

Prof. Dr. Christoph Teichmann und Carolin Rüb

# Die gesetzliche Geschlechterquote in der Privatwirtschaft

Nach der Verabschiedung des Gesetzes für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst muss sich die Privatwirtschaft auf eine Reihe neuer Vorschriften einstellen. Großunternehmen (börsennotiert und paritätisch mitbestimmt) unterliegen ab dem 1.1.2016 einer starren 30%-Quote für den Aufsichtsrat. Gesellschaften, die entweder mitbestimmt oder börsennotiert sind, müssen Quotenziele für den Aufsichtsrat, den Vorstand und die obersten beiden Führungsebenen festlegen. Diese Ziele müssen bereits zum 30.9.2015 erstmals formuliert werden. All dies gilt nach dem Willen des Gesetzgebers, der allerdings im Gesetz nur unvollständig zum Ausdruck kommt, auch für die SE. Der Beitrag stellt die Neuregelung im Einzelnen vor und endet mit einer „Quotenfibel“ zu den nächsten praktischen Schritten.

## I. Einführung

Nach jahrelanger Diskussion<sup>1</sup> sowie mehreren Gesetzesvorschlägen auf nationaler<sup>2</sup> und europäischer Ebene<sup>3</sup> hat der deutsche Gesetzgeber nun den gordischen Knoten durchschlagen und eine Regelung eingeführt, die in den privatwirtschaftlichen Führungsgremien für eine ausgeglichene Geschlechterverteilung sorgen soll.<sup>4</sup> Ob darin der größte Beitrag zur Gleichberechtigung seit Einführung des Frauenwahlrechts liegt,<sup>5</sup> mag man bezweifeln. Aus unternehmensrechtlicher Sicht ist jedenfalls zu bedauern, dass wieder einmal der Gesetzgeber der „Selbstregulierung Beine machen musste“,<sup>6</sup> weil die auf eine Frauenförderung gerichteten freiwilligen Initiativen<sup>7</sup> kaum Erfolge verbuchen konnten.<sup>8</sup> Nunmehr steht fest: Ab dem 1.1.2016 gilt für alle Gesellschaften, die börsennotiert und paritätisch mitbestimmt sind, die Aufsichtsratsquote von 30% (unter II.). Außerdem müssen alle Gesellschaften, die wenigstens drittelparitätisch mitbestimmt oder börsennotiert sind, bis zum 30.9.2015 Zielvorgaben für die Frauenförderung im Aufsichtsrat, im Geschäftsführungsorgan und in den beiden darunter angesiedelten Führungsebenen bestimmen (unter III.). All dies betrifft auch Unternehmen in der Rechtsform der SE (unter IV.). Welche konkreten Handlungsanweisungen daraus folgen, wird unter V. zusammengefasst.

## II. Aufsichtsratsquote für Großunternehmen

Die Quotenregelung für den Aufsichtsrat ist aus Sicht des Gesetzgebers ein wichtiger Hebel, um in den Führungsetagen der Privatwirtschaft eine ausgeglichene Geschlechterverteilung zu erreichen. Die Abgrenzung der betroffenen Unternehmen mag willkürlich erscheinen, der Gesetzgeber setzt indessen auf die Signalwirkung der Großunternehmen. Gesellschaften, die börsennotiert und paritätisch mitbestimmt sind (dazu unter 1.), müssen in ihren Aufsichtsräten eine Mindestquote von 30% für das jeweils unterrepräsentierte Geschlecht erfüllen (unter 2.). Solange diese Quote nicht erreicht ist, können Vakanzstellen entstehen, die gegebenenfalls durch gerichtliche Ersatzbestel-

lung zu schließen sind (unter 3.). Die Quotenregelung für den Aufsichtsrat gilt ab dem 1.1.2016 (unter 4.).

### 1. Betroffene Unternehmen

Die 30%-Quote gelangt zur Anwendung, wenn zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: Die betroffene Gesellschaft ist börsennotiert und paritätisch mitbestimmt.

Zum Begriff der „Börsennotierung“, auf den § 96 Abs. 2 S. 1 AktG n.F. rekurriert, findet sich in § 3 Abs. 2 AktG eine Legaldefinition: Es geht um 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. Obwohl die Börsennotierung eine Voraussetzung für die Anwendung der Quote ist, handelt es sich nicht um eine kapitalmarktrechtliche Regelung im eigentlichen Sinne.<sup>9</sup> Denn das primäre Anknüpfungskriterium liegt darin, dass es sich um eine nach dem Aktiengesetz gegründete Gesellschaft handelt, deren Aktien börsennotiert sind. Die Gesellschaft muss also ihren Satzungssitz im Inland haben; der Ort der Börsennotierung hingegen kann theoretisch auch im Ausland liegen. Das Gesetz verlangt nicht, dass die Aktien der Gesellschaften an einem deutschen Markt zum Handel zugelassen sind.

1 Vgl. zum Referentenentwurf Lutter, BB 2014, Heft 50, Die Erste Seite; Redenius-Hövermann/Strenger, Der Konzern 2014, 373; Ohmann-Sauer/Langemann, NZW 2014, 1120; Habersack/Kersten, BB 2014, 2819; Hohenstatt/Willemsen/Naber, ZIP 2014, 2220; DAV, NZG 2014, 1214; zum Regierungsentwurf: Bayer/Hoffmann, AG 2015, R4; Mense/Klie, GWR 2015, 1 sowie 45 f.; Teichmann/Rüb, BB 2015, 259; Wasmann/Rothenburg, DB 2015, 291; Stüber, CCZ 2015, 38.

2 Genannt seien: Entwurf eines Führungskräftegesetzes (BT-Drs. 18/1878), Entwurf eines Gesetzes zur Förderung gleichberechtigter Teilhabe von Frauen und Männern in Führungsgremien (GTeilHG, BT-Drs. 17/11270) sowie Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Chancengleichheit von Männern und Frauen in Wirtschaftsunternehmen (ChGIFöG, BT-Drs. 17/8878).

3 Vgl. den Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission, COM(2012) 614 final (dazu bereits Teichmann/Langes, EWS 2013, 175, 181 ff.).

4 Grundlage der nachfolgenden Erörterung – die sich allein mit den Auswirkungen für die Privatwirtschaft befasst – ist der Regierungsentwurf des Gesetzes („RegE“) für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst (BT-Drs. 18/3784, 18/4053), der mit den Modifikationen des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BT-Drs. 18/4227) im Übrigen entsprechend des Änderungsgesuches des Bundestagspräsidenten (zu BR-Drs. 77/15) angenommen wurde. Am 27.3.2015 wurde das Gesetz im Bundesrat verabschiedet. Es bedarf nun lediglich noch der Unterschrift des Bundespräsidenten, vgl. Pressemitteilung BMJV v. 27.3.2015.

5 So wurde Bundesjustizminister Heiko Maas (SPD) in der Presse zitiert (FAZ, 7.3.2015, 1).

6 In Anlehnung an eine Formulierung bei Hohenstatt/Willemsen/Naber, ZIP 2014, 2220.

7 Genannt seien die Zielvereinbarung der Wirtschaft vom 2.7.2001 (abgedruckt bei Pfarr, Ein Gesetz zur Gleichstellung der Geschlechter in der Privatwirtschaft, 2001, S. 145 ff.) und die Empfehlungen des DCGK zur Diversität in Vorständen und Aufsichtsräten, März 2015 (abrufbar unter www.boeckler.de/6299.htm?produktsHBS-006051, Abruf: 30.3.2015).

8 Vgl. Brandt, Gleichstellungsquote im Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, 2012, S. 93, sowie Pütz/Weckes, Auswertung zur Geschlechterquote, April 2014 (abrufbar unter www.boeckler.de/pdf/mbf\_pb\_geschlechterquote\_puetz-weckes\_20140414.pdf, Abruf: 30.3.2015) und Weckes, Geschlechterverteilung in Vorständen und Aufsichtsräten, März 2015 (abrufbar unter www.boeckler.de/6299.htm?produktsHBS-006051, Abruf: 30.3.2015).

9 Vgl. eingehend zum internationalen Anwendungsbereich der Quotenregelung Weller/Harms/Rentsch/Thomale, ZGR 2015, unter VI.3. (im Erscheinen), wonach kein kapitalmarktbezogener „Schutz- oder Gestaltungszusammenhang zwischen Börsennotierung und Quotenregelung“ besteht.

Neben der Börsennotierung ist die paritätische Mitbestimmung Voraussetzung für eine Anwendung der 30%-Aufsichtsratsquote. § 96 Abs. 2 S. 1 AktG n.F. benennt die insoweit einschlägigen Gesetze. Es geht um Gesellschaften, die dem Mitbestimmungsgesetz, dem Montan-Mitbestimmungsgesetz oder dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz unterliegen.

Die Quotenregelung gilt auch für börsennotierte Gesellschaften mit paritätischer Mitbestimmung, die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgegangen sind (vgl. § 96 Abs. 3 AktG n.F.).

## 2. Ermittlung und Erfüllung der 30%-Quote

Die 30%-Quote gilt grundsätzlich für den Aufsichtsrat insgesamt. Die Anteilseigner- oder Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat können der Gesamtbetrachtung jedoch widersprechen; dies führt zu einer getrennten Berechnung (unter a)). Sofern die Ermittlung von 30% der Gesamtzahl der Sitze keine glatte Zahl ergibt, ist nach den gesetzlichen Vorgaben auf- oder abzurunden (unter b)). Im Übrigen gelten für die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder im Grundsatz weiterhin die allgemeinen Regeln (unter c)).

