

Geschlechtergerechtigkeit im Wettbewerb der Regulierungsmodelle

– Wege zur tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung
in Führungspositionen der Wirtschaft –

Michael Grünberger*

I. Problemstellung	1	2. Staatliche Regulierung	23
II. Die Geschlechterverteilung in deutschen Vorständen und Aufsichtsräten	4	a) Europäische Regelungsvorbilder	24
III. Geschlechtergerechtigkeit oder Diversity?	5	b) Regelungsvorschläge in Deutschland	25
1. Geschlechtergerechtigkeit	5	c) Instrumentalisierung des Verbandsrechts?	26
2. Diversity	8	d) Regulierungsversagen?	28
a) Begriff	8	3. Regulierte Selbstregulierung	30
b) Verwurzelung im U.S.-amerikanischen Gleichheitsdiskurs	9	a) Deutscher Corporate Governance Kodex	30
c) Business Case für Diversität?	11	(1) „Rechtsnatur“ von Empfehlungen des DCGK	30
(1) Ein Zusammenhang zwischen Gender Diversity und dem Unternehmensinteresse?	11	(2) Diversity-Empfehlungen	33
(2) Diversity in der Genderfalle	15	aa) Führungspositionen unterhalb des Vorstandes	33
IV. Regulierungsansätze zur Erhöhung des Frauenanteils in Führungspositionen	17	bb) Besetzung des Vorstandes	34
1. Selbstregulierung	17	cc) Besetzung des Aufsichtsrats	34
a) Präferenzautonomie des Verbandes	17	dd) Durchsetzung	36
b) Ein Problem tatsächlicher Gleichheit	18	(3) Persistenz statussichernder Ungleichbehandlung	38
c) Freiwillige Selbstverpflichtung	20	b) „FlexiQuote“	40
d) Rechtfertigungsbedarf der Selbstregulierung	22	(1) Regulierte Selbstregulierung als Mehrstufenmodell	40
V. Ausblick	44	(2) Eingeschränktes Misstrauensvotum gegenüber dem DCGK	41

I. Problemstellung

Die Forderung nach Gleichberechtigung der Geschlechter ist Ausdruck des fundamentalen Gleichheitsversprechens demokratischer Ordnungen, wonach jeder Mensch unabhängig von bestimmten persönlichen Merkmalen gleiche Freiheiten in der Gesellschaft haben soll. Das Prinzip „Gleichbehandlung“ als Grundidee der modernen politischen Philosophie erlaubt es, Ungleichverteilungen bei der Ausübung von Freiheitsmöglichkeiten und der Verteilung gesellschaftlicher Machtpositionen

* Priv.-Doz. Dr. Michael Grünberger, LL.M. (NYU) ist am Institut für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht der Universität zu Köln tätig.

zu erkennen und zu hinterfragen.¹ Zu diesen Machtpositionen in der Gesellschaft zählen neben den hochrangigen Funktionärsebenen im politischen System auch Führungspositionen im Wirtschaftssystem. Die statistisch belegbaren Unterschiede zwischen den Geschlechtern bei der Besetzung dieser Positionen² werden mittlerweile im gesamten politischen Spektrum als Problem wahrgenommen. Das gilt insbesondere für Vorstände und Aufsichtsräte deutscher Aktiengesellschaften (dazu unten II). Diese Statistiken haben eine erhebliche politische Funktion: Sie machen das Ausmaß der Ungleichverteilung von Positionen privater Macht sichtbar. Sie verdeutlichen, dass Frauen aufgrund vorhandener oder ihnen zugeschriebener Eigenschaften im Wirtschaftssystem nicht als Individuum, sondern als Mitglied der „Gruppe Frau“ wahrgenommen und als solches offensichtlich unterschiedlich behandelt werden. Dadurch entsteht Mobilisierungspotential von und für Frauen, um die ungleiche Geschlechterverteilung von Aufsichtsratspositionen als politisches Problem zu thematisieren.³ Diese Mobilisierung hat dazu geführt, dass das Geschlechterverhältnis bei der Besetzung von Vorständen und Aufsichtsräten von Aktiengesellschaften zum Gegenstand öffentlicher Debatten geworden ist. Zugespitzt formuliert: Die Besetzung der Organe privater Gesellschaften ist keine private Angelegenheit des einzelnen Verbandes, sondern eine Angelegenheit von öffentlichem Interesse.⁴

Nach meinem Eindruck besteht Konsens, den Anteil von Frauen in Führungspositionen zu erhöhen. Gestritten wird über den einzuschlagenden Weg:⁵ Genügt es, auf den Markt und freiwillige Selbstverpflichtungen der Unternehmen zu setzen? Soll man abwarten, wie die Diversity-Empfehlungen und die dort vorgesehene „angemessene Berücksichtigung von Frauen“ im Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK)⁶ fruchten? Oder muss man gesetzlich intervenieren und wenn ja, wie: Genügt eine gesetzlich verpflichtende Selbstverpflichtung („FlexiQuote“) oder muss das Recht einen Mindestanteil von Frauen in Aufsichtsräten vorschreiben („Einheitsquote“)? Diese drei Lösungswege sind Anwendungsfälle unterschiedlicher Regulierungsstrategien: Markt und freiwillige Selbstverpflichtung sind Beispiele einer Selbstregulierung, die Einheitsquote ist staatliche Regulierung *par excellence*, während die

1 Dazu ausführlich Grünberger, Personale Gleichheit. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht. Habilitationsschrift, Köln 2011 (zugreifbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1895366), 1 ff, 926 ff.

2 Siehe die Untersuchung von Holst/Busch, DIW Führungskräfte-Monitor 2010, http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.358490.de/diwkompakt_2010-056.pdf (zuletzt besucht: 20.8.2011), 21 ff.

3 Siehe dazu auf nationaler Ebene die Aktion „Aktionärinnen fordern Gleichberechtigung“ des Deutschen Juristinnenbundes (http://www.djb.de/Projekt_HV/), den Verein „FidAR – Frauen in die Aufsichtsräte e. V.“ (<http://www.fidar.de/>) und die Initiative „Nürnberger Resolution“ (<http://www.nuernberger-resolution.de/index.htm>).

4 Zum hier verwendeten Begriff der öffentlichen Kommunikation siehe Habermas, Faktizität und Geltung, 4. Aufl., 1994, 434 ff.

5 Instruktiv der Überblick bei Bachmann, ZIP 2011, 1131 ff und Langenbucher, DB 2010, 43 ff.

6 <http://www.corporate-governance-code.de/index.html>.

Empfehlungen im DCGK und die „FlexiQuote“ Formen „regulierter Selbstregulierung“ sind (dazu unten IV).

Die damit angestrebte Steigerung des Frauenanteils lässt sich im Wesentlichen auf zwei Argumente stützen:⁷ (1.) „Geschlechtergerechtigkeit“ und (2.) dem *Business Case*. Geschlechtergerechtigkeit verlangt die Gleichberechtigung von Frauen und Männern in allen gesellschaftlichen Bereichen als moralisches, gesellschaftspolitisches und verfassungsrechtliches Gebot. Das ökonomische Argument basiert auf einem Wettbewerbsverständnis, wonach eine Kultur der Vielfalt (*Diversity*) in Unternehmen und ein damit verbundener höherer Frauenanteil in den Führungsetagen einen realen Wettbewerbsvorteil für die Unternehmen bedeutet, und der These, dass ein (auch) mit Frauen besetzter Aufsichtsrat wichtiger Bestandteil einer guten Corporate Governance im Unternehmen ist. Welche der drei Regulierungsstrategien im Wirtschaftssystem fruchtet, hängt nach meiner Auffassung davon ab, auf welchen Begründungsansatz sie sich stützt. Der Disput über die Diversity-Empfehlungen des DCGK illustriert das Problem: Nach Auffassung von *Daniela Weber-Rey*, einem Mitglied der Regierungskommission DCGK, war und ist eine gesellschaftspolitische Besserstellung von Frauen „nie Ziel der Empfehlungen gewesen“.⁸ Dagegen geht es nach *Peter O. Müllbert* bei der Erhöhung des Frauenanteils im Kern um eine Instrumentalisierung der Corporate Governance für nicht mehr dazu zählende, primär allgemein gesellschaftspolitische Zielsetzungen.⁹ Beide Positionen teilen denselben Ausgangspunkt: Ausschlaggebend ist der im Wirtschaftssystem relevante Code: das Geld. *Diversity* kann danach an die Operationen im Wirtschaftssystem nur anschließen, wenn es die Sprache des Geldes spricht. Bei *Diversity*, so *Weber-Rey*, gehe es um Qualitätssteigerungen, um den umfangreichen Aufgaben eines Aufsichtsrats und damit dem Unternehmensinteresse gerecht werden zu können.¹⁰ *Diversity*, so sekundiert *Müllbert*, sei nur insofern geboten „als die Gesellschaft hiervon einen Gewinn hat“.¹¹ Gestritten wird also darüber, ob *Diversity* und die Erhöhung des Frauenanteils in der Eigenrentabilität des Wirtschaftssystems anschlussfähig sind. Die einen bejahen das und verweisen auf wissenschaftliche Studien¹² und den *common sense*,¹³ die anderen sehen darin ein trojanisches Pferd, das das Aktienrecht mit gesellschaftspolitischen Vorstellungen überfrachte und einer juristischen Analyse kaum zugänglich sei.¹⁴

7 Vgl. dazu auch *Langenbucher*, JZ 2011, 1038 f.

8 *Weber-Rey/Handt*, NZG 2011, 1, 2.

9 *Müllbert*, ZHR (174) 2010, 375, 380, 382, 384.

10 *Weber-Rey/Handt*, NZG 2011, 1, 2.

11 *Müllbert*, ZHR (174) 2010, 375, 382.

12 Dazu unten III 2 c) (1).

13 *Dauner-Lieb*, DB 2010, 45, 46.

14 Vgl. *Fleischer*, ZGR 2011, 155, 157.

Die wirklich spannende Frage lautet aber, ob sich *Diversity* mit Geschlechtergerechtigkeit produktiv verbinden lässt. Im politischen System wird das bejaht. Die – mittlerweile abgelehnten – Gesetzesentwürfe der Fraktion BÜNDNIS 90/Die Grünen¹⁵ und des Landes NRW¹⁶ zu einer Einheitsquote gehen davon aus, dass mit der Anhebung des Frauenanteils in Aufsichtsräten „einerseits in gleichstellungspolitischer Hinsicht ein gleichberechtigter und chancengleicher Zugang beider Geschlechter zu den bedeutsamen Schlüsselpositionen im Wirtschaftsleben geschaffen und andererseits die mit einer geschlechtsheterogenen Besetzung der Aufsichtsräte verbundenen positiven Effekte für die Unternehmen und die Wirtschaft insgesamt genutzt werden“.¹⁷ Ganz ähnlich ist die Einschätzung der EU-Kommission.¹⁸ Offensichtlich ist *Diversity* ein Begriff, der sich zur strukturellen Kopplung¹⁹ des Wirtschaftssystems mit dem politischen und dem Rechtssystem eignet.

II. Die Geschlechterverteilung in deutschen Vorständen und Aufsichtsräten

Es gibt reichlich Datenmaterial zur Geschlechterverteilung in den Organen deutscher Aktiengesellschaften.²⁰ Im Jahr 2009 gab es nur eine Frau in den Vorständen der DAX30-Unternehmen, im Jahr 2010 waren es immerhin 4 von 182.²¹ Das ergibt einen Anteil von 2,2 %. Deutlich höher ist der Anteil von Frauen in den Aufsichts-

- 15 Entwurf eines Gesetzes zur geschlechtergerechten Besetzung von Aufsichtsräten der Fraktion BÜNDNIS 90/Die Grünen, BT-Drs. 17/3296, S. 8 f [im Folgenden Entwurf Grüne]; im Rechtsausschuss abgelehnt, s. Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drs. 17/6527, Ablehnung nach zweiter und dritter Beratung in der 147. Sitzung des Bundestags am 2.12.2011, abrufbar unter: <http://www.bundestag.de/dokumente/protokolle/amtlicheprotokolle/2011/ap17147.html>. Der Entschließungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/Die Grünen „Gleichberechtigte Teilhabe von Frauen in Führungspositionen umsetzen“ v. 30.11.2011, BT-Drs. 17/7953 ist in derselben Sitzung in die Ausschüsse überwiesen worden.
- 16 Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern in Aufsichtsräten börsennotierter Unternehmen (FöGABUG), eingebracht vom Land NRW, BR-Drs. 87/11, S. 15 ff [im Folgenden Entwurf NRW]; vom Bundesrat am 25.11.2011 abgelehnt, BR-Drs. 87/11 (B).
- 17 Entwurf NRW (Fn. 16), S. 15 f.
- 18 Vgl. die „Strategie für die Gleichstellung von Frauen und Männern 2010-2015“ v. 21.9.2010, KOM(2010) 491 endg., S. 8 und das Grünbuch Europäischer Corporate Governance-Rahmen, KOM(2011) 164/3, S. 7 f.
- 19 Zum Begriff *Teubner*, Steuerung durch plurales Recht. Oder: Wie die Politik den normativen Mehrwert der Geldzirkulation abschöpft, in: *Zapf* (Hrsg.), Die Modernisierung moderner Gesellschaften, Verhandlungen des 25. Deutschen Soziologentages, 1990, 528, 536 ff; *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 441 ff; *Callies*, Prozedurales Recht, 1999, 181 ff.
- 20 Vgl. dazu *Holst/Busch*, DIW Führungskräfte-Monitor 2010 (Fn. 2.), 55 ff; *Holst/Wiener*, DIW Wochenbericht Nr. 4, 2010, http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.346402.de/10-4-1.pdf (zuletzt besucht: 21.8.2011), 2 ff; *Institut für Unternehmensführung*, Frauen in Führungspositionen – Status Quo in der deutschen Wirtschaft, 2010, http://www.ibu.uni-karlsruhe.de/rd_download/100414_Zusammenfassung_Projektergebnis-se.pdf?PHPSESSID=84c37efcf276a784e4c5b657158e5229 (zuletzt besucht: 21.8.2011); *Kersten*, Projektabschreibung, Aktionärinnen fordern Gleichberechtigung 2010, http://www.djb.de/Projekt_HV/Doku2010/ (zuletzt besucht: 21.8.2011), 21 ff; *Weckes*, Geschlechterverteilung in Vorständen und Aufsichtsräten, 2010, http://www.boeckler.de/pdf/mbf_gender_2010.pdf (zuletzt besucht: 21.8.2011); *Holst/Schimeta*, DIW Wochenbericht Nr. 3, 2011, http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.366825.de/11-3-1.pdf (zuletzt besucht: 21.8.2011), 2 ff.
- 21 *Holst/Schimeta*, DIW Wochenbericht Nr. 3 (Fn. 20), 2, 5.

räten dieser Unternehmen: 13,3 % im Jahr 2009 bzw. 13,2 % im Jahr 2010.²² Erweitert man die Datengrundlage auf 160 börsennotierte Unternehmen, die im DAX30, MDAX, SDAX und TECDAX zusammengefasst sind, lag der Anteil von weiblichen Aufsichtsräten Anfang 2010 bei 9,4 %. Unterscheidet man dabei allerdings zwischen Arbeitnehmer- und Anteilseignervertretern in mitbestimmten Unternehmen, ergibt sich ein deutlich differenzierteres Bild: Bei den Arbeitnehmervertretern stellen Frauen immerhin 18,1 % der Aufsichtsratsmandate, während ihr Anteil bei den Anteilseignervertretern bei 3,8 % verbleibt.²³ Besonders brisant wird diese Zahl, wenn man sie mit dem Anteil von Frauen in den Vorständen dieser Unternehmen vergleicht: Er liegt bei 3 %.²⁴ Die politische Bedeutung dieser Zahlen erschließt sich im Vergleich mit anderen Parametern in Gesellschaft und Wirtschaft, bei denen das Geschlechterverhältnis im Wesentlichen ausgeglichen ist: So lag der Anteil von Frauen in der Bevölkerung Ende des Jahres 2010 bei 50,9 %; bezieht man ihn auf den Anteil der Erwerbstäigen lag er immerhin noch bei 45,7 %.²⁵ Sehr aussagekräftig sind branchenspezifische Vergleiche, beispielsweise für den privaten und öffentlich-rechtlichen Banken und Sparkassensektor:²⁶ Danach betrug der Anteil der Frauen unter den Beschäftigten 57,6 % im Jahr 2010. In den Aufsichtsorganen betrugt der Frauenanteil dagegen nur mehr 16,3 %, in der Vorstands- und obersten Leitungsebene sogar nur mehr 2,9 %. Das Ergebnis ist immer eindeutig: Der Anteil von Frauen in Vorstand oder Aufsichtsrat ist immer signifikant kleiner als der Anteil der Beschäftigten. Die Verteilung dieser wirtschaftlichen Machtpositionen unter den Geschlechtern wird als Ungleichverteilung wahrgenommen. Daraus entsteht ein Rechtfertigungsdruck. Die Politik gerät in Zugzwang.

III. Geschlechtergerechtigkeit oder Diversity?

1. Geschlechtergerechtigkeit

Aufgabe einer gleichheitsrechtlich konzipierten Theorie juristischer Gerechtigkeit ist es, die Beteiligung des „Anderen“²⁷ in einer von Stereotypen geprägten Gesellschaft als Gleicher zu thematisieren.²⁸ Sie sensibilisiert das Recht für die Ungleichheiten in den anderen Funktionssystemen der Gesellschaft, insbesondere der Wirtschaft. Das

22 Weckes, Geschlechterverteilung in Vorständen und Aufsichtsräten (Fn. 20), 4.

23 Weckes, Geschlechterverteilung in Vorständen und Aufsichtsräten (Fn. 20), 8.

24 Die Zahlen beruhen auf Weckes, Geschlechterverteilung in Vorständen und Aufsichtsräten (Fn. 20), 14.

25 Die Berechnung beruht auf den Zahlen des Statistischen Bundesamts (Hrsg.), Mikrozensus 2010, <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Publikationen/Fachveröffentlichungen/Arbeitsmarkt/Erwerbstätige/StandEntwicklungErwerbstätigkeit2010411107004.property=file.pdf>, (zuletzt besucht am 30.9.2011), S. 12-14.

26 Zu den Daten siehe Holst/Schimeta, DIW Wochenbericht Nr. 3, 2011, http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.366829.de/11-3-3.pdf (zuletzt besucht: 21.8.2011), 12.

27 Weiterführend zur Dichotomie Wir/Andere Fisahn, Rechtstheorie (37) 2006, 67 ff.

28 Zu den theoretischen Grundlagen dieser These Grünberger, Personale Gleichheit (Fn. 1), 926 ff.

Recht muss sich entscheiden, ob es sich zur ungleichen Verteilung von Freiheitssphären im Wirtschaftssystem indifferent verhalten oder ob es „intervenieren“ soll. Soweit die Ungleichheit anhand des Geschlechts erfolgt, findet sich die Antwort seit 1949 in Art. 3 Abs. 2 GG:²⁹ „Männer und Frauen sind gleichberechtigt.“ Das ist kein nicht-justizierbarer Programmsatz sondern echte Rechtsnorm:³⁰ „Die politische Frage, ob die in Art. 3 Abs. 2 und 3 genannten Ungleichheiten einen beachtlichen Grund für Differenzierungen im Recht abgeben – worüber erfahrungsgemäß verschiedene Meinungen möglich sind –, ist damit verfassungskräftig verneint.“ Damit verabschiedete das BVerfG die These, dass „der Geschlechtsunterschied heute noch als rechtlich erheblich anzusehen ist“³¹ Der Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG lässt zwei Fragen unbeantwortet: (1.) Wer ist Adressat des Gleichberechtigungsgebots? Nur der Staat (Art. 1 Abs. 3 GG) oder auch private Rechtssubjekte? Wenn man die Bindung auf Private erstreckt, stellt sich ein Konstruktionsproblem:³² Handelt es sich um eine unmittelbare, aus der Verfassung abgeleitete oder eine mittelbare über den Gesetzgeber mediatisierte Bindung?³³ (2.) Beschränkt sich das Diskriminierungsverbot in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG und das Gleichberechtigungsgebot in Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG auf eine formale Konzeption von Gleichheit oder erlauben sie auch eine materielle Konzeption? Ein materielles Verständnis erlaubt es dem Recht, an den Geschlechterunterschied von Personen anzuknüpfen, um dadurch tatsächliche Gleichberechtigung in sozialen Kontexten zu verwirklichen. Beide Fragen stellten sich sofort nach Inkrafttreten des GG.³⁴ Die Antworten darauf kamen aber nicht aus Karlsruhe oder Bonn, sondern aus Luxemburg und Brüssel. In Deutschland folgte man dem zunächst nur widerwillig.³⁵ Nach traditionellem Verständnis erschöpft sich Gleichberechtigung nämlich darin, dass Frauen und Männer die gleichen Rechte und Pflichten haben. Die Herstellung faktischer Gleichheit sei nicht Ziel des Gleichheitsgrundrechts.³⁶ Dagegen folgt das BVerfG seit 1992 einer neuen Konzeption des Art. 3 Abs. 2 GG.³⁷ Danach erstreckt die Norm das Gleichberechtigungsgebot „auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit“.³⁸ „Der Satz "Männer und Frauen sind gleichberechtigt" [...] zielt auf die Angleichung der Lebensverhältnisse. So müssen Frauen

29 Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG wurde erst mit dem Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 27.10.1994, BGBl. I 3146, hinzugefügt.

