

**Verfassungsfeste Regelung dient allen
Seiten - Deutsches Aktieninstitut setzt
sich weiter für Härtefallregelung ein**

Stellungnahme zum Regierungsentwurf

„eines Gesetzes für die gleichberechtigte Teilhabe
von Frauen und Männern an Führungspositionen in
der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst“

I. Einleitung

Das Deutsche Aktieninstitut wiederholt auch in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf (RegE), dass es das Anliegen, mehr Frauen in Führungspositionen zu bringen, begrüßt. Es ist jedoch dabei immer noch der Auffassung, dass der Sache ein Bärendienst erwiesen wäre, **sollte sich die feste Quote von 30 Prozent als verfassungswidrig oder mit Europarecht nicht vereinbar erweisen**. An der Konformität mit höherrangigem Recht hat das Deutsche Aktieninstitut immer noch erhebliche Zweifel. Der Gesetzentwurf zur festen Quote sollte daher dringend angepasst werden, um verhältnismäßig zu sein. Dies kann im Wege einer „**Ausnahmeregelung**“, einer „**Härtefallregelung**“ oder durch Ersetzen der „Muss“-Vorgabe durch eine „**Soll**“-Vorschrift geschehen.

Der RegE vertieft dabei die Probleme, indem er die **Ungleichbehandlung zwischen staatlichen Stellen und der Privatwirtschaft** vertieft, ohne sie zu rechtfertigen. Beispiel hierfür ist, dass die quotenwidrige Besetzung von Aufsichtsgremien durch den Bund nicht etwa zur Nichtigkeit einer Wahl führt, sondern nur eine interne Begründungspflicht an das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend und eine rein statistische Erhebung „unter Beachtung des Datenschutzes“ vorsieht. Es erscheint hier also noch nicht einmal eine vergleichbare Transparenz zumutbar zu sein. Damit nicht genug: Das Unterschreiten der Quote nach § 4 Bundesgremienbesetzungsgesetz (BGremBG) wird in der Begründung kurzerhand für noch nicht einmal „rechtswidrig“ erklärt, also nicht als Gesetzesverstoß eingeordnet.

Das Deutsche Aktieninstitut plädiert dafür, die festzulegenden Zielgrößen für Aufsichtsrat, Vorstand und die beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstands weiter einer **Empfehlung des Deutschen Corporate Governance Kodex zu überlassen. So können rechtstaatliche Probleme einer Verpflichtung, die vom Adressaten nicht ordnungsgemäß erfüllt werden kann, vermieden werden**. Dies ist der Fall für das Ziel, dass sich der Gesamtaufichtsrat für seine Zusammensetzung setzen muss. Während der „alte“ Aufsichtsrat das Recht hat, Wahlvorschläge an die Hauptversammlung zur Wahl von neuen Anteilseignervertretern abzugeben, und daher auch entsprechend einer beschlossenen Zielvorgabe die ausreichende Vertretung von Frauen in der Wahlliste vorsehen kann, ist Vergleichbares hinsichtlich der Beeinflussung der Wahllisten zur Wahl von Arbeitnehmervertretern nicht gegeben. Die Verpflichtung zum Beschluss von Zielgrößen erscheint daher hinsichtlich der künftigen Arbeitnehmervertreter rechtstaatlich bedenklich: Wenn der Aufsichtsrat keine rechtliche Handhabe hat, auf das Erreichen der Zielvorgabe hinzuwirken,



verpflichtet der RegE damit den Aufsichtsrat Zielgrößen für die Arbeitnehmervertreterseite rechtlich „ins Blaue hinein“ beschließen zu müssen.

Zudem sollte klargestellt werden, dass die Festlegung von Zielgrößen, die ja nach dem RegE öffentlich deklariert und erläutert werden müssen, keine Indizwirkung für eine Benachteiligung wegen des Geschlechts des unterlegenen Bewerbers insbesondere für eine Führungsposition innerhalb der zwei Ebenen unterhalb des Vorstands hat. **Mit anderen Worten der Gesetzgeber muss das Verhältnis zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) rechtssicher klären** und Klagen unterlegener Bewerber im Anwendungsbereich des RegE oder zumindest die Beweislastumkehr ausschließen. Tut er dies nicht, lässt er die Unternehmen sehenden Auges mit den widersprüchlichen Anforderungen aus zwei Gesetzen allein.

Wichtig wäre es zumindest, wenn die Unternehmen ihre selbstzusetzenden Zielquoten auf eine **konzernweite Betrachtung** ausdehnen könnten. Der Wortlaut ist jedoch unklar. Der Wechsel von Frauen vom Inland ins Ausland in eine andere Konzerngesellschaft ist zur Gewinnung internationaler Erfahrung ein wichtiger Karriereschritt, der nicht dadurch faktisch konterkariert werden darf, dass damit die selbst gesetzten Ziele der betroffenen Aktiengesellschaft unterschritten werden und deshalb Frauen dieser Karriereschritt im Unternehmen nicht ermöglicht wird. Die durch eine konzernweite Betrachtung ermöglichte Flexibilität würde dem Ziel des Gesetzgebers nicht zuwider laufen, sondern seine Erreichung sogar fördern.

Angesichts der zahlreichen noch bestehenden Unsicherheiten, die in der vorliegenden Stellungnahme dargestellt werden, ist die Übergangsvorschrift zur Etablierung der ersten selbstgesetzten Quote bis spätestens 30. Juni 2015 wesentlich zu kurz bemessen. **Diese Frist sollte zumindest auf den 31.12.2015 verlängert werden.** Auch zur Sicherung der Qualität der Umsetzung durch die Unternehmen sollte den Unternehmen eine erstmalige Festlegung jedenfalls bis Ende 2015 ermöglicht werden. Dabei sollte beachtet werden, dass nicht nur das Aufsichtsrats- bzw. Vorstandsplenum als solches mit der Gesetzesumsetzung zu befassen ist, sondern auch die jeweils zuvor einzubeziehenden Ausschüsse dieser Organe. Dadurch verkürzt sich die Umsetzungsfrist für die Unternehmen entsprechend. Beachtet man zusätzlich, dass gerade Aufsichtsratssitzungen i.d.R. nur drei bis viermal pro Halbjahr stattfinden, ist eine so kurzfristige Umsetzung ohne erheblichen Mehraufwand für die Unternehmen kaum denkbar. Eine erstmalige Umsetzungsfrist für die Ziele von 2 Jahren ist wie unten ausgeführt wird, nicht sinnvoll. Die Frist ist außerdem nicht angezeigt, da die Berichtspflicht in der Regel erst mit dem Geschäftsbericht im 1. oder 2. Quartal des Folgejahrs greift und der Gesetzentwurf mit umfangreichen Reportingpflichten verbunden ist.

Für die Europäische Aktiengesellschaft und bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen sollte klargestellt werden, dass die Vorschrift **nicht auf bereits**



abgeschlossene Mitbestimmungsvereinbarungen anwendbar ist. **Hier sind zudem praktikable Regelungen gefordert, damit die SE nicht gegenüber der AG schlechter gestellt wird.** Die unterschiedliche Regelung der festen Quote für die AG einerseits und die SE andererseits begründet für die SE eine starke Rechtsunsicherheit und stellt diese sogar schlechter. Es fehlt die Widerspruchsmöglichkeit und die Möglichkeit, dass mathematisch auf- bzw. abgerundet werden kann. Es bleibt offen, ob der Gesetzgeber diese Regelungen absichtlich nicht auf die SE übertragen hat. § 17 SEAG ist noch anzupassen.

Ein Redaktionsversehen dürfte sicherlich sein, dass in der SE und bei Gesellschaften, die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgegangen sind, **eine Ausschlussregel zwischen fester Quote und weicher Zielvorgabe im Aufsichtsrat** wie bei der AG fehlt. Dies muss dringend behoben werden.



II. Zu den Analysen im Regierungsentwurf

Neben den gesellschaftspolitischen Erwägungen spricht der RegE auch unternehmenspolitische Ziele an.

Es muss zwar angezweifelt werden, dass durch Studien, die im Übrigen nicht zitiert sind, ein Beweis für einen **kausalen Zusammenhang** zwischen einem hohen Frauenanteil im Aufsichtsrat oder Board und der Unternehmensperformance gelungen ist und überhaupt ein wissenschaftlicher Beweis erbracht werden kann. Anderes mag für die **Korrelation** beider Fakten gelten. Möglicherweise führt die Diversität durch die Pluralität von Erfahrungen und Meinungen in Aufsichtsräten zu besseren Diskussionen, fundierterer Meinungsbildung und kann einem Gruppendenken entgegenwirken. Allerdings besteht diese Tendenz bereits – und das erscheint uns ein großer Unterschied bereits gegenüber anderen Mitgliedstaaten zu sein – durch die Vertretung von Arbeitnehmern im Aufsichtsrat, die andere Mitgliedstaaten so nicht kennen.

Aus diesen Gründen dürfte die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex die Empfehlung ausgesprochen haben, dass der Vorstand bei der Besetzung von Führungsfunktionen im Unternehmen auf Vielfalt (Diversity) achten und dabei insbesondere eine angemessene Berücksichtigung von Frauen anstreben soll (Ziff. 4.1.5). Bei der Zusammensetzung des Vorstands soll der Aufsichtsrat auch auf Vielfalt (Diversity) achten und dabei insbesondere eine angemessene Berücksichtigung von Frauen anstreben (Ziff. 5.1.2). Der Aufsichtsrat soll für seine Zusammensetzung konkrete Ziele benennen, die unter Beachtung der unternehmensspezifischen Situation die internationale Tätigkeit des Unternehmens, potentielle Interessenkonflikte, die Anzahl der unabhängigen Aufsichtsratsmitglieder im Sinne von Nummer 5.4.2, eine festzulegende Altersgrenze für Aufsichtsratsmitglieder und Vielfalt (Diversity) berücksichtigen. Diese **konkreten Ziele** sollen insbesondere eine angemessene Beteiligung von Frauen vorsehen (Ziff. 5.4.1).

Dabei liegt es in der Systematik des Kodex, keine genaueren Empfehlungen auszusprechen, z.B. die angemessene Beteiligung von Frauen in Prozentzahlen auszudrücken. Das nationale wie internationale Konzept der Kodizes ist die Flexibilität und das sog. „Comply-or-Explain“-Prinzip: Die Gesellschaften können von Empfehlungen abweichen, sind dann aber verpflichtet, dies jährlich offenzulegen und die Abweichungen zu begründen. Dies ermöglicht den Gesellschaften die Berücksichtigung branchen- oder unternehmensspezifischer Bedürfnisse. Eine gut begründete Abweichung von einer Kodexempfehlung kann dabei im Interesse einer guten Unternehmensführung liegen. Es dürfte zudem im



genuinen Interesse der Unternehmen liegen, den Frauenanteil in allen Hierarchieebenen der Unternehmen zu erhöhen, um das Potential auszuschöpfen, schon allein aufgrund der demographischen Entwicklung.

