

**Geschlechterquoten für die Besetzung der Leitungsgremien von Unternehmen -
Bewertung der aktuellen Entwürfe aus unionsrechtlicher und
rechtsvergleichender Sicht**

**Gutachten im Auftrag des
Vorstands der IG Metall
Frankfurt am Main**

erstattet von

**Professor Dr. Bernd Waas
Johann Wolfgang Goethe Universität Frankfurt**

Gliederung

A. Sachverhalt und Fragestellungen

B. Rechtsvergleichender Überblick: Regelungsmodelle im Ausland

- I. Norwegen
 - 1. Verwaltungsrat und Arbeitnehmermitbestimmung
 - 2. Die gesetzliche Festschreibung einer Frauenquote
 - 3. Erste empirische Befunde
- II. Spanien
- III. Frankreich
- IV. Island
- V. Finnland
- VI. Belgien
- VII. Italien
- VIII. Niederlande

C. Europarechtliche Bewertung von gesetzlichen Quotenregelungen

- I. Gewährleistungsinhalt der Niederlassungsfreiheit: Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot
- II. Rechtfertigung
 - 1. Anwendung in nichtdiskriminierender Weise
 - 2. Zwingende Gründe des Allgemeininteresses
 - a) Beurteilungsspielraum des nationalen Gesetzgebers
 - b) Absicherung des Schutzanliegens auf der Ebene des europäischen Rechts
 - 3. Geeignetheit
 - 4. Verhältnismäßigkeit
- III. Parallele zur Problematik von Niederlassungsfreiheit und Mitbestimmungsrecht

D. Bewertung der vorliegenden Gesetzentwürfe in Deutschland

- I. Geschlechterproporz im Rahmen der Betriebsverfassung
- II. Vorliegende Gesetzentwürfe
 - 1. Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen
 - 2. Gesetzentwurf des Landes Nordrhein-Westfalen
- III. Bewertung

1. Mögliche Zielsetzungen bei der gesetzlichen Festschreibung von Frauenquoten
 - a) Schutz potentieller weiblicher Aufsichtsratsmitglieder
 - b) Schutz des „Unternehmensinteresses“
 - c) Schutz von Allgemeininteressen
 - d) Schutz von Frauen in ihrer Gesamtheit
 - e) Schutz der im Unternehmen beschäftigten Frauen
2. Schutzzwecke und Inhalt der Quote

E. Schluss

A. Sachverhalt und Fragestellungen

Noch immer sind Frauen in den Aufsichtsräten deutscher Unternehmen, gemessen an ihrem Anteil an der Gesamtbevölkerung, deutlich unterrepräsentiert¹. Dabei wäre der Abstand zwischen Männern und Frauen noch größer, wenn nicht die Vertreter der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten zu einem großen Teil Frauen wären². Was die geringe Zahl weiblicher Aufsichtsratsmitglieder anbelangt, nimmt Deutschland zwar im europäischen Vergleich keine Sonderstellung ein³; doch kann der Blick über die Grenzen hinweg nichts daran ändern, dass der Befund einer krassen Unterrepräsentation von Frauen in deutschen Aufsichtsräten nachdenklich stimmen muss.

Dies gilt umso mehr, als die Problematik seit langem bekannt ist, weshalb denn auch nichts an der Einsicht vorbeiführt, dass Appelle, den Frauenanteil zu steigern, offenbar nur in sehr geringem Umfang wirksam sind. Vor diesem Hintergrund stellt sich mit Nachdruck die Frage, ob nicht der Gesetzgeber aufgerufen ist, sich des Problems anzunehmen. Diese Frage wird in zunehmendem Maß auch im Ausland gestellt. Überdies denkt die Europäische Kommission über die Festschreibung einer Frauenquote für die Besetzung von Aufsichtsräten auf der europäischen Ebene nach⁴.

¹ Vgl. nur http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.366825.de/11-3-1.pdf: 29 von 906: Weiterhin kaum Frauen in Top-Gremien großer Unternehmen; auch Bundesministerium für Familie, Frauen, Senioren und Jugend, Aktionärinnen fordern Gleichberechtigung. Erhöhung des Frauenanteils in Führungspositionen - insbesondere Aufsichtsratspositionen - deutscher Unternehmen, 2010; im Internet:

<http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/Service/Publikationen/publikationsliste,did=165456.html>; nähere Angaben zur Geschlechterverteilung in Aufsichtsräten auch unter: http://www.boeckler.de/pdf/mbf_gender_2010.pdf. Nach Angaben des Statistischen Bundesamts sind derzeit ca. 28% der Führungspositionen in privaten Unternehmen in Deutschland mit einer Frau besetzt.

² Vgl. nur Mitbestimmung 4/2010, 41.

³ Vgl. insoweit nur European PWN, EPWN Board Women Monitor 2010, 4th ed. 2010 – Learning-connecting – sharing;

im Internet: http://www.europeanpwn.net/files/europeanpwn_boardmonitor_2010.pdf.

⁴ Vgl. insoweit nur <http://www.entgeltgleichheit.de/aktuell/meldungen/ende-2011-soll-europaeische-frauenquote-kommen>; vgl. aber etwa auch Grünbuch Europäischer Corporate Governance-Rahmen, KOM(2011) 164.

Vor diesem Hintergrund besteht aller Anlass, mit Blick auf ein mögliches Tätigwerden des Gesetzgebers die denkbaren Regelungsoptionen näher zu beleuchten. In diesem Zusammenhang hat mir der Vorstand der IG Metall folgende Fragen zur Begutachtung vorgelegt:

- 1. Welche Regelungsmodelle zur gesetzlichen Festlegung einer Frauenquote findet man im Ausland vor?**
- 2. Wie wäre die Festschreibung einer Frauenquote durch den deutschen Gesetzgeber nach Maßstäben des Europarechts zu beurteilen?**
- 3. Wie sind die derzeit vorliegenden Gesetzentwürfe mit Blick auf die in ihnen enthaltenen Lösungen zur Festschreibung eines Geschlechterproporz zu beurteilen?**

Allen drei Fragestellungen sollen nachfolgend nachgegangen werden.

A. Rechtsvergleichender Überblick: Regelungsmodelle im Ausland

Zunächst soll die erste Frage untersucht und dargelegt werden, welche Regelungsmodelle bei rechtsvergleichender Betrachtung bestehen⁵.

Zu gesetzlichen Regelungen einer Frauenquote ist es in den letzten Jahren v. a. in einer Reihe europäischer Staaten gekommen. Allerdings gibt es auch außerhalb Europas derartige Quoten. Besondere Aufmerksamkeit erregt hat zuletzt insbesondere die Einführung einer Frauenquote in Malaysia. Dort soll bis zum Jahr 2016 eine Quote von 30% erfüllt sein⁶.

I. Norwegen

In Norwegen wurde bereits im Jahre 2003 eine Frauenquote für die Besetzung von Aufsichtsräten börsennotierter Gesellschaften eingeführt⁷. Diese Quote hat der Gesetzgeber später auf (alle) staatlichen Unternehmen, aber etwa auch auf Genossenschaften, ausgeweitet⁸. Gesellschaften mit beschränkter Haftung, bleiben demgegenüber außerhalb des Geltungsbereichs des Gesetzes, sofern nicht der Staat selbst Mehrheitsgesellschafter ist⁹. Der Grund für die Herausnahme privater Gesellschaften mit beschränkter Haftung aus dem Geltungsbereich der Vorschriften dürfte darin liegen, dass eine Quotenregelung als mit der Eigentums- und Unternehmerfreiheit der Inhaber dieser (vorwiegend mittelständisch geprägten) Unternehmen nur schwer vereinbar gilt¹⁰.

Der Einführung der gesetzlichen Frauenquote vorangegangen war eine hitzige politische Debatte, bei der drei Problemkreise im Vordergrund standen: Aus der

⁵ Vgl. hierzu auch den Bericht der Länderarbeitsgruppe „Teilhabe von Frauen in Führungs- und Kontrollgremien der Wirtschaft“, S. 31 ff; im Internet: <http://www.justiz.bayern.de>.

⁶ Vgl. <http://www.faz.net/artikel/C31151/malaysia-frauenquote-selbst-verordnet-30457816.htm>.

⁷ Näher zur Gesetzesgeschichte *Storvik/Teigen*, Das norwegische Experiment – eine Frauenquote für Aufsichtsräte, S. 5 ff; im Internet: library.fes.de/pdf-files/id/ipa/07310.pdf; vgl. aber auch <http://www.socialresearch.no/Publications/Other-reports/2010/2010-004>.

⁸ Näher *Storvik/Teigen*, Das norwegische Experiment – eine Frauenquote für Aufsichtsräte, S. 4;

⁹ Näher *Storvik/Teigen*, Das norwegische Experiment – eine Frauenquote für Aufsichtsräte, S. 4.

¹⁰ So *Storvik/Teigen*, Das norwegische Experiment – eine Frauenquote für Aufsichtsräte, S. 4.

Perspektive der Befürworter einer gesetzlichen Regelung sollte die Einführung von Frauenquoten „Geschlechtergerechtigkeit“ herstellen. Demgegenüber machten die Kritiker geltend, eine derartige Regelung führe – umgekehrt – zu ungerechten Ergebnissen, da dabei das Kriterium der Eignung und Befähigung durch das der Geschlechtszugehörigkeit ersetzt werde. Sodann führten die Befürworter einer gesetzlichen Regelung ins Feld, eine Frauenquote sei deshalb sinnvoll, weil sie einerseits Verwaltungsräten einen zusätzlichen Pool von Personen mit Kenntnissen und Fähigkeiten erschließe und es sich bei dem entsprechenden know-how überdies größtenteils um spezifische Kenntnisse und Fähigkeiten handle, deren „Nutzung“ aus Sicht der Unternehmen besonders ratsam sei¹¹. Von den Kritikern wurde demgegenüber eingewandt, eine Frauenquote trage die Gefahr in sich, dass im Einzelfall kompetente Männer durch weniger kompetente Frauen ersetzt würden. Schließlich wurde von den Befürwortern einer Frauenquote auf die Bedeutung des Demokratieprinzips hingewiesen. Demgegenüber machten die Kritiker einer Regelung geltend, die Einführung einer Frauenquote verkürze die Rechte der Anteilseigner und sei somit unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung einer „Unternehmensdemokratie“ eher problematisch¹².

Zunächst benutzte der Gesetzgeber die gesetzliche Frauenquote als „Druckmittel“. Das Inkrafttreten der Neuregelung wurde auf den 1. Juli 2005 verschoben, um Raum für eine freiwillige Erfüllung der Frauenquote „im Schatten des Gesetzes“ zu geben. Die Quote sollte nicht eingreifen, wenn die Unternehmen selbst für eine entsprechende Erhöhung des Frauenanteils sorgten. Dieser Effekt stellte sich indes nicht ein: Zum 1. Juli 2005 hatte sich der Frauenanteil in den Verwaltungsräten lediglich auf ca. 16% erhöht¹³. Erst mit

¹¹ Vgl. insoweit etwa auch *Nielsen/Huse*, Women directors' contribution to board decision-making and strategic involvement: The role of equality perception, *European Management Review* 2010, 16.

¹² Näher zum Ganzen *Storvik/Teigen*, Das norwegische Experiment – eine Frauenquote für Aufsichtsräte, S. 6 f.

¹³ So *Storvik/Teigen*, Das norwegische Experiment – eine Frauenquote für Aufsichtsräte, S. 14.

dem Inkrafttreten der Regelung zur Frauenquote kam es zu einer spürbaren Erhöhung des Frauenanteils in den Verwaltungsräten¹⁴.

Nachfolgend soll die gesetzliche Regelung dargestellt werden¹⁵. Zuvor ist indes der rechtliche Hintergrund dieser Regelung etwas näher zu beleuchten.

1. Verwaltungsrat und Arbeitnehmermitbestimmung

In Norwegen weisen Aktiengesellschaften grundsätzlich eine monistische Struktur auf; eine dualistische Struktur ist jedoch möglich. Dies bedeutet, dass es einen Verwaltungsrat (*board of directors*) gibt, zu dem sich aber – fakultativ – eine so genannte *corporate assembly* (mit Arbeitnehmerbeteiligung) hinzugesellen kann.

Nach 6–1 Abs. 1 des norwegischen Gesetzes über Aktiengesellschaften ist in einer norwegischen Gesellschaft ein Verwaltungsrat zu bilden. Dieser muss aus mindestens drei und, sofern die Gesellschaft über einen Aufsichtsrat (*corporate assembly*) verfügt, aus mindestens fünf Mitgliedern bestehen. Der Verwaltungsrat wählt aus seiner Mitte einen Vorsitzenden, sofern dieser nicht von der *general assembly* gewählt wird (Abs. 2 S. 1¹⁶). Dem Verwaltungsrat obliegt nach § 6-12 Abs. 1 S. 1 die Geschäftsführung.

§ 6–35 ff. enthalten nähere Regelungen zur *corporate assembly*. Nach § 6–35 Abs. 1 ist in Gesellschaften mit mehr als zweihundert Beschäftigten grundsätzlich ein derartiges Gremium zu bilden; dieser müssen mindestens zwölf Mitglieder angehören (§ 6–35 Abs. 1). Die Gesellschaft auf der einen und die Mehrheit der Beschäftigten oder die Gewerkschaften, die mindestens zwei Drittel der

¹⁴ *Storvik/Teigen*, Das norwegische Experiment – eine Frauenquote für Aufsichtsräte, S. 13 f. meinen daher, dass sich ohne gesetzliche Fixierung einer Route keine Veränderungen bewirken ließen.

¹⁵ Vgl. auch *Körner*, in: Hohmann-Dennhardt/Körner/Zimmer (Hg.), Geschlechtergerechtigkeit, FS Pfarr, 2010, S. 218, 220 ff.

¹⁶ Diese Vorschrift verweist auf § 6–37.

Beschäftigten repräsentieren, auf der anderen Seite können sich darauf einigen, in der Gesellschaft keine *corporate assembly* zu bilden (§ 6-35 Abs. 2 S. 1). Wird eine *corporate assembly* gebildet, so werden 2/3 der Mitglieder durch die Gesellschafterversammlung gewählt (§ 6-35 Abs. 3 S. 1). 1/3 der Mitglieder werden von den Beschäftigten aus den Reihen der Beschäftigten gewählt (§ 6-35 Abs. 4 S. 1). Eine Mehrheit der Beschäftigten kann verlangen, dass zusätzlich in gewissem Umfang Mitglieder mit Beobachterstatus gewählt werden. Diese sind auch dann zu wählen, wenn Gewerkschaften dies verlangen, sofern sie wenigstens 2/3 der Beschäftigten repräsentieren (§ 6-35 Abs. 4 S. 2 u. 3). § 6-37 enthält nähere Regelungen über die Aufgaben der *corporate assembly*. Diese wählt die Mitglieder des Verwaltungsrats sowie dessen Vorsitzenden (§ 6-37 Abs. 1 S. 1) und überwacht den Verwaltungsrat (§ 6-37 Abs. 2 S. 1).

Auf Antrag von mindestens einem Drittel der Mitglieder der *corporate assembly* werden die Mitglieder des Verwaltungsrats neu gewählt, wobei nach Maßgabe desselben Antragsquorums eine Wahl nach den Grundsätzen der Verhältniswahl durchzuführen ist (§ 6-37 Abs. 1 S. 2). Ebenfalls auf Antrag eines Drittels der Mitglieder der Gesellschafterversammlung soll(en) ein Drittel der Mitglieder des Verwaltungsrats, mindestens aber zwei seiner Mitglieder, aus den Reihen der Beschäftigten des Unternehmens gewählt werden (§ 6-37 Abs. 1 S. 3). Auf Antrag von wenigstens der Hälfte der Mitglieder des Verwaltungsrats, die aus den Reihen der Beschäftigten stammen und von den Beschäftigten gewählt wurden, sind die Mitglieder des Verwaltungsrats nach Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern getrennt zu wählen (§ 6-37 Abs. 1 S. 4). Ausnahmen von den genannten Bestimmungen können aufgrund eines königlichen Dekrets eingreifen; auch können in einem entsprechenden Dekret ergänzende Bestimmungen getroffen werden (§ 6-37 Abs. 1 S. 5 u. 6).

In Gesellschaften mit mehr als dreißig Beschäftigten kann eine Mehrheit der Beschäftigten verlangen, dass dem Verwaltungsrat ein von den Beschäftigten zu wählendes Mitglied aus den Reihen der Beschäftigten sowie ein von den Beschäftigten zu wählender „Beobachter“ aus den Reihen der Beschäftigten

angehört, wenn in der Gesellschaft nach § 6–35 keine *corporate assembly* zu bilden ist (§ 6-4 Abs. 1). In Gesellschaften mit mehr als fünfzig Beschäftigten kann für diesen Fall eine Mehrheit der Beschäftigten verlangen, dass der Verwaltungsrat zu 1/3 aus von den Beschäftigten zu wählenden Mitgliedern aus den Reihen der Beschäftigten bestehen muss, zumindest aber zwei Mitglieder aus den Reihen der Beschäftigten stammen und von den Beschäftigten zu wählen sind (§ 6-4 Abs. 2). In Gesellschaften mit mehr als 200 Beschäftigten kommt ein weiteres von den Beschäftigten zu wählendes Mitglied aus den Reihen der Beschäftigten hinzu; alternativ sind zwei weitere „Beobachter“ zu wählen (§ 6-4 Abs. 3)¹⁷. § 6-5 enthält eine nähere Bestimmung zu den Voraussetzungen, nach denen mit Blick auf die Ermittlung der Beschäftigtenzahl Arbeitnehmer, die in konzernzugehörigen Gesellschaften beschäftigt sind, „gesellschaftsübergreifend“ zugerechnet werden können.

2. Die gesetzliche Festschreibung einer Frauenquote

§ 6–11 a Abs. 1 bestimmt, dass der Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften aus weiblichen und männlichen Mitgliedern zu bestehen hat¹⁸. Im Einzelnen sieht das Gesetz vor, dass in einem aus zwei oder drei Mitgliedern bestehenden Gremium beide Geschlechter vertreten sein müssen (Nr. 1); in einem aus vier oder fünf Mitgliedern bestehenden Gremium müssen mindestens zwei Mitglieder Frauen und mindestens zwei Mitglieder Männer sein (Nr. 2); in einem aus sechs bis acht Mitgliedern bestehenden Gremium müssen mindestens drei Mitglieder Frauen und mindestens drei Mitglieder Männer sein (Nr. 3); in einem aus neun Mitgliedern bestehenden Gremium müssen mindestens vier Mitglieder Frauen und mindestens vier Mitglieder Männer sein; besteht das Gremium aus mehr als neun Mitgliedern, gilt für beide Geschlechter eine Mindestquote von 40% (Nr. 4). Nach § 6-11 a Abs. 1 Nr. 5 finden die in § 6–11 a Abs. 1 enthaltenen Vorschriften auf die Wahl von stellvertretenden Mitgliedern analoge Anwendung.