30 Grundlegend BVerfGE 3, 225, 239 f.

31 BVerfGE 3, 225, 239 f.

32 Vgl. dazu Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, 480.

33 Siehe dazu vertiefend Grünberger, Personale Gleichheit (Fn. 1), 1027 ff und zuletzt Sachs, ZG 2012 (Heft 1) unter II 1 a.

34 Zur Antwort des BAG unter seinem Präsidenten Nipperdey (BAGE 1, 258) siehe jetzt die Würdigung von Schmidt, Der lange Weg zur Gleichberechtigung, FS Heide Pfarr, 2010, 253.

35 Eingehend zur Entwicklung Grünberger, Personale Gleichheit (Fn. 1), 216 ff.

36 Vgl. di Fabio, AÖR (122) 1997, 404, 407 ff; Gubelt in: v. Münch/Kunig, GG, 5. Aufl., Bd. I, 2000, Art. 3 Rn. 82; Starck in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl., Bd. I, 2010, Art. 3 Rn. 309.

37 Zur Entwicklung Sackofsky in: Umbach/Clemens, GG, Bd. I, 2002, Art. 3 II, III Rn. 353 ff.

38 BVerfGE 85, 191, 207; BVerfGE 109, 64, 89.

die gleichen Erwerbschancen haben wie Männer.“³⁹ Diese Neukonzeption beruht auf vier Pfeilern: (1.) Der Regelungsgehalt des Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG geht über das formale Diskriminierungsverbot in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG hinaus.⁴⁰ (2.) Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG beinhaltet ein materielles Gleichberechtigungsgebot. Es ist auf die Verwirklichung der Gleichstellung der Frauen in der Gesellschaft angelegt.⁴¹ (3.) Den Staat trifft eine Schutzpflicht zugunsten der Frauen.⁴² Er muss sicherstellen, dass sie gleiche Erwerbschancen haben und in der Gesellschaft vorhandene Diskriminierungen von Frauen wirksam bekämpfen. (4.) Art. 3 Abs. 2 S. 1 und die zwischenzeitlich erfolgte „Klarstellung“⁴³ in Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG erlauben es dem Staat, begünstigende Regelungen zugunsten der Frauen zu treffen und damit an das Geschlecht als an sich verpöntes Merkmal anzuknüpfen, um bestehende Nachteile auszugleichen und dadurch zur Verwirklichung der Gleichstellung der Frauen beizutragen.⁴⁴ In dieser Konzeption materieller Gleichheit fungiert Art. 3 Abs. 2 GG als Rechtfertigungsgrund einer formalen Ungleichbehandlung.⁴⁵

Die Frage, ob der Staat die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern im Wirtschaftssystem zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken hat, ist wegen Art. 3 Abs. 2 GG also kein ausschließlich politisches, sondern auch ein rechtliches Gebot. Der Staat muss zur Förderung der tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung aktiv werden. Bloße Untätigkeit genügt nicht mehr.⁴⁶ Das „Ob“ steht also nicht mehr zur Disposition.⁴⁷ Damit bildet Art. 3 Abs. 2 GG die *gleichheitsrechtliche* Legitimation von Maß-

³⁹ BVerfGE 85, 191, 207 [Hervorhebungen hinzugefügt].

⁴⁰ Näher zum Verhältnis *Heun* in: Dreier, GG, 2. Aufl., Bd. I, 2004, Art. 3 Rn. 100 ff; *Englisch* in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 2010, Art. 3 Rn. 96 ff.

⁴¹ BVerfGE 92, 91, 109; BVerfGE 109, 64, 89.

⁴² Deutlich formuliert in BVerfGE 89, 276, 285 f, wo § 611 a BGB aF als Ausdruck einer grundrechtlichen Schutzpflicht interpretiert wird. Normative Grundlage dafür ist Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG; möglich wäre auch Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, was für die übrigen Merkmale von Relevanz wäre, dazu weiterführend *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, 178 ff. Ablehnend zum Konzept einer Schutzpflicht aus Art. 3 GG *Isensee* in: Isensee/Kirchhof, HbStR, 2. Aufl., Bd. V, 2000, § 111 Rn. 96; *Jestaedt*, VVDStRL (64) 2005, 299, 343 ff; zum Streitstand näher *Britz*, VVDStRL (64) 2005, 355, 362 f; *Dammann*, Die Grenzen zulässiger Diskriminierung im allgemeinen Zivilrecht, 2005, 77 ff.

⁴³ BVerfGE 92, 91, 109; BVerfGE 109, 64, 89.

⁴⁴ Vgl. BVerfGE 114, 357–71; dazu sehr kritisch *di Fabio*, AöR (122) 1997, 404, 406 ff.

⁴⁵ Siehe BVerfGE 92, 91, 109; aus der Literatur speziell zum Thema von Frauenquoten *Papier/Heidebach*, ZGR 2011, 305, 314 f („[E]ine Ungleichbehandlung anhand des in Art. 3 Abs. 3 GG aufgeführten Differenzierungskriteriums ‚Geschlecht‘ [lässt sich] nur durch kollidierendes Verfassungsrecht rechtfertigen, das zugleich den legitimen Zweck der Ungleichbehandlung darstellt. Als kollidierendes Verfassungsrecht kann nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG herangezogen werden.“). Deutlich kritisch dagegen *Sachs*, ZG 2012 (Heft 1) unter I 2 a („Der insoweit gern genannte Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG kommt allerdings für eine Rechtfertigung von Unterscheidungen wegen des Geschlechts nicht in Frage.“).

⁴⁶ *Sacksofsky* in: Umbach/Clemens, GG, Art. 3 II, III 1 Rn. 354; ähnlich auch *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 90: „bindender Auftrag an den Staat“.

⁴⁷ Scharfe Kritik bei *di Fabio*, AöR (122) 1997, 404, 441 ff.

nahmen, die zur Erhöhung des Frauenanteils in den Funktionssystemen der Gesellschaft beitragen.⁴⁸ Es geht darum sicherzustellen, dass Frauen in der gesellschaftlichen Wirklichkeit dieselben Freiheitsmöglichkeiten haben wie Männer.⁴⁹ Dabei hat der Gesetzgeber bei der Entscheidung darüber, wie er diesem Schutzauftrag nachkommt, im Ausgangspunkt einen erheblichen Gestaltungsspielraum.⁵⁰ Die Palette an möglichen Handlungsoptionen ist groß.⁵¹ Ob Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG allerdings auch die Herstellung „paritätischer“ Repräsentanz von Frauen und Männern in allen gesellschaftlichen Bereichen legitimiert, ist zweifelhaft.⁵² Darüber wird lebhaft gestritten.⁵³

2. Diversity

a) Begriff

Diversity (Vielfalt, Diversität) ist ein schillernder Begriff.⁵⁴ Im Ausgangspunkt beschreibt es eine vielschichtige Zusammensetzung einer Gruppe. Diese Vielfalt kann auf unterschiedlichsten Merkmalen von Personen beruhen.⁵⁵ Dazu zählen regelmäßig auch persönliche Eigenschaften und Zuschreibungen, an die anzuknüpfen das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht grundsätzlich verbietet. Die Merkmale „Rasse“ und ethnische Herkunft, Geschlecht und Alter spielen in der globalen Praxis eine herausgehobene Rolle. *Diversity* knüpft also bewusst an klassische Diskriminierungsmerkmale an, um positive Gruppeneffekte zu erzeugen. Grundlage dafür sind wirtschaftspsychologische und ökonomische Untersuchungen über die Auswirkungen einer heterogenen Gruppenzusammensetzung auf das Gruppenverhalten: Nach Brewer und Kramer (1985) beeinflusst unsere Zugehörigkeit zu einer bestimmte Gruppe unsere Annahmen über gruppeneigenes und gruppenfremdes Verhalten, Intentionen und Werte. Das macht die antizipierende Einrichtung von „Wissensstrukturen“ in den jeweiligen Gruppen notwendig, um die Differenz des Anderen berücksichtigen zu können. Die innerhalb von Gruppen bestehenden Vorurteile können abgebaut werden, wenn es dort überlappende Kategorien (*cross-cutting category distinctions*) gibt. Multiple Grenzziehungen (*multiple category boundaries*) verhin-

48 Vgl. Osterloh in: Sachs, GG, 6. Aufl., 2011, Art. 3 Rn. 261; ähnlich wie hier auch Ossenbühl, NJW 2012, 417 („Für das hier in Rede stehende legislative Projekt einer Förderung der Repräsentanz von Frauen in den Leitungsgremien der Unternehmen kann der Gesetzgeber sich auf das verfassungsrechtliche Mandat des Art. 3 II 2 GG berufen.“)

49 Siehe BVerfGE 89, 276, 285 f.

50 BVerfGE 109, 64, 90.

51 Darauf weisen bereits Frost/Linnainmaa, AG 2007, 601, 609 f unter Berücksichtigung der Handlungsoptionen nordischer Staaten hin.

52 So mit Nachdruck auch Osterloh, in: Sachs, GG (Fn. 48), Art. 3 Rn. 283.

53 Siehe dazu im Wesentlichen bejahend Papier/Heidebach, ZGR 2011, 305, 314 ff; deutlich verneinend dagegen Sachs, ZG 2012 (Heft 1) unter II; differenzierend Ossenbühl, NJW 2012, 417, 418 f

54 Vgl. dazu Lembke, Rechtswissenschaft 2012, 47 (in diesem Heft). Zur Verwendung des Begriffs im DCGK Rieder/Holzmann, AG 2010, 570, 572.

55 Vgl. dazu näher Milliken/Martins, 21 Academy of Management Review 402, 403-04 (1996).

dern einfache Insider-Outsider-Kategorisierungen und reduzieren das soziale Identifikations- und Abgrenzungspotential eines einzigen Merkmals.⁵⁶ Die Beteiligung von Minderheiten in Gruppenprozessen ist nach Nemeth (1986) relevant für die Entscheidungsfindung in der Gruppe.⁵⁷ Personen, die den Argumenten von Minderheitengruppen ausgesetzt waren, unternehmen dabei nämlich größere kognitive Anstrengungen. Das erlaubt eine größere Bandbreite von Ansichten, alternative und neue Lösungsansätze werden ernsthaft in Betracht gezogen und bestehende kritisch evaluiert.⁵⁸

b) Verwurzelung im U.S.-amerikanischen Gleichheitsdiskurs

Im Recht ist das Konzept „*Diversity*“ ein *legal transplant* aus den U.S.A. Dort spielt es seit geraumer Zeit eine wichtige Rolle bei der Rechtfertigung von *affirmative action*-Programmen staatlicher⁵⁹ Universitäten. In den späten 1960er Jahren begann man, „Rasse“ und ethnische Herkunft der Studienbewerber als relevante Kriterien bei der Aufnahmeeentscheidung einzusetzen.⁶⁰ Das ist angesichts des strikten einfach-⁶¹ und verfassungsrechtlichen⁶² Diskriminierungsverbots problematisch.⁶³ Die Universitäten argumentieren, damit einen „*diverse student body*“ zu schaffen.⁶⁴ Der *Supreme Court* sieht darin im Grundsatz ein legitimes Ziel: Die Universität könne ihre wissenschaftliche Aufgabe nur erfüllen, wenn ihre Studierenden einer großen Bandbreite moralischer und ethischer Ansichten und Erfahrungen ausgesetzt seien.⁶⁵ Eine vielfältig zusammengesetzte Studierendenschaft fördere „*cross-racial understanding*“, trage dazu bei, stereotype Annahmen über ethnische Minderheiten abzubauen,⁶⁶ und bereite den Einzelnen besser auf seine Mitwirkung in einer „*in-*

⁵⁶ Brewer/Kramer, 36 Annual Review of Psychology 219 (1985).

⁵⁷ Nemeth, 93 Psychological Review 23 (1986).

⁵⁸ Nemeth, 93 Psychological Review 23, 25 (1986).

⁵⁹ Zur state action-Doktrin grundlegend Civil Rights Cases, 109 U.S. 3, 11 (1883), in jüngerer Zeit U.S. v. Morrison, 529 U.S. 598 (2000). Näher dazu im deutschen Schrifttum Giegerich, Privatwirkung der Grundrechte in den USA, 1992, 185–214 und Heun, VVDSRL (61) 2002, 80, 90–93.

⁶⁰ Siehe Regents of University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978).

⁶¹ Vgl. Civil Rights Act von 1866 [42 U.S.C. § 1981 und § 1982] und Title VII des Civil Rights Act von 1964 [42 U.S.C. § 2000 e et seq]; siehe Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244, 275 f (2003).

⁶² Grundlegend Korematsu v. U.S., 323 U.S. 214 (1944); Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954) und in jüngerer Zeit Adarand Constructors, Inc. v. Pena, 515 U.S. 200, 224 (1995) [,any person, of whatever race, has the right to demand that any governmental actor subject to the Constitution justify any racial classification subjecting that person to unequal treatment under the strictest judicial scrutiny].

⁶³ Zum Ganzen näher Chemerinsky, Constitutional Law, 3rd ed., 2007, 690 ff; aus dem deutschen Schrifttum Damm, Menschenwürde, Freiheit, komplexe Gleichheit: Dimensionen grundrechtlichen Gleichheitsschutzes, 2006, 214 ff. Instruktiv zum Modell unterschiedlicher Prüfungsdichte und seiner sozial-historischen Einbettung Balkin, 26 Card. L. Rev. 1689, 1712 ff (2005).

⁶⁴ Grundlegend Regents of University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978); Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003); Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003).

⁶⁵ Regents of University of California v. Bakke, 438 U.S. at 311–15; Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306, 329 (2003).

⁶⁶ Grutter v. Bollinger, 539 U.S. at 330.

creasingly diverse workforce and society“ vor.⁶⁷ Das geht nicht ohne Berücksichtigung statistischer Zusammenhänge.⁶⁸ Für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Quoten kommt es im Ergebnis darauf an, wie strikt oder wie flexibel sie gehandhabt werden.⁶⁹

Diversity ist im U.S.-amerikanischen Nichtdiskriminierungsrecht ein Rechtfertigungsgrund für formale Ungleichbehandlungen. Das teilt er mit den klassischen *affirmative action*-Programmen.⁷⁰ *Affirmative action* basiert auf einer materiellen Konzeption⁷¹ der Diskriminierungsverbote.⁷² Um die bestehenden diskriminierenden Strukturen zu bekämpfen, muss man zunächst die Differenz der Personen im Recht wieder sichtbar machen, um die ungleiche Behandlung erfolgreich bekämpfen zu können: „*In order to get beyond racism, we must first take account of race. There is no other way. And in order to treat some persons equally, we must treat them differently.*“⁷³ Das ist die dialektische Lösung⁷⁴ des Paradoxons der Gleichheit.⁷⁵ Diese ist der konservativen Mehrheit am *Supreme Court* mittlerweile suspekt. Sie bevorzugt wieder die einfache Lösung über den formalen Gleichheitsbegriff.⁷⁶ Ursache dafür ist der schwache Textbefund des U.S.-Rechts, das im Wesentlichen⁷⁷ keinen ausdrücklichen Anhaltspunkt für eine materielle Konzeption des Gleichbehandlungsrechts enthält. Das setzt *affirmative-action*-Programme unter erheblichen Le-

67 Grutter v. Bollinger, 539 U.S. at 330.

68 Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 336 unter Verweis auf Regents of University of California v. Bakke, 438 U.S. at 323.

69 Vgl. dazu Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003), wo das Gericht die standardisierte Berücksichtigung der ethnischen Herkunft in den Aufnahmekriterien des University of Michigan's College of Literature, Science and the Arts für verfassungswidrig erklärte, während es in Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003) die individualisierten Aufnahmefaktoren der Law School für einstweilen noch verfassungsgemäß hielt. Grundlegend Regents of University of California v. Bakke, 438 U.S. at 315, wo die Verfassungsmäßigkeit einer „starren Quote“ (16 von 100 Plätzen waren für Studierende reserviert, die als Angehörige einer Minderheit „benachteiligt“ waren) iE verneint wurde.

70 Sehr instruktiv zur Entwicklung und zur Unterscheidung von *affirmative action* und *diversity management*: Gilbert/Stead/Ivancevich, 21 J. of Business Ethics 61 (1999).

71 Zur Problemstellung Fredman, Discrimination Law, 2002, 122 ff.

72 Vgl. Adarand Constructors, Inc. v. Pena, 515 U.S. 200, 228 (1995) [„strict scrutiny does take “relevant differences” into account—indeed, that is its fundamental purpose.“].

73 Regents of University of California v. Bakke, 438 U.S. 265, 407 (1978)(Blackmun, J., conc. & diss. in part).

74 Eingehend Menke, Spiegelungen der Gleichheit, 2004, 22 ff.

75 Dazu Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, 378 f.

76 Siehe Parents Involved In Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1, 551 U.S. 701, 748 (2007) [„The way to stop discrimination on the basis of race is to stop discriminating on the basis of race“] zum verfassungsrechtlichen und Ricci v. DeStefano, 129 S.Ct. 2658 (2009) zum einfachrechtlichen Diskriminierungsverbot. Ganz deutlich – wenn auch damals noch in der Minderheit – Adarand Constructors, Inc. v. Pena, 515 U.S. 200, 239 (1995)(Scalia, J., conc.): „In my view, government can never have a “compelling interest” in discriminating on the basis of race in order to “make up” for past racial discrimination in the opposite direction.“

77 Eine Ausnahme ist Verankerung des *disparate treatment claim* im Title VII des Civil Rights Act 1964 durch den Civil Rights Act 1991 [105 Stat. 1071]; vgl. dazu Ricci v. DeStefano, 129 S.Ct. at 2673. Diese wird von Vertretern einer strikt formalen Gleichheitskonzeption verfassungsrechtlich angegriffen, siehe Ricci v. DeStefano, 129 S.Ct. 2658 at 2682 (Scalia, J., conc.).

gitimationsdruck.⁷⁸ In dieser Hinsicht sind Unionsrecht und deutsches Verfassungsrecht freilich ganz anders gelagert: Die materielle Konzeption des Diskriminierungsverbots ist auf allen Stufen der Normhierarchie ausdrücklich verankert.⁷⁹

Für *Diversity* ist die formale Ungleichbehandlung von Personen ebenfalls ein Mittel. Es dient aber dem freiheitsrechtlichen Schutz des ungleich Behandelnden, sein autonom gesetztes und schutzwürdiges Ziel mit einer Differenzierung besser erreichen zu können. *Diversity* sensibilisiert das Recht dafür, dass es die Eigenrationalität seiner Umwelt bei der Anwendung des Prinzips formaler Gleichheit berücksichtigt. Mit dem *Diversity*-Argument kann man die von einer strikt formalen Konzeption des Gleichbehandlungsrechts gerissene Bresche teilweise wieder schließen. *Diversity* adressiert das Problem struktureller Ungleichheiten in der Gesellschaft allerdings nicht unmittelbar gleichheitsrechtlich. Es basiert auf einem freiheitsrechtlichen Verständnis, das lediglich *mittelbar* zur Verbesserung materialer Gleichheit beitragen kann. Gleichstellungspolitik ist darin kein Zweck an sich, sondern wird zum Mittel, ökonomische Ziele zu erreichen.

c) Business Case für Diversität?

(1) Ein Zusammenhang zwischen Gender Diversity und dem Unternehmensinteresse?

Die Relevanz von *Diversity* in Entscheidungsgremien der Unternehmen ist in den letzten 20 Jahren intensiv untersucht worden.⁸⁰ Dabei konzentriert man sich auf die Auswirkung der heterogenen Zusammensetzung des *Board of Directors* im monistischen U.S.-Modell.⁸¹ Mittlerweile gibt es eine Reihe von Studien im europäischen

78 Vgl. dazu Ricci v. DeStefano, 129 S.Ct. at 2675-76 und die überzeugende Kritik in Ricci v. DeStefano, 129 S.Ct. 2658, 2701 (2009)(Ginsburg, J., diss.).

79 Zu den Textgrundlagen Grünberger, Personale Gleichheit (Fn. 1), 743-57.

80 Grundlegend der Überblick von Milliken/Martins, 21 Academy of Management 402 (1996).

81 Vgl. dazu Dwyer/Richard/Chadwick, 56 J. of Business Research 1009 (2003); Erhardt/Werbel/Shrader, 11 Corporate Governance 102 (2003); Arfken/Bellar/Helms, 50 J. of Business Ethics 177 (2004); Farrell/Hersch, 11 J. of Corporate Finance 85 (2005); Brammer/Millington/Pavelin, 15 Corporate Governance 393 (2007); De Abreu Dos Reis/Sastre/Roig, 1 Service Business 257 (2007); Peterson/Philpot, 72 J. of Business Ethics 177 (2007); Peterson/Philpot/O'Shaughnessy, 15 Corporate Governance: 558 (2007); Francoeur/Labelle/Sinclair-Desgagné, 81 J. of Business Ethics 83 (2008); Terjesen/Singh, 83 J. of Business Ethics 55 (2008); Adams/Ferreira, 94 J. of Financial Economics 291 (2009); Brammer/Millington/Pavelin, 20 British J. of Management 17 (2009); Miller/Del, 46 J. of Management Studies 755 (2009); Terjesen/Sealy/Singh, 17 Corporate Governance 320 (2009); Wang/Clift, 21 Pacific Accounting Review 88 (2009); Bear/Rahman/Post, 97 J. of Business Ethics 207 (2010); Carter/D'Souza/Simkins/Simpson, 18 Corporate Governance 396 (2010); Rodríguez-Domínguez/García-Sánchez/Gallego-Álvarez, European J. of Law and Economics 2010, 1, (2010); Shilton/McGregor/Tremaine, 25 Gender in Management 275 (2010); Ye/Zhang/Rezaee, 26 Advances in Accounting 47 (2010); Brady, 26 Gender in Management 104 (2011); Dobbin/Jung, 89 N.C.L. Rev. 809 (2011).

