

Geschlecht und Kapitalgesellschaft

Konstantin Suttner*

Die Förderung der Gleichstellung der Geschlechter zählt zu den wichtigsten gesellschaftspolitischen Herausforderungen unserer Zeit. Die Vereinten Nationen haben das Anliegen der *Gender Equality* in die Liste ihrer 17 *Sustainable Development Goals* (SDG n° 5) aufgenommen.¹ Zwar schreitet die geschlechtliche Gleichstellung in den westlichen Gesellschaften kontinuierlich, wenn auch langsam voran. In Deutschland liegt der Frauenanteil unter den Erwerbstätigen heute bei 46,8 %, ² unter den Hochschulabsolventen³ sogar bei 52,9 %.⁴ Gleichwohl sind Frauen nicht nur überrepräsentiert in Berufen mit niedrigerem Lohnniveau (*horizontale Segregation des Arbeitsmarkts*), sondern auch deutlich unterrepräsentiert in Führungspositionen (*vertikale Segregation des Arbeitsmarkts*).⁵ In ganz besonderem Maße zeigt sich dies an der Zusammensetzung der Führungsetagen großer Kapitalgesellschaften.⁶ Im Herbst 2022 waren die Vorstände der 200 umsatzstärksten

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität München und ist studentische Hilfskraft am dortigen Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht und Privatrechtstheorie (*Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit*). Er dankt der Herausgeberin *Prof. Dr. Bettina Rentsch* für wertvolle Anmerkungen.

1 *United Nations*, Goal 5: Achieve gender equality and empower all women and girls, <https://sdgs.un.org/goals/goal5> (aufgerufen am 11. August 2023).

2 Vgl. die Daten des Statistischen Bundesamtes für das Jahr 2021, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Qualitaet-Arbeit/Dimension-1/teilhabe-frauen-erwerbsleben.html> (aufgerufen am 14. April 2023).

3 Wird im Text zugunsten der besseren Lesbarkeit das generische Maskulinum verwendet, so sind immer alle Geschlechter gemeint.

4 Vgl. die Daten des Statistischen Bundesamtes für das Jahr 2021, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bildung-Forschung-Kultur/Hochschulen/Tabelle/n/frauenanteile-akademischelaufbahn.html> (aufgerufen am 14. April 2023).

5 *D. Liebscher*, Erwerbsarbeit - abhängige Beschäftigung in der außerhäuslichen Sphäre, in: *L. Foljanty/U. Lembke* (Hrsg.), *Feministische Rechtswissenschaft*, S. 149 (150 f.).

6 Die Diskussion über die Unterrepräsentation von Frauen in Leitungsgremien von Kapitalgesellschaften ist keineswegs ein Thema der jüngeren Vergangenheit, sondern reicht zurück bis in die 1940er-Jahre, *S. C. Haas*, *Corporate Governance and the Feminization of Capital*, *Stanford Law Journal* 74 (2022), 515 (561).

deutschen Unternehmen lediglich zu 15,6% mit Frauen besetzt, in den Aufsichtsräten betrug der Frauenanteil immerhin 30,9%.⁷

In den Vorständen und Aufsichtsräten großer deutscher Kapitalgesellschaften ist ein Aufwärtstrend zu beobachten, der unter anderem auf eine zunehmende Regulierung mit den Mitteln des Gesellschaftsrechts zurückzuführen ist. Zu den seit Jahren bestehenden diversitätsfördernden Regulierungsangeboten durch *soft law* und der 2015 verabschiedeten Geschlechterquote für den *Aufsichtsrat* im Rahmen des Ersten Führungspositionengesetzes⁸ (FüPoG I) tritt seit 2021 eine Quote auch für die *Vorstände* ausgewählter Kapitalgesellschaften in Gestalt des Zweiten Führungspositionengesetzes (FüPoG II).⁹ Die FüPoGe stehen insofern exemplarisch für eine zunehmende Implementierung gesellschaftspolitischer Belange in das Gesellschaftsrecht.

Dieser Beitrag verschafft zunächst einen Überblick über die Entwicklungslinien diversitätsfördernder Regulierung in Deutschland (A.). Anschließend werden verschiedene Aspekte des Diskurses über die Legitimation staatlich regulierter Diversitätsförderung einer Analyse zugeführt. Der Gesetzgeber beruft sich auf einen unternehmensspezifischen Nutzen divers besetzter Leitungsgremien (B.I.), auf den verfassungsrechtlichen Gleichstellungsauftrag (B.II.), sowie das zugrundeliegende gesellschaftspolitische Projekt (B.III.). Die Motive des Gesetzgebers geben Anlass, den ökonomischen und verhaltenswissenschaftlichen, den verfassungsrechtlichen sowie den gesellschaftswissenschaftlichen Diskurs der gesellschaftsrechtlichen Geschlechterquoten näher in den Blick zu nehmen, um das Thema anschließend in den übergreifenden Kontext gesellschaftspolitisch motivierter Regulierung im Gesellschaftsrecht einzuordnen (C.).

A. Regulierungstendenzen

In Deutschland wie in anderen europäischen Staaten ist das Anliegen der Geschlechtergleichstellung in Führungspositionen in jüngerer Zeit Gegen-

7 A. Kirsch/V. Sondergeld /K. Wrohlich, DIW-Wochenbericht 3+4/2023, S. 23.

8 Gesetz über die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst, BGBl. 2015-I, S. 642 ff.

9 Gesetz zur Ergänzung und Änderung der Regelungen für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst, BGBl. 2021-I, S. 3311 ff.

stand einer immer intensiveren staatlichen Regulierung,¹⁰ deren Entwicklung im Folgenden im Überblick dargestellt wird.¹¹

I. Regulierte Selbstregulierung

Das Anliegen der Geschlechterdiversität in Führungsgremien war in Deutschland vor Einführung der FüPoGe primär Gegenstand *regulierter Selbstregulierung*.¹² Das Herzstück der deutschen Corporate Governance, der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK), hat keine Gesetzesqualität, sondern enthält lediglich *soft law* in Gestalt von Grundsätzen, Empfehlungen und Anregungen („*Code of Best Practice*“).¹³ Bereits 2009 empfahl der DCGK, bei der Zusammensetzung des Vorstands¹⁴ und des Aufsichtsrats¹⁵ auf Vielfalt (*Diversity*) zu achten. Der DCGK 2010 erweiterte die Diversitätsempfehlung unter besonderer Betonung einer angemessenen Berücksichtigung von Frauen allgemein auf „Führungsfunktionen im Un-

10 Zum Regulierungsbegriff A. Hellgardt, *Regulierung und Privatrecht*, Tübingen 2016, S. 50 („Einsatz von Recht als staatliches Instrument mit einer über den Einzelfall hinausreichenden Steuerungsentention, die auf die Implementierung politischer Allgemeinwohlziele gerichtet ist“).

11 Kapitalgesellschaftsrechtliche Quotenregelungen existieren heute nicht nur in Deutschland, sondern in unterschiedlichen Ausprägungen auch in Norwegen, Spanien, Italien, Österreich, Belgien, Frankreich, Portugal und den Niederlanden, Überblick bei L. Schwarz, *Geschlechterquote und Zielgrößenfestlegung in Kapitalgesellschaften*, Baden-Baden 2020, S. 26 ff.; C. Teichmann/C. Langes, *Frauenquoten in Deutschland und Europa*, EWS 2013, 175 (177 f.). Schweden und Finnland setzen hingegen auf selbstbestimmte, durch Corporate-Governance-Kodizes bewirkte Diversitätsförderung anstatt gesetzlicher Quotenregelungen, A. Frost/L. Linnainmaa, *Corporate Governance: Frauen im Aufsichtsrat – Können wir von unseren skandinavischen Nachbarn lernen?*, AG 2007, 601 (606 f.). In den USA wird vor allem durch private Akteure, insbesondere institutionelle Investoren der Versuch unternommen, *Board Diversity* auf privatwirtschaftlichem Wege voranzutreiben, B. Rentsch, *Board Diversity als Zukunftsaufgabe der Corporate Governance*, ZGR 2022, 107 (128 ff.). Einzig im Bundesstaat Kalifornien gibt es derzeit eine kapitalgesellschaftsrechtliche Geschlechterquote, C. M. Bruner, *Corporate Governance Reform and the Sustainability Imperative*, Yale Law Journal 131 (2022), 1217 (1259 f.).