Das Deutsche Aktieninstitut **teilt nicht die Ansicht aus dem Regierungsentwurf**, dass die **Empfehlungen** des Kodex für börsennotierte Aktiengesellschaften, nach denen bei der Besetzung von Vorstand und Aufsichtsrat stärker auf Vielfalt (Diversity) und auf eine angemessene Beteiligung von Frauen an Führungspositionen und im Vorstand zu achten ist, **nur eine geringe Steigerung des Frauenanteils** hervor gebracht haben. Seit seiner Einführung hat sich der Anteil der Frauen auf der Seite der Anteilseignervertreter in den 160 Unternehmen der DAX-Familie **verdreifacht**:

Die konkretisierte Empfehlung zur Berücksichtigung insbesondere von Frauen im Rahmen der Zielsetzung zur Diversity wurde im Mai 2010 beschlossen und konnte daher erst ab 2011 wirken. Dazu kommt, dass erst 2013 das sogenannte Superwahljahr war, wobei rund ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder regulär neu zu wählen waren. 37 der 160 im DAX, MDAX, SDAX und TecDAX notierten Unternehmen beriefen seit Januar 2011 erstmals eine Frau in die Kontrollgremien, einige auch in die Chefetage.¹ Der Frauenanteil der 30 DAX- Unternehmen im Aufsichtsrat lag 2011 bei 13,4%², und zum Stichtag 31. Mai 2014 bei 23,4%³. Der Anteil von Frauen hat sich seit dem also stark entwickelt, fast verdoppelt. Eine Untersuchung der EU Kommission zum Stichtag 30.4.2014 fasst die größten börsennotierten Unternehmen jedes Mitgliedsstaates in einem Börsenleitindex der umsatzstärksten Aktien (max. 50) zusammen. In Deutschland liegen die 30 DAX- Unternehmen mit einem Anteil von 22% über dem EU-Durchschnitt von 19%.⁴ Auch bei einem größeren Fokus, den 160 im DAX, MDAX, SDAX und TecDAX notierten Unternehmen und der Berücksichtigung von Vorstand und Aufsichtsrat haben sich die Zahlen verdoppelt, allerdings auf weitaus niedrigerem Niveau. Seit Januar 2011 stieg der kumulierte Frauenanteil in Aufsichtsräten und Vorständen von 6,49 auf

¹ FidAR, Stichtag 15.09.2013, <http://www.fidar.de/presse-aktuelles/fidar-pressemitteilungen/ansicht/artikel/fidar-pressemitteilung-2013-kein-superwahljahr-fuer-frauen-in-aufsichtsraten-zuwachs-im-wo.html>.

² Hans-Böckler-Stiftung, <http://www.boeckler.de/39039.htm#Grafik%202>, Grafik 2.

³PwC, <http://www.pwc.de/de/pressemitteilungen/2014/frauenanteil-in-dax-aufsichtsraten-steigt-weiter-unternehmen-bleiben-aber-unter-30-prozent-quote.jhtml>.

⁴ http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/gender-decision-making/database/business-finance/supervisory-board-board-directors/index_de.htm.



12,39 Prozent in 2014⁵, derjenige der Anteilseignerseite im Aufsichtsrat von 5,01 auf 15,28 Prozent⁶. Die Zahlen haben sich bei letzteren sogar **verdreifacht**.

Auch die Einführung der Kodex-Empfehlungen hat zu dieser Entwicklung beigetragen. Die Pflicht, sich zu der Empfehlung bekennen oder eine Abweichung erklären zu müssen, hat zu einer Formalisierung der sicherlich in den Unternehmen bereits zuvor geführten Diskussionen geführt. Dabei ist man zwar auf einem niedrigen Niveau gestartet, wie die Zahlen der Anteilseignervertreter in den 160 oben angeführten Unternehmen zeigen, aber eine Verdreifachung der Zahlen darf nicht einfach vom Tisch gewischt werden.

Die Dauer über einen längeren Zeitraum ergibt sich daraus, dass Aufsichtsräte für vier Jahre gewählt werden, woraus sich je nach Zeitpunkt der Hauptversammlung in der Regel fünf Jahre ergeben. Hintergrund der im Gegensatz zu anderen Ländern relativ langen Amtszeiten ist das Ziel der Nachhaltigkeit der Aufsichtsratsarbeit. Das Gesetz stellt daher einige Hürden für das vorzeitige Ausscheiden auf. Da die Mitglieder des Aufsichtsrats von den Aktionären gewählt worden sind, sollten sie das Organ sein, das auch über die Abwahl entscheidet. Das Gesetz legt daher fest, dass nur ein Gericht auf Antrag des Aufsichtsrats ein Aufsichtsratsmitglied abberufen kann und nur dann, wenn in dessen Person ein wichtiger Grund vorliegt. Aber auch für die Aktionäre gelten Hürden. Es bedarf zwar keines wichtigen Grundes für die Abwahl, aber einer Dreiviertelmehrheit der Hauptversammlung. Die dargestellten Überlegungen des Gesetzgebers zeigen, dass es nicht guter Corporate Governance entspricht, wenn der Aufsichtsrat andere Mitglieder drängt, ihr Amt niederzulegen. Es konnte also nicht erwartet werden, dass sich die Zahl der Frauen in den Aufsichtsräten seit Einführung der Kodexempfehlung schnell auf z.B. 30 Prozent erhöht. Dies wird auch für die neu einzuführende Pflicht zur Zielsetzung für Vorstands- und Aufsichtsratspositionen gelten, so dass hier die Fristen viel zu kurz bemessen sind. Dazu mehr unter IV.1.

⁵ FidAR, Women on Board Index, Stichtag 25.6.2014:
http://www.fidar.de/webmedia/documents/wob-index/140625_WoB-Index_I_Internet.pdf

⁶ FidAR, Women on Board Index, Stichtag 25.6.2014:
http://www.fidar.de/webmedia/documents/wob-index/140625_WoB-Index_I_Internet.pdf.



III. Feste Quote von 30 Prozent

1. Aufnahme der Europäischen Aktiengesellschaft in den Regelungsbereich

Nach Ansicht des Deutschen Aktieninstituts hat der Referentenentwurf zu Recht die Rechtsform der Europäischen Gesellschaft (SE) aus der Pflicht zur Berücksichtigung der 30-Prozent-Quote ausgenommen, da hierfür die Gesetzgebungskompetenz fehlte. Für die SE war nur eine „Soll-Bestimmung“ vorgesehen. Dies führte allerdings zur Ungleichbehandlung der Adressaten der gesellschaftspolitisch motivierten Regelung, also z.B. schon allein unter den DAX-Unternehmen, die verfassungsrechtliche Bedenken aufgeworfen hatte.

Das Deutsche Aktieninstitut hatte daher aus zwei Gründen vorgeschlagen, **auch für die anderen Unternehmen nur eine „Soll-“Bestimmung aufzunehmen**. Zum einen um der verfassungsrechtlich fragwürdigen **Ungleichbehandlung** von Gleichem vorzubeugen und zum anderen, um der **Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs** gerecht zu werden.

Letzterer wird mit dem Eingriff der Bundesregierung in die europäische Gesetzgebungskompetenz nunmehr noch mehr Anlass haben, die Regelung als für mit Europarecht unvereinbar zu erklären.

1.1. Gesetzgebungskompetenz für die SE

Für die SE hat der deutsche Gesetzgeber nur eine eingeschränkte Gesetzgebungskompetenz, da sie eine Rechtsform ist, die nur teilweise von nationalem Recht ausgefüllt wird. Die tragenden Prinzipien werden von europarechtlichen Vorgaben bestimmt. Die Mitbestimmung wird dabei vorrangig durch Vereinbarungen bestimmt, ansonsten durch die sog. Auffangregel (SEBG, SE-Ergänzungsrichtlinie). Der Referentenentwurf schien bisher davon auszugehen, dass die Vorgaben in der Ergänzungsrichtlinie und im SEBG keine Quotenregelung erlauben, zumindest nicht für die Arbeitnehmervertreter. Diese Auffassung kann bestätigt werden. Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE wird in Ergänzung der SE-VO von der SE-RL (2001/86/EG) geregelt, die der Umsetzung in nationales Recht bedarf. Die Umsetzung der SE-RL in deutsches Recht ist mit dem SEBG (SE-Beteiligungsgesetz) erfolgt. Mögliche Regelungskompetenzen des Bundes aus der SE-VO können sich damit nur auf die Arbeitgeberseite im Aufsichtsrat beziehen, für die Gesetzgebungskompetenz in Bezug auf die Arbeitnehmervertreter ist insoweit auf die SE-RL abzustellen. Dabei ist zu unterscheiden, ob die Geschlechterquote nur im Fall der gesetzlichen oder auch im Fall einer verhandelten Mitbestimmungslösung gelten soll.



1.1.1 Geschlechterquote bei gesetzlicher Mitbestimmungslösung

Die SE-RL sieht in Art. 13 Abs. 2 SE-RL vor, dass nationale Vorschriften über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Gesellschaftsorganen, die nicht in Umsetzung der SE-RL erlassen wurden, auf die SE keine Anwendung finden. Änderungen des Umsetzungsgesetzes müssen dem Ziel der SE-Richtlinie dienen und dürfen diesem nicht widersprechen. Die Regelungen der Richtlinie sind geprägt vom Grundsatz des „Schutzes erworbener Rechte der Arbeitnehmer“ (18. Erwägungsgrund der SE-RL). Ziel der Richtlinie ist, die nach nationalem Recht bestehenden Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer auch in einer SE zu gewährleisten. Es soll eine Schlechterstellung der Arbeitnehmer einer SE im Vergleich zum nationalen Beteiligungsrecht vermieden werden. Die Einführung einer Frauenquote stellt zwar grundsätzlich eine Schmälerung der Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer dar, allerdings führt diese Regelung auch auf nationaler Ebene zu einer entsprechenden Schmälerung der gesetzlichen Beteiligungsrechte in nationalen mitbestimmten Gesellschaften. Allerdings sind die Sitze im Aufsichtsrat nach §§ 35, 36 SEBG anteilig auf die Arbeitnehmer der Mitgliedsstaaten zu verteilen. Die Regelungen hierfür richten sich auch nach dem Recht der Mitgliedstaaten. Sieht dieser dann keine Quotenvorgabe vor, müssen deren Bestellungen auch bei Nichtbeachtung der deutschen Quotenvorgabe wirksam sein.⁷

1.1.2 Geschlechterquote bei verhandelter Mitbestimmungslösung

Eine andere Frage ist, ob der deutsche Gesetzgeber die Kompetenz hat, auf den Inhalt der Vereinbarungen über die Beteiligungen der Arbeitnehmer Einfluss zu nehmen, in dem er vorgibt, dass im Rahmen der Vereinbarungen eine Frauenquote bei der Zusammensetzung der Arbeitnehmerbank des Aufsichtsrats zu berücksichtigen ist. Aufgrund des in Art. 4 Abs. 2 SE-Richtlinie verankerten Grundsatzes der Verhandlungsautonomie der Verhandlungsparteien wäre eine solche Einflussnahme auf den Inhalt der Vereinbarungen durch ein nationales Gesetz mit dem europäischen Recht unvereinbar. Es fragt sich, ob die SEs mit einer Beteiligungsvereinbarung zur Einhaltung der starren Quote gezwungen wären, ihre Beteiligungsvereinbarungen abzuändern und damit neu zu verhandeln, um eine Gleichbehandlung beider Banken zu erreichen. Auch aus diesem Grund stellt sich dann die Frage, ob der deutsche Gesetzgeber überhaupt die Kompetenz in den Eingriff in diese Vereinbarungen hat.

⁷ Teichmann/Rüb, BB 2015, 259, 266.



