

Studien zum  
Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht

184

Anna Lisa Schwarz

# Geschlechterquote und Zielgrößenfestlegung in Kapitalgesellschaften

Einschließlich der Besonderheiten von Societas Europaea  
und grenzüberschreitender Verschmelzung



**Nomos**

Studien zum Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb

Prof. Dr. Mathias Habersack

Prof. Dr. Christoph Kumpan, LL.M. (Univ. of Chicago)

Prof. Dr. Adam Sagan, MJur (Oxon)

Begründet von

Prof. Dr. Klaus J. Hopt

Prof. Dr. Manfred Lieb

Prof. Dr. Harm Peter Westermann

Band 184

Anna Lisa Schwarz

# Geschlechterquote und Zielgrößenfestlegung in Kapitalgesellschaften

Einschließlich der Besonderheiten von Societas Europaea  
und grenzüberschreitender Verschmelzung



**Nomos**



Onlineversion  
Nomos eLibrary

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: München, Ludwig-Maximilians-Universität, Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6535-5 (Print)

ISBN 978-3-7489-0621-6 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2019/2020 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im April 2019 fertiggestellt. Bis Dezember 2019 veröffentlichte Literatur konnte für die Drucklegung berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Professor Dr. *Mathias Habersack*, der mich in jeder Phase meiner Dissertation unterstützt hat. Er gab mir Freiheiten hinsichtlich der inhaltlichen wie auch zeitlichen Gestaltung, war aber zugleich stets zur Stelle, wenn ich Fragen hatte oder Hilfe benötigte. Zudem durfte ich ein Jahr an seinem Lehrstuhl arbeiten, was ich aufgrund der spannenden Aufgaben und der herzlichen Kollegen sehr genossen habe. Auch möchte ich mich bei ihm sowie bei Professor Dr. Dr. h.c. *Barbara Dauner-Lieb*, Professor Dr. *Christoph Kumpan*, LL.M. (Univ. of Chicago) und Professor Dr. *Adam Sagan*, MJur (Oxon) für die Aufnahme in die Schriftenreihe bedanken. Mein herzlicher Dank gilt weiterhin Professor Dr. *Rüdiger Veil* für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie Professor Dr. *Hans Christoph Grigoleit* für die Übernahme des Beisitzes in der mündlichen Prüfung am 7. Oktober 2019.

Darüber hinaus danke ich allen Freunden und Kollegen, die mich während meiner Dissertationszeit auf ganz unterschiedliche Art und Weise begleitet und unterstützt haben. Besonders dankbar bin ich für jeden Einzelnen, den ich während der verschiedenen Stationen kennenlernen durfte. Hervorzuheben sind Dr. *Lea Grohmann*, Dr. *David Negenborn*, LL.M., *Johannes Ahlsweide* und *Max Gärtner*, die sich mit dem Korrekturlesen der Arbeit viel Mühe gemacht und wertvolle Hinweise gegeben haben.

Schließlich möchte ich mich bei meinen Eltern *Anne-Marie und Andreas Schwarz* von ganzem Herzen bedanken. Mein Vater hat durch das angesichts des Umfangs sehr zeitaufwändige Korrekturlesen der gesamten Arbeit einen entscheidenden Beitrag zur Finalisierung der Dissertation geleistet. Darüber hinaus haben mich beide nicht nur während der Entstehung dieser Arbeit, sondern bereits in meiner Studien- und Examenszeit bedingungslos und in jeder Hinsicht unterstützt. Ihnen ist diese Arbeit in tiefer Dankbarkeit gewidmet.

Düsseldorf, im Januar 2020

*Lisa Schwarz*



# Inhaltsverzeichnis

Teil 1: Einführung in die Thematik	25
§ 1 Geschlechterquote in der Rechtstatsächlichkeit Europas	26
I. Norwegen	27
II. Spanien	27
III. Niederlande	28
IV. Frankreich	29
V. Italien	29
VI. Belgien	30
VII. Österreich	31
VIII. Europäische Union	31
§ 2 Rechtliche Einordnung von Frauenförderungsmaßnahmen	34
I. Nationales Recht	34
1. Rechtsgrundlagen	34
2. Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht	34
a) Betroffene grundrechtliche Positionen	35
b) Intensität des Eingriffs	37
3. Verhältnis zu sonstigen einfachgesetzlichen Regelungen	37
II. Unionsrecht	39
1. Rechtsgrundlagen	39
2. Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht	40
a) Betroffene Rechtspositionen	40
b) Rechtsprechung des EuGH zu Gleichstellungsmaßnahmen	41
c) Bedeutung des Richtlinienvorschlags für nationale Maßnahmen	43
Teil 2: Quote und Zielgrößen in der Aktiengesellschaft	44
§ 1 Einführung	44
I. Hintergründe der Gesetzgebung	44
II. Rechtliche Ausgangslage	45
§ 2 Fixe Quote	46
I. Rechtmäßigkeit	46

II. Erfasste Gesellschaftsformen	46
III. Anwendungsvoraussetzungen	47
1. Zeitlicher Anwendungsbereich	47
2. Sachlicher Anwendungsbereich	48
a) „Geltung“ der Mitbestimmungsgesetze	48
b) Börsennotierung	52
c) Sachgerechtigkeit der Begrenzung des Anwendungsbereichs	53
d) Erfüllung der Anwendungsvoraussetzungen nach dem Stichtag	55
aa) Einführung und Meinungsstand in der Literatur	55
bb) Argumente gegen Erforderlichkeit vorzeitiger Wahlen	56
cc) Differenzierung zwischen Alt- und Neufällen	56
(1) Verschiedene Konstellationen der nachträglichen Anwendbarkeit	57
(2) Sonderfall: Aufsichtsratswahl im Bewusstsein künftiger Quotenanwendbarkeit	58
dd) Ergebnis	59
3. Umkehrschluss: Keine Anwendbarkeit der Quote	59
a) Börsennotierung und Rechtsform	59
b) Paritätische Mitbestimmung	60
IV. Erfüllung der Quote	62
1. Rundungsregelung des § 96 Abs. 2 Satz 4 AktG	62
2. Erfüllungsmodus nach § 96 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 AktG	63
a) Besetzung des Aufsichtsrats	64
aa) Regelungen im Aktiengesetz	64
(1) Allgemeine Vorschriften	64
(2) Besonderheiten durch Entsendung	65
bb) Regelungen in den Mitbestimmungsgesetzen	65
(1) Aufteilung der Sitze auf Anteilseigner- und Arbeitnehmerseite	65
(a) Mitbestimmungsgesetz	65
(b) Montanmitbestimmungsgesetz	67
(c) Mitbestimmungsergänzungsgesetz	67
(2) Vorgaben bezüglich der Geschlechterquote	68
(a) Gesamterfüllung	68

(b) Getrennterfüllung	68
b) Erfüllung der Anforderungen durch die Geschlechterquote	69
aa) Gesamterfüllung	69
(1) Drohender Zwang zur Übererfüllung	70
(2) Quotenvorgabe bei Aufstellung der Wahlvorschläge	71
bb) Getrennterfüllung	73
cc) Besonderheiten bei Entsendung von Mitgliedern	75
dd) Zwischenergebnis	77
c) Besondere Personen im Aufsichtsrat bei der Quotenerfüllung	77
aa) Leitender Angestellter	78
bb) Neutrales Mitglied bei MontanMitbestG	80
d) Einfluss von Gesamt- bzw. Getrennterfüllung auf den Frauenanteil	81
e) Maßnahmen zur Sicherstellung der Quotenerfüllung	81
aa) Möglichkeiten <i>de lege lata</i>	81
(1) Verteilung der Quotensitze auf die Bänke	82
(2) Verteilung der Quotensitze innerhalb der Arbeitnehmerbank	83
(3) Verteilung der Quotensitze innerhalb der Anteilseignerbank	83
bb) Möglichkeiten <i>de lege ferenda</i>	86
(1) Verteilung der Quotensitze innerhalb der Arbeitnehmerbank	86
(a) Mitbestimmungsgesetz	86
(aa) Mehrere Wahlvorschläge	87
(bb) Ein Wahlvorschlag	89
(cc) Vorschlag für eine Ergänzung des Mitbestimmungsgesetzes	90
(b) Mitbestimmungsergänzungsgesetz	91
(c) Montanmitbestimmungsgesetz	91
(2) Verteilung der Quotensitze auf die Anteilseignerbank	94
(3) Verteilung der Quotensitze auf die Bänke	94

3. Bestimmung des Geschlechts	96
a) Transsexualität	96
aa) Problem	96
bb) Lösungsansätze	97
(1) Starre Anknüpfung an das Geschlecht zum Zeitpunkt der Wahl	97
(2) Flexible Anknüpfung an das jeweils aktuelle Geschlecht	97
(a) (Analoge) Anwendung des § 96 Abs. 2 Satz 5 AktG?	98
(b) Reichweite der analogen Anwendung der Vorschrift?	98
(c) Ermittlung der Person, auf die sich die Nichtigkeitsfolge erstreckt	100
cc) Entscheidung	100
b) Intersexualität	101
aa) Problem	101
(1) Intersexuelle als Mann bzw. Frau	101
(2) Intersexuelle mit „drittem Geschlecht“	101
bb) Lösungsvorschläge	103
(1) Doppelzählung	103
(2) Nichtberücksichtigung	103
(3) „Joker“-Lösung	103
cc) Entscheidung	104
V. Im Detail: Widerspruch gegen die Gesamterfüllung	105
1. Rechtsnatur des Widerspruchs	105
2. Voraussetzungen der Ausübung des Widerspruchsrechts	107
a) Mehrheitsbeschluss	107
aa) Allgemeine Fragen	107
(1) Beschlussfähigkeit	108
(2) Bezugsgruppe	109
(3) Modalitäten	111
(a) Zuständigkeit für die Sitzungseinberufung	112
(b) Zuständigkeit für die Sitzungsleitung	113
bb) Besondere Probleme	113
b) Beschließendes „Organ“	114
aa) Problemdarstellung	114
bb) Lösungsvorschlag	115

cc) Alternativmöglichkeiten	117
(1) Abschaffung des Widerspruchs insgesamt	117
(2) Widerspruchsrecht anderer Organe	118
(a) Aufsichtsratszuständigkeit wegen Entscheidung über innere Ordnung?	118
(b) Widerspruchsrecht von Vorstand, Hauptversammlung, Betriebsrat?	119
c) Erklärende Person	120
d) Person des Erklärungsempfängers	121
e) Sonstige Voraussetzungen	121
f) Exkurs: Widerspruchsverzicht	121
3. Zeitpunkt des Widerspruchs	122
a) Begriff der Wahl	122
aa) Möglichkeiten	122
bb) Entscheidung	123
(1) Wortlaut und Systematik	123
(2) Abweichende Beurteilung wegen Benachteiligung der Anteilseignerseite?	125
(3) Konsequenzen der Zulassung eines nachträglichen Widerspruchs	125
(a) Nachträgliche Unwirksamkeit der Arbeitnehmerwahl	125
(b) Anerkennung des Wahlergebnisses trotz Quotenverfehlung	126
(4) Ergebnis	128
b) Rechtzeitig vor der Wahl	128
aa) Weite Auffassungen	128
bb) Enge Auffassung	129
c) Bewertung und eigene Entscheidung	130
(1) Bedeutung der Bekanntmachungsvorschriften	131
(2) Materielle Bestimmung des Beginns der Wahl	132
(a) Anteilseignerseite	133
(aa) Wahlverfahren	133
(bb) Quotengerechtigkeit der Wahlvorschläge	133
(cc) Bindungswirkung von Beschlussvorschlägen	134

