

Prof. Dr. Christoph Teichmann und Carolin Rüb

# Der Regierungsentwurf zur Geschlechterquote in Aufsichtsrat und Vorstand

Am 11.12.2014 hat das Bundeskabinett den Entwurf für ein Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst beschlossen und damit zumindest den zähen Streit der Regierungskoalition beendet. Der Beitrag behandelt nach einer kurzen rechtspolitischen Einordnung (II.) zunächst die von der zwingenden gesetzlichen Quote erfasste Gruppe der börsennotierten und paritätisch mitbestimmten Unternehmen (III.). Sodann wird das Modell der selbstgesetzten Zielgrößen behandelt, das auch für Gesellschaften gilt, die nur börsennotiert oder nur mitbestimmt sind (IV.). Besondere Aufmerksamkeit verdienen zum Abschluss (V.) die Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) und die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaften. Die wichtigsten Ergebnisse werden unter VI. zusammengefasst.

## I. Einleitung

Nach langen Jahren der unverbindlichen und letztlich wenig ertragreichen Zielvereinbarungen macht die Politik nun Ernst:<sup>1</sup> Ab dem 1.1.2016 soll jede frei werdende Aufsichtsratsstelle in Aktiengesellschaften, die börsennotiert und paritätisch mitbestimmt sind, unter Einhaltung einer Geschlechterquote von 30% besetzt werden. Darüber hinaus wird ein Modell der selbst gesetzten Zielvorgaben eingeführt. Dieses gilt in den genannten Aktiengesellschaften für den Vorstand und die beiden darunter liegenden Führungsebenen. Außerdem müssen Gesellschaften, die entweder nur börsennotiert oder nur mitbestimmt sind, eigene Zielgrößen für Vorstand und Aufsichtsrat festlegen. Diese Verpflichtung gilt auch für GmbH und Genossenschaften. Die Quotenregelung wird also für alle Kapitalgesellschaften relevant, die mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen. Die Übergangsfrist ist knapp bemessen: Die selbst gesetzten Vorgaben sollen erstmals bis spätestens zum 30.6.2015 erfolgen; die fixe gesetzliche Quote für den Aufsichtsrat soll ab dem 1.1.2016 greifen.

## II. Rechtspolitische Einordnung

Über Sinn oder Unsinn einer gesetzlich bindenden Geschlechterquote lässt sich trefflich streiten. Die Politik hat ihre Entscheidung getroffen; diese ist als Ausgangsdatum hinzunehmen. Die deutsche Wirtschaft wird kaum behaupten können, davon überrascht worden zu sein. Sie ist trotz jahrelanger Beteuerungen und unverbindlicher Selbstverpflichtungen hinsichtlich der gleichberechtigten Teilhabe beider Geschlechter an Führungspositionen nicht wirklich von der Stelle gekommen.<sup>2</sup> Sie muss sich insbesondere den Hinweis gefallen lassen, dass viele andere Länder in Europa einen höheren Anteil an Frauen in Führungspositionen vorweisen können, obwohl das Qualifikationsniveau von Frauen in Deutschland gewiss nicht niedriger liegen dürfte als anderswo.<sup>3</sup>

An die Adresse der Politik ist allerdings die Frage zu richten, warum sie erst ein Gesetz brauchte, um sich selbst zur gleichberechtigten Vergabe von Führungspositionen im öffentlichen Dienst zu verpflichten.<sup>4</sup> Läge es nur am mangelnden Willen der Privatwirtschaft, hätte man im öffentlichen Dienst längst mit gutem Beispiel vorangehen können. Doch selbst im Aufsichtsrat der Deutsche Bahn AG, deren Anteile zu 100% der Bund hält, finden sich neben 17 Männern nur drei Frauen.<sup>5</sup> Der gute Wille allein scheint nicht zu genügen; es muss tiefer liegende Gründe für die mangelnde Ausgeglichenheit der Geschlechter in Leitungspositionen geben. Die zwingende Quote hat in diesem Kontext etwas von Symbolpolitik, wenn nicht gar von Hilflosigkeit. Weil man die wahren Ursachen nicht kennt oder nicht ändern kann, greift man zu öffentlichkeitswirksamen Maßnahmen, die womöglich mehr Aufwand als Nutzen produzieren. Denn dass die Kosten für die Wirtschaft höher ausfallen dürften als die im Gesetzentwurf angegebene Summe von 257000 Euro, dürfte jedermann klar sein. Dieser Betrag wird nicht einmal die Stundensätze der Headhunter decken, die nun für Deutschlands wichtigste Unternehmen auf einen Schlag jeweils gleich mehrere geeignete Kandidatinnen für neu zu besetzende Aufsichtsratsposten finden müssen.

Blickt man in andere Länder, so findet man dort für jeden denkbaren Standpunkt Argumente. Einige europäische Staaten haben eine gesetzliche Quote bereits eingeführt. Darauf weist der Gesetzentwurf auch hin. Doch hat man geflissentlich vermieden, die unterschiedlichen Rechtsfolgen zu analysieren, die sich in den einzelnen Staaten mit einer Verfehlung der Quote verbinden. Das deutsche Modell der nichtigen Bestellung („leerer Stuhl“) ist etwas völlig anderes als etwa das niederländische, wo die Verfehlung der Quote lediglich eine Berichtspflicht auslöst.<sup>6</sup> Weiterhin wird unterschlagen, dass es Länder gibt, die einen hohen Frauenanteil in Führungsgremien gänzlich ohne gesetzliche Quote erreicht haben (z.B. Schweden<sup>7</sup>). Eine Kausalität zwischen Quote und faktisch erreichter Gleichstellung lässt sich demnach kaum belegen. Selbst das Beispiel Norwegens, wo seit einigen

1 Regierungsentwurf eines Gesetzes für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst vom 10.12.2014 (nachfolgend „RegE“).

2 RegE, S. 47 ff., 50. Vgl. zur Entwicklung von 2005 bis 2013 Pütz/Weckes, Auswertung zur Geschlechterquote, April 2014 (abrufbar unter [www.boeckler.de/pdf/mbf\\_pb\\_geschlechterquote\\_puetz-weckes\\_20140414.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/mbf_pb_geschlechterquote_puetz-weckes_20140414.pdf), Abruf: 14.1.2015).

3 Vgl. das Factsheet der Europäischen Kommission, Das Geschlechtergleichgewicht in Führungspositionen börsennotierter Unternehmen, September 2014, abrufbar unter [ec.europa.eu/justice/gender-equality/document/index\\_en.htm#h2-1](http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/document/index_en.htm#h2-1) (Abruf: 5.1.2015).

4 Die hierauf bezogenen Artikel 1 (Bundesgremienbesetzungsgegesetz) und Artikel 2 (Bundesgleichstellungsgesetz) des RegE werden im weiteren Verlauf des Beitrags ausgeklammert.

5 Abrufbar unter [www.deutschebahn.com/de/konzern/konzernprofil/aufsichtsrat.html](http://www.deutschebahn.com/de/konzern/konzernprofil/aufsichtsrat.html) (Abruf: 14.1.2015).

6 Eingehend zu den unterschiedlichen Regelungsmodellen Teichmann/Langes, EWS 2013, 175 ff., insbes. 177 ff.

7 Eine Regelung findet sich dort nur in Ziff. 4.1. des schwedischen Corporate Governance Kodex (abrufbar unter [www.corporategovernanceboard.se](http://www.corporategovernanceboard.se), Abruf: 14.1.2015). Der Frauenanteil in den Organen großer börsennotierter Unternehmen lag im April 2014 bei 27,1% (vgl. Factsheet der Europäischen Kommission, oben Fn. 3).

Jahren 40% der Verwaltungsratssitze von Frauen besetzt werden, ist zweischneidig. Denn erstens gab es dort eine spürbare Ausweichbewegung in Rechtsformen, die nicht der Quote unterliegen.<sup>8</sup> Und zweitens bringt die norwegische Quote nicht unbedingt mehr Frauen in Führungspositionen, sondern eher mehr Führungspositionen für immer dieselben Frauen, die sich nun zahlreicher Mandate in unterschiedlichen Gesellschaften erfreuen dürfen.<sup>9</sup>

Dennoch ist nachfolgend nicht die politische Grundsatzentscheidung als solche in Frage zu stellen. Diese Festlegung ist Sache der gewählten Volksvertretung. Wohl aber ist anzufragen, ob das politisch definierte Ziel mit den konkret vorgesehenen Mitteln in effektiver und zugleich verhältnismäßiger Weise angestrebt wird. Zweifel sind insbesondere deshalb angebracht, weil die Regelung zur Quote in den zwei Bänken (Anteilseigner- und Arbeitnehmervertreter) unnötig kompliziert geraten ist, weil die Quotenregelung unabhängig von der Qualifikation der betreffenden Personen eingreift und zudem die Europäische Aktiengesellschaft (SE) in ihrer besonderen Eigenart nicht hinreichend gewürdigt wurde.

## III. Zwingende Quote in mitbestimmten Publikumsgesellschaften

Als „Zugpferde“<sup>10</sup> der Quotenregelung setzt der Gesetzgeber die Großunternehmen ein, definiert als börsennotierte und paritätisch mitbestimmte Gesellschaften (1.). Sie müssen für den Aufsichtsrat eine zwingende gesetzliche Quote von 30% einhalten und sich für den Vorstand ebenso wie für die zwei darunter angesiedelten Leitungsebenen auf eine selbstgesetzte Quote verpflichten. Die fixe gesetzliche Quote gilt im Ausgangspunkt für den Aufsichtsrat insgesamt. Wenn allerdings die Anteilseigner- oder Arbeitnehmerseite der Gesamtbetrachtung widerspricht, kommt es zu einer rechnerischen Trennung; jede „Bank“ muss dann für sich allein die Quote erfüllen (2.). Werden Aufsichtsratsmitglieder unter Verletzung der Quotenregelung bestellt, ist die Bestellung nichtig (sog. „leerer Stuhl“); Abhilfe schafft dann die gerichtliche Ersatzbestellung (3.). All diese Regelungen schweigen allerdings zu der Frage, ob die Kandidaten/innen des jeweils unterrepräsentierten Geschlechts überhaupt die geeignete Qualifikation haben (4.).