12 Zum Begriff näher M. Eifert, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 3. Aufl. 2022, § 19 Rn. 52 ff.

13 H. C. Grigoleit/M. Zellner, in H. C. Grigoleit (Hrsg.), *AktG*, 2. Aufl., München 2020, § 161 Rn. 4.

14 DCGK 2009 Ziff. 5.1.2.

15 DCGK 2009 Ziff. 5.4.1.

ternehmen“.¹⁶ Seit 2020 empfiehlt der DCGK jeweils gesondert, bei der Besetzung des Vorstandes, des Aufsichtsrats und nachgeordneter Führungsebenen auf Diversität zu achten.¹⁷ Auf ausgewogene Geschlechterverhältnisse wird dabei nur noch in Form eines Hinweises auf die gesetzlichen Geschlechterquoten Bezug genommen.¹⁸ Den Empfehlungen des DCGK wird über die Vorschrift des § 161 Abs. 1 AktG in eingeschränktem Maße rechtliche Relevanz verliehen. Börsennotierte und kapitalmarktorientierte Unternehmen sind verpflichtet, jährlich eine Entsprechenserklärung zu den Empfehlungen des Kodex abzugeben und bei Nichtentsprechung die Gründe der Abweichung darzulegen (*comply or explain*).¹⁹

Diversität durch regulierte Selbstregulierung scheint sich auf den ersten Blick bewährt zu haben: Die Befolgungsquote zu der Diversitätsempfehlung des DCGK betrug im Jahr 2014 unter den DAX 30-Unternehmen 100 % in Bezug auf den Vorstand und 95,7 % in Bezug auf den Aufsichtsrat.²⁰ Gleichwohl konnte sie den Frauenanteil bis 2015 lediglich auf einen Anteil von 8,38 % im Vorstand und 12,1 % im Aufsichtsrat steigern.²¹

II. Staatliche Regulierung

Die verhaltenen Erfolge der Diversitätsförderung durch *soft law* bewegten den deutschen Gesetzgeber nach jahrzehntelang geführter hitziger Diskussion schließlich zu einer intensiveren Regulierungsstrategie. Das FöPoG I (1.) und das FöPoG II (2.) sind „staatliche Regulierung *par excellence*“.²² Die FöPoGe lassen sich als *proaktives Nichtdiskriminierungsrecht* typisieren.²³

16 DCGK 2010 Ziff. 4.1.5.

17 DCGK 2022 A.2, B.1, C.1.

18 DCGK 2022 Grundsätze 9, 11.

19 Grigoleit/Zellner (Fn. 13), § 161 Rn. 6.

20 A. von Werder/J. Turkali, Corporate Governance Report 2015: Kodexakzeptanz und Kodexanwendung, DB 2015, 1357 (1362).

21 FidAR, WoB-Index 2015-I, 17, 21.

22 M. Grünberger, Geschlechtergerechtigkeit im Wettbewerb der Regulierungsmodelle, RW 2012, 1 (2).

23 Systematisierung bei J. Croon-Gestefeld, Gemeininteressen im Privatrecht, Tübingen 2022, S. 210 f.; S. Fredman, Discrimination Law, 2. Aufl., Oxford 2010, S. 125 f.; A. K. Mangold, Demokratische Inklusion durch Recht, Tübingen 2021, S. 230 f.; U. Sacks-ofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl., Baden-Baden 1996, S. 201; Synonym werden die Begriffe der *positiven Maßnahme* oder der *affirmative action* verwendet, M. Schuler-Harms, Positive Maßnahmen, in: A. K. Mangold/M. Payandeh

Sie zielen nicht auf die Sanktionierung diskriminierenden Verhaltens der Vergangenheit (*reaktives Nichtdiskriminierungsrecht*), sondern bezwecken vielmehr, Frauen als „in der Vergangenheit schwerwiegend benachteiligte Gruppe besonders zu fördern“.²⁴ Es geht nicht bloß um das Unterlassen von Diskriminierung, vielmehr wird darüber hinaus ein aktives Tun zur Förderung einer bestimmten Personengruppen eingefordert, um eine Änderung der gesellschaftlichen Strukturen herbeizuführen.²⁵

1. Erstes Führungspositionengesetz (2015)

Das am 1. Mai 2015 in Kraft getretene FüPoG I setzt auf ein „Zwei-Säulen-Modell“.²⁶ Börsennotierte *und* mitbestimmte Gesellschaften, mithin eine kleine Zahl von Großunternehmen mit besonderer gesellschaftlicher Strahlkraft, sind verpflichtet, einen Mindestanteil von je 30 % beider Geschlechter im *Aufsichtsrat* durch Besetzungsentscheidungen herzustellen (§ 96 Abs. 2 S. 1 AktG).²⁷ Die Nichtbeachtung der Quote bei der Neubesetzung von Aufsichtsratsposten wird gem. §§ 96 Abs. 2 S. 6, 250 Abs. 1 Nr. 5 AktG mit deren Nichtigkeit sanktioniert („leerer Stuhl“).²⁸ Unternehmen, die börsennotiert *oder* mitbestimmt sind, sind gem. §§ 76 Abs. 4 S. 1, 111 Abs. 5 S. 1 AktG verpflichtet, Zielvorgaben zur Frauenförderung für Aufsichtsrat, Vorstand und Geschäftsführung sowie die beiden Managementebenen unterhalb des Vorstands festzulegen. Liegt der Frauenanteil zum Stichtag unter 30 %, greift ein Verschlechterungsverbot (§ 76 Abs. 4 S. 5 AktG). Im Übrigen sind die Unternehmen in der Festlegung der Höhe der Zielvorgaben weitgehend frei, auch die Zielgröße „Null“ ist zulässig, sofern dies dem *status quo* entspricht.²⁹ Gem. § 289f Abs. 2 Nr. 4 HGB müssen

(Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, S. 676 ff.; M. Grünberger, Personale Gleichheit, Baden-Baden 2013, S. 707 ff.

24 U. Sacksofsky, Gleichberechtigung (Fn. 23), S. 234 f.

25 A. K. Mangold, Inklusion (Fn. 23), S. 230 f.

26 M. Leydecker/S. Bahlinger, Frauenquoten im Gesellschaftsrecht, ZGR 2020, 1212 (1213).

27 § 96 Abs. 2 S. 1 AktG: „Bei börsennotierten Gesellschaften, für die das Mitbestimmungsgesetz, das Montan-Mitbestimmungsgesetz oder das Mitbestimmungsergänzungsgesetz gilt, setzt sich der Aufsichtsrat zu mindestens 30 Prozent aus Frauen und zu mindestens 30 Prozent aus Männern zusammen.“

28 T. Grobe, Die Geschlechterquote für Aufsichtsrat und Vorstand, AG 2015, 289 (294) („scharfes Schwert“).

29 H. C. Grigoleit, in: Grigoleit (Fn. 13), § 76 Rn. 130; a. A. M.-P. Weller/N. Benz, Frauenförderung als Leitungsaufgabe, AG 2015, 467 (471).

zielgrößenverpflichtete Unternehmen in der Erklärung zur Unternehmensführung angeben, ob sie die gesetzten Zielgrößen im Bezugszeitraum erreicht haben und bei Nichterreichen die Gründe des Verfehlens offenlegen (*comply or explain*).³⁰

Bereits in den Jahren der dem FüPoG I vorausgehenden politischen Diskussion ließ sich eine Steigerung des Frauenanteils im Top-Management beobachten.³¹ Die 30%ige Quote wird heute - wenig überraschend - von den betroffenen Unternehmen eingehalten und hat zu einer entsprechenden Steigerung des Frauenanteils geführt.³² Gemischt fällt hingegen die Bilanz der Zielgrößenpflicht aus. Der Gesetzgeber vertraute darauf, dass sich Unternehmen ambitionierte Zielgrößen setzen und diese auch erreichen,³³ tatsächlich verhielten sich die Unternehmen bei der Zielgrößenfestlegung eher zurückhaltend.³⁴

2. Zweites Führungspositionengesetz (2021)

Die durchwachsene Bilanz des FüPoG I motivierte den deutschen Gesetzgeber 2021 schließlich zu einigen Nachjustierungen.³⁵ Das FüPoG II erweitert die Geschlechterquote des FüPoG I für den Aufsichtsrat um ein „Mindestbeteiligungsgebot“ für die *Vorstände* börsennotierter *und* mitbestimmter Unternehmen ab einer Größe von vier Personen.³⁶ Diese müssen sich nun aus mindestens einer Frau und einem Mann zusammensetzen (§ 76 Abs. 3a S. 1 AktG). Betroffen waren davon zuletzt 62 Großunterneh-

30 Rentsch, Board Diversity (Fn. 11), 116; J.-M. Steiner, Die Sanktionierung der flexiblen Frauenquote in Großunternehmen, Köln 2018, S. 175 ff.