Kontext.⁸² Gemeinsam ist den hier repräsentativ genannten Arbeiten die Fragestellung: „*Is there a ‘business case’ for board diversity?*“⁸³ Auf der Grundlage moderner Corporate Governance Theorien⁸⁴ nimmt man an, dass sich die Präsenz von Frauen in Führungsgremien positiv auf das Unternehmensergebnis auswirkt oder in der Unternehmensbewertung niederschlägt.⁸⁵ Dafür gibt es im Kern drei sich gegenseitig ergänzende Erklärungsansätze:⁸⁶ (1.) Ein unter *Gender Diversity*-Aspekten zusammenge setztes Gremium beschäftigt sich intensiver mit alternativen Lösungen. Frauen können dazu aufgrund ihrer unterschiedlichen Erfahrung und Sozialisation einen wesentlichen Beitrag leisten. (2.) *Gender Diversity* ist ein Anwendungsfall von *Corporate Social Responsibility* (CSR). Darunter versteht man ein „Konzept, das den Unternehmen als Grundlage dient, auf freiwilliger Basis soziale Belange und Umweltbelange in ihre Unternehmens tätigkeit und in die Wechselbeziehungen mit den Stakeholdern zu integrieren.“⁸⁷ Ein hoher CSR-Index beeinflusst die Reputation des Unternehmens am Markt und unter den Investoren und sorgt damit mittelbar für bessere Unternehmensergebnisse und einen steigenden Unternehmenswert.⁸⁸ (3.) Der einseitige Blick auf Männer als potentielle Kandidaten für Entscheidungsgremien beschränkt den Wettbewerb. Öffnet man ihn auch für Frauen, kann es zu einer Qualitätssteigerung der Kandidaten insgesamt kommen. Wenn der Pool geeigneter Kandidaten insgesamt wächst, steigert das Unternehmen langfristig seine Produktivität. Nach gesicherter Erkenntnis treten diese positiven Effekte jedenfalls nur dann auf,

- 82 Siehe dazu *Campbell/Mínguez-Vera*, 83 J. of Business Ethics 435 (2008); *Campbell/Minguez*, 14 J. of Management and Governance 37 (2010) (jeweils zu Spanien); *Marinova/Plantenga/Remery*, Gender Diversity and Firm Performance: Evidence from Dutch and Danish Boardrooms, Utrecht School of Economics Tjalling C. Koopmans Research Institute Discussion Paper Series 10-03 2010, http://www.uu.nl/SiteCollectionDocuments/REBO/REBO_USE/REBO_USE_OZZ/10-03.pdf (zuletzt besucht: 24.1.2011), (zu den Niederlanden und Dänemark); *Lückerath-Rovers*, J. of Management and Governance (online) DOI 10.1007/s10997-011-9186-1 zu den Niederlanden; *Smith/Smith/Verner*, 55 I’ntl J. of Productivity and Performance Management 569 (2006); *Rose*, 15 Corporate Governance 404 (2007) (zu Dänemark) *Huse/Nielsen/Hagen*, 89 J. of Business Ethics 581 (2009); *Elstad/Ladegard*, 20 J. of Management and Governance 1 (2010); *Nielsen/Huse*, 18 Corporate Governance 136 (2010); *Nielsen/Huse*, 7 European Management Review 16 (2010) jeweils (Norwegen); *Grosvold/Brammer/Rayton*, 16 Business Ethics 344 (2007) (Norwegen und UK im Vergleich); *Pesonen/Tienari/Vanhala*, 24 Gender in Management 327 (2009); *Virtanen*, 14 J. of Management and Governance 1 (2010) (Finnland).
- 83 So der Titel des Beitrags von *Wang/Clift*, 21 Pacific Accounting Review 88 (2009).
- 84 Vgl. dazu *Kim/Burns/Prescott*, 17 Corporate Governance 728 (2009). Zu den unterschiedlichen Begründungsansätzen (*agency* und *stakeholder theory*) vertiefend *Francoeur/Labelle/Sinclair-Desgagné*, 81 J. of Business Ethics 83 (2008).
- 85 Vgl. dazu den ausführlichen Überblicksaufsatz *Terjesen/Sealy/Singh*, 17 Corporate Governance 320 (2009).
- 86 Vgl. dazu den Überblick bei *Smith/Smith/Verner*, 55 I’ntl J. of Productivity and Performance Management 569, 570 f (2006).
- 87 Grünbuch Europäische Rahmenbedingungen für die soziale Verantwortung der Unternehmen, KOM(2001) 366 endg. Rn. 20.
- 88 Dazu näher *Bear/Rahman/Post*, 97 J. of Business Ethics 207 2010).

wenn im Entscheidungsgremium eine „kritische Masse“ von Frauen vorhanden ist.⁸⁹ Eine rein symbolische Besetzung genügt nicht, weil damit die Homogenität der Gruppe nicht durchbrochen wird und das spezifische Potential des anderen Standpunkts sich nicht entfalten kann.⁹⁰

Zwei Studien sorgten für die Breitenwirkung des *Business Case: Catalyst* publizierte 2004 eine Untersuchung, nach der 353 Fortune 500-Unternehmen mit dem höchsten Frauenanteil im Topmanagement eine durchschnittlich um 35,1 % höhere Eigenkapitalrendite (*return on equity*) und eine um 34 % höhere Aktienrendite (*total return to shareholders*) erzielten.⁹¹ Diesen Trend bestätigte eine von *McKinsey* erstmals im Jahr 2007 veröffentlichte und seitdem regelmäßig fortgeschriebene Studie.⁹² Danach bestehe eine Korrelation zwischen verbesserten Abläufen der Unternehmensorganisation und den Unternehmensergebnissen, wenn es mindestens drei Frauen im Vorstand (*management committee*) gebe.⁹³ Beide Untersuchungen sind allerdings erheblichen methodischen Bedenken ausgesetzt.⁹⁴ Dieses Defizit wird von einer ganzen Reihe jüngerer Studien ausglichen, die einen Zusammenhang zwischen *Diversity* und Unternehmensergebnis im Kern bestätigen konnten.⁹⁵ Manche wollen sogar eine kausale Beziehung erkennen.⁹⁶ Den damit verbundenen methodischen Einwänden können Untersuchungen entgehen, die sich auf indirekte Zusammenhänge beschränken. Danach führe *Diversity* u.a. zu einem „*reputation-building effect*“ und steigere

- ⁸⁹ Kramer/Konrad/Erkut, Wellesley Centers for Women, Report No. WCW 11 2006; ähnlich Campbell/Minguez-Vera, 83 J. of Business Ethics 435 (2008); Rodríguez-Domínguez/García-Sánchez/Gallego-Álvarez, European J. of Law and Economics 2010, 1, (2010); weitere Nachweise bei Terjesen/Sealy/Singh, 17 Corporate Governance 320, 328 (2009). Siehe dazu auch die Ergebnisse einer norwegischen Studie, die diese Hypothese bestätigt, Elstad/Ladegard, 20 J. of Management and Governance 1 (2010).
- ⁹⁰ Grundlegend zur Theorie des *tokenism Kanter*, Men and Women of the Corporation, 1977, 218 ff und zur Gefahr, von der dominaten Mehrheit mit den klassischen Stereotypen konfrontiert zu werden (*stereotype threat*) Spencer/Steele/Quinn, 35 J. of Experimental Social Psychology 4 (2006) und Nielsen/Huse, 7 European Management Review 16 (2010).
- ⁹¹ Catalyst, The Bottom Line: Connecting Corporate Performance and Gender Diversity, 2004, <http://www.catalyst.org/publication/82/the-bottom-line-connecting-corporate-performance-and-gender-diversity> (zuletzt besucht: 21.8.2011).
- ⁹² McKinsey & Co., Women Matter, erhältlich unter http://www.mckinsey.de/html/publikationen/women_matter/index.asp, S. 12 [Stand: 21.8.2011].
- ⁹³ McKinsey & Co., Women Matter [Fn. 92]; S. 11 ff.
- ⁹⁴ Dazu eingehend Lückerath-Rovers, J. of Management and Governance (online) DOI 10.1007/s10997-011-9186-1.
- ⁹⁵ Erhardt/Werbel/Shrader, 11 Corporate Governance 102 (2003); Smith/Smith/Verner, 55 Int'l J. of Productivity and Performance Management 569 (2006); Campbell/Minguez-Vera, 83 J. of Business Ethics 435 (2008); Francoeur/Labelle/Sinclair-Desgagné, 81 J. of Business Ethics 83 (2008); Lückerath-Rovers, J. of Management and Governance (online) DOI 10.1007/s10997-011-9186-1; Rodríguez-Domínguez/García-Sánchez/Gallego-Álvarez, European J. of Law and Economics 2010, 1, (2010) (die auf die Bedeutung vergleichbarer Arbeitsbedingungen und Ausbildung hinweisen); weitere Nachweise bei Terjesen/Sealy/Singh, 17 Corporate Governance 320, 329-30 (2009).
- ⁹⁶ Smith/Smith/Verner, 55 Int'l J. of Productivity and Performance Management 569, 579-80 (2006); Campbell/Minguez-Vera, 83 J. of Business Ethics 435 (2008); zurückhaltend dagegen Catalyst, The Bottom Line: Connecting Corporate Performance and Gender Diversity (Fn. 91).

die Innovationsfähigkeit eines Unternehmens.⁹⁷ Noch schwieriger ist die empirische Überprüfung der These, dass eine relevante Anzahl von Frauen die Bewertung der CSR des Unternehmens beeinflussten und sich damit mittelbar positiv auf das Unternehmen auswirkten.⁹⁸ Gemeinsam ist den hier genannten Studien, dass eine Erhöhung des Frauenanteils zugleich den Unternehmenswert verbessert. Sie können also im Ergebnis Regulierungsansätze rechtfertigen, mit denen der Frauenanteil erhöht werden soll.⁹⁹

Diese Ergebnisse sind nicht unumstritten.¹⁰⁰ Beispielhaft dafür sind die unterschiedlichen Resultate zu niederländischen Unternehmen.¹⁰¹ Das Phänomen lässt sich mit alternativen Ansätzen erklären: Die Präsenz von Frauen kann darauf zurückgeführt werden, dass Unternehmen aufgrund eigener Präferenzen oder – praktisch wichtiger – äußerer Drucks – den Anteil an Frauen erhöhen und sich die Frauen daher erfolgreichere Unternehmen aussuchen würden.¹⁰² Man kann das Phänomen auch mit dem *stereotype threat* erklären, der beim Fehlen einer „kritischen Masse“ zu einer antizipierten Assimilationsleistung und Übernahme männlicher Verhaltensmuster bei Frauen führt.¹⁰³ Erhebliche Bedeutung kommt der Kritik von Adams & Ferreira (2009) zu: Sie bemängeln, dass sich die Untersuchungen auf zu kurze Zeiträume bezügen und daher fehleranfällig seien.¹⁰⁴ *Gender Diversity* in Boards könne einen signifikanten positiven Einfluss auf die Funktionsfähigkeit des Gremiums und auf die Corporate Governance insgesamt haben. Es bestehe aber kein zwingender kausaler Zusammenhang zum gesteigerten Unternehmensergebnis.¹⁰⁵ Im Ergebnis seien divers besetzte Boards strengere Kontrolleure. Eine verpflichtende Quote würde sich aber negativ auf bereits erfolgreich geführte Unternehmen auswirken. *Dobbin &*

97 Miller/Del, 46 J. of Management Studies 755 (2009); Østergaard/Timmermans/Kristinsson, 40 Research Policy 509 (2011); nach Brammer/Millington/Pavelin, 20 British J. of Management 17 (2009) allerdings nur bei Endkunden nahen Segmenten.

98 Bear/Rahman/Post, 97 J. of Business Ethics 207 (2010).

99 Ausdrücklich etwa Campbell/Minguez, 14 J. of Management and Governance 37 (2010).

100 Eine Übersicht über die ältere Literatur bietet De Abreu Dos Reis/Sastre/Roig, 1 Service Business 261-63 (2007); jüngere Kritik etwa bei Wang/Clift, 21 Pacific Accounting Review 88 (2009); Ye/Zhang/Rezaee, 26 Advances in Accounting, incorporating Advances in International Accounting 47 (2010) und der Überblick bei Dobbin/Jung, 89 N.C.L. Rev. 809, 817-20 (2011).

101 Einen Zusammenhang nachweisen kann Lückerath-Rovers, J. of Management and Governance (online) DOI 10.1007/s10997-011-9186-1; dagegen können Marinova/Plantenga/Remery, Gender Diversity and Firm Performance: Evidence from Dutch and Danish Boardrooms (Fn. 82) die Hypothese nicht bestätigen.

102 Farrell/Hersch, 11 J. of Corporate Finance 85 (2005); dagegen aber Smith/Smith/Verner, 55 Int'l J. of Productivity and Performance Management 569 (2006); Campbell/Minguez-Vera, 83 J. of Business Ethics 435 (2008).

103 Rose, 15 Corporate Governance 404 (2007).

104 Adams/Ferreira, 94 J. of Financial Economics 291 (2009).

105 Adams/Ferreira, 94 J. of Financial Economics 291, 292 (2009).

Jung bilanzieren daher ernüchternd: „*The big picture seems to be that gender board diversity does not help firms, and may hurt them.*“¹⁰⁶

Zusammenfassend ist ein *Business Case* für *Gender Diversity* in unternehmerischen Entscheidungsgremien möglich, aber keinesfalls gesichert. Ein wesentlicher Grund dafür ist das statistische Problem, einen empirischen Zusammenhang zwischen einem isolierten Faktor der Board-Zusammensetzung und dem Unternehmensergebnis herzustellen.¹⁰⁷ Das schwächt Regulierungsansätze, die sich mit den behaupteten positiven Auswirkungen der Beteiligung von Frauen in Aufsichtsrat und Vorstand legitimieren. Das Bild ist durchwachsen: (1.) Eine unmittelbare positive Auswirkung auf die Unternehmensergebnisse lässt sich nicht mit ausreichender Sicherheit nachweisen. (2.) Unklar ist, ob die verstärkte Besetzung mit Frauen – zumal wenn sie auf Faktoren außerhalb des Unternehmens zurückgeführt wird – am Markt positive oder negative Auswirkungen auf den Börsenwert hat. (3.) Erreichen Frauen in Aufsichts- und Entscheidungsgremien eine kritische Masse, kann man einen positiven Zusammenhang zur Arbeitsweise des Gremiums und – sektorspezifisch – zur Unternehmensreputation feststellen. *Gender Diversity* stärkt damit die Corporate Governance und hat positive Auswirkungen auf CSR-Bewertungen. Damit verlagert sich das Problem allerdings nur auf eine andere Ebene, weil man jetzt nachweisen muss, dass CSR-Aktivitäten sich positiv auf das Unternehmensergebnis auswirken.¹⁰⁸

(2) Diversity in der Genderfalle

„Gender unter dem Dach Diversity“¹⁰⁹ birgt die Gefahr der „Re-Aktivierung zweigeschlechtlicher Denk- und Handlungsmuster“.¹¹⁰ Das ist dann der Fall, wenn der *Business Case* mit den vermeintlich „geschlechterspezifischen Sichtweisen“ verknüpft wird, die gerade Frauen – weil sie Frauen sind – in die Unternehmensführung einbringen. Ein Beispiel dafür ist die Studie von *Huse u.a.* (2009):¹¹¹ Der – nachweisbare – Einfluss von Frauen auf die Boardtätigkeit hänge von den ihnen zugeteilten Aufgaben ab, was auf „*women's enhanced sensitivity towards others and their consideration of the interests and perspectives of multiple parties*“ zurückzuführen sei.¹¹² Damit tappt das Diversitätsargument in die „Genderfalle.“ Angeblich gesicherte Kenntnisse der Evolutionsbiologie und modernen Hirnforschung, wonach

106 Dobbin/Jung, 89 N.C.L. Rev. 809, 837 (2011).

107 Carter/D'Souza/Simkins/Simpson, 18 Corporate Governance 396, 411 (2010); Lückerath-Rovers, J. of Management and Governance (online) DOI 10.1007/s10997-011-9186-1.

108 Kritisch dazu beispielsweise Mülbert, AG 2009, 766 ff.

109 Krell, FS Heide Pfarr, 2010, 147, 148.

110 Wetterer, Strategien rhetorischer Modernisierung. Gender Mainstreaming, Managing Diversity und die Professionalisierung der Gender-Expertinnen 2002, 129, 129.

111 Huse/Nielsen/Hagen, 89 J. of Business Ethics 581 (2009).

112 Nielsen/Huse, 18 Corporate Governance 136, 143 (2010).

Frauen anders denken als Männer,¹¹³ sind widerlegt.¹¹⁴ Wenig besser ergeht es dem psychologischen Erklärungsansatz: Frauen führen besser, seien teamfähig, kooperativ und sozial kompetent. Männer zeigten dagegen Entschlussfähigkeit, Durchsetzungskraft, Risikobereitschaft, zu hohe Risikobereitschaft, wie angesichts der jüngsten Finanzkrise angemerkt wird.¹¹⁵ Frauen würden sich nur zögerlich in Wettkampfsituationen begeben.¹¹⁶ Das wird in atemberaubender Manier als Ergebnis der Evolution erklärt und letztlich auf das männliche Testosteron und den Menstruationszyklus der Frau¹¹⁷ zurückgeführt.¹¹⁸ Damit verkennt man, dass Führungsverhalten, -erfolg und das Geschlecht soziale Konstrukte sind, die mit interessengeleiteten Wahrnehmungen, Zuschreibungen und Bewertungen verbunden sind.¹¹⁹ Der Untersuchungsgegenstand „fabriziert“ die Geschlechterunterscheidungen und verdeckt diesen Vorgang mit dem „Anschein des Natürlichen“.¹²⁰ *Gender Diversity* ist daher so zu konzipieren, dass sie nicht an Stereotype und bestehende Geschlechterhierarchisierungen anknüpft und diese damit legitimiert.¹²¹ Frauen sind nicht deshalb ein Gewinn, weil sie Frauen sind, sondern weil sie aufgrund ihres Geschlechts in einer wesentlich nach Genderkriterien hierarchisierten sozialen Umwelt anderen Erfahrungen ausgesetzt sind.¹²² Auf diese Erfahrungen können sie in Entscheidungssituationen zurückgreifen und daher eine Perspektive einbringen, die zur „besseren“ Entscheidung der gesamten Gruppe beiträgt.¹²³

113 Vgl. zu diesem Ansatz in Fachbüchern zu Gender-Marketing Krell, Gender Marketing: Ideologiekritische Diskursanalyse einer Kuppelproduktion, in: Diaz-Bone/Krell, Diskurs und Ökonomie, 2009, 203 ff.

114 Ausführlich dazu Schmitz, Sex, gender, and the brain – biological determinism versus socio-cultural constructivism, in: Klinge/Wiesemann, Sex and Gender in Biomedicine, 2010, 57 ff.

115 Ausführlich dazu der Überblick von Croson/Gneezy, 47 J. of Economic Literature 448, 449-454 (2009).

116 Croson/Gneezy, 47 J. of Economic Literature 448, 464-66 (2009).

117 Chen/Katuscak/Ozdenoren, Why Can't a Woman Bid More Like a Man?, http://yanchen.people.si.umich.edu/papers/chen_katuscak_ozdenoren_demog20090520.pdf; Wozniak/Harbaugh/Mayr, The Menstrual Cycle and Performance Feedback Alter Gender Differences in Competitive Choices, 2010, http://harbaugh.uoregon.edu/Papers/Menstruation_Wozniak_201010.pdf [Stand: 21.8.2011].

118 Zu den Begründungsansätzen näher Croson/Gneezy, 47 J. of Economic Literature 448, 466-67 (2009).

119 Eingehend Krell, „Vorteile eines neuen, weiblichen Führungsstils“: Ideologiekritik und Diskursanalyse in: Krell (Hrsg.), Chancengleichheit durch Personalpolitik, 2008, 324 ff.

120 Dazu grundlegend Butler, Das Unbehagen der Geschlechter, 1991.

121 Diesen Aspekt betont besonders die Analyse von Diversity vom Standpunkt der Queer-Theory, siehe dazu weiterführend Bendl/Fleischmann/Walenta, 23 Gender in Management 382 (2008).

