



## WIRTSCHAFTSRECHT

Hon.-Prof. Dr. Georg Schima, M.B.L.-HSG, LL.M. • Wien

# Verpflichtende Geschlechterquote im Aufsichtsrat größerer Unternehmen

» RdW 2018/60

Der österreichische Gesetzgeber ist dem deutschen Beispiel zwei Jahre später gefolgt und hat eine verpflichtende Geschlechterquote (de facto: Frauenquote) für den Aufsichtsrat größerer und börsennotierter Unternehmen eingeführt. Das Gesetz lässt einige Fragen offen, wie zB die Willensbildung bei der Entscheidung über die getrennte oder gemeinsame Erfüllung der Quote durch Kapital- und Arbeitnehmervertreter. Und es hat aus rechtspolitischer Sicht zumindest einen gravierenden Makel, nämlich den vom Gesetz geforderten und jeder sachlichen Rechtfertigung entbehrenden 20%igen Mindestanteil des betroffenen Geschlechts in der Belegschaft, so dass ein selbst sehr großes Unternehmen mit weniger als 20 % Frauenanteil keine weiblichen Aufsichtsratsmitglieder haben muss.

### 1. Einleitung, Inhalt des Gesetzes

Zwei Jahre nach dem deutschen Gesetzgeber hat nun auch der österreichische mit 1. 1. 2018 eine Regelung in Kraft gesetzt, die größere Unternehmen verpflichtet, den Aufsichtsrat in einem bestimmten Ausmaß mit Frauen zu besetzen. Mehrere andere europäische Länder kennen eine solche Regelung bereits; Vorreiter war diesbezüglich Norwegen, das im Jahr 1999 eine verpflichtende Frauenquote im Aufsichtsrat börsennotierter Unternehmen im Ausmaß von 40 % einführte.<sup>1</sup>

Die gesetzliche Regelung, die Österreich in Kraft gesetzt hat,<sup>2</sup> ist freilich geschlechtsneutral formuliert; angesichts der wirtschaftlichen Realität geht es aber (wohl auf längere Sicht) da-

rum, dass die Aufsichtsräte größerer Unternehmen künftig ihren Frauenanteil erhöhen werden müssen.

Kerninhalt der neuen Regelung ist § 86 Abs 7 AktG: in börsennotierten Gesellschaften sowie solchen Gesellschaften, in denen dauernd mehr als 1.000 Arbeitnehmer beschäftigt sind, hat der Aufsichtsrat zu mindestens 30 % aus Frauen und zu mindestens 30 % aus Männern zu bestehen, sofern der Aufsichtsrat aus mindestens sechs Mitgliedern (gemeint sind hier nur die Kapitalvertreter) und die Belegschaft zu mindestens 20 % aus Arbeitnehmerinnen bzw Arbeitnehmern besteht. Gerundet wird dabei auf volle Personenzahlen, wobei aufgerundet wird, wenn der errechnete Mindestanteil eine Dezimalstelle von zumindest fünf aufweist.

§ 86 Abs 8 AktG sanktioniert einen Verstoß gegen die gesetzliche Vorgabe mit der Nichtigkeit der Wahl eines Aufsichtsratsmitgliedes durch die Hauptversammlung oder der Entsendung in den Aufsichtsrat. Wird eine Wahl aus anderen Gründen für nichtig erklärt, so verstoßen zwischenzeitlich erfolgte Wahlen insoweit nicht gegen das Mindestangebotsgebot (§ 86 Abs 8, 2. Satz AktG).

So wie der deutsche Gesetzgeber, entschied sich auch der österreichische dafür, dass im mitbestimmten Aufsichtsrat der Mindestanteil vom Kollegialorgan *insgesamt* zu erfüllen ist (§ 86 Abs 9, 1. Satz AktG). Ebenfalls dem deutschen Vorbild entsprechend kann von diesem Grundsatz der Gesamterfüllung jedoch abgewichen werden. Widerspricht nämlich „die Mehrheit der gemäß diesem Bundesgesetz oder der Satzung bestellten Aufsichtsratsmitglieder (Kapitalvertreter) oder die Mehrheit der gemäß § 110 ArbVG entsandten Aufsichtsratsmitglieder (Arbeitnehmervertreter) spätestens sechs Wochen vor einer Wahl oder Entsendung der Gesamterfüllung gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden, so ist der Mindestanteil für diese Wahl oder Entsendung von den Kapitalvertretern und den Arbeitnehmervertretern getrennt zu erfüllen“ (§ 86 Abs 9, 2. Satz AktG).

Anscheinend beeinflusst von der deutschen Diskussion, statuierte der österreichische Gesetzgeber somit einen konkreten Zeitpunkt, bis zu dem der Gesamterfüllung widersprochen werden muss, was der deutsche Gesetzgeber verabsäumte. Umgekehrt lässt die österreichische Regelung im Gegensatz zur deutschen jeden Hinweis darauf vermissen, auf welche Art und Weise der Widerspruch zu erklären ist und ob es dazu insb eines Beschlusses bedarf.

1 Vgl dazu *Hutmacher/Unterköfler*, Licht und Schatten der gesetzlichen Geschlechterquote Norwegen, AR aktuell 2013 H 6, 14.

2 Der offizielle Gesetzestitel „Gesetz zur Gleichstellung von Männern und Frauen im Aufsichtsrat“ ist ein weiterer, sinnfälliger Beweis für die seit vielen Jahren anhaltende Erosion der Sprachqualität in Gesetzestexten. Da nicht anzunehmen ist, der Gesetzgeber habe zum Ausdruck bringen wollen, das Gesetz sei von *Männern und Frauen* erlassen worden (was wegen der Zusammensetzung des österreichischen Parlaments zweifellos zutrifft), hätte es richtig lauten müssen „Gesetz zur Gleichstellung von Männern und Frauen im Aufsichtsrat“. Aber wie oft liest man nicht in juristischen Texten zB „Entsendungsrecht in den Aufsichtsrat“ oder „Teilnahmerecht an der Hauptversammlung“? So etwas wird sogar regelmäßig in Büchern gedruckt und fällt selbst vielen Juristen und Lektoraten, soweit es sie noch gibt, gar nicht mehr auf.

Keine Parallele in der deutschen Regelung hat § 86 Abs 9 letzter Satz AktG, wonach die Kapitalvertreter und die Arbeitnehmervertreter für einen bestimmten Zeitraum einen Verzicht auf das Widerrufsrecht vereinbaren oder jeweils erklären können, einen Widerspruch aufrecht zu erhalten; dies ist jeweils dem Aufsichtsratsvorsitzenden mitzuteilen.

Korrespondierend mit diesen Änderungen wurde in § 108 Abs 1 und 2 sowie § 110 Abs 2 AktG vorgesehen, dass bei Vorschlägen zur Beschlussfassung auf § 86 Abs 7 und Abs 9 sowie § 87 Abs 2a AktG in Bedacht zu nehmen ist und in jedem Wahlvorschlag für den Aufsichtsrat in Gesellschaften, die der neuen Regelung unterliegen, zusätzlich angegeben werden muss, wie viele der Sitze im Aufsichtsrat mindestens jeweils von Frauen und Männern besetzt sein müssen, um das Mindestanteilsgebot des § 86 Abs 7 AktG zu erfüllen und ob ein Widerspruch mit § 86 Abs 9 AktG erhoben wurde. Dies gilt auch für Beschlussvorschläge von Aktionären iSd § 110 AktG.

Die erforderlichen betriebsverfassungsrechtlichen Änderungen wurden in § 110 ArbVG umgesetzt. Durch die neue Formulierung in § 110 Abs 1 ArbVG, wonach der Zentralbetriebsrat oder Betriebsrat für je zwei nach dem Aktiengesetz oder der Satzung „zu bestellende“ (nach der alten Fassung: „bestellte“) Aufsichtsratsmitglieder einen Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat entsendet, wollte der Gesetzgeber klarstellen, dass die Zahl der zu entsendenden Belegschaftsvertreter sich nicht dadurch verringert, dass die Wahl eines Kapitalvertreters wegen Verstoßes gegen § 86 Abs 7 AktG entsprechend der in Abs 8 angeordneten Rechtsfolge nichtig ist und es zum „leeren Sitz“ kommt.<sup>3</sup> Dies bringt die gesetzliche Formulierung freilich etwas verklausuliert zum Ausdruck.<sup>4</sup>

Der neue § 110 Abs 2a ArbVG ordnet an, dass in „börsennotierten Unternehmen sowie in solchen Unternehmen, in denen dauernd mehr als 1 000 Arbeitnehmer beschäftigt sind“,<sup>5</sup> unter den in den Aufsichtsrat entsandten Arbeitnehmervertretern jedes der beiden Geschlechter im Ausmaß von mindestens 30 % vertreten sein muss, sofern mindestens drei Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat zu entsenden sind und die Belegschaft zu mindestens 20 % aus Arbeitnehmerinnen bzw Arbeitnehmern besteht.