	(dd) Konsequenzen für Widerspruch nach Bekanntmachung	136
	(ee) Zwischenergebnis	138
	(b) Arbeitnehmerseite	139
	(aa) Wahlverfahren	139
	(bb) Quotengerechtigkeit der Wahlvorschläge	140
	(cc) Zwischenergebnis	141
	dd) Ergebnis	141
	c) Ausnahme: nachträglicher Widerspruch	142
4.	Wirkungen des Widerspruchs	142
	a) Wirksamer Widerspruch	142
	aa) Keine Bindungswirkung über die Wahlperiode hinaus	143
	bb) Reichweite der Bindungswirkung innerhalb der Wahlperiode	144
	(1) Darstellung der verschiedenen Ansichten	144
	(2) Insbesondere: Reichweite des § 96 Abs. 2 Satz 5 AktG	145
	(a) Wechsel von Getrennt- zu Gesamterfüllung	146
	(b) Wechsel von Gesamt- zu Getrennterfüllung	147
	(3) Ergebnis	148
	cc) Sonderproblem: Staggered Boards	150
	(1) Zufälligkeiten aufgrund von Staggered Boards	151
	(2) Widerspruchsrecht bei Staggered Boards	152
	(a) Beispielfall 1	152
	(b) Beispielfall 2	153
	(c) Widerspruchsrecht bei Gesamtbetrachtung der Wahlakte	155
	(d) Ergebnis	156
	b) Unwirksamer Widerspruch	156
5.	Gestaltungsmöglichkeiten in Satzung bzw. Geschäftsordnung	157
	a) Modalitäten und Zeitpunkt der Beschlussfassung	158
	b) Sitzverteilung	158
	c) Beispiel für eine konkretisierende Regelung in der Geschäftsordnung	160

6. Gesamt- und Getrennterfüllung in der Praxis	161
a) Verhältnis von Gesamt- und Getrennterfüllung	161
b) Weitergehende Fragen	162
aa) Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder	162
bb) Widersprechende Seite des Aufsichtsrats	163
cc) Zusammenhang zwischen Aufsichtsratsgröße und widersprechender Bank	164
dd) Zeitpunkt des Widerspruchs	166
(1) Bechtle, HeidelbergCement, Jenoptik, Linde	167
(2) Heidelberger Druckmaschinen, Beiersdorf	168
(3) Telefonica	169
(4) Wüstenrot, Hamburger Hafen, MVV Energie	170
(5) BMW, Daimler, Lufthansa, Villeroy & Boch	171
c) Regelungen in Satzung bzw. Geschäftsordnung	172
VI. Nichtigkeitssanktion bei Nichterfüllung der Quote	178
1. Reichweite der Regelung des § 96 Abs. 2 Satz 6 AktG	178
a) Anwendungsbereich	178
aa) Spezialgesetzliche Vorschriften in den Mitbestimmungsgesetzen	178
bb) Reichweite der aktienrechtlichen Vorschrift	180
(1) Sonderfall: Arbeitnehmerwahl bei Anwendbarkeit des MontanMitbestG	180
(2) Problem: Arbeitnehmerwahl unter Geltung der Gesamterfüllung	182
cc) Schließung der bestehenden Regelungslücke	183
(1) Keine Anwendbarkeit der mitbestimmungsrechtlichen Regelungen	183
(2) Analoge Anwendung der aktienrechtlichen Regelung	183
(a) Argumente gegen eine Analogie	184
(b) Argumente für eine Analogie	185
(3) Rückgriff auf allgemeine Vorschriften	186
(4) Ergebnis	186
b) Umfang der Nichtigkeitsfolge – Allgemein:	
Gesamt-/Teilnichtigkeit	186
aa) Möglichkeiten	186

bb) Stellungnahme	187
(1) Vergleich mit anderen Nichtigkeitsgründen	187
(a) Vergleichbarkeit mit Höchstzahlüberschreitung	188
(b) Reichweite der Nichtigkeit bei Höchstzahlüberschreitung	188
(2) Weitere Argumente für Teilnichtigkeit	189
c) Reichweite der (Teil-)Nichtigkeit	190
aa) Einzelwahl	190
(1) Allgemeines	190
(a) Möglichkeiten für die maßgebliche Reihenfolge	191
(b) Entscheidung	191
(2) Sonderfall: Simultanwahl	192
bb) Blockwahl	193
2. Konsequenz der Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit	194
a) Nichtigkeit vs. Unwirksamkeit	194
b) Umgang mit dem „leeren Stuhl“	195
aa) Aktienrechtliche Regelung	195
(1) Gerichtliche Ersatzbestellung	196
(2) Nachwahl	197
bb) Mitbestimmungsrechtliche Regelung	197
c) Weitere Auswirkungen	198
3. Ungleichbehandlung von Anteilseigner- und Arbeitnehmerseite	198
a) Normativ: Reichweite der Nichtigkeits- bzw. Unwirksamkeitsfolge	198
b) Praktisch: Betroffenheit von der Nichtigkeitsfolge	199
c) Ergebnis	199
4. Konsequenzen einer nachträglichen Unterschreitung	200
5. Quotenverfehlung durch Ersatzmitglieder	201
a) Allgemein: Nichtigkeit der Wahl	201
b) Sonderfall: Wahlbeschluss vor dem Stichtag	202
6. Quotenverfehlung durch gerichtliche Ersatzbestellung	204
VII. Weitere Sanktionen bei Quotenverfehlung	205
1. Schadensersatzhaftung und Entlastungsverweigerung	205
2. Berichterstattungspflicht	206
§ 3 Zielgrößenfestlegung	207
I. Normzweck	207

II. Rechtmäßigkeit	208
III. Erfasste Gesellschaftsformen	209
1. Aktiengesellschaft	209
2. Gesellschaft mit beschränkter Haftung	209
3. Sonstige nationale Gesellschaftsformen	210
4. SE, grenzüberschreitende Verschmelzung und SCE	211
IV. Anwendungsvoraussetzungen	211
1. Zeitlicher Anwendungsbereich	211
2. Sachlicher Anwendungsbereich	212
a) Börsennotierung	212
b) Mitbestimmung	212
aa) Merkmal der „Mitbestimmung“	212
bb) Merkmal des „Unterliegens“	214
(1) H.M. in der Literatur	214
(2) Bewertung	214
3. Änderungen nach dem Stichtag	217
a) Nachträgliche Erfüllung der Anwendungsvoraussetzungen	217
aa) Problem: Regelungslücke	217
bb) Lösungsvorschläge	218
(1) Unverzüglichkeit	218
(2) Heranziehung der Veröffentlichungspflichten	218
(3) Fristen und Festlegungszeitpunkte in der Praxis	220
(a) Darstellung	220
(b) Schlussfolgerungen	221
b) Nachträglicher Entfall der Anwendungsvoraussetzungen	222
V. Erfüllung der Festlegungspflicht	224
1. Sonderproblem: Definition der Führungsebene	224
a) Gesetzesbegründung und Beschlussempfehlung	224
b) Literatur	225
c) Existenz lediglich einer oder keiner Leitungsebene	227
d) Rechtsträgerbezogene Betrachtung	228
2. Feststellung des Ist-Zustandes	228
a) Sachliche Komponente	228
b) Zeitliche Komponente	229
c) Personelle Komponente	230

3. Festlegung der Zielgrößen	232
a) Rechtsträgerbezogene Zielgröße	233
b) Anforderungen an die Zielgröße „der Art nach“	234
aa) Angabe in Prozent	234
bb) Gesonderte Zielgrößen für die Bezugsgruppen	234
cc) Sonderproblem: Aufsichtsrat	235
c) Anforderungen an die Zielgröße „der Höhe nach“	237
aa) Gesetzliche Anforderungen	237
(1) Frauenanteil unter 30%	237
(2) Frauenanteil über 30%	238
(a) Festlegung eines Anteils von weniger als 30%	238
(b) Kritische Betrachtung	239
bb) Sonderfälle	240
(1) Pflicht zur Zielgrößenfestlegung, wenn Frauenanteil bereits $\geq 50\%$	240
(2) Zielgröße 0%	242
(3) Zielgröße 100%	243
4. Festlegung von Fristen	244
5. Änderung der Zielgröße vor Fristablauf	244
VI. Sanktionierung bei Nichterfüllung der Festlegungspflicht	246
1. Verstoß gegen Festlegungspflicht	246
2. Rechtsfolge bei Verstoß gegen Festlegungspflicht	247
VII. Bestehen einer „Bemühenspflicht“	249
VIII. Veröffentlichungspflicht	250
1. Erfüllung der Veröffentlichungspflicht	251
a) Allgemeines	251
b) Berücksichtigung von Konzernsachverhalten	252
2. Sanktionierung bei Nichterfüllung der Veröffentlichungspflicht	255
§ 4 Internationaler Anwendungsbereich	257
I. Einführung in das internationale Gesellschaftsrecht	257
1. Gründungs- vs. Sitztheorie	257
2. Modifikationen und Grenzen der Gründungstheorie	259
a) Von deutschen Autoren vorgenommene Einschränkungen	259
b) Auffassung des EuGH	261
c) Insbesondere: Erstreckung der Mitbestimmung auf Auslandsgesellschaften?	263
aa) Vier-Konditionen-Test des EuGH	263

