

Manfred Löwisch und Jonathan Jocher

Relevanz des FöPoG II für die Gremienbesetzung in Hochschulen und Forschungseinrichtungen

Am 12. 8. 2021 ist das Gesetz zur Ergänzung und Änderung der Regelungen für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst (FöPoG II) in Kraft getreten.¹ Das Gesetz hat das aus dem Jahr 2015 stammende FöPoG I abgelöst. Sein wesentlicher Inhalt sind Änderungen und Ergänzungen des Bundesgremienbesetzungsgesetzes (BGremBG)² und des Bundesgleichstellungsgesetzes (BGleiG)³, sowie ebenfalls der Gleichstellung von Frauen und Männern dienende Sondervorschriften für Gesellschaften mit Mehrheitsbeteiligung des Bundes. Der nachfolgende Beitrag geht der Relevanz der Regelungen des FöPoG II für die Gremienbesetzung in Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach. Die Erörterung der Änderungen des BGleiG und deren Relevanz für Hochschulen und Forschungseinrichtungen bleibt einem weiteren Beitrag in OdW vorbehalten.

I. Anwendungsbereich des Bundesgremienbesetzungsgesetzes

1. Gesetzliche Regelung

Das BGremBG gilt nach seinem § 2 Satz 1 für Aufsichtsgremien und wesentliche Gremien, für die der Bund Mitglieder bestimmen kann.

- **Aufsichtsgremien** sind nach § 3 Nr. 1 Aufsichts- und Verwaltungsräte sowie vergleichbare Aufsicht führende Organe ungeachtet ihrer Bezeichnung und Rechtsgrundlage, auch wenn deren Mitglieder durch Wahl bestimmt werden.
- **Wesentliche Gremien** sind nach § 3 Nr. 2 solche, bei denen die Bundesregierung als Gesamtheit die Mitgliedschaft mindestens eines Mitglieds zu beschließen oder zur Kenntnis zu nehmen hat, sowie solche, die wegen ihrer besonderen tatsächlichen, wissenschaftlichen oder zukunftsrelevanten Bedeutung von den in § 3 Nr. 3 näher genannten Institutionen des Bundes (Bundesregierung, Bundeskanzleramt, Bundesministerien, Bundesbeauftragte, bundesunmittelbare juristische Personen des öffentlichen

Rechts ohne Recht auf Selbstverwaltung) bestimmt worden sind.

- **Vom Bund zu bestimmen** sind nach § 3 Nr. 4 Mitglieder, welche die Institutionen des Bundes einzeln oder gemeinsam in ein Aufsichtsgremium oder in ein wesentliches Gremium unmittelbar und rechtsverbindlich wählen, berufen, entsenden oder für ein solches Gremium vorschlagen können.

2. Anwendung auf Hochschulen

Für eine Anwendung des BGremBG auf **die staatlichen Hochschulen der Länder** fehlt es durchweg an der dritten Voraussetzung. Kein Landesrecht sieht bislang ein irgendwie geartetes Bestimmungsrecht des Bundes für Aufsichtsgremien oder andere Gremien vor. Soweit die Landeshochschulgesetze Bestimmungsrechte der Landesregierung für Hochschulräte vorsehen, legen sie regelmäßig auch geschlechterbezogene Quoten für die vom Land zu bestimmenden Mitglieder fest.⁴

Einen Sonderfall stellt allerdings das Karlsruher Institut für Technologie (KIT) dar. Das KIT vereinigt in einer Rechtsperson eine Universität des Landes Baden-Württemberg und ein zur Helmholtz-Gemeinschaft gehörendes nationales Forschungszentrum, das aus dem Forschungszentrum Karlsruhe hervorgegangen ist. Nach § 7 Absatz 1 Satz 2 des KIT-Gesetzes des Landes Baden-Württemberg⁵ benennen Bund und Land jeweils einen Vertreter als Mitglied in dem insgesamt aus elf Mitgliedern bestehenden Aufsichtsrat.

Für ihr Zusammenwirken in Fragen der Finanzierung der Großforschungsaufgabe des KIT haben Bund und Land beim KIT eine staatliche Kommission der Finanzmittelgeber eingerichtet, in der sie nach § 19 Absatz 1 Satz 2 KIT-Gesetz die Großforschungsaufgabe des KIT betreffende gemeinsame Fragen beraten und in der Beschlüsse und Entscheidungen, die finanzielle Auswirkungen für einen der beiden Zuwendungsgeber haben, nicht gegen dessen Stimme getroffen werden dürfen. Der Zustimmung der Kommission bedürfen nach § 19 Absatz 1 Satz 6 Nrn. 1 bis 9 unter anderem allgemeine For-

1 Gesetz vom 7. August 2021 (BGBl I 2021 S. 3311).

2 Gesetz vom 24. April 2015 (BGBl I S. 642).

3 Gesetz vom 24. April 2015 (BGBl IS. 642, 643) zuvor zuletzt geändert durch Art. 8 des Gesetzes vom 9. Juni 2021 (BGBl I S. 1614).

4 vgl. etwa § 20 Abs. 3 Satz 1 LHG Baden-Württemberg wonach mindestens 40 % der Mitglieder Frauen sein müssen.