In den der neuen Regelung unterworfenen Unternehmen ist das Nominierungsrecht gem § 110 Abs 2 ArbVG in der Weise auszuüben, dass dadurch die Entsendung beider Geschlechter im Ausmaß von jeweils mindestens 30 % gewährleistet ist. Wenn die wahlwerbenden Gruppen von dem Vorschlagsrecht nicht in dieser Weise Gebrauch machen, bleiben jene Sitze, die zunächst zu besetzen sind und aus denen die Nichterreicherung des Min-

destanteils von 30 % Arbeitnehmerinnen bzw Arbeitnehmer im Aufsichtsrat folgt, bis zur Erstattung eines gesetzmäßigen Vorschlags unbesetzt; es sei denn, der Mindestanteil ist gem § 86 Abs 9 AktG erfüllt (Gesamtbetrachtung). Eine Nachnominierung auf die frei bleibenden Sitze zur Erfüllung des Mindestanteils ist jederzeit möglich (§ 110 Abs 2b ArbVG).

Bei der Berechnung der Mindestanteilsquote ist – wie im AktG – auf volle Personenzahlen zu runden; aufzurunden ist, wenn der errechnete Mindestanteil eine Dezimalstelle von mindestens fünf aufweist (§ 110 Abs 2c ArbVG).

Letztlich ordnet der neue § 110 Abs 2d ArbVG an, dass in dem betroffenen Unternehmen die Nominierung von Arbeitnehmervertretern für die Entsendung in den Aufsichtsrat abweichend von dem Verfahren gem Abs 2 erfolgen kann, sofern der Zentralbetriebsrat oder Betriebsrat einen entsprechenden einvernehmlichen Beschluss fasst und dabei der Mindestanteil der zu entsendenden Arbeitnehmerinnen bzw Arbeitnehmer gem Abs 2a gewahrt bleibt.

## 2. Erfasste Unternehmen

Anders als der deutsche Gesetzgeber, der den Geltungsbereich des Gesetzes an die paritätische Mitbestimmung anknüpfte, gilt die österreichische Regelung für börsennotierte Unternehmen und solche, die dauernd mehr als 1.000 Arbeitnehmer beschäftigen (in beiden Fällen aber nur, wenn das betreffende Geschlecht auch in der Belegschaft zu mindestens 20 % repräsentiert ist; dazu unten).

Börsennotiert sind Gesellschaften iSd § 3 AktG, dh Gesellschaften, deren Aktien an einer anerkannten Börse in Österreich, der EU, dem EWR oder einem gleichwertigen Markt in einem Drittland zugelassen sind. Das gilt seit 3. 1. 2018 mit dem BörseG 2018 für den nunmehr einheitlichen geregelten Markt, nicht hingegen für den dritten Markt.<sup>6</sup>

Nur österreichische Gesellschaften sind erfasst, auch wenn sie an einer ausländischen Börse notieren; umgekehrt aber nicht ausländische, die an einer österreichischen Börse gelistet sind.<sup>7</sup>

Eine österreichische SE mit im obigen Sinne börsennotierten Aktien fällt unter den Anwendungsbereich des Gesetzes, nicht dagegen eine GmbH, bei der zB Schuldverschreibungen an der Börse zugelassen sind; Kapitalmarktorientiertheit der Gesellschaft iSd § 189a Z 1 UGB<sup>8</sup> genügt daher nicht.<sup>9</sup>

Nicht im beschriebenen Sinne börsennotierte Unternehmen sind von der Quotenregelung nur dann erfasst, wenn die Arbeitnehmeranzahl 1.000 übersteigt, dann freilich unabhängig von

<sup>3</sup> Vgl JAB 1742 BlgNR 25. GP 4.

<sup>4</sup> Rauter, Gleichstellung im Aufsichtsrat, JAP 2017, 108 (109).

<sup>5</sup> Der Gesetzgeber verwendet in § 110 Abs 2a ArbVG den Begriff „Unternehmen“ und nicht „Gesellschaften“ wie in § 86 Abs 7 AktG. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass § 110 ArbVG die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter nicht nur in „Gesellschaften“, sondern auch in anderen Rechtsträgern regelt, die einen Aufsichtsrat haben (können), wie Genossenschaft, Sparkasse oder Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (vgl § 110 Abs 4 ArbVG).

<sup>6</sup> Vgl Kals/Bramshuber/Durstberger, Die Quote im Aufsichtsrat für Kapital- und Arbeitnehmervertreter, GesRZ 2017, 344 (345).

<sup>7</sup> Kals/Bramshuber/Durstberger, Die Quote im Aufsichtsrat für Kapital- und Arbeitnehmervertreter, GesRZ 2017, 344 (345).

<sup>8</sup> § 189a UGB listet Unternehmen auf, die als „Unternehmen im öffentlichen Interesse“ gelten, wobei die Z 1 Unternehmen nennt, deren übertragbare Wertpapiere an einem geregelten Markt innerhalb der EU oder des EWR zugelassen sind.

<sup>9</sup> Kals/Bramshuber/Durstberger, Die Quote im Aufsichtsrat für Kapital- und Arbeitnehmervertreter, GesRZ 2017, 344 (345).

der Rechtsform. Fraglich ist, wie die Wendung auszulegen ist, dass im Unternehmen „dauernd mehr als 1 000 Arbeitnehmer beschäftigt sind“. Welcher Arbeitnehmerbegriff ist für die Interpretation maßgebend? *Rauter* und *Kalss/Brameshuber/Durstberger* vertreten die Meinung, der betriebsverfassungsrechtliche Begriff des § 36 ArbVG sei ausschlaggebend.<sup>10</sup>

Zu § 29 GmbHG besagt die hM in der Tat, dass der Arbeitnehmerbegriff des Betriebsverfassungsrechts (§ 36 ArbVG) zugrunde zu legen sei, weil die Vorschrift „der organisatorischen Umsetzung der Arbeitnehmermitbestimmung“ diene.<sup>11</sup> Das ist indes schon für § 29 GmbHG zumindest fragwürdig, weil in der Norm schlicht geregelt wird, ab welcher Größe/Bedeutung die Gesellschaft ein Aufsichtsorgan benötigt. Das hat zunächst noch nichts mit Arbeitnehmermitbestimmung zu tun; nur mittelbar ist diese wegen § 110 ArbVG davon natürlich betroffen bzw wird durch die Aufsichtsratspflicht ausgelöst.

Bei der verpflichtenden Geschlechterquote im Aufsichtsrat geht es aber nicht einmal mittelbar um Arbeitnehmermitbestimmung, sodass die Anwendung von § 36 ArbVG jedenfalls nicht darauf gestützt werden kann.

Einziges aus dem (neuen) Gesetz selbst ableitbares, freilich gewichtiges Argument, das für die Maßgeblichkeit des betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffes spricht, ist der Umstand, dass auch § 110 Abs 2a ArbVG dieselbe Formulierung als Voraussetzung für die Anwendung der Geschlechterquote verwendet<sup>12</sup> und zumindest innerhalb des ArbVG vermutet werden muss, dass der Begriff „Arbeitnehmer“ in dem durch § 36 ArbVG definierten Sinne gemeint ist. Vor diesem Hintergrund würde ein Abstellen auf den arbeitsvertragsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff in § 86 Abs 7 AktG zu einer Diskrepanz innerhalb der neuen Quotenregelung, derart zu einer unterschiedlichen Zählweise für die Erfüllung der Quote bei den Belegschafts- und den Kapitalvertretern und bei der vom Gesetz als Modellfall gedachten „Gesamterfüllung“ überhaupt zu einem unlösbaren Widerspruch führen, weil dann nicht klar wäre, welcher Arbeitnehmerbegriff maßgebend ist.

Für die Anwendung des betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffes sprechen aber auch teleologische Argumente. Denn der Gesetzgeber hat mit dem Anknüpfen an eine bestimmte Mindestarbeitnehmerzahl zweifellos auf die Bedeutung derartiger Unternehmen hinweisen wollen, sodass im Zweifelsfalle jenem Arbeitnehmerbegriff der Vorzug zu geben ist, der die Bedeutung des Unternehmens besser abbildet. Dies trifft auf den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff zu.