### a) Gesamt- oder Getrenntbetrachtung – Beschlussfassung hierüber

§ 96 Abs. 2 S. 2 AktG n.F. bezieht die Quote auf den Aufsichtsrat als Gesamtorgan. Sowohl die Anteilseigner- als auch die Arbeitnehmerseite hat jedoch die Möglichkeit, dieser Gesamtbetrachtung zu widersprechen (§ 96 Abs. 2 S. 3 AktG n.F.).<sup>10</sup> Der Widerspruch muss innerhalb der jeweiligen „Bank“ mit Mehrheit beschlossen werden und ist gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden zu erklären. Ein Widerspruch einzelner Aufsichtsratsmitglieder ist nicht vorgesehen.<sup>11</sup> Der Widerspruch führt zu einer getrennten Betrachtung: Der Mindestanteil von 30% des jeweils unterrepräsentierten Geschlechts ist von jeder Seite getrennt zu erfüllen (§ 96 Abs. 2 S. 3 a.E. AktG n.F.).<sup>12</sup>

Ein Widerspruch gegen die Gesamtbetrachtung ist auch zu einem späteren Zeitpunkt noch möglich. Er hat dann allerdings keine Auswirkung auf die bereits wirksam erfolgte Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern (§ 96 Abs. 2 S. 5 AktG n.F.). Bei der nächsten zeitlich darauffolgenden Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern muss dann aber die 30% Quote jeweils von beiden Banken gesondert erfüllt werden. Diejenige Seite, die vorher die Quote untererfüllt hatte, muss dann eine Person des unterrepräsentierten Geschlechts bestellen, um das Risiko eines „leeren Stuhles“ (dazu unten 3.) auf ihrer Seite zu vermeiden.

Bislang waren die „Anteilseignerseite“ und die „Arbeitnehmerseite“ keine Personengruppen, die rechtlich verfasst und beschlussfähig wären. Mit dem Widerspruchsrecht der Anteilseigner- oder Arbeitnehmerseite schafft der Gesetzgeber implizit ein neues Gremium innerhalb des Aufsichtsrats, das rechtswirksame Beschlüsse fassen kann. Eine Verfahrensordnung dafür stellt er nicht bereit.<sup>13</sup> Das Gesetz liefert nur den Hinweis, dass die jeweilige Gruppierung mit Mehrheit über die Ausübung des Widerspruchs entscheiden soll. Der Widerspruch soll dann gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden erklärt werden. Unklar bleibt, wer berechtigt wäre, im Namen der Anteilseigner- oder Arbeitnehmervertreter eine solche Erklärung abzugeben.

In der Praxis wird es sich empfehlen, bei der Entscheidung über den Widerspruch die grundlegenden Verfahrensregeln von Kollegialorganen einzuhalten<sup>14</sup> und künftig die entsprechenden Fragen in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats zu regeln.<sup>15</sup> Es sollte mit ausreichendem Vorlauf zu einer Zusammenkunft geladen werden, deren Tages-

ordnungspunkt klar benannt ist. Innerhalb dieser sollte Gelegenheit zur Aussprache geboten und das Abstimmungsergebnis schriftlich festgehalten werden. Zur Abgabe der Erklärung gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden bietet sich ein von allen Anwesenden unterzeichnetes Protokoll an. Um Rechtsstreitigkeiten über die Wirksamkeit des Widerspruchs vorzubeugen, empfiehlt sich bei vollständiger Anwesenheit aller Mitglieder ein vorsorglicher Verzicht auf Formen und Fristen.

### b) Rundungsvorschrift

Die Anwendung einer 30%-Quote wird bei vielen Aufsichtsräten nicht glatt aufgehen. Bei den von § 7 MitbestG vorgeschriebenen Aufsichtsratsgrößen lässt sich lediglich im 20er-Aufsichtsrat eine glatte Zahl (sechs Personen) ermitteln. Für alle übrigen Fälle ist die Rundungsregel des § 96 Abs. 2 S. 4 AktG n.F. heranzuziehen: Ergibt sich eine Dezimalzahl von 0,5 oder größer, wird aufgerundet, bei einer unter 0,5 liegenden Dezimalzahl wird abgerundet.<sup>16</sup> Im Einzelfall kann sich bei einer Gesamtbetrachtung ein anderes Bild ergeben als bei getrennter Berechnung.<sup>17</sup> Auf einen 16er- Aufsichtsrat entfällt bei Gesamtbetrachtung eine Quote von fünf Personen (Aufrundung von 4,8), bei einer getrennten Berechnung wären es hingegen nur vier Personen (Abrundung 2,4 je Bank).<sup>18</sup>

### c) Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder

Für die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder gelten im Ausgangspunkt weiterhin die allgemeinen Regeln.<sup>19</sup> Für die Anteilseignerseite bleibt es bei der Grundregel des § 101 Abs. 1 AktG: Die Mitglieder des Aufsichtsrates werden von der Hauptversammlung gewählt, soweit nicht satzungsmäßige Entsendungsrechte bestehen.<sup>20</sup> Die Quote gilt – bei Getrenntberechnung nach Banken – für die Anteilseignervertreter insgesamt.<sup>21</sup> Daher müssen auch entsendungsberechtigte Aktionäre bei ihrer Personalentscheidung die quotengerechte Geschlechterverteilung berücksichtigen.<sup>22</sup>

Für Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmerseite gelten die einschlägigen Mitbestimmungsgesetze. Dort stellt sich zusätzlich die Problematik, dass die Sitze auf unternehmensinterne Arbeitnehmer, Gewerkschaftsvertreter und leitende Angestellte zu verteilen sind.<sup>23</sup> § 7 Abs. 3 MitbestG n.F. konkretisiert die Geschlechterverteilung auf Arbeitnehmerseite.<sup>24</sup> § 18a Abs. 1 MitbestG n.F. bezieht für den Fall, dass die Quote auf Arbeitnehmerseite insgesamt nicht erreicht wurde,

10 Hierzu bereits *Teichmann/Rüb*, BB 2015, 259, 260, auch hinsichtlich des denkbaren „Gefangenendilemmas“ der Banken, wenn die künftigen Wahlergebnisse ungewiss sind.

11 Vgl. BT-Drs. 18/4227, 25.

12 Vgl. für diesen Fall auch § 7 Abs. 3 MitbestG n.F. (RegE, S. 32).

13 Die Gesetzesbegründung unterstellt, dass die allgemeinen Regeln der Willensbildung, wie etwa in Ausschüssen, zur Anwendung kommen.

14 S. zur vergleichbaren Problematik bei der Arbeitsweise von Aufsichtsratsausschüssen *Koch*, in: Hüffer, AktG, 11. Aufl. 2014, § 107, Rn. 29.

15 Zu Zulässigkeit und Inhalt der Aufsichtsrats-Geschäftsordnung s. nur *Koch*, in: Hüffer, AktG, 11. Aufl. 2014, § 107, Rn. 34 ff.

16 Vgl. Begr. RegE, S. 120.

17 Dazu bereits *Teichmann/Rüb*, BB 2015, 259, 260.

18 Vgl. das Rechenbeispiel bei Begr. RegE, S. 120.

19 Zur Verteilung auf der Seite der Anteilseigner bereits: *Ohmann-Sauer/Langemann*, NZA 2014, 1120, 1121.

20 Vgl. § 101 Abs. 2 AktG. Gem. § 101 Abs. 2 S. 4 AktG darf lediglich ein Drittel der sich aus dem Gesetz oder aus der Satzung ergebenden Zahl der Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner entsandt werden.

21 Begr. RegE, S. 121.

22 Begr. RegE, S. 121. Zu Satzungsregelungen betreffend die Geschlechtszugehörigkeit *Mertens/Cahn*, in: Zöllner/Noack, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz (KK-AktG), Bd. 2/2, §§ 95–117 AktG, 3. Aufl. 2013, § 100, Rn. 46 f.

23 Vgl. § 7 Abs. 2 MitbestG, § 6 Abs. 1, Abs. 3 Montan-MitbestG und § 6 Abs. 1 Mitbest-ErgG.

24 Der soeben unter b) erläuterte Rundungsmechanismus ist hier anzuwenden, vgl. Begr. RegE, S. 129.

die 30%-Quote jeweils gesondert auf die unternehmenseigenen Arbeitnehmer und die Gewerkschaftsvertreter. Ausgenommen bleibt der Vertreter der leitenden Angestellten.<sup>25</sup> Vergleichbare Regelungen finden sich in §§ 5a, 10f MitbestErgG n.F. Dort ist das neutrale Mitglied (§ 5 Abs. 1 S. 2c) MitbestErgG) von der Quote ausgenommen. Im Montan-MitbestG regelt § 5a n.F. eine eigenständige Vorgehensweise für den Montanbereich.<sup>26</sup>

#### d) Qualifikationsanforderungen

Die 30%-Quote für den Aufsichtsrat gilt als sogenannte „starre“ Quote, weil sie unabhängig von Qualifikationserfordernissen einen bestimmten Prozentsatz des unterrepräsentierten Geschlechts im betroffenen Unternehmensorgan erzwingt.<sup>27</sup> Die Frage der Qualifizierung bedarf allerdings einer differenzierten Betrachtung: Die allgemeinen Qualifikationsanforderungen für Aufsichtsräte dürfen auch bei einer quotengerechten Bestellung nicht missachtet werden (aa)); fraglich ist nur, was geschieht, wenn aus dem unterrepräsentierten Geschlecht keine derartige Person gefunden werden kann (bb)).

##### aa) Anwendung der allgemeinen Qualifikationsvoraussetzungen

Die Quote entbindet die Bestellungsorgane nicht von den allgemein für Aufsichtsräte bestehenden Qualifikationsanforderungen. Deren Auswahl muss weiterhin am Unternehmensinteresse ausgerichtet sein.<sup>28</sup> Daneben gelten – unabhängig vom Geschlecht der zu bestellenden Person – die persönlichen Voraussetzungen gemäß § 100 AktG und die Unvereinbarkeit mit einem Vorstandsmandat gemäß § 105 AktG.<sup>29</sup> Auch das betreffende Aufsichtsratsmitglied muss sich selbst stets Rechenschaft darüber ablegen, ob es der Aufgabe gewachsen ist. Das „Gebot persönlicher und eigenverantwortlicher Amtsausübung“, wonach „ein Aufsichtsratsmitglied diejenigen Mindestkenntnisse und -fähigkeiten besitzen oder sich aneignen muss, die es braucht, um alle normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge auch ohne fremde Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen zu können“,<sup>30</sup> gilt auch im quotengerecht besetzten Aufsichtsrat.<sup>31</sup> Daneben sind eventuell spezialgesetzliche Regelungen zu beachten (etwa § 264d HGB, § 7a Abs. 4 S. 1 VAG, § 25d Abs. 1 KWG).<sup>32</sup>