1.1.3 Monistische SE

In der monistischen SE mit nur einem Verwaltungsorgan findet die Quotenregelung ebenfalls Anwendung. Dieses Verwaltungsorgan ist jedoch ein Geschäftsführungsorgan, in dem allerdings manche Mitglieder nicht in die Geschäftsführung einbezogen sind. Nur diese würden dem Aufsichtsrat im dualistischen Modell entsprechen. Der RegE differenziert jedoch nicht, und nimmt für die Quote eine Gesamtbetrachtung vor. Damit bezieht er den „Vorstand“ in diesem Fall in die Quotenregelung mit ein, was eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung dieses Gesellschaftsmodells ist. **Dies verstößt gegen die europarechtliche Vorgabe, dualistisches und monistisches Modell gleichwertig auszugestalten.**

1.1.4. Praktikable Lösungen sind erforderlich

Neben diesen Problemen bei der Regelung der SE darf aber auch die Praktikabilität nicht vergessen werden. Die völlige Offenheit des § 17 SEAG führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Die unterschiedliche Regelung der festen Quote für die AG einerseits und die SE andererseits begründet für die SE eine starke Rechtsunsicherheit und stellt diese sogar schlechter. Es fehlt die Widerspruchsmöglichkeit und die Möglichkeit, dass mathematisch auf- bzw. abgerundet werden kann. **Ebenfalls fehlt eine Ausschlussregel zwischen fester Quote und weicher Zielvorgabe im AR wie bei der AG:** Der Aufsichtsrat einer SE, der der (europarechtlich nicht durchsetzbaren) Mussvorschrift des § 17 Abs. 1 SEAG-E unterliegt, sollte nicht gleichzeitig über § 111 Abs. 5 AktG-E verpflichtet werden, sich Ziele für den Frauenanteil zu setzen, da dies eine Pflichtendoppelung und damit eine Ungleichbehandlung darstellt, die keinen Mehrwert bietet. Unabhängig vom Erfordernis der Streichung als Mussvorschrift sollte im SEAG daher klargestellt werden, dass § 111 Abs. 5 AktG-E hinsichtlich des Aufsichtsrats nicht gilt, soweit § 17 Abs. 2 SEAG-E anwendbar ist. Es bleibt offen, ob der Gesetzgeber diese Regelungen absichtlich nicht auf die SE übertragen hat. § 17 SEAG ist noch anzupassen.

1.1.5. Unternehmen, die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehen

Die vorstehenden Ausführungen gelten ebenso für börsennotierte Unternehmen, die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehen und die auf der Grundlage des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG) paritätisch mitbestimmt sind. Die Mitbestimmung in diesen Gesellschaften beruht ebenfalls auf europäischen Vorgaben (u.a. Art. 16 RL 2005/56/EG). Auch dort ist eine derart umfangreiche Einflussnahme des nationalen Gesetzgebers auf die durch die



Mitbestimmungsvereinbarung vorgesehene Verhandlungsautonomie unvereinbar mit europäischem Recht

1.1.6 Zwischenergebnis

Es verwundert daher nicht, dass der RegE weder für die SE noch für Gesellschaften, die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgegangen sind, eine Nichtigkeitsfolge für quotenwidrige Aufsichtsräte vorsieht. Damit sind die Probleme jedoch nicht gelöst. Der Verstoß gegen die Quotenregelung, ist selbst dann, wenn der Verstoß darauf beruht, dass sich die ausländischen Arbeitnehmer nicht an die Quote halten, weil dies in ihrer Heimatrechtsordnung nicht vorgesehen ist, ein Gesetzesverstoß für die deutsche SE bzw. die grenzüberschreitend verschmolzene Gesellschaft. Daher sollte für diese Gesellschaften und auch aus Gleichbehandlungsgründen alle Adressaten der festen Quote von 30 Prozent nur eine „Soll“-Vorschrift vorgesehen werden.

1.2. Rechtsprechung des EuGH zu Quotenregelungen

Der Gesetzentwurf entspricht zudem nicht der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zu Quotenregelungen. In seiner Rechtsprechung „Badeck“ hatte sich der EuGH mit § 14 des Hessischen Gleichberechtigungsgesetz auseinanderzusetzen: „Bei der Besetzung von Kommissionen, Beiräten, Verwaltungs- und Aufsichtsräten sowie sonstigen Gremien sollen mindestens die Hälfte der Mitglieder Frauen sein.“⁸ Die Vorschrift hat der EuGH bestätigt, da es sich um eine „Soll“-Vorschrift gehandelt hatte: „Nach den Angaben im Vorlagebeschluss und in der Gesetzesbegründung handelt es sich bei § 14 HGIG, der die Besetzung von Gremien betrifft, nicht um eine zwingende, sondern um eine Sollvorschrift (...). Außerdem kann sie auf Positionen, die durch Wahlen vergeben werden, nicht angewandt werden. Auch hierfür bedürfte es vielmehr der Änderung der einschlägigen gesetzlichen Grundlagen. **Schließlich lässt die Vorschrift als Sollbestimmung Raum für die Einbeziehung sonstiger Gesichtspunkte.**“⁹

Die Einbeziehung „sonstiger Gesichtspunkte“ erlaubt der Vorschlag zur festen Quote nicht. Hieraus ist zu schließen, dass für Quotenregelungen, die die „Einbeziehung sonstiger Gesichtspunkte“ nicht erlauben, eine realistische Gefahr besteht, dass der EuGH dieses Gesetz für unvereinbar mit der Richtlinie 76/207/EWG und weiteren europäischen Regelungen hält. Es sind keine

⁸ Hessische Gesetz über die Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zum Abbau von Diskriminierungen von Frauen in der öffentlichen Verwaltung (HGIG), v. 21.12.1993 (GVBl. I S. 729).

⁹ Siehe EuGH Slg. 2000, I-1875 Rn. 64 f. – Badeck, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CJ0158&rid=2>, Rn. 64f.



Anhaltspunkte ersichtlich, dass der EuGH von dieser Rechtsprechung aus dem Jahr 2000 abweichen wird. Wir halten dies für ausgeschlossen.

Der Entwurf der EU Richtlinie zur Geschlechterquote versucht, dem EuGH gerecht zu werden, indem er eine sog. „**leistungsbezogene Quote mit Härtefallregelung**“ vorsieht, wonach das unterrepräsentierte Geschlecht nur bei gleicher Eignung der Kandidaten vorzuziehen ist.¹⁰ Dies entspricht der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung des EuGH. Kommissarin Reding ging in ihrem Vorschlag damit „auf Nummer sicher“. Aber auch feste Quoten, wie es das hessische Gleichberechtigungsgesetz vorsieht, könnten vom EuGH, wie gesehen, akzeptiert werden, wenn sie z.B. eine „Soll“-Vorschrift vorsehen.

Daneben erscheint es denkbar, dass „sonstige Gesichtspunkte“ dann ausreichend berücksichtigt sind, wenn eine Härtefallregelung vorgesehen wird. Dies könnte sich auf das Unternehmensinteresse beziehen, siehe sogleich.

1.3. Verfassungsrecht

Kein anderes Ergebnis ergibt sich bei Betrachtung von Art. 3 GG. Auffällig ist, dass sich der Regierungsentwurf in keinsten Weise mit dem Art. 3 GG innewohnenden Spannungsfeld von Förderungspflicht und Diskriminierungsverbot auseinandersetzt. Eine verfassungsrechtliche Diskussion ist einer aus Art. 3 GG direkt abgeleiteten Geschlechterquote immanent.

Eine Ungleichbehandlung anhand des Geschlechts kann nur aufgrund von kollidierendem Verfassungsrecht gerechtfertigt werden. Nach **Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG** fördert der Staat „die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.“ Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG stellt zugleich fest: „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“ und Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG bestimmt: „Niemand darf wegen

¹⁰ Vorschlag für eine Richtlinie zur Gewährleistung einer ausgewogeneren Vertretung von Frauen und Männern unter den nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften und über damit zusammenhängende Maßnahmen, 14.11.2012, COM(2012) 614 final. Artikel 4 Absatz 3 lautet: „Im Hinblick auf die Zielsetzung nach Absatz 1 stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass bei der Auswahl nicht geschäftsführender Direktoren/von Aufsichtsratsmitgliedern dem Kandidaten des unterrepräsentierten Geschlechts Vorrang eingeräumt wird, wenn der betreffende Kandidat die gleiche Qualifikation hinsichtlich Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung hat wie der Kandidat des anderen Geschlechts und wenn eine objektive Beurteilung, bei der alle die einzelnen Kandidaten betreffenden Kriterien berücksichtigt werden, nicht ergeben hat, dass spezifische Kriterien zugunsten des Kandidaten des anderen Geschlechts überwiegen.“ http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/womenonboards/directive_quotas_de.pdf.



seines Geschlechts benachteiligt oder bevorzugt werden.“ Die o.g. Förderpflicht des Art. 3 Abs. 2 GG Satz 2 steht also in gewisser Spannung zum Gleichberechtigungssatz und ist bis heute unter Verfassungsrechtlern umstritten. Bei der strittigen Beratung von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG in der Gemeinsamen Verfassungskommission aus Bundestag und Bundesrat bestand jedenfalls Einigkeit darüber, dass Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG keine Gleichstellung von Männern und Frauen um ihrer selbst willen legitimieren kann. „Es bestand Übereinstimmung darüber, dass die Bestimmung eine Frauenförderung in Gestalt sog. starrer Quoten nicht gestattet“¹¹. Mit anderen Worten sollen Frauen – auch durch eine verhältnismäßige Bevorzugung gegenüber Männern – nur gleiche Chancen eingeräumt werden, nicht aber soll es darum gehen, in jedem Bereich **unabhängig von weiteren Umständen eine paritätische Verteilung** nach Geschlechtern zu erreichen.“¹² Entscheidet sich der Gesetzgeber für eine Quotenregelung, muss er alle betroffenen rechtlich geschützten Interessen zu einem verhältnismäßigen und damit möglichst schonenden Ausgleich bringen.¹³ Bei einer festen Quote wird daraus abgeleitet, dass auch bei individuellen Auswahlentscheidungen adäquate Entscheidungsfreiräume verbleiben müssen.¹⁴ Ausreichende Entscheidungsfreiräume verbleiben aber nicht deshalb, weil der Aufsichtsrat bei der Kandidatensuche scheinbar unendliche Auswahlmöglichkeiten von Frauen hat. Verhältnismäßige Entscheidungsspielräume erscheinen nur als gegeben, wenn ausnahmsweise auch ein männlicher Kandidat gewählt werden darf, obwohl dann die Quote nicht eingehalten wird (dazu sogleich). Ohne die Diskussionen hier weiter auszubreiten, ist davon auszugehen, dass **nicht nur der EuGH, sondern auch das Bundesverfassungsgericht – auch in Ansehung von Art. 14 GG – keine feste Ergebnisquote von 30 Prozent akzeptieren wird, wenn nicht „weitere Umstände“ berücksichtigt werden können oder „adäquate Entscheidungsspielräume“ für die Unternehmen verbleiben.**

2. Ausnahme- oder Härtefallregelung?

Das Deutsche Aktieninstitut regt alternativ **dringend zumindest eine „Härtefallregelung“** an. Diese würde dazu dienen, besondere Härten, und zwar für

¹¹ BT-Drs. 12/6000, S. 50, <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/12/060/1206000.pdf>.

