swisslex User-ID: julien.binder@walderwyss.com, 19.05.2016 16:40:46

Dokument	**SZW 2015 S. 469**
Autor	**Urs Schenker**
Titel	**Gleichstellung – Ein aktienrechtliches Thema**
Publikation	**Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht**
Herausgeber	**Peter Nobel, Marc Amstutz, Jean-Luc Chenaux, Hans Caspar von der Crone, Susan Emmenegger, Mario Giovanoli, Claire Huguenin, Andreas von Planta, Henry Peter, Rolf Sethe, Walter A. Stoffel, Luc Thévenoz, Rolf H. Weber**
Frühere Herausgeber	**Hans Peter Walter, Dieter Zobl**
ISSN	**1018-7987**
Verlag	**Schulthess Juristische Medien AG**

SZW 2015 S. 469

Gleichstellung – Ein aktienrechtliches Thema

Von PD Dr. iur. Urs Schenker*

Article 734e of the Preliminary Draft demands that each gender is represented with at least 30% of the members of the board of directors and the executive committee of large listed companies. Companies that do not comply with this obligation must describe the reasons for such failure and the measures they will take to advance the underrepresented gender in their compensation reports. Although the provision is gender-neutral, its purpose is to improve the position of women, who are underrepresented in boards of directors and executive committees. In the end, Article 734e is an example of affirmative action designed to improve the position of women in the economy and promote equal treatment in senior management positions.

* PD Dr. iur. Urs Schenker LL.M., Managing Partner bei Baker & McKenzie, Zürich. Der Autor bedankt sich bei MLaw Nadja Al Kanawati, die das Manuskript kritisch durchgelesen hat und bei der Erstellung der Fussnoten behilflich war. Dieser Beitrag geht auf einen Vortrag am Seminar an der IDÉ Tagung zur Aktienrechtsrevision an der Universität Freiburg vom 5. Juni 2015 zurück; Aufbau und Stil wurden beibehalten.

I. Die Ungleichbehandlung der Frau in der Schweiz – Eine historische Perspektive

Der Gleichheitsartikel, der sich heute in Art. 8 BV findet und als eine der zentralen Grundlagen des Rechtsstaates gilt, geht auf Art. 4 der Bundesverfassung vom 12. September 1848 zurück, der folgenden Wortlaut hatte:

«Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich. Es gibt in der Schweiz keine Unterthanenverhältnisse, keine Vorrechte des Orts, der Geburt, der Familien oder Personen.»

Obwohl das Gleichbehandlungsprinzip damit einer der ältesten Rechtsgrundsätze der Schweiz ist, hat die Diskriminierung der Frauen in der Schweiz eine lange Tradition. Von den 168 Jahren, die seit der Inkraftsetzung der Bundesverfassung von 1848 vergangen sind, standen weit über 100 Jahre im Zeichen einer gesetzlich verankerten Diskriminierung der Frauen.[1] Marksteine waren:

• Das Stimmrecht bei eidgenössischen Abstimmungen wurde den Frauen bis 1971 verweigert; erst mit der Abstimmung vom 7. Februar 1971 wurde das Frauenstimmrecht auf eidgenössischer Ebene eingeführt.[2] Appenzell Innerrhoden führte das Frauenstimmrecht als letzter Kanton auf Anordnung des Bundesgerichts erst am 27. November 1990 ein.[3]

SZW 2015 S. 469, 470

• Bis zum 1. Januar 1988 benötigten verheiratete Frauen gemäss Art. 167 aZGB die schriftliche Einwilligung des Ehemannes zur Ausübung eines selbständigen oder unselbständigen Berufes.[4]

Diese Gesetzeslage widerspiegelt letztlich aber nur die gesellschaftlichen Zustände: Frauen wurden in der Wirtschaft systematisch diskriminiert. Es gab in dieser Zeit eine klare Abwehrhaltung der Gesellschaft gegenüber dem Aufstieg von Frauen in Führungspositionen; die berühmte *«Glass Ceiling»* verhinderte bzw. erschwerte Frauen den Aufstieg in Geschäftsleitungspositionen.[5]

---

1 Vgl. hierzu Frauen Macht Geschichte 1848–2000, Eidg. Kommission für Frauenfragen, Frauen im Zivilrecht: Mündigkeit, Ehe, Scheidung, abrufbar unter: <http://www.ekf.admin.ch/dokumentation/00444/00517/#sprungmarke0_30> (zuletzt besucht am 3. August 2015), S. 1 ff., mit einer Chronologie zur Geschichte der Gleichstellung in der Schweiz 1846–2001; am gleichen Ort: Der lange Weg zum Stimm- und Wahlrecht für Frauen, abrufbar unter: <http://www.ekf.admin.ch/dokumentation/00444/00517/#sprungmarke0_30> (zuletzt besucht am 5. August 2015), S. 1 ff. mit einer Chronologie von 1848–1990.

2 Das Abstimmungsresultat lautete wie folgt: 65,7% Ja, 34,3% Nein, 57,72% Stimmbeteiligung, 15^{1}/2 Kantone Ja, 6^{1}/2 Kantone Nein (vgl. Bundesversammlung, 40 Jahre Frauenstimmrecht, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/ch/d/pore/va/19710207/index.html>, zuletzt besucht am 5. August 2015).

3 BGE 116 I*a* 359.

4 Vgl. *Heinz Hausheer/Ruth Reusser/Thomas Geiser*, Kommentar zum Eherecht, Band I, Kommentar zu Art. 159–180 ZGB und zu Art. 8a und 8b SchlT, Bern 1988, zu Art. 167, S. 274 ff.; *Elisabeth Lardelli v. Waldkirch*, in: Schweizerische Lehrerinnenzeitung, Band 72 (1968), S. 197; vgl. für eine neuere Diskussion zur eherechtlichen Aufgabenteilung und Vereinbarkeit mit Erwerbstätigkeit von Frauen *Ruth Reusser*, Eherechtliche Aufgabenteilung im Lichte der frauenpolitischen Forderung nach Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit, in: Familie und Recht, Peter Gauch/Jörg Schmid/Paul-Henri Steinauer/Pierre Tercier/Franz Werro (Hrsg.), Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag, Freiburg 1995, S. 539 ff.

