

Dr. Barbara Mayer

Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung vom 23. Februar 2015 zum Entwurf eines Gesetzes für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst

A. Einführung

1. Zur Person

Ich bin Rechtsanwältin und Partnerin der Kanzlei Friedrich Graf von Westphalen & Partner. Ich gehöre dem Geschäftsführenden Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Anwältinnen im Deutschen Anwaltverein an und habe in dieser Funktion an der Stellungnahme des DAV zum Referentenentwurf mitgearbeitet. Ich bin außerdem Mitglied des Ausschusses Gesellschaftsrecht der Bundesrechtsanwaltskammer.

Fachlich liegt mein Schwerpunkt im Gesellschaftsrecht; deshalb beschränke ich mich auf gesellschaftsrechtliche Überlegungen zur Frauenquote in der Privatwirtschaft.

2. Die Position des DAV zur Frauenquote im Allgemeinen

- 2.1 Der DAV-Vorstand hat im Februar 2013 den Beschluss gefasst: „Der Vorstand des DAV befürwortet die Einführung einer Quotenregelung.“ Entscheidend war dabei die Erkenntnis, dass weder Selbstverpflichtungen der Wirtschaft noch entsprechende Regelungen im Corporate Governance Kodex zum gewünschten Erfolg geführt haben und sich erst vor dem Druck der drohenden Quote der Frauenanteil in den Aufsichtsräten erhöht hat.

Über die Einzelheiten gibt es innerhalb des DAV unterschiedliche Auffassungen. Diskutiert wird, ob eine Quote von 30 % reicht oder ob die richtige Quote bei 40 % liegen sollte; und es wird auch unterschiedlich gesehen, ob eine Quote für den Aufsichtsrat ausreicht oder ob auch für den Vorstand großer Unternehmen eine feste Quote vorgeschrieben werden sollte. Insgesamt befürwortet der DAV die im Regierungsentwurf vorgesehenen Regelungen. Er erwartet, dass ein höherer Frauenanteil in den Aufsichtsräten Strahlkraft auf den Vorstand und die weiteren Führungsebenen im Unternehmen haben wird.

- 2.2 Der DAV legt Wert darauf, dass die Quotenregelung mit dem Verfassungsrecht und dem Europarecht im Einklang steht. Deshalb hält es der DAV für erforderlich, bei der feste Quote eine Härtefallklausel hinzuzufügen, die bei wichtigen Gründen Ausnahmen zulässt. Die Beweislast für das Vorliegen von Ausnahmetatbeständen muss bei der Gesellschaft liegen. Es sollte zudem ergänzt werden, dass die Quote eine gleiche Eignung der Bewerber voraussetzt, wobei den Auswahlkriterien weder direkt noch indirekt diskriminierende Wirkung zukommen darf.
- 2.3 Der DAV ist zudem der Meinung, dass der Anwendungsbereich der Regelungen nicht sachgerecht abgegrenzt ist. Die Regelung, wonach Zielgrößen für eine flexible Frauenquote definiert werden müssen, sollte – unabhängig von Börsennotierung oder Mitbestimmung – bei allen Unternehmen ab einer bestimmten Arbeitnehmerzahl gelten. Die gesellschaftliche Bedeutung eines Unternehmens hängt sehr viel stärker mit der Größe als etwa mit der Börsennotierung zusammen.

B.

Stellungnahme aus gesellschaftsrechtlicher Sicht

1. Zielvorgabe

- 1.1 Zunächst zur Verpflichtung, Zielgrößen festzulegen: nicht nur Großkonzerne, sondern auch mittelständische Unternehmen sind inzwischen oft global aufgestellt. Sie verfügen über Konzerngesellschaften im In- und Ausland und haben häufig eine Matrix-Organisation. Ob ein bestimmter Bereich innerhalb eines Unternehmens eine eigene Gesellschaft darstellt oder nur eine unselbständige Abteilung, ist oft zufällig. Deshalb wäre es falsch, die Zielgrößen nur am konkreten inländischen Unternehmen festzumachen. Richtig ist vielmehr eine konzernweite Betrachtung. Ob das vom Wortlaut des § 76 Abs. 4 AktG-Entwurf abgedeckt ist, scheint mir zweifelhaft. Eine Klarstellung zumindest in der Begründung wäre hilfreich.
- 1.2 Angesichts der Tatsache, dass das Nichterreichen der Zielgrößen nicht mit Sanktionen belastet ist, halte ich die Regelungen für rechtlich unproblematisch.