5 Gesetz über das Karlsruher Institut für Technologie vom 14. 7. 2019 (GBl. 2009, 317).

schungsziele und wichtige forschungspolitische und finanzielle Angelegenheiten (Nr. 1), der Struktur- und Entwicklungsplan (Nr. 2) und die Grundsätze für die Verwendung der Forschungs- und Entwicklungsergebnisse, die bei der Wahrnehmung der Großforschungsaufgabe gewonnen werden (Nr. 6).

Nach § 19 Absatz 1 Satz 3 des Gesetzes werden die Mitglieder der Kommission vom Bund und vom Land benannt und vom Wissenschaftsminister Baden-Württemberg bestellt. Derzeit benennt der Bund zwei Mitglieder.

Auch auf die beiden **Bundeswehruniversitäten** in München und Hamburg ist das Gesetz nicht anwendbar. Denn für kein Gremium dieser Hochschulen ist ein irgendwie geartetes Mitgliederbestimmungsrecht des Bundes gesetzlich vorgesehen. Das **Bildungszentrum der Bundeswehr**, das den Bildungs- und Qualifizierungsprozess unterhalb der ministeriellen Ebene steuert und koordiniert, ist eine Bundesoberbehörde.

Hingegen besteht bei der **Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung** in Mannheim nach § 22 der Grundordnung ein Kuratorium, in welches das Bundesministerium des Innern, das Bundesministerium für Bildung und Forschung und zuständige Bundesbehörden Kuratoren entsenden.⁶ Hauptaufgabe des Kuratoriums ist die Aufsicht über die Fachbereiche der Hochschule. Es entscheidet aber auch über grundsätzliche Ziele der Hochschule in Lehre und anwendungsbezogener Forschung.⁷

Der Bund ist einer der Träger der **Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften** Speyer. Als solcher entsendet er nach § 62 des Landesgesetzes Rheinland-Pfalz über diese Hochschule einen Vertreter in den Verwaltungsrat der Universität. Der Verwaltungsrat unterstützt die Hochschule bei der Erfüllung ihrer Aufgaben, insbesondere der Aus- und Weiterbildung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes, und berät sie in grundsätzlichen Angelegenheiten, insbesondere durch Erarbeitung von Konzepten zur Weiterentwicklung. Zum Erlass von Richtlinien für die wissenschaftliche Aus- und Weiterbildung ist sein Einvernehmen erforderlich.⁸

In der Programmkonferenz der **Deutschen Richterakademie** ist das Bundesjustizministerium mit einer

Stimme vertreten. Die Programmkonferenz legt das Arbeitsprogramm der Richterakademie in seinen Grundzügen jeweils für ein Kalenderjahr fest und bestimmt insbesondere Zahl, Dauer und Thematik der durchzuführenden Tagungen.⁹

In Deutschland bestehen, soweit zu sehen, keine **Privathochschulen**, an denen der Bund unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist. Dementsprechend existieren auch keine Mitgliederbestimmungsrechte des Bundes.

3. Anwendung auf Forschungseinrichtungen

Nach dem Beteiligungsbericht 2020 verfügt der **Bund über 14 Beteiligungen** aus dem Bereich des Bundesministeriums für Bildung und Forschung, nämlich

- CISPA- Helmholtz-Zentrum für Informationssicherheit,
- Deutsches Primatenzentrum –Leibniz-Institut für Primatenforschung,
- Deutsches Zentrum für Hochschul- und Wissenschaftsforschung,
- FIZ Karlsruhe – Leibniz-Institut - für Informationsinfrastruktur,
- Forschungszentrum Jülich,
- Futurium GmbH,
- GSI Helmholtz-Zentrum für Schwerionenforschung,
- Helmholtz-Zentrum München Deutsches Forschungszentrum für Gesundheit und Umwelt,
- Helmholtz-Zentrum Berlin für Materialien und Energie,
- Helmholtz-Zentrum für Infektionsforschung,
- Helmholtz-Zentrum für Umweltforschung,
- Helmholtz- Zentrum Hereon (früher: Geesthacht Zentrum für Material- und Küstenforschung),
- SPRIND GmbH
- Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung.¹⁰

„Bei diesen Beteiligungen handelt es ganz überwiegend um Mehrheitsbeteiligungen.“ Nur beim Deutschen Primatenzentrum und beim FIZ Karlsruhe beschränkt sich die Beteiligung auf 50,00 Prozent.

Die Einrichtungen, an denen diese Beteiligungen bestehen, sind als GmbHs organisiert. Ihre Gesellschaftsverträge sehen die Bildung von Aufsichtsräten vor und

6 Grundordnung der Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung vom 31. 8. 2018, GMBL 2018, 662.

7 Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung, Kuratorium https://www.hsbund.de/DE/01_Hochschule/15_Organe_Gremien/05_Kuratorium/kuratorium-node.html (abgerufen am 14.5.2022)

8 § 62 Absatz 2 Landesgesetz Rheinland-Pfalz in der Fassung vom 19. 11.2010, GVBl. 2010, 503.