### 1. Erfasste Unternehmen

Die zwingende Quotenregelung für den Aufsichtsrat findet sich in § 96 Abs. 2 S. 1 AktG-E. Erfasst sind demnach börsennotierte Gesellschaften,<sup>11</sup> für die das Mitbestimmungsgesetz, das Montan-Mitbestimmungsgesetz oder das Mitbestimmungsergänzungsgesetz gilt.<sup>12</sup> Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Es geht also um börsennotierte Gesellschaften mit paritätischer Mitbestimmung; dies dürften derzeit 110 Gesellschaften sein.<sup>13</sup> Nicht erfasst sind börsennotierte Unternehmen, die nur der Drittelpartizipation unterliegen, sowie Aktiengesellschaften, die nicht börsennotiert sind. Der Gesetzentwurf begründet diese Auswahl mit der besonderen Sozialbindung der großen Gesellschaften und geht davon aus, dass sie „Maßstäbe für die gesamte Privatwirtschaft“ setzen.<sup>14</sup>

### 2. Die zwingende Quote im Aufsichtsrat und deren Berechnung

Angesichts der paritätischen Mitbestimmung bedurfte die Frage einer Klärung, ob die 30%-Quote für Anteilseigner- und Arbeitnehmerver-

treter separat gilt oder für beide „Bänke“ gemeinsam ermittelt wird. Der Gesetzentwurf setzt als Regelfall die Gesamtbetrachtung. Die Quote bezieht sich gemäß § 96 Abs. 2 S. 2 AktG-E auf den Aufsichtsrat insgesamt. Diese Gesamtbetrachtung wird jedoch aufgebrochen, wenn ihr eine von beiden Seiten widerspricht (§ 96 Abs. 2 S. 3 AktG-E). Ein solcher Widerspruch ist vor der Wahl zu erklären; die Erklärung soll gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden erfolgen.<sup>15</sup> Der Widerspruch führt dazu, dass die Quote von jeder Seite getrennt zu erfüllen ist (§ 96 Abs. 2 S. 3 AktG-E a.E.).<sup>16</sup>

Die Regelung gibt den beiden Aufsichtsratsbänken scheinbar die Freiheit, sich im Konsens gegenseitig bei der Erfüllung der Quote zu unterstützen. Allerdings unterliegen sie dabei einem „Gefangenendilemma“, weil der Widerspruch vor der Wahl erklärt werden muss und zu diesem Zeitpunkt mitunter noch gar nicht absehbar ist, welche von beiden Seiten ggf. die Quote wird erfüllen oder gar übererfüllen können. Der Widerspruch mag derzeit vor allem in denjenigen Gesellschaften nahelegen, in denen die Arbeitnehmerseite die Quote bereits erfüllt.<sup>17</sup> Andererseits wird die Quotenregelung gerade die Arbeitnehmerbank, bei der es neben der Quote noch andere Verteilungskriterien zu bedenken gibt,<sup>18</sup> vor besondere Rechenoperationen stellen.

Im Einzelfall könnte auch der gesetzlich angeordnete Rundungsmechanismus (§ 96 Abs. 2 S. 4 AktG-E) Bedeutung erlangen: Ergibt sich für die 30%-Quote eine Dezimalzahl mit 0,5 oder größer, wird aufgerundet, bei unter 0,5 wird abgerundet.<sup>19</sup> Bei einem Aufsichtsrat aus 16 Personen ergibt dies bei Gesamtbetrachtung eine Quote von 5 Personen. Bei getrennter Betrachtung hingegen nur für jede Bank, bestehend aus acht Personen, je zwei Personen. Dass sich bei getrennter Berechnung eine insgesamt kleinere Personenzahl für die Quotierung ergeben kann, mag sich in der Praxis als Argument für die Getrenntberechnung erweisen. Bei einem Aufsichtsrat aus zwölf oder 20 Mitgliedern, ergibt die Rundung allerdings keine Unterschiede zwischen Gesamtquote und getrennter Quote.

Der Widerspruch gegen die Gesamtbetrachtung ist auch zu einem späteren Zeitpunkt noch möglich. Er ändert dann aber zunächst nichts an der Zusammensetzung des Aufsichtsrates. Dessen Mitglieder bleiben wirksam bestellt (§ 96 Abs. 2 S. 5 AktG-E). Bei der nächsten zeitlich nachfolgenden Bestellung greift dann allerdings die getrennt berechnete Quote. Diejenige Seite, die zuvor untererfüllt hatte, muss nunmehr zwingend eine Person desjenigen Geschlechts bestellen, das sie zur Erfüllung ihrer eigenen Quote benötigt.

8 Teichmann/Langes, EWS 2013, 175, 178.

9 Ironisierend als „Goldene Röcke“ bezeichnet (vgl. Der Spiegel, 7/2011, 91 f.).

10 So die Formulierung Redenius-Hövermann/Strenger, Der Konzern 2014, 373, 375.  
11 Börsennotierung i.S.d. § 3 Abs. 2 AktG, d.h. börsennotiert im Sinne des Aktiengesetzes sind Gesellschaften, deren Aktien zu einem Markt zugelassen sind, der von staatlich anerkannten Stellen geregelt und überwacht wird, regelmäßig stattfindet und für das Publikum mittelbar oder unmittelbar zugänglich ist.

12 Nachfolgend soll das Mitbestimmungsgesetz im Vordergrund stehen; die Besonderheiten des Montan-Mitbestimmungsgesetzes und des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes bleiben außer Betracht.

13 Bayer/Hoffmann, AG-Report, 1-2/2015, R4.

14 RegE, S. 147.

15 RegE, S. 147.

16 Vgl. für diesen Fall auch § 7 Abs. 3 MitbestG-E (RegE, S. 37).

17 Eine Erfüllung der Quote auf Anteilseignerseite ist offenbar momentan in keiner der betroffenen Gesellschaften gegeben. Vgl. hierzu die Zahlen bei Pütz/Weckes, Auswertung zur Geschlechterquote, April 2014 (oben Fn. 2).

18 Vgl. § 7 MitbestG, wonach die Sitze auf Arbeitnehmer des Unternehmens, Gewerkschaftsvertreter und leitende Angestellte zu verteilen sind (vgl. hierzu auch § 18a Abs. 1 MitbestG-E).

19 Vgl. das Beispiel in RegE, S. 147.

### 3. Rechtsfolgen bei Verfehlung der Quote

Eine Wahl oder Entsendung, die der Quote widerspricht, ist gem. § 96 Abs. 2 S. 6 AktG-E nichtig.<sup>20</sup> Die unmittelbare Sanktion des Verstoßes besteht also in einem „leeren Stuhl“.<sup>21</sup> Der Gesetzgeber geht nicht ohne Grund davon aus, dass davon in paritätisch mitbestimmten Gesellschaften für Anteilseigner und Arbeitnehmer ein verhaltenssteuernder Anreiz ausgeht, für die eigene Seite die Quote zu erfüllen.<sup>22</sup> Die Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats wird dadurch in der Regel nicht tangiert, weil sie bereits mit der Hälfte der Mitglieder gegeben ist.<sup>23</sup>

Angesichts der Nichtigkeitsfolge ist auf Anteilseignerseite der Wahlmodus, also Einzel- bzw. Blockwahl,<sup>24</sup> zu beachten. Bei einer Einzelwahl, also der gesonderten Bestellung einzelner Personen für den Aufsichtsrat, ist nur derjenige Beschluss nichtig, der in der zeitlichen Abfolge als erstes gegen die vorgegebene Quote verstößt.<sup>25</sup> Bei einer Blockwahl, die mehrere Personen gemeinsam zur Abstimmung stellt, wären hingegen alle Personen, die dem überrepräsentierten Geschlecht angehören, nicht wirksam bestellt. Die Gesetzesbegründung regt daher – insoweit im Einklang mit Ziff. 5.4.3. S. 1 DCGK – eine Einzelwahl von Aufsichtsratsmitgliedern an.<sup>26</sup> Der Hauptversammlungsleiter wird dies in Rechnung zu stellen haben; er ist generell gehalten, auf quotengerechte Wahlvorschläge zu achten.<sup>27</sup> Dass ein Verfehlten der Quote zu Schadensersatzansprüchen gegen die Verwaltung führen könne,<sup>28</sup> erscheint jedoch eher unwahrscheinlich. Das Fehlen geeigneter Kandidatinnen oder Kandidaten wird ihr in aller Regel nicht anzulasten sein, und eine Pflicht zur Aufstellung ungeeigneter Personen besteht sicherlich nicht. Der Vorstand kann seiner Pflicht, auf eine ordnungsgemäße Aufsichtsratszusammensetzung hinzuwirken, mit der Antragstellung auf gerichtliche Ersatzbestellung (§ 104 AktG) gerecht werden.

Auch der Gesetzentwurf nimmt die gerichtliche Ersatzbestellung in den Blick. § 104 Abs. 5 AktG-E legt fest, dass die Ergänzung des Aufsichtsrats durch das Gericht nach Maßgabe des § 96 Abs. 2 S. 1–5 AktG-E vorzunehmen ist. Dies modifiziert die bislang geltenden Grundsätze der gerichtlichen Ersatzbestellung. Bislang war das Gericht in der Auswahl des Aufsichtsratsmitgliedes weitgehend frei.<sup>29</sup> Es hatte allerdings im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens neben den gesetzlich oder satzungsmäßig festgelegten Wählbarkeitsvoraussetzungen auch das Unternehmensinteresse zu beachten.<sup>30</sup> Diese Vorgaben stehen künftig im Konflikt mit der Aufgabe, für eine quotengerechte Zusammensetzung des Aufsichtsrats zu sorgen. Wenn es schon den hierfür aktienrechtlich primär zuständigen Organen nicht gelungen ist, geeignete Personen vorzuschlagen, wird es dem Gericht schwerfallen, nun die Rolle des erfolgreichen „Head-Hunters“<sup>31</sup> zu übernehmen. Da das Gesetz keinen Qualifikationsvorbehalt kennt,<sup>32</sup> kommt es in dieser Situation streng genommen allein auf das „richtige“ Geschlecht an. Auf absehbare Zeit dürfte es in aller Regel an Frauen fehlen. Im Zusammenspiel mit § 104 Abs. 5 AktG, nach welchem das Amt des gerichtlich bestellten Aufsichtsrates automatisch mit Beseitigung des Mangels erlischt, müsste sich die betreffende Kandidatin als provisorische „Quotenfrau“ fühlen, was die Suche nach passenden Personen nicht gerade erleichtern wird.