2. Feste Quote

- 2.1 Dann zur festen Quote für Aufsichtsräte: Der Regierungsentwurf sieht vor, dass dem Aufsichtsrat jeweils mindestens 30 % Frauen und Männer angehören müs-

sen. Ich halte die dazu vorliegenden Regelungen für richtig und gesellschaftsrechtlich stimmig. Anhand von Beispielen möchte ich das konkret erläutern.

Ausgangspunkt soll eine Aktiengesellschaft mit einem Aufsichtsrat aus 20 Mitgliedern sein. Heute, im Februar 2015, gehören dem Aufsichtsrat 16 Männer und 4 Frauen an. Der Frauenanteil liegt also bei 20 %. Wenn im Frühjahr 2016 ein Aufsichtsratsmitglied ausscheidet und dafür – von Arbeitnehmern oder Aktionären - ein Mann gewählt werden sollte, ist die Wahl nichtig. Der Mann ist nicht gewählt. Der Platz bleibt leer, bis eine Frau gewählt wird.

- 2.2 Die Nichtigkeitsfolge ist ein scharfes Schwert. Ich halte sie jedoch für sachgerecht und auch für rechtlich durchführbar. Eine Berichtspflicht würde als Konsequenz nicht ausreichen. Das zeigen die Erfahrungen mit der Selbstverpflichtung der Wirtschaft aus dem Jahr 2001. Und das ergibt sich m.E. auch aus den Erfahrungen mit dem Corporate-Governance-Kodex. Etliche Unternehmen haben kein Problem damit, öffentlich bekanntzugeben, dass sie den Empfehlungen zum Thema Diversity nicht folgen und auch künftig nicht zu folgen beabsichtigen. Deshalb muss die Nichteinhaltung der Quote mit spürbaren Sanktionen verbunden sein.
- 2.3 Die Nichtigkeitsfolge ist auch aktienrechtlich konsequent, wenn man die anderen Nichtigkeitsgründe in § 250 AktG anschaut: danach ist auch die Wahl eines Aufsichtsrats nichtig, der die persönlichen Voraussetzungen des § 100 AktG nicht erfüllt, z.B. weil er oder sie bereits 10 Aufsichtsräten angehört. Die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern, die dem „falschen“ Geschlecht angehören, ist gleich zu bewerten, sodass auch die gleiche Rechtsfolge angebracht ist. Es ist nicht ersichtlich, weshalb der Wahlbeschluss bei Nicht-Erfüllung der vorgegebenen Quote nur anfechtbar sein sollte. Eine Rechtsunsicherheit ist – anders als bei anderen Fehlern von Hauptversammlungsbeschlüssen – nicht zu befürchten, denn ob die Geschlechterquoten erfüllt sind oder nicht, ist keine Wertungsfrage.

Jetzt wieder zu unserem Beispiel zurück.

Unserem Aufsichtsrat gehören 16 Männer und 4 Frauen an. Die Frauenquote liegt also bei 20 %. Die Frauen sitzen alle im Arbeitnehmer-Lager. In der Hauptversammlung 2016 sollen alle Anteilseigner-Vertreter neu gewählt werden, also 10 der 20 Aufsichtsräte.

Der Aufsichtsratsvorsitzende kann die Wahl als Blockwahl oder per Einzelabstimmung durchführen. Bei einer Blockwahl präsentiert er eine Liste von 10 Kandida-

ten und stellt sie en bloc zur Abstimmung. Um die Frauenquote von 30 % zu erreichen, müssen mindestens zwei Frauen neu in den Aufsichtsrat gewählt werden.

Fall 1: Die Liste enthält nur männliche Kandidaten. Klarer Fall: Die Wahl ist nichtig. Die 10 Plätze bleiben leer, bis neu gewählt wird.

Fall 2: Die Liste enthält 9 männliche und einen weibliche Namen. Hier stellt sich die Frage, ob die Frau gewählt ist, die Männer nicht. Meines Erachtens ist der Beschluss teilbar, d.h. die Frau ist gewählt, die Männer nicht – jedenfalls solange die Männerquote nicht unter 30 % fällt.

