
EU-Richtlinie zur Geschlechterquote ist unionsrechtlich unzulässig und praktisch entbehrlich

Stellungnahme zum Richtlinienvorschlag der EU-Kommission zur Gewährleistung einer ausgewogeneren Vertretung von Frauen und Männern unter den nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften und über damit zusammenhängende Maßnahmen (KOM(2012) 614 final)

18. Februar 2013

BDA | DIE ARBEITGEBER
Bundesvereinigung der
Deutschen Arbeitgeberverbände

BDI | Bundesverband der
Deutschen Industrie e.V.

DIHK | Deutscher Industrie-
und Handelskammertag e.V.

Breite Str. 29 | 10178 Berlin

Kurzfassung

1. Der deutschen Wirtschaft ist die substanzielle Steigerung des Frauenanteils in Führungsgremien der Unternehmen ein wichtiges Anliegen. Sie spricht sich allerdings entschieden gegen die verbindliche Vorgabe einer einheitlichen Quote für Aufsichts- bzw. Verwaltungsräte aus. Eine Geschlechterquote für die Privatwirtschaft stellt eine unternehmensfremde Zielsetzung dar, die darüber hinaus erheblich in die Grundrechte der Anteilseigner eingreift.
2. Die Praxis zeigt, dass die europäischen Corporate Governance Kodizes wirksam sind und Unternehmen sich selbst ambitionierte individuelle Ziele zur Erhöhung des Anteils von Frauen in Aufsichtsräten setzen. So sind derzeit (Januar 2013) bereits 20,41 Prozent der DAX-30-Aufsichtsratsmitglieder in Deutschland weiblich. Anfang 2011 lag der Anteil noch bei 13,4 Prozent. Der positive Trend wird sich bei den zahlreichen im Jahr 2013 anstehenden Aufsichtsratsneuwahlen und darüber hinaus fortsetzen.
3. Die gewählte Rechtsgrundlage Art. 157 Abs. 3 AEUV erlaubt der EU keine spezifischen Vergünstigungen, sondern allein Maßnahmen zur Gewährleistung der Anwendung des Grundsatzes der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung. Auch darüber hinaus existieren im Unionsrecht keine Rechtsgrundlagen für die Quotenvorgabe, so dass der Richtlinienvorschlag außerhalb der EU-Kompetenz liegt.
4. Der Richtlinienvorschlag verstößt gegen das Subsidiaritätsprinzip. Die Erhöhung des Frauenanteils kann ausreichend durch die Mitgliedstaaten erreicht werden. Eine Regelung auf EU-Ebene hat keinen Mehrwert; das Ziel kann nicht besser auf Unionsebene erreicht werden. Den Mitgliedstaaten ist vielmehr die erforderliche Zeit zu geben, damit bereits laufende Aktivitäten ihre Wirkung entfalten können. Insbesondere muss berücksichtigt werden, dass die Aufsichtsratswahlen turnusmäßig (in Deutschland alle fünf Jahre) stattfinden.
5. Das vorgegebene strukturierte Auswahlverfahren passt nicht für Wahlverfahren von Gremien und greift unverhältnismäßig weit in die Rechte der Anteilseigner sowie in die unternehmerische Freiheit ein, die durch die Charta der Grundrechte der EU garantiert sind (Art. 16, 17).
6. Es sind weder hinreichende Härtefallregelungen vorhanden noch werden die sehr unterschiedlichen Rahmenbedingungen in den verschiedenen Branchen und Unternehmen angemessen berücksichtigt. Die Ausnahmeregelung für Unternehmen mit einem Frauenanteil

von weniger als 10 Prozent in der Gesamtbelegschaft ist nicht ausreichend.

7. Der Vorschlag der Kommission enthält keine umfassende Ausnahme für familiengeführte Unternehmen. Es gibt z.B. in Deutschland viele Familienunternehmen mit mehr als 250 Mitarbeitern und einem Jahresumsatz von über 50 Mio. EUR. Sofern es sich dabei um börsennotierte Aktiengesellschaften handelt, werden die Mitwirkungsrechte der Familie zur Besetzung des Aufsichtsrates übermäßig eingeschränkt. Es muss den stimmberechtigten Mitgliedern der Familie möglich sein, einen qualifizierten Vertreter aus der Familie in den Aufsichtsrat auch dann zu benennen, wenn dieser nicht zum unterrepräsentierten Geschlecht gehört. Sollte die Richtlinie verabschiedet werden, muss daher eine angemessene Ausnahmeregelung für solche Familienunternehmen vorgesehen sein. Diese stellen eine unverzichtbare Stütze der Wirtschaftsordnung in Europa und ganz besonders in Deutschland dar.
8. Hinsichtlich der umfassenden Offenlegung der Gründe für die Wahl eines bestimmten Kandidaten bestehen erhebliche datenschutzrechtliche Bedenken. Ein Kandidat, der bei der Wahl in den Aufsichtsrat zum Zuge kommt, hat Anspruch darauf, dass solche personenbezogenen Daten vertraulich behandelt werden.
9. Die Sanktionsregelungen sind unverhältnismäßig. Die Nichtigkeit der Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern würde die Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats einschränken und die Handlungsfähigkeit der Unternehmen gefährden.
10. Jede neue, zusätzliche Berichterstattung belastet Unternehmen durch mehr Bürokratie und zusätzliche Kosten. Zudem handelt es sich um eine sachfremde Berichtspflicht, die weder Auswirkungen auf den Geschäftsverlauf und das Geschäftsergebnis, noch auf die Lage der Gesellschaft hat.
11. Eine EU-weite Pflicht zur Selbstverpflichtung für Vorstände würde das Instrument der Selbstverpflichtung entwerten, widerspricht dessen Zweck und mindert die Motivation zu freiwilligen und effizienten Selbstverpflichtungen, die im Einklang mit den branchenspezifischen Unternehmensbesonderheiten stehen. Vorgaben für Vorstände sind nicht mit der grundrechtlich geschützten Unternehmensautonomie vereinbar.
12. Die Übergangszeiten sind in Fällen, in denen qualifizierte Kandidatinnen objektiv nicht ausreichend vorhanden sind, zu kurz bemessen.

I. Einleitung

Zwischen Politik und Wirtschaft besteht Einigkeit, den Anteil von Frauen in Führungsgremien börsennotierter Unternehmen zu erhöhen. Mit dem vorliegenden Richtlinienvorschlag verfehlt die EU-Kommission aber dieses Ziel. Die EU hat weder die Rechtsetzungskompetenz zur Regelung des Vorhabens, noch sind Subsidiaritätsprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt. Die vorgeschlagenen Regelungen sind weder geeignet, erforderlich noch angemessen, das von der Richtlinie intendierte Ziel zu erreichen. Sie stellen einen unangemessenen Eingriff in die Eigentumsrechte der Gesellschafter gemäß Art. 17 der Charta der Grundrechte dar. Nationale, branchen- oder unternehmensspezifische Besonderheiten werden nicht ausreichend berücksichtigt. Der Vorschlag schafft außerdem neue bürokratische Lasten und Rechtsunsicherheit. Die Unternehmen sind mit einer Vielzahl von Selbstverpflichtungen bereits auf dem richtigen Weg. Es fehlen oftmals die staatlichen Rahmenbedingungen, wie z. B. flächendeckende Kinderbetreuungsangebote.

