

Unternehmerische Entscheidungsfreiheit vs. sozialpolitische Regulierung – Gesellschaftsrechtliche Dimension

HARTMUT OETKER

I. Einleitung

Die grundrechtlich abgesicherte unternehmerische Entscheidungsfreiheit und sozialpolitisch determinierte Regulierung stehen naturgemäß in einem latenten Spannungsverhältnis, wenn der Gesetzgeber von ihm definierte sozialpolitische Zielsetzungen dadurch realisiert, dass er hierdurch der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit Schranken zieht. Traditionell übernimmt vor allem das Arbeitsrecht die Funktion des schrankensetzenden Regulators. Exemplarisch zeigt dies der breitflächige arbeitsrechtliche Bestandsschutz für das Arbeitsverhältnis sowie die Domestizierung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit durch Partizipationsrechte zugunsten einer Arbeitnehmervertretung, indem insbesondere das Betriebsverfassungsgesetz dem Betriebsrat ein ausziseliertes Gefüge von Anhörungs-, Beratungs- und vor allem Mitbestimmungsrechten zur Verfügung stellt.

Trotz der tradierten Fokussierung auf die arbeitsrechtlichen Regulierungsmechanismen und deren Einwirkungen auf den Spielraum für unternehmerische Entscheidungen hat sich der Gesetzgeber insbesondere in neuerer Zeit auch des Gesellschaftsrechts bedient, um auf diesem Wege sozialpolitische Zielsetzungen umzusetzen. Die hierdurch bewirkten Einschränkungen für die unternehmerische Entscheidungsfreiheit sind nicht zu unterschätzen. So beeinflussen z. B. Umformungen des gesellschaftsrechtlichen Ordnungsrahmens denknotwendig die Entscheidung für die Inanspruchnahme einer bestimmten Rechtsform zwecks Ausübung der unternehmerischen Betätigung. Es verwundert deshalb nicht, dass im Rahmen der Diskussion um

Frauenquoten in den Aufsichtsräten börsennotierter Aktiengesellschaften auch der Abschied von der Börse (delisting) als Vermeidungsstrategie erwogen wird.¹

Die Frauenquote für die personelle Zusammensetzung des Aufsichtsrates ist nur ein besonders aktuelles und anschauliches Beispiel für den Zugriff auf das Gesellschaftsrecht zwecks Umsetzung insbesondere sozialpolitischer Zielsetzungen. Ungeachtet dessen lassen sich aus systematischer Sicht jedoch zwei Formen unterscheiden, mit denen der Zugriff auf das Gesellschaftsrecht erfolgt. Die erste Form zeichnet sich durch eine direkte sozialpolitische Regulierung aus, bei der wiederum zwischen einer heteronomen und einer autonomen Regulierung unterschieden werden kann. Exemplarisch für die erstgenannte Variante einer direkten sozialpolitischen Regulierung sind, neben gesetzlichen Regelungen zur Zusammensetzung der Gesellschaftsorgane, der auf die Gesellschaftsorgane erstreckte Schutz vor Diskriminierungen, Beschränkungen zur Vergütung der geschäftsführenden Organe sowie Offenlegungspflichten im Hinblick auf sozialpolitische Faktoren zu nennen.

Nicht weniger bedeutsam für die unternehmerische Entscheidungsfreiheit ist die zum Teil vom Gesetzgeber initiierte autonome sozialpolitische Regulierung durch die Unternehmen selbst und die hiermit verbundenen Bindungswirkungen insbesondere für das unternehmerische Handeln der geschäftsführenden Organe. Hierzu zählen nicht nur die Entsprechenserklärung zum Corporate Governance Kodex (§ 161 AktG), sondern auch Unternehmenskodizes, die den Forderungen nach einer Corporate Social Responsibility (CSR)² Rechnung tragen sollen. Unternehmenskodizes lassen zwar das legislativ gesetzte gesellschaftsrechtliche Koordinatensystem unangetastet, sie beeinflussen aber zwangsläufig das Pflichtenprogramm der Organwähler und strahlen hierdurch auch auf die unternehmerische Entscheidungsfreiheit aus, da sich unternehmerische Entscheidungen an den selbstgesetzten Verhaltensmaximen messen lassen müssen und etwaige Verstöße sich dem Stigma pflichtwidrigen Organhandelns ausgesetzt sehen.

¹ Siehe z. B. *Jürgen Basedow*, Frauenquoten oder: Gesellschaftspolitik durch Privatrecht, ZEuP 2013, 451 (456).

² Dazu näher z. B. *Marc Amstutz*, Die soziale Verantwortung von Unternehmen im Europäischen Recht, 2009; *Peter Mülbert*, Soziale Verantwortung von Unternehmen im Gesellschaftsrecht, AG 2009, 766 ff. sowie nachfolgend unter B II. 3.

Mit dieser Ausstrahlungswirkung ähneln Unternehmenskodizes einer zweiten Form sozialpolitischer Regulierung im Gesellschaftsrecht, die sich dadurch auszeichnet, dass sozialpolitische Intentionen nicht direkt, sondern indirekt in das Gesellschaftsrecht transformiert werden. Zu diesem Zweck werden in das gesellschaftsrechtliche Normengefüge Begrifflichkeiten implementiert, die es dem Norminterpreten gestatten oder gar gebieten, sozialpolitische Aspekte in den Normtext hineinzulesen. Im Hinblick auf die unternehmerische Entscheidungsfreiheit wird über eine derartige Regulierung keine weniger einschränkende Wirkung erzeugt, als durch eine direkte sozialpolitische Regulierung. Exemplarisch ist die jüngst entbrannte Diskussion zur „nachhaltigen Unternehmensentwicklung“ zu nennen, die § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG zur maßgeblichen Vorgabe für die Vergütungsstruktur bei den Vorstandsmitgliedern börsennotierter Aktiengesellschaften erhebt.³ Die allgemein konsentiertere, wenn auch nicht *expressis verbis* kodifizierte Bindung der Organwalter an das Unternehmensinteresse und deren Konkretisierung zeigt darüber hinaus, dass es nicht nur dem Gesetzgeber vorbehalten ist, derartige Einbruchstellen für sozialpolitisch determinierte Indienstnahmen zu kreieren.

II. Direkte sozialpolitische Regulierung durch heteronome Normsetzung im Gesellschaftsrecht

Die Auswirkungen einer direkten sozialpolitischen Regulierung im Gesellschaftsrecht durch heteronome Normsetzung sollen drei Beispiele verdeutlichen. Sie betreffen die Zusammensetzung der Gesellschaftsorgane, die Vergütung der geschäftsführenden Organe sowie an die Unternehmen adressierte Offenlegungspflichten (Transparenz). Zustimmungsvorbehalte zu Lasten geschäftsführender Organe, wie sie § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG zugunsten des Aufsichtsrates vorgibt und die hier außer Betracht bleiben sollen, belegen, dass die vorgenannten Beispiele keineswegs abschließend das sozialpolitisch

³ Siehe dazu einerseits *Norbert Röttgen/Hans-Georg Kluge*, Nachhaltigkeit bei Vorstandsvergütungen, NJW 2013, 900 ff., NJW 2013, 900 ff.; andererseits *Christoph Louven/Malte Ingwersen*, Wie nachhaltig muss die Vorstandsvergütung sein?, BB 2013, 1219 ff.

determinierte gesellschaftsrechtliche Regelungsprogramm des Gesetzgebers abbilden.⁴

1. Zusammensetzung der Gesellschaftsorgane

a) Gesellschaftsorgane als Adressat des Antidiskriminierungsrechts

Als erstes Element für den Zugriff des Gesetzgebers auf die personelle Zusammensetzung der Gesellschaftsorgane ist der Schutz vor Diskriminierungen zu vertiefen, den das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz unabhängig von wertungsoffenen zivilrechtlichen Generalklauseln (§ 138 Abs. 1 BGB) bewirkt. Dieses verbietet unmittelbare (§ 3 Abs. 1 AGG) und mittelbare (§ 3 Abs. 2 AGG) Diskriminierungen wegen der in § 1 AGG abschließend aufgezählten Merkmale. Wie die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zeigt, strahlt hierdurch z. B. auch das Verbot einer Diskriminierung wegen des Alters auf die Zusammensetzung der Gesellschaftsorgane aus.⁵

Das normative Einfallstor für den Diskriminierungsschutz befindet sich allerdings nicht im originären Gesellschaftsrecht, sondern ist bei dem Beschäftigtenbegriff des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes angesiedelt, da § 6 Abs. 3 AGG die Bestimmungen zum Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligungen auf Organmitglieder ausdehnt, soweit die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit betroffen sind. Damit steht zunächst fest, dass der Zugang zu einer vergüteten Organtätigkeit weder unmittelbar noch mittelbar aus

⁴ Die Relevanz der Zustimmungsvorbehalte zu Lasten der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit zeigt besonders anschaulich § 4 Abs. 2 des Gesetzes über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung in private Hand (sog. VW-Gesetz). Danach bedürfen die Errichtung und die Verlegung von Produktionsstätten einer vom Aufsichtsrat mit Zwei-Drittel-Mehrheit zu beschließenden Zustimmung. De lege ferenda fehlt es nicht an Vorschlägen, diesen Regelungsmechanismus insbesondere zum Schutz von Arbeitnehmerinteressen aufzugreifen und zu verallgemeinern; dazu *Gudrun Langenberg*, Der Aufsichtsrat im DGB-Entwurf zum Mitbestimmungsgesetz, DB 1984, 1765 ff. sowie ferner *Jan Lieder*, Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit, 2006, S. 840 ff.