Dessen Charakteristikum ist es ja, Arbeitnehmer zu erfassen, die „im Betrieb beschäftigt“ im Sinne von „dem Betrieb zugeordnet“ und daher in diesen Betrieb organisatorisch in einer gewissen Weise eingebunden sind.<sup>13</sup> Dies führt etwa bei der Arbeitskräfteüberlassung dazu, dass sowohl Arbeitnehmer, die einen Arbeitsvertrag mit dem Arbeitgeber als Überlasser geschlossen haben (und bei einem anderen Unternehmen tatsächlich arbeiten), als auch beim Arbeitgeber als Beschäftigter tatsächlich tätige Arbeitnehmer dem betroffenen Arbeitgeber als Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG zugeordnet sind.<sup>14</sup> Das gilt auch grenzüberschreitend; dh, bei der österreichischen Gesellschaft angestellte Arbeitnehmer, die in ausländischen Konzerngesellschaften (oder bei sonstigen Dritten) tätig sind, werden der österreichischen Gesellschaft zugerechnet.<sup>15</sup>

Der betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmerbegriff führt daher tendenziell zu einer Ausweitung der Anzahl der zu zählenden Arbeitnehmer, zumal das, was gerade zur klassischen gewerblichen Arbeitskräfteüberlassung gesagt wurde, natürlich auch für die in Konzernen vielfach übliche „Drittanstellung“<sup>16</sup> gilt. „Arbeitnehmer“ iSd § 86 AktG bzw § 110 Abs 2a ArbVG sind daher sowohl Arbeitnehmer, die (nur) durch ein arbeitsvertragsrechtliches Band mit dem arbeitgeberischen Unternehmen verbunden sind, als auch solche, die ein solches Band zwar nicht verbindet, die aber tatsächlich im Unternehmen arbeiten.

Die in § 36 ArbVG genannten Ausnahmen – insb Organmitglieder juristischer Personen (die, falls im Vorstand einer Aktiengesellschaft oder Sparkasse tätig, auch arbeitsvertragsrechtlich keine Arbeitnehmer sind) und leitende Angestellte – fallen demgegenüber als „Abzugsposten“ zahlenmäßig nicht stark ins Gewicht, wozu insb die stRsp des OGH zum Begriff des leitenden Angestellten nach § 36 Abs 2 Z 3 ArbVG beiträgt.

Bei der Zählung der maßgebenden Arbeitnehmeranzahl ist nicht – wie zB nach § 29 GmbHG – eine Jahres-Durchschnittsbetrachtung anzustellen, sondern es muss die gesetzliche Schwelle „dauernd“ überschritten werden, weshalb ein Absinken auch nur in einem Monat des Jahres dazu führt, dass die Schwelle nicht erfüllt ist. *Kalss/Brameshuber/Durstberger*<sup>17</sup> verweisen überzeugend auf die Berechnungsmethode des § 24 Abs 2 GenG, sodass der Vorstand am 1. Jänner eines jeden Jahres festzustellen hat, ob im abgelaufenen Jahr dauernd mehr als 1.000 Arbeitnehmer beschäftigt waren. Nur wenn der Wert in jedem Monat des vorangegangenen Jahres über 1.000 liegt, ist die Quote erfüllt und für

<sup>13</sup> Vgl dazu näher *Tomandl*, ArbVG § 36 Rz 10 f.

<sup>14</sup> Vgl für alle *Tomandl*, ArbVG § 36 Rz 11.

<sup>15</sup> Anscheinend aM, vielleicht aber nur missverständlich *Kalss/Brameshuber/Durstberger*, GesRZ 2017, 344 (346). Mit dem „Territorialitätsprinzip des Arbeitsverfassungsrechts“ kann ein abweichendes Ergebnis entgegen den Autoren nicht begründet werden, denn die bei der österreichischen Gesellschaft angestellten Arbeitnehmer sind schon aufgrund dieser Tatsache Arbeitnehmer der österreichischen Gesellschaft iSd § 36 ArbVG und ihr Dienort kann auch dauerhaft und nicht bloß vorübergehend (so aber *Kalss/Brameshuber/Durstberger*, GesRZ 2017, 344 [346]) im Ausland liegen.

<sup>16</sup> Vgl dazu für alle *Runggaldier/G. Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991) 98 ff; *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge<sup>4</sup> (2014) 17 f.

<sup>17</sup> GesRZ 2017, 344 (346).

<sup>10</sup> *Rauter*, Gleichstellung im Aufsichtsrat, JAP 2017, 108 mit Verweis darauf, der Begriff sei „auch aus dem ArbVG bekannt“ und § 110 ArbVG nF treffe eine vergleichbare Regelung im Zusammenhang mit der 1.000-Arbeitnehmer-Grenze; *Kalss/Brameshuber/Durstberger*, GesRZ 2017, 344 (346) ohne Begründung bzw mit der bloßen Behauptung, der Begriff orientiere sich „gleich wie nach § 29 GmbHG oder § 24 GenG für die Aufsichtsratspflicht“ am betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff.

<sup>11</sup> *A. Heidinger* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 29 Rz 41; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 29 Rz 12; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I Rz 4/32; *Rauter* in *Straube*, WK GmbHG § 29 Rz 57.

<sup>12</sup> Darauf hinweisend auch *Rauter*, JAP 2017, 108.

das drauffolgende Kalenderjahr anwendbar. Während durch die Art der vom Unternehmen entfaltenen Tätigkeit (saisonal schwankende Branche) bedingte Reduktionen der Belegschaftszahl auf die (Nicht-)Erfüllung der Arbeitnehmermindestzahl durchschlagen, müssen willkürliche Senkungen des Belegschaftsstandes als die gesetzliche Folge nicht beseitigende Umgehungen gewertet werden.<sup>18</sup> Die Abgrenzung kann schwierig sein.

Die dauernde Beschäftigung von mehr als 1.000 Arbeitnehmern muss in der „Gesellschaft“ (§ 86 Abs 7 AktG) erfolgen. Das bedeutet, dass keine konzernbezogene Betrachtung anzustellen,<sup>19</sup> sondern der Anknüpfungspunkt die betroffene Gesellschaft ist. Für § 110 Abs 2a ArbVG gilt, dass der durch die Einheitlichkeit des Rechtsträgers gekennzeichnete Unternehmensbegriff des Betriebsverfassungsrechts maßgebend ist.<sup>20</sup> Dies bedeutet letztlich, dass den betroffenen Unternehmen ein nicht unbeträchtlicher Gestaltungsspielraum zukommt, wenn sie es darauf anlegen, die Anwendung des Gesetzes zu vermeiden.<sup>21</sup> Arbeitskräfteüberlassung innerhalb des Konzerns ist – wie oben gezeigt – freilich kein taugliches Mittel, der Quote zu entgehen, weil der Arbeitnehmerbegriff des § 36 ArbVG dem Arbeitgeber sowohl die an Dritte überlassenen als auch die von Dritten beschäftigten Arbeitnehmer zurechnet. Ausgliederungen in selbstständige rechtliche Einheiten im Wege der Gesamt- oder Einzelrechtsnachfolge eignen sich zur legalen Vermeidung der Quotenanwendung indes sehr wohl.<sup>22</sup>

Sowohl börsennotierte Gesellschaften im dargestellten Sinne als auch solche Unternehmen, in denen dauernd mehr als 1.000 Arbeitnehmer beschäftigt sind, fallen unter die neue Quotenregelung nur, wenn das betroffene Geschlecht mit mindestens 20 % in der Belegschaft vertreten ist. Obwohl der Gesetzgeber mit „Belegschaft“ einen neuen Begriff einführt, muss hier im Sinne der einheitlichen Auslegung jedenfalls auf den Arbeitnehmerbegriff des § 36 ArbVG abgestellt werden und gefragt werden, ob mindestens 20 % der Gesamtheit der Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG Männer bzw Frauen sind. Dieses die Anwendbarkeit des Gesetzes (weiter) einschränkende Kriterium entbehrt jeder sachlichen Rechtfertigung.<sup>23</sup> Der Gesetzgeber hat auch gar nicht versucht, die Sachlichkeit dieses Kriteriums zu begründen. Bei der Erfüllung der Quote nur durch die *Arbeitnehmervertreter*, also bei

– nach dem neuen Gesetz, wie schon gesagt, nicht das Grundmodell bildender – Getrennterfüllung, könnte dem Merkmal noch gewisse Sachlichkeit attestiert werden, weil ein Belegschaftsorgan zB in einem stahlerzeugenden Unternehmen, mit traditionell geringer Frauenquote,<sup>24</sup> in der Tat ein (noch) größeres Problem haben könnte, aus dem sehr begrenzten Pool an Arbeitnehmerinnen des Unternehmens ein oder gar mehr weibliche Aufsichtsratsmitglied(er) zu finden, das/die bereit ist/sind, die mit der Aufsichtsrats Tätigkeit zu tragende Verantwortung zu übernehmen. Mit anderen Worten: Das vom Gesetz vorgegebene und auf die Belegschaft des Unternehmens beschränkte Reservoir an Personen, die in den Aufsichtsrat überhaupt entsendet werden dürfen,<sup>25</sup> könnte eine gewisse sachliche Rechtfertigung dafür bilden, durch eine Mindestquote dem entsendenden Belegschaftsorgan die Zusammenstellung der „Arbeitnehmerbank“ zu erleichtern.