Sobald ein Aktionär der Blockwahl widerspricht, wird der Aufsichtsratsvorsitzende sinnvollerweise zur Einzelabstimmung übergehen. Auch der Corporate Governance Kodex empfiehlt die Einzelabstimmung bei der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern. Dabei werden die Kandidaten der Reihe nach gewählt; über die Reihenfolge entscheidet der Aufsichtsratsvorsitzende im pflichtgemäßen Ermessen.

Konkret könnte das wie folgt aussehen – wie gesagt: der Aufsichtsrat hat 4 weibliche Mitglieder; es müssen also mindestens 2 weitere weibliche Mitglieder gewählt werden, um auf die gesetzliche Quote von 30 % zu kommen. Zum Beispiel:

Die Kandidaten 1 bis 8 sind Männer. Ihre Wahl ist wirksam.

Kandidatin 9 ist eine Frau. Sie ist gewählt.

Kandidat 10 ist wieder ein Mann. Dessen Wahl ist nichtig, selbst wenn er einstimmig gewählt würde. Wäre er auf den Plätzen 1 bis 8 zur Wahl gestellt worden, hätte er eine Chance gehabt, gewählt zu werden. Als Kandidat Nr. 10 müsste er aber eine Frau sein.

Daraus folgt: es kommt auf die Reihenfolge bei der Wahl der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder an. Erst wenn ausreichend Frauen gewählt sind, haben Männer wieder die Möglichkeit, gewählt zu werden.

- 2.4 Was passiert nun, wenn die Nichtigkeit der Wahl von männlichen Bewerbern einfach ignoriert wird und im Aufsichtsrat auch nach der Wahl von 2016 16 Männer und 4 Frauen sitzen? Sind alle Beschlüsse unwirksam?

Nach der Rechtsprechung des BGH sind Beschlüsse eines falsch besetzten Aufsichtsrats nur nichtig, wenn die Fehl-Besetzung für das Ergebnis relevant war, d.h. wenn ein Beschluss ohne die Stimme des nicht wirksam bestellten Aufsichtsrats-

mitglieds nicht gefasst worden wäre. Dass dabei ein Risiko bleibt, ist gewollt und hinnehmbar. Jeder Aufsichtsratsvorsitzende kann leicht feststellen, ob sein Aufsichtsrat – in Bezug auf die Geschlechterzusammensetzung – korrekt besetzt ist oder nicht.

Eine Regelung, wonach Rechtshandlungen eines fehlerhaft besetzten Aufsichtsrats ausdrücklich „unberührt“ bleiben sollen, halte ich für falsch. Denn eine solche Regelung wäre ein falsches Signal an die Aufsichtsratsvorsitzenden – in der Art: die Nicht-Einhaltung der Geschlechterquoten ist nicht so tragisch.

- 2.5 Bei der Erfüllung der 30%-Quote kommt es – anders noch als im Referentenentwurf - auf eine Gesamtbetrachtung an, d.h. der Mindestanteil muss im Aufsichtsrat insgesamt erreicht werden und nicht separat auf Arbeitnehmer- oder Anteilseigner-Seite. Dieser Grundsatz ist zunächst einmal richtig, weil es aus gesellschaftlicher Sicht egal ist, auf welcher Bank die Frauen sitzen.

Konkret kann das wie folgt aussehen:

Der Aufsichtsrat besteht aus 20 Mitgliedern. 30 % sind 6. Es müssen also mindestens 6 Frauen in den Aufsichtsrat gewählt werden. Wenn die Arbeitnehmer 5 Frauen stellen (von ihren insgesamt 10 Plätzen) müssen die Anteilseigner nur noch eine Frau wählen.

Diese Regelung unterliegt der Disposition der Beteiligten: jede Seite ist berechtigt, der Gesamterfüllung zu widersprechen; dann gilt die Getrennterfüllung. Diese Regelung eröffnet also zwei Wege zur Erreichung der Quote und schafft dadurch eine gewisse Flexibilität.