##### bb) Fehlende Ausnahmeregelung

Die rechtspolitischen, verfassungs- und europarechtlichen Bedenken gegen die „starre“ Quote resultieren daraus, dass die Quotenregelung den Fall, in dem keine geeignete Person gefunden werden konnte, nicht berücksichtigt.<sup>33</sup> Demgegenüber fordert der EU-Richtlinienvorschlag nur dann einen Vorrang des unterrepräsentierten Geschlechts, wenn dessen Kandidaten die gleiche Qualifikation aufweisen.<sup>34</sup> Die Sanktionen des deutschen Rechts – insbesondere diejenige des „leeren Stuhls“ – greifen jedoch auch dann, wenn das Unternehmen trotz größter Bemühungen keine geeignete Person finden konnte, die dem unterrepräsentierten Geschlecht angehört. Selbst in diesem Fall wäre die Wahl einer hinreichend qualifizierten Person des anderen Geschlechts nichtig (dazu sogleich unter 3.). Angesichts der aktuellen Geschlechterverteilung in deutschen Aufsichtsräten dürfte dies weit häufiger die Anteilseignerseite treffen als die Arbeitnehmerseite.<sup>35</sup> Die Anteilseigner geraten in einem solchen Fall in die Minderheit und könnten von der Arbeitnehmerseite überstimmt werden.<sup>36</sup> Die Verfassungskonformität der paritätischen Mitbestimmung hängt aber davon ab, dass den Anteilseignern nach dem geltenden Mitbestimmungsrecht das Letztentscheidungsrecht verbleibt.<sup>37</sup> Aus diesem

Grund unterliegt die starre Quotenregelung erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken.<sup>38</sup>

### 3. Rechtsfolgen der Quotenverfehlung

Eine Wahl, die gegen die Vorgaben der „starren“ Aufsichtsratsquote verstößt, ist nichtig, führt also zum berühmten „leeren Stuhl“ (unter a)), der unter Umständen durch gerichtliche Ersatzbestellung besetzt werden kann (unter b)). Über die Quotenerfüllung ist in der Erklärung zur Unternehmensführung zu berichten (unter c)).

#### a) Der „leere Stuhl“

Eine Bestellung oder Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern, die nicht der Quotenvorgabe entspricht, ist nichtig (§ 96 Abs. 2 S. 6 AktG n.F.).<sup>39</sup> Diese Rechtsfolge des „leeren Stuhles“ wird ihren gesetzgeberischen Zweck, eine verhaltenssteuernde Funktion zu entfalten,<sup>40</sup> vermutlich erfüllen. Denn in einem paritätisch besetzten Aufsichtsrat hat keine von beiden Seiten ein Interesse daran, mit einer Person weniger vertreten zu sein. Um die negativen Nebeneffekte der Nichtigkeit abzumildern, wurde im Bundestag noch die Regelung eingefügt, dass eine ursprünglich quotengerechte Bestellung oder Entsendung nicht

25 Dieser wird ausgenommen, weil eine Quotenregelung bei einer Person nicht möglich ist (Begr RegE, S. 130).

26 Vgl. hierzu Begr RegE, S. 125.

27 Vgl. Pfarr, Quoten und Grundgesetz, 1988, S. 203; Lang, Frauenquoten, 1989, S. 37; S. zudem zu starren Quotierungen Garbe-Emden, Gleichberechtigung durch Gesetz, 1984, S. 147; Dix, Gleichberechtigung durch Gesetz, 1984, S. 350, sowie Benda, Notwendigkeit und Möglichkeit positiver Aktionen zugunsten von Frauen im öffentlichen Dienst, 1986, S. 43.

28 Ebenso Mense/Klie, GWR 2015, 1, 5, sowie Redenius-Hövermann/Strenger, Der Konzern 2014, 373, 378 f.; s. zur Bindung des Aufsichtsrates an das Unternehmensinteresse auch Mertens/Cahn, in: Zöllner/Noack, KK-AktG, Bd. 2/2, §§ 95–117 AktG, 3. Aufl. 2013, Vorb. § 95, Rn. 12. Vgl. außerdem Ziff. 5.4.1. DCGK: „Der Aufsichtsrat ist (demnach) so zusammenzusetzen, dass seine Mitglieder insgesamt über die zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Aufgaben erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und fachlichen Erfahrungen verfügen.“

29 So bereits Knops/Wegner, GewArch 2014, 185, 188; Habersack/Kersten, BB 2014, 2819, 2821 f.

30 BGH, 15.11.1982 – II ZR 27/28, BGHZ 85, 293, 295 f., BB 1983, 101, 102.

31 Vgl. dazu Habersack/Kersten, BB 2014, 2819, 2821 f.; allgemein Mertens/Cahn, in: Zöllner/Noack, KK-AktG, Bd. 2/2, §§ 95–117 AktG, 3. Aufl. 2013, § 111, Rn. 118 f., Hommelhoff, ZGR 1983, 551, 561, 571 ff.

32 Zu dieser Thematik der Qualifikationsanforderungen: Redenius-Hövermann/Strenger, Der Konzern 2014, 373, 378; Habersack/Kersten, BB 2014, 2819, 2821 f.; auch bereits Ehren/Gros, Der Konzern 2011, 277, 282 f. m. w. N. Hommelhoff, ZGR 1983, 551, 571 ff.

33 Zu den europarechtlichen Anforderungen an „Frauenquoten“ EuGH, 17.10.1995 – C-450/93, Kalanke, BB 1995, 2481; EuGH, 11.11.1997 – C-409/95, Marshall, BB 1997, 2590; EuGH, 28.3.2000 – C-158/97; Badeck, EWS 2000, 467; EuGH, 6.7.2000 – C-407/98; Abrahamsson, EWS 2000, 463; weiterhin Limbach, NJW 2014, Heft 52, Editorial; Hohenstatt/Willemsen/Naber, ZIP 2014, 2220, 2221 ff.; DAV, NZG 2014, 1214, insbes. 1216 f. sowie 1220; Habersack/Kersten, BB 2014, 2819, insbes. 2828 f.; gegen eine Übertragung der seitens des EuGH aufgestellten Kriterien auf die Aufsichtsratsbesetzung: Bachmann, ZIP 2011, 1131, 1135; Brandt, Gleichstellungsquote im Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, 2012, S. 181 ff., insbes. S. 189; ebenfalls kritisch Knops/Wegner, GewArch 2014, 185, 189.

34 Art. 4 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.“ (Hervorhebungen durch Verfasser).

35 Siehe die aktuellen Zahlen bei Weckes, Böckler Impuls 4/2015, v. 5.3.2015, wonach die Frauenbeteiligung auf Arbeitnehmerseite höher liegt als auf Kapitaleseite.

36 Das Doppelstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden greift nur dann, wenn es zuvor bei einer Abstimmung Stimmgleichheit gab (§ 29 Abs. 2 MitbestG). Dazu würde es bei einem zahlenmäßigen Übergewicht der Arbeitnehmervertreter erst gar nicht kommen.

37 Vgl. BVerfG, 1.3.1979, 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 350.

38 Vgl. die umfassende verfassungsrechtliche Analyse bei Habersack/Kersten, BB 2014, 2819 ff.

39 Die Wahl und die Entsendung sind unabhängig von der Stellung einer Nichtigkeitsklage ex tunc (von Anfang an) ohne Rechtswirkungen, vgl. RegE, S. 121; dies entspricht der Aufnahme der Nichtigkeit bei Verstoß gegen § 96 Abs. 2 AktG n.F. in die Aufzählung des § 250 Abs. 1 Nr. 5 AktG-E.

40 S. Begr RegE, S. 121.



deshalb nachträglich unwirksam wird, weil eine Wahl aus anderen Gründen für nichtig erklärt wird (§ 96 Abs. 2 S. 7 AktG n.F.).<sup>41</sup> Zudem bleibt der Aufsichtsrat weiterhin beschlussfähig, solange gem. § 108 Abs. 2 S. 2 AktG an der Beschlussfassung mindestens die Hälfte der in der Satzung oder im Gesetz bestimmten Mitglieder teilnehmen.<sup>42</sup> Angesichts der Nichtigkeitsfolge empfiehlt sich künftig die Einzelwahl von Aufsichtsratsmitgliedern,<sup>43</sup> bei der einzelne Personen gesondert für den Aufsichtsrat bestellt werden.<sup>44</sup> Eine eventuelle Nichtigkeit bei Quotenverstoß betrifft dann immer nur diejenige Person, mit deren Bestellung gegen die Mindestquote von 30 % des unterrepräsentierten Geschlechts verstoßen wird. Die vorangegangenen Bestellungen blieben wirksam. Im Gegensatz dazu würden bei einer Blockwahl<sup>45</sup> alle Personen des überrepräsentierten Geschlechts erfasst, sofern die Wahl insgesamt gegen die Quote verstößt.<sup>46</sup> Dem Versammlungsleiter obliegt es, Wahlvorschläge gegebenenfalls nicht zur Abstimmung zuzulassen, sofern sie offensichtlich gegen die Quotenvorgabe verstoßen.<sup>47</sup> Indessen kann der Versammlungsleiter eine quotengerechte Zusammensetzung des Aufsichtsrates nicht im Alleingang sicherstellen. Die eigentliche Verantwortung hierfür liegt beim Aufsichtsrat selbst, der gemäß § 124 Abs. 3 AktG bei Einberufung der Hauptversammlung geeignete Wahlvorschläge unterbreiten muss.<sup>48</sup>

#### b) Gerichtliche Ersatzbestellung

Um eine länger andauernde Besetzungslücke im Aufsichtsrat zu vermeiden, regelt § 104 Abs. 5 AktG n.F. die Möglichkeit einer gerichtlichen Ersatzbestellung, die ihrerseits die Vorgaben des § 96 Abs. 2 S. 1–5 AktG n.F. zu beachten hat. Eine Verweisung hierauf findet sich in § 18a MitbestG n.F. sowie § 10f MitbestErgG n.F. für die Arbeitnehmervertreter. Das Gericht ist in seiner Entscheidung zwar nicht an personelle Vorschläge gebunden, muss aber – nach pflichtgemäßem Ermessen – Personen auswählen, die einerseits der Quotenanforderung gerecht werden, andererseits für das betreffende Mandat persönlich und fachlich geeignet sind.<sup>49</sup> Offen bleibt, wie ein Gericht in die Lage versetzt werden soll, seiner Rolle als „Head-Hunter“<sup>50</sup> in einer Situation gerecht zu werden, in der es den dafür originär zuständigen Gremien nicht gelungen ist, geeignete Personen des quotenmäßig gebotenen Geschlechts zu finden.<sup>51</sup>

Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Einleitung der gerichtlichen Ersatzbestellung bleiben unverändert: Es greift ein, wenn dem Aufsichtsrat die für die Beschlussfassung nötige Zahl von Mitgliedern fehlt (§ 104 Abs. 1 AktG). Dies wird bei einem einzelnen „leeren Stuhl“ in aller Regel noch nicht der Fall sein. Ein weiterer Anlass für die gerichtliche Ersatzbestellung besteht jedoch, wenn dem Aufsichtsrat für länger als drei Monate die gesetzlich vorgeschriebene Zahl von Mitgliedern fehlt (§ 104 Abs. 2 AktG). Dieser Fall wird regelmäßig vorliegen, weil in paritätisch mitbestimmten Aufsichtsräten die Zahl der Mitglieder gesetzlich festgelegt ist (vgl. § 7 MitbestG).