¹² Papier, Hans-Jürgen / Heidebach, Martin, Die Einführung einer gesetzlichen Frauenquote für die Aufsichtsräte deutscher Unternehmen unter verfassungsrechtlichen Aspekten, ZGR 2011, 305, S. 318.

¹³ Habersack, Mathias / Kersten, Jens, Chancengleiche Teilhabe an Führungspositionen in der Privatwirtschaft, Gutachterliche Stellungnahme zur Frage der Verfassungskonformität der im Entwurf eines Gesetzes für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst vorgesehenen gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen, Oktober 2014, S. 28.

¹⁴ Ossenbühl, Fritz, Frauenquoten für Leitungsorgane von Privatunternehmen, NJW 2012, 417, 419, a.a.O., S 419, Beitrag basierend auch seinem Gutachten für die „Flexiquote“ des Familienministeriums unter Ministerin Schröder.



das Unternehmen, nicht etwa für einen unterlegenen Kandidaten, zu vermeiden, die sich durch die Rigidität des Gesetzes ergeben können. Dem sicherlich vorhandenen Interesse des Gesetzgebers, die Kandidatensuche auf das unterrepräsentierte Geschlecht effektiv auszuweiten und nicht durch eine Härtefallregelung wieder einzuschränken („zahnloser Tiger“), kann so Rechnung getragen werden. Dies spricht nicht gänzlich gegen eine Ausnahmeregelung, sondern stellt an eine solche eben hohe Ansprüche.

Hierfür könnte die vom Bundesarbeitsgericht entwickelte Rechtsprechung bzw. diejenige des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) herangezogen werden. Danach muss die Kandidatin dieselbe Qualifikation besitzen wie ihr männlicher Mitstreiter und es muss eine Ausnahmemöglichkeit bei besonderer Härte für den Mitstreiter geben. Die Situation der Auswahl von Aufsichtsratskandidaten und von um eine andere Position konkurrierenden Bewerbern ist nicht vergleichbar, weil es sich um eine Wahlentscheidung handelt. Daher hat sich auch der Regierungsentwurf offensichtlich dementsprechend nicht für die Übertragung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung entschieden, sieht also weder das Erfordernis gleicher Qualifikation noch der Härteklausele vor. Während bei der Gremienbesetzung keine Härteklausele erforderlich erscheint, die den unterlegenen Kandidaten schützt, könnte man an eine Härteklausele zum Schutz der Anteilseigner bzw. des Unternehmens denken, die bei Vorliegen eines wichtigen Grundes Abweichungen von der Quote zulässt. Begründung hierfür könnte sein, dass es um objektive wie subjektive Auswahlkriterien der Anteilseigner geht, die damit auch legitime Interessen verfolgen, die der Gesetzgeber anzuerkennen hat. **Wenn wie vorliegend eine solche Abweichungsmöglichkeit nicht vorgesehen wird, legt das nahe, dass es nach Ansicht des Gesetzgebers bei Wahlentscheidungen neben dem Gleichstellungsziel keine anderen schützenswerten Interessen geben kann. Aus der Rechtsprechung, die ja auch der EuGH verfolgt, muss man ableiten, dass es bei einer festen Quotenregelung jedweder Art grundsätzlich die Möglichkeit geben muss, ausnahmsweise abzuweichen.**¹⁵

Dies soll veranschaulicht werden: Durch die Quotenregelung wird intendiert, dass bereits der Auswahlprozess durch indirekten Druck so beeinflusst wird, dass der Aufsichtsrat ergebnisorientiert die Quote schon bei dem Wahlvorschlag und zuvor bei der Kandidatensuche berücksichtigt. Er hat dabei wegen des Vorschlagsrechts bezüglich der Anteilseignerseite scheinbar unendliche Auswahlmöglichkeiten. Dies

¹⁵ Beispielsweise lautet § 96 Abs. 4 AktG-E des Gesetzantrags zur Förderung gleichberechtigter Teilhabe von Frauen und Männern in Führungsgremien (GlTeilhG), BR-Drs. 330/12, v. 29.05.2012: „Ausnahmen von Absatz 3 Sätze 1 bis 4 und 6 sind zulässig, wenn die Gesellschaft nachweist, dass hierfür ein wichtiger Grund vorliegt. Ein wichtiger Grund ist insbesondere anzunehmen, soweit trotz erheblicher Anstrengungen der Gesellschaft nur ungeeignete Personen des unterrepräsentierten Geschlechts zur Besetzung des Aufsichtsrats zur Auswahl standen.“



ist aber in der Realität nicht der Fall. Zudem kann die Auswahl auf eine konkrete Person reduziert sein.

Dies kann z.B. der Fall sein, wenn nur ein Aufsichtsratsposten neu zu besetzen ist, es sich um den künftigen Vorsitzenden handeln soll und im Wahlgang nur Frauen zur Wahl gestellt werden dürfen. Der Vorsitz im Aufsichtsrat ist wegen der Außenwirkung von besonders hoher Bedeutung, was sich daran zeigt, dass der Besetzung sogar Kursrelevanz zukommen kann. Es mag der Fall sein, dass hierfür die nach der Einschätzung des Aufsichtsrats ideale Person ausgewählt wurde, alle anderen Mitglieder oder Kandidaten demgegenüber jedoch nur die zweitbeste Besetzung wären. Bei börsennotierten Konzerntöchtern kann es um funktionsgebundene Entscheidungen gehen, denn es ist möglich und üblich, Mitarbeiter zur Übernahme von Aufsichtsratsmandaten in (konzern-)beherrschten Unternehmen zu verpflichten, also z.B. einen Vorstand der Muttergesellschaft. Ist dies nicht möglich, wird in die Geschäftsführungskompetenz bzw. Konzernleitungspflicht der beherrschenden bzw. beteiligten Unternehmen eingegriffen.

Natürlich kann eine solche Situation durch eine langfristige Nachfolgeplanung, die sowohl die Quote als auch die geeignete Besetzung etwa hinsichtlich der Erfahrung und beruflichen Hintergründe berücksichtigt (Diversity), vermieden werden. Auch ohne Geschlechterquote ist dies eine der wichtigsten Aufgaben des Aufsichtsrats, der heutzutage auch äußerst professionell nachgegangen wird. Dennoch können unvorhergesehene Ereignisse eintreten, die die Planung obsolet machen. Dabei kann es keine Lösung sein, andere Aufsichtsräte zum Rücktritt zu drängen oder der Hauptversammlung die Abwahl vorzuschlagen, § 103 AktG. Hintergrund der im Gegensatz zu anderen Ländern relativ langen Amtszeiten ist, wie bereits oben angesprochen, das Ziel der Nachhaltigkeit der Aufsichtsratsarbeit. Das Gesetz stellt daher einige Hürden für das vorzeitige Ausscheiden auf. Es entspricht nicht guter Corporate Governance, wenn der Aufsichtsrat andere Mitglieder drängt, ihr Amt niederzulegen. Auf eine Abwahl durch die Aktionäre zur Einhaltung der Geschlechterquote zu setzen, ist riskant, da diese nicht dem Unternehmensinteresse verpflichtet sind. Auch Gegenanträge von Aktionären sind denkbar und müssen wohl vom Versammlungsleiter zugelassen werden.

Somit bleibt nochmals festzuhalten: Es muss daher eine – wenn auch nach der Konzeption der Bundesregierung möglicherweise rigide – Regelung geben, um im Ausnahmefall von der Einhaltung der Quote absehen zu können. Dies gilt umso mehr, als u.a. mit der SE eine wichtige Rechtsform von der festen Quote ohnehin ausgenommen werden musste, und damit das Ziel der Bundesregierung mit dem Mittel der festen Quote in allen börsennotierten und paritätisch mitbestimmten Unternehmen einen Frauenanteil von 30 Prozent im Aufsichtsrat zu erreichen, gerade nicht erreicht werden wird. Die Ungleichbehandlung der Rechtsformen würde mit einer Härtefallregelung sachgerecht abgemildert. Die Härteklausele hätte



auch den Charme, dass die Vorgaben aus dem Koalitionsvertrag einer festen Quote und des „leeren“ Stuhls beibehalten werden könnten, aber eventuelle Härten eben gemildert würden.

Die Härtefallregelung könnte unmittelbar in § 96 Abs. 2 AktG-E verankert werden, indem in Satz 4 ergänzt werden könnte:

„Eine Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrats durch die Hauptversammlung und eine Entsendung in den Aufsichtsrat unter Verstoß gegen das Mindestanteilsgebot ist nichtig, **es sei denn es liegt im Einzelfall ein wichtiger Grund für die Wahl eines Angehörigen des überrepräsentierten Geschlechts vor. Ein wichtiger Grund ist insbesondere anzunehmen, wenn die Wahl dieser Person von entscheidender funktionaler Bedeutung für das Unternehmen oder verbundene Unternehmen ist. Die Gründe sind zusammen mit dem Wahlvorschlag den Aktionären zugänglich zu machen und auf der Internetseite der Gesellschaft zu veröffentlichen.**“

Da jedoch eine solche Regelung das Problem birgt, dass die Wahl des Betroffenen angefochten werden könnte, wäre es wichtig, eine Nichtigkeitsfolge nur ex nunc eintreten zu lassen (siehe sogleich unter 3.).

Alternativ könnte eine Ausnahmeregelung zur 30-Prozent-Quote verankert werden:

§ 96 Abs. 2 AktG-E könnte ergänzt werden:

„Bei börsennotierten Gesellschaften, für die das Mitbestimmungsgesetz, das Montanmitbestimmungsgesetz oder das Mitbestimmungsergänzungsgesetz gilt, setzt sich der Aufsichtsrat **vorbehaltlich des § 100 Abs. 1a** zu mindestens 30 Prozent aus Frauen und zu mindestens 30 Prozent aus Männern zusammen.“

§ 100 Abs. 1a AktG-E könnte lauten:

„Jedes Aufsichtsratsmitglied muss über eine Mindestqualifikation verfügen, die es ihm ermöglicht, alle in der Gesellschaft normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge auch ohne weitere sachverständige Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen zu können. Insgesamt müssen die Aufsichtsratsmitglieder über die zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Aufgaben erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und fachlichen Erfahrungen verfügen.“¹⁶

¹⁶ Vorschlag Habersack / Kersten, Gutachten, a.a. O., S. 34.



Es handelt sich in § 100a AktG-E um die Umsetzung der Rechtsprechung des BGH zu den Mindestanforderungen für die Aufsichtsrats Tätigkeit. Dies stellt klar, dass auch unter dem Regime der Quote nur Personen für die Wahl vorzuschlagen sind, die über die Mindestqualifikationen für das Aufsichtsratsamt verfügen. „Die Verpflichtung zur Wahl einer unqualifizierten Bewerberin oder eines unqualifizierten Bewerbers, nur um die fixe Quote formal zu erfüllen und die anderenfalls vorgesehene Sanktion zu vermeiden, verletzt den Grundsatz der Chancengleichheit.“¹⁷ „Diese die Mindestqualifikation des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds betreffende Vorgabe findet ihre Ergänzung darin, dass der Aufsichtsrat in seiner Gesamtheit und unter Berücksichtigung des Grundsatzes des arbeitsteiligen Zusammenwirkens über die zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung seiner Aufgaben erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und fachlichen Erfahrungen verfügen muss.“¹⁸ Dieser Zusatz erweitert den Blick auf die Unternehmenssituation, wonach die jeweils geschuldete Sorgfalt von Größe und Art des Unternehmens abhängt, und insbesondere sichergestellt sein muss, dass die Qualifikation der Mitglieder nicht zu einseitigen Schwerpunkten führt. So verlangt die Tätigkeit im Aufsichtsrat einer börsennotierten und multinational agierenden Gesellschaft erhöhte Sorgfalt und Qualifikation.