122 Vgl. Milliken/Martins, 21 Academy of Management 402, 404 (1996).

123 Vgl. dazu Sotomayor, 13 Berkeley La Raza L.J. 87, 92 (2002).

IV. Regulierungsansätze zur Erhöhung des Frauenanteils in Führungspositionen

1. Selbstregulierung

Von Selbstregulierung spricht man, wenn der Staat sich zurückhält, weil er davon ausgeht, dass ein Steuerungsziel im gesellschaftlichen Prozess besser erfüllt wird.¹²⁴ Klassischer Ort der „Selbst-Regulierung“ der Bedürfnisse privater Akteure ist der Markt.¹²⁵ Für das Privatrecht ist Selbstregulierung daher der Normalfall und eng mit den Begriffen „Vertrag“ und „Privatautonomie“,¹²⁶ „Eigentum“ und „Vereinigungsfreiheit“ verbunden. Damit weist das Recht die Handlungs- und Entscheidungskompetenz dem einzelnen privaten Akteur zu. Im liberalen Rechtsmodell ist es diese Beurteilungsfreiheit, die produktives Entscheiden unter Ungewissheitsbedingungen erst ermöglicht.¹²⁷ In der „Privatrechtsgesellschaft“¹²⁸ ist ordnungsbildendes Wissen „an eine Praxis des Ausprobierens von Lösungsstrategien gebunden, über die sich Konventionen aufgrund der praktischen Bewährung [...] und wechselseitiger Beobachtung der Handelnden bilden.“¹²⁹ Aufgabe des Rechts ist es, unter Berücksichtigung der formalen Gleichheit in der Ausübung der Freiheitsrechte die Eigenrationalität des Privaten zu sichern.¹³⁰

a) Präferenzautonomie des Verbandes

Die Bestellung der Organmitglieder ist Bestandteil der Verbandsautonomie.¹³¹ Das Recht akzeptiert damit, dass der Verband diese Auswahlentscheidung an seinen eigenen Präferenzen orientiert. Dieser Freiheitsraum wird gegenüber staatlicher Regulierung geltend gemacht, wenn behauptet wird, die Einheitsquote verstöße gegen die von Art. 9 Abs. 1 GG geschützte Verbandsautonomie,¹³² gegen die Berufsfreiheit des Verbandes (Art. 12 Abs. 1 GG)¹³³ und den Eigentumsschutz der Gesellschafter (Art. 14 Abs. 1 GG).¹³⁴

124 Schulz/Held in: Hans-Bredow-Institut (Hrsg.), *Regulierte Selbstregulierung als Form modernen Regierens*, 2001, 7.

125 Schulz/Held in: Hans-Bredow-Institut (Hrsg.), *Regulierte Selbstregulierung als Form modernen Regierens*, 2001, 7; Buck-Heeb/Dieckmann, *Selbstregulierung im Privatrecht*, 2010, 33 ff, anders z. Bsp. Bachmann, *Private Ordnung*, 2006, 27.

126 Buck-Heeb/Dieckmann, *Selbstregulierung im Privatrecht*, 2010, 26.

127 Dazu Ladeur, *Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation*, 2000.

128 Zum Begriff grundlegend Böhm, ORDO (17) 1966, 75 ff; dazu und zu den modernen Konzeptionen vertiefend Grünberger, *Personale Gleichheit* (Fn. 1), 188 ff.

129 Ladeur, *Der Staat gegen die Gesellschaft*, 2006, 40.

130 Ladeur, *Staat gegen Gesellschaft*, 2006, 76 f.

131 Vgl. BVerfGE 50, 290, 353 ff; siehe dazu auch Papier/Heidebach, ZGR 2011, 305, 327 f.

132 Dazu grundlegend BVerfGE 50, 290, 353 ff; BVerfGE 99, 367 (jeweils zur Mitbestimmung); vgl. auch François-Poncet/Deilmann/Otte, NZG 2011, 450, 454.

133 Dazu Spindler/Brandt, NZG 2011, 401 ff.

134 Dazu Wieland, NJW 2010, 2408, 2409 f; Bachmann, ZIP 2011, 1131, 1134 und ausführlich Papier/Heidebach, ZGR 2011, 305, 323 ff (Verfassungswidrigkeit im Kern verneinend); bejahend dagegen Mülbert, ZHR (174) 2010, 375, 382; Redenius-Hövermann, ZIP 2010, 660, 665.

Innerhalb des Verbandes trägt der Aufsichtsrat die „Vorschlagsverantwortung“,¹³⁵ § 124 Abs. 3 S. 1 AktG. Das Gesetz schränkt die Präferenzautonomie des Verbandes nur im Interesse guter Unternehmensführung ein. Der Aufsichtsrat hat sich bei seinem Wahlvorschlag an den gesetzlichen Aufgaben eines Aufsichtsratsmitglieds zu orientieren. Die Kandidaten müssen die Mindestkenntnisse und -fähigkeiten besitzen oder sich aneignen, die es braucht, um alle normalerweise anfallenden Geschäfts vorgänge auch ohne fremde Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen zu können.¹³⁶ Nicht jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied muss alle für die Arbeit des Aufsichtsrats erforderlichen Fachkompetenzen mitbringen. Die erforderlichen Fachkompetenzen müssen aber im Gesamtorgan ausreichend vorhanden sein.¹³⁷ Das gilt insbesondere für den unabhängigen „Finanzexperten“, § 100 Abs. 5 AktG.¹³⁸ Wegen der Personalkompetenz und der Zustimmungsvorbehalte muss das Aufsichtsratsmitglied mit den wesentlichen Geschäftsabläufen und der unternehmerischen Strategie vertraut sein.¹³⁹ Eigene unternehmerische Erfahrung ist dagegen nicht erforderlich.¹⁴⁰

b) Ein Problem tatsächlicher Gleichheit

Der Aufsichtsrat muss der Hauptversammlung die Kandidaten zur Wahl vorschlagen, die er – unabhängig von ihrem Geschlecht – für am Besten geeignet hält, dem Interesse der Gesellschaft und dem Gebot einer möglichst effektiven Überwachung durch das Aufsichtsorgan zu entsprechen.¹⁴¹ In der Praxis fällt diese Wahl ganz überwiegend auf Männer.¹⁴² Diese werden von dem ganz überwiegend aus Männern zusammengesetzten Aufsichtsrat als die geeigneten Kandidaten angesehen. Das hängt auch damit zusammen, dass man den Kandidatenpool vielfach immer noch auf Personen im Top-Management konzentriert, das ebenfalls fast ausschließlich mit Männern besetzt ist.¹⁴³ Über die politischen, sozialen, wirtschaftlichen und psychologischen Ursachen dieser tatsächlichen Ungleichbehandlung wird ausgiebig diskutiert.¹⁴⁴ Wie jede Ungleichbehandlung lassen sie sich im Ergebnis mit den Modellen der präferenzbedingten und der statistischen Diskriminierung erklären.¹⁴⁵ Eine prä-

135 Habersack in: MünchKomm-AktG, 3. Aufl. 2008, § 101 Rn. 17.

136 BGHZ 85, 293, 295 f.

137 Kremer in: Ringleb/Kremer/Lutter/Werder, DCGK, 4. Aufl., 2010, Rn. 1015.

138 Wind/Klie, DStR 2010, 1339.

139 Habersack in: MünchKomm-AktG (Fn. 135), § 116 Rn. 25.

140 Hopt/Roth in: Großkommentar AktG, 4. Aufl. 2006, § 116 Rn. 44; Habersack in: MünchKomm-AktG (Fn. 135), § 116 Rn. 25.

141 Redenius-Hövermann, ZIP 2010, 660, 662.

142 S.o. II.

143 Redenius-Hövermann, ZIP 2010, 660, 662.

144 Vgl. die Darstellung im NRW-Entwurf (Fn. 16), S. 13 ff; Rudolph, Frauen in Aufsichtsräten, Frankfurt School of Finance and Management 2009, http://www.frankfurt-school.de/content/de/frauen_in_aufsichtsräten/dmsFS/0/file1/Frauen-in-Aufsichtsräten.pdf (zuletzt besucht: 21.8.2011), 8 ff.

145 Zum Folgenden eingehend Grünberger, Personale Gleichheit (Fn. 1), 591 ff.

ferenzbedingte Diskriminierung liegt vor, wenn der Benachteiligte mit Angehörigen der Gruppe „Frau“ aus systemfremden Gründen nichts zu tun haben will.¹⁴⁶ Die Präferenzen können auf stereotypen Rollenverständnissen der Geschlechter beruhen.¹⁴⁷ Im Modell statistischer Diskriminierung geht man im Regelfall¹⁴⁸ davon aus, dass es im System rationale Gründe für die Unterscheidung gibt.¹⁴⁹ Die Differenzierung erfolgt anhand eines Stellvertretermerkmals, weil dieses in einer statistisch signifikanten Relation zum eigentlich entscheidungsrelevanten Hauptmerkmal steht, an das aus unterschiedlichen Gründen nicht unmittelbar angeknüpft werden kann.¹⁵⁰ Die Entscheidung, Frauen nicht einzustellen oder nicht in Führungspositionen zu befördern, kann auf der Einschätzung beruhen, dass eine Frau (Stellvertretermerkmal) wegen einer zukünftigen Schwanger- oder Mutterschaft ausfallen und dadurch erhöhte Kosten (Hauptmerkmal 1) verursachen wird und keine kontinuierliche Berufsbiographie¹⁵¹ (Hauptmerkmal 2) vorlegen kann. Ein anderes Beispiel ist die verbreitete Annahme, dass Frauen aufgrund der unterstellten Doppelbelastung mit Beruf und Familie beruflich nur eingeschränkt leistungsfähig sind. Diese systeminterne Rationalität irritiert seine Umwelt als gravierendes Gerechtigkeitsproblem: Eine Frau wird – *weil* sie „Frau“ ist – ohne weiteres als ein Mitglied der Gruppe „Frauen“ behandelt, obwohl sie die damit zu erfassende Haupteigenschaft nicht notwendig aufweist. Die rationale Beziehung wird zum Stereotyp.¹⁵² Das Wirtschaftssystem (re-)produziert dadurch Ungleichheit von Männern und Frauen. Die Geschlechter haben im Ergebnis ungleiche Freiheitsräume: größere für Männer, kleinere für Frauen. Für das Recht stellt sich die Frage, wie es auf die damit einhergehende Irritation reagiert. Ausgangspunkt ist das Prinzip formal-abstrakter Gleichheit. Danach operiert das Recht „ohne Ansehung“ der Person. Die Umwelt des Rechts, insbesondere die Wirtschaft, differenziert aber offensichtlich „in Ansehung der Person“. Mit dem Institut der Verbandsautonomie kommt es zur strukturellen

146 Grundlegend Becker, *The Economics of Discrimination* (1957), 2nd ed., 1971.

147 Eindrucksvolle Beispiele aus dem deutschen Top-Management bei Wipperman, Frauen in Führungspositionen – Barrieren und Brücken, 2010 <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/Service/Publikationen/publikationen,did=134254.html> (zuletzt besucht am 21.8.2011), 45 ff.

148 Es gibt auch Formen präferenzbedingter statistischer Diskriminierung, dazu Grünberger, Personale Gleichheit (Fn. 1), 596 ff, 600 ff.

149 Vgl. dazu allgemein Posner, 136 U. Pa. L. Rev. 513, 515-16 (1987); Wagner, Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht – Was bleibt von der Privatautonomie?, in: Blaurock/Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, 13, 55 f.

150 Grundlegend Arrow, *Models of Job Discrimination*, in: Pascal (Hrsg.), *Racial Discrimination in Economic Life*, 1972, 83; Phelps, 62 Am. Econ. Rev. 659 (1972); Arrow, *The Theory of Discrimination*, in: Ashenfelter/Rees (Hrsg.), *Discrimination in Labor Markets*, 1973, 3; ein aktueller Überblick bei Schwab, Employment Discrimination, in: Dau-Schmidt/Harris/Lobel (Hrsg.), *Labor and Employment Law and Economics*, 2nd ed. 2009, 296, 303 ff und aus der deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur grundlegend Britz, *Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung*, 2008.

151 Unterstrichen von Wipperman, Frauen in Führungspositionen – Barrieren und Brücken (Fn. 147), 69 ff; zurückhaltender die Einschätzung bei Rudolph, Frauen in Aufsichtsräten (Fn. 144), 34 f.

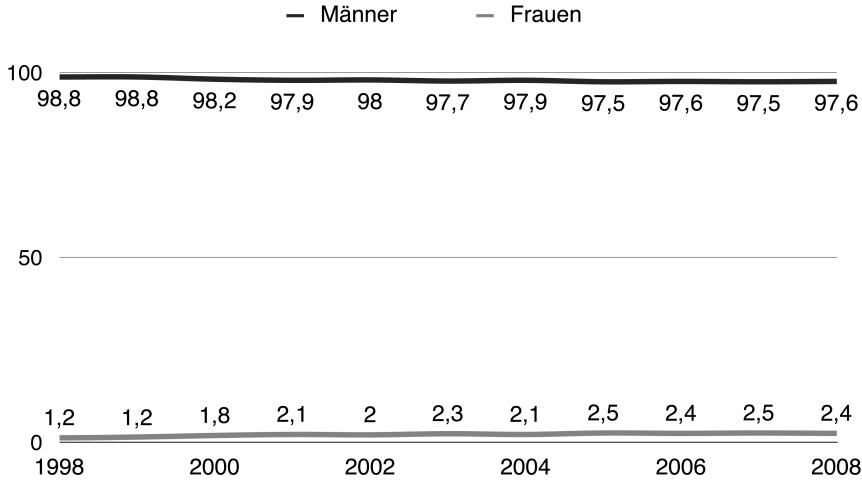
152 Eingehend Britz, *Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung*, 2008, 120 ff.

Kopplung zwischen der präferenzgeprägten Entscheidung im Wirtschaftssystem und ihrer rechtlichen Stabilisierung. Damit gerät die Aufgabe des Rechts in Gefahr, die gleichen subjektiven Handlungsfreihheiten für alle durchzusetzen.¹⁵³

c) Freiwillige Selbstverpflichtung

Die Steigerung des Frauenanteils in Führungspositionen kann theoretisch mit dem Instrument der freiwilligen Selbstverpflichtung erzielt werden. Praktisch hatte die kollektive Selbstverpflichtung aus dem Jahre 2001¹⁵⁴ keine Auswirkungen auf das Geschlechterverhältnis in Vorstand und Aufsichtsrat.¹⁵⁵ Ein Blick auf die Entwicklung der Geschlechterverteilung in Vorständen (Abbildung 1) und Aufsichtsräten (Abbildung 2) der CDAX-Unternehmen seit 1998 verdeutlicht das:¹⁵⁶

Abbildung 1: Geschlechtsverteilung in Vorständen der CDAX-Unternehmen



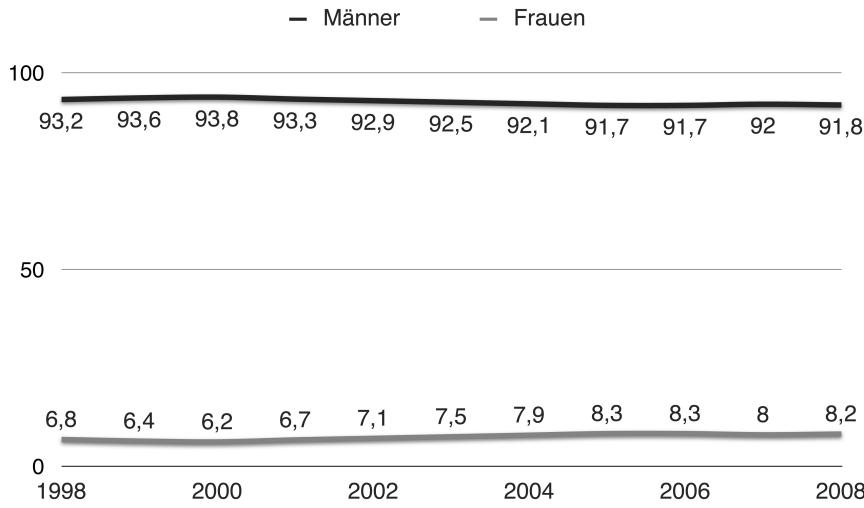
¹⁵³ Vom Standpunkt des Materialisierungsparadigmas *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 483 f; vom Standpunkt einer gleichheitsrechtlich konzipierten Theorie juristischer Gerechtigkeit *Grünberger*, Personale Gleichheit (Fn. 1), 65 ff, 973 ff.

¹⁵⁴ S.o. I.

¹⁵⁵ Allg. Auffassung, vgl. *Bachmann*, ZIP 2011, 1131, 1133; *Spindler/Brandt*, NZG 2011, 401, 404; etwas verbrämt dagegen die 4. Bilanz Chancengleichheit der Bundesregierung und der Wirtschaftsverbände, zugreifbar unter <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/Service/Publikationen/publikationsliste,did=173736.html>, S. 55.

¹⁵⁶ Siehe dazu die Studie des Karlsruher Instituts für Unternehmensführung, *Insitut für Unternehmensführung*, Frauen in Führungspositionen – Status Quo in der deutschen Wirtschaft (Fn. 20).

Abbildung 2: Geschlechtsverteilung in Aufsichtsräten der CDAX-Unternehmen



Erst in den letzten zwei Jahren lässt sich eine signifikante Steigerung feststellen. „Diese Entwicklungen sind wohl nicht zuletzt auf die Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex sowie die politische Diskussion über gesetzliche Regelungen zurückzuführen.“¹⁵⁷

Die kollektive Selbstverpflichtung scheiterte, weil die Funktionsvoraussetzungen erfolgreicher Selbstregulierung¹⁵⁸ fehlten. Eine Selbstregulierung ist nur effektiv, wenn sich der einzelne Akteur im Wirtschaftssystem mit einer Anerkennungserklärung dem selbstregulativen Akt „unterwirft“.¹⁵⁹ Das war nicht der Fall. Die Verpflichtung wurde von den Verbänden abgegeben, eigentlicher Regelungssadressat war aber das einzelne Unternehmen. Das Unternehmen muss den Impuls aus seiner Umwelt aufnehmen und systemintern durchsetzen können. Selbstregulierung kann nur dann gelingen, wenn sich das Unternehmen selbst einen entsprechenden Verhaltenscode setzt. Dieser wird innerhalb des Teilsystems „Unternehmen“ zum Bestandteil einer entsprechenden „Unternehmensverfassung“. Die Regeln dieses Verhaltenscodes sind Meta-Regeln, die innerhalb des Kommunikationsnetzwerks „Verband“ dem Rechts-

157 4. Bilanz Chancengleichheit (Fn. 155), S. 55.

158 Allgemein zu den Vor- und Nachteilen privater Selbstregulierung *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, 55 ff; *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, 220 ff, 229 ff.

159 Vgl. *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, 229 f.

code und dem Wirtschaftscode vorgehen.¹⁶⁰ Eine freiwillige Selbstverpflichtung zur Steigerung des Frauenanteils in Führungspositionen kann also nur funktionieren, wenn sie unternehmensintern in einem „*Code of Conduct*“ umgesetzt wird, der die Produktion verbandsinterner Operationen steuert. Dieser *Code* erlaubt nur die Bildung von Rechtsregeln, die mit den darin festgelegten *vorrangigen* Prinzipien zur Steigerung des Frauenanteils konform gehen. Er führt zur effektiven Selbstbeschränkung bei der Ausübung der vom staatlichen Recht erlaubten Präferenzautonomie. In ökonomischer Hinsicht verdrängt der *Code* den Primat des *shareholder value* und reflektiert die Verantwortung des Unternehmens für andere Teilsysteme der Gesellschaft.

Das ist erklärungsbedürftig: (1.) Warum sollte sich das Unternehmen „freiwillig“ diese Beschränkung seiner Kommunikationen auferlegen? „Freiwillig“ ist der Vorgang nur, wenn man Freiwilligkeit als Abwesenheit staatlichen Zwangs durch Recht definiert. Unternehmen gehen solche Selbstverpflichtungen „weder aus Einsicht in die Gemeinwohlanforderung noch aus Motiven der Unternehmensethik ein. 'Freiwillig' fügen sie sich nur wenn von außen massive Lern-Pressionen ausgeübt werden.“¹⁶¹ Nicht rechtliche Sanktionen, sondern außerrechtliche Mechanismen nötigen sie dazu.¹⁶² (2.) Wie können die Topoi „Steigerung des Frauenanteils“ und „Geschlechtergerechtigkeit“ überhaupt in das Unternehmen als prinzipiell geschlossenes Subsystem der Wirtschaft „übersetzt“ werden? Das gelingt, wenn man innerhalb des Wirtschaftssystems einen systemspezifischen Begriff findet, der eine strukturelle Kopplung mit seiner Umwelt ermöglicht. Ein solcher Begriff erlaubt es dem Wirtschaftssystem, die Forderung zur Steigerung des Frauenanteils aus dem politischen System und nach Geschlechtergerechtigkeit aus dem Rechtssystem als Bedingung seiner eigenen Organisation aufzubauen und zu benutzen. Dieser Begriff ist *Diversity*.

d) Rechtfertigungsbedarf der Selbstregulierung

Selbstregulierungen der Wirtschaft zur Förderung des Frauenanteils irritieren das Recht noch auf andere Weise. Sie kommen in Konflikt mit dem formalen Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts nach § 7 Abs. 1 iVm § 3 Abs. 1 und § 1 AGG.¹⁶³ Das wird bei der Diskussion über die Vorzüge der Selbstregulierung im Vergleich zur staatlichen Regulierung häufig übersehen.¹⁶⁴ Das AGG dient u.a. der Umsetzung der Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der

160 Eingehend dazu *Teubner*, Selbst-Konstitutionalisierung transnationaler Unternehmen?, FS Hopt, 2010, 1449, 1458 f.

161 *Teubner*, FS Hopt, 2010, 1449, 1468.

162 Vgl. auch *Abbott/Snidal*, 42 Vand.J. Transnat'l L. 501, 506 n. 26 (2009); unzureichend daher die Kritik von *Bachmann*, ZIP 2011, 1131, 1133.