Das Amt des gerichtlich bestellten Mitglieds erlischt, sobald der Mangel behoben ist (§ 104 Abs. 5 AktG). Anteilseigner oder Arbeitnehmer haben also jeweils die Möglichkeit, durch eine quotengerechte Nachbestellung ihre Wunschkandidaten an Stelle der gerichtlich bestellten Person in den Aufsichtsrat zu schicken.

#### c) Berichtspflicht

Über die Quotenerfüllung ist in der Erklärung zur Unternehmensführung zu berichten (§ 289a Abs. 2 Nr. 5 a) HGB n.F.), die zum Lagebericht i.S.d. § 289 HGB gehört. Die Gesellschaft muss darüber Aus-

kunft geben, ob sie die vorgeschriebenen Mindestanteile von Frauen und Männern eingehalten hat. Falls dies nicht der Fall war, müssen Angaben zu den Gründen gemacht werden.<sup>52</sup>

### 4. Übergangsregelung

Der Mindestanteil von je 30 % an Männern und Frauen gilt für Neuwahlen oder Entsendungen ab dem 1.1.2016. Diese zeitliche Übergangsregelung steht in § 25 Abs. 2 S. 1 Einführungsgesetz zum Aktiengesetz n.F. (EGAktG). Sofern die Anzahl der neu zu besetzenden Positionen im Aufsichtsrat für die Verwirklichung des Mindestanteils nicht ausreicht, muss zwingend eine Besetzung mit dem unterrepräsentierten Geschlecht erfolgen (§ 25 Abs. 2 S. 2 EGAktG n.F.). Bestehende Mandate laufen bis zu ihrem regulären Ablauf weiter (§ 25 Abs. 2 S. 3 EGAktG n.F.). Die Neuregelung gilt auch für Nachbestellungen und Ersatzmitglieder.<sup>53</sup> Für die Arbeitnehmerseite sind die vergleichbaren Übergangsregelungen in § 40 Abs. 2 MitbestG n.F. sowie § 22 Abs. 2 MitbestErgG n.F. zu berücksichtigen. Demnach ist die Neuregelung auf all jene Wahlen anwendbar, die am 31.12.2015 nicht abgeschlossen sind.<sup>54</sup>

## III. Festlegung einer Quote als Zielgröße

Gesellschaften, die entweder mitbestimmt oder börsennotiert sind (unter 1.), müssen künftig autonome Zielgrößen für den Frauenanteil festlegen. Diese Zielgrößen gelten für den Aufsichtsrat, den Vorstand und die beiden darunter liegenden Führungsebenen (unter 2.). Andere Sanktionen als eine Berichtspflicht enthält das Gesetz nicht (unter 3.), weshalb dieser Bereich der Quotenregelung für die Unternehmen durchaus handhabbar sein sollte.

### 1. Erfasste Unternehmen: Börsennotierung oder Mitbestimmung

Die Verpflichtung zur Festlegung von Zielvorgaben trifft neben den börsennotierten Gesellschaften auch alle Gesellschaften, die mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen. Denn die §§ 76 Abs. 4, 111 Abs. 5 AktG n.F. gelten für jede „mitbestimmte“ Gesellschaft. Dieser Begriff erfasst so-

41 Auf die damit gebannte Gefahr, dass Aktionärsklagen gegen Beststellungsbeschlüsse indirekt zu einer nachträglichen Quotenverfehlung führen könnten, wurde u.a. von *Lutter*, BB 2014, Heft 50, Die Erste Seite, hingewiesen.

42 An der Beschlussfähigkeit können allerdings dann Zweifel aufkommen, sofern im Falle von Uneinigkeit die Stimme des nicht wirksam bestellten Aufsichtsratsmitgliedes entscheidungserheblich war, vgl. *Begr RegE*, S. 122.

43 So bisher schon *Ziff*, 5.4.3. S. 1 DCGK; ebenso *Begr RegE*, S. 121 f.

44 Zur Einzelwahl *Koch*, in: Hüffer, AktG, 11. Aufl. 2004, § 101, Rn. 6.

45 Dabei werden mehrere Personen en bloc zur Wahl gestellt, die nur gemeinsam bestellt oder abgelehnt werden können (*Koch*, in: Hüffer, AktG, 11. Aufl. 2004, § 101, Rn. 6 f.).

46 Eine dem unterrepräsentierten Geschlecht angehörende Person, wäre damit wirksam zum Aufsichtsrat bestellt, vgl. die *Begr RegE*, S. 122.

47 *Begr RegE*, S. 121.

48 Angaben hierüber sind bereits bei der Bekanntmachung der Einberufung zu veröffentlichen (vgl. § 124 Abs. 2 S. 2 AktG n.F.). Vgl. außerdem § 127 S. 3 AktG n.F. für den Vorschlag eines Aktionärs zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern.

49 Das Gericht entscheidet in seiner freien, aus dem gesamten Inhalt des Verfahrens gewonnenen Überzeugung (§ 37 FamFG); es ist nicht an Vorschläge des Antragstellers gebunden. Dazu bereits *Teichmann/Rüb*, BB 2015, 259, 261; weiterhin *Mertens/Cahn*, in: *Zöllner/Noack*, KK-AktG, Bd. 2/2, §§ 95–117 AktG, 3. Aufl. 2013, § 104, Rn. 19 m. w. N.

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

51 Vor Erlass des Gesetzes wurde daher vorgeschlagen, zumindest für das Stadium der gerichtlichen Ersatzbestellung eine Öffnungsklausel einzuführen, die es erlaubt hätte, im Unternehmensinteresse ausnahmsweise von der Quote abzuweichen (*Teichmann/Rüb*, BB 2015, 259, 261 f.).

52 Die damit verbundene Transparenz und Öffentlichkeitswirkung ist durchaus beabsichtigt (vgl. *Begr RegE*, S. 163).

53 *Begr RegE*, S. 122.

54 Für die Frage, wann eine Wahl abgeschlossen ist, stellt das Gesetz jeweils auf die Bekanntmachung der neuen Aufsichtsratsmitglieder ab (vgl. § 40 Abs. 3 MitbestG n.F., § 22 Abs. 3 MitbestErgG n.F.).

wohl die paritätische Mitbestimmung als auch die Drittelbeteiligung.<sup>55</sup> Damit erweitert sich gegenüber der starren Aufsichtsratsquote auch der Kreis der betroffenen Rechtsformen. Potentiell betroffen sind Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung,<sup>56</sup> Genossenschaften<sup>57</sup> und Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit,<sup>58</sup> da all diese Rechtsformen der Mitbestimmung unterliegen können.<sup>59</sup>

## 2. Betroffene Organe und Führungsebenen

### a) Zuständigkeiten für die Bestimmung der Zielvorgaben

In einer Aktiengesellschaft legt der Aufsichtsrat Zielgrößen für den Frauenanteil im Aufsichtsrat und im Vorstand fest (§ 111 Abs. 5 AktG n.F.).<sup>60</sup> Der Vorstand wiederum legt Zielgrößen für die beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstands fest (§ 76 Abs. 4 AktG n.F.).<sup>61</sup> In einer mitbestimmten Genossenschaft gilt dieselbe Aufgabenverteilung zwischen dem Aufsichtsrat und dem Vorstand der Genossenschaft (§ 9 Abs. 3 und 4 GenG n.F.). In einer GmbH hingegen ist eine Besonderheit zu beachten: Soweit sie nur der Drittelbeteiligung unterliegt, wird die Zielgröße für Aufsichtsrat und Geschäftsführer durch die Gesellschafterversammlung festgelegt (§ 52 Abs. 2 S. 1 GmbHG n.F.).<sup>62</sup> Unterliegt die GmbH hingegen dem MitbestG, dem Montan-MitbestG oder dem MitbestErgG, so legt der Aufsichtsrat die Zielgrößen für den Aufsichtsrat und die Geschäftsführer fest (§ 52 Abs. 2 S. 2 GmbHG n.F.). In beiden Varianten trifft sodann die Geschäftsführer die Pflicht, Zielgrößen für die ersten beiden Führungsebenen unterhalb der Geschäftsführer festzulegen (§ 36 GmbHG n.F.).