3. Nichtigkeitsfolge/“leerer Stuhl“

Im Regierungsentwurf heißt es: „Die Nichtigkeitsfolge wirkt verhaltenssteuernd, weil jede Bank im Aufsichtsrat das Bestreben hat, ihre Plätze zu besetzen.“

Diese Einschätzung ist aus zwei Gründen richtig: Erstens wird der Aufsichtsrat es vermeiden, Wahlvorschläge zu machen, die nichtig sind, um nicht pflichtwidrig zu handeln und sich ggf. Schadensersatzansprüchen auszusetzen. Allerdings zeigt diese Einschätzung den enormen Druck, der für den Aufsichtsrat aufgebaut wird und die Entscheidung, die der Gesetzgeber mit der festen Quote implizit trifft. Es wird für den Aufsichtsrat haftungsrechtlich immer in der Abwägung gerechtfertigt sein, „irgendeine“ Frau aufzustellen, nur um die Nichtigkeitsfolge zu vermeiden.

Alle anderen Erwägungen dürfen aus haftungsrechtlicher Sicht dahinter zurücktreten, weil die Nichtigkeitsfolge die stärkste Bedrohung für das Unternehmensinteresse sein dürfte, so dass etwa auch sonstige berechtigte Erwägungen für die richtige Aufsichtsratsbesetzung dahinter zurücktreten müssen. Es ist darauf hinzuweisen, dass diese gesetzliche Verpflichtung zur Vernachlässigung anderer Aspekte jedenfalls der guten Corporate Governance nicht förderlich ist.

Zweitens handelt es sich bei den Adressaten der Regelung um paritätisch mitbestimmte Unternehmen. Nur durch das Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden ist der Überhang der Anteilseignervertreter, der

¹⁷ Habersack / Kersten, Gutachten, a.a. O., S. 31.

¹⁸ Habersack / Kersten, Gutachten, a.a. O., S. 12.



„Eigentümer“, in Patt-Situationen gewährleistet. Durch nichtige Wahlen wird zumindest zeitweise dieser Überhang gefährdet.

Dies schon allein zeigt jedoch, dass durch die Quote berechnete Interessen berührt werden. Um hier den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für die verbindliche Festsetzung von Zielgrößen zu wahren, muss der Gesetzgeber „den Erfolg im Hinblick auf die Förderung des unterrepräsentierten Geschlechts zunächst abwarten und evaluieren, bevor die nächste, striktere Regelungsstufe einer sanktionierten Mindestquoten erforderlich und damit verhältnismäßig sein kann. Nur auf diesem Wege einer gestuften Governance vermeidet der Gesetzgeber eine unverhältnismäßige Einschränkung der Vereinigungs-, Berufs- und Eigentumsfreiheit durch die gesellschaftsrechtliche Kumulation von Mitbestimmungs-, Unabhängigkeits- und Quotenregelungen.¹⁹ Dies gilt umso mehr, als bereits die Kodexregelung zur Diversity innerhalb des Zeitraums von drei Jahren wie gezeigt zu einer Verdreifachung des Frauenanteils der Anteilseignerseite geführt hat, also beträchtlichen Erfolg vorweisen kann.

Die Frage nach der Verhältnismäßigkeit wird durch den RegE verschärft, indem er die **Ungleichbehandlung zwischen staatlichen Stellen und der Privatwirtschaft vertieft**. Beispiel hierfür ist, dass die quotenwidrige Besetzung von Aufsichtsgremien durch den Bund nicht etwa zur Nichtigkeit einer Wahl führt, sondern nur eine interne Begründungspflicht an das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend und eine rein statistische Erhebung „unter Beachtung des Datenschutzes“ vorsieht. Es erscheint dem Bund hier also noch nicht einmal eine vergleichbare Transparenz zumutbar zu sein. Auffallend ist auch, dass der Datenschutz für die Privatwirtschaft gar nicht erwähnt wird. Zudem wird der Corporate Governance Bericht des Public Corporate Governance Kodex des Bundes noch nicht einmal erwähnt, geschweige denn konsequenterweise wie die Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex in das Gesetz überführt. Nach 6.1. des Public Corporate Governance Berichts sollen „Geschäftsleitung und Überwachungsorgan (...) jährlich über die Corporate Governance des Unternehmens berichten (Corporate Governance Bericht). Bestandteil des Berichts ist insbesondere die Erklärung, es wurde und werde den Empfehlungen des Public Corporate Governance Kodex des Bundes entsprochen. Der Bericht umfasst auch eine Darstellung zum Anteil von Frauen in Überwachungsorganen. Wenn von den Empfehlungen abgewichen wird, ist dies nachvollziehbar zu begründen. Dabei kann auch zu den Kodexanregungen Stellung genommen werden.“

Damit nicht genug: Die Begründung legt sogar fest: „Die Unterschreitung der Vorgaben nach [§ 4] Absatz 1 und 2 ist nicht rechtswidrig.“ Dabei ist zu bedenken, dass die Begründung für die Privatwirtschaft bzgl. der Zielvorgaben von einem

¹⁹ Habersack / Kersten, Gutachten, a.a. O., S. 39.



Gesetzesverstoß ausgeht, und sogar feststellt: „Das Unterlassen der vorbenannten Pflichten des Vorstands und Aufsichtsrats stellt eine Pflichtverletzung dar, die eine Schadensersatzpflicht nach § 93 Absatz 2 Satz 1 AktG, § 116 AktG nach sich ziehen kann“.²⁰ Die Ungleichbehandlung müsste gerechtfertigt werden. Hierzu fehlen Ausführungen.

Daher sollte die Sanktion des leeren Stuhls gestrichen werden und ggf. durch ein milderes Mittel ersetzt werden.

Im Einzelnen:

Zu Erstens: Der Regierungsentwurf geht davon aus, dass das Risiko einer Nichtigkeitsfolge für den Aufsichtsrat leicht beherrschbar ist. Dies trifft für den eigenen Wahlvorschlag sicherlich zu. Dies könnte bei Gegenanträgen von Aktionären jedoch problematisch sein.

Die Nichtigkeitsfolgen gerade bei Gegenanträgen von Aktionären abzuwenden, ist auf der Hauptversammlung die Aufgabe des Versammlungsleiters. Dies ist in der Regel der Aufsichtsratsvorsitzende, der beim Umgang mit Anträgen und der sachdienlichen Festlegung der Reihenfolge der Wahlgänge vom Gesetzgeber letztlich alleine gelassen wird. Dies könnte bei mehreren Gegenanträgen mit Listen von Aufsichtsratskandidaten eine gewisse Komplexität erreichen, die zu Fehlern führen kann.

Auch legt der Wortlaut der vorgesehenen Ergänzung fest, dass ein neues „Verhaltensregime“ eingeführt wird. Während nach der bisherigen Rechtslage (§§ 127, 126 Abs. 2 Nr. 2) Gegenanträge/Vorschläge, die zu einem gesetzeswidrigen Beschluss führen würden, nicht veröffentlicht werden müssen, legt der Wortlaut der vorgeschlagenen Neuregelung, wonach in solchen Fällen lediglich die Hinweise auf § 96 Abs. 2 und die Angabe, wie viele Sitze jeweils von Männern und Frauen besetzt sein müssen, nahe, dass der Vorschlag dennoch zu veröffentlichen ist. Es ist gesetzessystematisch nicht einzusehen, dass Vorschläge, die zu einer gesetzeswidrigen Beschlussfassung führen würden, zu veröffentlichen sind, zumal in der Hauptversammlung der Versammlungsleiter diesen Beschluss nicht zur Abstimmung stellen dürfte.

Zwar hat der BGH kürzlich der **Lehre vom faktischen Organ eine Absage** erteilt mit der Folge, dass bei Vorliegen von Nichtigkeitsgründen die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds als von Anfang an unwirksam angesehen werden muss. Dementsprechend sind Beschlüsse unwirksam, bei denen es auf die Stimme des nie wirksam gewählten Aufsichtsratsmitglieds ankam. Der **Gesetzgeber** könnte jedoch diese Folge im Fall der Nichtigkeit aufgrund der Bestimmungen zur

²⁰ Begründung S. 150.



Geschlechterquote anders regeln und **festlegen, dass solche Beschlüsse bis zur Feststellung der Nichtigkeit wirksam sind**. Eine unterschiedliche Behandlung der Nichtigkeitsfolgen gegenüber sonstigen Nichtigkeitsgründen bei der Aufsichtsratswahl könnte sich damit rechtfertigen, dass es sich bei der Frauenquote um ein gesellschaftspolitisches Anliegen handelt, das nicht dazu führen soll, dass die Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrats in Frage gestellt wird. Die Festlegung einer 30-Prozent-Quote hat zudem die Tendenz, dass nicht etwa nur die Wahl eines sondern gleich mehrerer Mitglieder in Frage stehen dürfte. Dabei kann nicht davon ausgegangen werden, dass dies zu leichtfertigem Umgang mit der Einhaltung der Quote führen würde. Die Nichtigkeit der Wahl schwebt über dem gewählten Mitglied und damit verbinden sich versicherungsrechtliche Fragen, wenn es als Aufsichtsrat tätig wird. Es ist daher zu bezweifeln, dass sich ein Aufsichtsratskandidat hierauf wissentlich einlassen würde. Letztlich wären damit also die Fälle abgesichert, in denen Fehler passieren.

Zu Zweitens: Die Nichtigkeitsfolge ist deshalb besonders problematisch, weil die betroffenen Unternehmen der **paritätischen Mitbestimmung** unterliegen. Trotz der paritätischen Besetzung darf die Mitbestimmung der Arbeitnehmer nicht dazu führen, dass über das im Unternehmen investierte Kapital gegen den Willen aller Anteilseigner entschieden werden kann. Diese dürfen nicht auf Grund der Mitbestimmung die Kontrolle über die Führungsauswahl im Unternehmen und das Letztentscheidungsrecht verlieren. Dies wird in Patt-Situationen über das Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden sichergestellt. Bei nichtigen Wahlen wird dieses Verhältnis gegebenenfalls gestört.

Es ist zu bedenken, dass zwar eine gerichtliche Ersatzbestellung vorgesehen ist, die ein etwaig verloren gegangenes Gleich- bzw. Übergewicht wieder ausgleichen wird. Die derzeitige Regelung des § 104 AktG setzt voraus, dass dem Aufsichtsrat die zur Beschlussfähigkeit nötige Zahl von Mitgliedern nicht angehört oder länger als drei Monate weniger Mitglieder als die durch Gesetz oder Satzung festgesetzte Zahl angehören. Die letztgenannte Frist muss bei mitbestimmten Unternehmen nicht eingehalten werden. Zweck der Vorschrift ist neben der Sicherstellung der Handlungs- und Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrats auch die Wahrung der Gruppenparität des mitbestimmten Aufsichtsrats. In der Zwischenzeit stehen jedoch nach derzeitiger Rechtslage die Beschlüsse in Frage und die Parität wäre eine Zeit lang nicht gewahrt. Auch hierzu finden sich trotz des Urteils des Bundesverfassungsgerichts keine Erwägungen im Regierungsentwurf.