### 4. Übergangsregelung

Die Übergangsvorschrift für die gesetzliche Aufsichtsratsvorschrift findet sich in § 25 EGAKtG-E. Der Mindestanteil von je 30% an Männern und Frauen soll bei Neuwahlen und Entsendungen ab dem

1.1.2016 beachtet werden (§ 25 Abs. 2 S. 1 EGAKtG-E). Sofern die Anzahl der neu zu besetzenden Positionen im Aufsichtsrat für die Erreichung der Quote nicht ausreicht, sind die freien Positionen zwingend mit dem unterrepräsentierten Geschlecht zu besetzen (§ 25 Abs. 2 S. 2 EGAKtG-E). Bereits bestehende Mandate können bis zum regulären Ablauf bestehen bleiben (§ 25 Abs. 2 S. 3 EGAKtG-E). Auch Nachbestellungen und Ersatzmitglieder sind ab 2016 entsprechend der Quote zu besetzen.<sup>33</sup> Für die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmerseite sind entsprechend die Übergangsregelungen des § 22 Abs. 2 MitBestErgG sowie des § 40 Abs. 2 MitBestG-E zu berücksichtigen, welche für Wahlen, die am 31.12.2015 nicht abgeschlossen<sup>34</sup> sind, die Neuerungen des Gesetzentwurfes für anwendbar erklären.

### 5. Verfassungs- und unionsrechtliche Bedenken gegen die fixe Quote ohne Qualifikationsvorbehalt

Angesichts der derzeitigen Geschlechterverteilung in deutschen Aufsichtsräten wird die Übergangsregelung dazu führen, dass im Jahr 2016 und noch einige Zeit danach jede frei werdende Aufsichtsratsposition mit Frauen zu besetzen ist. Es grenzte an ein Wunder, wenn in einem Zeitraum von zwölf Monaten plötzlich überall die qualifizierten Kandidatinnen aus dem Boden schießen, nach denen man in der Vergangenheit – auch im staatlichen Bereich des öffentlichen Dienstes und der öffentlichen Unternehmen – ergebnislos gefahndet hat. Ge- wiss gibt es für die Aufsichtsratstätigkeit kein allzu fest umrissenes Anforderungsprofil. Zumindest aber sollte ein Großteil der Aufsichtsratsmitglieder Erfahrung in führender Position eines privatwirtschaftlichen Unternehmens vorzuweisen haben. Der Gesetzentwurf selbst geht durch die Konzeption der selbstgesetzten Quote auf den oberen Führungsebenen davon aus,<sup>35</sup> dass dieser Nachwuchs an weiblichen Kandidatinnen über die Jahre erst herangezogen werden muss. Die selbstgesetzte Zielvorgabe soll die „Anzahl hochqualifizierter Frauen mit Erfahrung im operativen Geschäft“ erhöhen und damit Auswahlmöglichkeiten für Spitzenpositionen generieren.<sup>36</sup> Wenn gleichzeitig die Übergangsregelung dazu zwingt, bereits ab 2016 jede frei werdennde Stelle mit Frauen zu besetzen, nimmt der Gesetzgeber sehenden

20 Entsprechend nimmt § 250 Abs. 1 Nr. 5 AktG-E den Verstoß gegen § 96 Abs. 2 in die Liste der Nichtigkeitsgründe auf. Wahl und Entsendung sind damit unabhängig von einer Geltendmachung durch Nichtigkeitsklage von Anfang an ohne Rechtswirkung (vgl. RegE, S. 149). Vgl. für die Arbeitnehmerseite § 18a MitbestG-E (RegE, S. 37).

21 So RegE, S. 149.

22 RegE, S. 149.

23 Der Aufsichtsrat ist gem. § 108 Abs. 2 S. 2 AktG beschlussfähig, sofern mindestens die Hälfte der in der Satzung oder im Gesetz bestimmten Mitglieder an der Beschlussfassung teilnehmen. Vgl. Ohmann-Sauer/Langemann, NZA 2014, 1120, 1123. Zu Recht weist Lutter, BB 2014, Heft 50, „Die Erste Seite“, darauf hin, dass dies im Einzelfall auch mal anders sein kann.

24 Vgl. Koch, in: Hüffer, AktG, 11. Aufl. 2014, § 101 Rn. 6f.; weiterhin (mit Bezug auf Geschlechterquote) Jung, DStR 2014, 960, 961.

25 RegE, S. 149.

26 RegE, S. 149.

27 RegE, S. 149.

28 So RegE, S. 150.

29 Nach § 37 FamFG entscheidet das Gericht in seiner freien, aus dem gesamten Inhalt des Verfahrens gewonnenen Überzeugung.

30 S. dazu Mertens/Cahn, in: Zöllner/Noack, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2/2, §§ 95–117 AktG, 3. Aufl. 2013, § 104 Rn. 19 m. w. N.

31 So bereits Redenius-Hövermann/Strenger, Der Konzern 2014, 373, 377.

32 Zu dieser Problematik sogleich unter 5.

33 RegE, S. 149.

34 Vgl. zur Begrifflichkeit, wann eine Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer abgeschlossen ist, § 22 Abs. 3 MitBestErgG-E (Abstellen auf Bekanntmachung der Mitglieder des Aufsichtsrates nach § 10g S. 1) sowie § 40 Abs. 3 MitBestG-E (Abstellen auf Bekanntmachung der Mitglieder des Aufsichtsrates nach § 19 S. 1).

35 Dazu sogleich unter IV.

36 RegE, S. 145.

Auges in Kauf, dass notfalls auch Personen bestellt werden, die entweder nicht die nötige Qualifikation aufweisen oder sich vor Angeboten nicht retten können, was zu einer unerwünschten Häufung von Mandateneinheiten führen wird, die sich wiederum auf die Qualität der Arbeit negativ auswirken könnte. Kurzum: Das Unternehmensinteresse wird für eine Übergangszeit der gesellschaftspolitischen Signalfunktion der Großunternehmen untergeordnet.

In der bisherigen Diskussion wurde stets auf die Problematik einer solchen „fixen“ Quote<sup>37</sup> hingewiesen, bei der ein gesetzlich vorgegebener Prozentsatz unabhängig von persönlichen Qualifikationsanforderungen und von Besonderheiten des konkreten Unternehmens erreicht werden müsse.<sup>38</sup> Der Gesetzentwurf enthält keine Öffnungsklausel für den Fall, dass die Vertreter des unterrepräsentierten Geschlechts eine geringere Qualifikation aufweisen als diejenigen des bereits ausreichend repräsentierten Geschlechts.<sup>39</sup> Mit dem Verzicht auf eine qualifikationsbezogene Öffnungsklausel ist der Entwurf möglicherweise nach deutschem Verfassungsrecht und nach europäischem Unionsrecht einen entscheidenden Schritt zu weit gegangen. Zur Wahrung der Verfassungsmäßigkeit werden vielfach die Berücksichtigung der persönlichen Qualifikation der Kandidaten oder Kandidatinnen und das Bestehen einer entsprechenden Öffnungsklausel angemahnt.<sup>40</sup> Zwar gilt das Anforderungsprofil des allgemeinen Aktienrechts und verschiedener Spezialgesetze für Aufsichtsratsmitglieder auch nach Einführung der Quotenregelung.<sup>41</sup> Wenn aber die vorgeschlagene Person dem unterrepräsentierten Geschlecht angehört, führt dies selbst dann zur Nichtigkeit der Wahl, wenn sie deutlich besser qualifiziert gewesen sein sollte als Alternativkandidaten des jeweils anderen Geschlechts.

Blickt man auf das europäische Unionsrecht, fällt sogleich auf, dass der Regierungsentwurf insoweit sogar den durchaus ambitionierten Richtlinienvorschlag zur Gewährleistung einer ausgewogenen Vertretung von Frauen und Männern in Unternehmensorganen<sup>42</sup> noch übertrifft. Denn dieser stellt die Quote unter den Vorbehalt der gleichwertigen Qualifikation. Die europäische Regelung sieht vor, dass bei gleicher Qualifikation dem jeweils unterrepräsentierten Geschlecht der Vorzug zu geben ist.<sup>43</sup> Die Richtlinie plant zwar nur eine Mindestharmonisierung,<sup>44</sup> bringt aber mit dem Qualifikationserfordernis allgemeine Prinzipien des Unionsrechts zum Ausdruck. Der Europäische Gerichtshof hat mehrfach entschieden, dass Frauenförderung stets mit der Voraussetzung gleichwertiger Qualifikation verbunden bleiben muss.<sup>45</sup>

Der Regierungsentwurf ist in diesem Punkt dringend nachzubessern. Eine Öffnungsklausel in § 96 Abs. 2 AktG-E, wonach Kandidaten des überrepräsentierten Geschlechts nur dann nicht bestellt sind, wenn gleich geeignete Kandidaten des unterrepräsentierten Geschlechts zur Verfügung stehen, wäre aus Gründen der Rechtssicherheit allerdings problematisch. Denn über die Frage der Qualifikation lässt sich im Einzelfall trefflich streiten. Es wäre daher nach Abschluss der Wahlen zunächst unklar, wer überhaupt wirksam bestellt wurde und wer nicht. Dies spricht dafür, den Wortlaut des § 96 Abs. 2 AktG-E in seiner derzeitigen Fassung zu belassen. Sinnvoll, wenn nicht sogar zwingend geboten, wäre aber eine Öffnungsklausel für das Verfahren der gerichtlichen Ersatzbestellung in § 104 Abs. 5 AktG-E. Dem Gericht muss die Möglichkeit gegeben werden, notfalls auch eine Person des überrepräsentierten Geschlechts zu bestellen, wenn sich nur dort geeignete Kandidaten finden. Alles andere wäre ein übermäßiger Eingriff in das aktienrechtliche Unternehmensinteresse, das aus

Gründen des Eigentumsschutzes in diesen Grenzfällen vor dem gesellschaftspolitischen Interesse der Gleichstellung den Vorrang genießen muss.