163 Zur verfassungsrechtlichen Dimension selbstgesetzter Quotenregelungen *Sachs*, ZG 2012 (Heft 1) unter II 1.

164 Zutreffend die Diagnose bei *Redenius-Hövermann*, ZIP 2010, 660, 663.

Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen.¹⁶⁵ Der gesamte Auswahl-, Entscheidungs- und Bestellungsprozess¹⁶⁶ zum Aufsichtsrat ist ein Vorgang, der bei einer vergüteten Tätigkeit in den sachlichen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG) und persönlichen (§ 6 Abs. 3 AGG) Anwendungsbereich der Richtlinie und des AGG fällt.¹⁶⁷ Kündigt das Unternehmen eine Selbstverpflichtung an, mit der es sich eine Frauenquote als Zielvorgabe setzt, liegt bereits darin ein objektiver Verstoß gegen das formale Diskriminierungsverbot.¹⁶⁸ Solche Maßnahmen sind nur unter den Voraussetzungen des § 5 AGG bzw. Art. 3 der Richtlinie 2006/54/EG gerechtfertigt.¹⁶⁹ Das Recht nimmt seinen Regulierungsanspruch unter zwei Bedingungen zurück: Die bevorzugte Berücksichtigung von Frauen muss (1.) einen bestehenden Nachteil wegen des Geschlechts verhindern oder ausgleichen und (2.) dafür geeignet und angemessen, also verhältnismäßig, sein, § 5 AGG.¹⁷⁰

2. Staatliche Regulierung

Der Vorschlag, weiter auf die Selbstregulierung der Wirtschaft zu setzen, zieht den Einwand auf sich, „auf Freiwilligkeit und die Zeit [zu setzen], die es schon irgendwann richten werden“.¹⁷¹ Alternativ dazu bietet sich eine rechtliche Steuerung des Prozesses der Gleichstellung an. Eine vom Staat den Unternehmen für die Besetzung ihrer Organe vorgegebene Frauen- oder Geschlechterquote („Einheitsquote“)

165 ABl. L Nr. 204 v. 26.7.2006, S. 23.

166 Vgl. dazu EuGH Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-232/09 – *Danosa./. LKB Lizzings SIA*, Slg. 2010, I-(n.v.), wo der EuGH die im nationalen Recht angelegte Differenzierung mE bewusst nicht aufgreift, weil sie vom Standpunkt des Gleichbehandlungsrechts irrelevant ist, näher Grünberger, Personale Gleichheit (Fn. 1), 579 ff; aa Bauer/Göpfert/Krieger, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Kommentar, 3. Aufl., 2011, § 6 Rn. 27.

167 Dazu näher Eßer/Baluch, NZG 2007, 321 ff; Lutter, BB 2007, 725, 730; Schmidt in: Schiek, AGG, 2007, § 6 Rn. 14; Redenius-Hövermann, ZIP 2010, 660, 663 f; zurückhaltender Bauer/Göpfert/Krieger, AGG (Fn. 166), § 6 Rn. 28; aa Schladebach/Stefanopoulou, BB 2010, 1042, 1045 f.

168 Siehe EuGH Urt. v. 10.7.2008, C-54/07 – *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*, Slg. 2008, I-5187, Rn. 24; vertiefend Grünberger, Personale Gleichheit (Fn. 1), 578 f.

169 Zur Konzeption der positiven Maßnahme als Rechtfertigungsgrund vgl. EuGH Urt. v. 30.9.2010, Rs. 104/09 – *Roca Álvarez v. Sesa Start España ETT SA*, Slg. 2010, I-(n.v.), Rn. 25 f und aus der Literatur zum Unionsrecht Krebber in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl., 2007, Art. 141 Rn. 81; Rebhahn in: Schwarze, EU-Kommentar, 2. Aufl., 2009, Art. 141 Rn. 47, 49; wohl auch Epiney/Abt, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 199. Zur Rechtfertigung einer (staatlich vorgegebenen) Quotenregelung mit dem Unionsrecht siehe auch Papier/Heidebach, ZGR 2011, 305, 330 ff.

170 Zum Quotenproblem s.u. IV.2.c).

171 Hohmann-Dennhardt, Berufliche Gleichstellung von Frauen – Notwendigkeiten und Formen einer Regulierung, FS Pfarr, 2010, 235, 239.

kommt daher als effektive rechtliche Regelung zur beschleunigten beruflichen Gleichstellung von Frauen durchaus in Betracht.¹⁷²

a) Europäische Regelungsvorbilder

Dafür gibt es eine Reihe unterschiedlich ausgestalteter Vorbilder im europäischen Ausland. Norwegen führte als erstes Land zwischen den Jahren 2004 und 2008 in drei Stufen eine verbindliche Geschlechterquote für die monistisch strukturierten Aktiengesellschaften (*allmennaksjeselskap*) ein.¹⁷³ Besteht ein *Board of Directors* aus mehr als 9 Mitgliedern, muss jedes Geschlecht mit einer Quote von mindestens 40 % vertreten sein. Bei *Boards* deren Mitgliederzahl zwischen 2 und 9 Personen beträgt, variiert die Quote je nach Mitgliederanzahl zwischen 1/3 und 1/2 (Mindestanteilsquote).¹⁷⁴ Kommt die Gesellschaft diesen Anforderungen nicht nach, verletzt sie eine zwingende gesetzliche Regelung. Das führt nach allgemeinen Regeln zur Auflösung der Gesellschaft. Dem König bleibt bei allen Gesetzesverstößen die Möglichkeit, die Unternehmensauflösung aufgrund sozialer Erwägungen zu verhindern.¹⁷⁵ In Spanien wurde im Jahr 2007 die *Ley de igualdad* verabschiedet, wonach alle Gesellschaften, die eine vollständige Gewinn- und Verlustrechnung vorlegen müssen, bis 2015 sicherzustellen haben, dass der Verwaltungsrat mit ausreichend Frauen besetzt ist, damit ein ausgewogenes Geschlechterverhältnis besteht.¹⁷⁶ Das ist der Fall, wenn die Personen eines Geschlechts mit nicht mehr als 60 % und die Personen des anderen Geschlechts mit nicht weniger als 40 % vertreten sind.¹⁷⁷ Erreicht das Unternehmen dieses Ziel nicht, läuft es lediglich Gefahr, dass es bei der Ausschreibung öffentlicher Aufträge leer ausgeht.¹⁷⁸ Schärfer formuliert ist das im Januar 2011 verabschiedete französische Gesetz.¹⁷⁹ Danach darf u.a. in börsennotierten Gesellschaften der Anteil jedes Geschlechts ab dem Jahr 2014 nicht unter

172 Siehe „Neue Wege – Gleiche Chancen. Gleichstellung von Frauen und Männern im Lebensverlauf“, Erster Gleichstellungsbericht: Gutachten der Sachverständigenkommission, Juni 2011, <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/gleichstellung,did=172978.html>, S. 207: „Zur Herstellung einer geschlechtergerechteren Besetzung in Leitungs- und Entscheidungspositionen spricht sich die Kommission dafür aus, eine Geschlechterquote für Aufsichtsräte einzuführen. Mit Blick auf die stagnierende Entwicklung der Frauen im Top-Management in Deutschland sollte eine Mindestanzahl weiblicher Mitglieder des Aufsichtsrats festgesetzt werden.“.

173 Weiterführend *Storvik/Teigen*, Das norwegische Experiment – eine Frauenquote für Aufsichtsräte, <http://library.fes.de/pdf-files/idiipa/07310.pdf> (zuletzt besucht: 24.1.2011); *Frost/Linnainmaa*, AG 2007, 601, 603 ff; *Raasch*, ZfRV 2009, 216, 218 ff.

174 Siehe die deutsche Übersetzung der Regelung abgedruckt bei *Frost/Linnainmaa*, AG 2007, 601, 604.

175 Siehe näher *Frost/Linnainmaa*, AG 2007, 601, 604 f.

176 Art. 75 Ley organica 3/2007 v. 22.3.2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, BOE no. 71 v. 23.3.2007, S. 12611, erhältlich unter <http://www.boe.es/>.

177 Art. 78 (2) Ley de igualdad (Fn. 176).

178 Vgl. Art. 50 Ley de igualdad (Fn. 176).

179 Siehe Loi no. 2011-103 v. 27.1.2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d' administration et de surveillance et à l' égalité professionnelle, JO no. 23 v. 28.1.2011, S. 2, erhältlich unter <http://www.legifrance.gouv.fr/>; dazu *François-Poncet/Deilmann/Otte*, NZG 2011, 450 ff.

20 % und ab dem Jahr 2017 nicht unter 40 % liegen.¹⁸⁰ Jede Wahl bzw. Ernennung die dagegen verstößt, ist nichtig, wobei die gefassten Beschlüsse wirksam bleiben.¹⁸¹ Dazu kommt, dass die Vergütung der Mitglieder des gesetzeswidrig zusammengesetzten Organs suspendiert wird.¹⁸² Zurückhaltender ist das im Juli 2011 in Italien verabschiedete Gesetz.¹⁸³ Das „Gleichgewicht zwischen den Geschlechtern in den Organen börsennotierter Gesellschaften“ soll in zwei Stufen erreicht werden: In der ersten, auf das Inkrafttreten folgenden Wahlperiode, müssen mindestens 20 % der Sitze des Verwaltungsrat (*consiglio di amministrazione*) mit Mitgliedern des unterrepräsentierten Geschlechts besetzt werden. Diese Quote soll in den darauf folgenden Wahlperioden auf mindestens 1/3 der Verwaltungsratssitze steigen. Werden diese Ziele nicht erreicht, kann die Börsenaufsichtsbehörde *Consob* eine Geldbuße i.H.v. 100.000 bis 1 Million € verhängen.

b) Regelungsvorschläge in Deutschland

Mit dem Entwurf der Grünen¹⁸⁴ und des Landes NRW¹⁸⁵ liegen zwei ausformulierte Gesetzentwürfe vor. Diese sind bereits Gegenstand einer eingehenden kritischen Würdigung.¹⁸⁶ Ich beschränke mich auf den gemeinsamen Kern der Vorschläge als exemplarische Modelle einer gesetzlichen Regulierung und übergehe im einzelnen wichtige Unterschiede¹⁸⁷ und die damit zusammenhängenden unions-¹⁸⁸ und verfassungsrechtlichen Probleme:¹⁸⁹ Die Entwürfe sehen vor, dass börsennotierte Aktiengesellschaften¹⁹⁰ eine geschlechtsneutral formulierte Mindestquote zu gewährleis-

¹⁸⁰ Art. 5 Loi no. 2011-103 (Fn. 179).

¹⁸¹ Art. L225-18-1 Code de commerce idF des Gesetzes Nr. 2011-103 (Fn. 179).

¹⁸² Art. L225-45 Code de commerce idF des Gesetzes Nr. 2011-103 (Fn. 179).

¹⁸³ Gesetz v. 12.7.2011 No. 120: Modifiche al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernenti la parita' di accesso agli organi di amministrazione e di controllo delle societa' quotate in mercati regolamentati; G.U. no. 174 v. 28.7.2011, erhältlich unter <http://www.gazzettaufficiale.it/>.

¹⁸⁴ Fn. 15.

¹⁸⁵ Fn. 16.

¹⁸⁶ Bachmann, ZIP 2011, 1131, 1134 ff.

¹⁸⁷ Dazu näher Bachmann, ZIP 2011, 1131, 1135 ff.

¹⁸⁸ Dazu Rolfs/Schmid/Witschen, Gleichberechtigte Vertretung der Geschlechter in Aufsichtsräten – Gemeinschaftsrechtliche Rahmenbedingungen -, http://www.sinus-institut.de/fileadmin/dokumente/downloadcenter/Soziales_und_Umwelt/Gutachten_1_Gleichberechtigte_Vertretung_der_Geschlechter_in_Aufsichtsräten.pdf (zuletzt besucht: 23.8.2011), 19 ff.

¹⁸⁹ Eingehend zu gleichheits- und freiheitsrechtlichen Aspekten staatlicher Quotenregelungen Papier/Heidebach, ZGR 2011, 305, 314 ff, 323, die eine Quotenregelung im Wesentlichen für verfassungskonform erachten. Dagegen sieht Sachs, ZG 2012 (Heft 1) unter II 2 in einer staatlichen Quotenvorgabe einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 S. 1 GG, der nicht über Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG rechtfertigungsfähig sei. Ossenbühl, NJW 2012, 417 beschränkt sich im Kern auf die Untersuchung eines Modells regulierter Selbstregulierung und seine Ausführungen können daher nur mit Vorsicht auf ein Modell staatlicher Regulierung übertragen werden. Vgl. zur Diskussion auch die kurorischen Stellungnahmen bei François-Poncet/Deilmann/Otte, NZG 2011, 450, 453 ff; Spindler/Brandt, NZG 2011, 401 ff und Wieland, NJW 2010, 2408 ff.

¹⁹⁰ Zum Kreis potentieller Adressaten einer staatlichen Regulierung eingehend Langenbucher, JZ 2011, 1039, 1039-1042.

ten haben. Diese beträgt zunächst 30 %, steigt aber nach 2 bzw. 5 Jahren auf 40 %. Das Geschlecht des Kandidaten ist nicht persönliche Voraussetzung für seine/ihre Mitgliedschaft im Aufsichtsrat. Die Quote ist eine objektive Besetzungsregel, die eine qualifizierte Anforderung an die Gesamtzusammensetzung des Aufsichtsrats stellt.¹⁹¹ Daher muss der Aufsichtsrat bei der Zusammenstellung des Wahlvorschlags sicherstellen, dass die Hauptversammlung die Möglichkeit hat, einen geschlechtergerecht besetzten Aufsichtsrat zu bestellen.¹⁹² Der NRW-Entwurf regelt auch den eigentlichen Wahlvorgang.¹⁹³ Danach ist eine Person nur dann gewählt, wenn mit der konkreten Wahl die gesetzliche Mindestanzahl der Angehörigen eines Geschlechts nicht unterschritten wird. Großer Diskussionsbedarf besteht bei den Rechtsfolgen:¹⁹⁴ Soll der fehlerhafte Wahlbeschluss sanktionslos bleiben, zur Anfechtbarkeit führen¹⁹⁵ oder nichtig¹⁹⁶ sein?¹⁹⁷ Regelungsbedürftig sind auch die Auswirkungen auf die Beschlüsse eines gesetzwidrig besetzten Aufsichtsrats.¹⁹⁸ Angeichts der bereits bei § 100 Abs. 5 AktG unklaren Rechtslage muss man sicherstellen, dass die Rechtsfolgen einer mit der Quotenregelung inkongruenter Besetzung des Aufsichtsrats ausdrücklich geregelt werden.¹⁹⁹

c) Instrumentalisierung des Verbandsrechts?

Mit einer Einheitsquote instrumentalisiert das politische System das Verbandsorganisationsrecht, um über das Recht das Wirtschaftssystem zu steuern. Damit es zur Interferenz dieser drei Teilsysteme kommt, bedarf es zweier struktureller Kopplungen: Rechtssystem und politisches System sind über den Begriff der „Verfassung“ gekoppelt.²⁰⁰ Komplizierter ist die Kopplung zwischen dem Recht und der Wirtschaft. Das Recht stellt der Wirtschaft mit der Körperschaft und ihrer Organisationsverfassung eine Struktur zur Verfügung, Kommunikationsbeziehungen der Akteure untereinander (Gesellschafter) und des daraus entstehenden Subsystems (Aktiengesellschaft) zu anderen Subsystemen zu organisieren und dadurch zu stabilisieren. Die Definitionsgewalt darüber liegt beim Recht.²⁰¹ Es bestimmt, wer Aufsichtsrat sein kann und wer darüber bestimmt, wer zum Aufsichtsrat gewählt wird. Dieses

191 Vorbild dafür ist § 100 Abs. 5 AktG, dazu *Staake*, ZIP 2010, 1013, 1018 f; *Wind/Klie*, DStR 2010, 1339.

192 Vgl. zum ähnlichen Problem bei § 100 Abs. 5 AktG: *Nowak*, BB 2010, 2423, 1425.

193 Siehe dazu eingehend den NRW-Gesetzentwurf, BR-Drs. 87/11, S. 35 ff.

194 Siehe dazu *Weller*, Wie Quoten juristisch durchgesetzt werden können, FAZ v. 8.6.2011, S. 19; *Bachmann*, ZIP 2011, 1131, 1138; eingehend *Langenbucher*, JZ 2011, 1038, 1044-1046.

195 So der Vorschlag von *Langenbucher*, JZ 2011, 1039, 1045 f.

196 So der Entwurf der Grünen, BT-Drs. 17/3296, 8 f.; kritisch *Bachmann*, ZIP 2011, 1131, 1138.

197 Vgl. zum ähnlichen Problem bei § 100 Abs. 5 AktG *Gruber*, NZG 2008, 12, 14 ff; *Widmann*, BB 2009, 2602, 2602 ff; *Nowak*, BB 2010, 2423, 2425 ff; *Staake*, ZIP 2010, 1013, 1018 ff; *Wind/Klie*, DStR 2010, 1339, 1340 ff.

198 Vgl. dazu den Entwurf der Grünen, BT-Drs. 17/3296, 9.

199 *Langenbucher*, JZ 2011, 1038, 1045.

200 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 468 ff.

„Angebot“ wird im Wirtschaftssystem aufgegriffen, „solange der Rechtsdiskurs die strukturellen Kopplungen nicht überbeansprucht“.²⁰² Dafür sorgt im Ausgangspunkt das Rechtssystem selbst, indem es mit der Präferenzautonomie und ihrer verfassungsrechtlichen Absicherung sicherstellt, dass die Wahl des geeigneten Kandidaten als eigene Leistung des Wirtschaftssystems erscheint.

Das liberale Recht akzeptiert die Ergebnisse dieses Wettbewerbs, solange sie aus einem fairen und chancengleichen Verfahren hervorgegangen sind. „Chancengleichheit“ ist allerdings ein schillernder Begriff.²⁰³ Gleichheit (*equality*) und Chancen im Wettbewerb (*opportunities*) stehen im Spannungsverhältnis. Man kann das so auflösen, dass Chancengleichheit bereits dann besteht, wenn alle Akteure nach denselben Regeln spielen und der Leistungsfähigste „gewinnt“. Diese *starting gate-theory*²⁰⁴ programmiert die Rechtsoperationen so, dass sie jedes Ergebnis dieses Wettbewerbs als gleichheitskonform akzeptieren. Der Zweck des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren besteht aber darin, bestehende Ungleichheiten offenzulegen, um dadurch den Leistungsfähigsten herauszufiltern. Im zwangsläufig ungleichen Ergebnis realisieren sich die ungleichen Ausgangspositionen der Kandidaten. Das Argument der Geschlechtergerechtigkeit sensibilisiert das Recht für die damit zusammenhängenden Ungleichheiten. Damit es sicherstellen kann, dass Frauen bei der Berücksichtigung der Auswahlprozesse tatsächlich gleiche Chancen haben, muss man Chancengleichheit vom Ergebnis her konzipieren. Dazu bietet sich die „Strategie der Chancen wahren Auswahlbeeinflussung“²⁰⁵ an. Danach ist die Quote nicht das Ergebnis, sondern „ein *Mittel* zur tatsächlichen Verwirklichung der Chancengleichheit im individuellen Auswahlverfahren. Wenn sich dann der Frauenanteil tatsächlich erhöht, ist dies die Folge nunmehr verwirklichter Chancengleichheit.“²⁰⁶ Wie der EuGH in der Rs. *Marschall* zutreffend feststellte, „bedeutet allein die Tatsache, daß zwei Bewerber unterschiedlichen Geschlechts gleich qualifiziert sind, nicht, daß sie gleiche Chancen haben.“²⁰⁷ Die Tendenz Männer zu bevorzugen, hängt, so der Gerichtshof, „vor allem mit einer Reihe von Vorurteilen und stereotypen Vorstellungen über die Rolle und die Fähigkeiten der Frau im Erwerbsleben“ zusam-

201 Vgl. dazu – allerdings mit Bezug zum Vertragsmechanismus – *Teubner*, Steuerung durch plurales Recht (Fn. 19), 528, 541 ff.

202 *Teubner*, Steuerung durch plurales Recht (Fn. 19), 528, 542.

203 Vertiefend dazu *Grünberger*, Personale Gleichheit (Fn. 1), 470 ff, 736 ff.

204 Der Begriff stammt von *Dworkin*, Sovereign Virtue, 2000, 87 f.

205 *Ossenbühl*, NJW 2012, 417, 419. Vgl. dazu auch *Papier/Heidebach*, ZGR 2011, 305, 320 ff, die aufgrund der Besonderheiten der Gremienbesetzung zugunsten einer „starren“, also nicht leistungsbezogenen Quote plädieren.

206 *Ossenbühl*, NJW 2012, 417, 419.

207 EuGH Urt. v. 11.11.1997, Rs. C-409/95 – *Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen*, Slg. 1997, I-6363, Rn. 30.

men.²⁰⁸ Will man diesen Zusammenhang durchbrechen, muss das Recht die Ergebnisse des Wettbewerbs nicht ohne weiteres akzeptieren, wenn er aus strukturellen Gründen nicht zu einer Annäherung der betroffenen Gruppen führt. Jede Quote führt zur Modifikation des Auswahlverfahrens. Damit beeinflusst das Recht die Präferenzbildung des Verbandes. Diese Beeinflussung ist nur erfolgreich, wenn sie an Operationen im Wirtschaftssystem anknüpfen kann. Dafür leistet der Begriff „Diversity“ Hilfestellung. Seine Verwendung im politischen System ist daher kein Zufall. Er ermöglicht eine strukturelle Kopplung beider Systeme. Dabei geht man in der Politik davon aus, dass ein geschlechtergerecht besetztes Aufsichtsorgan für das Unternehmen ökonomisch vorteilhaft ist. Diese Annahme ist zwar möglich, aber sie ist nicht unumstritten.²⁰⁹ Eine Einheitsquote differenziert nicht zwischen Unternehmen mit oder solchen ohne Governanceproblemen.²¹⁰ Sie maßt sich damit ein Wissen an, dass in der Wirtschaft selbst erst noch zu erzeugen ist. Das schwächt ihren regulativen Effekt.²¹¹

d) Regulierungsversagen?