¹⁷ Näheres kann aufgrund eines königlichen Dekrets geregelt werden (Abs. 4).

¹⁸ Eine entsprechende Regelung enthält das Gesetz in § 20-6 für den Verwaltungsrat von staatlichen Unternehmen.

Mit Blick auf Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsrat (§ 6-4 und § 6-37) sieht § 6–11 a Abs. 2 S. 1 ausdrücklich vor, dass die Regelung in Abs. 1 keine Anwendung findet. Allerdings bestimmt § 6–11a Abs. 2 S. 2, dass dann, wenn zwei oder mehr Mitglieder eines Verwaltungsrats von den Arbeitnehmern zu wählen sind, Personen beiderlei Geschlechts zur Wahl stehen müssen. Diese Regelung gilt nach § 6–11 a Abs. 2 S. 3 auch für die Wahl von zwei oder mehr stellvertretenden Mitgliedern eines Verwaltungsrats. Eine Ausnahme von der Anwendung der in § 6–11 a Abs. 2 S. 2 u. 3 getroffenen Regelung bestimmt § 6–11a Abs. 2 S. 4: Danach greifen die in § 6–11a Abs. 2 S. 2 u. 3 enthaltenen Regelungen nicht ein, wenn eines der beiden Geschlechter weniger als 20% der Gesamtbelegschaft des Unternehmens ausmacht.

Gesetzlich sind grundsätzlich keine spezifischen Sanktionen vorgesehen, wenn ein Unternehmen die gesetzliche Frauenquote verfehlt. Vielmehr greifen in einem solchen Fall die allgemeinen Sanktionsregelungen ein. Diese gehen indes außerordentlich weit. So lehnt das Registergericht die entsprechende Eintragung ab, wenn der Verwaltungsrat nicht ordnungsgemäß zusammengesetzt ist¹⁹. Auch kann eine Gesellschaft, die wiederholt Aufforderungen zur Beachtung der gesetzlichen Regelung zur Frauenquote missachtet (§ 16-16), zwangsweise aufgelöst werden (§ 16-15 Abs. 1 Nr. 2). Allerdings kann von der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens zur Auflösung der Gesellschaft aufgrund einer königlichen Entscheidung abgesehen werden, wenn die Auflösung in erheblichem Umfang sozio-ökonomische Interessen der Allgemeinheit verletzen würde (§ 16-17 Abs. 3 S. 1)²⁰. In diesem Fall hat das Unternehmen allerdings bis zum Erreichen der Frauenquote eine Geldbuße zu zahlen (§ 16-17 Abs. 3 S. 2). Nicht zuletzt diese weit reichende Sanktion gilt als Schlüssel für die rasche

¹⁹ Vgl. § 5-2 S. 1 i. V. m. §§ 3-1 no. 7, 3-1a no. 9, 3-4, 3-9 no. 7 des Registergesetzes (Business Enterprise Registration Act); <http://www.brreg.no/english/acts/foretaksregisterlov.html>.

²⁰ Ablehnend zum deutschen Recht der Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern in Aufsichtsräten börsennotierter Unternehmen (FöGAbUG) des Landes Nordrhein-Westfalen, BR-Drucks. 87/11 v. 11.02.2011, S. 24 (u. a. Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes).

Erhöhung des Frauenanteils in den Verwaltungsräten norwegischer Unternehmen²¹.

3. Erste empirische Befunde

In der Tat hat sich der Frauenanteil als Folge der gesetzlichen Regelung in erheblichem Umfang erhöht. Vor der Einführung der gesetzlichen Frauenquote lag der Anteil der weiblichen Mitglieder in den Verwaltungsräten bei ca. 6% (2002). Dieser Anteil ist bis zum Jahr 2009 auf ca. 40% gewachsen²².

Bemerkenswert ist allerdings, dass den Verwaltungsräten fast immer Männer vorstehen – der Anteil von Frauen an den Vorsitzenden der Verwaltungsräte beträgt nur 5% – und überdies auch nur 2% der Vorstandsvorsitzenden norwegischer Unternehmen Frauen sind²³. Dies widerspricht Erwartungen, wie sie vielfach gehegt werden, wonach eine Erhöhung des Anteils von Frauen in Aufsichtsräten eine Erhöhung des Anteils von Frauen in den Vorständen fast zwangsläufig nach sich ziehen werde.

II. Spanien

Spanien kennt eine monistische Struktur von Aktiengesellschaften. Art. 75 des Gesetzes Nr. 3-2007 vom 22. März 2007²⁴ sieht vor, dass in größeren Unternehmen der Privatwirtschaft²⁵ innerhalb von acht Jahren nach Inkrafttreten

²¹ So ausdrücklich *Storvik/Teigen*, Das norwegische Experiment – eine Frauenquote für Aufsichtsräte, S. 9.

²² Nähere Angaben bei *Storvik/Teigen*, Das norwegische Experiment – eine Frauenquote für Aufsichtsräte, S. 8; auch *Teigen/Heidenreich*, The effects of the Norwegian quota legislation for boards – preliminary findings.

²³ *Storvik/Teigen*, Das norwegische Experiment – eine Frauenquote für Aufsichtsräte, S. 8; zu den Auswirkungen der Einführung der Frauenquote auf die Leistungsfähigkeit Unternehmen *dies*, ebda., S. 10 m. w. Nachw. Weitere Informationen zu der Lage in Norwegen auf der Website des Institute for social research: <http://www.socialresearch.no>.

²⁴ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

²⁵ Für den öffentlichen Sektor enthält Artikel 54 des Gesetzes das Gebot einer ausgewogenen Vertretung beider Geschlechter.

des Gesetzes eine „ausgewogene“ Besetzung der Verwaltungsräte (*consejos de administración de las sociedades mercantiles*) erreicht sein soll²⁶. „Ausgewogenheit“ in diesem Sinne bedeutet, dass Personen eines Geschlechts nicht mehr als 60% und nicht weniger als 40% der Sitze in den Verwaltungsräten besetzen dürfen²⁷. In den Geltungsbereich des Gesetzes fallen Unternehmen, die gesetzlich zur Erstellung einer Gewinn- und Verlustrechnung verpflichtet sind. Diese müssen mindestens zwei der nachfolgend genannten Kriterien erfüllen: eine Bilanzsumme von mindestens 11,4 Mio. Euro, einen Jahresumsatz von mindestens 20,8 Mio. Euro, eine durchschnittliche Mitarbeiterzahl von 250 Arbeitnehmern²⁸. Sanktionen bei Nichterreichung der Quote sieht das Gesetz nicht vor.

III. Frankreich

In Frankreich bestehen das (traditionelle) monistische Verwaltungsratsmodell und das (praktisch weitaus seltener anzutreffende) dualistische Direktoriumsmodell nebeneinander.

Erst vor kurzem wurde in Frankreich eine Frauenquote für die Besetzung der Sitze in Verwaltungs- (*conseil d'administration*) und Aufsichtsräten (*conseil de surveillance*) eingeführt²⁹. Die Quote beträgt für beide Gremien gleichermaßen³⁰

²⁶ Näher *Itxaso/Arochena*: La participación de las mujeres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles, *Revista del poder judicial* 86/2007, 253.

²⁷ So die 1. Zusatzbestimmung (disposition adicional primera) zum Gesetz.

²⁸ Art. 258 des Königlichen Dekrets 1/2010 v. 2. Juli 2010.

²⁹ Vgl. Proposition de 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* v. 13. Januar 2011, Texte adopté ADOPTÉ n° 592; vgl. zur Vorgeschichte Europäische Zeitschrift für Gleichstellungsrecht Nr. 1/2010, 76; weitere Informationen im Zusammenhang mit dem Gesetzgebungsverfahren stehende Dokumente unter: http://www.observatoire-parite.gouv.fr/travaux/egal_acces_responsabilites_20100208.htm sowie http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/egalite_prof_hommes_femmes.asp; vgl. zum Ganzen zuletzt auch *Deilmann/Francois-Poncet/Otte*, NZG 2011, 450.

³⁰ Vgl. Article 1^{er} für Verwaltungs- und Article 2 für Aufsichtsräte.

40%³¹ und greift mit Blick auf die Besetzung von Verwaltungs- und Aufsichtsräten börsennotierter Gesellschaften mit einem Umsatz oder einer Bilanzsumme von wenigstens 50 Mio. Euro und einer Gesamtbeschäftigtenzahl von fünfhundert Arbeitnehmern im Durchschnitt der letzten drei Jahre ein. Besteht der Verwaltungsrat oder Aufsichtsrat aus nicht mehr als acht Mitgliedern, darf der Abstand zwischen den Geschlechtern höchstens zwei Sitze betragen. Die entsprechenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs (Art. L. 225-18-1 sowie Art. L. 225-69-1 des Code du commerce) wurden entsprechend abgeändert. Darüber hinaus ist bestimmt, dass Verwaltungs- und Aufsichtsräte möglichst gleichmäßig mit Frauen und Männern besetzt sein sollen³².

Eine Besetzung des Vorstands oder Aufsichtsrates, bei welcher diese Quote nicht erfüllt wird, ist unwirksam³³. Dies bedeutet insbesondere, dass das fehlerhaft bestellte Organmitglied keine Ansprüche auf Aufwandsentschädigungen geltend machen kann³⁴. Darüber hinaus ist vorgesehen, dass Ansprüche auf Aufwandsentschädigungen solange ruhen wie Verwaltungs- und Aufsichtsrat nicht ordnungsgemäß zusammengesetzt sind³⁵. Gerade an diese Regelungen

³¹ Ursprünglich hatten die Bestrebungen des Gesetzgebers auf eine paritätische Besetzung abgezielt, die aber bald als zu starr angesehen wurde. Hierzu und zur Rechtfertigung einer Quote von 40% *Des Esgaulx*, Rapport n° 38 (2010-2011): <http://www.senat.fr/rap/l10-038/l10-038.html>.

³² Vgl. Art. 225-17 Code du Commerce: „Le conseil d’administration est composé en recherchant une représentation équilibrée des femmes et des hommes“. Art. 225-69 des Gesetzes lautet: „Le conseil de surveillance est composé en recherchant une représentation équilibrée des femmes et des hommes“.

³³ L. 225-20: „Toute désignation intervenue en violation de cet alinéa et n’ayant pas pour effet de remédier à l’irrégularité de la composition du conseil est nulle“. Art. L. 225-69-1: „Toute nomination intervenue en violation du premier alinéa et n’ayant pas pour effet de remédier à l’irrégularité de la composition du conseil est nulle“. Nicht unwirksam sind – aus Gründen der Rechtssicherheit – Beschlüsse, die von einem in diesem Sinne fehlerhaft besetzten Verwaltungs- oder Aufsichtsrat gefasst wurden; vgl. nur Art. L. 225-69-1: „Cette nullité n’entraîne pas celle des délibérations auxquelles a pris part le représentant permanent irrégulièrement désigné“;

³⁴ Näher *Zimmermann*, Rapport N° 3041 sur la proposition de la loi n° 2923, modifiée par le Sénat, *relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d’administration et de surveillance et à l’égalité professionnelle*, S. 14.

³⁵ Vgl. nur L. 225-45: „Lorsque le conseil d’administration n’est pas composé conformément au premier alinéa de l’article L. 225-18-1, le versement de la rémunération prévue au premier alinéa du présent article est suspendu. Le versement est rétabli lorsque la composition du conseil d’administration devient régulière, incluant l’arriéré depuis la suspension“.

wird die Erwartung geknüpft, dass sich die betreffenden Unternehmen rasch in die vom Gesetzgeber gewünschte Richtung entwickeln werden³⁶.

Die Präsidenten der Verwaltungs- und Aufsichtsräte (*représentant permanent*) haben zu gewährleisten, dass Verwaltungs- und Aufsichtsrat ordnungsgemäß zusammengesetzt sind. Vakante Sitze im Verwaltungs- oder Aufsichtsrat, die infolge der Behebung einer gleichheitswidrigen Besetzung entstehen, sind innerhalb einer Frist von sechs Monaten durch vorläufige Bestellungen zu besetzen³⁷.

Eine Besetzung von Verwaltungs- und Aufsichtsräten mit wenigstens 40% Frauen soll schrittweise erreicht werden: Zunächst gilt eine Quote von 20%, die innerhalb von drei Jahren nach der Bekanntmachung des Gesetzes zu erreichen ist³⁸. Für die Erreichung der Quote von 40% wird den betreffenden Unternehmen demgegenüber eine Frist von sechs Jahren eingeräumt³⁹. Ist zum Zeitpunkt der Bekanntmachung des Gesetzes ein Verwaltungs- oder Aufsichtsrat nur mit Vertretern eines Geschlechts besetzt, muss spätestens bis zur nächsten Hauptversammlung wenigstens ein Vertreter des anderen Geschlechts bestellt werden⁴⁰.

Zusätzlich ist vorgesehen, dass der Verwaltungs- oder Aufsichtsrat alljährlich über die Unternehmenspolitik bezüglich der Gleichbehandlung der Geschlechter zu beraten hat⁴¹. Diese Beratungen finden ggf. auf der Grundlage eines vergleichenden Berichts über die allgemeinen Bedingungen der Beschäftigung

³⁶ Zimmermann, Rapport N° 3041 sur la proposition de la loi n° 2923, modifiée par le Sénat, *relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle*, S. 12.

³⁷ Vgl. nur 1^{er} III. u. IV.

³⁸ Article 5 II.

³⁹ Article 5 I.

⁴⁰ Art. 5 II.

⁴¹ Vgl. die entsprechenden Änderungen in Art. L. 225-37-1 und Art. L. 226-9-1 des Code du commerce.

und Ausbildung von Frauen und Männern im Unternehmen⁴² und eines Plans für die berufliche Gleichstellung von Frauen und Männern⁴³ statt.

Keine Anwendung findet die Regelung zur Geschlechterquote auf Vertreter der Arbeitnehmer in den Verwaltungs- und Aufsichtsräten⁴⁴. Doch sieht das Gesetz vor, dass auf den Listen zur Wahl der Arbeitnehmervertreter abwechselnd Personen beiderlei Geschlechts zu berücksichtigen sind⁴⁵. Darüber hinaus gilt, dass auf einer Wahlliste ein Geschlecht höchstens „im Umfang“ eines Bewerbers überrepräsentiert sein darf⁴⁶.

Nach Art. 6 des Gesetzes gilt die gesetzliche Quote von 40% auch für Unternehmen im Bereich des öffentlichen Sektors⁴⁷. Nach Artikel 14 ff. des Gesetzes Nr. 83-674 über die Demokratisierung des öffentlichen Sektors finden in den betreffenden Unternehmen Wahlen der Vertreter der Arbeitnehmer in den Verwaltungs- und Aufsichtsräten statt (*election des représentants des salariés*). Artikel 16 des Gesetzes enthält nähere Regelungen über die Wahllisten. Insoweit ergibt sich in Zukunft das zusätzliche Erfordernis, dass sich auf den Wahllisten weibliche und männliche Bewerber abwechseln müssen und auf der Liste ein Geschlecht höchstens im Umfang eines Bewerbers überrepräsentiert sein darf⁴⁸.

⁴² Rapport sur la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes dans l'entreprise i. S. d. Art. 2323-57 Code du travail.

⁴³ Plan pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes i. S. d. Art. 1143-1 Code du travail.

⁴⁴ Vgl. Art. 225-27 Code de commerce.

⁴⁵ Dementsprechend wird Art. L. 225-28 des Code de commerce folgendermaßen ergänzt „(...) et être composée alternativement d'un candidat de chaque sexe“.

⁴⁶ Art. L. 225-28 des Code de commerce wird folgendermaßen ergänzt: „Sur chacune des listes, l'écart entre le nombre des candidats de chaque sexe ne peut être supérieur à un“. Diese Fassung der Vorschrift geht auf eine Änderung durch den Senat zurück. In der von der von der Assemblée nationale angenommenen Fassung lautete die Vorschrift noch: „Lorsque les administrateurs représentants des salariés sont élus sur des listes, celles-ci ne comportent pas plus de 50 % de candidats de chaque sexe. En cas de composition impaire de ces listes, l'écart entre le nombre de candidats de chaque sexe ne peut être supérieur à un. Ces listes doivent être composées en assurant une alternance des hommes et des femmes“.

⁴⁷ Loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public i. d. F. v. 29. Januar 2011.

⁴⁸ Art. 17 des Gesetzes wird entsprechend geändert.

IV. Island

In Island hat das Parlament im März 2010 ein Gesetz⁴⁹ verabschiedet, das grundsätzlich eine Frauenquote von 40% für die Besetzung von Verwaltungsräten vorsieht⁵⁰. Besteht der Verwaltungsrat aus nicht mehr als drei Mitgliedern⁵¹, schreibt das Gesetz vor, dass beide Geschlechter in diesem Gremium vertreten sein müssen⁵². Das Gesetz zielt auf staatliche Unternehmen und private Kapitalgesellschaften mit einer Beschäftigtenzahl von 50 Arbeitnehmern im Jahresdurchschnitt. Für die Erreichung der Quote ist den betreffenden Unternehmen ein gewisser Zeitraum eröffnet worden: Die Bestimmungen zur Quote treten erst am 1. September 2013 in Kraft⁵³. Angesehen von der Festsetzung einer Frauenquote sieht das Gesetz vor, dass Unternehmen, die im Jahresdurchschnitt 25 oder mehr Arbeitnehmer beschäftigen, alljährlich das Geschlechterverhältnis in der Gesamtbelegschaft und das Geschlechterverhältnis im Verwaltungsrat gegenüber dem Registergericht angeben müssen⁵⁴. Auch unterhalb dieser Schwelle sind die Unternehmen verpflichtet, das Geschlechterverhältnis im Verwaltungsrat anzugeben, sofern gegenüber dem Registergericht Erklärungen bezüglich des Verwaltungsrats abzugeben sind⁵⁵. Im Übrigen sind die in den Geltungsbereich des Gesetzes fallenden Unternehmen

⁴⁹ Gesetz Nr. 13/2010 über die Änderung des Gesetzes über Aktiengesellschaften Nr. 2/1995 und des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung Nr. 138/1994.