5 Vgl. hierzu den *«Glass Ceiling Index»* ein Vergleich von 26 Ländern, in: The Economist vom 7. März 2013, abrufbar unter: <http://www.economist.com/blogs/graphicdetail/2013/03/daily-chart-3> (zuletzt besucht am 5. August 2015); noch 2003 hielt der UNO-Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau Folgendes in Bezug auf die Schweiz fest: *«Der Ausschuss ist besorgt darüber, dass noch immer tief verwurzelte, traditionelle Vorstellungen über die Rollen- und Aufgabenverteilung zwischen den Geschlechtern in Familie und Gesellschaft vorherrschen, welche sich in der Berufswahl der Frauen, ihrer Situation auf dem Arbeitsmarkt und in einer geringen Partizipation am politischen und öffentlichen Leben niederschlagen, in:* Auszug aus dem Bericht der 28. Session des Ausschusses für die Beseitigung der

Um der abstrakten Feststellung von Diskriminierung eine konkrete Dimension zu geben, muss man sich nur die Situation von Frauen, die in den letzten 60 Jahren berufstätig waren, vor Augen führen. Als Beispiel kann Martha Schenker-Sprüngli (1917–2008) erwähnt werden, deren Berufsleben sich wie folgt aufzeigen lässt:[6]

1941	Promotion zu Dr. iur. an der Universität Zürich.[7]
1942	Anstellung als Juristin bei der Preiskontrolle, Entlöhnung als Sekretärin, weil die Besoldungsordnung keine Frauen in juristischen/akademischen Positionen vorsah.[8]
Ca. 1954	Entlassung durch eine Treuhandgesellschaft, bei der sie mehrere Jahre gearbeitet hatte. Grund war ihre Heirat; verheiratete Frauen gehörten nicht ins Berufsleben. Sie wurde daraufhin selbständige Rechtsanwältin.
Ca. 1956	Der Gegenanwalt verlangt in einer Gerichtsverhandlung die sofortige Vorlage der Zustimmung des Ehemannes zur Ausübung der selbständigen Rechtsanwaltstätigkeit. Der Richter unterbricht die Verhandlung bis zur Vorlage der schriftlichen Bewilligung.
1958–1971	Fünfmal Mitglied von Komitees, die sich bei Abstimmungen für das Frauenstimmrecht einsetzten; viermal erfolglos.

Derartige Vorkommnisse erscheinen uns heute als kaum mehr vorstellbar, ja geradezu als absurd. Sie widerspiegeln aber genauso wie die Verweigerung des Frauenstimmrechts die gesellschaftliche und wirtschaftliche Realität, die auch heute noch nachschwingt.[9]

SZW 2015 S. 469, 471

II. Wandlung des Rechts und der Gesellschaft

In der Zeit seit der ersten Bundesverfassung ist es sowohl politisch als auch gesellschaftlich zu Änderungen gekommen. Während das Bundesgericht 1887 im Fall Kempin-Spyri[10] bezüglich der Zulassung zum Anwaltsberuf von einer Gleichberechtigung der Frauen noch gar nichts wissen wollte:

«Wenn nun die Rekurrentin zunächst auf Art. 4 der Bundesverfassung abstellt und aus diesem Artikel scheint folgern zu wollen, die Bundesverfassung postulire die volle rechtliche Gleichstellung der Geschlechter auf dem Gebiete des gesammten öffentlichen und Privatrechts, so ist diese Auffassung eben so neu als kühn; sie kann aber nicht gebilligt werden.»,

vertrat es 36 Jahre später im BGE 49 I 14 die völlig entgegengesetzte Position und stellte fest, dass der Gleichbehandlungsanspruch auch einer Frau die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes erlaube:

«La différence de sexe n'est donc plus en elle-même une raison suffisante pour refuser aux femmes l'accès à telle profession déterminée.»

Diskriminierung der Frau, A/58/38 (Part I), Para. 87 bis 141, 28. vom 20. März 2003, Übersetzung aus dem englischen Original abrufbar unter: <https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/de/documents/topics/EmpfehlungenAusschusses.2003_de.pdf> (zuletzt besucht am 7. August 2015).

6 Es handelt sich bei Martha Schenker um die Mutter des Autors. Die im Folgenden aufgeführten Lebensstationen ergeben sich zum Teil aus Unterlagen im Familienbesitz, zum Teil aus mündlicher Überlieferung; der Autor gibt gerne zu, dass diese Lebensgeschichte seine Haltung bezüglich Art. 734*e* VE-OR sehr stark beeinflusst.

7 *Martha Sprüngli*, Die steuerrechtliche Behandlung der Familie unter besonderer Berücksichtigung der zürcherischen Gesetzgebung, Diss. Zürich 1941.

8 Nach einer Beschwerde wurde die Arbeitnehmerin dann allerdings umgestuft und erhielt einen Teil des für Männer vorgesehenen Lohnes.

9 Vgl. Auf dem Weg zur Gleichstellung von Frau und Mann – Stand und Entwicklung (2013), Bundesamt für Statistik, abrufbar unter: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/20/22/publ.html?publicationID=5212> (zuletzt besucht am 5. August 2015).