bb) Hinreichender Inlandsbezug	266
cc) Internationaler Geltungswille des Mitbestimmungsgesetzgebers	266
II. Frauenförderungsregelungen als mögliche Sonderanknüpfungen	267
1. Vier-Konditionen-Test des EuGH	267
2. Internationaler Geltungswille des Quotengesetzgebers	270
a) Mitbestimmungsgesetze als Anwendungsvoraussetzung	270
b) Sonstige Erwägungen zum gesetzgeberischen Willen	271
3. Ergebnis	273
Teil 3: Quote und Zielgrößen in der Societas Europaea	274
§ 1 Einführung	274
I. Rechtsstatsächlichkeit in Deutschland	274
II. Einführung zu den SE-rechtlichen Regelungen des FüPoG	275
1. Normenbestand <i>de lege lata</i>	275
2. Entstehungsgeschichte der SE-rechtlichen Regelungen des FüPoG	275
§ 2 Fixe Quote	276
I. Regelungskompetenz des deutschen Gesetzgebers	276
1. Abschließende Regelung im primären Gesellschaftsstatut	277
a) SE-VO	277
b) SE-RL	279
aa) Verneinung der Sperrwirkung bereits wegen fehlender Unionskompetenz?	279
bb) Betroffenheit des Anwendungsbereichs der SE- RL	280
(1) Differenzierung nach den Bänken in Aufsichts- bzw. Verwaltungsrat	281
(2) Sperrwirkung der SE-RL auf Arbeitnehmerseite	281
(a) Art. 1 Abs. 4 SE-VO	281
(b) Art. 9 Abs. 3 SE-VO	282
(c) Art. 4 Abs. 2 SE-RL	283
(d) Art. 6 SE-RL	283

(e) Art. 13 Abs. 2 SE-RL	284
(f) § 36 SEBG	287
(g) Ergebnis	288
(3) Begrenzung der Regelungskompetenz auf die deutschen Arbeitnehmer	288
(a) Sitzverteilung in der Societas Europaea	288
(b) Wahl der Arbeitnehmervertreter	289
(c) Schlussfolgerungen	289
(aa) Allgemeine Voraussetzungen für Aufsichtsratsmitglieder	291
(bb) Anwendbarkeit der Quotenvorgabe	295
2. Art und Weise der Ausübung der Gesetzgebungskompetenz	296
a) Dualistische Societas Europaea	296
b) Monistische Societas Europaea	297
II. Ungleichbehandlung von dualistischer und monistischer Societas Europaea	298
1. Tatbestand der Ungleichbehandlung	298
2. Unionsrechtliche Bedenken	299
a) Art. 38 SE-VO	299
b) Art. 10 SE-VO	303
3. Lösungsvorschläge	304
a) Möglichkeiten <i>de lege lata</i>	305
aa) Bestellung von ausschließlich externen geschäftsführenden Direktoren	306
bb) Verordnungskonforme Rechtsfortbildung	309
b) Möglichkeiten <i>de lege ferenda</i>	310
4. Exkurs: Verfassungsmäßigkeit der Quote bei der monistischen Societas Europaea	312
III. Ausgestaltung der Quote im SEAG	313
1. Lückenhaftigkeit der Regelungen	313
a) Rundung	314
b) Gesamt- und Getrennterfüllung	315
c) Rechtsfolge bei Quotenverfehlung	315
aa) Anfechtbarkeit nach § 251 Abs. 1 AktG	315
bb) Nichtigkeit nach § 250 Abs. 1 AktG	316
(1) Dualistische Societas Europaea	316
(a) Vergleichbarkeit mit Höchstzahlüberschreitung	317

(b) Rechtsfolge der Höchstzahlüberschreitung bei der Societas Europaea	318
(c) Übertragbarkeit auf Quotenverfehlung	319
(2) Monistische Societas Europaea	320
cc) Ergebnis	321
2. Lösungsansätze	321
a) Vorstellung des Gesetzgebers	322
aa) Rundung und Rechtsfolge	322
bb) Gesamt- und Getrennterfüllung	323
b) Bewertung	323
aa) Lückenschließung bei der dualistischen Societas Europaea	324
(1) Problem der Regelungsverdoppelung	324
(2) Rundungsregelung und Rechtsfolge	325
(3) Gesamt- und Getrennterfüllung	326
(a) Begründung des Gesetzgebers und Gegenargumente	326
(b) Gleichbehandlungsgebot des Art. 10 SE-VO	329
(c) Ergebnis	331
bb) Lückenschließung bei der monistischen Societas Europaea	332
(1) Keine Anwendung über Art. 9 SE-VO	332
(2) Analoge Anwendung wegen planwidriger Regelungslücke	333
3. Rechtsvergleich	334
IV. Anwendungsvoraussetzungen	334
1. Deutschland als Sitzstaat der Gesellschaft	335
2. Börsennotierung	336
3. Paritätische Mitbestimmung	336
a) Bestehen einer paritätischen Besetzung des Organs	338
aa) Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung	338
bb) Eingreifen des Auffangmodells	339
cc) Abbruch bzw. Nicht-Aufnahme der Verhandlungen	339
b) Anwendbarkeit der Quote auch bei verhandelter paritätischer Mitbestimmung	340
4. Umkehrschluss: Keine Anwendbarkeit der Quote	341
a) Umwandlung in eine Societas Europaea	341

b)	Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften zu einer Societas Europaea	342
c)	Gründung einer Holding-SE	343
aa)	Differenzierung nach der Arbeitnehmerzahl der (Tochter-)AG?	343
bb)	Generelle Arbeitnehmerzurechnung an die (Tochter-)AG?	343
cc)	Arbeitnehmerzurechnung an die (Tochter-)AG im Einzelfall?	346
d)	Gründung einer Tochter-SE	347
5.	Umgehungsgefahr	347
V.	Erfüllung der Quote	350
1.	Gesamt- und Getrennterfüllung	350
2.	Praktische Schwierigkeiten bei der Quotenerfüllung	351
a)	Darstellung des Verfahrens der Organbestellung	351
b)	Problem: Internationalität der Societas Europaea	352
aa)	Mitbestimmung kraft Vereinbarung	352
bb)	Mitbestimmung kraft Gesetzes	353
(1)	Sitzverteilung unter Mitgliedstaaten	353
(2)	Berücksichtigung des zahlenmäßigen Verhältnisses	354
(a)	Problem	354
(b)	Lösungsvorschlag	354
c)	Lösungsvorschlag <i>de lege lata</i>	355
aa)	Maßgeblichkeit der zeitlichen Abfolge	355
bb)	Maßgeblicher Zeitpunkt auf Arbeitnehmerseite	356
(1)	Abstellen auf Wahlvorschlag	356
(2)	Abstellen auf Bestellungsakt	356
cc)	Entscheidung	357
d)	Alternativvorschlag <i>de lege ferenda</i>	357
3.	Bedeutung der Beteiligungsvereinbarung für die Erfüllung der Quote	360
a)	Vor Einführung der Quote abgeschlossene Beteiligungsvereinbarung	360
aa)	Quotenbezogene Regelungen in der Beteiligungsvereinbarung	361

bb) Keine hinreichende Ausgestaltung in der Beteiligungsvereinbarung	361
(1) Nachverhandlung nach § 18 Abs. 3 SEBG analog	362
(2) Anpassung bzw. Kündigung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage	362
b) Aufnahme von Quotenregelungen in die Beteiligungsvereinbarung	363
aa) Schranken der Regelungsautonomie	363
(1) Verhältnis von Satzungs- und Vereinbarungsautonomie	363
(2) Weitere Schranke?	365
(a) Schranke aufgrund des Zwecks der Beteiligungsvereinbarung?	365
(aa) Vorschrift zum Inhalt von Beteiligungsvereinbarungen	366
(bb) Schlussfolgerungen aus § 21 SEBG	366
(b) Anforderungen an den Bezug zur Mitbestimmung	367
bb) Konsequenzen für die Zulässigkeit quotenbezogener Regelungen	368
(1) Vorab: Besondere Konstellationen	368
(a) Vereinbarung eines geringeren Anteils als 30%	368
(b) Vereinbarung hinsichtlich des Erfüllungsmodus	369
(2) Unzulässigkeit wegen fehlender Satzungsautonomie?	371
(3) Unzulässigkeit wegen fehlenden Mitbestimmungsbezugs?	371
(a) Argumente für Mitbestimmungsbezug	372
(b) Argumente gegen Mitbestimmungsbezug	373
(c) Stellungnahme	374
VI. Umsetzung der Geschlechterquote in der Praxis	375
§ 3 Zielgrößenfestlegung in der Societas Europaea	377
I. Dualistische Societas Europaea	377
II. Monistische Societas Europaea	379

Teil 4: Quote und Zielgrößen bei grenzüberschreitender Verschmelzung	381
§ 1 Einführung	381
I. Rechtstatsächlichkeit in Deutschland	381
II. Einführung zu den verschmelzungsrechtlichen Regelungen des FÜPoG	382
§ 2 Fixe Quote	382
I. Regelungskompetenz des deutschen Gesetzgebers	382
II. Rechtmäßigkeit der Regelung	383
III. Ungleichbehandlung von monistisch und dualistisch organisierten Gesellschaften	384
IV. Ausgestaltung der Quotenregelung	386
1. Regelungsgrundlage für Quotenvorgabe bei grenzüberschreitender Verschmelzung	386
2. Verschmelzungsrechtlicher Regelungsbestand	387
3. Bewertung	388
4. Rechtsvergleich	389
V. Anwendungsvoraussetzungen	390
1. Betroffene Gesellschaften	390
a) Keine Differenzierung nach der Art des Verschmelzungsvorgangs	390
b) Anwendbarkeit des deutschen Rechts	390
c) Spezialfall: Verschmelzung auf eine bestehende Societas Europaea	393
aa) Konkreter Regelungsbestand	394
bb) Regelungsverdoppelung für den Bereich der Mitbestimmung	394
(1) Vorrang des MgVG	395
(2) Vorrang des SEBG	396
(3) Bewertung und eigene Entscheidung	397
cc) Regelungsverdoppelung für den Bereich der Geschlechterquote	398
(1) Vorrang des SEAG	398
(2) Vorrang des § 96 Abs. 3 AktG	399
(3) Bewertung und eigene Entscheidung	399
2. Börsennotierung	400
3. Paritätische Besetzung des Organs	400
a) Bestehen einer paritätischen Besetzung des Organs	402