⁵ Siehe vor allem BGH 23.4.2012, BGHZ 193, 110 ff. = NZG 2012, 777 ff.; dazu z. B. *Michael Kort*, Ungleichbehandlung von Geschäftsleitungsmitgliedern bei AG und GmbH wegen des Alters, WM 2013, 1049 ff.; *Ulrich Preis/Adam Sagan*, Der GmbH-Geschäftsführer in der arbeits- und diskriminierungsrechtlichen Rechtsprechung des EuGH, BGH und BAG, ZGR 2013, 26 ff. sowie im Ausgangspunkt auch *Marcus Lutter*, Anwendbarkeit der Altersbestimmungen des AGG auf Organpersonen, BB 2007, 725 ff.

Gründen versagt werden darf, auf die § 1 AGG den Diskriminierungsschutz erstreckt.⁶

Die personelle Reichweite dieses auf Organmitglieder erstreckten Diskriminierungsschutzes ist allerdings nicht zweifelsfrei. Wegen der exemplarischen Aufzählung in § 6 Abs. 3 AGG steht jedoch fest, dass geschäftsführende Organmitglieder, wie insbesondere GmbH-Geschäftsführer sowie Vorstandmitglieder einer AG, in den Diskriminierungsschutz einbezogen sind. Ob darüber hinaus auch Mitglieder des Aufsichtsrates an dem Diskriminierungsschutz durch § 6 Abs. 3 AGG partizipieren und dieser hierdurch die personelle Zusammensetzung des Aufsichtsrates beeinflusst, erschließt sich nicht ohne weiteres aus dem Gesetzeswortlaut. Sofern die Tätigkeit im Aufsichtsrat die Voraussetzungen einer Erwerbstätigkeit erfüllt,⁷ legt der Schutzzweck der Norm ein extensives Verständnis nahe.⁸ Zumindest bei börsennotierten Aktiengesellschaften wird angesichts der dortigen Vergütungspraxis für Aufsichtsratsmitglieder die Voraussetzung einer Erwerbstätigkeit regelmäßig zu bejahen sein.

Neben der exakten personellen Reichweite des Diskriminierungsschutzes zugunsten der Organmitglieder wird vor allem die Frage kontrovers beantwortet, welche Regelungen den „Zugang“ zur Erwerbstätigkeit betreffen. Dies zeigt exemplarisch die vom BGH bereits thematisierte Diskriminierung wegen des Alters, die jedenfalls bei der Fortsetzung einer befristet aufgenommenen Organtätigkeit relevant ist.⁹ Ein weiterer Schwerpunkt der Diskussion betrifft die Folgen, wenn für die Rechtsstellung des Organwalters das sogenannte Trennungsprinzip gilt, also dogmatisch exakt zwischen dem

⁶ Auf die weitere und vornehmlich GmbH-Fremdgeschäftsführer betreffende Ausdehnung des Diskriminierungsschutzes mit Hilfe des unionsrechtlich überlagerten Begriffs des Arbeitnehmers in § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG soll hier nur hingewiesen werden; näher dazu jüngst z. B. *Michael Kort*, Sind GmbH-Geschäftsführer und Vorstandmitglieder diskriminierungsschutzrechtlich Arbeitnehmer?, NZG 2013, 601 ff.

⁷ Zur Vergütung der Aufsichtsratsstätigkeit siehe § 113 AktG.

⁸ Für die grundsätzliche Einbeziehung der Aufsichtsratsmitglieder z. B. *Nils Krause*, Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf die Organbesetzung, AG 2007, 392 (393); *Marcus Lutter*, Anwendbarkeit der Altersbestimmungen des AGG auf Organpersonen, BB 2007, 725 (729); *Hartmut Oetker*, Voraussetzungen und Grenzen des Diskriminierungsschutzes für Organmitglieder, in: Krause/Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Otto, 2008, S. 361 (370 f.); *Monika Schlachter*, ErfKomm. ArbR, 14. Aufl. 2014, § 6 AGG Rdnr. 6.

⁹ Siehe BGH 23.4.2012, BGHZ 193, 110 ff. = NZG 2012, 777 ff.

schuldrechtlichen Anstellungsverhältnis und dem körperschaftsrechtlichen Beststellungsakt zu unterscheiden ist. Relevant ist dies insbesondere für Geschäftsführer einer GmbH, aber auch für Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft, da für beide Gruppen geschäftsführender Organmitglieder das Trennungsprinzip konsentiert und unter anderem in § 84 Abs. 1 AktG normativ anerkannt ist.¹⁰

Die Auffassungen sind geteilt. Während gewichtige Stimmen im Schrifttum den Diskriminierungsschutz auf das Anstellungsverhältnis und dessen Begründung beschränken wollen,¹¹ plädiert eine vornehmlich vom Normzweck geleitete und den wechselseitigen Sachzusammenhang von Bestellung und Anstellung¹² betonende Gegenauffassung für ein extensives Verständnis, das auch den körperschaftsrechtlichen Akt der Bestellung in den Diskriminierungsschutz einbezieht.¹³ Trotz der im Schrifttum an dieser Sichtweise geäußerten Kritik¹⁴ ist dieses Verständnis vorzuzugswürdig. Eine formale Aufspal-

¹⁰ Zum Trennungsprinzip bei Vorstandsmitgliedern der AG statt aller *Michael Kort*, Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2006, § 84 Rdnr. 16, m.w.N. Zum GmbH-Geschäftsführer z. B. BGH 11.10.2010 NJW 2011, 920; *Hartmut Oetker*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, § 35 GmbHG Rdnr. 6, m.w.N. Näher zum Ganzen mit kritischer Würdigung *Theodor Baums*, Der Geschäftsleitervertrag, 1987, S. 3 ff.; *Dieter Reuter*, Bestellung und Anstellung von Organmitgliedern im Körperschaftsrecht, in: Lieb/Noack/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Zöllner, Bd. I, 1998, S. 487 ff.

¹¹ So z. B. *Wolfgang Zöllner/Ulrich Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 35 Rdnr. 7 b; *Ulrich Preis/Adam Sagan*, Der GmbH-Geschäftsführer in der arbeits- und diskriminierungsrechtlichen Rechtsprechung des EuGH, BGH und BAG, ZGR 2013, 26 (65 f.).

¹² Dazu statt aller BGH 14.11.1983, BGHZ 89, 48 (52 f.).

¹³ Siehe BGH 23.4.2012, NZG 2012, 777 Rdnr. 19 sowie im Schrifttum z. B. *Klaus Adomeit/Jochen Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl. 2011, § 6 Rdnr. 45; *Susanne Hoentzsch*, Die Anwendung der Benachteiligungsverbote des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf Organmitglieder, 2011, S. 30 ff.; *Michael Kort*, Ungleichbehandlung von Geschäftsleitungsmitgliedern bei AG und GmbH wegen des Alters, WM 2013, 1049 (1050); *Anja Liebhäuser*, Die Bedeutung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes für Organmitglieder, 2012, S. 54 ff.; *Hartmut Oetker*, Voraussetzungen und Grenzen des Diskriminierungsschutzes für Organmitglieder, in: Krause/Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Otto, 2008, S. 361 (377 f.).

¹⁴ Siehe z. B. *Ulrich Preis/Adam Sagan*, Der GmbH-Geschäftsführer in der arbeits- und diskriminierungsrechtlichen Rechtsprechung des EuGH, BGH und BAG, ZGR 2013, 26 (65 f.).

tung führt nicht nur zu normzweckwidrigen Ergebnissen,¹⁵ sondern auch zu einem unauflösbaren Widerspruch, wenn die Tätigkeit eines Organmitgliedes ausschließlich auf einer körperschaftsrechtlichen Bestellung beruht, wie dies die heute dominierende Auffassung für die Mitglieder des Aufsichtsrates bejaht.¹⁶ Werden Aufsichtsratsmitglieder in den personellen Anwendungsbereich des Diskriminierungsschutzes einbezogen, dann ist es nicht stimmig, bei ihnen auf den körperschaftsrechtlichen Akt der Bestellung, bei Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft hingegen auf den Abschluss des schuldrechtlichen Anstellungsverhältnisses abzustellen. Die als Alternative zu erwägende generelle Ausklammerung des korporativen Aktes der Bestellung aus dem Diskriminierungsschutz würde diesen hingegen in personeller Hinsicht partiell leerlaufen lassen, was jedoch den teleologischen Intentionen des § 6 Abs. 3 AGG diametral zuwiderliefe. In vergleichbarer Weise gilt dies auch im Hinblick auf Vorschläge, den Schutz durch § 6 Abs. 3 AGG auf vertretungsrechtliche Organmitglieder zu beschränken.¹⁷

Auf der Grundlage eines weiten und auch den Bestellungsakt einschließenden Verständnisses strahlt der Diskriminierungsschutz zudem nicht nur auf die Bestellung im Einzelfall aus, sondern ergreift auch die Satzungsautonomie, wenn das jeweilige Satzungsorgan personenbezogene Bestellungs Voraussetzungen aufstellt, um hierdurch u. U. im Interesse der Vielfalt (diversity) die personelle Zusammensetzung der Gesellschaftsorgane zu steuern. Auch diese dürfen nicht im Widerspruch zu den Vorgaben des Diskriminierungsschutzes stehen, andernfalls sind sie nach § 7 Abs. 2 AGG rechtsunwirksam.¹⁸

¹⁵ Treffend hervorgehoben auch von *Klaus Adomeit/Jochen Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl. 2011, § 6 Rdnr. 45.