Die gerichtliche Nachbestellung erscheint dabei sowohl für die Anteilseignervertreter- als auch die Arbeitnehmervertreterseite unter Corporate-Governance-Gesichtspunkten keine gute Lösung. Bei beiden Seiten werden Wahlentscheidungen der zuständigen Organe umgangen. Zudem ist auf die zusätzliche Belastung der Gerichte mit einer möglicherweise umfangreichen Aufgabe hinzuweisen.



Wenn der Gesetzgeber also nicht von der Nichtigkeit der Wahl abrücken möchte, sollte zumindest festgelegt werden, dass die Beschlüsse des Aufsichtsrats bis zur Feststellung der Nichtigkeit wirksam sind.

4. Gesamtbetrachtung des Aufsichtsrats

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt grundsätzlich, dass der RegE gegenüber dem RefE mehr Flexibilität für die Frage, ob die Quote vom gesamten Aufsichtsrat oder jeweils nach Bänken getrennt zu erfüllen ist.

Allerdings scheinen mit der Regelung einige Rechtsunsicherheiten geschaffen worden zu sein. Es fragt sich, ob einzelne Mitglieder des Aufsichtsrats der Gesamtbetrachtung widersprechen können. Dies sollte nur durch Beschluss, der jeweiligen „Seite“, der einer einfachen Mehrheit bedarf, erfolgen können. Die Art der Betrachtung sollte auch nicht vor jeder Wahl neu ausgehandelt werden müssen, was der Fall ist, weil immer der Gesamtbetrachtung widersprochen werden kann („vor der Wahl“). Ein **Vorratsbeschluss, mit dem sich beide Seiten für einen Zeitraum binden**, sollte hier möglich sein. Es fragt sich auch, ob nicht auch die Mitbestimmungsgesetze das Widerspruchsrecht widerspiegeln sollten.

5. Entsenderechte

Die Vorstellungen des Gesetzgebers zu Entsenderechten nach § 101 II AktG, also um Sonderrechte im Sinne des § 35 BGB, erscheinen unklar. Im Regierungsentwurf heißt es in der Begründung, dass eine Aufteilung der jeweils an Frauen und Männer zu vergebenen Sitze zwischen entsandten und nicht entsandten Mitglieder „können die Anteilseigner untereinander (ggf. in der Satzung) regeln. Es ist darauf hinzuweisen, dass eine Satzungsänderung eine qualifizierte Mehrheit erfordert. Es ist auf die möglichen Interessenunterschiede zwischen Entsendeberechtigten und andere Anteilseignern hinzuweisen. Es ist doch gerade auch Kennzeichen eines Sonderrechts wie dem Entsenderecht, dass eine Beeinträchtigung von außen verboten ist. Der Gesetzgeber sollte hier Instrumente oder Leitlinien an die Hand geben und nicht auf eine mögliche Einigung verweisen.

Hinzu kommt, dass der Entsendeberechtigte jederzeit die von ihm entsandten Aufsichtsratsmitglieder abberufen und neue Mitglieder entsenden kann. Er wäre damit faktisch besser gestellt als die übrigen Aktionäre, die auf der Hauptversammlung – in der Regel einmal pro Jahr – Anteilseignervertreter wählen können. Der Entsendeberechtigte kann somit den für ihn theoretisch „besten“ Zeitpunkt der Entsendung wählen, indem er z.B. auf einen Zeitpunkt wartet, in dem die 30-Prozent-Quote temporär übererfüllt ist. M.a.W.: Er kann den Zeitpunkt der Entsendung theoretisch so steuern, dass er ohne Beachtung der Quote entsenden kann. Eine solche Sonderbehandlung ggü. den anderen Aktionären erscheint nicht gerechtfertigt.



5. Vorgaben für die Arbeitnehmervertreter

Die Änderungen in den Mitbestimmungsgesetzen zeigen die Komplexität, die die feste Quote nach sich zieht.

In § 18a Abs. 2 MitbestG-E wird alternativ die gerichtliche Ersatzbestellung oder die Nachwahl als Methode zur Besetzung eines wegen der Geschlechtervorgaben „leer gebliebenen Stuhls“ vorgesehen.

Nach dem MitbestG gibt es bisher grundsätzlich ein Wahlrecht, nach der Literatur kann nur unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten von einer Nachwahl abgesehen werden. Die gerichtliche Ersatzbestellung ist normalerweise nur als Übergangslösung gedacht bis zum Abschluss der Nachwahl oder für Zeiträume, in denen die Durchführung des Wahlverfahrens wegen der fortgeschrittenen Mandatsperiode nicht mehr rechtzeitig durchgeführt werden könnte oder im Verhältnis zu der dann „übrig“ bleibenden Mandatslaufzeit des Nachgewählten nicht mehr zumutbar erscheint. Hier würde der Fall zu Beginn der Mandatsperiode eintreten, also für eine Nachwahlzeit bleiben.

Es muss dem Gesetzgeber klar sein, dass ein Wahlverfahren nach der 3. Wahlordnung zum MitbestG einschließlich der Vorbereitung in der Praxis ein gutes Jahr in Anspruch nimmt. Dabei hat das Unternehmen die Wahlkosten zu tragen und Mitarbeiter freizustellen. Es ist dem Unternehmen und den Wahlvorständen, die schwer genug zu finden sind, kaum zuzumuten, nach Abschluss eines solchen Wahlverfahrens gleich wieder eine Nachwahl wegen Nichterreichung der Geschlechterquote durchzuführen. Dabei wäre dann ja auch wieder nicht gesichert ist, ob der Fall nicht wieder eintreten würde.

Eine vorzugswürdige Lösung bestünde darin, den Angehörigen des unterrepräsentierten Geschlechts mit der nächst niedrigeren Stimmzahl/Höchstzahl wie bei unserem Vorschlag zur ex nunc-Wirkung als gewählt gelten zu lassen und zugleich die Regelungen in den Wahlordnungen (ggf. auch im Gesetz, soweit erforderlich) zu den inhaltlichen Anforderungen an die Wahlvorschläge (Gültigkeitsbestimmungen) für die beiden betroffenen Wahlgänge (unternehmensangehörige Arbeitnehmervertreter und Gewerkschaftsvertreter) dahingehend zu überarbeiten, dass man in jedem Fall auch Vertreter beider Geschlechter in ausreichender Zahl darauf findet.

Die gerichtliche Ersatzbestellung bliebe dann die Lösung für den Fall, dass gar keine Stimmen auf Vertreter des unterrepräsentierten Geschlechts auf den gültigen Wahlvorschlägen entfallen, was praktisch selten vorkommen dürfte.

Ein Vorteil dieser Lösung bestünde auch darin, dass die Wähler/Delegierten das/die Aufsichtsratsmitglied(er) für die andernfalls „leeren Stühle“ legitimiert hätten und



nicht ein Gericht. Das könnte auch für die Wahrnehmung einen Unterschied machen.

Auf jeden Falls sollte man in diesem Fall nicht gerichtliche Ersatzbestellung und Nachwahl als „gleichberechtigte Reparaturmethoden“ im Gesetz stehen lassen.

Eine Nachwahl würde zu diesem Zeitpunkt kein Beteiligter mehr durchführen wollen (garantiert auch nicht die Wahlvorstände), deshalb sollte diese Möglichkeit in diesem Fall klar ausgeschieden werden.

6. Ergebnis zur festen Quote

Es wird dringend angeraten, entweder die „Muss“-Vorschrift in eine „Soll“-Vorschrift umzuwandeln, eine Ausnahme- oder eine Härtefallregelung zugunsten des Unternehmensinteresses vorzusehen.

Die Nichtigkeitsfolge der Wahl sollte ex nunc vorgesehen werden.



IV. Festzulegende Zielgrößen

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt, dass das Erreichen eines Frauenanteils von 30 Prozent nicht mehr dazu führt, dass dieser als Zielgröße nicht mehr unterschritten werden darf. Allerdings wird immer noch ein Verschlechterungsverbot vorgesehen, das im Koalitionsvertrag nicht vorgesehen war und auch nicht erforderlich ist, denn die Unternehmen werden ja verpflichtet, hierüber transparent zu berichten.

Das Deutsche Aktieninstitut plädiert dafür, die vorgesehenen Regelungen zu den festzulegenden Zielgrößen zu streichen, da sie stark den Kodexempfehlungen entsprechen. Zum einen formuliert der RegE – rechtstaatlich zweifelhaft – eine **Pflicht für den Gesamtaufsichtsrat, die er mit rechtlichen Mitteln nicht ordnungsgemäß erreichen kann**, zudem muss der Gesetzgeber das Ziel des Gesetzes mit denen des **Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) abgleichen**. Es sollte klargestellt werden, dass die Festlegung von Zielgrößen, die ja nach dem RegE öffentlich deklariert und erläutert werden müssen, keine Indizwirkung für eine Benachteiligung wegen des Geschlechts des unterlegenen Bewerbers für eine Führungsposition innerhalb der zwei Ebenen unterhalb des Vorstands hat. **Mit anderen Worten der Gesetzgeber muss das Verhältnis zu AGG rechtssicher klären** und Klagen unterlegener Bewerber im Anwendungsbereich des RegE ausschließen, indem die Erreichung von Zielgrößen nach diesem Gesetz in die Liste des § 20 AGG der zulässigen unterschiedlichen Behandlung aufgenommen wird.

Der Regierungsentwurf setzt voraus, dass der Status Quo des Frauenanteils „bei Festsetzung der Zielgrößen“ festzustellen ist. Die Zielgröße darf diesen (unterhalb von 30 Prozent) nicht mehr unterschreiten. **Aus Gründen der Praktikabilität und einfacheren administrativen Erfassbarkeit wäre es wünschenswert, den Status Quo von Ende 2014 / Anfang 2015 als Bezugszeitpunkt festzulegen**. Dafür sollte klargestellt werden, dass der Bezugszeitpunkt so weit im Vorfeld des die Zielgrößen festlegenden Gremienbeschlusses noch unter die Formulierung „bei Festsetzung der Zielgrößen“ fällt. Es kann nicht intendiert sein als Bezugszeitpunkt der Feststellung des Status Quo alleine den Tag des die Zielgröße festlegenden Gremienbeschlusses zuzulassen, da dieses Datum doch nur von Zufälligkeiten abhängt und eine Feststellung des Status Quo exakt zu diesem Tag für die Unternehmen u.U. mit erheblichem administrativen Aufwand verbunden wäre.

Zudem passen die aktienrechtlichen Regelungen wegen einer anderen Kompetenzverteilung nicht auf die KGaA und die drittelmitbestimmte GmbH, so dass sich hier das Problem einer Pflicht, die ordnungsgemäß gar nicht erfüllt werden kann, vertieft.



Zielgrößen sollten zudem konzernweit festgelegt werden dürfen, wenn sich das Unternehmen aufgrund seiner besonderen Struktur dafür entscheidet.

Die Fristen sollten verlängert werden, mindestens auf den 31.12.2015.

Ist der Frauenanteil bereits auf das erwünschte Niveau angestiegen und soll der Status Quo bei der erreichten Größe beibehalten werden, ist eine Festlegung von „Fristen zur Erreichung der Zielgrößen“ nicht sinnvoll. Es sollte daher entweder klargestellt werden, dass eine Fristsetzung in solchen Fällen nicht erforderlich ist oder eine Umformulierung des Fristerfordernisses i.S.d. „Erreichung oder Beibehaltung/Einhaltung der Zielgrößen“ vorgenommen werden.