9 Siehe Verwaltungsvereinbarung über die Deutsche Richterakademie vom 1. 3. 1993.

10 Beteiligungsbericht des Bundes 2020, Seite 6.

räumen dem Bund in unterschiedlichem Umfang Entsenderechte ein. So wird von den neun Aufsichtsratsmitgliedern des CISPA – Zentrums ein Mitglied vom Bund entsandt. Beim Forschungszentrum Jülich sind von zwölf Aufsichtsratsmitgliedern drei vom Bund entsandte Mitglieder, bei Futurium fünf von elf, beim Helmholtz-Zentrum für Umweltforschung drei von höchstens 13, beim Hereon Zentrum drei von 16 und bei SPRIND drei von mindestens drei und höchstens zehn Mitgliedern. Beim Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung wird der Vorsitzende des dort bestehenden Kuratoriums vom Gesellschafter Bundesrepublik Deutschland benannt; zwei Mitglieder werden im Einvernehmen mit dem Deutschen Bundestag von der Gesellschafterversammlung berufen.

Infolge der Entsenderechte des Bundes unterliegen diese Aufsichtsräte nach dessen § 2 in Verbindung mit § 3 Nr. 1 dem BGremBG.

Der Bund ist auch abgesehen von diesen Unternehmen mit weiteren Unternehmen aus dem Bereich von Wissenschaft und Forschung **im Sinne des § 15 AktG** verbunden. Dies gilt etwa für das Deutsche Biomasseforschungszentrum gGmbH, die FIM Forschungsgesellschaft für integrierte Mobilität, die Gesellschaft für Forschung zu innovativen Höhenwindanlagen mbH, die WIK Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste GmbH und die juris GmbH.¹¹

Auch für diese Gesellschaften bestehen nach den Gesellschaftsverträgen Entsenderechte des Bundes zum Aufsichtsrat mit der Folge der Anwendbarkeit des BGremBG. So setzt sich der aus fünf Mitgliedern bestehende Aufsichtsrat der juris GmbH aus drei Vertretern des Gesellschafters Bundesrepublik Deutschland, darunter einem Angehörigen des Bundesministeriums der Justiz als Vorsitzenden und je einem von dem Bundesministerium der Finanzen und dem Bundesministerium des Innern vorgeschlagenen Mitglied sowie zwei weiteren Mitgliedern zusammen.

Weiter gibt es **unselbständige Einrichtungen**, die dem Bund zuzurechnen sind.¹² Aus dem Bereich von Wissenschaft und Forschung sind das u.a. das Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung, das Bundesinstitut für Sportwissenschaft, das Paul-Ehrlich-Institut und das Robert-Koch-Institut. Auch der Deutsche Ethikrat gehört hierher.¹³

Soweit bei diesen Einrichtungen Gremien bestehen, kommt eine Anwendung des BGremBG in Betracht. Dies gilt etwa für die beim Robert-Koch-Institut gebildete Ständige Impfkommision und den Deutschen Ethikrat. So werden nach § 20 Absatz 2 Infektionsschutzgesetz die Mitglieder der Kommission vom Bundesministerium für Gesundheit im Benehmen mit den obersten Landesgesundheitsbehörden berufen. Nach § 5 Absatz 1 EthRG beruft der Präsident des Deutschen Bundestags die Mitglieder des Deutschen Ethikrats je zur Hälfte auf Vorschlag des Deutschen Bundestags und der Bundesregierung.

Die **Max-Planck-Gesellschaft** zur Förderung der Wissenschaften ist als eingetragener Verein organisiert. Bei ihr besteht ein Senat, der nach § 13 der Satzung über alle Angelegenheiten beschließen kann, die nicht durch die Satzung der Hauptversammlung vorbehalten sind. Gemäß § 12 Absatz 7 der Satzung kann die Bundesregierung zwei Bundesminister oder Staatssekretäre als Mitglieder des Senats benennen. Diese können im Verhinderungsfall die Ausübung des Stimmrechts einem Minister oder Staatssekretär desselben Bundesministeriums überlassen.

Auch die **Fraunhofer-Gesellschaft** zur Förderung der angewandten Forschung ist als eingetragener Verein organisiert. Bei der Gesellschaft besteht ebenfalls ein Senat, dem nach § 12 Nr. 2 und Nr. 3 der Satzung umfassende Zuständigkeiten zukommen. Nach § 10 Nr. 1 b der Satzung gehören dem Senat vier vom Bund entsandte Vertreterinnen oder Vertreter an.

II. Besetzung der Aufsichtsräte

1. Vorgaben des BGremBG

Nach § 4 Absatz Satz 1 BGremBG **sollen** in jedem Aufsichtsgremium mit mindestens zwei vom Bund zu bestimmenden Mitgliedern unter diesen Frauen und Männer zu gleichen Teilen vertreten sein. Steht dem Bund eine ungerade Zahl von Sitzen zu, **darf** das Ungleichgewicht zwischen Frauen und Männern nur einen Sitz betragen. Dies gilt für Neuwahlen, Berufungen und Entsendungen, wobei bestehende Mandate bis zu ihrem Ende wahrgenommen werden können (Absatz 2).

11 Bundesministerium für Finanzen, Alphabetische Zusammenstellung der Unternehmen, die mit der Bundesrepublik Deutschland i.S.d. § 15 AktG verbunden sind sowie Alphabetische Zusammenstellung der rechtlich unselbständigen Einrichtungen des Bundes, die dem Bund als herrschendem Unternehmen zuzurechnen

sind, Stand 31. Dezember 2020.