II. Allgemeine Anmerkungen

1. Politik und Wirtschaft sind sich über das Ziel einig

Die substantielle Steigerung des Frauenanteils in Führungsgremien der Unternehmen liegt im gemeinsamen Interesse der Wirtschaft und der EU-Kommission. Umstritten ist somit nicht das Ziel, sondern allein der Weg dorthin. Die deutsche Wirtschaft spricht sich entschieden gegen die vorgeschlagene verbindliche Vorgabe einer einheitlichen Quote für Aufsichtsräte auf EU-Ebene aus. Der nachhaltigere, geeignetere und wirkungsvollere Weg zur Zielerreichung sind branchen- und unternehmensspezifische Maßnahmen der Selbstverpflichtung oder unternehmerische Eigeninitiative. Quotenmäßige Besetzungen konterkarieren die Berücksichtigung von Aspekten wie fachliche Qualifikation, einschlägige Kenntnisse und Erfahrungen in dem entsprechenden Wirtschaftszweig, eine für das Unternehmen unverzichtbare Vernetzung in der Branche sowie eine langjährige Verankerung in der Wirtschaft, im Unternehmen und damit in der Belegschaft.

2. Quote ist unternehmensfremde Zielsetzung

Unabhängig von der Höhe einer Quote und den unterschiedlichen Ausgangspositionen für die betroffenen Unternehmen, stellt eine europäisch gesetzte Ergebnisvorgabe für private Gremien einen Eingriff in die nicht zuletzt von der Charta der Grundrechte geschützte Autonomie der Unternehmen sowie ihrer Anteilseigner dar, an dessen Verhältnismäßigkeit wir erhebliche Zweifel haben. Bei einer Geschlechterquote handelt es sich um eine unternehmensfremde, gesellschaftspolitische Zielsetzung, die eine derartige Inpflichtnahme Privater nicht legitimieren kann.

Anstatt über gesellschaftspolitisch motivierte Vorgaben die Besetzung privater Unternehmensgremien zu regulieren, müssen vielmehr zur Verbesserung der Ausgewogenheit des Anteils von Frauen und Männern in den Aufsichtsräten die Ursachen für die bestehende Unterrepräsentanz von Frauen in Führungspositionen angegangen werden. Um diesem Problem nachhaltig zu begegnen, sollte insbesondere in Deutschland der Ausbau der öffentlichen Infrastruktur zur Betreuung von Kindern und Pflegebedürftigen vorangetrieben werden. Eine per EU-Richtlinie aufgezwungene einheitliche 40-Prozent-Quote ist das falsche Mittel für eine richtige Absicht und setzt vor allem am falschen Ende an. Frauen können nur nachhaltig und stärker in karriereträchtige Berufe vordringen, wenn die Vereinbarkeit von Familie und Beruf erleichtert wird.

Die Wirtschaft leistet ihren Beitrag hierzu etwa mit flexiblen, familienfreundlichen Arbeitszeiten und Initiativen, um mehr Frauen für naturwissenschaftlich-technische Berufe zu begeistern. Es ist im ureigenen Interesse der Unternehmen, das Potenzial gut qualifizierter Frauen zu heben und auf allen betrieblichen Ebenen zu nutzen. Die Wirtschaft kann bereits auf positive Entwicklungen verweisen. Das bestätigt auch die „4. Bilanz Chancengleichheit“ des Bundesfamilienministeriums (2011), wonach neben einer kontinuierlichen Steigerung des Frauenanteils in Aufsichtsräten und Vorständen auch der vereinbarte Ausbau familienfreundlicher Angebote durch die Unternehmen an die Belegschaft sowie die Förderung von Mädchen und Frauen bei der Wahl naturwissenschaftlicher Ausbildungsgänge und -berufe deutlich vorangekommen ist. Diese Vereinbarungen tragen zu einer nachhaltigen Verbesserung der Präsenz von Frauen auf allen Ebenen bei und bilden auch die Grundlage für eine ausgewogenere Vertretung von Frauen und Männern in den Leitungsgremien der Unternehmen.

3. Quote wird den Schwierigkeiten bei der Suche nach geeigneten Kandidatinnen nicht gerecht

In Erwägungsgrund 7 charakterisiert die EU-Kommission den „effizienten Einsatz des Humankapitals“ als eine der wichtigsten Determinanten der Wettbewerbsfähigkeit einer Volkswirtschaft. 60 Prozent der Hochschulabsolventen seien Frauen, die als Kompetenzpool genutzt werden sollten. Es muss allerdings berücksichtigt werden, dass das durchschnittliche Alter von Aufsichtsratsmitgliedern – zumindest in Deutschland – ca. 60 Jahre beträgt. Für eine sachliche Analyse kann folglich der heutige Frauenanteil in Aufsichtsräten nicht mit dem heutigen Frauenanteil bei Abiturienten und Hochschulabsolventen verglichen¹ werden. Ein realistischer Vergleich ist vielmehr mit dem Frauenanteil unter den Hochschulabsolventen in den 1970/80er Jahren zu führen: Der Anteil weiblicher Absolventen in Deutschland lag damals in Wirtschaftswissenschaften bei 11,6 Prozent und bei Ingenieurwissenschaften bei 9,4 Prozent². Dies entspricht etwa dem Frauen-

¹ Vgl. Heidrick & Struggles, Corporate Governance Report 2009.

² Vgl. Zahlen aus DIW, Discussion Paper 1001.

anteil in Aufsichtsräten der 200 größten Wirtschaftsunternehmen in Deutschland von ungefähr 11,9 Prozent³.

Hinzu kommt, dass auch der gegenwärtige Anteil von 60 Prozent nichts aussagt, da selbst heute Frauen in wirtschaftsrelevanten Studiengängen (Rechts- und Wirtschaftswissenschaften, naturwissenschaftlich-technische Fächer) nur zu einem Drittel repräsentiert sind.

Zudem ist zu beachten, dass „Erfahrung“ als ausschlaggebendes Kriterium bei der Auswahl von Aufsichtsratsmitgliedern für unabdingbar gehalten wird⁴. Diese notwendige Erfahrung muss sich sowohl auf das konkrete Unternehmen als auch auf die Branche beziehen, der es angehört. Ohne entsprechende Unternehmens- und Branchenkenntnisse ist diese Erfahrung nicht „erlernbar“.