10 BGE 13 I 1.

Diese Praxisänderung zeigt, dass sich das dogmatische Verständnis des Rechts – der Wortlaut von Art. 4 aBV hatte sich in dieser Zeit nicht geändert – verändern kann.[11] Sie zeigt aber auch, dass der Prozess, der zur rechtlichen Gleichbehandlung der Frau in der Schweiz führte, sehr langsam war: Vom oben zitierten Entscheid, den das Bundesgericht im Jahr 1923 gefasst hatte, ging es noch ganze 50 Jahre bis zur Einführung des Frauenstimmrechts. Dieses wurde im Übrigen nicht nur von einzelnen politischen Parteien vehement bekämpft,[12] sondern auch aus dogmatisch rechtlicher Sicht. Einzelne Juristen vertraten sogar die Ansicht, dass die Einführung des Frauenstimmrechts als revolutionärer Akt gar nicht möglich sei und gegen die Verfassung verstosse: *Kuhn* veröffentlichte beispielsweise noch 1958 einen Artikel im Schweizerischen Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, in dem er die Einführung des Frauenstimmrechts aus verfassungsrechtlicher – dogmatischer Sicht ablehnte.[13] Einige Zitate seien hier zur Illustration des Selbstverständnisses der patriarchalischen Verfassungsauslegung wiedergegeben:

«Die Frage des Frauenstimmrechts ist ein Problem der Repräsentation. Entscheidend ist die Frage, ob die Frau durch den Mann im Staat hinreichend repräsentiert ist, wenn nur der Mann als Organ der Verfassungsgesetzgebung rechtlich qualifiziert wird.»[14]

«Die Männer hätten als Souverän endgültig ihre verfassungsgebende Gewalt niedergelegt. Ja sie würden gemeinsam mit den (zahlenmässig überwiegenden) Frauen in der Ausübung der Souveränität zur Minderheit.»[15]

«Die Abänderung des Art. 123 BV ist ein revolutionärer Vorgang, theoretisch der Staatsgründung vergleichbar, die Rechtskontinuität unterbrechend und rechtlich unwiderruflich.»[16]

Diese Ausführungen waren in ihrer Zeit nicht etwa absonderlich, sondern repräsentierten einen breiten Konsens – am 1. Februar 1959 scheiterte nämlich die erste Volksabstimmung über das eidgenössische Frauenstimmrecht an Volks- und Ständemehr.[17]

Diese Zitate zeigen aber vor allem, dass Dogmatik allein kein Massstab für die Beurteilung des Rechts ist. Man sollte sich deshalb auch bei Art. 734*e*

VE-OR hüten, diese Bestimmung aus rein dogmatischen Gründen zu beanstanden. Insbesondere die Argumente, dass eine derartige Bestimmung nicht Teil des Aktienrechts sei, da es nicht um die Verwirklichung aktienrechtlicher Ziele geht, oder, dass die vorstehende Bestimmung nicht Teil der Änderungen der Kodifizierung des Vergütungsrechts sein könne, weil es nicht um Fragen der Vergütung geht, dürfen nicht im Zentrum der Beurteilung einer Norm stehen. Entscheidend ist allein die Frage, ob

---

11 Während dieser Zeit hinkten im Übrigen die Berufsverbände den Gerichten stark nach; viele akademische Berufsverbände akzeptierten Frauen nur sehr zögerlich als Mitglieder bzw. öffneten sich erst in den 60er- und 70er- Jahren gegenüber Frauen; vgl. bspw. *Lardelli v. Waldkirch*(Fn. 4), S. 197, die noch 1968 Hürden für Frauen beim Zugang zum Anwaltsberuf erwähnt.

12 Vgl. dazu etwa *Stöckli*, Protokoll der Vormittagssitzung des Parlaments vom 2. Oktober 1957 zur Einführung des Frauenstimmrechts, Nr. 7338, S. 393 f., abrufbar unter: <http://www.parlament.ch/d/dokumentation/dossiers/frauenstimmrecht40jahre/Documents/verhandlungen-7338-frauenstimmrecht-einfuehrung.pdf> (zuletzt besucht am 3. August 2015), welcher seine Abneigung gegenüber der politischen Beteiligung der Frauen u.a. folgendermassen zum Ausdruck brachte: *«Eine gewisse Leidenschaft ist mit der Ausübung des Stimm- und Wahlrechts verbunden. Diese Leidenschaft auf die Frau auszudehnen, habe ich Hemmungen.»*

13 *Manfred Kuhn*, Revision oder Revolution? – Eine staatsrechtliche Betrachtung zur Vorlage über die Einführung des Stimmrechts und der Wahlfähigkeit der Frauen in eidge-nössischen Angelegenheiten, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (heute: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, ZBl), 59. Jahrgang (1958), S. 465 ff.

14 *Ders.*, S. 470.

15 *Ders.*, S. 469.

16 *Ders.*, S. 469.

17 Das Abstimmungsresultat präsentierte sich wie folgt: 66,9% Ablehnung, nur 3 Ständestimmen für das Frauenstimmrecht, bei einer Stimmbeteiligung von 66,72% (vgl. hierzu <https://www.admin.ch/ch/d/pore/va/19590201/det 191.html>, zuletzt besucht am 5. August 2015).

eine Norm gerecht ist und zur Verwirklichung mehrheitsfähiger, bzw. im Rahmen der gesamten Rechtsordnung sinnvoller Ziele dient.

III. Frauen in Verwaltungsräten und Geschäftsleitungen grosser Unternehmen: Gleichheit, aber Untervertretung

Mann und Frau sind heute gemäss Art. 8 BV ausdrücklich gleichberechtigt; ein Ziel, das in beruflicher Hinsicht aktiv durch das Gleichstellungsgesetz gefördert wird.[18] Obwohl damit die Grundlagen für die Gleichbehandlung und für gleiche Rechte beim Aufstieg in Unternehmen bestehen, sind Frauen in Verwaltungsräten und Geschäftsleitungen von grossen Unternehmen deutlich untervertreten. Aus dem Schillingreport 2015[19] ergeben sich folgende Zahlen bei kotierten Unternehmen:

- 15% Vertretung in Verwaltungsräten,[20]
- 6% Vertretung in Geschäftsleitungen.[21]

Dies zeigt, dass zwar die rechtlichen Grundlagen für die Gleichbehandlung bestehen, die tatsächliche wirtschaftliche Realität aber nicht dem Grundsatz entspricht, der hinter Art. 8 BV steht; Ziel der Norm und gesellschaftliche Umsetzung klaffen auseinander.[22]