⁵⁰ Art. 63 S. 2 Alt. 2 des Gesetzes über Aktiengesellschaften u. Art. 39 S. 3 Alt. 2 des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Dieselbe Quote gilt mit Blick auf die stellvertretenden Mitglieder des Aufsichtsrats (Art. 63 S. 3 bzw. Art. 39 S. 4).

⁵¹ Ein Verwaltungsrat muss nach Art. 63 S. 1 des Gesetzes über Aktiengesellschaften u. Art. 39 S. 1 des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (grundsätzlich) aus mindestens drei Personen bestehen.

⁵² Art. 63 S. 2 Alt. 1 des Gesetzes über Aktiengesellschaften u. Art. 39 S. 3 Alt. 1 des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

⁵³ Art. 10 des Gesetzes.

⁵⁴ Art. 63 S. 6 des Gesetzes über Aktiengesellschaften u. Art. 39 S. 7 des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Gesetzestext (isländisch) im Internet: <http://www.althingi.is/altext/stjt/2010.013.html>. Eine englische Fassung des Gesetzes existiert derzeit noch nicht; vgl. zum Ganzen aber World Economic Forum, The Global Gender Gap Report 2010, S. 20: <https://members.weforum.org/pdf/gendergap/report2010.pdf>.

⁵⁵ Art. 63 S. 5 des Gesetzes über Aktiengesellschaften u. Art. 39 S. 6 des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung

verpflichtet, das Ziel einer Erhöhung des Frauenanteils auch bei der Besetzung von Vorstandspositionen zu berücksichtigen⁵⁶.

V. Finnland

In Finnland sind Aktiengesellschaften grundsätzlich monistisch strukturiert, sofern die Satzung nichts anderes vorsieht.

Art. 15 Abs. 1 S. 2 des Gesetzes Nr. 10/2008 über die Gleichstellung und über gleiche Rechte für Frauen und Männer⁵⁷ sieht vor, dass in Staatsunternehmen und Unternehmen, die sich mehrheitlich in Staatsbesitz befinden⁵⁸, wenigstens 40% der Verwaltungsratsmitglieder Frauen sein müssen, sofern der Verwaltungsrat aus mehr als drei Personen besteht. Nach Art. 15 Abs. 2 S. 1 des Gesetzes müssen Vorschläge zur Berufung in den Verwaltungsrat einen weiblichen und einen männlichen Kandidaten vorsehen. Hiervon kann nur aus objektiven Gründen abgesehen werden (Art. 15 Abs. 2 S. 2). Auch besteht insoweit eine Begründungspflicht (Art. 15 Abs. 2 S. 3).

Darüber hinaus sieht die Empfehlung Nr. 9 S. 4 des finnischen Corporate Governance Code 2010⁵⁹ vor, dass beide Geschlechter in den Verwaltungsräten vertreten sein müssen. Ist nur ein Geschlecht vertreten, müssen die Gründe hierfür angegeben werden⁶⁰.

VI. Belgien

Auch in Belgien ist im Juli 2011 eine Frauenquote eingeführt worden.

⁵⁶ Art. 65 des Gesetzes über Aktiengesellschaften u. Art. 41 des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung wurden entsprechend ergänzt.

⁵⁷ Im Internet: <http://eng.velferdarraduneyti.is>.

⁵⁸ Entsprechendes gilt für kommunale Unternehmen.

⁵⁹ Im Internet: <http://www.cgfinland.fi/images/stories/pdf/finnish%20cg%20code%202010.pdf>.

⁶⁰ Central Chamber of Commerce, The Finnish experience in promoting women on company boards, S. 2 f.

Belgische Aktiengesellschaften sind grundsätzlich monistisch verfasst. Allerdings können die Statuten bestimmen, dass der Verwaltungsrat (*conseil d'administration/raad van bestuur*) die Aufgabe der Geschäftsführung auf einen Vorstand (*comité de direction/directiecomité*) überträgt⁶¹.

Auch das belgische Parlament hat ein Gesetz zur Einführung einer Frauenquote beschlossen⁶². Art. 2 des Gesetzes sieht vor, dass Verwaltungsrat und Vorstand selbstständiger staatlicher Unternehmen (*entreprises publiques autonomes/autonome overheidsbedrijven*) – es handelt sich dabei um Belgacom, La Société Nationale des Chemins de Fer Belges und La Poste⁶³ – zu mindestens einem Drittel mit Angehörigen des anderen als des in der Mehrheit befindlichen Geschlechts zu besetzen sind⁶⁴. Zu diesem Zweck ist Art. 18 des Gesetzes zur Neuordnung bestimmter staatlicher Unternehmen v. 21. März 1991 neugefasst worden⁶⁵. Diese Vorschrift enthielt bis dahin nur eine Regelung darüber, dass in den Gremien der entsprechenden Unternehmen niederländisch- und französischsprachige Mitglieder in gleicher Zahl vertreten sein sollten.

Eine Regelung über die Einführung einer Quote von einem Drittel enthält Art. 3 des Gesetzes, der auf börsennotierte Gesellschaften i. S. d. Art. 4 des Gesetzes über Gesellschaften (*Code des sociétés/Wetboek van vennootschappen*) v. 7. Mai 1999 Anwendung findet. Insoweit zielt der Gesetzentwurf auf eine Änderung des

⁶¹ Art. 524bis Abs. 1 Code des sociétés/Wetboek van vennootschappen v. 7.5.1999.

⁶² Loi modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, le Code des sociétés et la loi du 19 avril 2002 relative à la rationalisation du fonctionnement et la gestion de la Loterie Nationale afin de garantir la présence des femmes dans le conseil d'administration des entreprises publiques autonomes, des sociétés cotées et de la Loterie Nationale v. 28. 7. 2011.

⁶³ Vgl. Art 1 §§ 3 u. 4 des Gesetzes vom 21. März 1991 (loi portant réforme de certaines entreprises publiques économiques).

⁶⁴ Insoweit wird folgende Regelung eingefügt: „Mindestens ein Drittel der Verwaltungsratsmitglieder, die vom Belgischen Staat oder von einer vom Belgischen Staat kontrollierten Gesellschaft bestimmt werden, sind anderen Geschlechts als die übrigen Mitglieder. Für die Anwendung der vorliegenden Bestimmung wird die erforderliche Mindestanzahl Mitglieder anderen Geschlechts auf die nächste ganze Zahl gerundet. Ist die Anzahl Verwalter anderen Geschlechts kleiner als die in vorliegender Bestimmung festgelegte Mindestanzahl, so muss der nächste ernannte Verwalter von diesem Geschlecht sein; ansonsten ist seine Ernennung nichtig. Das Gleiche gilt, wenn eine Ernennung zur Folge hat, dass die Anzahl Verwalter anderen Geschlechts unter diese erforderliche Mindestanzahl sinkt“.

⁶⁵ Vgl. Art 1 § 3 des Gesetzes vom 21. März 1991.

Art. 518 des Gesetzes über Gesellschaften, wonach bei Gesellschaften ein Aufsichtsrat einzurichten ist⁶⁶.

Anwendbar ist die Quote ab dem ersten Tag des sechsten Geschäftsjahres nach Veröffentlichung des Gesetzes im Belgischen Staatsblatt. In Abweichung hiervon ist die Quote anwendbar ab dem ersten Tag des achten Geschäftsjahres nach Veröffentlichung des vorliegenden Gesetzes im Belgischen Staatsblatt für Gesellschaften, deren Wertpapiere zum Handel zugelassen sind und deren Streubesitz unter 50% liegt, und für Gesellschaften, die auf konsolidierter Basis mindestens zwei der folgenden drei Kriterien genügen: jahresdurchschnittliche Beschäftigtenzahl während des betreffenden Geschäftsjahres von weniger als 250 Personen, Bilanzsumme von höchstens 43.000.000 EUR, jährlicher Nettoumsatz von höchstens 50.000.000 EUR⁶⁷.

In der Gesetzesbegründung wird zunächst angemerkt, dass die Realität trotz des Bestehens zahlreicher rechtlicher Gewährleistungen der Gleichheit der Geschlechter sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene noch immer durch eine starke Ungleichheit gekennzeichnet sei. Eine dieser Ungleichheiten sei die mangelhafte Vertretung von Frauen in den Aufsichts- und Verwaltungsräten staatlicher Unternehmen. Zwar seien Frauen auf der mittleren Führungsebene fast gleichwertig repräsentiert. Es gelinge ihnen aber nicht, in

⁶⁶ Die Neuregelung hat folgenden Wortlaut: „§ 1 - In Gesellschaften, deren Wertpapiere zum Handel (...) zugelassen sind, sind mindestens ein Drittel der Verwaltungsratsmitglieder anderen Geschlechts als die übrigen Mitglieder. Für die Anwendung der vorliegenden Bestimmung wird die erforderliche Mindestanzahl Mitglieder anderen Geschlechts auf die nächste ganze Zahl gerundet. § 2 - Ist die Anzahl Verwalter anderen Geschlechts kleiner als die in § 1 festgelegte Mindestanzahl, so stellt die nächste Generalversammlung einen Verwaltungsrat gemäß der in diesem Paragraphen vorgesehenen Bestimmung zusammen. Wird diese Bestimmung nicht eingehalten, so wird jeglicher finanzielle oder andere Vorteil der Verwalter, der mit der Ausübung ihres Mandats verbunden ist, ausgesetzt. Diese Vorteile werden wieder gewährt, sobald der Verwaltungsrat gemäß § 1 zusammengestellt ist. § 3 - Bei Gesellschaften, deren Wertpapiere erstmals an einem in Artikel 4 erwähnten geregelten Markt zugelassen werden, muss die in § 1 vorgesehene Verpflichtung ab dem ersten Tag des sechsten Geschäftsjahres nach dieser Zulassung erfüllt werden. § 4 - Wird die in § 1 festgelegte erforderliche Mindestanzahl Verwalter anderen Geschlechts als die übrigen Verwalter nicht erreicht, so muss der nächste bestellte Verwalter von diesem Geschlecht sein; ansonsten ist seine Bestellung nichtig. Das Gleiche gilt, wenn eine Bestellung zur Folge hat, dass die Anzahl Verwalter anderen Geschlechts unter diese erforderliche Mindestanzahl sinkt“.

⁶⁷ Art. 7 § 2 u. 3 des Gesetzes.

ausreichender Zahl auf die höchste Führungsebene vorzustoßen. Dies gelte auch für den Bereich der Privatwirtschaft. Unter Hinweis auf Untersuchungen aus dem Jahre 2005 wird festgestellt, dass nur in 14,5% der Fälle von „gemischten“ Verwaltungsräten die Rede sein könne; in einem von vier Verwaltungsräten sei demgegenüber nicht eine einzige Frau vertreten. Ausdrücklich wird auf das Vorbild Norwegens verwiesen. Dort sei es gelungen, die mangelnde Vertretung von Frauen in den Führungsgremien der Unternehmen durch gesetzliche Regelungen zu beheben. Hingewiesen wird aber auch auf die Rechtslage in Spanien und Frankreich⁶⁸.

Gerechtfertigt wird die angestrebte Frauenquote von 30% durch die Zielsetzung, Gerechtigkeit herzustellen, zum sozialen Zusammenhalt beizutragen, aber auch dadurch, für mehr wirtschaftliche Dynamik sorgen. Eine gesetzliche Regelung wird in diesem Kontext ausdrücklich als „notwendige Stimulanz⁶⁹“ gesehen. In der Begründung des Gesetzentwurfs wird davon ausgegangen, dass eine Vertretung von Frauen im Umfang der geforderten Quote innerhalb von fünf Jahren bewerkstelligt werden könne. Schließlich wird in der Gesetzesbegründung der Hoffnung Ausdruck gegeben, eine stärkere Beteiligung von Frauen in den Aufsichts- und Verwaltungsräten könne einen Beitrag zur Überwindung der noch stets bestehenden Benachteiligung von Frauen beim Entgelt leisten⁷⁰.

VII. Italien

Im Juli 2011 wurde in Italien eine Frauenquote für börsennotierte Gesellschaften und Unternehmen mit staatlicher Beteiligung eingeführt. Zunächst (ab 2012) beträgt die Quote der an Frauen zu vergebenden Mandate 20%. Ab dem Jahre 2015 wird die Quote dann 25% betragen.

Verstößt ein Unternehmen gegen seine Verpflichtung zur ausreichenden

⁶⁸ Doc 53 0211/001, S. 3 ff.

⁶⁹ Doc 53 0211/001, S. 6.

⁷⁰ Doc 53 0211/001, S. 6 f.

Berücksichtigung von Frauen, wird es zunächst zweimal verwarnt. Bleibt dies fruchtlos, werden gegen das Unternehmen Strafen verhängt. Als ultima ratio kann es zu einer zwangsweisen Auflösung des Verwaltungsrats kommen⁷¹.

VIII. Niederlande

Zuletzt haben auch die Niederlande eine Quotenregelung eingeführt⁷². Der zugrunde liegende Gesetzentwurf wurde sowohl von der Ersten als auch von der Zweiten Kammer des Parlaments gebilligt⁷³ und am 14. Juni 2011 bekannt gemacht.

1. Aufsichtsrat und Arbeitnehmermitbestimmung

Art. 2:158 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs der Niederlande (Burgerlijk Wetboek) bestimmt, dass bei so genannten „großen Aktiengesellschaften“ (*naamloze vennootschap*) Aufsichtsräte (*raad van commissarissen*) zu bilden sind. Ein Aufsichtsrat muss aus mindestens drei Mitgliedern bestehen (Art. 2:158 Abs. 2 S. 1). Die Mitglieder des Aufsichtsrats werden aufgrund von „Anforderungsprofilen“, die vom Aufsichtsrat selbst zu bestimmen sind (Art. 2:158 Abs. 3 S. 1), gewählt. Dabei greift grundsätzlich ein Kooptationsverfahren ein und zwar in der Weise, dass die Mitglieder des Aufsichtsrats auf Vorschlag des Aufsichtsrats durch die Gesellschafterversammlung (*algemene vergadering*) gewählt werden (Art. 2:158 Abs. 4 S. 1). Dabei ist der Aufsichtsrat verpflichtet, seine Vorschläge gleichzeitig der Gesellschafterversammlung und dem

⁷¹ Ursprünglich war vorgesehen, dass über die ordnungsgemäße Besetzung der Verwaltungsräte die staatliche Börsenaufsicht wachen sollte. In einem späteren Stadium der Beratungen rückte dagegen die Möglichkeit einer Suspendierung der Rechte der Mitglieder des Verwaltungsrates als Sanktion für die Missachtung der Pflicht zur Beachtung der Frauenquote in den Vordergrund; vgl. zum Ganzen auch Europäische Zeitschrift für Geschlechtergleichstellungsrecht Nr. 1/2010, S. 90 f.

⁷² Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen.

⁷³ Am 8. Dezember 2009 u. am 31. Mai 2011.

Betriebsrat (*ondernemingsraad*) zur Kenntnis zu bringen (Art. 2:158 Abs. 4 S. 2). Die Vorschläge des Aufsichtsrats sind zu begründen (Art. 2:158 Abs. 4 S. 3).

Sowohl die Gesellschafterversammlung als auch der *ondernemingsraad* (Betriebsrat)⁷⁴ können Personen empfehlen, die dann vom Aufsichtsrat bei seinem Vorschlag zu beachten sind (Art. 2:158 Abs. 5 S. 1). Grundsätzlich muss ein Drittel der Mitglieder des Aufsichtsrats aus Personen bestehen, die der Aufsichtsrat der Gesellschafterversammlung aufgrund einer entsprechenden Empfehlung des Betriebsrates zur Wahl vorgeschlagen hat (Art. 2:158 Abs. 6 S. 1 Hs. 1). Eine Ausnahme hiervon gilt nur in zwei Fällen. Zum einen dann, wenn der Aufsichtsrat geltend macht, dass die empfohlene Person als Mitglied des Aufsichtsrats ungeeignet ist; und zum anderen dann, wenn der Aufsichtsrat bei der Berücksichtigung der vom Betriebsrat vorgeschlagenen Personen nicht ordnungsgemäß zusammengesetzt wäre (Art. 2:158 Abs. 6 S. 1 Hs. 2)⁷⁵. Hat der Aufsichtsrat gegen die Empfehlung des Betriebsrats Bedenken, so muss er diese begründen und unverzüglich in Verhandlungen mit dem Betriebsrat eintreten mit dem Ziel, hinsichtlich der vom Aufsichtsrat auszusprechenden Empfehlung einen Konsens zu erreichen (Art. 2:158 Abs. 7 S. 1 u. 2). Wird keine Einigung erzielt, ist der Rechtsweg eröffnet; der Aufsichtsrat kann Klage auf Feststellung erheben, dass seine Bedenken begründet sind (Art. 2:158 Abs. 7 S. 3). Allerdings kann die Klage frühestens vier Wochen nach Beginn der Verhandlungen mit dem Betriebsrat eingereicht werden (Art. 2:158 Abs. 7 S. 4). Stellt das zuständige Gericht fest, dass die Bedenken des Aufsichtsrats unbegründet sind, so ist der Aufsichtsrat verpflichtet die dem Betriebsrat empfohlene Person auf die Vorschlagsliste zu setzen (Art. 2:158 Abs. 7 S. 5)⁷⁶. Stellt das Gericht umgekehrt fest, dass die Bedenken begründet sind, kann der Betriebsrat einen neuen Vorschlag machen (Art. 2:158 Abs. 7 S. 6).

⁷⁴ Vgl. Art. 158 Abs. 11, der u. a. regelt, dass diese Befugnis ggf. dem Konzernbetriebsrat (*centrale ondernemingsraad*) zusteht.

⁷⁵ Wenn die Zahl der Mitglieder des Aufsichtsrats nicht durch drei teilbar ist, wird hinsichtlich der Bestimmung der vom Betriebsrat zu empfehlenden Arbeitnehmervertreter auf die durch drei teilbar Zahl abgestellt, die der Zahl der aktuellen Mitglieder des Aufsichtsrats am nächsten kommt (Abs. 6 S. 2).

⁷⁶ Weitere Einzelheiten zum Verfahren regelt Art. 158 Abs. 8 BW.