Für die Kapitalvertreter gilt dies indes nicht, denn diese können von überall her (insb aus dem Ausland) kommen. Vor allem ignoriert der Gesetzgeber den Umstand, dass der Aufsichtsrat nicht die Belegschaft repräsentieren soll, somit auch nicht dieser in seiner Zusammensetzung zu ähneln braucht, sondern vielmehr den Vorstand zu überwachen hat. Welche Rolle es für die geschlechtermäßige Zusammensetzung des Aufsichtsrates spielen soll, wie die geschlechtermäßige Zusammensetzung der Belegschaft des Unternehmens aussieht, ist unerfindlich, sodass der von *Kalss/Brameshuber/Durstberger* gezogene Schluss, es handle sich um eine reine Willkürmaßnahme (die das deutsche Gesetz selbstredend nicht kennt), sehr naheliegend ist.

### 3. Auswirkungen auf die Entsendung von Belegschaftsvertretern in den Aufsichtsrat

Mit dem neuen Gesetz wurden auch die Vorschriften in § 110 ArbVG betreffend die Entsendung von Belegschaftsvertretern im Aufsichtsrat – auch innerhalb des Konzerns – angepasst. Auch für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gilt die Quotenregelung; deren konkrete Umsetzung im Einzelfall ist freilich komplex und wirft diverse Auslegungsfragen auf.<sup>26</sup>

Wie schon oben angedeutet, soll die geänderte Formulierung in § 110 Abs 1 ArbVG, wonach der (Zentral-)Betriebsrat für je zwei nach dem Aktiengesetz oder der Satzung „zu bestellende“ (statt bisher: „bestellte“) Aufsichtsratsmitglieder einen Arbeitnehmervertreter entsendet, klarstellen, dass die Anzahl der zu

18 Vgl *Kalss/Brameshuber/Durstberger* GesRZ 2017, 344 (346).

19 *Kalss/Brameshuber/Durstberger*, GesRZ 2017, 344 (346).

20 Vgl dazu *G. Schima*, Rechtsträgerübergreifende Unternehmen im österreichischen Betriebsverfassungsrecht? RdW 1994, 81.

21 Vgl *Zimmermann/Call*, Änderungen im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, *ecolex* 2017, 1078 (1079).

22 Vgl *Kalss/Brameshuber/Durstberger*, GesRZ 2017, 344 (347).

23 *Kalss/Brameshuber/Durstberger*, GesRZ 2017, 344 (47), bezeichnen die Grenze als „willkürliche Maßnahme des Gesetzgebers, [...] um den Kreis der verpflichteten Gesellschaften möglichst gering zu halten“. Etwas kurios anmutende Konsequenz der Vorschrift ist außerdem, dass bei einer zu mindestens 80 % aus Männern bestehenden Belegschaft der Aufsichtsrat nicht rein weiblich sein darf (vgl *Zimmermann/Call*, *ecolex* 2017, 1078 [1079], die origineller Weise das gegenteilige Beispiel hervorheben, nämlich dass bei einer zu mindestens 80 % aus Frauen bestehenden Belegschaft der Aufsichtsrat nicht nur aus Männern bestehen darf, was aber dem erkennbaren Grundanliegen des Gesetzes entspricht).

24 So erfüllt zB nach den dem Verfasser vorliegenden Daten die voestalpine AG die Voraussetzung aufgrund eines unter 20 % liegenden Frauenanteils derzeit nicht.

25 Anders, als dies der deutsche Gesetzgeber schon Jahre vor der Einführung einer verpflichtenden Geschlechterquote im Aufsichtsrat, nämlich 2001 mit § 15 Abs 2 dBetrVG (freilich in letzter Konsequenz auch zahnlos), getan hat, sah der österreichische Gesetzgeber nach wie vor davon ab, eine verpflichtende Geschlechter- bzw Frauenquote für den Betriebsrat vorzuschreiben, um das Reservoir an aufsichtsratsfähigen Frauen zu vergrößern (vgl auch *Kalss/Brameshuber/Durstberger*, GesRZ 2017, 344 [359]).

26 Vgl dazu sehr ausführlich *Kalss/Brameshuber/Durstberger*, GesRZ 2017, 344 (354 ff).



entsendenden Arbeitnehmervertreter nicht dadurch sinkt, dass bei den Kapitalvertretern wegen Nichterfüllung der Quote ein Sitz leer bleibt.<sup>27</sup> Die Gesetzmaterialien<sup>28</sup> meinen darüber hinaus, bei einer satzungsmäßig vorgegebenen Bandbreite von Aufsichtsratsmitgliedern sei die Anzahl der tatsächlich bestellten Aufsichtsratsmitglieder relevant, „jedenfalls aber die Untergrenze“. Rauter<sup>29</sup> weist zu Recht darauf hin, dass der Gesetzestext die Intention der Materialien nicht wirklich abbildet. In der Tat ist es ja so, dass im Fall einer satzungsmäßigen Bandbreite an Aufsichtsratsmitgliedern bei einem Absinken der tatsächlich bestellten Anzahl innerhalb der Bandbreite sich zunächst nicht sagen lässt, welche Anzahl an Aufsichtsratsmitgliedern „zu bestellen“ ist. Denn in einem solchen Fall muss die nächste Hauptversammlung vor der (allenfalls) durchzuführenden Wahl einen – vom Wahlbeschluss zu trennenden – Beschluss darüber fassen, wie viele Aufsichtsratsmitglieder (innerhalb der satzungsmäßigen Bandbreite) tatsächlich bestellt werden sollen (§ 87 Abs 1, zweiter Satz AktG).<sup>30</sup>

Dennoch kann das von den Gesetzmaterialien intendierte Ergebnis durch Auslegung des Gesetzes mE noch erreicht werden: wenn der Aufsichtsrat weniger Kapitalvertreter zählt, als die Satzung mindestens vorschreibt, muss für die Anzahl der zu entsendenden Arbeitnehmervertreter (vorerst) die satzungsmäßige Mindestzahl relevant sein. Man muss insofern die über die satzungsmäßige Mindestzahl hinaus tatsächlich innerhalb der satzungsmäßigen Bandbreite bestellten Aufsichtsratsmitglieder als „zu bestellende“ qualifizieren. Andernfalls käme man zu der grotesken und dem gesetzlichen Anliegen klar zuwiderlaufenden Konsequenz, dass Kapitalvertreter, die über die von der Satzung vorgeschriebene Mindestzahl hinaus bestellt werden, keinen Einfluss auf die Anzahl der Belegschaftsvertreter haben.

Die gesetzliche Vorgabe in § 86 Abs 7 AktG, dass die Geschlechterquote nur gilt, wenn der Aufsichtsrat aus mindestens sechs Kapitalvertretern besteht, würde iVm § 110 Abs 2a ArbVG, wonach die Quote von den Belegschaftsvertretern zu erfüllen ist, wenn mindestens drei Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat zu entsenden sind, dazu führen, dass bei bloß fünf Kapitalvertretern, denen gem § 110 Abs 1 letzter Satz ArbVG drei Arbeitnehmervertreter gegenüberstünden, nur die Arbeitnehmer-, nicht aber die Kapitaleseite die Quote zu erfüllen hätte. Rauter<sup>31</sup> bezeichnete dies als „Versehen des Gesetzgebers“ und auch Kalss/Brameshuber/Durstberger<sup>32</sup> plädieren in diesem Fall für eine Nichtanwendung der Quotenregelung auf den gesamten Aufsichtsrat, weil dies die „notwendig einheitliche Auslegung“ des Gesetzes gebiete. Dies überzeugt und folgt auch aus dem im Gesetz vorgegebenen – wenn auch dispositionsfähigen – Grundsatz

der Gesamterfüllung. Der Gesetzgeber dürfte den Fall in der Tat nicht bedacht haben.<sup>33</sup>

