141 Abs. 4 EG weitergehende Möglichkeiten für positive Diskriminierungen eröffnet. Art. 141 Abs. 4 EG (Art. 157 Abs. 4 AEUV) zielt auf die volle Gleichstellung von Frauen und Männern im Arbeitsleben ab, während Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG nur auf die Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen im Anwendungsbereich der Richtlinie gerichtet war. Ob deshalb Quotenregelungen in weiterem Umfang zulässig sind, als dies nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH der Fall ist, ist umstritten⁷¹. Vieles spricht dafür, da der Wortlaut des Vertragstextes deutlich weiter gefasst ist als der des alten Richtlinienartikels. Nachdem insoweit keine Entscheidung des EuGH vorliegt, erscheint es zur Vermeidung eines europarechtlichen Risikos angeraten, einer etwaigen gesetzlichen Regelung die Kriterien der bisherigen Rechtsprechung zugrunde zu legen, soweit sie sich auf den vorliegenden Regelungskomplex übertragen lassen.

Insgesamt gesehen sollte sich eine nationale Regelung zur Erhöhung des Frauenanteils in Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien nach der Öffnungsklausel des Art. 3 Richtlinie 2006/54/EG i. V. m. Art. 141 Abs. 4 EG (jetzt Art. 157 Abs. 4 AEUV) an folgenden Eckpunkten orientieren, um mit der Rechtsprechung des EuGH in Einklang zu stehen:

Bewerbern darf durch positive Maßnahmen wie Quotenregelungen nicht wegen ihres Geschlechts absolut und unbedingt der Vorzug bei der Besetzung einer Stelle eingeräumt werden und die Bewerbungen müssen stets Gegenstand einer objektiven Beurteilung sein.

Auch wenn der EuGH für die Prüfung der Zulässigkeit von Quotennormen mit dem *absoluten* bzw. *automatischen* und *unbedingten Vorrang* sowie der *objektiven Beurteilung* eine besondere Begrifflichkeit eingeführt hat, ist die Verhältnismäßigkeit der konkreten Maßnahme im Einzelfall der entscheidende Maßstab für die Zulässigkeit jeder umgekehrten Diskriminierung. Eine Maßnahme ist dann unverhältnismäßig, wenn dem Geschlechtsmerkmal im Auswahlprozess eine so dominante Rolle zukommt, dass sachliche Aspekte nicht mehr hinreichend berücksichtigt werden kön-

⁷¹ So Krebber, in: Callies/Ruffert, Rn. 82, der die vom EuGH in den Entscheidungen „Kalanke“ und „Marschall“ entwickelten Grundsätze für teilweise überholt und Maßnahmen der „positiven Diskriminierung“ weitergehend für zulässig hält; a. A. Rebhahn, in: Schwarze, EU-Kommentar, EGV Art. 141, Rn. 49.

nen⁷². Durch Ausnahmeregelungen bzw. Öffnungsklauseln ist daher eine gewisse Flexibilität sicherzustellen. So sollte weder die Qualifikation und die besondere persönliche Lage der in Betracht kommenden Personen unberücksichtigt bleiben noch der Umstand, wie zu verfahren ist, wenn trotz anhaltender intensiver Bemühungen nicht genügend (weibliche) Bewerber für die Mandate kandidieren.

Am Maßstab der dargestellten Grundsätze aus der Rechtsprechung des EuGH ist deshalb zu prüfen, ob Mindestbeteiligungsquoten für beide Geschlechter für Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien von (börsennotierten) Aktiengesellschaften und sonstigen mitbestimmten Gesellschaften den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren.

(1) Bei der Frage der **Eignung** kommt es darauf an, ob die Maßnahme unter Kausalitäts- und Wahrscheinlichkeitsaspekten den Geschehensablauf in die beabsichtigte Richtung lenken kann. Mit der Mindestbeteiligungsquote für beide Geschlechter für Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien soll die in diesem Bereich bestehende mittelbare Benachteiligung von Frauen eingedämmt oder sogar beseitigt werden. Mindestbeteiligungsquoten erhöhen den Anteil der Frauen in diesen Gremien und sind daher geeignet, die volle Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben zu fördern⁷³. Sie dienen einem legitimen Zweck im Sinne des Art. 157 Abs. 4 AEUV.

(2) Eine nationale verbindliche Mindestbeteiligungsquote für beide Geschlechter für Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien ist nur dann **erforderlich**, wenn kein milderes und gleich effektives Mittel zur Verfügung steht. Es lässt sich nicht präzise vorhersagen, welche konkrete Wirkung eine Maßnahme in der Rechtswirklichkeit haben wird. Den Mitgliedstaaten steht deshalb bei der Auswahl des erforderlichen Mittels ein gewisser Entscheidungsspielraum zu. Dabei ist jedoch dem Ausnahmecharakter des Art. 157 Abs. 4 AEUV Rechnung zu tragen⁷⁴.

Es sind verschiedene Varianten der gesetzgeberischen Gestaltung vorstellbar, mit denen das Ziel, die Benachteiligung von Frauen bei der Besetzung von Vorstands-

⁷² Rolfs, S. 37; Krebber, in: Callies/Ruffert, Art. 141 EG, Rn. 83; Langenfeld, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der EU, 37. EL 2008, Art. 141 EG, Rn. 112.

⁷³ Vgl. dazu im Einzelnen die Ausführungen im Abschnitt V unter II.1.a.3.

⁷⁴ Rolfs, S. 39; Schlachter, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Art. 141 EG, Rn. 24.

und/oder Aufsichtsratsgremien zu verhindern, gefördert werden kann⁷⁵. Bereits im Rahmen der Verfassungsmäßigkeit wurde jedoch erörtert, dass spezielle Förderprogramme für Frauen, die Selbstverpflichtungen der Wirtschaft und die Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex nicht die gleiche effektive Wirkung wie eine Mindestbeteiligungsquote entfalten können⁷⁶. Das gilt auch für Sollvorschriften, die ohne Weiteres zulässig wären⁷⁷. Eine Verpflichtung des Aufsichtsrats zur Unterbreitung eines die Quotenregelungen berücksichtigenden Wahlvorschlags (vgl. § 124 Abs. 3 AktG) oder die Statuierung einer Pflicht zur Doppelbenennung von Kandidaten wäre ebenfalls nicht gleichermaßen wirksam (Abschnitt V.II.1.a.4.d), zumal die dadurch hergestellte rechnerische Chancengleichheit noch nicht das vom EuGH festgestellte Problem beseitigt, dass Frauen bei gleicher Eignung nicht die gleichen Chancen auf Zugang zu einer Beschäftigung haben⁷⁸. Auch Minderheitenquoten sind nicht gleichermaßen effektiv (Abschnitt V.II.1.a.4.e).

Europarechtlich zulässig wäre als milderer Mittel auch der vorgelegte Stufenplan mit einer gesetzlichen Verpflichtung zur Selbstverpflichtung (Flexiquote)⁷⁹. Bei den Maßnahmen dieses Stufenplans handelt es sich um im Vergleich zu verbindlichen Mindestbeteiligungsquoten mildere Mittel. Dies gilt nicht nur für die freiwilligen Selbstverpflichtungen auf den ersten Stufen, sondern auch für die Flexiquote der dritten Stufe, da mit dieser Regelung die Unternehmen ihre jeweiligen Besonderheiten und Situationen berücksichtigen und entsprechend ihrer Möglichkeiten aktiv werden können. Eine derartige Bestimmung würde den Unternehmen für die Berücksichtigung von sachlichen Aspekten soviel Freiraum belassen, dass sie nach den aufgestellten Kriterien des EuGH den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren wird. Gleich effektiv wäre eine Flexiquote aber im Vergleich zu verbindlichen Mindestbeteiligungsquoten nicht. Mangels ihrer Verbindlichkeit in der Höhe kann nicht sicher vorhergesagt werden, dass sie in einem entsprechenden Zeitraum in etwa gleich hoch ausfallen wird wie eine durch den Gesetzgeber selbst verbindlich festgelegte Quote. Vielmehr darf dies angesichts der Erfahrungen aus der Vergangenheit mit freiwilligen Selbstverpflichtungen bezweifelt werden. Mindestbeteiligungsquoten erzwingen hingegen eine anteilige Besetzung der Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien mit Vertretern beider Geschlechter und können damit die signifi-

⁷⁵ Die nachfolgenden Varianten sind mit Ausnahme der „Flexiblen Quote“ dem Rechtsgutachten von Rolfs, S. 40 ff., entnommen.

⁷⁶ Vgl. dazu im Einzelnen die Ausführungen im Abschnitt V unter II.1.a.4.a bis c.

⁷⁷ Dies hat der EuGH in der Badeck-Entscheidung bestätigt (EuGH, Urteil vom 28.3.2000 - C - 158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, Rn. 66).

⁷⁸ EuGH, Urteil vom 11.11.1997 - C - 409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363, Rn. 30.

⁷⁹ Vgl. die Darstellung dieses Konzepts im Abschnitt VIII.

kante Unterrepräsentanz von Frauen zuverlässig verhindern. Ein im Vergleich zu verbindlichen Mindestbeteiligungsquoten für beide Geschlechter weniger belastendes und ebenso effektives Mittel zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern in Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien ist daher nicht ersichtlich. Die verbindliche Verteilung eines bestimmten Prozentsatzes der Sitze anhand des Geschlechts ist erforderlich, um eine Benachteiligung von Frauen bei der Besetzung von Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien zu verhindern.

(3) Auch wenn neben der verbindlichen Quote für beide Geschlechter für Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien kein ebenso effektives Mittel zur Verfügung steht, mit dem die Benachteiligung von Frauen in diesen Gremien verhindert werden könnte, so müssen die Nachteile der diskriminierenden Quotenregelungen in einem **angemessenen Verhältnis** zu den mit ihr angestrebten Vorteilen stehen⁸⁰.

(a) Bei der Festlegung einer Mindestbeteiligungsquote verbleibt den Entscheidungsträgern bezüglich eines Teils der Sitze ein freier Entscheidungsspielraum zur Auswahl unabhängig vom Geschlecht des Kandidaten. Wenn auch zahlenmäßig begrenzt bleibt eine uneingeschränkte objektive Beurteilung der zur Auswahl stehenden Kandidaten möglich. Jeder Kandidat kann versuchen, sich über den Weg der Bestenauslese im Auswahlverfahren durchzusetzen und sich einen derjenigen Sitze in den Gremien zu sichern, die unabhängig vom Geschlecht vergeben werden können.

Damit unterscheidet sich die Mindestquote von einer Quotenregelung, die verbindlich eine hälftige Verteilung sämtlicher Sitze in Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien vorsieht. Solche Klauseln, die ein starres Besetzungsergebnis bezüglich des Geschlechts vorsehen, dürften „absolut und unbedingt“ im Sinne der Rechtsprechung des EuGH und damit unzulässig sein. Bei **starren Quotenvorgaben** wäre zwar nicht jedes Auswahlresultat bezüglich einzelner Personen automatisch vorgegeben, da bei mehreren Sitzen eine gewisse Verteilungsmasse besteht. Dennoch würden sämtliche zu vergebende Sitze im Aufsichtsrat ein bestimmtes Geschlecht als unmittelbar diskriminierende Zugangsvoraussetzung haben. Andere geschlechtsneutrale Auswahlkriterien hätten nur noch ergänzende Funktion. Eine „objektive Beurteilung“ der Eignung des Kandidaten wäre nicht mehr gewährleistet, da kein einziger Posten unabhängig vom Geschlecht vergeben werden kann. Das

⁸⁰ Rolfs, S. 51.

Verhältnis von der Regel, dass Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien unabhängig vom Geschlecht der Bewerber zu besetzen sind, zu der Ausnahme, dass zur Förderung des unterrepräsentierten Geschlechts ausnahmsweise an das Geschlechtsmerkmal angeknüpft werden darf, würde in unangemessenem Maße verschoben. Es ist daher davon auszugehen, dass eine exakte Vorgabe des Gesetzgebers bezüglich des Geschlechts sämtlicher Sitze in Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien unverhältnismäßig und nicht als positive Maßnahme nach Art. 157 Abs. 4 AEUV zu rechtfertigen wäre⁸¹. Eine Quote muss deshalb unter 50 % bleiben, damit jedenfalls ein Teil der Sitze in den Gremien quotenunabhängig besetzt werden kann.

(b) Bei der Wahl in den **Aufsichtsrat** handelt es sich nicht um eine rein qualifikationsabhängige Entscheidung. Eine Bewerberauswahl durch Wahl erfolgt nicht ausschließlich anhand nachprüfbarer „harter“ Kriterien, wie etwa den Leistungsdaten in der beruflichen Laufbahn, sondern es spielen „weiche“ Merkmale eine entscheidende Rolle⁸². Zudem hat der männliche Bewerber stets die Möglichkeit, sich auf dem privaten Arbeitsmarkt um eine vergleichbare Position zu bemühen; eine Monopolstellung für bestimmte Berufsbilder, wie im öffentlichen Dienst, besteht nicht⁸³. Zu beachten ist schließlich, dass das Aufsichtsratsmandat häufig nur im Nebenamt ausgeübt wird und dann nicht die Hauptquelle für die Existenzsicherung darstellt⁸⁴.

Aus diesen Überlegungen folgt, dass eine Mindestbeteiligungsquote für Aufsichtsräte im privatwirtschaftlichen Bereich weniger intensiv in die Rechte der männlichen Mitbewerber eingreift als in den vom EuGH entschiedenen Fällen im öffentlichen Dienst. Eine „Angemessenheit“ der Regelung wird sich insoweit also leichter begründen lassen.

Anders als in den durch den EuGH entschiedenen Fällen müssen bei Quotenregelungen für Aufsichtsratsgremien aber neben den Rechten der männlichen Mitbewerber auch die Interessen auf Seiten des Unternehmens und hier v. a. die Interessen der Anteilseigner berücksichtigt werden⁸⁵. Für die Anteilseigner ist die Aufsichtsratswahl das wesentliche Instrument, ihre Anteilseignerinteressen mittelbar

⁸¹ Rolfs, S. 47.

⁸² Vgl. dazu im Einzelnen die Ausführungen im Abschnitt V unter II.4.d.3.

⁸³ Vgl. dazu im Einzelnen die Ausführungen im Abschnitt V unter II.4.d.1.

⁸⁴ Vgl. dazu im Einzelnen die Ausführungen im Abschnitt V unter II.2.a.

⁸⁵ Vgl. die gemäß Art. 6 EUV im Rang der Verträge stehenden Grundrechte der Artikel 12 GRCh „Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit“, Artikel 15 GRCh „Berufsfreiheit und Recht zu arbeiten“, Artikel 16 GRCh „Unternehmerische Freiheit“ und Artikel 17 GRCh „Eigentumsrecht“.

einzubringen. Zwar belegen Studien, dass ein überdurchschnittlicher Frauenanteil auf der Führungsebene vielfach mit größerem wirtschaftlichen Erfolg einhergeht⁸⁶. Dennoch sollte die Frauenförderung als alleiniges Kriterium nicht einseitig im Vordergrund stehen. Frauenförderung darf im Unternehmensinteresse keinesfalls unabhängig von der Qualifikation erfolgen⁸⁷. Auf Seiten der Arbeitnehmervertreterseite stehen zwar die schützenswerten Interessen der Anteilseigner nicht im Vordergrund, jedoch bleibt auch hier das Argument des Unternehmensinteresses, an dem sich die Wahl grundsätzlich orientiert.

Bei der Prüfung der Angemessenheit von verbindlichen Mindestbeteiligungsquoten müssen also neben den Rechten der männlichen Mitbewerber, die hier in weniger einschneidender Weise betroffen sind als in den vom EuGH entschiedenen Fällen im öffentlichen Dienst, auch die Interessen der Unternehmen und Anteilseigner berücksichtigt werden.

(c) Die Bestellung von **Vorständen** erfolgt durch den Aufsichtsrat, der seinerseits die Interessen sowohl der Anteilseigner als auch des Unternehmens zu verfolgen hat. Die Anzahl der Vorstandsposten ist in der Regel erheblich geringer als die Zahl der Aufsichtsratssitze, so dass die dargestellten Auswirkungen einer Quotierung nachhaltiger sind. Hinzu kommt, dass die Tätigkeit des Vorstands ein Hauptamt ist und nicht - wie ein Aufsichtsratsmandat - häufig als Nebenamt ausgeübt wird. Die durch eine Mindestbeteiligungsquote verursachte individuelle Benachteiligung von Männern, die einen Vorstandsposten anstreben, wirkt sich somit stärker aus als bei den Aufsichtsratsmandaten.

Für Vorstandsgremien wird daher ein relevantes Kriterium in der Verhältnismäßigkeitsprüfung die Höhe der Mindestbeteiligungsquote sein. Je größer der Anteil der Sitze ist, die unabhängig vom Geschlecht nach objektiven Kriterien vergeben werden können, desto weniger intensiv sind die mit einer Mindestbeteiligungsquote verbundenen Nachteile. Denkbar wäre deshalb, für Vorstandsgremien eine geringere Quote vorzusehen als bei Aufsichtsratsgremien.

(d) Mindestbeteiligungsquoten für beide Geschlechter werden vielen Frauen die reelle Chance bieten, einen Sitz in Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien zu er-

⁸⁶ Vgl. World Survey on the role of Women in Development, 2009, S. 23, abrufbar unter <http://www.un.org/womenwatch/daw/public/WorldSurvey2009.pdf>.

⁸⁷ Vgl. hierzu bereits die Ausführungen im Abschnitt V.

halten. Mit der vorläufig erzwungenen, stärkeren Repräsentanz von Frauen in diesen Gremien und einer Bewährung im Tagesgeschäft ist aller Wahrscheinlichkeit nach eine wachsende Akzeptanz weiblicher Personen in Leitungsfunktionen auf den obersten Etagen der Wirtschaft verbunden⁸⁸. Die durch eine Quotenregelung verursachte individuelle Benachteiligung von Männern wiegt auf jeden Fall nicht schwerer als die „versteckte“ faktische Benachteiligung von Frauen ohne Quotenregelung. Die Mindestbeteiligungsquote knüpft direkt an die bestehende Benachteiligung von Frauen an und wirkt ihr durch die Gewährung von Vorteilen entgegen, wobei eine formale Schlechterstellung von Männern vor dem Hintergrund dieser Ausgangssituation unumgänglich ist.

Neben den Interessen der männlichen Mitbewerber sind auch die Interessen auf Seiten der Unternehmen zu berücksichtigen. Zur Vermeidung unangemessener Nachteile für Anteilseigner und Unternehmer sollten die nationalen Regelungen für Mindestbeteiligungsquoten daher auch die Berücksichtigung spezifischer Unternehmens- und Eigentumsinteressen ermöglichen. Dies könnte durch die bereits im Rahmen des Art. 14 GG erörterten Ausnahmen für kleine Kapitalgesellschaften und Entsenderechte sowie die Regelung von Übergangsfristen und Öffnungs- bzw. Härtefallklauseln sichergestellt werden⁸⁹.

Die Angemessenheit der Regelung wird umso einfacher zu begründen sein, desto niedriger die Quote ist, mit der jedes Geschlecht in den Gremien vertreten sein muss. Je größer der Anteil der Sitze ist, die unabhängig vom Geschlecht nach objektiven Kriterien vergeben werden können, desto weniger intensiv greift die Mindestbeteiligungsquote in das Recht der Bewerber auf geschlechtsneutrale Auswahl und die Unternehmens- und Eigentumsrechte ein. Da sich Mindestbeteiligungsquoten bei der Besetzung von Vorstandsgremien nachhaltiger auswirken als bei der Besetzung von Aufsichtsratsgremien, wäre es denkbar, die Quote bei Vorstandsgremien niedriger anzusetzen.

Im Ergebnis ist eine Mindestbeteiligungsquote unter diesen Voraussetzungen nicht unangemessen im Verhältnis zu der mit ihr einher gehenden Verhinderung der mittelbaren Benachteiligung von Frauen und den langfristig zu erwartenden positiven Effekten für die faktische Gleichstellung der Geschlechter im Arbeitsleben.

⁸⁸ Rolfs, S. 52.

⁸⁹ Vgl. dazu im Einzelnen die Ausführungen im Abschnitt V unter II.1.a.

(6) **Zwischenergebnis:** Nationale Mindestbeteiligungsquoten für beide Geschlechter für Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien von (börsennotierten) Aktiengesellschaften und sonstigen mitbestimmten Gesellschaften sind nach der Ausnahmebestimmung des Art. 3 RL 2006/54/EG i. V. m. Art. 157 Abs. 4 AEUV zulässig. Voraussetzung ist jedoch, dass die Regelung den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahrt. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Quote qualifikationsabhängig und durch Ausnahmeregelungen bzw. Öffnungsklauseln flexibel ausgestaltet wird, so dass sowohl objektive Umstände bei den männlichen Mitbewerbern als auch spezifische Unternehmensinteressen berücksichtigt werden können. Zwar sind auch mildere Varianten der gesetzgeberischen Gestaltung vorstellbar, mit denen das Ziel, die Benachteiligung von Frauen bei der Besetzung von Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien zu verhindern, gefördert werden kann. Sie sind jedoch im Vergleich zu verbindlichen Mindestbeteiligungsquoten nicht gleich effektiv. Das gilt auch für den vom Bundesfamilienministerium vorgelegten „Stufenplan mit Flexiquote“. Des Weiteren muss die Quote unter 50 % bleiben, damit jedenfalls ein Teil der Sitze in den Gremien quotenunabhängig besetzt werden kann. Mindestbeteiligungsquoten für Vorstandsgremien sind engere Grenzen gesetzt als bei Aufsichtsräten.

e) Ergebnis zur Vereinbarkeit mit RL 2006/54/EG

Nationale Mindestbeteiligungsquoten für beide Geschlechter für Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien von (börsennotierten) Aktiengesellschaften und sonstigen mitbestimmten Gesellschaften sind vereinbar mit der Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen.

Soweit die Aufsichtsratsstätigkeit unbezahlt ausgeübt wird und damit keine Erwerbstätigkeit im Sinne der Richtlinie darstellt, ist der Anwendungsbereich der Richtlinie nicht eröffnet. Insofern kann als Ergebnis festgehalten werden, dass die Richtlinie 2006/54/EG entsprechenden Mindestbeteiligungsquoten nicht entgegensteht.

Zu berücksichtigen ist, dass positive Maßnahmen nach Art. 157 Abs. 4 AEUV nur so lange zum Ausgleich von Benachteiligungen erforderlich sind, bis die Gleichstellung von Frauen und Männern in den Vorstands- und Aufsichtsratsgremien erreicht ist.⁹⁰ Jede Maßnahme ist dementsprechend laufend auf ihre Verhältnismäßigkeit hin zu überprüfen und aufzuheben, sobald die Bedingung der vollen Gleichstellung der

⁹⁰ Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 44, Rn. 70.

Geschlechter eingetreten ist⁹¹. Daher könnte erwogen werden, eine gesetzliche Regelung zu befristen. Vor einer etwaigen Verlängerung sollte dann eine Evaluierung der Repräsentation von Frauen in Vorstands- und Aufsichtsratspositionen durchgeführt werden. Die Bundesrepublik Deutschland hat der Kommission alle vier Jahre den Wortlaut der entsprechenden Normen nach Art. 157 Abs. 4 AEUV sowie Berichte über diese Maßnahmen und deren Durchführung zu übermitteln (Art. 31 Abs. 2 Satz 1 RL 2006/54/EG).

2. Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt

Gesetzliche Quotenregelungen werden im Schrifttum im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem Europarecht auch am Maßstab der Niederlassungsfreiheit geprüft⁹². Da es eines der Ziele der Dienstleistungsrichtlinie ist, zu erreichen, dass die Mitgliedstaaten ihr nationales Recht an die Niederlassungsfreiheit anpassen, könnte sich der behauptete Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit auf sekundärrechtlicher Ebene als Verstoß gegen die Dienstleistungsrichtlinie darstellen.

Die Dienstleistungsrichtlinie verfolgt den Zweck, die Aufnahme und Ausübung von Dienstleistungstätigkeiten innerhalb des Binnenmarktes deutlich zu erleichtern. Sie enthält u. a. Vorschriften zur Niederlassungsfreiheit der Dienstleistungserbringer sowie zur Zulässigkeit bestimmter Anforderungen, die an die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit gestellt werden. Insoweit wird die primärrechtliche Unterscheidung zwischen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit nachvollzogen, wobei der freie Dienstleistungsverkehr in wesentlich geringerem Umfang Einschränkungen unterworfen werden darf.

Die Regelungen zur Niederlassungsfreiheit sind in Kapitel III der Dienstleistungsrichtlinie (Art. 9 bis 15) enthalten. Art. 9 bis 13 regeln, unter welchen Voraussetzungen Genehmigungserfordernisse bestehen dürfen und wie diese ausgestaltet sein können. Gemäß Erwägungsgrund 57 sollen die Bestimmungen über Genehmigungsregelungen die Fälle betreffen, in denen Marktteilnehmer für die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit eine Entscheidung einer zuständigen Behörde benötigen. Da in Zusammenhang mit Frauenquoten keine Genehmigungsregelungen im Sinne behördlicher Entscheidungen (vgl. Art. 4 Nr. 6 der Richtlinie) bestehen, ergeben sich insoweit keine Bedenken.

⁹¹ Rolfs, S. 39.

⁹² z. B. Schladebach/Stefanopoulou, BB 2010, 1042/1045.

Art. 14 und 15 verbieten darüber hinaus bestimmte Anforderungen an die Ausübung oder Aufnahme einer Dienstleistungstätigkeit durch die Mitgliedstaaten bzw. schreiben dafür Voraussetzungen vor⁹³. Solche Anforderungen sind beispielsweise Vorgaben im Hinblick auf Beteiligungen am Gesellschaftsvermögen oder die Verpflichtung zur Wahl einer bestimmten Rechtsform. Gesetzliche Vorschriften zur Besetzung von Leitungsfunktionen in Unternehmen lassen sich nicht unter eine der Anforderungen aus Art. 14 und 15 subsumieren.

Die Dienstleistungsrichtlinie steht der Einführung von verbindlichen Mindestbeteiligungsquoten für beide Geschlechter für Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien daher nicht entgegen.

3. Grundrechte-Charta, Art. 157 Abs. 4 AEUV

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist Art. 141 Abs. 4 EG nur zu prüfen, wenn sich eine Maßnahme nicht bereits gemäß Art. 2 der Richtlinie 76/207/EWG rechtfertigen lässt. Übertragen auf die heute geltenden Normen ist Art. 157 Abs. 4 AEUV nicht zu prüfen, wenn sich eine Maßnahme bereits nach Art. 3 der Richtlinie 2006/54/EG rechtfertigen lässt. Da Mindestbeteiligungsquoten für beide Geschlechter für Vorstandsgremien und für entgeltlich ausgeübte Aufsichtsratsstätigkeiten nach Art. 3 der Richtlinie 2006/54/EG, der zudem auf Art. 141 Abs. 4 EG (Art. 157 Abs. 4 AEUV) verweist, gerechtfertigt werden können, scheidet daneben Art. 157 Abs. 4 AEUV als alleiniger Prüfungsmaßstab aus. Das gilt im Ergebnis auch für Quoten für unentgeltlich ausgeübte Aufsichtsratsstätigkeiten, weil auch Art. 157 Abs. 4 AEUV an das Arbeitsleben und die Berufstätigkeit anknüpft und somit für unentgeltliche Tätigkeiten keine Anwendung findet.

Prüfungsrelevant ist aber die seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon gemäß Art. 6 EUV im Rang der Verträge stehende Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

In Art. 23 („Gleichheit von Männern und Frauen“) Abs. 1 GRC wird geregelt, dass die „Gleichheit von Frauen und Männern (...) in allen Bereichen, einschließlich der Beschäftigung, der Arbeit und des Arbeitsentgelts, sicherzustellen“ ist. Nach Abs. 2 steht der Grundsatz der Gleichheit aber „der Beibehaltung oder der Einführung spezifischer Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht“ nicht entgegen. Art. 23

⁹³ Cornils, in: Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Art. 14 Rn. 2.

Abs. 2 GRCh ist von seinem Anwendungsbereich nicht eingeschränkt auf den beruflichen Bereich, sondern gilt „in allen Bereichen“.

Mit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon und damit auch der Charta der Grundrechte dürfte eine Mindestbeteiligungsquote für beide Geschlechter auch an Art. 12 GRCh „Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit“, Art. 15 GRCh „Berufsfreiheit und Recht zu arbeiten“, Art. 16 GRCh „Unternehmerische Freiheit“ und Art. 17 GRCh „Eigentumsrecht“ zu messen sein.

Eine Rechtsprechung zur Vereinbarkeit einer Quotenregelung mit der Grundrechte-Charta liegt nicht vor. Hier dürften die Ergebnisse der nationalen Grundrechtsprüfungen wichtige Anhaltspunkte bieten, Art. 52 Abs. 4 GRCh. Konkurrierende Grundrechte dürften folglich in Ausgleich zu bringen sein; insbesondere werden die Regelungen des Art. 23 Abs. 2 GRCh und Art. 157 Abs. 4 AEUV im Rahmen einer Abwägung zu berücksichtigen sein⁹⁴.

Art. 23 Abs. 2 GRCh und Art. 157 Abs. 4 AEUV sind ein starkes Indiz dahingehend, dass Quotenregelungen, die auf den Abbau eines bestehenden Ungleichgewichts in der Leitung von Unternehmen zielen, auch nach Abwägung der konkurrierenden Grundrechte zumindest grundsätzlich zulässig sind. Zum Teil wird die eigentliche Funktion von Art. 157 Abs. 4 AEUV darin gesehen, einzelne Staaten vor Vertragsverletzungsverfahren durch andere Mitgliedstaaten oder die Kommission zu bewahren⁹⁵. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Europäische Union nach Art. 8 AEUV auf die Förderung der Gleichstellung von Mann und Frau hinwirkt, so dass verbindliche Mindestbeteiligungsquoten auch mit den Zielen übereinstimmt, zu deren Erreichung die Europäische Union primärrechtlich verpflichtet ist⁹⁶.

Allerdings lässt sich auch aus Art. 23 Abs. 2 GRCh nicht ableiten, dass entsprechende mitgliedstaatliche Maßnahmen generell zulässig wären. Vielmehr bedarf eine gezielte Bevorzugung von Frauen weiterhin der Begründung und der Rechtfertigung⁹⁷. Insbesondere muss das begünstigte Geschlecht tatsächlich unterrepräsentiert sein und die Vergünstigung muss dazu dienen, die Berufstätigkeit zu erleichtern oder Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn auszugleichen. Zulässig sind nur Maßnahmen, die

⁹⁴ Vgl. hierzu Jarass, Charta der Grundrechte, 2010, Art. 23 Anm. 22.

⁹⁵ Scheinert, S. 304.

⁹⁶ Wieland, NJW 2010, 2408/2410.

⁹⁷ Rebhahn, in: Schwarze, Art. 141 EGV Rn. 47.

zur Erreichung eines dieser Ziele geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sind⁹⁸. Die Prüfung zu Art. 3 der Richtlinie 2006/54/EG i. V. m. Art. 157 Abs. 4 AEUV hat gezeigt, dass Mindestbeteiligungsquoten unter bestimmten Voraussetzungen diese Bedingungen erfüllen. Ausnahmeregelungen und Öffnungsklauseln, die etwa die Besonderheiten kleinerer und familiengeführter Unternehmen berücksichtigen, sowie eine Leistungsabhängigkeit der Quoten, die auch den Interessen der Anteilseigner und Unternehmen entgegenkommt, dürften bei der Abwägung mit den Grundrechten aus der Charta eine wichtige Rolle zukommen.

Als **Zwischenergebnis** ist damit festzuhalten, dass nach Art. 23 Abs. 2 GRCh, der seinem Wortlaut nach spezifische Vergünstigungen in allen Lebensbereichen grundsätzlich ermöglicht, verbindliche Mindestbeteiligungsquoten für beide Geschlechter für die Besetzung von Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien zulässig sind, wenn sie die zu Art. 3 der Richtlinie 2006/54/EG i. V. m. Art. 157 Abs. 4 AEUV aufgezeigten Voraussetzungen zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit erfüllen. Dies gilt, da sein Anwendungsbereich nicht auf den beruflichen Bereich beschränkt ist, unabhängig davon, ob die Posten entgeltlich oder unentgeltlich ausgeübt werden.

4. Grundfreiheiten

In Frage steht zudem, ob verbindliche Mindestbeteiligungsquoten für beide Geschlechter für Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien gegen Grundfreiheiten, konkret die Niederlassungsfreiheit oder die Kapitalverkehrsfreiheit, verstoßen. Denn diese könnten ausländische Unternehmen davon abhalten, Gesellschaften in Deutschland zu gründen oder sich an ihnen zu beteiligen.

a) Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV)

Die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) verbietet Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates. Der Begriff der Niederlassung ist sehr weit. Gemäß Art. 49 Abs. 2 AEUV umfasst er die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere Gesellschaften i. S. v. Art. 54 Abs. 2 AEUV. In Abgrenzung zur Dienstleistungsfreiheit haben selbständig Erwerbstätige die Möglichkeit, in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaates teilzunehmen und daraus Nut-

⁹⁸ Rebhahn, in: Schwarze, Art. 141 EGV Rn. 49.

zen zu ziehen.⁹⁹ Erfasst ist demnach der dauerhafte Aufenthalt der Niederlassungswilligen in einem anderen Mitgliedstaat als ihrem Heimatstaat.¹⁰⁰ Für den Berechtigten müssen dabei dieselben Bestimmungen gelten wie für eigene Staatsangehörige des Niederlassungsmitgliedstaates (sog. Inländergleichbehandlung, vgl. Art. 49 Abs. 2 AEUV a. E.: „nach den Bestimmungen des Aufnahmestaates für seine eigenen Angehörigen“).

Art. 49 wird darüber hinaus als allgemeines Beschränkungsverbot verstanden, das nationalen Regelungen entgegensteht, die zwar ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anwendbar, aber geeignet sind, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit zu behindern oder weniger attraktiv zu machen¹⁰¹.

Würden Quotenregelungen - etwa durch Anknüpfung an einen Errichtungsakt gemäß deutschem Gesellschaftsrecht - nicht auf Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten erstreckt, scheidet eine Diskriminierung oder Beschränkung der Ausübung der Niederlassungsfreiheit von vornherein aus. Es ist europarechtlich nicht ausgeschlossen, eigene Staatsangehörige strengeren Regelungen zu unterwerfen als EU-Ausländer. Die sog. „Inländerdiskriminierung“ wird von den Diskriminierungsverboten der Grundfreiheiten nicht erfasst¹⁰². Die Zulässigkeit der Inländerdiskriminierung ist allerdings nach dem jeweiligen Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten zu beurteilen.

Würde dagegen die Einhaltung einer im deutschen Recht festgeschriebenen Quote von allen Anbietern unabhängig von deren Herkunft bzw. Unternehmenssitz gefordert, dürfte es sich nicht in Abrede stellen lassen, dass die mitgliedstaatliche Regelung einer verbindlichen Mindestbeteiligungsquote für beide Geschlechter geeignet sein kann, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit zumindest weniger attraktiv zu machen¹⁰³. Nach dem oben Gesagten umfasst die Niederlassungsfreiheit nicht nur die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit bzw. unternehmerischen Tätigkeit in der Bundesrepublik Deutschland, sondern auch deren Ausübung. Insoweit wird eine gewisse konkrete Eignung der die Ausübung betreffenden Regelung gefordert, in spezifischer Weise den Marktzugang weniger attraktiv zu machen und

⁹⁹ Fischer, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 49 Rn. 2.

¹⁰⁰ Kotzur, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AUEV, Art. 49 AEUV Rn. 1.

¹⁰¹ Schlag, in: Schwarze, Art. 43 EGV Rn. 47.

¹⁰² Streinz, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 12 EGV Rn. 58, Art. 28 EGV Rn. 22.

¹⁰³ Vgl. Schladebach/Stefanopoulou, BB 2010, 1042/1045.

damit wiederum die Niederlassungsentscheidung zu behindern¹⁰⁴. Für verbindliche Quotenregelungen wird diese Voraussetzung zu bejahen sein. Denn ein Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat, in dessen Leitungsgremien Frauen nicht in dem vorgeschriebenen Umfang repräsentiert sind, wird entweder grundlegende Änderungen in dieser Hinsicht vornehmen oder von einer Niederlassung in Deutschland absehen müssen.

Diese Beschränkung der Niederlassungsfreiheit könnte allerdings gerechtfertigt sein. Eine Rechtfertigung nationaler Maßnahmen, die in die Niederlassungsfreiheit eingreifen, kommt durch Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit (Art. 52 AEUV) oder - sofern es sich um nicht offen aus Gründen der Staatsangehörigkeit diskriminierende Maßnahmen handelt¹⁰⁵ - durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses in Betracht¹⁰⁶. Weiter muss sie geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Zieles zu erreichen und darf nicht über das zur Erreichung dieses Ziels Erforderliche hinausgehen¹⁰⁷. Unter diskriminierenden Maßnahmen sind in diesem Zusammenhang nur offene Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu verstehen¹⁰⁸, so dass sich für eine Frauenquote insoweit kein Problem ergibt.

Die Rechtfertigungsgründe des Art. 52 AEUV dürften für Mindestbeteiligungsquoten für beide Geschlechter nicht greifen. Fraglich ist daher, ob die volle Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben in der konkreten Ausgestaltung einer gleichmäßigen Beteiligung beider Geschlechter in den Gremien von Unternehmen ein *zwingendes* Erfordernis im allgemeinen Interesse darstellt. Als zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses kann jedes nicht-wirtschaftliche gewichtige Interesse angesehen werden¹⁰⁹. Im Vergleich zu den vom EuGH gebilligten Kriterien wie wirksamer steuerlicher Kontrolle, Schutz der öffentlichen Gesundheit, Lauterkeit des Handelsverkehrs oder Verbraucherschutz, denen eine breite Wirkung zukommt, verfolgt die Erhöhung des Frauenanteils in den Leitungsgremien von Unternehmen demgegenüber zwar ein vergleichsweise spezielles Ziel, von dem ein eher überschaubarer Personenkreis betroffen sein dürfte. Der Begriff des „zwingenden Erfordernisses“ lässt jedoch gewisse Interpretationsspielräume zu. Der EuGH hat über

¹⁰⁴ Müller-Graff, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 43 EGV Rn. 61 f.

¹⁰⁵ Fischer, in: Lenz/Borchardt, Art. 49 AEUV Rn. 11.

¹⁰⁶ Schlag, in: Schwarze, Art. 43 EGV, Rn. 48.

¹⁰⁷ EuGH, Rs. C-55/94, Gebhard, Slg. 1995, 4165.

¹⁰⁸ Fischer, in: Lenz/Borchardt, Art. 49 AEUV Rn. 11.

¹⁰⁹ Pache, in: Schulze/Zuleeg, § 10 Rn. 189.

die Frage einer Rechtfertigung von Quotenregelungen in Unternehmen noch nicht entschieden. Es spricht aber vieles dafür, dass die tatsächliche Gleichberechtigung von Frauen und Männern in Führungspositionen in der Wirtschaft als ein solches gewichtiges Allgemeininteresse anzusehen ist¹¹⁰. Dafür sprechen v. a. die Regelungen des Art. 23 Abs. 2 GRCh und des Art. 157 Abs. 4 AEUV, die positive Diskriminierungsmaßnahmen ausdrücklich gestatten. Zum Teil wird vertreten, dass die eigentliche Funktion des Art. 157 Abs. 4 AEUV darin besteht, einzelne Staaten, die durch Verletzungen des Gleichbehandlungsverbotes in den Ablauf des Arbeitsmarktes und damit in den freien Wettbewerb eingreifen, vor Vertragsverletzungsverfahren durch andere Mitgliedstaaten oder die Kommission zu bewahren. Erachtet ein Mitgliedstaat spezifische Vergünstigungen für ein minoritäres Geschlecht auf dem Arbeitsmarkt für erforderlich, sollen die damit ggf. verbundenen Eingriffe in den freien Wettbewerb nicht als Wettbewerbsbeeinflussung moniert werden können¹¹¹.

Eine Rechtfertigung kommt jedoch wiederum nur in Betracht, wenn das Verhältnismäßigkeitsprinzip beachtet wurde („Schranken-Schranke“). Insofern gelten die gleichen Ausführungen wie zu Art. 3 der Richtlinie 2006/54/EG i. V. m. Art. 157 Abs. 4 AEUV.

b) **Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 ff. AEUV)**

Die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV) betrifft die über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinweg stattfindende Übertragung von Geld- oder Sachkapital, die primär zu Anlagezwecken erfolgt.¹¹² Etwa für Beteiligungen an Kapitalgesellschaften kann daher die Kapitalverkehrsfreiheit einschlägig sein. Art. 63 AEUV verbietet alle Beschränkungen des grenzüberschreitenden Kapitalverkehrs¹¹³. Die gesetzliche Regelung von Mindestbeteiligungsquoten kann als Beschränkung des Kapitalverkehrs angesehen werden, weil sie grundsätzlich geeignet sein könnte, Unternehmen von Beteiligungen in Deutschland abzuhalten¹¹⁴.

In Parallele zu den anderen Grundfreiheiten können jedoch auch Beschränkungen des Kapitalverkehrs aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt

¹¹⁰ Anders Schladebach/Stefanopoulou, BB 2010, 1042/1045, allerdings ohne nähere Begründung.

¹¹¹ Scheinert, S. 304.