b)	Anwendbarkeit der Quote auch bei verhandelter paritätischer Mitbestimmung	403
aa)	Meinungsstand in der Literatur	403
bb)	Bewertung und Entscheidung	404
4.	Umkehrschluss: Keine Anwendbarkeit der Geschlechterquote	405
a)	Grenzüberschreitende Verschmelzung von Aktiengesellschaften	405
aa)	Hinausverschmelzung	405
bb)	Hereinverschmelzung	406
b)	Grenzüberschreitende Spaltung von Aktiengesellschaften	406
aa)	Zulässigkeit grenzüberschreitender Spaltungen	406
bb)	Anwendbares Recht	408
cc)	Anwendbarkeit der Geschlechterquote	410
c)	Grenzüberschreitende Sitzverlegung	411
aa)	Anwendbares Recht	413
bb)	Anwendbarkeit der deutschen Quotenregelung	414
5.	Umgehungsgefahr	415
VI.	Erfüllung der Quote	415
1.	Gesamt- und Getrennterfüllung	415
2.	Praktische Schwierigkeiten	415
3.	Bedeutung der Mitbestimmungsvereinbarung	416
VII.	Umsetzung der Geschlechterquote in der Praxis	417
§ 3	Zielgrößenfestlegung	417
I.	Erforderlichkeit einer Verweisungsnorm?	418
II.	Merkmal der Mitbestimmung in den aktienrechtlichen Vorschriften	419
III.	Merkmal der Mitbestimmung in den GmbH-rechtlichen Vorschriften	420
1.	Wortlaut von Gesetz bzw. Regierungsbegründung	420
2.	Möglichkeit der unmittelbaren oder analogen Anwendung der Vorschrift	422
a)	Intention des Gesetzgebers	422
b)	Reichweite des Begriffs der „Mitbestimmungsgesetze“	424
c)	Konsequenzen	424
aa)	Unmittelbare Anwendung	424
bb)	Analoge Anwendung	425
cc)	Umsetzung der (analogen) Anwendung	425

## *Inhaltsverzeichnis*

Teil 5: Zusammenfassung in Thesen	427
§ 1 In Bezug auf Aktiengesellschaften	427
§ 2 In Bezug auf Societas Europaea und grenzüberschreitende Verschmelzung	428
§ 3 In Bezug auf die Möglichkeiten zur Quotenvermeidung	429
Literaturverzeichnis	431

## Teil 1: Einführung in die Thematik

Nach dem Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Männern und Frauen in Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst vom 24. April 2015<sup>1</sup> (im Folgenden: FüPoG) müssen zum einen – verkürzt und vereinfacht gesagt – die Aufsichtsräte großer Unternehmen zu 30% mit Frauen besetzt werden (sogenannte „starre Quote“), zum anderen besteht in bestimmten Unternehmen die Verpflichtung, Zielgrößen für Aufsichtsrat, Vorstand bzw. Geschäftsführung und die beiden darunter bestehenden Führungsebenen festzulegen (sogenannte „Flexi-Quote“). Die starre Quote gilt nach § 96 Abs. 2 AktG zunächst insbesondere für die deutsche Aktiengesellschaft (AG), ihr Anwendungsbereich ist jedoch nicht darauf beschränkt. Vielmehr sieht einerseits § 96 Abs. 3 AktG die Anwendung der Quote auch auf solche Gesellschaften vor, die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgegangen sind (im Folgenden: MgVG-Gesellschaften), andererseits enthält das SE-Ausführungsgesetz (SE-AG)<sup>2</sup> mit § 17 Abs. 2 sowie § 24 Abs. 3 Vorschriften zur Geltung der Quote in der Societas Europaea (SE). Im Hinblick auf die Flexi-Quote existieren hingegen keine Spezialregelungen für die SE sowie für die MgVG-Gesellschaften.

Inhalt und Ziel dieser Arbeit ist die intensive Auseinandersetzung mit den Regelungen des FüPoG zwecks Aufzeigung von Schwachstellen und die daran anknüpfende Erarbeitung von Lösungsvorschlägen, teils *de lege lata* durch bloße Gesetzesauslegung sowie durch denkbare konkretisierende Regelungen auf Satzungs- bzw. Geschäftsordnungsebene, teils *de lege ferenda* durch Modifikationen der gesetzlichen Vorschriften. Dabei wird – im Anschluss an eine kleine Einführung – eine Dreiteilung vorgenommen: Aufgrund der größeren Detailliertheit erfolgt zunächst die Darstellung und Auseinandersetzung mit den Regelungen in Bezug auf die AG,<sup>3</sup> da-

---

1 BGBl I, S. 642.

2 Gesetz zur Ausführung und der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) vom 22. Dezember 2004, BGBl. I, S. 3675.

3 Teil 2: Quote und Zielgrößen in der Aktiengesellschaft.

nach werden die auf die SE anwendbaren Vorschriften untersucht<sup>4</sup> und anschließend wird die Gesetzeslage in MgVG-Gesellschaften erörtert.<sup>5</sup>

### § 1 Geschlechterquote in der Rechtsstatsächlichkeit Europas

Deutschland ist nicht das einzige Land, in dem rechtliche Maßnahmen zur Frauenförderung ergriffen wurden. Vielmehr existieren vergleichbare – wenn auch im Detail unterschiedlich gestaltete – Regelungen in Norwegen, Spanien, Italien, Österreich, Belgien, Frankreich, Portugal sowie den Niederlanden.<sup>6</sup> Im Folgenden soll ein Überblick über die Quotenregelungen dieser Länder gegeben werden.<sup>7</sup> Dabei wird nicht nur auf die Anwendbarkeit solcher Quotenregelungen auf die jeweilige mit der deutschen Aktiengesellschaft vergleichbare Rechtsform eingegangen, sondern auch die Erstreckung auf Gesellschaften in der Rechtsform der SE sowie auf MgVG-Gesellschaften diskutiert.<sup>8</sup>

---

4 Teil 3:Quote und Zielgrößen in der Societas Europaea.

5 Teil 4:Quote und Zielgrößen bei grenzüberschreitender Verschmelzung.

6 Überblick auch bei *Teichmann/Langes* EWS 2013, 175 (177 f.). Zu vernachlässigen sind die gesetzlichen Ausgestaltungen in Finnland, Dänemark und Griechenland, da diese keine allgemeinen, unter bestimmten Voraussetzungen eingreifenden Quotenregelungen vorsehen; fixe Quoten gelten dort nur für Unternehmen in der öffentlichen Hand, hinzu kommen gegebenenfalls ergänzend freiwillige Selbstverpflichtungen (Finnland, Dänemark) sowie eine gesetzliche Verpflichtung zur selbständigen Quotenfestlegung (Dänemark); vgl. dazu *Teichmann/Langes* EWS 2013, 175 (179). Interessant ist schließlich, dass in Schweden gar keine gesetzliche Quote, sondern lediglich eine Vorgabe des Corporate Governance Kodex gilt, der Frauenanteil aber dennoch recht hoch ist; teilweise wird dies auf die Angstmotivation angesichts der harten Quotenregelung im Nachbarland Norwegen zurückgeführt, vgl. dazu *Teichmann/Langes* EWS 2013, 175 (179).

7 Ausgeklammert bleibt hier allerdings mangels hinreichender Erkenntnisse über die konkrete Ausgestaltung der Quotenregelung Portugal. Hinzuweisen ist an dieser Stelle zusätzlich auf den Erlass einer Quotenregelung in den USA. In Kalifornien müssen von nun an im Verwaltungsrat mindestens zwei bzw. bei einer Größe von mehr als sechs Mitgliedern mindestens drei Frauen sitzen, vgl. dazu *Guttman* Handelsblatt, 1. Oktober 2018.

8 Zur Erstreckung der deutschen Quote auf solche Gesellschaften vgl. Teil 3:Quote und Zielgrößen in der Societas Europaea und Teil 4:Quote und Zielgrößen bei grenzüberschreitender Verschmelzung.

## I. Norwegen

Norwegische Kapitalgesellschaften sind insbesondere die mit der GmbH vergleichbare „Aksjeselskap“ (AS) und die mit der AG vergleichbare „Allmennaksjeselskap“ (ASA). Rechtsgrundlage ist das „Lov om allmennaksjeselskaper“ bzw. „allmennaksjeloven“. Zudem existiert in Norwegen aufgrund der EWR-Mitgliedschaft die Rechtsform der SE, welche im „Lov om europeiske selskape“ (SE-loven) geregelt ist.<sup>9</sup>

2003 wurde die Regelung des § 6–11a in das „allmennaksjeloven“ eingefügt, welche in Abs. 1 die Beteiligung beider Geschlechter bei der Besetzung des Verwaltungsrats aller börsennotierten Gesellschaften vorsieht. Für den Fall der Nichterfüllung ergibt sich aus den allgemeinen Regelungen, dass Maßnahmen von der Verhängung von Bußgeldern bis hin zur Zwangsauflösung des Unternehmens als *ultima ratio* vorgesehen werden können.<sup>10</sup> In Abs. 2 sieht die norwegische Quotenregelung vor, dass die Arbeitnehmervertreter von der Quote ausgenommen sind; außerdem enthält sie eine Ausnahme für den Fall, dass ein Geschlecht in der Gesamtbelegschaft mit weniger als 20% repräsentiert ist.

## II. Spanien

Das „Ley de Sociedades de Capital“ enthält Vorschriften zur „Sociedad de responsabilidad limitada“ (vergleichbar mit der GmbH), zur „Sociedad anónima“ (SA, vergleichbar mit der AG) und zur „Sociedad anónima europea“ (spanische SE). Die grenzüberschreitende Verschmelzung („fusión transfronteriza“) ist im „Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles“ (d.h. im spanischen Umwandlungsgesetz) geregelt.

Das „Ley de Sociedades de Capital“ enthält keine Regelung zum Frauenanteil. Allerdings wurde 2007 ein Gesetz zur effektiven Gleichstellung von Frauen und Männern („Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres“) erlassen, welches Gleichstellungsmaßnahmen in verschiedenen Bereichen enthält, so auch im Gesellschaftsrecht. Danach haben solche Gesellschaften, die zur vollständigen Offenlegung ihrer Gewin-

---

<sup>9</sup> Christiansen/Brathen/Kolstad in: Jannott/Frodermann-HBdSE, § 15 Rn. 2546.