12 Nachweis wie Fn 10.

13 Gesetz zur Einrichtung des Deutschen Ethikrat vom 16.7.2007 (BGBl. I Seite 1385).

Aufsichtsgremien, für welche der Bund gemäß § 3 Nr. 4 BGremBG Mitglieder bestimmen kann, sind bei den in der Rechtsform einer GmbH geführten Forschungseinrichtungen deren Aufsichtsräte. Ein Aufsichtsgremium stellt auch das Kuratorium der Hochschule für öffentliche Verwaltung des Bundes dar.

An sich ist auch der Aufsichtsrat des KIT ein Aufsichtsgremium. Doch scheitert die Anwendung der Vorschrift auf ihn daran, dass der Bund nur ein Mitglied benennt. Gleiches gilt für das CISPA – Zentrum, in dessen Aufsichtsrat der Bund ebenfalls nur ein Mitglied entsendet.

Nicht anwendbar ist die Vorschrift auch auf das Kuratorium des Wissenschaftszentrums Berlin, weil nach dem Gesellschaftsvertrag vom 23.09.2021 nur der Vorsitzende vom Bund als Gesellschafter benannt wird. Zwar werden zwei weitere Mitglieder von der Gesellschafterversammlung im Einvernehmen mit dem Deutschen Bundestag berufen; der Deutsche Bundestag zählt aber nicht zu den Institutionen des Bundes im Sinne von § 3 Nr. 3 BGremBG.

Zur Einhaltung der Vorgaben des § 4 Absatz 1 Satz 1 BGremBG sind je nach ihrer Zuständigkeit die Bundesregierung oder das Bundesministerium für Bildung und Forschung nach Art. 20 Absatz 3 GG (Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung) verpflichtet. Dabei haben sie freilich auch möglicherweise widerstreitende Vorgaben des Grundgesetzes zu beachten. So muss in Rechnung gestellt werden, dass sich das nach Art. 33 Abs. 2 GG bestehende Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt auf sämtliche vom Bund zu vergebende Positionen, gleichgültig ob öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet, bezieht¹⁴ und damit auch das Amt als Aufsichtsratsmitglied erfasst. Eine Bevorzugung wegen des Geschlechts ist damit auch hier nur bei gleichwertiger oder fast gleichwertiger Eignung für das Amt des Aufsichtsrats einer Forschungseinrichtung zulässig.¹⁵ Auch bildet die Wissenschaftsfreiheit eine Schranke. Art. 5 Absatz 3 GG schützt nicht nur die einzelnen Wissenschaftler, sondern auch die wissenschaftlichen Einrichtungen und damit neben den Hochschulen auch privatrechtlich verfasste Wissenschaftseinrichtungen.¹⁶

Die Bestimmung wissenschaftsferner Mitglieder findet hier ihre Grenze.

Wenn nach § 4 Absatz 1 Satz 2 im Falle einer ungeraden Zahl von Sitzen das Ungleichgewicht nur einen Sitz betragen **darf**, bedeutet das nicht, dass Art. 33 Absatz 2 GG und Art. 5 Absatz 3 Satz 1 GG insoweit nicht zu beachten wären. Richtig ist nur, dass die offen gehaltene Entscheidung über einen Sitz in der Regel genügend Spielraum lässt, um sowohl dem Ziel des Gesetzes als auch diesen Grundrechten Rechnung zu tragen.

Droht bei der Bestimmung der Mitglieder des Bundes für einen Aufsichtsrat ein Unterschreiten der Vorgaben des Absatzes 1, hat nach Absatz 3 Satz 2 und 3 je nach Zuständigkeit die Bundesregierung oder das Bundesministerium für Bildung und Forschung unverzüglich das Bundesministerium für Familie, Senioren und Frauen zu unterrichten und die Gründe für die drohende Unterschreitung darzulegen.

Weitere Rechtsfolgen einer Unterschreitung sieht das Gesetz nicht vor. Insbesondere folgt aus der Unterschreitung nicht die Unwirksamkeit der Bestellung des vom Bund bestimmten Mitglieds des Aufsichtsrats.

Allerdings sind bei der Bestimmung von Aufsichtsratsmitgliedern übergangene Bewerberinnen und Bewerber nicht gehindert, ihr aus Art. 33 Absatz 2 GG folgendes Recht auf gleichen Zugang zu einem öffentlichen Amt nach den dafür in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte und der Arbeitsgerichte entwickelten Grundsätzen geltend zu machen. So kann der bisherige Amtsinhaber rügen, dass bei der Neubesetzung des Aufsichtsratsamts seine gesammelte fachliche Erfahrung unberücksichtigt geblieben ist.¹⁷

2. Vorgaben des Gesellschaftsrechts

a. Gesellschaften mit Mehrheitsbeteiligung des Bundes

Das FöPoG II hat in das Gesellschaftsrecht Sondervorschriften bei Beteiligung des Bundes an einer Gesellschaft eingefügt, welche insbesondere auch die gleichmäßige Beteiligung der Geschlechter in den Aufsichtsräten fördern sollen: Nach § 96 Absatz 2 Satz 1 AktG muss sich bei börsennotierten AGs, für die das Mitbestim-

14 Jarass/Pieroth, GG 16. Aufl. 2020, Art. 33 Rn 12; weiter Battis in Sachs, GG 9. Auflage 2021, Art. 33 Rn 24.

15 Jarass/Pieroth, GG 16. Aufl. 2020, Art. 33 Rn 28; vgl. weiter Brosius-Gersdorf in Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 33 Rn 96.