¹¹² Bröhmer, in: Calliess/Ruffert, Art. 56 EGV Rn. 8.

¹¹³ Schürmann, in: Lenz/Borchardt, Art. 63 AEUV Rn. 21.

¹¹⁴ So Schladebach/Stefanopoulou, BB 2010, 1042/1045.

tigt sein¹¹⁵. Vieles spricht dafür, die Herbeiführung tatsächlicher Gleichberechtigung von Frauen und Männern in der Leitung von Unternehmen als zwingenden Grund des Allgemeininteresses anzusehen (siehe oben). Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz muss jedoch gewahrt sein (siehe oben).

c) **Zwischenergebnis**

Verbindliche Mindestbeteiligungsquoten für beide Geschlechter für Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien verstoßen nicht gegen die Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit. Voraussetzung ist jedoch, dass die Quotenregelung den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahrt. Die Prüfung zu Art. 3 der Richtlinie 2006/54/EG i. V. m. Art. 157 Abs. 4 AEUV hat gezeigt, dass Mindestbeteiligungsquoten unter bestimmten Voraussetzungen diese Voraussetzung erfüllen. Flexibilität schaffende Ausnahmeregelungen und Öffnungsklauseln sowie eine Leistungsabhängigkeit der Quoten spielen für den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine entscheidende Rolle.

5. **Fazit**

Verbindliche Mindestbeteiligungsquoten für beide Geschlechter für Vorstands- und/oder Aufsichtsratsgremien von (börsennotierten) Aktiengesellschaften und sonstigen mitbestimmten Gesellschaften sind mit dem Europarecht vereinbar. Voraussetzung ist allerdings - und das ist allen Prüfungen am Maßstab des einschlägigen europäischen Sekundär- und Primärrechts gemeinsam -, dass sich die Ausgestaltung der Regelung streng am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientiert. Auch wenn der EuGH für die Prüfung der Zulässigkeit von Quotennormen mit dem absoluten bzw. automatischen und unbedingten Vorrang sowie der objektiven Beurteilung eine besondere Begrifflichkeit eingeführt hat, ist die Verhältnismäßigkeit der konkreten Maßnahme im Einzelfall der entscheidende Maßstab für die Zulässigkeit jeder umgekehrten Diskriminierung. Eine Maßnahme ist dann unverhältnismäßig, wenn dem Geschlechtsmerkmal im Auswahlprozess eine so dominante Rolle zukommt, dass sachliche Aspekte nicht mehr hinreichend berücksichtigt werden können¹¹⁶.

Zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sollten sich verbindliche Mindestbeteiligungsquoten daher an folgenden Eckpunkten orientieren:

¹¹⁵ Schürmann, in: Lenz/Borchardt, Art. 65 AEUV Rn. 12.

¹¹⁶ Rolfs, S. 37; Krebber, in: Callies/Ruffert, Art. 141 EG Rn. 83; Langenfeld, in: Grabitz/Hilf, Art. 141 EG Rn. 112.

Durch Ausnahmeregelungen bzw. Öffnungsklauseln ist eine gewisse Flexibilität sicherzustellen. Spezifische Besonderheiten und konkrete Umstände des Einzelfalles müssen berücksichtigt werden können. So sollte weder die Qualifikation und die besondere persönliche Lage der in Betracht kommenden Personen unbeachtet bleiben noch der Umstand, wie zu verfahren ist, wenn trotz anhaltender intensiver Bemühungen nicht genügend (weibliche) Bewerber für die Mandate kandidieren. Neben den Rechten der männlichen Mitbewerber sind auch die Interessen auf Seiten der Unternehmen zu beachten. Zur Vermeidung unangemessener Nachteile für Anteilseigner und Unternehmer sollten die nationalen Regelungen daher auch die Berücksichtigung spezifischer Unternehmens- und Eigentumsinteressen ermöglichen (z. B. Besonderheiten kleiner Unternehmen). Die Verhältnismäßigkeit der Regelung wird umso einfacher zu begründen sein, desto niedriger die Quote ist, mit der jedes Geschlecht in den Gremien vertreten sein muss. Je größer der Anteil der Sitze ist, die unabhängig vom Geschlecht nach objektiven Kriterien vergeben werden können, desto weniger intensiv greift die Mindestbeteiligungsquote in das Recht der Bewerber auf geschlechtsneutrale Auswahl und die Unternehmens- und Eigentumsrechte ein. Die Quote muss unter 50 % bleiben, damit jedenfalls ein Teil der Sitze in den Gremien quotenunabhängig besetzt werden kann. Mindestbeteiligungsquoten wirken sich bei der Besetzung von Vorstandsgremien nachhaltiger aus als bei der Besetzung von Aufsichtsratsgremien. Insofern sollten Vorstands- und Aufsichtsratsgremien differenziert betrachtet werden. Denkbar wäre es beispielsweise, die Quote bei Vorstandsgremien niedriger anzusetzen. Um den Übergang zur neuen Rechtslage für die betroffenen Personen möglichst schonend zu gestalten, könnte der Mindestanteil schrittweise auf das anvisierte Maß gesteigert werden.

Auch eine gesetzliche Verpflichtung zur Selbstverpflichtung (Flexiquote) ist mit den Vorgaben des Europarechts vereinbar.

Abschnitt VII **Möglicher Anwendungsbereich**

I. Die oberste Führungs- und Kontrollebene

Der Auftrag an die Arbeitsgruppe erging unter dem Tagesordnungspunkt „Frauenquote in Aufsichtsräten und Vorständen börsennotierter Unternehmen“. Entsprechend diesem Prüfungsauftrag hat sich die Arbeitsgruppe auf die Untersuchung der obersten Führungs- und Kontrollebene beschränkt, wenn auch nicht zu verkennen ist, dass Gleichstellungsbedarf in der Wirtschaft und im Arbeitsleben grundsätzlich noch auf vielen Ebenen besteht und daher die Frage, ob es sinnvoll und zulässig ist, nur eine Regelung für die oberste Ebene in den Blick zu nehmen, durchaus berechtigt erscheinen könnte. Es macht aber wohl durchaus auch Sinn, nur eine Regelung für die oberste Ebene anzugehen. Zum einen ist der Gleichstellungsbedarf dort besonders groß, wie die Darstellung der tatsächlichen Situation im Abschnitt I deutlich macht¹. Zum anderen wird die Unternehmenspolitik, insbesondere auch die Personalentwicklung, von der Unternehmensspitze bestimmt. Ein Wandel ist nur möglich, wenn die oberste Ebene diesen vorantreibt.

Unter geschlechterspezifischer Betrachtung ist insoweit gerade auch das Kontrollgremium des Aufsichtsrats von großer Bedeutung. Denn er beruft den Vorstand und kann auf eine geschlechtergerechte Besetzung sowie eine Auswahl von Kandidaten achten, die für eine Umsetzung einer frauenfördernden Unternehmenskultur stehen. Durch die Einflussnahme auf die Rekrutierung des Unternehmens für Positionen der Führungsebene nimmt der Aufsichtsrat auch Einfluss auf den potenziellen Aufsichtsratsnachwuchs². Studien belegen: Je mehr weibliche Aufsichtsräte es in einem Unternehmen gibt, desto häufiger werden Frauen auch in Führungspositionen im operativen Bereich berufen³. Außerdem ist der Aufsichtsrat das zentrale Kontrollgremium des Unternehmens und hat insoweit ebenfalls Einfluss auf

¹ Vgl. im Übrigen hierzu auch die Ausführungen im Abschnitt V zur Frage der Systemgerechtigkeit.

² Vgl. die im Abschnitt I bereits genannte Studie der Frankfurt School of Finance & Management, S. 13.

³ Vgl. Matsa/Miller, Chipping Away at the Glass Ceiling: Gender Spillovers in Corporate Leadership, 2010.

eine geschlechtergerechte Unternehmenspolitik⁴. Zum anderen beruht die massive Unterrepräsentanz in den Spitzenpositionen, wie oben im Abschnitt III festgestellt, maßgeblich auch auf strukturellen und ideologischen Barrieren. Eine erhöhte Frauenrepräsentanz in Vorständen und Aufsichtsräten könnte dazu beitragen, diese Barrieren und Denkmuster aufzubrechen und auf struktureller Ebene Veränderungen herbeizuführen. Einige wissenschaftliche Studien zeigen, dass sich hohe Frauenanteile in den Spitzengremien der Unternehmen positiv auf die Frauenbeteiligung auch in den unteren Ebenen auswirken⁵. Dieser Effekt könnte seinen Grund auch in einer Vorbildfunktion haben; eine größere Bandbreite weiblicher Rollenvorbilder würde dazu beitragen, mehr Frauen zu motivieren, sich für Führungspositionen zu interessieren. Auch stehen bei einer Erhöhung des Frauenanteils in den Spitzenfunktionen mehr Mentorinnen zur Verfügung.

II. Börsennotierte und sonstige Unternehmen

1. Anknüpfung an die Börsennotierung

Entsprechend der Formulierung des Prüfungsauftrags hat die Arbeitsgruppe den Fokus zunächst auf börsennotierte Unternehmen gerichtet. Dieser im Wirtschaftsleben einflussreichen Gruppe kommt ein besonderes Gewicht zu. Gesellschaften, die an der Börse notiert sind, streben öffentliche Handelbarkeit der Anteile an, sie wollen eine öffentliche Plattform und stehen damit besonders im Fokus des Wirtschaftslebens. Ihnen kommt auch eine bedeutsame Vorbild- und Ausstrahlungswirkung zu. Eine besondere soziale Bindung und Verpflichtung aufgrund dieser gesellschaftlichen Funktion, hier unter dem Aspekt der gerechten Geschlechterbeteiligung, erscheint daher gerade für diese Gesellschaften angezeigt und auch zumutbar - und zwar grundsätzlich unabhängig von ihrer Größe (gemessen an der Anzahl der Beschäftigten). Aufgrund der öffentlichen Präsenz sind diese Gesellschaften stets im Betrachtungsfokus von Gesellschaft und Medien: Daher könnte gerade auch die Vorbildwirkung dafür sprechen, diese Gesellschaften unabhängig vom Größenfaktor in eine gesetzliche Regelung einzubeziehen. Zudem haben diese Gesellschaften als Publikumsgesellschaften Kapitalanlagefunktion für die Anteilseigner, die grundsätzlich keine enge personelle Verbundenheit

⁴ Vgl. auch Hohmann-Dennhardt, Berufliche Gleichstellung von Frauen – Notwendigkeit und Formen einer Regulierung, S. 235/249, in: FS für Heide Pfarr, 2010, die auf die Durchschlagskraft der Quote insoweit verweist, als Vorstands- und Aufsichtsratspositionen nicht in der Gefahr seien, wegrationalisiert zu werden.

⁵ Holst/Wiemer, ZBW 2010, 692/699 unter Hinweis auf Joy/Lang, Do Women in Corporate Management and Governance Help Women to Advance? Paper for Presentation at the 2007 Society for Labor Economics Annual Conference, Chicago, IL, 2007.

mit dem Unternehmen aufweisen. Diese Gesichtspunkte vermögen eine auch gesellschaftspolitisch motivierte Reglementierung leichter zu rechtfertigen.

2. Kritik und Alternativen

Grundsätzlich wird eine etwaige geschlechterspezifische Besetzungsregelung für Führungs- und/oder Kontrollgremien darauf abzielen, einen gleichberechtigten Zugang der Geschlechter zu den maßgeblichen Positionen im Wirtschaftsleben zu schaffen. Diese Zielsetzung betrifft grundsätzlich alle Unternehmen im gleichen Maße, unabhängig von der Frage der Börsennotierung. Die Arbeitsgruppe ist daher der Auffassung, dass der alleinige Anknüpfungspunkt der Börsennotierung jedenfalls hinterfragt werden muss. Unternehmen einer bestimmten Größenordnung unterliegen wegen der Vielzahl der betroffenen Beschäftigten in besonderem Maße einer gesellschaftspolitischen Verantwortung und stehen zudem auch im besonderen Fokus der Öffentlichkeit. Derzeit gibt es in Deutschland insgesamt etwa 17.500 Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Europäische Gesellschaften⁶. Nur ein kleiner Anteil von etwa 4 % lässt die Anteile an der Börse handeln, bei etwa 3 % werden die Anteile im Freiverkehr gehandelt⁷. Ein Anknüpfen nur an das qualitative Moment der Börsennotierung und die Beschränkung einer Regelung ausschließlich auf solche Unternehmen würde den Anwendungsbereich stark einengen. Es erscheint im Grundsatz sachgerecht, Unternehmen einer bestimmten Größenordnung in erhöhtem Maße bestimmten gesellschaftspolitischen Verpflichtungen zu unterwerfen. Das Anknüpfen an die Börsennotierung könnte sich auch unter dem Aspekt als zu eng erweisen, als damit bestimmte Unternehmensformen von vornherein aus dem Regelungsbereich ausscheiden würden. Denn es gibt zahlreiche Unternehmen unterschiedlicher Rechtsformen, bei denen die Einführung einer geschlechterspezifischen Regelung für die Besetzung von Gremien durchaus praktisch umsetzbar wäre.

a) Anknüpfung an die Mitbestimmung

Als praktikabler Indikator für eine Anknüpfung könnte insbesondere die unternehmerische Mitbestimmung in Betracht kommen. Nach Mitteilung der Hans-Böckler-

⁶ Das Institut für Rechtstatsachenforschung der Universität Jena hat zum 1.6.2010 eine Zahl von 17.537 Gesellschaften (Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Europäische Gesellschaften) ermittelt, vgl. AG Report 13.14/2010, R 286.

⁷ Angaben entnommen aus DAI-Factbook; vgl. eine Liste aller börsennotierten Unternehmen in Deutschland, abrufbar unter http://de.wikipedia.org/wiki/Liste_der_b%C3%B6rsennotierten_deutschen_Unternehmen; die Angaben wurden bestätigt durch eine Auskunft des Deutschen Aktieninstituts vom 17. August 2010.

Stiftung unterlagen zum 31. Dezember 2010 682 Unternehmen der paritätischen Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz⁸. Nach einer Studie der Universität Jena unterfielen zum 31. Dezember 2009 1.477 Unternehmen der Mitbestimmung nach dem Drittelbeteiligungsgesetz⁹. Nach Angaben des Deutschen Gewerkschaftsbundes aus dem Jahr 2007 gab es ca. 730 mitbestimmte Unternehmen, wobei es sich nur bei ca. 130 Unternehmen um börsennotierte Aktiengesellschaften handelt. Unternehmen, die der Mitbestimmung unterliegen (gleich, in welcher gesetzlichen Form) weisen stets eine bestimmte Mindestbetriebsgröße hinsichtlich der Anzahl der Beschäftigten auf, in der Regel mehr als 500, und gelten damit als Großbetriebe¹⁰.

Der speziellen Montan-Mitbestimmung nach dem Montan-Mitbestimmungsgesetz bzw. dem Montan-Mitbestimmungsergänzungsgesetz unterliegen Unternehmen (Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung), deren Unternehmenszweck der Bergbau- und Stahlindustrie zuzuordnen ist, mit mehr als 1.000 Arbeitnehmern. Im Bereich der Montan-Mitbestimmung¹¹ besteht der Aufsichtsrat nach §§ 4, 9 MontanMitbestG, § 5 MontanMitbestErgG aus 11, 15 oder 21 Mitgliedern, jeweils besetzt zu gleichen Teilen aus Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern und einem weiteren neutralen Mitglied. Für die Wahl und Entsendung der Anteilseignervertreter gelten die allgemeinen Vorschriften. Die Arbeitnehmervertreter werden nach § 6 MontanMitbestG formal in einem zweistufigen System durch die Hauptversammlung gewählt, die jedoch an die Vorschläge des Wahlkörpers, der die Bewerber auswählt, gebunden ist. Das weitere neutrale Mitglied wird nach § 8 MontanMitbestG in einem komplizierten Verfahren auf Vorschlag der übrigen Aufsichtsratsmitglieder ebenfalls von der Hauptversammlung, allerdings ohne Bindung an den Vorschlag, gewählt. Weitere Besonderheiten bei der Wahl der Arbeitnehmervertreter ergeben sich aus §§ 6 ff. MontanMitbestErgG und der dazugehörigen Wahlordnung.

Der allgemeinen Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz unterfallen grundsätzlich Unternehmen (Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien,

⁸ AG: 281, SE: 11, GmbH: 345, KGaA: 13, Kapitalgesellschaft & Co. KG: 24, Genossenschaft 8.

⁹ AG: 695, KGaA: 9, GmbH: 715, Genossenschaft: 34, VVaG: 24; die Studie ist abrufbar unter http://www.boeckler.de/pdf/mbf_drittelbeteiligung.pdf.

¹⁰ Vgl. die Einstufung von Kohaut/Möller, Frauen kommen auf den Chefetagen nicht voran, Kurzbericht des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung 6/2010, abrufbar unter <http://doku.iab.de/kurzber/2010/kb0610.pdf>.

¹¹ Der Montan-Mitbestimmung unterfallen heute nur noch ca. 40 Unternehmen, vgl. <http://www.boeckler-boxen.de/1534.htm>.

Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Genossenschaft) mit mehr als 2.000 Arbeitnehmern. Richtet sich die Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz setzt sich der Aufsichtsrat nach § 7 MitbestG paritätisch je zur Hälfte aus Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern zusammen und besteht aus 12, 16 oder 20 Mitgliedern. Der Aufsichtsratsvorsitzende hat nach §§ 29, 31 MitbestG bei Stimmgleichheit ein Zweitstimmrecht. Für Wahl oder Entsendung der Anteilseignervertreter gelten auch hier grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften. Die Wahl der Arbeitnehmervertreter erfolgt nach §§ 9 ff. und der jeweils anwendbaren Wahlordnung auf der Basis von Wahlvorschlägen unmittelbar oder mittelbar über Delegierte.

Unternehmen mit mehr als 500 Arbeitnehmern (Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, Genossenschaft) unterfallen der Mitbestimmung nach dem Drittelbeteiligungsgesetz (sofern nicht andere Mitbestimmungsgesetze vorrangig sind). Unterfällt die Gesellschaft keiner speziellen Mitbestimmung, richtet sich diese nach dem DrittelbG. Danach setzt sich der Aufsichtsrat gemäß § 4 Abs. 1 DrittelbG zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern zusammen¹². Die Gesamtzahl der Aufsichtsratsmitglieder ergibt sich aus dem Aktiengesetz. Zu beachten wäre im Bereich des DrittelbG allerdings, dass § 1 Abs. 1 Nr. 1 unter bestimmten Voraussetzungen dessen Geltung auch für Gesellschaften mit weniger als 500 Arbeitnehmern anordnet. Betroffen sind alte Aktiengesellschaften, für die unter dem Regime des § 76 BetrVG 1952 bereits die Drittelmitbestimmung galt; für diese sollte die Mitbestimmung fortgeführt werden. Zumindest diese übergeleiteten alten Gesellschaften mit weniger als 500 Arbeitnehmern dürften allerdings von einer Geschlechterquote auszunehmen sein.

Auch Unternehmen, die nicht den nationalen Bestimmungen der Mitbestimmung, sondern den Mitbestimmungsmodellen europäischer Prägung nach dem SE-Beteiligungsgesetz und dem Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung unterfallen, weisen eine Größe von regelmäßig mindestens 500 Arbeitnehmern auf.

All diese mitbestimmten Unternehmen unterliegen auch bereits jetzt in Form der Arbeitnehmerbeteiligung gewissen Beschränkungen und Verpflichtungen, sie kennen Vorgaben für die Besetzung von Gremien. Es wäre daher im Grundsatz konsequent

¹² Umstritten ist, ob eine Erweiterung der Arbeitnehmerbank über ein Drittel hinaus zulässig ist (vgl. hierzu z. B. Oetker in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 9. Auflage 2009, Einl. DrittelbG Rn. 6).

und wohl auch zumutbar, diese mitbestimmten Unternehmen einer weiteren gesellschaftspolitischen Sozialverpflichtung zu unterwerfen. Durch die Anknüpfung an die Mitbestimmung wird die Erfassung von Tendenzbetrieben (insbesondere Betriebe, die überwiegend politischen, koalitionspolitischen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen sowie Zwecken der Berichterstattung oder Meinungsäußerung dienen) vermieden, da diese grundsätzlich von der Mitbestimmung ausgenommen sind.

Nicht zu verkennen ist allerdings, dass es bei Unternehmen, die dem DrittelbG unterfallen, erforderlich sein könnte, eine nähere Betrachtung im Hinblick auf die Erforderlichkeit und die Zweckmäßigkeit, gerade auch unter Berücksichtigung der durchschnittlichen Größe der jeweiligen Gremien, anzustellen¹³. Ob nicht börsennotierte Unternehmen, die nur der Mitbestimmung nach dem DrittelbG unterfallen, in vollem Umfang in eine verbindliche gesetzliche Regelung einbezogen werden sollten, bedürfte einer besonders sorgfältigen Prüfung, da die Vorbildfunktion und die Sozialbindung bei Unternehmen mit mehr als 1.000 oder 2.000 Beschäftigten ohne Zweifel deutlich ausgeprägter ist. Anders als bei Unternehmen, die der speziellen oder der allgemeinen Mitbestimmung unterfallen, würden im Bereich der eingeschränkten Mitbestimmung grundsätzlich auch kleinere Gremien, beispielsweise Aufsichtsräte mit nur 3, 6 oder 9 Mitgliedern erfasst, was auch zu praktischen Umsetzungsproblemen führen könnte, insbesondere, wenn eine gesonderte Quotierung für die Seite der Anteilseigner und Arbeitnehmer erfolgen soll¹⁴. Andererseits würde eine gesetzliche Quotenregelung, die Unternehmen der eingeschränkten Mitbestimmung nach dem Drittelbeteiligungsgesetz nicht mit einbezieht, dazu führen, dass nur wirklich besonders große Unternehmen, insgesamt in Deutschland etwa knapp 700, erfasst würden, knapp 1.500 Unternehmen blieben unberücksichtigt (s. o.). Ob dies, auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass bei diesen knapp 700 Unternehmen ein erheblicher Teil der Arbeitnehmer in Deutschland tätig sind, wirklich wünschenswert wäre, kann durchaus bezweifelt werden. Auch unter dem Aspekt der guten Unternehmensführung dürfte eine vollständige Ausnahme des Bereichs der eingeschränkten Mitbestimmung kaum begründbar sein: Auch in Unternehmen mit „nur“ 500 Arbeitnehmern ist dieser Grundsatz von erheblicher Bedeutung. Alternativ könnte darüber nachgedacht werden, nur die Unternehmen aus dem Anwendungsbereich des Drittelbeteiligungsgesetzes in eine Quotierungsbe-

¹³ Vgl. hierzu auch die Ausführungen im Abschnitt VIII.

¹⁴ Vgl. hierzu die Ausführungen im Abschnitt VIII.

stimmung mit einzubeziehen, die über einen Aufsichtsrat in einer bestimmten Größe (z. B. mit mindestens 6 oder 9 Mitgliedern) verfügen.

b) **Anknüpfung an Bilanzsumme oder Umsatz**

Alternativ oder auch kumulativ könnte darüber nachgedacht werden, an andere quantitative Kriterien als die Arbeitnehmerzahl anzuknüpfen, beispielsweise an die Bilanzsumme oder den Umsatz eines Unternehmens. Auch eine Anlehnung an die in § 267 HGB vorgenommene Differenzierung der Größenklassen für Kapitalgesellschaften in kleine, mittlere oder große - je nach Vorliegen einer Kombination bestimmter Kriterien (Bilanzsumme, Umsatzerlös, Arbeitnehmeranzahl) - könnte in Erwägung gezogen werden¹⁵. Immerhin gelten beispielsweise etwa 7.000 Kapitalgesellschaften in Deutschland als groß im Sinne dieser Vorschrift¹⁶. Allerdings wäre hierfür wohl zusätzliches statistisches Material zu beschaffen, das der Arbeitsgruppe derzeit jedenfalls nicht vorliegt. Dagegen spricht allerdings, dass dadurch auch Unternehmen in den Anwendungsbereich einbezogen würden, die nicht über ein für eine geschlechterspezifische Quotierung besonders geeignetes Organ verfügen. Dies würde jedenfalls einen zusätzlichen erheblichen und komplexen Regelungsbedarf bedeuten.

III. **Gesellschaftsformen**

Die Zielsetzung geschlechterspezifischer Besetzungsregelungen für Führungs- und/oder Kontrollgremien, einen gleichberechtigten Zugang der Geschlechter zu den maßgeblichen Positionen im Wirtschaftsleben zu ermöglichen, ist grundsätzlich unabhängig von der Rechtsform des Unternehmens. Bei der Prüfung, welche Gremien sich für die Einführung geschlechterspezifischer Besetzungsvorschriften eignen, richtet sich der Blick in erster Linie auf die infolge ihrer Unternehmensstruktur für die Einführung einer Geschlechterquote besonders geeignete Rechtsform der Aktiengesellschaft. Aber auch andere Gesellschaftsformen sind insoweit in den Blick zu nehmen, um die Thematik umfassend zu bewerten. Auch bei diesen kommen grundsätzlich geschlechterspezifische Gremienbesetzungsvorschriften in Betracht.

¹⁵ Das französische Gesetz sieht als Anknüpfungspunkt beispielweise unter anderem eine Kombination von Bilanzsumme und Arbeitnehmerzahl vor, vgl. hierzu im Einzelnen die Ausführungen im Abschnitt II.

¹⁶ Die Angabe beruht auf einer Auskunft der Hans-Böckler-Stiftung.

1. Aktiengesellschaften

Grundsätzlich eignet sich die Aktiengesellschaft mit ihrer dualistischen Struktur für die Einführung geschlechterspezifischer Besetzungsvorschriften. § 95 AktG setzt voraus, dass jede Gesellschaft zwingend über einen als solchen bezeichneten Aufsichtsrat verfügt der aus einer durch drei teilbaren Zahl von Mitgliedern, mindestens drei und höchstens 21, bestehen muss. Die zulässige Höchstzahl der Aufsichtsratsmitglieder wird durch das Grundkapital der Gesellschaft bestimmt. Nach § 96 AktG setzt er sich aus Aufsichtsratsmitgliedern der Aktionäre zusammen, die gemäß § 101 AktG von der Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit¹⁷ gewählt oder bis zu höchstens einem Drittel der Mitglieder von bestimmten Aktionären entsandt werden, wenn ihnen das Recht in der Satzung eingeräumt worden ist. Für die Wahl bereitet der bestehende Aufsichtsrat mit Mehrheitsentscheidung nach § 124 AktG Wahlvorschläge vor, bei mitbestimmten Gesellschaften nur hinsichtlich der Anteilseignervertreter.

Der Vorstand, der vom Aufsichtsrat mit einfacher Mehrheit - nach § 31 MitbestG mit einer Mehrheit von zwei Dritteln - bestellt wird, kann nach § 76 AktG aus einer oder mehreren Personen bestehen, ab einem bestimmten Grundkapital aus mindestens zwei Personen, falls die Satzung nichts anderes bestimmt. Unterliegt die Gesellschaft der Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz oder nach den Vorschriften der Montan-Mitbestimmung, ist nach § 33 MitbestG, § 13 MontanMitbestG oder § 13 MontanMitbestErgG ein Arbeitsdirektor zu bestimmen; im Bereich der Montan-Mitbestimmung kann dieser nicht gegen die Stimmen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bestimmt werden. Sofern der Vorstand aus mehreren Personen besteht, wäre eine Quotierungsbestimmung damit grundsätzlich auch für dieses Gremium möglich.

Sofern sich der Gesetzgeber für die Einführung einer geschlechterspezifischen Zusammensetzung von Führungs- und/oder Kontrollgremien entscheiden sollte, wäre zu prüfen, ob jede börsennotierte Aktiengesellschaft einer entsprechenden Regelung unterworfen werden sollte. Eine Unterscheidung zwischen börsennotierten Gesellschaften im engeren Sinne, deren Aktien auf dem regulierten Markt gehandelt werden (derzeit etwa 700 Aktiengesellschaften in Deutschland) und börsennotierten Gesellschaften im weiteren Sinne, deren Aktien auf dem sog. freien Markt über ein multilaterales Handelssystem nach § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 WpHG gehandelt werden (derzeit etwa 400

¹⁷ Die Satzung kann eine abweichende Regelung treffen, § 133 AktG.

Aktiengesellschaften)¹⁸, erschiene kaum sachgerecht; auch in § 161 AktG werden beide Formen erfasst.

Aus den bereits angesprochenen Erwägungen wäre weiter zu prüfen, Aktiengesellschaften unabhängig von ihrer Börsennotierung in den Regelungsbereich einer etwaigen geschlechterspezifischen Besetzungsbestimmung für Führungs- und Kontrollgremien einzubeziehen¹⁹. Den praktikabelsten Indikator für eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs einer Quotierungsregelung würde dabei - wie dargestellt - die beUnternehmerische Mitbestimmung bieten. Durch die Anknüpfung an die unternehmerische Mitbestimmung würden nur Gesellschaften mit grundsätzlich mindestens 500 Beschäftigten erfasst. Nach einer Veröffentlichung des DGB aus dem Jahr 2007 gab es beispielsweise zum damaligen Zeitpunkt etwa 200 mitbestimmte nichtbörsennotierte Aktiengesellschaften, die bei der bloßen Anknüpfung an die Börsennotierung unberücksichtigt blieben.

Als Beispiele großer nichtbörsennotierter Aktiengesellschaften in Deutschland wären zu nennen: Deutsche Bahn AG (etwa 240.000 Beschäftigte); ThyssenKrupp Steel Europe AG (etwa 30.000 Beschäftigte); RWE Rheinland Westfalen Netz AG (etwa 8.000 Beschäftigte); WestLB AG (etwa 5.000 Beschäftigte).

Soweit eine Aktiengesellschaft weder börsennotiert ist noch der unternehmerische Mitbestimmung unterliegt, müsste die Notwendigkeit einer geschlechterspezifischen Quotierung besonders sorgfältig geprüft und entsprechend gerechtfertigt werden.

2. **Kommanditgesellschaften auf Aktien (KGaA)**

Aufgrund der genannten Überlegungen wäre zu prüfen, auch Kommanditgesellschaften auf Aktien in den Regelungsbereich einer Geschlechterquote mit einzubeziehen, jedenfalls wenn es sich um börsennotierte Gesellschaften oder um größere Unternehmen handelt, die der Mitbestimmung unterliegen. Zum 1. Januar 2010 waren in Deutschland insgesamt 236 Kommanditgesellschaften auf Aktien registriert²⁰. Auch diese Gesellschaftsform, die zwingend die Bildung eines Aufsichtsrats voraussetzt

¹⁸ Die Angaben beruhen auf einer Auskunft des deutschen Aktieninstituts vom 17.8.2010.

¹⁹ Der Gesetzentwurf aus Nordrhein-Westfalen (BR-Drs. 87/11) beschränkt sich auf börsennotierte Unternehmen. Der Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs.17/3296) erfasst dagegen auch mitbestimmte, nicht börsennotierte Unternehmen. Hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Regelungen im Ausland wird auf die Ausführungen im Abschnitt II verwiesen.

²⁰ Vgl. Bayer/Hoffmann, AG 2010, 283/284.

(§ 287 AktG), eignet sich von ihrer Struktur für eine geschlechterspezifische Besetzungsregelung jedenfalls dieses Organs.

Zu nennen als große Unternehmen dieser Gesellschaftsform in Deutschland wären beispielsweise: Henkel AG & Co. KGaA (etwa 10.000 Beschäftigte), Merck KGaA (etwa 10.000 Beschäftigte).

3. **Gesellschaften mit beschränkter Haftung**

Ebenso wäre zu prüfen, ob auch bestimmte Unternehmen in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in eine Quotenregelung einzubeziehen wären²¹. Nach § 52 GmbHG kann die Bestellung eines Aufsichtsrats im Gesellschaftsvertrag fakultativ vorgesehen werden. Sofern in einer Gesellschaft ein solcher Aufsichtsrat (manchmal auch als Verwaltungsrat oder Beirat bezeichnet) eingerichtet wird, könnte sie grundsätzlich einer Quotierungsregelung unterworfen werden. Ob dies auch im Fall eines fakultativ gebildeten Aufsichtsrats sachgerecht wäre, bedürfte einer besonders sorgfältigen Prüfung. Aber jedenfalls dann, wenn eine Gesellschaft eine gewisse Größe aufweist und daher den Mitbestimmungsvorschriften unterliegt und damit zwingend einen Aufsichtsrat nach diesen Vorschriften zu bilden hat, dürfte eine Einbeziehung nahe liegen. Zu prüfen wäre schließlich, ob auch eine Gesellschaft, die als Kapitalanlagegesellschaft tätig ist und daher nach § 6 Abs. 2 InvG zwingend einen Aufsichtsrat zu bilden hat, in eine Quotierungsregelung miteinbezogen werden sollte.

Als Beispiele für große mitbestimmte Gesellschaften mit beschränkter Haftung sind zu nennen: Adam Opel GmbH (etwa 25.000 Beschäftigte); Tank & Rast GmbH (etwa 12.000 Beschäftigte); Stadtwerke München (etwa 7.000 Beschäftigte).

4. **Eingetragene Genossenschaften**

Nach § 9 GenG muss eine Genossenschaft einen Vorstand und einen Aufsichtsrat haben. Der Vorstand hat im Regelfall zwei Mitglieder, wenn die Satzung nicht eine höhere Anzahl festlegt (§ 24 GenG). Der Aufsichtsrat besteht grundsätzlich aus drei Mitgliedern, durch Satzung kann eine höhere Zahl festgelegt werden (§ 36 GenG). Auf die Bildung eines Aufsichtsrats kann bei Genossenschaften mit nicht mehr als 20 Mitglie-

²¹ Weder der Gesetzentwurf von Bündnis 90/Die Grünen noch der Gesetzentwurf aus Nordrhein-Westfalen bezieht diese Gesellschaftsform ein.

dern durch Satzung verzichtet werden. Grundsätzlich wäre also auch eine Genossenschaft jedenfalls hinsichtlich des Aufsichtsrats für eine Quotenbestimmung geeignet²².

Ob Genossenschaften tatsächlich mit einer Geschlechterquote belegt werden sollten, könnte allerdings nicht ganz unzweifelhaft sein. Denn zum einen ist deren wirtschaftliche Bedeutung eher gering und die Anzahl überschaubar²³. So unterliegen der Mitbestimmung (nach dem DrittelbG oder dem MitbestimmG) derzeit wohl nur wenige Genossenschaften (soweit ersichtlich sind dies nur etwa 20 Genossenschaften). Zum anderen könnte auch argumentiert werden, dass die Reglementierung mit einer Quotenbestimmung nur schwer mit dem genossenschaftlichen Charakter zu vereinbaren wäre. Dieser manifestiert sich im besonderen Gesellschaftszweck, nämlich den Erwerb oder die Wirtschaft der Genossen oder deren soziale oder kulturelle Belange durch einen gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern. Zu den damit einhergehenden Prinzipien der Mitgliederförderung, Selbsthilfe, Selbstverantwortung und Selbstverwaltung wie auch zu dem bei Genossenschaften geltenden Identitätsprinzip (Identität von Entscheidungsträgern, Geschäftspartnern und Kapitalgebern) würde eine Geschlechterquote wohl nicht besonders gut passen.

5. **Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit**

Auch Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit können der Mitbestimmung unterliegen (nur nach dem DrittelbG) und könnten sich damit grundsätzlich für eine Quotierungsregelung eignen²⁴. Auch der Vereinszweck stünde wohl nicht unmittelbar entgegen (obwohl er formal durch einen starken Mitgliederbezug gekennzeichnet ist), da er in der Praxis aufgrund der häufig erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit eher in den Hintergrund tritt. Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit unterliegen der Mitbestimmung nach dem Drittelbeteiligungsgesetz nur für den Fall, dass sie einen Aufsichtsrat bilden (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 DrittelbG). Zwar ist nach §§ 35, 53 VAG grundsätzlich nur für „kleinere Vereine“ der Verzicht auf den regelmäßig zu bildenden Aufsichtsrat vorgesehen, allerdings wird diese Eigenschaft des „kleineren Vereins“ von der Aufsichtsbehörde festgelegt. Es könnte daher zu Friktionen bei der Anwendung von § 53 VAG und § 1 DrittelbG kommen (wenn - was nicht sehr nahe liegt, vom Drittelbeteiligungsgesetz aber als möglich vorausgesetzt wird - die Aufsichtsbehörde einen Versicherungsverein mit über 500 Arbeitnehmern als „kleineren

²² Der Gesetzentwurf von Bündnis 90/Die Grünen bezieht die Genossenschaften in den Regelungsbereich mit ein.

²³ Vgl. o. Fn. 8 und 9.

²⁴ Der Gesetzentwurf von Bündnis 90/Die Grünen bezieht diese Gesellschaftsform mit ein.

Verein“ einstuft). Sachgerechte Ergebnisse könnten daher nicht stets gewährleistet werden. Ob Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit in eine gesetzliche Regelung einbezogen werden sollten, bedürfte daher einer besonders sorgfältigen Prüfung.

6. Personengesellschaften

Bei den Personengesellschaften (offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften, Partnerschaftsgesellschaften, Gesellschaften bürgerlichen Rechts) gibt es äußerst wirtschaftskräftige Unternehmen mit erheblichen Beschäftigtenzahlen (beispielsweise Edeka AG & Co. KG, Lidl Stiftung & Co. KG, Aldi GmbH & Co. oHG). Gleichwohl dürften sich Personengesellschaften nicht für eine Quotierung eignen. Sie verfügen über eine völlig andere Führungsstruktur: Kapitalgesellschaften sind regelmäßig durch eine Fremdgeschäftsführung geprägt, Personengesellschaften dagegen durch die Selbstorganschaft. Das personalistisch ausgeprägte Element und auch das völlig andere Haftungsregime lassen eine gesetzlich auferlegte Zusammensetzung der Führungsebene äußerst problematisch erscheinen. Folgerichtig unterliegen die Personengesellschaften auch nicht den Mitbestimmungsgesetzen.

Allenfalls kapitalistische Personengesellschaften, die auch ansonsten zum Teil abweichenden Regelungen unterworfen werden, könnten in die Überlegungen für eine gesetzliche Quotenbestimmung mit einbezogen werden. Aus systematischen und auch aus rein praktischen Erwägungen (Bezugsobjekt einer Quotierung etc.) erscheint hier allerdings äußerste Zurückhaltung geboten.

7. Societates Europaeae

a) Gesellschaften dieser Rechtsform, die sich bei großen Unternehmen des Binnenmarkts zunehmender Beliebtheit erfreut (derzeit gibt es in Deutschland 85 operativ tätige Gesellschaften dieser Form²⁵), könnten sich grundsätzlich für eine geschlechterspezifische Quotierungsbestimmung von Führungs- bzw. Kontrollgremien eignen²⁶. Jedenfalls für den Fall der Börsennotierung einer SE dürfte es grundsätzlich nahe liegen, auch diese Gesellschaftsform einer Geschlechterquotierung zu unterwerfen. Nach dem europäischen Recht (SE-Verordnung²⁷; SE-Beteiligungsrichtlinie²⁸) besteht hinsichtlich

²⁵ Die Angabe beruht auf einer Auskunft der Hans-Böckler-Stiftung, die sich auf den Beginn des Jahres 2011 bezieht.

²⁶ Der Gesetzentwurf von Bündnis 90/Die Grünen bezieht diese Gesellschaftsform mit ein.

²⁷ Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates v. 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. EG 2001 L 294, S. 1 ff.

der Unternehmensverfassung ein Wahlrecht zwischen monistischer und dualistischer Struktur; in Deutschland haben 55 SE eine dualistische, 30 eine monistische Struktur²⁹. Grundsätzlich kann nach dem SE-Ausführungsgesetz (SEAG)³⁰ hinsichtlich der Zusammensetzung der Gremien für beide Strukturen im denkgesetzlichen Ansatz eine Quotierung nicht von vorneherein ausgeschlossen werden (§§ 16, 17, 23 SEAG)³¹. Ob es dann unter dem verfassungsrechtlichen Aspekt der Systemgerechtigkeit zu rechtfertigen wäre, nur das dualistische Modell in den Regelungsbereich einzubeziehen, erscheint nicht unproblematisch. Bei der Entscheidung über die Einbeziehung der monistisch organisierten SE wird jedoch zu berücksichtigen sein, dass Mitglieder des Verwaltungsrates der SE auch zu geschäftsführenden Direktoren (§ 40 SEAG) bestellt werden können. Diese sind Vorstandsmitgliedern einer deutschen AG vergleichbar, was bereits zwanglos aus § 40 Abs. 1 Satz 3 SEAG folgt. Beschränkt sich der Verwaltungsrat nicht nur auf die Bestellung Dritter zu geschäftsführenden Direktoren, besteht das einheitliche Organ aus zwei Gruppen von Mitgliedern, von denen nach der aktuellen politischen Diskussion nur die aus der Gruppe der einfachen Mitglieder dem Regime der Geschlechterquotierung unterliegen. Regelungstechnisch wäre es zwar möglich, nur die einfachen Mitglieder des Verwaltungsrates der Quotenregelung unterfallen zu lassen. Jedoch wäre eine solche nur für einen Teil des Organes geltende Regelung fehlerträchtig, zumal der Teil wiederum nach den Vertretern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer differenziert werden müsste und sich die Anzahl der einfachen Mitglieder jederzeit durch die Bestellung eines neuen geschäftsführenden Direktors ändern kann. Jedoch darf auf der anderen Seite nicht unberücksichtigt gelassen werden, dass die Geschlechterquotierung unter Ausschluss der monistischen SE nicht zu einer Flucht aus der deutschen AG in die monistische SE führen darf. Letztlich wird man diesen Punkt verantwortlich nicht ohne eine präzise und umfangreiche Rechtsfolgenabschätzung entscheiden können.