### b) Der Begriff der „Führungsebene“

Eine Zielvorgabe zur Frauenförderung ist auch für die beiden obersten Führungsebenen unterhalb des Geschäftsführungsorgans festzulegen. Der Begriff der Führungsebene ist im Gesetz nicht näher definiert. Ausweislich der Gesetzesbegründung geht es um „die tatsächlich im konkreten Unternehmen eingerichteten Hierarchieebenen unterhalb des Vorstandes“.<sup>63</sup> Unter einer Hierarchieebene sind in diesem Zusammenhang „organisatorische Einheiten zu verstehen, welche zueinander gleichberechtigt, aber einer gemeinsamen Führung zugeordnet sind“.<sup>64</sup> Bei stärker ausgeprägten Hierarchiestrukturen sind „die beiden Ebenen, die dem Vorstand unmittelbar unterstehen“, gemeint, bei flachen Hierarchieebenen mit nur einer Leitungsebene unterhalb des Vorstandes muss allein für diese eine Zielvorgabe festgelegt werden.<sup>65</sup>

Insgesamt dürfte das Gesetz in diesem Punkt so zu verstehen sein, dass in die Organisationsfreiheit der Unternehmen nicht eingegriffen werden soll. Hierarchieebenen müssen nicht an den Bedürfnissen der Chancengleichheit orientiert werden – also etwa möglichst weit definiert werden, um eine möglichst große Personenzahl zu erfassen. Da die Zielvorgaben und deren Erreichung auf der Rechtsfolgenreihe nur zu Berichtspflichten führen (dazu sogleich unter 3.), besteht auch kein Anlass, an einer unternehmerisch zweckmäßigen Führungsstruktur allein wegen der Notwendigkeit, künftig frauenfördernde Zielvorgaben zu setzen, etwas zu ändern.<sup>66</sup>

Diese Erwägungen lassen sich auch für Konzernsachverhalte fruchtbar machen.<sup>67</sup> Die gesetzliche Pflicht richtet sich allein an die einzelne Gesellschaft. Typischerweise wird also die Holding, sofern sie mitbestimmt oder börsennotiert ist, Ziele für ihre eigenen Organe und Führungsebenen definieren müssen. Diese Ziele müssen sich nach der gesetzlichen Vorgabe nicht auf die Personalpolitik in den Tochtergesellschaften erstrecken, schon gar nicht auf solche, die ausländischem Recht unterliegen.<sup>68</sup> Der Holding bleibt indessen unbenommen, eine

konzernweite Personalpolitik zu formulieren und ihre eigenen Ziele darin einzubetten. Sollten bestimmte Führungskräfte der Holding in anderen Ländern tätig sein,<sup>69</sup> wird man sie in die Zielvorgabe der Holding mit einbeziehen müssen. Denn die gesellschaftsrechtlich festgelegte Pflicht gilt immer dann, wenn die Arbeitgeber-Gesellschaft dem deutschen Gesellschaftsrecht unterliegt. Der gesetzliche Rahmen bietet aber genügend Flexibilität, um bei der Festsetzung der Ziele und bei der späteren Erläuterung, ob sie erreicht bzw. warum sie nicht erreicht werden konnten, auch grenzüberschreitende Aspekte zur Geltung zu bringen (etwa den größeren Pool an weiblichen Führungskräften in Staat A im Vergleich zu einem geringeren in Staat B).

### c) Inhaltliche Vorgaben und zeitliche Fristen

Das Instrument der Zielvorgabe soll den Unternehmen mehr Flexibilität bieten als die starre Quote. Die Regelungstechnik ist jeweils für alle betroffenen Organe und Führungsebenen dieselbe: Es müssen eine Zielvorgabe und eine Frist für die Zielerreichung festgelegt werden (s. nur § 76 Abs. 4 AktG n.F.). Die konkrete Höhe der Zielvorgabe und die Länge der Frist bestimmt das Unternehmen weitgehend autonom. Auch die Wege und Instrumente, mit denen die Zielvorgabe erreicht werden kann, bleiben den Unternehmen überlassen.<sup>70</sup>

Solange die Zielvorgabe unterhalb von 30 % liegt, gilt allerdings ein gesetzliches „Verschlechterungsverbot“.<sup>71</sup> Die in Zukunft festzulegenden Zielgrößen dürfen den bereits erreichten Anteil nicht mehr unterschreiten.<sup>72</sup> Vor Festlegung der Zielgröße muss daher der aktuell bestehende Frauenanteil ermittelt werden,<sup>73</sup> den die anschließend festzulegende Quote jedenfalls nicht mehr unterschreiten darf. Mittelfristig soll sich auf diese Weise der Pool weiblicher Führungskräfte kontinuierlich erweitern.<sup>74</sup>

Theoretisch wäre damit eine Zielgröße von Null denkbar, wenn in einem Unternehmen überhaupt keine Frauen in Führungspositionen tätig sind.<sup>75</sup> Ebenso könnte man auf den Gedanken verfallen, die Zielgröße immer genau auf den bereits vorhandenen Frauenanteil festzulegen. Denn das Gesetz fordert lediglich, dass die Zielgröße den bereits erreich-

55 Vgl. dazu bereits: *Teichmann/Rüb*, BB 2015, 259, 263 f.

56 So § 36 sowie § 52 Abs. 2 GmbHG n.F.; *Begr RegE*, S. 134.

57 S. § 9 Abs. 3 und 4 GenG n.F.; *Begr RegE*, S. 135.

58 Vgl. § 123 Versicherungsaufsichtsgesetz n.F.; *Begr RegE*, S. 135 f.

59 Vgl. § 1 DrittelbG, § 1 MitbestG.

60 In Gesellschaften, die bereits der starren 30%-Quote unterliegt, ist naturgemäß allein für den Vorstand eine Zielgröße zu bestimmen (vgl. § 111 Abs. 5 S. 5 AktG n.F.).

61 Vgl. zu diesen Definitionen *Begr RegE*, S. 119.

62 Die Gesellschafterversammlung kann diese Aufgabe allerdings auch an den Aufsichtsrat delegieren (vgl. § 52 Abs. 2 S. 1 GmbHG n.F.).

63 *Begr RegE*, S. 119.

64 *Begr RegE*, S. 119.

65 *Begr RegE*, S. 119.

66 In der Tendenz ebenso *Wasmann/Rothenburg*, DB 2015, 291, 294.

67 Zu diesen bereits *Hohenstatt/Willemsen/Naber*, ZIP 2014, 2220, 2225, sowie *Wasmann/Rothenburg*, DB 2015, 291, 294.

68 Zu der hiervon zu unterscheidenden Thematik, ob Auslandsgesellschaften, deren Verwaltungssitz in Deutschland liegt, die Quotenregelung zu beachten haben, *Weller/Harms/Rentsch/Thomale*, ZGR 2015 (im Erscheinen), unter IV. und V.

69 Zu denken ist namentlich an Führungskräfte, die einen Arbeitsvertrag mit der Holding haben, auf dessen Grundlage sie bestimmte Aufgaben im Ausland wahrnehmen.

70 Zur Definition von Zielvorgaben bereits: *Pfarr*, Quoten und Grundgesetz, 1988, S. 205; *Lang*, Frauenquoten, 1989, S. 37; *Garbe-Ermden*, Gleichberechtigung durch Gesetz, 1984, S. 148; *Dix*, Gleichberechtigung durch Gesetz, 1984, S. 352; *Benda*, Notwendigkeit und Möglichkeit positiver Aktionen zugunsten von Frauen im öffentlichen Dienst, 1986, S. 44.

71 *Begr RegE*, S. 119.

72 Vgl. die neu gefassten §§ 76 Abs. 4 S. 2, 111 Abs. 5 S. 2 AktG, § 36 S. 2 GmbHG, § 9 Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 S. 2 GenG.

73 Dies folgt nach Auffassung der Regierungsbegründung inzident aus dem Gesetz, vgl. *Begr RegE*, S. 119, 123.

74 *Begr RegE*, S. 119.

75 So *Wasmann/Rothenburg*, DB 2015, 291, 295.

ten Anteil nicht mehr unterschreiten darf. Aus dem Begriff der „Zielgröße“ wird man allerdings ableiten müssen, dass eine Vorgabe, die nur das Erreichte festschreibt, nicht genügt. Denn ein Ziel ist begrifflich ein Zustand, den man aktuell noch nicht erreicht hat, in Zukunft aber erreichen will. Zudem widerspräche es eklatant dem Sinn und Zweck der Regelung, sich auf dem Status quo auszuruhen. Erst wenn ein Frauenanteil von 30 % erreicht wurde, ist das Unternehmen von der Pflicht entbunden, sich eine Steigerung des Frauenanteils zum Ziel zu setzen. Im Übrigen gilt auch hier: Da die einzige Rechtsfolge eine Berichtspflicht ist, besteht für das Unternehmen kein Anlass, sich eine Zielgröße von Null zu setzen. Deren Öffentlichkeitswirkung wäre deutlich negativer, als wenn das Unternehmen sich ein etwas höheres Ziel setzt und später gegebenenfalls mit guten Argumenten darlegt, warum dieses nicht erreicht werden konnte.

Für das weitere Vorgehen sind folgende zeitliche Vorgaben zu beachten: Bis zum 30.9.2015 müssen die betroffenen Unternehmen erstmals ihre Zielvorgaben für Aufsichtsrat, Vorstand und obere Führungsebenen festlegen (siehe nur § 25 Abs. 1 EGAktG n.F.).<sup>76</sup> Der Zeitraum für die Zielerreichung darf zunächst nicht länger als bis zum 30.9.2017 angesetzt werden. Danach gilt, dass die Frist jedenfalls nicht mehr als fünf Jahre betragen darf.<sup>77</sup>

### 3. Rechtsfolgen

Eine Verfehlung der selbstgesetzten Quote zieht keine unmittelbaren Konsequenzen nach sich. Die Gesetzesbegründung räumt ein, dass „eine Nichterreichung zwar nicht erwünscht, aber nicht undenkbar ist“.<sup>78</sup> Die Pflichten des Unternehmens beschränken sich auf die Festlegung der Zielgröße und einen darauf bezogenen Bericht.<sup>79</sup> Dieser ist bei börsennotierten Gesellschaften Teil der Erklärung zur Unternehmensführung. Andere Gesellschaften müssen, soweit sie zur Veröffentlichung eines Lageberichts verpflichtet sind, darin eine Erklärung zur Unternehmensführung aufnehmen, in der über die Zielerreichung informiert wird. Gesellschaften, die keinen Lagebericht veröffentlichen müssen, haben eine eigenständige Erklärung zur Zielerreichung abzugeben.

Zu berichten ist über die Zielvorgabe und die Frist zu deren Erreichung, inwiefern die festgelegten Zielgrößen im Bezugszeitraum eingehalten worden sind, und bei deren Nichteinhaltung sind Angaben zu den Gründen zu machen. Bei entsprechender Begründung ist somit eine Nichterreichung der Ziele durchaus mit dem Sinn und Zweck des Gesetzes vereinbar.<sup>80</sup> Der Gesetzgeber hat nicht zuletzt deshalb von strengeren Sanktionen abgesehen, weil dies die Unternehmen davon hätte abhalten können, sich ambitionierte Ziele zu setzen.<sup>81</sup>

## IV. Quotenregelung in der Europäischen Aktiengesellschaft

Nach dem Willen des Gesetzgebers gelten die Regelungen für die gleichberechtigte Teilhabe von Männern und Frauen an privatwirtschaftlichen Führungspositionen auch für die Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft (*Societas Europaea* – SE). Die Begründung des Regierungsentwurfs hatte zu dieser Frage noch geschwiegen; doch der Bericht des BT-Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend bekennt sich nun klar zu dieser Zielsetzung.<sup>82</sup> Im Folgenden werden nach einer kurzen Erläuterung der Regelungstechnik (unter 1.) zunächst die starre Aufsichtsratsquote (unter 2.) und sodann das Modell der flexiblen Zielvorgaben (unter 3.) behandelt, bevor abschließend auf den Sonderfall des monistischen Leitungsmodells eingegangen wird (unter 4.).