31 So bereits 2011 die 4. Bilanz Chancengleichheit der Bundesregierung und der Wirtschaftsverbände, <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/service/publikationen/4-bilanz-chancengleichheit-82114> (aufgerufen am 17. April 2023), S. 55.

32 Vierte Jährliche Information der Bundesregierung über die Entwicklung des Frauen- und Männeranteils an Führungsebenen und in Gremien der Privatwirtschaft und des öffentlichen Dienstes, 2020, https://www.bmfsfj.de/quote/daten/Vierte_Jaehrliche_Information.pdf (aufgerufen am 19. April 2023), S. 15 („Die Quote wirkt“).

33 BT-Drucks. 18/3784, 119 f.

34 Ausf. Rentsch, Board Diversity (Fn. 11), 118 ff., 140; S. Weber/A. Fischer/A. Empen/P. Velte, Zielgrößen für den Frauenanteil im Vorstand und in den beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstands, DB 2020, 966 (968).

35 BT-Drucks. 19/26689, S. 1f.

36 J.-M. Steiner, Die Mindestbeteiligung von Frauen in deutschen Vorständen im Spannungsfeld zwischen Gesellschaftspolitik und Gesellschaftsrecht, NZG 2021, 276 (276).

men.³⁷ Sanktion der Nichtbeachtung des Mindestbeteiligungsgebots ist gem. § 76 Abs. 3a S. 2 AktG wiederum die Nichtigkeit der Bestellung („leerer Stuhl“).³⁸ Außerdem enthält das FöPoG II einige Verschärfungen im Bereich der Zielgrößenfestlegung.³⁹ Eine Zielgrößenangabe in Prozent muss nun vollen Personenzahlen entsprechen (§§ 76 Abs. 4 S. 2, 111 Abs. 5 S. 2 AktG). Im Fall einer Festlegung der „Zielgröße Null“ hat das Unternehmen die Zielgrößenfestlegung nun außerdem klar und verständlich zu begründen (§§ 76 Abs. 4 Satz 3, 111 Abs. 5 S. 3 AktG).

B. Legitimation regulierter Diversitätsförderung

Im Folgenden soll die Legitimation staatlich regulierter Diversitätsförderung näher beleuchtet werden. Ist es legitim, Kapitalgesellschaften als Rechtsformen des Privatrechts zur Bewältigung gleichstellungspolitischer Pathologien regulatorisch in die Pflicht zu nehmen? Der Gesetzgeber stützt die FöPoGe insofern auf drei Säulen: einen unternehmensspezifischen Nutzen (I.), den verfassungsrechtlichen Gleichstellungsauftrag (II.) und das zugrundeliegende gesellschaftspolitische Projekt (III.).

I. Unternehmensspezifischer Nutzen

Der Gesetzgeber begründet das FöPoG I mit einem *Business Case* für Diversität: eine diverse Besetzung von Leitungsgremien soll für Unternehmen leistungssteigernd wirken.⁴⁰ Die Geschlechterquote soll so unmittelbar der Wettbewerbsfähigkeit des Wirtschaftsstandorts Deutschland zugutekommen.⁴¹ Unternehmen verhielten sich *status quo* irrational, wenn sie

37 A. Kirsch/V. Sondergeld /K. Wrohlich, DIW Wochenbericht 3+4/2023.

38 Steiner, Mindestbeteiligung (Fn. 36), 279.

39 Ausf. G. Spindler, Die Einführung der Geschlechterquote auf Vorstandsebene - das FöPoG II, WM 2021, 817 (821).

40 BT-Drucks. 18/3784, S. 42; B. Rentsch/S. Trautmann, Board Diversity: Business Case or Public Policy?, <https://blogs.law.ox.ac.uk/oblb/blog-post/2023/06/board-diversity-business-case-or-public-policy> (aufgerufen am 13. Juni 2023); J. Wieland, Ist eine Quotenregelung zur Erhöhung des Anteils der Frauen in Aufsichtsräten mit dem Grundgesetz und Europarecht vereinbar?, NJW 2010, 2408 (2408) („Die diversity-Regel fördert aber nicht nur die Gleichberechtigung, sondern nach allgemeiner Auffassung auch den Erfolg des Unternehmens“).

41 BT-Drucks. 18/3784, S. 42.

männliche Bewerber weiblichen Konkurrenten vorziehen. Sie sollten daher vor ihrer eigenen Irrationalität bewahrt werden.⁴² Staatlich regulierte Diversität soll damit ganz im Sinne der Corporate Governance nicht nur als gesellschaftspolitisches, sondern gerade auch als volkswirtschaftliches Anliegen legitimiert werden.⁴³

1. *Diversity als Business Case*

Um den *Business Case* für Diversität zu unterstreichen, werden die Vorteile gemischter Führungs- und Kommunikationsstile fruchtbar gemacht.⁴⁴ Weiter wird auf eine Diversifizierung von Lösungswegen hingewiesen, die Frauen aufgrund ihrer unterschiedlichen Erfahrungen und Sozialisation in Entscheidungsgremien einbringen⁴⁵ ebenso wie auf die Verhinderung unternehmensschädlicher „Seilschaften“ sowie von Sensibilitätsmängeln gegenüber Meinungen Dritter.⁴⁶ Kurzum, divers besetzte Teams trafen bessere Entscheidungen. Unternehmen würden erst dann ihr volles Humankapital ausschöpfen, wenn sie bei der Besetzung von Leitungsgremien den Blick nicht auf männliche Kandidaten verengen.⁴⁷ Gezielte Frauenförderung wirke außerdem auf dem Markt und unter Investoren reputationssteigernd und könne damit jedenfalls mittelbare wirtschaftliche Positiveffekte zeitigen.⁴⁸ Mit einem Bekenntnis zu *Diversity* könnten Unternehmen auf dem Markt eine Vorreiterrolle einnehmen, einen Kulturwandel anstoßen,⁴⁹ ihre

42 M.-P. Weller/C. Harms/B. Rentsch/C. Thomale, Der internationale Anwendungsbereich der Geschlechterquote für Großunternehmen, ZGR 2015, 361 (376); Der Sache nach geht es um Paternalismus, P. Kowalski, Geschlechterquoten im Kapitalgesellschaftsrecht, Eine interdisziplinäre Analyse, RW 2021, 148 (156); C. H. Seibt, Geschlechterquote im Aufsichtsrat und Zielgrößen für die Frauenbeteiligung in Organen und Führungsebenen in der Privatwirtschaft, ZIP 2015, 1193 (1195).

43 Vgl. Hellgardt, Regulierung (Fn. 10), S. 166 f.

44 BT-Drucks. 18/3784, S. 42; K. Langenbucher, Frauenquote und Gesellschaftsrecht, JZ 2011, 1038 (1038).

45 Grünberger, Geschlechtergerechtigkeit (Fn. 22), 12.

46 Bruner, Corporate Governance Reform (Fn. 11), 1260; T. Kremer, in: T. Kremer/G. Bachmann/M. Lutter/A. v. Werder (Hrsg.), DCGK, 8. Aufl., München 2021, DCGK B.1 Rn. 4.

47 Grünberger, Geschlechtergerechtigkeit (Fn. 22), 12.

48 Grünberger, Geschlechtergerechtigkeit (Fn. 22), 12.

49 Steiner, Mindestbeteiligung (Fn. 36), 284.

Einzigartigkeit herausstellen.⁵⁰ Für Unternehmen sei ein aktives *Diversity Management*, und zwar nicht nur bezogen auf die Förderung geschlechtlicher Vielfalt,⁵¹ ein zentrales Instrument, um ihre Singularität und ihren Wiedererkennungswert zu steigern⁵² und diene als „kompetitive(r) Faktor im spätmodernen Wettbewerbsstaat“.⁵³ Für kapitalmarktorientierte Unternehmen spiele die Einhaltung von Nachhaltigkeitsstandards wie die Frauenförderung eine immer größere Rolle, um für institutionelle Investoren attraktiv zu bleiben.⁵⁴ Diese arbeiten heute immer stärker auch aktiv auf die Erhöhung des Frauenanteils in den Leitungsorganen ihrer Portfoliounternehmen hin (*Diversity Stewardship*),⁵⁵ wenngleich der Einfluss institutioneller Investoren auf die Besetzung von Leitungsgremien in Deutschland deutlich schwächer ausgeprägt ist als etwa in den USA.⁵⁶

2. Der ökonomische und verhaltenswissenschaftliche Diskurs

Den FüPoGen liegt somit implizit (auch) die folgende Prämisse zugrunde: Unternehmen verhalten sich bei der Besetzung ihrer Leitungsgremien unwirtschaftlich, weil sie die Tendenz haben, männlichen Bewerbern gegenüber „besseren“ weiblichen Mitstreitern den Vorrang einzuräumen.⁵⁷ Die Unterrepräsentation von Frauen in Leitungsgremien von Kapitalgesellschaften deute an, dass Frauen im Wirtschaftssystem nicht als Individuum, sondern als Mitglied der „Gruppe Frau“ wahrgenommen werden und aus

50 B. Rentsch, Geschlechtergerechtigkeit in der Gesellschaft der Singularitäten, in: E. Dux/ J. Groß/J. Kraft/R. Militz/S. Ness (Hrsg.), *Frau.Macht.Recht*, Baden-Baden 2023, S. 221 (231).