Art. 8 BV gibt Frauen zwar kein subjektives Recht auf Anstellung oder auf gleichberechtigte Vertretung in Verwaltungsrat und Geschäftsleitung privater Unternehmen, da es in diesem Bereich keine Drittwirkung von Verfassungsrechten gibt;[23] Art. 8 BV muss aber auch als Auftrag an den Gesetzgeber verstanden werden, die tatsächlichen Zustände zu korrigieren, wenn sie nicht mit den von Art. 8 BV angestrebten Zielen in Übereinstimmung stehen.[24] Art. 8 BV kann deshalb als Aufforderung an den Gesetzgeber zur *Affirmative Action* im Sinne der Förderung der Frauen in den höchsten Gremien schweizerischer Unternehmen verstanden werden, was die Basis für die Schaffung einer Förderungsnorm, wie sie Art. 734*e* VE-OR

---

18 *Claudia Kaufmann*, in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009 (zitiert als Kommentar-GlG-*Autor*), zu Art. 1; vgl. für eine statistische Standortbestimmung: Sozialberichterstattung Schweiz, Auf dem Weg zur Gleichstellung?, Frauen und Männer in der Schweiz, dritter statistischer Bericht, 2003, abrufbar unter: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/news/publikationen.html?publicationID=347> (zuletzt besucht am 3. August 2015), S. 37 ff.

19 Schillingreport 2015, Transparenz an der Spitze – Die Geschäftsleitung und Verwaltungsräte der hundert grössten Schweizer Unternehmen im Vergleich, Guido Schilling AG (Hrsg.), abrufbar unter: <http://www.schillingreport.ch/de/home.aspx> (zuletzt besucht am 3. August 2015). Im Schillingreport 2015 sind 120 Unternehmen aus 17 verschiedenen Branchen vertreten, wobei die Maschinenindustrie und die Versicherungsbranche mit je 16 Unternehmen dominieren (vgl. dazu S. 10 f. des Reports, vgl. auch S. 53 des Reports für eine Übersicht über die erfassten Unternehmen).

20 Die 15%-Quote resultiert bei einem Frauenanteil von 126 von total 820 VR-Mitgliedern der 90 untersuchten Unternehmen (S. 17); bei den SMI-Unternehmen liegt der Frauenanteil bei 17% (S. 8).

21 Die 6%-Quote resultiert bei einem Frauenanteil von 52 von total 886 GL-Mitgliedern der 120 untersuchten Unternehmen (S. 16); bei den SMI-Unternehmen liegt der Frauenanteil ebenfalls bei 6% (S. 8).

22 Kommentar-GlG-*Kaufmann*, zu Art. 1, Rz. 1 f.; *Jakob Ueberschlag*, Geschlechtsspezifische Quotenregelung im Rahmen der geplanten Aktienrechtsrevision, AJP 2015, S. 907 ff., 907.

23 *Patricia Egli*, Drittwirkung von Grundrechten – Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht, Diss. Zürich 2002, S. 153; *Rainer J. Schweizer*, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., St. Gallen 2014 (zitiert als SGK-*Autor*), zu Art. 8 BV, Rz. 56 f.

24 Kommentar-GlG-*Kaufmann*, Hintergrund und Entstehung des Gesetzes, Rz. 4 m.w.H.; SGK-*Bigler-Eggenberger/Kägi- Diener*, zu Art. 8 BV, Rz. 110 ff.; vgl. weiter auch *dies.*, Rz. 89 f., wonach die Schweiz auf internationaler Ebene seit Langem Verpflichtungen eingegangen ist, welche Vorkehrungen zugunsten einer Verbesserung der rechtlichen und tatsächlichen Stellung der Frau verlangen.

darstellt, bietet.[25] Derartige *Affirmative Action* muss natürlich den Grundsatz der Verhältnismässigkeit achten und darf weder zu einem übermässigen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit noch zur *Reverse Discrimination* führen, d.h. nicht wiederum in der Ungleichbehandlung Dritter resultieren.[26]

IV. Die Frauenförderung hat ökonomisch positive Auswirkungen – «Quotenfrauen» vs. «Zweitklass-Männer»

Häufig wird gegen die Frauenförderung auf Stufe der Leitungsorgane grosser Gesellschaften das Argument vorgebracht, dass es nicht genügend Frauen gäbe, welche über die betreffenden Qualifikationen verfügen.[27] Der Zwang, Frauen in den obersten Gremien zu beschäftigen, behindere die betroffenen Unternehmen in ihrer wirtschaftlichen Fortentwicklung und führe nur zu «Quotenfrauen», womit offensichtlich Frauen bezeichnet werden sollen, die ohne entsprechende Fähigkeiten einzig zur Sicherstellung der Erfüllung von Geschlechterquoten in ein Gremium aufgenommen werden.[28]

M.E. fehlt es derartigen Argumenten an einer Grundlage: Basis einer rationalen ökonomischen Überlegung muss sein, dass der weibliche Bevölkerungsanteil der Schweiz die gleiche Anzahl von intelligenten und zur Führung geeigneten Personen aufweist wie der männliche Anteil; statistische Häufigkeit von geschäftlicher Intelligenz und Führungstalent sind unabhängig vom Geschlecht gleich.[29]

Durch den faktischen Ausschluss von Frauen aus Verwaltungsrat und Geschäftsleitung wird das Potenzial des weiblichen Bevölkerungsanteils allerdings nicht vollumfänglich genutzt.[30] Würde das Potenzial

---

25 Das Gleichstellungsgesetz basiert ebenfalls auf dem Verständnis des verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebotes als Auftrag an den Gesetzgeber; gemäss Präambel stützt es sich auf Art. 4 Abs. 2 aBV, den damals gültigen Gleichbehandlungsartikel; vgl. hierzu auch Kommentar-GlG-*Kaufmann*, zu Art. 1, Rz. 3 ff.

26 Vgl. für eine Darstellung der Argumentation gegen Frauenquoten aufgrund der resultierenden *«Reverse Discrimination» Ueberschlag* (Fn. 22), S. 909; gemäss *Bernhard Waldmann*, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Bern 2003, S. 471, ist zumindest bei «starren Quoten» sozusagen immer von deren Unverhältnismässigkeit auszugehen.