### 1. Regelungstechnik

Die SE findet ihre Grundlage in einer EU-Verordnung.<sup>83</sup> Daher war lange Zeit unklar, ob sie überhaupt in die Regelung der Geschlechterquote einbezogen werden kann.<sup>84</sup> Nach hier vertretener Auffassung ist eine solche nationale Regelung grundsätzlich möglich.<sup>85</sup> Betrachtet man die konkret geänderten Vorschriften des SE-Ausführungsgesetzes (SEAG) fällt allerdings ins Auge, dass dort allein von der starren Quote im Aufsichtsrat die Rede ist (§ 17 Abs. 2 SEAG n.F.). Dieselbe Regelung findet sich für den Verwaltungsrat einer monistisch strukturierten SE (§ 24 Abs. 3 SEAG n.F.). Das Modell der eigenständig festgelegten Zielgrößen taucht im SEAG nicht auf. Weiterhin fehlen zur starren Quote wichtige Detailregelungen, die für nationale Aktiengesellschaften in das Aktiengesetz eingeführt wurden: Die Möglichkeit der getrennten Berechnung der Quote nach Anteilseigner- und Arbeitnehmerseite wird ebenso wenig erwähnt wie die Rechtsfolge des „leeren Stuhls“ und die gerichtliche Ersatzbestellung.

Im Gesetzgebungsverfahren war man der Auffassung, dass sich diese scheinbaren Regelungslücken gewissermaßen von selbst schließen. Denn das Recht der SE ist auf europäischer Ebene konzeptionell lückenhaft und wird durch eine allgemeine Verweisung auf das nationale Aktienrecht komplettiert. Gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) SE-VO unterliegt die SE in denjenigen Bereichen, die von der Verordnung nicht oder nur lückenhaft geregelt werden, subsidiär dem nationalen Aktienrecht im Sitzstaat der SE. Auf diesem Wege sollen nach Auffassung des Gesetzgebers die neu gefassten §§ 76, 96 und 111 AktG Eingang in das Rechtsregime der SE finden.<sup>86</sup>

### 2. Starre Quote im Aufsichtsrat

#### a) Eigenständige Regelung in § 17 Abs. 2 SEAG n.F.

§ 17 Abs. 2 SEAG n.F. regelt die 30%-Quote für den Aufsichtsrat einer SE. Sie gilt in jeder SE, die börsennotiert ist und deren Aufsichtsorgan aus derselben Zahl von Anteilseignern und Arbeitnehmervertretern besteht. Es fehlt der ausdrückliche Verweis auf das Mitbestimmungsrecht, der sich für die nationale AG in § 96 Abs. 2 AktG n.F. findet. Das ist konsequent. Denn die SE hat ihr eigenes Mitbestimmungsregime, das entweder auf Vereinbarung beruht (§ 21 SEBG) oder auf einer gesetzlichen Auffanglösung (§§ 34 ff. SEBG). In diesen Fällen kommt es insbesondere dann zu einer paritätischen Mitbestimmung, wenn in einer der Gründungsgesellschaften bereits paritätische Mitbestimmung bestanden hatte.<sup>87</sup> § 17 Abs. 2 SEAG ordnet an, dass in einem solchen Fall die börsennotierte SE ebenso wie die nationale AG die 30%-Quote beachten muss. Darüber ist gemäß § 289a Abs. 2 Nr. 5b) HGB n.F. zu berichten.

76 Gleiches gilt für die GmbH und die Genossenschaft (§ 5 EGGmbHG n.F. sowie § 168 GenG n.F.).

77 § 76 Abs. 4 S. 4, § 111 Abs. 5 S. 4 AktG n.F., § 36 S. 4 GmbHG n.F., § 9 Abs. 3 S. 4 und Abs. 4 S. 4 GenG n.F.

78 Begr. RegE, S. 119 f.; vgl. auch *Teichmann/Rüb*, BB 2015, 259, 263.

79 Vgl. zum Folgenden die komplexe Regelung des § 289a Abs. 2 Nr. 4 und Abs. 4 HGB n.F.

80 Im Ausland findet sich eine vergleichbare Regelung in den Niederlanden (vgl. *Teichmann/Langes*, EWS 2013, 175, 180), die allerdings auf eine starre Quote gänzlich verzichtet haben.

81 Begr. RegE, S. 119 f.

82 BT-Drs. 18/4227, 22 f.

83 VO (EG) Nr. 2157/2001, ABIEG Nr. L 294, S. 1. Ergänzend gilt das nationale SE-Ausführungsgesetz (SEAG). Die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer richten sich nach dem SE-Beteiligungsgesetz (SEBG).

84 Vgl. aus der vorangegangenen Diskussion *Ohmann-Sauer/Langemann*, NZG 2014, 1120, 1124; *Kraft/Redenius-Hövermann*, AG 2012, 28; *Redenius-Hövermann/Strenger*, Der Konzern 2014, 373, 376.

85 Näher begründet bei *Teichmann/Rüb*, BB 2015, 259, 264 f. Ebenso *Weller/Harms/Rentsch/Thomale*, ZGR 2015 (im Erscheinen), unter III.

86 BT-Drs. 18/4227, 22 f.

87 Dieses „Vorher/Nachher-Prinzip“ ist ein prägendes Element der SE-Richtlinie (näher *Bran-des*, in: *MünchHdBGesR*, Bd. 6, IntGesR, 2013, § 57, Rn. 5 ff.).



Eine Reihe von Detailregelungen, die sich im § 96 Abs. 2 AktG n.F. finden, fehlen jedoch im neu gefassten § 17 Abs. 2 SEAG n.F. Dass die SE-Regelung insoweit bewusst lückenhaft sein könnte, erschließt sich nicht aus dem Wortlaut, sondern allein aus der Gesetzesbegründung.<sup>88</sup> Diese ist jedoch nur teilweise geeignet, die Regelungstechnik des Gesetzes zu erklären. Einerseits heißt es dort, für die SE sei „eine eigenständige Regelung im SEAG notwendig“, wie sie dann auch in § 17 Abs. 2 SEAG n.F. geschaffen wurde. Da diese Vorschrift jedoch im Vergleich zu § 96 Abs. 2 AktG n.F. unvollständig ist, meint der Gesetzgeber, die Regelungen des Aktiengesetzes (Aufrundungsregel und „leerer Stuhl“) seien ergänzend heranzuziehen, obwohl doch zuvor gerade die Notwendigkeit einer für die SE eigenständigen Regelung betont wurde. Entweder bedarf es für die SE einer „eigenständigen Regelung“; dann muss diese aber auch vollständig sein. Oder es bedarf für die SE keiner eigenständigen Regelung, weil über Art. 9 SE-VO ohnehin das nationale Aktienrecht greift; dann aber wäre § 17 Abs. 2 SEAG n.F. im Grunde überflüssig.

### b) Ergänzende Geltung des nationalen Aktiengesetzes

Ob und inwieweit das nationale Aktienrecht ergänzend heranzuziehen ist, bedarf daher einer vertieften Analyse: Über die Verweisungsnorm des Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) SE-VO kommt das nationale Aktienrecht grundsätzlich dann zur Anwendung, wenn eine bestimmte Frage in der SE-Verordnung nicht oder nur teilweise geregelt ist. Wie bereits andernorts vorgetragen<sup>89</sup>, regelt die SE-Verordnung zwar die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder (Art. 43 Abs. 2 SE-VO), spricht dort aber nicht von einer Geschlechterquote. Insoweit besteht Raum für eine Lückenfüllung durch nationales Recht.

Bevor das nationale Aktienrecht zur Anwendung gelangt, greifen allerdings die Rechtsvorschriften, die die Mitgliedstaaten „in Anwendung der speziell die SE betreffenden Gemeinschaftsmaßnahmen erlassen“ (Art. 9 Abs. 1 lit. c) i) SE-VO). Darunter fallen das SE-Ausführungsgesetz und das SE-Beteiligungsgesetz.<sup>90</sup> Nachdem sich in § 17 Abs. 2 SEAG n.F. eine Regelung der fixen Quote findet und der Gesetzgeber dies mit der Notwendigkeit begründet, für die SE eine „eigenständige Regelung“ schaffen zu müssen, besteht methodisch betrachtet – auf den ersten Blick – überhaupt kein Grund mehr, in der Normenhierarchie noch auf die nachfolgende Stufe des nationalen Aktienrechts hinabzusteigen. Art. 9 SE-VO ist dafür gedacht, Lücken in der SE-Verordnung zu schließen, nicht Lücken in der nationalen Ausführungsgesetzgebung. Wenn für die SE in dieser Frage ohnehin das nationale Aktienrecht gilt, hätte es für das dualistische Leitungssystem einer Sonderregelung im SEAG überhaupt nicht bedurft.

§ 17 Abs. 2 SEAG n.F. ist genau genommen sogar eine Kompetenzüberschreitung des deutschen Gesetzgebers. Denn aufgrund des europäischen Gleichbehandlungsgebotes (Art. 10 SE-VO) ist es dem nationalen Gesetzgeber grundsätzlich untersagt, für die nationale AG und die SE unterschiedliche Vorschriften zu schaffen. Eigenständige Regelungen für die SE bedürfen einer Ermächtigungsgrundlage in der SE-VO.<sup>91</sup> Die Regelung in § 17 Abs. 2 SEAG n.F. ist daher bestenfalls überflüssig, da die SE ohnehin ebenso behandelt werden muss wie eine nationale AG. Jedenfalls aber ist sie europarechtskonform so auszulegen, dass die SE im Ergebnis nicht anders behandelt wird als die deutsche AG. Ebendies bringt die Gesetzesbegründung im Grundsatz auch zum Ausdruck, indem sie mit Blick auf die Rundungsvorschriften und die Nichtigkeitsfolge für die SE die einschlägigen Regelungen des § 96 Abs. 2 AktG n.F. heranziehen will.