Auch bei den Arbeitnehmervertretern gibt es die Konsequenz des „leeren Sitzes“, was insb dann der Fall ist, wenn beim Ausscheiden eines Belegschaftsvertreters die Nachnominierung durch die betroffene Liste erfolgt und die Belegschaftsvertreter insgesamt die Quote nicht erfüllt haben.<sup>34</sup>

Bei der Neuentsendung von Belegschaftsvertretern – als Konsequenz einer neuen (Zentral-)Betriebsratswahl – ist § 110 Abs 2b ArbVG so zu interpretieren, dass es keine bestimmte Reihenfolge hinsichtlich der Besetzungsrechte der einzelnen Listen und daher auch nicht hinsichtlich der zu besetzenden Aufsichtsratsmandate gibt. Wenn bei drei vorschlagsberechtigten Listen zwei wegen ihrer Größe ein weibliches Aufsichtsratsmitglied (oder mehrere) zu nominieren haben und beide Listen dieser Pflicht nicht nachkommen, müssen selbst dann die Aufsichtsratsitze beider Listen frei bleiben, wenn die dritte Liste eine Frau nominiert, obwohl sie dazu nicht verpflichtet wäre, weil sie nur ein Aufsichtsratsmitglied vorzuschlagen hat.<sup>35</sup> Ein anderes Ergebnis würde voraussetzen, dass man eine Reihenfolge der Nominierungsverpflichtung ermittelt, wofür das Gesetz aber keine taugliche Grundlage bietet. Wenn es nur zwei Listen gibt und die zur Erfüllung der Quote verpflichtete (größere) Liste ihrer Verpflichtung nicht nachkommt, kann diese freilich von der anderen (kleineren) Liste erfüllt werden, sodass der der quotenpflichtigen Liste zustehende Aufsichtsratsitz nicht freibleibt.<sup>36</sup>

§ 110 Abs 2d ArbVG ermöglicht es, bei „einvernehmlichem“ Beschluss im Zentralbetriebsrat eine von § 110 Abs 2 ArbVG abweichende Nominierung durchzuführen – unter der Voraussetzung, dass die Quotenerfüllung nach § 110 Abs 2a ArbVG gesichert bleibt. Voraussetzung dafür ist ein Beschluss innerhalb des Zentralbetriebsrats, dh „ein über die Listen hinweg bestehendes Einvernehmen“.<sup>37</sup> Dass dafür ein „einstimmiger“ Beschluss des Zentralbetriebsrats erforderlich sei,<sup>38</sup> sagt das Gesetz nicht und ist mE auch überschießend. Denn dem gesetzlichen Anliegen und Sinn und Zweck der Regelung ist schon dann Rechnung getragen, wenn der Beschluss des Zentralbetriebsrats innerhalb jeder Liste zumindest die einfache Mehrheit findet.

Im Konzern ist die Angelegenheit noch etwas verwickelter; aus Platzgründen kann darauf nur cursorisch eingegangen werden.<sup>39</sup>

Grundsätzlich gilt die Geschlechterquote bei der Entsendung von Belegschaftsvertretern im Konzern nur für die vom Zentralbetriebsrat des herrschenden Unternehmens entsendeten, nicht aber für die von den (Zentral-)Betriebsräten der beherrschten Unternehmen in den Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens gewählten Arbeitnehmervertreter. Nun kann die Regelung

<sup>33</sup> So auch Kalss/Brameshuber/Durstberger, GesRZ 2017, 344 (354).

<sup>34</sup> Vgl zu diesem Fall Kalss/Brameshuber/Durstberger, GesRZ 2017, 344 (355).

<sup>35</sup> Überzeugend Kalss/Brameshuber/Durstberger, GesRZ 2017, 344 (356).

<sup>36</sup> Vgl Kalss/Brameshuber/Durstberger, GesRZ 2017, 344 (356).

<sup>37</sup> So Kalss/Brameshuber/Durstberger, GesRZ 2017, 344 (357).

<sup>38</sup> So Kalss/Brameshuber/Durstberger, GesRZ 2017, 344 (357).

<sup>39</sup> Vgl dazu ausführlich Kalss/Brameshuber/Durstberger, GesRZ 2017, 344 (357 f).

<sup>27</sup> JAB 1742 BlgNR 25. GP 4.

<sup>28</sup> JAB 1742 BlgNR 25. GP 4.

<sup>29</sup> Rauter, JAP 2017, 108 (109).

<sup>30</sup> Vgl dazu Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 86 Rz 15 und § 87 Rz 19.

<sup>31</sup> JAP 2017 108 (109).

<sup>32</sup> GesRZ 2017, 344 (354).

des § 110 Abs 6, 2. Satz ArbVG bei einer im Verhältnis zu den beherrschten Unternehmen geringen Arbeitnehmeranzahl im beherrschenden Unternehmen dazu führen, dass dessen (Zentral-) Betriebsrat nur *einen* Arbeitnehmervertreter entsenden darf.<sup>40</sup>

Für diesen Fall vertreten *Kalss/Brameshuber/Durstberger*,<sup>41</sup> dass der Zentralbetriebsrat jedenfalls eine Frau zu entsenden hat, sofern nicht die beherrschten Unternehmen wenigstens eine Frau durch Wahl entsendet haben. Dies überzeugt jedoch nicht. Denn eine direkte Quotenverpflichtung existiert für die Arbeitnehmervertreter der beherrschten Unternehmen gerade nicht und kann auch durch Interpretation aus dem Gesetzestext nicht abgeleitet werden.<sup>42</sup> Deshalb müssen die vom Zentralbetriebsrat entsendeten Arbeitnehmervertreter für die Anwendung der Quote als geschlossene Einheit angesehen werden; würde man dem Zentralbetriebsrat die Verpflichtung auferlegen, die Geschlechterquote (de facto: Frauenquote) für den *gesamten* Aufsichtsrat des beherrschenden Unternehmens zu erfüllen, obwohl er nur einen kleinen Teil der „Arbeitnehmerbank“ beschicken darf, wäre dies mE eine völlig überschießende und unsachliche Regelung.

Das Problem ist zwar dadurch für die Praxis entschärft, dass für die Beantwortung der Frage nach der Geltung der Geschlechterquote die Arbeitnehmeranzahl des beherrschenden Unternehmens (Konzernobergesellschaft) maßgebend ist,<sup>43</sup> dh dauernd mindestens 1.000 betragen muss. Das wird bei reinen Holding-Gesellschaften so gut wie nie vorkommen; bei operativ tätigen Konzernobergesellschaften wird wiederum der Fall, dass nur ein Arbeitnehmervertreter vom (Zentral-)Betriebsrat durch die Konzernobergesellschaft entsendet werden darf, selten sein, setzt er doch sehr hohe Belegschaftszahlen in den beherrschten Unternehmen voraus.

Bei Vorhandensein einer Konzernvertretung entsendet nur diese die Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat des beherrschenden Unternehmens. Hierbei sind zwei Kurien zu bilden, wobei die erste aus den Zentralbetriebsratsmitgliedern der Konzernobergesellschaft gebildet wird, die berechtigt sind, jene Anzahl an Arbeitnehmervertretern vorzuschlagen, die ihnen nach dem Verhältnis der Belegschaftsstärke zustehen; die zweite Kurie besteht aus den entsendungsberechtigten (Zentral-)Betriebsräten der beherrschten Unternehmen. Beide Kurien müssen die Quote grundsätzlich gem § 110 Abs 6b letzter Satz, ArbVG getrennt erfüllen, wovon wiederum durch einen „*einvernehmlichen*“ (nicht notwendigerweise einstimmigen; siehe oben) Beschluss gem § 110 Abs 2d ArbVG abgegangen werden kann.<sup>44</sup>

#### 4. Getrennte oder gemeinsame Erfüllung der Mindestquote durch Kapital- und Belegschaftsvertreter

Wie das deutsche Vorbild sieht auch das österreichische Gesetz als Grundsatz die Gesamterfüllung der Geschlechterquote durch Kapital- und Belegschaftsvertreter im Aufsichtsrat vor: „*der Mindestanteil ist vom Aufsichtsrat insgesamt zu erfüllen*“ (§ 86 Abs 9, 1. Satz AktG). Bei Anwendung dieses Grundsatzes kann eine Seite (Kapital- oder Belegschaftsvertreter) „profitieren“, wenn die jeweils andere Seite die Quote (de facto: Frauenquote) bereits übererfüllt hat, weil dann für die nächste anstehende Wahl bzw. Entsendung der die Quote nicht erfüllenden Seite mehr Handlungsspielraum besteht. Sind zB alle drei vom Betriebsrat in den Aufsichtsrat entsandten Mitglieder weiblich, müsste die Hauptversammlung bei sechs männlichen Kapitalvertretern, wenn einer ausgeschieden ist, erneut keine Frau wählen.