1. Beide Führungsebenen unterhalb des Vorstands

Nach § 76 AktG-E legt der Vorstand „von Gesellschaften, die börsennotiert sind oder der Mitbestimmung unterliegen, (...) für die Erhöhung des Frauenanteils in den beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstands Zielgrößen fest. Liegt der Frauenanteil bei Festlegung der Zielgrößen unter 30 Prozent, so dürfen die Zielgrößen den jeweils erreichten Anteil nicht mehr unterschreiten. Bei einem erreichten Frauenanteil von 30 Prozent oder mehr dürfen die Zielgrößen 30 Prozent nicht mehr unterschreiten. Gleichzeitig sind Fristen zur Erreichung der Zielgrößen festzulegen. Die Fristen dürfen jeweils nicht länger als drei Jahre sein.“

Das Deutsche Aktieninstitut versteht, dass der Regierungsentwurf auch die Führungsebenen unterhalb des Vorstands einbeziehen will. Diese sind in der Tat wichtig, da sich oftmals künftige Vorstandspositionen aus dem Unternehmen rekrutieren. Für die Besetzung von Aufsichtsräten ist wiederum die Erfahrung als Vorstandsmitglied besonders wichtig. Eine nachhaltige Frauenförderung im Unternehmen sichert also auch das natürliche Hineinwachsen in Aufsichtsratspositionen.

Jedoch handelt es sich bei der Besetzung von Führungspositionen zugleich um einen besonders sensiblen Bereich, der in der Verantwortung des Vorstands liegt, und nicht von außen reguliert oder öffentlich diskutiert werden sollten. Zwar ist es zu begrüßen, dass der Regierungsentwurf weder für die Vorstandsbesetzung noch für die Ebenen unterhalb des Vorstands eine feste Quote vorschreibt. Dies wäre angesichts der oben beschriebenen EuGH-Rechtsprechung aber auch nicht möglich, v.a. für die Ebenen unterhalb des Vorstands.

Bezüglich der Bestimmung von „Führungsebenen“ ist nicht hinreichend klar definiert, was darunter zu verstehen ist. Wir gehen davon aus, dass der breite Interpretationsspielraum (national/international, Organe/Linienfunktionen, Stabs-/Geschäftsfunktionen) von den Unternehmen auch genutzt werden darf.



Unerlässlich ist es jedoch die Zielsetzung auf eine **konzernweite Betrachtung** ausdehnen zu können. Der Wortlaut ist jedoch nicht ausreichend klar. Der **Wechsel von Frauen vom Inland ins Ausland in eine andere Konzerngesellschaft ist ein Karriereschritt, da die internationale Erfahrung ein fast unerlässliches Kriterium für das Erklimmen weiterer Führungsebenen ist. Dies darf nicht dadurch konterkariert werden, dass die Vorgesetzten, die auf die Einhaltung der selbst gesetzten Ziele verpflichtet sind, und die einmal erreichte 30-Prozent Quote ja in der Zielsetzung nicht mehr unterschritten werden „darf“, diesen Frauen diesen Karriereschritt im Unternehmen nicht ermöglichen.** Die durch eine konzernweite Betrachtung ermöglichte Flexibilität würde dem Ziel des Gesetzgebers nicht zuwider laufen, sondern seine Erreichung sogar fördern.

Zudem entspräche dies der Realität in den Konzernen, in denen die Personalpolitik nicht auf die jeweiligen Gesellschaften, sondern konzernweit verstanden wird. Im Rahmen einer solchen globalen Geschäftssteuerung und -verantwortung hängt es manchmal vom Zufall ab, mit welcher Rechtseinheit der konkrete Anstellungsvertrag abgeschlossen ist.

Auch wenn der Gesetzgeber keine Regelungskompetenz für (Konzern-) Gesellschaften mit Sitz im Ausland hat, kann er es den Unternehmen freistellen, die Ziele konzernweit zu bestimmen. Dies würden Unternehmen je nach ihrer Struktur in Anspruch nehmen. Im Konzern werden Führungsebenen oftmals nicht national sondern international definiert, so dass das Gesetz für die Quotenvorgaben in solchen Unternehmen zu einem Bruch führen würde.

Wir schlagen daher folgenden Wortlaut des § 76 Absatz 4 AktG-E vor:

„Der Vorstand von Gesellschaften, die börsennotiert sind oder der Mitbestimmung unterliegen, legt für den Frauenanteil in den beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstands **in der Gesellschaft oder im Unternehmen** Zielgrößen fest...“

Selbst wenn der (Konzern-)Vorstand ein solches konzernweites Ziel setzt, wäre dadurch eine eventuelle bestehende selbständige Verpflichtung der sonstigen Konzernunternehmen nicht entfallen. Daher müsste ggf. klar gestellt werden, dass eine Zielsetzung dann nicht erforderlich ist, wenn eine an sich dazu verpflichtete Gesellschaft konzernangehörig ist und konzernweite Ziele gesetzt worden sind.

Der Wortlaut des § 289a HGB müsste dann auch an den ggf. neuen Wortlaut des § 76 angepasst werden.

Für kleine börsennotierte Gesellschaften, die nicht der Mitbestimmung unterliegen und nur sehr wenige Mitarbeiter haben, ist die Festsetzung von Zielgrößen für die beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstands nicht sinnvoll umsetzbar. In diesen Fällen ist aufgrund der geringen Mitarbeiterzahl nicht mit einer das Gesetz förderlichen Zielsetzung zu rechnen. **Für börsennotierte Gesellschaften sollte daher ein quantitativer Schwellenwert (bspw. i.S.e. Mindestzahl von Mitarbeitern)** gesetzt werden, unterhalb dessen das Gesetz nicht anwendbar ist.

Aus der Entwurfsbegründung geht hervor, dass durch die Berichtspflichten faktischer Druck auf die Unternehmen aufgebaut werden soll, möglichst kurze Fristen zu setzen. Die erstmalige Frist darf aufgrund der dann endenden Wahlperiode sogar nicht länger als zwei Jahre sein. Indes ist die Verpflichtung zur Setzung von maximal zweijährigen Fristen zur Zielerreichung nicht sinnvoll, wenn nicht gar kontraproduktiv zum Gesetzesziel. Selbst in größeren Gesellschaften sind innerhalb von zwei Jahren v.a. in der obersten Führungsebenen unterhalb des Vorstands keine oder relativ wenige Neubesetzungen von Führungspositionen zu erwarten. Müssen derart relativ kurze Fristen gesetzt werden, die die natürlichen Fluktuationserwartungen nicht abbilden können, ist mit der Setzung wenig ambitionierter Ziele zu rechnen. Da dies vom Gesetzgeber nicht gewollt ist, sollte die erstmalige Fristsetzung von maximal zwei Jahren aus dem Gesetz gestrichen werden. Insoweit wäre es auch wünschenswert, für die beiden Führungsebenen ein gemeinsames Ziel festsetzen zu können.

Zudem muss der Gesetzgeber das Ziel des Gesetzes mit denen des **Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) abgleichen**. Nach dem AGG sind Benachteiligungen wegen des Geschlechts grundsätzlich verboten. Für einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG muss die Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes erfolgt sein, es ist ein Kausalzusammenhang erforderlich. Dieser ist nach dem Willen des Gesetzgebers dann gegeben, wenn die Benachteiligung an einen oder mehrere der in § 1 AGG genannten Gründe anknüpft oder dadurch motiviert ist (BTDrucks. 16/1780 S. 32). Ausreichend ist Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, dass ein in § 1 AGG genannter Grund Bestandteil eines **Motivbündels** ist, das die Entscheidung beeinflusst hat²¹. Nach der gesetzlichen Beweisregelung gem. § 22 AGG genügt es, dass der Anspruchsteller im Streitfalle Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen. Sodann trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.²² Die Unternehmen werden nun vom Gesetzgeber gezwungen, sich „ehrgeizige“ Ziele zu setzen, um mehr Frauen in Führungspositionen zu bringen. Selbstverständlich wird bei der Besetzung einer Führungsposition das Geschlecht eine Rolle spielen.

²¹ BAG 22.01.2009 - 8 AZR 906/07.

²² BAG, 22.10.2009 - 8 AZR 642/08.



Da der Gesetzgeber mit diesem Gesetz das weibliche Geschlecht zum Gegenstand des Motivbündels macht, muss er die in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallenden Positionen auch konsequenterweise zur zulässigen Benachteiligung erklären. Tut er dies nicht, lässt er die Unternehmen sehenden Auges mit den widersprüchlichen Anforderungen aus zwei Gesetzen allein.

2. Zielgrößen für den Vorstand

Es gilt das bereits oben gesagte, wobei noch auf die **Fristen** für die Zielerreichung hinzuweisen ist. Das Gesetz darf durch seine Fristsetzungen keinen Einfluss auf die Geschicke der Unternehmen nehmen wollen und etwa die Fluktuation in Vorständen nicht befördern. Zwar sind die Bestelldauern in der Regel nicht so lang wie bei Aufsichtsräten, aber Wechsel im Vorstand – und das muss hier sicherlich nicht weiter ausgeführt werden – sind von größter Bedeutung für die Aktionäre und das Unternehmen. Die Ziele können in der erstmalig festzulegenden Zeitspanne von maximal zwei Jahren objektiv nicht erfüllt werden, wenn alle Vorstände noch langjährige Verträge haben. Es kann keine Lösung sein, dass Unternehmen gezwungen werden, neue Vorstandspositionen zu schaffen, um die Ziele in der avisierten Zeitspanne zu erreichen. Dies führt zu zusätzlichen Kosten. Hier muss der Aufsichtsrat, der den Vorstand bestellt, mit größter Umsicht vorgehen und darf eigentlich keine gesellschaftspolitischen Erwägungen in seine Wahl einfließen lassen. Hier darf der Gesetzgeber nicht zu viel in zu kurzer Zeit erwarten. **Die erstmalige Fristsetzung von maximal zwei Jahren ist daher aus dem Gesetz zu streichen.**

Bei kleinen börsennotierten Gesellschaften, in denen Vorstand und Aufsichtsrat minimal besetzt sind (bspw.: Vorstand besteht aus lediglich einer Person), macht die Verpflichtung zur Festlegung von Zielgrößen keinen Sinn. Es ist dann nicht mit einer das Gesetzesziel förderlichen Zielsetzung zu rechnen. **Es sollten daher für börsennotierte Gesellschaften Schwellenwerte eingezogen werden, ab denen die Verpflichtung zur Festlegung der Zielgrößen gilt.** Es ist auch aus Kostengründen, wie eben schon angemerkt, nicht angezeigt, die Unternehmen in die Schaffung vorher nicht vorhandener Vorstandspositionen zu treiben, um hier sinnvolle Quoten setzen zu können.