## IV. Das Modell der selbst gesetzten Zielgrößen

Ergänzend zur fixen Quote in den Aufsichtsräten paritätisch mitbestimmter Publikumsgesellschaften enthält der Gesetzentwurf ein Modell der selbst gesetzten Zielgrößen. Es gilt in der börsennotierten und paritätisch mitbestimmten Gesellschaft für den Vorstand und die zwei darunter liegenden Führungsebenen. In Gesellschaften, die entweder börsennotiert oder mitbestimmt sind, gilt es zusätzlich für den Aufsichtsrat. Eine bestimmte Sanktion ist nicht vorgesehen. Stattdessen soll über die Zielvorgabe und die Zielerreichung öffentlich berichtet werden. Entsprechende Berichtspflichten werden in die Erklärung zur Unternehmensführung in § 289a Abs. 2 Nr. 5 a) HGB-E<sup>46</sup>, welche Teil des Lageberichts i.S.d. § 289 HGB ist, integriert. Durch die Veröffentlichung des Lageberichts infolge der obligatorischen Einreichung zum Bundesanzeiger<sup>47</sup> wird nach Auffassung der Entwurfsvorsteller eine hinreichende Transparenz und Öffentlichkeitswirksamkeit erzeugt.<sup>48</sup>

### 1. Erfasste Unternehmen

Aktiengesellschaften, die entweder börsennotiert oder mitbestimmt sind, müssen für Aufsichtsrat, Vorstand und die zwei obersten Führungsebenen bestimmte Zielgrößen für den Frauenanteil festlegen (§§ 76 Abs. 4, 111 Abs. 5 AktG-E). Im Gegensatz zu der fixen Quotierung des § 96 Abs. 2 AktG-E genügt für die Eröffnung des Anwendungsbereiches der selbstgesetzten Zielgrößen entweder das Kriterium der Börsennotierung oder das Kriterium der Mitbestimmung.

37 Zum Begriff der „fixen“ Quote vgl. Pfarr, Quoten und Grundgesetz, 1988, S. 203; ebenso Rademacher, Diskriminierungsverbot und „Gleichstellungsauftrag“, 2004, S. 198.

38 Zur Thematik der Qualifikation etwa Brandt, Gleichstellungsquote im Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, 2012, S. 207; Hirte, Der Konzern 2011, 519, 525; ders., Der Konzern 2013, 367, 375; Ossenbühl, NJW 2012, 417, 418 ff.; Spindler/Brandt, NZG 2011, 401, 402.

39 Davon zu unterscheiden ist eine sog. Härtetestklausel für Unternehmen, in denen nur wenige Frauen arbeiten; eine solche ist verfassungsrechtlich wohl nicht geboten, sofern es eine qualifikationsbezogene Öffnungsklausel gibt (Habersack/Kersten, BB 2014, 2819, 2828). Ebenso wird man allein aus der Kumulierung von Mitbestimmung und Geschlechterquote noch keine Verfassungswidrigkeit ableiten können (Bachmann, ZIP 2011, 1131, 1134).

40 Vgl. die in Fn. 38 genannten Stellungnahmen. Weiterhin Habersack/Kersten, BB 2014, 2819, 2828 sowie Kempter/Koch, BB 2012, 3009 ff. und Langenbucher, JZ 2011, 1038, 1039.

41 S. nur DAV, NZG 2014, 1214, 1216; Redenius-Hövermann/Strenger, Der Konzern 2014, 373, 378 f.; Spindler/Brandt, NZG 2011, 401, 402.

42 Europäische Kommission, COM (2012) 614 final; dazu Basedow, ZEuP 2013, 451 ff.

43 S. Art. 4 (3) RL-Entwurf, COM (2012) 614 final, S. 29: „[...] nach Absatz 1 stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass bei der Auswahl nicht geschäftsführender Direktoren/von Aufsichtsratsmitgliedern dem Kandidaten des unterrepräsentierten Geschlechts Vorrang eingeräumt wird, wenn der betreffende Kandidat die gleiche Qualifikation hinsichtlich Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung hat wie der Kandidat des anderen Geschlechts und wenn eine objektive Beurteilung, bei der alle die einzelnen Kandidaten betreffenden Kriterien berücksichtigt werden, nicht ergeben hat, dass spezifische Kriterien zugunsten des Kandidaten des anderen Geschlechts überwiegen.“

44 Vgl. Art. 7 RL-Entwurf, COM (2012) 614 final, S. 16, welcher eine Mindestharmonisierung der Richtlinie vorsieht; vgl. zudem die Begründung zum RL-Vorschlag, COM (2012) 614 final, S. 24 (Rn. 27), welche von einer Mindestharmonisierung des Auswahlverfahrens ausgeht. Terminologisch betrachtet findet sich dies bereits im Wortlaut der Ziele des Vorschlags wieder, Europäische Kommission, COM (2012) 614 final, S. 6: „Mindestziel“, „Mindestharmonisierung“ sowie „soll erreicht werden“.

45 Zu den Kriterien für die Beurteilung von „Frauenquoten“: EuGH, 17.10.1995 – C-450/93, Kalanke, Slg. 1995, I-3051, BB 1995, 2481, EWS 1995, 423, RIW 1996, 419; EuGH, 11.11.1997 – C-409/95, Marshall, Slg. 1997, I-6363, BB 1997, 2590, EWS 1998, 38; EuGH, 28.3.2000 – C-158/97, Badeck, Slg. 2000, I-1875, EWS 2000, 467; EuGH, 6.7.2000 – C-407/98, Abrahamsson, Slg. 2000, I-5539, EWS 2000, 463; vgl. auch DAV, NZG 2014, 1214 ff.

46 RegE, S. 164 f.

47 Erteilung eines Veröffentlichungsauftrages nach § 325 Abs. 1, 2 HGB.

48 RegE, S. 163.

Während § 96 Abs. 2 AktG-E ausdrücklich das Mitbestimmungsgesetz nennt, sprechen die anderen Vorschriften nur von „Mitbestimmung“. Die Pflicht zur Bestimmung von Zielgrößen trifft damit auch Gesellschaften, die der Drittelpartizipation unterliegen. Hinzu kommen Gesellschaften, die zwar börsennotiert aber nicht paritätisch mitbestimmt sind. Für die Großunternehmen (Börsennotierung und paritätische Mitbestimmung) gilt die Zielgrößenpflicht nur in Bezug auf den Vorstand und die darunter liegenden Führungsebenen, da sie für den Aufsichtsrat ohnehin die fixe gesetzliche Quote erfüllen müssen. Der Anwendungsbereich der selbst gesetzten Zielgrößen geht über das Aktiengesetz hinaus. Durch Änderungen im GmbH-Gesetz und im Genossenschaftsgesetz werden auch die GmbH und die Genossenschaft erfasst, sofern sie der Mitbestimmung unterliegen.<sup>49</sup> Auch dort müssen also für die Geschäftsführer bzw. den Vorstand sowie für die beiden obersten Führungsebenen Zielgrößen des anzustrebenden Frauenanteils festgelegt werden.<sup>50</sup>

## 2. Erfasste Organe und Führungsebenen

Nach § 111 Abs. 5 S. 1 AktG-E legt der Aufsichtsrat sowohl für den Vorstand und als auch für den Aufsichtsrat selbst Zielgrößen für den Frauenanteil fest. Sofern eine fixe Quotierung i.S.d. § 96 Abs. 2 AktG-E für den Aufsichtsrat gilt, ist nach § 111 Abs. 5 S. 5 AktG-E die Festlegung der Zielgröße nur noch für den Vorstand vorzunehmen. Adressat dieser Pflicht ist der Aufsichtsrat. Das gilt auch in der GmbH (§ 52 Abs. 2 GmbHG-E) und in der Genossenschaft (§ 9 Abs. 4 GenG-E).

§ 76 Abs. 4 AktG-E wendet sich an den Vorstand. Dieser soll für die „beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstandes“ eine entsprechende Zielvorgabe festlegen. Eine genauere Definition dessen, was eine Führungsebene ausmacht, liefert das Gesetz nicht. Laut Gesetzesbegründung sind sie nicht nach betriebswirtschaftlichen Lehren zu definieren; es gehe um die im konkreten Unternehmen eingerichteten Hierarchieebenen.<sup>51</sup> Als Hierarchieebene seien „organisatorische Einheiten zu verstehen, welche zueinander gleichberechtigt, aber einer gemeinsamen Führung untergeordnet sind“.<sup>52</sup> Bei flachen Strukturen sei auch nur eine Leitungsebene unterhalb des Vorstandes denkbar.<sup>53</sup> Von diesen Zielvorgaben sind nach § 36 GmbHG-E auch die beiden Führungsebenen unterhalb der Geschäftsführung einer GmbH sowie nach § 9 Abs. 3 GenG-E die beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstandes einer Genossenschaft erfasst.