51 Zum Begriff der Diversität U. Lembke, *Diversity als Rechtsbegriff*. Eine Einführung, RW 2012, 46 ff.

52 A. Reckwitz, *Die Gesellschaft der Singularitäten*, 3. Aufl., Berlin 2020, S. 381.

53 Rentsch, *Geschlechtergerechtigkeit* (Fn. 50), S. 232.

54 Steiner, *Mindestbeteiligung* (Fn. 36), 284.

55 M. Barzuza/Q. Curtis/D. H. Webber, *Shareholder Value(s): Index Fund ESG Activism and the New Millennial Corporate Governance*, Southern California L. Rev. 93 (2020), 1243 (1266 ff.); Rentsch, *Board Diversity* (Fn. 11), 128 ff. *Diversity Stewardship* erfolgt konkret durch die formelle Ausübung von Eigentümerrechten, aber auch durch informelle Absprachen zwischen Investoren und Unternehmensleitung, P. Hell, *Institutionelle Investoren, Stewardship und ESG*, NZG 2019, 338 (340).

56 Rentsch, *Board Diversity* (Fn. 11), 135 ff.

57 U. Sacksofsky, *Positive Maßnahmen und Verfassungsrecht*, ZESAR 2004, 208 (213) („Frauenquoten sind keine Privilegierung der Frauen, sondern sollen sicherstellen, dass nicht länger schlechtere Männer besseren Frauen vorgezogen werden“); Weller/Harms/Rentsch/Thomale, *Geschlechterquote* (Fn. 42), 375 f.

systemfremden Gründen diskriminiert würden.⁵⁸ Ob die Prämisse einer systematischen Diskriminierung von Frauen auf dem Arbeitsmarkt zutreffend ist, ist Gegenstand einer kontrovers geführten Debatte in den Wirtschafts- und Verhaltenswissenschaften. Man kann die Berufssegregation entweder als Ergebnis des Marktmechanismus und als Resultat freier Entscheidungen der Frauen selbst sehen⁵⁹ (a)) oder eine Diskriminierung aus systemfremden Motiven ausmachen (b)). Die Theorien sollen sich schließlich einer Überprüfung auf Grundlage empirischer Erkenntnisse stellen (c)).

a) Ansätze gegen eine systematische Diskriminierung

Manche sehen die Ursache der Geschlechtersegregation auf dem Arbeitsmarkt nicht in struktureller Diskriminierung, sondern schlicht im Verhalten rational agierender Arbeitsmarktteure. Individuen werden dabei geschlechtsneutral betrachtet. Ausgangspunkt der Überlegung ist der Arbeitsmarkt als Schauplatz vollständig informierter, rationaler und nutzenmaximierender Individuen zur Erreichung effizienter Ergebnisse.⁶⁰ Auf dieser Grundlage sollen zum einen biologische Differenzen (*evolutionspsychologische Selbstselektionstheorien*),⁶¹ zum anderen die geschlechtsspezifische Sozialisation (*soziologische Erklärungsansätze*)⁶² dazu führen, dass sich Frauen weniger für Positionen im Top-Management interessieren als Männer. Frauen seien evolutionsbedingt eher auf Sicherheit bedacht, für Männer sei dagegen der Aufstieg in der Hierarchie wichtiger.⁶³ Auf das männliche Sexualhormon *Testosteron* wird zurückgeführt, dass Männer sich risikofreudiger, dominanter und wettbewerbsorientierter verhalten.⁶⁴

58 D. Coester-Waltjen, Geschlecht – kein Thema mehr für das Recht?, JZ 2010, 852 (852); Grünberger, Geschlechtergerechtigkeit (Fn. 22), 2.

59 G. Bachmann, Zur Umsetzung einer Frauenquote im Aufsichtsrat, ZIP 2011, 1131 (1139) („Die Unterrepräsentanz von Frauen dürfte hier im Übrigen weniger auf die ‚gläserne Decke‘ als auf den Umstand zurückzuführen sein, dass viele Frauen den entbehrungsreichen Weg ins Top-Management gar nicht erst antreten wollen“).

60 M. Grünberger, Vielfalt durch Quote – Umgekehrte Diskriminierung zu Lasten des Leistungsprinzips?, NZA-Beilage 2012, 139 (142).

61 Kowalski, Geschlechterquoten (Fn. 42), 160 f., 170 ff.

62 J. Redenius-Hövermann, Verhalten im Unternehmensrecht, Tübingen 2019, S. 122 ff.

63 Redenius-Hövermann, Verhalten (Fn. 62), S. 133.

64 A. Book/K. B. Starzyk/V. L. Quinsey, The relationship between testosterone and aggression: a meta-analysis, Aggression & Violent Behavior 6 (2001), 579 ff.

Die geschlechtsspezifische Sozialisation verstarke diese Anlagen. Frauen werden durch Elternhaus, Schule und Gesellschaft eher zu „typisch weiblichen“ Verhaltensweisen wie Geduld, Empathie und Solidarität sozialisiert und legen entsprechend ein anderes Berufswahlverhalten an den Tag als Männer.⁶⁵ Das beginnt schon im Stadium der Schul- und Hochschulbildung. So erhöht die Wahl eines mathematisch-technischen Studiengangs, in denen Frauen deutlich unterrepräsentiert sind, die Wahrscheinlichkeit, eine Managementposition zu erreichen, im Vergleich zu geistes- und sozialwissenschaftlichen Disziplinen, in denen sie überrepräsentiert sind.⁶⁶ Im Stadium der Familiengründung lässt sich beobachten, dass Männer sich noch stärker um Beförderungen bemühen und mehr statt weniger arbeiten, wohingegen Frauen sich aus dem Karrierefeld zurückziehen, ohne dass dies auf eine innerpartnerschaftliche Unterdrückung zurückgeführt werden könnte.⁶⁷ All dies habe zur Folge, dass der Pool potentieller weiblicher Führungskräfte *a priori* geringer ist.

b) Ansätze für eine systematische Diskriminierung

Andere sehen in der Geschlechtersegregation das Resultat eines sachfremden und mithin diskriminierenden Entscheidungsprozesses: Frauen stoßen auf der Karriereleiter ab einem gewissen Punkt an eine „gläserne Decke“.⁶⁸ Als Ursache werden zum einen explizite Diskriminierungsmechanismen angeführt. Frauen würden durch männlich dominierte Unternehmensstrukturen (*old boys' networks*)⁶⁹ bewusst am Aufstieg in das Top-Management gehindert. Arbeitgeber schreiben Frauen aufgrund ihrer familiären Verpflichtungen und Rollenkonflikten statistisch eine höhere Fluktuation und weniger Engagement im Beruf zu und vergeben an sie sta-

65 Redenius-Hövermann, Verhalten (Fn. 62), S. 122 ff.

66 F. Ochsenfeld, Gläserne Decke oder gläserner Käfig: Scheitert der Aufstieg von Frauen in erste Managementpositionen an betrieblicher Diskriminierung oder an familiären Pflichten?, KZfSS 2012, 507 (517).

67 S. Böing, Grundlagen zur Geschlechts- und Genderproblematik in Unternehmen, Lohmar 2009, S. 156 ff., 194, 198 ff.

68 M. Benecke, Rechtliche Aspekte der „gläsernen Decke“, DB 2011, 934 (934); E. Holst/A. Busch, DIW Führungskräfte Monitor 2010, https://www.diw.de/document/publicationen/73/diw_01.c.358490.de/diwkompakt_2010-056.pdf (aufgerufen am 17. April 2023), S. 55 ff.

