

HSI-Working Paper Nr. 01



**Verfassungsmäßigkeit des DGB-Eckpunktepapiers
zur Durchsetzung der Geschlechterquoten im Aufsichtsrat**

Prof. Dr. Bernd Waas
Goethe-Universität Frankfurt am Main

Mai 2013

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht
Wilhelm-Leuschner-Str. 79
60329 Frankfurt am Main
www.hugo-sinzheimer-institut.de

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung: Gegenstand und Gang der Untersuchung.....	S. 3
1. Gegenstand.....	S. 3
2. Gang der Untersuchung.....	S. 3
II. Maßstäbe der verfassungsrechtlichen Prüfung.....	S. 4
III. Regelungen zur Geschlechterquote: Die Anteilseignerseite.....	S. 5
1. Vereinbarkeit mit der Eigentumsfreiheit nach Art. 14 Abs. 1 GG.....	S. 5
a) Schutz des Anteilseigentums.....	S. 6
aa) Anteilseigentum als Vermögensrecht.....	S. 7
bb) Anteilseigentum als Mitgliedschaftsrecht.....	S. 7
b) Schutz des Eigentums der Unternehmensträger.....	S. 13
2. Vereinbarkeit mit der Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG.....	S. 14
3. Vereinbarkeit mit der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG.....	S. 16
4. Vereinbarkeit mit dem Gleichberechtigungssatz des Art. 3 Abs. 2 GG.....	S. 18
5. Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG.....	S. 23
6. Vereinbarkeit mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG..	S. 23
IV. Regelungen zur Geschlechterquote: Die Arbeitnehmerseite.....	S. 24
1. Vereinbarkeit mit der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG.....	S. 24
2. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 S. 1 GG.....	S. 27
V. Schluss: Zusammenfassung.....	S. 28

I. Einleitung: Gegenstand und Gang der Untersuchung

1. Gegenstand

Der Deutsche Gewerkschaftsbund hat vor einiger Zeit „Eckpunkte für gesetzliche Regelungen zur Durchsetzung der Geschlechterquote in Aufsichtsräten“ vorgelegt. Darin wird gefordert, dass zukünftige gesetzliche Regelungen zur Durchsetzung der Geschlechterquote in Aufsichtsräten „der Komplexität der Vorschlags- und Wahlverfahren, insbesondere auf Seiten der Arbeitnehmer/innen ausdrücklich Rechnung tragen (müssen)“. Aufgrund der großen Unterschiede in den Nominierungs- und Wahlverfahren müssten „die Regelungen für die Kapitaleseite und die der Arbeitnehmer/innen getrennt betrachtet werden.“ Das gelte auch für die einzelnen Wahlverfahren der unterschiedlichen Gruppen der Arbeitnehmervertreter/innen; sie seien mit jeweils zielführenden Vorgaben für eine Geschlechterquote zu belegen. Für die Seite der Anteilseigner/innen („Kapitaleseite“) sieht das Eckpunktepapier die gesetzliche Festschreibung einer Geschlechterquote von 40% vor. Für die Seite der Arbeitnehmervertreter/innen wird im Eckpunktepapier eine differenzierte Lösung gefordert. Dabei sei, mit Blick auf die „außerbetrieblichen Gewerkschaftsvertreter/innen“, die „Geschlechterquote im Teilgremium so zu verankern, dass bei insgesamt 2 Sitzen das Minderheitengeschlecht mit einem Sitz und bei insgesamt 3 Sitzen das Minderheitengeschlecht mit mindestens einem Sitz vertreten ist. „Mit Blick auf die „betrieblichen Vertreter/innen“ soll dagegen „die Repräsentanz beider Geschlechter (...) in den Aufsichtsräten (...) an der Geschlechterverteilung im Unternehmen zu orientieren (sein)“. Die Geschlechterquote müsse insoweit „analog zu den Bestimmungen über das Minderheitengeschlecht in § 15 BetrVG und in § 5 der entsprechenden Wahlordnung (...) ein Spiegel der Beschäftigtenstruktur sein“. Im Übrigen enthält das Eckpunktepapier Forderungen zum Geltungsbereich eines zukünftigen Gesetzes (alle Unternehmen mit einem gesetzlichen Aufsichtsrat), der Umsetzungsfrist (alle Aufsichtsratswahlen, die frühestens zwei Jahre nach dem Inkrafttreten des Gesetzes stattfinden) und (wirkungsvolle) Sanktionen.

2. Gang der Untersuchung

Im Folgenden wird zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der im Eckpunktepapier vorgeschlagenen Regelungen Stellung genommen. Ausgeklammert bleiben demgegenüber Fragen des EU-Rechts (unter Einschluss der Charta der Grundrechte der Europäischen Union).¹ Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen

¹ Zur Frage der Vereinbarkeit einer Geschlechterquote mit den Grundfreiheiten aber etwa Waas, Geschlechterquoten für die Besetzung der Leitungsgremien von Unternehmen – Bewertung der aktuellen Entwürfe aus unionsrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht, 2012.

Überprüfung sollen zu Beginn die Maßstäbe der Prüfung klarer herausgearbeitet werden (II.). Im Anschluss daran ist die für die Anteilseignerseite vorgeschlagene Regelung zu überprüfen (III.), bevor dann die für die Arbeitnehmerseite ins Auge gefasste Regelung näher in den Blick genommen wird (IV.). Zum Schluss sollen die wesentlichen Ergebnisse noch einmal zusammengefasst werden (V.)

II. Maßstäbe der verfassungsrechtlichen Prüfung

Die Maßstäbe der verfassungsrechtlichen Prüfung der gesetzlichen Festschreibung einer Geschlechterquote für die Besetzung der Sitze in den Aufsichtsräten von Unternehmen bilden diejenigen Einzelgrundrechte, welche die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen und Grenzen der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bei der Einführung einer derartigen Quote markieren.

Nun begegnet man bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit einer (intendierten) gesetzlichen Regelung stets dem Problem, dass sich die Untersuchung notwendigerweise auf einer hohen Abstraktionsebene bewegt, so dass gewisse Unsicherheiten der Bewertung geradezu vorprogrammiert sind. Diese Schwierigkeiten ergeben sich auch im vorliegenden Zusammenhang. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob es nicht Wege gibt, die abstrakte Prüfung, die argumentativ eine deduktive Herangehensweise nahe legt, durch eine induktive Sicht zu ergänzen und auf diesem Wege zugleich zu einer Konkretisierung der Prüfungsmaßstäbe zu gelangen. Insoweit bietet sich im vorliegenden Zusammenhang eine Parallele zur Mitbestimmungsproblematik, genauer gesagt, zur Beurteilung der unternehmerischen Mitbestimmung durch das BVerfG, geradezu an. Denn ebenso wie die Regelungen des Mitbestimmungsgesetzes setzen auch die Regelungen zur Geschlechterquote an dem Gesellschaftsorgan „Aufsichtsrat“ an. Und ebenso wie bei den Regelungen des Mitbestimmungsgesetzes der Fall, haben die Regelungen zur Geschlechterquote erhebliche Auswirkungen auf die Freiheit der Anteilseignerseite, den Aufsichtsrat mit geeignet erscheinenden Vertretern zu besetzen. Dementsprechend stellt sich hier wie dort die Frage, wie die entsprechenden Regelungen unter dem Gesichtspunkt der verfassungsrechtlichen Eigentumsгарantie zu bewerten sind. Da die Regelungen zur Geschlechterquote darüber hinaus auch in manch anderer Hinsicht ähnliche Wirkungen entfalten wie die Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung, drängt sich ein vergleichender Blick auf die vom BVerfG in seinem Mitbestimmungsurteil getroffenen Feststellungen geradezu auf. Auf dieses Urteil wird deshalb im Folgenden immer wieder einzugehen sein.

Dabei wird keinesfalls verkannt, dass die Parallele zwischen Geschlechterquote und Mitbestimmung durchaus ihre Grenzen hat. Dies erweist sich beispielsweise daran, dass sich nur im letztgenannten, nicht aber auch im erstgenannten Fall die

Frage stellt, ob und inwieweit man eine „Fremdbestimmung“ der Anteilseignerseite verfassungsrechtlich für zulässig erachtet. Denn von einer derartigen Fremdbestimmung kann nur bei einer Verpflichtung zur Besetzung des Aufsichtsrats auch mit Vertretern der Arbeitnehmer die Rede sein, nicht aber auch bei der bloßen Verpflichtung, sowohl die „Anteilseigner-“ als auch die „Arbeitnehmerbank“ in gewissem Umfang mit Frauen zu besetzen. Dass es diese und andere Unterschiede zwischen Geschlechterquote und Unternehmensmitbestimmung gibt, ändert indes nichts am Wert einer parallelen Betrachtung, sofern man berücksichtigt, dass nicht allein das Herausarbeiten von Gemeinsamkeiten, sondern auch das von Unterschieden zu einer Präzisierung der anzulegenden Maßstäbe und damit zu einem Erkenntnisgewinn führt, weil das „Hin- und Herwandern des Blicks“ das Verständnis für die jeweilige Problematik schärft.

Man darf bei alledem nur nicht dem Missverständnis verfallen, dass die parallele Sicht auf die Problematik der Mitbestimmung auch im vorliegenden Zusammenhang das Prüfungsprogramm bestimmt. Dies ist zum einen deshalb nicht der Fall, weil die ins Auge gefassten Regelungen zur Geschlechterquote explizit auch auf die „Vorschlags- und Wahlverfahren“ auf der Arbeitnehmerseite zielen, so dass man sich insbesondere auch mit der Frage auseinandersetzen muss, ob und inwieweit die verfassungsrechtlich geschützte Koalitionsfreiheit von gesetzlichen Regelungen berührt wäre. Dies ist aber zum anderen auch deshalb nicht der Fall, weil die Regelung zur Geschlechterquote, wie keiner näheren Erläuterung bedarf, gerade bezüglich des Grundsatzes der Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art. 3 Abs. 2 GG) Probleme aufwirft, die sich mit Blick auf die Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung erkennbar von vornherein nicht stellen.

Hinsichtlich der auf die Anteilseignerseite zielenden Regelungen ergibt sich indes hinsichtlich der Maßstäbe für die verfassungsrechtliche Überprüfung ein weiterer Überschneidungsbereich. Dies zeigt sich an der nachfolgenden Untersuchung, in die denn auch nunmehr eingetreten werden soll.

III. Regelungen zur Geschlechterquote: Die Anteilseignerseite

1. Vereinbarkeit mit der Eigentumsfreiheit nach Art. 14 Abs. 1 GG

Ähnlich wie bei den Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung der Fall, ist die Einführung einer Geschlechterquote zunächst, wie eben bereits angekündigt, an der Eigentumsfreiheit des Art. 14 Abs. 1 GG zu messen.