4. Selbstverpflichtungen greifen

Wie das Verhältnis von Staat und Wirtschaft differenziert und einzelfallgerecht zu behandeln ist, zeigt beispielsweise der Corporate Governance Kodex in der Bundesrepublik Deutschland. Deutsche börsennotierte Unternehmen haben in ihrer jährlichen Erklärung zu erläutern, welche Empfehlungen des Kodex sie nicht erfüllen, und müssen dies begründen. Der deutsche Corporate Governance Kodex empfiehlt Vielfalt („Diversity“) in Vorstand und Aufsichtsrat seit 2009 und hat diese Empfehlungen 2010 dahingehend konkretisiert, bei der Zusammensetzung von Vorstand (Ziffer 5.1.2 DCGK) und Aufsichtsrat (Ziffer 5.4.1 DCGK) sowie bei der Besetzung von Führungsfunktionen im Unternehmen (Ziffer 4.1.5 DCGK) eine angemessene Berücksichtigung von Frauen anzustreben und für den Aufsichtsrat konkrete Ziele hierfür zu benennen. Über die Ziele sowie deren Umsetzung ist zu berichten (Ziffer 5.4.1 DCGK). Die Empfehlung räumt den Unternehmen mit der eigenverantwortlichen Zielsetzung den notwendigen Freiraum ein, um individuelle, branchengerechte und unternehmensspezifische Zielsetzungen bestmöglich zu erreichen.

Die Unternehmen sind mit der Befolgung von Selbstverpflichtungen nach dem Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) erfolgreich. Der Wandel ist bereits im vollen Gange (s. u. II. 5.). Die deutsche Wirtschaft bekennt sich zu einer ausgewogenen Repräsentanz von Frauen und Männern in den Aufsichtsräten und unterstützt die entsprechende Empfehlung des Deutschen Corporate Governance Kodex ausdrücklich. Der Ansatz des Kodex, der im Gegensatz zu einer starren Einheitsquote Raum für branchen- und unternehmensspezifische Besonderheiten lässt, hat in den letzten Jahren breite Akzeptanz in der Praxis gefunden. Eine zwingend vorgegebene Ergebnisquote würde das Instrument des Corporate Governance Kodex erheblich schwächen.

³ Vgl. DIW, Wochenbericht Nr. 3/2013.

⁴ Vgl. Spencer Stuart Board Index für Deutschland 2012.

Die im Oktober 2011 von den DAX-30-Unternehmen in Deutschland ergriffene Initiative einer freiwilligen Selbstverpflichtung zur Steigerung des Frauenanteils in Führungspositionen unterhalb der Leitungsgremien ist ein weiterer Schritt auf dem Weg zur Umsetzung realitätsbezogener, weil unternehmensspezifischer und messbarer Zielvorgaben. Hier wird neben den Führungspositionen auch die Gesamtbelegschaft in den Blick genommen, womit die tatsächlich erreichten Zahlen aussagekräftiger werden. Zielvorgaben von 25, 30 oder gar 35 Prozent im mittleren und oberen Management für die nächsten Jahre sind hier eher Regel als Ausnahme.

5. Anteil der Frauen in deutschen Aufsichtsräten und Vorständen hat sich in den letzten Jahren deutlich erhöht

In den vergangenen Jahren haben Aufsichtsratswahlen in deutschen Unternehmen zu einer erheblichen Steigerung des Frauenanteils geführt. So wurden bei den Nachwahlen zu den DAX-30-Aufsichtsräten im Jahr 2011 und 2012 jeweils etwa 40 Prozent der frei gewordenen Positionen mit Frauen besetzt. Kurz nach dem Start der diesjährigen Hauptversammlungssaison, Ende Januar 2013, sind bereits 20,41 Prozent der DAX-30-Aufsichtsratsmitglieder weiblich. Anfang 2011 lag dieser Anteil noch bei 13,4 Prozent⁵. Auf Anteilseignerseite der DAX-30-Gesellschaften hat sich der Frauenanteil auf gut 14 Prozent erhöht und sich damit seit Anfang 2011 nahezu verdoppelt. Auch im MDAX wurden in den letzten beiden Jahren bei den Aufsichtsratswahlen 31 bzw. 35 Prozent der frei gewordenen Mandate mit Frauen besetzt. Dies zeigt, dass die Unternehmen in Deutschland auf einem guten, selbstbestimmten Weg zu einer stärkeren Präsenz von Frauen auf Führungspositionen sind. Dieser positive Trend wird sich fortsetzen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Benennungsperioden für Vorstand und Aufsichtsrat stets mehrjährig sind. In den meisten großen deutschen Unternehmen stehen im Jahr 2013 Aufsichtsratsneuwahlen an, bei denen eine weitere Steigerung des Frauenanteils zu erwarten ist.

Die gleiche Tendenz zeichnet sich seit Jahren bei Vorständen ab, wobei hier in besonderem Maße auf den unternehmensinternen bzw. branchenbezogenen Aufstieg gesetzt werden muss. Ein Seiteneinstieg ist hier aus Gründen der Unternehmenskenntnis und Erfahrung mit den konkreten Abläufen selten im Interesse der jeweiligen Gesellschaft. Angesichts der skizzierten Erfolge und der klaren Tendenz in der Unternehmenspraxis zur diversifizierten Gremienbesetzung – die auch in den übrigen Börsensegmenten sichtbar ist – sollte die europäische Politik von einer gesetzlichen Regelung absehen. Die Quote kann und darf kein Selbstzweck sein.

⁵ Price Waterhouse Coopers: Frauen in Aufsichtsräten 2011.

III. Geschlechterquoten auf EU-Ebene sind unzulässig

1. Keine Rechtsetzungskompetenz der EU: Rechtsgrundlage Art. 157 Abs. 3 AEUV erlaubt keine spezifischen Vergünstigungen

Art. 157 Abs. 3 AEUV kann nicht als Rechtsgrundlage für den Vorschlag der Kommission zur Einführung einer Frauenquote für den Aufsichtsrat/nicht geschäftsführende Direktoren zugrunde gelegt werden, weil diese Kompetenznorm keine positiven Fördermaßnahmen für das bislang unterrepräsentierte Geschlecht erlaubt.

Dies ergibt sich bereits aus einem Umkehrschluss zu Abs. 4. Dieser lautet: „Im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben hindert der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen“.

Art. 157 Abs. 4 AEUV spricht von Maßnahmen, die der „effektiven Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben“ für bestimmte, definierte Ziele dienen. Damit werden den Mitgliedstaaten ausdrücklich positive Fördermaßnahmen gestattet. Diese Vorschrift beschränkt sich jedoch auf die Mitgliedstaaten. Demgegenüber wird in Abs. 3 hinsichtlich der Unionskompetenz der Begriff der „Maßnahmen zur Gewährleistung der Anwendung des Grundsatzes der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung“ benutzt. Die vertragsschließenden Parteien haben hier also begrifflich ausdrücklich unterschieden. Chancengleichheit bzw. Gleichbehandlung und effektive Gleichstellung sind nicht deckungsgleich. Während Chancengleichheit im Sinne von Gleichbehandlung zu verstehen ist und jede Form der Ungleichbehandlung grundsätzlich verbietet, meint Gleichstellung aktive Maßnahmen die tatsächliche Ungleichheiten beseitigen, aber selbst eine Ungleichbehandlung des anderen Geschlechts bewirken können⁶. Die Rechtsgrundlage zugunsten der Union geht damit weniger weit als der Handlungsbereich der Mitgliedstaaten, der wiederum von den europäischen und nationalen Grundrechten begrenzt wird. Maßnahmen der EU zur Förderung des unterrepräsentierten Geschlechts (z. B. in Form von Frauenquoten) sind daher von der Ermächtigungsgrundlage in Art. 157 Abs. 3 AEUV nicht erfasst⁷.