¹⁶ So z. B. *Hans Joachim Mertens/Andreas Cahn*, KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2013, § 100 Rdnr. 5; *Mathias Habersack*, MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 100 Rdnr. 67; *Klaus J. Hopt/Markus Roth*, Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2005, § 100 Rdnr. 92; offen noch BGH 7.7.2008, NZG 2008, 834.

¹⁷ Mit Recht ablehnend *Anja Liebhäuser*, Die Bedeutung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes für Organmitglieder, 2012, S. 33 ff.; *Hartmut Oetker*, Voraussetzungen und Grenzen des Diskriminierungsschutzes für Organmitglieder, in: Krause/Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Otto, 2008, S. 361 (370 f.); a. A. jedoch *Josef Falke*, in: Rust/Falke, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2007, § 6 Rdnr. 25.

¹⁸ Zu § 100 Abs. 4 AktG siehe z. B. *Hans-Joachim Mertens/Andreas Cahn*, KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2013, § 100 Rdnr. 47. Zu für den GmbH-Geschäftsführer relevanten statutarischen Bestellungs Voraussetzungen bei der GmbH siehe

b) Personelle Vorgaben für die Zusammensetzung der Gesellschaftsorgane

Während die Einbeziehung der Organmitglieder in den Diskriminierungsschutz durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und der hierdurch vermittelte Einfluss auf die personelle Zusammensetzung der Gesellschaftsorgane eher im Verborgenen der juristischen Fachöffentlichkeit diskutiert wird, haben vor allem personelle Vorgaben für die Zusammensetzung der Gesellschaftsorgane die jüngere rechtspolitische Diskussion beherrscht. Anders als der Diskriminierungsschutz, der rechtsformneutral ausgestaltet ist, greifen legislative Vorgaben für die personelle Zusammensetzung der Gesellschaftsorgane bislang allerdings nur auf einzelne Rechtsformen zu. Im Fokus stehen die Aktiengesellschaft sowie alle Rechtsformen, die in das Recht der Unternehmensmitbestimmung einbezogen sind, insbesondere deshalb auch die GmbH (s. § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG). Selbst mit dieser Einschränkung ist jedoch genau zwischen dem Aufsichtsrat und dem geschäftsführenden Organ zu unterscheiden, wobei traditionell der Aufsichtsrat im Mittelpunkt der rechtspolitischen Diskussion steht.

aa) Der Aufsichtsrat als interessenplurales Gesellschaftsorgan

Dabei liefert die rechtspolitische und auf verschiedenen Ebenen geführte Diskussion um die Einführung einer Frauenquote qua zwingendem Gesetzesrecht¹⁹ nur einen weiteren Baustein für die Umfor-

z. B. *Detlef Kleindiek* in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 18. Aufl. 2012, § 6 Rdnr. 34 ff.; *Hartmut Oetker*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, § 6 GmbHG Rdnr. 34, m.w.N. sowie allgemein *Hartmut Oetker*, Voraussetzungen und Grenzen des Diskriminierungsschutzes für Organmitglieder, in: Krause/Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Otto, 2008, S. 361 (377 f.).

¹⁹ Aus der kaum noch überschaubaren Fülle von Stellungnahmen im Schrifttum z. B. *Gregor Bachmann*, Zur Umsetzung einer Frauenquote im Aufsichtsrat, ZIP 2011, 1131 ff.; *Kathrin Brandt*, Gleichstellungsquote im Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, 2012; *Mathias Habersack*, Verhandlungen des 69. DJT Bd. I, 2012, E 34 ff.; *Martin Henssler/Thomas Seidensticker*, Eckdaten einer verfassungs- und europarechtskonformen Ausgestaltung verbindlicher Frauenquoten für Aufsichtsräte, KSzW 2012, 10 ff.; *Julia Redenius-Hövermann*, Zur Frauenquote im Aufsichtsrat, ZIP 2010, 660 ff.; *Katja Langenbacher*, Frauenquote und Gesellschaftsrecht, JZ 2011, 1038 ff.; *Hans-Jürgen Papier/Martin Heidebach*, Die Einführung einer gesetzlichen Frauenquote für die Aufsichtsräte deutscher Unternehmen unter verfassungsrechtlichen Aspekten, ZGR 2011, 305 ff.; *Marcus Schladebach/Georgia Stefanopoulou*, Frauenquote in Aufsichtsräten, BB 2010, 1042 ff.;

mung des Aufsichtsrates zu einem interessenpluralen Organ, um diesen für die Durchsetzung sozialpolitischer Zielsetzungen zu öffnen bzw. zu instrumentalisieren. Während die Einbeziehung von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat noch mit den spezifischen Auswirkungen unternehmerischer Entscheidungen auf die Arbeitnehmer des Unternehmens legitimiert werden kann, kommt für die legislative Festlegung von Geschlechterquoten ausschließlich die Förderung der Gleichstellung von Frauen in Führungspositionen als Rechtfertigungsgrund in Betracht.

Die Vorlage hierfür liefert – das mag überraschen – das Betriebsverfassungsrecht, das seit dessen Novellierung im Jahre 1972 eine proportionale Verteilung der Betriebsratssitze auf die im Betrieb vertretenen Geschlechter anstrebt.²⁰ Während dies zunächst als Sollvorgabe die Zusammensetzung des Betriebsrates prägte, wurde die Verstärkung zur zwingenden Vorgabe durch das Betriebsverfassungs-Reformgesetz im Jahre 2001 vor allem mit dem sozialpolitischen Anliegen legitimiert, die Interessenwahrnehmung durch weibliche Arbeitnehmervertreter zu stärken.²¹ Das Recht der Unternehmensmitbestimmung belässt es demgegenüber – wenn überhaupt²² – bei einer Sollbestimmung.²³ Gleichwohl soll diese gewährleisten, dass sich unter den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat das Verhältnis der Geschlechter im Unternehmen widerspiegelt. Dies ist auch de lege ferenda bemerkenswert, weil hierdurch den branchenspezifischen Besonderheiten Rechnung getragen wird, was bei der Einführung starrer Quoten zugunsten eines bestimmten Geschlechts nicht mehr möglich ist und daher im Hinblick auf die im Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer zu einer Überrepräsentanz führen kann.

Bekanntlich hat die Diskussion zu einer Frauenquote im Aufsichtsrat nicht nur eine intensive und z. T. erbittert geführte rechts-

Gerald Spindler/Kathrin Brandt, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Gleichstellungsquote im Aufsichtsrat der börsennotierten AG, NZG 2011, 401 ff.; *Christoph Teichmann/Carolin Langes*, Frauenquote in Deutschland und Europa, EWS 2013, 175 ff.

²⁰ So § 15 Abs. 2 BetrVG in der im Jahre 1972 in Kraft getretenen Fassung.

²¹ Reg. Begr., BT-Drucks. 14/5741, S. 37; dazu auch *Peter Kreutz/Matthias Jacobs*, GK-BetrVG, 10. Aufl. 2014, § 15 Rdnr. 4.

²² Keine Vorgabe trifft diesbezüglich das Mitbestimmungsgesetz.