<sup>10</sup> Teichmann/Langes EWS 2013, 175 (178).

ne und Verluste verpflichtet sind,<sup>11</sup> eine ausgewogene Vertretung beider Geschlechter in ihrem „consejo de administración“ anzustreben (artículo 75), wobei eine ausgewogene Vertretung bei einem Geschlechterverhältnis von 60/40 bestehen soll (disposición adicional primera). Eine Sanktion in Form einer nachteiligen Behandlung der nicht erfüllenden Unternehmen sieht die spanische Regelung nicht vor. Vielmehr erfolgt eine Privilegierung der erfüllenden Unternehmen durch Bevorzugung bei der Erteilung öffentlicher Aufträge.<sup>12</sup>

### III. Niederlande

Das Recht der niederländischen Gesellschaften ist im 2. Buch des „Burgerlijk Wetboek“ geregelt. Zu nennen sind die „Naamlooze vennootschappen“ (N.V., vergleichbar mit der AG) und die „Besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid“ (B.V., vergleichbar mit der GmbH). Die „Europese vennootschap“ (niederländische SE) ist in dem speziellen „Uitvoeringswet verordening Europese vennootschap“ geregelt. Für die grenzüberschreitende Verschmelzung wurde ein neuer Abschnitt in das „Burgerlijk Wetboek“ eingefügt.<sup>13</sup>

Seit 2010 enthalten die Vorschriften zu N.V. und B.V. jeweils eine Regelung zur ausgewogenen Verteilung der Geschlechter in Vorstand und Aufsichtsrat in Form der Vorgabe eines Mindestfrauenanteils in Höhe von 30% (Art. 166 für die N.V. und Art. 276 für die B.V.). Als Sanktion ist lediglich eine Erklärung vorgesehen, warum die Quote nicht erfüllt wurde und wie eine Nachbesserung erfolgen soll (Prinzip des „Comply or Explain“).<sup>14</sup>

---

11 Zur vollständigen Gewinn- und Verlustoffenlegung sind alle Gesellschaften verpflichtet, für die nicht die Privilegierung des artículo 258 Ley de Sociedades de Capital („cuenta de pérdidas y ganancias abreviada“) eingreift; *Teichmann/Langes* geben in ihrem Überblick an, dass Unternehmen mit mehr als 250 Mitarbeitern betroffen sind, vgl. *Teichmann/Langes* EWS 2013, 175 (180).

12 *Teichmann/Langes* EWS 2013, 175 (180).

13 Boek 2 Titel 7 Afdeling 3A: Bijzondere bepalingen voor grensoverschrijdende fusies.

14 *Teichmann/Langes* EWS 2013, 175 (180).

#### IV. Frankreich

Der französische „Code de Commerce“ enthält als „Sociétés Commerciales“ insbesondere die „Société anonyme“ (vergleichbar mit der AG) sowie die „Société à responsabilité limitée“ (vergleichbar mit der GmbH) und die „Société européenne“ (französische SE). Die auf die SE bezogenen gesellschaftsbezogenen Vorschriften wurden in den „Code de Commerce“ sowie die Vorschriften zur Arbeitnehmerbeteiligung in den „Code du travail“ integriert.<sup>15</sup> Gleiches gilt für die grenzüberschreitende Verschmelzung.<sup>16</sup>

Durch das „Loi relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle“ wurde die Vorgabe einer 40%-igen Beteiligung beider Geschlechter in den Spitzengremien von börsennotierten sowie von nicht-börsennotierten Unternehmen mit mindestens 500 Arbeitnehmern und einem Umsatz oder einer Bilanzsumme von mindestens 50 Mio. Euro eingeführt<sup>17</sup> (konkret: L. 225–18–1 (für den Conseil d'administration) und L. 225–69–1 (für den Conseil de surveillance)).<sup>18</sup> Ein Verstoß gegen die Quotenvorgabe bewirkt zum einen die Nichtigkeit der Bestellung (Article 1 paragraphe 2 und Article 2 paragraphe 2), zum anderen eine persönliche finanzielle Sanktion der aktuellen Mitglieder durch Nichtzahlung der Sitzungsgelder (Article 1 paragraphe 8 und Article 2 paragraphe 7).

#### V. Italien

Das italienische Gesellschaftsrecht ist im 5. Titel des 5. Buches des „Codice Civile“ geregelt. Zu nennen sind insbesondere die Rechtsformen der „Società per azioni“ (vergleichbar mit der AG) und der „Società a responsabilità limitata“ (vergleichbar mit der GmbH). Zur „Società europea“ (italienische SE) ist weder im „Codice Civile“ etwas geregelt, noch existiert ein

---

15 *Robmert/Hellio/Herrmann* in: Jannott/Frodermann-HBdSE, § 15 Rn. 756, 757.

16 Eingeführt durch das „LOI n° 2008–649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire“, vgl. im „Code de commerce“: Livre II Titre III Chapitre VI Section 4: Dispositions particulières aux fusions transfrontalières.

17 Vgl. dazu auch *Francois-Poncet/Deilmann/Otte* NZG 2011, 450 ff.

18 Zu beachten ist allerdings, dass sich die Quotenvorgabe allein auf die Anteilseignervertreter bezieht; hinsichtlich der Wahl der Arbeitnehmervertreter ist lediglich auf eine paritätische Ausgestaltung der Wahllisten zu achten.

separates Gesetz für die SE. Der italienische Gesetzgeber hat vielmehr auf eine Umsetzung der SE-VO in nationales Recht verzichtet;<sup>19</sup> stattdessen sind auf die SE die besonderen im Rahmen der Gesellschaftsrechtsreform von 2003/2004<sup>20</sup> eingeführten Regelungen anwendbar.<sup>21</sup> Für die grenzüberschreitende Verschmelzung existieren hingegen nationale Regelungen.<sup>22</sup>

2011 wurde eine Vorschrift für die Geschlechterverteilung in Leitungsorganen erlassen (Art. 147-ter 1-ter im „Consolidated Law on Finance“). Danach ist eine entsprechende Regelung in die Satzung aufzunehmen, wobei das unterrepräsentierte Geschlecht mindestens zu einem Drittel vertreten sein muss. Wird das Leitungsorgan nicht entsprechend der Satzung zusammengesetzt, wird zunächst eine Warnung mit Abhilfefrist ausgesprochen; anschließend wird gegebenenfalls eine Geldbuße verhängt und eine erneute Frist gesetzt; bei fortdauerndem Verstoß verlieren die Organmitglieder schließlich ihr Mandat. Die Vorschrift selbst enthält keine Anwendungsvoraussetzungen, allerdings gilt das „Consolidated Law on Finance“ nur für börsennotierte Gesellschaften.

## VI. Belgien

Der „Code des sociétés“ enthält insbesondere Regelungen zur „Société privée à responsabilité limitée“ (vergleichbar mit der GmbH), zur „Société anonyme“ (vergleichbar mit der AG) und zur „Société européenne“ (belgische SE). Die Regelungen zur belgischen SE wurden durch die „Königliche Verordnung“ vom 1. September 2009<sup>23</sup> in das nationale Kapitalgesellschaftsrecht integriert.<sup>23</sup> Auch die grenzüberschreitende Verschmelzung ist im „Code des sociétés“ geregelt.<sup>24</sup>

---

19 Dies ist aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit der SE-VO gemäß Art. 249 Abs. 2 EGV auch nicht zwingend erforderlich, *Boettcher*, Kompetenzen in monistischer SE, 2009, S. 23; *Bron*, Grenzüberschreitende Verschmelzung, 2005, S. 20; *Endres* RIW 2004, 735 (736); *Neye/Teichmann* AG 2003, 169.

20 „Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6“.

21 *Cavasola/Zischg* in: Jannott/Frodermann-HBdSE, § 15 vor Rn. 1467 Fn. 1.

22 „Decreto legislativo 30 maggio 2008, n. 108: attuazione della direttiva 2005/56/CE, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali“.

23 *Lebbink/Peeters/Guyot* in: Jannott/Frodermann-HBdSE, § 15 Rn. 1.

24 Livre XI Titre Vbis: Règles spécifiques concernant les fusions transfrontalières et opérations assimilées.

Innerhalb der Vorschriften zur „Société anonyme“ findet sich seit 2011 in Art. 518bis eine Regelung zur Geschlechterverteilung im Verwaltungsrat börsennotierter Gesellschaften. Neben der Dritteltvorgabe sind in dieser Vorschrift auch die Sanktionen eines Verstoßes – Vorenthaltung aller aus der Verwaltungsratsstätigkeit entstehenden finanziellen Vorteile sowie Nichtigkeit der Bestellung von nicht dem unterrepräsentierten Geschlecht angehörenden Verwaltungsratsmitgliedern – geregelt. Außerdem enthält sie eine Übergangsregelung für den Fall, dass eine Gesellschaft erst im Nachhinein an der Börse notiert wird.<sup>25</sup>

## VII. Österreich

Im österreichischen Gesellschaftsrecht gibt es ebenfalls die Gesellschaftsformen der AG, der GmbH und der (österreichischen) SE, die jeweils in eigenen Gesetzen geregelt sind (Aktiengesetz, GmbH-Gesetz, SE-Gesetz). Die grenzüberschreitende Verschmelzung ist im EU-Verschmelzungsgesetz geregelt.

In § 86 öAktG wurde 2017 eine Quotenregelung aufgenommen, wonach der Aufsichtsrat von börsennotierten Aktiengesellschaften sowie sonstigen Gesellschaften mit mehr als 1000 Arbeitnehmern aus jeweils 30% Männern und Frauen zu bestehen hat (Abs. 7 Satz 1).<sup>26</sup> Wie in Deutschland gilt die Quote grundsätzlich für den gesamten Aufsichtsrat (Abs. 9 Satz 1), durch Widerspruch kann jedoch eine Getrennterfüllung herbeigeführt werden (Abs. 9 Satz 2).<sup>27</sup> Rechtsfolge bei Nichterfüllung ist die Nichtigkeit des Wahlaktes (Abs. 8).

## VIII. Europäische Union

Auch die Europäische Kommission wollte ihren Teil zur Erhöhung des Frauenanteils in Gesellschaftsorganen beitragen und legte am 14. November 2012 den Länderparlamenten einen Richtlinienvorschlag zur Abstim-

---

<sup>25</sup> Zu dieser Problematik im deutschen Recht vgl. Teil 2:§ 2III.2.d).

<sup>26</sup> Dies gilt allerdings nur, wenn dem Aufsichtsrat auf Anteilseignerseite mindestens sechs Mitglieder angehören und wenn in der Belegschaft jedes Geschlecht mit mindestens 20% vertreten ist.