Damit besteht die Gefahr, dass das Band der strukturellen Kopplung von Wirtschaft und Recht reißt.²¹² Jeder Eingriff in Funktionssysteme der Gesellschaft kann zum Regulierungsversagen führen.²¹³ Das ist der Fall, wenn das regulierte System – hier die Wirtschaft – mit Nichtbeachtung reagiert. Derart symbolische Gesetzgebung führt langfristig zur Legitimationskrise von Politik *und* Recht. Ob es dazu kommt, hängt davon ab, ob eine staatlich vorgegebene Quotenregelung als Rechnungsposten „gelesen“²¹⁴ wird, der man nicht zwingend folgen muss. Das wiederum hängt entscheidend vom Sanktionsmechanismus ab. Die spanische Regelung empfiehlt sich dabei als negatives, die norwegische Quote als positives Beispiel.

Eine effektive Sanktionierung einer Quotenregel könnte nicht intendierte negative Folgen innerhalb des Wirtschaftssystems haben. Eine Folgenabschätzung kann nicht sicher vorhersagen, wie sich die Verrechtlichung einer vormals informell geregelten Sphäre der Personalfindung auf die Besetzung und Arbeitsweise des Aufsichtsrats auswirkt. Dabei spielt das „Poolproblem“ eine wichtige Rolle: Die Anzahl geeigneter

208 EuGH Urt. v. 11.11.1997, Rs. C-409/95 – *Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen*, Slg. 1997, I-6363, Rn. 29.

209 Siehe oben III 2 c) (1).

210 Adams/Ferreira, 94 J. of Financial Economics 291 (2009).

211 Vgl. die Kritik an starren Quotenregelungen Roundtable Berlin Center of Corporate Governance, DB 2010, 2786.

212 Zum Problem Teubner, Steuerung durch plurales Recht (Fn. 19), 528, 542.

213 Dazu Teubner, Quaderni Fiorentini (13) 1984, 109, 124 ff; Callies, Die Steuerungskrise – jetzt auch im Privatrecht?, FS G. Teubner, 2009, 464, 469 ff.

214 Zu den verschiedenen Lesarten siehe Teubner, Steuerung durch plurales Recht (Fn. 19), 528, 531 ff.

Kandidatinnen sei (noch) nicht groß genug, um die Quoten zu erfüllen.²¹⁵ Die Quote verhindere, dass eigentlich besser qualifizierte Männer in den Aufsichtsrat gewählt würden. Das Recht zwinge das Unternehmen, unwirtschaftlich zu handeln. Das basiert auf der Prämisse, dass es für die Qualifikation als Aufsichtsrätin erforderlich sei, Unternehmensexperienz in Führungspositionen, am besten im Vorstand einer AG gesammelt zu haben. Führungsverantwortung ist zwar eine regelmäßig notwendige, eine langjährige Vorstandsmitgliedschaft dagegen keine faktische Voraussetzung.²¹⁶ „Es gibt keinen überzeugenden Grund dafür, dass sich die Auswahl auf diesen Personenkreis beschränken muss.“²¹⁷ Im Übrigen lässt sich das Problem – sofern es denn existiert – mit einer Härteklausel lösen. Nach dem NRW-Entwurf kann das Unternehmen im Einzelfall von der Quote abweichen, wenn trotz rechtzeitig ergriffener Maßnahmen zur Förderung und Gewinnung von Führungskräften beider Geschlechter nicht ausreichend Kandidaten eines Geschlechts zur Verfügung standen.²¹⁸ Wird ein entsprechender Beschluss der Hauptversammlung angefochten, muss die Gesellschaft darlegen, welche Maßnahmen sie unternommen hat, um eine hinreichende Anzahl von Frauen zu finden, die zur Übernahme eines Aufsichtsratsmandates bereit und qualifiziert sind.²¹⁹ Das Recht zwingt das Unternehmen, in einen Rechtfertigungsdiskurs einzutreten. Das Rechtfertigungsmodell von Ungleichbehandlungen im Privatrecht²²⁰ ermöglicht Interferenzen zwischen den Systemen: Es erlaubt dem Recht, auf Operationen des Wirtschaftssystems Rücksicht zu nehmen. Wenn es im Einzelfall tatsächlich keine Frau geben sollte, die den Job so gut wie ein bereit stehender Mann machen kann, nimmt das Recht seinen Regulierungsanspruch zurück. Damit stellt das Rechtfertigungsmodell sicher, dass das Band der strukturellen Kopplung nicht reißt. Es stellt aber Bedingungen daran. Das Unternehmen muss lang- und mittelfristige Bemühungen im Bereich der Förderung und Qualifizierung des Führungskräftenachwuchses unternommen haben, um über ausreichend weibliche, zur Übernahme eines Aufsichtsratsmandates qualifizierte Führungskräfte verfügen zu können.²²¹ Das ist ein innovatives Element: Das Recht belohnt die Investition des einzelnen Unternehmens in die Zukunft des gesamten Systems, indem es das Unternehmen von der Verantwortung für den gegenwärtigen Zustand des Systems entlastet.

²¹⁵ Redenius-Hövermann, ZIP 2010, 660, 665; Schladebach/Stefanopoulou, BB 2010, 1042, 1046; Peltzer, NZG 2011, 281, 283. Eine einheitliche Quote auch für Unternehmen in Branchen, in denen Frauen nur in geringer Zahl vertreten sind, halten Papier/Heidebach, ZGR 2011, 305, 318 f für verfassungsrechtlich problematisch.

²¹⁶ Vgl. die empirischen Ansätze bei Rudolph, Frauen in Aufsichtsräten (Fn. 144), 35, 43.

²¹⁷ Ossenbühl, NJW 2012, 417, 421.

²¹⁸ BR-Drs. 87/11, S. 22.

²¹⁹ BR-Drs. 87/11, S. 34.

²²⁰ Dazu eingehend Grünberger, Personale Gleichheit (Fn. 1), 891 ff.

²²¹ BR-Drs. 87/11, S. 34.

3. Regulierte Selbstregulierung

Die dritte Möglichkeit, den Anteil von Frauen in Aufsichtsräten und Vorständen zu steigern, bietet ein Modell „regulierter Selbstregulierung“.²²² Dieser „Verbundbegriff“²²³ bezeichnet eine Kooperation zwischen privater Wissenserzeugung, privater Standardisierung und Regelbildung einerseits („Selbstregulierung“) und staatlicher (Rahmen-)Regelung anderseits. Der Staat reagiert auf den Zwang zur Entscheidung unter Ungewissheitsbedingungen, indem er an Methoden und Modelle der Erzeugung von Wissen nicht-staatlicher Akteure in den Funktionssystem der Gesellschaft anknüpft, „die es erlauben, Hypothesen zu formulieren und zu erproben – oder Regulierungen stufenweise unter der Erwartung der Erzeugung neuen Wissens durch die Entscheidungsstrategie selbst zu formulieren.“²²⁴ Auf diesem Ansatz basieren die Diversity-Empfehlungen im Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK)²²⁵ und der Vorschlag einer unternehmensspezifischen flexiblen Frauenquote („Flexi-Quote“).

a) Deutscher Corporate Governance Kodex

(1) „Rechtsnatur“ von Empfehlungen des DCGK

Der DCGK enthält drei Gruppen von Bestimmungen,²²⁶ von denen hier nur die „Empfehlungen“ interessieren. Das sind Verhaltensmaßstäbe für die Unternehmensleitung und Unternehmensüberwachung, die nach Auffassung der in der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex repräsentierten privaten Akteure im Wirtschaftssystem²²⁷ mittlerweile zur Best-Practice zählen.²²⁸ Die Empfehlungen kondensieren nach ihrem Selbstverständnis das systemintern gewonnene Wissen und formulieren es als maßstabsetzende soziale Praxis. Daran sollten sich die Organe börsennotierter Gesellschaften bei der Leitung und Überwachung ihres Unternehmens orientieren. Die Beachtung der Kodex-Empfehlungen unterliegt nach traditioneller Auffassung der freien Entscheidung von Vorstand und Aufsichtsrat.²²⁹ Die Gesellschaften können davon abweichen. Das ermöglicht ihnen, bran-

²²² Zur Begriffsgeschichte siehe Voßkühle, „Regulierte Selbstregulierung“ – Zur Karriere eines Schlüsselbegriffs, in: Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates, 2001, 197 ff; zum Konzept näher Eifert in: Hoffmann-Riehm/Schmidt-Aßmann/Voßkühle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, Bd I., 2006, § 19 Rn. 52 ff.

²²³ Schmidt-Aßmann, Regulierte Selbstregulierung als Element verwaltungsrechtlicher Systembildung, in: Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates, 2001, 253, 254 f.

²²⁴ Ladeur, Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer „Logik der Netzwerke“, in: Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates, 2001, 59, 76 f.

²²⁵ Ob der DCGK eine Form der Selbstregulierung ist, ist nicht ganz unbestritten, dazu Buck-Heeb/Dieckmann, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, 99 f mwN.

²²⁶ Statt vieler Kirschbaum/Wittmann, JuS 2005, 1062, 1063 f.

²²⁷ Siehe Seibert, BB 2002, 581, 582; kritisch zur Zusammensetzung Rucht, Der deutsche Corporate Governance Kodex: Erfolgreiche Selbstregulierung?, in: Imbusch/Rucht (Hrsg.), Profil oder Gemeinwohl?, 2007, 131, 141 ff.

²²⁸ Vgl. BT-Drs. 14/8789, S. 21.

²²⁹ OLG München NZG 2009, 509 f.

chen- oder unternehmensspezifische Bedürfnisse zu berücksichtigen. Die Empfehlungen sind keine staatlichen Rechtsnormen.²³⁰ In der traditionellen Normenhierarchie des Verbandsrechts sind die Empfehlungen *soft law*. Es ist Normsetzung privater Akteure.²³¹ Sie können damit andere private Akteure aber nicht rechtlich binden, weil ihnen dazu die Kompetenz fehlt. Sie sind deshalb aber nicht völlig unverbindlich. Die Empfehlungen erfüllen nämlich eine „harte“ Definition von *soft law*.²³² Sie erlangen über § 161 AktG als staatlicher „Hintergrundregelung“ rechtliche Relevanz.²³³ Das Zusammenspiel klassischer Regulierung und privater Normsetzung kennzeichnet die Empfehlungen im DCGK mit dem Motto: „Entsprich oder erkläre, warum du nicht entsprichst!“²³⁴ Die Erklärungspflicht soll Aktionäre und Kapitalmarktteilnehmer darüber informieren, ob sich das Unternehmen an die Verhaltensstandards hält, die im Kodex niedergelegt sind.²³⁵ Das beruht auf der – nicht zweifelsfreien²³⁶ – Annahme, dass der Kapitalmarkt auf Abweichungen von den Empfehlungen reagiert.²³⁷ Damit baut der Kodex zunächst auf eine immanente Sanktionierung im Wirtschaftssystem. Die unterlassene und die unzutreffende Erklärung erzeugen aber auch Irritationen im Rechtssystem.²³⁸ Vorstand und Aufsichtsrat verstößen dann gegen eine aus § 161 AktG folgende gesetzliche Pflicht. Dieser Pflichtverstoß kann dazu führen, dass ein von der Hauptversammlung gefasster Entlastungsbeschluss (§ 120 AktG) erfolgreich angefochten werden kann (§ 243 AktG).²³⁹

Der DCGK ist auf vier Ebenen ein Beispiel wechselseitiger Irritationen zwischen geschlossenen Teil- und Subsystemen der Gesellschaft:²⁴⁰ (1.) Der DCGK identifiziert

230 Dazu *Ulmer*, ZHR (166) 2002, 150, 158 ff; *Hüffer*, AktG, 9. Aufl., 2010, § 161 Rn. 3; *Spindler* in: Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., 2010, § 161 Rn. 8.

231 Vgl. dazu *Kirschbaum/Wittmann*, JuS 2005, 1062, 1064 f; *Ringleb* in: Ringleb/Kremer/Lutter/Werder, DCGK, 4. Aufl., 2010, Vorbem. Rn. 51 ff, dort mit Nachweisen zur Gegenansicht.

232 Vgl. *Orly*, 89 Minns. L. Rev. 342, 389-90.

233 Zu den hier nicht thematisierten verfassungsrechtlichen Problemen dieser Konstruktion kritisch *Hoffmann-Becking*, Deutscher Corporate Governance Kodex – Anmerkungen zur Zulässigkeit, Inhalt und Verfahren, FS *Hüffer*, 2010, 337 ff; *Hüffer*, AktG (Fn. 230), § 161 Rn. 4; *Spindler* in: Schmidt/Lutter, AktG (Fn. 230), § 161 Rn. 11; verteidigend dagegen *Ringleb* in: Ringleb/Kremer/Lutter/Werder, DCGK (Fn. 231), Vorbem. Rn. 51 ff.

234 Grundlegend *Baums*, Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, 2001, Rn. 8; zur Berechtigung von *comply or explain* näher *Ringleb* in: Ringleb/Kremer/Lutter/Werder, DCGK (Fn. 231), Vorb. Rn. 47.

235 Siehe BT-Drs. 14/8789, S. 21.

236 Siehe *Nowak/Rott/Mahr*, ZGR 2005, 252.

237 Bericht der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex an die Bundesregierung, November 2010, http://www.corporate-governance-code.de/ger/download/16122010/Governance_Bericht_Nov_2010.pdf, S. 11 [im Folgenden „Bericht Regierungskommission DCGK“].

238 Zu den rechtlichen Konsequenzen einer Nichtbefolgung siehe *Hüffer*, AktG (Fn. 230), § 161 Rn. 25 ff; kritisch zur „Verrechtlichung“ des Kodex *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, 46.

239 Siehe dazu grundlegend BGHZ 180, 9, Rn. 19 ff; vertiefend *Sester* in: *Spindler/Stilz*, AktG, 2. Aufl., Bd. 2, 2010, § 161 Rn. 61 ff.

240 Vgl. dazu *Teubner*, FS Hopt, 2010, 1449, 1465 f, der das Verhältnis der Netzwerke mit dem Begriff „Ultrazyklus“ erfassen möchte, sich allerdings auf das Verhältnis staatlicher und unternehmenseigener Codes beschränkt.

soziale Praktiken des Wirtschaftssystems und setzt diese dort als optionalen Verhaltensmaßstab fest. Er formuliert daher rechtliche Regeln besonderer Art: Verhaltensappell und informelle Empfehlung, ohne Anspruch auf Verbindlichkeit und Sanktion. Kurz: ein Regelungsangebot an die Subsysteme. (2.) Die Aktiengesellschaft akzeptiert diese Empfehlung, wenn sie diese in einem verbandsinternen Code umsetzt, der Meta-Regeln für die rechtlichen und ökonomischen Kommunikationen im Verband setzt.²⁴¹ Implementiert der Verband die Empfehlungen nicht auf diese Weise, bleibt der normierte soziale Standard des Wirtschaftssystems im Subsystem wirkungslos. Wenn die Subsysteme dem DCGK reihenweise die Gefolgschaft versagen, wird dieser zu neuen Lernprozessen gezwungen.²⁴² Der Kodex rezipiert diese Weigerung als neues Wissen und wird die Empfehlungen der von ihm festgestellten Akzeptanzbereitschaft anpassen, damit er seine Akzeptanz nicht insgesamt in Frage stellt. (3.) § 161 AktG verpflichtet börsennotierte Unternehmen zur wahrheitsgemäßen Stellungnahme. Das ist klassisches *hard law*. Es stellt dem Verband drei Erklärungsvarianten zur Auswahl:²⁴³ (a) Die Empfehlungen werden vollumfänglich beachtet. (b) Wurde und wird teilweise abgewichen, ist das offenzulegen und zu begründen. (c) Der Verband kann sie theoretisch auch gänzlich ablehnen.²⁴⁴ Praktisch ist das nur relevant, wenn das Unternehmen stattdessen auf einen eigenen *Code of best practice* verweist.²⁴⁵ Das Unternehmen muss diese Entsprechenserklärung veröffentlichen (§ 161 Abs. 2 AktG, § 289 a Abs. 2 Nr. 1 HGB). Damit erleichtert staatliches *hard law* den beschriebenen Lernprozess im Wirtschaftssystem. Der Verband muss seiner Umwelt mitteilen, für welche Erklärungsvariante er sich entschieden hat. (4.) Darin erschöpft sich die Bedeutung des § 161 AktG noch nicht. Die Norm enthält zwar keine im Rechtssystem operierende Vermutung zugunsten der Kodexempfehlungen.²⁴⁶ Man verkennt allerdings die Interferenz zwischen Recht und Ökonomie, wenn man die Empfehlungen als „unverbindliche Denkanstöße“²⁴⁷ qualifiziert, „die zur kritischen Analyse ihrer Anwendbarkeit auf die spezifische Situation des betroffenen Unternehmens anregen sollen“.²⁴⁸ Das könnte man auch mit einer *opt-in*-Regel erreichen. § 161 AktG ist aber als *opt-out*-Regel ausgestaltet: Nicht die Befolgung, sondern die Abweichung im Detail oder die Nichtanwendung sind begründungspflichtig. Damit bezieht das Recht inhaltlich Position: Es übernimmt die Auffassung, dass es sich tatsächlich um die *best practice* börsennotierter Unternehmen handelt.

²⁴¹ Dazu oben IV 1 c).

²⁴² Siehe dazu die Evaluation der Kodexbefolgung, Bericht Regierungskommission DCGK (Fn. 237), S. 13 ff.

²⁴³ Vgl. dazu Hüffer in: Hüffer, AktG (Fn. 230), § 161 Rn. 16 ff, 21; Spindler in: Schmidt/Lutter, AktG (Fn. 230), § 161 Rn. 31 ff.

²⁴⁴ Zu dieser Möglichkeit Ulmer, ZHR (166) 2002, 150, 172.

²⁴⁵ Hüffer in: Hüffer, AktG (Fn. 230), § 161 Rn. 18.

²⁴⁶ Zum Vergleich beider Ansätze siehe Ulmer, ZHR (166) 2002, 150, 161 ff.

²⁴⁷ Bachmann, ZIP 2011, 1131, 1132.

²⁴⁸ Ringleb in: Ringleb/Kremer/Lutter/Werder, DCGK (Fn. 231), Vorbem. Rn. 63.

Damit „empfiehlt“ § 161 AktG die Befolgung der Regel, ohne dazu zu zwingen. Begründungspflichten wirken aber auf regelkonformes Verhalten hin. Damit sorgt die Norm als *soft law* dafür, dass die Empfehlungen im Wirtschaftssystem zur *default rule* der Verbandsorganisation werden.

(2) Diversity-Empfehlungen

Der im Jahr 2010 ergänzte DCGK empfiehlt die angemessene Beteiligung bzw. Berücksichtigung von Frauen in Führungspositionen auf drei Ebenen: (1.) der Zusammensetzung des Aufsichtsrats, (2.) der Bestellung des Vorstandes und (3.) der Personalverantwortung des Vorstandes. Das übergreifende Ziel dieser Empfehlungen besteht darin, die Qualität unternehmerischer Entscheidungen zu steigern. Grundlage dafür ist die These, dass Unternehmen, deren Organe und Mitarbeiterstruktur Vielfalt in persönlich-fachlicher Hinsicht – dazu zählt auch das Geschlecht – aufweisen, zur Verbesserung des Unternehmenswerts beitragen.²⁴⁹ Das ist im Kern der *Business Case* für Diversität.²⁵⁰ Die Empfehlungen des DCGK kombinieren mit den drei Ebenen einen *bottom-to-top* mit einem *top-to-bottom*-Ansatz. Beide stehen unter dem sehr zuversichtlichen Motto: „Reflexion, Selbstregulierung und Transparenz statt Automatismus und starrer Quoten“.²⁵¹

aa) Führungspositionen unterhalb des Vorstandes

„Der Vorstand soll bei der Besetzung von Führungspositionen²⁵² im Unternehmen auf Vielfalt (Diversity) achten und dabei insbesondere eine angemessene Beteiligung von Frauen anstreben.“ (Nr. 4.1.5 DCGK) Damit soll „zunächst mehr Frauen die Möglichkeit gegeben werden, in Führungspositionen Erfahrungen zu sammeln, um sich für einen Vorstandsposten zu qualifizieren und damit auch in die Voraussetzungen für die Wahrnehmung eines Aufsichtsratsmandats hineinzuwachsen.“²⁵³ Der zweite Begründungsansatz überrascht. Die Vorstandstätigkeit ist weder eine gesetzliche Voraussetzung für ein Aufsichtsratsmandat,²⁵⁴ noch im Wirtschaftssystem selbst als präferenzleitendes Kriterium anerkannt.²⁵⁵ Diese Erklärung lässt sich nur schwer mit dem allgemeinen Diversitätsansatz vereinbaren, dessen Ziel es ist, den Kandidatenpool für Aufsichtsräte über die klassische Besetzung mit Vorständen hinaus zu erweitern.²⁵⁶

²⁴⁹ Zu den Grundlagen Aretz/Hansen, *Diversity und Diversity Management im Unternehmen*, 2002.

²⁵⁰ S.o. III 2 c).

²⁵¹ Weber-Rey/Handt, NZG 2011, 1, 2.

²⁵² Zum Begriffsverständnis Deilmann/Albrecht, AG 2010, 727, 734; Hecker/Peters, BB 2010, 2251, 2254; Henze/Rosch, ArbRAktuell 2010, 573, 734; Ringleb/Kremer/Lutter/Werder, NZG 2010, 1161, Rn. 661 c.

²⁵³ Bericht Regierungskommission DCGK (Fn. 237), S. 32.