²³ Siehe § 4 Abs. 4 DrittelbG, § 36 Abs. 3 Satz 2 SEBG i.V. mit § 6 Abs. 2 Satz 2 SEBG.

politische Diskussion ausgelöst, sondern auch eine Vielzahl von Problemlösungen hervorgebracht, die sich im Kern auf die Wahl zwischen einer starren gesetzlichen Quote und einer sogenannten Flexi-Quote²⁴ sowie auf entsprechende Prozentsätze konzentrieren. Das mit dem Stichwort der Frauenquote verfolgte legislative Anliegen ist demgegenüber – Verlauf und Ergebnisse der kürzlich abgeschlossenen Verhandlungen zur Bildung einer Großen Koalition bestätigen dies – inzwischen weitgehend außerhalb des Streits. Über das Ziel scheint Einigkeit zu bestehen: Der Aufsichtsrat soll weiblicher werden! Die rechtspolitische Diskussion wird deshalb nur noch von dem Umfang der erfassten Gesellschaften sowie der rechtstechnischen Umsetzung beherrscht.²⁵

Zudem zeigt die Kontroverse um die Initiative der EU-Kommission zur Schaffung einer auf die Gleichstellung in Aufsichtsräten abzielenden Richtlinie²⁶, dass es sich nicht um ein auf Deutschland beschränktes Phänomen handelt. Geleitet von dem Bestreben, die Unterrepräsentanz von Frauen in den Leitungsorganen börsennotierter Gesellschaften zu beseitigen, sieht der Richtlinienvorschlag der Kommission²⁷ für das unterrepräsentierte Geschlecht bei börsennotierten Gesellschaften 40 % als Zielvorgabe vor, die bis zum 1.1.2020 zu erreichen ist, sofern das Unternehmen – nach Arbeitnehmerzahl und/oder Umsatz – eine bestimmte Größe überschreitet. Ob es angesichts des Widerstandes in verschiedenen Mitgliedstaaten tatsächlich zu einer Verabschiedung der Richtlinie und mit welchem Inhalt kommt, ist zurzeit noch nicht sicher. Trotz grundsätzlicher Akzeptanz der 40 %-Quote stieß unter anderem die Ausklammerung klein- und mittelständischer Unternehmen (KMU) anfänglich auf Widerspruch im Europäischen Parlament, das aber das Richtlinien-

²⁴ Dazu z. B. *Gregor Bachmann*, Zur Umsetzung einer Frauenquote im Aufsichtsrat, ZIP 2011, 1131 (1133 f.).

²⁵ Zur Bildung von Teilgremien bei mitbestimmten Gesellschaften siehe § 96 Abs. 3 des Entwurfs der SPD-Fraktion für ein Gesetz zur Förderung der Chancengleichheit von Männern und Frauen in Wirtschaftsunternehmen, BT-Drucks. 17/8878, S. 3; ebenso der in der 17. Legislaturperiode von den Fraktionen der SPD sowie Bündnis 90/Die Grünen eingebrachte Gesetzesentwurf, BT-Drucks. 17/11139, S. 4.

²⁶ Näher dazu z. B. *Christoph Teichmann/Carolin Langes*, Frauenquote in Deutschland und Europa, EWS 2013, 175 ff. sowie aus kompetenzrechtlicher Sicht *Jens Koch*, EU-Kompetenz für eine Frauenquote in den Führungsgremien von Aktiengesellschaften, ZHR Bd. 175 (2011), 827 ff.

²⁷ KOM (2012) 614 endg. vom 14.11.2012.

vorhaben ungeachtet kleinerer Änderungen auf seiner Plenarsitzung am 20.11.2013 mit deutlicher Mehrheit passieren ließ.²⁸

Angesichts der Zielsetzung des Richtlinienvorschlages bleibt jedoch unklar, warum ausschließlich börsennotierte Aktiengesellschaften erfasst werden sollen, andere Aktiengesellschaften hingegen nicht.²⁹ Speziell aus deutscher Sicht ist zudem zweifelhaft, dass Unternehmen in anderer Rechtsform ausgeklammert werden, selbst wenn bei diesen kraft zwingenden Gesetzesrechts ein Aufsichtsrat zu bilden ist, wie dies § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG sowie § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG für die GmbH festlegt, wenn diese in der Regel mehr als 500 bzw. 2000 Arbeitnehmer beschäftigt.³⁰ Weder die der gleichberechtigten Teilhabe in Führungsposition geschuldete Regelungsintention noch die – allerdings nicht zweifelsfreien – Thesen zur ökonomischen Effizienz von Frauenquoten³¹ lassen Begrenzungen auf eine

²⁸ Siehe die Pressemitteilung der EU-Kommission (IP/13/1118) vom 20.11.2013. Ob der Richtlinienentwurf indes im Ministerrat die notwendige Mehrheit erreichen wird, bleibt abzuwarten.

²⁹ Weitergehend insoweit noch der in der 17. Legislaturperiode in den Bundestag eingebrachte Entwurf der SPD-Fraktion für ein Gesetz zur Förderung der Chancengleichheit von Männern und Frauen in Wirtschaftsunternehmen, BT-Drucks. 17/8878, S. 3, der mit den vorgeschlagenen Ergänzungen des § 96 AktG einen allgemeinen Ansatz verfolgt; beschränkt auf börsennotierte Aktiengesellschaften demgegenüber der später von der SPD-Fraktion mit der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen in den Bundestag eingebrachte und vom Bundesrat übernommene Entwurf für ein Gesetz zur Förderung gleichberechtigter Teilhabe von Frauen und Männern in Führungspositionen (GlTeilhG), BT-Drucks. 17/11139 (§ 96 Abs. 5) (zu diesem Gesetzentwurf siehe z. B. *Franz Josef Düwell*, Gesetz zur Förderung gleichberechtigter Teilhabe in Führungspositionen, FA 2012, 354 ff.). Begründet wird die Beschränkung auf börsennotierte Gesellschaften vor allem mit der wirtschaftlichen Bedeutung, der Bekanntheit und des Einflusses auf den EU-Markt, s. Mitteilung der EU-Kommission vom 14.11.2012 (KOM [2012] 615 endg., S. 15). Abgesehen von der Einbeziehung „voll mitbestimmungspflichtiger Unternehmen“ beschränkt sich auch die Koalitionsvereinbarung der Großen Koalition auf Einführung einer gesetzlichen Frauenquote in börsennotierten Aktiengesellschaften.

³⁰ Konsequenz insoweit die Entwürfe der SPD-Fraktion (Fn. 29), die die Frauenquote auch auf alle mitbestimmten Gesellschaften erstrecken.

³¹ Siehe einerseits (bejahend) die EU-Kommission, KOM (2012) 615 endg., S. 14 f.; andererseits (verneinend) *Lüder Gerken*, Der Mythos der segensreichen Quote, Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 268 vom 18.11.2013, S. 18.

bestimmte Rechtsform (Aktiengesellschaft) als gerechtfertigt erscheinen.³²

Welche konkrete Ausformung der Regulierung sich in Deutschland durchsetzen wird, ist – nicht zuletzt wegen der noch nicht abgeschlossenen Rechtsetzungsarbeiten in der Europäischen Union – zurzeit nicht sicher absehbar. Fest steht nach dem für die Arbeit der Großen Koalition maßgeblichen Koalitionsvertrag lediglich, dass für den Aufsichtsrat eine Quote zugunsten des jeweiligen Minderheitsgeschlechts kommen wird. Neben der präferierten und bis zum Jahr 2016 zu erreichenden Zielgröße von 30 % ist allerdings bereits jetzt erkennbar, dass analog der sich auf der Ebene der Europäischen Union abzeichnenden Rechtsetzung jedenfalls börsennotierte Aktiengesellschaften erfasst werden. Entsprechend den Vorschlägen der SPD-Fraktion in der 17. Legislaturperiode³³ sollen zudem auch solche Gesellschaften einbezogen werden, bei denen kraft Gesetzes ein mitbestimmter Aufsichtsrat besteht,³⁴ was neben nicht börsennotierten Aktiengesellschaften vor allem die GmbH betrifft, wenn diese in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt und deshalb dem Drittelbeteiligungsgesetz unterliegt. Die konkrete Ausgestaltung wird sich insbesondere an den verfassungsrechtlichen Vorgaben messen lassen müssen,³⁵ zu denen neben der Eigentumsgarantie auch die Vereinigungsfreiheit zählt. Dabei dürfte indes wegen des Förderungsgebots in Art. 3 Abs. 2 GG weniger die grundsätzliche Legitimation eines gesetzgeberischen Eingriffs, sondern vor allem die Sys-

³² Treffend insoweit *Mathias Habersack*, Verhandlungen des 69. DJT Bd. I, 2012, E 40 f.

³³ Siehe die Nachweise in Fn. 29.

³⁴ Anlass für Spekulationen bietet allerdings die Formulierung in der Koalitionsvereinbarung, da hiernach die Frauenquote neben börsennotierten Gesellschaften nur für „voll mitbestimmungspflichtige“ Unternehmen eingeführt werden soll. Dies könnte dahin verstanden werden, dass die Frauenquote lediglich für Unternehmen eingeführt werden soll, die der paritätischen Mitbestimmung unterliegen.

³⁵ Dazu z. B. *Gregor Bachmann*, Zur Umsetzung einer Frauenquote im Aufsichtsrat, ZIP 2011, 1131 (1134 f.); *Martin Henssler/Thomas Seidensticker*, Eckdaten einer verfassungs- und europarechtskonformen Ausgestaltung verbindlicher Frauenquoten für Aufsichtsräte, KSzW 2012, 10 ff.; *Hans-Jürgen Papier/Martin Heidebach*, Die Einführung einer gesetzlichen Frauenquote für die Aufsichtsräte deutscher Unternehmen unter verfassungsrechtlichen Aspekten, ZGR 2011, 305 ff.; *Gerald Spindler/Kathrin Brandt*, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Gleichstellungsquote im Aufsichtsrat der börsennotierten AG, NZG 2011, 401 ff.

temgerechtigkeit und die Wahrung der Verhältnismäßigkeit³⁶ im Vordergrund stehen.

Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ist abschließend anzumerken, dass die Infizierung des Aufsichtsrates mit öffentlichen Interessen kein neuartiges Phänomen ist, sondern auf eine lange Historie zurückblicken kann. So hat z. B. die in den 1970er Jahren bestehende Unternehmensrechtskommission erwogen, einen bestimmten Anteil der Aufsichtsratsmandate Personen vorzubehalten, die öffentliche Interessen wahrnehmen.³⁷ Letztlich ist sogar die Aufwertung des Aufsichtsrates zum obligatorischen Gesellschaftsorgan der Aktiengesellschaft aus historischer Perspektive auf öffentliche Interessen zurückzuführen, die zuvor über das Konzessionssystem gewahrt wurden. Die mit der Aktienrechtsnovelle des Jahres 1871 vollzogene Hinwendung zum Normativsystem schien dem damaligen Gesetzgeber nur akzeptabel, wenn zum Ausgleich öffentliche Interessen über den zwingend zu bildenden Aufsichtsrat gewahrt werden.³⁸

bb) Zusammensetzung des geschäftsführenden Organs (Vorstand)

Obwohl die rechtspolitische Diskussion ihr Hauptaugenmerk auf die Repräsentanz von Frauen im Aufsichtsrat gerichtet hat, sind die rechtspolitischen Anliegen hierauf nicht beschränkt. Vielmehr wird auch für den Vorstand von Aktiengesellschaften die Forderung nach einer Frauenquote erhoben.³⁹ So sah der in den Bundestag eingebrachte Entwurf der SPD-Fraktion für ein Gesetz zur Förderung der Chancengleichheit von Männern und Frauen in Wirtschaftsunternehmen auch für die Vorstände börsennotierter sowie mitbestimmter Aktiengesellschaften eine Mindestquote von 20 % für jedes Ge-

³⁶ Dies dürfte es gebieten, eine Ausnahme für den Fall vorzusehen, dass keine geeigneten Personen für die Wahl zur Verfügung stehen (so § 96 Abs. 4 des von den Fraktionen der SPD sowie Bündnis 90/Die Grünen in der 17. Legislaturperiode eingebrachten Gesetzesentwurfs, BT-Drucks. 17/11139, S. 4).

³⁷ Dazu Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission, 1980, S. 292 ff.

³⁸ Ausführlich zu der 1. Aktienrechtsnovelle des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches (ADHGB) vom 11.6.1871 statt aller *Jan Lieder*, Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit, 2006, S. 83 ff.

³⁹ Ablehnend dazu *Gregor Bachmann*, Zur Umsetzung einer Frauenquote im Aufsichtsrat, ZIP 2011, 1131 (1138 f.); *Mathias Habersack*, Verhandlungen des 69. DJT Bd. I, 2012, E 43; *Katja Langenbacher*, Frauenquote und Gesellschaftsrecht, JZ 2011, 1038 (1043 f.).

schlecht vor.⁴⁰ Durchgesetzt hat sich diese Initiative in der 17. Legislaturperiode jedoch nicht. Gegen eine Ausdehnung der Quote auf das geschäftsführende Leitungsorgan lässt sich unter anderem die Erwartung anführen, dass die Personalkompetenz des Aufsichtsrates bei einer Erhöhung der dortigen Frauenrepräsentanz dazu führen wird, dass sich die derzeitige Disproportionalität unter den Vorstandsmitgliedern automatisch zugunsten des weiblichen Geschlechts verschieben wird.⁴¹ Die zukünftige rechtspolitische Diskussion kann gleichwohl nicht mehr als offen bewertet werden.

Nach dem für die Tätigkeit der Großen Koalition maßgeblichen Koalitionsvertrag ist eine flexible gesetzliche Regelung zu erwarten, die für den Vorstand als Geschäftsführungsorgan zwar von einer starren Quote absieht, die Gesellschaften aber zu autonom zu definierenden Zielvorgaben zwingt.⁴² Selbst wenn es bei diesem, dem Konzept einer Flexi-Quote entsprechenden Regelungsansatz bleibt, wird damit auch die Zusammensetzung der geschäftsführenden Organe zum Gegenstand sozialpolitisch determinierter staatlicher Regulierung. Allerdings handelt es sich hierbei abermals nicht um einen deutschen Sonderweg. Vielmehr liegt die Koalitionsvereinbarung allem Anschein nach auf derselben Linie wie der Richtlinienvorschlag der EU-Kommission vom 14.11.2012, der sich zwecks Vermeidung eines zu starken Eingriffs in das Tagesgeschäft⁴³ auf eine an börsennotierte Gesellschaften adressierte Verpflichtung beschränkt, eigene Zielvorgaben zu verwirklichen.⁴⁴

2. Vergütung geschäftsführender Organe im Zugriff des Gesetzgebers

Neben der personellen Zusammensetzung der Gesellschaftsorgane steht bereits seit mehreren Jahren die Vergütung geschäftsführender Organmitglieder im Fokus der Rechtspolitik, die darauf abzielt, als

⁴⁰ Siehe BT-Drucks. 17/8878, S. 3 (§ 76 Abs. 4 und 5).

⁴¹ In dieser Richtung auch die Begründung der EU-Kommission zu dem Vorschlag einer EU-Richtlinie, KOM (2012) 614 endg., S. 6.

⁴² Angestrebt ist eine entsprechende gesetzliche Verpflichtung für börsennotierte Aktiengesellschaften sowie mitbestimmungspflichtige Unternehmen, wobei die Koalitionsvereinbarung bezüglich der letztgenannten Unternehmen auf den Zusatz „voll“ verzichtet.

⁴³ Siehe die Mitteilung der EU-Kommission vom 14.11.2012 (KOM [2012] 615 endg., S. 16 f.).

⁴⁴ So Art. 5 Nr. 1 der von der EU-Kommission vorgeschlagenen Richtlinie (s. Fn. 27).

zu hoch empfundene Vergütungen zu begrenzen sowie Fehlanreize durch Vergütungsstrukturen abzuwenden. Auch insoweit ist allerdings zu konstatieren, dass hiervon nicht alle Rechtsformen gleichermaßen betroffen sind. Namentlich im Rahmen des letzten größeren Eingriffs in die an Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften gezahlte Vergütung durch das Gesetz zur Angemessenheit von Vorstandsvergütungen (VorstAG) wurde eine Erstreckung der regulatorischen Vorgaben in § 87 Abs. 1 AktG auf die GmbH ausdrücklich verworfen.⁴⁵ Im Zentrum stehen deshalb die Vergütungen, die an Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft gezahlt werden.

Bei einem Blick auf den derzeit geltenden gesetzlichen Ordnungsrahmen sind drei regulatorische Ansätze erkennbar. Erstens sollen als überhöht eingeschätzte Vergütungen durch ein Maximum an Transparenz vermieden werden. Dementsprechend enthält das Bilanzrecht detaillierte und an Kapitalgesellschaften adressierte Vorgaben zu den Pflichtangaben im Anhang zur Gewinn- und Verlustrechnung bezüglich der Leistungen an Mitglieder der Geschäftsführungsorgane (§ 285 Nr. 9 HGB).⁴⁶ Zweitens legt § 87 Abs. 1 AktG strukturelle Vorgaben für die Vorstandsvergütung fest, beschränkt sich insoweit aber auf variable Maßstäbe,⁴⁷ wobei die Bindung der Vergütungsstruktur an eine „nachhaltige Unternehmensentwicklung“ (§ 87 Abs. 1 Satz 2 AktG) zusätzliche Auslegungszweifel aufwirft.⁴⁸ Drittens bedient sich der Gesetzgeber kompetenzieller Regulierungen, in deren Fokus bislang der Plenarvorbehalt zugunsten des Aufsichtsrates (§ 107 Abs. 3 Satz 3 AktG) stand, der durch das Gesetz zur An-

⁴⁵ Siehe insoweit *Ulrich Seibert*, Das VorstAG – Regelungen zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung und zum Aufsichtsrat, WM 2009, 1489 (1490).

⁴⁶ Näher dazu z. B. *Knut Werner Lange*, MünchKomm. HGB, 2. Aufl. 2008, § 285 Rdnr. 132 ff. Entsprechendes gilt für den Konzernanhang, siehe § 314 Nr. 6 HGB.

⁴⁷ Siehe als Ausnahme aber die Obergrenze von € 500.000,00 in § 5 Abs. 2 Nr. 4 lit. a) FMStFV. Zur Ausstrahlungswirkung für das Angemessenheitspostulat in § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG siehe mit gegenläufiger Tendenz einerseits *Georg Wittuhn/Hanjo Hamann*, Herabsetzung von Vorstandsvergütungen in der Krise, ZGR 2009, 847 (867); andererseits *Thorsten Keiser*, Die Herabsetzung von Managergehältern in der Krise als Organpflicht des Aufsichtsrats, RdA 2010, 280 (285); dazu auch *Holger Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 87 Rdnr. 26; *Hartmut Oetker*, Nachträgliche Eingriffe in die Vergütungen von Geschäftsführungsorganen im Lichte des VorstAG, ZHR Bd. 175 (2011), 527 (541 f.).