### c) Widerspruchsrecht und Getrenntberechnung

Problematisch bleibt der Fall des Widerspruchsrechts nach § 96 Abs. 2 S. 3 AktG n.F. Dieses soll nach Auffassung der Gesetzesbegründung für die SE nicht gelten. Für die SE komme nur eine Gesamterfüllung in Betracht, weil die Mitbestimmung dort im Wege der Vereinbarung geregelt werde und die deutschen Mitbestimmungsgesetze keine Anwendung finden.<sup>92</sup> Nach dem Gesagten steht allerdings fest, dass der deutsche Gesetzgeber diese Frage überhaupt nicht autonom entscheiden kann. Er unterliegt in diesem Bereich, für den es in der SE-Verordnung keine besondere Regelungsermächtigung gibt, dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot des Art. 10 SE-VO. Dieses fordert, dass eine SE ebenso wie eine nationale AG von der Möglichkeit des § 96 Abs. 2 S. 3 AktG n.F. Gebrauch machen kann, die Quotenerfüllung getrennt zu berechnen.

Die Gesetzesbegründung lehnt das Widerspruchsrecht mit der Begründung ab, dass die nationalen Mitbestimmungsgesetze für eine SE nicht gelten (vgl. § 47 Abs. 1 SEBG). Das geht jedoch an der Sache vorbei. Denn das Widerspruchsrecht ist nicht im Mitbestimmungsgesetz geregelt, sondern im Aktiengesetz. Das deutsche Aktiengesetz findet über die Generalverweisung des Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) SE-VO auf die SE Anwendung. Von dieser Anwendung darf der deutsche Gesetzgeber die SE schon deshalb nicht ausnehmen, weil er gemäß Art. 10 SE-VO zu einer strikten Gleichbehandlung von SE und nationaler AG verpflichtet ist.

Auch das zweite Argument aus der Gesetzesbegründung, in der SE gebe es häufig eine einvernehmliche Vereinbarung über die Mitbestimmung, spricht nicht zwingend gegen eine Anwendung des § 96 Abs. 2 S. 3 AktG n.F. Zunächst einmal besteht nicht in jeder SE eine solche Vereinbarung. Es kann bei einem Scheitern der Verhandlungen auch zur Anwendung der gesetzlichen Auffangregelung kommen. Diese findet sich in den §§ 34 ff. SEBG. Eine Geschlechterquote ist dort nicht vorgesehen. Insoweit gilt ergänzend das nationale Aktienrecht. Selbst dort, wo Vereinbarungen entstanden sind, enthalten sie mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit keinerlei Regelungen zur Geschlechterquote. Die gesetzliche Auffangregelung oder die entsprechende Vereinbarung bestimmen lediglich die Sitzverteilung zwischen Anteilseigner- und Arbeitnehmerseite sowie die Aufteilung der Arbeitnehmervertreter auf die verschiedenen EU-Mitgliedstaaten, in denen die konkrete SE Arbeitnehmer beschäftigt.<sup>93</sup> Es ist nicht ersichtlich, warum dies einer Getrenntberechnung der Geschlechterquote im Wege stehen sollte.

Anders liegen die Dinge allenfalls in denjenigen SE, deren Beteiligungsvereinbarung tatsächlich eine Bestimmung darüber enthält, wie sich die gesetzlich vorgegebene Geschlechterquote in der konkreten SE auf die Anteilseigner- und Arbeitnehmerseite verteilen soll. Solche Fälle mag es in Zukunft geben, derzeit ist allerdings noch keine Vereinbarung ersichtlich, welche die Quotenregelung bereits berücksichtigt hätte. Dass der Gesetzgeber überhaupt einen denkbaren Konflikt mit der Vereinbarungsautonomie sieht, ist insoweit bemerkenswert, als viele Autoren den Verhandlungsparteien für derartige Fragen überhaupt keine Regelungsautonomie zugestehen wollen. Vielfach wird angenommen, die Vereinbarung könne im Bereich der Mitbestimmung überhaupt nur den Anteil der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsorgan festle-

88 Zum Folgenden BT-Drs. 18/4227, 22f.

89 Teichmann/Rüb, BB 2015, 259, 264 f.

90 Hommelhoff/Teichmann, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 9, Rn. 52; Veil, in: KK-AktG, Bd. 8, 3. Aufl. 2012, Art. 9, Rn. 58.

91 Hommelhoff/Teichmann, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 10, Rn. 4; Veil, in: KK-AktG, Bd. 8, 3. Aufl. 2012, Art. 10, Rn. 3.

92 BT-Drs. 18/4227, 22.

93 Vgl. § 36 SEBG (gesetzliche Auffangregelung) sowie § 21 SEBG (Inhalt der Vereinbarung).

gen.<sup>94</sup> Diese Ansicht ist allerdings im Lichte der europäischen Rechtstexte deutlich zu eng.<sup>95</sup> Insoweit ist mit dem deutschen Gesetzgeber durchaus anzunehmen, dass eine SE-Beteiligungsvereinbarung auch Modalitäten zur gemeinsamen oder getrennten Quotenerfüllung treffen kann. Immer dann, aber auch nur dann, würde das nationale Aktienrecht zurücktreten. Denn die SE-Beteiligungsvereinbarung steht in der Normenhierarchie oberhalb des nationalen Aktienrechts.<sup>96</sup> Für alle anderen Fälle bleibt es bei der subsidiären Anwendung des nationalen Aktienrechts. Auch in der SE können daher Anteilseigner- oder Arbeitnehmerseite für eine Getrenntberechnung der Quote optieren.

### 3. Zielgrößen für Vorstand und oberste Führungsebenen

Im Hinblick auf die Vorgaben des neu gefassten § 76 Abs. 4 AktG hingegen wird man der Gesetzesbegründung zustimmen können. Hier greift der allgemeine Verweis auf nationales Aktienrecht. Daher gilt die Verpflichtung zur Zielgrößenbestimmung auch in der dualistischen SE. Zwar normiert Art. 39 SE-VO die Aufgaben des Leitungsorgans in einer dualistisch verfassten SE und verdrängt damit teilweise die Inhalte von § 76 AktG.<sup>97</sup> Allerdings ist Art. 39 SE-VO nach der allgemeinen Konzeption der SE-Verordnung, die als bewusst lückenhafter Rechtstext erlassen wurde,<sup>98</sup> nicht als vollständige und abschließende Regelung der Vorstandspflichten anzusehen. Insoweit kann ergänzend die Pflicht des § 76 Abs. 4 AktG n. F. greifen, wonach der Vorstand von Gesellschaften, die börsennotiert oder mitbestimmt sind, Zielgrößen für den Frauenanteil der beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstands festlegen muss.

### 4. Sonderfall monistische SE

#### a) Fixe Quote im paritätisch mitbestimmten Verwaltungsorgan

Einer SE ist es, anders als der nationalen AG, gestattet, in ihrer Satzung für ein monistisches Leitungsmodell zu optieren (Art. 38 SE-VO). Für dieses Leitungsmodell kann der nationale Gesetzgeber eigenständige Regelungen schaffen; eine Ermächtigung dazu findet sich ausdrücklich in Art. 43 Abs. 4 SE-VO. Kompetenziell ist also die Regelung des § 24 Abs. 3 SEAG n. F. unproblematisch zulässig. Bei diesem Leitungssystem, das es im deutschen Aktiengesetz nicht gibt, bestand durchaus das Recht zur Schaffung einer eigenständigen Regelung für die SE.

§ 24 Abs. 3 SEAG n. F. regelt für eine börsennotierte SE, deren Verwaltungsrat je zur Hälfte aus Aktionärs- und Arbeitnehmervertretern besteht, die starre Quote von 30%. Der Gesetzgeber hat dabei den Verwaltungsrat mit dem Aufsichtsrat gleichgestellt. Während im dualistischen System das unternehmerische Leitungsorgan (= Vorstand) nur einer freiwillig zu bestimmenden Zielgröße unterworfen ist, muss im monistischen System das funktional vergleichbare Organ (= Verwaltungsrat)<sup>99</sup> eine feste Quote von 30% erfüllen. Darin liegt eine gravierende Benachteiligung des monistischen Systems, die das europäisch verankerte Wahlrecht konterkariert. Die Regelung ist daher unionsrechtlich höchst bedenklich.<sup>100</sup>

Wie schon in § 17 Abs. 2 SEAG n. F., so fehlen auch in § 24 Abs. 3 SEAG n. F. eine Reihe von Vorschriften, die für das nationale Aktienrecht in § 96 Abs. 2 AktG n. F. Eingang gefunden haben (Rundungsregel, Rechtsfolge des „leeren Stuhls“ und Getrenntberechnung). Für das monistische Modell lässt sich die Lücke aber gerade nicht über Art. 9 SE-VO schließen, weil das nationale Aktienrecht keine monistische Leitungsstruktur kennt. Stattdessen gewährt die SE-VO insoweit dem nationalen Gesetzgeber das Recht, in einem SE-Ausführungsge-

setz besondere Regeln zu schaffen (vgl. Art. 43 Abs. 4 SE-VO). In diesem SE-Ausführungsgesetz wiederum hat der deutsche Gesetzgeber die Anwendung der §§ 76 bis 116 AktG ausdrücklich ausgeschlossen, weil er mit den §§ 20 ff. SEAG eine eigenständige Regelung für das monistische Modell schaffen wollte.<sup>101</sup> Soweit ausnahmsweise Regelungen der §§ 76 bis 116 AktG auch für das monistische System gelten sollen, bedarf es dafür eines ausdrücklichen Verweises (so etwa § 40 Abs. 7 und Abs. 8 SEAG). Einen Verweis auf § 96 Abs. 2 n. F. AktG hat der Gesetzgeber in das SEAG jedoch nicht aufgenommen. Für einen Rückgriff auf § 96 AktG bleibt daher kein Raum. Die Quotenregelung für das monistische Modell bleibt lückenhaft. Mit dieser verunglückten Regelung wird man nur deshalb leben können, weil es in der Praxis ohnehin keine monistische SE mit paritätischer Mitbestimmung gibt und vermutlich auch keine geben wird. Die rechtspolitisch verfehlt Übertragung der Mitbestimmungsparität auf ein geschäftsführendes Leitungsorgan<sup>102</sup> hat bereits hinreichend dazu beigetragen, dieses Leitungsmodell komplett unattraktiv zu machen.