Die Gesellschafterversammlung kann die Vorschläge des Aufsichtsrats mit Stimmenmehrheit zurückweisen, wenn in der Versammlung zumindest ein Drittel des von den Anteilseignern gehaltenen Kapitals repräsentiert ist (Art. 2:158 Abs. 9 S. 1)⁷⁷. Der Aufsichtsrat macht daraufhin einen neuen Vorschlag; auf diesen Vorschlag finden die Regelungen in Art. 2:158 Abs. 5 bis 8 Anwendung (Art. 2:158 Abs. 9 S. 3 u. 4)⁷⁸.

2. Festschreibung einer Frauenquote

In den Niederlanden sieht ein jüngst beschlossenes Gesetz ebenfalls eine gesetzliche Frauenquote vor und zwar sowohl für die Vorstände (*bestuur*) als auch für die Aufsichtsräte (*raad van commissarissen*) von Gesellschaften⁷⁹. Erreicht werden soll dies durch entsprechende Neufassungen von Art. 2:166 (Aktiengesellschaft) und Art 2:276 (Gesellschaft mit beschränkter Haftung) des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Sowohl für den Vorstand als auch für den Aufsichtsrat gilt, dass mindestens 30% der Sitze von Frauen und mindestens 30% der Sitze von Männern einzunehmen sind, wenn den entsprechenden Gremien nur natürliche Personen angehören⁸⁰. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll die Quote von 30% auch für Unternehmen gelten, die monistisch verfasst sind.

Diese Quote gilt zwar für alle Gesellschaften. Dagegen gelten die Regelungen über die Implementierung der Quote nur für „größere“ Gesellschaften (Art. 2:397 Abs. 1)⁸¹. Als nicht „größer“ in diesem Sinne gelten Gesellschaften wenn sie mindestens zwei der nachfolgend genannten Voraussetzungen erfüllen: ein

⁷⁷ Legt die letztgenannte Voraussetzung nicht vor, so kann eine neue Gesellschafterversammlung einberufen werden; diese entscheidet dann mit Stimmenmehrheit (Art. 2:158 Abs. 9 S. 2).

⁷⁸ Vgl. zum Ganzen auch *Spahlinger/Wegen*, Internationales Gesellschaftsrecht, 1. Aufl. 2005, Rn. 1397 f.

⁷⁹ Die *naamlooze vennotschap*, das Pendant zur deutschen AG, und die *besloten vennotschap*, das niederländische Gegenstück zur GmbH; vgl. auch *Spahlinger/Wegen*, Internationales Gesellschaftsrecht, 1. Aufl. 2005, Rn. 1382.

⁸⁰ Derzeit sind nur 4% der Vorstandsmitglieder und nur 11,8% der Aufsichtsratsmitglieder in den Niederlanden Frauen; so *van der Windt*, ArbeitsRecht 2012, 3.

⁸¹ Im Gesetzgebungsverfahren war die Reichweite der gesetzlichen Regelungen phasenweise unklar; näher (u. kritisch) *van der Windt*, ArbeitsRecht 2012, 3. Das zuständige Ministerium sah sich zwischenzeitlich zu der Klarstellung genötigt, dass die Quote für alle Gesellschaften gelte.

Unternehmenswert von höchstens 17,5 Mio Euro, ein Nettoumsatz von höchstens 35 Mio Euro, auf den Jahresdurchschnitt bezogen weniger als 250 Beschäftigte.

Die Frauenquote von 30% ist als so genannte „streefcijfer“ ausgestaltet. Dies bedeutet, dass die betreffenden Unternehmen „danach streben“ müssen, die Quote zu erfüllen. Als Rechtsfolgen bei Nichterreichung der Quote sieht das Gesetz vor, dass die betreffenden Unternehmen die Gründe für die Nichterreichung der Quote in ihrem jährlichen Geschäftsbericht darzulegen haben; zugleich haben diese Unternehmen über die in der Vergangenheit ergriffenen Maßnahmen zur Erreichung der Quote zu informieren sowie Rechenschaft darüber abzulegen, in welcher Weise zukünftig versucht werden soll, eine Erfüllung der Frauenquote zu bewirken⁸². Da es im Übrigen an Sanktionen mangelt, werden die Aussichten, dass es in absehbarer Zeit zu einer deutlichen Erhöhung des Frauenanteils in Vorständen und Aufsichtsräten niederländischer Gesellschaften kommt, in der Literatur eher zurückhaltend eingeschätzt⁸³.

In der Begründung des Gesetzentwurfs⁸⁴ wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Frauen in Vorständen und Aufsichtsräten niederländischer Unternehmen gegenwärtig deutlich unterrepräsentiert sind. Zugleich wird der Erwartung Ausdruck gegeben, dass sich an diesem Zustand ohne ein Eingreifen des Gesetzgebers wenig ändern werde. Im Ausland durchgeführte Untersuchungen, so heißt es in der Begründung weiter, hätten gezeigt, dass bei einer Erhöhung des Frauenanteils eine Verbesserung der Gewinnsituation der Unternehmen zu erwarten sei; auch aus arbeitsmarktpolitischen Gründen sei eine Steigerung des Anteils von Frauen in Führungsgremien wünschenswert. Explizit wird daraus der Schluss gezogen, dass eine Erhöhung des Frauenanteils nicht allein aus emanzipatorischen Gründen, sondern vor allem auch aus sozioökonomischen Gründen geboten sei.

⁸² Art. III des Gesetzentwurfs.

⁸³ *van der Windt*, *Arbeitsrecht* 2012, 3 spricht von einem „zahnlosen Tiger“.

⁸⁴ Kamerstukken II, 31 763, nr. 14.

C. Europarechtliche Bewertung von gesetzlichen Quotenregelungen

Eingangs wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Europäische Kommission erwägt, eine Frauenquote für die Besetzung von Aufsichts- und Verwaltungsräten auf der europäischen Ebene festzuschreiben. Der kurze rechtsvergleichende Überblick hat gezeigt, dass einige nationale Gesetzgeber bereits Quotenregelungen eingeführt haben oder diese jedenfalls in Betracht ziehen.

Damit ist indes noch nichts über die Vereinbarkeit derartiger nationaler Regelungen mit dem europäischen Recht gesagt. Diese Frage soll nachfolgend näher in den Blick genommen werden⁸⁵. Problematisch ist insoweit v. a. die Vereinbarkeit von Quotenregelungen mit der Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften⁸⁶. In der Tat wird die Einführung einer gesetzlichen Quote von manchen als Verletzung der Niederlassungsfreiheit bewertet⁸⁷.

Will man die Frage der Europarechtskonformität einer Quotenregelung entscheiden, muss man zunächst herausarbeiten, ob eine entsprechende Maßnahme in die Niederlassungsfreiheit eingreifen würde und welcher

⁸⁵ Vgl. hierzu auch den Bericht der Länderarbeitsgruppe „Teilhabe von Frauen in Führungs- und Kontrollgremien der Wirtschaft“, S. 31 ff.

⁸⁶ Näher zur Konkurrenz von Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit etwa *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 43 EGV Rn. 114. Auf den Aspekt der Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit soll das vorliegende Gutachten beschränkt bleiben. Eine wesentliche Verkürzung des Argumentationshaushalts droht dabei nicht, da das Schwergewicht der Prüfung ohnehin bei der Frage der Rechtfertigung liegt – und diese mit Blick auf die Niederlassungsfreiheit nicht wesentlich anders zu beantworten ist als mit Blick auf eine evtl. Verletzung der Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen; vgl. insoweit etwa auch die Feststellung im Bericht der Länderarbeitsgruppe „Teilhabe von Frauen in Führungs- und Kontrollgremien der Wirtschaft“, S. 147: „Eine Rechtfertigung [eines Eingriffs in die Niederlassungsfreiheit] 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“.

⁸⁷ Ohne nähere Begründung bejahend zu einer Verletzung der Niederlassungsfreiheit sowie der Kapitalverkehrsfreiheit etwa *Windbichler*, Frauenquote für Aufsichtsräte (börsennotierter) Unternehmen? Überblick aus der Perspektive der gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Rahmenbedingungen und der Corporate Governance für die öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 07.05.2008, S. 3; zustimmend etwa *Schladebach/Stefanopoulou*, BB 2010, 1042, 1045.

Gewährleistungsinhalt dieser Grundfreiheit von einer derartigen Maßnahme betroffen wäre. Im Anschluss daran ist dann der Frage nach einer möglichen Rechtfertigung dieser Maßnahme nachzugehen.

I. Gewährleistungsinhalt der Niederlassungsfreiheit: Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot

Mit Blick auf mögliche Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit kann man in systematischer Hinsicht zwischen Diskriminierungen und nichtdiskriminierenden Beschränkungen unterscheiden⁸⁸.

Zwar hat der EuGH die Niederlassungsfreiheit – im Unterschied zur Dienstleistungsfreiheit – lange Zeit grundsätzlich als Diskriminierungsverbot verstanden. Mittlerweile besteht aber kein Zweifel mehr daran, dass die Niederlassungsfreiheit über ein bloßes Diskriminierungsverbot hinausgeht und auch ein Beschränkungsverbot enthält⁸⁹. Schon in seiner Entscheidung in der Rechtssache *Klopp*⁹⁰ hat der EuGH anklingen lassen, dass die Niederlassungsfreiheit auch ein Beschränkungsverbot enthält. In nachfolgenden Entscheidungen hat der EuGH dieses Verständnis bekräftigt⁹¹. So führte das Gericht etwa in der Rechtssache *Kraus* aus, die Niederlassungsfreiheit stehe einer Regelung entgegen, die „zwar ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anwendbar ist, die aber geeignet ist, die Ausübung der (...) Freiheiten (...) zu behindern oder weniger attraktiv zu machen“⁹². Besonders bedeutsam ist in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Gebhard*, wo das Gericht einen einheitlichen Prüfungsmaßstab für

⁸⁸ Vgl. statt aller MünchKomm z. AktG/*Altmeyden*, 2. Aufl. 2006, Überblick über die Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften Rn. 36.

⁸⁹ *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 43 EGV Rn. 83; *Calliess/Ruffert*, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2007, Art. 43 EGV Rn. 20 ff. u. 30.

⁹⁰ EuGH Rs. 107/83, *Klopp*, Slg. 1984, 2971.

⁹¹ Überblicksweise zur Rechtsentwicklung *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 43 EGV Rn. 86 ff.; *Calliess/Ruffert*, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2007, Art. 43 EGV Rn. 23 ff.

⁹² EuGH Rs. C-19/92, *Kraus*, Slg. 1993, I-1663, 1697 Rn. 32.

die Grundfreiheiten entwickelt hat (sog. Gebhard-Formel). Danach müssen „nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen“⁹³, vier Voraussetzungen erfüllen. Sie müssen in nicht-diskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist“⁹⁴.

Auf die in der Rechtssache Gebhard entwickelte (und zuletzt etwa auch in der berühmten Entscheidung in der Rechtssache *Inspire Art*⁹⁵ zur Anwendung gebrachte Formel) hat der EuGH zur Beschreibung des Gewährleistungsinhalts der Niederlassungsfreiheit immer wieder zurückgegriffen⁹⁶. Dies bedeutet indes nicht, dass Art. 49 AEUV in allen denkbaren Konstellationen auch als Beschränkungsverbot gelten würde⁹⁷. Vielmehr gilt die Niederlassungsfreiheit grundsätzlich nur dann als Beschränkungsverbot, wenn die zu prüfende staatliche Maßnahme spezifisch den Zugang zum Markt behindert⁹⁸. In den übrigen Fällen sowie dann, wenn die Maßnahme Teil eines integrierten nationalen Ordnungssystems⁹⁹ ist, gilt grundsätzlich nur das Diskriminierungsverbot¹⁰⁰. Dementsprechend sind die Regelungen, die den rechtlichen Rahmen für die Ausübung der Tätigkeit im Aufnahmemitgliedstaat

⁹³ Vgl. insoweit zuletzt etwa auch EuGH v. 10.03.2009 – C-169/07 (Hartlauer Handelsgesellschaft mbH), EuZW 2009, 298 (u. Rn. 33).

⁹⁴ EuGH Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165, 4197 Rz. 37; vgl. insoweit zuletzt etwa auch EuGH v. 20.01.2011 – C-155/09, BeckRS 2011, 80059.

⁹⁵ EuGH v. 30. 09. 2003 – C 167/01.

⁹⁶ *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 43 EGV Rn. 88.

⁹⁷ So ausdrücklich *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 43 EGV Rn. 88.

⁹⁸ *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 43 EGV Rn. 89. Näher zu den einschlägigen Fallgruppen *dies.*, ebda., Rn. 90 ff.; eingehend zum „Zugang“ als maßgeblichem (wenngleich in seiner Leistungsfähigkeit nicht über jeden Zweifel erhabenen) Kriterium für die Abgrenzung von Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot *dies.*, ebda., Vorbem. zu den Art. 39 – 55 EGV Rn. 112 ff.

⁹⁹ Näher hierzu *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 43 EGV Rn. 106 ff.

¹⁰⁰ *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 43 EGV Rn. 89; vgl. auch *dies.*, ebda, Vorbem. zu den Art. 39 – 55 EGV Rn. 118: „Haben die Mitgliedstaaten die Kompetenz zur Ausgestaltung solcher Systeme, darf dies nicht durch die Anwendung der Freiheiten als Beschränkungsverbote überspielt werden“.

festlegen, grundsätzlich nicht am Beschränkungsverbot der Niederlassungsfreiheit zu messen¹⁰¹. Denn diese Regelungen sind integraler Bestandteil der Standortbedingungen. Das Beschränkungsverbot der Niederlassungsfreiheit soll nur die freie Standortwahl ermöglichen. Demgegenüber hat die Niederlassungsfreiheit nicht den Zweck, die Standortbedingungen, die für die Standortwahl den Bezugspunkt bildeten, nachträglich zu modifizieren¹⁰². Vor diesem Hintergrund bestehen bereits ernsthafte Zweifel daran, dass eine gesetzliche Frauenquote am Beschränkungsverbot der Niederlassungsfreiheit zu messen wäre¹⁰³. Eine sichere Aussage hinsichtlich des Eingreifens des Beschränkungsverbots der Niederlassungsfreiheit ist allerdings beim derzeitigen Stand der Rechtsentwicklung nicht möglich. Denn der EuGH hat die Niederlassungsfreiheit erst in der jüngeren Vergangenheit zu einem Beschränkungsverbot fortentwickelt und die wenigen Entscheidungen, die in diese Richtung gehen, lassen noch keinen sicheren Schluss hinsichtlich der Reichweite dieses Verbots zu¹⁰⁴.

Von einer weitreichenden Unsicherheit gekennzeichnet ist indes auch noch eine andere Frage, nämlich die nach dem Verhältnis von Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot. Anders ausgedrückt: Ob mit Blick auf die gesetzliche Festschreibung einer Frauenquote die Niederlassungsfreiheit in ihrer Eigenschaft als Diskriminierungs- oder in ihrer Eigenschaft als Beschränkungsverbot betroffen wäre, lässt sich bei Zugrundelegung der Rechtsprechung des EuGH ebenfalls nicht mit letzter Sicherheit sagen. Dass insoweit Zweifel bestehen, liegt v. a. daran, dass das Gericht den Schutzbereich dieser Grundfreiheit – weit über den

¹⁰¹ So *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 43 EGV Rn. 100.

¹⁰² *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 43 EGV Rn. 100; *dies.*, ebda, Vorbem. zu den Art. 39 – 55 EGV Rn. 106 m. w. Nachw. (näher zur „unterschiedliche(n) Tragweite des Beschränkungsverbot der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit einerseits und der Dienstleistungsfreiheit andererseits unter Rn. 107).

¹⁰³ Verneinend zu einer möglichen Verletzung der Niederlassungsfreiheit auch der Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern in Aufsichtsräten börsennotierter Unternehmen (FöGAbUG) des Landes Nordrhein-Westfalen, BR-Drucks. 87/11 v. 11. Februar 2011, S. 29 f.

¹⁰⁴ So *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 43 EGV Rn. 66.

Fall der offenen Diskriminierung hinaus – auf versteckte (indirekte) Diskriminierungen, ja sogar auf nicht diskriminierende Beschränkungen ausgedehnt hat¹⁰⁵. Unklar ist insbesondere, in welchem Verhältnis das Verbot nicht diskriminierender Beschränkungen zu dem Verbot so genannter versteckter (indirekter) Diskriminierungen steht¹⁰⁶; von letzteren ist dann auszugehen, wenn Maßnahmen unterschiedslos sowohl für die im Inland ansässigen Unternehmen als auch für die in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen gelten, sie aber Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten gegenüber den Gesellschaften aus dem Mitgliedstaat, der sie erlassen hat, „tatsächlich oder rechtlich benachteiligen können“¹⁰⁷. Die Frage kann indes im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben, da die Zuordnung letztlich nur hinsichtlich der möglichen „Rechtfertigungsgründe“ Bedeutung erlangt¹⁰⁸.

Der Frage nach der Rechtfertigung der gesetzlichen Festschreibung einer Frauenquote soll nachfolgend nachgegangen werden. Dabei wird sich zeigen, dass im vorliegenden Zusammenhang letztlich offen bleiben kann, ob die Niederlassungsfreiheit als Beschränkungs- oder als Diskriminierungsverbot Wirksamkeit entfalten würde, ob also die gesetzliche Festschreibung einer Frauenquote diese Grundfreiheit unter dem einen oder dem anderen Aspekt beeinträchtigen würde. Denn jedenfalls wäre eine derartige gesetzgeberische Maßnahme gerechtfertigt.

II. Rechtfertigung

Insoweit ist zunächst festzustellen, dass die Niederlassungsfreiheit zwei Gruppen von Rechtfertigungsgründen kennt. Art. 52 Abs. 1 AEUV erlaubt

¹⁰⁵ Vgl. nur Münchkomm z. AktG/*Altmeyen*, 2. Aufl. 2006, Überblick über die Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften Rn. 42 m. w. Nachw. (u. Fußn. 74).

¹⁰⁶ So Münchkomm z. AktG/*Altmeyen*, 2. Aufl. 2006, Überblick über die Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften Rn. 37.

¹⁰⁷ Vgl. insoweit zuletzt etwa EuG v. 17.02.2011 – T-385/07 (Fifa) u. Rn. 53 m. w. Nachw.; vgl. auch *Eidenmüller*, *Ausländische Kapitalgesellschaften*, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 21.

¹⁰⁸ Auch hierzu Münchkomm z. AktG/*Altmeyen*, 2. Aufl. 2006, Überblick über die Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften Rn. 42.