<sup>27</sup> Dabei enthält die österreichische Vorschrift sogar eine Frist für die Widerspruchsausübung (sechs Wochen vor einer Wahl oder Entsendung).

mung vor.<sup>28</sup> In der bislang finalen Abstimmung im November 2015 konnte jedoch keine positive Entscheidung in Bezug auf diesen Vorschlag getroffen werden. Vielmehr stimmten nur drei Mitgliedstaaten für den Vorschlag, neun Staaten dagegen und 16 Staaten – darunter auch Deutschland<sup>29</sup> – enthielten sich. Grund für die Zurückhaltung der Mitgliedstaaten waren wohl rechtliche Bedenken im Hinblick auf die Gesetzgebungskompetenz der EU.<sup>30</sup> Der Vorschlag sieht eine 40%-Quote für das jeweils unter-

---

28 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Gewährleistung einer ausgewogeneren Vertretung von Frauen und Männern unter den nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften und über damit zusammenhängende Maßnahmen vom 14. November 2012, COM(2012) 614 final, 2012/299 (COD).

29 Inwieweit diese Position vor dem Hintergrund des FüPoG aufrechterhalten werden kann und soll, ist unklar.

30 Die Union selbst stützt den Richtlinienvorschlag auf Art. 157 Abs. 3 AEUV. Zwar wird man die für die Anwendbarkeit entscheidende Frage, ob es sich bei Aufsichtsratsmitgliedern um „Arbeitnehmer“ im Sinne des Unionsrechts handelt, entsprechend der neueren Entwicklungen der EuGH-Rechtsprechung – beispielsweise durch die Entscheidung in Sachen *Danosa* (EuGH, Urteil vom 11. November 2010 – C-232/09 = EuZW 2011, 74 = AG 2011, 165) – wohl noch bejahen können, vgl. dazu *Hoffmann* *Danosa*-Urteil; *Hohenstatt/Willemsen/Naber* ZIP 2014, 2220 (2222 f.); *Koch* ZHR 175 (2011), 827 (833 f.). Es ist jedoch sehr zweifelhaft, ob Art. 157 Abs. 3 AEUV auch als Kompetenztitel für „positive Maßnahmen“ wie die Quote bemüht werden kann, vgl. dazu *Brosius-Gersdorf* Vortrag 15. April 2013; *Koch* ZHR 175 (2011), 827 (834 ff.); *Stöbener/Böhm* EuZW 2013, 371 (372); *Werthmüller*, Staatliche Eingriffe, 2017, S. 251 ff. Vergleichbare Bedenken bestehen auch im Hinblick auf die Anwendbarkeit des Kompetenztitels des Art. 153 Abs. 1 lit. i) iVm Abs. 2 lit. b) AEUV, vgl. dazu *Koch* ZHR 175 (2011), 827 (835 f.); *Stöbener/Böhm* EuZW 2013, 371 (372 f.). Hinsichtlich des gesellschaftsrechtlichen Kompetenztitels des Art. 50 Abs. 2 lit. g) AEUV stellt sich die Frage, ob mit der Quote tatsächlich gesellschaftsrechtliche oder nicht vielmehr sozialpolitische Anliegen lediglich unter dem Deckmantel des Gesellschaftsrechts verfolgt werden; vgl. dazu *Koch* ZHR 175 (2011), 827 (841 ff.); *Werthmüller*, Staatliche Eingriffe, 2017, S. 258. Auch ein Eingreifen der allgemeinen Harmonisierungskompetenz nach Art. 114 AEUV muss wohl verneint werden, da bislang nicht ersichtlich ist, dass die Freizügigkeit durch die Existenz von Quotenregelungen in Teilen der Union beeinträchtigt würde; vgl. dazu (in Bezug auf Art. 50 Abs. 2 lit. g) AEUV) *Stöbener/Böhm* EuZW 2013, 371 (373); zu Art. 114 AEUV außerdem *Werthmüller*, Staatliche Eingriffe, 2017, S. 259. Art. 19 Abs. 1 AEUV wird einerseits möglicherweise bereits durch den spezielleren Titel des Art. 157 Abs. 3 AEUV verdrängt, andererseits handelt es sich dabei wohl nur um eine „Beitragskompetenz“, die lediglich den Erlass von Grundprinzipien für Fördermaßnahmen zur Unterstützung mitgliederschaftlicher Maßnahmen zulässt, vgl. dazu *Koch* ZHR 175 (2011), 827 (838 f.); *Stöbener/Böhm* EuZW 2013, 371 (373); *Werthmüller*, Staatliche Eingriff-

repräsentierte Geschlecht vor.<sup>31</sup> Zur Erreichung dieses Anteils ist ein umfassender Qualifikationsvergleich bei der Bestellung der neuen Mitglieder vorzunehmen (Art. 4 Abs. 1 und Abs. 3).<sup>32</sup> Darüber hinaus erlauben Öffnungsklauseln den Erlass von Ausnahmeregelungen in drei Konstellationen: (i) das unterrepräsentierte Geschlecht macht weniger als 10% der Gesamtbelegschaft aus (Art. 4 Abs. 6); (ii) ein Drittel aller Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder gehört dem unterrepräsentierten Geschlecht an (Art. 4 Abs. 7); (iii) in dem Mitgliedstaat wurden bereits vor Inkrafttreten der Richtlinie geeignete Maßnahmen ergriffen (Art. 8 Abs. 3). Die Regelung der EU ist somit in Teilen deutlich differenzierter als die meisten Regelungen in den Mitgliedstaaten. Allerdings enthält sie kein eigenes Sanktionenregime, sondern überlässt die konkrete Ausgestaltung den Mitgliedstaaten (Art. 6 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1).

---

fe, 2017, S. 256 f. Schließlich scheidet mangels Harmonisierungsbedarf wohl auch ein Tätigwerden auf der Grundlage der Vertragsabrundungskompetenz des Art. 352 AEUV aus, vgl. dazu *Stöbener/Böhm* EuZW 2013, 371 (373); zu Art. 352 AEUV außerdem *Werthmüller*, Staatliche Eingriffe, 2017, S. 259 f. Hinzu kommt, dass ein Tätigwerden der Union wohl jedenfalls aufgrund des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 5 Abs. 3 EUV scheitern würde; es ist nicht ersichtlich, worin der Mehrwert einer Unionsregelung gegenüber einzelstaatlichen Regelungen liegen sollte und angesichts des verstärkten Tätigwerdens in einer Vielzahl der Mitgliedstaaten sollte diesen noch Zeit zur Entfaltung der Wirksamkeit ihrer Bemühungen gewährt werden, vgl. dazu *Bachmann* ZIP 2011, 1131 (1135); *Buschmann* NZG 2011, 87 (90); *Stöbener/Böhm* EuZW 2013, 371 (374 f.); *Werthmüller*, Staatliche Eingriffe, 2017, S. 262 ff; a.A. wohl *Brosius-Gersdorf*, Vortrag 15. April 2013; offen gelassen von *Teichmann/Langes* EWS 2011, 175 (181). Insofern kann auch die wohl gegebene Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips nicht mehr die Zulässigkeit der Richtlinie begründen, vgl. dazu *Werthmüller*, Staatliche Eingriffe, 2017, S. 264 f. Zweiter Kritikpunkt ist die Vereinbarkeit der Regelung mit dem Unionsrecht und der Rechtsprechung des EuGH, vgl. noch Teil 1:§ 2II.2.

31 Darstellung des Richtlinienvorschlags bei *Jung* BB 2013, 387 ff.

32 Daher muss vorab ein neutraler und eindeutiger Kriterienkatalog geschaffen werden, auf dessen Grundlage dann ein Vergleich der Kandidaten und Kandidatinnen erfolgt. Der freie Posten wird immer dann – aber auch nur dann – mit einer Frau besetzt, wenn diese ebenso gut geeignet ist, wie der beste männliche Bewerber. Insofern handelt es sich bei der Quotenregelung der EU um eine leistungsbezogene – im Gegensatz zu einer starren – Quote.

§ 2 Rechtliche Einordnung von Frauenförderungsmaßnahmen

Da die Zulässigkeit von Frauenförderungsmaßnahmen vielfach bezweifelt wird, ist hier eine – nicht abschließende – rechtliche Einordnung vorzunehmen.

I. Nationales Recht

1. Rechtsgrundlagen

Grundlegend ist auf die dem nationalen Gleichbehandlungsrecht innewohnende Differenzierung zwischen der Beseitigung von rechtlichen Nachteilen auf der einen Seite und dem aktiven Hinwirken auf eine umfassende Gleichstellung auf der anderen Seite hinzuweisen. Seit 1994 enthält das Grundgesetz neben den Regelungen zu Gleichheit, Gleichberechtigung und Benachteiligungsverboten (Art. 3 Abs. 1 bis 3) auch einen besonderen Förderauftrag (in Art. 3 Abs. 2 Satz 2)<sup>33</sup>, d.h. ein Gebot zur Förderung der tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zum Hinwirken auf die Beseitigung bestehender Nachteile.<sup>34</sup> Damit fand die schon zuvor im Ansatz vom BVerfG<sup>35</sup> vertretene Position, Gleichberechtigung meine nicht nur die Beseitigung von Rechtsnormen, die an ein bestimmtes Geschlecht Vor- oder Nachteile knüpfen, sondern umfasse auch die Durchsetzung der tatsächlichen Gleichberechtigung, insbesondere durch Angleichung der Lebensverhältnisse, ihren Niederschlag im Text der Verfassung.<sup>36</sup>

2. Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht

Für eine rechtliche Einordnung genügt allerdings nicht die bloße Feststellung, dass das Grundgesetz auch aktive Frauenförderungsmaßnahmen grundsätzlich zulässt bzw. sogar fordert. Damit ist schließlich noch nichts

---

33 Eingefügt durch Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 3, 20a, 28, 29, 72, 74, 75, 76, 77, 80, 87, 93, 118a und 125a) vom 27. Oktober 1994, BGBl. I, S. 3146.

34 *Habersack/Kersten* BB 2014, 2819 (2824).

35 BVerfG, Urteil vom 20. März 1963–1 BvR 505/59 = NJW 1963, 947 (949) = BB 1963, 370: „die Verfassung wollte sobald wie möglich einen der Gleichberechtigung in vollem Umfang entsprechenden Zustand herbeiführen“.

36 *Ossenbühl* NJW 2012, 417.