Auch bei dieser Gesellschaftsform müsste aber die Prüfung erfolgen, ob nicht börsennotierte Unternehmen ebenfalls in den Anwendungsbereich mit einbezogen werden sollen; auch insoweit bedürfte eine Einbeziehung einer besonders sorgfältigen Prüfung und Rechtfertigung. Festzuhalten ist insoweit, dass von den 85 operativ tätigen Unternehmen nur 22 an der Börse notiert sind. Eine SE mit Sitz in Deutschland unterliegt

²⁸ Richtlinie des Rates 2001/86/EG zur Ergänzung des SE-Status, ABl. EG L 294, S. 22 ff.

²⁹ Die Angaben beruhen auf einer Auskunft der Hans-Böckler-Stiftung.

³⁰ S. hierzu bereits die Ausführungen im Abschnitt I unter II.

³¹ Der Gesetzentwurf aus Nordrhein-Westfalen sieht nur für das dualistische Modell eine Regelung vor.

nicht dem deutschen Mitbestimmungsrecht³². Hinsichtlich der Mitbestimmung obliegt es primär den Anteilseignern und Arbeitnehmern, eine für die Gesellschaft geeignete Lösung zu vereinbaren; von den 55 dualistisch organisierten SE haben 11 eine paritätische Mitbestimmung, 15 eine Drittelbeteiligung und 29 keine Mitbestimmung³³. Nach dem SE-Beteiligungsgesetz (SEBG)³⁴ können die betroffenen Gesellschaften die Mitbestimmung grundsätzlich autonom gestalten (§§ 4, 21 SEBG); sofern keine Vereinbarung zustande kommt, gilt eine Mitbestimmung kraft Gesetz (§§ 22, 34 ff. SEBG)³⁵. Jedenfalls für den Fall, dass eine Gesellschaft der gesetzlichen Mitbestimmung unterliegt, dürfte es naheliegen, auch die SE einer Quotierungsbestimmung zu unterwerfen. Wegen des grundsätzlich bestehenden und keinen Beschränkungen unterworfenen Wahlrechts über die Ausgestaltung der Mitbestimmung müsste konsequenterweise aber wohl auch darüber nachgedacht werden, eine Gesellschaft, die sich für eine autonom geregelte Mitbestimmung entschieden hat, grundsätzlich in den Regelungsbereich mit einzubeziehen. Die Voraussetzungen wären jedoch im Einzelnen zu prüfen.

Beispiele großer Gesellschaften dieser Rechtsform sind: BASF SE (etwa 50.000 Beschäftigte in Deutschland); Fresenius SE (etwa 40.000 Beschäftigte in Deutschland); Allianz SE (etwa 20.000 Beschäftigte in Deutschland).

b) Der deutsche Gesetzgeber dürfte zur Implementierung von Quotierungsbestimmungen befugt sein. Die Befugnis könnte zwar wohl nicht auf die Regelungen in Art. 39 Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 bzw. Art. 40 Abs. 3 bzw. Art. 43 Abs. 2, 4 der SE-Verordnung gestützt werden, die die nationalen Gesetzgeber zur Schaffung bestimmter Sonderregelungen ermächtigen. Diese Sonderregelungen betreffen die Größe der Organe, ermöglichen es, das Leitungsorgan direkt von der Hauptversammlung wählen zu lassen, und erlauben die Schaffung von Regelungen zu dualistischer bzw. monistischer Struktur, soweit diese im jeweiligen nationalen Recht nicht vorhanden sind.

Wohl aber könnte eine Regelung auf Art. 9 Abs. 1 Buchst. c) i) und ii) der SE-Verordnung gestützt werden. Danach können nicht oder nicht vollständig von der Verordnung geregelte Aspekte durch die nationalen, die SE betreffenden Gesetze bzw. das nationale Aktienrecht geregelt werden. Die Verordnung ist insgesamt lückenhaft, und bewusst fragmentarisch gehalten, sie beschränkt sich auf die Regelung weniger zentraler Fragen und verweist im Übrigen (zur Ausfüllung der Lücken) auf die jeweili-

³² Nikoleyczik/Führ, DStR 2010, 1743/1744

³³ Die Angaben beruhen auf einer Auskunft der Hans-Böckler-Stiftung.

³⁴ S. hierzu bereits die Ausführungen im Abschnitt I.

³⁵ S. hierzu bereits die Ausführungen in Abschnitt I.

gen nationalen Rechte³⁶. Die Verweisung des Art. 9 der Verordnung gilt nur für solche Fragen, die vom Anwendungsbereich der Verordnung erfasst sind³⁷. Hierunter fallen die Organisation und das Organisationsrecht der SE, die Verweisung des Art. 9 kann also grundsätzlich eingreifen, sofern eine Lücke gegeben ist, d. h. die Frage der Zusammensetzung der Organe von der Verordnung nicht oder nur teilweise geregelt ist und keine vorrangige Einzelverweisung durch die Regelungen in Art. 39, 40 und 43 der Verordnung vorliegt. Die Einzelverweisungen betreffen nur die Frage der Größe der Organe, die Direktwahl des Leitungsorgans durch die Hauptversammlung und die Schaffung spezieller monistischer bzw. dualistischer Strukturen für die SE. Dafür, dass sie im Verhältnis zu Art. 9 abschließend sind, spricht nichts. Es ist weiterhin auch ein Aspekt betroffen, den die Verordnung nicht oder nur teilweise regelt. Art. 39 etwa befasst sich mit den Leitungsaufgaben, der Bestellung und Abberufung, der Inkompatibilität und der Größe des Leitungsorgans, enthält jedoch keine Regelung zur Zusammensetzung des Organs. Allein hinsichtlich der Mitbestimmung sind Verweise in Art. 40 Abs. 2 und Art. 43 Abs. 3 der Verordnung vorhanden, ansonsten ist die Verordnung betreffend der Zusammensetzung der Organe ohne Regelung. Ob insoweit eine Lücke vorliegt, ist anhand einer Auslegung der Normen der Verordnung zu ermitteln. Der Wortlaut der Regelungen in Art. 39, 40, 43 der Verordnung bietet keine Anhaltspunkte dafür, dass dem nationalen Gesetzgeber nur die Befugnis zur Regelung der dort erfassten Bereiche zustehen soll. Die dortigen Regelungen schaffen besondere Möglichkeiten für die Mitgliedsstaaten von den zwingenden und bindenden Regelungen der Verordnung abzuweichen. Sie sind aber nur erforderlich, weil die Verordnung zu diesen Fragen zunächst bindende Vorgaben enthält. Um diese Bindung aufzuheben bzw. aufzuweichen, sind die speziellen Ermächtigungen an die nationalen Gesetzgeber aufgenommen worden, von den Vorgaben abzuweichen. Soweit die Verordnung aber keinerlei Regelungen zu einer Frage (hier zur Frage der Zusammensetzung der Organe) enthält, war die Schaffung spezieller Abweichungsmöglichkeiten nicht erforderlich, da die Verordnung ohnehin zu dieser Frage keine bindende Vorgabe macht. In diesem Fall greift die allgemeine Verweisungsnorm des Art. 9 und der nationale Gesetzgeber ist frei. Dass eine bewusste Nichtregelung vorliegt, die eine abweichende nationale Regelung ausschließen würde, kann auch schon angesichts des bewusst fragmentarischen Charakters der Verordnung³⁸ nicht angenommen werden. Die Verordnung enthält schlicht keine Vorgaben für die Zusammensetzung der Organe der SE im Hinblick auf das Geschlechterverhältnis, so dass diese Frage durch das nationale Recht gere-

³⁶ Schäfer, in: Münchener Kommentar Aktiengesetz, 2006, EWG VO 2157, 2001, Art. 9 Rn. 1 f.

³⁷ Schäfer, in: Münchener Kommentar Aktiengesetz, Art. 9 Rn. 7

³⁸ Schäfer, in: Münchener Kommentar Aktiengesetz, Art. 9 Rn. 2

gelt werden kann. Auch wollte die Verordnung nicht eine für Europa einheitlich ausgestaltete Gesellschaftsform schaffen. Vielmehr wurde „die Eigenart der SE als supranationale Rechtsform mit ebenso vielen Varianten wie Mitgliedstaaten“ festgelegt, die Vorgaben folgen daher eher einem „Torso-Prinzip“³⁹. Die SE-Verordnung stünde damit einer geschlechterspezifischen Quotierungsbestimmung wohl nicht entgegen⁴⁰.

8. **Gesellschaften im Geltungsbereich des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung**

Das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG)⁴¹, mit dem die Verschmelzungs-Richtlinie⁴² umgesetzt wurde, stellt besondere Mitbestimmungsregelungen für eine Gesellschaft, die aus einer grenzüberschreitenden Gesellschaft hervorgeht, bereit. Eine solche Gesellschaft unterliegt, auch wenn sie ihren Sitz in Deutschland hat, meist nicht dem deutschen Mitbestimmungsrecht, dieses wird aufgrund der Ausnahmetatbestände häufig verdrängt⁴³. Sofern eine geschlechterspezifische Quotierung maßgeblich auch daran anknüpfen würde, ob eine Gesellschaft der Mitbestimmung unterliegt, müsste konsequenterweise darüber nachgedacht werden, auch den Fall der grenzüberschreitenden Gesellschaft in den Regelungsbereich mit einzubeziehen⁴⁴. Nach dem Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Gesellschaft können die betroffenen Gesellschaften die Mitbestimmung grundsätzlich autonom gestalten (§§ 5, 6, 22); sofern keine Vereinbarung zustande kommt, gilt eine Mitbestimmung kraft Gesetzes (§§ 23 ff.)⁴⁵. Da die Bestimmungen ähnlich den Regelungen für die SE ausgestaltet sind, dürften die hierzu angestellten Überlegungen entsprechend gelten.

³⁹ Schäfer, In: Münchener Kommentar Aktgesetz, Art. 9 Rn. 1 unter Hinweis auf Fleischer, AcP 2005, 502 (504), der die Diskussion zum Torso-Prinzip zusammenfasst.

⁴⁰ Für das gefundene Ergebnis spricht auch, dass der deutsche Gesetzgeber etwa in § 16 Satz 2 SEAG und § 38 Abs. 2 SEBG eine Regelung zur Bestellung eines Arbeitsdirektors getroffen hat, ebenfalls eine nähere Regelung zur Ausgestaltung eines Leitungsorgans. Darauf hinzuweisen ist auch, dass Spanien in seinem Gleichstellungsgesetz (Ley Organica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres), das auch die stärkere Repräsentanz von Frauen in Führungsgremien von Unternehmen bezweckt, für die Frage der Verpflichtung der Unternehmen nur darauf abgestellt hat, dass diese eine ungekürzte Gewinn- und Verlustrechnung vorlegen müssen (Art. 75 - „obligadas a presentar cuenta de perdidas y ganancias no abreviada“). Diese Regelung dürfte also auch für die SE gelten, denn angesichts ihrer typischen Größe muss sie wohl eine ungekürzte Gewinn- und Verlustrechnung vorlegen.

⁴¹ S. hierzu bereits die Ausführungen im Abschnitt I.

⁴² Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und Rates v. 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. EG 2005 L 310, 1ff.

⁴³ Näher hierzu Nikoleyczik/Führ, DStR 2010, 1743/1744.

⁴⁴ Der Gesetzentwurf von Bündnis 90/Die Grünen bezieht diese Gesellschaft mit ein.

⁴⁵ Näher zur Mitbestimmung nach diesem Gesetz Rolfs, a. a. O., S. 29 ff.

9. Europäische Genossenschaften

Zur Ergänzung der unmittelbar geltenden SCE-Verordnung und Umsetzung der SCE-Richtlinie wurde das Gesetz zur Einführung der Europäischen Genossenschaft und zur Änderung des Genossenschaftsrechts verabschiedet (SCEBG). Die Bestimmungen sind eng an das SEBG angelehnt. Auch insoweit hat die autonome unternehmerische Mitbestimmung Vorrang (§ 21 SCEBG), ansonsten gelten die gesetzlichen Regelungen über die Mitbestimmung (§§ 22, 35 ff. SCEBG). Grundsätzlich wäre eine Geschlechterquotierung wohl durchaus möglich⁴⁶. Allerdings könnten aus den bereits genannten grundsätzlichen Erwägungen⁴⁷ wohl auch für die Europäische Genossenschaft gewisse Bedenken hinsichtlich der Unterwerfung unter eine Quotierung bestehen.

10. Familiengesellschaften

Zu überprüfen gilt es ferner, ob sog. Familiengesellschaften ein geeigneter Anwendungsfall für eine Geschlechterquote sind oder ob für diese Gesellschaften möglicherweise eine generelle Ausnahmeregelung geschaffen werden sollte. Die Frage hat hohe praktische Relevanz: Im Jahr 2008 wurden rund 2.653 Millionen Familienunternehmen in Deutschland gezählt⁴⁸. Der überwiegende Anteil fällt dabei in die kleinste Größenklasse mit bis zu einer Million Euro Jahresumsatz und bis zu neun Beschäftigten. Familienunternehmen sind jedoch keineswegs auf diesen Bereich kleinerer oder mittlerer beschränkt. Der Studie „Börsennotierte Familienunternehmen in Deutschland“ der Stiftung Familienunternehmen zufolge sind 50 % der im CDAX (Composite Deutscher Aktienindex) notierten Aktiengesellschaften Familienunternehmen⁴⁹. Als Beispiele großer börsennotierter Familienunternehmen sind zu nennen die GFT Technologies AG, die Sixt AG oder die Bauer AG.

⁴⁶ Der Gesetzentwurf von Bündnis 90/Die Grünen bezieht auch die Europäische Genossenschaft mit ein.

⁴⁷ S. oben unter 4.

⁴⁸ Stiftung Familienunternehmen, Die volkswirtschaftliche Bedeutung der Familienunternehmen, 2009; abrufbar unter http://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/studien/Die_volkswirtschaftliche_Bedeutung_der_Familienunternehmen.pdf. Erfasst wurden Aktiengesellschaften, bei denen die Gründerfamilie mindestens 25 % der Stimmrechte hält und/oder mindestens ein Mitglied der Gründerfamilie als Vorstand oder Aufsichtsrat tätig ist.

⁴⁹ Stiftung Familienunternehmen, Börsennotierte Familienunternehmen in Deutschland, 2009; abrufbar unter http://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/studien/Studie_Boersennotierte_Familienunternehmen_web.pdf.

Es spricht einiges dafür, über die Einbeziehung bzw. Ausnahme von Familienunternehmen in den Anwendungsbereich einer Genderquote nicht gesondert zu befinden, sondern nach der jeweiligen - bereits behandelten - Gesellschaftsform (z. B. Aktiengesellschaft oder Personengesellschaft) abzugrenzen.

Problematisch erscheint zunächst, dass keine allgemeine Definition für Familiengesellschaften vorhanden ist. Soweit ersichtlich, ist die einzige Begriffsbestimmung einer Familiengesellschaft in § 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 DrittelbG enthalten. Danach gelten als Familiengesellschaften solche Aktiengesellschaften, deren Aktionär eine einzelne natürliche Person ist oder deren Aktionäre untereinander im Sinne von § 15 Abs. 1 Nr. 2 bis 8, Abs. 2 Abgabenordnung (AO) verwandt oder verschwägert sind. Die Definition ist im Hinblick auf den Begriff der Familie sehr weit, im Übrigen aber recht eng. Nicht erfasst sind etwa andere Kapitalgesellschaften, börsennotierte Aktiengesellschaften oder auch Gesellschaften, bei denen nur ein einziger Aktionär nicht Angehöriger ist. Eine andere Definition wurde 2009 von der EU-Kommission mit Hilfe einer Expertengruppe entwickelt. Anders als die deutsche Lösung ist der Begriff der Familie wesentlich enger als die des DrittelbG, im Übrigen jedoch deutlich weiter. Erfasst sind etwa Gesellschaften aller Rechtsformen.

Für die Entwicklung einer eigenständigen Lesart des Begriffes „Familiengesellschaft“ müssten eine Reihe schwieriger Fragen geklärt werden, beispielsweise, ob nur an die Eigentumsstruktur angeknüpft werden oder auch eine Beteiligung an der Unternehmensführung bzw. -aufsicht erforderlich sein sollte, gegebenenfalls in welcher Höhe. Zu entscheiden wäre, ob eine bloße Mehrheitsbeteiligung ausreichen soll und ob auch mittelbare Beteiligungen und Tochtergesellschaften erfasst werden sollten.

Die eingehend untersuchten verfassungsrechtlichen Vorgaben⁵⁰ sprechen gegen eine gesonderte Berücksichtigung von Familienunternehmen. Vielmehr kann eine hinreichende Berücksichtigung der Bedürfnisse dieser Unternehmen bereits über den (z.B. auf börsennotierte und mitbestimmte Unternehmen beschränkten) Anwendungsbereich einer Mindestquote erfolgen. Deswegen muss für Familiengesellschaften keine Ausnahme von einer Geschlechterquotierung vorgesehen werden.

⁵⁰ Vgl. hierzu die Ausführungen im Abschnitt V, dort unter II.5.

IV. Unternehmen der öffentlichen Hand

Grundsätzlich würde eine allgemein gefasste gesetzliche Regelung mit einer Mindestbeteiligungsquote für bestimmte Unternehmen alle Gesellschaften erfassen, unabhängig davon, in welchen Händen sich die Anteile befinden. Auch Unternehmen, deren Anteile ganz oder mehrheitlich der öffentlichen Hand gehören, würden einer entsprechenden Regelung unterfallen.

Unabhängig davon könnte die Frage aufgeworfen werden, ob nicht - gerade wegen der Vorbildfunktion - eine Quotierungsbestimmung insbesondere oder vielleicht in einem ersten Schritt für Unternehmen in Betracht gezogen werden sollte, die sich ganz oder mehrheitlich im Eigentum von Bund, Ländern oder Kommunen befinden. Wie im Abschnitt II dargestellt, wurden in einer Reihe von Ländern Quotenbestimmungen nur⁵¹ oder auch zunächst einmal⁵² für Unternehmen der öffentlichen Hand vorgesehen

V. Fazit:

Die Beschränkung einer Geschlechterquote auf die obersten Führungs- und Kontrollgremien der Unternehmen kann durch deren besondere Bedeutung für die Unternehmenspolitik und den besonders geringen Frauenanteil gerechtfertigt werden. Zu überlegen wäre gegebenenfalls, eine Quote nicht nur für börsennotierte Gesellschaften, sondern auch für die meisten mitbestimmten Unternehmen vorzusehen. Neben der Aktiengesellschaft käme die Einbeziehung weiterer Gesellschaftsformen in eine Quotenregelung in Betracht. Ausnahmen wären in jedem Fall Personengesellschaften. Eine generelle Ausnahme für Familienunternehmen von einer Quotenregelung erschiene hingegen nicht angezeigt.

⁵¹ Regelungen nur für staatliche Unternehmen gibt es z. B. insbesondere in Finnland

⁵² In Norwegen wurde mit der Einführung der Quotenbestimmung in den staatlichen Unternehmen begonnen; s. dazu im Einzelnen die Ausführungen im Abschnitt II.

Abschnitt VIII **Mögliche Ausgestaltung einer Geschlechterquote**

I. Getrennte Quote für Führungs- und Kontrollgremien

Die Arbeitsgruppe geht davon aus, dass sinnvollerweise nur eine getrennte Quotierung für Führungs- und/oder für Kontrollgremien in Betracht kommt und nicht etwa eine Quote, die die oberste Führungs- und Kontrollebene insgesamt in den Blick nimmt, also eine Gesamtbetrachtung von Vorstand und Aufsichtsrat anstellt. Zwar würde eine solche Gesamtbetrachtung den Unternehmen mehr Flexibilität und Gestaltungsspielraum zugestehen. Eine Gesamtquote wäre jedoch nur schwer mit dem dualistischen System des deutschen Aktienrechts in Einklang zu bringen und die völlig unterschiedlichen Bestellungsverfahren würden bei der praktischen Umsetzung zu erheblichen Problemen führen, insbesondere, wenn Veränderungen und Anpassungen notwendig werden. Zudem bestünde die Gefahr, dass sich die derzeitige Situation mit einer noch deutlich niedrigeren Frauenbeteiligung im Vorstand als im Aufsichtsrat¹ weiter verfestigen würde. Eine Gesamtquote dürfte daher nach Auffassung der Arbeitsgruppe nicht ernsthaft in Betracht kommen.

II. Geschlechterneutrale Mindestquote

Sofern sich der Gesetzgeber für eine verbindliche Quotierungsregelung entscheiden würde, dürfte es unbedingt empfehlenswert sein, keine starren, sondern nur bestimmte Mindestvorgaben und zwar neutral gefasst für beide Geschlechter festzulegen. Durch die Festschreibung bloßer Mindestvorgaben, die den Unternehmen einen Auswahlspielraum und ein erhebliches Maß an Flexibilität bei der Besetzung belassen, können die mit einer sog. starren Quote verbundenen verfassungsrechtlichen Risiken minimiert werden (dazu bereits Abschnitt V). Möglich wären grundsätzlich entweder prozentuale Mindestvorgaben² oder aber die Normierung konkreter Mindestkopffzahlen der Geschlechter für die betroffenen Gremien. Prozentuale Vorgaben haben den Nachteil, dass sie nicht in allen Fällen

¹ Vgl. hierzu die Ausführungen im Abschnitt I.

² Sowohl der Gesetzentwurf aus Nordrhein-Westfalen (BR-Drs. 87/11) wie auch der Gesetzentwurf von Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs. 17/3296) sehen prozentuale Angaben vor. Das norwegische Gesetz schreibt für Gremien bis zu 9 Mitgliedern konkrete Zahlen fest, ab dieser Größe einen Prozentsatz.

rechnerisch korrekt umgesetzt werden können. Gerade das komplexe und breit gefächerte deutsche Mitbestimmungsrecht mit völlig unterschiedlichen Gremiengrößen und teilweise sehr ausdifferenzierten Besetzungsbeschreibungen macht dies deutlich. Eine prozentuale Beschreibung könnte daher zu Unsicherheiten führen. Rein rechnerisch ist jedoch eine Umsetzung, sofern nur Mindestquoten festgeschrieben werden, je nach Höhe der Quote jedenfalls ab einer bestimmten Gremiengröße (s. dazu die unten dargestellten Zahlenbeispiele) grundsätzlich möglich, wenn sich auch in manchen Fällen durchaus eine maßgebliche Abweichung von den festgelegten prozentualen Mindestgrößen ergeben kann. Empfehlenswert wäre es daher zumindest, in die Gesetzesbegründung klarstellende Hinweise zu Handhabung im Einzelfall aufzunehmen. Vor der Implementierung bestimmter prozentualer Vorgaben müsste aber wohl für alle betroffenen Gremien und deren verschiedene Größen eine exakte Überprüfung der konkreten Umsetzbarkeit erfolgen. Demgegenüber sprechen die Grundsätze der Normen- und Rechtsanwendungsklarheit ebenso wie „gesetzesästhetische“ Erwägungen für die Festlegung konkreter Kopfzahlen für die von einer Quotierungsbestimmung betroffenen verschiedenen Gremien. Zur Veranschaulichung wird auf die Tabellen und Zahlenbeispiele am Ende dieses Abschnitts verwiesen.

III. Bezugsgröße

Die Arbeitsgruppe geht davon aus, dass Bezugsgröße für die Festsetzung einer konkreten Quote die grundsätzlich ausgeglichene Verteilung von Frauen und Männern in der Bevölkerung wäre und demzufolge eine bestimmte prozentuale oder in Kopfzahlen ausgedrückte abstrakte Quotenhöhe zu bestimmen wäre.

Alternativ wäre als Bezugsgröße das Verhältnis der Geschlechter in den Unternehmen in Betracht zu ziehen. Die Quotenhöhe würde sich dann am Anteil der Geschlechter bei den Beschäftigten der jeweiligen Unternehmen orientieren. Eine Anknüpfung an das Geschlechterverhältnis bei den Anteilseignern ist nicht vorstellbar, da dieses kaum erfassbar ist und auch juristische Personen Anteile halten können. Ausgehend von der Prämisse, dass das Hauptziel einer Geschlechterquote für Führungs- und Kontrollgremien der Wirtschaft die nachhaltige Verwirklichung einer geschlechtergerechten Teilhabe am Wirtschaftsleben auf allen Ebenen sein dürfte, könnte eine an der Geschlechterverteilung in der Bevölkerung orientierte Quotierung in Form einer bestimmten Größe für beide Geschlechter erfolgen. Angesichts des mittlerweile relativ geringfügigen Abstands bei der durchschnittlichen Beschäftigtenquote von Männern und Frauen³ erschiene eine solche

³ Vgl. hier die Ausführungen im Abschnitt I.

Lösung auch durchaus vertretbar⁴. Alternativ müsste über eine grundsätzlich an der Geschlechterverteilung der Beschäftigten des jeweiligen Unternehmens anknüpfende Quote nachgedacht werden. Hinsichtlich einer Quotenregelung für Vorstandsgremien könnte eine solche Lösung wohl durchaus in Betracht gezogen werden. Für Aufsichtsratsgremien erscheinen derartige Überlegungen aber wohl allenfalls für die Vertreter der Arbeitnehmerseite sinnvoll, sofern eigenständige Quoten für Anteilseigner und Arbeitnehmer festgelegt würden (s. hierzu die nachfolgenden Ausführungen unter IV.).

IV. **Gesamtquote bzw. getrennte Quoten für Anteilseigner- und Arbeitnehmervertreter**

1. **Einheitliche oder getrennte Quote**

Eine zentrale Frage für die Ausgestaltung einer Quotierungsbestimmung ist ohne Zweifel, ob das jeweils betroffene Gremium nur insgesamt einer Quotierung unterworfen werden soll oder ob im Fall der Zusammensetzung aus Vertretern unterschiedlicher Gruppen eine gesonderte Quotierung sachgerechter wäre. Diese Frage stellt sich für Aufsichts- bzw. Verwaltungsratsgremien, in denen aufgrund der zwingenden Vorschriften des Mitbestimmungsrechts jeweils Vertreter der Anteilseignerseite als auch der Arbeitnehmerseite vertreten sind⁵. Zu prüfen wäre möglicherweise auch, ob lediglich eine Quote für die Anteilseignerseite erfolgen sollte. *Schulz-Strelow* vertrat im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung die Auffassung, eine Quote für die Arbeitnehmerseite könne nicht festgelegt werden. Allerdings könnten einer solchen Lösung im Hinblick auf den Gleichheitssatz Bedenken begegnen und die Akzeptanz in Frage stellen.

Eine einheitliche Quote für das Gesamtgremium wäre rechtstechnisch einfacher umsetzbar, würde jedoch bedeuten, dass eine Abstimmung erfolgen muss, was ohne Zweifel zu erheblichen Problemen und Interessenskonflikten führen kann. Für eine einheitliche Quotierung spricht die Komplexität der gesamten Mitbestimmungsregelungen mit den jeweils unterschiedlichen spezifischen Besetzungsregeln und komplizierten Verfahrensweisen zur Bestimmung bzw. Wahl der Mitglieder auf Anteilseigner- und Arbeitnehmerseite. Die gesetzliche Umsetzung einer gesonderten Quotierung dürfte insbesondere auf Arbeitnehmerseite wegen der komplizierten Mitbestimmungsnormen des deutschen Rechts einen diffizilen Regelungsaufwand bedeuten und das bestehende komplexe Normengefüge weiter verkomplizieren. Es gälte eine Fülle von gesetz-

⁴ Der Gesetzentwurf aus Nordrhein-Westfalen sieht eine solche Lösung vor.

⁵ Die Gesetzentwürfe von Bündnis 90/Die Grünen sehen jeweils getrennte Quoten für Anteilseigner und für Arbeitnehmer vor, haben jedoch unterschiedliche Lösungsansätze.

technischen Einzelfragen, insbesondere hinsichtlich der verschiedenen, teilweise langwierigen und komplexen Wahlverfahren, zu klären. Soweit die Arbeitnehmervertreter nach den Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes und den Vorschriften der Montan-Mitbestimmung unter Beachtung der verschiedenen Wahlordnungen nicht in einem einheitlichen, sondern in getrennten Wahlverfahren bestimmt werden, stellt sich auch die Frage, in welcher Weise eine Koordination und Abstimmung der verschiedenen Gruppierungen erfolgen soll, beispielsweise um im Fall des § 7 Abs. 2 MitbestG die Gesamterfüllung der Quote durch die unternehmensangehörigen Vertreter, denen zudem nach § 15 Abs. 1 Satz 2 MitbestG auch ein leitender Angestellter angehören muss, und die Gewerkschaftsvertreter zu gewährleisten, da diese in getrennten Verfahren gewählt werden (§§ 15, 16 MitbestG), und ob die Notwendigkeit gesetzlicher Vorgaben hierfür besteht. Durch eine Quotierung kann es insoweit zu zusätzlichen Interessenkonflikten auf Arbeitnehmerseite kommen. Eine nochmalige gesonderte Quotierung dürfte jedenfalls nicht in Betracht kommen, da eine weitere Quotierung innerhalb der Arbeitnehmeraufsichtsratsmitglieder (entsprechend den Mitbestimmungsgesetzen) das Implementieren einer nicht mehr handhabbaren „Quote in der Quote in der Quote“ bedeuten würde. Eine solche erscheint auch mit Blick auf die Zielsetzung nicht erforderlich.

Die gegenwärtigen tatsächlichen Verhältnisse sprechen allerdings dafür, gesonderte Quotierungsbestimmungen für Anteilseigner- und Arbeitnehmervertreter vorzusehen. Wie im Abschnitt I dargestellt, wird der ganz überwiegende Teil der derzeit in Aufsichtsratsgremien vertretenen Frauen von der Arbeitnehmerseite gewählt. Auf Anteilseignerseite sind dagegen deutlich weniger Frauen in den Aufsichtsräten vertreten. Diese Tatsache spricht dafür, beide Seiten einer getrennten Quotierung zu unterwerfen. Bei einer Gesamtquotierung bestünde wohl die Gefahr, dass sich die derzeitige Situation mit dem unterschiedlichen Frauenanteil auf Arbeitnehmer- und Anteilseignerseite verfestigen bzw. noch verschärfen könnte. Auch die geltende Regelung in Norwegen, die unter bestimmten Voraussetzungen eine eigene Quote für die Arbeitnehmervertreter vorsieht⁶, könnte als Argument für eine gesonderte Quotierung ins Feld geführt werden.

Sofern eine gesonderte Quotierung für Anteilseigner und Arbeitnehmer vorgesehen würde, wäre zu prüfen, ob eine gegenseitige Anrechnung erfolgen könnte, wenn beispielsweise bei einer vorgeschriebenen Quote von 30 % auf Anteilseignerseite nur 10 % Frauen, auf Arbeitnehmerseite dagegen 50 % vertreten sind. Erwägenswert

⁶ S. hierzu die Ausführungen im Abschnitt I.

könnte wohl allenfalls eine Entlastung der einen Seite im Fall der „Übererfüllung“ der Quote durch die andere Seite sein. Da wohl eher mit einer Übererfüllung der Quote durch die Arbeitnehmerseite gerechnet werden könnte, würde eine Anrechnungsbestimmung tendenziell eher die Anteilseignerseite entlasten und eine gewisse Gefahr der Verfestigung der derzeitigen Verhältnisse bedeuten. Keinesfalls dürfte wohl eine Verpflichtung für eine Seite, eine fehlende Erfüllung der Quote durch die andere Seite auszugleichen, begründet werden.

2. **Ausgestaltung einer gesonderten Quotierung auf Arbeitnehmerseite**

Sofern eine gesonderte Quotierung der Arbeitnehmerseite des Aufsichtsrats vorgesehen würde, wäre insoweit - gerade auch im Hinblick auf die bestehende Regelung in § 4 DrittelbG - die bereits angeschnittene Frage zu klären, ob eine bestimmte (wohl für Anteilseigner wie Arbeitnehmer einheitliche) Quotenhöhe festgelegt oder ob auf Arbeitnehmerseite an das Verhältnis der Geschlechter der Beschäftigten im jeweiligen Unternehmen angeknüpft werden sollte⁷. Im Vordergrund der Entscheidung dieser Fragestellung sollte nicht der Aspekt stehen, ob in jedem Unternehmen ausreichend qualifizierte Personen für das zu besetzende Gremium gewonnen werden können, diese Problematik könnte über Ausnahme- und Härtefallregelungen einer Lösung zugeführt werden.

a) Der Gesetzgebungsaufwand wäre für beide Lösungen im Grundsatz wohl vergleichbar, es bedürfte jeweils der Anpassung der verschiedenen gesellschaftsrechtlichen Regelungen und der Mitbestimmungsgesetze einschließlich Wahlordnungen. Einen gewissen organisatorischen Mehraufwand würde eine Quotierung, die an das Verhältnis der Beschäftigten im Betrieb anknüpft, wohl bedeuten (Ermittlung und Aktualisierung der sich verändernden Beschäftigtenstruktur zu bestimmten Zeitpunkten etc.). Insoweit könnte aber möglicherweise auf bereits vorhandene Daten zurückgegriffen werden, da im Bereich der betrieblichen Mitbestimmung auch die für die Zusammenset-

⁷ Der Gesetzentwurf von Bündnis 90/Die Grünen folgt diesem Repräsentationsprinzip und verweist darauf, dass sich das Prinzip im Bereich der betrieblichen Arbeitnehmermitbestimmung bewährt habe und dort auch bereits jetzt eine vergleichsweise geschlechtergerechte Entsendung erfolgreich praktiziert werde. Auch das Rechtsgutachten von Rolfs, Gleichberechtigte Vertretung der Geschlechter in den Aufsichtsräten, Rechtsgutachten im Auftrag des Sinus Sociovision GmbH, 2009, S. 49 (abrufbar unter http://www.sinus-institut.de/fileadmin/dokumente/downloadcenter/Soziales_und_Umwelt/Gutachten_1_Gleichberechtigte_Vertretung_der_Geschlechter_in_Aufsichtsräten.pdf) spricht sich für ein Mischsystem mit einer fixen Mindestbeteiligungsklausel für die Anteilseigner und einer an die Beschäftigtenanteile anknüpfenden flexiblen Quote aus. Demgegenüber sieht der Gesetzentwurf aus Nordrhein-Westfalen für die Arbeitnehmerseite die gleiche Quotenhöhe wie für die Anteilseignerseite vor.

zung des Betriebsrats geltende Vorschrift des § 15 Abs. 2 BetrVG auf dem Repräsentationsprinzip beruht. Daher könnte wohl die konkrete Umsetzung und Ausgestaltung einer am Repräsentationsprinzip orientierten Quotenregelung (Ermittlung der Anzahl der Sitze etc.) an den hierzu bestehenden Vorschriften, insbesondere der Wahlordnung zum BetrVG, orientiert werden.

b) Die grundsätzliche gesetzgeberische Zielsetzung einer ausgewogenen und gerechten geschlechterspezifischen Besetzung der Führungs- und Kontrollgremien dürfte für eine einheitliche Quotierung beider Seiten sprechen. Auch die genannten Ergebnisse wirtschaftlicher Studien⁸, die positive Auswirkungen divers zusammengesetzter Führungsgremien ermittelt haben – und zwar unabhängig von der Zusammensetzung der Belegschaft der jeweiligen Unternehmen – könnten sich argumentativ ebenfalls für eine einheitliche Ausgestaltung verwenden lassen. Ebenso dürften Transparenz, Kontinuität und die prinzipielle Gleichbehandlung aller Aufsichtsratsmitglieder eher gegen das Repräsentationsprinzip sprechen⁹. Eine einheitliche Regelung, die beide Seiten in gleicher Weise einer gesellschaftlichen Verantwortung unterwirft und zu einer einheitlichen Geschlechterrepräsentanz verpflichtet, würde wohl auch auf eine breitere gesellschaftliche Akzeptanz stoßen.

Unter dem Aspekt der Chancengleichheit spräche für das Repräsentationsprinzip, dass in diesem Fall Frauen wie Männer grundsätzlich vergleichbare Chancen hätten, ein Mandat zu erlangen. Bei extremer Diskrepanz der Geschlechterverteilung könnte allerdings auch durch eine Ausnahmeregelung (s. dazu unten VII.2) für eine Lösung gesorgt werden. Der Gesichtspunkt der Chancengleichheit wird jedoch insoweit relativiert, als sich die Arbeitnehmervertreter nach den verschiedenen Mitbestimmungsvorschriften keineswegs ausschließlich aus Beschäftigten des jeweiligen Betriebs zusammensetzen, sondern teilweise auch die Beteiligung von Gewerkschaftsvertretern zwingend vorgegeben ist¹⁰. Bei einer einheitlichen Quote bestünden im Grundsatz jeweils bessere Aussichten für Angehörige des Geschlechts, das in dem Unternehmen in der Minderheit ist, ein Mandat zu erlangen. Die derzeit insgesamt und flächendeckend unterrepräsentierten Frauen könnten beispielsweise von einer Repräsentationsregelung dann nicht profitieren, wenn sich in einem Unternehmen die Belegschaft mehrheitlich oder gar überwiegend aus Frauen zusammensetzt.

⁸ Vgl. hierzu die Ausführungen im Abschnitt IV.

⁹ Vgl. auch Spindler/Brandt, NZG 2011, 401/404.

¹⁰ Vgl. z. B. die Regelung in § 7 MitbestG.

Gegen eine Orientierung am Repräsentationsprinzip spräche wohl, dass es zu einer Verfestigung oder gar Verschärfung der derzeitigen Segregation in der Ausbildungs- und Berufswahl beitragen und auf diese Weise gerade nicht der - auch aufgrund der demographischen Entwicklung - dringend erforderlichen Steigerung des Anteils von Frauen in den MINT-Fächern entgegengewirkt würde. Auch für die erforderliche Veränderung von verfestigten Unternehmensstrukturen und Arbeitskulturen¹¹ wäre eine einheitliche Quotierung wohl von Vorteil.

Gegen das Repräsentationsprinzip schließlich könnte auch die Aufgabenstellung des zu besetzenden Gremiums angeführt werden. Dem Aufsichtsrat obliegen neben der Bestellung des Vorstands nach § 84 AktG schwerpunktmäßig Kontrollaufgaben, er hat nach § 111 AktG¹² die Geschäftsführung zu überwachen¹³. 'Der Aufsichtsrat überprüft insbesondere die Ordnungsmäßigkeit, die Zweckmäßigkeit und die Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung¹⁴; er hat darüber zu wachen, dass der Vorstand seiner Pflicht nachkommt, für den Bestand des Unternehmens und für dauerhafte Rentabilität zu sorgen¹⁵. Die Überwachungspflicht ist also in erster Linie an den Interessen der Anteilseigner und am Gesamtwohl des Unternehmens auszurichten. Auch Arbeitnehmerbelange spielen insoweit eine Rolle. Das Mitbestimmungsrecht geht davon aus, dass bei Anteilseignern und Arbeitnehmern hinsichtlich des Unternehmensbestands und der Rentabilität zwar grundsätzlich Übereinstimmung besteht, es aber auch unterschiedliche Interessen geben kann. Die Regelungen über die unternehmerische Mitbestimmung sollen gewährleisten, dass bei den unternehmerischen Entscheidungen und Planungen, die das Unternehmen als Wirtschaftseinheit betreffen¹⁶, neben den Interessen der Anteilseigner auch die Belange der Arbeitnehmer berücksichtigt werden¹⁷. Die Arbeitnehmer sollen an den unternehmerischen Entscheidungen beteiligt werden und auf die Unternehmenspolitik Einfluss nehmen können, die ökonomische Legitimation der

¹¹ S. hierzu die Ausführungen im Abschnitt X.

¹² Die Vorschrift findet über Verweisungen im Grundsatz auch für mitbestimmte Gesellschaften Anwendung, vgl. hierzu näher Habersack, in: Münchener Kommentar, § 111 Rn. 5, 10 f.

¹³ Vgl. zu den weiteren Aufgaben des Vorstands die Aufzählung bei Hüffer, Aktiengesetz, § 111 Rn. 1.

¹⁴ BGHZ 114, 127/129.

¹⁵ Hüffer, Aktiengesetz, § 111 Rn. 6; umstritten ist, ob auch die angemessene Wahrnehmung sozialer Verpflichtungen als Überwachungsmaßstab anzuerkennen sind, ablehnend Hüffer, a. a. O. m. w. N.

¹⁶ Im Gegensatz dazu betrifft die betriebliche Mitbestimmung die Arbeitsverhältnisse und die Organisation der Arbeit im Betrieb.

¹⁷ Rolfs, Gleichberechtigte Vertretung der Geschlechter in Aufsichtsräten - Entstehung und Entwicklung des Mitbestimmungsrechts in Deutschland und verfassungsrechtliche Grundlagen, Rechtsgutachten im Auftrag der Sinus Sociovision GmbH, abrufbar unter http://www.sinus-institut.de/fileadmin/dokumente/downloadcenter/Soziales_und_Umwelt/Gutachten_2_Entstehung_und_Entwicklung_des_Mitbestimmungsrechts.pdf

Unternehmensleitung wird insoweit durch eine soziale ergänzt¹⁸. Ob dieser Aspekt allerdings dafür spricht, im Aufsichtsrat bei den Vertretern der Arbeitnehmerseite die Beschäftigtenstruktur im Hinblick auf das Geschlechterverhältnis abzubilden, erscheint zweifelhaft; die unternehmerische Mitbestimmung wird wohl nicht maßgeblich gerade durch das spezifische Geschlechterverhältnis im jeweiligen Unternehmen geprägt.