²⁵⁴ Dazu oben IV 1 a.

²⁵⁵ Siehe Rudolph, *Frauen in Aufsichtsräten* (Fn. 144), 35 und Roundtable Berlin Center of Corporate Governance, DB 2010, 2786, 2787 f.

²⁵⁶ Dazu Weber-Rey, DB 2010, 41 f; Dauner-Lieb, DB 2010, 45, 46.

bb) Besetzung des Vorstandes

„Bei der Zusammensetzung des Vorstands soll der Aufsichtsrat auch auf Vielfalt (Diversity) achten und dabei insbesondere eine angemessene Berücksichtigung von Frauen anstreben.“ (Nr. 5.1.2 S. 2 DCGK) Wie bereits auf Stufe (1) ist eine angemessene Beteiligung von Frauen „anzustreben“. Dadurch wird verdeutlicht, dass es eines von mehreren Zielen bei der Besetzung des Vorstandes sein soll.²⁵⁷ Im Ausgangspunkt respektiert der DCGK die Präferenzentscheidung und damit die Eigenrationalität des Subsystems Aktiengesellschaft. Er konzipiert *Gender Diversity* lediglich – aber immerhin – als einen dabei zwingend zu berücksichtigenden Gesichtspunkt. Das Kriterium der „Angemessenheit“ überlässt es dem Aufsichtsrat, darüber zu entscheiden, welche der zahlreichen möglichen Maßnahmen²⁵⁸ zur Frauenförderung im Interesse des Unternehmens liegen.²⁵⁹ Diese Konzeption wäre mit einer Frauenquote für den Vorstand unvereinbar.²⁶⁰ Der Kodex gibt also lediglich das „Ob“ der Berücksichtigung vor, überlässt das „Wie“ aber grundsätzlich dem Verband. Unklar ist, ob er diesbezüglich von einem Mindestinhalt ausgeht: Genügt es, wenn die Organe beschließen, in Zukunft Frauen „irgendwie“ angemessen zu berücksichtigen?²⁶¹ Oder muss der Aufsichtsrat den Ist-Zustand analysieren und auf dieser Grundlage selbstbestimmte Kriterien für die Förderung von Frauen entwickeln?²⁶² Muss er auch entsprechende Bemühungen in diese Richtung unternehmen?²⁶³ Von der Antwort darauf hängt es ab, wie man die Steuerungsfähigkeit des DCGK einschätzt.²⁶⁴

cc) Besetzung des Aufsichtsrats

„Der Aufsichtsrat soll für seine Zusammensetzung konkrete Ziele benennen, die unter Beachtung der unternehmensspezifischen Situation [...] Vielfalt (Diversity) berücksichtigen. Diese konkreten Ziele sollen insbesondere eine angemessene Beteiligung von Frauen vorsehen.“ (Nr. 5.4.1. S. 2 und 3 DCGK) Prämisse dafür ist die These, wonach nur eine heterogene Zusammensetzung des Aufsichtsrats gewährleiste, dass dieser seine unternehmerischen Entscheidungen und seine Kontrollfunktion gegenüber dem Vorstand effizient wahrnehmen kann.²⁶⁵ Ziel der Empfehlung ist eine Qualitätssteigerung des Aufsichtsrats in seiner Gesamtheit und eine Erwei-

²⁵⁷ Ringleb/Kremer/Lutter/Werder, NZG 2010, 1161, Rn. 939 c.

²⁵⁸ Dazu Kocher, BB 2010, 264, 265; Ringleb/Kremer/Lutter/Werder, NZG 2010, 1161, Rn. 939 d.

²⁵⁹ Keiluweit, DStR 2010, 2251, 2254; Schubert/Jacobsen, WM 2011, 726, 728.

²⁶⁰ Deilmann/Albrecht, AG 2010, 727, 734; Hecker/Peters, BB 2010, 2251, 2254; Henze/Rosch, ArbRAktuell 2010, 573, 574; Mense/Rosenhäger, GWR 2010, 311, 313; Ringleb/Kremer/Lutter/Werder, NZG 2010, 1161, Rn. 939 c.

²⁶¹ Ringleb/Kremer/Lutter/Werder, NZG 2010, 1161, Rn. 939 d.

²⁶² Schubert/Jacobsen, WM 2011, 726, 730.

²⁶³ Deilmann/Albrecht, AG 2010, 727, 734.

²⁶⁴ S.u. IV 3 a) (2) dd).

²⁶⁵ Vgl. Roundtable Berlin Center of Corporate Governance, DB 2010, 2786, 2787.

terung des Kandidatenpools „außerhalb üblicher Netzwerke“.²⁶⁶ Das könne nicht mit einheitlichen Zielvorgaben erreicht werden. Vielmehr gehe es darum, den Unternehmen selbstbestimmte individuelle Lösungen zu ermöglichen, damit sie flexibel auf ihre konkreten Bedürfnisse reagieren könnten.²⁶⁷

Die abweichende Formulierung dieser Empfehlung fällt auf. Offensichtlich unterscheidet der DCGK zwischen der Präferenzautonomie des Verbandes bei der Besetzung operativer Positionen (Vorstand, Führungsebenen) einerseits und bei der Besetzung des Aufsichtsgremiums andererseits. Im Ausgangspunkt bleibt es bei der grundsätzlichen Aufgabenverteilung zwischen „Ob“ und „Wie“: Notwendig ist keine bestimmte sondern nur eine *angemessene* Beteiligung von Frauen. Was angemessen ist, hat der Aufsichtsrat unter Berücksichtigung des Unternehmensinteresses nach den Vorgaben der *business judgment rule* (§ 116 S. 1 iVm § 93 Abs. 1 S. 2 AktG)²⁶⁸ festzulegen.²⁶⁹ Die Angemessenheit kann sich auf das Verhältnis zum Anteil der weiblichen Führungspersonen im Unternehmen,²⁷⁰ der Gesamtbelegschaft des Unternehmens²⁷¹ oder der Kunden²⁷² beziehen.²⁷³ Unklar ist, ob sie sich in mitbestimmten Unternehmen auf den gesamten Aufsichtsrat oder lediglich auf die Anteilseignervertreter bezieht.²⁷⁴

Bezüglich des „Wie“ setzt der DCGK aber Mindestanforderungen: Der Text verlangt zwar keine konkrete Quote für den Aufsichtsrat. Dieser muss aber *konkrete Ziele benennen*. Allgemeine Festlegungen genügen daher nicht, um der Empfehlung nachzukommen.²⁷⁵ Das effektivste Mittel zur angemessenen Berücksichtigung der Frauen ist der Wahlvorschlag des Aufsichtsrats.²⁷⁶ Dort ist der Platz, das Ziel einer erhöhten Frauenbeteiligung zu berücksichtigen.²⁷⁷ Das muss bei der Zielsetzung berücksichtigt werden. Ein konkretes Ziel kann nur eines sein, dessen Erreichen oder Nichterreichen innerhalb eines vorgegebenen Zeitrahmens nachprüfbar ist. Damit verlangt

²⁶⁶ Weber-Rey/Handt, NZG 2011, 1 f, 3.

²⁶⁷ Weber-Rey/Handt, NZG 2011, 1, 2.

²⁶⁸ Weiterführend Habersack, MünchKomm-AktG (Fn. 135), § 116 Rn. 39 ff.

²⁶⁹ Weber-Rey/Handt, NZG 2011, 1, 3 f.

²⁷⁰ Ringleb/Kremer/Lutter/Werder, NZG 2010, 1161, Rn. 1025 h.

²⁷¹ Deilmann/Albrecht, AG 2010, 727, 730.

²⁷² Vgl. Weber-Rey/Handt, NZG 2011, 1, 3.

²⁷³ Zu den Möglichkeiten näher Ringleb/Kremer/Lutter/Werder, NZG 2010, 1161, Rn. 1025 h.

²⁷⁴ Dazu Deilmann/Albrecht, AG 2010, 727, 730; zur Möglichkeit, die Zielvorgaben getrennt auszuweisen vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/Werder, NZG 2010, 1161, Rn. 1025 k.

²⁷⁵ Keiluweit, DStR 2010, 2251, 2254; Ringleb/Kremer/Lutter/Werder, NZG 2010, 1161, Rn. 1025 g; Schubert/Jacobsen, WM 2011, 726, 728; Weber-Rey/Handt, NZG 2011, 1, 3.

²⁷⁶ Siehe Nr. 5.4.1 S. 4 DCGK: „Vorschläge des Aufsichtsrats an die zuständigen Wahlgremien sollen diese Ziele berücksichtigen.“

²⁷⁷ Schubert/Jacobsen, WM 2011, 726, 730.

der Kodex vom Aufsichtsrat, sich quantitative und zeitliche Vorgaben zu setzen.²⁷⁸ Wer sich der Empfehlung des Kodex anschließt, verpflichtet sich daher im Ergebnis dazu, eine Zielquote für das Unternehmen festzulegen.²⁷⁹ Solche Zielvorgaben sind als Teil eines begrenzten Konzepts zur Verwirklichung der Chancengleichheit auch rechtlich zulässig.²⁸⁰ Der genaue Zeitplan und die Höhe der Quote bleiben dem Verband überlassen. Er muss seine Festlegungen allerdings veröffentlichen (Nr. 5.4.1. S. 5 DCGK).²⁸¹ Mit dieser Berichtspflicht aktiviert der Kodex die Umwelt des Verbandes, Druck auf die Benennung und Umsetzung der Ziele auszuüben.²⁸² Allerdings verlangt der Kodex nicht, dass die Ziele auch erreicht werden müssen.²⁸³ Der Verband geht mit einer Entsprechenserklärung für die Zukunft²⁸⁴ das Risiko von Umsetzungsschwierigkeiten ein. Realisiert es sich, zwingt ihn das Rechtssystem nur zur Erklärung darüber, dass die konkreten Ziele nicht erreicht wurden.²⁸⁵ Erneut stellt sich das Problem der Mindestanforderungen: Genügt es, wenn der Aufsichtsrat die Zielverfehlung mit dem Poolproblem erklärt oder muss er zugleich darlegen, welche Maßnahmen der Verband insgesamt getroffen hat, dieses Poolproblem zu verkleinern?²⁸⁶

dd) Durchsetzung

Die Effektivität der *Diversity*-Empfehlungen hängt von der erfolgreichen Interferenz der unterschiedlichen Steuerungsebenen ab. Über den Begriff der Empfehlung sind die drei Kommunikationssysteme Kodex, Verband (AG) und Recht strukturell verkoppelt. Die jeweilige systeminterne Interpretation der im Kodex verwendeten Begriffe kann zu Irritationen in den anderen Funktionssystemen führen. Divergenzen in der Interpretation zwischen Kodex- und Verbandsystem müssen vom Recht gelöst werden. Das Problem stellt sich immer dann, wenn das Kommunikationssystem Kodex von einem bestimmten Mindestinhalt der Umsetzungsmaßnahmen ausgeht und das Kommunikationssystem Verband von dieser Einschätzung abweicht. Dann muss das Kommunikationssystem Recht entscheiden, ob das Organ gegen § 161 AktG verstoßen hat, indem es diese Abweichung nicht offen gelegt hat. Die strukturellen Kopplungen erlauben drei unterschiedliche Operationen (1.) Das Recht rezipiert die

278 Siehe Deilmann/Albrecht, AG 2010, 727, 729 f; Henze/Rosch, ArbRAktuell 2010, 573; Weber-Rey/Handt, NZG 2011, 1, 3; iE auch Hecker/Peters, BB 2010, 2251, 2254.

279 Deilmann/Albrecht, AG 2010, 727, 729 f; Henze/Rosch, ArbRAktuell 2010, 573; Mense/Rosenhäger, GWR 2010, 311; Schulz, BB 2010, 2390, 2391; Schubert/Jacobsen, WM 2011, 726, 729; zurückhaltender Dauner-Lieb, DB 2010, 45, 46; Weber-Rey/Handt, NZG 2011, 1, 3.

280 Vgl. EuGH Urt. v. 28.3.2000, Rs. C-158/97 – Badeck, Slg. 2000, I-1875.

281 Ein Formulierungsvorschlag dazu bei Schulz, BB 2010, 2390, 2393.

282 Vgl. Keiluweit, DStR 2010, 2251, 2252.

283 Schubert/Jacobsen, WM 2011, 726, 730.

284 Dazu Hüffer, AktG (Fr 119), § 161 Rn. 20.

285 Weber-Rey/Handt, NZG 2011, 1, 3.

286 Eingehend Schubert/Jacobsen, WM 2011, 726, 729.

Auffassung des Kodex. (2.) Das Recht teilt die Einschätzung des Verbandes. (3.) Das Recht entwickelt seinen eigenen Begriffsinhalt.

Die erste Auffassung stärkt die Definitionshoheit des Kodex. Erklärt sich der Verband nicht anderweitig, geht das Recht davon aus, dass er den so konzipierten Inhalt auch im eigenen Subsystem übernommen hat. Kommt er dem nicht nach, verletzt er § 161 AktG. Dann kommt es zu Sanktionen im Rechtssystem.²⁸⁷ Die dogmatischen Instrumente dafür sind Nichtigkeit bzw. Anfechtbarkeit der Entscheidungen der Verbandsorgane. Dazu zwei Beispiele: Unterbreitet der Aufsichtsrat der Hauptversammlung einen Beschlussvorschlag, der inhaltlich im Widerspruch zu den Kodex-Empfehlungen steht, ist er aus § 161 AktG verpflichtet, die geänderte Absicht gleichzeitig mit dem Beschlussvorschlag bekannt zu machen.²⁸⁸ Ansonsten ist der Wahlvorschlagsbeschluss nichtig²⁸⁹ und der darauf basierende Hauptversammlungsbeschluss anfechtbar.²⁹⁰ Anders entscheidet man bei der Vorstandsbestellung. Weicht der Aufsichtsrat ohne Offenlegung von seiner Entsprechenserklärung ab, bleibt der Beschluss wirksam.²⁹¹ Der Unterschied wird mit dem Schutzzweck des § 161 AktG erklärt.²⁹² Überzeugender ist es, das Problem auf die Definitionshoheit zurückzuführen. Im ersten Fall beansprucht sie der Kodex für sich und das Recht räumt sie ihm auch ein. Im zweiten Fall weist der DCGK dem Verband die Definitionskompetenz darüber zu.²⁹³ Diesbezüglich hat der Verband seine autonome Zielsetzung nicht offenzulegen. Weicht er von ihr ab, ist der Kodex nicht irritiert. Das Recht akzeptiert diese Arbeitsteilung.

Entscheidet sich das Recht dagegen für die zweite Konstellation, läuft die vom DCGK angestrebte Steuerung der Verbandssysteme leer. Der Aufsichtsrat unterbreitet beispielsweise einen Wahlvorschlag, ohne eine konkrete Zielvorgabe zum Frauenanteil beschlossen zu haben. Damit genügt er nicht den vom Kodex aufgestellten Mindestanforderungen an das „Wie“.²⁹⁴ Teilt das Rechtssystem diese Auffassung *nicht*, verstößt der Verband nicht gegen § 161 AktG, wenn er vom Begriffsverständnis im System des Kodex abweicht. Das ist die Folge der operativen Geschlossenheit des Rechts. Der Begriff der „Empfehlungen“ in § 161 Abs. 1 AktG erlaubt zwar eine zyklische

²⁸⁷ Zu den Rechtsfolgen ausführlich *Deilmann/Albrecht*, AG 2010, 727, 731; *Schubert/Jacobsen*, WM 2011, 726, 730 ff; siehe auch *Kocher*, BB 2010, 264, 266.

²⁸⁸ Grundlegend BGHZ 180, 9, Rn. 19; OLG München NZG 2009, 509, 510; näher *Sester* in: *Spindler/Stilz*, AktG, § 161 Rn. 50 ff; *Spindler* in: *Schmidt/Lutter*, AktG, § 161 Rn. 43 f.

²⁸⁹ OLG München NZG 2009, 509, 510.

²⁹⁰ Str, siehe OLG München NZG 2009, 509, 510; LG Hannover NZG 2010, 744748; zum Streitstand mit Blick auf die Diversity-Empfehlungen näher *Deilmann/Albrecht*, AG 2010, 727, 731 ff; *Schubert/Jacobsen*, WM 2011, 726, 732 ff.

²⁹¹ Näher *Kocher*, BB 2010, 264, 266; *Schubert/Jacobsen*, WM 2011, 726, 734.

²⁹² Vgl. OLG München NZG 2009, 509, 510 und *Schubert/Jacobsen*, WM 2011, 726, 734.

²⁹³ S.o. IV 3 a) (2) bb).

²⁹⁴ S.o. IV 3 a) (2) cc).

Verknüpfung mit dem Kodex, überlässt die Ausfüllung des Begriffs aber den internen Operationen des Rechts.

Die dritte Entscheidungsvariante erlaubt es dem politischen System, das Recht zu instrumentalisieren, um über § 161 AktG das Ziel der Geschlechtergerechtigkeit schneller durchzusetzen. Anknüpfungspunkt für diese Operation ist beispielsweise der Begriff der Angemessenheit. Exemplarisch für diese Instrumentalisierung ist die These, der Verband solle „die externen Erwartungen an eine angemessene Höhe des Frauenanteils im Aufsichtsrat, insbesondere im politischen Raum“²⁹⁵ berücksichtigen. Die Entscheidungskompetenz darüber liegt nach der vom Kodex vorgenommenen Arbeitsteilung beim Aufsichtsrat. Teilt er diese Einschätzung, akzeptiert das Recht seine unternehmerische Entscheidung, solange er dabei vernünftigerweise annehmen durfte, auf Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln (§§ 116 S. 1 iVm § 93 Abs. 1 S. 2 AktG). Zur Instrumentalisierung des Rechts kommt es, wenn der Aufsichtsrat diese Einschätzung nicht teilt und das Recht bei der Interpretation des § 161 AktG die politische Zielsetzung als dem Kodex inhärent unterstellt. Dann wäre eine nicht erklärte Abweichung ein Verstoß gegen § 161 AktG. Dagegen muss man im Rechtssystem darauf insistieren, dass es auch hier die Entscheidungskompetenz des Aufsichtsrats akzeptiert. Der DCGK hat die Definitionsgröße über diese Frage an den Verband delegiert. Die zwischen DCGK und Verband vorgenommene Arbeitsteilung hat das Recht zu respektieren.

Zusammenfassend zeigt sich, dass die Steuerungsfähigkeit des DCGK entscheidend von drei Faktoren abhängt: (1.) den vom DCGK aufgestellten Mindestanforderungen einer *compliance* und (2.) der Bereitschaft des Rechts, diese Mindestanforderungen bei der Interpretation des § 161 AktG zugrunde zu legen und (3.) der Nicht-Bereitschaft von Unternehmen, eine Abweichung von den Empfehlungen mit Mindestinhalt zu erklären und zu begründen.

(3) Persistenz statussichernder Ungleichbehandlung

Bedingung erfolgreicher Selbstregulierung ist es, dass sich die Ziele der Regelsetzung und die Interessen der Beteiligten bzw. der von der Regel Betroffenen weitgehend decken.²⁹⁶ Systemtheoretisch formuliert, muss das Ziel der Geschlechtergerechtigkeit über strukturelle Kopplungen in das Wirtschaftssystem und dessen Subsystemen – die Verbände – „übersetzt“ werden. Diese Aufgabe übernimmt der *Business Case* für *Diversity*. Er ermöglicht es, eine moralisch-politische Frage von Gleichberechtigung an den im Wirtschaftssystem geltenden Code anzuknüpfen.²⁹⁷ Der Ansatz steht bei

295 Ringeb/Kremer/Lutter/Werder, NZG 2010, 1161, Rn. 1025 h.

296 Vgl. Buck-Heeb/Dieckmann, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, 243.

297 Zur Kritik dieser Instrumentalisierung aus feministischer Perspektive Andresen/Koreuber, Einführung, in: Andresen/Koreuber/Lüdke, Gender oder Diversity: Alpträum oder Traumpaar?, 2009, 19 ff; Krell, FS Heide Pfarr, 2010, 149 ff.

Gleichbehandlungsfragen aber auf unsicherem Grund.²⁹⁸ Als marktbezogener Lösungsansatz kann er das strukturelle Problem präferenzbedingter Diskriminierung nicht ausreichend – vor allem nicht ausreichend schnell – adressieren. Die These, dass der informierte Kapitalmarkt Anreize bietet, die zur Steigerung des Frauenanteils beitragen, ist – um es vorsichtig zu formulieren – fraglich. Eine aktuelle Untersuchung der Auswirkungen von Frauen im Board von 432 U.S.-amerikanischen Unternehmen im Zeitraum von 1997-2006 kam zum überraschenden Ergebnis, dass die Besetzung mit Frauen negative Auswirkungen auf den Börsenwert des Unternehmens hatte.²⁹⁹ Die Autoren der Studie erklären das mit einer negativen Präferenz institutio-neller Investoren: „*Because investors are not accustomed to thinking of women as board members and tend to believe that women lack the human capital and business experience to be board members, we posit that institutional investors may react negatively to firms that appoint women board members.*“³⁰⁰ Damit greifen sie auf Erklärungsmuster in der sozialen Kognitionstheorie zurück, nach denen wir die Unterscheidung zwischen „uns“ und den „anderen“ als soziale Kategorisierung benutzen und mit unseren tatsächlichen oder stereotypen Erfahrungen verbinden, um so ein Informationsdefizit auszugleichen.³⁰¹ Die Studie bestätigt das Verständnis von Diskriminierung als sozialen Vorgang der Hierarchisierung.³⁰²

Das Merkmal „Geschlecht“ ist im Wirtschaftssystem ein Distributionsfaktor. Frauen sind im Wirtschaftssystem „weniger wert“. Der existierende *gender pay gap* in Führungspositionen³⁰³ ist ein Beispiel dafür, die Hartnäckigkeit, mit der sich der geringe Anteil von Frauen in Aufsichtsräten und Vorständen über so lange Zeit halten konnte und kann, ein anderes. „Die Reihen fest geschlossen, so lautet die Devise.“³⁰⁴ Nach klassischer Auffassung müssten die mittel- und langfristig angenommenen ökonomischen Anreize dafür sorgen, dass diskriminierende Präferenzen vom Markt verdrängt werden.³⁰⁵ Paradoxerweise führen diese sozialen Praktiken zu ökonomischen Anreizen, ihnen zu folgen.³⁰⁶ Akteure im Wirtschaftssystem, die soziale Praktiken anderer Funktionssysteme durchbrechen, erleiden deshalb signifikante ökonomische

298 Weitere Kritik bei *Hart*, 92 J. of Business Ethics 585 (2010).

299 *Dobbin/Jung*, 89 N.C.L. Rev. 809 (2011).