16 BVerfG vom 14.4.1987, 1 BvR 775/84, BVerfGE 75, 192; BVerfG vom 10.3.1992, 1 BvR 454 u.a./91, BVerfGE 85, 360; Kempen in Epping/Hillgruber, Bek'scher Online-Kommentar GG (Stand

15.11.2021) Art. 5 Rn. 185.

17 **Zu diesem Gesichtspunkt** VGH Kassel, B 27.03.86 - 1 TG 678/86 -, NVwZ 86,766 -768 = DVBl 87,425 -426; vgl OVG Saarl, U, 30.11.00, - 1_R_10/00 - Dienstliche Beurteilung - SKZ_01,106/26 (L); vgl OVG Saarl, U, 19.11.01, - 1_R_4/01 - Dienstpostenübertragung - SKZ_02,158/26 (L).

mungsgesetz, das Montan-Mitbestimmungsgesetz oder das Mitbestimmungsergänzungsgesetz gilt, der Aufsichtsrat zu mindestens 30 Prozent aus Frauen und zu 30 Prozent aus Männern zusammensetzen. Dieses Mindestanteilsgebot hat der durch Art. 7 des FÜPoG II in das AktG eingefügte § 393 a in seinem Absatz 2 Nr. 2 für AGs mit Mehrheitsbeteiligung des Bundes dahin erweitert, dass es **unabhängig** von einer Börsennotierung und einer Geltung der dort genannten Mitbestimmungsgesetze gilt. Nach Absatz 3 des durch Art. 10 FÜPoG II in das GmbHG eingefügten neuen § 77a gilt § 96 Absatz 2 AktG entsprechend auch für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats einer GmbH mit Mehrheitsbeteiligung des Bundes **unabhängig** von einer Geltung des Mitbestimmungsgesetzes, des Montan-Mitbestimmungsgesetzes oder des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes.

Ergänzt werden diese Bestimmungen durch Neuregelungen des Drittelbeteiligungsgesetzes (DrittelbG). Art. 22 Nr. 1 FÜPoG II hat in dessen § 4 einen Absatz 5 eingefügt. Dieser bestimmt, wie das Mindestanteilsgebot in nach dem DrittelbG mitbestimmten AG- und GmbH-Aufsichtsräten mit Mehrheitsbeteiligung des Bundes zu erfüllen ist.

Dem Zusammenhang dieser Regelungen ist sicher zu entnehmen, dass AGs und GmbHs, auch wenn für sie nicht eines der in § 393 a AktG oder § 77a GmbHG genannten Mitbestimmungsgesetze sondern nur das DrittelbG gilt, nunmehr grundsätzlich der Regelung des § 96 Absatz 2 AktG unterfallen. Wenn Stöhr demgegenüber für die GmbH meint, § 96 Absatz 2 AktG gelte danach „in einer nach dem MitbestG bzw. dem Montan-MitbestG mitbestimmten GmbH“ entsprechend¹⁸, geht das daran vorbei, dass § 77a AktG die entsprechende Geltung gerade unabhängig von der Geltung dieser Mitbestimmungsgesetze anordnet.

Zu klären bleibt, ob § 96 Absatz 2 AktG auch auf AGs und entsprechend auf GmbHs anzuwenden ist, für die überhaupt keine Unternehmensmitbestimmung gilt. Hierzu zählt einmal der Fall, dass eine Gesellschaft die für die Geltung des DrittelbG notwendige Zahl von 500 Arbeitnehmern gar nicht erreicht, und zum andern der Fall, dass eine Gesellschaft, wie das auf Forschungseinrichtungen regelmäßig zutrifft¹⁹, nach § 1 Absatz 4 Nr. 1 MitbestG oder § 1 Absatz 2 Nr. 2 a DrittelbG als Tendenzunternehmen von der Geltung dieser Gesetze ausgenommen ist.

Zum ersten Fall: Weder der **Wortlaut** von § 393 a Absatz 2 Nr. 2 AktG noch der Wortlaut von § 77a Absatz 3

GmbHG unterscheiden nach der Unternehmensgröße. Vielmehr lassen sie die Mehrheitsbeteiligung des Bundes als Anwendungsvoraussetzung genügen. Mehrheitsbeteiligung des Bundes liegt nach § 393 a Absatz 1 Nr. 1 und § 77 a Absatz 1 Nr. 1 GmbHG aber ohne Differenzierung nach der Arbeitnehmerzahl immer dann vor, wenn die Anteile an der Gesellschaft zur Mehrheit vom Bund gehalten werden. Auf die Arbeitnehmerzahl kommt es nur in dem in § 393 a Absatz 1 Nr. 3 AktG und § 77 a Absatz 1 Nr. 3 GmbHG geregelten Ausnahmefall einer mittelbaren Beteiligung des Bundes an.

Vor allem aber das **vom Gesetzgeber verfolgte Ziel** spricht für die Anwendbarkeit unabhängig von der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer. Das FÜPoG II will überall dort, wo dem Bund Regelungsbefugnisse zukommen, eine geschlechtergerechte Aufteilung der Aufsichtsratsitze erreichen. Für das Gewicht dieses Ziels spielt die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer keine Rolle.