Das BVerfG sieht in Art. 14 Abs. 1 GG ein „elementares Grundrecht“. Dabei hat es immer wieder betont, dass dieses in einem „engen inneren Zusammenhang mit der persönlichen Freiheit“ stehe. Das Gericht misst der Eigentumsfreiheit „im Gesamtgefüge der Grundrechte“ die Aufgabe zu, dem Träger des Grundrechts einen „Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich zu sichern und ihm dadurch eine eigenverantwortliche Gestaltung seines Lebens zu ermöglichen“.² Allerdings ergibt sich aus Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG eine weitreichende Befugnis des Gesetzgebers, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen. Insoweit gilt es nach der Rechtsprechung des BVerfG insbesondere auch zu beachten, dass „die Befugnis des Gesetzgebers zur Inhaltsbestimmung und Schrankenbestimmung umso weiter (ist), je mehr das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug und einer sozialen Funktion steht“.³

Mit Blick auf die gesetzliche Festschreibung einer Geschlechterquote ist die Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1 GG unter zwei Aspekten zu untersuchen: zum einen hinsichtlich der Frage, wie sich eine derartige Regelung zum verfassungsrechtlichen Schutz des Anteilseigentums verhält, und zum anderen hinsichtlich der Frage, ob der Schutz des Eigentums des Unternehmensträgers einer derartigen Regelung entgegensteht.

a) Schutz des Anteilseigentums

Den Ausgangspunkt der verfassungsrechtlichen Würdigung unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des Anteilseigentums muss die Einsicht bilden, dass auch der Anteil am Kapital eines Unternehmens verfassungsrechtlichen Schutz nach Art. 14 Abs. 1 GG genießt. Dass es sich um „gesellschaftsrechtlich vermitteltes Eigentum“ handelt,⁴ spielt insoweit keine Rolle. Dabei ist das Anteilseigentum sowohl hinsichtlich seines mitgliedschaftsrechtlichen als auch hinsichtlich seines vermögensrechtlichen Elements verfassungsrechtlich geschützt. Dies bedeutet, dass sowohl das Mitgliedschaftsrecht, das im Anteilseigentum „steckt“, als auch das durch das Mitgliedschaftsrecht „vermittelte“ Vermögensrecht verfassungsrechtlichen Schutz beanspruchen kann. Ähnlich wie dies im Mitbestimmungsurteil des BVerfG geschehen ist, ist somit hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Prüfung am Maßstab des Art. 14 Abs. 1 GG auch im vorliegenden Zusammenhang zwischen diesen beiden Elementen des Anteilseigentums zu unterscheiden.

² BVerfG, NJW 1979, 699 (702).

³ BVerfG, NJW 1979, 699 (703).

⁴ BVerfG, NJW 1979, 699 (703).

aa) Anteilseigentum als Vermögensrecht

Verhältnismäßig einfach liegen die Dinge hinsichtlich der vermögensrechtlichen Aspekte des Anteilseigentums. Insoweit hat sich das BVerfG in seinem Mitbestimmungsurteil an die Prognose des Gesetzgebers des Mitbestimmungsgesetzes gehalten, wonach nicht zu erwarten sei, dass das vermögensrechtliche Element des Anteilseigentums infolge der Einführung einer Unternehmensmitbestimmung eine wesentliche Einbuße erleiden werde. Dementsprechend konnte das Gericht in seiner Entscheidung ausdrücklich festhalten, es sei nicht davon auszugehen, dass das Mitbestimmungsgesetz „den Vermögenswert der Anteilsrechte, die Renditeaussichten der Anteilseigner oder die Kapitallenkungsfunction der Anteilsrechte in nennenswertem Umfang beschränke“.⁵

Diese Überlegungen sind auf die hier in Rede stehende Problematik ohne weiteres übertragbar. Käme der Gesetzgeber bei der Festschreibung einer Geschlechterquote zu der Einschätzung, dass diese jedenfalls ohne negative Auswirkungen auf die Rentabilität und die Dividendenpolitik der betroffenen Unternehmen bleiben werde, was hier einmal unterstellt werden soll,⁶ so spricht alles dafür, dass das BVerfG – unter Zugrundelegung dieser Prognose – die Verfassungsmäßigkeit einer derartigen Regelung bejahen würde.⁷

bb) Anteilseigentum als Mitgliedschaftsrecht

Etwas schwieriger verhält es sich hinsichtlich des mitgliedschaftsrechtlichen Elements des Anteilseigentums. Insoweit ist nämlich gar nicht zu leugnen, dass die Regelung zur Geschlechterquote die „Auswahlfreiheit“ der Anteilseigner hinsichtlich der Besetzung der ihnen zustehenden Aufsichtsratsmandate begrenzt und somit in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG eingreift. Dies enthebt den Rechtsanwender indes noch nicht von der Aufgabe den Versuch zu unternehmen, das Ausmaß des Eingriffs näher zu bestimmen. Vor allem bleibt aber die Notwendigkeit, die entscheidende Frage zu beantworten, nämlich die, ob der Eingriff einer verfassungsrechtlichen Legitimation zugänglich ist.⁸

⁵ BVerfG, NJW 1979, 699 (704).

⁶ Die Befürworter einer Quotenregelung gehen bekanntlich, umgekehrt, von einer „positiven Entwicklung betriebswirtschaftlicher Kennzahlen“ aus; so der Entwurf eines Gesetzes zur Förderung gleichberechtigter Teilhabe von Frauen und Männern in Führungsgremien (GTeilHG); BT-Drucks. 17/11139, S. 17.

⁷ Im Ergebnis wie hier *Laskowski*, in: Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hg.), *Aktionärinnen fordern Gleichberechtigung*, 2010, S. 76.

⁸ So die Gemeinsame Stellungnahme von *BDI, BDA und DIHK* zu den Gesetzentwürfen einer starren Geschlechterquote in Führungsgremien der Privatwirtschaft, S. 8 f.

Diese Zusammenhänge werden gelegentlich übersehen oder jedenfalls nicht klar genug gesehen. So ist etwa gegen eine Quotenregelung geltend gemacht worden, danach seien die Anteilseigner nicht mehr frei, allein auf „Qualifikation und Erfahrung“ abzustellen, da nunmehr die Geschlechtszugehörigkeit als „weiteres Kriterium“ zu beachten sei. Dieses Kriterium sei überdies mit den in § 100 AktG aufgeführten persönlichen Voraussetzungen für die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern nicht vergleichbar, da es, anders als diese, nicht am Ziel einer „effektiven Überwachungstätigkeit“ orientiert sei. Dieser Argumentation ist lediglich zuzugeben, dass eine Regelung zur Geschlechterquote in die „Auswahlfreiheit“ der Anteilseigner eingreift. Zurückzuweisen ist sie aber zum einen deshalb, weil das Ausmaß dieses Eingriffs erkennbar überschätzt wird – was sogleich näher dargestellt werden soll – und zum anderen auch deshalb, weil hinsichtlich der Frage nach der verfassungsrechtlichen Legitimation des Eingriffs zu Unrecht eine Rückbindung an die einfachgesetzliche Bestimmung des § 100 AktG erfolgt. Ganz abgesehen von der Frage, ob eine Geschlechterquote nicht letztlich ebenfalls im Sinne einer „effektiven Überwachungstätigkeit“ wäre, ist nämlich in keiner Weise einsichtig, weshalb der Gesetzgeber hinsichtlich von Vorschriften, welche die Zusammensetzung des Aufsichtsrats regeln, überhaupt an den Katalog des § 100 AktG bzw. die diesem Katalog zu Grunde liegenden Zwecke gebunden sein sollte. Man darf somit keinesfalls bei der Frage stehen bleiben, ob von Regelungen zur Geschlechterquote der Schutzbereich der Eigentumsfreiheit berührt wird, sondern muss stattdessen die Frage in den Vordergrund rücken, ob und inwieweit ein Eingriff angesichts der Schranken dieses Grundrechts einer „Rechtfertigung“ zugänglich ist.

Auch bei der Beantwortung der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit eines Eingriffs in die „Auswahlfreiheit“ der Anteilseigner leistet eine Anlehnung an die Überlegungen des BVerfG im Mitbestimmungsurteil hilfreiche Dienste. Allerdings darf man die Unterschiede gegenüber der hier zu behandelnden Problematik nicht aus dem Auge verlieren: Während es bei der Mitbestimmungsproblematik im Wesentlichen um die Frage ging, ob die der Gesamtheit der Anteilseigner zukommende „Herrschaftsbefugnis“ zur Wahl der Aufsichtsratsmitglieder (nahezu) „halbiert“ werden durfte,⁹ geht es bei der Bestimmung einer Geschlechterquote um nicht mehr als um eine Begrenzung der Befugnis zur Auswahl unter möglichen Kandidaten für einen Sitz im Aufsichtsrat. Nimmt man diesen Unterschied näher in den Blick, wird indes ohne weiteres deutlich, dass verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich einer Verkürzung der durch das Anteilseigentum vermittelten Rechte hier ungleich weniger schwer wiegen als dort, zumal zu der „Halbierung“ der Rechte der Anteilseigner, welche im Zusammenhang mit der unternehmerischen Mitbestimmung eintritt, noch hinzukommt, dass sich deren Vertreter im Aufsichtsrat in mitbestimmten Unternehmen gerade mit Arbeitnehmervertretern, also mit

⁹ BVerfG, NJW 1979, 699 (704).

Vertretern nicht selten diametral entgegengesetzter Interessen auseinandersetzen müssen.

Der Eindruck, dass die Festschreibung einer Geschlechterquote hinsichtlich ihrer Bewertung unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Mitgliedschaftsrechte von Anteilseignern zu weitaus geringeren Bedenken Anlass gibt als die Einführung der gesetzlichen Mitbestimmung, bestätigt sich auch bei näherem Hinsehen. Dieses zeigt nämlich, dass die den Anteilseignern zustehenden Rechte von der Fixierung einer Geschlechterquote als solche völlig unberührt bleiben. Auswirkungen ergeben sich insoweit lediglich hinsichtlich des Kreises der in Betracht kommenden Aufsichtsratsmitglieder. Während es de lege lata unbedenklich wäre, den Aufsichtsrat einer Gesellschaft ausschließlich mit Männern zu besetzen, würde eine derartige Zusammensetzung nach Inkrafttreten eines Gesetzes über eine verpflichtende Geschlechterquote ausscheiden müssen. Das im Anteilseigentum enthaltene Mitgliedschaftsrecht wird hiervon indes grundsätzlich nicht berührt. Zwar wird man annehmen müssen, dass es einem Eingriff in das Mitgliedschaftsrecht gleichkäme, wenn es Anteilseignern aufgrund von gesetzlichen Regelungen verwehrt wäre, überhaupt noch eine „sinnvolle“ Auswahl unter potentiellen Kandidaten für den Aufsichtsrat zu treffen. Insoweit könnte nichts anderes gelten, als für eine gesetzliche Regelung, die etwa darauf hinausliefe, das Recht zur Bevollmächtigung eines Dritten zu beseitigen: Ebenso wie die Privatautonomie dem Einzelnen das Recht verleiht, nach Gutdünken einen Dritten zum rechtsgeschäftlichen Stellvertreter zu bestellen, so muss es dem Anteilseigner grundsätzlich möglich sein, einen ihm genehmen Vertreter in den Aufsichtsrat zu entsenden. Davon, dass diese Befugnis berührt wäre, kann indes ersichtlich nicht die Rede sein, da ja auch nach der Fixierung eine Geschlechterquote noch immer ein denkbar weiter „Kandidatenkreis“ und in der Folge den Anteilseignern ein entsprechend großer Raum für die Ausübung ihres „Auswahlermessens“ verbliebe. Dabei ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass eine Quote von vornherein nur mittelbar auf das „Auswahlermessen“ der Anteilseigner einwirkt, da sie ja nur Regelungen für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats im Ganzen enthält und somit weit hinter Regelungen zurückbliebe, mit denen etwa die Wählbarkeit bestimmter Personengruppen zum Aufsichtsrat eingeschränkt würde.¹⁰ Mit dem letztgenannten Gesichtspunkt im Zusammenhang steht, dass das einzelne Anteilsrecht ohnehin keinen Anspruch auf die Herbeiführung eines Zustands verleiht, in dem der Aufsichtsrat oder nur ein „Teilgremium“ desselben in einer bestimmten Weise zusammengesetzt ist. So spricht denn auch das BVerfG im Mitbestimmungsurteil allein davon, dass das Gesellschaftsrecht der „Gesamtheit der Anteilseigner“ durch das Recht zur Wahl der Aufsichtsratsmitglieder eine „Herrschaftsbefugnis“ verleihe.¹¹ Das durch den einzelnen Anteil vermittelte

¹⁰ Anders als hier offenbar *Laskowski*, a.a.O., S. 77, die insoweit das „passive Wahlrecht“ männlicher Kandidaten für den Aufsichtsrat problematisiert.