Der Versuch, mit gesetzgeberischen Mitteln Hierarchieebenen zu definieren, mutet höchst merkwürdig an. Wie verhält es sich beispielsweise mit Stabsabteilungen, die unmittelbar dem Vorstand unterstellt sind? Muss etwa die gesamte Rechtsabteilung künftig quotengerecht besetzt sein, nur weil sich zwischen ihr und dem Vorstand lediglich der Leiter der Rechtsabteilung befindet? Wohl nicht – die einzelnen Mitarbeiter sind als solche keine Führungsebene mehr. Dies wäre also ein Beispiel für flache Hierarchien. Aber muss dem Leiter der Rechtsabteilung künftig eine Leiterin an die Seite gestellt werden, damit die Parität gewahrt ist? Vermutlich auch nicht – denn die Zielgröße wird sich auf die Ebene der Abteilungsleiter insgesamt beziehen. Ungeachtet dessen steht den Unternehmen manch schwierige Rechenoperation bevor, haben sie es doch in gewisser Weise in der Hand, durch die Definition von Führungsebenen die Zielgrößenvorgabe handhabbar zu machen. Solange die Führungsstruktur weiterhin betriebswirtschaftlich sachgemäß organisiert ist und nicht ausschließlich einer Vermeidung der gesetzlichen Vorgabe zur selbstgesetzten Quote dient,

wird man in einer Umorganisation keine Gesetzesumgehung sehen können. Denn die interne Organisationsfreiheit des Unternehmens will der Gesetzenwurf gerade nicht antasten.

## 3. Inhaltliche Ausgestaltung der Zielgröße und Übergangsfristen

Das Gesetz erwartet im Modell der selbstgesetzten Zielgrößen zunächst keine bestimmte Zielvorgabe.<sup>54</sup> Allerdings dient der jeweilige Status quo als Minimalgröße, hinter die man nicht mehr zurückfallen darf. Zum einen wenn der Frauenanteil unter 30 % liegt, darf die Zielgröße den jeweils erreichten Anteil nicht unterschreiten (vgl. §§ 76 Abs. 4, 111 Abs. 5 AktG-E). Die erste Aufgabe wird also darin bestehen, den Frauenanteil in den Organen und Führungsebenen überhaupt erst einmal verlässlich festzustellen. Wird zu Beginn oder zu einem späteren Zeitpunkt die 30%-Marke überschritten, darf die festzulegende Zielgröße den erreichten Wert auch wieder unterschreiten.<sup>55</sup> Langfristig soll aber eine paritätische Besetzung angestrebt werden.<sup>56</sup>

Die Zielgrößen sind bereits erstmals bis spätestens 30.6.2015 zu bestimmen (vgl. § 25 Abs. 1 AktG-E). Die erste Frist für die Zielerreichung darf nicht länger als zwei Jahre sein. Für die danach gesetzten Fristen gilt, dass sie nicht länger als fünf Jahre sein dürfen (vgl. §§ 76 Abs. 4, 111 Abs. 5 AktG-E). An die Verpflichtung zur Zielgrößenbestimmung knüpfen sich Berichts- und Veröffentlichungspflichten (§ 289a Abs. 2 Nr. 4 HGB-E<sup>57</sup>). Diese sollen Transparenz schaffen und durch Impulse der Öffentlichkeit steuernde Wirkung entfalten.<sup>58</sup> Da gerade keine zwingende Quotierung statuiert wurde, ist „eine Nichterreichung zwar nicht erwünscht, aber nicht undenkbar“;<sup>59</sup> sie würde allerdings eine substantivierte Begründung für die Abweichung nebst Darstellung der vorgenommenen, gescheiterten Maßnahmen seitens des Vorstandes erfordern.<sup>60</sup>

## V. Europäische Aktiengesellschaft (SE) und grenzüberschreitende Verschmelzung

### 1. Besonderheiten gegenüber der nationalen AG

Der RegE zur Geschlechterquote überträgt die Vorschriften, die für eine deutsche Aktiengesellschaft gelten sollen, in sinngemäßer Weise auf die Rechtsform der Societas Europaea (SE). Auch in der börsennotierten und paritätisch mitbestimmten SE soll die Geschlechterquote von 30 % Anwendung finden. Dabei sind allerdings verschiedene Besonderheiten der SE zu beachten, die weder im Gesetz noch

49 Vgl. §§ 36 und 52 GmbHG-E, § 9 GenG-E. Erfasst wird außerdem der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, vgl. Art. 19 RegE, S. 44.

50 Erfasst wären also beispielsweise die SPOBAG AG, die der Vermögensverwaltung dient und keine Arbeitnehmer hat, sowie die Bosch Rexroth GmbH, Adam Opel AG oder Ford Deutschland Holding GmbH. Vgl. hierzu und zu den Gesamtzahlen der erfassten Unternehmen *Bayer/Hoffmann, AG-Report, 1-2/2015, R4 ff.* 540 voll-mitbestimmte, nicht-börsennotierte Unternehmen, 1 500 drittelpartizipante Unternehmen (davon 140 börsennotiert und ca. 1 360 nicht-börsennotiert), 320 börsennotierte, nicht mitbestimmte Unternehmen, d.h. insgesamt ca. 2 400 Unternehmen.

51 RegE, S. 145; s. weiterhin *Jung, DStR 2014, 960, 963.*

52 RegE, S. 145.

53 RegE, S. 146.

54 Vgl. zur Diskussion *Jung, DStR 2014, 960, 964* sowie *Redenius-Hövermann/Strenger, Der Konzern 2014, 373, 379.*

55 RegE, S. 146, 151.

56 RegE, S. 146, 151.

57 RegE, S. 164; dazu bereits *Langenbacher, JZ 2011, 1038, 1044.*

58 RegE, S. 146.

59 Andere, scharfe, Sanktionen werden als „kontraproduktiv“ für die Setzung ehrgeiziger Ziele angesehen (RegE, S. 146); hierzu auch *Jung, DStR 2014, 960, 964 f.*

60 RegE, S. 146; vgl. auch Wortlaut von § 289a Abs. 2 Nr. 4 am Ende HGB-E.

in der Begründung erkennbaren Niederschlag finden.<sup>61</sup> Die Europäische Aktiengesellschaft findet ihre Rechtsgrundlage in einer europäischen Verordnung aus dem Jahre 2001 (*unter 2.*).<sup>62</sup> Demnach bestehen durchaus Zweifel, ob der deutsche Gesetzgeber für diese Rechtsform überhaupt eine Geschlechterquote regeln kann. Der Referentenentwurf hatte sich im Lichte dieser Bedenken noch auf Soll-Regelungen beschränkt,<sup>63</sup> der Regierungsentwurf hingegen regelt auch für die SE zwingend die Einhaltung der Quote (vgl. § 17 Abs. 2 SEAG-E sowie § 24 Abs. 3 SEAG-E). Eine weitere Besonderheit der SE gegenüber der nationalen AG liegt im Wahlrecht der Unternehmensverfassung (*unter 3.*). Gemäß Art. 38 SE-VO entscheidet die SE in ihrer Satzung, ob für sie ein dualistisches (Vorstand/Aufsichtsrat) oder ein monistisches (Verwaltungsrat) Leitungssystem gilt. Ob die für den deutschen Aufsichtsrat konzipierte Quotenregelung ohne Weiteres auf das monistische Verwaltungsorgan übertragen werden kann, davon der Gesetzentwurf offenbar ausgeht, bedarf vertiefter Analyse. Schließlich gilt für die SE, dass bei ihrer Gründung Verhandlungen über die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer geführt werden, die zu einer SE-Beteiligungsvereinbarung führen können (*unter 4.*); sollten die Verhandlungen scheitern, greift eine gesetzliche Auffanglösung.<sup>64</sup> Zu den hiermit geregelten Beteiligungsrechten gehört auch die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Unternehmensorganen (vgl. § 2 Abs. 8, 9 und 12 SEBG). Somit trifft die gesetzliche Regelung der Geschlechterquote in der SE möglicherweise auf eigenständig ausgehandelte Regelungen zur Zusammensetzung der Unternehmensorgane. Ob und wie der nationale Gesetzgeber in dieses Gefüge überhaupt eingreifen darf, wird nachfolgend zu klären sein.

## 2. Zur eventuellen Sperrwirkung der SE-VO gegenüber einer nationalen Geschlechterquote

### a) Normenhierarchie gemäß Art. 9 SE-VO

Für die SE als supranationale Rechtsform gilt in erster Linie das europäische Recht. Dessen Regelungen haben Vorrang vor entgegenstehendem nationalen Recht. Das folgt einerseits aus der allgemeinen Normenhierarchie im Unionsrecht und ist andererseits für die SE speziell in Art. 9 SE-VO geregelt. Dort findet sich eine dreistufige Normenpyramide: Gemäß Art. 9 Abs. 1 SE-VO unterliegt die SE zunächst den Bestimmungen der SE-Verordnung, sodann, sofern die Verordnung dies ausdrücklich zulässt, den Bestimmungen der SE-Satzung und schließlich in Bezug auf die in der Verordnung nicht oder nur teilweise geregelten Bereiche dem mitgliedstaatlichen Recht einschließlich der insoweit zulässigen Satzungsregelungen. Im Schrifttum herrscht Einigkeit darüber, dass in dieser Reihenfolge eine Hierarchie zum Ausdruck kommt.<sup>65</sup> Soweit die SE-Verordnung einen Bereich eigenständig regelt, genießt diese Regelung Vorrang vor nationalem Recht.

### b) Regelungen der SE-VO zur Zusammensetzung der Unternehmensorgane

Die SE-Verordnung regelt die Grundlinien der Unternehmensverfassung einer SE. Art. 38 SE-VO enthält das Wahlrecht zwischen monistischer und dualistischer Leitungsstruktur. Art. 39ff. SE-VO regeln so dann in Grundzügen das dualistische Modell, Art. 43ff. SE-VO das monistische Modell; zusätzlich finden sich in Art. 46ff. SE-VO gemeinsame Vorschriften für beide Modelle.