⁶ *Krebber*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 157 AEUV Rn. 92; *Koch*, EU-Kompetenz für eine Frauenquote in den Führungsgremien von Aktiengesellschaften, ZHR 175 (2011), 827 (835). Vgl. auch *Langenfeld*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 48. Erglfg. 2012, Art. 157 AEUV Rn. 81.

⁷ *Langenfeld*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 48. Erglfg. 2012, Art. 157 Rn. 81; *Krebber*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 157 AEUV Rn. 73, 92; *Koch*, EU-Kompetenz für eine Frauenquote in den Führungsgremien von Aktiengesellschaften, ZHR 175 (2011), 827 (834 ff.) mwN., u.a.: *Birk*, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht I, § 19 Rn. 333; *Schlachter/Seifert*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Handbuch Europarecht, 2. Aufl. 2010, Kap. 39 Rn. 40.

Dementsprechend enthält keiner der bereits existierenden Unionsrechtsakte eine eigenständige unionsrechtliche Regelung zu positiven Fördermaßnahmen, die ein Geschlecht einseitig bevorzugen. Bestehende Richtlinien wie z. B. Art. 3 Gleichbehandlungsrichtlinie 2006/54/EG nehmen ausschließlich Bezug auf die in Art. 157 Abs. 4 AEUV für die Mitgliedstaaten vorgesehene Möglichkeit zu spezifischen Vergünstigungen und geben den Mitgliedstaaten insofern ausnahmsweise die Möglichkeit zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen zur Erreichung auch faktischer Gleichstellung des unterrepräsentierten Geschlechts. Die Zielvorgabe für die Aufsichtsräte stellt aber eine positive Fördermaßnahme zur Herstellung einer konkreten Beteiligungshöhe des unterrepräsentierten Geschlechts dar, für die die EU nicht zuständig ist. Ebenso ist auch die obligatorische „Selbstverpflichtung“ für Vorstände zu beurteilen, die – wenngleich ohne konkrete zahlenmäßige Vorgabe – in dieselbe Richtung zielt.

Zwar vertritt die EU-Kommission die Ansicht, der Richtlinienvorschlag verpflichte Unternehmen „nur“ zur Einführung eines bestimmten Auswahlverfahrens als Mittel zur Erreichung einer 40-Prozent-Zielquote (sog. „obligation de moyen“), und bewirbt ihn als „Verfahrensquote mit Öffnungsklausel“. Aus der in Art. 4 Abs. 1 und in Erwägungsgrund 22 gewählten Formulierung kann dies aber nicht abgeleitet werden. Das Auswahlverfahren ist im Richtlinientext stets und unmittelbar mit einer verpflichtenden 40-Prozent-Zielquote verknüpft (vgl. Art. 4 Abs. 1: „... so dass spätestens am 1. Januar 2020 [...] der festgelegte Mindestanteil erreicht wird.“). Eine andere (niedrigere) Zielsetzung für den Aufsichtsrat durch das Unternehmen selbst ist nicht vorgesehen. Unternehmen müssen sich hingegen rechtfertigen, wenn sie die gesetzte Zielvorgabe nicht einhalten (Art. 5 Abs. 3) und mitgliedstaatliche Regelungen werden als Aussetzungsgrund nur anerkannt, wenn nachgewiesen ist, dass bis 2020 die 40-Prozent-Quote erreicht ist (Art. 8 Abs. 3). Der Richtlinienvorschlag zielt daher ausweislich von Wortlaut und Systematik nicht auf Chancengleichheit und Gleichberechtigung, sondern auf Ergebnisgleichheit ab und kann daher nur als „obligation de résultat“ gesehen werden, die vom juristischen Dienst der EU-Kommission bereits als unzulässig und Verstoß gegen bestehende EuGH-Rechtsprechung abgelehnt worden war. Es geht nicht um die Gleichbehandlung von Kandidaten, sondern um den Vorrang des unterrepräsentierten Geschlechts bei gleicher Qualifikation, der aus der Sicht des anderen Geschlechts eine Ungleichbehandlung beinhaltet. Für solche positiven Fördermaßnahmen, die ein Geschlecht einseitig bevorzugen, besteht keine Unionszuständigkeit nach Art. 157 Abs. 3 AEUV.

2. Es bestehen keine alternativen Rechtsgrundlagen für die Quotenvorgabe

Auch kann der Kommissionsvorschlag nicht auf eine andere Rechtsgrundlage gestützt werden.

Der in Erwägungsgrund 2 der Richtlinie angeführte Art. 23 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) kann keine Unionskompetenz begründen. Dies wird in Art. 51 Abs. 2, 52 Abs. 2 GRC und den Erläuterungen zur Grundrechtecharta ausdrücklich ausgeschlossen⁸. Darüber hinaus fordert Art. 23 ebenfalls nur die Sicherstellung der „Gleichheit“, nicht aber die „Gleichstellung“ der Geschlechter.

Auch Art. 50 Abs. 2 lit. g) AEUV kann nicht als Rechtsgrundlage dienen und wurde bereits im Vorfeld der Veröffentlichung des Vorschlags vom Juristischen Dienst der EU-Kommission als Rechtsgrundlage abgelehnt. Diese Kompetenznorm hat in erster Linie den Zweck, den Gebrauch der Niederlassungsfreiheit durch Gesellschaften dadurch zu erleichtern, dass es den Mitgliedstaaten verboten wird, wegen unterschiedlicher Vorschriften über den Schutz der Gesellschafter oder Dritter, die freie Niederlassung von ausländischen Gesellschaften zu behindern. Entsprechend erlaubt sie Richtlinien zu erlassen, um einem „race to the bottom“ vorzubeugen und Wettbewerbsverfälschungen zu verhindern, die durch unterschiedliche Vorschriften der Mitgliedstaaten in diesem Bereich bestehen⁹. Diese Voraussetzungen sind mangels Wettbewerbsverzerrungen und Hindernissen für die Freizügigkeit jedoch nicht gegeben.

Zudem ist bislang kein ausreichender wissenschaftlicher Nachweis dafür gegeben, dass Frauen im Aufsichtsrat den Unternehmenserfolg allgemein positiv und kausal beeinflussen. Die positive Entwicklung von Unternehmen mit hohem Frauenanteil ist wohl eher auf die offene und moderne Unternehmenskultur des jeweiligen Unternehmens zurückzuführen, als auf die konkrete Anzahl von Frauen im Aufsichtsrat, die allein ein Merkmal dieser Unternehmenskultur ist¹⁰. Eine Untersuchung der Universität Konstanz zeigt, dass nur drei von insgesamt 18 Studien einen positiven Effekt von Geschlechtervielfalt auf den Erfolg der Organisation festgestellt haben¹¹. Vor allem aber muss die Frage gestellt werden, mit welcher Berechtigung die EU unternehmerische Erfolgsstrategien privater Unternehmen bewerten oder sie sogar mittels einer bestimmten Einheitsquote steuern will.