„Sonderregelungen für Ausländer“, die „aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind“. Die Aufzählung der Schutzgüter in Art. 52 Abs. 1 AEUV ist abschließend; darüber hinaus ist sie nach allg. Auffassung eng auszulegen¹⁰⁹. Im vorliegenden Zusammenhang greift sie ersichtlich nicht ein, weil die gesetzliche Fixierung einer Frauenquote mit keinem der in Art. 52 Abs. 1 AEUV genannten Schutzgüter im Zusammenhang steht. Doch ist neben Art. 52 Abs. 1 AEUV auch der ungeschriebene Rechtfertigungsgrund der so genannten „zwingenden Gründe des Allgemeininteresses“ anzuerkennen (sog. immanente Schranken)¹¹⁰. Zwar besteht keine letzte Klarheit hinsichtlich des Verhältnisses der beiden Gruppen von Rechtfertigungsgründen zueinander; nicht restlos geklärt ist insbesondere, inwieweit auf „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ auch mit Blick auf Diskriminierungen abgestellt werden kann. Richtiger Ansicht nach kann aber dieser Rechtfertigungsgrund auch zur Rechtfertigung versteckt (indirekt) diskriminierender Maßnahmen¹¹¹ herangezogen werden¹¹², um die es sich bei der gesetzlichen Festschreibung einer Frauenquote allenfalls handeln würde.

Insoweit ist auf die zuletzt etwa in der Entscheidung *Inspire Art* des EuGH¹¹³ zur Anwendung gebrachte Formel abzustellen und zu fragen, ob die nationalen Maßnahmen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, aus

¹⁰⁹ Vgl. nur *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 43 EGV Rn. 108.

¹¹⁰ So etwa *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 43 EGV Rn. 108; auch *Roth*, in: Dausen, EU-Wirtschaftsrecht, 2010, Rn. 99. Auf das umstrittene Verhältnis der beiden Rechtfertigungsgründe – vgl. hierzu *dies*, ebda, Rn. 109 – dürfte es im vorliegenden Zusammenhang nicht ankommen, da es insoweit nicht um die Rechtfertigung diskriminierender Maßnahmen ginge.

¹¹¹ Zur Begrifflichkeit MünchKomm z. AktG/*Altmeyden*, 2. Aufl. 2006, Überblick über die Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften Rn. 38.

¹¹² So *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 43 EGV Rn. 109: „Nach richtiger Ansicht kann dieser Rechtfertigungsgrund zur Rechtfertigung indirekt diskriminierender Maßnahmen herangezogen werden, nicht aber bei direkten Diskriminierungen“; vgl. auch *dies*, ebda. Vorbemerkung zu den Art. 39 – 55, Rn. 139 m. w. Nachw.; ebenso etwa *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften, 1. Aufl. 2004. § 3 Rn. 21; Vgl. insoweit zuletzt aber etwa auch EuG v. 17.02.2011 – T-385/07 (Fifa) u. Rn. 54, wonach „solche [versteckt diskriminierende] Beschränkungen von vom Vertrag garantierten Grundfreiheiten (...) gerechtfertigt sein (können), wenn sie zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entsprechen, geeignet sind, die Erreichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten, und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist“.

¹¹³ Vgl. aber etwa auch Schlussanträge der Generalanwältin Eleanor Sharpston v. 16.07.2009, Rs. C-325/08 (Olympique Lyonnais/Olivier Bernard and Newcastle United) u. Rn. 44.

zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind, zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet sind und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.

1. Anwendung in nichtdiskriminierender Weise

Was die Frage nach der Anwendung in nichtdiskriminierender Weise anbelangt, so würde bzw. müsste eine gesetzliche Frauenquote für ausländische wie inländische Gesellschaften gleichermaßen gelten. Eine offene oder direkte Diskriminierung träte somit also nicht ein. Auch eine versteckte oder indirekte Diskriminierung würde indes nicht eintreten, da man nicht sagen kann, dass sich eine derartige Regelung (rechtlich oder tatsächlich) stärker zu Ungunsten von Auslands- als von Inlandsgesellschaften auswirken würde.

2. Zwingende Gründe des Allgemeininteresses

a) Beurteilungsspielraum des nationalen Gesetzgebers

Damit käme man zu der Frage, ob „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ für eine derartige Regelung sprechen. Ausgangspunkt der Beantwortung ist die Feststellung, dass den Mitgliedstaaten ein gewisser Konkretisierungs- und Beurteilungsspielraum zukommt¹¹⁴, um Schutzanliegen zu definieren¹¹⁵. Dies muss jedenfalls insoweit gelten, als der Mitgliedstaat mit der von ihm ergriffenen Maßnahme, wie dies hier der Fall wäre, nicht-wirtschaftlichen Erfordernissen

¹¹⁴ Vgl. nur *Roth*, in: Dausen, EU-Wirtschaftsrecht, 2010, Rn. 101. Bemerkenswert insoweit übrigens die Einschätzung von *Battis/Ingold/Kuhnert*, EuR 2010, 3, 28, die einen möglichen „Rechtsprechungswandel zugunsten eines Wertungsspielraums zum Schutz nationaler Interessen“ konstatieren.

¹¹⁵ *Eidenmüller*, *Ausländische Kapitalgesellschaften*, 1. Aufl. 2004. § 3 Rn. 22; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, 40. Aufl. 2009, Art. 43 EGV Rn. 108.

Geltung zu verschaffen versucht¹¹⁶. Vergleicht man nun die mit der Einführung einer Frauenquote verbundenen Zielsetzungen, wie sie etwa oben mit Blick auf entsprechende Regelungen im Ausland beleuchtet wurden¹¹⁷, mit den vom EuGH als „Gründe des Allgemeininteresses“ anerkannten Motiven – Schutz von Gläubigern¹¹⁸, Minderheitsgesellschaftern¹¹⁹ und Arbeitnehmern¹²⁰, Erhaltung der Lauterkeit des Handelsverkehrs¹²¹ und Wirksamkeit der Steuerkontrollen¹²², so wird man schwerlich sagen können, dass diese hinter jenen zurückstehen würden, ganz abgesehen davon, dass der EuGH auch noch eine ganze Reihe weiterer Schutzanliegen als „Rechtfertigungsgründe“ für eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gebilligt hat¹²³.

b) Absicherung des Schutzanliegens auf der Ebene des europäischen Rechts

Zu alledem kommt aber noch hinzu, dass das der gesetzlichen Einführung einer Frauenquote zugrundeliegende Schutzanliegen auch auf der Ebene des EU-Rechts denkbar stark abgesichert ist¹²⁴. Dies soll hier nicht im Einzelnen ausgebreitet werden¹²⁵. Hingewiesen sei insoweit aber auf Art. 8 AEUV. Danach „wirkt die Union bei allen ihren Tätigkeiten darauf hin, Ungleichheiten zu

¹¹⁶ Demgegenüber wird er sich zur Beschränkung der auf Marktintegration zielenden Grundfreiheiten auf wirtschaftliche Erfordernisse grundsätzlich nicht stützen können; ebenso *Eidenmüller*, *Ausländische Kapitalgesellschaften*, 1. Aufl. 2004. § 3 Rn. 22.

¹¹⁷ Näher hierzu sogleich unter D. III. 1.

¹¹⁸ *Centros* Rn. 35 ff., *Überseering* Rn. 92, *Inspire Art* Rn. 135

¹¹⁹ *Überseering* Rn. 92

¹²⁰ *Überseering* Rn. 92

¹²¹ EuGH Rs-97/96 (*Daihatsu*), Slg. 1997, I-6843, Rn. 18 ff.

¹²² *Inspire Art* Rn. 140; vgl. auch die Zusammenstellung von *Eidenmüller*, *Ausländische Kapitalgesellschaften*, 1. Aufl. 2004. § 3 Rn. 23.

¹²³ Vgl. nur *Streinz/Müller-Graff*, *EUV/EGV*, Art. 43 EGV Rn. 76; *Eidenmüller*, *Ausländische Kapitalgesellschaften*, 1. Aufl. 2004. § 3 Rn. 23.

¹²⁴ Insoweit ergibt sich ein gewisser Unterschied zur – nachfolgend etwas näher zu behandelnden – Problematik eines Eingriffs in die Niederlassungsfreiheit durch Anwendung deutschen Mitbestimmungsrechts, da man jedenfalls nicht sagen kann, dass sich das deutsche „Mitbestimmungsmodell“ auf der europäischen Ebene durchgesetzt hätte; vgl. hierzu einerseits etwa MünchKomm z. AktG/*Altmeppen*, 2. Aufl. 2006, Fragen der Arbeitnehmermitbestimmung, Rn. 48 und andererseits *Franzen*, *RdA* 2004, 257, 262.

¹²⁵ Vgl. insoweit aber z. B. *Zimmermann*, *Rapport N° 2205 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle* no. 2205, S. 101 ff. (Annexe: *Éléments d'information sur le droit européen applicable ou en cours d'élaboration*).

beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern“¹²⁶. Hingewiesen sei überdies auf Art. 157 Abs. 4 AEUV, wonach „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“.

Hingewiesen sei aber v. a. auch auf Art. 23 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union¹²⁷, wonach „die Gleichheit von Frauen und Männern (...) in allen Bereichen, einschließlich der Beschäftigung, der Arbeit und des Arbeitsentgelts, sicherzustellen (ist)“ und der „Grundsatz der Gleichheit ... der Beibehaltung oder der Einführung spezifischer Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht nicht entgegensteht“¹²⁸. Art. 23 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ist im vorliegenden Zusammenhang deshalb von besonderer Bedeutung, weil die Vorschrift ein von der Gemeinschaftsrechtsordnung verbürgtes Grundrecht enthält¹²⁹ und dieses „einen eigenständigen zwingenden Grund des Allgemeininteresses im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs (bildet), der die Einschränkung der Grundfreiheit rechtfertigen kann“¹³⁰.

¹²⁶ Vgl. insoweit auch den Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern in Aufsichtsräten börsennotierter Unternehmen (FöGAbUG), BRats-Ds 87/11 v. 11.02.2011, S. 28.

¹²⁷ Dieser kommt nach Art. 6 Abs. 1 EUV der gleiche rechtliche Rang wie den Verträgen zu.

¹²⁸ Näher hierzu *Hölscheidt*, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2010, Art. 23 Rn. 199 ff. Vgl. darüber hinaus aber auch Art. 21 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, wonach „Diskriminierungen insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung verboten (sind)“.

¹²⁹ Vgl. insoweit auch etwa EuG v. 17.02.2011 – T-385/07 (Fifa) u. Rn. 55.

¹³⁰ So *Skouris*, RdA-Beil. 2009, 28 f. u. Hinw. auf EuGH v. 12.6.2003 – Rs. 112/00 (*Schmidberger*), Slg. 2003, I-5659; vgl. zum Ganzen auch *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Vorbem. zu den Art. 39 – 55 EGV Rn. 143: „Die Grundrechte sind (...) zunächst ein wichtiger Gesichtspunkt bei der Klärung, ob das Anliegen, welches der Mitgliedstaat mit seiner Regelung verfolgt, als „zwingendes Erfordernis“ angesehen werden kann und welches Gewicht diesem Belang in der Abwägung zukommt“.

Selbst wenn man so weit gehen wollte, nur Gründe des europäischen Gemeinwohls als „beschränkungstauglich“ anzusehen¹³¹, käme man daher schwerlich umhin, das Vorliegen „zwingender Gründe des Allgemeininteresses“ zu bejahen.

3. Geeignetheit

Was die Geeignetheit der Einführung einer gesetzlichen Frauenquote betrifft, so ist zunächst festzustellen, dass den Mitgliedstaaten insoweit ein gewisser Prognosespielraum zusteht¹³². Darüber hinaus steht es einer Rechtfertigung nicht entgegen, wenn das angestrebte Ziel nicht vollständig erreicht wird¹³³. Nur wenn die Erreichung des mit der Maßnahme verfolgten Zwecks mehr als ungewiss ist¹³⁴ und der von der Maßnahme zu erwartende Effekt offensichtlich kaum ins Gewicht fällt¹³⁵, scheidet eine Rechtfertigung aus¹³⁶. Letzteres wird sich indes allein schon angesichts der Erkenntnisse, die sich etwa aus der Einführung gesetzlicher Quoten in Norwegen gewinnen lassen – dort hat sich die gesetzliche Festschreibung einer Quote als außerordentlich probates Mittel erwiesen¹³⁷ – nicht sagen lassen.

Ganz abgesehen von alldem erlangt aber auch im vorliegenden Zusammenhang Art. 23 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union Bedeutung¹³⁸.

¹³¹ So in der Tat *Ebke*, JZ 2003, 927, 931; als zu restriktiv abgelehnt etwa von *Eidenmüller*, *Ausländische Kapitalgesellschaften*, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 22.

¹³² *Streinz/Müller-Graff*, EUV/EGV, Art. 43 EGV Rn. 79; *Eidenmüller*, *Ausländische Kapitalgesellschaften*, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 25.

¹³³ EuGH Rs. 52/79 (*Debauve*), Slg. 1980, 833, Rn. 19

¹³⁴ Vgl. EuGH Rs. C-415/93 (*Bosman*), Slg. 1995, I-4921, Rn. 109.

¹³⁵ Vgl. *Eidenmüller*, *Ausländische Kapitalgesellschaften*, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 26; zu der den Mitgliedstaat treffenden (nicht unerheblichen) Darlegungslast *ders.*, ebda, Rn. 29.

¹³⁶ Darüber hinaus sieht der EuGH eine nationale Regelung nur dann als geeignet an, die Verwirklichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie „tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen“; so zuletzt etwa EuGH v. 10.03.2009 – C-169/07 (*Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*), EuZW 2009, 298 (u. Rn. 55).

¹³⁷ Vgl. oben unter B. I. 1. c).

¹³⁸ Vgl. auch den Bericht der Länderarbeitsgruppe „Teilhabe von Frauen in Führungs- und Kontrollgremien der Wirtschaft“, S. 143: „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

Da diese Bestimmung gegenüber Art. 157 Abs. 4 AEUV inhaltlich keine Besonderheiten aufweist, ist sie nach Art. 52 Abs. 2 der Charta ebenso zu interpretieren wie diese¹³⁹. Art. 157 Abs. 4 AEUV lässt sich nun aber entnehmen, dass Maßnahmen der umgekehrten Diskriminierung auf der primärrechtlichen Ebene grundsätzlich als geeignet angesehen werden. Damit im Zusammenhang steht, dass den Mitgliedstaaten insoweit eine gewisse Einschätzungsprärogative zugestanden wird¹⁴⁰. Ziel einer „spezifischen Vergünstigung“ i. S. d. Art. 157 Abs. 4 AEUV kann insbesondere auch die Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts sein¹⁴¹, wobei schon nach dem Wortlaut der Vorschrift das Vorliegen konkreter Benachteiligungen nicht erforderlich ist¹⁴². Ebenfalls schon aus dem Wortlaut ergibt sich, dass es hinsichtlich von Maßnahmen zur Erleichterung der Berufstätigkeit entscheidend darauf ankommt, ob ein Geschlecht „unterrepräsentiert“ ist. Dabei drängt sich geradezu auf, derartige Maßnahmen umso eher als unbedenklich zu bewerten sind, wenn ein Geschlecht besonders krass „unterrepräsentiert“ ist¹⁴³. So hat denn auch der EuGH in seiner Entscheidung in der Rechtssache *Lommers* (zur vorrangigen Bereitstellung von Kindergartenplätzen für Kinder weiblicher Arbeitnehmer) ausdrücklich auf die erhebliche Unterrepräsentation von Arbeitnehmerinnen und damit auf das Ausmaß der faktischen Benachteiligung des zu fördernden Geschlechts

konkurrierenden Grundrechte zumindest grundsätzlich zulässig sind“; vgl. auch ebda, S. 144: „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“.

¹³⁹ Vgl. nur *Hölscheidt*, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2010, Art. 23 Rn. 22 (keine „Chartaspezifika“).

¹⁴⁰ Calliess/Ruffert/Krebber, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2007, Art. 141 Rn. 84.

¹⁴¹ Allerdings lassen sich Quotenregelungen potentiell auch aufgrund von Art. 141 Abs. 4 Alt. 2 rechtfertigen; vgl. nur Calliess/Ruffert/Krebber, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2007, Art. 141 Rn. 95.

¹⁴² Vgl. auch Calliess/Ruffert/Krebber, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2007, Art. 141 Rn. 89; ErfKomm/Schlachter Art. 141 EGV, Rn. 24.

¹⁴³ Vgl. insoweit Calliess/Ruffert/Krebber, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2007, Art. 141 Rn. 89: „Der Grad der erforderlichen Unterrepräsentanz ist ... anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu bestimmen: Je höher er ist, desto weitergehende Vergünstigungen, also Eingriffe in den Gleichheitsgrundsatz, können durch Art. 141 Abs. 4 gerechtfertigt sein“.

abgestellt¹⁴⁴. Dabei sei hinzugefügt, dass allein schon das Ausmaß der Unterrepräsentation von Frauen in den Aufsichtsräten deutscher Unternehmen einen deutlichen Hinweis auf das Bestehen von Vorurteilen und stereotypen Vorstellungen bei der Besetzung gibt. Gerade dann, wenn derartige Vorurteile und stereotype Vorstellungen bestehen, werden indes Quotenregelungen bedeutsam¹⁴⁵.

Auch im Übrigen macht es eine Analyse der Rechtsprechung des EuGH¹⁴⁶ wahrscheinlich, dass sich gegenüber der gesetzlichen Festschreibung einer Frauenquote europarechtlich keine grundsätzlichen Bedenken ergeben würden. Bemerkenswert ist insoweit insbesondere die Entscheidung des Gerichts v. 28. März 2000 in der Rechtssache *Badeck*¹⁴⁷, in der es ausdrücklich heißt, dass „Art. 2 Abs. 1 u. 4 der Richtlinie [76/207/EWG des Rates v. 9. Februar 1976 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 Arbeitsbedingungen¹⁴⁸] einer nationalen Regelung über die Besetzung von Vertretungsorganen der Arbeitnehmer sowie der Verwaltungs- und Aufsichtsräte nicht entgegensteht, nach der bei den Rechtsvorschriften zu ihrer Durchführung das Ziel einer zumindest hälftigen Beteiligung von Frauen an diesen Organen berücksichtigt

¹⁴⁴ EuGH v. 19.03.2002 – Rs. C 476/99, Slg. 2002, I-2891 Rn. 36; vgl. dazu auch MünchKomm z. BGB/*Thüsing*, § 5 AGG Rn. 8.