⁴⁸ Dazu näher unten D II.

gemessenheit von Vorstandsvergütungen in das Aktiengesetz eingefügt wurde.

Gegen Ende der letzten Legislaturperiode stand der kompetenzrechtliche Regulierungsansatz abermals im Mittelpunkt. Die Bestrebungen der Bundesregierung, die Hauptversammlung in die Entscheidung über das Vergütungssystem einschließlich einer Obergrenze für die Gesamtbezüge einzubeziehen,⁴⁹ fanden zwar Ende Juni 2013 noch die Zustimmung des Bundestages, scheiterten aber letztlich zwei Tage vor der Bundestagswahl im Bundesrat, da dieser wegen der als unzureichend angesehenen gesetzlichen Regelung den Vermittlungsausschuss anrief,⁵⁰ so dass das Gesetzgebungsvorhaben in der 17. Legislaturperiode nicht mehr abgeschlossen werden konnte und wegen des Grundsatzes der Diskontinuität zunächst erledigt ist. Nach den Ergebnissen der Koalitionsverhandlungen wird dieser Regelungsansatz in der 18. Legislaturperiode von der Großen Koalition jedoch wieder aufgegriffen.

Weitergehende Regelungsvorschläge zur Begrenzung der Vorstandsvergütungen, die in der vergangenen Legislaturperiode eingebracht wurden,⁵¹ haben sich nicht durchsetzen können. Neben einer Begrenzung des Betriebsausgabenabzugs stand vor allem das Verhältnis zwischen festen und variablen Vergütungsbestandteilen im Mittelpunkt des Interesses, wobei die speziellen und detaillierten Bestimmungen in der Institute-Vergütungsverordnung⁵² sowie der

⁴⁹ So das Gesetz zur Verbesserung der Kontrolle der Vorstandsvergütung und zur Änderung weiterer aktienrechtlicher Vorschriften (VorstKoG) in der vom Rechtsausschuss vorgeschlagenen Fassung; s. BT-Drucks. 17/14214; näher dazu z. B. *Jonas Fischbach*, Hauptversammlungsvorlagen des Aufsichtsrats, ZIP 2013, 1153 ff.; *Marc Löbbe/Jonas Fischbach*, Das Vergütungsvotum der Hauptversammlung nach § 120 Abs. 4 AktG n.F., WM 2013, 1625 ff.; *Eckart Süner*, Die zukünftige Beschlussfassung der Hauptversammlung über das Vorstandsvergütungssystem, CCZ 2013, 169 ff.; *Gernot Wagner*, Das neue Mitspracherecht der Hauptversammlung bei der Vorstandsvergütung, BB 2013, 1731 ff.; *Hildegard Ziemons*, Als Aktienrechtsnovelle 2012 gestartet und als VorstKoG gelandet: Neues "Say on Pay" und andere punktuelle Weiterentwicklungen des Aktienrechts, GWR 2013, 283 ff.

⁵⁰ Siehe die Mitteilung des Bundesrates, BT-Drucks. 17/14790.

⁵¹ Siehe insoweit den in der 17. Legislaturperiode in den Bundestag eingebrachten Antrag der SPD-Fraktion, BT-Drucks. 17/13472.

⁵² Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten vom 6.10.2010, BGBl. I S. 1374.

Versicherungs-Vergütungsverordnung⁵³ regelungstechnische Vorbilder liefern,⁵⁴ deren Detailreichtum allerdings eher abschreckend als faszinierend wirkt. Die ursprünglich in den Koalitionsverhandlungen für den Aufsichtsrat vorgesehene Pflicht, ein Maximalverhältnis zwischen der Gesamtvergütung der Vorstandsmitglieder und dem durchschnittlichen Arbeitnehmerinkommen des jeweiligen Unternehmens festzusetzen, wurde im Verlauf der Beratungen wieder fallengelassen und nicht in die Koalitionsvereinbarung aufgenommen.

Ein unmittelbarer Zugriff auf die Höhe der Vorstandsvergütung wird derzeit nicht als allgemeine Regelung erwogen, wohl aber liegen Vorschläge vor, die im Sinne eines vertikalen Vergleichs an dem Verhältnis zwischen Vorstandsvergütung und dem durchschnittlichen Arbeitnehmerinkommen in dem Unternehmen anknüpfen und den Aufsichtsrat zur Festlegung einer strikt einzuhaltenden Obergrenze verpflichten wollen.⁵⁵ Auch eine unmittelbare Öffnung der Vorstandsvergütung für sozialpolitische Faktoren wird insoweit zumindest in Betracht gezogen. So sah ein noch in der 17. Legislaturperiode in den Bundestag eingebrachter Antrag der SPD-Fraktion vor, dass sich mindestens 30 % einer variablen Vergütung an sozialen, gesellschaftlichen und ökologischen Kennziffern orientieren müssen. Mit einer Realisierung derartiger oder vergleichbarer Vorschläge ist in der 18. Legislaturperiode nach dem derzeitigen Kenntnisstand jedoch nicht zu rechnen.

⁵³ Verordnung über die Anforderungen an Vergütungssysteme im Versicherungsbereich vom 6.10.2010, BGBl. I S. 1379.

⁵⁴ Dazu im Überblick z. B. *Georg Annuß/Sebastian Sammet*, Anforderungen an Vergütungssysteme in Versicherungsunternehmen, BB 2011, 115 ff.; *Christian Armbrüster*, Die neue Vergütungsverordnung – erste Antworten für die Praxis, VW 2011, 401 f.; *ders.*, KSzW 2013, 10 ff.; *Martin Diller/Christian Arnold*, Vergütungsverordnungen für Banken und Versicherungen: Pflicht zum Mobbing?, ZIP 2011, 837 ff.; *Daniel Rubner*, Anforderungen an Vergütungssysteme im Finanzsektor, NZG 2010, 1288 ff.; *Oliver Simon/Maximilian Koschker*, Vergütungssysteme auf dem Prüfstand – Neue aufsichtsrechtliche Anforderungen für Banken und Versicherungen, BB 2011, 120 ff.

⁵⁵ So Nr. II 3 a des Antrages der SPD-Fraktion (s. oben Fn. 51); ablehnend dazu z. B. *Barbara Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, § 87 AktG Rdnr. 20, m.w.N.

3. Offenlegung als Instrument sozialpolitischer Steuerung

Eine sozialpolitische Steuerung unternehmerischer Entscheidungen wird ferner durch eine Ausweitung von Offenlegungspflichten bewirkt, da sie die Unternehmen verpflichtet, Rechenschaft über das Erreichen sozialpolitischer Zielsetzungen bzw. die Auswirkungen unternehmerischen Handelns abzulegen. De lege lata ist dieses Konzept zumindest im Hinblick auf sozialpolitische Zielsetzungen allerdings noch vergleichsweise zurückhaltend entwickelt. Die Publizität wird neben dem Anhang zur Gewinn- und Verlustrechnung vor allem über den Lagebericht verwirklicht, den Kapitalgesellschaften aufstellen müssen (§ 264 HGB). So haben große Kapitalgesellschaften auch nicht finanzielle Leistungsindikatoren, wie Informationen über Umwelt- und Arbeitnehmerbelange darzustellen, jedoch nur, soweit diese für das Verständnis des Geschäftsverlaufs oder die Lage der Gesellschaft von Bedeutung sind (§ 289 Abs. 3 HGB).

Aus Sicht der Sozialpolitik größere Relevanz hat die in den Lagebericht als gesonderter Abschnitt aufzunehmende Erklärung zur Unternehmensführung (EzU),⁵⁶ zu der § 289a HGB insbesondere börsennotierte Aktiengesellschaften verpflichtet. Neben der Entsprechenserklärung zum Corporate Governance Kodex (§ 289a Abs. 2 Nr. 1 HGB) zählen hierzu auch Angaben zu Unternehmensführungspraktiken, die über die gesetzlichen Anforderungen hinaus angewandt werden (§ 289a Abs. 2 Nr. 2 HGB). Zu derartigen Praktiken der Unternehmensführung können neben ethischen Standards auch im Unternehmen maßgebliche Arbeits- und Sozialstandards zählen.⁵⁷ In diesem Kontext ist auch der vom Rat für nachhaltige Unternehmensentwicklung am 13.10.2011 beschlossene Deutsche Nachhaltigkeitskodex (DNK) zu sehen, der sich u. a. neben ökologischen auch sozialpolitischen Themen (Arbeitnehmerrechte, Diversity, Menschenrechte) zuwendet.⁵⁸ Zwar verzichtet das Aktienrecht derzeit noch auf eine mit dem Corporate Governance Kodex vergleichbare Verpflichtung zur Abgabe einer Entsprechenserklärung,⁵⁹ wohl aber

⁵⁶ Dazu z. B. *Gregor Bachmann*, Die Erklärung zur Unternehmensführung (Corporate Governance Statement), ZIP 2010, 1517 ff.