27 Vgl. *Luca de Carli/Markus Diem Meier/Andreas Möckli*, Es gibt nicht genügend Frauen, Basler Zeitung vom 29. November 2014, abrufbar unter: <http://bazonline.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Es-gibt-nicht-genuegend-Frauen/story/21767092> (zuletzt besucht am 5. August 2015).

28 Vgl. zum Stereotyp der «Quotenfrau» *Jakob Ueberschlag*, Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Art. 3 Abs. 2 GlG) unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Rechts, in: Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR) Band/Nr. 44 (2009), S. 89 f.; *ders.* (Fn. 22), S. 909 f.; *Waldmann* (Fn. 26), S. 469 f.; economiesuisse, Revision des Aktienrechts – Stellungnahme von economiesuisse vom 17. März 2015, abrufbar unter: <http://www.economiesuisse.ch/de/PDF%20Download%20Files/VNL_Aktienrechtsrevision_20150317.pdf> (zuletzt besucht am 5. August 2015), S. 11 f.; Schweizerischer Arbeitgeberverband, Revision des Aktien-rechts – Stellungnahme des Schweizerischen Arbeitgeberverbands vom 15. März 2015, abrufbar unter: <http://www.arbeitgeber.ch/arbeitsmarkt/kein-reformbedarf-im-aktienrecht> (zuletzt besucht am 3. August 2015), S. 2 f.; vgl. auch die negativen Reaktionen zu Frauenquoten bei Umfragen wie bspw. das VR-Stimmungsbarometer 2014/15 von Knight Gianella, wo sich 83% der Befragten gegen eine Quote aussprechen, abrufbar unter: <http://www.knightgianella.ch/fileadmin/user_upload/Medienmitteilung_28.11.2014.pdf> (zuletzt besucht am 5. August 2015).

29 Vgl. für eine Liste geeigneter Kandidatinnen: Schweizerischer Arbeitgeberverband, Fokus: Frauen im Verwaltungsrat, 400 Vorschläge für Schweizer Gesellschaften, abrufbar unter: <http://www.arbeitgeber.ch/arbeitsmarkt/frauen-im-verwaltungsrat-400-vorschlaege-fuer-schweizer-gesellschaften/> (zuletzt besucht am 3. August 2015), woraus ersichtlich ist, dass es an Frauen mit entsprechendem Leistungsausweis nicht mangelt.

30 Vgl. dazu die US-amerikanische Studie von Catalyst, The bottom line: Corporate performance

tatsächlich genutzt und würden Verwaltungsräte und Geschäftsleitungen unabhängig vom Geschlecht aus den am besten geeigneten Personen zusammengesetzt, so müssten sich, mindestens über alle Gesellschaften hinweg betrachtet, diese Gremien statistisch ungefähr je zur Hälfte aus Frauen und Männern zusammensetzen. Das Fehlen der am besten geeigneten Frauen in Verwaltungsrat und Geschäftsleitung ermöglicht letztlich den Männern, die sich bei vollständiger Konkurrenz nicht für diese Position qualifizieren könnten, in diese Gremien aufzusteigen – dem Schreckgespenst der «Quotenfrau» tritt damit mit voller Gleichberechtigung die Figur des «Zweitklass-Mannes» gegenüber, der vom faktischen Ausschluss der Frauen aus diesen Gremien profitiert und nur Mitglied wird, weil besser geeignete Frauen von vornherein ausgeschlossen sind.

Es ist eine Erfahrungstatsache, dass sich heute bei einer offenen Personalsuche für Geschäftsleitungs- oder Verwaltungsratspositionen nur sehr wenige Frauen bewerben und statistisch gesehen Frauen seltener über die dafür notwendigen Ausbildungen und beruflichen Erfahrungen verfügen.[31] Dieses Defizit von weiblichen Bewerbern ist aber zu einem grossen Teil darauf zurückzuführen, dass Frauen, die über ihre Karriere nachdenken und sich entscheiden müssen, wieviel sie in diesen Bereich investieren wollen, häufig unter dem Eindruck stehen, dass sie ohnehin keine Chance hätten, in obere Führungsgremien aufzusteigen und dass deshalb zusätzliche Ausbildungen wie beispielsweise ein MBA oder ein Auslandaufenthalt wegen des schlechten Kosten-Nutzen-Verhältnisses gar nicht zielführend erscheinen. Gerade hier kann aber *Affirmative Action* i.S.v. Art. 734*e* VE-OR positiv eingreifen, indem sie den Frauen sichtbar Türen öffnet und so klare Anreize für die entsprechenden persönlichen Investitionen setzt – marktwirtschaftlich betrachtet wird die durch Art. 734*e* VE-OR geförderte Nachfrage der Unternehmen das Angebot an qualifizierten Frauen erhöhen. Dies wird dann auch eine Sogwirkung auf tiefere Hierarchiestufen und auf andere Unternehmen haben.

Das Argument, dass die Geschlechterquote nicht erfüllbar sei, da sich zu wenige qualifizierte Frauen bei der Suche nach Verwaltungsräten und Geschäftsleitungsmitgliedern bewerben würden, spricht daher m.E. nicht gegen, sondern *für* eine Frauenquote – die Frauenquote wird dazu führen, dass sich Frauen qualifizieren und bewerben. Aus ökonomischer Sicht ist eine Quote also ein Beitrag dazu, das ganze Potenzial unseres Landes an Führungskräften zu nutzen.