Als Rechtsgrundlage scheidet auch Art. 19 AEUV aus. Art. 19 AEUV wird in Bezug auf Diskriminierungen wegen des Geschlechts im Arbeitsleben durch Art. 157 Abs. 3 AEUV verdrängt¹². Zudem setzt Art. 19 AEUV voraus, dass

⁸ Vgl. auch die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, Art. 23 GRC, ABl. 2007 C 303, S. 2 (25).

⁹ *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 48. Erglfg. 2012, Art. 50 AEUV Rn. 12, 16; *Bröhmer*, Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 50 AEUV Rn. 10; *Koch*, EU-Kompetenz für eine Frauenquote in den Führungsgremien von Aktiengesellschaften, ZHR 175 (2011), 827 (842 f.) mwN.

¹⁰ *Koch*, EU-Kompetenz für eine Frauenquote in den Führungsgremien von Aktiengesellschaften, ZHR 175 (2011), 827 (847 f.) mwN.

¹¹ Boerner, Sabine; Keding, Hannah & Hüttermann, Hendrik (2012): Gender Diversity und Organisationserfolg – eine kritische Bestandsaufnahme. Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung, 64(2), 37-70 (S.64).

¹² *Langenfeld*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 48. Erglfg. 2012, Art. 157 AEUV Rn. 80; Rebhahn, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar,

sich die Maßnahme „im Rahmen der durch die Verträge auf die Union übertragenen Zuständigkeiten“ bewegen muss. Der Anwendungsbereich des Art. 19 AEUV ist damit auf die sachlichen Zuständigkeiten der Union beschränkt, welche hier gerade fehlt. Dem Unionsgesetzgeber soll jedoch keine allgemeine Kompetenz zur Bekämpfung von Diskriminierungen gewährt werden. Darüber hinaus kann der Vorschlag auch wegen des nur begrenzten Handlungsrahmens nicht auf Art. 19 AEUV gestützt werden. Denn wie Art. 157 Abs. 3 AEUV erlaubt auch Art. 19 Abs. 1 AEUV keine spezifischen Vergünstigungen. Art. 19 Abs. 2 AEUV ermächtigt den europäischen Gesetzgeber nur zum Erlass von „Grundprinzipien für Fördermaßnahmen“, über die der Kommissionsvorschlag jedoch weit hinausgeht. Ganz abgesehen davon, würde ein Vorgehen nach Art. 19 Abs. 1 AEUV Einstimmigkeit im Rat voraussetzen, welche voraussichtlich nicht erreicht werden kann.

3. Subsidiaritätsprinzip ist nicht gewahrt

Darüber hinaus verstößt die Regelung einer Frauenquote für Aufsichtsräte und Vorstände auf Unionsebene gegen das Subsidiaritätsprinzip¹³. Laut der EU-Kommission zielt der Vorschlag „auf eine substanzielle Erhöhung des Frauenanteils in den Leitungsorganen börsennotierter Gesellschaften in der EU“, die dadurch erreicht werden soll, „dass ein Anteil von mindestens 40 Prozent des unterrepräsentierten Geschlechts unter den Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften als Mindestziel festgelegt wird“. Wie oben bereits festgestellt wurde, sind positive Fördermaßnahmen zur Geschlechtergleichstellung den Mitgliedstaaten vorbehalten und quantitative Quotenvorgaben europarechtlich unzulässig. Insoweit ist schon fraglich, inwieweit es sich hier um ein legitimes Ziel der Union handelt.

Zudem wird das Ziel der Erhöhung des Frauenanteils in Führungspositionen in vielen Mitgliedstaaten durch unterschiedliche Maßnahmen angestrebt. So sieht eine Reihe von Mitgliedstaaten eigenverantwortliches und selbstbestimmtes Vorgehen der Unternehmen als zentral an und möchte den Frauenanteil durch Selbstverpflichtungen der Unternehmen bzw. andere Ansätze zur Förderung von Frauen in Führungspositionen erhöhen¹⁴. In Deutschland sieht der Corporate Governance Kodex eine Empfehlung vor. Auch Schweden und Finnland verfügen über entsprechende Kodexempfehlungen und haben damit Spitzenpositionen beim Frauenanteil in Aufsichts-

Art. 157 AEUV Rn. 35; *Koch*, EU-Kompetenz für eine Frauenquote in den Führungsgremien von Aktiengesellschaften, ZHR 175 (2011), 827 (838) mwN. in Fn. 46.

¹³ *Buschmann*, EU-Grünbuch zur Corporate Governance: Alter Wein in neuen Schläuchen?, NZG 2011, 87 (90); *Bachmann*, Zur Umsetzung einer Frauenquote im Aufsichtsrat, ZIP 2011, 1131 (1135). Vgl. auch *François-Poncet/Deilmann/Otte*, Frauenquote in französischen Aufsichts- und Verwaltungsräten – ist eine Quote auch in Deutschland zulässig?, NZG 2011, 450 (454); *Langenfeld*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 48. Erglfg. 2012, Art. 157 AEUV Rn. 81.

¹⁴ Vgl. Beispiele in „Frauen in wirtschaftlichen Entscheidungspositionen in der EU: Fortschrittsbericht“, Anhang 2, Europäische Union 2012.

räten erreicht. Andere Mitgliedstaaten sehen verbindliche Regelungen für private Unternehmen vor, z. B. Frankreich, die Niederlande, Italien und Belgien. In Spanien und Portugal wird eine Verpflichtung ohne Sanktionierung ausgesprochen.

Das Fact Sheet 2 der Kommission „Women on boards – Gender equality in the Member States“ zeigt die überwiegend positive Entwicklung in den Mitgliedstaaten – unabhängig von deren Maßnahmen. Die Mitgliedstaaten sind also grundsätzlich willens und fähig, das Ziel eines höheren Frauenanteils in Leitungsorganen anzugehen und zu verwirklichen.

Daher ist ihnen die erforderliche Zeit einzuräumen, um die jeweiligen Maßnahmen wirken zu lassen. Gerade in Deutschland ist zu berücksichtigen, dass die Selbstverpflichtungen hinsichtlich der Besetzung der Aufsichtsräte und Vorstände nicht von heute auf morgen erfüllt werden können, da die jeweiligen Berufungsperioden, z. B. von fünf Jahren für Aufsichtsräte zu berücksichtigen sind. Die bisher von den Mitgliedstaaten getroffenen Maßnahmen konnten also innerhalb von ein oder zwei Jahren noch nicht zu der Veränderung führen, deren Fehlen die Kommission bemängelt. Ob und inwiefern mitgliedstaatliches Handeln nicht ausreichend ist, kann derzeit daher noch nicht abschließend bewertet werden.

Den Nachweis, dass die Mitgliedstaaten nicht fähig sind, den Frauenanteil in der Unternehmensleitung zu erhöhen, hat die Union bislang also nicht erbracht. Daher ist angesichts der Begründungs- bzw. Beweislast für die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips, die bei den Unionsorganen liegt¹⁵, grundsätzlich davon auszugehen, dass die Mitgliedstaaten in der Lage sind, das Ziel einer Erhöhung des Frauenanteils in Führungsetagen ebenso zu erreichen.