69 Coester-Waltjen, Geschlecht (Fn. 58), 852; A. Kirsch/V. Sondergeld/K. Wrohlich, DIW-Wochenbericht 3/2022, S. 41.

tistisch häufiger Arbeitsplätze mit schlechterer Bezahlung und geringeren Aufstiegsmöglichkeiten (*Theorie der statistischen Diskriminierung*).⁷⁰ Dies wiederum verringert die berufliche Motivation von Frauen. Zum anderen wird angeführt, dass Frauen Opfer impliziter Diskriminierung aufgrund unbewusster Geschlechterstereotype (*implicit biases*) werden.⁷¹ Hierzu leistet die kognitive Verzerrung des *status quo bias* einen Beitrag. Menschen haben die Vorstellung, dass Dinge oder ein bestimmtes System ungefähr so bleiben sollen, wie sie sind.⁷² Der *bias* verstärkte die frauendiskriminierende „gläserne Decke“, indem männlich geprägte Unternehmensstrukturen möglichst wenig am *status quo* ändern wollen, da ihnen neue Formen, wie die Einbindung von Frauen und eine Einschätzung deren Aktionsmuster, fremd und unbekannt sind.

c) Empirie

Immer wieder wird auf Studien verwiesen, die eine Korrelation zwischen einem hohen Frauenanteil in Führungsgremien und einer erhöhten Unternehmensperformance nachweisen wollen, etwa der Frauenorganisation *Catalyst*⁷³ und der Unternehmensberatung *McKinsey*.⁷⁴ Einen eindeutigen Nachweis der Kausalität zwischen der Beteiligung von Frauen in Führungspositionen und einer gesteigerten Unternehmensperformance können die Studien jedoch nicht erbringen.⁷⁵ Denkbar ist, dass Unternehmen aufgrund

70 Redenius-Hövermann, Verhalten (Fn. 62), S. 124 ff.

71 Grundlegend A. G. Greenwald/D. E. McGhee/J. L. K. Schwartz, Measuring Individual Differences in Implicit Cognition: The Implicit Association Test, *Journal of Personality and Social Psychology* 74, 1998, 1464 ff.

72 Grundlegend W. Samuelson/R. Zeckhauser, Status Quo Bias in Decision Making, *Journal of Risk and Uncertainty* 1 (1988), 7 ff.; R. Fernandez/D. Rodrik, Resistance to Reform: Status Quo Bias in the Presence of Individual-Specific Uncertainty, *American Economic Review* 81 (1991), 1146 ff; P. Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, Tübingen 2017, S. 85 f.

73 *Catalyst*, The Bottom Line: Connecting Corporate Performance and Gender Diversity, 2004, https://www.catalyst.org/wp-content/uploads/2019/01/The_Bottom_Line_Connecting_Corporate_Performance_and_Gender_Diversity.pdf (aufgerufen am 13. April 2023).

74 *McKinsey & Company*, Woman Matter, Gender Diversity, a Corporate Performance Driver, 2007, http://www.mckinsey.de/sites/mck_files/files/Women_Matter_1_brochure.pdf (aufgerufen am 8. August 2023).

75 R. Adams/D. Ferreira, Women in the boardroom and their impact on governance and performance, 94 *Journal of Financial Economics* 2009, 291 (292); N. Smith, Gender

des breit angelegten Rufs nach mehr *Diversity* aktiv den Frauenanteil erhöhen und sich Frauen erfolgreichere Unternehmen aussuchen⁷⁶ oder dass es weitere, unbekannte Faktoren gibt, die sowohl mit dem Unternehmenserfolg als auch mit einem hohen Maß an Diversität korrelieren und sich durch empirische Studien kaum nachprüfen lassen.⁷⁷ Manche Studien stellen von vorneherein nicht auf Renditenmaße ab, sondern auf Aspekte wie Mitarbeiterzufriedenheit oder das Erreichen ökologischer und sozialer Governance-Ziele.⁷⁸ Bemängelt wird außerdem, dass sich die oben genannten Studien auf zu kurze Zeiträume bezögen.⁷⁹ Umgekehrt konnten jedoch einige Studien widerlegen, dass die Bestellung von Frauen einen *negativen* Effekt auf den Unternehmenserfolg hat.⁸⁰ Eine systematische Diskriminierung „besserer“ weiblicher Kandidatinnen zugunsten männlicher Mitbewerber aus systemfremden Gründen lässt sich auf dieser Grundlage nicht nachweisen, da in diesem Fall mit einer eindeutigen leistungsfördernden Wirkung von Quoten zu rechnen wäre. Ebenso wenig können auf der anderen Seite knappe Personalressourcen für unausgeglichene Geschlechterverhältnisse verantwortlich gemacht werden, da sich Quoten in diesem Fall negativ auf die Unternehmensperformance auswirken müssten.⁸¹

Der *Business Case* für Diversität lässt sich also im Ergebnis nicht eindeutig belegen. Es überrascht daher nicht, dass er, anders noch als in der Gesetzesbegründung zum FöPoG I⁸², in Bezug auf das FöPoG II keine Erwähnung mehr findet. Er lässt sich als Argument für staatliche Regulie-

quotas on boards of directors, IZA World of Labor 2014, 1 (6); P. Yang/J. Riepe/K. Moser/K. Pull/S. Terjesen, Women directors, firm performance, and firm risk: A causal perspective, *The Leadership Quarterly* 30 (2019), 1 ff.

76 K. A. Farrell/P. L. Hersch, Additions to corporate boards: the effect of gender, *II Journal of Corporate Finance* 85 (2005), 85 ff.

77 B. Rentsch/S. Trautmann, Board Diversity: Business Case or Public Policy?, <https://bl ogs.law.ox.ac.uk/oblb/blog-post/2023/06/board-diversity-business-case-or-public-policy> (aufgerufen am 13. Juni 2023).

78 B. Rentsch/S. Trautmann, Board Diversity: Business Case or Public Policy?, <https://bl ogs.law.ox.ac.uk/oblb/blog-post/2023/06/board-diversity-business-case-or-public-policy> (aufgerufen am 13. Juni 2023).

79 Adams/Ferreira, Women (Fn. 79), 291.

80 D. Ferreira, Board Diversity, in: H. Kent Baker/R. Anderson (Hrsg.), *Corporate Governance: A Synthesis of Theory, Research and Practice*, Hoboken, New Jersey 2010, S. 225 (239); A. J. Hillman/C. Shropshire/A. A. Cannella, Organizational Predictors of Women on Corporate Boards, *The Academy of Management J.* 50 (2007), 941 (949).

81 B. Rentsch/S. Trautmann, Board Diversity: Business Case or Public Policy?, <https://bl ogs.law.ox.ac.uk/oblb/blog-post/2023/06/board-diversity-business-case-or-public-policy> (aufgerufen am 13. Juni 2023).

82 BT-Drucks. 18/3784, S. 42.

rung höchstens heranziehen, um Geschlechtergerechtigkeit als verfassungsrechtliches (II.) oder als gesellschaftspolitisches Gebot (III.) ergänzend abzusichern.

II. Staatsziel Gleichberechtigung

Der Gesetzgeber stützt sich in den Begründungserwägungen der FüPoGe ferner auf die Staatszielbestimmung des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG.⁸³ Danach fördert der Staat die Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin. Die Legitimation der FüPoGe durch das verfassungsrechtliche Gleichstellungsgebot kann insofern als Ausdruck einer Konstitutionalisierung des Gesellschaftsrechts bezeichnet werden.

1. Gleichstellung als Verfassungsauftrag (Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG)

Gem. 3 Abs. 2 S. 1 GG sind Männer und Frauen gleichberechtigt. Dieser besondere Gleichheitssatz stellt die *formelle* Gleichheit von Männern und Frauen sicher, d.h. die Abwesenheit rechtlicher Diskriminierung. Eine solche bestand, anders als in anderen Bereichen des Privatrechts⁸⁴ im Hinblick auf die aktienrechtlichen Vorgaben für die Besetzung von Aufsichtsrat und Vorstand jedoch ohnehin nie; das Aktienrecht ist geschlechtsneutral konzipiert. Die Quote adressiert vielmehr die Unterrepräsentation von Frauen in Führungspositionen als ein Problem *materieller* Gleichheit.⁸⁵ Entsprechend stützt sich der Gesetzgeber in den Begründungserwägungen der FüPoGe auf die Staatszielbestimmung des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG, der ein vom BVerfG 1992 in seiner Entscheidung zum *Nachtarbeitsverbot*⁸⁶

83 BT-Drucks. 18/3784, S. 1, 40, 47; BT-Drucks. 19/26689, S. 47 f.

84 Zur Geschlechterdiskriminierung im Familienrecht etwa R. Frank, 100 Jahre BGB – Familienrecht zwischen Rechtspolitik, Verfassung und Dogmatik, AcP 200 (2000), 401 ff.; K. Plett, Das unterschätzte Familienrecht – Zur Konstruktion von Geschlecht durch Recht, in: M. Koreuber/U. Mager (Hrsg.), Recht und Geschlecht, Baden-Baden 2004, S. 109 (116 f.).