---

and women's representation on boards, welche zum Schluss kommt, dass Unternehmen mit einem höheren Frauenanteil in den Verwaltungsräten bessere Jahresergebnisse verzeichnen. Im Rahmen der Studie wurden die Kennzahlen ROE, ROS und ROIC von 520 Unternehmen aus über 10 verschiedenen Branchen während vier Jahren verglichen und ausgewertet. Informationen abrufbar unter: <http://www.catalyst.org/system/files/The_Bottom_Line_Corporate_Performance_and_Womens_Representation_on_Boards.pdf> (zuletzt besucht am 3. August 2015); vgl. zum Gleichen auch The CS Gender 3000: Women in Senior Management, abrufbar unter: <https://publications.credit-suisse.com/tasks/render/file/index.cfm?fileid=8128F3C0-99BC-22E6-838E2A5B1E4366DF> (zuletzt besucht am 5. August 2015), wo in einer weltweiten Analyse festgestellt wurde, dass Unternehmen mit Frauen im Verwaltungsrat profitabler sind als solche ohne (S. 5 des Reports); es sei an dieser Stelle jedoch darauf hingewiesen, dass die Ergebnisse solcher Studien auch kritisiert wurden, vgl. hierzu bspw. *Aileen Ionescu-Somers*, More women on boards: «Chicken and egg» questions around performance and sustainability, abrufbar unter: <http://www.imd.org/news/More-women-on-boards.cfm> (zuletzt besucht am 5. August 2015); *Renuka Rayasam*, Do more women on the board mean better results?, in: The New Yorker vom 19. November 2013, abrufbar unter: <http://www.newyorker.com/business/currency/do-more-women-on-the-board-mean-better-results> (zuletzt besucht am 5. August 2015).

31 Akademische Studien, MBA, Auslanderfahrung, etc.; vgl. hierzu auch *Ueberschlag* (Fn. 22), S. 913.

V. Art. 734e VE-OR – Ist das Aktienrecht der richtige Ort für Affirmative Action?

Der vom Bundesrat im Vorentwurf zur Revision des Aktienrechts vom 28. November 2014 vorgeschlagene Art. 734*e* VE-OR hat folgenden Wortlaut:

«Sofern nicht jedes Geschlecht mindestens zu 30% im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung vertreten ist, sind im Vergütungsbericht, bei Gesellschaften, welche die Schwellenwerte gemäss Artikel 727 Absatz 1 Ziffer 2 überschreiten, anzugeben:

• *die Gründe, weshalb die Geschlechter nicht je zu mindestens 30% vertreten sind und*

• *die Massnahmen zur Förderung des weniger stark vertretenen Geschlechts.»*

Die Schwellenwerte gemäss Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR bedeuten, dass die obige Regelung für kotierte Gesellschaften gilt, die zwei der nachstehenden Grössen in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren überschreiten:[32]

• Bilanzsumme von 20 Millionen Franken

• Umsatzerlös von 40 Millionen Franken

• 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt

Diese Unternehmen müssten innert 5 Jahren nach Inkrafttreten der Revision ihre Verwaltungsräte und Geschäftsleitungen mit mindestens 30% beider Geschlechter besetzen.[33]

SZW 2015 S. 469, 475

Art. 734*e* VE-OR findet sich inmitten der Bestimmungen, die zur Überführung der Verordnung gegen übermässige Vergütung bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) in das OR aufgenommen werden sollen. Aus dogmatischer Sicht hat Art. 734*e* VE-OR keinen Zusammenhang mit den Normen oder dem Thema der VegüV und den übrigen Bestimmungen zum Vergütungsbericht.[34] Eine derartige rechtsdogmatische Sicht darf allerdings, wie erwähnt, nicht dazu verleiten, eine Norm abzulehnen. Die Gefahr, dass dogmatische Betrachtungen den Blick für das Wesentliche verstellen, hat sich ja gerade an den zitierten Überlegungen aus den 50er-Jahren zur Verfassungsmässigkeit des Frauenstimmrechts gezeigt. Entscheidend kann demnach nicht sein, ob ein innerer Zusammenhang zu den anderen Normen im Vergütungsbereich besteht, sondern allein, ob die geplante Norm als solche sinnvoll und richtig ist. Das Recht ist ein soziales Regelungs- und Steuerungssystem, mit dem der Gesetzgeber die Gesellschaft im Sinne seiner verfassungsmässigen Zielsetzungen steuern kann. In diesem Sinne wird 734*e* VE-OR eine Norm zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes von Art. 8 BV – die historisch bedingte Lücke zwischen Norm und Realität soll auf diese Weise geschlossen werden.[35]

---

32 Gemäss Art. 732 Abs. 2 VE-OR könnten andere Gesellschaften in ihren Statuten erklären, dass sie sich diesen Regelungen trotzdem unterwerfen *(«opt-in»);* vgl. hierzu auch Bericht zur Aktienrechtsrevision, zu Art. 732, S. 146.

33 Art. 5 Übergangsbestimmungen VE-OR.

34 Vgl. bspw. die Kritik in der Stellungnahme economiesuisse (Fn. 28), S. 12 f.; die Dachorganisation der Schweizer KMU (sgv usam) bezeichnet die Vorlage denn auch als «überladen», Stellungnahme vom 13. März 2015, abrufbar unter: <http://www.sgv-usam.ch/fileadmin/user_upload/deutsch/2015/vernehmlassungsantworten/2015 0312_vnla_aktienrecht_de.pdf> (zuletzt besucht am 5. Au-gust 2015).

35 Dies scheint die wahrscheinlichere Motivation hinter Art. 734*e* VE-OR zu sein als die im Bericht zur Aktienrechtsrevision erwähnte Verbesserung der finanziellen Leistungen von Unternehmen (S. 206); vgl. jedoch auch *Karl Hofstetter*, Grundlagenbericht zur Revision des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance 2014, der ablehnt, dass es die Aufgabe der Wirtschaft sei, gesellschaftspolitische Postulate umzusetzen und dass einzige Aufgabe der *Corporate Governance* die wirtschaftspolitische Stärkung von Unternehmen sei (S. 15).