300 *Dobbin/Jung*, 89 N.C.L. Rev. at 822.

301 Vgl. *Fiske*, 48 American Psychologist American Psychologist 621 (1993); *Reskin*, 29 Contemporary Sociology 319 (2000).

302 Vertiefend dazu *Grünberger*, Personale Gleichheit (Fn. 1), 459 ff.

303 Vgl. die empirischen Daten bei *Holst/Busch*, DIW Führungskräfte-Monitor 2010 (Fn. 2), 12 f, 47 ff; aus rechtlicher Sicht statt vieler *Winter*, Diskriminierungsfreie(re) Entgeltgestaltung – leider immer noch ein Prinzip ohne Praxis, FS Pfarr, 2010, 320 ff; ähnlich auch *Langenfeld*, DVBl. 2010, 1019, 1020 f.

304 *Hohmann-Dennhardt*, FS Pfarr, 2010, 235, 243.

305 Grundlegend *Becker*, The Economics of Discrimination (1957), 2nd ed., 1971, zur Kritik siehe *Grünberger*, Personale Gleichheit (Fn. 1), 1018 ff mwN.

306 Zum Folgendem näher *Grünberger*, Personale Gleichheit (Fn. 1), 592 ff.

Nachteile.³⁰⁷ Die existierenden sozialen Hierarchisierungsnormen bewirken damit ein Kartell der privilegierten Gruppenmitglieder und stellen sicher, dass einzelne Mitglieder nicht ausscheren.³⁰⁸ Der Zusammenhalt der Gruppe beruht auf einer dadurch sichergestellten Statuserzeugung:³⁰⁹ Gruppen, die sich nach sozialen Kriterien organisieren und unterscheiden, bilden eine zentrale Quelle von Anerkennung für diejenigen, die dazu gehören. Gruppenmitglieder haben daher einen Anreiz, auf monetäre Gewinne zu verzichten, wenn sich dadurch ihr Status innerhalb der Gruppe verbessert. Als Netzwerkstrukturen innerhalb der Gesellschaft bestimmt sich der Status der jeweiligen Gruppe relativ zu anderen. Das führt zu Anreizen, den eigenen Gruppenstatus zu erhöhen *und* den anderer Gruppen zu minimieren. Der *Business Case* für *Diversity* blendet diese Zusammenhänge aus. Er operiert auf der Grundlage klassischer ökonomischer Theorien: „*These explanatory frameworks assume fully rational actors making decisions based on careful calculations about a firm's current standing and future prospects. But in the stock market, as in other markets, behavior is shaped in important ways by psychological and sociological factors that these theories neglect.*“³¹⁰ Es ist daher zweifelhaft, ob man das Ziel der Geschlechtergerechtigkeit ausschließlich über den Weg des DCGK erreichen kann.

b) „FlexiQuote“

(1) Regulierte Selbstregulierung als Mehrstufenmodell

Diese Einschätzung teilt offensichtlich auch das politische System. Dort wird über eine Ergänzung und Alternative zum DCGK nachgedacht: die „FlexiQuote“.³¹¹ Nach dem Vorbild des aus der Wissenschaft stammenden Entwurfs eines Gesetzes zur Gleichstellung der Geschlechter in der Privatwirtschaft³¹² handelt es sich um ein Modell regulierter Selbstregulierung im Mehrstufensystem. Die „FlexiQuote“ ist der Name einer gesetzlichen Pflicht zur Selbstverpflichtung von Unternehmen. Börsennotierte und „voll mitbestimmte“³¹³ Unternehmen sollen danach gesetzlich verpflichtet werden, eine selbst bestimmte und unternehmensspezifische Frauenquote für Aufsichtsrat und Vorstand festzulegen und zu veröffentlichen, die innerhalb einer ebenfalls selbst bestimmten Frist erreicht werden soll. Verfehlt ein Unternehmen die selbstgesetzten Ziele, sollen „gesellschaftsrechtliche Sanktionen (Anfechtbarkeit etc.)“ greifen. Erreicht es eine Quote von 30 % in Vorstand und Aufsichtsrat, entfällt

307 Akerlof, 90 Q.J. Econ. 599 (1976).

308 Vgl. Engert, 4 German L.J. 685692 (2003).

309 McAdams, 108 Harv. L. Rev. 1003 (1995),.

310 Dobbin/Jung, 89 N.C.L. Rev. 809, 838 (2011).

311 Siehe Schröder, Handelsblatt v. 28.1.2011, <http://www.handelsblatt.com/ministerin-schroeder-will-flexiquote-einfuehren/3817962.html>; BMFSFJ, Stufenplan „Frauen und Männer in Führungspositionen“ v. 6.6.2011, <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/gleichstellung,did=172756.html>.

312 Pfarr (Hrsg.), Ein Gesetz zur Gleichstellung der Geschlechter in der Privatwirtschaft, 2001, 11 ff.

313 Daher ist zweifelhaft, ob auch Unternehmen nach dem DrittelpG erfasst sind; allgemein zum Kreis potentieller Regulierungsadressaten Langenbucher, JZ 2011, 1038, 1039 ff.

die Pflicht zur Quote. Die „FlexiQuote“ soll mit einer aufschiebenden Bedingung verknüpft werden. Danach tritt sie nur in Kraft, wenn es der Wirtschaft insgesamt bis zu einem Zeitpunkt in 2013 nicht gelungen sein sollte, den durchschnittlichen Frauenanteil in Aufsichtsräten und Vorständen zu verdreifachen.

Indem das Modell eine gesetzliche Pflicht zur autonomen Quotenfestlegung anordnet, holt es sich zwangsläufig alle Regelungsprobleme eines gesetzlichen Quotenmodells ins Haus. Das gilt insbesondere für das Gleichheitsparadoxon.³¹⁴ Aus unionsrechtlicher Sicht ist es unerheblich, ob der Staat die Quote vorgibt oder ob er den Unternehmen vorgibt, sich selbst eine Quote zu geben. In beiden Fällen stellen sich *dieselben* Rechtfertigungsfragen. Das gilt im Wesentlichen auch für die verfassungsrechtliche Dimension des Problems. Das Modell einer „FlexiQuote“ erfordert lediglich eine differenzierte Konstruktion des staatlichen Eingriffs in das Gleichheitsgrundrecht.³¹⁵ Unterschiedlich kann allerdings die Verhältnismäßigkeitsprüfung innerhalb der Freiheitsrechte ausfallen, weil die Festlegung der Höhe der Quote den Unternehmen selbst überlassen bleibt. Nicht überzeugen kann das Argument, die „FlexiQuote“ sei im Vergleich zur Einheitsquote schon grundsätzlich das mildere Mittel. Man kann nämlich mit guten Gründen darüber streiten, ob sie zur Verwirklichung des Ziels der Geschlechtergerechtigkeit gleich geeignet ist.³¹⁶

(2) Eingeschränktes Misstrauensvotum gegenüber dem DCGK

Mit der „FlexiQuote“ droht der Gesetzgeber, „die Sache wieder an sich zu ziehen und da, wo er den Kodex für nicht ausreichend hält oder seine Akzeptanz durch die Unternehmen nicht ausreicht, ein Gesetz zu erlassen“.³¹⁷ Die Diversity-Empfehlungen des DCGK sind darin lediglich eine Vorstufe zur gesetzlichen Regelung. Mit der „FlexiQuote“ ginge der Gesetzgeber darüber hinaus: (1.) Der Verband muss sich eine Quote für die Besetzung des Aufsichtsrats geben. Zu diesem Ergebnis kommt man beim Kodex nur mit einer entsprechenden Interpretation der Empfehlung.³¹⁸ (2.) Der Verband muss sich eine Quote für den Vorstand setzen. Damit weicht der Vorschlag deutlich von der im Kodex vorgenommenen Kompetenzverteilung zugunsten der Präferenzautonomie des Verbandes ab.³¹⁹ (3.) Als Instrument staatlicher Regulierung entfällt für den Verband die Möglichkeit des *opt-out*. Eine gesetzlich vorgeschriebene Pflicht zur Festlegung einer Frauenquote muss das Kartellverhalten der

³¹⁴ Oben IV 2 b. Irreführend daher die Aussage der BM Schröder (Fn. 311), differenzierter dagegen Ossenbühl, NJW 2012, 417, 420 ff. [Der Beitrag beruht – was in der NJW nicht offengelegt wird – auf einem Rechtsgutachten, das Ossenbühl im Januar 2011 im Auftrag des BMFSFJ erstattet hat.]

³¹⁵ Eingehend Sachs, ZG 2012 (Heft 1) unter II 2 d.

³¹⁶ Spindler/Brandt, NZG 2011, 401, 404 halten die „FlexiQuote“ für ungeeignet; kritisch auch Bachmann, ZIP 2011, 1131, 1133 f.

³¹⁷ Seibert, BB 2002, 581, 582.

³¹⁸ S. o. IV 3 a) (2) cc.

³¹⁹ S. o. IV 3 a) (2) bb).

Akteure³²⁰ adressieren, indem es die Einhaltung sozialer Praktiken zur Statussicherung verteuert. Daran haben sich die Rechtfolgen jedes gesetzlichen Quotenmodells zu orientieren. Ein Beispiel dafür ist das französische Recht, das dem nicht gesetzeskonform besetzten Aufsichtsrat die Bezüge suspendiert.³²¹

Die Politik hat ihr Misstrauensvotum gegenüber dem Kodex allerdings zeitlich suspendiert, wie die Idee des aufschiebend bedingten Inkrafttretens zeigt. Den *Diversity*-Empfehlungen wird damit eine Gnadenfrist eingeräumt. Diese läuft nicht zufällig nach den im Jahr 2013/14 turnusgemäß gehäuft auftretenden Aufsichtsratswahlen ab. Damit baut das politische System eine Drohkulisse für börsennotierte und mitbestimmte Gesellschaften auf, den *Diversity*-Empfehlungen des DCGK³²² zu folgen. Diese Operation des politischen Systems führt zu Irritationen in den anderen Funktionssystemen: Die Suspension lässt sich nur mit der Annahme des politischen Systems erklären, dass dem DCGK jedenfalls für den Aufsichtsrat ein Zwang zu entnehmen ist, eine signifikante Quote festzulegen. Der Kodex kann diese Annahme im Begriff der „Angemessenheit“ aufgreifen, wenn man diesen Begriff auch auf Erwartungen der Umwelt an das Funktionssystem erstreckt.³²³ Dadurch – und das muss man hervorheben – wird der DCGK politisch instrumentalisiert. Die Aussage, dass eine gesellschaftspolitische Besserstellung von Frauen nie Ziel der Empfehlungen war,³²⁴ wird damit unhaltbar. Im Gegenteil: Die *Diversity*-Empfehlungen müssen angesichts der beschränkten Fähigkeit des *Business Case* bewusst als Maßnahmen zur Herstellung von Geschlechtergerechtigkeit konzipiert werden, um einer gesetzlichen Regelung zuvorzukommen.³²⁵ Das bleibt nicht ohne Auswirkungen auf die Interpretation des § 161 AktG. Unternehmen, die keine konkrete Quote als Zielvorgabe nennen, weichen dann von der *Diversity*-Empfehlung ab und müssen dies offenlegen.³²⁶ Diese Offenlegung steht den Unternehmen als realistische Option aber nicht mehr zur Verfügung. Machen sie nämlich vermehrt davon Gebrauch, aktiviert das genau den Misstrauensmechanismus, der dem Modell der „FlexiQuote“ eingebaut ist. Der tragende Gedanke des DCGK – *comply or explain* – wird damit desavouiert.³²⁷ Es heißt jetzt: *Comply or we'll force you to comply.*

³²⁰ S. o. IV 3 a (3).

³²¹ S.o. IV 2 a).

³²² Zum potentiellen Adressatenkreis des DCGK näher Ringleb in: Ringleb/Kremer/Lutter/Werder, DCGK (Fn. 231), Vorbem. Rn. 128 ff.

³²³ S.o. IV 3 a) (2) cc).

³²⁴ Weber-Rey/Handt, NZG 2011, 1, 2, dazu bereits unter I.

³²⁵ Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/Werder, NZG 2010, 1161, Rn. 1025 h f.

³²⁶ Vgl. dazu Langenbacher JZ 2011 1038, 1043.

³²⁷ Vgl. zum ähnlichen Problem der Vorstandsvergütung Spindler, NZG 2005, 689, 692.

4. Ein Kombinationsmodell

Nach traditionellem Verständnis verhindert eine „gläserne Decke“, dass Frauen in Führungspositionen, von dort in den Vorstand und von dort in den Aufsichtsrat kommen.³²⁸ Man kann den Zusammenhang aber auch umkehren und „vom Kopf her denken“.³²⁹ Danach ist es gerade die Männerdominanz in Aufsichtsrat und Vorstand, die zum *status quo* im Vorstand bzw. auf den Führungsebenen beiträgt. Dafür spricht das Modell statussichernder Hierarchisierung.³³⁰ Eine Quotenregelung für den Aufsichtsrat hat das Potential, diesen Zusammenhang zu durchbrechen und die „gläserne Decke“ von oben zu durchstoßen. Das wird sie als Einzelmaßnahme nicht schaffen. Darunter leidet die gegenwärtige Debatte. Sie behandelt die verschiedenen Lösungswege als Alternativen. Nach meiner Auffassung ist ein kombinatorischer Ansatz notwendig, der alle Ebenen des Unternehmens im Blick hat. Ziel ist es, mit einen *top-down*-Ansatz ausreichend Möglichkeiten zu schaffen, damit Frauen von unten in Führungspositionen aufsteigen können. Die auf mehreren Unternehmenshierarchiestufen angesiedelten *Diversity*-Empfehlungen des DCGK³³¹ erkennen diesen Zusammenhang im Ansatz. Will man Geschlechtergerechtigkeit in Unternehmen erreichen, halte ich es für notwendig, die verschiedenen Regulierungsansätze zu kombinieren und auf allen Ebenen differenziert einzusetzen. Das AGG als Element staatlicher Regulierung erfasst jede Ebene, berücksichtigt aber nur individuelle Ungleichbehandlungen auf dem Weg nach oben. Für den Aufsichtsrat konkurrieren Einheits- oder „FlexiQuote“ um den rechtspolitischen Vorzug. Unter unions- und verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten sind beide Instrumente möglich.³³² Der entscheidende Vorteil der „FlexiQuote“ liegt darin, dass sie die Eigenrationalität des Verbandes stärker respektiert und auf dem im jeweiligen Funktionssystem gesammelten Wissen aufbaut. Ihr Nachteil ist es, dass die Durchsetzung von Geschlechtergerechtigkeit zeitlich weiter verzögert wird. Beim Aufsichtsrat präferiere ich daher eine gesetzliche Einheitsquote nach französischem Muster. Dafür spricht seine Konzeption als Gremium, das sich durch Vielfältigkeit auszeichnet. Diese Vielfältigkeit lässt sich mit Frauen und Männern gemeinsam abbilden. Anders ist für den Vorstand zu entscheiden. Hier kann die „FlexiQuote“ ihren Vorteil ausspielen. Der damit verbundene Nachteil ist von Politik und Recht zu akzeptieren, damit die strukturellen Kopplungen nicht überstrapaziert werden. Daneben bleibt Raum für neugefasste Diversitätsempfehlungen im DCGK. Der Kodex könnte beispielsweise vorsehen, dass in allen Ausschüssen des Aufsichtsrats, die sich mit Personalfragen beschäftigen („*findig committee*“), Frauen angemessen zu beteiligen sind. Dasselbe gilt für die

328 Vgl. Holst/Busch, DIW Führungskräfte-Monitor 2010 (Fn. 2), 55 ff.

329 Hohmann-Dennhardt, FS Pfarr, 2010, 235, 246.

330 S. o. IV 3 a) (3).

331 S.o. IV 3 a) (2).

332 Papier/Heidebach, ZGR 2011, 305, 313 ff, 329 ff; aA insbesondere Sachs, ZG 2012 (Heft 1) unter II.

Vorstandsebene. Die Empfehlung zur Förderung von Frauen in Führungspositionen unterhalb des Vorstands sollte im Kodex schärfert formuliert werden. Der Vorstand sollte ausdrücklich aufgefordert werden, dieses Ziel mit konkreten positiven Maßnahmen zu erreichen. Diese sind auf allen Unternehmenshierarchien umzusetzen.

V. Ausblick

Die Debatte zu Frauenquoten in Aufsichtsrat und Vorstand ist einzubetten in den größeren Zusammenhang von Frauen in Führungspositionen und in den Komplex der Entgeltgleichheit unabhängig vom Geschlecht und der Vereinbarkeit von Familie und Beruf.³³³ Dass sie mit dieser Intensität geführt wird, ist Ausdruck eines gesellschaftlichen Unbehagens, das aus der vom Wirtschaftssystem ausgehenden „Kolonialisierung der Lebenswelten“ (*Habermas*) herröhrt. Die Gestaltung der Arbeitsbedingungen und die Auslagerung familiärer Pflichten stellen sicher, dass Zugangsbarrieren für Frauen und Männer errichtet werden, die ein anderes Lebensmodell verfolgen.³³⁴ Die Unterrepräsentanz von Frauen im Vorstand lässt sich dann ganz einfach damit erklären, „dass viele Frauen den entbehrungsreichen Weg ins Top-Management gar nicht erst antreten wollen“.³³⁵ Dabei wird ausgeblendet, dass es für die Männer in den Positionen normal ist, eine intakte Familie zu haben.³³⁶ Das ist mit den Leistungsanforderungen „natürlich“ nur dann vereinbar, wenn man diese Aufgabe auf die Ehefrau delegieren kann. Mit den auf Gewinnmaximierung beruhenden Arbeitsstrukturen und den daraus resultierenden Anpassungsanforderungen des Einzelnen expandiert das ökonomische Denken in andere Funktionsbereiche der Gesellschaft. Das Recht kann dem Grenzen setzen, wenn es die in ihm angelegte Forderung nach Geschlechtergerechtigkeit ernst nimmt. Der Topos ermöglicht es dem Recht, den Sozialeffekt privatrechtlicher Institutionen wie der Verbandsautonomie in der Umwelt des Rechts wahrzunehmen.³³⁷ Die über den Begriff erreichte Sensibilisierung des Rechts für seine Umwelt stellt sicher, dass es seine Leistungen allen betroffenen Funktionssystemen – Wirtschaft, Familie, Person – gleichermaßen und *neutral* anbieten kann.³³⁸ Das Argument aus der Geschlechtergerechtigkeit kann natürlich keine „gerechte“ Gesellschaft mit den Mitteln juristischer Gerechtigkeit allein errichten. Damit würde man den Imperialismus der Wirtschaft mit dem des Rechts austreiben und „ein falsches Heilversprechen“ abgeben.³³⁹ Es kann aber dazu

³³³ Dazu zuletzt *Langenfeld*, DVBl. 2010, 1019, 1025 ff.

³³⁴ Vgl. *Hohmann-Dennhardt*, FS Pfarr, 2010, 235, 243 f; ähnlich die Einschätzung zum Wissenschaftssystem bei *Langenfeld*, DVBl. 2010, 1019, 1021 f.

³³⁵ *Bachmann*, ZIP 2011, 1131, 1139.

³³⁶ Siehe die Untersuchung von *Wipperman*, Frauen in Führungspositionen – Barrieren und Brücken (Fn. 147), 47 ff, 64 f.

³³⁷ Vgl. *Wielsch*, Iustitia mediatrix: Zur Methode einer soziologischen Jurisprudenz, FS G. Teubner, 2009, 395, 411.

³³⁸ Vgl. *Wielsch*, FS G. Teubner, 2009, 395, 411.

³³⁹ Siehe *Teubner*, ZfRSoz 2008, 9, 32 f.

beitragen, die Eigenrationalität des Rechts unter Respektierung der Eigenrationalitäten der anderen Funktionssysteme angemessen zu erfassen.³⁴⁰ Diese Zusammenhänge zu erkennen und als erlaubte rechtliche Operation zu beschreiben, ist Aufgabe einer Theorie juristischer Gerechtigkeit als Gleichheit.³⁴¹

- 340 Näher *Teubner*, Altera pars audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche, in: *Pawlowski/Roellecke* (Hrsg.), Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaats (ARSP Beiheft 65), 1996, 199 ff.
- 341 Ein Modell für das Gleichbehandlungsrecht hat *Grünberger*, Personale Gleichheit (Fn. 1), 940 ff, 948 ff, vorgelegt.