V. **Bestellung des Vorstands**

Der Vorstand wird nach § 84 AktG durch den Aufsichtsrat bestellt. Besondere Verfahrensvorschriften insoweit bestehen nicht. Ein Recht einzelner Aktionäre, Vorstandsposten zu beschicken, ist grundsätzlich nicht vorgesehen. Die Implementierung einer Geschlechterquote dürfte insoweit auch keine besonderen Fragen bei der konkreten Umsetzung aufwerfen. Der Aufsichtsrat hätte auf die Erfüllung einer Geschlechterquote durch den Gesamtvorstand zu achten. Im Fall von notwendigen Veränderungen bei einzelnen Vorstandspitionen könnte sich allerdings die Situation ergeben, dass das Auswahlermessen hinsichtlich des Geschlechts vollständig beseitigt würde, was - auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten - nicht ganz unproblematisch sein könnte¹⁹. Im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung hat sich *Stahl* für die Implementierung einer Quotenregelung auch für operative Funktionen ausgesprochen.

VI. **Bestellung des Aufsichtsrats**

Einer näheren Betrachtung bedarf die Frage nach der Umsetzung einer Quotenbestimmung für die verschiedenen Aufsichtsratsgremien. Die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern erfolgt entweder durch einen Wahlakt oder durch eine Entsendung.

Der Regelfall der Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern ist ihre Wahl gem. § 101 Abs. 1 Satz 1 AktG bzw. nach den jeweiligen Vorschriften der Mitbestimmungsgesetze. Die Wahl nach den Vorschriften des Aktienrechts erfolgt grundsätzlich durch die Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit, sofern keine abweichenden Bestimmungen in der Satzung getroffen sind. Der aktuelle Aufsichtsrat unterbreitet Wahlvorschläge, an die die Hauptversammlung nicht gebunden ist, §§ 124 ff. AktG.

¹⁸ BVerfG 50, 290/350.

¹⁹ S. hierzu auch die entsprechenden Ausführungen für den Aufsichtsrat unter VI.2.

1. Wahl mehrerer Mitglieder in der Hauptversammlung

Sofern mehrere Mitglieder zu bestellen sind, stellt sich die Frage nach den Modalitäten, insbesondere der Form der Wahl und der Sicherstellung der Einhaltung einer Quotenregelung. Den Regelfall im Aktienrecht stellt die Einzelwahl dar, diese wird auch in Ziffer 5.4.3 des DCGK²⁰ empfohlen. Listen- oder Globalwahlen, bei denen nur eine Gruppe insgesamt gewählt oder abgelehnt wird, sind aber nach herrschender Auffassung zulässig²¹. Eine Quotierungsbestimmung könnte für den Fall der Einzelwahl bedeuten, dass die Reihenfolge der Abstimmungen entscheidend für das Wahlergebnis ist: Bei den ersten Wahlen wäre die Quote meist noch ohne Belang, da erst durch die nachfolgenden Einzelwahlen ein Gesetzesverstoß verwirklicht werden würde; bei späteren Abstimmungen könnte sich die Quotenregelung dagegen als absolutes Wahlhindernis auswirken und damit die Wahlfreiheit des Wahlorgans bei diesen Einzelwahlen deutlich einschränken. Auch für die Wahlchancen der einzelnen Bewerber wäre damit die Abstimmungsreihenfolge von maßgeblicher Bedeutung. Dies könnte unter dem allgemeinen Grundsatz der Wahlgleichheit bedenklich sein und Manipulationen geradezu herausfordern. Begegnet werden könnte diesen Problemen wohl dadurch, dass der eine Quotenregelung vorgebende Gesetzgeber für die Wahl von mehreren Kandidaten verbindlich die Durchführung von Listen- oder Globalwahlen vorschreibt. Entspricht das Ergebnis einer Listenwahl nicht der vorgegebenen Quote, könnte das gesamte Wahlergebnis als nicht ordnungsgemäß zu bewerten sein und wäre dann gegebenenfalls entsprechend angreifbar²². Alternativ könnte für den Fall der Durchführung von mehreren im Zusammenhang stattfindenden Einzelwahlen festgeschrieben werden, dass zur Ermittlung des Gesamtwahlergebnisses nicht an die Reihenfolge der Einzelwahlakte, sondern an deren Abstimmungsergebnis anzuknüpfen ist, dass also unter Beachtung der Quotenbestimmung für jedes Geschlecht die Kandidaten mit den höchsten Stimmen ermittelt werden.

In dem Gesetzentwurf aus Nordrhein-Westfalen²³ wird die Quote in das Wahlverfahren in der Weise eingebaut, dass eine Person nur dann wirksam gewählt sein soll, wenn durch den konkreten Wahlakt nicht die vorgeschriebene Mindestanzahl der Angehörigen eines Geschlechts unterschritten wird. Durch diese Lösung soll frühzeitig Rechtssicherheit geschaffen und gewährleistet werden, dass noch in der Hauptversammlung festgestellt werden kann, wer wirksam in den Aufsichtsrat gewählt ist; gegebenenfalls

²⁰ Vgl. hierzu allgemein die Ausführungen im Abschnitt I.

²¹ Vgl. die Nachweise zum Streitstand bei Hüffer, AktG, § 101 Rn. 6.

²² Vgl. hierzu auch die Ausführungen im Abschnitt IX.

²³ BR-Drs. 87/11.

sollen erforderliche weitere Wahlgänge sofort durchgeführt werden²⁴. Der Gesetzentwurf sieht allerdings zur Verfahrensweise keinerlei Sonderregelungen vor, sondern bezieht sich in der Gesetzesbegründung²⁵ ausdrücklich auf die verschiedenen Möglichkeiten der Einzelwahl bzw. der Listenwahl. Das genannte Beispiel der Wahl eines mit einer Mindestquote belegten Aufsichtsrats, der sich jeweils aus sechs Anteilseigner- und sechs Arbeitnehmervertretern zusammensetzt, zeigt die Problematik deutlich: Die dort vertretene Lösung, dass die Quote bei den ersten vier Einzelwahlen ohne Belang sei, aber ab der fünften Wahl zwingend eine Frau gewählt werden müsse, wenn bei den ersten vier Wahlen nur Männer zum Zug gekommen seien, erscheint aus den dargestellten Gründen problematisch. Allerdings darf für die Bewertung ebenso nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Einzelwahl trotz der Empfehlung in Ziffer 5.4.3 Satz 1 DCGK in der Praxis bislang eher die Ausnahme darstellt. Üblich ist vielfach die Listenwahl, bei der der Vorschlag des Aufsichtsrates insgesamt zur Abstimmung gestellt wird. Das Problem der Manipulation besteht dann nicht.²⁶ Letztlich wird man den Wahlmodus bei den Aufsichtsratswahlen nicht in Bezug auf die Geschlechterquote regeln können, sondern wenn, dann nur insgesamt.

2. Benennung von Ersatzmitgliedern

Zu prüfen und zu entscheiden hätte der Gesetzgeber schließlich auch die Frage, ob im Fall der Quotierung von Aufsichtsratsgremien die Quotenpflicht auch auf Ersatzmitglieder, die nach § 101 Abs. 3 Satz 2 AktG vom Wahlorgan (unabhängig von einer etwaigen Regelung in der Satzung) bestellt werden können, erstreckt werden sollte. Grundsätzlich erschiene dies konsequent²⁷, aber nicht unbedingt zwingend. Sofern der Gesetzgeber keine gesonderte Regelung treffen würde, kämen nach § 101 Abs. 3 Satz 4 AktG die allgemein geltenden Regelungen zur Anwendung, eine Quotenbestimmung wäre damit zu beachten. Eine gesetzgeberische Klarstellung dürfte jedenfalls ratsam

²⁴ Vgl. die vorgeschlagene Regelung für einen neuen Absatz 1a in § 101 AktG und die Begründung dazu auf S. 39 ff., BR-Drs. 87/11; sprachlich etwas ungenau ist die Regelung allerdings insoweit, als sie nicht berücksichtigt, dass bei vorausgehenden Wahlakten die vorgesehene Härtefallklausel greifen könnte.

²⁵ Vgl. die Ausführungen in der Gesetzesbegründung auf Seite 40 f.

²⁶ Wolff in Henn/Frodermann/Jannott, Handbuch des Aktienrechts, 8. Aufl. 2009, Kap. 8 Rn. 24, der jedoch die Zunahme der Einzelwahl prognostiziert; ferner Bollweg, Die Wahl des Aufsichtsrates in der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, Diss. iur. Bielefeld 1995, S. 277.

²⁷ Der Gesetzentwurf aus Nordrhein-Westfalen geht wohl davon aus, dass auch ein Quorum von Ersatzmitgliedern gegebenenfalls die Quotenpflicht erfüllen muss, vgl. hierzu die Ausführungen in der Gesetzesbegründung auf S. 37. Nach der Konzeption des Gesetzentwurfs von Bündnis 90/Die Grünen dürfte davon auszugehen sein, dass dort Ersatzmitglieder von der Quotenpflicht nicht erfasst werden würden, da die Quotenbestimmung erst im Anschluss an § 101 Abs. 3 AktG in Form eines neuen Absatzes 4 eingefügt werden soll. Die Gesetzesbegründung schweigt sich zu dieser Thematik aus.

sein. Empfehlenswert erschiene gegebenenfalls auch klarzustellen, dass für den Fall, dass Ersatzmitglieder bestellt werden, diese Gruppe eigenständig das vom Gesetz festgelegte Quorum erfüllen muss. Eine Gesamtbetrachtung der eigentlichen Mitglieder und der Ersatzmitglieder und ein Bezug der Quote auf dieses „Gesamtgremium“ erschiene nicht zweckmäßig, da dies die Gefahr bedingen würde, dass das bislang unterrepräsentierte Geschlecht in erster Linie bei den Ersatzmitgliedern aufscheinen würde.

3. Ausscheiden einzelner Mitglieder

Eine unabhängig davon zu klärende Frage wäre, wie sich das Ausscheiden eines Aufsichtsratsmitglieds (z. B. infolge Tod oder Amtsniederlegung) auf die Erfüllung einer Quotenpflicht auswirken soll²⁸. Im Fall des Wegfalls eines Aufsichtsratsmitglieds bedarf es grundsätzlich der Bestellung eines Nachfolgemitglieds durch das zuständige Organ, sofern nicht ein Ersatzmitglied bestellt worden ist, das nachrücken kann. In beiden Fällen²⁹ könnte es zu einer Verletzung der Quotenpflicht kommen, sofern nicht gewährleistet wird, dass bei der Bestellung des nachfolgenden Mitglieds oder beim Nachrücken eines Ersatzmitglieds das jeweilige Geschlecht berücksichtigt wird.

Im Fall der Bestellung eines Nachfolgemitglieds kann eine Situation entstehen, die die Wahlfreiheit des Wahlorgans maßgeblich einschränkt, nämlich zwingend auf die Auswahl eines Mannes oder einer Frau begrenzt. Gegen eine solche Einschränkung der Wahlfreiheit für diese konkrete Einzelwahl könnten gewisse Bedenken bestehen. Überlegungen, die Fälle der Nachwahl während laufender Aufsichtsratsperioden von der Erfüllung der Quotenpflicht auszunehmen, sind daher nicht völlig von der Hand zu weisen. Andererseits könnte auf diese Weise eine Quotenbestimmung ohne größere Schwierigkeiten umgangen werden. Grundsätzlich geht die Konzeption des Gesetzes davon aus, dass der Aufsichtsrat im Zeitabstand von fünf Jahren insgesamt neu gewählt wird. Wenn eine Einschränkung der Wahlfreiheit durch eine Gendervorgabe für den Regelfall der Wahl des Gesamtaufichtsrats als grundsätzlich zulässig angesehen wird, so sollte dies auch für den atypischen Fall der Nachwahl eines ausscheidenden

²⁸ Der Gesetzentwurf aus Nordrhein-Westfalen nimmt den Fall, dass „ein Ersatzmitglied Mitglied des Aufsichtsrates geworden ist“ von der Quotenpflicht aus, vgl. den Vorschlag für eine neue Regelung in § 96a Satz 2 Nr. 1 AktG.

²⁹ Der Fall, dass kein Ersatzmitglied bestellt ist und deshalb ein Nachfolgemitglied bestellt werden muss, wird in der Begründung des Gesetzentwurfs aus Nordrhein-Westfalen nicht angesprochen. Es ist nach der Gesamtkonzeption des Gesetzentwurfs wohl anzunehmen, dass dort für den Fall einer notwendigen Nachwahl davon ausgegangen wird, dass für die anstehende konkrete Einzelwahl die bestehende Zusammensetzung des Aufsichtsrats von maßgeblicher Bedeutung ist und deshalb gegebenenfalls zwingend ein Mann oder eine Frau gewählt werden muss.

Mitglieds gelten, unabhängig davon, dass in diesem Fall die Wahlfreiheit aufgrund der tatsächlichen Umstände durchaus stärker eingeschränkt sein kann. Die Bewertung der Zulässigkeit einer Regelung hat grundsätzlich am Regelfall zu erfolgen.

Sofern Ersatzmitglieder bestellt werden, müsste grundsätzlich gleichzeitig mit der Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds auch ein Ersatzmitglied bestellt werden, das nachrücken soll (§ 101 Abs. 3 Satz 3 AktG). Es erscheint bei dieser Fallkonstellation zwar durchaus eine Regelung vorstellbar, die gewährleistet, dass für die Einhaltung der Quotenpflicht auch bei der Bestellung von Ersatzmitgliedern Sorge getragen wird. Allerdings wäre eine Umsetzung wohl komplex. Zudem ist die Praxis insoweit sehr breit gefächert und würde durch eine entsprechende Regelung eine deutliche Einschränkung erfahren. Deshalb erscheint es auch für die Konstellation des Nachrückens eines bestellten Ersatzmitglieds für ein ausgeschiedenes Aufsichtsratsmitglied erwägenswert, eine Ausnahme von der Erfüllung der Quotenpflicht vorzusehen³⁰.

4. Entsendung

Zu entscheiden hätte der Gesetzgeber auch die Frage, ob und in welcher Weise die Möglichkeit der Anteilseignerseite, in bestimmtem Umfang Vertreter in den Aufsichtsrat zu entsenden, bei einer Quotenregelung berücksichtigt werden kann und soll³¹. Nach § 101 Abs. 2 AktG kann für bis zu einem Drittel der Zahl der Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner ein Entsendungsrecht per Satzung festgelegt werden³². Das Entsendungsrecht beinhaltet ein Sonderrecht gemäß § 35 BGB und kann dem Berechtigten lediglich durch eine Satzungsänderung und seine Zustimmung entzogen werden³³. Der Entsendungsberechtigte übt sein Recht durch die Benennung der Person des Aufsichtsratsmitglieds aus, und zwar gegenüber der Aktiengesellschaft, vertreten durch

³⁰ Wie bereits erwähnt, sieht der Gesetzentwurf aus Nordrhein-Westfalen eine solche Regelung vor. Auf die ausführliche Begründung dazu auf S. 36 f. wird Bezug genommen.

³¹ Der Gesetzentwurf von Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs. 17/3296) sieht eine Anrechnung der Besetzungen durch Entsendung auf die Einhaltung der Quote vor, um zu verhindern, dass „die Mindestquote unterlaufen werden könnte“ (so die Gesetzesbegründung, S. 8). Der Gesetzentwurf aus Nordrhein-Westfalen sieht eine differenzierte Regelung vor, nämlich eine Anrechnung von entsandten Mitgliedern nur für den Fall, dass diese vor der Wahl erfolgt ist; nach der Wahl entsandte Mitglieder sollen nicht angerechnet werden. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu, dass durch die Anrechnung grundsätzlich eine möglichst weitgehende Durchsetzung der gesetzlichen Mindestquote auch für den Fall der Entsendung erreicht werden soll, eine Anrechnung aber rückwirkend nicht möglich sei, wenn die Entsendung erst nach der Wahl erfolgt, da in diesem Fall bei der Wahl nicht abzusehen sei, wie viele Angehörige eines Geschlechts jeweils gewählt werden dürfen.

³² In der Satzung bedarf es einer bestimmten Bezeichnung des Entsendungsberechtigten in der Weise, dass entweder eine namentliche Benennung erfolgt, § 101 Abs. 2 Satz 1 1. Fall AktG, oder durch eine nähere Bestimmung der Aktien, mit denen das Entsendungsrecht verknüpft ist, § 101 Abs. 2 Satz 2 2. Fall AktG.

³³ Hüffer, AktG, § 101 Rn. 8

den Vorstand³⁴. Wirksam wird die Bestellung durch die Annahme des Entsandten, die gegenüber der durch den Vorstand vertretenen Gesellschaft zu erklären ist³⁵. Die Rechtsstellung des entsandten Aufsichtsratsmitglieds entspricht dem der anderen Aufsichtsratsmitglieder. Inhaber von Entsendungsmandaten haben die gleichen Rechte und Pflichten wie die gewählten Aufsichtsratsmitglieder; Differenzierungen sind unzulässig³⁶. Der Entsendungsberechtigte ist in der Wahl der Person des entsandten Aufsichtsratsmitglieds unter Berücksichtigung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht grundsätzlich frei, wobei die allgemeinen persönlichen Anforderungen an Aufsichtsratsmitglieder gemäß § 100 AktG und satzungsrechtliche Vorgaben berücksichtigt werden müssen³⁷. Die Satzung kann bestimmte persönliche Voraussetzungen für das entsandte Mitglied festlegen, wie die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Familie oder zu einer Berufsgruppe³⁸.

Die Umsetzung eines Geschlechterproporz unter Einbeziehung von Entsendungsrechten könnte zu Problemen führen. Die Beachtung einer Quote durch die Entsendungsberechtigten selbst dürfte kaum umsetzbar sein und deshalb nicht in Betracht kommen³⁹. Der Entsendungsberechtigte kann zudem - wie dargestellt - aufgrund von Satzungsregelungen bereits bestimmten Beschränkungen, z. B. auf Familienangehörige, unterliegen. Eine zusätzliche Einschränkung durch eine Quotenregelung dürfte zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung des Entsendungsrechts führen. Eine solche Lösung dürfte daher auf jeden Fall ausscheiden.

Aber auch eine Anrechnung der in den Aufsichtsrat entsandten Mitglieder auf eine Mindestquote dürfte wegen der Struktur des Entscheidungsprozesses nach § 101 AktG möglicherweise gewisse Schwierigkeiten bereiten und erscheint deshalb nicht ganz unbedenklich. Wenn man für mehrere Teilentscheidungen (hier: Wahl bzw. Entsendung) weder eine verbindliche Reihenfolge noch eine inhaltliche Abstimmung, für die Summe der Ergebnisse aber eine Quote vorgibt, folgt daraus eine faktische Präjudizierung der späteren durch die frühere Entscheidung. Die Anrechnung entsandter Mitglieder auf eine Geschlechterquote wäre geeignet, entweder die Wahlfreiheit der Hauptversammlung (§ 101 Abs. 1 AktG) oder das Entsendungsrecht nach § 101 Abs. 2 AktG

³⁴ Wolff in Henn/Frodermann/Jannott, Handbuch des Aktienrechts, 8. Aufl. 2009, Kapitel 8 Rn. Rn. 25; Hüffer, AktG, § 101 Rn. 10

³⁵ Habersack, in: Münchener Kommentar AktG, § 101 Rn. 62

³⁶ Spindler/Stilz, AktG 2007, § 101, Rn. 73

³⁷ Spindler a. a. O. § 101, Rn. 68

³⁸ Habersack, in Münchener Kommentar Aktiengesetz, § 101, Rn. 58

³⁹ Dies ist auch weder im Gesetzentwurf von Bündnis 90/Die Grünen noch im Gesetzentwurf aus Nordrhein-Westfalen vorgesehen.

einzu­schränken, je nachdem, welche Entscheidung zeitlich als erste fällt und damit für die andere Vorgaben setzt⁴⁰. Diese wechselseitige Beeinflussung erscheint schon als solche sachlich nicht gerechtfertigt, weil die Entscheidung im einen Fall nicht zu Lasten des sachlichen Entscheidungsspielraums im anderen Fall gehen kann. Erst recht wäre es nicht legitim, die Verteilung der Entscheidungsspielräume von der - mehr oder weniger zufälligen - Abfolge dieser Entscheidungen abhängig zu machen. Nicht überzeugend erschiene auch eine Lösung, die in der einen Konstellation die Quotenregelung zur Anwendung bringt, in der anderen dagegen nicht⁴¹. Daraus folgt für die Frage der Einbeziehung entsandter Mitglieder in eine gesetzliche Quotenregelung: Eine Entsendung vor der Wahl der Hauptversammlung würde deren Entscheidungsspielraum ohne sachlichen Grund einschränken. Entsendungen nach der Wahl würden dagegen die Wirksamkeit der Wahl nicht mehr in Frage stellen können, weil deren Rechtmäßigkeit sich nach dem Zeitpunkt ihrer Durchführung bestimmt und nicht nachträglich durch Drittentscheidungen in Frage gestellt werden könnte⁴². Die Wahl würde einem hohen Risiko mit unklaren Rechtsfolgen ausgesetzt, wenn durch eine anschließend erfolgte Entsendung ein Quotenverstoß bewirkt werden könnte. Auch erhielte der Entsendungsberechtigte ein unangemessenes Droh- und Druckpotenzial, wenn er durch die Entsendung rückwirkend die Wahl bestimmter Aufsichtsratsmitglieder unwirksam werden lassen könnte.⁴³ Es blieben daher zunächst zwei Möglichkeiten: Entweder würde bei der Entsendung auf die Einhaltung der Quote verzichtet; in diesem Fall wäre allein die zeitliche Reihenfolge der Entscheidungen allerdings kaum ein tragfähiges Differenzierungskriterium. Oder das Entsendungsrecht würde eingeschränkt, um eine Einhaltung der Quote sicherzustellen. Das wäre regelungstechnisch grundsätzlich in der Weise möglich, dass das Entsendungsrecht bereits bei seiner satzungsrechtlichen Begründung unter den Vorbehalt der Einhaltung einer Quote gestellt würde. In der Sache wäre eine solche Gestaltung aber wohl bedenklich: Zum einen würde - diesmal zu Lasten des Entsendungsberechtigten - ein „Vorrang des ersten Wortes“ begründet. Vor allem aber würde damit ein Kriterium eingeführt, das dem Entsendungsrecht wesensfremd ist, da das besondere persönliche Vertrauen in die entsandte Person mit deren

⁴⁰ Anknüpfend an das Beispiel im Gesetzentwurf aus Nordrhein-Westfalen (Begründung S. 41): Würden zwei Männer und zwei Frauen gewählt, wäre der Entsendungsberechtigte insoweit völlig frei in seiner Entscheidung. Würden dagegen vier Männer (oder Frauen) gewählt, könnten nur noch Vertreter des jeweils anderen Geschlechts entsandt werden, wenn eine Quote von 30 % gewahrt werden soll.

⁴¹ Eine derartige Regelung sieht aber - wie dargestellt - der nordrhein-westfälische Gesetzentwurf vor.

⁴² Anders offenbar die Gesetzesbegründung zu dem Entwurf aus Nordrhein-Westfalen (Seite 41 f.).

⁴³ Vgl. insoweit Gesetzesbegründung zu dem Entwurf aus Nordrhein-Westfalen (Seite 37 f.).

Geschlechtszugehörigkeit regelmäßig nichts zu tun hat. Das Entsendungsrecht würde durch eine solche Vorgabe praktisch in vielen Fällen entwertet.

Allerdings ist nicht zu verkennen, dass es zu einer weiteren Verkomplizierung der gesetzlichen Umsetzung führen würde, wenn die Entsendungsmandate aus der Quotierungspflicht ausgenommen würden. Die am Ende dieses Abschnitts aufgenommenen Tabellen und Zahlenbeispiele, die etwaige Entsendungsrechte nicht berücksichtigen, mögen dies verdeutlichen. Unbefriedigend erschiene bei einer Herausnahme der Entsendungsrechte aus einer etwaigen Quotierungsbestimmung auch, dass damit eine Privilegierung der öffentlichen Hand bewirkt werden könnte. Denn Entsendungsrechte bestehen häufig bei Unternehmen, an denen die öffentliche Hand maßgeblich beteiligt ist. Insoweit könnte daher über eine Sonderregelung (etwa in Form einer Unterausnahme für Beteiligungsunternehmen, bei denen Entsendungsrechte für die öffentliche Hand bestehen) nachgedacht werden⁴⁴.

Um die Geschlechterquote weitestgehend durchzusetzen, ordnet der Gesetzentwurf aus Nordrhein-Westfalen die Anrechnung der zeitlich vor der Wahl entsandten Aufsichtsratsmitglieder bei der Wahl durch die Hauptversammlung an (§ 101 Abs. 1a Satz 2 AktG-E). Der Gesetzentwurf legt den statuarisch privilegierten Aktionären die Verpflichtung zur Beachtung der Geschlechterquote nicht auf; für eine solche Regelung könnte sprechen, dass die Auswahl der Person des Aufsichtsratsmitgliedes durch die Erfüllung weiterer Kriterien in der Satzung, wie zum Beispiel eine bestimmte Familienangehörigkeit oder eine bestimmte Berufsausbildung, beschränkt sein kann. Offensichtlich um die damit einhergehende Rechtsunsicherheit und die Gefahr für die werbende Tätigkeit und den Bestand der Aktiengesellschaft zu minimieren, entscheidet sich der Gesetzentwurf dafür, dass die Entsendung eines Aufsichtsratsmitgliedes, die zu einer rechnerischen Verletzung der gesetzlichen Geschlechterquote gemäß § 96a AktG-E führt, nicht zur Mandatsbeendigung kraft Gesetzes eines bereits in der Vergangenheit gewählten Aufsichtsratsmitgliedes führt. Die Hauptversammlung ist lediglich bei der nächsten Wahl wiederum in ihrer Wahlfreiheit beschränkt, weil es sich bei diesem Aufsichtsratsmitglied dann um ein vor diesem Wahlakt entsandtes Aufsichtsratsmitglied handelt.

⁴⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen unter Abschnitt VII. IV.

VII. Ausnahme- und Härtefallregelungen

Wie im Abschnitt V bereits dargestellt, könnte es sich aus verfassungsrechtlichen Gründen empfehlen, Ausnahmeregelungen, die einige allgemein definierte Konstellationen vom Anwendungsbereich einer Quotenregelung grundsätzlich ausnehmen, und/oder eine Härtefallklausel für bestimmte Einzelfallkonstellationen vorzusehen, insbesondere etwa Situationen, in denen es nicht gelingt, eine verbindliche Quotenregelung tatsächlich zu erfüllen.

1. **Branchenspezifische Ausnahmeregelungen**

In bestimmten Branchen oder Unternehmen, in denen überwiegend Arbeitnehmer eines Geschlechts tätig sind, könnte die Erfüllung einer Quotenregelung Probleme bereiten. Bei der Besetzung von Führungs- und Kontrollfunktionen wird vielfach auf Führungskräfte aus dem jeweiligen Unternehmen zurückgegriffen, die über den spezifischen Branchensachverstand verfügen. Bei der Besetzung von Aufsichtsratspositionen schreiben die Mitbestimmungsvorschriften (etwa § 7 MitbestG) zum Teil zwingend vor, dass ein Teil der Vertreter im Unternehmen beschäftigt sein muss⁴⁵. Es könnte daher erwogen werden, bestimmte besonders geschlechterlastige Branchen im Wege einer Ausnahmeregelung von der Quotenpflicht zu befreien oder - im Interesse der besseren Flexibilität - durch eine entsprechende Verordnungsermächtigung diese Möglichkeit zu schaffen. Gesetzestechnisch möglich wäre es ohne Zweifel, bestimmte Branchen, in denen typischerweise die Belegschaft überwiegend dem einen oder anderen Geschlecht angehört, insgesamt von einer verbindlichen Quotierung auszunehmen. Eine solche branchenspezifische Typisierung würde allerdings zunächst wohl die Erhebung von für die gesamte Branche verlässlichen Daten voraussetzen.

Allerdings ist nicht zu verkennen, dass die Wahrnehmung von Führungsverantwortung keineswegs in erster Linie bestimmte fachspezifische, sondern primär allgemein qualifizierende Befähigungen erfordert, wie dies auch die ganz überwiegende Verteilung der Führungspositionen auf Personen mit wirtschaftswissenschaftlicher oder juristischer Ausbildungsrichtung - wie im Abschnitt I näher dargestellt - belegt. Auch im Hinblick auf den Grundsatz der Chancengleichheit könnte eine Quotierung gewissen Bedenken begegnen, da möglicherweise die wenigen Vertreter des unterrepräsentierten Ge-

⁴⁵ Die im Abschnitt I vorgestellte djB-Studie hat ergeben, dass etwa die Hälfte der Vorstandspositionen aus den jeweiligen Unternehmen rekrutiert wird, abrufbar unter http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Pdf-Anlagen/Aktion_C3_A4rinnenfordern-Gleichberechtigung.property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf.

schlechts überdurchschnittlich hohe Chancen hätten, einen Platz im jeweils zu besetzenden Gremium zu erringen⁴⁶.

Unabhängig davon würde eine solche Branchenlösung wohl ganz erhebliche Definitions- und Abgrenzungsprobleme aufwerfen und der grundsätzlichen Zielsetzung, eine gleichberechtigte Teilhabe der Geschlechter an der Führungsverantwortung in der gesamten Privatwirtschaft durchzusetzen, zuwiderlaufen. Auch würde eine derartige Gestaltung die bestehende Geschlechtersegregation bei der Wahl von Ausbildung und Beruf begünstigen, anstatt ihr entgegen zu wirken. Wie im Abschnitt IV dargestellt, bedarf es aber gerade wegen des demographischen Wandels und des dadurch bedingten drohenden Fachkräftemangels eines Aufbrechens der derzeitigen Strukturen und insbesondere eines vermehrten Einstiegs von Frauen in mathematische, technische und naturwissenschaftliche Ausbildungsrichtungen und Berufe.

2. Ausnahme geschlechterlastiger Unternehmen

Sinnvoller erschien es daher, für eine etwaige Ausnahmeregelung an die konkrete Mitarbeiterstruktur des einzelnen Unternehmens und das jeweilige anteilige Verhältnis der Geschlechter anzuknüpfen. Erwägenswert könnte es beispielsweise sein, Unternehmen, bei denen in der Belegschaft beide Geschlechter nicht zu einem bestimmten Mindestprozentsatz, beispielsweise mit 10 %, vertreten sind, im Wege der Ausnahmeregelung von einer Quotenbestimmung vollständig zu befreien. Eine solche Ausnahme nur für die Besetzung kleinerer Gremien zu implementieren dürfte dabei nicht angezeigt sein, jede zusätzliche Verkomplizierung sollte vermieden werden.

Das norwegische Gesetz⁴⁷ sieht zwar keine generelle Ausnahme von der Quotenpflicht für Unternehmen vor, in denen ein Geschlecht bei den Beschäftigten in einer deutlichen Minderheit ist. Es bestimmt jedoch, dass für die von der Arbeitnehmerseite zu wählenden Mitglieder des Boards keine Quotenpflicht gilt, wenn zum Zeitpunkt der Wahl bei den Beschäftigten ein Geschlecht mit weniger als 20 % vertreten ist. Anknüpfend an diesen Gedanken könnte für die Besetzung von Aufsichtsratsgremien auch erwogen werden, die Quotenpflicht nur für die Arbeitnehmervertreter entfallen zu lassen, zumal sich die Problematik der Rekrutierung geeigneter Vertreter für die Anteilseignerseite weniger stellen dürfte. Andererseits wäre eine Beschränkung der Ausnahmeregelung auf die Arbeitnehmerseite unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten möglicherweise

⁴⁶ Vgl. hierzu auch bereits die Ausführungen oben unter IV.

⁴⁷ S. hierzu die Ausführungen im Abschnitt II.

problematisch und würde überdies zu Akzeptanzproblemen führen. Nicht zu verkennen ist allerdings auch bei einer solchen Lösung, dass dies in gewisser Weise die bestehende Segregation der Geschlechter begünstigen oder verfestigen würde.

3. Härtefallklausel

Die Gegner einer gesetzlichen Regelung argumentieren häufig, eine quotengerechte Besetzung der obersten Führungs- und Kontrollgremien scheitere derzeit an einem Mangel hinreichend qualifizierter Frauen. Diese Argumentation ist für bestimmte Bereiche und Branchen - die etwa durch Beschäftigte aus den MINT-Fächern geprägt sind - nicht völlig von der Hand zu weisen, andererseits jedoch aufgrund der festgestellten primären Verteilung von Führungsfunktionen auf Personen mit wirtschaftswissenschaftlicher bzw. juristischer Ausbildung deutlich zu relativieren⁴⁸. Unabhängig davon müsste diese Problematik, soweit sie denn vorhanden ist, in erster Linie durch ein zeitlich großzügig bemessenes Inkrafttreten bzw. Übergangsvorschriften gelöst werden, da bei entsprechender weiterer Förderung⁴⁹ die Problematik temporär sein sollte.

Dennoch wäre der Gesetzgeber gut beraten, eine Härtefallregelung zu implementieren, um in speziellen Fällen für die notwendige Flexibilität und Einzelfallgerechtigkeit sorgen zu können und etwaige verfassungsrechtliche Risiken zu minimieren. Denn es kann nicht ausgeschlossen werden, dass es im Einzelfall einem Unternehmen trotz anhaltender und intensiver Bemühungen nicht gelingt, einen geeigneten Kandidaten bzw. eine geeignete Kandidatin zu rekrutieren, der die durch Gesetz oder Satzung bestimmten Voraussetzungen erfüllt und die notwendige Qualifikation für die zu besetzende Position mitbringt. Für solche Einzelfallsituationen sollte die Möglichkeit bestehen, ausnahmsweise unter bestimmten Voraussetzungen von der Einhaltung der Quotenerfüllung abzusehen⁵⁰.

Die Problematik der Formulierung einer Härtefallklausel dürfte insbesondere darin liegen, einerseits das notwendige Maß an Effektivität und auch Flexibilität für die zu erfassenden Fälle zu gewährleisten, andererseits dem rechtsstaatlichen Erfordernis der

⁴⁸ S. hierzu aber auch die Ausführungen im Abschnitt I sowie im Abschnitt III.

⁴⁹ S. hierzu auch die Ausführungen im Abschnitt X.

⁵⁰ Der Gesetzentwurf aus Nordrhein-Westfalen sieht in einer neuen Norm (§ 96a Satz 2 Nr. 2 AktG) vor, dass die Quotenregelung nicht zur Anwendung kommt, wenn „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“. Der Gesetzentwurf von Bündnis 90/Die Grünen verzichtet dagegen auf eine solche Bestimmung.

Bestimmtheit hinreichend gerecht zu werden⁵¹. Grundsätzlich muss das Bestreben dahin gehen, die Tatbestandsvoraussetzungen eng zu fassen und zum Ausdruck zu bringen, dass es sich um eine Ausnahmeregelung handeln soll, um Besonderheiten von Einzelfällen Rechnung tragen zu können. Eine unschwere Umgehung der grundsätzlichen Verpflichtung zur geschlechtergerechten Besetzung sollte durch eine entsprechende Fassung verhindert werden. Allerdings muss eine Norm, insbesondere aus verfassungsrechtlichen Gründen, den betroffenen Unternehmen auch tatsächlich ein Ausweichen auf Personen des anderen Geschlechts ermöglichen. Die konkrete Fassung der tatbestandlichen Voraussetzungen muss sich nach dem Gesamtregelungsgehalt einer etwaigen gesetzlichen Quotenbestimmung richten. Eine allgemein gültige Festlegung und Formulierung von Mindestqualifikationsvoraussetzungen dürfte aufgrund der Verschiedenartigkeit der betroffenen Positionen und der völlig unterschiedlichen Tätigkeitsbilder und Branchen aus rein praktischen Erwägungen jedenfalls ausscheiden. Möglich erschiene es dagegen, auf von den Unternehmen erstellte Anforderungsprofile abzustellen⁵². Allerdings müsste insoweit unter Beachtung des Kerns unternehmerischer Entscheidungsfreiheit eine gewisse richterliche Kontrolle gewährleistet sein um zu verhindern, dass durch die Formulierung überzogener Anforderungsprofile eine Quotenregelung unterlaufen werden kann.

Zu verlangen wäre von den Unternehmen jedenfalls, dass sie sich durch Maßnahmen in ausreichendem Umfang um die Rekrutierung geeigneter Personen bemüht haben. Verlangt werden könnte durchaus ein erhebliches Maß an Anstrengungen bei der Anwerbung geeigneter Personen. Eine nähere gesetzliche Konkretisierung dürfte allerdings kaum möglich sein, da die für die Suche geeigneter Personen zu verlangenden Maßnahmen wohl nicht allgemein verbindlich festgelegt werden können, sondern von den Besonderheiten der Branche und der Unternehmensstruktur abhängen dürften. Die Konkretisierung im Einzelfall könnte wohl durchaus den Gerichten überlassen werden. Erwägenswert könnte allerdings sein, in jedem Fall zu verlangen, dass die Vakanz und die Notwendigkeit der Besetzung der konkreten Position in einer Art und Weise allgemein zur Kenntnis gebracht worden ist, dass potentielle Interessenten davon Kenntnis nehmen konnten. Eine konkrete Ausgestaltung insoweit wird auch davon abhängen, in welchem Umfang sich Datenbanken, in denen potentielle Kandidaten für

⁵¹ Vgl. z. B. die Stellungnahme des Bundesverbandes der Deutschen Industrie e.V. (BDI) vom 23.3.2011 zum Gesetzentwurf des Landes Nordrhein-Westfalen, der die Regelung dieses Gesetzentwurfs für zu unbestimmt hält.

⁵² Vgl. insoweit z. B. das von der Commerzbank AG erstellte Anforderungsprofil für Mitglieder des Aufsichtsrats, abrufbar unter https://www.commerzbank.de/media/konzern/konzerninfo/aufsicht/Anforderungsprofil_AR.pdf.

bestimmte Positionen geführt werden, weiter etablieren. Es befinden sich bereits einige Datenbanken im Aufbau: Der Verband der Unternehmerinnen (VdU) führt seit einigen Monaten eine nicht öffentliche Vermittlungsdatenbank, in die sich Unternehmerinnen und Frauen in Führungspositionen mit ihrem vollständigen Kompetenz- und Qualifikationsprofil eintragen lassen können⁵³. Die beispielhafte Benennung von erwartbaren Maßnahmen (wie etwa der Beauftragung von Personalvermittlungsunternehmen) könnte in der Gesetzesbegründung erfolgen. Zu achten dürfte allerdings darauf sein, dass an die Unternehmen keine - auch in finanzieller Hinsicht - allzu überspannten Anforderungen gestellt werden. Je schwieriger im Einzelfall die Erfüllung einer Geschlechterquote ist, als desto größer könnte sich auch der finanzielle Aufwand erweisen. Auch insoweit dürfte jedoch die nähere Konkretisierung bei den Gerichten gut aufgehoben sein.

Zweifelhaft erscheint, ob von den Unternehmen in diesem Zusammenhang auch verlangt werden könnte darzulegen, dass und ggf. welche mittel- und langfristigen Maßnahmen im Bereich der Förderung und Qualifizierung des Führungskräftenachwuchses unternommen worden sind, um für die Zukunft sicherzustellen, dass in ausreichendem Maße (weibliche) Führungskräfte zur Verfügung stehen, die zur Übernahme der entsprechenden Positionen geeignet sind⁵⁴. Auch wenn es ohne Zweifel wünschenswert wäre, auf diese Weise entsprechenden Druck auf die Unternehmen zur rechtzeitigen Förderung geeigneter Kräfte auszuüben, müssen die Konsequenzen einer solchen Regelung bedacht werden. Es bestünde zumindest in der Variante der nicht ausreichenden Förderung und Qualifizierung des Führungskräftenachwuchses die Gefahr, dass die betroffenen Unternehmen gezwungen wären, im Einzelfall möglicherweise einen nicht ausreichend qualifizierten Kandidaten oder eine nicht ausreichend qualifizierte Kandidatin heranzuziehen. Ob dieser Sachverhalt hingenommen werden soll bzw. kann, obliegt dann dem Gesetzgeber, der in seine Entscheidung die gleichstellungspolitischen Ziele mit den wirtschaftspolitischen abzuwägen hat. Sie würde die Durchsetzung der Geschlechterquote wirksam befördern, allerdings mit negativen Auswirkungen auf den im globalen Wettbewerb befindlichen Wirtschaftsstandort Deutschland.

⁵³ Vgl. Einzelheiten hierzu auf der Internet-Seite des VdU, <http://www.vdu.de/aufsichtsratsgremien/datenbank>. Ledendecker erläuterte im Rahmen der Sachverständigenanhörung, dass über die Aufnahme in die Datenbank von einer Jury entschieden werde und den aufgenommenen Personen eine Schulung angeboten werde.

⁵⁴ Darauf zielt die Regelung im Gesetzentwurf aus Nordrhein-Westfalen ab, vgl. hierzu die Ausführungen in der Gesetzesbegründung, S. 38.