Die darin enthaltenen europäischen Regelungen zur Zusammensetzung der Unternehmensorgane haben möglicherweise eine Sperrwir-

kung gegenüber nationalen Vorschriften.<sup>66</sup> Denn gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. c) i) SE-VO können die Mitgliedstaaten speziell für die SE gelende Rechtsvorschriften nur dann erlassen, wenn ein Bereich in der Verordnung nicht oder nur teilweise geregelt ist. Soweit es sich um einen Bereich handelt, zu dem die SE-VO nicht gänzlich schweigt, ist also zu klären, ob die europäische Regelung abschließend sein soll oder ob es sich nur um eine Teilregelung handelt, die durch mitgliedstaatliches Recht ergänzt werden könnte.<sup>67</sup>

Zum Aufsichtsorgan des dualistischen Modells bestimmt Art. 40 Abs. 2 S. 1 SE-VO, dass dessen Mitglieder von der Hauptversammlung bestellt werden. Art. 40 Abs. 2 S. 3 SE-VO stellt dies unter den Vorbehalt einer nach Maßgabe der SE-Richtlinie abgeschlossenen Mitbestimmungsvereinbarung; diese kann vorsehen, dass ein Teil der Mitglieder von den Arbeitnehmern bestellt wird. Über die Zahl der Organmitglieder kann die Satzung eine Regelung treffen, außerdem können die Mitgliedstaaten eine Höchst- oder Mindestzahl festlegen (Art. 43 Abs. 3 SE-VO). Eine nahezu identische Regelung findet sich in Art. 43 Abs. 2 und 3 SE-VO zum Verwaltungsorgan des monistischen Modells. Außerdem ist Art. 47 Abs. 4 SE-VO zu erwähnen, wonach einzelstaatliche Rechtsvorschriften unberührt bleiben, die einer Aktionärsminderheit oder anderen Personen oder Stellen die Bestellung eines Teils der Organmitglieder erlauben.

Das europäische Recht äußert sich somit nicht eindeutig zu der Frage, ob die Mitgliedstaaten für die SE eine nationale Quotenregelung einführen dürfen. Die vorgesehene nationale Regelung über die Geschlechterquote führt zwar dazu, dass die Hauptversammlung und die Arbeitnehmer in ihrer Freiheit, die Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans zu bestellen, eingeschränkt werden. Allerdings zeigt die Vorbehaltregelung des Art. 47 Abs. 4 SE-VO, dass dem europäischen Gesetzgeber nicht daran gelegen war, eine solche Entscheidungsfreiheit der Aktionäre oder Arbeitnehmer uneingeschränkt zu gewähren. Denn immerhin sollen die in Art. 47 Abs. 4 SE-VO ausdrücklich genannten nationalen Sonderregeln (Bestellung durch Aktionärsminderheit oder andere Personen oder Stellen) auch auf die SE anwendbar sein.

Im Lichte der Systematik des Art. 9 SE-VO kommt es nun entscheidend darauf an, ob der SE-Gesetzgeber mit den genannten Vorschriften eine abschließende Regelung treffen wollte. Dann wäre ergänzendes nationales Recht nicht möglich. Die Historie der SE-Verordnung, die sich im Laufe ihrer Entstehungsgeschichte von einem Vollstatut zu einem Regelungstorso entwickelte, deutet allerdings darauf hin, dass deren Vorschriften in aller Regel nicht abschließend gemeint

<sup>61</sup> Anders noch der vom Bundesrat beschlossene Entwurf für ein GTElhG, dessen Begründung auf den denkbaren Konflikt mit der SE-Verordnung ausdrücklich einging (BT-Drs. 17/11270, 21).

<sup>62</sup> VO (EG) Nr. 2157/2001, ABl. EG Nr. L 294, S. 1. Die VO ist nach dreijähriger Übergangszeit (vgl. Art. 70 SE-VO) am 8.10.2004 in Kraft getreten. Ergänzend gilt das nationale SE-Ausführungsgesetz (SEAG).

<sup>63</sup> Ohmann-Sauer/Langemann, NZG 2014, 1120, 1124, vermuteten als Grund dafür, dass der Gesetzentwurf keinen Widerspruch zum Unionsrecht begründen wolle; kritisch wegen der damit verbundenen Schlechterstellung der nationalen AG Redenius-Hövermann/Strenger, Der Konzern 2014, 373, 376. Frühere Gesetzentwürfe der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen und des Landes Nordrhein-Westfalen hatten bereits eine Erstreckung auf die SE regeln wollen (dazu Kraft/Redenius-Hövermann, AG 2012, 28ff.).

<sup>64</sup> Das Verhandlungsverfahren einschließlich der gesetzlichen Auffanglösung findet seine Grundlage in der RL 2001/86/EG, ABl. EG Nr. L 294, S. 22. Der deutsche Gesetzgeber hat die Richtlinie mit dem SE-Beteiligungsgesetz (SEBG) umgesetzt.

<sup>65</sup> S. nur Hommelhoff/Teichmann, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Hrsg.), SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 9 Rn. 34ff., Schürnbrand, in: Habersack/Drinhausen (Hrsg.), SE-Recht, 2013, Art. 9 Rn. 2.

<sup>66</sup> Ange deutet bereits bei Redenius-Hövermann/Strenger, Der Konzern 2014, 373, 376.

<sup>67</sup> Vgl. hierzu Hommelhoff/Teichmann, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Hrsg.), SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 9 Rn. 42 ff.

sind.<sup>68</sup> Auch Art. 47 Abs. 4 SE-VO wird man entgegen dem ersten Anschein keine Sperrwirkung gegen dort nicht genannte nationale Regelungen beimesen können. Die weit gefasste Formulierung (Aktionärsminderheit, sonstige Stellen oder Personen) deutet eher auf den gesetzgeberischen Willen, alle denkbaren nationalen Sonderregeln, die der Repräsentanz einer bestimmten Personengruppe dienen, zuzulassen. An den Fall einer Geschlechterquote hat man vermutlich seinerzeit gar nicht gedacht, so dass sich hierzu keine Ausschlusswirkung entnehmen lässt.

Zudem stünde Art. 47 Abs. 4 SE-VO selbst dann, wenn man ihn als ausschließlich verstehen und ihm eine Sperrwirkung gegenüber nationalen Regelungen beimesen sollte, der Einführung einer Geschlechterquote nicht entgegen. Der nationale Gesetzgeber könnte nämlich einer staatlichen Stelle das Recht zubilligen, Vertreter des unterrepräsentierten Geschlechts in das Aufsichts- oder Verwaltungsorgan zu entsenden. Wenn aber das europäische Recht somit der Einführung einer Quote dem Grunde nach nicht entgegen steht, spricht alles dafür, einen mildernden Eingriff, der die konkrete Umsetzung der Quote den originär zuständigen Bestellungsgremien (Hauptversammlung oder Arbeitnehmer) überlässt, erst recht zuzulassen.

### 3. Quotenregelung und monistisches Leitungsmodell

#### a) Ungleichbehandlung von dualistischer und monistischer Leitungsstruktur

Während die deutsche AG nach dem Aktiengesetz zwingend einen Vorstand und einen Aufsichtsrat hat, kann sich die in Deutschland ansässige SE auch für ein monistisches Modell mit nur einem Verwaltungsorgan entscheiden (vgl. Art. 38 SE-VO). Die Geschäftsführung der SE obliegt in diesem Fall dem Verwaltungsorgan (Art. 43 Abs. 1 SE-VO), das in Deutschland „Verwaltungsrat“ genannt wird (vgl. § 20 SEAG). Der mitgliedstaatliche Gesetzgeber kann weitere Regelungen erlassen, wenn sein eigenes Recht keine Vorschriften über ein monistisches System enthält (Art. 43 Abs. 4 SE-VO). Von dieser Regelungsermächtigung hat der deutsche Gesetzgeber in den §§ 20ff. SEAG Gebrauch gemacht. Er hat insbesondere in § 22 Abs. 1 SEAG festgehalten, dass der Verwaltungsrat die Gesellschaft leitet, die Grundlinien ihrer Tätigkeit bestimmt und deren Umsetzung überwacht. Daneben gibt es zwar geschäftsführende Direktoren (§ 40 SEAG). Diese genießen jedoch nicht die unabhängige Stellung eines AG-Vorstands, sondern sind dem Verwaltungsrat gegenüber weisungsunterworfen (vgl. § 44 Abs. 2 SEAG) und können von ihm jederzeit abberufen werden (§ 40 Abs. 5 SEAG).

Der Verwaltungsrat ist nach ausdrücklicher europäischer Vorgabe ein Geschäftsführungsorgan (Art. 43 Abs. 1 SE-VO).<sup>69</sup> Funktional ist er damit dem Vorstand gleich gestellt, der im dualistischen Modell die Gesellschaft in eigener Verantwortung zu leiten hat. Die Überwachung durch eine externe Instanz, die im dualistischen Modell der Aufsichtsrat wahrnimmt, fehlt im monistischen Modell. Die Kontrolle muss innerhalb des monistischen Verwaltungsorgans dadurch organisiert werden, dass es eine gewisse Anzahl von Mitgliedern gibt, die nicht unmittelbar in die Geschäftsführung involviert sind.<sup>70</sup> Dies stellt im deutschen SE-Recht die Regelung des § 40 Abs. 1 S. 2 SEAG sicher. Demnach können Mitglieder des Verwaltungsrats gleichzeitig zu geschäftsführenden Direktoren ernannt werden, solange im Gesamtorgan die Zahl der nicht geschäftsführenden Mitglieder überwiegt.