Um diesen Umständen Rechnung zu tragen und jeder Seite die Möglichkeit zu geben, sich gegen die Erledigung der „Hausaufgaben“ der anderen Seite zu wehren, statuiert § 86 Abs 9 AktG, dass statt Gesamterfüllung der Grundsatz der Getrennt-Erfüllung der Quote durch die Kapitalvertreter- bzw Arbeitnehmerseite gilt, wenn die Mehrheit der Kapitalvertreter oder die Mehrheit der Arbeitnehmervertreter spätestens sechs Wochen vor einer Wahl oder Entsendung der Gesamterfüllung gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden widerspricht.

Zwar hat der österreichische Gesetzgeber nicht das Versäumnis des deutschen begangen, den Zeitpunkt, bis zu dem der Widerspruch erklärt werden kann, offenzulassen;<sup>45</sup> dafür ist dem Gesetz nicht zu entnehmen, wie die Willensbildung erfolgen soll, wohingegen in Deutschland angeordnet ist, dass jede „Bank“ einen Mehrheitsbeschluss zu fassen hat. Denn die Regelung weist ja eine im österreichischen Gesellschaftsrecht bisher nicht gekannte Besonderheit auf: das Gesetz knüpft Rechte (oder auch Pflichten) an der „Kapitalvertreterseite“ bzw „Arbeitnehmerseite“ im Aufsichtsrat an, die bisher als solche nicht Träger von Rechten und Pflichten sind. Die Gesamtheit der Kapitalvertreter oder die Gesamtheit der Arbeitnehmervertreter ist nicht einem Ausschuss gleichzusetzen,<sup>46</sup> und die Kapitalvertreter bzw Arbeitnehmervertreter handeln – anders als ein Ausschuss – auch nicht für den Aufsichtsrat als Ganzes, sondern nur für ihre jeweilige Seite.<sup>47</sup>

Dass der Gesetzgeber hier die „Arbeitnehmerbank“ bzw „Kapitalvertreterbank“ gesondert anspricht, ist eine Regelungstechnik, die man am ehesten aus dem öffentlichen Recht und zB den das Parlament betreffenden Rechtsvorschriften in Gestalt der so-

<sup>40</sup> Selbst dieses Recht besteht nach § 110 Abs 6, 3. Satz ArbVG nicht, wenn sich die Tätigkeit des herrschenden Unternehmens auf die Verwaltung von Unternehmensanteilen der beherrschten Unternehmen beschränkt.

<sup>41</sup> GesRZ 2017, 344 (357 f).

<sup>42</sup> So auch *Kalss/Brameshuber/Durstberger*, GesRZ 2017, 344 (358).

<sup>43</sup> *Kalss/Brameshuber/Durstberger*, GesRZ 2017, 344 (358).

<sup>44</sup> Vgl *Kalss/Brameshuber/Durstberger*, GesRZ 2017, 344 (358).

<sup>45</sup> Vgl zu den sich dadurch in Deutschland stellenden Fragen *Grobe*, Die Geschlechterquote für Aufsichtsrat und Vorstand, AG 2015, 289 (292 f); *Oetker*, Die zwingende Geschlechterquote für den Aufsichtsrat – vom historischen Schritt zur Kultivierung einer juristischen terra incognita, ZHR 199 (2015) 707 (722 f).

<sup>46</sup> *Grobe*, AG 2015, 289 (291 f).

<sup>47</sup> Vgl *Kalss/Brameshuber/Durstberger*, GesRZ 2017, 344 (352).

genannten „Fraktionen“ kennt.<sup>48</sup> Man muss diese Konstruktion wohl als *Teilorgan* des Aufsichtsrates deuten.<sup>49</sup>

Dem Gesetz ist nicht zu entnehmen, dass die Willensbildung der Kapitalvertreter- oder der Arbeitnehmerseite zwingend mittels Beschlusses zu erfolgen hat. Das Gesetz stellt auch nicht sicher, dass sich alle Kapitalvertreter oder Arbeitnehmervertreter am Willensbildungsprozess beteiligen,<sup>50</sup> ja es stellt nicht einmal Formerfordernisse für den Widerspruch auf. Da auch keine zwingenden teleologischen Überlegungen ersichtlich sind, die ein Beschlussverfahren unbedingt erfordern, genügt es mE, wenn bis zum im Gesetz bezeichneten Zeitpunkt die Mehrheit der Kapitalvertreter und/oder die Mehrheit der Belegschaftsvertreter schriftlich oder mündlich beim Aufsichtsratsvorsitzenden einen Widerspruch deponiert.<sup>51</sup>

Die Formulierung des Gesetzes könnte man fast so verstehen, als sei der Aufsichtsratsvorsitzende selbst von der Abgabe eines Widerspruches ausgeschlossen. Dem ist aber selbstverständlich nicht so: der Aufsichtsratsvorsitzende, der de facto immer von der Kapitalvertreterseite gestellt wird, kann einen solchen Widerspruch genauso erheben und daher „an sich selbst“ richten; seine Stimme wird in gleicher Weise mitgezählt.

Zweckmäßig ist es freilich schon, den Widerspruch in Beschlussform zu organisieren. Rechtlich sauber ist dies mE nur in der Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat möglich, die sich der Aufsichtsrat selbst durch Beschluss gibt. Darin könnte festgelegt werden, dass bis zu einem bestimmten Zeitpunkt vor dem gesetzlich festgelegten Endtermin der Aufsichtsratsvorsitzende (de facto immer ein Kapitalvertreter) für die Kapitalvertreterseite bzw der Vorsitzende des (Zentral-)Betriebsrates im Aufsichtsrat für die Arbeitnehmerseite eine Sitzung der Kapital- bzw Arbeitnehmervertreter einberuft und darin abgestimmt wird.

Aufgrund der gesetzlichen Vorgabe, die beiden „Bänken“ gesonderte und voneinander unabhängige Befugnisse in Bezug auf den Widerspruch einräumt, kann die Aufsichtsratsgeschäftsordnung ein solches Beschluss-Prozedere aber nicht gegen die Stimmen der Mehrheit der Belegschaftsvertreter festlegen. Besteht ein neunköpfiger Aufsichtsrat zu einem Drittel aus Belegschaftsvertretern, darf der Beschlussfassung über eine derartige, für beide „Bänke“ geltende Regelung in der Aufsichtsrats-Geschäfts-

ordnung maximal *ein* Belegschaftsvertreter widersprechen; anderenfalls hat das Prozedere für die Arbeitnehmervertreterseite keine Bindungswirkung. Denn die Belegschaftsvertreter müssen mit Mehrheit festlegen können, wie ihr Widerspruch ggf organisiert wird.

Regelt die Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat kein bestimmtes Prozedere, wäre zu überlegen, ob die „Teilorgane“ Kapitalvertreter bzw Belegschaftsvertreter nicht ohne Befassung des Aufsichtsratsplenums Geschäftsordnungen mit der Festlegung des Willensbildungsprozesses für den Widerspruch erlassen können. Dafür spricht, dass der Gesetzgeber den beiden „Bänken“ eingeschränkte Rechtsfähigkeit zuerkannt hat, weil § 86 Abs 9 letzter Satz AktG den Kapitalvertretern und den Arbeitnehmervertretern das Recht einräumt, „für einen bestimmten Zeitraum einen Verzicht auf das Widerspruchsrecht [zu] vereinbaren oder jeweils [zu] erklären, einen Widerspruch aufrecht zu erhalten.“

Die beiden „Bänke“, denen bis zum Inkrafttreten der neuen gesetzlichen Regelung keinerlei Rechte oder Pflichten zukamen, können daher sogar Verträge schließen. Die Kompetenz zur Erlassung einer „Teilgeschäftsordnung“ findet in dieser beschränkten Rechtsfähigkeit Deckung.<sup>52</sup>

Der Widerspruch gegen die Gesamterfüllung wirkt nach ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung nur für die jeweils nächste Wahl oder Entsendung. Mittels Vereinbarung kann der Verzicht auf das Widerspruchsrecht „für einen bestimmten Zeitraum“ vereinbart werden. Dieses Merkmal des „bestimmten Zeitraums“ wiederholt der Gesetzgeber – wenn man den Satz semantisch korrekt liest – bei der *Aufrechterhaltung* des Widerspruchsrechts nicht, und er spricht dort auch nicht von „vereinbaren“, sondern von „erklären“. Man wird die Wendung „bestimmter Zeitraum“ mE nicht so zu verstehen haben, dass die Vereinbarungen tatsächlich nur *befristet* abgeschlossen werden können; vielmehr spricht mE nichts dagegen, Vereinbarungen auf unbestimmte Zeit mit Kündigungsmöglichkeit abzuschließen.<sup>53</sup> Für die Kündigung muss aber eine angemessene Frist vorgesehen werden; die Vereinbarung einer fristlosen Kündigungsmöglichkeit (ohne wichtigen Grund) ist mE unzulässig. Andernfalls könnte eine Seite, die die Quote übererfüllt und mit der anderen Seite vereinbart hat, auf den Widerspruch gegen die Gesamterfüllung zu verzichten, ganz knapp vor der nächsten Wahl bzw Entsendung die Vereinbarung fristlos aufzukündigen und damit die die Quote nicht erfüllende Seite in die problematische Lage zu bringen, binnen sehr kurzer Zeit ein (de facto) weibliches Aufsichtsratsmitglied zu finden, anderenfalls die Rechtsfolge des „leeren Stuhls“ droht.