¹⁴⁵ Näher MünchKomm z. BGB/*Thüsing*, § 5 AGG Rn. 11 („Quoten sind ... nur insofern erlaubt, als sie Vorurteile und stereotype Vorstellungen im Bewerbungsverfahren neutralisieren und damit deren Auswirkungen verhindern“) m. w. Nachw. Zurückhaltend gegenüber einer Geeignetheit einer Frauenquote angesichts von Zweifel daran, dass „der Pool geeigneter und akzeptierter Frauen heute bereits groß genug ist, um die Quoten auch im Hinblick auf andere Voraussetzungen, wie die Höchstzahl der Mandate, zu erfüllen“, *Redenius-Hövermann*, Zur Frauenquote im Aufsichtsrat, Institute for Law and Finance – Working Paper Series No. 112 01/2010, S. 12.

¹⁴⁶ Vgl. insoweit auch EuGH-Urteile, Slg. 1995 I 3051 – Rs. Kalanke; Slg. 1997 I 6363 – Rs. Marschall; Slg. 2000 I 5539 – Rs. Abrahamsson (allesamt zu Quotenregelungen in Einstellungs- und Beförderungsverfahren; vgl. hierzu auch Gesetzentwurf des Landes Nordrhein-Westfalen, Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern in Aufsichtsräten börsennotierter Unternehmen (FöGAbUG), BR-Drucks. 87/11 v. 11. Februar 2011, S. 29; zum Ganzen zuletzt auch *Ossenbühl*, NJW 2012, 417.

¹⁴⁷ EuGH v. 28.03.2000 Rs. C-158/97 (*Badeck*) zum Hessischen Gesetz über die Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zum Abbau von Diskriminierungen von Frauen in der öffentlichen Verwaltung (HGIG); vgl. hierzu auch *Körner*, in: Hohmann-Dennhardt/Körner/Zimmer (Hg.), Geschlechtergerechtigkeit, FS Pfarr, 2010, S. 218, 228.

¹⁴⁸ ABl. L 39, S. 40.

werden soll“¹⁴⁹. Einschränkend hinzufügen muss man zwar, dass es sich bei der zugrunde liegenden Regelung des nationalen Rechts um eine reine „Soll-Vorschrift“ handelte¹⁵⁰. Nichtsdestoweniger spricht die Entscheidung klar für die grundsätzliche Zulässigkeit einer Quotenregelung¹⁵¹.

4. Verhältnismäßigkeit

Vor diesem Hintergrund kommt alles auf die Entscheidung der Frage an, ob man die Erforderlichkeit der gesetzlichen Festschreibung einer Frauenquote bejaht¹⁵². „Erforderlichkeit“ in diesem Sinne bedeutet, dass die Maßnahme zum einen i. e. S. „erforderlich“ und zum anderen i. e. S. „verhältnismäßig“ sein muss. Die Prüfung entspricht i. W. der Prüfung, die im deutschen Recht nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips anzustellen ist¹⁵³.

Im Rahmen der Prüfung ist stets zwischen dem Stellenwert der Niederlassungsfreiheit auf der einen und dem jeweils konkret verfolgten Schutzanliegen auf der anderen Seite abzuwägen¹⁵⁴. Auch insoweit ist den Mitgliedstaaten ein verhältnismäßig breiter Gestaltungsspielraum eröffnet, da der EuGH den Mitgliedstaaten bei der Prüfung der Erforderlichkeit einer bestimmten Maßnahme oder Regelung eine gewisse Einschätzungsprärogative zubilligt. Diese ist überdies umso größer, je eher die betroffenen Fragen über den

¹⁴⁹ Vgl. hierzu auch Gesetzentwurf des Landes Nordrhein-Westfalen, Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern in Aufsichtsräten börsennotierter Unternehmen (FöGAbUG), BR-Drucks. 87/11 v. 11. Februar 2011, S. 29 mit der – zutreffenden – Feststellung, dass insoweit „der Spielraum des Gesetzgebers in Fällen von Gremienwahlentscheidungen, die bei einer moderat festgesetzten Geschlechterquote jedem Bewerber grundsätzlich Wahlchancen eröffnen, deutlich größer [ist] als in Fällen einer Bewerberauswahl in Stellenbesetzungsverfahren“.

¹⁵⁰ Vgl. insoweit auch EuGH v. 28.03.2000 Rs. C-158/97 (*Badeck*) u. Rn. 65.

¹⁵¹ Ähnlich die Einschätzung der Entscheidung im Bericht der Länderarbeitsgruppe „Teilhabe von Frauen in Führungs- und Kontrollgremien der Wirtschaft“, S. 130.

¹⁵² Diskutiert wurde die Erforderlichkeit in diesem Sinne zuletzt etwa mit Blick auf Handelsregisteranforderungen für ausländische Kapitalgesellschaften (vgl. hierzu etwa *Belgorodski/Friske*, WM 2011, 251) sowie auf Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten im Bereich des Glücksspielrechts (vgl. hierzu etwa *Streinz/Kruis*, NJW 2010, 3745).

¹⁵³ Näher Krichel, EuR 2000, 380.

¹⁵⁴ Vgl. nur *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 30.

Bereich der Wirtschaftspolitik hinausgehen¹⁵⁵. Mit Blick auf die hier vorliegende Problematik dürften sich in diesem Zusammenhang v. a. zwei Fragen stellen, nämlich die, ob sich das erstrebte Ziel zumindest teilweise¹⁵⁶ nicht auch durch entsprechende freiwillige Maßnahmen erreichen lässt¹⁵⁷, sowie die, ob das erstrebte Ziel nicht auch durch ein anderes Mittel erreicht werden kann¹⁵⁸. Ohne hinsichtlich der Beantwortung dieser Fragen in die Einzelheiten gehen zu können, sei doch der Hinweis erlaubt, dass man an der Tauglichkeit freiwilliger Lösungen aufgrund zahlreicher weitgehend fruchtloser Appelle, den Frauenanteil in Aufsichtsräten zu erhöhen, erhebliche Zweifel hegen muss. Dies gilt umso mehr, als etwa auch das Beispiel Norwegens, wo erst die Einführung einer gesetzlichen Quote den „Durchbruch“ brachte¹⁵⁹, in diese Richtung weist. Verwirft man aber die Alternative rein freiwilliger Maßnahmen, ist nicht o. W. ersichtlich, welches Mittel noch in Betracht käme, welches unterhalb der Schwelle einer gesetzlichen Verpflichtung bliebe, somit „weniger einschneidend“ als diese, zugleich aber gleich effektiv wäre¹⁶⁰.

Als Zwischenergebnis lässt sich somit festhalten, dass sich die gesetzliche Festschreibung einer Frauenquote jedenfalls durch „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ grundsätzlich¹⁶¹ rechtfertigen ließe¹⁶².

¹⁵⁵ Eidenmüller, *Ausländische Kapitalgesellschaften*, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 32 m. Nachw. zur Rspr. des EuGH (unter Fußn. 32).

¹⁵⁶ Insoweit dürfte ein gewisser Unterschied zur deutschen Verfassungsdogmatik bestehen, da nach dieser die entscheidende Frage dahin geht, ob die denkbare alternative Maßnahme ein (in jeder Hinsicht) gleich geeignetes Mittel darstellt; näher hierzu Eidenmüller, *Ausländische Kapitalgesellschaften*, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 63.

¹⁵⁷ Vgl. hierzu Eidenmüller, *Ausländische Kapitalgesellschaften*, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 69 mit dem Beispiel der paritätischen Mitbestimmung des deutschen Rechts, an dem sich eine ausländische Gesellschaft freiwillig orientieren mag.

¹⁵⁸ Allg. hierzu etwa Eidenmüller, *Ausländische Kapitalgesellschaften*, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 62 ff.

¹⁵⁹ Vgl. oben B. I. 1. c).

¹⁶⁰ Vgl. hierzu nur Randelzhofer/Forsthoff, in: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, 40. Aufl. 2009, Vorbem. zu den Art. 39 – 55 EGV Rn. 159. Zurückhaltend gegenüber einem „Stufenplan mit Flexiquote“ der Bericht der Länderarbeitsgruppe „Teilhabe von Frauen in Führungs- und Kontrollgremien der Wirtschaft“, S. 134 ff., 140; positiver Bachmann, ZIP 2011, 1131.

¹⁶¹ Nur hierum kann es im vorliegenden Zusammenhang gehen, so dass die Frage nach dem Umfang der Quote ebenso außer Betracht bleiben muss wie die nach der konkreten Ausgestaltung einer derartigen Regelung (etwa durch Ausnahmeregelungen oder Öffnungsklauseln); vgl. hierzu etwa Bericht der Länderarbeitsgruppe „Teilhabe von Frauen in Führungs- und Kontrollgremien der Wirtschaft“, S. 134 ff.

¹⁶² Ähnlich auch der Bericht der Länderarbeitsgruppe „Teilhabe von Frauen in Führungs- und Kontrollgremien der Wirtschaft“, S. 147: „Es spricht aber vieles dafür, dass die tatsächliche

III. Parallele zur Problematik von Niederlassungsfreiheit und Mitbestimmungsrecht

Zur Verdeutlichung des eben Gesagten bietet sich abschließend eine Parallele zur Problematik einer möglichen Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch nationale Regelungen der Mitbestimmung an¹⁶³. Diese wird von der wohl h. M. als durch „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ gerechtfertigt angesehen. Insoweit wird etwa angeführt, dass die Mitbestimmungsregeln „die Teilhabe der Arbeitnehmer und ihrer Vertreter an Entscheidungen des Aufsichtsrates der jeweiligen Gesellschaft ermöglichen“ und somit dem Arbeitnehmerschutz dienen¹⁶⁴. Dass der Arbeitnehmerschutz als Teil des Allgemeininteresses anzuerkennen ist, werde etwa durch Art. 153 Abs. 1 lit. f i. V. m. Art. 151 AEUV bestätigt¹⁶⁵. Im vorliegenden Zusammenhang drängt sich eine Parallelbetrachtung geradezu auf, wenn man bedenkt, dass es dabei um nichts anderes als darum ginge, Regeln zu fixieren, welche – in Paraphrasierung des Zitats von soeben „die Teilhabe von Frauen und ihrer Vertreter an Entscheidungen des Aufsichtsrates der jeweiligen Gesellschaft ermöglichen“ und somit dem Schutz von Frauen dienen. Überdies ist der Gedanke der Gleichbehandlung auf der Ebene des EU-Rechts (mindestens) ebenso stark abgesichert wie der der Mitwirkung der Arbeitnehmer.

Gleichberechtigung von Frauen und Männern in Führungspositionen in der Wirtschaft als ein solches gewichtiges Allgemeininteresse anzusehen ist. 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“; ähnlich *Papier/Heidebach*, ZGR 2011, 305 (330); vgl. auch *Brandt/Thiele*, AG 2011, 580 (585): „(...) auch eine qualifikationsunabhängige Quote (...) nicht von vornherein (...) unzumutbar“ ; zum Ganzen zuletzt auch *Henssler/Seidensticker*, KSzW 2012, 10 (19): „Gesetzlich verbindliche Frauenquoten sind grundsätzlich mit dem (...) Europarecht vereinbar“.

¹⁶³ Vgl. zu diesem Problembereich zuletzt etwa *Weiss/Seifert* ZGR 2009, 542.

¹⁶⁴ Vgl. insoweit nur MünchKomm z. BGB/*Kindler*, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 593 mit zahlreichen Nachw. (u. Fußn. 2).

¹⁶⁵ MünchKomm z. BGB/*Kindler*, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 593.

Darüber hinaus muss man festhalten, dass bei der Fixierung einer gesetzlichen Frauenquote eine *diskriminierungsfreie Anwendung* in derselben Weise gesichert wäre wie mit Blick auf die Anwendung der Mitbestimmungsregeln, da Anknüpfungsmerkmal hier wie dort der inländische Verwaltungssitz ist bzw. wäre und die Quote somit unterschiedslos für inländische Kapitalgesellschaften und ihnen entsprechende ausländische Gesellschaftstypen gelten würde¹⁶⁶. Zu bedenken ist überdies, dass die mit der Anwendung statutsfremden Mitbestimmungsrechts evtl. verbundenen erhöhten Transaktionskosten (im Vergleich zur Inlandsgesellschaften) keine rechtlich relevante Diskriminierung darstellen, da das Gemeinschaftsrecht insoweit die Unterschiedlichkeit der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen hinnimmt¹⁶⁷. Selbst wenn eine derartige Erhöhung der Transaktionskosten eintreten würde – was im Übrigen mit Blick auf die Beachtung einer Frauenquote von vornherein weitaus weniger wahrscheinlich ist als mit Blick auf die Beachtung fremden Mitbestimmungsrechts – würde dieser Gesichtspunkt somit nicht zu Ungunsten einer derartigen Maßnahme zu beachten sein.

Festhalten muss man schließlich auch, dass die Anwendung inländischen Mitbestimmungsrechts nach wohl h. M. sowohl als „geeignet“ als auch als „erforderlich“ anzusehen ist. Mit Blick auf die „Geeignetheit“ wird v. a. auf die den Mitgliedstaaten zukommende Einschätzungsprärogative hingewiesen und dabei geltend gemacht, dass angesichts dessen sogar ein mögliches „punktuelleres Versagen des deutschen Mitbestimmungsmodells“ außer Betracht bleiben müsse¹⁶⁸.

D. Bewertung der vorliegenden Gesetzentwürfe in Deutschland

¹⁶⁶ Vgl. insoweit MünchKomm z. BGB/*Kindler*, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 594; auch MünchKomm z. AktG/*Altmeyen*, 2. Aufl. 2006, Fragen der Arbeitnehmermitbestimmung, Rn. 45.

¹⁶⁷ Vgl. auch insoweit MünchKomm z. BGB/*Kindler*, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 594; auch *Franzen*, RdA 2004, 257, 262.

¹⁶⁸ MünchKomm z. BGB/*Kindler*, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 595.

Im vorliegenden Gutachten wurden zunächst Regelungsmodelle zur Festsetzung von Frauenquoten im Ausland dargestellt. Sodann wurde die europarechtliche Zulässigkeit einer derartigen gesetzgeberischen Maßnahme unter dem Blickwinkel ihrer Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit untersucht. Zum Abschluss sollen die derzeit diskutierten Gesetzentwürfe näher in den Blick genommen werden, die auf die gesetzliche Festlegung einer Frauenquote zielen¹⁶⁹. Zwei Gesetzesentwürfe hat der Bundestag am 2. Dezember 2011, einer Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses¹⁷⁰ folgend, in namentlicher Abstimmung abgelehnt. Dies ändert aber nichts daran, dass sie für die Diskussion über die mögliche Einführung einer Quotenregelung weiterhin wichtige Orientierungspunkte bilden.

Bevor die Gesetzesentwürfe vorgestellt und gewürdigt werden, soll indes ein kurzer Blick auf die bestehende Regelung eines Geschlechterproporz im Rahmen der Betriebsverfassung geworfen werden. Dies empfiehlt sich nicht allein wegen der Nähe von betrieblicher und unternehmerischer Mitbestimmung, sondern auch deshalb, weil man für die Auseinandersetzung mit den vorliegenden Gesetzentwürfen für den Bereich der Besetzung von Aufsichtsräten – und zwar insbesondere mit Blick auf die Besetzung der Arbeitnehmerbank – zusätzliche „Prüfsteine“ gewinnt, wenn man die dort favorisierten Modelle gegen die „betriebsverfassungsrechtliche Lösung“ der Problematik abhebt.

I. Geschlechterproporz im Rahmen der Betriebsverfassung

Nach § 15 Abs. 2 BetrVG 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“. Mit dieser Bestimmung schreibt das BetrVG eine geschlechtsanteilige Besetzung des Betriebsrats zwingend vor. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll

¹⁶⁹ Vgl. hierzu zuletzt auch *Kraft/Redenius-Hövermann*, AG 2012, 28.

¹⁷⁰ BT-Drucks. 17/6527 v. 07.07.2011.

der Zugang von Frauen zum Betriebsrat, in dem sie i. d. R. unterrepräsentiert sind, nicht nur erleichtert, sondern auch tatsächlich durchgesetzt werden. Mit der Vorläuferregelung, die eine bloße Soll-Bestimmung darstellte, war dieses Ziel nicht erreicht worden¹⁷¹.

Die Quotenregelung in § 15 Abs. 2 BetrVG könnte man als Festschreibung einer *Mindestquote nach dem Spiegelbildprinzip* bezeichnen: Die Verhältnisse im Betriebsrat sollen die Verhältnisse in der Belegschaft des Unternehmens spiegeln. Doch ist die Quote, die sich aus diesen Verhältnissen ableiten lässt, eine Mindestquote. Eine „Überrepräsentation“ von Frauen bleibt also möglich.

§ 15 Abs. 2 BetrVG verlangt, dass das Geschlecht, das in der Belegschaft in der Minderheit ist, mindestens entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis im Betrieb vertreten sein muss. Zwar findet die Betriebsratswahl nicht nach Geschlechtern statt¹⁷², doch wird mit der Regelung eine Bestimmung über die Verteilung der Sitze nach der Wahl getroffen¹⁷³. Dabei wird die Verteilung der Sitze auf die verschiedenen Geschlechter nach den Grundsätzen der Verhältniswahl, also nach dem Höchstzahlensystem errechnet (vgl. auch § 5 WO). Die Vorschrift ist zwingend; abweichende Regelungen durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung sind ausgeschlossen¹⁷⁴. Dies schließt allerdings Abweichungen von den Verhältniszahlen im konkreten Fall nicht aus. Derartige Abweichungen können sich z. B. dann ergeben, wenn ein Geschlecht nicht genügend wählbare Vertreter hat, um die auf sie entfallenden Sitze im Betriebsrat zu besetzen, aber auch dann, wenn ein Geschlecht nicht genügend Kandidaten aufstellt oder nicht genügend Kandidaten zur Übernahme des Betriebsratsamtes bereit sind¹⁷⁵.

¹⁷¹ Vgl. nur Richardi/Thüsing, 12. Aufl. 2010, § 15 BetrVG Rn. 2. Als „sehr erfolgreich“ wird die Neuregelung bewertet von Homburg/Klebe, in: Hohmann-Dennhardt/Körner/Zimmer (Hg.), FS Pfarr, 2010, S. 209 (217).