Bei Übertragung der für die nationale AG vorgesehenen Quotenregelung auf die monistisch strukturierte SE nimmt der Regierungsentwurf keine Rücksicht auf die Tatsache, dass der Verwaltungsrat ein Geschäftsführungsorgan ist. Während die fixe gesetzliche Quote im dualistischen System gerade nicht für den Vorstand gilt, sondern nur für den Aufsichtsrat (§ 17 Abs. 2 SEAG-E), wird im Monismus der gesamte Verwaltungsrat der Quote unterworfen (§ 24 Abs. 3 SEAG-E). Dies führt zu einer Ungleichbehandlung von dualistischer und monistischer Struktur: Im dualistischen System gilt für das unternehmerische Leitungsorgan (Vorstand) keine gesetzliche Quote. Im monistischen System hingegen ist das unternehmerische Oberleitungsorgan (Verwaltungsrat) einer gesetzlichen Quote unterworfen. Damit wird diese Leitungsstruktur deutlich unattraktiver als die dualistische. Denn während im dualistischen SE-Modell bei der Besetzung des Leitungsorgans mit einer flexiblen Quote gearbeitet werden kann, unterliegt im monistischen Modell dasjenige Organ, das nach der SE-VO letztverantwortliches Geschäftsführungsorgan ist (Art. 43 Abs. 1 SE-VO), der starren gesetzlichen Quote.

#### b) Unionsrechtliche Maßstäbe

Diese Schlechterstellung der monistischen gegenüber der dualistischen Leitungsstruktur ist aus mehreren Gründen bedenklich. Zunächst liegt darin ein Verstoß gegen den Grundgedanken des Art. 38 SE-VO. Denn dieser enthält nicht nur ein formales Wahlrecht zwischen monistischer und dualistischer Leitungsstruktur. Ihm lässt sich implizit auch das Gebot an die Mitgliedstaaten entnehmen, die beiden Leitungsstrukturen gleichwertig auszustalten. Dies wurde nach Einführung der SE unter dem Aspekt diskutiert, dass der deutsche Gesetzgeber sich einer Regelung des monistischen Modells nicht gänzlich enthalten dürfe, weil es sonst unattraktiv sei, dieses Modell überhaupt zu wählen.<sup>71</sup> Derselbe Gedanke strahlt indessen auch auf den konkreten Inhalt der Regelung aus. Der mitgliedstaatliche Gesetzgeber darf das freie Wahlrecht nicht dadurch konterkarieren, dass er die monistische Leitungsstruktur faktisch schlechterstellt als die dualistische.

In dieselbe Richtung weist das Gleichbehandlungsgebot des Art. 10 SE-VO.<sup>72</sup> Eine Ungleichbehandlung der SE gegenüber der nationalen AG ist nur dann zulässig, wenn sie sich sachlich rechtfertigen lässt.<sup>73</sup> Die Übertragung der für den Dualismus konzipierten Quotenregelung auf den Monismus geht indessen deutlich über das hinaus, was durch die immanen Unterschiede der beiden Systeme zu rechtfertigen wäre. Es besteht keine Notwendigkeit, die für den Aufsichtsrat geltende Quote unbesehen auf den monistischen Verwaltungsrat zu übertragen – zumal für den Vorstand deutscher Prägung eine flexible Quote vorgesehen ist und keine Gründe dafür er-

68 Hommelhoff/Teichmann, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Hrsg.), SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 9 Rn. 47ff.; zustimmend Schürnbrand, in: Habersack/Drinhausen (Hrsg.), SE-Recht, 2013, Art. 9 Rn. 32.

69 Er vollzieht dies nach der Konzeption des deutschen SEAG mittels der ihm weisungsunterworfenen geschäftsführenden Direktoren. Nichtsdestotrotz bleibt der Verwaltungsrat das unternehmerische Leitungszentrum, das im Dualismus der Vorstand bildet.

70 Vgl. hierzu die Entwicklung im englischen Recht, wo sich das Board of Directors in großen Gesellschaften aus executive und non-executive directors zusammensetzt; näher Gower & Davies, Principles of Modern Company Law, 9th ed., 2012, S. 424 ff.

71 Vgl. Teichmann, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Hrsg.), SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 43 Rn. 58; Verse, in: Habersack/Drinhausen (Hrsg.), SE-Recht, 2013, Art. 43 Rn. 37.

72 Verse, in: Habersack/Drinhausen (Hrsg.), SE-Recht, 2013, Art. 43 Rn. 38.

73 Hommelhoff/Teichmann, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Hrsg.), SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 10 Rn. 7.

sichtlich sind, warum dies in einem monistischen Leitungsorgan nicht ebenso gut funktionieren sollte. Der deutsche Gesetzgeber verstößt damit auch gegen die von ihm selbst geprägten Grundprinzipien des monistischen Modells. So heißt es in § 22 Abs. 6 SEAG, dass die im nationalen Recht geregelten Aufgaben von Vorstand und Aufsichtsrat in ihrer Summe dem Verwaltungsrat zufallen. Damit wird anerkannt, dass der Verwaltungsrat funktional Vorstandsaufgaben wahrnimmt. Zweitens gestattet § 40 Abs. 1 S. 2 SEAG die Bestellung geschäftsführender Direktoren aus der Mitte des Verwaltungsrats. Diese Gestaltungsoption wird mit einem Malus versehen, wenn bei einer derartigen Bestellung die fixe Quote beachtet werden müsste, obwohl dies bei der vergleichbaren Bestellung von Vorstandsmitgliedern anders geregelt ist.

Die vorgeschlagene Regelung zum monistischen Leitungsmodell verstößt nach alledem gegen materielle Grundwertungen des SE-Rechts, weil sie das monistische Modell gegenüber dem dualistischen Modell schlechter stellt. Eine sinnvolle Modifizierung wäre in zweierlei Weise denkbar: Entweder wird auf den Verwaltungsrat die flexible Quote angewandt, wie sie im Dualismus für den Vorstand gilt. Oder die Quote wird nur auf die nicht geschäftsführenden Mitglieder im Verwaltungsrat angewandt. Damit wären zumindest die geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder als diejenigen, die dem Vorstand einer AG funktional besonders nahestehen, ausgenommen. Dass die nicht geschäftsführenden Mitglieder weiterhin der Quotenregelung unterworfen sind, ließe sich als notwendige Anpassung an die Eigenheiten des Monismus rechtfertigen. In der Vorschrift des § 24 Abs. 3 SEAG-E könnte dies dadurch zum Ausdruck kommen, dass geschäftsführende Direktoren, die gleichzeitig dem Verwaltungsrat angehören, ausdrücklich von der Quotenregelung ausgenommen werden.

## 4. Die Quotenregelung im Kontext der spezifischen SE-Mitbestimmung

### a) Anwendungsbereich: paritätische Mitbestimmung

Die fixe Quote bezieht sich bei der SE ebenso wie bei der nationalen AG auf Gesellschaften mit paritätischer Mitbestimmung. Da für die SE das deutsche Mitbestimmungsrecht nicht gilt (vgl. § 47 Abs. 1 Nr. 1 SEBG), kann nicht – wie in den Regelungen zur nationalen AG – an dieses Recht angeknüpft werden. Daher regeln die SE-spezifischen Vorschriften, dass sie für börsennotierte SE gelten, deren Aufsichts- bzw. Verwaltungsorgan aus derselben Zahl von Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern besteht (§ 17 Abs. 2 sowie § 24 Abs. 3 SEAG-E). Während allerdings bei der nationalen AG auch die Aufteilung der Quote auf Anteilseigner- bzw. Arbeitnehmerbank geregelt ist, fehlt eine derartige Festlegung für die SE. Es geht also stets um eine Gesamtbetrachtung.

Zu einer paritätischen Mitbestimmung im Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat einer SE kann es kommen, wenn eine nationale Gesellschaft, die an der SE-Gründung beteiligt war, bereits der paritätischen Mitbestimmung unterlag. Scheitern in einem solchen Fall die Verhandlungen zwischen der Unternehmensleitung und dem Besonderen Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer, gelangt die gesetzliche Auffanglösung der §§ 34ff. SEBG zur Anwendung. Diese Regelung sichert im Grundsatz den Arbeitnehmern den höchsten proportionalen Anteil im Unternehmensorgan, der vorher in einer der nationalen Gesellschaften bestand (vgl. § 35 SEBG). War an der SE-Gründung eine paritätisch mitbestimmte AG deutschen Rechts beteiligt, so führt

dies auch in der SE zu einer paritätischen Mitbestimmung. Allerdings werden die Größenvorgaben des § 7 MitbestG nicht übernommen, da sich in der SE die Größe von Aufsichts- und Verwaltungsorgan nach der Satzung richtet (Art. 40 Abs. 3 sowie Art. 43 Abs. 2 SE-VO). Typischerweise wird dies in paritätisch mitbestimmten Gesellschaften zu einer Verkleinerung der Aufsichtsräte genutzt.<sup>74</sup>

Künftig wird für SE mit Sitz in Deutschland noch eine weitere Gestaltungsoption von Bedeutung sein: Die unterparitätisch mitbestimmte SE. In einer SE-Beteiligungsvereinbarung können sich die Parteien auch über die Zahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan einigen (vgl. § 21 Abs. 3 Nr. 1 SEBG).<sup>75</sup> Denkbar wäre also auch eine Vereinbarung, wonach in einem Aufsichts- oder Verwaltungsorgan die Arbeitnehmer einen Sitz weniger erhalten als die Anteilseignervertreter. Die SE wäre damit dem Anwendungsbereich der gesetzlich fixen Quote entzogen. Ein solches Verhandlungsergebnis ist keineswegs undenkbar; denn für die Arbeitnehmerseite, die sich auch in der SE wegen des Doppelstimmrechts des Vorsitzenden (Art. 50 Abs. 2 S. 2 SE-VO) letztlich einem leichten Übergewicht der Anteilseigner gegenüber sieht, dürfte ein Sitz mehr oder weniger nicht allzu entscheidend sein. Sie könnte sich das Zugeständnis mit einem Entgegenkommen der Unternehmensseite bei anderen Themen kompensieren lassen.