3. Zielgröße für den Aufsichtsrat

§ 111 Abs. 5 AktG-E bestimmt: „Der Aufsichtsrat von Gesellschaften, die börsennotiert sind oder der Mitbestimmung unterliegen, legt für den Frauenanteil im Aufsichtsrat und im Vorstand Zielgrößen fest. Liegt der Frauenanteil bei Festlegung der Zielgrößen unter 30 Prozent, so dürfen die Zielgrößen den jeweils erreichten Anteil nicht mehr unterschreiten. Gleichzeitig sind Fristen zur Erreichung der Zielgrößen festzulegen. Die Fristen dürfen jeweils nicht länger als fünf Jahre sein. Soweit für den Aufsichtsrat bereits eine Quote nach § 96 Absatz 2 gilt, sind die Festlegungen nur für den Vorstand vorzunehmen.“



Die Regelung wirft einige Fragen auf, v.a. die rechtliche Konsequenz des „nicht Dürfens“. In der Begründung heißt es: „Die Pflicht zur Festlegung von Zielgrößen und Fristen zur Erhöhung des Frauenanteils im Aufsichtsrat wird dem Aufsichtsrat selbst auferlegt. Verletzt er die Pflicht, kann dies eine Schadensersatzpflicht nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG, § 116 AktG nach sich ziehen. Eine derartige Verbindlichkeit kann der Hauptversammlung nicht auferlegt werden. Dass der Aufsichtsrat für sich selbst zuständig ist, entspricht der Verantwortlichkeit für die Auswahl seiner Mitglieder, welcher er bei der Erarbeitung seiner Wahlvorschläge nach § 124 Abs. 3 Satz 1 AktG gerecht werden muss.“ Es fragt sich, welcher Schaden der Gesellschaft entstehen kann, der hier in der Begründung zur RegE angedeutet wird. Gerade mit diesem Hinweis verschärft sich folgendes Problem noch: **Der Gesetzgeber darf nichts Unmögliches verlangen und mit Schadensersatzansprüchen belegen.**

Zunächst ist es hier wieder fraglich, was der Gesetzgeber vom Aufsichtsrat verlangt, wenn selbst innerhalb maximal ausgeschöpfter Umsetzungsfristen keine regulären Wahlen zum Aufsichtsrat anstehen. Eine Pflichtverletzung kann hierin nicht liegen. Wie bereits zur festen Quote angemerkt, sollte der Gesetzgeber den Aufsichtsrat auch nicht drängen, gewählte Aufsichtsratsmitglieder dazu zu bewegen, ihr Amt nieder zu legen. Dies entspricht nicht guter Corporate Governance. Bei **kleinen Gesellschaften**, in denen der Aufsichtsrat minimal besetzt ist, hat die **Verpflichtung zur Festlegung von Zielgrößen keinen Sinn**. Es ist dann nicht mit einer das Gesetzesziel förderlichen Zielsetzung zu rechnen. Es sollten daher Schwellenwerte eingezogen werden, ab denen die Verpflichtung zur Festlegung der Zielgrößen gilt. Eine Beibehaltung für kleine Gremien und damit i.d.R. kleinere Gesellschaften bedeutete, auch bezüglich der damit zusammenhängenden Berichts- und Rechtfertigungspflichten, eine unverhältnismäßige Belastung und angesichts der rechtlichen Unsicherheiten bei der Umsetzung ein unnötiges rechtliches Haftungsrisiko des Aufsichtsrats.

Zudem stellen sich rechtstaatliche Fragen in Bezug auf die Pflichten bezüglich der Arbeitnehmerbank. Der Referentenentwurf hat hier, im Gegensatz zur fixen Quote von Anfang an eine Gesamtbetrachtung des Aufsichtsrats vorgesehen, da er keine ausdrückliche Einschränkung auf die Anteilseignerseite vornimmt. Wie stellt sich der RegE die Zielsetzung für die Arbeitnehmerseite vor oder die Begründung für eine Nichteinhaltung dieser Ziele? **Die Entwurfsbegründung** erwähnt § 124 AktG, den Wahlvorschlag an die Hauptversammlung, **schweigt aber zur Arbeitnehmerbank**. Das selbstzusetzende Ziel scheint sich jedoch auf den gesamten Aufsichtsrat zu beziehen. Im Gegensatz zum Einfluss über Wahlvorschläge an die Hauptversammlung, hat der Aufsichtsrat keinen Einfluss auf die spätere Wahlentscheidung der Arbeitnehmerseite. **Keines der Gesetze, die die Mitbestimmung regeln, sieht eine formelle Beteiligung des Aufsichtsrats etwa durch Wahlvorschläge, vor.** Dies gilt auch für die aktuellen Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, die mangels entgegenlautender Regelung im Regierungsentwurf



über die abzugebende Zielvorgabe mitentscheiden und zwar auch zur Arbeitnehmerbank.

Die entsprechende Empfehlung des Kodex kann an dieser Stelle offen bleiben. Bei der Kodexempfehlung wird in der Regel vereinbart, dass die Arbeitnehmerseite versucht, das gemeinsam festgelegte Ziel zu unterstützen, manchmal legt jede Seite eigene Ziele fest. Die rechtliche Pflicht im vorliegenden Regierungsentwurf kann jedoch allein für die Anteilseignerseite mit rechtlich vorgesehenen Mitteln gefördert bzw. erfüllt werden. Bei einer gesetzlich angeordneten Zielvorgabe muss im Gegensatz zu einer Kodexempfehlung der Adressat mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln eine festzulegende Zielgröße auch erreichen können. Dies wäre aber nur für die Anteilseignerseite der Fall. **Der Gesetzentwurf bekommt hier nicht nur eine Schiefelage, er ist auch rechtstaatlich problematisch.** Daher sollte der Gesetzgeber von einer gesetzlichen Regelung Abstand nehmen und es bei der Kodexempfehlung der Regierungskommission belassen.

3.1. Redaktionsversehen bei Gesellschaften, die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgegangen sind (§ 96 Abs. 3 AktG-E)

Unabhängig von der unter Ziff. III 1. ausgeführten Zweifel hinsichtlich dessen Europarechtskonformität bleibt unklar, warum der Gesetzesentwurf in § 111 Abs. 5 S. 5 AktG-E nicht auch auf § 96 Abs. 3 AktG-E verweist. Der fehlende Bezug auf § 96 Abs. 3 AktG-E bedeutet gegenüber den unter § 96 Abs. 2 AktG-E fallenden Gesellschaften eine Schlechterstellung von Gesellschaften, die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgegangen sind. Dies stellt eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung dieser Gesellschaften dar, die zu vermeiden ist. Überdies ist es sinnlos, den Aufsichtsrat solcher Gesellschaften nach § 96 Abs. 3 AktG-E bereits zu verpflichten, eine fixe Mindestquote von 30 Prozent einzuhalten, ihm dann jedoch zusätzlich die Pflicht aufzuerlegen, sich Zielgrößen für den Frauenanteil im Aufsichtsrat zu setzen. Wie wäre eine solche Zielsetzung angesichts der ohnehin bestehenden Pflicht zur Einhaltung der Mindestquote zu gestalten und welchen Mehrwert hätte diese zusätzliche Pflicht? Angesichts des damit verbundenen erheblichen Gestaltungsaufwands, der zu vermeidenden gedoppelten Berichtspflichten bzgl. des Aufsichtsrats (§ 289a Abs. 2 Nr. 4 HGB-E und § 289 a Abs. 2 Nr. 5 a HGB-E), der damit zusammenhängenden Rechtsunsicherheiten und des nicht erkennbaren Mehrwerts der Regelung sollte in Abs. 5 S. 5 jedenfalls auch auf § 96 Abs. 3 AktG-E verwiesen werden. Wir gehen davon aus, dass es sich bei der derzeitigen Gestaltung des Gesetzesentwurfs um ein Redaktionsversehen handelt.



4. Ergebnis zu den Zielquoten:

Da der Aufsichtsrat rechtlich nur Einfluss auf seine Wahlvorschläge hat, kann er die Verpflichtung zur Setzung einer Zielquote für den Gesamtaufsichtsrat nicht ordnungsgemäß erfüllen. Die Auferlegung einer Pflicht, die nicht ordnungsgemäß erfüllbar ist, ist aber rechtstaatlich fragwürdig. Daher sollte diese gestrichen werden und der Kodexregelung überlassen bleiben.

Die vorgesehenen Fristen sollten verlängert werden.

Die Fristenregelung sollte Ausnahmen vorsehen, wenn bestehende länger laufende Verträge von Vorstandsmitgliedern dazu führen, dass Zielquoten nicht eingehalten werden können.

Das gleiche gilt, wenn die Amtszeit gewählter Aufsichtsratsmitglieder über die vorgeschriebenen Fristen hinaus andauert und die Zielerreichung innerhalb des vorgeschriebenen Bereichs regulär gar nicht erreicht werden kann.

Die Zielerreichung sollte freiwillig konzernweit interpretiert werden können, um Wechsel von Frauen innerhalb des Konzerns nicht faktisch zu behindern.



V. Flankierende Maßnahmen:

Frauen brauchen die Möglichkeit, sich frei entscheiden zu können, ob sie in Teil- oder Vollzeit, mit oder ohne Kindern arbeiten und eine Karriere anstreben. Die Politik muss die Rahmenbedingungen setzen, um ihnen diese Freiheit zu gewährleisten. Für das Deutsche Aktieninstitut steht die Vereinbarkeit von Beruf und Familie dabei im Vordergrund.

Damit jedes Elternteil wirklich die Wahl hat, in Vollzeit zu arbeiten, bräuchte es geeignete Betreuungsmöglichkeiten. Hier lässt sich auch im Jahr 2014 leider immer noch erheblicher Nachholbedarf feststellen. Zum einen muss ein täglicher Betreuungszeitraum angeboten werden, der eine Beschäftigung in Vollzeit zulässt und An- und Abfahrt der Eltern darin ebenfalls berücksichtigt. Zum anderen muss die Anzahl der Betreuungsplätze den Bedarf decken. Die Betreuungsmöglichkeiten dürfen auch nicht mit Kindertagesstätte oder Kindergarten enden. Auch Schulen müssen ausreichend Ganztagesangebote eröffnen. Oftmals sind jedoch die Kosten so hoch, dass sich eine doppelte Beschäftigung nicht lohnt. Wenn die Politik eine tatsächliche Vereinbarkeit von Familie und Beruf erreichen will, kann sie an dieser Stelle nicht auf große Unternehmen verweisen, sondern muss selbst die notwendigen Maßnahmen ergreifen, um diese Entscheidungsfreiheit zu gewährleisten.

Die Politik kann die Entscheidung zu Familie und Beruf auch fördern, wenn sie diesbezügliche Anreize setzt. Monetäre wie gesellschaftliche Anreize sollten hier positiv kombiniert werden. Das Ehegattensplitting in seiner jetzigen Form beispielsweise begünstigt die Ehe, nicht die Familie als solche. Der Fokus müsste mehr auf eine familienorientierte Besteuerung gelenkt werden, allerdings gleichzeitig Anreize zur Beschäftigung beider Elternteile setzen. Die Idee des sog. Familiensplittings, bei dem das Familieneinkommen durch die Zahl der Familienmitglieder zu teilen und die Teilbeträge dann zu versteuern sind, wäre ein Ansatz.

Gesellschaftspolitisch muss die Politik das Erforderliche tun, um die Vorstellung vieler Menschen zu verändern, dass eine Vereinbarkeit von Karriere und Familie nicht möglich sei. Das kann sie allerdings nicht mit gesetzlichen Regelungen erzwingen, sondern muss die Menschen darüber aufklären. Damit fördert sie auch den Mut, eine Familie und Karriere zu wagen.



Kontakt

Dr. Cordula Heldt
Deutsches Aktieninstitut e.V.
Niederneu 13-19
60325 Frankfurt am Main
Telefon + 49 69 92915 - 22
Fax + 49 69 92915 - 12
heldt@dai.de
www.dai.de