Wieder zu unserem Beispiel:

Die Arbeitnehmer stellen 5 Frauen, die Anteilseigner nur eine. Jetzt stehen auf Arbeitnehmerseite Neuwahlen an. Bleibt es bei der Gesamterfüllung, müssen die Arbeitnehmer wieder 5 Frauen wählen, damit die Quote erfüllt wird. Sie können aber auch widersprechen, dann reicht es, wenn sie drei Frauen wählen, also 30 % von 10.

Das kann dazu führen, dass die Frauenquote eine zeitlang unter die 30 % fällt. Das wird im Interesse der Flexibilität in Kauf genommen.

- 2.6 Das Wahlrecht zwischen Gesamterfüllung und Bankquote wird durch den Widerspruch gegen die Gesamterfüllung ausgeübt. Der Widerspruch bezieht sich immer auf eine konkret anstehende Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern.

Dazu wieder ein Beispiel:

Steht auf der Hauptversammlung 2016 die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner-Seite an, müssen die Aufsichtsräte auf Anteilseigner-Seite entscheiden, ob sie für diese konkrete Wahl Gesamterfüllung wählen oder Getrennterfüllung. Wenn zu diesem Zeitpunkt schon 6 weibliche Mitglieder auf Arbeitnehmerseite dem Aufsichtsrat angehören, wird die Anteilseigner-Seite vermutlich Gesamterfüllung wählen. Denn dann müssen von Seiten der Anteilseigner keine weiteren Frauen in den Aufsichtsrat gewählt werden. Gibt es hingegen bei den Arbeitnehmern nur eine Frau, werden die Anteilseigner-Vertreter sich für Getrennterfüllung entscheiden; sonst müssten die Aktionäre nämlich keine 3, sondern 5 Frauen wählen.

Die Wahlmöglichkeit zwischen Gesamterfüllung und Getrennterfüllung stellt eine Art Meistbegünstigung dar. Keine Seite steht schlechter als sie stünde, wenn es die Gesamterfüllung als Option gar nicht gäbe. Aber es gibt etwas mehr Flexibilität – zu Lasten der Frauenquote versteht sich.

- 2.7 Der Widerspruch gegen das Prinzip der Gesamterfüllung erfolgt durch „die Seite der Anteilseigner- oder Arbeitnehmervertreter“. Gemeint sind damit die vor der Neuwahl amtierenden Aufsichtsratsmitglieder der jeweiligen Aufsichtsrats-Bank.
- 2.8 Für die Willensbildung innerhalb des jeweiligen Lagers gilt m.E. dasselbe wie bei Aufsichtsausschüssen:

Wenn weder das Gesetz noch die Satzung eine Regelung enthält und auch der Aufsichtsrat keine Regelung getroffen hat, ist der Ausschuss selbst befugt, seine innere Ordnung zu regeln. Gibt es keine spezielle Regelung, gelten die für die innere Ordnung des Gesamtaufichtsrats geltenden Bestimmungen entsprechend (KölnKomm-AktG/Mertens, § 107 Rn. 164; Münch-Hdb.-AG/Hoffmann-Becking, § 32 Rn. 23; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl. 2002, Rn. 639).

Mit anderen Worten: die einzelnen Gruppen sind berechtigt, sich eine eigene Geschäftsordnung zu geben und darin zu regeln, wie sie intern ihre Willensbildung organisieren. Regeln sie nichts, gilt wie beim Aufsichtsrat insgesamt das Mehrheitsprinzip.