¹⁷² Vgl. BT-Drucks. 14/5741, S. 53.

¹⁷³ Vgl. nur Richardi/Thüsing, 12. Aufl. 2010, § 15 BetrVG Rn. 11.

¹⁷⁴ Richardi/Thüsing, 12. Aufl. 2010, § 15 BetrVG Rn. 17 m. w. Nachw.

¹⁷⁵ Vgl. Richardi/Thüsing, 12. Aufl. 2010, § 15 BetrVG Rn. 18.

Das BAG hält die Vorschrift des § 15 Abs 2 BetrVG für verfassungskonform¹⁷⁶. Was die Vereinbarkeit der Vorschrift mit dem Europarecht anbelangt, so wird diese in der Lit. wohl überwiegend bejaht. Zwar zielt die Vorschrift in einem weiteren Sinne auf „Arbeitsbedingungen“ i. S. d. Richtlinie 2006/54/EG ab, doch werde nicht ein bestimmtes Geschlecht geschützt, sondern das jeweilige Geschlecht in der Minderheit. Damit erfasse § 15 Abs. 2 BetrVG aber sowohl Männer als auch Frauen¹⁷⁷. Auch Art. 157 AEUV spreche aber für die Europarechtskonformität der Vorschrift, da sich eine Regelung zur Verteilung der Sitze im Betriebsrat zwischen den Geschlechtern durchaus unter die in Art. 157 AEUV genannten Voraussetzungen subsumieren lasse¹⁷⁸.

II. Vorliegende Gesetzentwürfe

1. Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen

Die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen hat am 13. Oktober 2010 den Entwurf eines Gesetzes zur geschlechtergerechten Besetzung von Aufsichtsräten vorgelegt¹⁷⁹.

¹⁷⁶ BAG, NZA 2005, 1252; abl. etwa *Podewin*, BB 2005, 2521; *Kamanabrou*, RdA 2006, 186. Nach Auffassung des BAG verstößt § 15 Abs. 2 BetrVG weder gegen Art. 3 GG und die Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. 2. 1976 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, noch gegen Art. 9 Abs. 3 GG. Zwar bewirkten § 15 Abs. 2 BetrVG i. V. m. § 15 Abs. 5 Nr. 2 S. 1 WO „eine Einschränkung des Grundsatzes der Gleichheit der Wahl, weil die Zusammensetzung des Betriebsrats nicht ausschließlich von dem bei der Wahl erzielten Stimmenverhältnis, sondern auch vom Geschlecht der Wahlbewerber abhängt“. Die Durchsetzung der Mindestquote bei der Sitzverteilung könne, so das BAG, „zu Beeinträchtigungen des aktiven Wahlrechts führen, weil die Wählerstimmen unter Umständen nicht den gleichen Erfolgswert haben“. Außerdem könne „das passive Wahlrecht beeinträchtigt werden, weil gegebenenfalls einem Bewerber des Geschlechts in der Minderheit gegenüber einem Bewerber des Geschlechts in der Mehrheit, der eine höhere Stimmenzahl erreicht hat, der Vorrang eingeräumt werden muss“. Im Ergebnis urteilt das Gericht aber: „Diese Einschränkungen der formalen Wahlrechtsgleichheit sind jedoch im Hinblick auf die Funktion und die Aufgaben des Betriebsrats gerechtfertigt, da sie der Verwirklichung des Gleichberechtigungsgebots des Art. 3 Abs. 2 GG dienen“; näher zur Frage der Verfassungskonformität der Regelung *Richardi/Thüsing*, 12. Aufl. 2010, § 15 BetrVG Rn. 4 m. w. Nachw.

¹⁷⁷ So insbes. *Richardi/Thüsing*, 12. Aufl. 2010, § 15 BetrVG Rn. 4; zustimmend etwa *BeckOK/Besgen*, 18. Aufl., § 15 BetrVG Rn. 10.

¹⁷⁸ So *Richardi/Thüsing*, 12. Aufl. 2010, § 15 BetrVG Rn. 4; ebenso *BeckOK/Besgen*, 18. Aufl., § 15 BetrVG Rn. 10.

¹⁷⁹ BT-Drucks. 17/3296; vgl. hierzu zuletzt auch *Künast*, ZRP 2011, 11.

Nach Art. 1 Nr. 1 des Gesetzentwurfs soll § 101 AktG folgender Absatz 4 angefügt werden:

„(4) Bei der Aufsichtsratsbesetzung ist dem Ziel einer geschlechtergerechten Verteilung der Aufsichtsratsmandate Rechnung zu tragen. In Unternehmen, die

1. börsennotiert,
2. in § 96 Absatz 1 Fall 1 bis 5,
3. in § 3 Absatz 1 des SE-Beteiligungsgesetzes in Verbindung mit § 17 Absatz 1 und 2 des SE-Ausführungsgesetzes,
4. in § 3 Absatz 1 des SCE-Beteiligungsgesetzes in Verbindung mit § 15 Absatz 1 des SCE-Ausführungsgesetzes oder
5. in § 3 Absatz 1 in Verbindung mit § 24 Absatz 1 und 2 des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung genannt sind,

ist bei der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder durch die Hauptversammlung, soweit diese ohne Bindung an einen Wahlvorschlag erfolgt, eine Besetzung mit mindestens je 40 Prozent Frauen und Männern zu gewährleisten (Mindestquote). Dabei sind in den Aufsichtsrat entsandte Mitglieder auf diese Mindestquote anzurechnen.“

Art. 1 Nr. 1 trifft die für die Anteilseignerseite entscheidende Regelung. Dabei wird eine Mindestquote in Höhe von 40% für Männer und Frauen in Aufsichtsräten verbindlich festgelegt¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Zuletzt hat auch die SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag die Bundesregierung aufgefordert, einen Gesetzentwurf vorzulegen, der eine Quote für Männer und Frauen von mindestens 40% Prozent für Aufsichtsratsmandate festschreibt vgl. BT-Drucks 17/4683. Im Übrigen wird u. a. beantragt: „die Umsetzung der Quotenregelung für die Aufsichtsräte durch die Einführung einer Stichtagsregelung spätestens für das Jahr 2015 gesetzlich zu verankern, (...) festzulegen, dass für die Quotierung der Aufsichtsräte gilt, dass sowohl die Anteilseigner- wie die Arbeitnehmerseite die Quote erfüllen müssen, (...) den Geltungsbereich der gesetzlichen Regelung dahingehend zu fassen, dass neben den Aktiengesellschaften alle mitbestimmungspflichtigen Unternehmen einbezogen werden“, (...) einen Gesetzentwurf vorzulegen, der in festzulegenden Schritten die Einführung einer Quote von mindestens 40 Prozent für Vorstände [!] festschreibt und der eine Regelung trifft, dass neben dem bzw. der Vorstandsvorsitzenden jeweils ein Stellvertreter dem anderen Geschlecht angehören muss, (...) entsprechend gesetzlich zu regeln, dass neben Aufsichtsrat und Vorstand auch die großen Ausschüsse, wie z. B. Personal-, Haupt- und Präsidialausschuss, ebenfalls quotiert werden, (...) gesetzliche Sanktionsregelungen für den Fall der Nichterreichung der Quote sowohl für die Aufsichtsräte als auch für die Vorstände vorzusehen, die im Ergebnis zur Nichtigkeit der Beschlüsse der Gesellschaft führen können, aber auch dem Umstand einer schrittweisen Einführung einer Quote für Vorstände Rechnung tragen“. Die SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag hat überdies einen eigenen Gesetzentwurf erarbeitet.

Was die Arbeitnehmerseite betrifft, so bestehen insoweit bereits Quotenregelungen: Das Drittelbeteiligungsgesetz¹⁸¹, das Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft¹⁸², das Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in einer Europäischen Genossenschaft¹⁸³ und das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung¹⁸⁴ sehen in Gestalt von „Soll-Vorschriften“ vor, dass sich die Zusammensetzung des Aufsichtsrats durch Arbeitnehmervertreter nach dem zahlenmäßigen Verhältnis von Männern und Frauen im Unternehmen richtet. An die bestehenden Regelungen knüpft der Gesetzentwurf von Bündnis 90/Die Grünen an. Die entsprechenden Bestimmungen sollen von Soll-Vorschriften in zwingende Vorschriften verwandelt werden¹⁸⁵. Zugleich soll nach Art. 7 - 9 des Gesetzentwurfs in alle drei zuletzt genannten Gesetze folgender Satz eingefügt werden:

„Frauen und Männer sind entsprechend ihrem zahlenmäßigen Verhältnis zu wählen“.

§§ 7 MitbestG und § 4 MontanMitbestG soll nach dem Gesetzentwurf um folgenden Absatz ergänzt werden:

„Unter den Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer müssen Frauen und Männer entsprechend ihrem zahlenmäßigen Verhältnis im Unternehmen vertreten sein.“

Die in dem Gesetzentwurf vorgesehenen Sanktionen sind einschneidend: Nach 255a AktG neu ist „ein Beschluss des Aufsichtsrats (...) nichtig, wenn er von einem Aufsichtsrat gefasst worden ist, der unter Verstoß gegen § 101 Absatz 4

¹⁸¹ § 4 Abs. 4 DrittelbeteiligungsgG: „Unter den Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer sollen Frauen und Männer entsprechend ihrem zahlenmäßigen Verhältnis im Unternehmen vertreten sein“.

¹⁸² § 36 Abs. 3 S. 2 SEBG i. V. m. § 6 Abs. 2 S. 2 SEBG.

¹⁸³ § 36 Abs. 3 S. 2 SCE-BeteiligungsgG i. V. m. § 6 Abs. 2 S. 2 SCE-BeteiligungsgG.

¹⁸⁴ § 25 Abs. 3 S. 2 MgVG i. V. m. § 8 Abs. 2 S. 2 MgVG.

¹⁸⁵ Zugleich soll nach Art. 7 - 9 des Gesetzentwurfs in alle drei zuletzt genannten Gesetze folgender Satz eingefügt werden: „Frauen und Männer sind entsprechend ihrem zahlenmäßigen Verhältnis zu wählen“.

Satz 2 zusammengesetzt ist“¹⁸⁶. Damit geht der Gesetzentwurf der Grünen z. B. weit über die entsprechenden Regelungen in Frankreich hinaus. Hier hat der Gesetzgeber vom Eingreifen einer derartigen Sanktion bewusst abgesehen¹⁸⁷.

Nimmt man den Gesetzentwurf wörtlich, wozu zunächst einmal aller Anlass besteht, dann wäre eine Überrepräsentation von Frauen auf der Arbeitnehmerbank des Aufsichtsrats (gemessen an ihrem Anteil an der Gesamtbelegschaft) unzulässig. Dies bedeutet: Die Frauenquote auf der Arbeitnehmerbank muss stets die Verhältnisse in der Gesamtbelegschaft des Unternehmens widerspiegeln und ist somit eine *starre Quote nach dem Spiegelbild- bzw. Repräsentationsprinzip*¹⁸⁸.

Unterstrichen werden muss der Unterschied zur „betriebsverfassungsrechtlichen Lösung“ der Quotenproblematik in § 15 Abs. 2 BetrVG: Diese Vorschrift sieht, wie zuvor skizziert, vor, dass „das Geschlecht, das in der Belegschaft in der Minderheit ist, (...) mindestens entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis im Betriebsrat vertreten sein“ muss. Den Unterschied zum „Spiegelbildprinzip“ macht das Wörtchen „mindestens“ wie folgendes Beispiel veranschaulicht:

Die Gesamtbelegschaft eines Unternehmens besteht zu 30% aus Frauen und zu 70% aus Männern: Bei einer *starren Quote nach dem Spiegelbildprinzip* ist die Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat entsprechend, also zu 30% mit Frauen und zu 70% mit Männern zu besetzen. Bei Zugrundelegung einer *Mindestquote nach dem Spiegelbildprinzip* wäre diese Verteilung der Aufsichtsratsmandate unter die Arbeitnehmervertreter gesetzeskonform. Gesetzeskonform wäre indes auch jede andere Verteilung, sofern dabei sichergestellt wäre, dass die Arbeitnehmerbank zumindest zu 30% mit Frauen besetzt ist. Auch eine Besetzung mit 40% Frauen und 60% Männern entspräche somit dem Gesetz.

Ursprünglich war eine *starre Quote nach dem Spiegelbildprinzip* auch für die Besetzung des Betriebsrats vorgesehen. Der Regierungsentwurf zur Neufassung

¹⁸⁶ Näher zu den Sanktionen BT-Drucks. 14/6352, S. 7.

¹⁸⁷ Vgl. oben unter B. I. 3.

¹⁸⁸ Schwerwiegende verfassungsrechtliche Bedenken (wg. des mangelnden Einbezugs von Qualifikationserfordernissen bei *Spindler/Brandt*, NZG 2011, 401.

des § 15 BetrVG enthielt noch den Vorschlag einer Regelung, wonach „die Geschlechter (...) entsprechend ihrem zahlenmäßigen Verhältnis im Betriebsrat vertreten sein“ müssen. Erst im Lauf des weiteren Gesetzgebungsverfahrens ist diese Lösung zu Gunsten der Mindestquote für das Geschlecht in der Minderheit aufgegeben worden¹⁸⁹ und zwar aufgrund der Erwägung, die ursprünglich vorgesehene Regelung, bewirke „in den Bereichen, in denen bereits engagierte Frauen über ihren zahlenmäßigen Anteil an der Belegschaft hinaus in den Betriebsrat gewählt worden sind, dass diese Frauen künftig für eine Arbeit im Betriebsrat nicht mehr tätig sein können“¹⁹⁰.

2. Gesetzentwurf des Landes Nordrhein-Westfalen

Vor einiger Zeit hat das Land Nordrhein-Westfalen den Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern in Aufsichtsräten börsennotierter Unternehmen (FöGAbUG) vorgelegt. Dessen Kernstück besteht ebenfalls in der Festlegung einer gesetzlichen Frauenquote¹⁹¹. Nach Art. 1 des Entwurfs soll in das AktG ein neuer § 96a eingefügt werden. § 96a S. 1 AktG neu soll lauten:

„Der Aufsichtsrat börsennotierter Aktiengesellschaften setzt sich zu jeweils mindestens 30 Prozent aus Angehörigen beider Geschlechter zusammen.“

Damit ist für die Besetzung der Anteilseignerbank im Aufsichtsrat eine Quote von 30% bestimmt¹⁹².

Diese Quote würde indes auch bei der Besetzung der Arbeitnehmerbank gelten. Man kann dies als Festschreibung einer *Mindestquote nach abstrakter Vorgabe*

¹⁸⁹ BT-Drucks. 14/6352, S. 10 und S. 54; BT-Drucks. 14/5741, S. 37 zu Nr. 13.

¹⁹⁰ BT-Drucks. 14/6352, S. 10 und S. 54

¹⁹¹ BR-Drucks. 87/11 v. 11.02.2011.

¹⁹² Die Mindestquote von 30% soll am 1. Januar 2017 zur Anwendung kommen. Nach Ablauf weiterer fünf Jahre soll zum 1. Januar 2022 die zweite Stufe mit einer gesetzlichen Mindestquote von 40 % in Kraft treten.

bezeichnen: Die Quote ist eine Mindestquote, die, ohne Rücksicht auf die konkreten und individuellen Verhältnisse im Unternehmen abstrakt-generell – und somit gewissermaßen „von außen“ – vorgegeben wird.

Festgeschrieben wird diese Quote aufgrund entsprechender Änderungen der Mitbestimmungsgesetze. So sollen § 7 MitbestG, § 5a S. 1 MontanMitbestG und § 4 Abs. 4 S. 1 DrittelbG neu jeweils folgenden Wortlaut haben:

„Der Aufsichtsrat börsennotierter Gesellschaften setzt sich hinsichtlich der in § 4 Abs. 1 Satz 2 Buchstabe a und b bezeichneten Mitglieder jeweils zu mindestens 30 Prozent aus Angehörigen beider Geschlechter zusammen.“

Entsprechende Änderungen sind auch für die weiteren Mitbestimmungsgesetze vorgesehen. So soll etwa in § 36 Abs. 3 nach S. 2 folgende Sätze eingefügt werden¹⁹³:

„Für die Wahl der auf das Inland entfallenden Arbeitnehmer-Vertreter des Aufsichtsorgans einer börsennotierten SE gelten § 4 Abs. 4 Satz 1 bis 3 des Drittelbeteiligungsgesetzes entsprechend. Für die Wahl der auf das Inland entfallenden Arbeitnehmer-Vertreter des Verwaltungsorgans und der auf das Inland entfallenden Arbeitnehmer-Vertreter des Aufsichtsorgans einer nicht börsennotierten SE gilt § 6 Abs. 2 Satz 2 entsprechend.“

Statt auf (nachträgliche) Sanktionen setzt der Gesetzentwurf zur Sicherstellung der Erfüllung der gesetzlichen Mindestquote bereits unmittelbar beim Wahlakt selbst an¹⁹⁴.

Obwohl der Unterschied dieser Regelung zur *starrten Quote nach dem Spiegelbildprinzip* (Bündnis 90/Die Grünen) auf der einen und der *Mindestquote nach dem Spiegelbildprinzip* (§ 15 Abs. 2 BetrVG) auf der anderen Seite geradezu auf der Hand liegt, soll er kurz an einem Beispiel illustriert werden:

¹⁹³ Vgl. im Übr. BR-Drucks. 87/11 v. 11.02.2011, S. 7 ff.

¹⁹⁴ Zu den Einzelheiten BR-Drucks. 87/11 v. 11.02.2011, S. 2 u. 35.

Die Gesamtbelegschaft eines Unternehmens besteht zu 20% aus Frauen und zu 80% aus Männern: Nach Maßgabe einer *starrten Quote nach dem Spiegelbildprinzip* ist die Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat entsprechend, also zu 20% mit Frauen und zu 80% mit Männern zu besetzen. Bei Zugrundelegung einer *Mindestquote nach dem Spiegelbildprinzip* wäre diese Verteilung der Aufsichtsratsmandate unter den Arbeitnehmervertretern gesetzeskonform. Gesetzeskonform wäre indes auch jede andere Verteilung, sofern sichergestellt wäre, dass die Arbeitnehmerbank *zumindest* zu 20% mit Frauen besetzt ist; gesetzeskonform wäre also z. B. eine Besetzung mit 25% Frauen und 75% Männern. Bei einer *Mindestquote nach abstrakter Vorgabe* von 30% wäre nur eine Besetzung mit wenigstens 30% Frauen gesetzeskonform.