Die skizzierte historische Dimension der Diskriminierung der Frauen zeigt, dass es nicht genügt, allein rechtliche Grundlagen gegen aktive Diskrimination zu schaffen, sondern es vielmehr nötig ist, das Recht im Sinne eines Steuerungssystems dafür einzusetzen, das Ziel der Gleichbehandlung in der Praxis zu erreichen.[36] Zur Umsetzung dieser *Affirmative Action* eignet sich das Aktienrecht in sachlicher Hinsicht, da es die Zusammensetzung und Funktion der obersten Organe der Aktiengesellschaft regelt und somit der logische Ansatzpunkt ist, um in dieser Beziehung die faktische Gleichstellung zu fördern.[37] Es gibt daher keinen Grund, Förderungsnormen für Frauen im Aktienrecht aus dogmatischen Gründen abzulehnen. Elegant an der vom Bundesrat vorgeschlagenen Lösung ist zudem, dass mit dem Vergütungsbericht ein bereits bestehendes Instrument des Aktienrechts verwendet wird und nicht durch ein Spezialgesetz ein neuer «Gleichstellungsbericht» für kotierte Gesellschaften eingeführt werden muss.

VI. Die in Art. 734e VE-OR vorgesehene Frauenförderung entspricht der Verfassung und dem Verhältnismässigkeitsprinzip

Wie dargestellt, entspricht Art. 734*e* VE-OR dem gesetzgeberischen Auftrag zur Förderung von Frauen, der sich aus Art. 8 BV ableiten lässt.[38] Ausserdem verletzt diese Bestimmung auch selbst keine verfassungsmässigen Prinzipien:[39]

SZW 2015 S. 469, 476

• Die Wirtschaftsfreiheit,[40] zu der auch das Recht gehört, ein Unternehmen nach den eigenen Vorstellungen der Eigentümer zu organisieren,[41] wird nicht in einer unverhältnismässigen Weise eingeschränkt:[42]

---

36 Vgl. zur Zulässigkeit und Notwendigkeit von *Affirmative Action* SGK-*Schweizer*, zu Art. 8 BV, Rz. 59; *Waldmann* (Fn. 26), S. 458 ff.

37 Vgl. hierzu auch *Hans Caspar von der Crone*, Vernehmlassungseingabe zur Revision des Aktienrechts vom 13. März 2015, S. 16, wo die Gleichstellung gerade nicht als ein aktienrechtliches, sondern als ein *«gesamtwirtschaftliches Thema»* bezeichnet wird.

38 Vgl. *Jörg Paul Müller*, Grundrechte in der Schweiz – Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 746 f.; SGK-*Bigler-Eggenberger/Kägi-Diener*, zu Art. 8 BV, Rz. 110 ff.; vgl. auch *Waldmann* (Fn. 26), S. 455 ff., zur Zulässigkeit von *«Affirmative Action»* basierend auf Art. 8 BV.

39 Zum gleichen Ergebnis kommt *Ueberschlag* nach einer Verhältnismässigkeitsprüfung von Art. 734*e* VE-OR in: *Ueberschlag* (Fn. 22), S. 910 ff.; vgl. allgemein zur Verfassungsmässigkeit von Quoten SGK-*Schweizer*, zu Art. 8 BV, Rz. 60; *Müller* (Fn. 38), S. 748 ff. m.w.H.; *Etienne Grisel*, Egalité – Les Garanties de la Constitution Fédérale du 18 avril 1999, 2. Aufl., Bern 2009, Rz. 263 ff.; *Christa Tobler*, Quoten zum Dritten – gesetzliche Grundlagen für Frauenförderungsmassnahmen und Entschädigungen für Diskriminierungen: Zur Entscheidung des Bundesgerichtes vom 14. März 2005 in der Rechtssache Tiziano Balmelli gegen Rekurskommission der Universität Freiburg im Üchtland, recht, Jahrgang 23, S. 220 ff.

40 Art. 27 und 94 BV; vgl. zur Wirtschaftsfreiheit allgemein *Paul Richli*, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, überarbeitete 2. Aufl., Bern 2007, § 4, Rz. 133 ff.; SGK-*Vallender*, zu Art. 27 BV.

41 BGer 2P.142/2004, E. 4.2; vgl. hierzu auch SGK-*Vallender*, zu Art. 27 BV, Rz. 22 f.; *Klaus A. Vallender/Peter Hettich/Jens Lehne*, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 4. Aufl., Bern 2006, § 6, Rz. 20 f.

42 Bericht zur Aktienrechtsrevision, Art. 734*e*, S. 152 (**anders** noch 2009, als der Bundesrat in Antwort auf die Motion «Frauen in alle Verwaltungsräte» (Nr. 09.3067) verlauten liess: *«Eine gesetzliche Geschlechterquote für den Verwaltungsrat würde den Unternehmen bereits bei der Auswahl der Kandidatinnen und Kandidaten Vorgaben machen. Ein solcher Eingriff in die Privatautonomie lässt sich mit dem liberalen Gesellschaftsrecht in der Schweiz nur schwer vereinbaren.»*, abrufbar unter: <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20093067> (zuletzt besucht am 5. August 2015); vgl. dazu auch BGE 125 I 21 E. 5b/cc; 123 I 152 E. 3b, als Beispiele für eine Grundrechtsprüfung im Zusammenhang mit Förderungsmassnahmen; vgl. dazu weiter SGK-*Schweizer*, zu Art. 8 BV, Rz. 60.