85 Vgl. P. Bourdieu, Die männliche Herrschaft, 6. Aufl., Berlin 2021, S. 159 („So verschleiern die formelle Gleichheit von Männern und Frauen tendenziell auf jeder Ebene trotz der Effekte der Überselektion, daß die Frauen bei gleichen Voraussetzungen stets die weniger günstigen Positionen bekleiden.“).

86 BVerfGE 85, 191 (191 ff.).

entwickeltes materielles Gleichstellungsgebot kodifiziert.⁸⁷ Nicht mehr nur die Abwesenheit rechtlicher Diskriminierung wird zum Verfassungsauftrag erhoben, vielmehr erstreckt sich das Gleichstellungsgebot „auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit“⁸⁸ und zielt auf eine „Angleichung der Lebensverhältnisse“⁸⁹ ab. Der Verfassungsauftrag zur Gleichberechtigung beschränkt sich dabei nicht auf den öffentlich-rechtlichen Bereich, sondern erstreckt sich auch auf die Beseitigung von Ungleichheit in der privaten Lebenswelt und in der Privatwirtschaft.⁹⁰

2. Der Diskurs über die Verfassungsmäßigkeit von Geschlechterquoten

Gleichzeitig greifen die FüPoGe in Grundrechte ein. Betroffen sind Grundrechtspositionen der Gesellschaft (Art. 19 Abs. 3 GG) und der Aktionäre aus Art. 14 Abs. 1 GG (Eigentumsfreiheit), Art. 9 Abs. 1 GG (Vereinigungsfreiheit) und Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit als unternehmerische Freiheit) sowie der aufgrund der Quote benachteiligten Personen aus Art. 3 Abs. 3 GG.⁹¹ Als Rechtfertigungsmaßstab dient die Staatszielbestimmung des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG als kollidierendes Verfassungsrecht.⁹² Die Verhältnismäßigkeit der Quote ist freilich umstritten. Die Kumulation von Geschlechterquote und Mitbestimmung führe von vorneherein zu einer hohen Eingriffsintensität.⁹³ Primär aber wird moniert, dass die Quotenvorschriften nicht unter dem Vorbehalt gleicher Eignung der konkurrierenden männlichen und weiblichen Kandidaten stehen⁹⁴ und keine Härtefallklausel

87 S. Baer/N. Markard, in: von Mangoldt/Klein/Stark (Hrsg.), GG, 7. Aufl., München 2018, Art. 3 Rn. 366.

88 BVerfGE 85, 191 (207).

89 BVerfGE 85, 191 (207).

90 H. D. Jarass, in: H. D. Jarass/B. Pieroth (Hrsg.), GG, 17. Aufl., München 2022, Art. 3 Rn. 90.

91 H.-J. Papier/M. Heidebach, Die Einführung einer gesetzlichen Frauenquote für die Aufsichtsräte deutscher Unternehmen unter verfassungsrechtlichen Aspekten, ZGR 2011, 305 (314 ff.).

92 BVerfGE 92, 91 (109); 114, 357 (370); Grobe, Geschlechterquote (Fn. 28), 300; M. Habersack/J. Kersten, Chancengleiche Teilhabe an Führungspositionen in der Privatwirtschaft – Gesellschaftsrechtliche Dimensionen und verfassungsrechtliche Anforderungen, BB 2014, 2819 (2822 ff.).

93 Bachmann, Frauenquote (Fn. 59), 1134; M. Habersack, Gemeinwohlbindung und Unternehmensrecht, AcP 220 (2020), 594 (617 ff.); ähnlich H. C. Grigoleit/L. Tomasic in: Grigoleit (Fn. 13), § 96 Rn. 4.

94 Habersack/Kersten, Teilhabe (Fn. 92), 2827; K.-S. Hohenstatt/H. J. Willemsen/S. Naber, Zum geplanten Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe an Führungspositionen.

sel für den Fall enthalten, dass es an einer hinreichend qualifizierten Frau für die betreffende Stelle fehlt.⁹⁵ Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG strebe nach geschlechtlicher Chancengleichheit, keinesfalls aber nach Erfolgsgleichheit,⁹⁶ die leistungsunabhängige Förderung eines Geschlechts um ihrer selbst willen sei nicht vom Anwendungsbereich Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG gedeckt.⁹⁷ Hier beruft man sich auf die Rechtsprechung des EuGH, wonach die geschlechtsbezogene Bevorzugung von Frauen nur mit dem Unionsrecht vereinbar ist, wenn die Frau genauso gut qualifiziert ist wie ihre männlichen Mitbewerber und ihr kein automatischer Vorzug eingeräumt wird, sondern die Bewerbung Gegenstand einer „objektiven Beurteilung“ ist, bei der die „besondere persönliche Lage“ aller Bewerber Berücksichtigung findet.⁹⁸ Dem wird entgegengehalten, dass die vom EuGH entwickelten Grundsätze nur für eine Auswahl-situation im Sinne einer „Eins-zu-eins-Gegenüberstellung“ (also z.B. einer Einstellungsentscheidung), nicht jedoch bei der Gremienbesetzung, gelten würden.⁹⁹

Das BVerfG war bislang nicht mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit der FüPoGe befasst. An dieser Stelle muss daher die Feststellung genügen, dass die starren Quotenregelungen der FüPoGe nicht zweifellos verfassungsgemäß, zweifelsohne aber nicht verfassungsrechtlich geboten sind.¹⁰⁰ Die Quote ist auch vor dem Hintergrund von Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG keineswegs zwingend, vielmehr ein optionales gesellschaftspolitisches Regulativ,

Gut gemeint – aber auch gut gemacht?, ZIP 2014, 2220 (2222); J. Kokott, Zur Gleichstellung von Mann und Frau – Deutsches Verfassungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, NJW 1995, 1049 (1052).

95 Habersack/Kersten, Teilhabe (Fn. 92), 2828; dagegen Wieland, Quotenregelung (Fn. 40), 2410.

96 Jarass (Fn. 90), Art. 3 Rn. 112; Andere Stimmen im Quotendiskurs vertreten, dass Ergebnisgleichheit nötig sei, um Chancengleichheit zu verwirklichen, Baer/Markard (Fn. 87), Art. 3 Rn. 367; Grobe, Geschlechterquote (Fn. 28), 301; Grünberger, Vielfalt (Fn. 60), 144 f.; G. Spindler/K. Brandt, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Gleichstellungsquote im Aufsichtsrat der börsennotierten AG, NZG 2011, 401 (402).

97 Habersack/Kersten, Teilhabe (Fn. 92), 2824.

98 EuGH Urt. v. 17.10.1995 - Rs. C-450/93 – Kalanke, Rn. 22 f.; Bachmann, Frauenquote (Fn. 59), 1135.

99 Frost/Linnainmaa, Corporate Governance (Fn. 11), 610; Wieland, Quotenregelung (Fn. 40), 2409.

100 C. Langenfeld, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG, 101. EL, München 2023, Art. 3 Rn. 89; Sacksofsky, Gleichberechtigung (Fn. 23), S. 380 („Unter Berufung auf das Grundgesetz lässt sich die Frage, ob man Quotenregelungen politisch will, nicht beantworten“).

um die gesellschaftlichen Strukturen auf beschleunigtem Wege hin zu größerer Inklusivität zu verändern.¹⁰¹

III. Gesellschaftspolitik

Die Zwecksetzung der kapitalgesellschaftsrechtlichen Geschlechterquoten ist also primär eine gesellschaftspolitische.¹⁰² Nach der Gesetzesbegründung des FöPoG I sei es „gesellschaftspolitisch nicht zu erklären, dass Frauen, die über 50 Prozent der Bevölkerung in Deutschland ausmachen, nach einer gut abgeschlossenen Ausbildung nur zu einem sehr geringen Teil in den Führungspositionen der deutschen Wirtschaft und Verwaltung vertreten sind.“¹⁰³

1. „Politisches Gesellschaftsrecht“

Durch die Frauenförderung der FöPoGe sollen weibliche Vorbilder aktiviert¹⁰⁴, ein Kulturwandel angestoßen¹⁰⁵ und so eine Aufschubwirkung für die Frauenförderung für das gesamte Unternehmen erreicht werden (*Spillover-* bzw. *Trickle-Down-Effekt*).¹⁰⁶ Dieser Effekt soll über das betreffende Unternehmen hinaus die Privatwirtschaft insgesamt positiv beeinflussen, indem Leistungsanreize für junge Frauen gesetzt und ihnen Entwicklungsmöglichkeiten aufgezeigt werden.¹⁰⁷ Der Gesetzgeber betrachtet die quotenunterworfenen Großunternehmen aufgrund ihrer besonderen Sichtbarkeit als „Leuchtturmunternehmen“.¹⁰⁸ Entsprechend dieser nicht unternehmensbezogenen, sondern vielmehr gesellschaftspolitischen Zielsetzung werden die Geschlechterquoten als „politisches Gesellschaftsrecht“ bezeichnet.¹⁰⁹