Dass Aufsichtsräte in nicht mitbestimmten GmbHs ihre Basis allein im Gesellschaftsvertrag haben, ändert nichts. Zwar führt die für einen solchen Aufsichtsrat maßgebende Verweisungsvorschrift des § 52 Absatz 1 GmbHG den § 96 Absatz 2 AktG nicht auf. Doch ist dieser Verweis in der in das GmbHG eingefügten zwingenden Bestimmung des § 77a Absatz 3 GmbHG enthalten. Es wäre ja auch widersprüchlich, könnte sich der Bund in Gesellschaften, an denen er mit Mehrheit beteiligt ist, dem von ihm aufgestellten Mindestanteilsgebot durch eine abweichende Regelung im Gesellschaftsvertrag entziehen.

Zum zweiten Fall: Auch der **Tendenzcharakter** von Forschungseinrichtungen bietet angesichts dieses Ziels keinen Anlass, die direkte oder entsprechende Anwendung von § 96 Absatz 2 AktG auszuschließen. Das zeigt schon der Umstand, dass § 3 Nr. 2 a BGremBG Gremien besonderer wissenschaftlicher Bedeutung ausdrücklich in seine Regelung wesentlicher Gremien einbezieht. Für Aufsichtsräte von Forschungseinrichtungen kann nichts Anderes gelten. Deren begründeten wissenschaftlichen Belangen kann und muss jedoch bei den konkreten Besetzungsentscheidungen Rechnung getragen werden (siehe unter 1).

Die entsprechende Geltung von § 96 Absatz 2 AktG hat zur Folge, dass sich auch die Aufsichtsräte von Forschungseinrichtungen, die als GmbH organisiert sind, zu mindestens 30 Prozent aus Frauen und zu mindestens 30 Prozent aus Männern zusammensetzen müssen. Dabei ist nach § 96 Absatz 2 Satz 4 auf volle Personenzahlen

18 Stöhr, Die Auswirkungen des FÜPoG II auf das GmbHG: Eine kritische Bestandsaufnahme, ZIP 2021, 2267, 2271.

19 Löwisch/Kaiser/Klumpp/Klumpp, BetrVG 7. Auflage 2020, § 118 Rn. 25 mit weiteren Nachweisen.

mathematisch auf- bzw. abzurunden. Unter fünf bis acht Aufsichtsratsmitgliedern müssen damit mindestens zwei Frauen und mindestens zwei Männer sein, unter neun bis elf mindestens jeweils drei, unter zwölf bis 14 jeweils vier, unter 15 bis 18 jeweils fünf, unter 19 bis 21 jeweils sechs und unter 22 bis 24 jeweils sieben.

Dass nach § 4 Absatz 1 BGremBG unter den vom Bund zu bestimmenden Mitgliedern Frauen und Männer zu gleichen Teilen vertreten sein sollen, erleichtert die Erfüllung des Mindestanteilsgebots, kann je nach der Größe des Aufsichtsrats aber auch nicht ausreichen. Reicht die Regelung des § 4 Absatz 1 nicht aus, muss das Mindestanteilsgebot bei der Wahl oder sonstigen Bestimmung der übrigen Mitglieder erfüllt werden.

Nicht anders als bei der Bestimmung der Mitglieder des Bundes nach § 4 Absatz 1 BGremBG ist bei der Quotenregelung des § 96 Absatz 2 AktG die durch Art. 5 Absatz 3 GG geschützte Wissenschaftsfreiheit zu beachten. Würde im konkreten Fall die Erfüllung einer 30 – Prozent – Quote dazu führen, dass eine für die wissenschaftsrelevante Arbeit des Aufsichtsrats benötigte Person dem Aufsichtsrat nicht angehören könnte, muss das Mindestanteilsgebot zurücktreten.

Anders als die Nichteinhaltung der Vorgaben des § 4 Absatz 1 BGremBG hat der Verstoß gegen das Mindestanteilsgebot eine unmittelbare rechtliche Konsequenz: Nach § 96 Absatz 2 Satz 6 AktG sind dann Wahl und Entsendung der Mitglieder des Aufsichtsrats **nichtig**. Nichtigkeit bedeutet dabei, dass für das unterrepräsentierte Geschlecht vorzusehende Sitze unbesetzt bleiben („leerer Stuhl“).²⁰ Wird die Unterrepräsentation nicht behoben, erfolgt nach Maßgabe von § 104 AktG eine Bestellung durch das Gericht. Die insoweit bei der GmbH entstandene Lücke muss durch analoge Anwendung von § 104 AktG geschlossen werden.

b. Zielgrößenbestimmung

AktG wie GmbHG enthalten für Gesellschaften, die börsennotiert sind oder der Mitbestimmung unterliegen, Bestimmungen über die Festlegung von Zielgrößen des Frauenanteils in den Aufsichtsräten. Diese gelten unabhängig davon, ob und in welcher Höhe der Bund an den Gesellschaften beteiligt ist. Voraussetzung ist aber die Geltung der Mitbestimmung mindestens nach dem DrittelbG.

Nach der Neufassung von § 111 Absatz 5 AktG, der nach § 52 Absatz 2 GmbHG auch für die GmbH gilt, müssen Vorstand bzw. Geschäftsführung eine Zielgröße auch für den Aufsichtsrat festlegen, die den angestrebten Frauenanteil beschreiben und bei Angaben in Prozent

vollen Personenzahlen entsprechen muss. Die Festlegung einer Zielgröße Null ist klar und verständlich zu begründen. Liegt der Frauenanteil bei der Festlegung der Zielgröße unter 30 Prozent, darf eine später erneut festgelegte Zielgröße den jeweils erreichten Anteil nicht mehr unterschreiten.