¹¹ BVerfG, NJW 1979, 699 (704).

Mitgliedschaftsrecht mit einer bestimmten Zusammensetzung des Aufsichtsrats in Verbindung zu bringen, macht es aber ebenfalls erforderlich, dieses mit den Mitgliedschaftsrechten aller anderen Anteilseigner (und den Teilhaberechten der Arbeitnehmer) „zusammenzudenken“. Auch diese Überlegung zeigt, bildhaft gesprochen, das Ausmaß der „Verdünnung“ einer auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrats zielenden Regelung, wenn man diese auf die Rechtsposition des einzelnen Anteilseigners bezieht.

Nun ist allerdings zutreffend, dass Gestaltungen möglich sind, bei denen sich die Festschreibung einer Geschlechterquote durchaus fühlbar auf das Anteilseigentum auswirkt. Zu denken ist etwa an die Position eines Anteilseigners, der in einer Gesellschaft über die große Mehrzahl der Anteile verfügt. Ganz unabhängig von der Frage, wie verbreitet derartige Konstellationen nach der Auflösung der sog. „Deutschland AG“ noch sind, kann insoweit indes nichts anderes gelten als im Zusammenhang mit der Prüfung der unternehmerischen Mitbestimmung. Auch hier hat es das BVerfG aber abgelehnt, „atypische Verhältnisse“ für die verfassungsrechtliche Beurteilung prägend werden zu lassen.¹² Entgegen einer gelegentlich anzutreffenden Vorstellung¹³ kann es somit auf diese hier ebenso wenig ankommen wie dort, zumal das BVerfG im Mitbestimmungsurteil darauf bestanden hat, dass der „große Anteilseigner“ trotz seiner Einflussmöglichkeiten nicht mit einem Unternehmer-Eigentümer gleichzusetzen sei.¹⁴

Wollte man die vorstehenden Erwägungen auf einen kurzen Nenner bringen, so ließe sich sagen, dass die Beurteilung der Einführung einer Geschlechterquote für Aufsichtsräte als verfassungswidrig allein schon daran scheitert, dass das BVerfG die Einführung der gesetzlichen Mitbestimmung als verfassungsrechtlich unbedenklich eingestuft hat, die Erstere aber gegenüber der Letzteren deutlich „niederschwellig“ ist.¹⁵ Selbst wenn man hiervon einmal absieht, lässt sich die

¹² BVerfG, NJW 1979, 699 (704): „Hiervon abweichende atypische Verhältnisse rechtfertigen keine andere Beurteilung.“

¹³ Vgl. *Hirte*, a.a.O. (Fn. 11), S. 13.

¹⁴ BVerfG, NJW 1979, 699 (704): „Den vergleichsweise wenigen großen Anteilseignern gewährt das Anteilseigentum zwar die Chance, bestimmenden Einfluss auf die Geschäftspolitik des Unternehmens auszuüben. Aber die Funktion des Anteilseigentums geht insoweit wesentlich über die Aufgabe hinaus, dem Träger des Grundrechts einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich zu sichern und ihm dadurch eine eigenverantwortliche Lebensgestaltung zu ermöglichen. Hiervon abweichende atypische Verhältnisse rechtfertigen keine andere Beurteilung. Denn der grundsätzliche Unterschied gegenüber dem Unternehmer-Eigentümer, der mit seinem Eigentum unmittelbar wirkt und die volle Verantwortung trägt, bleibt auch hier bestehen.“

¹⁵ Da dies bei der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit in Wirklichkeit der entscheidende Gesichtspunkt ist, gehen auch Überlegungen ins Leere, die auf den Nachweis zielen, dass der „personale Bezug“ des Anteilseigentums vielfach stärker sei als vielfach gedacht; vgl. *Hirte*, Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Fraktion der SPD und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN eines Gesetzes zur Förderung gleichberechtigter Teilhabe von Frauen und Männern in Führungsgremien – GlTeilhG – (BT-Drucks. 17/11139) und zum Gesetzentwurf der Fraktion der SPD eines Gesetzes zur Förderung der Chancengleichheit von Männern und Frauen in Wirtschaftsunternehmen – ChGIFöG – (BT-Drucks. 17/8878) für den Deutschen Bundestag, S. 13 (insbes. mit dem Hinweis, dass sich Aktien vielfach nicht in Streubesitz befänden). Unabhängig davon, ob diese Feststellung und die ihr zu Grunde liegenden empirischen Betrachtungen zutreffen, geht dies schon deshalb fehl, weil das Ausmaß eines etwaigen „personalen Grundrechtsbezugs“ nur

Verfassungswidrigkeit einer Geschlechterquote indes nicht begründen. Dabei muss man sich nur vor Augen halten, dass sich das BVerfG bei seiner Beurteilung der Unternehmensmitbestimmung nicht zuletzt auch von der Sozialbindung bzw. der Sozialpflichtigkeit des Eigentums hat leiten lassen.¹⁶ Dieser Gedanke begegnet im Mitbestimmungsurteil in verschiedenen Zusammenhängen, so etwa dort, wo das Gericht darauf hinweist, dass Nutzung des und Verfügung über das Eigentum vielfach die „Belange anderer Rechtsgenossen berühren, die auf die Nutzung des Objekts angewiesen sind“, aber auch dort, wo das Gericht feststellt, dass es zur Nutzung des Anteilseigentums „immer der Mitwirkung der Arbeitnehmer (bedarf)“.¹⁷ Ohne dass dies hier weiter ausgeführt werden soll, ist ohne weiteres erkennbar, dass sich diese Überlegungen auch im vorliegenden Zusammenhang fruchtbar machen ließen. Denn ebenso wie sich der Gesetzgeber daran orientieren darf, dass die Nutzung von Anteilseigentum die Belange der Arbeitnehmer berührt und ihrer Mitwirkung bedarf, muss es ihm z. B. freistehen, die Nutzung des Anteilseigentums im Zusammenhang mit den Belangen und der Tätigkeit gerade der weiblichen Arbeitnehmer zu sehen und gerade dieser Verbindung durch eine entsprechende gesetzliche Regelung Rechnung zu tragen. Nicht anders als bei der Unternehmensmitbestimmung gilt somit auch hinsichtlich der Festschreibung einer Geschlechterquote für den Aufsichtsrat, dass diese geeignet ist, eine „durch den Gesetzgeber zu konkretisierende soziale Bindung des Anteilseigentums“ zu „verdeutlichen und zu verstärken“.¹⁸ Und ebenso wie dort muss auch hier gelten, dass diese soziale Bindung des Eigentums geeignet ist, einen Eingriff des Gesetzgebers in einzelne im Anteilseigentum enthaltene Mitgliedschaftsrechte verfassungsrechtlich zu legitimieren.¹⁹

Wie aus den vorangegangenen Ausführungen vollends deutlich geworden sein dürfte, stellt die hier gefundene Antwort auf die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit einer Quotenregelung stark auf eine vergleichende Betrachtung der Beurteilung der Mitbestimmung durch das BVerfG ab. Diese Parallelbetrachtung steht, wie nicht unterschlagen werden soll, in deutlichem Gegensatz zu einer im Schrifttum vertretenen Auffassung, welche den Zusammenhang von Geschlechterquote und Unternehmensmitbestimmung völlig anders sieht. Gedacht ist insoweit in erster Linie an eine Stimme aus Kreisen des Gesellschaftsrechts, wonach „bei einer weiteren Einschränkung der Wahlfreiheit für die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern bzw. die Bestellung von Vorstandmitgliedern

über die verfassungsrechtliche Dignität des Anteilseigentums entscheidet, hier aber ganz einfach zu berücksichtigen ist, dass dieses Anteilseigentum von der gesetzlichen Regelung allenfalls marginal berührt wird.

¹⁶ Allg. hierzu etwa auch *Papier*, in: Maunz/Dürig, Art. 14 GG Rn. 496 ff.

¹⁷ BVerfG, NJW 1979, 699 (705).

¹⁸ BVerfG, NJW 1979, 699 (705). Im Ergebnis wie hier *Wieland*, NJW 2010, 2408 (2409): Eine Quotenregelung, wonach ein Drittel der Mitglieder des Aufsichtsrats Männer, ein Drittel der Mitglieder des Aufsichtsrats Frauen und das restliche Drittel der Mitglieder Männer oder Frauen sein müssen, „wäre sowohl im Hinblick auf die Eigentumsgarantie als auch auf die in Betracht kommenden anderen Grundrechte verhältnismäßig“.

¹⁹ Anders, aber ohne Begründung BDA/BDI/DIHK, a.a.O. (Fn. 6), S. 9, wo der Gedanke der Sozialbindung des Eigentums überdies mit der Problematik der Bestimmung der Schranken der Staatszielbestimmung des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG vermischt wird.