101 Vgl. Mangold, Inklusion (Fn. 23), S. 231, 347, 421, 427.

102 Seibt, Geschlechterquote (Fn. 42), 1194.

103 BT-Drucks. 18/3784, S. 2.

104 BT-Drucks. 19/26689, S. 47.

105 BT-Drucks. 19/26689, S. 48.

106 Leydecker/Bahlinger, Frauenquoten (Fn. 26), 1218; Steiner, Mindestbeteiligung (Fn. 36), 284.

107 BT-Drucks. 19/26689, S. 48.

108 BT-Drucks. 19/26689 S. 84.

109 Leydecker/Bahlinger, Frauenquoten (Fn. 26), 1212; Steiner, Mindestbeteiligung (Fn. 36), 276 („Spannungsfeld zwischen Gesellschaftspolitik und Gesellschaftsrecht“); zust. H. Fleischer, Klimaschutz im Gesellschafts-, Bilanz- und Kapitalmarktrecht, DB 2022, 37 (38).

Die Evidenz der Aufschubwirkung für die Frauenförderung ist jedoch zweifelhaft.¹¹⁰ Während Studien mit amerikanischen und australischen Daten einen solchen *Spillover*- bzw. *Trickle-Down*-Effekt nahelegen,¹¹¹ konnten Untersuchungen mit norwegischen und italienischen Daten einen solchen Zusammenhang nicht eindeutig nachweisen.¹¹² In Bezug auf die FüPoGe lässt sich die erwünschte Ausstrahlungswirkung bislang nur schwer feststellen.¹¹³

2. Der Diskurs in den Gesellschaftswissenschaften

Unabhängig von der Evidenz der den FüPoGen zugrundeliegenden Annahmen gelten Geschlechterquoten im gesellschaftswissenschaftlichen Diskurs als ambivalentes Konzept. Unter den Schlagworten „Dilemma der Differenz“¹¹⁴ oder „Paradoxon der Gleichheit“¹¹⁵ wird das widersprüchliche Phänomen problematisiert, dass Quoten durch ihren Gruppenbezug gerade diejenigen Dichotomien und Gruppenzugehörigkeiten perpetuieren können, denen sie entgegenzuwirken versuchen.¹¹⁶ Die Quote vermag alte

110 Leydecker/Bahlinger, Frauenquoten (Fn. 26), 1218.

111 J. A. Gould/C. T. Kulik/S. R. Sardeshmukh, Trickle-down effect: The impact of female board members on executive gender diversity, *Human Resource Management* 57 (2018), 931 ff.

112 M. Bertrand/S. E. Black/S. Jensen/A. Lleras-Muney, Breaking the Glass Ceiling? The Effect of Board Quotas on Female Labour Market Outcomes in Norway, *Review of Economic Studies* 86 (2019), 191 ff.; A. Maida/A. Weber, Female leadership and gender gap within firms: Evidence from an Italian board reform, IZA Discussion Paper No. 12099, 2019.

113 J. Redenius-Hövermann, Zur Frauenquote im Vorstand, ZIP 2021, 1365 (1379) („überwiegend symbolische Wirkung“); Rentsch, Board Diversity (Fn. 11), 140.

114 Baer/Markard (Fn. 87), Art. 3 Rn. 374; S. Baer, Dilemmata im Recht und Gleichheit als Hierarchisierungsverbot – Der Abschied von Thelma und Louise, *KrimJ* 1996, 242 (242); M. Grünberger, Nichtdiskriminierungsrecht zwischen Inklusion und Integration – Unzulänglichkeiten und Gefahren, in: G. Buchholtz/J. Croon-Gestefeld/A. Kerkemeyer (Hrsg.), *Integratives Recht*, Tübingen 2021, S. 97 (112 ff.).

115 Grünberger, Vielfalt (Fn. 60), 140; s. auch R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 9. Aufl., Berlin 2020, S. 379.

116 S. Baer, Positive Maßnahmen, in: Heinrich-Böll-Stiftung (Hrsg.), *Positive Maßnahmen, Von Antidiskriminierung zu Diversity*, S. 23 (26); L. Lehning, Zur (Un-)Sichtbarkeit der Mehrdimensionalität von Diskriminierungen, *Der Staat* 2022, 691 (692) („So bewirkt beispielsweise die kontinuierliche Bezugnahme auf die in der Gesellschaft und im Rechtssystem verankerte Kategorie Geschlecht im Sinne einer Unterteilung in Männer und Frauen, dass Recht in diesen beiden Gruppen gedacht wird.“).

Stereotype der binären Geschlechterordnung zu festigen und sogar neue zu begründen („Quotenfrau“).¹¹⁷ Die stereotype Annahme, ein Merkmals-träger habe es „nur wegen der Quote geschafft“, sei gleichermaßen diskriminierend.¹¹⁸ Quoten wurden in jüngerer Zeit außerdem häufig vor dem Hintergrund des Phänomens der intersektionalen Diskriminierung kritisiert.¹¹⁹ Von Quotenregelungen profitiere nur einer Gruppe ohnehin privilegierter Frauen, da geschlechtsspezifische Ungleichheiten auf komplexe und undurchschaubare Weise mit Unterprivilegierungen anderer Art (soziale Herkunft, Alter, ethnische Zugehörigkeit, sexuelle Orientierung usw.) korrelieren.¹²⁰ Die Quote komme in erster Linie einer kleinen Elite von Frauen zugute, die sich aufgrund ihrer akademischen und beruflichen Qualifikation und ihres Habitus in einer entsprechenden Konkurrenzsituation mit dem männlich dominierten Top-Management befinden.¹²¹ Kritisiert wird zudem, dass die staatliche Diversitätsregulierung der FüPoGe sich ausschließlich auf Diversität im Sinne geschlechtlicher Vielfalt beschränkt und andere Asymmetrien unberücksichtigt lässt.¹²² So ist gerade in der jüngeren Vergangenheit vermehrt auf die gravierende Unterrepräsentation von Personen ostdeutscher Herkunft (aller Geschlechter) im Top-Management hingewiesen worden.¹²³ Baer fordert deshalb entgegen einem von ihr als „Gruppismus“ bezeichneten Ansatz einen postkategorialen Ansatz, der ohne Bezug auf den Begriff Geschlecht auskommt.¹²⁴ Gegenstand grundsätzlicher Diskussionen bildet außerdem das Verhältnis von Gleichberechtigung und Leistungsprinzip.¹²⁵ Dieses wird klassischerweise herangezogen, um unausgeglichene Geschlechterverhältnisse zu legitimieren. Manche Autoren sehen das Leistungsprinzip hingegen nicht als verabsolutiert, sondern in einem Spannungsfeld mit Geschlechtergleichberechtigung als kollidierendem Anliegen. So lässt sich die Unterrepräsentation von Frauen im Top-Management nach der Auffassung Grünbergers nicht auf das Leistungsprin-

117 Schuler-Harms, Positive Maßnahmen (Fn. 23), S. 711 (Rn. 82).

118 Grünberger, Vielfalt (Fn. 60), 141 f.

119 Grundlegend K. Crenshaw, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Feminist Critique of Anti-Discrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, The University of Chicago Legal Forum 139 (1989), 139 (139 ff.).

120 Statt Vieler J. Habermas, Faktizität und Geltung, Berlin 1998, S. 510.

121 J. Froese, Der Mensch in der Wirklichkeit des Rechts, Tübingen 2022, S. 424.

122 Rentsch, Geschlechtergerechtigkeit (Fn. 50), S. 231 f.

123 D. Oschmann, Der Osten: eine westdeutsche Erfindung, Berlin 2023, S. 93.

124 Baer, Positive Maßnahmen (Fn. 116), S. 25 ff.

125 Grünberger, Vielfalt (Fn. 60), 142, 144; Schuler-Harms, Positive Maßnahmen (Fn. 23), S. 705 ff. (Rn. 65 ff.).

zip reduzieren, da sie mit der gesellschaftlichen Schieflage korrespondiere, dass es von Männern in Führungspositionen als selbstverständlich vorausgesetzt wird, eine intakte Familie zu haben, während familiäre Pflichten und *Care*-Arbeit immer noch überdurchschnittlich von Frauen wahrgenommen werden.¹²⁶ Die Legitimation der Geschlechterquoten liege in der Durchbrechung dieser Asymmetrie, die den Arbeitsmarkt und die private Lebenswelt gleichermaßen betrifft.