• Die Quote von 30% ist gemessen am Anteil der Frauen an der Gesamtbevölkerung von rund 50%[43] nicht übermässig und lässt den Unternehmen genügend Spielraum, dem einen oder anderen Geschlecht in der Zusammensetzung seiner Führungsorgane ein Vorrecht zu gewähren.[44]

• Da es keine durchsetzbare Pflicht gibt, die Geschlechterquote tatsächlich zu erfüllen, sondern nur einen *«comply or explain»*-Ansatz, der die betreffenden Unternehmen zwingt, im Vergütungsbericht die Gründe anzugeben, weshalb ein Geschlecht mit weniger als 30% vertreten ist, und die entsprechenden Förderungsmassnahmen bekanntzugeben, wird den Unternehmen viel Spielraum zur Abweichung von der Geschlechterquote belassen. Insbesondere können sie von der Geschlechterquote abweichen, wenn sie zum Schluss kommen, dass sich nicht genügend qualifizierte Frauen bewerben. Im Extremfall könnte ein Unternehmen im Vergütungsbericht sogar schlicht mitteilen, dass seine Eigentümer völlig gegen die Beteiligung von Frauen sind, weshalb sie keine Frauen in das oberste Leitungsgremium aufgenommen haben, und dass das Unternehmen entsprechend dieser Grundhaltung auch keine Frauenförderung betreiben wird. Gerade diese Möglichkeit zeigt, dass der Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit minimal bleibt.[45]

• Die mit Art. 734*e* VE-OR verbundene Frauenförderung verletzt auch selber nicht im Sinne einer *Reverse Discrimination* der Männer das Gleichheitsgebot von Art. 8 BV. Eine derartige Verletzung würde dann vorliegen, wenn diese Norm dazu führte, dass besser qualifizierte Männer in ihren Chancen beschnitten und damit selbst wieder durch die Förderungsmassnahmen zugunsten von Frauen diskriminiert würden:[46]

• Art. 734*e* VE-OR ist geschlechtsneutral formuliert und wendet sich daher in seiner abstrakten Formulierung nicht *per se* gegen Männer.

• Der *«comply or explain»*-Ansatz lässt den Unternehmen genügend Spielraum, einen klar besser qualifizierten Mann auch dann anzu-

stellen, wenn sie die Geschlechterquote nicht erfüllen, da sie in diesem Fall die Abweichung von der 30%-Quote auch in einer für die Aktionäre befriedigenden Weise erklären können.[47]

Damit verletzt Art. 734*e* VE-OR weder die Wirtschaftsfreiheit noch das Gleichbehandlungsgebot im Sinne einer *Reverse Discrimination*. Er ist auch in dem Sinne verhältnismässig, als der gesetzgeberische Auftrag aus Art. 8 BV, der auf die Erreichung tatsächlicher Gleichstellung abzielt, nicht durch ein milderes Mittel als das in Art. 734*e* VE-OR vorgesehene erreicht werden kann.[48] Einziger Eingriff ist nämlich, dass ein betroffenes Unternehmen in seinem Vergütungsbericht zugeben muss, dass es

---

43 Ende 2014 lebten in der Schweiz 4,073 Mio. Männer (49,45%) und 4,163 Mio. Frauen (50,55%) gemäss Bundesamt für Statistik BFS, Ständige Wohnbevölkerung nach Geschlecht und Staatsangehörigkeitskategorie am Ende des Jahres, abrufbar unter: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/02/blank/key/bevoelkerungsstand/02.html> (zuletzt besucht am 4. August 2015).

44 Gleicher Meinung auch *Ueberschlag* (Fn. 22), S. 914; vgl. auch Bericht zur Aktienrechtsrevision, S. 152.

45 Gleicher Meinung ist bspw. *Ueberschlag* (Fn. 22), S. 911; die Schweizerische Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten (SKG) bemängelt, dass nur der *«comply or explain»*- Ansatz gewählt wurde und keine Sanktionen für das Nichterreichen der Quoten vorgesehen sind, vgl. Stellungnahme vom 22. Februar 2015, abrufbar unter: <http://www.equality.ch/pdf_d/xS_Stellungnahme_Aktienrecht.pdf> (zuletzt besucht am 5. August 2015), S. 4.

46 Vgl. BGE 131 II 361 E. 5 ff. S. 373 ff. und BGE 123 I 152 E. 3b S. 157 für Beispiele einer Grundrechtsabwägung bei Quoten; *Müller* (Fn. 38), S. 744 m.w.H.; *Waldmann* (Fn. 26), S. 471 f. m.w.H.

47 Vgl. *Karl Hofstetter*, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance 2014, ST 3/15, S. 171 ff., 173 m.w.H. zum *«comply or explain»*-Ansatz; **a.M.** *Hans-Ueli Vogt*, Freiheit und Zwang im Aktienrecht, Gastkommentar zur Aktienrechtsrevision, NZZ vom 20. Januar 2015.

48 Gewisse Interessenverbände sehen die Norm sogar als zu schwach an: Vgl. Stellungnahme SKG (Fn. 45), S. 4, wo ein Vergleich zu anderen europäischen Ländern gezogen wird, die teilweise harte Sanktionen für die Nichterfüllung der Quotenregelung vorsehen.

die Geschlechterquote nicht erfüllt und darüber erklärungspflichtig wird, welche Massnahmen es dagegen zu ergreifen gedenkt.

VII. Schlussfolgerungen

Die dargestellten Überlegungen zeigen, dass der von Art. 734*e* VE-OR gewählte *«comply or explain»*-Ansatz zur Förderung von Frauen in den obersten Gremien von Unternehmen dem in Art. 8 BV enthaltenen Gesetzgebungsauftrag entspricht und verhältnismässig ist, da diese Regelung nicht übermässig in die Organisationsfreiheit der betroffenen Unternehmen eingreift und diesen Spielraum zur Abweichung von der Geschlechterquote lässt. Sie führt auch nicht zur *Reverse Discrimination.*

Affirmative Action im Sinne von Art. 734*e* VE-OR ist notwendig. Sie basiert auf über einem Jahrhundert rechtlicher Diskriminierung der Frauen, die heute trotz der im Gesetz verwirklichten Gleichbehandlung immer noch ihren Niederschlag in der wirtschaftlichen Realität findet, weil Frauen in den obersten Führungsgremien grosser Unternehmen nach wie vor untervertreten sind. Die Bestimmung ist auch wirtschaftlich sinnvoll, weil sie der Schweiz die Möglichkeit eröffnet, das Potenzial der Frauen für Führungsaufgaben vollumfänglich zu nutzen, und Frauen auch den notwendigen Anreiz gibt, tatsächlich die Investitionen in die eigene Ausbildung und Karriere zu tätigen, welche für den Aufstieg in oberste Führungsgremien vorausgesetzt sind.