Zu entscheiden hätte der Gesetzgeber schließlich auch die Frage, in welcher Weise die Feststellung erfolgen soll, ob die Voraussetzungen einer Ausnahme- oder Härtefallregelung tatbestandlich vorliegen. Unabdingbar erscheint eine gerichtliche Überprüfung der implementierten Tatbestandsvoraussetzungen durch die für gesellschaftsrechtliche Fragen zuständigen ordentlichen Gerichte. Ratsam erscheint auch die Überbürdung der Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der Härtefallklausel auf die betroffenen Unternehmen⁵⁵. Dies zwingt die betroffenen Unternehmen, sich ernsthaft mit der Problematik auseinanderzusetzen und dies im Streitfall entsprechend darzustellen⁵⁶. Grundsätzlich obliegt die Feststellung des Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen einer bestimmten Norm zunächst dem Normanwender selbst und in der Letztentscheidungskompetenz grundsätzlich den Gerichten. Wenn der Gesetzgeber also eine Härtefallklausel formuliert, muss jedes Unternehmen im Einzelfall prüfen, ob die formulierten Voraussetzungen zur Anwendung gelangen. Kommt das Unternehmen zu einem positiven Ergebnis und sieht dementsprechend von der Einhaltung einer Quotenbestimmung ab, wäre die Wirksamkeit der Besetzung des jeweiligen Gremiums nach den allgemeinen Vorschriften zu überprüfen, erforderlichenfalls eine gesonderte Regelung betreffend die Überprüfbarkeit zu implementieren. Insoweit wird auf die Ausführungen im Abschnitt IX Bezug genommen.

Einen etwas anderen Ansatz hat der Gesetzentwurf aus Nordrhein-Westfalen⁵⁷ gewählt: Dort ist vorgesehen, dass die Kompetenz zur Feststellung, ob die Voraussetzungen der dort formulierten Härtefallklausel vorliegen, bei der Hauptversammlung liegen soll; die Hauptversammlung hat durch Feststellungsbeschluss, der auch Angaben zu bisherigen Fördermaßnahmen zu enthalten hat, das Vorliegen der Voraussetzungen festzustellen⁵⁸. Es könnte allerdings durchaus zweifelhaft erscheinen, ob die Kompetenz zur Feststellung des Härtefalls bei demjenigen Organ gut aufgehoben ist, das damit über seinen eigenen Entscheidungsspielraum zu bestimmen hat, insbesondere dann, wenn der Tatbestand - wie bei einer Härtefallklausel wohl kaum vermeidbar - gewisse Wertungsspielräume eröffnet. Die Gesetzesbegründung führt dazu aus, dass die Härtefallklausel keinesfalls „ein leicht zu durchschreitendes Tor zur Umgehung der Quotenorm des § 96a Satz 1 AktG sein dürfe“⁵⁹. Der Grund für den von diesem Gesetzentwurf gewählten Lösungsansatz dürfte das Bemühen sein, sofortige Rechtsklarheit zu schaffen. Auch der Beschluss der Hauptversammlung, der das Vorliegen der

⁵⁵ Der Gesetzentwurf aus Nordrhein-Westfalen sieht dies vor.

⁵⁶ So ausdrücklich im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung Wieland.

⁵⁷ BR-Drs. 87/11.

⁵⁸ Vgl. den Regelungsvorschlag in § 101 Abs. 1a Satz 3 AktG - neu.

⁵⁹ Vgl. S. 42 der Gesetzesbegründung.

Voraussetzungen der Härtefallklausel feststellt, kann indes grundsätzlich nach § 251 AktG angefochten werden, wobei die Problematik der räuberischen Aktionäre nicht vernachlässigt werden darf⁶⁰. Damit obliegt die Entscheidungsbefugnis über das Vorliegen der Voraussetzungen im Ergebnis - zu Recht - doch den mit einem besonderen Sachverstand ausgestatteten Kammern für Handelssachen bei den Landgerichten und nachfolgend den Gesellschaftsrechtssenaten bei den Oberlandesgerichten. Einer weiteren Prüfung, etwa in einem Prozessrechtsverhältnis zwischen der Aktiengesellschaft und einem unterlegenden Konkurrenten bedarf es dann nicht mehr. Allerdings wird hierdurch der Hauptversammlung eine weitere komplexe Verpflichtung auferlegt. Problematisch dürfte eine solche ad hoc zu treffende Entscheidung in den Fällen der Mitbestimmung sein, in denen die Arbeitnehmervertreter in getrennten Wahlverfahren bestimmt werden⁶¹.

Sofern der Gesetzgeber sich (auch) für die steuerliche Sanktionierung der Einhaltung einer Quotenbestimmung entscheiden würde, wären gegebenenfalls auch die Finanzämter und Finanzgerichte mit einer inzidenten Überprüfung der tatbestandlichen Voraussetzungen einer Ausnahme-, Öffnungs- oder Härtefallvorschrift befasst.

VIII. **Sollvorschrift**

Als Alternative zu einer verbindlichen gesetzlichen Quotierungsbestimmung könnte wohl auch - anknüpfend an § 4 DrittelbG - über gesetzliche Sollvorschriften nachgedacht werden. Insbesondere für die Besetzung der Vorstandsgremien könnte dies durchaus naheliegen. Wie im Abschnitt I dargestellt, ist der Frauenanteil im Bereich der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat eklatant höher als auf Anteilseignerseite. Die Regelung des § 4 DrittelbG trägt hierzu sicherlich in gewissem Umfang bei. Die Implementierung dieser Vorschrift im Jahr 2004 hat zu einem Schub bei der Frauenbeteiligung geführt. Wenn auch Sollvorschriften mangels Verbindlichkeit nicht die gleiche Effektivität entfalten können wie zwingende Normen, sollte ihre Wirksamkeit dennoch nicht unterschätzt werden, insbesondere wenn sie mit anderweitigen Verpflichtungen (Veröffentlichungs- und Berichtspflichten etc.) verbunden werden.

⁶⁰ Vgl. S. 38 der Gesetzesbegründung.

⁶¹ Vgl. dazu die Ausführungen im Abschnitt VII sowie die Tabellen und Zahlenbeispiele am Ende dieses Abschnitts.

IX. Verpflichtung zur Selbstverpflichtung (Flexiquote)

Mit der Frage der Ausgestaltung einer gesetzlichen Pflicht zur Selbstverpflichtung, wie sie durch die Bundesfamilienministerin erstmals konkret im Frühjahr 2011 thematisiert worden ist, konnte sich die Arbeitsgruppe aus Zeitgründen nicht mehr im Detail befassen. In den Besitz des Eckpunkte-Papiers⁶² ist die Arbeitsgruppe erst drei Wochen vor Abschluss ihrer Arbeiten an dem Bericht gelangt.

Die Bundesfamilienministerin hat einen Stufenplan mit vier Stufen vorgelegt⁶³, um den Anteil von Frauen in Führungspositionen, insbesondere in Vorständen und Aufsichtsräten, in der Privatwirtschaft (und auch im öffentlichen Dienst) zu steigern. Danach sollen auf der 1. Stufe die Voraussetzungen und Rahmenbedingungen verbessert und auf der 2. Stufe Frauen für höchste Führungspositionen gefördert und qualifiziert werden durch die Initiierung von transparenten freiwilligen Selbstverpflichtungen, die Umsetzung des DCGK sowie spezielle Qualifizierungsmaßnahmen und Datenbanken. Auf einer 3. Stufe⁶⁴, die jedoch nur in Kraft treten soll, wenn es bis zu einem bestimmten Stichtag (genannt ist beispielhaft der 30. Juni 2013) nicht gelungen ist, den Anteil von Frauen in Vorständen und Aufsichtsräten im Bundesdurchschnitt zu verdreifachen, soll eine „flexible Quote“ gesetzlich eingeführt werden.

Im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung wurde von *Schulz-Strelow* darauf hingewiesen, dass sich die Flexiquote für Vorstandsgremien eignen könnte.

Ein Teil der Fragen und die damit zusammenhängenden Folgeprobleme, über die im Rahmen der Umsetzung einer verbindlichen Mindestgeschlechterquote zu entscheiden wäre, stellt sich in ähnlicher Weise bei der Umsetzung einer gesetzlichen Pflicht zur Selbstverpflichtung in Form einer Flexiquote. Zu entscheiden wäre beispielsweise, ob eine solche Quote für alle Gremien, also Vorstand und Aufsichtsrat, oder nur für den Aufsichtsrat festgesetzt werden soll, ob für die oberste Führungsebene insgesamt (also Vorstand und Aufsichtsrat zusammen) oder getrennt eine Quotierung erfolgen soll und ob und ggf. wie eine Quotierungsbestimmung für den gesamten Aufsichtsrat oder sowohl für die Anteilseigner - wie auch für die Arbeitnehmerseite - festgelegt werden könnte. Zu untersuchen wäre auch,

⁶² Vgl. hierzu bereits die Ausführungen im Abschnitt V.

⁶³ Eckpunkte-Papier zum Entwurf eines Stufenplans: „Gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen“

⁶⁴ Die 4. Stufe bestimmt durch „sunset clauses“ die Beendigung der gesetzlichen Pflicht zur Selbstverpflichtung für Unternehmen, sobald und solange 30 % Frauen in den Gremien (Vorstand und Aufsichtsrat) erreicht sind.

ob für den Fall einer Verpflichtung zur Selbstverpflichtung ebenso wie bei einer verbindlichen Mindestquote die Notwendigkeit für Ausnahme- und Härtefallklauseln bestehen kann. Darüber hinaus wären weitere zusätzliche Problemstellungen zu klären. Beispielsweise müsste entschieden werden, wem die Kompetenz zur Festlegung der konkreten Quotenhöhe zuerkannt werden soll. In Betracht kommen würden insoweit wohl eine Regelung per Satzung oder die Bestimmung durch die Hauptversammlung oder den Aufsichtsrat. Gegen eine Kompetenz der Hauptversammlung dürfte dabei wohl die Schwerfälligkeit einer Entscheidung durch dieses Organ sprechen, insbesondere bei notwendigen Veränderungen und Angleichungen. Ob es allerdings sinnvoll ist, dem Aufsichtsrat auch die Entscheidung über die eigene Zusammensetzung in geschlechterspezifischer Hinsicht zu übertragen, könnte ebenfalls bezweifelt werden. Zu regeln wäre weiterhin, in welcher Weise sichergestellt werden soll, dass die von den Unternehmen selbst zu bestimmende Quotenhöhe auch tatsächlich Auswirkungen zeigen kann, also bei der Besetzung der Gremien wirksam wird. Einer Regelung zuzuführen wäre auch die Art und Weise der notwendigen Veröffentlichung der gegenwärtigen Lage und der durch das Unternehmen festgesetzten Ziele. Unabhängigbar erschiene etwa eine Verpflichtung zur laufenden Aktualisierung in öffentlichkeitswirksamer Form. Transparenz dürfte bei dieser Lösung jedenfalls von ganz entscheidender Bedeutung sein. Zu klären wäre auch die Frage nach geeigneten Sanktionen⁶⁵.

X. Quotenhöhe

Die Frage, in welcher konkreten Höhe eine Quote festgesetzt werden sollte, ist im Rahmen verfassungsrechtlicher Vorgaben und der praktischen Umsetzbarkeit rechts- und gesellschaftspolitisch zu entscheiden und damit nicht unmittelbar Gegenstand der gutachtlichen Prüfung durch die Arbeitsgruppe. Folgendes könnte in diesem Zusammenhang erwogen werden:

Bedenken sollte der Gesetzgeber bei der Festlegung einer Quotenhöhe, dass nachhaltige Auswirkungen einer geschlechterspezifischen Quotierung primär erzielt werden können, wenn gewährleistet wird, dass eine bestimmte „kritische Masse“⁶⁶ für jedes Geschlecht, also aktuell für die derzeit durchgehend unterrepräsentierten Frauen erreicht werden kann. Nach wissenschaftlichen Erkenntnissen kommen die positiven Aspekte gemischter Führungsteams nicht bei jeder Besetzung zum Tragen. Insbesondere ein Geschlecht, das bislang in der Minderheit war, kann erst dann maßgeblichen Einfluss gewinnen, wenn eine bestimmte Mindestgröße erreicht ist; regelmäßig wird dies bei einem Quorum von einem

⁶⁵ Vgl. hierzu auch die Ausführungen im Abschnitt IX.

⁶⁶ Vgl. hierzu auch die Ausführungen im Abschnitt IV.

Drittel angenommen. Studien belegen insbesondere, dass z. B. eine einzelne Frau in einem Gremium nur in bedingtem Maße Einfluss nehmen kann, da sie leicht in die Gefahr gerät, isoliert zu werden⁶⁷. Eine andere Sicht der Dinge effektiv zu vermitteln wird erst dann möglich, wenn die Minoritätsschranke durchbrochen wird, dazu bedarf es der Repräsentation durch eine bestimmte Mindestanzahl in einer Gruppe. Auf die Notwendigkeit, eine kritische Masse zu erreichen, wurde auch im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung mehrfach hingewiesen, z.B. von *Hudelmaier*, *Domscheit-Berg* und *Maier*. *Maier* und *Domscheit-Berg* betonten die Notwendigkeit insbesondere im Hinblick auf das Aufbrechen homosozialer Strukturen und die Veränderung der Unternehmenskultur.

Bei der praktischen Umsetzbarkeit wäre weiter zu beachten, dass eine Quote besetzungswirksam sein muss, je nach Ausgestaltung im Einzelnen aber ggf. nur ab einer bestimmten Gremiengröße wirksam werden kann. Die durchschnittlichen Größen der betroffenen Gremien, wie sie in der Rechtswirklichkeit vorkommen, müssten dabei berücksichtigt werden. Umfassende und exakte Zahlen über die durchschnittlichen Vorstands- und Aufsichtsratsgrößen liegen der Arbeitsgruppe nicht vor: Die bereits genannte Studie von Egon Zehnder International hat darauf hingewiesen, dass in Deutschland - im Vergleich zu anderen Ländern - infolge der Mitbestimmungsregelungen die Gremien am größten sind⁶⁸. Bei näherer Betrachtung ergibt sich jedoch ein differenziertes Bild. In einer Studie der Universität Marburg aus dem Jahr 2006⁶⁹, in der insgesamt 387 börsennotierte, nicht börsennotierte, mitbestimmte und nicht mitbestimmte Aktiengesellschaften untersucht wurden, wurde für die paritätisch mitbestimmten Gremien festgestellt, dass 52 % eine Größe von 12 Mitgliedern hatten; in 16 % der untersuchten Fälle bestand der Aufsichtsrat aus 16 Mitgliedern, in 31 % aus 20 Mitgliedern. Eine Gesellschaft unterlag der Montan-Mitbestimmung und hatte einen Aufsichtsrat von 21 Mitgliedern. Bei den Unternehmen, die der eingeschränkten Mitbestimmung nach dem Drittelbeteiligungsgesetz unterfielen, hatten 56 % einen Aufsichtsrat mit 6 Mitgliedern, 28 % mit 9 Mitgliedern, 6 % mit 15 Mitgliedern und 11 % mit 21 Mitgliedern. Bei 43 % der nicht mitbestimmten Gesellschaften bestand der Aufsichtsrat aus 3, bei 52 % aus 6 und bei 5 % aus 9 Mitgliedern. Die durchschnittliche Größe des Vorstands lag

⁶⁷ Vgl. hierzu z. B. Kramer, *Critical Mass on Corporate Boards: Why Three More Women Enhance Governance*, 2006, abrufbar unter <http://www.wcwoonline.org/pdf/CriticalMassExecSummary.pdf>; vgl. auch die Studie von Egon Zehnder International *European board diversity analysis 2010 - Is it getting easier to find women on European boards?*, abrufbar unter <http://www.egonzehnder.com/de/thoughtleadership/publications/publication/id/17500252>.

⁶⁸ S. den Nachweis der Studie im Abschnitt II. Die Studie hat eine durchschnittliche Größe von 23 Mitgliedern ermittelt, wobei wohl die Anzahl der Mitglieder in Vorstand und Aufsichtsrat jeweils zusammengerechnet worden sind.

⁶⁹ Gerum/Debus, *Die Größe des Aufsichtsrats als rechtspolitisches Problem – Einige empirische Befunde*, abrufbar unter http://www.boeckler.de/pdf_fof/S-2004-650-2-1.pdf

nach dieser Studie bei 4,7 Mitgliedern. Nach Auskunft der Hans-Böckler-Stiftung unterfallen aktuell 682 Unternehmen der paritätischen Mitbestimmung⁷⁰. Etwa zwei Drittel davon (446 Unternehmen) haben einen aus 12 Mitgliedern bestehenden Aufsichtsrat; bei 107 Unternehmen setzt sich das Gremium aus 16 Mitgliedern zusammen, 129 Gesellschaften haben einen 20-köpfigen Aufsichtsrat (48 davon aufgrund freiwilliger Entscheidung). Die im Abschnitt VII bereits genannte Studie „Börsennotierte Familienunternehmen in Deutschland“ hat bei einer Untersuchung von 700 börsennotierten Unternehmen (außerhalb des Finanzsektors) im CDAX bei den Nicht-Familienunternehmen eine durchschnittliche Aufsichtsratsgröße von 6 Mitgliedern und eine durchschnittliche Vorstandsgröße von 3 Mitgliedern ermittelt. Die Zahlen verdeutlichen insgesamt, dass der überwiegende Anteil der Unternehmen zu kleineren Gremiengrößen tendiert, was für die Besetzungswirksamkeit einer Quote von Bedeutung sein kann.

Die nachfolgend erstellten Zahlenbeispiele sollen insoweit der Verdeutlichung dienen. Sie versuchen - ausgehend von verschiedenen Zielgrößen - die Auswirkungen einer Quotenregelung in Kopfzahlen für die verschiedenen Konstellationen zu veranschaulichen. Dabei wurde im Bereich der Mitbestimmung von gesonderten Quoten für Anteilseigner- und Arbeitnehmervertreter ausgegangen. Dargestellt wurden verschiedene Zielgrößen (20 %, 30 %, 1/3 und 40 %).

Sofern die Anzahl der Mandate, für die im konkreten Fall nach der jeweiligen Satzungsbestimmung ein Entsendungsrecht besteht, von der Quotenpflicht ausgenommen werden, verändern sich die Zahlen auf der Anteilseignerseite entsprechend, was eine weitere Verkomplizierung und möglicherweise einen weiteren zusätzlichen Regelungsbedarf bedeuten könnte.

⁷⁰ Die Zahlen beruhen auf einer Auskunft der Hans-Böckler-Stiftung vom 15.3.2011.

Keine Mitbestimmung

Gem. § 95 AktG besteht der Aufsichtsrat aus 3 Mitgliedern, die Satzung kann eine höhere, durch 3 teilbare Zahl vorsehen, die Höchstzahl beträgt je nach Grundkapital 9, 15 oder 21 Mitglieder.

Aufsichtsrat Mitgliederanzahl				Zielgröße 40 % Mindestanzahl (Mindestprozentsatz)
3	keine Quote	keine Quote oder 1 (33,3%)	1 (33,3 %)	1 (33,3 %)
6	1 (16,7 %)	1 (16,7 %) oder 2 (33,3%)	2 (33,3 %)	2 (33,3 %)
9	1 (11,1 %) oder 2 (22,2 %)	2 (22,2 %) oder 3 (33,3%)	3 (33,3 %)	3 (33,3 %) oder 4 (44,4 %)
12	2 (16,7 %) oder 3 (25 %)	3 (25 %) oder 4 (33,3%)	4 (33,3 %)	4 (33,3 %) oder 5 (41,6 %)
15	3 (20 %)	4 (26,7 %) oder 5 (33,3%)	5 (33,3 %)	6 (40 %)
18	3 (16,7 %) oder 4 (22,2 %)	5 (27,8 %)	6 (33,3 %)	7 (38,8 %)
21	4 (19 %)	6 (28,6 %)	7 (33,3 %)	8 (38 %)

Mitbestimmung nach dem Drittelbeteiligungsgesetz

Nach § 4 DrittelbG muss der Aufsichtsrat zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern bestehen.

Aufsichtsrat Mitglieder (Anteilseignerver- treter / Arbeit- nehmervertreter)										Zielgröße 40 % Mindestanzahl (Mindestprozensatz)		
	Anteils- eigner	Arbeit- nehmer	Gesamt- quote	Anteils- eigner	Arbeit- nehmer	Gesamt- quote	Anteils- eigner	Arbeit- nehmer	Gesamt- quote	Anteils- eigner	Arbeit- nehmer	Gesamt- quote
3 (2/1)	keine Quote	keine Quote	keine Quote	keine Quote	keine Quote	keine Quote	keine Quote	keine Quote	keine Quote	keine Quote	keine Quote	keine Quote
6 (4/2)	keine Quote	keine Quote	keine Quote	1 (25 %)	keine Quote	1 (16,7 %)	1 (25 %)	keine Quote	1 (16,7 %)	1 (25 %) oder 2 (50 %)	keine Quote oder 1 (50 %)	1 (16,7 %) bis 3 (50 %)
9 (6/3)	1 (16,7 %)	keine Quote oder 1 (33,3 %)	1 (11,1 %) oder 2 (22,2 %)	1 (16,6 %) oder 2 (33,3 %)	keine Quote oder 1 (33,3 %)	1 (11,1 %) bis 3 (33,3 %)	2 (33,3 %)	1 (33,3 %)	3 (33,3 %)	2 (33,3 %)	1 (25 %) oder 2 (50 %)	3 (33,3 %) oder 4 (44,4 %)
12 (8/4)	1 (12,5 %) oder 2 (25 %)	keine Quote oder 1 (25 %)	1 (8,3 %) bis 3 (25 %)	2 (25 %)	1 (25 %)	3 (25 %)	2 (25 %) oder 3 (37,5 %)	1 (25 %)	3 (25 %) oder 4 (33,3 %)	3 (37,5 %)	1 (25 %) oder 2 (50 %)	4 (33,3 %) oder 5 (41,6 %)
15 (10/5)	2 (20 %)	1 (20 %)	3 (20 %)	3 (30 %)	1 (20 %)	4 (26,7 %)	3 (30 %)	1 (20 %) oder 2 (40 %)	4 (26,7 %) oder 5 (33,3 %)	4 (40 %)	2 (40 %)	6 (40 %)
18 (12/6)	2 (16,7 %) oder 3 (25 %)	1 (16,7 %)	3 (16,7 %) oder 4 (22,2 %)	3 (25 %) oder 4 (33,3 %)	1 (16,7 %) oder 2 (33,3 %)	4 (22,2 %) bis 6 (33,3 %)	4 (33,3 %)	2 (33,3 %)	6 (33,3 %)	4 (33,3 %) oder 5 (41,7 %)	2 (33,3 %)	6 (33,3 %) oder 7 (38,9 %)
21 (14/7)	3 (21,4 %)	1 (14,3 %) oder 2 (28,5 %)	4 (19 %) oder 5 (23,8 %)	4 (28,5 %)	2 (28,5 %)	5 (23,8 %) oder 6 (28,5 %)	4 (28,5 %) oder 5 (35,7 %)	2 (28,5 %)	6 (28,6 %) oder 7 (33,3 %)	5 (35,7 %)	2 (28,5 %) oder 3 (42,8 %)	7 (33,3 %) oder 8 (38 %)

Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz

Gem. § 7 MitbestG setzt sich der Aufsichtsrat je nach Anzahl der Arbeitnehmer des Unternehmens aus jeweils 6, 8 oder 10 Vertretern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer zusammen. Ein 12-köpfiger Aufsichtsrat hat 6 Anteilseigner- und 6 Arbeitnehmersvertreter, wobei 4 Arbeitnehmersvertreter dem Unternehmen angehören müssen (unter diesen muss ein leitender Angestellter sein), 2 müssen Vertreter der Gewerkschaften sein. Für den 16-köpfigen und den 20-köpfigen Aufsichtsrat gelten entsprechende Regelungen.

Aufsichtsrat Mitglieder (Anteilseignerver- treter / Arbeit- nehmersvertreter)										Zielgröße 40 % Mindestanzahl (Mindestprozentsatz)		
	Anteils- eigner	Arbeit- nehmer	Gesamt- quote	Anteils- eigner	Arbeit- nehmer	Gesamt- quote	Anteils- eigner	Arbeit- nehmer	Gesamt- quote	Anteils- eigner	Arbeit- nehmer	Gesamt- quote
12 (6/4+2)	1 (16,7 %)	1 (16,7 %)	2 (16,7%)	1 (16,7 %) oder 2 (33,3 %)	1 (16,7 %) oder 2 (33,3 %)	2 (16,7 %) oder 4 (33,3 %)	2 (33,3 %)	2 (33,3 %)	4 (33,3 %)	2 (33,3 %)	2 (33,3 %)	4 (33,3 %)
16 (8/6+2)	1 (12,5 %) oder 2 (25%)	1 (12,5 %) oder 2 (25%)	2 (12,5 %) oder 4 (25%)	2 (25 %)	2 (25 %)	4 (25 %)	2 (25 %) oder 3 (37,5%)	2 (25 %) oder 3 (37,5%)	4 (25 %) oder 6 (37,5%)	3 (37,5 %)	3 (37,5 %)	6 (37,5 %)
20 (10/7+3)	2 (20 %)	2 (20 %)	4 (20 %)	3 (30 %)	3 (30 %)	6 (30 %)	3 (30 %)	3 (30 %)	6 (30 %)	4 (40 %)	4 (40 %)	8 (40 %)

Mitbestimmung nach den Vorschriften der Montan-Mitbestimmung

Gem. §§ 4, 9 MontanMitbestG besteht der Aufsichtsrat je nach Nennkapital der Gesellschaft aus 11, 15 oder 21 Mitgliedern. Der 11-köpfige Aufsichtsrat setzt sich zusammen aus 4 Vertretern der Anteilseigner plus einem weiteren Mitglied, 4 Vertretern der Arbeitnehmer plus einem weiteren Mitglied sowie einem weiteren neutralen Mitglied. Von den Arbeitnehmervertretern müssen 2 im Betrieb beschäftigt sein und 2 von den Spitzenorganisationen nach Beratung der Gewerkschaften vorgeschlagen werden (§ 6 MontanMitbestG). Für den 15-köpfigen und den 21-köpfigen Aufsichtsrat gelten entsprechende Regelungen. Nach § 5 MontanMitbestErgG besteht der Aufsichtsrat aus 15 oder 21 Mitgliedern und setzt sich aus je 7 bzw. 10 Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern und einem weiteren Mitglied zusammen; unter den Arbeitnehmervertretern müssen sich gem. § 6 MontanMitbestErgG 5 bzw. 7 Arbeitnehmer und 2 bzw. 3 Vertreter der Gewerkschaften befinden. Das weitere neutrale Mitglied wurde bei der nachfolgenden Berechnung von der Quotierung ausgenommen.

Aufsichtsrat Mitglieder (Anteilseignerver- treter / Arbeit- nehmervertreter)							Zielgröße 40 % Mindestanzahl (Mindestprozentsatz)					
	Anteils- eigner	Arbeit- nehmer	Gesamt- quote	Anteils- eigner	Arbeit- nehmer	Gesamt- quote	Anteils- eigner	Arbeit- nehmer	Gesamt- quote	Anteils- eigner	Arbeit- nehmer	Gesamt- quote
11 (4+1/2+2+1/1)	1 (20 %)	1 (20 %)	2 (18,8%)	1 (20 %)	1 (20 %)	2 (18,8%)	1 (20 %) oder 2 (40 %)	1 (20 %) oder 2 (40 %)	2 (18,8 %) oder 4 (36,4 %)	2 (40 %)	2 (40 %)	4 (36,4 %)
15 (6+1/3+3+1/1) bzw. (7/5+2/1)	1 (14,2 %)	1 (14,2 %)	2 (13,3 %)	2 (28,5 %)	2 (28,5 %)	4 (26,6 %)	2 (28,5 %)	2 (28,5 %)	4 (26,6 %)	2 (28,5 %) oder 3 (42,8 %)	2 (28,5 %) oder 3 (42,8 %)	4 (26,7 %) oder 6 (40 %)
21 (8+2/4+4+2/1) bzw. (10/7+3/1)	2 (20 %)	2 (20 %)	4 (19 %)	3 (30 %)	3 (30 %)	6 (28,6 %)	3 (30 %)	3 (30 %)	6 (28,6 %)	4 (40 %)	4 (40 %)	8 (38,1 %)

Als Ergebnis kann bei überschlägiger Betrachtung festgehalten werden, dass außerhalb der unternehmerischen Mitbestimmung beispielsweise eine Quotenhöhe von 1/3 (33,33 %) durchgängig umsetzbar wäre.

Im Bereich der Drittelmitbestimmung zeigen die Zahlenbeispiele, dass bei einer getrennten Quotierung von Anteilseignern und Arbeitnehmern eine Regelung erst ab einer Gremiengröße von 9 Mitgliedern wirklich sinnvoll umsetzbar wäre. Es könnte daher erwogen werden, bei einer Regelung erst ab dieser Größenordnung anzusetzen. Angesichts der genannten Zahlen zu den durchschnittlichen Aufsichtsratsgrößen würde dann die Quotenpflicht wohl nur etwa für die Hälfte der Unternehmen, die der eingeschränkten Mitbestimmung unterfallen, erfasst. Hinsichtlich der Höhe könnte sich - sofern keine Mindestkopfzahlen vorgeschrieben werden - ebenfalls eine Quotenhöhe von 1/3 (33,33 %) anbieten.

Im Bereich der paritätischen allgemeinen Mitbestimmung wäre eine Quotierung auch bei getrennter Betrachtung von Anteilseigner- und Arbeitnehmerseite zwar durchgängig umsetzbar, die Bestimmung eines sinnvollen einheitlichen Mindestprozentsatzes aber problematisch. Insoweit wäre - ausgehend von bestimmten Zielgrößen - die Festlegung bestimmter Mindestkopfzahlen möglicherweise vorzugswürdig. Entsprechendes gilt für den Bereich der Montan-Mitbestimmung.

Die Zahlenbeispiele zeigen auch die durch das deutsche Mitbestimmungsrecht bedingte Komplexität einer einfachgesetzlichen Ausgestaltung einer Quotierungsregelung, insbesondere dann, wenn eine getrennte Quotierung von Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern erfolgt. Deutlich wird auch, dass die Festsetzung prozentualer Quotenangaben zu Unsicherheiten führen würde, auch wenn diese als Mindestangaben ausgestaltet werden.

XI. Verortung einer Quotenbestimmung

Als Regelungsstandort für eine Quotenbestimmung könnte sich beispielsweise § 95 AktG anbieten, der die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder bestimmt, bzw. die entsprechenden Vorschriften in den Mitbestimmungsgesetzen über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats. Denkbar erschiene auch eine Verortung im Zusammenhang mit § 100 AktG, wo bereits allgemeine persönliche Anforderungen an Aufsichtsratsmitglieder verankert sind.

XII. Zeitraumen und Übergangsfristen

Unzweifelhaft müsste der Gesetzgeber bei der Einführung einer Quotenregelung den betroffenen Unternehmen für die Umsetzung entsprechende Übergangsfristen ermöglichen, die auch die gesetzlich vorgeschriebenen Amtszeiten, insbesondere die gesetzliche fünfjährige Amtsdauer von Aufsichtsratsmitgliedern, und die Notwendigkeit der Erfüllung von abgeschlossenen Verträgen - nach § 84 AktG erfolgt die Bestellung des Vorstands auf höchstens fünf Jahre - beachten. Der Gesetzgeber könnte sich entweder für eine stufenweise Einführung einer Quotenregelung entscheiden, beispielsweise zunächst eine Quote von 20 %, in einer zweiten Stufe sodann 30 % oder 40 %. Erwägenswert erscheint aber auch die Umsetzung der angestrebten Mindestquotenhöhe (bzw. der entsprechenden Kopffzahlen) in einem Schritt, gegebenenfalls mit einer entsprechend längeren Umsetzungsfrist¹. Die Umsetzung einer Quote von beispielsweise 30 % oder 1/3 (33,33 %) innerhalb eines Zeitraums von fünf bis sechs Jahren ab dem Inkrafttretenszeitpunkt eines Gesetzes könnte durchaus vorstellbar erscheinen². Gesetzestechnische Überlegungen, insbesondere unter Berücksichtigung der ohnehin enorm komplexen Mitbestimmungsvorschriften, würden für eine einheitliche Umsetzung ohne Zwischenschritte sprechen.

Zu beachten wäre auch, dass durch eine entsprechende Übergangsvorschrift geregelt werden müsste, in welcher konkreten Weise ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens einer etwaigen gesetzlichen Regelung die dann geltende Quotenbestimmung für nachzuwählende bzw. nachzubestimmende Mitglieder unter Berücksichtigung der bestehenden Gremien umgesetzt werden könnte³.

Notwendig erschiene aus verfassungsrechtlichen Gründen auch die Prüfung einer zeitlichen Befristung einer etwaigen gesetzlichen Regelung⁴.

¹ Der spanische Gesetzgeber hat sich für diese Lösung entschieden und den Unternehmen eine Umsetzungszeit von acht Jahren eingeräumt; auch das norwegische Gesetz und wohl auch das isländische Gesetz haben auf eine stufenweise Einführung verzichtet; dagegen sieht das französische Gesetz eine Stufenregelung vor, s. dazu die Ausführungen im Abschnitt II. Auch der Gesetzentwurf aus Nordrhein-Westfalen und der Entwurf von Bündnis 90/Die Grünen basieren auf einer stufenweisen Einführung von zunächst 30 % und später 40 %.

² Gut vorstellbar erscheint auch, wie von der Bundesarbeitsministerin im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung favorisiert, ein für das Jahr 2018 angestrebtes Ziel, da damit (unter Berücksichtigung des Wahljahrs 2013) den betroffenen Gremien für die Umsetzung zwei Wahlperioden zur Verfügung stünden; die Umsetzung einer Quotenbestimmung bis zum Jahr 2018 für realistisch erachtet hat auch Stahl.

³ Eine solche Regelung lassenlassen sowohl der Gesetzentwurf von Bündnis 90/Die Grünen als auch der Gesetzentwurf aus Nordrhein-Westfalen vermissen.

⁴ So im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung z.B. Schulz-Strelow.

XIII. **Fazit**

Die Implementierung einer Genderquote wäre grundsätzlich machbar, wegen der äußerst komplexen deutschen Mitbestimmungsregelungen jedoch rechtstechnisch kompliziert. Eine sorgfältige Ausgestaltung zahlreicher gesetzestechnischer Einzelfragen wäre erforderlich.

Abschnitt IX **Mögliche Sanktionen**

In der Diskussion über die Normierung von geschlechterspezifischen Quotenbestimmungen bei der Besetzung von Führungs- und Kontrollgremien kommt auch der Frage nach den Rechtsfolgen im Fall eines Verstoßes gegen eine etwaige gesetzliche Regelung maßgebliche Bedeutung zu. Die Wirksamkeit von Regelungen einer geschlechtergerechten Gremienbesetzung dürfte insbesondere davon abhängen, welche Folgen Verstöße gegen entsprechende Regelungen nach sich ziehen. Dabei besteht das grundsätzliche Dilemma darin, dass Sanktionen nachhaltig und effektiv sein müssen, um eine hinreichende Wirksamkeit zu versprechen, andererseits aber nicht außer Verhältnis zur Zielsetzung - Förderung des Frauenanteils in Führungs- und Kontrollgremien der Wirtschaft - stehen dürfen. Die aus einem Gesetzesverstoß resultierenden Konsequenzen müssen hierzu proportional bleiben und dürfen keine unzumutbare Belastung darstellen.

Die denkbaren Sanktionsformen bei Nichtbeachtung einer Quotenregelung sind breit gefächert. Angesichts der allgemeinen Haushaltslage nicht in Betracht kommen dürfte allerdings die Förderung durch Subventionen, abgesehen davon, dass die Nachhaltigkeit derartiger Maßnahmen zweifelhaft erschiene. Möglich erscheinen daher grundsätzlich nur negative Sanktionen.

I. Offenlegungs- und Berichtspflicht

Voraussetzung jeder effektiven Sanktionierung ist der Bericht über die Besetzung von Führungsgremien: Nur wenn die für die Verhängung der Sanktion zuständige Stelle Kenntnis von Verstößen erlangt, können entsprechende Maßnahmen ergriffen werden. Darüber hinaus kann von einer Pflicht zur Veröffentlichung entsprechender Daten selbst eine Sanktionswirkung ausgehen. Veröffentlichung schafft Transparenz. Bereits hierdurch könnte ein gewisser Druck auf Unternehmen ausgeübt werden, entsprechende gesetzliche Quoten zu erfüllen. Die Schaffung einer Offenlegungspflicht des Geschlechteranteils, gegebenenfalls nicht nur für die oberste, sondern auch für weitere Führungsebenen, wäre - auch ohne (verpflichtende) Quotenregelung - anzudenken. Müssten Unternehmen regelmäßig Anga-

ben über die Struktur ihrer Führungsgremien oder über Maßnahmen zur Förderung weiblicher Mitarbeiter publizieren, könnte das gegebenenfalls erheblichen Rechtfertigungsdruck erzeugen, warum Frauen nicht stärker gefördert und keine familienfreundlicheren Arbeitsbedingungen geschaffen werden.

1. Eignung

Dem Gesetzgeber steht nicht nur im Hinblick auf die Einführung einer Geschlechterquote unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten eine Einschätzungsprärogative zu¹. Auch bei der Erstellung eines Sanktionenkataloges ist dem Gesetzgeber ein weiterer Prognosespielraum einzuräumen.

Die Wirkung einer Veröffentlichungspflicht wird stark vom Inhalt, von der Darstellungsweise und vor allem von dem gewählten Medium abhängen. Eine Bekanntmachung derartiger Informationen im Zusammenhang mit der Publikation betriebswirtschaftlicher Daten wie Jahresabschluss und Lagebericht birgt die Gefahr, dass entsprechende Angaben zwar publiziert werden, die Verbreitungswirkung aber verfehlt wird. Die Sanktionswirkung dürfte maßgeblich vom Verbreitungsgrad der Information abhängen. Auch wenn über weitere Faktoren, wie etwa Presseberichte, eine Verbreitung verstärkt werden könnte, ist die reine „Zugänglichkeit“ entsprechender Daten zwar unter verfassungsrechtlichen Aspekten sicherlich nicht zu beanstanden, aber unter rechtstatsächlichen Gesichtspunkten nicht optimal. Vorzugswürdig erscheint es aus dem Blickwinkel der Praxis, einen leicht zugänglichen Informationskanal zu wählen.

2. Ausgestaltung einer Regelung

Unter dieser Prämisse erscheint eine Veröffentlichung im Anhang des Jahresabschlusses (§ 264 HGB) oder im Lagebericht des Unternehmens (§§ 289, 289a HGB)² nicht als erstes Mittel der Wahl³. Diese Offenlegungen erfolgen durch Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger nach § 325 Abs. 1 HGB und dürften damit faktisch nur eine Fachöffentlichkeit erreichen. Ein Interesse der generellen Öffentlichkeit konnte

¹ S. hierzu die Ausführungen im Abschnitt V.

² Der Gesetzentwurf aus Nordrhein-Westfalen sieht in Art. 9 eine Ergänzung von § 289 Abs. 3 um einen Satz 2 vor, der bestimmt, dass der Anteil der Geschlechter an der Gesamtzahl der leitenden Angestellten und Organmitglieder für die Lage der Gesellschaft in jedem Fall von Bedeutung seien.

³ Zumindest die Erklärung zur Unternehmensführung (§ 289a HGB) kann nach derzeitiger Rechtslage auch auf der Internetseite der Gesellschaft veröffentlicht werden; vgl. § 289a Abs. 1 S. 2 HGB.

bisher nicht beobachtet werden⁴. Allemal günstiger wäre sicherlich die Veröffentlichung auf der Internetseite des jeweiligen Unternehmens.

Gegen eine Verortung im Anhang des Jahresabschlusses könnten auch systematische Einwände erhoben werden. Nach § 264 Abs. 1 S. 1 HGB ist der Jahresabschluss (§ 242 HGB) einer Kapitalgesellschaft um einen Anhang gemäß §§ 284 bis 288 HGB zu erweitern. Dieser soll den Jahresabschluss erläutern und enthält zusätzliche Informationen zum Geschäftsverlauf⁵ und zur Lage der Kapitalgesellschaft⁶. Der Jahresabschluss dient der Gewinnermittlung und Ausschüttungsbemessung und damit der Information von Anteilseignern und Gläubigern über die finanzielle Situation. Die Geschlechterverteilung in Vorstand und Aufsichtsrat bzw. die Einhaltung einer bestimmten Quote stehen damit nicht in unmittelbarem sachlichen Zusammenhang. Der Anhang enthält zwar gem. § 285 Abs. 1 Nr. 10 HGB auch die Namen einschließlich mindestens eines Vornamens aller Mitglieder des Geschäftsführungsorgans, jedoch dürfte der Anhang des Jahresabschlusses als Dokument der Rechnungslegung zur Veröffentlichung von Quoten zur geschlechtergerechten Besetzung weniger geeignet sein.