Dass die Geltung der Mitbestimmung mindestens nach dem DrittelbG Voraussetzung ist, hat zur Folge, dass **Tendenzunternehmen und damit auch Forschungseinrichtungen** von dieser Regelung nicht erfasst werden (§ 1 Absatz 4 Nr. 1 MitbestG, § Absatz 2 Nr. 2a DrittelbG). Aufgrund ihrer Satzungsautonomie steht es den Gesellschaftern aber frei, im Gesellschaftsvertrag solche Zielgrößen festzulegen. Dafür kann der Bund, wenn er an der Gesellschaft beteiligt ist, seinen Einfluss nutzen.

3. Exkurs: Regelungen für Vorstände und Geschäftsführer

Das FÜPoG II hat auch die Vorschriften für die **Besetzung der Vorstände** von AGs und der Geschäftsführungen von GmbHs weiterentwickelt. Nach § 393 a Absatz 2 in Verbindung mit § 76 a AktG müssen bei Mehrheitsbeteiligung des Bundes in Vorständen, die aus mehr als drei Personen bestehen, mindestens eine Frau und ein Mann Mitglied sein. Gleiches gilt nach § 77a Absatz 2 GmbHG für eine aus mehr als zwei Personen bestehende Geschäftsführung.

Eingeführt worden ist auch eine „**Stay on Board**“-**Regelung**, welche Führungspersonen ihr Amt auch in Fällen sichern soll, in denen sie wegen Schwangerschaft, Elternzeit, Sorge für Familienangehörige oder Krankheit ausfallen: Gemäß § 84 Absatz 3 AktG hat das Mitglied eines Vorstands, der aus mehreren Mitgliedern besteht, das Recht den Aufsichtsrat um den Widerruf seiner Bestellung verbunden mit der Zusicherung der Wiederbestellung nach Ablauf der Schutzfristen zu ersuchen, wenn es wegen Mutterschutz, Elternzeit, der Pflege eines Familienangehörigen oder Krankheit seinen mit der Bestellung verbundenen Pflichten vorübergehend nicht nachkommen kann. Gleiches gilt nach § 38 Absatz 3 GmbHG für die Geschäftsführer einer GmbH, soweit mindestens ein weiterer Geschäftsführer bestellt ist.

4. Übernahme durch die Länder

Nach § 393 a Absatz 3 AktG und § 77a Absatz 4 GmbHG können die Länder die Vorgaben auf die Gesellschaften erstrecken, an denen eine Mehrheitsbeteiligung des Landes besteht.

²⁰ Hüffer/Koch, Aktiengesetz 14. Aufl. 2020, § 96 Rn. 23.

Diese Öffnungsklauseln tragen der mit dem AktG und dem GmbHG als Teil der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes nach Art. 72 Abs. 1 GG an sich verbundenen Sperrwirkung Rechnung. Erfasst werden alle AGs und GmbHs, an denen eine Mehrheitsbeteiligung des betreffenden Landes besteht. Ob die Gesellschaft in dem betreffenden Land auch ihren Sitz hat, ist unerheblich.

III. Besetzung wesentlicher Gremien

1. Bestimmung von mindestens zwei Mitgliedern

Wie die Bezugnahme auf § 4 Absatz 1 Satz 1 BGremBG ergibt, setzt die in § 4 Absatz 1 Satz 3 BGremBG festgelegte Pflicht, auf paritätische Besetzung hinzuwirken, voraus, dass der Bund mindestens zwei Mitglieder des Gremiums zu bestimmen hat. Einen zu bestimmenden Sitz aufzuteilen oder alternierend mit einer Frau und einem Mann zu besetzen, ist nicht vorgesehen.

Dementsprechend ist das BGremBG auf die Vertretung des Bundes im Verwaltungsrat der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften und die Entsendung des Bundesvertreters in die Programmkonferenz der Deutschen Richterakademie nicht anwendbar.

2. Bestimmung der Wesentlichkeit

Kraft Gesetzes als wesentlich gelten nach § 3 Nr. 2 a BGremBG Gremien, bei denen die Bundesregierung als Gesamtheit die Mitgliedschaft mindestens eines Mitglieds zu beschließen oder zur Kenntnis zu nehmen hat.

Das trifft auf den **Senat der Max-Planck-Gesellschaft** zu: Die beiden Mitglieder des Bundes im Senat sind nach § 12 Absatz 7 der Satzung von der Bundesregierung zu benennen und damit im Sinne von § 3 Nr. 4 BGremBG von ihr zu bestimmen.

Auch der **Deutsche Ethikrat** gehört hierher, da seine 26 Mitglieder zwar vom Präsidenten des Deutschen Bundestages berufen, aber die Hälfte von Ihnen von der Bundesregierung als Institution des Bundes im Sinne von § 3 Nr. 3 BGremBG vorgeschlagen werden.

Die Wesentlichkeit anderer Gremien setzt nach § 3 Nr. 2 b BGremBG voraus, dass sie wegen ihrer besonderen tatsächlichen, wissenschaftlichen oder zukunftsrelevanten Bedeutung von der zuständigen Institution des Bundes als wesentliches Gremium bestimmt worden sind.