- 2.9 Was passiert nun, wenn tatsächlich eine Wahl nichtig sein sollte und ein Stuhl leer bleibt: dann kann entweder nachgewählt werden oder der Platz wird gem. § 104 AktG per Gerichtsbeschluss besetzt. Da die Nachwahl mit ganz erheblichem Aufwand und entsprechenden Kosten verbunden ist, werden die Unternehmen eher eine gerichtliche Bestellung favorisieren. Antragsberechtigt ist der Vorstand, jedes Mitglied des Aufsichtsrats und jeder Aktionär und außerdem – auf Arbeitnehmerseite – Betriebsrat, ein Quorum der Arbeitnehmer u.v.m. Der Corporate Governance Kodex empfiehlt die Ersatzbestellung (nur) bis zur nächsten Hauptversammlung.
- 2.10 Vielleicht noch ein Wort zu den Ersatzmitgliedern: nach dem Gesetzesentwurf ist es nicht zwingend, aber dringend zu empfehlen, dass ein Ersatzmitglied dasselbe Geschlecht hat wie das Aufsichtsratsmitglied, dem es nachrücken soll. Ansonsten besteht die Gefahr, dass das Ersatzmitglied im Zeitpunkt des Nachrückens die persönlichen Mandatsvoraussetzungen nicht oder nicht mehr erfüllt. Das hätte zur Folge, dass das Nachrücken scheitert und ein neues Aufsichtsratsmitglied gewählt werden müsste. Auch diese Regelung wirft keine besonderen Probleme auf. Denn die Situation ist vergleichbar mit derjenigen bei einem Ersatzmitglied, das beispielsweise in der Zwischenzeit weitere Aufsichtsratsmandate angenommen hat und deshalb nicht mehr wählbar ist.
- 2.11 Zwischenergebnis: Die Regelungen über die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern mit einer vorgeschriebenen Geschlechterquote sind praktisch durchführbar.

3. Öffnungsklausel

Zum Schluss noch ein paar Worte zur Frage einer Öffnungsklausel. Der DAV hält eine solche Klausel für erforderlich, um den Anforderungen des Verfassungs- und Europarechts zu genügen. Wenn es wirklich keine ausreichend qualifizierten Frauen gibt, dann soll es ausnahmsweise möglich sein, Männer in den Aufsichtsrat zu bestellen, selbst wenn die Quote nicht eingehalten wird.

Der DAV verbindet damit allerdings die Forderung, dass die Ausnahmeregelung missbrauchsresistent sein muss, d.h. dass zuvor definierte Auswahlkriterien weder direkt noch indirekt diskriminierend wirken dürfen. Die Anforderungen dürfen also nicht lauten: Maschinenbau-Studium und jahrelange Tätigkeit im Vorstand eines DAX-Unternehmens.

Schaut man sich den Hintergrund der in deutschen Aktiengesellschaften tätigen Aufsichtsräte an, stellt man fest, dass es gerade kein bestimmtes Profil für Aufsichtsräte gibt. Es gibt natürlich die erfahrenen Konzernlenker, aber eben nicht nur: genauso vertreten sind Wissenschaftler wie Renate Köcher, Wirtschaftsprüfer und Anwälte wie Wilhelm Haarmann und Reinhard Pöllath, Ex-Politiker wie der ehemalige FDP-Generalsekretär Patrick Döring oder der frühere österreichische Bundeskanzler Schüssel, Friedrich Merz, der Sozialpädagoge Tobias Merckle (bei Heidelberg-Cement), der Schwimmweltmeister Alexander Popow bei Adidas oder der Forstwissenschaftler Hüttl bei BMW. All diese Leute sind offensichtlich geeignet für ihre Position im Aufsichtsrat eines großen deutschen Unternehmens. Wenn also Kriterien aufgestellt werden, um die hinreichende Qualifikation sicherzustellen, dann muss der Katalog schon sehr weit und flexibel gestaltet sein. Denn gerade die Bandbreite ist wichtig, nicht nur in Bezug auf das Geschlecht, sondern auch in anderer Hinsicht. Ob ein solches Anforderungsprofil dann aber praktisch noch Sinn macht, steht auf einem anderen Blatt.

C. Fazit

Die vorgesehene Frauenquote ist richtig und wichtig. Dabei halte ich es mit Heribert Prantl: „Die Frauenquote ist nicht der Weisheit letzter Schluss. Sie macht aber Schluss damit, dass es seit ewigen Zeiten in Spitzenpositionen der Wirtschaft Männerquoten gibt, die bei fast hundert Prozent liegen. Die Frauenquote führt also nicht die Quote ein; sie durchbricht eine bestehende Quote. Frauenquoten sind nur ein Hilfsmittel ... zur Herstellung vernünftiger Zustände; irgendwann, hoffentlich bald, wird man wieder darauf verzichten können. ... Kinder lernen das Schwimmen mit Schwimmflügeln. Die Frauenquoten sind die Schwimmflügel der Gesellschaft.“

Herzlichen Dank.