[gemeint ist eine Einschränkung, die über die mit der Einführung der Unternehmensmitbestimmung verbundene Beschränkung hinausgeht], vor allem bei mitbestimmten Unternehmen die Einführung einer Geschlechterquote für Aufsichtsräte in eine verfassungswidrige Beschränkung des Eigentums umschlagen (könnte)“. Dabei werde, so heißt es weiter, die „Wahlfreiheit“ der Anteilseigner „derartig eingeschränkt, dass die Verfügung über das Eigentum im Hinblick auf Art. 14 GG nicht mehr in ausreichender Weise möglich (sei)“.²⁰ Dem ist keinesfalls zu folgen. Ganz abgesehen davon, dass es der Benennung konkreter Maßstäbe bedürfte, nach denen sich bestimmen ließe, wann sich eine verfassungsrechtlich bedenkliche Einschränkung der „Wahlfreiheit“ der Anteilseigner plötzlich in eine verfassungswidrige Beschränkung verwandelt, krankt die geschilderte Argumentation ganz grundsätzlich daran, dass sie beide gesetzliche Regelungen überhaupt auf diese „Wahlfreiheit“ bezieht. Dass dies irrig ist, zeigt sich an einer schlichten Kontrollüberlegung, bei der man unterstellt, dass der Gesetzgeber in den 70er Jahren zunächst eine Regelung zur Einführung einer Geschlechterquote für Aufsichtsräte getroffen hätte und erst heute dem Gedanken einer unternehmerischen Mitbestimmung näher treten würde. Nimmt man die auf die Beschränkung der „Wahlfreiheit“ der Anteilseigner rekurrierende Auffassung ernst, so wäre eine Regelung zur Unternehmensmitbestimmung nämlich ein für alle Mal „verbaut“, da der Gesetzgeber ja bereits eine Regelung zur Geschlechterquote getroffen hätte. Die Vorstellung, der Gesetzgeber könnte seine Gestaltungsbefugnis hinsichtlich der Unternehmensmitbestimmung durch eine Regelung über Geschlechterquoten „verbraucht“ haben – und genau hierauf läuft die geschilderte Auffassung hinaus –, ist indes, vorsichtig formuliert, schwer nachvollziehbar. Die zugrunde liegende Argumentation erscheint ungefähr so sinnvoll wie die Behauptung, eine AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht müsse ausscheiden, weil die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers ja bereits durch zahlreiche Bestimmungen des zwingenden Individualarbeitsrechts beschnitten sei. Gegen eine Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Bereich des Arbeitsrechts mag sich manches anführen lassen. Der Gesichtspunkt des Schutzes der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers ist insoweit aber jedenfalls kein geeigneter Gesichtspunkt.

Als Zwischenergebnis ist somit an dieser Stelle festzuhalten, dass eine Regelung zur Geschlechterquote den Schutz des Anteilseigentums weder unter vermögensrechtlichen noch unter mitgliedschaftsrechtlichen Aspekten verletzt.

²⁰ Hirte, a.a.O. (Fn. 10), S. 12; weniger weitgehend, aber in dieselbe Richtung Habersack, NJW-Beil. 2012, 94 (95) zu seinem Gutachten für den 69. Deutschen Juristentag in München.

b) Schutz des Eigentums der Unternehmensträger

Zu beantworten bleibt somit im Zusammenhang mit einer möglichen Verletzung der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie nur noch die Frage, wie eine Regelung zur Geschlechterquote hinsichtlich des Schutzes der vom Gesetz erfassten Unternehmensträger zu beurteilen wäre. Auch insoweit erweist sich eine Parallelbetrachtung der Problematik der Unternehmensmitbestimmung als aufschlussreich. Dabei zeigt sich nämlich rasch, dass eine Verfassungswidrigkeit unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung des Eigentums der die Unternehmen tragenden Gesellschaften ausscheiden muss.

Dies ergibt sich zunächst daraus, dass eine gesetzliche Regelung zur Geschlechterquote, ebenso wenig wie die Einführung der gesetzlichen Mitbestimmung, die Außenbeziehungen der Gesellschaften berührt. Insoweit gilt deshalb hier wie dort die Feststellung des BVerfG im Mitbestimmungsurteil, dass von der gesetzlichen Regelung die Gesellschaften „weder in der Nutzung ihres Eigentums noch in der Verfügung über ihr Eigentum betroffen (werden)“.²¹ Unter diesen Voraussetzungen kommt eine Verletzung des Eigentums von vornherein allenfalls unter dem Gesichtspunkt einer das „Innenverhältnis“ der Gesellschaften berührenden Regelung in Betracht.

Was die Problematik der Unternehmensmitbestimmung anbelangt, so hat das BVerfG diese seinerzeit nach Maßgabe einer möglichen Verletzung „durch die veränderte Regelung der inneren Organisation und des Verfahrens der Willensbildung der Gesellschaften“ bewertet.²² Insoweit ist mit Blick auf die hier vorliegende Problematik zunächst festzuhalten, dass eine Regelung zur Geschlechterquote weder die innere Organisation der betroffenen Gesellschaften noch die dort geltenden Verfahren der Willensbildung berührt. Organisation und Willensbildung bleiben vielmehr, objektiv gesehen, völlig intakt. Sie liegen überdies auch gar nicht in der Zielrichtung der gesetzlichen Regelung, da es dabei ja keinesfalls um Regelungen des Organisations- und Verfahrensrechts, sondern allein darum geht, den potentiellen Kreis der sich „in der Organisation bewegend“ und „an den Verfahren der Willensbildung teilnehmenden“ Personen zu verändern. Bei alledem ist zusätzlich zu bedenken, dass das BVerfG die Messlatte für die Bejahung einer Grundrechtsverletzung durch Regelungen des Organisations- und Verfahrensrechts im Mitbestimmungsurteil außerordentlich hoch gelegt hat. Eine Verfassungswidrigkeit der Unternehmensmitbestimmung wollte das Gericht nämlich nur dann bejahen, wenn diese „zur Funktionsunfähigkeit der Unternehmen führen würde oder wenn sie der Funktionsunfähigkeit nahekommende Zustände zur Folge hätte, etwa deswegen, weil die Willensbildung in den Unternehmen so kompliziert würde, dass Entscheidungen nicht oder kaum

²¹ BVerfG, NJW 1979, 699 (705).

²² BVerfG, NJW 1979, 699 (705).

mehr getroffen werden könnten“.²³ Dass man mit Blick auf eine Regelung zur Geschlechterquote der Bejahung einer derartigen Funktionsunfähigkeit noch viel weniger näher treten könnte, als dies schon bezüglich der Unternehmensmitbestimmung der Fall ist, bedarf indes keiner näheren Erläuterung. Hinsichtlich einer derartigen Regelung wird man nicht einmal von „faktischen Erschwerungen (...) im Vorfeld der eigentlichen Entscheidungen“ sprechen können, wie sie das BVerfG als Auswirkung der Regelung zur Unternehmensmitbestimmung durchaus gesehen hat.²⁴ Selbst wenn man aber „faktische Erschwerungen“ dieser Art auch im Zusammenhang mit der Regelung zur Geschlechterquote bejahen wollte, so käme man doch nicht an der Feststellung des BVerfG im Mitbestimmungsurteil vorbei, dass diese „im Rahmen der bei größeren Unternehmen erhöhten Sozialbindung des Eigentums (bleiben)“ und sich somit als dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit entsprechende „verfassungsrechtlich zulässige Inhaltsbestimmungen und Schrankenbestimmungen gemäß Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG (erweisen)“.²⁵ Demensprechend gilt hier wie dort, dass das Verdikt einer Verfassungswidrigkeit der entsprechenden Regelungen „spätestens“ daran scheitert, dass man sie als zulässige gesetzliche Konkretisierungen von Inhalt und Schranken des Eigentums zu betrachten hat.

2. Vereinbarkeit mit der Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG

Ebenso wie die unternehmerische Mitbestimmung, so ist auch eine Regelung zur Geschlechterquote nicht nur an der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG, sondern auch an der Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG zu messen. Die Überprüfung anhand dieses Maßstabs ist auch außerordentlich ernst zu nehmen. Denn ganz zu Recht weist das BVerfG im Mitbestimmungsurteil darauf hin, dass Art. 9 Abs. 1 GG mit dem Prinzip freier sozialer Gruppenbildung ein „konstituierendes Prinzip der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes“ (gewährleistet) und dass in diesem Prinzip der „menschenrechtliche Gehalt der Vereinigungsfreiheit und ihre Bedeutung für die Gestaltung der Gesellschaft und des Staates eng aufeinander bezogen (sind)“.²⁶

So deutlich es somit einerseits ist, dass die verfassungsrechtliche Prüfung eines Gesetzes unter dem Gesichtspunkt der Vereinigungsfreiheit mit größter Sorgfalt vorgenommen werden muss, so klar ist andererseits auch, dass Regelungen, die, wie hier der Fall, auf größere Kapitalgesellschaften zielen, unter diesem Gesichtspunkt weitaus geringeren Bedenken begegnen als dies bei anderen Vereinigungen der Fall ist. Denn die verfassungsrechtliche „Höhe“, auf der sich die

²³ BVerfG, NJW 1979, 699 (705).

²⁴ BVerfG, NJW 1979, 699 (705).

²⁵ BVerfG, NJW 1979, 699 (705).

²⁶ BVerfG, NJW 1979, 699 (705).

Vereinigungsfreiheit bewegt, wird nun gerade durch ihren „menschenrechtlichen Gehalt“ vermittelt. Dieser ist indes bei größeren Kapitalgesellschaften vergleichsweise gering. Dementsprechend hat denn auch das BVerfG im Mitbestimmungsurteil ganz zu Recht ausgeführt, dass bei derartigen Vereinigungen „das personale Element bis zur Bedeutungslosigkeit (zurücktritt)“ und dies „im Unterschied zu dem Typus der Vereinigungen, den das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit seiner Geschichte und seiner heutigen Geltung nach primär schützen“ wolle.²⁷ Auf die Begründung, die das BVerfG dafür gefunden hat, dass das „personale Element“ bei größeren Kapitalgesellschaften weitgehend ausbleibt, ist hier nicht näher einzugehen; insoweit mag der Hinweis auf die Überlegungen des Gerichts zum verbreiteten Auftreten juristischer Personen als Anteilseigner und der damit im Zusammenhang stehenden Verflechtung von Unternehmen in Konzernen genügen.²⁸ Festzuhalten ist aber in jedem Fall, dass das Gericht im Mitbestimmungsurteil ernsthafte Zweifel daran angemeldet hat, dass Art. 9 Abs. 1 GG auf größere Kapitalgesellschaften überhaupt anwendbar ist. Wollte man dies verneinen – wofür in der Tat der im Mitbestimmungsurteil enthaltene Hinweis spricht, dass bei derartigen Vereinigungen von dem in der Vereinigungsfreiheit enthaltenen Gedanken der „Assoziation selbstbestimmender Mitglieder (...) nichts oder nur wenig übrig (bleibe)“²⁹ –, müsste man die verfassungsrechtliche Prüfung einer Regelung zur Geschlechterquote bereits an dieser Stelle abbrechen.

Auch wenn man Art. 9 Abs. 1 GG grundsätzlich für anwendbar hält, kommt man indes nicht zur Verfassungswidrigkeit einer derartigen Regelung. Insoweit ist gleich zu Beginn festzuhalten, dass der Gesetzgeber durch Art. 9 Abs. 1 GG (selbstverständlich) nicht daran gehindert ist, die das Grundrecht ausgestaltenden Normenkomplexe des Vereins- und Gesellschaftsrechts gelegentlichen Veränderungen zu unterziehen. Dementsprechend heißt es denn auch im Mitbestimmungsurteil klipp und klar, aus der Notwendigkeit einer Ausgestaltung könne nicht gefolgert werden, „dass eine bestimmte bestehende Ausgestaltung Verfassungsrang (habe)“. Zwar dürfe der Gesetzgeber die Ausgestaltung nicht „nach seinem Belieben vornehmen“. Doch erkennt das Gericht eine weit reichende Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers an und zieht insoweit erst bei die Funktionsfähigkeit der Gesellschaften berührenden Regelungen eine äußere Grenze. Was Ausgestaltungen diesseits der Grenze anbelangt, so ist zwar manches unsicher: „Was „ausgestaltender gesetzlicher Regelung zugänglich und bedürftig (sei)“, lasse sich, so das Gericht, „nicht abschließend und generell festlegen“.³⁰ Bemerkenswert ist indes die Feststellung, dass „Existenz und Wirken von Kapitalgesellschaften in weit höherem Maße ausgestaltende gesetzliche

²⁷ BVerfG, NJW 1979, 699 (706).