Schließlich müssen die Ziele wegen des Umfangs oder der Wirkungen der Maßnahmen besser auf EU-Ebene erreicht werden, die unionsrechtliche Regelung also einen „Mehrwert“ gegenüber einer einzelstaatlichen Problemlösung erbringen. Ein solcher ist mit dem Kommissionsvorschlag nicht verbunden. Allein die Wirkung, dass alle Unternehmen innerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie in Europa gleichermaßen an eine Regelung gebunden sind, reicht als Grund für ein unionsweites Vorgehen nicht aus und stellt einen Zirkelschluss dar. Die von der Kommission vorgetragene Wettbewerbsverzerrungen und Schwierigkeiten beim Gebrauch der Niederlassungsfreiheit sind derzeit nicht erkennbar¹⁶. Bislang haben einige Mitgliedstaaten verbindliche Regelungen getroffen, andere setzen auf Selbstverpflichtungen. Gänzlich unbeachtet bleibt die Frage unserer Kennt-

¹⁵ Vgl. Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zur Anwendung des Subsidiaritätsprinzips v. 27.10.1992, SEK (92) 1990, S. 1; *Jürgen Bast/Armin von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Erglfg. 2011, Art. 5 EUV Rn. 57; *Jarass*, EuGRZ 1994, 209 (213).

¹⁶ Solche Wettbewerbsverzerrungen – wie beispielsweise eine Benachteiligung bei öffentlichen Aufträgen – wären im Übrigen offensichtlich europarechtswidrig und im Wege von Vertragsverletzungsverfahren zu beseitigen.

nis nach in keinem Mitgliedstaat. Die Rechtsentwicklung ist daher nicht so unterschiedlich, dass negative Auswirkungen auf den Binnenmarkt wie Wettbewerbsverzerrungen oder Hindernisse für den Gebrauch der Freizügigkeit zu erwarten sind.

4. Richtlinienvorschlag verstößt gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip

Der EuGH verlangt durchgehend in allen Fragen positiver Diskriminierung immer die strikte Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit¹⁷. Die konkreten Richtlinienvorgaben erfüllen diesen Grundsatz nicht.

Grundlage zur Erreichung der 40-Prozent-Zielvorgabe ist ein verpflichtendes Auswahlverfahren für die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern in Unternehmen. Diese Regelung greift unverhältnismäßig weit in die Rechte der Anteilseigner sowie in die unternehmerische Freiheit ein, die durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union garantiert sind (Art. 16, 17 GRCh). Denn durch das vorgegebene strukturierte Auswahlverfahren werden die Anteilseigner unverhältnismäßig in ihrem Recht eingeschränkt, ihre Aufsichtsratsmitglieder (unter Berücksichtigung der im Gesellschaftsrecht geregelten Sachkriterien) frei zu wählen. Stattdessen hätten sie den gesetzlichen Vorgaben der Quote nachzukommen.

Richtig ist zwar, dass es keinen absoluten Grundrechtsschutz gibt und das Eigentum zum Wohl der Allgemeinheit reguliert werden kann. Der Richtlinienvorschlag ist aber ungeeignet, geht über das zur Zielerreichung Erforderliche hinaus und ist unangemessen.

a) Das „Auswahlverfahren“ ist nicht geeignet

Art. 4 Abs. 1 des Richtlinienvorschlags fordert letztlich nicht nur das Erreichen einer 40-Prozent-Vorgabe bis 2020. Dieses Ziel soll „auf der Grundlage eines Vergleichs der Qualifikationen der Kandidaten nach vorab festgelegten, klaren, neutral formulierten und eindeutigen Kriterien“, erreicht werden. Durch die unmittelbare Verknüpfung der Quotenhöhe mit dem Verfahren wird die Zielerreichung zu einem Aspekt der Geeignetheitsprüfung des Auswahlverfahrens. Die Gerichte und andere Rechtsanwender werden damit keine andere Möglichkeit haben, als bei Nichterreichen der Quotenvorgabe zum 1. Januar 2020 davon auszugehen, dass das jeweilige Verfahren nicht „geeignet“ im Sinne der Richtlinie ist.

Das Auswahlverfahren ist zudem aus verschiedenen Gründen nicht geeignet und praxisgerecht anwendbar auf das System von Gremienwahlen. Mit der vorliegenden Regelung müssten die Anteilseigner bei Aufsichtsratswahlen nämlich ein weiteres Kriterium berücksichtigen, das nicht auf Qualifikation, also Eignung, Befähigung und fachliche Leistung basieren würde. Es

¹⁷ EuGH, C-319/03, *Briheche*, Slg. 2004, I-8807, Rn. 31.

bestünde im Ergebnis ein faktischer Zwang, eine Person eines bestimmten Geschlechts zu wählen, um die Sanktionen, die die Mitgliedstaaten nach Art. 6 des Entwurfs erlassen, zu vermeiden. Die vorgenannten im Richtlinienentwurf gewählten Kriterien wurden von der Rechtsprechung des EuGH zu mitgliedstaatlichen Geschlechterquoten bei der Einstellung und Weiterbildung von Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst entwickelt¹⁸. Auch das Urteil *Badeck* zielte ausschließlich auf Aufsichtsräte von öffentlichen Unternehmen¹⁹. Es ist offen, inwieweit diese Kriterien überhaupt auf Maßnahmen positiver Diskriminierung im privaten Sektor übertragen werden könnten: Denn anders als für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse, die besonderen Regelungen unterliegen, liegen der Bestellung von Aufsichtsräten korporationsrechtliche Maßgaben eigenständiger Natur zugrunde. Insbesondere handelt es sich nicht um Auswahlverfahren, sondern um Wahlen. Es liegt daher durchaus nahe, dass der EuGH bei der Prüfung von Frauenquoten für Leitungsgremien von Unternehmen noch höhere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit stellen würde, als bei Vorgaben für den öffentlichen Dienst. Diese wären dann ebenso wenig beachtet, wie die bereits verletzten Vorgaben der bisherigen EuGH-Rechtsprechung.

Bei der „Auswahl“ von Kandidaten für Aufsichtsräte handelt es sich nach deutschem Recht nicht um ein offenes Bewerbungsverfahren im Sinne des Richtlinienentwurfs. Vielmehr unterbreitet der bestehende Aufsichtsrat nach § 124 Abs. 3 S. 1 AktG der Hauptversammlung einen Wahlvorschlag, den diese sodann annehmen oder auch ablehnen kann. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, dass aus der Mitte der Hauptversammlung Kandidaten vorgeschlagen werden, §§ 127, 126, 137 AktG. Die Aktionäre sind dabei nicht verpflichtet, ein „Auswahlverfahren“ vorzuschalten. Dasselbe Problem dürfte sich in mitbestimmten Unternehmen auf der Arbeitnehmerseite stellen. Wenngleich für die Wahlvorschläge des Aufsichtsrats bzw. des entsprechenden Nominierungsausschusses ein „Auswahlverfahren“ in Form der Ermittlung von Kriterien, denen ein Kandidat entsprechen muss, denkbar wäre, wäre der Wahlakt selbst kein Auswahlverfahren im Sinne der vorgeschlagenen Richtlinie. Insbesondere können nach einer Wahl oder Ablehnung durch die Hauptversammlung keine Gründe für die Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung ermittelt werden.