48 Vgl *Grobe*, AG 2015, 289 (291).

49 So *Grobe*, AG 2015, 289 (292) unter Berufung auf *Gierke*, Genossenschaftstheorie 686.

50 Vgl auch *Kalss/Brameshuber/Durstberger*, GesRZ 2017, 344 (352).

51 Anders anscheinend *Kalss/Brameshuber/Durstberger*, GesRZ 2017, 344 (352), die nur die Willensbildung via Beschlussfassung behandeln und ausführen, dass die Willensbildung den für die Beschlussfassung in Ausschüssen geltenden Grundsätzen folge. Das steht so freilich eindeutig nicht im Gesetz, und es ist kein zwingender Grund ersichtlich, nur die Abstimmung mittels Beschlussfassung zuzulassen. Dagegen spricht vor allem auch, dass ohne Regelung in der Geschäftsordnung ja nicht einmal klar wäre, wer das Beschlussverfahren zu initiieren hat. Der Aufsichtsratsvorsitzende scheint prädestiniert, aber wenn, dann müsste man wohl jedem Mitglied der entsprechenden „Bank“ ein „Einberufungsrecht“ einräumen. Das alles kann aber mangels gegenteiliger Regelung in der Geschäftsordnung kein Aufsichtsratsmitglied davon abhalten, gegenüber dem Vorsitzenden formlos (sinnvollerweise natürlich schriftlich) seinen Widerspruch als Einzelerklärung abzugeben.

52 So im Ergebnis, wenngleich ohne nähere Begründung, aber unter Verweis auf die deutschen Gesetzesmaterialien auch *Kalss/Brameshuber/Durstberger*, GesRZ 2017, 344 (352).

53 AM offenbar *Kalss/Brameshuber/Durstberger*, GesRZ 2017, 344 (353), die tatsächlich nur befristete Vereinbarungen zuzulassen scheinen und auf die unterschiedliche gesetzliche Formulierung beim Verzicht und bei der Aufrechterhaltung des Widerspruchs nicht eingehen. Vermutlich ist diese in der Tat nur der sprachlichen Unzulänglichkeit des Gesetzgebers geschuldet.

Dass der Gesetzgeber es jeder Seite ermöglicht, die Aufrechterhaltung des Widerspruches zu „erklären“ (statt eine solche „zu vereinbaren“), ist wohl auch eher auf Unbedachtheit in der Wortwahl zurückzuführen. Hätte der Gesetzgeber bloß die einseitige Erklärung der Aufrechterhaltung des Widerspruches vor Augen gehabt, hätte er dies nicht gesondert regeln müssen. Denn es versteht sich von selbst, dass jede „Bank“ einen Widerspruch wiederholen kann; das bedarf jedoch gesonderter Erklärung und ist als neuer Widerspruch zu werten.<sup>54</sup> Die *einseitige* Erklärung, den Widerspruch über einen längeren Zeitraum als für die jeweils nächste Wahl aufrechtzuerhalten, ist hingegen mE nicht möglich, auch wenn man § 86 Abs 9 letzter Satz AktG – wörtlich genommen – so verstehen könnte. Vielmehr muss die Regelung so verstanden werden, dass der Gesetzgeber den Abschluss von *Vereinbarungen* gestatten wollte, in der die beiden „Bänke“ übereinkommen, einen Widerspruch gegen die Gesamterfüllung über einen längeren (mE entweder befristeten oder unbefristeten) Zeitraum aufrechtzuerhalten.

### 5. Rechtsfolge bei Wahlen/Entsendungen in Verletzung der Mindestquotenanforderung

Gem § 86 Abs 8 erster Satz AktG ist eine in Verstoß gegen das „Mindestanteilsgebot“ in § 86 Abs 7 AktG durchgeführte Wahl oder Entsendung *nichtig*. Die Nichterfüllung der Quote muss richtigerweise im Bericht an die Hauptversammlung gem § 96 AktG und im Corporate-Governance-Bericht offengelegt werden.<sup>55</sup>

Das AktG kennt für die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern grundsätzlich kein besonderes Beschlussverfahren.<sup>56</sup> Für die börsennotierte AG ist freilich die Einzelabstimmung zwingend,<sup>57</sup> denn § 87 Abs 3 dritter Satz AktG lässt nur für die nicht börsennotierte AG einen einheitlichen Abstimmungsvorgang zu („Blockabstimmung“), wenn kein Aktionär widerspricht.

Da bei der Einzelabstimmung der chronologisch erste Wahlvorgang unwirksam ist, der die Quote nicht erfüllt,<sup>58</sup> bei der Blockabstimmung dagegen die gesamte Wahl,<sup>59</sup> ist zumindest in jenen Gesellschaften bzw Fallkonstellationen, in denen nicht von vornherein eine Geltung der Quotenregelung ausscheidet, die Einzelabstimmung zu empfehlen.<sup>60</sup>

Die Nichtigkeitssanktion gilt auch für das Nachrücken von Ersatzmitgliedern, weil für die Beurteilung der Quotenerfüllung nicht der Zeitpunkt der Wahl, sondern der des Nachrückens

maßgebend ist, mit dem erst die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat erlangt wird.<sup>61</sup>

Und sie gilt ebenso für entsandte Kapitalvertreter im Aufsichtsrat, sodass der Entsendevorgang nichtig ist und das entsendete Mitglied die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat nicht erlangt, wenn die Quote nicht erfüllt wird.<sup>62</sup> Syndikatsverträge mit geschlechtsbezogenen Klauseln (zB der Vorgabe, dass der an Jahren älteste männliche Nachkomme einer bestimmten Person, zB Unternehmensgründers, zu entsenden ist)<sup>63</sup> können die Entsendung nicht gegen § 86 Abs 7 und 8 AktG immunisieren, weil sie insofern gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Dasselbe gilt für entsprechende Satzungsregelungen.<sup>64</sup>

Die Bestimmung, dass im Falle der Nichtigerklärung einer Wahl „aus anderen Gründen“ inzwischen erfolgte Wahlen insofern nicht gegen das Mindestanteilsgebot verstoßen (§ 86 Abs 8 letzter Satz), soll verhindern, dass im Falle einer Untererfüllung der Quote, die sich wegen der Unwirksamkeit einer Wahl aus nicht mit der Nichterfüllung der Quote zusammenhängenden Gründen (zB Überschreiten der gesetzlichen Höchstzahl an Mandaten) nachträglich herausstellt, inzwischen stattgefunden andere Wahlen von Aufsichtsratsmitgliedern als quotenverletzend eingestuft werden und damit nichtig sind.<sup>65</sup> Mit dieser auch dem deutschen Recht (vgl § 96 Abs 2 Satz 7 dAktG) bekannten Regelung soll die Wirksamkeit der Zusammensetzung des Aufsichtsrates in unsicheren Situationen, dh bei einer Wahlanfechtung aus nicht geschlechterquotebezogenen Gründen, gewährleistet werden.<sup>66</sup>

### 6. Rechtspolitische Würdigung

Der österreichische Gesetzgeber hat mit der verpflichtenden Geschlechterquote (de facto: Frauenquote) im Aufsichtsrat einen Weg beschritten, den andere europäische Länder schon vor ihm gegangen sind. Über die Frage der Zweckmäßigkeit/Angemessenheit und teilweise auch der Verfassungs- bzw Unionsrechtskonformität einer solchen Regelung werden sich die Geister noch längere Zeit scheiden. Der Verfasser hat sich zur Verankerung einer verpflichtenden Frauenquote im Aufsichtsrat seit langem

<sup>54</sup> So ja auch *Kalss/Brameshuber/Durstberger*, GesRZ 2017, 344 (353).