²⁸ BVerfG, NJW 1979, 699 (706). Insoweit ist es übrigens schwer nachvollziehbar, wenn gelegentlich ausgeführt wird, gerade bei Unternehmensverbänden sei der „personale Grundrechtsbezug“ gegeben; so aber *Hirte*, a.a.O. (Fn. 11), S. 13.

²⁹ BVerfG, NJW 1979, 699 (706).

³⁰ BVerfG, NJW 1979, 699 (706).

Regelungen notwendig (machen)“ als dies etwa bei einem politischen, kulturellen oder geselligen Verein der Fall sei.³¹

Zwar sollte man sich für die Beantwortung der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit einer Regelung zur Geschlechterquote vor allzu schlichten Ableitungen aus dem Mitbestimmungsurteil hüten. Doch wird man kaum umhin können, die dort vom BVerfG getroffenen Feststellungen als „Marksteine“ für die hier zu lösenden Fragen anzusehen. Dies gilt zunächst für die Feststellung, dass die Unternehmensmitbestimmung den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 1 GG „nicht im Kern, sondern nur an der Peripherie (berühre)“³² – obwohl sie doch, ganz anders als eine Regelung zur Geschlechterquote, durchaus gewisse Fragen nach dem Ausmaß möglicher „Fremdbestimmung“ der Anteilseigner bei der Organbestellung und Willensbildung der Gesellschaften aufwirft. Dies gilt aber etwa auch für die Feststellung, dass die Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes den Belangen der „Erweiterung der Legitimation der Unternehmensleitung, Kooperation und Integration“ dienen und infolgedessen die vom Gesetzgeber gefundene Lösung von diesen getragen werde.³³ Da eine Regelung zur Geschlechterquote im Zusammenhang mit vergleichbaren Belangen stünde³⁴ – weshalb es übrigens nur sehr bedingt zutrifft, wenn man derartige Regelungen als „Fremdkörper“ qualifiziert³⁵ –, spricht alles dafür, auch hinsichtlich einer derartigen Regelung die Grenzen der Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers nicht als überschritten zu erachten. Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass eine Regelung zur Geschlechterquote auch unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Vereinigungsfreiheit keinen Bedenken begegnet.

3. Vereinbarkeit mit der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG

Zu prüfen ist weiter, ob eine Regelung zur Geschlechterquote die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der die Unternehmen tragenden Gesellschaften verletzt. Was diesen Gesichtspunkten anbelangt, so steht man nun allerdings, verfassungsdogmatisch gesehen, vor dem Problem, die wirtschaftliche

³¹ BVerfG, NJW 1979, 699 (707).

³² BVerfG, NJW 1979, 699 (707).

³³ BVerfG, NJW 1979, 699 (707).

³⁴ Vgl. nur den Entwurf GlTeilhG, a.a.O. (Fn. 6), S. 17 f., wo es u.a. heißt: „Weibliche Vorbilder in Führungspositionen schaffen Anreize, die Beschäftigungsstruktur von Frauen auf allen Unternehmensebenen anzupassen. (...) Auch aus ökonomischen Erwägungen sollte es im Interesse der Unternehmen liegen, den Frauenanteil in ihren Führungs- und Kontrollgremien zu steigern: Die ganz überwiegende Anzahl der wissenschaftlichen Studien (...), die sich mit den Auswirkungen von Diversität und der Repräsentanz von Frauen in Führungsgremien in der Wirtschaft befasst haben, hat eine Korrelation zwischen verstärkter Vielfalt, verbunden mit einem entsprechend erhöhten Frauenanteil und einer positiven Entwicklung betriebswirtschaftlicher Kennzahlen ermittelt. (...) Die tatsächliche Erreichung eines angemessenen Frauenanteils in Führungsgremien ist deswegen auch volkswirtschaftlich sinnvoll.“

³⁵ So etwa *Windbichler*, NJW 2012, 2625 (2627) im Anschluss an *Habersack*, in: Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages, Band I: Gutachten, 2012, Gutachten E („Staatliche und halbstaatliche Eingriffe in die Unternehmensführung“), S. E 34 ff., 100.

Betätigungsfreiheit in den Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG „einzufangen“. Die damit aufgeworfenen Fragen sind vielschichtig. Dies gilt v. a. deshalb, weil sich insoweit die Frage stellt, ob und inwieweit die „Unternehmerfreiheit“ als Teil der „Berufsfreiheit“ angesehen und dementsprechend in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG eingeordnet werden kann. Dies gilt aber auch deshalb, weil sich ganz generell die Frage stellt, wie die Bereiche der funktionell aufeinander bezogenen Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG im Einzelnen gegeneinander abzugrenzen sind. In seinem Mitbestimmungsurteil hat das BVerfG diese schwierige Frage ausdrücklich als nicht entscheidungserheblich, offen gelassen.³⁶ Sie braucht aber auch im vorliegenden Zusammenhang nicht beantwortet zu werden, da eine Verfassungswidrigkeit unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit ganz unabhängig von der Beantwortung dieser Zuordnungsfrage ausscheiden muss.

Mit Blick auf die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG ergibt sich die Unbedenklichkeit einer Regelung zur Geschlechterquote schlicht daraus, dass insoweit keine grundsätzlich anderen Maßstäbe gelten können, als sie für Inhaltsbestimmung und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG gelten. Dementsprechend kann man sich auch hier an die vom BVerfG im Mitbestimmungsurteil getroffene Feststellung halten, dass „die Grundrechte der Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG funktionell aufeinander bezogen sind“ und somit die verfassungsrechtliche Beurteilung, auch wenn sie sich nach den zu Art. 12 Abs. 1 GG entwickelten Regeln zu richten hat, im Prinzip keine andere sein (kann) als die zu Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG dargelegte“.³⁷ Hinzufügen ließe sich insoweit noch der Hinweis darauf, dass das BVerfG den personalen Bezug der Berufsfreiheit bei Betätigungen in Unternehmen zu Recht von vornherein als gering einschätzt. Insoweit sei nur an die Feststellung im Mitbestimmungsurteil erinnert, dass der „personale Grundzug des Grundrechts“, der „den eigentlichen Kern der Gewährleistung dieses Grundrechts“ ausmache, bei Großunternehmen „nahezu gänzlich verloren (gehe)“.³⁸ Somit ist die Regelung einer Geschlechterquote zwar, ebenso wie im Zusammenhang mit der Einführung der Unternehmensmitbestimmung der Fall,³⁹ als Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der betreffenden Gesellschaften anzusehen.⁴⁰ Doch ist dieser Eingriff angesichts der den Schranken der Eigentumsgarantie entsprechenden Schranken der Berufsfreiheit gerechtfertigt.

³⁶ BVerfG, NJW 1979, 699 (707).

³⁷ BVerfG, NJW 1979, 699 (708).

³⁸ BVerfG, NJW 1979, 699 (708).

³⁹ BVerfG, NJW 1979, 699 (708).

⁴⁰ Ebenso übrigens etwa *Spindler/Brandt*, NZG 2011, 401 (401) mit der zutreffenden Feststellung, dass sich dies nur dann bejahen ließe, wenn „dadurch die betroffene Gesellschaft wirtschaftlich nicht mehr in der Lage wäre, dem 'gewählten' Beruf nachzugehen, die Leistungsfähigkeit des Unternehmens also im Bestand gefährdet wäre“, und der gleichfalls richtigen Aussage, dass eine Berufsausübungsregelung nur „relativ geringe Anforderungen an den staatlichen Eingriff birgt“. Umso überraschender ist allerdings, dass eine Quote dann bereits daran scheitern soll, dass sie „mangels Einbezug von Qualifikationserfordernissen bereits eines legitimen Zwecks (entbehre)“, ebda., 405.

Was demgegenüber die Prüfung am Maßstab der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG anbelangt, so kann man sich hier auf den Hinweis beschränken, dass diese von vornherein nur in den Schranken der „verfassungsmäßigen Ordnung“ gewährleistet ist. Dementsprechend begegnet eine Regelung zur Geschlechterquote unter diesem Gesichtspunkt keinen Bedenken, da sich von einer derartigen Regelung ebenso wenig wie von den Regelungen der Unternehmensmitbestimmung, sagen ließe, dass sie „der Entfaltung der Unternehmerinitiative keinen angemessenen Spielraum mehr (ließe) und deshalb den Kern der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der Gesellschaft oder der Anteilseigner (berühre)“.⁴¹

4. Vereinbarkeit mit dem Gleichberechtigungssatz des Art. 3 Abs. 2 GG

Die Regelung einer Geschlechterquote wäre überdies am sog. Gleichberechtigungssatz des Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG zu messen. Insoweit muss allerdings von vornherein berücksichtigt werden, dass Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG nicht nur diesen – ein Grundrecht darstellenden – Gleichberechtigungssatz, sondern überdies – in Abs. 2 S. 2 – einen Verfassungsauftrag zur Frauenförderung enthält, wonach der Staat „die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern (fördert)“ und „auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin(wirkt)“. Unter diesen Umständen kommt eine Verletzung des Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG durch den staatlichen Gesetzgeber nämlich überhaupt nur dann in Betracht, wenn dieser mit der von ihm intendierten Regelung die Grenzen seines Auftrags zur Förderung von Frauen überschreitet.⁴² Damit ist nun allerdings die schwierige Frage aufgeworfen, wo die Grenzen des Gleichberechtigungsgebotes liegen. Zwar besteht Einigkeit, dass faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, wegen des Gleichberechtigungsgebotes durch begünstigende Regelungen ausgeglichen werden können.⁴³ Jenseits dieser Grenze gibt es indes nach derzeitigem Stand keine klaren Antworten darauf, wie weit der Gesetzgeber bei der Erfüllung seines Förderungsauftrags gehen darf.

Besonders kontrovers diskutiert wird insoweit die Konstellation, bei der der Gesetzgeber mit der intendierten Regelung auf statistische Nachweise der Unterrepräsentation von Frauen in bestimmten Bereichen antwortet.⁴⁴ Genau diese

⁴¹ BVerfG, NJW 1979, 699 (708).

⁴² Hinter dieser Fragestellung stecken schwierige verfassungsdogmatische Probleme, die hier nicht vertieft werden können. Diese ergeben sich insbesondere aus dem Umstand, dass Art. 3 Abs. 2 GG erkennbar unter die Staatszielbestimmungen zu zählen ist, so dass sich die Frage stellt, ob und inwieweit derartige Regelungen Einschränkungen von Grundrechten legitimieren können; näher hierzu *Ossenbühl*, NJW 2012, 417 (418) m.w.N.

⁴³ Vgl. nur BVerfG, NJW 1992, 964 (965): Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen.