#### b) Festlegung von Zielgrößen

Nach Vorstellung des Gesetzgebers soll die Regelung des § 76 Abs. 4 AktG n. F. ebenso für den monistischen SE-Verwaltungsrat gelten. Die Vorschrift des § 20 SEAG wurde hierbei erneut ignoriert. Diese schließt eine entsprechende Anwendung der §§ 76 bis 116 AktG gerade aus. Die Gesetzesbegründung hingegen nimmt an, dass der Verwaltungsrat auf Basis von § 22 Abs. 6 SEAG verpflichtet sei, Zielgrößen festzulegen.<sup>103</sup> Gemäß § 22 Abs. 6 SEAG sind Vorschriften, die außerhalb des SEAG bestimmte Pflichten für den Vorstand oder den Aufsichtsrat festlegen, sinngemäß auf den Verwaltungsrat anzuwenden. Die Systematik des SEAG zeigt indessen, dass damit nur Rechte und Pflichten gemeint sind, die gerade nicht in den §§ 76 bis 116 AktG geregelt sind. Sonst stünde § 20 SEAG, der für das Kapitel über die monistische Struktur die Anwendung dieser Vorschriften gerade ausschließt, in unauflösbarem Widerspruch zu § 22 Abs. 6 SEAG.

§ 22 Abs. 6 SEAG hat eine andere Funktion als sie in der Gesetzesbegründung unterstellt wird. Die Vorschrift hebt darauf ab, dass die monistische Struktur dem deutschen Recht unbekannt ist und daher in zahlreichen Vorschriften in- und außerhalb des Aktiengesetzes die Existenz eines Vorstands und eines Aufsichtsrats ausdrücklich oder implizit vorausgesetzt wird (zum Beispiel die kapitalmarktrechtliche

94 Eingehend und m. w. N. *Kiem*, in: KK-AktG, Bd. 8, 3. Aufl. 2012, Art. 12 SE-VO, Art. 9, Rn. 59 ff.

95 Näher *Teichmann*, AG 2008, 797, 800 ff.

96 *Hommelhoff/Teichmann*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 9, Rn. 53; *Veil*, in: KK-AktG, Bd. 8, 3. Aufl. 2012, Art. 9, Rn. 31 f. Für die Gegenauffassung: *Kiem*, in: KK-AktG, Bd. 8, 3. Aufl. 2012, Art. 12 SE-VO, Art. 9, Rn. 59 ff.

97 Das betrifft insbesondere den Grundsatz der eigenverantwortlichen Leitung (§ 76 Abs. 1 AktG), der sich in nahezu identischer Formulierung auch in Art. 39 Abs. 1 S. 1 SE-VO findet. Siehe im Einzelnen die Kommentierung von Art. 39 SE-BO bei *Drygala*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015, sowie *Paefgen*, in: KK-AktG, Band 8/1, 2. Teillieferung, 3. Aufl. 2010, und *Seibt*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, 2013.

98 Zur Entstehungsgeschichte zusammenfassend *Hommelhoff/Teichmann*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 9, Rn. 12 ff., sowie *Veil*, in: KK-AktG, Bd. 8, 3. Aufl. 2012, Bd. 8, Art. 9, Rn. 5 ff.

99 Die funktionale Gleichstellung von Vorstand und Verwaltungsrat ergibt sich aus Art. 43 Abs. 1 S. 1 SE-VO: „Das Verwaltungsorgan führt die Geschäfte der SE.“; weiterhin § 22 Abs. 1 SEAG: „Das Verwaltungsorgan leitet die Gesellschaft, bestimmt die Grundlinien ihrer Tätigkeit und überwacht deren Umsetzung.“

100 Vgl. dazu bereits *Teichmann/Rüb*, BB 2015, 259, 265.

101 Vgl. § 20 SEAG: „Wählt eine SE ... in ihrer Satzung das monistische System ... so gelten anstelle der §§ 76 bis 116 des Aktiengesetzes die nachfolgenden Vorschriften.“

102 S. nur *Teichmann*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 43, Rn. 68.

103 BT-Drs. 18/4227, 23.



Pflicht des Vorstands zur Veröffentlichung von Ad-hoc-Mitteilungen).<sup>104</sup> § 22 Abs. 6 SEAG soll all diese Vorschriften in das monistische System einfügen und dort handhabbar machen. Die §§ 76 ff. AktG indessen, die das Funktionieren der Leitungsstruktur als solcher behandeln, bleiben durch § 20 SEAG ausgeschlossen, weil die nachfolgenden Vorschriften für das monistische System gerade eine autonome Regelung schaffen wollten.

Die Intention des Quotengesetzgebers lässt sich allenfalls dadurch „retten“, dass man § 22 Abs. 6 SEAG – ungeachtet des damit verbundenen systematischen Bruches – mit dem Argument heranzieht, die Vorschrift diene generell als Auffangnorm für Fälle, an die man bei der Ausgestaltung des monistischen Systems nicht gedacht habe.<sup>105</sup> Der Verwaltungsrat einer mitbestimmten oder börsennotierten Gesellschaft hätte dann für sich selbst, für die geschäftsführenden Direktoren und für die beiden darunter liegenden Führungsebenen eine Zielvorgabe festzulegen.

## V. Zusammenfassung: Die „kleine Quotenfibel“

### 1. Betroffene Unternehmen

a) Börsennotierte und paritätisch mitbestimmte Gesellschaften müssen ab dem 1.1.2016 für den Aufsichtsrat die starre Quote von 30% beachten (siehe 2.). Für den Vorstand und die zwei darunter liegenden Führungsebenen gibt es keine gesetzliche Quotenvorgabe. Stattdessen gilt das Modell der selbst definierten Zielvorgabe (siehe 3.).

b) Unternehmen, die börsennotiert oder mitbestimmt sind, unterliegen nicht der starren 30%-Quote. Für sie gilt nur das Modell der selbst gesetzten Zielvorgabe (siehe 3.). Da alle Unternehmen erfasst sind, die der Mitbestimmung unterliegen, gilt dieses Modell auch für die GmbH, die Genossenschaft und den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, sobald sie mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen und damit dem Drittelbeteiligungsgesetz unterliegen.

### 2. Die „starre“ Aufsichtsratsquote

a) Die 30%-Quote für den Aufsichtsrat gilt ab dem 1.1.2016. Jede neue Besetzung, die nicht der Quotenregelung entspricht, ist dann unwirksam (sog. „leerer Stuhl“). Eine eventuelle gerichtliche Ersatzbestellung muss gleichfalls quotengemäß erfolgen. Eine Ausnahmeregelung für Fälle, in denen keine geeigneten Personen auffindbar oder gewinnbar sind, enthält das Gesetz nicht.

b) Die 30%-Quote bezieht sich grundsätzlich auf den gesamten Aufsichtsrat. Sowohl Anteilseigner- als auch Arbeitnehmervertreter haben die Möglichkeit, der Gesamtberechnung zu widersprechen. Der Widerspruch ist mehrheitlich zu beschließen und dem Aufsichtsratsvorsitzenden mitzuteilen. Er führt zu einer Getrenntberechnung der 30%-Quote für Anteilseigner- und Arbeitnehmerseite. Die Geschäftsordnung des Aufsichtsrates kann das Verfahren des Widerspruchs näher regeln.

c) Über die Erfüllung der Quote und die Gründe für eine eventuelle Nichterfüllung ist in der Erklärung zur Unternehmensführung zu berichten.

### 3. Die selbstbestimmte Zielvorgabe

a) Die Verpflichtung, eine Zielvorgabe für den Frauenanteil festzulegen, gilt in den Großunternehmen (oben 1. a)) für den Vorstand und die beiden darunter liegenden Führungsebenen. In den übrigen Unternehmen (oben 1. b)) gilt sie für den Aufsichtsrat, den Vorstand (bzw. die Geschäftsführer) und die beiden darunter liegenden Führungsebenen.

b) Die Zielvorgabe muss erstmals bis zum 30.9.2015 erfolgen. Zusätzlich muss eine Frist für die Zielerreichung bestimmt werden. Die erste Frist darf nicht mehr als zwei Jahre betragen. Danach sind Fristen von bis zu fünf Jahren möglich.

c) Die Unternehmen sind bei Bestimmung der Zielvorgabe grundsätzlich frei. Solange die Zielvorgabe unter 30% liegt, darf sie allerdings den bereits erreichten Frauenanteil nicht unterschreiten („Verschlechterungsverbot“). Vor der Festlegung des Zieles ist daher der aktuelle Frauenanteil in den betroffenen Organen und Führungsebenen zu ermitteln. Eine Zielvorgabe, die exakt dem erreichten Stand entspricht, ist zwar nach dem Buchstaben des Gesetzes denkbar, widerspricht aber seinem Sinn und Zweck. Empfehlenswert und vom Gesetzgeber intendiert ist zumindest das Bestreben, den Frauenanteil kontinuierlich zu steigern.

d) Mit der Verpflichtung zur Zielvorgabe ist eine Berichtspflicht verbunden. Zu berichten ist über das gesetzte Ziel, die dafür festgelegte Frist und gegebenenfalls über die Gründe einer eventuellen Zielverfehlung. Andere Sanktionen bestehen bis dato nicht.

### 4. Europäische Aktiengesellschaft (SE)

a) In der dualistisch strukturierten SE gelten dieselben Regelungen wie in einer deutschen Aktiengesellschaft. Dieses Ergebnis folgt aus der SE-spezifischen Verweisungstechnik und aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 10 SE-VO). Entgegen der in der Gesetzesbegründung geäußerten Auffassung ist auch in der SE eine Getrenntberechnung der Aufsichtsratsquote möglich.

b) In der monistisch strukturierten SE gilt die 30%-Quote für den gesamten Verwaltungsrat. Darin liegt eine unionsrechtlich bedenkliche Missachtung der Eigenheiten des monistischen Modells. Die Übertragung des Modells der selbstgesetzten Zielvorgabe hätte nach der Systematik des SEAG zwar einer eigenständigen Regelung bedurft, ist aber bei weiter Auslegung des § 22 Abs. 6 SEAG wohl auch *de lege lata* begründbar.

**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** 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>104</sup> Teichmann, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015, Anh Art. 43, § 22 SEAG, Rn. 42; Verse, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, 2013, § 22 SEAG, Rn. 51 ff.

<sup>105</sup> Allgemein wird daher eine weite Auslegung des § 22 Abs. 6 SEAG vertreten (s. nur Teichmann, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015, Anh Art. 43, § 22 SEAG, Rn. 42, sowie Verse, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, 2013, § 22 SEAG, Rn. 42).