Der Lagebericht gemäß § 289 HGB stellt eine Standortbestimmung für das Unternehmen dar. Er soll den Jahresabschluss um Informationen allgemeiner Art ergänzen sowie der Analyse und Kommentierung relevanter Kennzahlen und Sachverhalte dienen⁷. Es könnte erwogen werden, eine Verpflichtung zur Erklärung zum Geschlechteranteil als neue Nr. 6 unter § 289 Abs. 2 HGB aufzunehmen⁸. Sollte eine entsprechende Pflicht auf Aktiengesellschaften, die einem organisierten Markt angehören bzw. börsennotiert sind, begrenzt sein, käme eine Verankerung in § 289 Abs. 4 HGB oder in der Erklärung zur Unternehmensführung gemäß § 289a Abs. 2 HGB, die ein Teil des Lageberichtes darstellt, in Betracht.

Rechtstechnisch könnte eine Regelung auch in einer gesonderten Norm, z. B. als § 289b HGB, erfolgen. Sie würde dadurch für den Rechtsanwender sicherlich präsen- ter und die Bedeutung der gesetzgeberischen Intention wäre damit unterstrichen.

⁴ So die Stellungnahme des Bundesverbandes der Deutschen Industrie e.V. (BDI) vom 24.3.2011 zum Gesetzentwurf aus Nordrhein-Westfalen, S. 12.

⁵ Merkt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 34. Auflage 2010, § 264 Rn. 4.

⁶ Merkt, in: Baumbach/Hopt, § 264 Rn. 5.

⁷ Wiedmann, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Auflage 2008, § 289 Rn. 1.

⁸ Vgl. auch den Vorschlag zur Schaffung eines neuen § 289 Abs. 3 S. 2 HGB bzw. § 289 Abs. 3a HGB bei Schmidt, Die Berichtspflicht des § 289 Abs. 5 HGB in: Aktionärinnen fordern Gleichberechtigung, 2010, S. 106; abrufbar unter

<http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/Service/Publikationen/publikationsliste,did=165456.html>.

3. **Bewertung**

Entscheidend ist, falls eine entsprechende Normierung erfolgen sollte, dass der gewünschte Publizitätseffekt erzielt wird, zugleich aber der für die Unternehmen entstehende Aufwand vertretbar bleibt. Die Einbindung der Umsetzung in unternehmerische Prozesse dürfte relativ leicht möglich sein, etwa durch eine jährliche Veröffentlichung von Zahlen auf der Internetseite. Diese vergleichsweise milde Sanktion könnte - auch ohne tief greifende Änderungen vornehmen zu müssen - im Gesetz verankert werden. Die Frage nach dem besten Placement einer Offenlegungspflicht im HGB ist dabei sicherlich zweitrangig. Die Publizitätspflicht könnte dabei sowohl als alleinige Sanktion, aber auch flankierend neben anderen Sanktionen zum Einsatz kommen. Selbst ohne Schaffung einer geschlechterspezifischen Quote, wäre eine verpflichtende Veröffentlichung der Verhältnisse in Vorstand und Aufsichtsrat denkbar. Allerdings sollten die Erfolgsaussichten - auch bei interessierter Aufnahme des Themas durch die mediale Öffentlichkeit - nicht überschätzt werden.

II. **Unwirksamkeit der Bestellung von Aufsichtsrats- oder Vorstandsmitgliedern**

Möglich wäre es auch, einen Verstoß gegen eine zwingende Proporzregel bei der Besetzung von Organen mit der Unwirksamkeit der Bestellung bzw. der Wahl zu sanktionieren⁹. Werden Aufsichtsräte bzw. Vorstände unter Verletzung einer gesetzlichen Quotenregelung in das entsprechende Gremium berufen, könnte dies die Anfechtbarkeit bzw. die Nichtigkeit zur Folge haben. Bei solchen Überlegungen ist neben der rechtstechnischen Ausgestaltung auch ein besonderes Augenmerk auf die praktischen Folgen einer solchen Regelung zu richten.

1. **Eignung**

Die Rechtsfolge der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit wäre zweifelsohne ein scharfes Schwert zur Durchsetzung der Quotenregelung. Der Unterschied zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit wäre dabei nur gradueller Natur. Um entsprechende Folgen der Unwirksamkeit zu vermeiden, wären die Beteiligten gehalten, besonderes Augenmerk auf die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zu legen. Die Schwere des Eingriffs korrespondiert so mit einer entsprechenden Wirkkraft der Sanktion. Die Geeignetheit der Maßnahme ist somit gegeben.

⁹ Der italienische Gesetzentwurf sieht im Fall eines nachhaltigen Quotenverstoßes die Auflösung des Verwaltungsrats vor, vgl. hierzu die Ausführungen im Abschnitt II.

2. Ausgestaltung der Sanktion für den Aufsichtsrat

Die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern ist - wie jeder Hauptversammlungsbeschluss - wegen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung durch Klage anfechtbar bzw. kann unter bestimmten Umständen sogar nichtig sein. Die §§ 250 ff. AktG beinhalten hierfür eine Reihe von Sondervorschriften. Auf die allgemeinen Vorschriften der §§ 241 ff. AktG darf nur bei ausdrücklicher Gestattung in den §§ 250 ff. AktG zurückgegriffen werden¹⁰.

Nach § 251 Abs. 1 Satz 1 AktG kann die Wahl eines Aufsichtsratsmitgliedes durch die Hauptversammlung wegen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung durch Klage angefochten werden. Eine beachtliche Gesetzesverletzung wäre wohl gegeben, wenn eine verbindliche Geschlechterquote bei der Besetzung des Aufsichtsrates nicht eingehalten werden würde; sofern diese Rechtsfolge gewollt oder auch abgelehnt würde, erschiene jedenfalls eine Klarstellung durch den Gesetzgeber ratsam. Zur Anfechtung befugt sind die in § 251 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 245 Nr. 1, 2 und 4 AktG genannten Berechtigten. Befugt zur Anfechtung sind demnach Aktionäre (§ 245 Nr. 1 und 2 AktG - unter den dort genannten Voraussetzungen) sowie der Vorstand (§ 245 Nr. 4 AktG).

Zu überlegen könnte auch eine Erweiterung des Kreises der Anfechtungsbefugten auf bestimmte Verbände sein, um die Anfechtung vom Willen der Aktionäre bzw. des Vorstandes unabhängig auszugestalten. Eine derartige Verbandsklage würde eine Ergänzung des individuellen Rechtsschutzes gegen Verletzungen der beabsichtigten Quotenregelung von praktischer Relevanz beinhalten, um Verstöße im Interesse der Allgemeinheit zu beenden. Eine Regelung könnte z. B. nach dem Vorbild von § 251 Abs. 2 Satz 2 AktG auf im Betriebsrat vertretene Gewerkschaften erweitert werden.

Die Anfechtungsklage muss gemäß §§ 251 Abs. 3, 246 AktG innerhalb eines Monats nach der Beschlussfassung erhoben werden. Ein erfolgreich angefochtener Hauptversammlungsbeschluss ist mit Wirkung gegenüber allen materiell Beteiligten (§ 252 Abs. 2 AktG)¹¹ nichtig. Nach herrschender Ansicht tritt die dem Anfechtungsurteil zukommende Rückwirkung auch bei der Anfechtung von Wahlbeschlüssen ein¹². Denkbar wäre es aber auch, dass sich der Gesetzgeber in diesem Fall für eine ex nunc-Ausgestaltung der Anfechtung entscheidet; das würde bedeuten, dass Beschlüsse des

¹⁰ Hüffer, in: Münchener Kommentar Aktiengesetz, 2. Auflage 2001, § 250 Rn. 1.

¹¹ Hüffer, Aktiengesetz, 9. Auflage 2010, § 252 Rn. 1.

¹² Hüffer, Aktiengesetz, § 252 Rn. 8.

Aufsichtsrates unter Mitwirkung des Aufsichtsratsmitgliedes, dessen Wahl angefochten wurde, ihre Wirksamkeit behielten¹³. Im Interesse der Rechtssicherheit und Handlungsfähigkeit der betroffenen Unternehmen könnte eine solche Lösung zu erwägen sein.

Statt der Anfechtbarkeit der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern kommt eine unmittelbare Nichtigkeit der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern beim Verstoß gegen eine Quotenregelung nach § 250 AktG in Betracht. Die Nichtigkeit der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern ist in § 250 AktG geregelt. Zweck dieser Regelung ist die Rechtssicherheit und -klarheit in der Frage, wann ein Beschluss der Hauptversammlung über die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern nichtig ist, sowie der Rechtsschutz der Arbeitnehmerseite gegen die Verletzung zwingender mitbestimmungsrechtlicher Vorschriften durch Wahlbeschlüsse der Hauptversammlung¹⁴. § 250 AktG beschreibt die Nichtigkeitsgründe bei der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern abschließend¹⁵. Der Verstoß gegen eine Quotenregelung könnte in den abschließenden Katalog des § 250 Abs. 1 AktG aufgenommen werden¹⁶. Die Nichtigkeit ist die Ausnahmefolge eines Beschlussmangels, regelmäßige Folge ist die bloße Anfechtbarkeit¹⁷. Die Nichtigkeit ordnet das Gesetz nur bei besonders evidenten oder inhaltlich schwerwiegenden Verletzungen an¹⁸. Wie die Rechtsfolge im Einzelnen ausgestaltet wird, hängt von der Einstufung der Schwere des Verstoßes durch den Gesetzgeber ab.

Entscheidend ist die Frage, welche Konsequenzen - sei es als Folge einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage - die Unwirksamkeit der Wahl eines Aufsichtsratsmitgliedes nach sich zieht. Dabei dürfte nach den Modalitäten der Wahl zu differenzieren sein. Bei einer Global- oder Listenwahl aller Mitglieder dürfte nicht zu ermitteln sein, welche der gekorenen Personen noch innerhalb einer gesetzlichen Geschlechterquote liegen und welchen eine Überschreitung zuzuschreiben ist¹⁹. Folgerichtig müsste man daher von der Nichtigkeit der Wahl aller Aufsichtsratsmitglieder und damit auch aller vom Aufsichtsrat getroffener Beschlüsse ausgehen²⁰. Im Fall einer Einzelwahl wäre die Wahl derjenigen Aufsichtsratsmitglieder ungültig, an deren Stelle - entsprechend der

¹³ So etwa die geltende Rechtslage bei § 22 MitbestG; vgl. dazu Gach, in: Münchener Kommentar, Mitbestimmungsgesetz, § 22 Rn. 16.

¹⁴ Hüffer, in: Münchener Kommentar Aktiengesetz, § 250 Rn. 2.

¹⁵ Hüffer, in: Münchener Kommentar Aktiengesetz, § 250 Rn. 5 f.

¹⁶ Der Gesetzentwurf von Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs. 17/3296) sieht durch eine Erweiterung von § 250 AktG vor, dass der Beschluss der Hauptversammlung über die Wahl des Aufsichtsrats im Fall des Verstoßes gegen die Quotenbestimmung nichtig ist.

¹⁷ Hüffer, in: Münchener Kommentar Aktiengesetz, § 241 Rn. 6.

¹⁸ Hüffer, in: Münchener Kommentar Aktiengesetz, § 241 Rn. 6.

¹⁹ Vgl. zur Problematik der Wahlmodalitäten und der Sicherstellung der Einhaltung einer Quotenbestimmung die Ausführungen im Abschnitt VIII.

²⁰ Vgl. insoweit auch BGHZ 11, 231/246.

Quote - eine Person anderen Geschlechts zu berücksichtigen gewesen wäre. Unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise dies zu ermitteln wäre, müsste der Gesetzgeber konkret festlegen, die Wahlreihenfolge kann kaum als Anknüpfungspunkt dienen²¹. Die Wirksamkeit von Beschlüssen, an denen Mitglieder mitgewirkt haben, deren Berufung wegen Verstoßes gegen die Quotenregelung nichtig war, hinge dann davon ab, ob der Aufsichtsrat auch ohne sie beschlussfähig war und die erforderliche Mehrheit auch nach Abzug ihrer Stimmen gegeben ist²². Falls dies der Fall ist, ist der Beschluss gültig, da er nicht auf den Stimmen der Nicht-Mitglieder beruht; im übrigen wäre der Beschluss nichtig²³.

Von einer Anfechtbarkeit der Aufsichtsratswahl dürfte auch auszugehen sein, wenn Unternehmen gesetzlich verpflichtet würden, selbst eine Quote für sich zu definieren („Flexiquote“ bzw. „gesetzliche Verpflichtung zur Selbstverpflichtung“²⁴) und im Anschluss darin keine solche Geschlechterquote treffen würden. Eine Klarstellung des Gesetzgebers, der sich für diese Ausgestaltung entscheiden will, erscheint aber jedenfalls empfehlenswert. Hat bei einer derartigen Ausgestaltung ein Unternehmen hingegen eine entsprechende Quote im Wege der Selbstverpflichtung geschaffen und hält sich dann nicht daran, so ist nicht von einer Anfechtbarkeit auszugehen, da kein Gesetzesverstoß vorliegt. Ist in diesem Fall die Anfechtbarkeit gewünscht, müsste eine Norm im Gesetz dies ausdrücklich anordnen. Die im Rahmen der Selbstverpflichtung gesetzte Quote müsste als Voraussetzung der ordnungsgemäßen Zusammensetzung des Aufsichtsrates formuliert werden.

3. Nichtigkeit der Bestellung des Vorstandes

Bei der Festlegung einer Quotenregelung für den Vorstand der Aktiengesellschaft sind folgende Erwägungen zu berücksichtigen: § 76 AktG regelt die Leitung der Aktiengesellschaft durch den Vorstand, insbesondere § 76 Abs. 3 AktG legt - im weitesten Sinne - die Eignung zum Vorstandsmitglied fest. Eine quotenkonforme Bestellung wäre demnach hier als weitere Voraussetzung, z. B. als neue Nummer 4, zu berücksichtigen. Ein Verstoß hiergegen würde zur Nichtigkeit der Bestellung führen (§ 134 BGB)²⁵. Die Bestellung und Abberufung des Vorstandes obliegt dem Aufsichtsrat (§ 84 AktG).

²¹ S. hierzu die Ausführungen im Abschnitt VIII.

²² BGHZ 47, 341/346 f.

²³ Hüffer, Aktiengesetz, § 101 Rn. 17.

²⁴ Vgl. zur „Flexiquote“ insbesondere die Ausführungen im Abschnitt V.

²⁵ Hüffer, Aktiengesetz, § 76 Rn. 28.

Erkennt der Aufsichtsrat, dass eine Berufung in den Vorstand fehlerhaft ist, hat er durch eine wirksame Bestellung abzuhelpen²⁶.

Im Falle der „Flexiquote“ müsste die Einhaltung der selbstverpflichtend festgelegten Quote ebenfalls als Voraussetzung der Bestellung zum Vorstand gesetzlich normiert sein.

Der Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs²⁷ wird bei einer nicht wirksam bestellten Person zum Vorstand durch § 15 Abs. 3 HGB Rechnung getragen. Die Bestellung eines Vorstandsmitgliedes ist nach § 81 Abs. 1 AktG deklaratorisch²⁸ in das Handelsregister einzutragen. Ist die Eintragung und Bekanntmachung erfolgt, kann sich ein Dritter gegenüber der Aktiengesellschaft auf die Stellung als Vorstand berufen, es sei denn, dass er die Unrichtigkeit kannte. Im innergesellschaftlichen Bereich gilt, dass diejenige Person, die ohne wirksame Vorstandsbestellung mit Wissen des Aufsichtsrats für die Aktiengesellschaft als Vorstandsmitglied tätig wird, wegen der tatsächlich ausgeübten Organstellung die gesetzlichen Pflichten eines ordnungsgemäß bestellten Vorstandsmitgliedes hat²⁹. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass der von einem Nicht-Vorstandsmitglied festgestellte Jahresabschluss nach § 256 Abs. 2 AktG nichtig ist³⁰.

4. Gerichtliche Bestellung von Ersatzmitgliedern

Sowohl bei Fehlern bei der Besetzung des Aufsichtsrates als auch des Vorstandes, kann es zu einer gerichtlichen Bestellung von Ersatzmitgliedern kommen.

Gehört dem Aufsichtsrat die zur Beschlussfassung nötige Zahl von Mitgliedern nicht an, so hat sie das Gericht auf Antrag gemäß § 104 Abs. 1 Satz 1 AktG zu ergänzen. Das Antragsrecht steht neben dem Vorstand jedem Aufsichtsratsmitglied und jedem Aktionär sowie bei mitbestimmten Gesellschaften dem in § 104 Abs. 1 S. 3 AktG genannten Kreis zu. Das Gericht entscheidet dabei grundsätzlich frei über die Auswahl der zu bestellenden Personen, ohne an Personalvorschläge des Antragstellers gebunden zu sein³¹. Ist nach § 104 Abs. 4 Satz 3 AktG ein Aufsichtsratsmitglied zu ersetzen, das nach Gesetz oder Satzung in persönlicher Hinsicht besonderen Voraussetzungen

²⁶ Frodemann/Schäfer, in: Henn/Frodemann/Jannott, Handbuch des Aktienrechts, 8. Auflage 2009, 7, 58.

²⁷ Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 34. Auflage 2010, § 15 Rn. 1.

²⁸ Spindler, in: Münchener Kommentar Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, § 81 Rn. 23.

²⁹ Spindler, in: Münchener Kommentar Aktiengesetz, § 84 Rn. 226.

³⁰ Seibt, in: Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl. 2010, § 84 Rn. 22.

³¹ BayObLG, AG 2005, 350 zum Aufsichtsrat einer GmbH.

entsprechen muss, so muss auch das vom Gericht bestellte Aufsichtsratsmitglied diesen Voraussetzungen entsprechen. Bei der Auswahlentscheidung sind gesetzliche Bestellungs Voraussetzungen und Hindernisse zu beachten³². Hierunter würden auch gesetzliche Quotenregelungen fallen. Einer weiteren Ergänzung in § 104 AktG bedürfte es demnach nicht.

Auch beim Fehlen eines Vorstandsmitgliedes kann das Gericht in dringenden Fällen ein Mitglied bestellen (§ 85 AktG). Das gerichtlich bestellte Vorstandsmitglied hat die Rechte und Pflichten des fehlenden Vorstandsmitglieds, seine Stellung erlischt gemäß § 85 Abs. 2 AktG mit einer Ersatzbestellung. Man könnte argumentieren, dass bei einer nicht rechtswirksam bestellten Person, die mit Wissen und Wollen des Aufsichtsrates als Vorstand tätig wird, ein Fehlen gemäß § 85 AktG erst vorliegt, wenn sie der Aufsichtsrat aus ihrer tatsächlichen Stellung entfernt hat. Diese Befugnis kann er jederzeit ausüben³³. Für ein tatsächlich tätiges, unter Verstoß gegen die Quotenregelung bestelltes Mitglied dürften somit die Voraussetzungen einer Bestellung nach § 85 AktG nicht vorliegen. Nach einer Entfernung des fehlerhaft bestellten Vorstandsmitglieds kann das Gericht unter den Voraussetzungen des § 85 Abs. 1 AktG ein Mitglied bestellen. Eine Dringlichkeit im Sinne der Norm ist dann anzunehmen, wenn der Aktiengesellschaft, ihren Aktionären oder Gläubigern, der Belegschaft oder der Öffentlichkeit erhebliche Nachteile drohen und der Aufsichtsrat nicht oder nicht schnell genug tätig werden kann³⁴. Antragsberechtigt ist jeder, der ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Bestellung durch das Gericht hat, z. B. Organmitglieder und Gläubiger³⁵. Die gesetzlichen Eignungsvoraussetzungen des zu bestellenden Vorstandsmitglieds müssen durch das Gericht beachtet werden³⁶, hierzu dürfte auch eine normierte Quotenregelung zählen.

5. **Bewertung**

Angesichts der aufgezeigten nachhaltigen Konsequenzen dürfte es sich bei der Unwirksamkeit der Bestellung von Aufsichtsrats- und Vorstandsmitgliedern um eine der schwerwiegendsten Sanktionen handeln, die zur Durchsetzung einer Quotenregelung in Betracht kommen. Die weiteren Folgen für die Unternehmensleitung und wirtschaftlichen Auswirkungen sind aus der jetzigen Warte nur schwerlich genauer zu beschrei-

³² Habersack, in: Münchener Kommentar Aktiengesetz, 3. Auflage 2008, § 104 Rn. 33.

³³ Spindler, in: Münchener Kommentar Aktiengesetz, § 85 Rn. 4.

³⁴ Hüffer, in: Hüffer, Aktiengesetz, § 85 Rn. 3.

³⁵ Hüffer, in: Hüffer, Aktiengesetz, § 85 Rn. 4.

³⁶ Seibt, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 85 Rn. 6.

ben, könnten aber erheblich sein. Hier könnte in der Tat ein wirksamer Hebel zur Durchsetzung liegen. Andererseits ist nicht zu verkennen, dass Anfechtbarkeit bzw. Nichtigkeit Rechtsunsicherheit für die Unternehmen bedeuten können, sowohl hinsichtlich der Gremienbesetzung selbst als auch hinsichtlich der von diesen getroffenen Entscheidungen. Die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft wäre zumindest belastet. Zumindest eine Abschwächung durch Implementierung einer Wirkung lediglich ex nunc könnte erwogen werden.

Die im nordrhein-westfälischen Gesetzentwurf vorgesehene Lösung erscheint - unabhängig von den Bedenken wegen der Gefahr willkürlicher Auswirkungen³⁷ - nicht ganz unproblematisch, da es, insbesondere infolge der komplexen Wahlregelungen im Mitbestimmungsrecht, durchaus vorstellbar sein könnte, dass ein Aufsichtsrat auch nach mehreren Wahlgängen nicht quotengerecht besetzt ist. Dies könnte die vollständige Handlungsunfähigkeit bedingen und tiefgreifende Unsicherheiten für die Unternehmensführung bedeuten, bis eine gerichtliche Bestellung nach § 104 AktG vorliegt.

III. **Missbilligungsbeschluss der Hauptversammlung**

In Anlehnung an die Regelung des § 120 Abs. 4 AktG ist zu erwägen, der Hauptversammlung einer börsennotierten Gesellschaft das Recht einzuräumen, über die Billigung der Besetzung des Vorstands im Hinblick auf eine Quotenregelung zu entscheiden. Nach § 120 Abs. 4 AktG kann die Hauptversammlung der börsennotierten Gesellschaft über die Billigung des Systems zur Vorstandsvergütung beschließen.

1. **Eignung**

Eine entsprechende Normierung hätte zur Folge, dass die geschlechtergerechte Quotierung des Vorstandes zum Gegenstand der Hauptversammlung gemacht werden könnte. Die dadurch erzeugte Öffentlichkeit wäre wohl unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten geeignet eine Durchsetzung der Geschlechterquote zu erreichen.

2. **Ausgestaltung einer Regelung**

Die Regelung des § 120 Abs. 4 AktG knüpft an gemeinschaftsrechtliche Empfehlungen an und zielt darauf ab, den Aufsichtsrat zu einer besonderen Gewissenhaftigkeit bei der Ausübung der in § 87 Abs. 1 AktG niedergelegten Grundsätze für die Bezüge der

³⁷ Vgl. zu diesen grundsätzlichen Bedenken die Ausführungen im Abschnitt VIII.

Vorstandsmitglieder anzuhalten³⁸. Hervorzuheben ist, dass der Beschluss über die Billigung oder Missbilligung des Vergütungssystems nach § 120 Abs. 4 Satz 2 rechtlich nicht verbindlich ist und gemäß § 120 Abs. 4 Satz 3 nicht nach § 243 AktG der Anfechtung unterliegt. Durch eine entsprechende Regelung (z. B. in § 119 AktG) könnte der Hauptversammlung das Recht eingeräumt werden, eine Entscheidung über die Billigung einer geschlechtergerechten Besetzung des Vorstandes zu treffen.

3. **Bewertung**

Es ist davon auszugehen, dass ein Beschluss der Hauptversammlung, in dem die Besetzung des Vorstandes missbilligt wird, in der Öffentlichkeit nicht unbeachtet bliebe. Andererseits dürfte es in der Praxis wenig wahrscheinlich sein, dass die Hauptversammlung einen Missbilligungsbeschluss fasst und dadurch gegebenenfalls dem öffentlichen Ansehen des Unternehmens Schaden zufügt. Die Möglichkeit eines Missbilligungsbeschlusses dürfte daher keine nachhaltige Sanktion zur Durchsetzung einer Geschlechterquote im Vorstand beinhalten.

IV. **Haftung des Vorstandes und des Aufsichtsrats**

Die bereits vorhandenen allgemeinen Haftungsbestimmungen könnten einen weiteren Ansatz darstellen, um Gleichstellungsnormen effektiv durchzusetzen. Das bestehende Aktienrecht kennt mit §§ 93, 116 AktG Haftungstatbestände die unter Umständen an die Verletzung einer gesetzlich vorgeschriebenen Geschlechterquote anknüpfen könnten.

1. **Eignung**

Haftungstatbestände sind stets ein möglicher Ansatz um den Normadressaten zur Beachtung entsprechender Regeln anzuhalten. Inwieweit diese tatsächlich die Durchsetzung einer Quotenregelung vorantreiben können, hängt von verschiedenen Faktoren ab. Die drohende Haftungshöhe und die Wahrscheinlichkeit einer Inanspruchnahme dürften entscheidend für die praktische Schlagkraft der Haftung sein. Auch ein (drohender) Imageverlust durch die Geltendmachung einer entsprechenden Forderung darf nicht außer Acht gelassen werden. Zu beachten ist, dass die in Betracht kommenden Haftungstatbestände allenfalls eine gesellschaftsinterne Verantwortlichkeit begründen. Dass diese optimal zur Durchsetzung einer Geschlechterquote geeignet sind, darf be-

³⁸ Beschlussempfehlung und Beratung des Rechtsausschusses zum Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, BT-Drs. 16/13433, S. 12.

zweifelt werden. Vor dem Hintergrund des weiten Ermessenspielraums des Gesetzgebers wird man aber noch von der verfassungsrechtlichen Geeignetheit ausgehen dürfen.

2. Mögliche Rechtsgrundlagen einer Haftung

§ 93 AktG enthält eine Regelung zur Sorgfaltspflicht und Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber der Gesellschaft. Die Norm ist zwingend und kann weder durch Satzung noch durch Anstellungsvertrag abgeschwächt werden³⁹. § 93 Abs. 1 AktG bestimmt Verhaltensanforderungen für Vorstandsmitglieder; sie haben die von dem Unternehmen zu beachtenden Rechtsnormen in ihrer ganzen Breite einzuhalten⁴⁰. Auch Ziffer 4.1.3. DCGK verweist darauf, dass der Vorstand für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen hat und auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hinwirkt (Compliance). Diese Bindung umfasst auch die Verpflichtung im Aktienrecht normierte Geschlechterquoten zu beachten. Die Mitglieder des Aufsichtsrats werden gemäß § 101 Abs. 1 AktG von der Hauptversammlung gewählt. Ist der Vorstand der Ansicht, dass der Aufsichtsrat - z. B. auch bei einer nicht geschlechterquotenkonformen Besetzung - nicht nach den für ihn maßgeblichen Vorschriften zusammengesetzt ist, so hat er dies nach § 97 Abs. 1 AktG unverzüglich bekannt zu machen⁴¹. Entspricht der Vorstand seinen Sorgfaltspflichten nicht, kommt theoretisch - aber praktisch wenig relevant - eine Haftung gegenüber der Gesellschaft nach § 93 Abs. 2 bis 4 AktG in Betracht.

Die Regelung des § 93 AktG gilt aufgrund der Verweisung in § 116 AktG für die Mitglieder des Aufsichtsrates entsprechend. Neben der Überwachungsfunktion ist die Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern eine Kernfunktion des Aufsichtsrates, § 84 Abs. 1 AktG⁴². Der Aufsichtsrat hat ferner das Recht und die Pflicht, der Hauptversammlung Vorschläge zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern zu unterbreiten und hierdurch an seiner eigenen Zusammensetzung mitzuwirken, § 124 Abs. 3 AktG. Dem Aufsichtsrat könnte bei der Bestellung des Vorstands und Wahlvorschlägen, die einem im Aktiengesetz geforderten Frauenanteil nicht entsprechen, eine Pflichtwidrig-

³⁹ Hüffer, AktG, § 93 Rn. 1; aber auch eine Verschärfung, etwa im Sinne einer Erfolgshaftung, wird als unzulässig angesehen.

⁴⁰ Krieger/Sailer, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 6.

⁴¹ Die Bekanntmachung erfolgt gemäß § 97 Abs. 1 Satz 1 AktG in den Gesellschaftsblättern und gleichzeitig durch Aushang in sämtlichen Betrieben der Gesellschaft und ihrer Konzernunternehmen.

⁴² Spindler, in: Münchener Kommentar AktG, § 84 Rn. 12.

keit vorzuwerfen sein, die zur Haftung der Aufsichtsratsmitglieder nach §§ 116, 93 AktG führen und eine Schadensersatzpflicht begründen könnte.

Fraglich ist, welcher Schaden der Gesellschaft durch die Verletzung einer Quotenregelung entstehen können. Denkbar wären z. B. die Kosten für die erneute Einberufung der Hauptversammlung, die gegen den Aufsichtsrat geltend gemacht werden könnten.

3. **Bewertung**

Die Ausführungen zeigen, dass die Drohkulisse einer zivilrechtlichen Haftung des Aufsichtsrates und Vorstandes gegenüber der Gesellschaft auf eher tönernen Füßen steht. Schadenersatzansprüche bei Einführung einer Quotenregelung dürften in der Praxis eher selten erfolgreich geltend gemacht werden können.

V. **Verlust der Börsennotierung oder Auflösung der Gesellschaft**

Als weitere Sanktion käme der Verlust Börsennotierung oder gar die Auflösung der Gesellschaft⁴³ bei einem fortwährenden Verstoß gegen eine gesetzliche Geschlechterquote in Betracht.

1. **Eignung**

Die Aberkennung der Börsenzulassung stellt eine einschneidende Maßnahme für alle an der Börse notierten Unternehmen dar. Eine noch schwerwiegendere Sanktion wäre ohne Zweifel die Auflösung der Gesellschaft. Betrachtet man die Schwere der daraus resultierenden Folgen, so wird man an der Effektivität und auch an der Geeignetheit einer solchen Maßnahme nicht zweifeln können. Fragen werfen eher die Punkte der Erforderlichkeit und Angemessenheit auf.

2. **Ausgestaltung**

§ 39 BörsenG regelt den Verlust der Börsennotierung. Gemäß § 39 Abs. 1 BörsenG kann die Geschäftsführung die Zulassung von Wertpapieren zum Handel im regulierten Markt außer nach den Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes widerrufen,

⁴³ Das norwegische Gesetz sieht diese Sanktion vor, s. hierzu im Einzelnen die Ausführungen im Abschnitt II. Zur Anwendung gelangt ist diese Sanktion dort allerdings in der Praxis - soweit ersichtlich - noch nicht. Der italienische Gesetzentwurf sieht nicht die Auflösung der Gesellschaft, sondern des Verwaltungsrats vor.

wenn ein ordnungsgemäßer Börsenhandel auf Dauer nicht mehr gewährleistet ist und die Geschäftsführung die Notierung im regulierten Markt eingestellt hat oder der Emittent seine Pflichten aus der Zulassung auch nach einer angemessenen Pflicht nicht erfüllt.

Die Börsenzulassung nach § 32 BörsenG stellt einen begünstigenden Verwaltungsakt dar⁴⁴. Bei einer neu eingeführten Quotenregelung käme zur Aufhebung der Börsennotierung nur der Widerruf nach § 49 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG in Betracht, wenn der Widerruf durch Rechtsvorschrift zugelassen ist. Es könnte eine gesetzliche Regelung für börsennotierte Unternehmen geschaffen werden, dass - nach einer Übergangszeit - die Börsenzulassung bei einem Verstoß gegen die beabsichtigte Quotenregelung entzogen werden kann.

Die Auslösung der Gesellschaft im Fall eines fortdauernden Quotenverstoßes wäre durch eine eigenständige Vorschrift zu implementieren.

3. **Bewertung**

Grundsätzlich bestünde die Möglichkeit eine entsprechende Rechtsgrundlage zum Widerruf der Börsenzulassung in das Aktiengesetz aufzunehmen. Allerdings wäre eine solche Sanktion nur schwer mit der Systematik der Börsenzulassung in Einklang zu bringen. Zulassungspflicht, Widerruf und deren Voraussetzungen dienen primär dem Schutz der Anleger und der Gewährleistung des ordnungsgemäßen Börsenhandels⁴⁵. Eine Rechtsvorschrift zur Auslösung der Gesellschaft wäre rechtstechnisch ebenfalls sicherlich vorsehbar. Es erscheint aber jedenfalls fraglich, ob solche schweren Sanktionen als verfassungsrechtlich geeignet und angemessen angesehen werden kann⁴⁶. Die Sanktion des Widerrufs der Börsenzulassung käme zudem nur bei börsennotierten Gesellschaften in Betracht, bei allen anderen Unternehmen bliebe die Maßnahme wirkungslos. Insgesamt dürften die Aberkennung der Börsennotierung ebenso wie die Auflösung einer Gesellschaft als unverhältnismäßige Sanktionen eher außer Betracht bleiben.

⁴⁴ Haas/Mock, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Auflage 2010, § 33 Rn. 71.

⁴⁵ So zu Recht die Begründung des nordrhein-westfälischen Gesetzentwurfs, S. 25.

⁴⁶ Ebenso die Gesetzesbegründung des nordrhein-westfälischen Entwurfs, S. 25.

VI. Steuerrechtliche Sanktionen

Als Sanktion der Missachtung einer gesetzlich festgelegten Mindestquote kommt eine Versagung der steuerlichen Abzugsfähigkeit der Vergütungen der Gremienmitglieder in Betracht. Qualifizierte man die Aufwendungen für Aufsichtsrats- und ggf. Vorstandsvergütungen als nichtabziehbare Betriebsausgaben, könnten sie vollumfänglich nicht mehr gewinnmindernd berücksichtigt werden, was bei den Unternehmen (sofern Gewinne erwirtschaftet werden) ein verbessertes Betriebsergebnis und damit eine höhere Besteuerung zur Folge hätte. Allerdings besteht in § 10 Nr. 4 KStG bereits ein hälftiges Abzugsverbot für Aufsichtsratsvergütungen, so dass sich die Nichtabziehbarkeit hinsichtlich des Aufsichtsrats nur auf die übrigen 50% der Vergütungen auswirken würde.

1. **Eignung**

Nicht verkannt werden darf, dass durch den Einsatz steuerrechtlicher Lenkungsnormen keine Verbote, sondern Anreize zur Stützung einer gesellschaftspolitischen Forderung gesetzt werden. Das einzelne Unternehmen kann sich also entscheiden, ob eine Genderquote beachtet oder höhere Steuerzahlungen in Kauf genommen werden. Vor dem Hintergrund des bereits bestehenden hälftigen Abzugsverbotes für Aufsichtsratsvergütungen, auf dessen Anwendbarkeit das Unternehmen keinerlei Einfluss hat, erschiene eine solche Sanktion insoweit auch vergleichsweise harmlos. Auch wirkt sich in Jahren, in denen die Unternehmen steuerliche Verluste erzielen, ein Abzugsverbot nicht bzw. über den Verlustvortrag nach § 10d EStG nur mit zeitlicher Verzögerung aus. Zu beachten ist auch, dass das Abzugsverbot als weiterer Ausnahmetatbestand dem politischen Ziel einer Steuervereinfachung nicht dienlich ist.

Dennoch erscheint eine solche Sanktionierung wegen der zu befürchtenden finanziellen Auswirkungen zur Abschreckung durchaus geeignet. Dies gilt insbesondere dann, wenn auch die Besetzung von Vorstandsgremien und entsprechend der Vergütungen erfasst würden. Eine derartige Sanktion böte daher einen wirtschaftlichen Anreiz für die Aktionäre, sich bei der Besetzung der Gremien rechtskonform zu verhalten. Für die steuerrechtliche Sanktion sprechen insbesondere ihre Leistungsbezogenheit und die Vermeidung gesamtwirtschaftlicher Schäden. Der Nebeneffekt erhöhter Steuereinnahmen kommt der Allgemeinheit zugute. Vorteilhaft ist zudem, dass die Administration über die Finanzämter erfolgen könnte, welche ohnehin die Besteuerung der Unternehmen durchführen - die Errichtung einer gesonderten Behörde zur Überprüfung der Einhaltung der Mindestquote wäre damit entbehrlich.

Die Anknüpfung an das Betriebsergebnis führt zwar zu einer uneinheitlichen Sanktionierung der Höhe nach. Da sich die Höhe aber nach der von den Unternehmen selbst festgelegten Vergütungshöhe bemäße, ist eine Sanktionierung gewährleistet, die den jeweiligen Unternehmensverhältnissen im Einzelfall gerecht wird.

2. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit

Die Nichtabziehbarkeit ist an dem Gebot der Ausrichtung der Steuerlast nach dem Prinzip der finanziellen Leistungsfähigkeit und dem Gebot der Folgerichtigkeit, die Ausfluss des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) sind, zu messen⁴⁷. Diese Gebote hindern den Gesetzgeber aber nicht, außerfiskalische Förderungs- und Lenkungsziele aus Gründen des Gemeinwohls zu verfolgen⁴⁸. Er darf nicht nur durch Ge- und Verbote, sondern ebenso durch mittelbare Verhaltenssteuerung auf Wirtschaft und Gesellschaft gestaltend Einfluss nehmen. Voraussetzung ist jedoch, dass solche Förderungs- und Lenkungsziele von erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidungen getragen werden und gleichheitsgerecht ausgestaltet sein⁴⁹.

Die Behandlung von Ausgaben für einen nicht entsprechend der vorgegebenen Quote besetzten Aufsichtsrat oder Vorstand als nichtabziehbare Aufwendungen im Körperschaftssteuerrecht stellt eine Abweichung vom sog. objektiven Nettoprinzip dar, wonach lediglich der Reingewinn und nicht die zu seiner Erwirtschaftung erforderlichen Aufwendungen der Besteuerung zugrunde gelegt werden dürfen. Die Aufsichtsratsvergütung und erst recht die Vorstandsvergütung sind Betriebsausgaben, weil sie eine durch den Betrieb veranlasste Aufwendung darstellen (§ 4 Abs. 4 EStG)⁵⁰. Die Nichtabziehbarkeit wäre aber durch das legitime Ziel, nämlich die Umsetzung der Gleichbehandlung der Geschlechter in der gesellschaftlichen Wirklichkeit, gerechtfertigt, das sich aus der sachlichen Quotenregelung ergäbe. Insoweit kann auf die verfassungsrechtlichen Ausführungen in Abschnitt V verwiesen werden. Bedenken hinsichtlich der Gleichheitsgerechtigkeit der steuerlichen Sanktionierung bestehen ebenfalls nicht. Die Nichtabziehbarkeit würde zwar nur bestimmte Kapitalgesellschaften betreffen, sofern nicht alle Gesellschaftsformen einer Genderquote unterworfen würden. Die vorgeschlagene Beschränkung auf große, beispielsweise börsennotierte und mitbestimmte Unternehmen ist aber durch ihre gesellschaftliche Bedeutung und die besonders stark

⁴⁷ Vgl. zuletzt BVerfGE 122, 210/230 f. m. w. N.

⁴⁸ BVerfGE 122, 210/231; 117, 1/31; 116, 163/182 jeweils m. w. N.; ständige Rechtsprechung.

⁴⁹ BVerfGE 122, 210/232.

⁵⁰ Vgl. BVerfGE 34, 103/110 ff. zu den Aufsichtsratsvergütungen.

ausgeprägte Sozialbindung des Eigentums und der faktischen Vorbildwirkung gerechtfertigt⁵¹.

3. Ausgestaltung

Die Nichtabziehbarkeit der Vergütung quotenwidrig besetzter Gremien ließe sich beispielsweise durch das Anfügen einer neuen Nummer 5 in § 10 KStG umsetzen. Damit schliesse die Regelung sich unmittelbar an § 10 Nr. 4 KStG an, der die steuerliche Abziehbarkeit der hälftigen Vergütungen von Kontrollorganen (Aufsichtsrat, Verwaltungsrat etc.) verbietet.

Ein Abzugsverbot sollte bei nicht ordnungsgemäßer Besetzung der Gremien für den Vergütungsaufwand des gesamten Gremiums gelten. Dadurch würde vermieden, dass bei unterschiedlich hohen Vergütungen der einzelnen Mitglieder eine Entscheidung darüber getroffen werden muss, wessen Bestellung für den Verstoß gegen die Quote ursächlich ist und in welcher Höhe das Abzugsverbot besteht. Dies stellt einerseits eine Vereinfachung dar und erhöht andererseits den nichtabzugsfähigen Aufwand mit der Folge größerer Abschreckungswirkung.

Allerdings ist fraglich, ob eine Regelung auch quotenwidrige Besetzungen auf Seiten der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat sanktionieren sollte. Denn auf die ordnungsgemäße Besetzung dieser Positionen haben die Anteilseigner insofern keinen Einfluss, als die Wahl entweder durch die Arbeitnehmer stattfindet, oder aber das Wahlorgan an deren Vorschläge gebunden ist. Für die Nichtabziehbarkeit der Vergütung auch dieser Aufsichtsratsmitglieder spricht, dass sonst die Gefahr bestünde, dass die Sanktionierung an Wirksamkeit verlöre, zumal die Berücksichtigung der Aufsichtsratsvergütung als Betriebsausgabe bereits nach § 10 Nr. 4 KStG beschränkt ist. Dies gilt umso mehr, wenn sich die Mindestquote und damit auch das Abzugsverbot nicht auf die Besetzung des Vorstands beziehen sollte. Es besteht auch eine gleiche Berechtigung und Verantwortung aller Aufsichtsratsmitglieder, wobei es auf die Grundlage der Bestellung zum Aufsichtsratsmitglied oder auf die Eigenschaft als Anteilseigner- oder Arbeitnehmervertreter nicht ankommt. Zudem stehen dem zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugten Organ Anfechtungsmöglichkeiten gegen die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern zu (§§ 22 MitbestG, 11 DrittelbG, 251 Abs. 2 AktG, 10 Abs. 1 Montan MitbestErgG).