⁴⁴ Instruktiv insoweit *Ossenbühl*, NJW 2012, 417 (420): „Als erstes setzt die Festsetzung einer Zielquote voraus, dass in den in Rede stehenden Leitungsorganen, zu denen Mitglieder gewählt werden, eine signifikante Unterrepräsentation von Frauen nachgewiesen werden kann. Dieser Nachweis dürfte leicht zu

Problematik stellt sich indes im vorliegenden Zusammenhang.⁴⁵ Nun lässt sich zwar sagen, dass die Festschreibung einer Zielquote zulässig sein muss, wenn der Gesetzgeber damit auf eine Situation reagiert, bei welcher starke Indizien dafür bestehen, dass die Chancengleichheit gewissermaßen „permanent verletzt wird“.⁴⁶ Dies kann indes bei der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit einer derartigen Regelung ersichtlich noch nicht das „letzte Wort“ sein.

Vielmehr stellen sich hinsichtlich der Bewertung einer Quote unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes noch zwei weitere Fragen. Die erste Frage geht dahin, ob die allein aus der Unterrepräsentation folgenden Indizien evtl. durch ausreichend starke Gegenindizien entkräftet werden. Und die zweite Frage geht dahin, ob die Festschreibung einer Geschlechterquote nach den Maßstäben des Verhältnismäßigkeitsprinzips als ausgewogene Reaktion des Gesetzgebers auf die festzustellende Unterrepräsentation angesehen werden kann.

Was die erste Frage anbelangt, so wird in der Diskussion immer wieder geltend gemacht, dass die Zahl weiblicher Kandidatinnen zu gering sei, als dass Aufsichtsratsmandate in ausreichender Zahl durch Frauen besetzt werden könnten.⁴⁷ Gegenüber dieser Behauptung ist indes schon in tatsächlicher Hinsicht einzuwenden, dass der „Kandidatenpool“ in Wirklichkeit wesentlich größer sein dürfte, als es bei der gegenwärtig geübten Praxis, nach welcher sich Mitglieder des Aufsichtsrats ganz überwiegend aus den Vorständen rekrutieren, den Anschein haben mag.⁴⁸ Ganz abgesehen davon ist aber zu beachten, dass hinsichtlich der Frage, ob der bestehende „Pool“ von Kandidaten eine sinnvolle Auswahl ermöglicht, ein weiter gesetzgeberischer Beurteilungsspielraum besteht. Dies schließt insbesondere auch die Frage nach der „objektiven“ Eignung weiblicher Kandidaten ein. Dementsprechend deckt der bestehende Beurteilungsspielraum auch eine Einschätzung, bei der man die Argumente, die gelegentlich vorgebracht werden, gewissermaßen umdreht: Statt zu behaupten, dass eine

führen sein. Aus diesem tatsächlichen Befund den Schluss zu ziehen, dass Frauen bei der Wahl zu den Leitungsorganen der Gesellschaften nicht dieselben Chancen haben wie Männer und deshalb benachteiligt werden, liegt generell gesehen sozusagen auf der Hand und kann als legitime Einschätzung der Realität vom Gesetzgeber zu Grunde gelegt werden.“. Dass insoweit hinsichtlich des gesetzgeberischen Ermessens etwas anderes gelten muss als bezüglich der Eignung einer Statistik als Indiz für eine geschlechtsbezogene Diskriminierung durch einen Arbeitgeber – hierzu BAG, NZA 2011, 93 –, dürfte keiner näheren Begründung bedürfen.

⁴⁵ Von einer „Strategie der Chancen während der Auswahlbeeinflussung“ spricht insoweit *Ossenbühl*, NJW 2012, 417 (419), der überdies – zu Recht – der gelegentlich zu findenden Einschätzung entgegentritt, dass hiermit nicht Chancen-, sondern Ergebnisgleichheit angestrebt werde.

⁴⁶ So *Ossenbühl*, NJW 2012, 417 (419).

⁴⁷ Vgl. insoweit nur *Redenius-Hövermann*, Zur Frauenquote im Aufsichtsrat, Institute for Law and Finance, Goethe-Universität Frankfurt a. M., Working Paper Series no. 112, S. 5.

⁴⁸ Vgl. hierzu nur *Weber-Rey*, Stellungnahme Bundestagsanhörung zur Frauenquote v. 16. Januar 2013; auch *Ossenbühl*, NJW 2012, 417 (421): „Es gibt keinen überzeugenden Grund dafür, dass sich die Auswahl auf diesen Personenkreis beschränken muss. Erweitert man den Kandidatenpool für Aufsichtsratsmandate auf andere Berufsgruppen, in denen hochqualifizierte Frauen zu finden sind, wie beispielsweise Wissenschaftlerinnen, Wirtschaftsprüferinnen, Rechtsanwältinnen, so würde das Argument, es seien nicht genügend geeignete weibliche Kandidatinnen vorhanden, um Aufsichtsratsmandate zu besetzen, zumindest erheblich relativiert.“.

Geschlechterquote die Unternehmen angesichts des begrenzten Reservoirs geeigneter weiblicher Bewerber notwendig überfordere, lässt sich (mindestens) genauso gut begründen, dass die über Jahrzehnte verstetigte Präferenz für männliche Kandidaten das Ergebnis einer (nicht einmal im „wohlverstandenen Interesse“ der Unternehmen selbst liegenden) „künstlichen“ Verengung der Bewerberprofile ist, der es durch Fixierung einer Quote entgegenzuwirken gilt.⁴⁹

Auch bei der Beurteilung der Frage, wie weit der Gesetzgeber bei seiner Reaktion gehen darf, erweist sich indes der ihm zukommende gesetzgeberische Beurteilungsspielraum als der entscheidende Gesichtspunkt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine Geschlechterquote in der Weise auf den internen Auswahlprozess einwirken soll, dass „geschlechtsspezifische Elemente bei der Auswahlentscheidung eliminiert werden, um auf diese Weise den verfassungsmäßigen Zustand der Chancengleichheit von Frauen und Männern zu erreichen und zu sichern“.⁵⁰ Nun mag man geteilter Auffassung hinsichtlich der Frage sein, ob sich eine zielführende Beeinflussung der Auswahlentscheidung nicht auch auf anderem Weg erreichen ließe. Entscheidend ist aber, dass die damit aufgeworfenen Fragen in weitem Umfang der Einschätzung und Prognose des Gesetzgebers unterliegen. Erscheinen diese angesichts der vorhandenen Fakten vertretbar, sind sie für die verfassungsrechtliche Überprüfung hinzunehmen. Insoweit kann nicht klar genug gesagt werden, dass das BVerfG immer wieder betont hat, dem Gesetzgeber komme hinsichtlich der Frage, ob bestimmte Regelungen zur Zweckerreichung geeignet seien, ein „Einschätzungs- und Prognosevorrang“ zu. Nach der Rechtsprechung des BVerfG obliegt es dem Gesetzgeber, „unter Beachtung der Sachgesetzlichkeiten zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will“. Zwar variiert das Ausmaß dieses Vorrangs. So ist der Beurteilungsspielraum bei einem Tätigwerden des Gesetzgebers zur Verhütung von Gefahren für die Allgemeinheit erst dann überschritten, wenn die Erwägungen des Gesetzgebers so „offensichtlich fehlsam“ sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für die angegriffenen gesetzgeberischen Maßnahmen sein können.⁵¹ Eine weite Einschätzungsprärogative wird vom BVerfG aber auch in anderen Zusammenhängen angenommen. So hat es etwa mit Blick auf Berufsregelungen dafür gehalten, dass der Gesetzgeber hierfür nicht nur Gemeinschaftsinteressen zum Anlass nehmen könne, die ihm „vorgegeben“ seien, sondern auch solche, die sich aus „seinen besonderen wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Vorstellungen und Zielen ergäben, die er also erst selbst in den Rang wichtiger Gemeinschaftsinteressen (erhebe)“. Das Gericht sei insoweit auf die Prüfung beschränkt, ob die öffentlichen Interessen, deren Schutz die gesetzliche Regelung

⁴⁹ Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Grünberger*, NZA-Beilage 2012, 139 (145), wonach Quotenregelungen Unternehmen dazu zwingen, „ihre Konzeptionen des Leistungsprinzips an die vielfältiger gewordene Umwelt und den dort vorhandenen legitimen Bedürfnissen anzupassen.“

⁵⁰ So *Ossenbühl*, NJW 2012, 417 (421).

⁵¹ Vgl. zuletzt etwa BVerfG, NVwZ 2011, 355 (356).

diene, überhaupt Gemeinschaftswerte von so hohem Rang darstellen könnten, dass sie eine Einschränkung der freien Berufswahl rechtfertigten. Den Anschauungen des Gesetzgebers hierüber dürfe es die Anerkennung nur versagen, wenn sie „offensichtlich fehlsam oder mit der Wertordnung des GG unvereinbar“ seien.⁵² Legt man diese Überlegungen im vorliegenden Zusammenhang zugrunde, dann wird man kaum umhin können, die Fixierung einer gesetzlichen Quote innerhalb der Schranken des gesetzgeberischen Beurteilungsspielraums zu sehen. Zwar ist der damit verbundene Eingriff beträchtlich. Insbesondere reicht er unzweifelhaft wesentlich weiter als dies bei einer von manchen befürworteten (weichen) selbstbestimmten Quote der Fall wäre⁵³ Doch führt dies allein dazu, dass an die Prognoseentscheidung des Gesetzgebers und an die ihm zukommende „Begründungslast“ in diesem Fall schärfere Anforderungen gestellt werden müssen als in jenem, beseitigt aber die ihm zukommende Einschätzungsprärogative als solche nicht.

Insoweit erweist es sich denn auch erneut als außerordentlich lohnend, einen vergleichenden Blick auf die Ausführungen des BVerfG im Mitbestimmungsurteil zu werfen. In diesem hat sich das Gericht nämlich eingehend mit den Anforderungen befasst, welche an Prognoseentscheidungen des Gesetzgebers zu stellen sind. Dabei hat es u. a. festgestellt, dass eine „Ungewissheit über die Auswirkungen eines Gesetzes in einer ungewissen Zukunft (...) nicht die Befugnis des Gesetzgebers ausschließen (können), ein Gesetz zu erlassen, auch wenn dieses von großer Tragweite sei“. Entscheidend sei, so das BVerfG, dass die Prognose des Gesetzgebers „vertretbar“ sei. Dazu heißt es dann: „Dieser Maßstab verlangt, dass der Gesetzgeber sich an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung des erreichbaren Materials orientiert hat. Er muss die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft haben, um die voraussichtlichen Auswirkungen seiner Regelung so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können und einen Verstoß gegen Verfassungsrecht zu vermeiden. Es handelt sich also eher um Anforderungen des Verfahrens. Wird diesen Genüge getan, so erfüllen sie jedoch die Voraussetzung inhaltlicher Vertretbarkeit; sie konstituieren insoweit die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, die das BVerfG bei seiner Prüfung zu beachten hat“. Bei alledem hat das BVerfG ausdrücklich anerkannt, dass sich der Gesetzgeber hinsichtlich der Regelung zur Unternehmensmitbestimmung „an dem erreichbaren Material orientiert (habe)“. In diesem Zusammenhang wird übrigens vom Gericht vermerkt, dass bezüglich von Regelungen der Mitbestimmung auf „ausländische Erfahrungen (...) nicht zurückgegriffen werden (konnte)“.⁵⁴ Dazu wäre mit Blick auf die hier vorliegende Problematik von Geschlechterquoten zu sagen, dass insoweit durchaus (weitreichende und zudem reichhaltige)

⁵² BVerfG, NJW 1961, 2011 (2012 f.): Verfassungsmäßigkeit des Befähigungsnachweises für das Handwerk.