### b) Rechtspraktische Schwierigkeiten bei Implementierung der Quotenregelung

Die Implementierung der Quotenregelung in eine paritätisch mitbestimmte SE führt zu rechtspraktischen Schwierigkeiten, die über diejenigen einer AG nationalen Rechts hinausgehen. In der mitbestimmten SE müssen die Sitze der Arbeitnehmervertreter auf Repräsentanten verschiedener Mitgliedstaaten verteilt werden (vgl. § 36 SEBG).<sup>76</sup> Die Arbeitnehmerseite muss also unter Umständen eine Person des jeweils unterrepräsentierten Geschlechts finden, die zugleich noch aus einem bestimmten, nach SEBG zwingend zu repräsentierenden Mitgliedstaat kommt. Wenn dies nicht gelingt, bleibt der Sitz unbesetzt und die Arbeitnehmerseite gerät trotz der grundsätzlich paritätischen Besetzung des Organs in die Minderheit.<sup>77</sup>

Hinzu kommt die fehlende Abstimmung der SEAG-Vorschriften mit § 35 Abs. 2 SEBG. Nach dieser Vorschrift gelten nämlich für die Bestellung von Arbeitnehmervertretern aus anderen Mitgliedstaaten die Regelungen desjenigen Mitgliedstaates, aus denen die betreffenden Arbeitnehmervertreter kommen. Es ist kaum anzunehmen, dass andere Mitgliedstaaten in ihrem SE-Recht eine Geschlechterquote regeln. Die Bestellung von Repräsentanten aus anderen Mitgliedstaaten wird daher möglicherweise nicht der deutschen Quotenregelung folgen. Wird nun für einen bestimmten Mitgliedstaat ein/e Vertreter/in entsandt, der/die dem „falschen“ Geschlecht angehört, müsste die Bestellung nach der Verweisungsnorm des § 35 Abs. 2 SEBG wirksam sein, obwohl sie gegen die Vorgaben von § 17 Abs. 2 bzw. § 24 Abs. 3 SEAG-E verstößt. Da die Regelung des SEBG auf der europäischen

<sup>74</sup> Vgl. Teichmann, in: Leible/Reichert (Hrsg.), MünchHdBGesR, Bd. 6, IntGesR, 4. Aufl. 2013, § 49 Rn. 59 ff.

<sup>75</sup> Str. aber zu bejahen ist die Frage, ob in der Vereinbarung die konkrete Zahl und der Anteil der Arbeitnehmervertreter geregt werden können (vgl. Teichmann, in: MünchHdBGesR, Bd. 6, IntGesR, 4. Aufl. 2013, § 49 Rn. 61 m. w. N.).

<sup>76</sup> Darauf weist bereits die Stellungnahme des DAV zum RefE hin (NZG 2014, 1214, 1227).

<sup>77</sup> Ob diese Rechtsfolge des „leeren Stuhls“ für die SE überhaupt gelten soll, ist allerdings unklar. Anders als im AktG fehlt ein entsprechender Hinweis in § 17 Abs. 2 und § 24 Abs. 3 SEAG-E.

SE-Richtlinie beruht, muss sie bei richtlinienkonformer Anwendung des Gesetzes Vorrang genießen.

Angesichts dieser Schwierigkeiten nimmt es nicht Wunder, dass der Gesetzentwurf die Regelung des „leeren Stuhles“ nicht auf die SE überträgt. Die Vorschrift des § 96 Abs. 2 S. 6 AktG-E findet in § 17 Abs. 2 und § 24 Abs. 3 SEAG-E keine Entsprechung. Auch die neu gefasste Regelung des § 250 Abs. 1 AktG-E mit ihrem Verweis auf § 96 Abs. 2 AktG-E geht ins Leere, weil sie das SEAG nicht erwähnt.<sup>78</sup> Eine Rasenmäherlösung, bei welcher ein falsch besetzter Stuhl automatisch leer bliebe, lässt sich angesichts der Verflechtung von nationalen und unionsrechtlichen Vorgaben kaum befürworten. Der Gesetzgeber sollte daraus Konsequenzen ziehen und das SE-Regime der Quotenregelung noch einmal überdenken. In Betracht käme eine auf die Anteilseignerseite beschränkte Quote, die auf Arbeitnehmerseite Raum für Internationalität ließe. Weiterhin könnte man das Verhandlungsverfahren dazu nutzen, den Parteien individuelle Lösungen zuzugehen.

## 5. Grenzüberschreitende Verschmelzung

Nach der Vorstellung des Gesetzentwurfs soll die fixe Quote im Aufsichtsrat auch für Gesellschaften gelten, die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgegangen sind (§ 96 Abs. 3 AktG-E). Die grenzüberschreitende Verschmelzung ist eine Strukturänderung, die unter dem Schutz der Niederlassungsfreiheit steht.<sup>79</sup> Sie darf daher nicht in unverhältnismäßiger Weise erschwert werden. Andererseits besteht das Wesen der Verschmelzung darin, dass die übertragende Gesellschaft in der übernehmenden Gesellschaft aufgeht, was im grenzüberschreitenden Kontext notwendigerweise dazu führt, dass für das Unternehmen künftig allein das Gesellschaftsrecht der aufnehmenden Gesellschaft gilt. Insoweit kann die Unterwerfung unter das inländische Gesellschaftsrecht als solches keine Beschränkung darstellen. Die Organe der sich verschmelzenden Gesellschaften werden vor Durchführung der Verschmelzung zu prüfen haben, welchen Staates Rechtsordnung nach Durchführung der Verschmelzung gelten soll und dabei die Vorteile und Nachteile der betreffenden Rechtsordnungen gegeneinander abwägen. Die Quote wäre lediglich dann als unverhältnismäßige Beschränkung zu werten, wenn sie dem zuziehenden Unternehmen ohne Übergangslösung aufkroyiert würde. Dies aber ist nicht der Fall. Denn gemäß § 25 Abs. 3 EGAktG-E gilt die Übergangsregelung, insbesondere die Fortgeltung der bereits bestehenden Mandate und das erst sukzessive Auffüllen mit dem jeweils unterrepräsentierten Geschlecht, auch im Falle einer grenzüberschreitenden Verschmelzung. Es bestehen allerdings bezüglich der grenzüberschreitenden Verschmelzung dieselben Vorbehalte, die zur SE hinsichtlich der Besetzung der Aufsichtsratsmandate auf Arbeitnehmerseite angemahnt wurden.<sup>80</sup> Denn auch hier gilt die europäische Verhandlungslösung und das Prinzip der internationalen Besetzung der Arbeitnehmerbank.<sup>81</sup>

## VI. Zusammenfassung

1. Die Bundesregierung schlägt mit ihrem Gesetzentwurf eine fixe Quote von 30% für den Aufsichtsrat von Aktiengesellschaften vor, die börsennotiert und paritätisch mitbestimmt sind. Die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern des jeweils überrepräsentierten Geschlechts soll zur Nichtigkeit führen. Diese Regelung greift ab dem 1.1.2016.

Nach diesem Zeitpunkt werden frei werdende Aufsichtsratsposten voraussichtlich für eine gewisse Zeit nur noch mit Frauen besetzt werden können.

2. Der Gesetzentwurf enthält keine Öffnungsklausel für den Fall, in dem sich trotz intensiver Suche keine ausreichend qualifizierte Person des jeweils unterrepräsentierten Geschlechts finden lässt. Er wird in dieser Form verfassungs- und unionsrechtlich kaum haltbar sein. Eine qualifikationsbezogene Öffnungsklausel sollte zumindest für das Verfahren der gerichtlichen Ersatzbestellung eingeführt werden.

3. Zusätzlich zur fixen Quote enthält der Gesetzentwurf ein Modell der selbstbestimmten Zielvorgabe. Es gilt in den börsennotierten und paritätisch mitbestimmten Gesellschaften für den Vorstand und die beiden obersten Führungsebenen. Es gilt außerdem für Aufsichtsrat, Vorstand und die obersten beiden Führungsebenen in Gesellschaften, die entweder börsennotiert oder mitbestimmt sind. Erfasst werden davon auch mitbestimmte GmbH und Genossenschaften ab der Schwelle von mehr als 500 Arbeitnehmern.

4. Die Zielvorgabe kann grundsätzlich frei festgelegt werden. Sie darf allerdings den im konkreten Unternehmen bereits erreichten Prozentsatz nicht unterschreiten. Erst nach dem Überschreiten einer Quote von 30% könnte die darauf folgende Zielvorgabe eventuell wieder sinken, wenngleich langfristig eine paritätische Beteiligung angestrebt werden soll. Über die Zielvorgabe und ihre Erreichung müssen die Unternehmen im Lagebericht Auskunft geben.

5. Der Gesetzentwurf überträgt die fixe Aufsichtsratsquote auch auf die Societas Europaea (SE). Das ist im Grundsatz unionsrechtlich zulässig, weil die SE-Verordnung die Zusammensetzung der Organe nicht abschließend regelt. Allerdings darf die für das Aufsichtsorgan geltende Quote nicht unverändert in den monistischen Verwaltungsrat implementiert werden, da dieser nach europäischem Recht als Geschäftsleitungsorgan konzipiert ist und insoweit funktional dem Vorstand entspricht. Zudem bedarf die Frage der Rechtsfolge dringend der Klärung. Dabei wird eine Öffnung für die Arbeitnehmerbank hinsichtlich der europäisch vorgegebenen Internationalität unumgänglich sein.

**Prof. Dr. Christoph Teichmann** ist seit Juni 2007 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Handels- und Gesellschaftsrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg und Mitglied der Internal Company Law Expert Group zur Beratung der EU-Kommission.



**Carolin Rüb**, geborene Langes, ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Christoph Teichmann an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Ihre Forschungsschwerpunkte liegen im deutschen und europäischen Gesellschaftsrecht.



<sup>78</sup> Dem Grundsatz nach wäre § 250 AktG auf eine SE anwendbar, weil sich zu Anfechtbarkeit und Nichtigkeit im SE-Recht keine eigene Regelung findet.

<sup>79</sup> Grundlegend EuGH, 13.12.2005 – C-411/03, Sevic, Slg. 2005, I-10805 ff., BB 2006, 11 m. BB-Komm. Schmidt/Maul, EWS 2006, 27, RIW 2006, 140.

<sup>80</sup> Vgl. oben V. 4.

<sup>81</sup> Vgl. hierzu das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG); insb. § 25.