⁵¹ Siehe hierzu die Ausführungen im Abschnitt V.

4. **Bewertung**

Insgesamt stellt das Abzugsverbot eine verhältnismäßig milde Sanktionierung dar, was wiederum zu einer besseren Akzeptanz einer gesetzlichen Mindestquote beitragen könnte. So könnten zunächst die Entwicklungen bei Einführung einer Quote beobachtet und später gegebenenfalls strengere Sanktionen ergänzt werden. In Betracht kommen dabei insbesondere Offenlegungspflichten, denn der öffentlichen Bekanntmachung steuerlicher Strafmaßnahmen steht das Steuergeheimnis (§ 30 AO) entgegen. Auch aus der Bilanz und der Gewinn-Verlust-Rechnung lässt sich die steuerliche Wirkung eines Abzugsverbots nicht ablesen. Die Nichtabziehbarkeit der Vergütungen ließe sich in § 10 KStG leicht umsetzen und würde keinen erheblichen administrativen Aufwand begründen.

VII. **Verhängung einer Geldbuße**

Ein Verstoß gegen die Quotenregelung könnte als Ordnungswidrigkeit verfolgt werden. Anknüpfungspunkt für eine Ordnungswidrigkeit könnte die Vorschlagspflicht des Aufsichtsrats zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern in § 124 Abs. 3 Satz 1 AktG sein. Werden die Wahlvorschläge nicht unter Berücksichtigung der beabsichtigten Quotenregelung erstellt, so könnte dies als Ordnungswidrigkeit gewertet werden, die mit einer Geldbuße geahndet wird. Hinsichtlich des Vorstandes könnte ebenso an das Verhalten des Aufsichtsrats geknüpft werden, da die Vorstandsmitglieder gem. §§ 84 Abs. 1, 108 AktG durch diesen bestellt werden.

1. **Eignung**

Die Schaffung eines Ordnungswidrigkeitentatbestands stellt eine scharfe Sanktion dar, mit der eine Missbilligung des nicht gesetzeskonformen Verhaltens ausgesprochen wird. Eine zu verhängende Geldbuße träfe die Aufsichtsratsmitglieder persönlich und könnte deshalb einen erheblichen verhaltenssteuernden Effekt entfalten.

2. **Adressat eines Bußgelds**

Allerdings folgt aus dem auch im Ordnungswidrigkeitenrecht geltenden Schuldgrundsatz⁵², dass nur der Handelnde verfolgt werden kann, der die Tat verantwortlich begangen hat. Eine Geldbuße kann daher nur gegen die Mitglieder des Aufsichtsrats ver-

⁵² BGHSt 20, 333/336; Bohnert, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, Einl Rn. 116.

hängt werden, die bei der Fassung des beanstandeten Beschlusses über die Kandidatenliste⁵³ oder die Bestellung des Vorstandes nach § 108 AktG zugestimmt haben, nicht jedoch gegenüber denjenigen, die versucht haben, die quotenwidrige Besetzung zu verhindern, aber überstimmt wurden. Dies dürfte erhebliche Probleme bei der Verfolgung der Ordnungswidrigkeit begründen, da der Aufsichtsrat die Möglichkeit einer geheimen Abstimmung hat⁵⁴ und sich deshalb das Stimmverhalten des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds nicht immer nachvollziehen lassen wird. Gerade ein Aufsichtsrat, der die Genderquote unterlaufen möchte, dürfte sich des geheimen Abstimmungsverfahrens bedienen. Jedenfalls dürfte die Ermittlung der Täter einen erheblichen Aufwand begründen.

§ 30 OWiG ermöglicht die Festsetzung einer Geldbuße gegen juristische Personen oder Personenvereinigungen, wenn deren Repräsentanten (Organe, Vorstände, Vertreter, sonstige Leitungspersonen) eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen haben. Die Verhängung einer Unternehmensgeldbuße setzt u. a. voraus, dass der Handelnde durch seine Ordnungswidrigkeit Pflichten verletzt hat, welche die juristische Person treffen, d. h. deren Adressat die juristische Person ist.⁵⁵ Bei der Aufstellung des Vorschlags zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern und der Bestellung des Vorstandes handelt es sich jedoch um Pflichten, die die Mitglieder des Aufsichtsrats unmittelbar treffen und das interne Zusammenspiel der Organe der Gesellschaft charakterisieren, nicht dagegen um durch diese Organe nach außen wahrgenommene Pflichten der Gesellschaft gegenüber Dritten. Die Möglichkeit einer Unternehmensgeldbuße dürfte hier daher jedenfalls bei einer solchen Anknüpfung nicht bestehen.

Aber selbst wenn man eine Sanktionierung statt an Pflichten von Aufsichtsratsmitgliedern direkt an eine (durch deren Organe für sie wahrzunehmende) Pflicht der Gesellschaft anknüpfen würde, so erscheint angesichts der Funktion der Unternehmensgeldbuße fraglich, ob eine solche hier in Betracht käme: Mit der Möglichkeit der Unternehmensgeldbuße wird dem Umstand Rechnung getragen, dass juristische Personen nur durch ihre Organe handeln können. Da somit auch die Pflichten der Gesellschaft nur durch deren Organe verletzt werden können, soll die nicht zuletzt gewinnabschöpfend ausgerichtete Sanktionsmöglichkeit der Geldbuße nicht nur gegenüber den Organen, sondern auch gegenüber der juristischen Person als häufiger Nutznießerin einer

⁵³ Zur Notwendigkeit eines Aufsichtsratsbeschlusses über den Vorschlag nach § 124 Abs. 3 Hüffer, AktG, 9. Auflage 2010, § 124 Rn. 12.

⁵⁴ Hüffer, in: Hüffer, AktG, § 108 Rn. 5.

⁵⁵ Vgl. Gürtler, in: Göhler, OWiG, § 30 Rn. 19; die Alternative einer eingetretenen oder intendierten Bereicherung der juristischen Person dürfte hier dagegen nicht relevant werden.

Pflichtverletzung bestehen. Bei der Durchsetzung einer Mindestbeteiligungsquote stehen jedoch Pflichten inmitten, die ohnehin nur organschaftlich verfasste juristische Personen treffen können und nur das interne Zusammenwirken dieser Organe zum Gegenstand haben, während ihnen ein Bezug zu außenstehenden Dritten allenfalls reflexhaft (evtl. gegenüber übergangenen Bewerberinnen), ansonsten nur gegenüber der Allgemeinheit zukommt. Hier besitzt eine juristische Person gegenüber einer natürlichen Person keine „Vorteile“, die eines Ausgleichs über § 30 OWiG bedürften, sondern unterliegt originären Pflichten.

3. Verfassungsrechtliche Bewertung

Die Einführung eines Ordnungswidrigkeitentatbestands ist am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen. Gegenüber der verbindlichen Vorgabe einer Quotierung bedeutet die Sanktionierung einer Zuwiderhandlung eine weitere, wenn auch nicht notwendig den gleichen Adressaten treffende Belastung, die jedenfalls zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich sein muss.

Der Einsatz des Strafrechts wird allgemein nur als ultima ratio für zulässig erachtet, wofür seine potentielle Sanktionsintensität genauso spricht wie der Umstand, dass der Schuldspruch in einem Strafverfahren Ausdruck sozialetischer Missbilligung ist. Demgegenüber bedeutet die Einstufung eines Verhaltens als Ordnungswidrigkeit nach überwiegender Ansicht zwar eine nicht nur quantitative, sondern auch qualitative Abstufung,⁵⁶ in einer Schwereskala möglicher Sanktionen dürfte das Ordnungswidrigkeitenrecht jedoch trotzdem in der Regel unmittelbar nach dem Strafrecht anzusiedeln sein. Ob dies generell gilt oder die Belastung durch eine Geldbuße im Einzelfall mit der Wirkung einer alternativen Sanktion, z. B. einer zivilrechtlichen Maßnahme, zu vergleichen ist, wurde in Rechtsprechung und Literatur - soweit ersichtlich - bisher nicht erörtert. Der Gesetzgeber darf aber wohl nur „stärker missbilligtes“ Verhalten als Ordnungswidrigkeit unter Ahndung stellen⁵⁷.

Es stellt sich im Rahmen der Erforderlichkeit daher die Frage, ob die Sanktionierungsmöglichkeiten im Zivilrecht ausreichend sind und als milderes Mittel eine Verfolgung als Ordnungswidrigkeit ausschließen würden. Das käme insbesondere in Betracht, wenn einer die Mindestbeteiligungsquote missachtenden Besetzung von Führungspositionen die rechtliche Anerkennung versagt würde, z. B. durch Regelung der Nichtigkeit der

⁵⁶ Geldbuße als „nachdrückliche Pflichtenmahnung“, vgl. BVerfGE 27, 18/33.

⁵⁷ Bohnert, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, Einl. Rn. 117.

Wahl des Aufsichtsrats in § 250 AktG (dazu oben unter II.). Konsequenz im Falle eines Verstoßes gegen die Quotenregelung wäre dann, dass de iure ein quotenwidrig besetztes Organ gar nicht vorliegt und eine etwa gleichwohl erfolgende faktische Tätigkeit eines quotenwidrig besetzten Organs - abgesehen davon, dass sie vermutlich nicht lange unentdeckt geschehen könnte - für die Teilnahme der betroffenen Gesellschaft am Rechtsverkehr erhebliche Beschränkungen und Risiken zur Folge hätte. Es erscheint fraglich, inwieweit bei einer solchen Regelung mit Zuwiderhandlungen überhaupt praktisch zu rechnen wäre.

Die mögliche Schwere einer Geldbußensanktion hängt vom zugelassenen Höchstmaß der Geldbuße ab. Bei ihr ist zu beachten, dass sie als zusätzliche Belastung neben die Quotenregelung tritt, soweit deren Beachtung letztlich erzwungen wird (während deren Missachtung der Gesellschaft in der Regel keine durch die Geldbuße abschöpfbaren wirtschaftlichen Gewinne einbringen dürfte⁵⁸). Faktisch kann mit einer Verfolgung als Ordnungswidrigkeit zudem eine gewisse „Prangerwirkung“ eintreten oder verstärkt werden. Allerdings wird zu berücksichtigen sein, dass die Adressaten einer Lösung über das Zivilrecht und einer solchen über das Ordnungswidrigkeitenrecht auseinander fallen, weil eine Ahndung als Ordnungswidrigkeit - wie unter 2. dargelegt - nicht die Gesellschaft und damit deren Anteilseigner, sondern deren Funktionsträger trafe.

4. Umsetzung

Der Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit könnte in einem neu einzufügenden Absatz in § 405 AktG, der kein einheitliches Rechtsgut schützt⁵⁹, oder in einer eigenständigen Regelung niedergelegt werden. In Erwägung gezogen werden könnte auch, dass ein Verstoß gegen die beabsichtigte Quotenregelung als Ordnungswidrigkeit in einem gesonderten Absatz in § 334 HGB normiert wird, wobei insbesondere bei dieser Regelung rechtssystematische Bedenken erhoben werden könnten, da geschütztes Rechtsgut dieser Norm das Vertrauen in die Richtigkeit und Vollständigkeit bestimmter Informationen über die Verhältnisse der Kapitalgesellschaft oder des Konzerns bzw. in die Richtigkeit und Vollständigkeit der Prüfung durch ein unabhängiges Kontrollorgan ist⁶⁰.

⁵⁸ Vgl. zu dieser Funktion der Geldbuße § 17 Abs. 4 OWiG.

⁵⁹ Hefendehl in: Spindler/Stilz, AktG, § 405 Rn. 6

⁶⁰ Quedenfeld, in Münchener Kommentar HGB, 2. Auflage 2008, § 334 Rn. 10

Die Zuständigkeit zur Verfolgung von Verwaltungsunrecht, das gem. § 405 Abs. 4 AktG grundsätzlich mit einer Geldbuße bis zu 25.000 € geahndet werden kann, folgt aus der allgemeinen Regelung in § 36 OWiG.

5. **Bewertung**

Die Schaffung eines neuen Ordnungswidrigkeitstatbestands würde zwar die Bedeutung einer Genderquote unterstreichen und wäre eine deutliche Pflichtenmahnung. Allerdings wäre die Umsetzung in hohem Maße problematisch: Die Aufsichtsräte könnten sich durch eine geheime Abstimmung einer Sanktionierung entziehen. Die Belegung des Unternehmens mit einer Geldbuße dürfte aus rechtlichen Gesichtspunkten kaum möglich sein. Zudem müsste die Höhe der Geldbuße für das Unternehmen individuell angepasst werden. Insgesamt würde die Ermittlung und die Durchsetzung einen erheblichen Verwaltungsaufwand begründen.

VIII. **Steuerung durch Vergabe öffentlicher Aufträge**

Eine weitere Möglichkeit der Sanktionierung von Unternehmen, welche eine gesetzliche Mindestbeteiligungsquote nicht einhalten, könnte sein, diese von der Vergabe öffentlicher Aufträge auszuschließen.

Das rechtliche Regime für Vergabeverfahren unterscheidet sich danach, ob der zu vergebende Auftrag bestimmte EU-rechtlich bestimmte Schwellenwerte erreicht (sog. „Oberschwellenbereich“) oder nicht (sog. „Unterschwellenbereich“). Derzeit betragen die Schwellenwerte (jeweils ohne Umsatzsteuer) für die meisten Liefer- und Dienstleistungsaufträge 193.000 € und für Bauaufträge 4.845.000 €⁶¹.

1. **Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich**

Für Vergaben im Oberschwellenbereich gelten derzeit für sämtliche Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen (§ 98 Nr. 1 GWB) die Bestimmungen des Vierten Teils des Gesetzes über Wettbewerbsbeschränkungen (§ 100 Abs. 1 GWB). Es kommen also die in § 97 GWB geregelten allgemeinen Grundsätze zum Tragen, wobei die näheren Bestimmungen über das bei der Vergabe einzuhaltende Verfahren Ge-

⁶¹ Die aktuellen Schwellenwerte sind in der Verordnung (EG) Nr. 1177/ 2009 der Kommission vom 30. November 2009 zur Änderung vergaberechtlicher Richtlinien enthalten und in § 2 Nrn. 2 bis 4 der insoweit auf der Grundlage des § 127 Nr. 1 GWB erlassenen Vergabeverordnung umgesetzt.

gegenstand der insoweit auf § 97 Abs. 6 GWB gegründeten Vergabeverordnung sind. Diese verweist ihrerseits in den §§ 4 bis 6 auf die Vergabeordnungen⁶², die dadurch Rechtsatzqualität erlangen. Bei Anwendung dieser nationalen Vorschriften sind die Vorgaben der Vergabekoordinierungs-Richtlinie⁶³ (im Folgenden: VKR) zu beachten.

Die Eignung des Bieters ist Gegenstand des § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB. Danach werden Aufträge an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreu und zuverlässige Unternehmen vergeben. In Betracht käme zunächst anzunehmen, dass nicht zuverlässig bzw. gesetzestreu ist, wer gesetzlich vorgeschriebene Mindestbeteiligungsquoten nicht einhält. Zu beachten ist jedoch, dass diese Eignungskriterien bieter- und auftragsbezogen zu verstehen sind, unzuverlässig also etwa nur Bewerber oder Bieter sind, deren Fehlverhalten einen Bezug zu dem konkret zu vergebenden Auftrag oder zur Vergabe öffentlicher Aufträge generell aufweist⁶⁴. Dies folgt bereits aus Vorgaben der VKR. Die dem Merkmal der Zuverlässigkeit entsprechenden Kriterien sind Gegenstand des Art. 45 VKR. Nach Absatz 1 sind Bieter, die wegen bestimmter Straftaten rechtskräftig verurteilt worden sind, vom Vergabeverfahren auszuschließen, während nach Absatz 2 Bieter in weiteren Fällen ausgeschlossen werden können. Diese Voraussetzungen dürften mit Blick auf die Nichteinhaltung einer Mindestbeteiligungsquote jedoch nicht vorliegen. Allenfalls käme Absatz 2 Buchstabe d in Betracht (schwere Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde). Weitere persönliche Ausschließungskriterien sieht die VKR nicht vor.

Das Eignungsmerkmal der Gesetzestreue wurde erst aufgrund einer Empfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie in das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz eingefügt⁶⁵. Ausweislich der Begründung soll nur ein Unternehmen, „das die deutschen Gesetze einhält“, zum Wettbewerb um öffentliche Aufträge zugelassen werden. Es gehe „um alle Regeln, an die sich alle Unternehmen, die eine entsprechende Tätigkeit ausüben, halten müssen“. Als Beispiele werden die Kernarbeitsnormen der internationalen Arbeitsorganisation und für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge angeführt. Allerdings gilt auch insofern der (auch europarechtlich fundierte) Grundsatz einer spezifisch kartellvergaberechtlichen Auslegung der Eignungskriterien, so dass es

⁶² Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen - Teil A (VOL/A) Ausgabe 2009; Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) Ausgabe 2009; Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen - Teil A (VOB/A) Ausgabe 2009

⁶³ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge

⁶⁴ Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, 4. Auflage 2007, § 97 Rn. 137

⁶⁵ BT-Drs. 16/11428, S. 6

nicht möglich sein dürfte, auf der Grundlage des novellierten § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB einen jedweden dem Unternehmen zuzurechnenden Gesetzesverstoß als Begründung für dessen Ausschluss vom Vergabeverfahren ins Feld zu führen (s. o.).

Dass die Berücksichtigung der Einhaltung einer Mindestbeteiligungsquote mit den derzeit geltenden Grundsätzen des Vergaberechts in Konflikt stünde, bestätigt sich auch mit Blick auf das von der Vergabebehörde zu absolvierende Prüfungsprogramm. Dieses ist Gegenstand der jeweils einschlägigen Vergabeordnung. Dabei ist bezüglich der VOB/A und der VOL/A zu beachten, dass die im Oberschwellenbereich geltenden Bestimmungen vollständig im jeweils 2. Abschnitt enthalten sind, während sich die (zum großen Teil wortgleichen) Regelungen im jeweils 1. Abschnitt befinden. Die VOF gilt bereits nach ihrem eigenen Anspruch nur im Oberschwellenbereich. § 6 Abs. 3 Nr. 1 des 2. Abschnitts der VOB/A bestimmt, dass zum Nachweis ihrer Eignung die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Bewerber oder Bieter zu prüfen ist; das neue Merkmal der Gesetzestreue ist hier noch nicht berücksichtigt. Nach § 6 Abs. 3 Nr. 2 des 2. Abschnitts der VOB/A umfasst der Nachweis der Eignung bestimmte, im Einzelnen aufgezählte Angaben, die sich an den Vorgaben des Art. 45 Abs. 2 VKR orientieren. Ferner können gemäß § 6 Abs. 3 Nr. 3 des 2. Abschnitts der VOB/A andere, auf den konkreten Auftrag bezogene zusätzliche, insbesondere für die Prüfung der Fachkunde geeignete Angaben verlangt werden. Immer ist jedoch Voraussetzung, dass der Umfang der geforderten Eignungsnachweise mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und ihm angemessen sind (§ 6a Abs. 7 Nr. 1 des 2. Abschnitts der VOB/A). Danach ist es nicht möglich, vom Bieter eine Angabe zur Einhaltung der Genderquote zu verlangen, um dessen Zuverlässigkeit zu beurteilen. Ähnliche Regelungen enthalten § 6 Abs. 6 und § 7 Abs. 1 Satz 1 des 2. Abschnitts der VOL/A sowie § 4 Abs. 9 und § 5 Abs. 1 Satz 1 VOF.

Anders als § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB erlaubt Satz 3 die Stellung weitergehender (vergabefremder) Anforderungen an den Auftragnehmer, sofern dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist. Zusätzlich zur gesetzlichen Regelung ist dann erforderlich, dass diese weitere vergabefremde Eignungsanforderung bei der jeweiligen Ausschreibung thematisiert wird, indem entsprechende Eignungsnachweise verlangt werden. Es bleibt jedoch die vielfach kritisch beurteilte Frage, inwieweit § 97 Abs. 4 Satz 3 bzw. Bundes- oder Landesgesetze im Sinne des § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB mit dem europäischen Recht vereinbar sind. Da die VKR, wie dargelegt, die an den Bieter zu stellenden Eignungsanforderungen abschließend regelt, erscheint es problematisch, wie die gesetzliche Postulierung weiterer, mit dem konkreten Auftrag nicht in Zusammen-

hang stehender Eignungsanforderungen mit den Vorgaben der Vergabekoordinierungsrichtlinie zu vereinbaren wäre. Dementsprechend werden auch in der Kommentarliteratur auf § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB gestützte Gesetze als mit dem Unionsrecht unvereinbar angesehen⁶⁶.

§ 97 Abs. 4 Satz 2 GWB erlaubt es, für die Auftragsausführung zusätzliche Anforderungen zu stellen, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Dies setzt Art. 26 VKR um. Gemäß Erwägungsgrund 33 können solche zusätzlichen Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags „insbesondere dem Ziel dienen, die berufliche Ausbildung auf den Baustellen sowie die Beschäftigung von Personen zu fördern, deren Eingliederung besondere Schwierigkeiten bereitet, die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen oder die Umwelt zu schützen“. Abgesehen davon, dass sich eine Mindestbeteiligungsquote in Führungs- und Kontrollgremien bestimmter Unternehmen nicht unter eine solche sozial- oder umweltpolitische Zwecksetzung subsumieren lässt, handelt es sich bei Vorgaben zur geschlechterspezifischen Gremienbesetzung jedenfalls nicht um Bestimmungen, die in einem sachlichen Zusammenhang zum konkreten Auftragsgegenstand stehen.

Im Oberschwellenbereich dürfte damit die Sanktionierung von Unternehmen, welche eine gesetzliche Mindestbeteiligungsquote nicht einhalten, durch ihren Ausschluss von Vergabeverfahren weder *de lege lata* noch *de lege ferenda* möglich sein.

2. Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich

Werden die Schwellenwerte nicht erreicht, gilt die VKR nicht (auch der der Vierte Teil des GWB ist nicht einschlägig). Soweit im Unterschwellenbereich, etwa aufgrund haushaltsrechtlicher Vorschriften, die Abschnitte 1 der VOB/A bzw. der VOL/A zum Tragen kommen, enthalten diese hinsichtlich der Teilnahme am Wettbewerb gleichlautende bzw. gleichartige Bestimmungen wie sie auch im Abschnitt 2 der jeweiligen Vergabeordnung vorgesehen sind (§ 6 Abs. 3 Nrn. 1 bis 3 des Abschnitts 1 der VOB/A bzw. § 6 Abs. 3 und 5 des Abschnitts 1 der VOL/A). Daraus ergibt sich nach dem oben Ausgeführten, dass die Sanktionierung der Nichteinhaltung einer gesetzlichen Mindestbeteiligungsquote durch Ausschluss des jeweiligen Unternehmens vom Vergabe-

⁶⁶ Vgl. Wagner, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 11. Auflage 2011, § 97 Rn. 84; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, § 97 Rn. 193

verfahren mit den derzeit geltenden Grundsätzen des Vergaberechts auch im Unterschwellenbereich nicht in Einklang stünde.

Da der sachliche Anwendungsbereich der VKR nicht eröffnet ist, ist diese kein tauglicher Maßstab für die Frage, ob die Zulassung zum Vergabeverfahren de lege ferenda davon abhängig gemacht werden könnte, dass der Bieter eine gesetzliche Mindestbeteiligungsquote einhält. Fraglich ist allerdings, inwieweit ein solches Vorgehen mit dem EU-Primärrecht in Einklang steht.

Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot gemäß Art. 18 AEUV wäre wohl dann ausgeschlossen, wenn sich eine Quotenregelung - etwa durch Anknüpfung an einen Errichtungsakt nach deutschem Gesellschaftsrecht - nicht auf Unternehmen aus anderen Mitgliedsstaaten erstrecken würde; denn die Inländerdiskriminierung wird durch Art. 18 AEUV nach vorherrschender Ansicht nicht untersagt⁶⁷. Andernfalls müsste eine differenzierende Behandlung durch „objektive Gründe“ gerechtfertigt sein⁶⁸. Dies erfordert eine Güter- und Interessenabwägung unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit⁶⁹. Dabei wäre sicherlich die Wertung des Art. 23 Abs. 2 GRCh und des Art. 157 Abs. 4 AEUV zu berücksichtigen, die Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht zulassen. Ob dieser Aspekt ausreicht, wenn faktisch Unternehmen aus den meisten EU-Mitgliedstaaten keine Aussicht haben, öffentliche Aufträge zu erhalten, darf im Hinblick auf den Binnenmarktgedanken und dessen Bedeutung im europäischen Recht allerdings bezweifelt werden.

Problematisch erscheint auch die Vereinbarkeit mit der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 34, 56 AEUV). Ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit dürfte in Betracht kommen, soweit ein zu vergebender öffentlicher Auftrag die Beschaffung von Waren zum Gegenstand hat. Die Dienstleistungsfreiheit umfasst den praktisch bedeutsamen Bereich der Bauaufträge, soweit nicht Maßnahmen über zu verwendende Materialien betroffen sind⁷⁰. Bleiben Unternehmen, die bestimmte Mindestbeteiligungsquoten der Geschlechter in Aufsichtsgremien nicht erfüllen, bei Warenbeschaffungen der öffentlichen Hand oder Vergabe von Dienstleistungsaufträge generell ausgeschlossen, kann dies einer nach der Rechtsprechung des EuGH im Grundsatz verbotenen Ab-

⁶⁷ Streinz, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 12 EGV Rn. 58; a. A. aber Epiney, in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, 3. Auflage 2007, Art. 12 EGV Rn. 34.

⁶⁸ Holoubek, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2. Auflage 2008, Art. 12 EGV Rn. 57.

⁶⁹ Streinz, Art. 12 Rn. 57.

⁷⁰ Egger, Europäisches Vergaberecht, Rn. 169.

satzbehinderung zumindest nahekommen⁷¹. Ein Hersteller, der die deutschen Anforderungen an die Zusammensetzung seiner Gremien nicht erfüllt (und nach seinem Heimatrecht nicht erfüllen muss), hätte keine Möglichkeit, seine Produkte in Deutschland an die öffentliche Hand zu vertreiben. Solche Importhemmnisse könnten - abgesehen von der nicht einschlägigen Regelung des Art. 36 AEUV - nur durch zwingende Gemeinwohlerfordernisse gerechtfertigt sein. Trotz des in Art. 23 GRCh und Art. 157 Abs. 4 AEUV zum Ausdruck kommenden Gewichts erscheint es aber zweifelhaft, ob die volle Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben in der konkreten Ausgestaltung einer gleichmäßigen Beteiligung beider Geschlechter in den Gremien von Unternehmen ein *zwingendes* Erfordernis im allgemeinen Interesse darstellt. Dies gilt gerade im Vergleich zu den vom EuGH gebilligten Kriterien wie wirksamer steuerlicher Kontrolle, Schutz der öffentlichen Gesundheit, Lauterkeit des Handelsverkehrs oder Verbraucherschutz, denen eine breite Wirkung zukommt. Die Erhöhung des Frauenanteils in den Leitungsgremien von Unternehmen ist demgegenüber ein vergleichsweise spezielles Ziel, von dem ein eher überschaubarer Personenkreis betroffen sein dürfte. Der Begriff des „zwingenden Erfordernisses“ lässt jedoch gewisse Interpretationsspielräume.

Zudem kommt ein Verstoß gegen das europarechtliche Beihilfeverbot in Betracht. Art. 107 Abs. 1 AEUV normiert ein grundsätzliches Verbot mitgliedstaatlicher Beihilfen, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Der Begriff der Beihilfe ist weit auszulegen. Er umfasst alle freiwilligen Begünstigungen von Unternehmen oder Produktionszweigen, soweit sie nicht durch eine entsprechende marktgerechte Gegenleistung des Begünstigten kompensiert werden⁷². Bei der Prüfung des Tatbestandsmerkmals der Begünstigung kommt es darauf an, ob auch ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsteilnehmer in gleicher Weise wie die öffentliche Hand gehandelt hätte⁷³. Vergabefremde Ziele wie die Erhöhung des Frauenanteils in Führungspositionen sind nach Art. 107 Abs.1 AEUV nicht berücksichtigungsfähig, wenn es um das Verhalten des Staates als marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsteilnehmer geht. Führt das Beschaffungsverhalten der mit vergabefremden Kriterien operierenden öffentlichen Hand zu der Vereinbarung von Konditionen, die nicht mehr als marktangemessen angesehen werden können, liegt ein

⁷¹ Vgl. Müller-Graff, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 28 EGV Rn. 237; Leible/T. Streinz, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 2010, Art. 34 AEUV Rn. 79.

⁷² Khan, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AUEV, 2010, Art. 107 AEUV Rn. 8.

⁷³ Mederer/van Ysendyck, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 87 Abs. 1 EGV Rn. 10.

Verstoß gegen Art. 107 Abs. 1 AEUV vor⁷⁴. Es muss deshalb auch von einem beihilferechtlichen Risiko ausgegangen werden, wenn im Rahmen von Auftragsvergaben auf die Erfüllung von Mindestbeteiligungsquoten abgestellt wird⁷⁵. Dabei wird man jeden Einzelfall anhand der einzelnen beihilferechtlichen Kriterien zu beurteilen haben. Insbesondere müsste das Beihilfeelement die beihilferechtliche De-minimis-Grenze überschreiten⁷⁶.

Auch aus verfassungsrechtlichen Gründen sowie im Hinblick auf den haushaltsrechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit⁷⁷ könnten sich Bedenken ergeben, die hier jedoch nicht weiter vertieft werden sollen.

3. **Bewertung**

Der Ausschluss von Unternehmen im Vergabeverfahren, die die Voraussetzungen der Mindestquote nicht erfüllen, ist im Oberschwellenbereich auch de lege ferenda unzulässig. Er begegnet aber auch im Unterschwellenbereich erheblichen europarechtlichen Bedenken. Die Einführung einer derartigen Sanktion ist daher aus rechtlichen Gründen eher nicht zu empfehlen.

IX. **Fazit**

Grundsätzlich kommen eine Reihe verschiedener Sanktionen zur Durchsetzung einer geschlechterspezifischen Quotenbestimmung in Betracht. Als durchaus schlagkräftig würde sich die Anfechtbarkeit bzw. Unwirksamkeit der Bestellung von Aufsichtsrats- und Vorstandsmitgliedern erweisen. Ein Verstoß wäre dadurch unmittelbar mit der zivilrechtlichen Wirksamkeit der Bestellung verknüpft. Ein nicht ordnungsgemäß besetzter Aufsichtsrat bzw. Vorstand liefe Gefahr, dass von ihm durchgeführte Handlungen gegebenenfalls wirkungslos wären. Allerdings würde eine solche Lösung auch Rechtsunsicherheit für die Unternehmen bedeuten und deren Handlungsfähigkeit belasten. Die Ausgestaltung mit einer Wirkung ex nunc wäre zu erwägen. Gut geeignet erschiene die Belegung der Verletzung einer Quotenregelung mit steuerlichen Sanktionen. In Betracht käme eine Versagung der steuerlichen Abzugsfähigkeit der Vergütung der Gremienmitglieder. Die Nichtabziehbarkeit der Vergütungen ließe sich in § 10 KStG leicht umsetzen und würde keinen erheblichen

⁷⁴ Bartosch, EuZW 2001, 229/231.

⁷⁵ So auch von Wallenberg, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 87 EGV Rn. 65, ausdrücklich in Bezug auf eine „Förderung der Frauenquote“.

⁷⁶ Egger, Europäisches Vergaberecht, Rn. 195; vgl. Verordnung (EG) Nr. 1998/2006, ABI. L 379, S. 5; i. d. R. 200.000 € in drei Steuerjahren.

⁷⁷ Dazu Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, § 97 Rn. 199 ff.

administrativen Aufwand begründen. Flankierend erschiene die Einführung einer Offenlegungspflicht sinnvoll. Unternehmen wären danach verpflichtet, die Geschlechterverteilung in Aufsichtsrat bzw. Vorstand zu veröffentlichen. Diese Maßnahme wäre ohne größeren Aufwand für die Unternehmen durchzuführen. Mit dieser Sanktion könnte eine Möglichkeit für die Öffentlichkeit geschaffen werden, sich über die Besetzung von Gremien und die Einhaltung entsprechender Quoten zu informieren.

Abschnitt X **Sonstige (begleitende) Maßnahmen**

Unabhängig davon, ob sich der Gesetzgeber für eine Regelung zur Erhöhung der Geschlechtervielfalt in den Führungs- und Kontrollgremien der Wirtschaft entscheiden sollte und wie eine solche gegebenenfalls ausgestaltet wäre, bedürfte es nach Auffassung der Arbeitsgruppe in jedem Fall einer Reihe von (begleitenden) Maßnahmen unterschiedlichster Art, um tatsächliche Chancengleichheit und Vielfalt in den Unternehmen bis hinauf zur obersten Unternehmensspitze durchzusetzen und die vielfach brachliegenden Potenziale qualifizierter Frauen auf allen Ebenen der Unternehmenshierarchien zu sichern. Es gibt eine Vielzahl von Ansatzpunkten und Handlungsmöglichkeiten für die Unternehmen, unabhängig davon, ob und gegebenenfalls mit welcher Art von gesetzlicher Regelung sie konfrontiert werden sollten. Auch eine gesetzliche Regelung müsste jedenfalls wohl in eine umfassende Strategie eingebettet werden und von diversen Maßnahmen begleitet werden. Der öffentlichen Hand dürfte insoweit zum einen eine Vorbildfunktion im eigenen Bereich, also in der öffentlichen Verwaltung, zukommen, zum anderen aber auch eine Anschub- und Förderungsfunktion. Insoweit erscheint beispielsweise die am 8. Februar 2011 von maßgeblichen Repräsentanten der deutschen Wirtschaft und Gewerkschaftsseite sowie der Bundesfamilienministerin gemeinsam unterzeichnete „Charta für familienbewusste Arbeitszeiten“ ein guter Ansatz.

Notwendig erscheinen Maßnahmen, um das Potenzial qualifizierter Frauen besser sichtbar zu machen. Der bereits begonnene Aufbau von übergreifenden Datenbanken¹, in die alle qualifizierten und interessierten Frauen aufgenommen werden können, sollte unterstützt und einer breiteren Öffentlichkeit sichtbar gemacht werden.

Jedenfalls sind zur Beförderung der Zielsetzung in erster Linie die Unternehmen selbst gefordert. Programme und Maßnahmen zur Erhöhung der Geschlechtervielfalt sollten ein zentraler Teil in jeder Unternehmensstrategie werden. Dies kann nur gelingen, wenn sich die gesamte Unternehmensspitze diese Zielsetzung bewusst zu Eigen macht und aktiv verfolgt. Ein Wandel erfordert die klare Kommunikation des Ziels und der notwendigen Maßnahmen durch die Unternehmensleitung. Befördernd könnten insoweit z. B. auch Zielvereinbarungen

¹ Vgl. zu den bereits im Aufbau befindlichen Datenbanken die Ausführungen im Abschnitt VIII.

und bestimmte Kennzahlen auf den verschiedenen Führungsebenen wirken, die auch monetär verankert und mit Bonuszahlungen verknüpft werden könnten².

Ein wesentlicher, auch gesellschaftspolitisch relevanter Punkt dürfte die Veränderung der in zahlreichen, insbesondere großen Unternehmen vorherrschenden Unternehmenskultur sein. Defizite scheinen hier besonders in technisch geprägten Unternehmen zu bestehen, gerade ist die Arbeitskultur ausschließlich auf die herrschende Männerdominanz ausgerichtet. Die Vereinbarkeit von Beruf und Familie muss in der Form eines grundsätzlichen Bewusstseinswandels in den Fokus genommen und dabei in den Unternehmen thematisch nicht nur mit Frauen, sondern genauso mit Männern in Verbindung gebracht werden. Insgesamt bedarf es einer Verbesserung der Wertschätzung familiärer Verpflichtungen und deren gesellschaftlicher Bedeutung, auch durch gezielte Förderung der Übernahme familiärer Verpflichtungen durch Männer. Um Frauen auf allen Ebenen gleichgestellt mit einzubeziehen und deren Potenziale dauerhaft zu nützen, muss wohl insbesondere die bislang in der Wirtschaft ausgeprägte und nahezu zur informellen Norm erhobene Präsenzkultur mit einer 60- bis 80-Stunden-Woche in Führungsfunktionen grundsätzlich überdacht werden³, auch im Interesse einer nachhaltigen Work-Life-Balance⁴ für Männer und Frauen. Insoweit müssen die Rahmenbedingungen im Arbeitsleben weiter optimiert werden, und zwar für Frauen wie für Männer gleichermaßen.

Darüber hinaus gilt es vor allem zu erreichen, dass sich die Unternehmen konsequent um eine zielgerichtete Förderung von Frauen bemühen und zwar auf verschiedenen Ebenen, etwa bei der Nachwuchsförderung (z. B. Vergabe von Stipendien), beim gezielten Personalmarketing, bei Einstellungsentscheidungen (z. B. Auswahlgespräche möglichst durch divers zusammengesetzte Teams), beim Einstieg in das Berufsleben und bei der weiteren Karriereplanung durch spezielle Entwicklungsprogramme und Qualifizierungsmaßnahmen. An erster Stelle könnte in jedem Unternehmen eine genaue Analyse des gegenwärtigen Zustands stehen, um insbesondere einen konkreten Überblick über den Anteil der Frauen im Unternehmen in den verschiedenen Bereichen und auf den verschiedenen Ebenen zu erzielen und den Standort im Vergleich zu anderen Unternehmen zu bestimmen (Benchmarking). Auch ein Gehaltsscreening unter Gender-Aspekten und eine erhöhte Transparenz erscheinen drin-

² So wohl bereits umgesetzt durch E.ON, vgl. die Angaben von Regine Stachelhaus gegenüber dem Stern, 10.2.2011: Ein Manager, der die festgelegte Frauenquote nicht erreicht, wird niedriger vergütet.

³ Diese Arbeitskultur ist eine zentrale Ursache für den langsamen Aufstieg der hochqualifizierten weiblichen Beschäftigten in Führungsfunktionen, s. dazu die Ausführungen im Abschnitt III.

⁴ Vgl. hierzu auch Schubert/Jacobsen, WM 2011, 726/729, die auf die Notwendigkeit der Anpassung beruflicher Tätigkeiten hinweisen, um Aufstieg und individuelle Lebensplanung kompatibel zu gestalten.

gend empfehlenswert⁵. Gefragt sind sodann insbesondere spezielle Frauenförderprogramme und -angebote in verschiedenen Bereichen (Trainingsprogramme, z. B. zum Thema Führung, Kommunikation und Selbstdarstellung, Mentoring innerhalb des Unternehmens, Cross-Mentoring in Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen, Aufbau und Förderung von Netzwerken etc). Speziell bei der Besetzung von Beförderungsstellen und Führungspositionen müssen auch neue Wege gegangen werden. Karrieresprünge kommen bei Männern durchaus häufig vor, sind bei Frauen dagegen bislang nahezu ausgeschlossen⁶. Zur raschen Verbesserung der Diversität muss verstärkt an die Möglichkeit der „Sprungbeförderungen“ von Frauen gedacht werden. Insbesondere bei der Besetzung von Aufsichtsratspositionen kann dies eine adäquate Maßnahme darstellen⁷.

Zu einer verbesserten Vereinbarung von Beruf und Familie sind, gerade auch in den Technik-geprägten Branchen, neue intelligente und individuell abgestimmte flexible Arbeitssysteme gefragt (z. B. Homeoffice, Jobsharing, flexiblerer Wechsel zwischen Teil- und Vollzeit, vermehrte Teilzeit in Führungsfunktionen, „Sabbaticals“, Arbeitszeitkonten, Lebensarbeitszeitzyklen, „Durchstarten mit 40“ etc.), eine kreative und mobile Gestaltung der Arbeitsbedingungen einhergehend mit innovativen und unterstützenden Zusatzleistungen, für Frauen und Männer sowie auch für die betroffenen Familien insgesamt⁸. Die Vereinbarkeit von Beruf und Familie darf kein reines Frauenthema bleiben, Veränderungen müssen im Interesse von Frauen wie Männern erfolgen. Gezielte Wiedereingliederungshilfen nach der Betreuungszeiten einschließlich der Verbesserung der Kinderbetreuung (u. a. durch die verstärkte Einrichtung von Betriebskindergärten) müssen zur Selbstverständlichkeit werden.

All diese Ansätze und Maßnahmen sollten jedoch nicht nur unter dem Aspekt der Kindererziehung, sondern - mit Blick auf die zu erwartende demografische Entwicklung - auch unter Berücksichtigung der zunehmenden Anforderungen im Bereich der innerfamiliären Pflege älterer Menschen verfolgt werden.