¹⁸ EuGH, Rs. C-450/93, *Kalanke*, Slg.1995, I-3051, Rn. 16-22; Rs. C-409/95, *Marschall*, Slg.1997, I-6363, Rn. 26-33; jeweils in Bezug auf die Auslegung von Art. 2 Abs. 1 und 4 (heute Abs. 8) der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg.

¹⁹ EuGH, Rs. C-158/97, *Badeck*, Slg.2000, I-1875, Rn. 64-67. In diesem Fall hat der EuGH zu einer Regelung des Hessischen Gleichstellungsgesetzes entschieden, wonach bei der Besetzung von „Kommissionen, Beiräten, Verwaltungs- und Aufsichtsräten sowie sonstigen Gremien“ mindestens die Hälfte der Mitglieder Frauen sein sollen, vgl. § 2 des Hessischen Gleichstellungsgesetzes vom 21.12.1993, Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Hessen, Teil I, 30.12.1993, Seite 729 ff.

b) Eine EU-weite Zielquote ist nicht erforderlich

Ungleichbehandlungen können auf nationaler wie europäischer Ebene rechtlich nur gerechtfertigt werden, wenn das angestrebte Ziel nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen erreichbar ist. Die positive Entwicklung in Deutschland zeigt aber, dass unternehmensspezifische Selbstverpflichtungen ein milderes und wirksames Mittel zur Zielerreichung sind. Das wird in der Folgenabschätzung der EU-Kommission ebenfalls verkannt. Alternative Optionen zur 40-Prozent-Quote wurden nicht einmal geprüft.

Es gibt zahlreiche Mittel, die langfristig eine effizientere Förderung von Frauen bewirken und damit die Erhöhung des Frauenanteils in Führungspositionen insgesamt, aber auch in Aufsichtsräten nach sich ziehen und zugleich die Ursachen tatsächlich angehen würden. Dazu gehören u. a. die Schaffung geeigneter Rahmenbedingungen für berufstätige Frauen, die oben bereits näher ausgeführt wurden (s. o. unter II. 2.). Ein Grund für den stetigen, aber zögernden Anstieg liegt auch darin, dass sich die nötigen Rahmenbedingungen – insbesondere bei der Kinderbetreuung – zumindest in Deutschland nur langsam entwickeln oder sogar kontraproduktiv sind (z. B. Betreuungsgeld).

c) Ausnahmeregelungen sind unzureichend

Die Ausnahme von KMU²⁰ aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie (Art. 2 Abs. 8, Art. 3) begründet die Kommission mit einem nicht zu bewältigenden Verwaltungsaufwand. Jedoch differenziert der Richtlinienvorschlag darüber hinaus nicht weiter nach Unternehmen und Branchen. Dies ist indes dringend geboten. So sieht der Richtlinienvorschlag lediglich eine Befreiungsmöglichkeit von der 40-Prozent-Zielvorgabe für Unternehmen mit einem Frauenanteil von weniger als 10 Prozent in der Gesamtbelegschaft vor (Art. 4 Abs. 6). Diese Ausnahmeregelung muss auch auf Unternehmen ausgedehnt werden, die einen Frauenanteil von über 10 Prozent haben und trotz richtlinienkonform durchgeführten Auswahlverfahrens bzw. ernsthafter Bemühungen keinen Frauenanteil von 40 Prozent bis zum Stichtag erreichen konnten. Abgesehen davon ermöglicht die Regelung es nicht, branchenbezogene Anforderungen, die ggf. die Auswahl der Kandidaten von vornherein einschränken, zu berücksichtigen. Stehen den Unternehmen beispielsweise nach den „Auswahlverfahren“ keine geeigneten Kandidaten des unterrepräsentierten Geschlechts zur Verfügung, so könnten sie auch der Zielvorgabe nicht nachkommen.

Auch berücksichtigt der Richtlinienvorschlag die unterschiedlichen Rahmenbedingungen in den EU-Mitgliedstaaten nicht hinreichend. Die in der Richtlinie vorgegebenen Grenzwerte sind beliebig gewählt. Das gilt insbesondere für die in Deutschland zahlreichen betroffenen Familienunterneh-

²⁰ Gemäß Empfehlung der Kommission 2003/361/EG vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen.

men, die häufig mehr als 250 Mitarbeiter und Jahresumsätze von über 50 Mio. EUR haben. In einer börsennotierten Aktiengesellschaft, die im Wesentlichen in der Hand einer Familie ist, muss ein Familienmitglied in den Aufsichtsrat gewählt werden können, auch wenn es sich bei diesem um einen qualifizierten Mann handelt, außerhalb der Familie aber eine gleichqualifizierte Frau zu finden ist (oder umgekehrt). In den anstehenden Beratungen ist zu klären, wie die von Vizepräsidentin Reding zugesicherte Ausnahmeregelung für Familienunternehmen greifen wird.

Unklar bleibt der Anwendungsbereich des Kommissionsvorschlags zudem mit Blick auf Mutter- und Tochtergesellschaften. Genügt es, wenn die Muttergesellschaft die Vorgaben der Richtlinie erfüllt? Was gilt für ausländische Tochtergesellschaften? Diese für die Unternehmenspraxis hochkomplexen Fragen bleiben vom Richtlinienvorschlag völlig unbeantwortet.

d) Berichtspflichten dürfen nicht sachfremd ausgeweitet werden

Jede neue, zusätzliche Berichterstattung belastet Unternehmen durch mehr Bürokratie und zusätzliche Kosten. Zudem ist eine Berichtspflicht nach Art. 5 Abs. 2 des Entwurfs nicht erforderlich. Ziel der unternehmerischen Berichterstattung ist es, den Geschäftsverlauf, das Geschäftsergebnis und die Lage der Gesellschaft so darzustellen, dass ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild entsteht. Nur soweit es für das Verständnis des Geschäftsverlaufs, des Geschäftsergebnisses oder der Lage der Gesellschaft erforderlich ist, umfasst die Analyse die wichtigsten finanziellen und — soweit angebracht — nicht finanziellen Leistungsindikatoren, die für die betreffende Geschäftstätigkeit von Bedeutung sind, einschließlich Informationen in Bezug auf Umwelt- und Arbeitnehmerbelange, vgl. Art. 46 Richtlinie 78/660/EWG. Informationen über das „Zahlenverhältnis von Frauen und Männern in ihren Leitungsorganen und zwar getrennt nach Aufsichtsratsmitgliedern/nicht geschäftsführenden Direktoren und Vorstand/geschäftsführende Direktoren sowie zu den (...) getroffenen Maßnahmen“ sind jedoch weder finanzielle Leistungsindikatoren noch sind sie für das Verständnis des Geschäftsverlauf oder die Lage der Gesellschaft von Bedeutung. Die vorgeschlagene Berichtspflicht passt damit nicht in das System der Berichterstattung. Darüber hinaus sind der Aufwand der Berichtspflicht und ggf. die Rechtsfolgen von unrichtigen Berichten nach Art. 6 des Entwurfs nicht unerheblich und damit ebenfalls nicht verhältnismäßig.