über die Zulässigkeit einer konkreten Maßnahme gesagt. Um zu klären, inwieweit diese mit dem Verfassungsrecht vereinbar ist, ist auf der einen Seite die Reichweite des Handlungsgebots in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG entscheidend, auf der anderen Seite müssen auch die konfligierenden Rechtspositionen betrachtet werden.<sup>37</sup>

#### a) Betroffene grundrechtliche Positionen

Durch die gesellschaftsrechtlichen Frauenförderungsregelungen können verschiedene Personengruppen in ihren Grundrechten berührt werden. Auf Seiten der Aktionäre ist an eine Betroffenheit in den Grundrechten auf Eigentumsfreiheit nach Art. 14 GG,<sup>38</sup> Vereinigungsfreiheit nach Art. 9

---

37 Für die Zwecke dieser Arbeit soll eine kurze Darstellung der in die Abwägung einzubeziehenden Rechtspositionen genügen. Für eine tiefere Auseinandersetzung mit dieser Frage wird auf entsprechende Ausführungen anderer Autoren verwiesen; zur Reichweite des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG vgl. beispielsweise *Kempter/Koch* BB 2012, 3009; *Ossenbühl* NJW 2012, 417; *Papier/Heidebach* ZGR 2011, 305 (313 ff.); zu einer Abwägung mit den entgegenstehenden Verfassungsgütern vgl. beispielsweise *Brosius-Gersdorf*, Vortrag vom 15. April 2013; *Habersack/Kersten* BB 2014, 2819 (2822 ff.); *Hirte* Der Konzern 2011, 519 (523 ff.); *Kempter/Koch* BB 2012, 3009 ff.; *Spindler/Brandt* NZG 2011, 401 ff.; *Teichmann/Langes* EWS 2013, 175 ff.; *Teichmann/Rüb* BB 2015, 259 (261 f.); *Werthmüller*, Staatliche Eingriffe, 2017, S. 95 ff.; insbesondere zur Frage der Erforderlichkeit und möglichen Alternativen gegenüber einer Quote vgl. *Hirte* Der Konzern 2011, 519; *ders.* Der Konzern 2013, 367; *Redenius-Hövermann/Strenger* Der Konzern 2014, 373; *Wieland* NJW 2010, 2408.

38 Vgl. dazu eingehend *Evers*, Mindestanteilsgebot, 2019, S. 116 ff. sowie *Werthmüller*, Staatliche Eingriffe, 2017, S. 150 ff. Zu beachten ist, dass der Schutzbereich der Eigentumsfreiheit zwar auch das Anteilseigentum erfasst, das BVerfG in seinem Mitbestimmungsurteil (BVerfG, Urteil vom 1. März 1979–1 BvR 532/77 = BVerfGE 50, 290 = NJW 1979, 699) allerdings die Auffassung vertritt, das Anteilseigentum unterliege einer besonderen Sozialbindung, da „das Vermögensrecht durch das Mitgliedschaftsrecht vermittelt“ werde und „der Eigner [...] sein Eigentum regelmäßig nicht unmittelbar nutzen und die mit ihm verbundenen Verfügungsbefugnisse wahrnehmen“ könne (Rn. 157). Aufgrunddessen – sowie aufgrund des angesichts der Zweitstimme des Aufsichtsratsvorsitzenden regelmäßig auf Aktionärsseite verbleibenden Letztentscheidungsrechts (Rn. 117, 167) – hielt das BVerfG sodann auch die paritätische Besetzung des Aufsichtsrats nach dem MitbestG noch für eine zulässige Einschränkung. Häufig wird in der Geschlechterquote ein „Minus“ gegenüber der Mitbestimmung gesehen, da diese lediglich bei der Bestellung des Aufsichtsrats zu beachtende Vorgaben aufstelle und keine (weitere) Verlagerung der Bestellungskompetenz von der Hauptversammlung zu einem anderen Organ begründe: Die Zulässigkeit einer Quotenregelung wird da-

GG<sup>39</sup> und Berufsfreiheit nach Art. 12 GG<sup>40</sup> zu denken. Auch die Gesellschaft selbst könnte in Eigentumsfreiheit,<sup>41</sup> Vereinigungsfreiheit<sup>42</sup> und Berufsfreiheit<sup>43</sup> betroffen sein. Hinzu kommt – angesichts des regelmäßig auf Unternehmen einer bestimmten Größe beschränkten Anwendungsbe-

---

her mit einem Erst-Recht-Schluss aus dem Mitbestimmungsurteil begründet, vgl. *Wieland* NJW 2010, 2408 (2409); ähnlich *Bachmann* ZIP 2011, 1131 (1134); *Körner* in: FS Pfarr, 2010, S. 218 (S. 227). Andere Autoren betonen die Kumulation der Einschränkungen von Quote und Mitbestimmung und sehen die Quote daher kritisch, vgl. *Habersack/Kersten* BB 2014, 2819 (2823, 2825); darauf hinweisend auch *Bachmann* ZIP 2011, 1131 (1134). Außerdem wird zum Teil angenommen, die Verhältnismäßigkeit der Mitbestimmung sei insbesondere damit zu begründen, dass sie der Auflösung eines unternehmensinternen Spannungsverhältnisses diene, sodass eine Einschränkung aus anderen Gründen zweifelhaft sei, vgl. *Grobe* AG 2015, 289 (300); *Habersack/Kersten* BB 2014, 2819 (2825); *Hirte* Der Konzern 2011, 519 (524). Letztlich kann darüber, wie das BVerfG die mit der Quote einhergehende Eigentumseinschränkung bewerten würde, nur gemutmaßt werden. Auch dass das BAG die Verfassungsmäßigkeit der in § 15 Abs. 2 BetrVG enthaltenen, für den Betriebsrat geltenden Quote bejaht hat, (Beschluss vom 16. März 2005–7 ABR 40/04 = EWiR 2005, 751 = NZA 2005, 1252) kann dabei nur bedingt weiter helfen: Zum einen ist unklar, ob das BVerfG die Einschätzung des BAG überhaupt teilt, zum anderen lassen sich die Erwägungen des BAG nicht unmittelbar auf die Konstellation der Geschlechterquote übertragen, da der Aufsichtsrat nicht in vergleichbarer Weise der Interessenrepräsentation dient (vgl. *Habersack/Kersten* BB 2014, 2819 (2826)) und das BAG die Vorschrift somit nicht anhand von der im Bereich der Aufsichtsratsquote besonders maßgeblichen Eigentumsfreiheit zu prüfen hatte.

- 39 Der Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit ist auch für wirtschaftlich motivierte Zusammenschlüsse eröffnet, gegebenenfalls muss aber eine Herabsetzung des Schutzniveaus gegenüber dem Grundtyp des politischen, kulturellen und geselligen Vereins akzeptiert werden, *Habersack/Kersten* BB 2014, 2819 (2822); außerdem hat das BVerfG offen gelassen, ob eine AG ab einer bestimmten Größe möglicherweise insgesamt aus dem Schutzbereich herausfällt BVerfG, 1 BvR 532/77 Rn. 180 f.; BVerfG, Beschluss vom 10. Juni 2009–1 BvR 825, 831/08 = BVerfGE 124, 25 = JuS 2009, 1037.
- 40 Vgl. dazu eingehend *Evers*, Mindestanteilsgebot, 2019, S. 107 ff. sowie *Werthmüller*, Staatliche Eingriffe, 2017, S. 167 ff. Der Schutzbereich der Berufsfreiheit erstreckt sich wohl auch auf das Recht der Anteilseigner zur Unternehmensführung, allerdings ist das Schutzniveau möglicherweise auch hier abgesenkt, *Habersack/Kersten* BB 2014, 2819 (2822).
- 41 Für einen Eingriff in die Eigentumsfreiheit wird bei einer juristischen Person allerdings verlangt, dass die jeweilige Regelung die Funktionsunfähigkeit oder jedenfalls eine erhebliche Funktionsbeeinträchtigung bewirkt, was bei Quotenregelungen regelmäßig zweifelhaft ist, vgl. *Papier/Heidebach* ZGR 2011, 305 (327).
- 42 *Grobe* AG 2015, 289 (300).
- 43 Es handelt sich um eine bloße Berufsausübungsregelung, solange die Gesellschaft nicht durch die Quote wirtschaftlich nicht mehr in der Lage ist, dem gewählten

reichs – der allgemeine Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>44</sup> Hinsichtlich der männlichen Bewerber wiederum kommt eine Beeinträchtigung in der Berufsfreiheit<sup>45</sup> sowie in dem Recht auf Gleichberechtigung nach Art. 3 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 GG<sup>46</sup> in Betracht.

## b) Intensität des Eingriffs

Die Intensität des Eingriffs und damit auch die Möglichkeit der Rechtfertigung durch Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG hängt von der konkreten Ausgestaltung der Quotenregelung ab. Zu unterscheiden ist insbesondere zwischen starren und leistungsabhängigen Quoten.<sup>47</sup> Außerdem ist danach zu differenzieren, ob Ausnahmeregelungen, beispielsweise in Form einer Härteklausele, bestehen. Auch die Ausgestaltung der Sanktionierung von Verstößen gegen eine Quotenvorgabe wirkt sich auf die Eingriffsintensität aus.<sup>48</sup>

## 3. Verhältnis zu sonstigen einfachgesetzlichen Regelungen

Neben dem Verfassungsrecht ist auf der Ebene des nationalen Rechts das Allgemeine Gleichbehandlungsrecht und dessen Verhältnis zu Frauenför-

---

Beruf nachzugehen, bzw. zumindest in ihrer Leistungsfähigkeit gefährdet ist, *Spindler/Brandt* NZG 2011, 401 (402); für Erst-Recht-Schluss aus Mitbestimmungsurteil wie bei der Eigentumsfreiheit *Papier/Heidebach* ZGR 2011, 305 (328).

44 Vgl. dazu *Evers*, Mindestanteilsgebot, 2019, S. 125 ff. sowie *Werthmüller*, Staatliche Eingriffe, 2017, S. 178 ff.; zur Frage der Sachgerechtigkeit der Differenzierungskriterien in der deutschen Regelung vgl. Teil 2:§ 2III.2.c).

45 Vgl. dazu eingehend *Werthmüller*, Staatliche Eingriffe, 2017, S. 95 ff.

46 *Evers*, Mindestanteilsgebot, 2019, S. 78 ff. (zu Art. 3 Abs. 3 GG); *Habersack/Kersten* BB 2014, 2819 (2824); *Papier/Heidebach* ZHR 2011, 305 (314 ff.); *Werthmüller*, Staatliche Eingriffe, 2017, S. 130 ff.