Das gilt einmal für die **Fraunhofer-Gesellschaft**. Deren Satzung macht in § 10 Nr.1 b die Mitgliedschaft der

Vertreter des Bundes nicht davon abhängig, dass die Bundesregierung über die Entsendung entscheidet. Deshalb muss die zuständige Institution des Bundes, hier das Bundesministerium für Bildung und Forschung, über die Bestimmung als wesentlich entscheiden. Dass dem Senat der Fraunhofer-Gesellschaft angesichts seiner umfassenden Zuständigkeit einerseits und angesichts der Bedeutung der Fraunhofer-Institute für die angewandte Forschung in Deutschland andererseits besondere tatsächliche, wissenschaftliche und zukunftsrelevante Bedeutung im Sinne von § 3 Nr. 2 b BGremBG zukommt, ist zweifelsfrei. Dementsprechend ist das Bundesministerium für Bildung und Forschung gehalten, den Senat als wesentliches Gremium zu bestimmen.

Auch die staatliche Kommission der Finanzmittelgeber für das KIT hat angesichts ihrer Beratungs- und Entscheidungsbefugnisse für die Großforschungseinrichtung KIT besondere tatsächliche, wissenschaftliche und zukunftsrelevante Bedeutung. Die Anwendung des BGremBG auf die Kommission setzt nach § 3 Nr. 2 des Gesetzes ebenfalls voraus, dass die zuständige Institution des Bundes, also das Bundesministerium für Bildung und Forschung, sie als wesentlich bestimmt. Das ist erfolgt.²¹

3. Hinwirkungspflicht

Nach § 4 Absatz 1 Satz 3 BGremBG haben die Institutionen des Bundes bei jedem wesentlichen Gremium darauf hinzuwirken, dass eine paritätische Vertretung von Frauen und Männern nach § 4 Absatz 1 Sätze 1 und 2 geschaffen oder erhalten wird. Wie aus der Bezugnahme auf Satz 1 folgt, ist Ziel eine jeweils gleiche Anzahl von Frauen und Männern in dem betreffenden Gremium. Steht dem Bund eine ungerade Zahl von Sitzen zu, darf das Ungleichgewicht zwischen Frauen und Männern nur einen Sitz betragen (Satz 2). Die Hinwirkungspflicht trifft je nach ihrer Zuständigkeit die Bundesregierung oder das Bundesministerium für Bildung und Forschung. Beim Deutschen Ethikrat ist das für die Hälfte der Mitglieder die Bundesregierung.

Durch **Bezugnahme** auf Satz 1 ist die Hinwirkungspflicht als Sollvorschrift ausgestaltet. Das bedeutet nach allgemeinen Grundsätzen, dass die Verpflichtung im Regelfall strikt einzuhalten ist und Abweichungen nur in atypischen Fällen zulässig sind, in denen konkrete Gründe für das Abweichen von der Norm sprechen.²² Solche Gründe sind auch hier das nach Art. 33 Absatz. 2 GG bestehende Recht auf gleichen Zugang zu einem öffentli-

²¹ Auskunft des Bundesministeriums für Bildung und Forschung vom 16. 3. 2022.

²² Vgl. *Kopp/Ramsauer*, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 20. Aufl. 2019, § 40 Rn. 64.

chen Amt, das eine Bevorzugung wegen des Geschlechts nur bei gleichwertiger oder fast gleichwertiger Eignung zulässt²³, sowie die Wissenschaftsfreiheit der betroffenen Einrichtung, welche der Bestimmung wissenschaftsferner Mitglieder Grenzen zieht.²⁴ Andere Gründe, etwa das Bestreben nach ausgewogener Vertretung der in einer Koalition vertretenen Parteien, reichen nicht aus.

4. Vorlage an das Frauenministerium

Droht bei der Bestimmung der Mitglieder des Bundes für ein wesentliches Gremium ein Unterschreiten der Vorgaben des Absatzes 1, habe nach Absatz 3 Satz 2 und 3 auch hier je nach Zuständigkeit die Bundesregierung oder das Bundesministerium für Bildung und Forschung unverzüglich das Bundesministerium für Familie, Senioren und Frauen zu unterrichten und die Gründe für die drohende Unterschreitung darzulegen.

Weitere Rechtsfolgen einer Unterschreitung sieht das Gesetz auch hier nicht vor. Insbesondere folgt aus der Unterschreitung nicht die Unwirksamkeit der Bestellung

des vom Bund bestimmten Mitglieds des wesentlichen Gremiums.

Allerdings sind auch bei der Bestimmung von Gremienmitgliedern übergangene Bewerberinnen und Bewerber nicht gehindert, ihr aus Art. 33 Absatz 2 GG folgendes Recht auf gleichen Zugang zu einem öffentlichen Amt nach den dafür in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte und der Arbeitsgerichte entwickelten Grundsätzen geltend zu machen, etwa zu rügen, dass bei der Neubesetzung eines Aufsichtsratsamts die vom bisherigen Amtsinhaber gesammelte fachliche Erfahrung unberücksichtigt geblieben ist.²⁵

Manfred Löwisch ist Professor an der Albert-Ludwig-Universität Freiburg und Leiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht.

Jonathan Tim Jocher ist Rechtsreferendar am Landgericht Freiburg

23 Oben unter II 1 iVm Fn 15.

24 Oben unter II 1 iVm Fn 16.

25 Oben unter II 1 iVm Fn 17.