e) Offenlegungspflicht ist datenschutzrechtlich bedenklich

Die Regelung in Art. 4 Abs. 4 ist unter Gesichtspunkten des Datenschutzes unangemessen. Das Interesse des abgelehnten Kandidaten ist nicht höher zu bewerten als das Interesse des ausgewählten Kandidaten am Schutz personenbezogener Daten.

f) Sanktionsregelungen sind unverhältnismäßig

Die deutsche Wirtschaft lehnt sowohl zwingende gesetzliche Quotenvorgaben als auch damit verbundene Sanktionen, wie die in Art. 6 des Richtlinienvorschlages, nachdrücklich ab. Die Nichtigkeit der Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern würde die Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats einschränken. Es ist nicht nachvollziehbar, wie die Handlungsfähigkeit eines Unternehmens sowie die Sicherung von Marktchancen und Arbeitsplätzen auf der einen Seite gegen die ergebnisgleiche Beteiligung beider Geschlechter in den Führungsgremien der Gesellschaft auf der anderen Seite gegeneinander ausgespielt werden sollen. Angesichts des Sanktionsrahmens stellt sich die Frage, welche Bedeutung die EU-Kommission der Rolle eines funktionsfähigen Kontrollgremiums in ihren jeweiligen Gesellschaften überhaupt beimisst. Gleichermaßen steht der Schaden, der angesichts der geforderten Nichtigkeit der Aufsichtsratswahl für ein Unternehmen ausgelöst oder in Kauf genommen wird, in keinem Verhältnis zum Zweck der Regelung.

Schließlich obliegt es dem Aufsichtsrat einer Gesellschaft, die Geschäftsführung zu überwachen; für bestimmte Arten von Geschäften ist gar dessen Zustimmung erforderlich. Diese zentrale Rolle des Aufsichtsrats innerhalb des Unternehmens in der hier vorliegenden Weise zu schwächen, bedarf eines gewichtigeren Anlasses, als einer als ungerecht empfundenen Geschlechterverteilung in diesen Gremien. Der Aufsichtsrat bzw. die die Aufsichtsräte bestellende Hauptversammlung wären letztlich zum Erhalt der Handlungsfähigkeit des Aufsichtsrats gezwungen, ggf. nicht den Anforderungen entsprechende Kandidaten zu berufen. Dies würde tiefgehend in die unternehmerische Freiheit eingreifen. Die vorgeschlagenen Sanktionen können von den Mitgliedstaaten folglich gar nicht verhältnismäßig ausgestaltet werden.

Im Übrigen bleibt der Richtlinienvorschlag in Bezug auf die Sanktionsregelung widersprüchlich und unklar. Nach Erwägungsgrund 30 müssen die Sanktionen „bei Verstoß gegen die Richtlinie“ verhängt werden, „wenn dabei gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung von Art. 4 Abs. 1 verstoßen wurde“. Ist damit gemeint, dass Sanktionen ausschließlich dann greifen sollen, wenn das vorgeschriebene strukturierte Auswahlverfahren nicht angewendet wurde oder gilt dies darüber hinaus auch, wenn trotz ordnungsgemäßem Auswahlverfahren die 40-Prozent-Zielquote bis zum Stichtag nicht erreicht wurde? Da es sich nach Wortlaut und Systematik des Entwurfs um eine verbindliche 40-Prozent-Zielquote handelt (s. o. unter III.1), dürfte zur ordnungsgemäßen Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht auch das Erreichen der Einheitsquote bis zum 1. Januar 2020 bzw. 1. Januar 2018 gehören. Andernfalls müsste aus der Formulierung von Art. 6 Abs. 1 eindeutig das Erreichen der Quote ausgenommen sein.

Die Unternehmen für die Nichterreicherung von gesellschaftspolitisch motivierten Zielvorgaben für unternehmensinterne Gremienbesetzungen zu sanktionieren, ist rechtlich fragwürdig und auch politisch nicht zu rechtfertigen. Denn die Bemühungen der Wirtschaft können erst dann ihre volle

Wirksamkeit entfalten, wenn die in der Familienpolitik bestehenden Fehlanreize zur Reduzierung der Erwerbstätigkeit von Frauen (z. B. Betreuungsgeld) beseitigt und geeignete Rahmenbedingungen für die Vereinbarkeit von Familie und Beruf geschaffen werden.

g) Vorgaben für Vorstände konterkarieren Selbstverpflichtungen

Die Pflicht zur Selbstverpflichtung (Art. 5 Abs. 1) widerspricht offensichtlich deren Zweck und sollte gestrichen werden. In fast allen Mitgliedstaaten existieren unterschiedliche Formen der Selbstverpflichtung, sei es über einen Corporate Governance Kodex²¹ oder davon losgelöste zusätzliche Selbstverpflichtungen für mehr Frauen in Führungspositionen.

h) Ausnahmeregelung für gesetzgeberisch tätige Mitgliedstaaten greift zu kurz

Die Ausnahmeregelung in Art. 8 Abs. 3 befreit Mitgliedstaaten mit eigenen Regelungen zur Verbesserung des Geschlechterverhältnisses von den Verfahrensvorschriften der Richtlinie, insbesondere von der Pflicht zur Einführung eines strukturierten Auswahlverfahrens für Unternehmen nach Art. 4 Abs. 1 des Richtlinienvorschlags. Nicht befreit werden die Mitgliedstaaten aber von der verbindlichen Vorgabe einer 40-Prozent-Zielquote für Aufsichtsratsbesetzungen bis zum 1. Januar 2020 bzw. 1. Januar 2018. Nur bezüglich des Wegs zur Zielerreichung räumt die EU-Kommission den Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum ein. Diese Ausnahmeregelung greift zu kurz, da sie mit der Vorgabe einer einheitlichen Zielquote die unterschiedlichen Rahmenbedingungen in den Mitgliedstaaten völlig unberücksichtigt lässt.

i) Die Übergangszeiten sind zu kurz bemessen

Die kurzen Übergangsfristen in Art. 4 Abs. 1 lassen auch unter Berücksichtigung der für die Unternehmen zur Verfügung stehenden Vorbereitungszeit – zumindest dort, wo qualifizierte und erfahrene Kandidatinnen objektiv nicht ausreichend vorhanden sind – die Regelung als unverhältnismäßig erscheinen. Bei einer solchen Fristsetzung müssen zwingend auch die gesetzlichen Amtszeiten von Aufsichtsräten beachtet werden. Die turnusmäßigen Wahlen der Aufsichtsräte in Deutschland stehen nur alle fünf Jahre an. Das 40-Prozent-Ziel bereits bis 2020 zu erreichen, stellt daher unverhältnismäßige Anforderungen an die Unternehmen.

²¹ Study on Monitoring and Enforcement Practices in Corporate Governance in the Member States, 23 September 2009, Figure I-2-1: Adoption of corporate governance guidelines and codes.