<sup>55</sup> *Kalss/Brameshuber/Durstberger*, GesRZ 2017, 344 (350).

<sup>56</sup> *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> §§ 87–89 Rz 11; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 87 Rz 16.

<sup>57</sup> *Bachner/Dokalik*, Hauptversammlung § 87 Rz 10; *M. Doralt*, Die Wahl des Aufsichtsrates, in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 8/96, 114; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 87 Rz 21.

<sup>58</sup> *Kalss/Brameshuber/Durstberger*, GesRZ 2017, 344 (350); *Grobe*, AG 2015, 289 (296).

<sup>59</sup> *Kalss/Brameshuber/Durstberger*, GesRZ 2017, 344 (350); *Grobe*, AG 2015, 289 (296).

<sup>60</sup> *Kalss/Brameshuber/Durstberger*, GesRZ 2017, 344 (350); *Grobe*, AG 2015, 289 (297).

<sup>61</sup> *Kalss/Brameshuber/Durstberger*, GesRZ 2017, 344 (350).

<sup>62</sup> *Kalss/Brameshuber/Durstberger*, GesRZ 2017, 344 (350 f). Wie der deutsche Gesetzgeber hat auch der österreichische davon Abstand genommen, eine Anordnung darüber zu treffen, welches rechtliche Schicksal Beschlüsse eines auf solche Art und Weise unrichtig zusammengesetzten Aufsichtsrates erfahren. Das Gesetz kennt keine generellen Regeln für die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit von AR-Beschlüssen, sodass letztlich auf die in Lehre und Rsp entwickelten Grundsätze zurückzugreifen ist. Vgl zB *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 92 Rz 112 ff; *Zollner*, Aufsichts- und Handlungsinstrumente des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2017) § 22 Rz 92–98.

<sup>63</sup> Dazu, dass solche Klauseln nicht wegen der „Drittwirkung von Grundrechten“ von vornherein sittenwidrig sind, sondern es sorgfältiger Analyse im Einzelfall bedarf, vgl *Berka*, Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen und verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote, GES 2017, 347.

<sup>64</sup> *Kalss/Brameshuber/Durstberger*, GesRZ 2017, 344 (350 f).

<sup>65</sup> Vgl *Kalss/Brameshuber/Durstberger*, GesRZ 2017, 344 (351); *Rauter*, JAP 2017, 108 (109).

<sup>66</sup> *Grobe*, AG 2015, 289 (295).





und auch im Rahmen der in den letzten Jahren geführten Diskussionen im Arbeitskreis Corporate Governance bekannt. Es gibt für die Sinnhaftigkeit einer solchen gesetzlichen Regelung vor allem folgende tragende Gründe: Die Gesprächs- und Diskussionskultur im Aufsichtsrat kann durch eine Erhöhung des Frauenanteils verbessert, weil vielfältiger gemacht, werden. Und ohne gesetzlichen Anschlag – das zeigt das deutsche Beispiel, wo sich der Frauenanteil in den Aufsichtsräten der DAX-Unternehmen in den ersten beiden Jahren der Geltung des Gesetzes signifikant erhöhte – dauert es einfach zu lange, bis das durch die Nichtberücksichtigung weiblicher Aufsichtsratsmitglieder ungenütztes Potenzial den Unternehmen zur Verfügung steht.

Und da Aufsichtsratsstätigkeit ja auch mit Networking zu tun hat, ist die Quote, gerade für den Aufsichtsrat, durchaus ein taugliches Instrument, um Frauen auch in andere (insb operative) Führungspositionen zu bringen. Es ist daher nicht so, dass der österreichische Gesetzgeber „das Pferd von der falschen Seite aufgezügelt“ hätte, wie Pitak<sup>67</sup> meint. Zwar ist schon richtig, dass der Aufsichtsrat den Vorstand bestellt, aber deutlich überzogen, zu verlangen, dass Aufsichtsratsmitglieder ausschließlich ehemalige Vorstandmitglieder sein sollten<sup>68</sup> und daher der Gesetzgeber zuerst für einen höheren Anteil weiblicher Vorstandsmitglieder zu sorgen hätte. Abgesehen davon, dass dieser Einwand verkennt, dass der mit einer verpflichtenden Geschlechterquote im Leitungsorgan verbundene (Grundrechts-)Eingriff ein noch deutlich intensiverer wäre,<sup>69</sup> ignoriert diese Argumentation den gerade erwähnten „Netzwerkeffekt“.

Bei der konkreten Ausgestaltung der Regelung ist dem österreichischen Gesetzgeber freilich kein Glanzstück gelungen, und das Bestreben, den Anwendungsbereich der Quote möglichst gering zu halten, ist unverkennbar. Der größte Einwand ist, wie oben dargetan, gegen den verpflichteten Geschlechter-Mindestanteil von 20 % in der Belegschaft zu erheben. Der Aufsichtsrat repräsentiert nicht die Arbeitnehmerschaft, sondern überwacht den Vorstand. Deshalb ist es in keiner Weise sachgerecht, dass auch sehr große Unternehmen, nur weil ihre Frauenquote unter 20 % liegt, keinerlei Frauen im Aufsichtsrat haben müssen. Der Arbeitnehmerseite mag in einer solchen Konstellation die Entsendung erleichtert sein, weil die Arbeitnehmerseite nur auf Kandidaten aus der Belegschaft zurückgreifen kann und darf; für die Kapitalvertreterseite greift dieses Argument aber in keiner Weise.

Über die Behebung dieses – vom Gesetzgeber freilich nicht unbeabsichtigten – Konstruktionsfehlers sollte nachgedacht werden, sobald etwas Ruhe in der Debatte eingekehrt ist.



#### Der Autor:

Hon.-Prof. Dr. Georg Schima, M.B.L.-HSG, LL.M. (Vaduz) ist Rechtsanwalt und Partner der Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte GmbH sowie Honorarprofessor an der Wirtschaftsuniversität Wien für Unternehmensrecht und Arbeitsrecht.

#### Publikationen:

Weit über 100 Aufsätze und Entscheidungsbesprechungen im Arbeitsrecht, Gesellschafts- und Strftungsrecht, Schiedsverfahrensrecht und Bank- und Kapitalmarktrecht sowie Autor diverser Bücher, zB: Das gefallene Vorstandsmitglied, in Kalss/Frotz/Schorghofer (Hrsg), Handbuch für den Vorstand (2017) 187; Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016); Die Begründung, Gestaltung und Beendigung der Vorstandstätigkeit durch den Aufsichtsrat, in Kalss/Kunz (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2016) 497; G. Schima/Liemberger/Toscani, Der GmbH-Geschäftsführer (2015); G. Schima/Runggaldier, Manager-Dienstverträge<sup>4</sup> (2014); Betriebspensionsrecht – ein Leitfadens für die Praxis (2013); Umgründungen im Arbeitsrecht (2004).

✉ Georg.Schima@ksw.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Schima/Georg

Foto: Cathrine Stukhard

<sup>67</sup> Pitak, Aufsichtsrat, Diversity oder „Di-Worse-Sity“? AR aktuell 2017 H 4, 12 (14).

<sup>68</sup> So Pitak, AR aktuell 2017 H 4, 12 (14).

<sup>69</sup> Dies offenbar verkennend Pitak, AR aktuell 2017, H 4, 12 (13), dessen weitere Argumentation nicht nachvollziehbar ist, die vom Gesetzgeber eingeführte Quote für den Aufsichtsrat sei „zweifach diskriminierend“, nämlich einerseits gegenüber den in den Aufsichtsrat geholten Frauen, denen keine wirkliche „Einzelentscheidungsmacht“ wie einem Vorstand zukäme und andererseits gegenüber der Institution Aufsichtsrat, die anscheinend als „besserer Debattierklub“ betrachtet werde, bei dem es auf die Qualität des einzelnen Mitgliedes nicht ankomme (so Pitak, AR aktuell 2017, H 4, 12 (13)). Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass der Autor seine Überzeugung, Frauen mangle es eben an der nötigen Qualifikation für eine Aufsichtsratsstätigkeit (denn wie soll man den gerade wiedergegebenen Hinweis anders verstehen?), notdürftig hinter der (von Pitak wohl als politisch derzeit unrealisierbar erkannten) Position verbirgt, dass doch die Einführung einer Frauenquote für den Vorstand viel sinnvoller wäre.

## Compliance Praxis Magazin & Portal

Jetzt abonnieren: [www.compliance-praxis.at/abo](http://www.compliance-praxis.at/abo)