⁵⁷ Siehe Reg. Begr., BT-Drucks. 16/10067, S. 78.

⁵⁸ Dazu im Überblick *Andreas Hecker/Marc Peters*, Der Deutsche Nachhaltigkeitskodex, NZG 2012, 55 ff.

⁵⁹ Zustimmend *Michael Kort*, Gemeinwohlbelange beim Vorstandshandeln, NZG 2012, 926 (929); *Reinhard Marsch-Barner*, Zum Begriff der Nachhaltigkeit

können vergleichbare Angaben Inhalt einer nach § 289a Abs. 2 HGB abzugebenden Erklärung sein.

Weitergehende Bestrebungen, die an die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen⁶⁰ anknüpfen und die von der EU-Kommission im Jahre 2011 initiierte Diskussion über eine neue EU-Strategie für die soziale Verantwortung von Unternehmen (CSR)⁶¹ aufgreifen, befinden sich noch in den Anfängen,⁶² könnten aber zu einer Ausweitung der den Unternehmen auferlegten Rechenschafts- bzw. Offenlegungspflichten führen.⁶³ Auf dieser Linie liegt jedenfalls auch die in dem von den Fraktionen der SPD und Bündnis 90/Die Grünen in der 17. Legislaturperiode eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Förderung gleichberechtigter Teilhabe von Frauen und Männern in Führungsgremien vorgesehene Erklärung zur Teilhabe von Frauen und Männern in Führungsgremien, die – dem Vorbild der Erklärung zur Unternehmensführung folgend – in den Lagebericht aufgenommen werden sollte.⁶⁴

in § 87 Abs. 1 AktG, ZHR Bd. 175 (2011), 737 (744); s. auch *Andreas Hecker/Marc Peters*, Der Deutsche Nachhaltigkeitskodex, NZG 2012, 55 (57 f.).

⁶⁰ Dazu z. B. *Kristina Koeltz*, Menschenrechtsverantwortung multinationaler Unternehmen, 2010.

⁶¹ KOM (2011) 681 endg.; dazu z. B. *Michael Kort*, Gemeinwohlbelange beim Vorstandshandeln, NZG 2012, 926 (927) sowie allgemein zur Corporate Social Responsibility *Peter O. Mülberr*, Soziale Verantwortung von Unternehmen im Gesellschaftsrecht, AG 2009, 766 ff. sowie *Marc Amstutz*, Die soziale Verantwortung von Unternehmen im Europäischen Recht, 2009; ferner *Mathias Habersack*, Verhandlungen des 69. DJT Bd. I, 2012, E 15 ff.

⁶² Siehe insoweit den Antrag der SPD-Fraktion, BT-Drucks. 17/11319.

⁶³ Aus neuerer Zeit z. B. *Eva Kocher/Johanna Wenckebach*, Recht und Markt – Ein Plädoyer für gesetzliche Pflichten von Unternehmen zur Offenlegung ihrer Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, KJ 2013, 18 ff. sowie zuvor auch *Rainer Hüttemann*, Bilanz- und steuerrechtliche Aspekte der sozialen Verantwortung von Unternehmen, AG 2009, 774 ff.

⁶⁴ Siehe BT-Drucks. 17/11319, S. 6 (§ 289 b HGB); mit dieser Tendenz auch die Koalitionsvereinbarung, die im Hinblick auf die Zielgrößen für den Vorstand und die obersten Managementebenen eine Pflicht zur transparenten Berichterstattung anstrebt.

III. Autonome sozialpolitische Steuerung unternehmerischer Entscheidungen

Die Diskussion um die gesellschaftliche Verantwortung von Unternehmen hat nicht zuletzt auch dazu geführt, dass sozialpolitische Anliegen zunehmend dadurch umgesetzt werden, dass Unternehmen dazu veranlasst werden, durch Selbstverpflichtungen bestimmte sozialpolitische Zielvorstellungen umzusetzen. Von Unternehmen aufgestellte Unternehmenskodizes⁶⁵ bewirken dabei eine Selbstbindung der geschäftsführenden Organe und erstrecken sich auch auf die Einhaltung sozialpolitischer Faktoren, wie z. B. die Beachtung der Menschenrechte, der ILO-Kernarbeitsnormen etc.⁶⁶ Das Konzept des Deutschen Nachhaltigkeitskodexes (DNR)⁶⁷ und dessen Implementierung in die Unternehmensführung liefert für eine derartige Strategie ein anschauliches Beispiel.

Prominentes Vorbild für eine derartige Selbstregulierung ist vor allem der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK). Dieser wird zwar nicht von den Unternehmen, sondern von einer Regierungskommission aufgestellt, börsennotierte Aktiengesellschaften trifft aber nach § 161 AktG die Pflicht, sich zu dem Kodex und dessen Befolgung zu erklären. Der Corporate Governance Kodex führt zwar keine verbindliche Steuerung der Gesellschaften herbei, er erlegt den erfassten Unternehmen aber eine Argumentationslast auf, wenn diese von dem Inhalt des Kodex abweichen wollen.

Sozialpolitisch determinierten Regelungsanliegen hat sich der Deutsche Corporate Governance Kodex nicht vollständig entziehen können, wenngleich diese bislang eine Ausnahme darstellen. Das gilt auch für die Aussagen des Kodex zur Vorstandsvergütung, bezüglich deren Festsetzung er dem Aufsichtsrat lediglich empfiehlt, das Verhältnis von Vorstandsvergütung zur Vergütung des oberen Führungs-

⁶⁵ Dazu z. B. *Till Talaulicar*, Unternehmenskodizes, 2006.

⁶⁶ Dazu näher *David Buntbroich*, Menschenrechte und Unternehmen, 2007; *Eva Kocher*, Corporate Social Responsibility – Instrumente zur Gestaltung transnationaler Arbeitsbeziehungen, WSI-Mitteilungen 2008, 198 ff.; *Reingard Zimmer*, Soziale Mindeststandards und ihre Durchsetzungsmechanismen, 2008. Zu International Framework Agreements z. B. *Gregor Thüsing*, International Framework Agreements, RdA 2010, 78 ff.

⁶⁷ Siehe die Nachweise oben Fn. 57.

kreises und der Belegschaft insgesamt zu berücksichtigen.⁶⁸ Konkreter sind demgegenüber die Aussagen des Kodex zur Zusammensetzung des Vorstands. Danach soll der Aufsichtsrat bei seiner Auswahlentscheidung auch auf Vielfalt (Diversity) achten und insbesondere eine angemessene Berücksichtigung von Frauen anstreben.⁶⁹ Entsprechendes empfiehlt der Kodex für die Zusammensetzung des Aufsichtsrates, der diesbezüglich konkrete Ziele benennen soll. Neben der Berücksichtigung der Vielfalt (Diversity) umfasst dies auch eine angemessene Beteiligung von Frauen.⁷⁰ Nach Einführung einer gesetzlichen Frauenquote für die Zusammensetzung des Aufsichtsrates ist diese Vorgabe allerdings partiell überholt.

IV. Indirekte sozialpolitische Regulierung

Neben die vorstehend skizzierten Formen einer sozialpolitischen Regulierung tritt die eingangs bereits angedeutete indirekte sozialpolitische Regelsetzung. Für diese werden in den Gesetzestext auslegungs- und wertungsbedürftige Begriffe implementiert, über die auch sozialpolitische Belange in den durch das Gesellschaftsrecht geschaffenen Ordnungsrahmen einfließen können und hierdurch ebenfalls die unternehmerische Entscheidungsfreiheit beschränken. Zwei Beispiele sollen zur Veranschaulichung ausreichen.

⁶⁸ Siehe Nr. 4.2.2. des DCGK; näher dazu *Martin Klein*, Die Änderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex 2013 aus Sicht der Unternehmenspraxis, AG 2013, 733 ff.

⁶⁹ Nr. 5.1.2. des DCGK.

⁷⁰ Nr. 5.4.1. des DCGK; dazu näher z. B. *Gregor Bachmann*, Zur Umsetzung einer Frauenquote im Aufsichtsrat, ZIP 2011, 1131 (1132); *Barbara Deilmann*, Corporate Governance und Diversity – was empfiehlt der neue Kodex?, AG 2010, 727 ff.; *Claudia Schubert/Gönke Jacobsen*, Personelle Vielfalt als Element guter Unternehmensführung – die Empfehlung des Corporate Governance Kodex und die Rechtsfolgen ihrer unzureichenden Berücksichtigung, WM 2011, 726 ff.; *Stephan Schulz*, Die Zielbenennung zur Zusammensetzung des Aufsichtsrats nach dem DCGK 2010, BB 2010, 2390 ff.; *Daniela Weber-Rey/Friederike Handt*, Vielfalt/Diversity im Kodex – Selbstverpflichtung, Bemühenspflicht und Transparenz, NZG 2011, 1 ff.