C. Geschlechterquoten, Gesellschaftspolitik und Gesellschaftsrecht

Das Privatrecht im Allgemeinen und das Gesellschaftsrecht im Besonderen werden im 21. Jahrhundert zunehmend mit gemeinwohlbezogenen und gesellschaftspolitischen Wertungen aufgeladen.¹²⁷ Zunehmend wird die herkömmliche konzeptionelle Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht in Frage gestellt¹²⁸ oder gar deren Erosion konstatiert.¹²⁹ Die FüPoGe sind paradigmatisch für diese Entwicklung: Der vom deutschen Gesetzgeber geltend gemachte *Business Case* ist Ausdruck eines Trends hin zu einer immer stärker regulierten Corporate Governance, der Gleichstellungsauftrag aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG steht exemplarisch für eine Konstitutionalisierung des Gesellschaftsrechts und die gesellschaftspolitische Zielrichtung der FüPoGe für seine zunehmende Politisierung. In Gestalt der FüPoGe verschwimmen die Grenzen von öffentlichem Recht und Privatrecht; die zugrunde liegende Trennung von Staat und Gesellschaft wird punktuell aufgehoben. In diesem Kontext finden sich im Schrifttum die Negativlabel

126 Grünberger, Geschlechtergerechtigkeit (Fn. 22), 44. Dies wurde zuletzt vor dem Hintergrund der Covid-19-Pandemie unter den Schlagworten *Backlash* und *Retraditionalisierung* neu diskutiert, als es erneut vor allem Frauen waren, die in Zeiten geschlossener Schulen und Kitas einen wesentlichen Teil der Kinderbetreuung aufgefangen haben und dafür teilweise beruflich zurückgesteckt haben, D.-S. Valentin, Geschlecht und Recht, JuS 2022, 1094 (1096).

127 M. Burgi, Public Enforcement im Recht der nachhaltigen Unternehmensführung, ZHR 2022, 779 (779) („Publizierung des Privatrechts“); Fleischer, Klimaschutz (Fn. 109), 38; Habersack, Gemeinwohlbindung (Fn. 93), 596 ff.; W.-H. Roth, Öffentliche Interessen im internationalen Privatrechtsverkehr, AcP 220 (2020), 458 (465); M.-P. Weller/N. Benz, Klimaschutz und Corporate Governance, ZGR 2022, 563 (565 ff.).

128 Jüngst E. Herzog, Die Wiederentdeckung des Öffentlichen, JZ 2023, 968 (971 f.).

129 H. Honsell, Die Erosion des Privatrechts durch das Europarecht, ZIP 2008, 621 ff.; G. Wagner, Prävention und Verhaltensteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352 ff.

des gesellschaftsrechtlichen „Fremdkörpers“¹³⁰ und des „politischen Gesellschaftsrechts“ („politicization of the corporation“¹³¹). Damit wird angedeutet, dass es sich bei den Quoten um politisch motivierte Eingriffe¹³² in den Wesenskern des Gesellschaftsrechts als freiheitlich-individualistisches Kooperations-¹³³ und Organisationsrecht,¹³⁴ kurzum als wertneutrale „juristische Infrastrukturleistung“¹³⁵ handele.¹³⁶

Nun ist gesellschaftsrechtliche Normsetzung nie völlig apolitisch,¹³⁷ ganz allgemein kann der „Mythos vom unpolitischen Privatrecht“¹³⁸ als überholt gelten.¹³⁹ Gesetzgeberische Interessenabwägung verwirklicht auch im

-
- 130 M. Habersack, Gutachten E zum 69. Deutschen Juristentag, E 36; C. Windbichler, Dienen staatliche Eingriffe guter Unternehmensführung?, NJW 2012, 2625 (2627); ähnlich J. Redenius-Hövermann, Zur Frage der Frauenquote im Aufsichtsrat, Institute for Law and Finance, Goethe-Universität Frankfurt a. M., Working Paper Series 112, 2010, S. 13 („Zentrale Aufgabe des Aufsichtsrates ist nach Maßgabe des Aktiengesetzes die Überwachung des Vorstands und nicht das Thema ‚Chancengleichheit‘ und ‚Frauenförderung‘“).
- 131 H. Fleischer, Klimaschutz (Fn. 109), 38; M.-P. Weller/T. Fischer, ESG-Geschäftsleitungs-pflichten – Unternehmenstransformation zur Klimaneutralität, ZIP 2022, 2253 (2255); M.-P. Weller/B. Rentsch, Die „gute“ Kapitalgesellschaft, in: C. Deckenbrock u. a. (Hrsg.), Arbeit, Wirtschaft, Recht – Festschrift für Martin Henssler zum 70. Geburtstag, München 2023, S. 1189 (1193).
- 132 H. Fleischer, Zukunftsfragen der Corporate Governance in Deutschland und Europa, ZGR 2011, 155 (157) („Modethemen, die (...) das Aktienrecht (...) mit gesellschaftspolitischen Vorstellungen überfrachten“).
- 133 H. Fleischer, Gesellschaftsrecht, in: D. Willoweit (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, S. 485 (486).
- 134 A.-C. Mittwoch, Nachhaltigkeit und Unternehmensrecht, Tübingen 2022, S. 117; U. Seibert, Politik und Gesellschaftsrecht, in: H.-U. Vogt/H. Fleischer/S. Kalss (Hrsg.), Protagonisten im Gesellschaftsrecht, Tübingen 2020, S. 169 (170).
- 135 H. Fleischer, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als wissenschaftliche Disziplin – Das Proprium der Rechtswissenschaft, in: C. Engel/W. Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, S. 50 (63).
- 136 Vom gesellschaftsrechtlichen „Reinheitsgebot“ sprechen G. Bachmann, Zielsetzung und Governance von Unternehmen im Lichte der Klimaverantwortung, ZHR 2023, 166 (173 ff.) und Fleischer, Klimaschutz (Fn. 109), 38.
- 137 H. Fleischer, Große Debatten im Gesellschaftsrecht: Eine Forschungsskizze, JZ 2023, 365 (371); allgemein P. M. Bender, Grenzen der Personalisierung des Rechts, Tübingen 2023, S. 231 ff.; B. Rüthers/C. Fischer/A. Birk, Rechtstheorie, 12. Aufl., München 2022, Rn. 4 („Rechtsnormen sind (immer auch) Steuerungsinstrumente der politisch Mächtigen“).
- 138 B. Lomfeld, Der Mythos vom unpolitischen Privatrecht, in: M. Grünberger/N. Jansen (Hrsg.), Privatrechtstheorie heute, Tübingen 2021, S. 151 ff.
- 139 P. M. Bender, Private Law Adjudication Versus Constitutional Adjudication, in: F. Bauer/B. Köhler (Hrsg.), Proportionality in Private Law, Tübingen 2023, S. 63 (69).

gesellschaftsrechtlichen Kontext immer eine bestimmte „politische Ökonomie“ und ein bestimmtes Gesellschaftsbild („Privatrechtsgesellschaft“¹⁴⁰).¹⁴¹ Gegenstand legislatorischer Abwägungsprozesse im Gesellschaftsrecht waren jedoch herkömmlich unternehmensimmanente, wirtschaftliche Konflikte.¹⁴² Der „Einbruch des Öffentlichen ins Gesellschaftsrecht“¹⁴³ kann daher durchaus als Zäsur in der Gesellschaftsrechtsentwicklung angesehen werden.

Bis zu welchem Grad ein öffentlicher Belange weitgehend entkleidetes Gesellschaftsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts tragfähig ist, bleibt in Zukunft weiter zu diskutieren. Dass sich diese Frage pauschaler Antworten entzieht, versteht sich von selbst. Dieser Beitrag beschränkte sich daher auf eine Diskursanalyse, die in der unübersichtlichen Debatte über die Legitimation der Inanspruchnahme von Rechtsformen des Privatrechts zur Verwirklichung des gesellschaftspolitischen Desiderats der Geschlechtergleichstellung Orientierung bieten kann. Das finale Urteil darüber, ob die Quoten zu begrüßen sind oder nicht, bleibt dem Leser überlassen.

140 Begriffsbildend F. Böhm, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, ORDO 17, 1966, S. 75 ff.

141 Lomfeld, Mythos (Fn. 138), S. 166; M. Renner/T. Kindt, Wirtschaftsrecht und Politische Ökonomie, JZ 2023, 313 (317 ff.).

142 Seibert, Politik und Gesellschaftsrecht (Fn. 134), 171.

143 Vgl. M. Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, Tübingen 2014, S. 63.