3. Gesetzentwurf

III. Bewertung

Angesichts der geschilderten Unterschiede bei der Ausgestaltung der anzuwendenden Quote stellt sich die Frage nach der Bewertung der alternativen Konzepte mit Blick auf die Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat¹⁹⁵. Diese Fragestellung weist auf die Zielsetzungen zurück, die mit gesetzlichen Initiativen zur Erhöhung des Frauenanteils in Aufsichtsräten verbunden sind.

1. Mögliche Zielsetzungen bei der gesetzlichen Festschreibung von Frauenquoten

Betrachtet man insoweit zunächst den Gesetzentwurf der Grünen, so ist festzuhalten, dass dieser v. a. mit dem Bestehen einer „Schutzpflicht“ des Gesetzgebers begründet wird. Der Staat, so heißt es in der Gesetzesbegründung, habe „verfassungsrechtlich den Handlungsauftrag, für die Förderung der Gleichberechtigung zu sorgen“. Art. 3 Abs. 2 des Grundgesetzes verlange vom Staat, „auf den Abbau gesellschaftlicher Benachteiligung der Frauen

¹⁹⁵ Vgl. hierzu auch den Bericht der Länderarbeitsgruppe „Teilhabe von Frauen in Führungs- und Kontrollgremien der Wirtschaft“, S. 173 ff.

hinzuwirken“. Darüber hinaus wird geltend gemacht, ein „höherer Frauenanteil in den Führungsetagen“ bedeute „gegenwärtig und in Zukunft einen realen Wettbewerbsvorteil für die Unternehmen“. In vielen Branchen sei der demographische Wandel schon deutlich spürbar. Mit den demographischen Veränderungen würden auch gut ausgebildete, versierte Führungskräfte zu einer knappen Ressource. Weiter heißt es in der Gesetzesbegründung: „Die aktive Nutzung des Know-how, der fachlichen Fähigkeiten und der Kreativität der gut ausgebildeten Frauen zeichnet eine kluge unternehmerische Politik aus. Eine verbindliche Mindestquote wird den Aufholprozess gegenüber den in diesem Bereich führenden Unternehmen anderer europäischer Staaten spürbar beschleunigen und für die Unternehmen planbar machen“. Schließlich geben die Initiatoren des Gesetzentwurfs zu bedenken, ein (auch) mit Frauen besetzter Aufsichtsrat werde „zu einer Verbesserung der Unternehmenskontrolle als Teil der Corporate Governance führen“. Eine „Vielfalt in den Aufsichtsräten“ sei ein Gebot besserer Unternehmensführung und -kontrolle¹⁹⁶.

Ganz ähnliche Überlegungen liegen dem Gesetzentwurf des Landes Nordrhein-Westfalen zugrunde. Insoweit findet sich etwa die Einschätzung, der derzeit zu beobachtende äußerst geringe Frauenanteil stelle eine „mit den Wertentscheidungen des Grundgesetzes nicht in Einklang zu bringende faktische Geschlechterdiskriminierung und bestehende Chancenungleichheit beim Zugang zu den höheren Ebenen des Arbeitsmarktes“ dar. Diese Erwägung weist ersichtlich Ähnlichkeiten mit der im Gesetzentwurf der Grünen enthaltenen Behauptung einer „Schutzpflicht“ des Gesetzgebers auf. Sodann heißt es im Gesetzentwurf des Landes Nordrhein-Westfalen, „die mangelnde Frauenrepräsentanz in Aufsichtsräten“ stelle sich unter „volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten (...) als Vergeudung des vorhandenen Potenzials an hochqualifiziertem weiblichem Nachwuchs[es] dar“. Auch diese Überlegung begegnet, in anderer Formulierung, im Gesetzentwurf der Grünen. Dies gilt auch für die Erwägung, „zwischen einem höheren Frauenanteil in den Führungspositionen eines Unternehmens und höherem wirtschaftlichem Erfolg“

¹⁹⁶ Drucks. 17/3296, S. 6.

bestehe ein enger Zusammenhang¹⁹⁷ sowie die Überlegung, dass „unausgewogen besetzte Führungsgremien“ auch unter dem Gesichtspunkt der Corporate Governance in Kapitalgesellschaften „tendenziell eine schlechtere Führungskultur auf[weisen] als solche, die durch eine hohe Diversität gekennzeichnet sind“¹⁹⁸.

Angesichts der (zumindest) verwandten Zielsetzungen muss es verwundern, dass die beiden Gesetzentwürfe unterschiedliche Lösungen hinsichtlich der Besetzung von Aufsichtsräten mit Frauen favorisieren. Allein schon diese Unterschiedlichkeit lässt es ratsam erscheinen, den Versuch zu unternehmen, die gesetzgeberischen Zielsetzungen zu ordnen und daraufhin zu befragen, welche Aussage sie hinsichtlich des anzustrebenden Frauenanteils enthalten. Nur auf diesem Wege lässt sich entscheiden, ob rechtspolitisch die „Spiegelbildlösung“ im Gesetzentwurf von Bündnis 90/Die Grünen oder die „Mindestquote“ im Gesetzentwurf des Landes Nordrhein-Westfalen oder gar eine „theoretisch“ ebenfalls denkbare Fortschreibung der „betriebsverfassungsrechtlichen Lösung“ auf der Unternehmensebene vorzugswürdig ist.

a) Schutz potentieller weiblicher Aufsichtsratsmitglieder

Betrachtet man die möglichen gesetzgeberischen Zielsetzungen etwas genauer, so lassen sich verschiedene Schutzrichtungen unterscheiden: Zunächst geht es bei der Forderung nach der Einführung einer gesetzlichen Quote darum, potentiellen Bewerberinnen für den Aufsichtsrat den Zugang zu diesem Gremium und damit – in den Worten der Initiatorin des Gesetzentwurfs des Landes Nordrhein-Westfalen – den „Zugang zu den höheren Ebenen des Arbeitsmarktes“¹⁹⁹ zu erleichtern. Insoweit dient die gesetzliche Quote dem

¹⁹⁷ Vgl. nur http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.366825.de/11-3-1.pdf: 29 von 906: Weiterhin kaum Frauen in Top-Gremien großer Unternehmen.

¹⁹⁸ BR-Drucks. 87/11 v. 11.02.2011, S. 17; vgl. hierzu auch Berlin Center of Corporate Governance (BCCG), DB 2010, 2786 mit seinen zehn Thesen zur Berücksichtigung von Frauen bei der Besetzung von Unternehmensorganen.

¹⁹⁹ BR-Drucks. 87/11, S. 16.

Schutz der an der Ausübung eines Aufsichtsratsmandats interessierten Frauen selbst.

b) Schutz des „Unternehmensinteresses“

Eine weitere Schutzrichtung ergibt sich aus der Überlegung, dass ein höherer Frauenanteil mit einem „höheren wirtschaftlichen Erfolg“²⁰⁰ der betreffenden Unternehmen oder doch wenigstens der Aussicht darauf verbunden sei. Insoweit zielt die Forderung nach einer Frauenquote ersichtlich nicht auf den Schutz des Interesses von Frauen am Einzug in den Aufsichtsrat, sondern auf den Schutz des „Unternehmensinteresses“.

c) Schutz von Allgemeininteressen

Wenn sich darüber hinaus in den Gesetzentwürfen beispielsweise die Überlegung findet, es gelte, „unter volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten ... eine „Vergeudung des vorhandenen Potenzials an hochqualifiziertem weiblichem Nachwuchs“ zu vermeiden, so wird damit ersichtlich der Schutz von *Allgemeininteressen* in den Vordergrund gerückt.

d) Schutz von Frauen in ihrer Gesamtheit

Zu den beschriebenen Schutzrichtungen kommt, abstrakt gesehen, noch ein weiterer Schutzzweck zu. Dieser erschließt sich, wenn man bedenkt, dass eine stärkere Beteiligung von Frauen in den Aufsichtsräten von Unternehmen positive Auswirkungen auf die generelle Stellung von Frauen im Berufsleben haben mag, etwa insofern, als diese (mittelbar) eine faktische Entgeltgleichheit in den Unternehmen fördern könnte. Diese Zielsetzung kommt zwar in den

²⁰⁰ BR-Drucks. 87/11, S. 16.

vorliegenden Gesetzentwürfen (von Bündnis 90/Die Grünen und dem Land Nordrhein-Westfalen) nicht oder allenfalls sehr unscharf zum Tragen, dürfte aber z. B. bei der Festschreibung einer Frauenquote in Frankreich sowie in Belgien²⁰¹, eine nicht unwesentliche Rolle gespielt haben²⁰². Insoweit kann man von einem *Schutz von Frauen in ihrer Gesamtheit* sprechen.

e) Schutz der im Unternehmen beschäftigten Frauen

Hinzu kommt eine weitere Schutzrichtung, die weder im einen noch dem anderen vorliegenden Gesetzentwurf angesprochen wird, dessen Erwähnung indes gerade mit Blick auf den Entwurf von Bündnis 90/Die Grünen durchaus nahe liegend gewesen wäre. Der Schutzzweck, an den insoweit gedacht wird, klingt in den Begründungen zur Einführung eines Geschlechterproporztes im Rahmen der Betriebsverfassung an. Dabei findet sich nämlich die Erwägung, dass die Festlegung einer Quote Frauen die Möglichkeit eröffne, „auf frauenspezifische Themen, wie z. B. Förderung der Gleichberechtigung, Förderung von Familie und Erwerbstätigkeit sowie Frauenförderpläne [stärker Einfluss] zu nehmen“ bzw. „auf die Berücksichtigung der spezifischen Interessen von Frauen im Betrieb hinzuwirken“. Insoweit liegt der Einführung einer Frauenquote ersichtlich die Einschätzung zugrunde, dass Mitglieder des Aufsichtsrats als Vertreter einer bestimmten Gruppe die Gewähr dafür bieten, sich für die spezifischen Interessen der von ihnen Vertretenen wirksam einzusetzen. In diesem Zusammenhang dient die Frauenquote dem *Schutz der Vertretenen*²⁰³. Insoweit ginge es also um den *Schutz der im Unternehmen beschäftigten Frauen*.

²⁰¹ Vgl. insoweit die Begründung des Gesetzentwurfs, Doc 53 0211/001, S. 6 f

²⁰² Vgl. nur *Zimmermann*, Rapport N° 2205 2205 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle, S. 17.

²⁰³ Und ggf. auch der *potenziell Vertretenen*, wenn man insoweit etwa an die evtl. Beeinflussung des Einstellungsverhaltens von Unternehmen gegenüber weiblichen Stellenbewerbern denkt.

Allerdings sei an dieser Stelle sogleich angemerkt, dass jedenfalls nicht mit Händen zu greifen ist, dass auch im Zusammenhang mit der Besetzung von Aufsichtsräten auf diesen Schutzzweck abgestellt werden kann. Denn während unmittelbar einleuchtet, dass „der Betriebsrat (...) mit den beruflichen Problemen der Frauen unmittelbar konfrontiert (ist) und (...) daher eine Schlüsselposition bei der Beseitigung von Nachteilen und Durchsetzung der Gleichstellung von Frauen und Männern ein(nimmt)²⁰⁴, ist mit Blick auf die Vertretung der Arbeitnehmerinteressen im Aufsichtsrat wesentlich weniger leicht fassbar, worin die frauenspezifischen Interessen liegen könnten, die durch Maßnahmen der Geschäftsführung²⁰⁵, deren Überwachung nach § 111 AktG dem Aufsichtsrat obliegt, berührt sein könnten. Insoweit liegen die Dinge denn auch in Deutschland wesentlich anders als dies vielfach im Ausland der Fall ist, wo Quotenregelungen jedenfalls auch am Geschäftsführungsorgan des Unternehmens (Verwaltungsrat) ansetzen. Festzuhalten ist aber immerhin, dass z. B. auch der Bereich der Personalplanung innerhalb des Unternehmens von der Pflicht zur Überprüfung der Ordnungsmäßigkeit der Leitung umfasst wird²⁰⁶. Überdies ist der Gesetzgeber etwa auch bei der Regelung in § 4 Abs. 4 DrittbG davon ausgegangen, dass im Interesse der Vertretenen eine bestimmte Besetzung des Aufsichtsrats sichergestellt werden sollte.

2. Schutzzwecke und Inhalt der Quote

Vor diesem Hintergrund bleibt die Beantwortung der Frage danach, welchen genauen Inhalt eine gesetzliche Quote unter Zugrundelegung dieser Schutzzwecke haben sollte. Stellt man dabei zunächst auf den Schutz der an einer Mitgliedschaft in einem Aufsichtsrat interessierten Frauen selbst ab (Schutz der potentiellen weiblichen Aufsichtsratsmitglieder), so ergibt sich nahezu von selbst, dass insoweit „an sich“ eine Quote von 50% gerechtfertigt erschiene.

²⁰⁴ So BT-Drucks. 14/5741, S. 37 zu Nr. 13.

²⁰⁵ Vgl. zum Begriff der Geschäftsführung statt aller *Pentz*, in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, 1. Aufl. 2006, § 16 Rn. 32.

²⁰⁶ So *Pentz*, in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, 1. Aufl. 2006, § 16 Rn. 34.

Diese Quote entspräche (in etwa) dem Anteil von Frauen an der Gesamtbevölkerung. Dementsprechend wäre es nahe liegend, zur Überwindung der „bestehende(n) Chancenungleichheit“²⁰⁷ die Beachtung eben dieser Quote zu fordern, statt die Zahl der von Frauen zu besetzenden Aufsichtsratsmandate im Umfang ihres Anteils an der Gesamtbelegschaft begrenzen. Die Frage, ob die bestehende faktische „Bewerberlage“ einen gewissen „Realitätsabschlag“ auf 30% (Nordrhein-Westfalen) erzwingt, soll an dieser Stelle einmal beiseite gelassen werden.

Auch der Schutz des „Unternehmensinteresses“ drängt auf eine Quote von 50%: Geht man einmal davon aus, dass sich Frauen und Männer hinsichtlich der „Gewichtung entscheidender Erfolgsfaktoren, z. B. fachliche Kompetenz, Teamfähigkeit, Risikobereitschaft, Authentizität und Flexibilität“ voneinander unterscheiden und somit „gemischte Gremien“ von Vorteil sind, weil sich dabei „männliche und weibliche Eigenschaften sowie Sichtweisen gewinnbringend verbinden lassen“²⁰⁸, so erscheint es nur konsequent, wenn man dabei grundsätzlich von einem „Mischungsverhältnis“ von 50:50 ausgeht²⁰⁹.

Auch eine Berücksichtigung von Allgemeininteressen ließe eine Frauenquote von 50% plausibel erscheinen. Wenn insoweit etwa beklagt wird, dass bei der Besetzung von Aufsichtsräten derzeit die „Hälfte der Bevölkerung (...) praktisch ausgeblendet wird“²¹⁰, so besteht das nahe liegende Mittel, dem abzuhelpen, darin, diese Bevölkerungshälfte in Zukunft in vollem Umfang zu berücksichtigen.

Schließlich erschiene die Festschreibung einer Quote von 50% auch unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung eines Schutzes von Frauen in ihrer Gesamtheit als außerordentlich naheliegend. Verbindet man mit einem „weiblicheren“ Aufsichtsrat z. B. die Hoffnung, dass dieser stärker in Richtung auf eine faktische

²⁰⁷ BR-Drucks. 87/11, S. 16.

²⁰⁸ So der Entwurf des Landes Nordrhein-Westfalen.

²⁰⁹ Etwas anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn sich der Nachweis erbringen ließe, dass „männliche Eigenschaften“ für den „Unternehmenserfolg“ größere Bedeutung haben als weibliche „Eigenschaften“.

²¹⁰ BR-Drucks. 87/11, S. 16.

Entgeltgleichheit drängen würde, so erscheint diese Erwartung gerade dann als gerechtfertigt, wenn sich im Aufsichtsrat Frauen und Männer grundsätzlich in gleicher Zahl gegenüberstehen.

Anders stellt sich die Sachlage nur dann dar, wenn man zusätzlich berücksichtigt, dass eine bestimmte Besetzung von Aufsichtsräten im Interesse der „Vertretenen“, also unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der im Unternehmen beschäftigten Frauen, wünschenswert sein mag. Insoweit kann es nämlich, sieht man vom Problem der Gewährleistung eines gewissen Minderheitenschutzes einmal ab, von vornherein nur um eine „verhältnismäßige“ Repräsentation gehen, also darum, dass das in der Belegschaft anzutreffende Geschlechterverhältnis im Vertretungsorgan möglichst „maßstabsgetreu“ abgebildet wird. Diesem Gedanken entspricht die Soll-Vorschrift des § 4 Abs. 4 DrittbG. Rechtsvergleichend findet man ihn in gewissem Umfang im norwegischen Recht, sofern dieses bestimmt, dass sich die Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsrat nicht notwendigerweise aus Angehörigen eines Geschlechts rekrutieren müssen, wenn dieses in der Gesamtbelegschaft des Unternehmens klar in der Minderheit ist²¹¹. Hebt man primär auf diesen Schutzzweck ab, dann erscheint es plausibel, auch im Bereich der Unternehmensmitbestimmung die „betriebsverfassungsrechtliche Lösung“ zugrunde zu legen, also grundsätzlich von einer „Spiegelung“ der zahlenmäßigen Verhältnisse im Unternehmen auszugehen, diese aber – insbesondere auch mit Blick auf die anderen beschriebenen Zielsetzungen – als „Minimum“ anzusehen.

E. Schluss

Die rechtsvergleichende Betrachtung hat gezeigt, dass mittlerweile in einer ganzen Reihe von Staaten Quotenregelungen verwirklicht wurden. Die europarechtliche Bewertung (unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Niederlassungsfreiheit) hat gezeigt, dass sich hieraus keine grundsätzlichen

²¹¹ Vgl. § 6–11a Abs. 2 S. 4 des norwegischen Gesetzes, wonach insoweit auf einen Anteil von 20% abzustellen ist.

Bedenken gegen die Festschreibung einer Quote ergeben. Die vorliegenden Gesetzesentwürfe unterscheiden sich, abgesehen vom Umfang der Quote, in ihren Vorgaben für die Besetzung der Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat. Diese alternativen Konzepte legen eine Rückbesinnung auf die gesetzgeberischen Ziele nahe.