1. Bindung an das Unternehmensinteresse

Als erstes ist das Unternehmensinteresse zu nennen, das trotz fehlender expliziter Normierung maßgeblich die Pflichtenstruktur der Organwaltertätigkeit prägt. Jenseits der grundsätzlich anerkannten Bindung an das Unternehmensinteresse, von der auch der Corporate Governance Kodex ausgeht,⁷¹ liegt über der weiteren Konkretisierung der Nebel kreativer Unschärfe. Gerade dieser ist es, der die Bindung an das Unternehmensinteresse zum methodischen Einfallstor für sozialpolitisch geprägte Wertungen werden lassen kann. Dies wird bereits dadurch belegt, dass es mit der Bindung an ein Unternehmensinteresse unvereinbar ist, wenn dieses mit den Belangen der Aktionäre im Sinne des Shareholder-Value-Ansatzes gleichgesetzt wird. Exemplarisch zeigt dies erneut der Corporate Governance Kodex, der den Aktionären gleichrangig die Arbeitnehmer des Unternehmens sowie „sonstige dem Unternehmen verbundene Gruppen“, also die sogenannte Stakeholder, an die Seite stellt.⁷²

Noch deutlicher auf die Einbeziehung externer und auch sozialpolitischer Faktoren zielte jedoch ein in der 17. Legislaturperiode in den Bundestag eingebrachter Vorschlag der SPD-Fraktion ab, der die Leitung des Unternehmens *expressis verbis* auf das Wohl der Allgemeinheit verpflichten wollte.⁷³ Ohne die mit dem Allgemeinwohl verbundenen Unschärfen hier zu vertiefen,⁷⁴ ist bemerkenswert, dass die SPD-Fraktion damit letztlich eine Fassung des § 76 AktG anstrebte, die mit derjenigen übereinstimmt, die das Aktiengesetz bereits im Jahre 1937 bei seinem Inkrafttreten hatte und die im Rahmen der Novellierung im Jahre 1965 wegen ihrer Offenheit gerade nicht in das neue Aktiengesetz übernommen wurde.⁷⁵

⁷¹ Siehe Nr. 4.1.1. des DCGK.

⁷² Siehe Nr. 4.1.1. des DCGK.

⁷³ Siehe BT-Drucks. 17/13472.

⁷⁴ Stattdessen z. B. *Michael Kort*, Gemeinwohlbelange beim Vorstandshandeln, NZG 2012, 926 ff.

⁷⁵ Treffend insoweit auch *Michael Kort*, Gemeinwohlbelange beim Vorstandshandeln, NZG 2012, 926 (928).

2. Nachhaltige Unternehmensentwicklung als Maßstab für die Vergütungsstruktur von Vorstandsmitgliedern börsennotierter Aktiengesellschaften

Als zweites Beispiel für eine indirekte sozialpolitische Regulierung unternehmerischer Entscheidungen ist § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG anzuführen, der für die Vergütungsstruktur der Vorstandsmitglieder börsennotierter Aktiengesellschaften eine Ausrichtung an einer „nachhaltigen Unternehmensentwicklung“ fordert. Da die Nachhaltigkeit der Unternehmensentwicklung als Adjektiv vorangestellt ist, wurde diese ungeachtet aller Unsicherheiten im Detail bislang ausschließlich auf die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens bezogen und Nachhaltigkeit im Sinne einer periodenübergreifenden längerfristigen Betrachtung verstanden.⁷⁶ In Anlehnung an die Gegenüberstellung von Reiner liegt § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG bei dieser Sichtweise ein „interner“, auf das Unternehmen bezogener Nachhaltigkeitsbegriff zugrunde.⁷⁷

Dieses an wirtschaftlichen Kennzahlen ausgerichtete Verständnis haben Röttgen und Kluge jedoch in Frage gestellt, indem sie die „nachhaltige Unternehmensentwicklung“ aus dem gesellschaftsrechtlichen Kontext herausgelöst und in die allgemeine Diskussion zur Nachhaltigkeit integriert haben.⁷⁸ Diese öffnet die Unternehmensentwicklung nicht nur für wirtschaftliche Kennziffern bzw. Entwicklungen, sondern bezieht insbesondere soziale und ökologische Auswirkungen der unternehmerischen Tätigkeit ein. Deshalb solle die Ausrichtung der Vergütungsstruktur an einer nachhaltigen Unternehmensentwicklung auch dahin verstanden werden, dass Chancengerechtigkeit, Gesundheitsschutz, Integration von Migranten und Behinderten, die Förderung einer Vereinbarkeit von Familie und Be-

⁷⁶ So z. B. *Holger Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 87 Rdnr. 27; *Kort*, NZG 2012, 926 (928 f.); *Reinhard Marsch-Barner*, ZHR Bd. 175 (2011), 737 ff.; *Günter Reiner*, Shareholder Value und Nachhaltigkeit: Zur obersten Leitungsmaxime des Vorstands, ZVerglRW Bd. 110 (2011), 443 (451 ff.); *Christoph H. Seibt*, in: Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl. 2010, § 87 Rdnr. 12; *Gregor Thüsing/Gerrit Forst*, Nachhaltigkeit als Zielvorgabe für die Vorstandsvergütung, GWR 2010, 515 ff.; *Jens Wagner*, Nachhaltige Unternehmensentwicklung als Ziel der Vorstandsvergütung, AG 2010, 774 ff.

⁷⁷ *Günter Reiner*, Shareholder Value und Nachhaltigkeit: Zur obersten Leitungsmaxime des Vorstands, ZVerglRW Bd. 110 (2011), 443 (453).

⁷⁸ *Norbert Röttgen/Hans-Georg Kluge*, Nachhaltigkeit bei Vorstandsvergütungen, NJW 2013, 900 (904).

ruf sowie die Unterbindung jeglicher Form von Diskriminierung zum autoritativen Element für die Struktur der Vorstandsvergütung werden.⁷⁹ Da Vergütungsstrukturen gemeinhin verhaltenssteuernde Wirkungen beigemessen werden, ist evident, dass die Ausrichtung der Vergütungsstruktur an sozialpolitisch determinierten Zielvorstellungen indirekt auch unternehmerische Entscheidungen prägt und beeinflusst.

Das Plädoyer von Röttgen und Kluge ist indes nicht ohne Widerspruch geblieben. So haben unter anderem Louven und Ingwersen Widerspruch angemeldet und insbesondere dargelegt, dass sich der Auslegungsansatz von Röttgen und Kluge schwerwiegenden methodischen Bedenken ausgesetzt sieht.⁸⁰ Ohne an dieser Stelle die rechtsdogmatische Analyse des im Rahmen von § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG maßgebenden Nachhaltigkeitsbegriffs fortzuführen, zeigt bereits die nunmehr aufgetretene interpretative Unsicherheit das Gefahrenpotential auf, wenn eine in der allgemeinen politischen Diskussion geprägte Begrifflichkeit in die Rechtssprache transformiert wird, die sich hierdurch leicht zum Einfallstor sozialpolitischer Zielsetzungen entwickeln kann.

V. Fazit

Sozialpolitische Regulierungen ergreifen zunehmend auch das Gesellschaftsrecht und schränken hierdurch die unternehmerische Entscheidungsfreiheit ein. Betroffen sind hiervon nicht nur die Rechtsträger des Unternehmens, sondern auch die geschäftsführenden Organe. Bei seinen sozialpolitisch determinierten Regelungen bedient sich der Gesetzgeber verschiedener Formen, die von einer direkten heterogenen Regulierung bis zu einer indirekten Regulierung durch Implementierung unbestimmter und für sozialpolitische Einflüsse zugängliche Rechtsbegriffe reicht. Bei der heteronomen Regulierung strebt der Gesetzgeber bislang nur in Ausnahmefällen unmittelbar einen Zugriff auf die unternehmerische Entscheidungsfreiheit an.

⁷⁹ Norbert Röttgen/Hans-Georg Kluge, Nachhaltigkeit bei Vorstandsvergütungen, NJW 2013, 900 (904).

⁸⁰ Christoph Louven/Malte Ingwersen, Wie nachhaltig muss die Vorstandsvergütung sein?, BB 2013, 1219 ff.; ausdrücklich ablehnend auch Holger Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 87 Rdnr. 27.

Wesentlich verbreiteter ist der Rückgriff auf autonome Steuerungsmechanismen und Selbstverpflichtungen der Unternehmen, die von gesetzlichen Offenlegungspflichten flankiert werden. Diese Abstufung legt nahe, dass dem Gesetzgeber eine unmittelbare sozialpolitische Regulierung mittels Eingriffs in das gesellschaftsrechtliche Koordinatensystem über seine Bindung an dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erst dann gestattet ist, wenn sich die auf Selbstverpflichtung und Transparenz basierenden Steuerungsinstrumente als nicht ausreichend wirksam erwiesen haben. Die Pflicht zur Umsetzung des Unionsrechts kann indes auch diese Hürde in Frage stellen.