Flankierend zu dem von den Unternehmen zu fordernden Engagement ist auch weiterhin die öffentliche Hand in vielen Bereichen gefordert, insbesondere zur Erleichterung der Vereinbarung von beruflichen und familiären Verpflichtungen, beispielsweise indem bereits vorhande-

⁵ Busch/Holst, Gender-Specific Occupational Segregation, Glass Ceiling Effects, an Earnings in Managerial Positions: Results of a Fixed Effects Model, 2011, in: DIW Discussion Papers, abrufbar unter http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.368341.de/diw_sp0357.pdf

⁶ So die Information der von der Arbeitsgruppe angehörten Sachverständigen Dr. Holst vom Deutschen Institut für Wirtschaftsforschung.

⁷ Vgl. hierzu auch die Äußerung des Personalberater v. Schmettow, <http://www.faz.net/s/RubEC1ACFE1EE274C81BCD3621EF555C83C/Doc~EB2D8F4F2822A4960949514CB78DDAE33~ATpl~Ecommon~Scontent.html>.

⁸ Vgl. die Vorschläge der Deutschen Gesellschaft für Personalführung, abrufbar unter <http://www.dgfp.de/de/content/articles/10-juni-2010-vielfalt-und-hoehere-wertschoepfung>.

ne Projekte wie die Einrichtung und Förderung von Kinderkrippen, Horten, Schulen mit Ganztagsbetreuung etc. weiterhin gezielt und möglichst flächendeckend ausgebaut werden sollten. Auf die Notwendigkeit viel stärkerer Anstrengungen für eine ausreichende und flächendeckende Bereitstellung von Ganztagesbetreuungen hat im Rahmen der Sachverständigenanhörung *Müller* hingewiesen. Unterstützende und steuernde staatliche Maßnahmen erscheinen auch im gesamten Ausbildungsbereich erforderlich, etwa zur Verminderung der Geschlechtersegregation.

Experten-Hearing, 12. April 2011, Berlin

<p>Frau Bundesministerin Dr. Ursula von der Leyen, <i>Impulsreferat</i> Bundesministerin für Arbeit und Soziales</p>
<p>Herr Prof. Klaus-Peter Müller, <i>Impulsreferat</i> Vorsitzender der im September 2001 vom Bundesministerium der Justiz eingesetzten Regierungskommission für gute Unternehmensführung und Aufsichtsratsvorsitzender der Commerzbank AG</p>
<p>Frau Prof. Dr. Andrea Abele-Brehm Inhaberin des Lehrstuhls für „Sozialpsychologie unter besonderer Berücksichtigung der sozialpsychologischen Frauenforschung“ an der Universität Erlangen-Nürnberg</p>
<p>Herr Prof. Thomas Bauer Vorstandsvorsitzender der Bauer AG (die Bauer-Gruppe ist ein international tätiger Bau- und Maschinenbaukonzern) und Landesschatzmeister der CSU</p>
<p>Frau Prof. Dr. Liane Buchholz Leiterin der Akademie des Sparkassen- und Giroverband (zentrales Lehrinstitut der Sparkassen-Finanzgruppe, aus dem zahlreiche Führungskräfte der obersten Ebene hervorgegangen sind)</p>
<p>Herr Dr. Achim Dercks stellvertretender Hauptgeschäftsführer des Deutschen Industrie- und Handelskammertags</p>
<p>Frau Anke Domscheit-Berg selbständige Unternehmerin, fempower.me (Beratung von Unternehmen und Training von Managerinnen)</p>
<p>Frau Staatssekretärin Dr. Birgit Grundmann Staatssekretärin im Bundesministerium der Justiz</p>
<p>Frau Ulrike Hudelmaier Dipl.-Kffr. technisch orientiert, M.A. Univ. of Oregon, Geschäftsführerin der Reich Baumaschinen GmbH und der TechnologieFörderungUnternehmen GmbH (TFU, Technologie- und Gründerzentrum in der Region Ulm)</p>
<p>Frau Petra Ledendecker Präsidentin des Verbands deutscher Unternehmerinnen e. V. (der Wirtschaftsverband der Unternehmerinnen in Deutschland)</p>
<p>Frau Mechthilde Maier Leiterin des Unternehmensbereichs Diversity im Konzern der Deutschen Telekom und Mitglied des Vorstands im Kompetenzzentrum Technik-Diversity-Chancengleichheit, eines gemeinnützigen Vereins zur gender- und generationengerechten Entwicklung der Gesellschaft</p>
<p>Frau Monika Schulz-Strelow selbständige Unternehmensberaterin, Gründungsmitglied und Präsidentin des Vereins "Frauen in die Aufsichtsräte" (FidAR), einer überparteilichen Initiative, die sich für die nachhaltige Erhöhung des Frauenanteils in den Aufsichtsräten der deutschen Kapitalgesellschaften einsetzt</p>
<p>Frau Gabriele Stahl Partnerin bei Odgers Berndtson, einer international tätigen Personal- und Unternehmensberatung; Leiterin der von Odgers Berndtson erstellten Studie "Deutschlands Chefinnen"</p>
<p>Herr Prof. Dr. Joachim Wieland Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer</p>
<p>Herr Roland Wolf Geschäftsführer der Bundesvereinigung der Arbeitgeberverbände</p>

**Länderarbeitsgruppe Frauenquote
Bundes- und landesweite Evaluierung im öffentlichen Bereich
Auftrag der Herbstkonferenz der Justizministerinnen und Justizminister am 04.11.2010
in Berlin**

Gegenwärtige Situation zur Frage der Präsenz von Frauen in Führungspositionen, die seitens der öffentlichen Hand vergeben werden, bzw. in deren Beteiligungsunternehmen in den einzelnen Bundesländern.

Die nachfolgende Aufstellung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit oder wissenschaftliche Belastbarkeit. Sie soll für die Zwecke der Tätigkeit der Arbeitsgruppe vielmehr lediglich eine kursorische bzw. summarische Übersicht über den Anteil weiblicher Personen in Führungspositionen, die seitens der Länder vergeben werden, vermitteln.

Baden-Württemberg:

Für Baden-Württemberg ist lediglich mitgeteilt worden, dass von den insgesamt 84 Stellen in den Leitungspositionen der vom dortigen Finanzministerium betreuten wirtschaftlichen Unternehmen 5 mit Frauen besetzt sind. Von den insoweit zugehörigen Aufsichtsgremien hält das Land Baden-Württemberg insgesamt 329 Mandate, von denen 49 mit Frauen besetzt sind. Auf der **Leitungsebene** entspricht dies einem durchschnittlichen Frauenanteil von **5,95 %**, die **Aufsichtsebene** ist im Durchschnitt mit **14,89 %** weiblichen Landesmandaten besetzt.

Freistaat Bayern:

Für die Situation in Bayern kann im Wesentlichen auf die Aussagen des dortigen „Beteiligungsberichtes Freistaat Bayern 2010“ zurückgegriffen werden. Hiernach hält der Freistaat Bayern am Stichtag im Bereich der erwerbswirtschaftlichen und nicht erwerbswirtschaftlichen unmittelbaren Beteiligungen des privaten Rechts Anteile an 56 Gesellschaften, die überwiegend in der Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, im Übrigen als Aktiengesellschaft, organisiert sind. Diese 56 Gesellschaften weisen insgesamt 89 Leitungspositionen in Form von Vorstandsmitgliedern oder Geschäftsführerin/innen aus, von denen 8 mit Frauen besetzt sind. Dies entspricht einem prozentualen Anteil von Frauen in **Leitungspositionen** in Höhe von **8,43 %**. Weitere 38 Gesellschaften haben ein Aufsichts- bzw. Kontrollgremium in Form eines **Aufsichts- oder Verwaltungsrats** mit insgesamt 343 Mandatsträgern. Auf Frauen entfallen hierbei insgesamt 47 Aufsichtsratsmandate, was einen prozentualen Anteil von **13,70 %** entspricht. Bei den 4 von dem Freistaat Bayern gehaltenen Anstalten des öffentlichen Rechts befindet sich keine Frau in einer Leitungsposition, die entsprechenden **Aufsichtsgremien** weisen durchschnittlich einen Anteil an weiblichen Mandaten in Höhe von **13,56 %** auf. Bei den 5 bayerischen Universitätskliniken liegt der Anteil an Frauen unter den **Vorstandsmitgliedern** bei **15 %**; die **Aufsichtsratspositionen** sind in Höhe von **7,5 %** weiblich besetzt. In den 16 Staatsbetrieben des Freistaats Bayern weist weder die Leitungs- noch die Aufsichtsebene einen Anteil an weiblichem Führungspersonal aus. Bei der Besetzung von **Gremien** des Landes beträgt der Frauenanteil bei funktionsgebundener Entsendung **21,7 %**, bei nicht funktionsgebundenen Entsendungen **43,6 %**. Im Übrigen ist mitgeteilt worden, dass keine Erkenntnisse über die tatsächliche Besetzung von Frauen in Leitungspositionen bzw. Leitungsgremien in Zweckverbänden oder Unternehmen mit kommunaler Beteiligung vorliegen.

Berlin:

Seitens der Senatsverwaltung für Justiz des Landes Berlin ist unter Bezugnahme auf die entsprechenden Beteiligungsberichte der Senatsverwaltung für Finanzen mitgeteilt worden, dass sich in den **Aufsichtsgremien** der Beteiligungsunternehmen des Landes der Anteil der Frauen kontinuierlich von 2002 in Höhe von 12,7 % auf **42,1 %** im Jahre 2010 erhöht hat. Der Anteil der Frauen in den **Aufsichtsräten** der Berliner Anstalten des öffentlichen Rechts im Januar 2011 betrug absolut gesehen **38,7 %**, bezogen auf die Entsendungsquote des Landes bemisst er sich auf **47,1 %**. Zur Frage des Umfangs des weiblichen Anteils in den **Leitungspositionen** von Beteiligungsunternehmen sind **keine zahlenmäßigen Angaben** gemacht worden.

Brandenburg:

Von Brandenburg ist hinsichtlich der landeseigenen sowie landesbeteiligten Unternehmen, soweit die **Leitungsfunktion** in Rede steht, ein Frauenanteil in Höhe von durchschnittlich **3,6 %** mitgeteilt worden. Demgegenüber ergibt sich hinsichtlich der entsprechenden **Aufsichtsgremien** nach dortigen Angaben ein Anteil an weiblichen Führungskräften in Höhe von **20,5 %**. Hinsichtlich der kommunalen Ebene (ausschließlich Sparkassen) ist für die **Leitungsfunktion** ein Frauenanteil in Höhe von **3,7 %**, für die **Aufsichtsfunktion** in Höhe von durchschnittlich **25 %** festgestellt worden.

Freie Hansestadt Bremen:

Für Bremen kann auf den Beteiligungsbericht der Freien Hansestadt Bremen für die Jahre 2009/2010 hingewiesen werden. Dort wird unter der Zwischenüberschrift „Die Position der Frauen in den Unternehmen stärken“ ausgeführt, dass zu Beginn der laufenden Wahlperiode der Anteil der Frauen in den Aufsichtsgremien bei ca. 20 % lag, er mittlerweile aber deutlich gestiegen ist. Der Frauenanteil mit **Aufsichtsfunktionen** betrug zum Ende der Erhebungszeit hiernach durchschnittlich insgesamt **24 %**. Auf der Ebene der Geschäftsleitung waren in den insgesamt 58 aufgelisteten Unternehmensbeteiligungen Frauen sechsmal mit einem Anteil von 100 %, einmal zu 66,6 %, fünfmal zu 50 %, zweimal zu 33 % sowie einmal zu 16,6 % vertreten. In den übrigen 43 Gesellschaften befand sich keine weibliche Person in einer geschäftsführenden Position. Insgesamt ergibt sich für Bremen ein durchschnittlicher Wert von **18,18 %** weiblich besetzter **Geschäftsleitungen**.

Freie und Hansestadt Hamburg:

Seitens der Hamburger Justizbehörde ist hinsichtlich der im dortigen Schreiben aufgelisteten Unternehmen des öffentlichen Rechts mitgeteilt worden, dass die Leitungsebene ausschließlich männlich besetzt ist, demgegenüber der weibliche Anteil im Bereich der **Aufsichtsebene** durchschnittlich **26,51 %** beträgt. Für die Stiftungen des öffentlichen Rechts gilt, dass insgesamt **14,29 % der Vorstände** weiblich sind (eine Aufsichtsebene ist nicht vorhanden). Hinsichtlich der 86 mitgeteilten Beteiligungen an Unternehmen des privaten Rechts ergibt sich für die **Leitungsebene** ein durchschnittlicher Anteil von **11,41 %** an weiblichen Führungskräften (bei 70 Gesellschaften ohne jeglichen Frauenanteil). Für die **Aufsichtsebene** ergibt sich ein Frauenanteil im Aufsichtsrat in Höhe von **17,63 %**.

Hessen:

Für Hessen hat die Umfrage, soweit ein Rücklauf erfolgt ist, ergeben, dass sich der durchschnittliche Frauenanteil, von einzelnen positiven „Ausreißern“ (Hessisches Ministerium für Arbeit, Familie und Gesundheit: in 2 Fällen 100 % Frauenanteil auf der Leitungsebene sowie jeweils Wahrnehmung des Vorstandsvorsitzes des Vereins) abgesehen, in den **Leitungsfunktionen bei ca. 9 bis 12 %** bewegt. Bei der **Aufsichtsebene** liegt der durchschnittliche Anteil weiblicher Mitglieder in den Kontrollgremien bei **etwa 18,70 %**.

Ergänzend ist dem die Landesbeteiligungen in Hessen in einer Gesamtschau erfassenden Beteiligungsverzeichnis des Landes Hessen 2009 zu entnehmen, dass der durchschnittliche Frauenanteil bei denjenigen Funktionsträgern, die **seitens des Landes** in die **Aufsichtsgremien** der Beteiligungsunternehmen entsandt werden, **18,8 %** beträgt; darüber hinaus lassen sich dem Bericht jedoch keine Angaben über den Frauenanteil in diesen Aufsichtsgremien insgesamt entnehmen. Demgegenüber beträgt der durchschnittliche Frauenanteil im Bereich der **Leitungsebene** der dort aufgeführten Unternehmen absolut gesehen **9,85 %**.

Mecklenburg-Vorpommern:

Von Mecklenburg-Vorpommern ist die Situation für insgesamt 50 Beteiligungen des Landes mitgeteilt worden, von denen 22 landeseigene Betriebe, 8 Unternehmen mit Landesbeteiligung sowie 22 weitere Unternehmen die kommunale Ebene darstellen. Soweit die **Geschäftsführung** oder der **Vorstand** betroffen ist, liegt auf Landesebene der weibliche Anteil in zwei Fällen bei 100 %, in einem bei 50 %, in einem weiteren bei 40 %, in zweien bei 33,3 %, in einem bei 22,2 % sowie in einem weiteren Fall bei 16,7 %. Bei den restlichen der auf Landesebene mitgeteilten insgesamt 28 Gesellschaften befinden sich entweder keine Frauen in der Geschäftsführung oder dem Vorstand bzw. sind keine Angaben gemacht worden. Ein belastbarer **Durchschnittswert** kann daher **nicht ermittelt** werden. Für die **Geschäftsführung** auf **kommunaler Ebene** ergibt sich ein leicht schwankendes Bild; im Durchschnitt sind hier in den 22 genannten Gesellschaften Frauen mit einem Anteil von **30,54 %** vertreten. In den Aufsichtsorganen der Landesebene sind in 11 der Gesellschaften keine weiblichen Mitglieder zu finden. Im Übrigen schwankt der Frauenanteil in der **Aufsichtsebene** von 6,6 % bis zu maximal 36,4 %, was bei 28 Landesbeteiligungen einen durchschnittlichen Frauenanteil von **11,05 %** ergibt. Im **kommunalen Bereich** liegt die Frauenquote bei den 19 Betrieben mit **Aufsichts- oder Verwaltungsrat** bei durchschnittlich **22,14 %**.

Niedersachsen:

Seitens des Niedersächsischen Justizministeriums konnte lediglich hinsichtlich der Landesbeteiligungen eine Übersicht übermittelt werden. Hiernach ergibt sich für den Bereich der **Geschäftsleitung** ein durchschnittlicher Frauenanteil in Höhe von **4,4 %**. Im Bereich der **Aufsichtsorgane** beträgt der Anteil an weiblich besetzten Mandaten demgegenüber im Durchschnitt **20,67 %**.

Nordrhein-Westfalen:

Von Nordrhein-Westfalen sind Angaben insgesamt zu 22 landeseigenen bzw. landesbeherrschten Unternehmen gemacht worden, wobei jedoch nur bei 10 Betrieben eine Mitteilung zur Geschäftsführung erfolgt ist. Insoweit ist der dortigen Mitteilung zu entnehmen, dass in **80 %** dieser 10 Betriebe **keine einzige Frau in der Geschäftsleitung** vertreten ist; in weiteren zwei Unternehmen konnte ein durchschnittlicher Frauenanteil in Höhe von 44 % festgestellt werden. Ein belastbarer **Durchschnittswert** konnte vor diesem Hintergrund **nicht ermittelt** werden. Bei den 9 für die kommunale Ebene mitgeteilten Betrieben sind für drei Unternehmen Angaben zur Geschäftsleitung gemacht worden, wobei in einem Betrieb der Frauenanteil bei 0 % liegt, in einem bei 1,8 % sowie in dem dritten bei 3,2 %. Für die **Aufsichtsgremien** gilt, dass in den 19 landeseigenen/landesbeherrschten Betrieben, die ein Aufsichtsorgan haben, ein durchschnittlicher Anteil weiblicher Personen mit Aufsichtsfunktionen in Höhe von **20,42 %** festzustellen ist. Im **kommunalen Bereich** beträgt dieser Anteil durchschnittlich **27,25 %**.

Rheinland-Pfalz:

Seitens des Ministeriums der Justiz des Landes Rheinland-Pfalz ist unter Hinweis auf die entsprechenden Angaben des Beteiligungsberichts des dortigen Ministeriums der Finanzen (Stand: 30.09.2009) ein durchschnittlicher prozentualer Anteil an Frauen in den Gremien der Landesbeteiligungen einschließlich der Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts sowie der Stiftungen in Höhe von **24,73 %** mitgeteilt worden. Dieser Anteil bezieht sich im Wesentlichen auf **Aufsichts-, Verwaltungs-, Stiftungsräte und Beiräte**. Soweit bei den Stiftungen auf der Leitungsebene zusätzlich **Vorstandspositionen** vergeben worden sind, ergibt sich auf Seiten des Landes ein durchschnittlicher Anteil an weiblichem Führungspersonal in Höhe von **24,44 %**.

Saarland:

Die wirtschaftlichen Beteiligungen des Landes Saarland ergeben sich aus dem von dort übermittelten Beteiligungsbericht, der allerdings den Stand des Jahres 2008 aufweist. Ihm ist zu entnehmen, dass bei 47 Beteiligungsunternehmen, hinsichtlich deren für die Geschäftsleitung aussagekräftige Angaben vorliegen, ein durchschnittlicher Anteil an Frauen in **Unternehmens leitenden** Positionen in Höhe von **10,78 %** zu verzeichnen ist. Soweit Aufsichtsgremien in Rede stehen, liegen für 45 Gesellschaften aussagekräftige Angaben vor. Ihnen ist zu entnehmen, dass auf der **Aufsichtsebene** für das Jahr 2008 ein durchschnittlicher Frauenanteil in Höhe von **18,53 %** festzustellen war. Hinsichtlich der gleichfalls mitgeteilten **Gremien** innerhalb der Landesregierung beträgt nach der Liste der dortigen Gremiendatenbank der Frauenanteil durchschnittlich **28,8 %**.

Freistaat Sachsen:

Seitens des Sächsischen Staatsministeriums der Justiz und für Europa ist die Situation des Frauenanteils in Leitungs- und Aufsichtspositionen sowohl hinsichtlich der dort relevanten Staatsbetriebe als auch wirtschaftlicher Beteiligungen dargestellt worden. Hier ergeben sich hinsichtlich der Mehrheitsbeteiligungen des Landes an **kommunalen Einrichtungen** auf der **Leitungsebene** durchschnittliche Frauenanteile von **16,67 %** (Chemnitz), **11,77 %** (Dresden, wobei 30 von 34 Geschäftsleitungsstellen männlich besetzt sind) sowie **41,50 %** (Leipzig, wobei 3 der 5 mitgeteilten Gesellschaften keinen Frauenanteil auf der Leitungsebene verzeichnen). Im Bereich der **Aufsichtsorgane** sind im Durchschnitt weibliche Anteile in Höhe von **27,56 %** (Chemnitz), **13,57 %** (Dresden, bei 31 % der Gesellschaften ohne weiblichen Anteil) sowie **26,8 %** bei der Stadt Leipzig zu verzeichnen. Bei den mitgeteilten Beteiligungen auf **Landesebene** ergeben sich durchschnittliche Frauenanteile in Höhe von **11,54 %** in **Leitungsfunktionen** sowie von **11,48 %** bei den **Aufsichtsgremien**. Speziell auf dem Gesundheitssektor sind die Daten von 9 Einrichtungen mitgeteilt worden, bei denen 47,8 % Frauen Leitungsfunktionen inne haben. Für 6 Staatsbetriebe nach § 26 SächsHO ergeben sich Frauenanteile in Höhe von **14,3 %** in der **Geschäftsführung** sowie **31,0 %** in den **Verwaltungsräten**. Bei insgesamt 5 Hochschulen ist in den **Führungspositionen** ein weiblicher Anteil von durchschnittlich **22,58 %** zu verzeichnen.

Sachsen-Anhalt:

Seitens des Ministeriums der Justiz des Landes Sachsen-Anhalt ist im Wesentlichen auf den Bericht über die Beteiligung des Landes Sachsen-Anhalt an Unternehmen des öffentlichen und privaten Rechts (Stand: 08.10.2010) Bezug genommen worden. Eine Auswertung der dortigen Einzelberichterstattung zu den Landesbeteiligungen hat ergeben, dass bei den 37 Gesellschaften, zu denen Angaben gemacht wurden, die **Leitungsebene** durchschnittlich im Umfang von **3,57 %** mit Frauen besetzt ist. Soweit die Besetzung der **Aufsichtsorgane** in Rede steht, wurden bei 24 Gesellschaften Angaben gemacht, die einen Anteil an weiblichem Führungspersonal in Höhe von **22,41 %** ergeben haben.

Schleswig-Holstein:

Von Seiten Schleswig-Holsteins sind insgesamt 34 landeseigene Betriebe bzw. Betriebe mit Landesbeteiligung mitgeteilt worden, die in den Rechtsformen der GmbH, Aktiengesellschaft sowie Anstalt des öffentlichen Rechts verfasst sind. Hiervon haben 31 Unternehmen einen **Aufsichtsrat**, der im Durchschnitt mit einem Frauenanteil von **18,6 %** besetzt ist. Soweit bei 28 Gesellschaften wurden Angaben zur **Geschäftsführung** gemacht worden sind, sind bei 44 zu vergebenden Positionen lediglich **3 weibliche** Besetzungen zu verzeichnen (**= 6,82 %**).

Freistaat Thüringen:

Für das Land Thüringen sind auf der Leitungsebene 31 Unternehmen mit zahlenmäßiger Aussagekraft mitgeteilt worden. Den dortigen Angaben ist zu entnehmen, dass im Freistaat Thüringen bei Beteiligungsunternehmen durchschnittlich **16,13 %** weibliches Personal mit **Vorstands- bzw. Geschäftsführungstätigkeiten** betraut ist. Für die Aufsichtsebene liegen Angaben mit zahlenmäßiger Aussagekraft für insgesamt 23 Unternehmen vor. Hieraus ergibt sich ein durchschnittlicher Frauenanteil in Höhe von **21,32 %** im **Bereich der Aufsicht** über die dortigen Landesgesellschaften (ohne Stiftungskuratorien).

gez. Störmer

Abweichende Wertung Hessens zu den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen

Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen werden teilweise anders als im Bericht dargestellt gesehen. Übereinstimmung besteht insoweit, als die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Quotenregelungen für Vorstände im Ergebnis höher als die für Aufsichtsräte sein dürften, wobei hier die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit insgesamt jeweils deutlich skeptischer bewertet wird. Zumindest zum gegenwärtigen Zeitpunkt erscheint daher die Einführung einer bestimmten geschlechtsbezogenen Ergebnisquote als verfassungsrechtlich ausgesprochen riskant. Bedenken bestehen auch bezüglich der gleich zu Beginn des Berichts formulierten Einschätzung, die verfassungsrechtliche Hauptproblematik liege – jedenfalls für eine Geschlechterquote in Aufsichtsräten – in dem Eingriff in die Freiheitsrechte der Unternehmer und nicht (auch) in der Beschneidung der Gleichheitsrechte der Bewerber.

1. Gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 1 und Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG wird stets verstoßen, wenn jemand wegen seiner Geschlechtszugehörigkeit gegenüber Personen anderen Geschlechts bevorzugt oder benachteiligt wird. Eine gesetzliche Regelung, die in Aufsichtsräten (oder gar in Vorständen) eine bestimmte Mindestquote für Angehörige bestimmter Geschlechter vorschreibe, würde eindeutig an das Merkmal des Geschlechts anknüpfen und im Einzelfall möglicherweise zur Benachteiligung eines besser qualifizierten Mitbewerbers allein aufgrund des Geschlechts führen, wenn keine zur (jeweiligen) Quotenerfüllung ausreichende Zahl gleich oder vergleichbar qualifizierter Kandidaten des jeweils anderen Geschlechts zur Wahl steht. Nicht geteilt wird die – auch unter Hinweis auf Wieland (NJW 2010, 2408) – geäußerte Einschätzung, eine Ergebnisquote führe nicht zu einer unmittelbaren Beeinträchtigung, sondern nur zu einer Reduzierung von Chancen (Seiten 99 und 104), da es bei festen Ergebnisquoten durchaus möglich ist, dass auch im Fall einer Aufsichtsratswahl ein einzelner Mitbewerber unter Umständen allein aufgrund seines Geschlechts nicht zum Zuge kommt. Zwar trifft es zu, dass es im Privatrecht grundsätzlich keinen Anspruch eines Einzelnen gibt, aufgrund seiner Befähigung bestimmte Positionen zu erhalten (vgl. Seite 99), hier dürfte es aber um die Frage gehen, ob ihm eine bestimmte Position allein aufgrund seines Geschlechts verschlossen bleibt.
2. Da das Grundrecht der Gleichbehandlung von Mann und Frau keinen Gesetzesvorbehalt aufweist, käme hier allenfalls eine Rechtfertigung der möglichen Diskriminierung durch kollidierendes Verfassungsrecht, namentlich durch Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG, in Betracht. Die Konstatierung kollidierender Verfassungspositionen, die im Wege der praktischen

Konkordanz zum Ausgleich gebracht werden müssten, ist – wie im Bericht dargestellt – in der verfassungsrechtlichen Literatur bereits nicht unumstritten (vgl. Seiten 97 f.). Die Einführung einer bestimmten Ergebnisquote müsste – angesichts der vorbehaltlosen Grundrechtsgewährung gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG – zumindest einer Abwägung mit den kollidierenden Grundrechten der konkurrierenden und ggf. aufgrund ihres Geschlechts benachteiligten Mitbewerber standhalten. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass es angesichts des genannten Verfassungsauftrages ausschließlich um die Herstellung von *Chancengleichheit*, nicht jedoch um Repräsentanz von Frauen und Männern gehen kann (vgl. Osterloh, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl., Rz. 282 f. m.w.N.). Angesichts des möglichen Eingriffs in – grundsätzlich vorbehaltlos gewährleistete – Grundrechtspositionen von Mitbewerbern dürften Quotenregelungen auch im Ergebnis nur als letztes Mittel zur Verfügung stehen (vgl. Osterloh aaO. 286 m.w.N., wonach Quotenregelungen im Öffentlichen Dienst nur als „ultima ratio“ in Betracht kommen). Aufgrund der beschriebenen Zielrichtung des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG können Erwägungen, wonach es keine Gleichstellung von Frauen geben dürfte, „die nicht in gewissem Umfang auf Kosten der Männer“ gehe und „ohne Einschränkung des Diskriminierungsverbots ... eine Umsetzung des Verfassungsauftrages des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG in der sozialen Wirklichkeit kaum möglich“ sei (vgl. Seite 98), auch unter Berücksichtigung gesetzgeberischer Einschätzungsspielräume ausschließlich im Kontext der Verwirklichung von Chancengleichheit (und nicht von Ergebnisgleichheit) angestellt werden.

3. Bei der Wahl von Aufsichtsräten (und erst recht bei der Bestellung von Vorständen) geht es um Führungspositionen mit höchster Verantwortung, bei denen naturgemäß das Qualitätselement dominieren dürfte. Hinzu kommt, dass die Anforderungen an die Aufsichtsräte hinsichtlich ihrer Professionalisierung in den letzten Jahren deutlich gestiegen sind. So wurde beispielsweise die Unternehmensplanung zur gemeinsamen Aufgabe von Vorstand und Aufsichtsrat erhoben, dem Aufsichtsrat die Überwachung des Risikoüberwachungssystems nach § 91 Abs. 2 AktG überantwortet, in gleicher Weise der gesamte Komplex Abschlussprüfung; eine weitere Steigerung der Anforderungen ist durch das Transparenz- und Publizitätsgesetz vom 19. Juli 2002 oder das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung vom 3. August 2009 erfolgt. Insgesamt steht daher das Qualifikationselement auch bei der Besetzung des Aufsichtsrates sehr weit im Vordergrund (wenngleich nicht alleine), und zwar unabhängig davon, dass die als geeignet betrachteten Bewerber durch Wahl bestimmt werden. Insofern unterscheidet sich die Situation im Fall von Aufsichtsräten und Vorständen signifikant von Gremien wie etwa dem Personalrat oder dem Betriebsrat, bei denen es um die Vertretung von – auch geschlechtsspezifischen – Gruppeninteressen sowie um die Repräsentierung von Gruppen

geht. Daher kann auch die zu diesen Gremien ergangene Rechtsprechung nicht ohne Weiteres auf die vorliegende Fragestellung übertragen werden (vgl. Bericht Seite 104 f. zur Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 16. März 2005, NZA 2005, 1252). Ungeklärt erscheint nach wie vor die Frage einer möglichen Qualifikationssicherung bei festen Ergebnisquoten in jedem Einzelfall; gegebenenfalls erforderliche Öffnungsklauseln dürfen sich jedenfalls nicht auf einzelne „Härtefälle“ beschränken (vgl. insoweit Seite 100). Hinterfragt werden muss auch die Annahme der strukturellen Ähnlichkeit der Vergabe eines Pools von Ausbildungsplätzen einerseits und der Wahl eines Aufsichtsrates andererseits mit der Folge der Übertragung der Argumente der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (E 100, 357, vgl. Bericht Seiten 104 f.) betreffend die Quotierung von Ausbildungsplätzen in Bereichen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind. Anders als bei Aufsichtsratsmandaten geht es bei Ausbildungsplätzen gerade um die Grundlage von Chancengleichheit im weiteren Berufsleben und eben nicht um den Zugang zu Spitzenpositionen.

4. Erhebliche Bedenken bestehen auch insoweit, als den privaten Unternehmen durch gesetzliche Regelungen Quotierungen auferlegt würden, die im öffentlichen Dienst von der herrschenden Auffassung als verfassungswidrig eingestuft werden. Aus dem Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat vom 5. November 1993 ergibt sich explizit eine bestehende „Übereinstimmung darüber, dass diese Bestimmung eine Frauenförderung in Gestalt sog. starrer Quoten nicht gestattet“ (BT-Drs. 12/6000, Seite 50); an dem Willen der Gemeinsamen Verfassungskommission, wonach die mit einer starren Quotenregelung verbundene (mögliche) Diskriminierung männlicher Bewerber als unzulässig angesehen wird, hält die herrschende Auffassung (jedenfalls in der bisherigen auf den öffentlichen Dienst gerichteten Diskussion) nach wie vor fest. Eine abweichende Behandlung dürfte auch nicht dadurch zu rechtfertigen sein, dass im öffentlichen Dienst bei Durchbrechung des Leistungsgrundsatzes mit Art. 33 Abs. 2 GG ein konkretes Recht gegenüberstehe (vgl. indes Bericht Seite 102), weil „nicht erst wegen der Spezialität des Art. 33 Abs. 2 GG ... berufliche Chancengleichheit stets Gleichheit nach dem Maßstab gleicher beruflicher Qualifikation bedeuten muss“ (vgl. Osterloh, a.a.O., Rz. 287). Auch der Verweis auf eine in der Privatwirtschaft „typischerweise vorhandene Vielzahl von potentiellen Beschäftigungsmöglichkeiten“ (Bericht Seite 102) dürfte keine andere Bewertung ergeben, da gerade der hier angesprochene Bereich der Aufsichtsräte und Vorstände – auch gegenüber parallelen Bewerbungsmöglichkeiten auf Stellen im öffentlichen Dienst, wo starre Quoten nicht nur bei Spitzenpositionen unzulässig sind – zahlenmäßig eher begrenzt sein dürfte.

5. Wie im Bericht dargestellt, berühren Quotenregelungen für Aufsichtsräte und Vorstände auch Grundrechtspositionen aus Art. 9, 12 Abs. 1 sowie 14 Abs. 1 und 2 GG und bedürfen daher auch insoweit der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Namentlich bei der Prüfung des Art. 14 GG ist zu berücksichtigen, worauf Redenius-Hövermann (ZIP 2010, 660, 665) explizit hinweist, dass Ziel und Zweck der Aufsichtsratswahl die Vertretung der Aktionäre und deren Interessen in der Aktiengesellschaft ist, während die Frauenförderung gerade kein Primärziel der Aufsichtsratswahl ist. Indes bestehen besonders hohe Anforderungen angesichts der benannten Eingriffe in die grundsätzlich vorbehaltlos durch Art. 3 Abs. 2 Satz 1 und Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten Grundrechtspositionen von Mitbewerbern. Eine wie auch immer geartete Quotenregelung müsste sich zum einen als *ultima ratio* zur Verwirklichung von *Chancengleichheit* (nicht von *Ergebnisgleichheit*) darstellen; zum anderen müsste sie einer Abwägung mit den verschiedenen einzelnen kollidierenden Grundrechtspositionen standhalten.

6. Im Bericht wurde bereits bei der Prüfung zu Art. 14 GG darauf eingegangen, dass die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Quotenregelungen für den Aufsichtsrat bei kleinen Gesellschaften (mittelständischen Unternehmen – der Auftrag der 81. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister an die Arbeitsgruppe beschränkte sich indes auf börsennotierte Unternehmen, vgl. Bericht Seite 150) ausgesprochen problematisch erscheint und dies auch bei eventuellen Regelungen zu berücksichtigen wäre; in gleicher Weise wurde auf das Problem von Entsenderechten bestimmter Eigentümer, wenn diese auf einem personellen Bezug des Aktionärs zum Unternehmen beruhen (zum Beispiel bei Familienunternehmen), hingewiesen (vgl. Seiten 76, 89 f.). Problematisch ist indes auch eine Quantifizierung einer Unterrepräsentanz von Frauen. Ungeachtet der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers muss im jeweiligen Bereich eine Unterrepräsentanz im Vergleich zur relevanten Ausgangsgruppe zumindest realistisch begründbar sein und darf nicht schlicht unterstellt werden; Bezugspunkt bei der Ermittlung der Unterrepräsentanz ist nicht der Frauenanteil in der Bevölkerung oder schlicht 50 Prozent, sondern – unter dem Blickwinkel der angestrebten vollständigen Chancengleichheit – der Anteil von Bewerberinnen oder Bewerbern, die als hinreichend qualifiziert gelten können. An dieser Stelle ist die Größe des *jeweiligen* Pools der geeigneten Kandidatinnen zu berücksichtigen, wobei regelmäßig eine branchenspezifische Betrachtung angezeigt erscheint.

7. Vor allem aber stellt sich die Frage, ob entsprechende gesetzliche Quotenregelungen zur Verwirklichung von Chancengleichheit erforderlich erscheinen. In jedem Fall muss eine ernsthafte Auseinandersetzung mit diskriminierungsfreien Alternativen stattfinden. Diesbezüglich sind insbesondere auch aktuelle Selbstverpflichtungen bzw. entsprechende Ankündigungen aus dem Bereich der Wirtschaft in die Betrachtung mit einzubeziehen. So hat etwa die Telekom bereits vor über einem Jahr als erstes Dax-30-Unternehmen eine unternehmensinterne Frauenquote eingeführt, wonach bis Ende 2015 30 Prozent der oberen und mittleren Führungspositionen im Unternehmen mit Frauen besetzt sein sollen. Unlängst haben nun auch die übrigen Dax-30-Unternehmen zugesagt, noch in diesem Jahr konkrete Ziele für einen höheren Frauenanteil in Führungspositionen festzulegen und zu veröffentlichen. Diese konkreten Zielvorgaben der größten Unternehmen dürften eine andere Qualität haben als die freiwillige Selbstverpflichtung zu mehr Frauen in Spitzenpositionen, die 2001 von der Wirtschaft abgegeben worden war.

8. Auch hat die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex (DCGK) erst jüngst im Sommer 2010 ihren Kodex um Empfehlungen dahingehend ergänzt, dass der Vorstand bei der Besetzung von Führungsfunktionen im Unternehmen auf Vielfalt (Diversity) achten und dabei insbesondere eine angemessene Berücksichtigung von Frauen anstreben soll (Ziff. 4.1.5). Darüber hinaus sieht Ziff. 5.1.2 vor, dass der Aufsichtsrat bei der Zusammensetzung des Vorstands auch auf Vielfalt (Diversity) achten und dabei insbesondere eine angemessene Berücksichtigung von Frauen anstreben soll. Flankiert werden diese Empfehlungen von Ziff. 3.10, wonach jährlich im Geschäftsbericht über die Corporate Governance des Unternehmens zu berichten ist, wozu auch die Erläuterung eventueller Abweichungen von den jeweiligen Empfehlungen des DCGK gehört. Weiterhin hierzu ist auf die sog. Entsprechenserklärung in § 161 AktG hinzuweisen. Hiernach haben der Vorstand und Aufsichtsrat vornehmlich einer börsennotierten Gesellschaft jährlich zu erklären, dass den Empfehlungen der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex entsprochen wurde und wird oder welche Empfehlungen nicht angewendet wurden oder werden und warum nicht (§ 161 Abs. 1 Satz 1 AktG). Diese Erklärung ist gem. § 161 Abs. 2 AktG auf der Internetseite der Gesellschaft dauerhaft öffentlich zugänglich zu machen. Zudem sind sowohl der Jahresabschluss als auch der Lagebericht sowie die Entsprechenserklärung gem. § 325 HGB beim elektronischen Bundesanzeiger zum Zwecke der Offenlegung einzureichen. Hierdurch sowie auch dadurch, dass gem. Ziff. 3.10. Satz 4 DCGK eine börsennotierte Gesellschaft nicht mehr aktuelle Entsprechenserklärungen zum Kodex fünf Jahre lang auf ihrer Internetseite zugänglich halten soll, wird ein hoher Grad an Transparenz erreicht, der wiederum den

Druck auf die betreffenden Unternehmen, in möglichst großem Umfang den Empfehlungen des DCGK Rechnung zu tragen, erhöhen dürfte. Auch aus diesem Grunde sollte daher die erst jüngst erfolgte Vorgabe für die Unternehmen, eine angemessene Berücksichtigung von Frauen bei der Besetzung von Führungspositionen bzw. der Zusammensetzung des Vorstands anzustreben, auf ihre Umsetzung hin zunächst beobachtet werden, bevor gesetzliche Zwangsmaßnahmen eingeleitet werden. Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung ist auch die in die gleiche Richtung weisende Möglichkeit einer sog. „Flexi-Quote“, wie sie die Bundesministerin für Familie, Senioren, Frauen und Jugend Dr. Schröder vorschlägt, als milderer mögliches Mittel in Betracht zu ziehen. Unter „Flexiquote“ wird eine gesetzliche Verpflichtung von Unternehmen verstanden, individuell eine Quote für den Frauenanteil in ihrem Aufsichtsrat und Vorstand festzulegen und diese sowie ihre Umsetzung öffentlich bekannt zu machen („gesetzliche Pflicht zur Selbstverpflichtung“). Angesichts ihrer unternehmensbezogenen Individualität und der damit verbundenen besseren Möglichkeit der Berücksichtigung individueller Chancengleichheit würde sich eine solche „Flexiquote“ auch im Hinblick auf den Gleichheitssatz gegenüber einer durch Gesetz bestimmten Ergebnisquote als milderer Mittel darstellen.

9. Hinzu kommt, dass diese Instrumentarien inzwischen auf eine veränderte personelle Situation im mittleren und gehobenen Management der Unternehmen treffen: Die Anzahl der jungen Frauen, die gut bis exzellent ausgebildet sind, hat sich in den letzten Jahren deutlich erhöht. Diese Tendenz ist zudem weiter steigend und macht sich dementsprechend mit einem signifikant erhöhten Anteil von Frauen in den mittleren Managementebenen deutlich. *Je nach Branche* lassen sich heute bereits 20 – 30 %, teilweise sogar noch mehr, Frauen in den unteren und mittleren Führungsetagen von Unternehmen wiederfinden. Im Hinblick auf diese – sich fortsetzende – Entwicklung kann davon ausgegangen werden, dass sich auch das Rekrutierungspotential („Pool“) an für Führungsaufgaben geeigneten weiblichen Mitarbeitern stetig weiter vergrößert mit der Folge, dass das Kriterium der Eignung von Frauen für die Besetzung von Leitungspositionen allein durch Zeitablauf zunehmend unproblematischer erfüllt werden kann und wohl auch zunehmend erfüllt wird.