⁵³ Um eine solche geht es bei den Ausführungen von *Ossenbühl*, NJW 2012, 417.

⁵⁴ BVerfG, NJW 1979, 699 (701).

„ausländische Erfahrungen“ vorliegen.⁵⁵ Der Rückgriff auf diese könnte somit durchaus ein probates Mittel sein, eine entsprechende gesetzgeberische Prognose gegenüber der verfassungsgerichtlichen Überprüfung zusätzlich „bestandsfest“ zu machen.

Die Weite des dem Gesetzgeber zukommenden „Einschätzungs- und Prognosevorrangs“ wird in vielen Stellungnahmen zur Problematik von Geschlechterquoten unterschätzt. Dies gilt etwa, um nur dieses eine Beispiel zu nennen, hinsichtlich des Arguments, dass es willkürlich erscheine, wenn der Gesetzgeber mit seiner Regelung unmittelbar auf das Gesellschaftsorgan „Aufsichtsrat“ ziele, statt z. B. eine „Herstellung des Geschlechtergleichgewichts im Rahmen der Ausbildung“ anzustreben.⁵⁶ Irrig an diesen Überlegungen ist bereits die unausgesprochene Prämisse, dass der Gesetzgeber zunächst versuchen müsse, Veränderungen gewissermaßen „von unten nach oben“ zu bewirken, statt auf „von oben nach unten“ wirkende Regelungen zu setzen. Um es anders auszudrücken: Wenn es nach den Beurteilungen des Gesetzgebers eine „gläserne Decke“ geben sollte, liegt es keinesfalls näher, zur Beseitigung derselben die „Hubkraft“ von Regelungen im Rahmen der Ausbildung walten zu lassen, statt die „Sogkraft“ von Regelungen zu einer geschlechtergerechten Zusammensetzung von Aufsichtsräten zu mobilisieren.⁵⁷ Mehr noch: Warum, so ließe sich fragen, sollte der Gesetzgeber darauf zurückgeworfen sein, erst abzuwarten, ob eine Reform der Ausbildung allmählich zu einer stärkeren Berücksichtigung von Frauen bei der Besetzung von Aufsichtsräten führt, und warum sollte es ihm nicht frei stehen, stattdessen unmittelbar bei diesem Gesellschaftsorgan anzusetzen? Dass Letzteres von seinem Beurteilungsermessen gedeckt ist, dürfte, auch gemessen an der aufgezeigten Alternative, unzweifelhaft sein. So mag er z. B. den Eintritt von Langzeiteffekten bei einer Umstrukturierung der Ausbildung skeptischer beurteilen als diejenigen, die dies vorschlagen (was, wie man hinzufügen muss, angesichts der geübten Praxis gut nachvollziehbar wäre). Oder er mag zur Einschätzung gelangt sein, dass objektive Fähigkeiten und Eigenschaften der möglichen Kandidaten bei der Vergabe von Aufsichtsratsmandaten von vornherein eine weitaus geringere Rolle spielen als Gegebenheiten, die weniger mit der Eignung der Kandidaten als mit dem „Kooptationscharakter“ des Auswahlverfahrens im Zusammenhang stehen. Im einen wie im anderen Fall erscheint die Fixierung einer Geschlechterquote klar vorzugswürdig, weil sie zum einen gegenüber denkbaren Alternativen ungleich wirksamer ist und weil sie zum anderen das Versprechen in sich trägt, den vom Gesetzgeber intendierten Erfolg innerhalb eines

⁵⁵ Vgl. nur *Waas* (Fn. 1), S. 6 ff.; auch *Körner*, Stellungnahme zu den Gesetzentwürfen des Bundesrates vom 31.10.2012 (GlTeilhG) sowie des Entwurfes der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 23.10.2012 und des Entwurfes der Fraktion der SPD vom 6.3.2012 zur Förderung der gleichberechtigten Teilhabe von Frauen und Männern in Führungsgremien.

⁵⁶ *Hirte*, a.a.O. (Fn. 10), S. 11.

⁵⁷ Bemerkenswert insoweit übrigens *Hirte*, a.a.O. (Fn. 10), S. 12 f., der konzediert, dass „die Dinge hier möglicherweise so liegen wie bei der Henne und dem Ei“.

überschaubaren Zeithorizonts zu bewirken, statt das Projekt der Auswahlgerechtigkeit „auf die lange Bank zu schieben“.

Zusammenfassend lässt sich an dieser Stelle sagen, dass eine Regelung zur Geschlechterquote (nicht zuletzt durch Verweis auf Erfahrungen im Ausland) in einer Weise begründbar erscheint, welche angesichts des dem Gesetzgeber zukommenden „Einschätzungs- und Prognosevorrangs“ den Vorwurf der Verfassungswidrigkeit ausschließt.⁵⁸

5. Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG

Hinsichtlich einer Regelung zur Frauenquote ließe sich auch an eine mögliche Verletzung der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG denken und zwar unter dem Gesichtspunkt einer Verkürzung der Aussichten männlicher Kandidaten auf ein Aufsichtsratsmandat.

Allerdings ist auch unter diesem Blickwinkel die Verfassungswidrigkeit der Regelung nicht zu begründen. Dies gilt unabhängig davon, ob man geneigt ist, die Mitgliedschaft in einem Aufsichtsrat als „Beruf“ i. S. d. Art. 12 Abs. 1 GG anzusehen.⁵⁹ Selbst wenn man sich nämlich hierzu durchringen wollte, würde das Verdikt der Verfassungswidrigkeit allein schon daran scheitern, dass sich für den einzelnen allenfalls eine Chance auf Eintritt in einen Aufsichtsrat eröffnet – und zwar gerade auch bei Zugrundelegung der von den Gegnern einer Quote unablässig betonten „Auswahlfreiheit“ der Anteilseigner –, keinesfalls aber ein wie immer geartetes „Recht“, in das der Gesetzgeber mit der Quotenregelung eingreifen würde.

Auch unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG ist eine Regelung zur Frauenquote somit unbedenklich.

6. Vereinbarkeit mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG

Die im Eckpunktepapier enthaltenen Forderungen zielen explizit auf mitbestimmte Unternehmen und setzen deshalb konsequenterweise an der Schwelle für das Eingreifen der Unternehmensmitbestimmung an. Damit stellt sich die Frage nach der Vereinbarkeit einer derartigen Regelung mit Art. 3 Abs. 1 GG.

⁵⁸ Mehr kann man an dieser Stelle nicht sagen, da das Eckpunktepapier selbst ja keine eigenständige Begründung für die geforderten Regelungen enthält.

⁵⁹ Vgl. in diesem Zusammenhang immerhin BVerfG, NJW 2003, 419, welche die Versagung einer Nebentätigkeitsgenehmigung zum Eintritt eines Notars in den Aufsichtsrat einer Bank als Eingriff in die Berufsfreiheit qualifiziert hat.

Diese wird man indes nicht ernsthaft verneinen können: Zunächst ist deutlich, dass gesetzgeberische Eingriffe in die „Auswahlfreiheit“ der Anteilseigner bei größeren Unternehmen (deutlich) weniger Bedenken begegnen als bei kleineren und deshalb bei diesen weitaus eher zu rechtfertigen sind als bei jenen; dass sich die Ebenen nicht „trennscharf“ voneinander scheiden lassen, ist angesichts des weiten gesetzgeberischen Ermessens und der Befugnis zur Typisierung kein relevanter Einwand, sondern für die verfassungsrechtliche Überprüfung hinzunehmen.⁶⁰ Insoweit kann übrigens im vorliegenden Zusammenhang nichts grundsätzlich anderes gelten als im Zusammenhang mit der kündigungsschutzrechtlichen Kleinbetriebsklausel in § 23 Abs. 1 KSchG. Insoweit hat das BVerfG aber verfassungsrechtliche Bedenken unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung des Gleichheitssatzes ausdrücklich zurückgewiesen und zwar u. a. mit der Erwägung, dass jede gesetzliche Regelung notwendigerweise „generalisieren“ müsse.⁶¹

Zu alledem kommt noch hinzu, dass eine Regelung zur Geschlechterquote angesichts des Bestehens einer Unternehmensmitbestimmung sowohl die Anteilseigner- als auch die Arbeitnehmerseite zu bedenken hat. Insoweit lässt sich aber ein „Auseinanderfallen“ der Gesamtregelung nur vermeiden, wenn man sich hierfür an die für die Unternehmensmitbestimmung geltende Schwelle hält. Als Ergebnis ist somit festzuhalten, dass eine Regelung zur Geschlechterquote mit Art. 3 Abs. 1 GG in Einklang stünde.

IV. Regelungen zur Geschlechterquote: Die Arbeitnehmerseite

Hinsichtlich der Arbeitnehmerseite ist von vornherein zu differenzieren und zwar zwischen den Vertretern der Gewerkschaft (IV. 1.) auf der einen und den Vertretern der Belegschaft (IV. 2.) auf der anderen Seite.

1. Vereinbarkeit mit der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG

Wie bereits eingangs ausgeführt, soll mit Blick auf die „außerbetrieblichen Gewerkschaftsvertreter/innen“, die „Geschlechterquote im Teilgremium so zu verankern“ sein, dass „bei insgesamt 2 Sitzen das Minderheitengeschlecht mit einem Sitz und bei insgesamt 3 Sitzen das Minderheitengeschlecht mit mindestens einem Sitz vertreten ist“.

⁶⁰ Anders *Hirte*, a.a.O. (Fn. 10), S. 10.

⁶¹ BVerfG, NZA 1998, 470 (473): „Mit der Festlegung der maßgeblichen Betriebsgröße durch die Zahl der dort vollbeschäftigten Arbeitnehmer hat der Gesetzgeber eine typisierende Regelung getroffen, die den dafür geltenden verfassungsrechtlichen Maßstäben genügt. Jede gesetzliche Regelung muss generalisieren. Der Gesetzgeber ist daher insbesondere bei Massenerscheinungen gezwungen, aber auch berechtigt, bei seinen Entscheidungen von dem Gesamtbild auszugehen, das sich aus den vorliegenden Erfahrungen ergibt.“; vgl. zum Ganzen zuletzt auch BAG, AP KSchG 1969 § 23 Nr. 48.

Diese Regelung zielt insbesondere auf das in §§ 7 Abs. 2 und 16 Abs. 2 MitbestG enthaltene Recht der Gewerkschaften, mit Blick auf die in § 7 Abs. 2 MitbestG angesprochenen „Vertreter von Gewerkschaften“ eigene Wahlvorschläge für einzelne Sitze im Aufsichtsrat zu machen. Dieses Recht, das erkennbar eine Befugnis zur Auswahl geeigneter Vertreter beinhaltet, soll durch die Verpflichtung zu einer nach Möglichkeit paritätischen Besetzung durch männliche und weibliche Vertreter begrenzt werden. Diese Beschränkung ist unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Verletzung der Koalitionsfreiheit zu prüfen.

Die Prüfung einer gesetzlichen Regelung am Maßstab dieses Grundrechts ist, wie man gleich zu Beginn klar sagen sollte, mit erheblichen Unsicherheiten belastet. Diese Unsicherheiten rühren v. a. daher, dass das Grundrecht der Koalitionsfreiheit einerseits (nach seinem Wortlaut) schrankenlos gewährleistet ist, es andererseits aber erkennbar einer Ausgestaltung durch gesetzliche Regelungen bedarf. Damit stellt sich nämlich die Frage, wie ein (grundsätzlich verbotener) Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts von der (erlaubten und vielfach geradezu gebotenen) Ausgestaltung des grundrechtlichen Gewährleistungsbereichs sinnvoll abgegrenzt werden kann. Diese Problematik ist zuletzt im Zusammenhang von möglichen Regelungen diskutiert worden, mit denen der vom BAG vor einiger Zeit aufgegebenen Grundsatz der Tarifeinheit⁶² wiederhergestellt werden oder den durch die Tarifpluralität hervorgerufenen Problemen in anderweitiger Weise Rechnung getragen werden könnte. Diese Fragen sollen im vorliegenden Zusammenhang nicht erneut ausgebreitet werden.⁶³ Hinzuweisen ist aber immerhin darauf, dass weder eine Analyse der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung noch eine solche der in der Literatur vertretenen Auffassungen zu Antworten führt, deren Belastbarkeit über jeden Zweifel erhaben wäre.⁶⁴

Allerdings dürfte es einer erneuten Auseinandersetzung mit der Problematik im vorliegenden Zusammenhang auch gar nicht bedürfen. Zu bedenken ist nämlich, dass vereinzelte Stimmen, wonach Art. 9 Abs. 3 GG ein „Grundrecht auf Mitbestimmung“ enthalte,⁶⁵ im Schrifttum keine breitere Gefolgschaft gefunden haben. Auch wenn man im Kern einen Grundsatz der „Koalitionsparität“ annehmen muss, so bedeutet dies nach weit überwiegender Auffassung noch nicht, dass sich hieraus eine paritätische Mitbestimmungsordnung zwangsläufig ergibt.⁶⁶ Gelangt man vor diesem Hintergrund aber zu der Erkenntnis, dass es ein

⁶² BAG AP GG Art. 9 Nr. 140.

⁶³ Vgl. aber etwa *Waas*, Der Regelungsentwurf von DGB und BDA zur Tarifeinheit – Verfassungs- und internationalrechtliche Aspekte – Gutachten im Auftrag des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht, 2011, S. 9 ff.; zum Ganzen auch *ders.* AuR 2011, 93.

⁶⁴ Vgl. zu beidem die Nachw. bei *Waas* (Fn. 63), S. 18 ff.

⁶⁵ *Däubler*, Das Grundrecht auf Mitbestimmung und seine Realisierung durch tarifvertragliche Begründung von Beteiligungsrechten 1991, S. 129 ff.; zu der – hier ausgeklammerten – europäischen Dimension der Frage *Heuschmid*, Mitentscheidung durch Arbeitnehmer – ein europäisches Grundrecht?: Die Wirkung der Grundrechte als Korrektiv der Grundfreiheiten dargestellt am Beispiel der Beteiligung der Arbeitnehmer im Unternehmen, 2009.

⁶⁶ Vgl. hierzu nur *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 9 Abs. 3 GG Rn. 289.

„verfassungsunmittelbares Recht auf Mitbestimmung“ nach Art. 9 Abs. 3 GG nicht gibt, so kommt man von dort aus fast zwangsläufig zu der weiteren Einsicht, dass Gewerkschaften (und Beschäftigte) das Recht zur Mitbestimmung nur „nach Maßgabe der geltenden Mitbestimmungsgesetze“ genießen. Insoweit wird denn auch ohne weiteres deutlich, dass eine Regelung, welche die Freiheit zur Auswahl der Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat beschränkt, ganz anders zu beurteilen ist als etwa eine Regelung, welche darauf zielte, eine bestimmte Zusammensetzung von Gewerkschaftsorganen selbst zu bewirken. Während Letztere unzweifelhaft als (denkbar schwerer) Eingriff in die Organisationsfreiheit der Gewerkschaft und somit (ohne weiteres) als verfassungswidrig zu bewerten wäre, kann sich eine Gewerkschaft mit Blick auf die Erstere von vornherein nicht auf ihre interne Verbandsautonomie berufen.

Dies bedeutet nun allerdings nicht, dass der Gesetzgeber frei wäre, den Gewerkschaften die ihnen im Rahmen der Unternehmensmitbestimmung zugewiesene Stellung nach Belieben zu entziehen. Insoweit kann nämlich *ceteribus paribus* nichts anderes gelten als das im Zusammenhang mit der Prüfung des Art. 9 Abs. 1 GG zur Ausgestaltung dieses Grundrechts durch die Normenkomplexe des Vereins- und Gesellschaftsrecht Gesagte. Denn ebenso wie dort zu beachten ist, dass der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des einfachen Rechts stets das Schutzgut des Art. 9 Abs. 1 GG berücksichtigen und somit, in den Worten des BVerfG gesprochen, „freie Assoziation und Selbstbestimmung der Vereinigung“ auf der einen und die „Notwendigkeiten eines geordneten Vereinslebens“ sowie die „schutzbedürftigen sonstigen Belange“ zu einem Ausgleich bringen muss,⁶⁷ so ist auch im vorliegenden Zusammenhang Art. 9 Abs. 3 GG zu beachten und ein Ausgleich mit diesem Grundrecht herbeizuführen. Für die Frage, ob der Gesetzgeber diesen Ausgleich in einer verfassungskonformen Weise vorgenommen hat, ist das Ergebnis damit indes geradezu vorprogrammiert. Denn wenn man sich der hier vertretenen Auffassung anschließt, wonach eine Geschlechterquote von 40% auf der Anteilseignerseite als eine verfassungskonforme Ausgestaltung des Art. 9 Abs. 1 GG anzusehen ist – und dies war in der Tat das Ergebnis der entsprechenden Prüfung –, dann kann für eine Regelung, welche sich so weit wie möglich an dieser Quote orientiert (ohne ihr angesichts der begrenzten Zahl der den Gewerkschaften vorbehaltenen Sitze ganz entsprechen zu können),⁶⁸ nur als verfassungskonforme Ausgestaltung des Art. 9 Abs. 3 GG anzusehen sein.

⁶⁷ BVerfG, NJW 1979, 699 (706).

⁶⁸ Letzteres ist so offensichtlich, dass es hier nicht vertieft werden muss.

2. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 S. 1 GG

Mit Blick auf die „betrieblichen Vertreter/innen“ sieht das Eckpunktepapier vor, dass „die Repräsentanz beider Geschlechter in den Reihen der betrieblichen Vertreter/innen in den Aufsichtsräten (...) an der Geschlechterverteilung im Unternehmen zu orientieren (sei)“. Diese Regelung ist an Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG zu messen. Dabei erweist sich indes rasch, dass sie einer Überprüfung nach den Maßstäben dieses Grundrechts ohne weiteres Stand hält. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Regelung denkbar eng an § 15 Abs. 2 BetrVG angelehnt ist (wobei, anders als in § 15 Abs. 2 BetrVG, das Wörtchen „mindestens“ fehlt). Dass dies auch durchaus gewollt ist, zeigt zusätzlich die Forderung, dass die im Unternehmen zu beachtende Geschlechterquote „analog zu den Bestimmungen über das Minderheitengeschlecht in § 15 BetrVG und in § 5 der entsprechenden Wahlordnung (...) ein Spiegel der Beschäftigtenstruktur sein (müsse)“. Vor diesem Hintergrund kann für die intendierte Regelung im Bereich der Besetzung von Aufsichtsräten nichts anderes gelten als für die Vorschrift des § 15 Abs. 2 BetrVG im Bereich der betrieblichen Mitbestimmung.

Für die Regelung in § 15 Abs. 2 BetrVG hat nun aber das BAG in einer ausführlich begründeten Entscheidung festgestellt, dass die dort enthaltenen Regelungen „keinen unverhältnismäßigen Eingriff in den aus Art. 3 Abs. 1 GG folgenden Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit (bewirken)“.⁶⁹ Zwar könnten sie, so das Gericht, „zu einem Eingriff sowohl in das aktive als auch in das passive Wahlrecht führen, weil die Wählerstimmen u. U. nicht den gleichen Erfolgswert (hätten) und gegebenenfalls einem Bewerber des Geschlechts in der Minderheit der Vorrang gegenüber einem Bewerber des Geschlechts in der Mehrheit mit einer höheren Stimmenzahl eingeräumt werden (müsse)“. Dieser Eingriff in die Wahlrechtsgleichheit sei jedoch durch das „Gleichberechtigungsgebot“ des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG gerechtfertigt. Diese Entscheidung hat in der Literatur weit überwiegend Zustimmung gefunden⁷⁰ und zwar ganz zu Recht, weil sie sich als Ergebnis einer an dem Fördergebot des Art. 3 Abs. 2 GG orientierten Auslegung des Art. 3 Abs. 1 GG darstellt und zugleich den Erfordernissen des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips Rechnung trägt.

Die intendierte Regelung steht somit mit Art. 3 Abs. 1 in Einklang.

⁶⁹ BAG AP BetrVG 1972 § 15 Nr. 3 = RdA 2006, 186 m. abl. Anm. *Kamanabrou*.

⁷⁰ Vgl. nur GK-BetrVG/*Kreutz* § 15 Rn. 16 m.w.N.; vgl. auch *Waas*, a.a.O. (Fn. 41), S. 45.

V. Schluss: Zusammenfassung

Eine Regelung zur Geschlechterquote wäre in verfassungsrechtlicher Hinsicht an den einschlägigen Einzelgrundrechten zu messen.

Dabei zeigt nicht zuletzt eine Parallelbetrachtung der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Mitbestimmung, dass eine derartige Regelung auf der Anteilseignerseite weder nach Art. 14 Abs. 1 GG (*Eigentumsfreiheit*), noch nach Art. 9 Abs. 1 (*Vereinigungsfreiheit*), Art. 12 Abs. 1 u. 2 Abs. 1 GG (*wirtschaftliche Betätigungsfreiheit*), Art. 3 Abs. 2 GG (*Gleichberechtigungssatz*), Art. 12 Abs. 1 (*Berufsfreiheit*) oder Art. 3 Abs. 1 GG (*Gleichbehandlungsgrundsatz*) verfassungsrechtlich bedenklich wäre.

Auch mit Blick auf die Arbeitnehmerseite ergeben sich jedoch keine verfassungsrechtlichen Bedenken und zwar weder aus Art. 9 Abs. 3 GG (*Koalitionsfreiheit*) noch aus Art. 3 Abs. 2 (*Gleichberechtigungssatz*).⁷¹

⁷¹ Im Ergebnis ebenso die Begründung des Gesetzesantrags der Freien und Hansestadt Hamburg – Entwurf eines Gesetzes zur Förderung gleichberechtigter Teilhabe von Frauen und Männern in Führungsgremien, BRat-Drucks. 330/12 v. 29.05.2012, S. 21 ff.