47 Kritisch gegenüber leistungsunabhängigen Quoten *Habersack/Kersten* BB 2014, 2819 (2827); *Redenius-Hövermann* ZIP 2010, 660 (665); *Redenius-Hövermann/Strenger* Der Konzern 2014, 373 (378 f.); *Spindler/Brandt* NZG 2011, 401 (402); *Teichmann/Langes* EWS 2013, 175 (177); *Teichmann/Rüb* BB 2015, 259 (261 f.); a.A. *Brandt/Thiele* AG 2011, 580 (584 f.).

48 Zur Bewertung der im FüPoG vorgesehenen Nichtigkeitssanktion vgl. *Mense/Klie* GWR 2015, 1 (5); *Redenius-Hövermann/Strenger* Der Konzern 2014, 373 (376 f.); *Teichmann/Langes* EWS 2013, 175 (183 f.).

derungsregelungen zu beachten.<sup>49</sup> Denkbar ist nämlich, dass in der Besetzung einer Führungsposition mit einer Frau eine unmittelbare Benachteiligung des männlichen Bewerbers und damit ein Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG liegt.<sup>50</sup> Bejaht man tatbestandlich das Vorliegen einer unmittelbaren Benachteiligung,<sup>51</sup> so ist in einem weiteren Schritt zu fragen, ob diese möglicherweise gerechtfertigt werden kann. In Betracht kommt zum einen der Rechtfertigungstatbestand des § 8 AGG, der dann eingreift, wenn der Grund der Andersbehandlung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt.<sup>52</sup> Denkbar ist zum anderen die Rechtfertigung als positive Maßnahme nach § 5 AGG.<sup>53</sup>

---

49 Auch diesbezüglich werden die Ausführungen entsprechend dem anders gesetzten Schwerpunkt dieser Arbeit kurz gehalten; es wird auf die einschlägigen Ausführungen anderer Autoren hingewiesen, vgl. insbesondere *Ohmann-Sauer/Langemann* NZA 2014, 1120; *Olbrich/Krois* NZA 2015, 1288; *Schleusener* NZA-Beilage 2016, 50.

50 Die Anwendbarkeit des AGG neben der Quotenregelung wird aufgrund der unterschiedlichen Anknüpfungspunkte bejaht, vgl. *Olbrich/Krois* NZA 2015, 1288 (1289), und das Benachteiligungsverbot gilt wegen § 6 Abs. 3 AGG auch für den Fall der Aufsichtsratsbesetzung, vgl. *Schleusener* NZA-Beilage 2016, 50 (54); a.A. allerdings *Schladebach/Stefanopoulou* BB 2010, 1042 (1046). Erwogen wird jedoch der Ausschluss einer Benachteiligung: Zum einen kommt eine analoge Anwendung des § 15 Abs. 3 AGG auf die Konstellation der Anwendung einer gesetzlichen Regelung in Betracht; allerdings gilt der Ausschluss nach § 15 Abs. 3 AGG ohnehin nur für den Anspruch aus § 15 Abs. 2 AGG, nicht für den Schadensersatzanspruch aus § 15 Abs. 1 AGG; vgl. dazu *Schleusener* NZA-Beilage 2016, 50 (54 f.). Zum anderen stellt sich die Frage, ob allein die Umsetzung einer gesetzlichen Vorgabe ohne alternative Handlungsoptionen als eine autonome Entscheidung des Arbeitgebers angesehen werden kann, die eine unmittelbare Benachteiligung begründet, oder ob es nicht vielmehr sachgerecht ist, in der Einhaltung zwingender gesetzlicher Regelungen keine Ungleichbehandlung nach dem AGG zu sehen, vgl. dazu *Schleusener* NZA-Beilage 2016, 50 (54). Auch soweit nur die Pflicht besteht, selbst Zielquoten für den Frauenanteil festzusetzen, kommt ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot in Betracht, da die angestrebte Erreichung selbst gesetzter Zielgrößen jedenfalls in die Entscheidungsfindung für die Auswahl eines Bewerbers einfließen könnte, vgl. dazu *Ohmann-Sauer/Langemann* NZA 2014, 1120 (1125); *Olbrich/Krois* NZA 2015, 1288 (1290).

51 Dabei kommt allerdings weder der Zielgrößenfestlegung noch ihrer Verfehlung eine Indizwirkung (§ 22 AGG) zu, und zwar weder zulasten des einen noch des anderen Geschlechts, *Kort* in: *GroßKomm-AktG*, § 76 Rn. 384 ff.

52 Das erscheint bei Bestehen einer zwingenden gesetzlichen Vorgabe zur Besetzung des Aufsichtsrats zu einem bestimmten Anteil mit Frauen zumindest möglich, vgl. dazu *Olbrich/Krois* NZA 2015, 1288 (1290 ff.).

53 Allerdings ist stets erforderlich, dass die konkrete Regelung dem Ausgleich bestehender Nachteile dient und die Grenzen der Verhältnismäßigkeit wahrt, vgl. da-

Verneint man eine Rechtfertigung, so liegt zwar ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG vor, im Ergebnis wird ein Schadensersatzanspruch aber wohl jedenfalls aufgrund des fehlenden Verschuldens bei Einhaltung einer zwingenden gesetzlichen Vorgabe scheitern.<sup>54</sup>

## II. Unionsrecht

### 1. Rechtsgrundlagen

Auf Unionsebene finden sich ebenfalls Regelungen zur Gleichberechtigung und Gleichstellung der Geschlechter. Diese verteilen sich auf die verschiedenen Rechtsgrundlagen der Union und sind in ihrer Gesamtheit zu sehen. Grundlegend benennt Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUV als Ziel der Union die Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung und Diskriminierung sowie die Förderung der Gleichstellung von Mann und Frau. Auch im AEUV finden sich diesbezügliche Vorschriften: Nach Art. 8 wirkt die Union bei all ihren Tätigkeiten auf die Beseitigung von Ungleichheiten und auf die Förderung der Gleichstellung von Mann und Frau hin. Weiterhin enthält Art. 19 Abs. 1 die Befugnis, geeignete Vorkehrungen zu treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts zu bekämpfen. Speziell mit der Gleichheit in Beschäftigungsfragen setzt sich Art. 157 auseinander. Zusätzlich ist die Gleichheit aller Personen vor dem Gesetz in der Grundrechte-Charta („GRCh“) verankert (Art. 20). Konkret verbietet Art. 21 Abs. 1 GRCh die Diskriminierung wegen des Geschlechts. Darüber hinaus sieht Art. 23 Abs. 1 GRCh vor, dass die Gleichheit von Männern und Frauen in allen Bereichen sicherzustellen ist. Schließlich beschäftigen sich auch sekundärrechtliche Maßnahmen mit der Gleichheit von Mann und Frau. Insbesondere enthält die Gleichbehandlungsrichtlinie<sup>55</sup> zum einen ein Diskriminierungsverbot (Art. 14) und zum anderen die Erlaubnis zum Erlass positiver Maßnahmen in bestimmten Grenzen (Art. 3). Auch das Uni-

---

zu *Kempter/Koch* BB 2012, 3009 (3013); *Olbrich/Krois* NZA 2015, 1288 (1292); *Schleusener* NZA-Beilage 2016, 50 (55); für Anwendbarkeit von § 5 AGG auch *Kort* in: *GroßKomm-AktG*, § 76 Rn. 387.

<sup>54</sup> *Olbrich/Krois* NZA 2015, 1288 (1293).

<sup>55</sup> Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), ABl. (EG) Nr. L 204, S. 23.

onsrecht kennt mithin die Zweiteilung zwischen der Verhinderung von Benachteiligungen und dem aktivem Hinwirken auf Gleichstellung.

## 2. Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht

Wie schon auf der Ebene des Verfassungsrechts kann es auch im Hinblick auf das Unionsrecht nicht bei einem bloßen Hinweis auf die Existenz der oben genannten Rechtsgrundlagen bleiben. Vielmehr sind auch hier die durch eine solche positive Maßnahme beeinträchtigten Rechtsgüter zu betrachten, wobei für eine abschließende Beurteilung der Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht eine umfassende Interessenabwägung erforderlich ist.<sup>56</sup> Dabei ist auch an die bisherige Rechtsprechung des EuGH zu Geschlechterquoten zu denken und zu überlegen, welche Rückschlüsse daraus gezogen werden können.

### a) Betroffene Rechtspositionen

An sich kommt auf Unionsebene auch ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten in Betracht.<sup>57</sup> Es besteht allerdings weitgehend Einigkeit, dass die Grundfreiheiten weder in der Gründungs- noch in der Sitzverlegungskonstellation betroffen sind.<sup>58</sup>

---

56 Auch hier werden lediglich die betroffenen Rechtspositionen genannt; für eine umfassende Bewertung wird auf die Ausführungen anderer Autoren verwiesen; vgl. in Bezug auf den Richtlinienvorschlag der Union *Stöbener/Böhm* EuZW 2013, 371 (375) sowie *Werthmüller*, Staatliche Eingriffe, 2017, S. 266 ff.; vgl. in Bezug auf die deutsche Quotenregelung *Grobe* AG 2015, 289 (301 f.) bzw. allgemein zu einer nationalen Regelung *Papier/Heidebach* ZGR 2011, 305 (329 ff.).

57 Konkret ist eine Betroffenheit von Niederlassungs- (Art. 49 AEUV) und Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV) denkbar.

58 Bei Gründung sowie bei Satzungssitzverlegung ist die Geschlechterquote lediglich eine unterschiedslos wirkende allgemeine Standortbestimmung, vgl. dazu *Grobe* AG 2015, 289 (301); *Papier/Heidebach*, ZGR 2011 305 (329); im Ergebnis auch *Werthmüller*, Staatliche Eingriffe, 2017, S. 211. Bei Verwaltungssitzverlegung wiederum scheidet eine Betroffenheit aus, weil dieser das Gesellschaftsstatut der Gesellschaft unberührt lässt, es also zu keiner Änderung des anwendbaren Rechts kommt, vgl. dazu *Grobe* AG 2015, 289 (302); *Papier/Heidebach* ZGR 2011, 305 (329 f.); teilweise a.A. *Weller/Harms/Rentsch/Thomale* ZGR 2015, 361 (370 ff.), die von der Anwendbarkeit der Quote auf Auslandsgesellschaften ausgehen, im Ergebnis aber aufgrund einer Rechtfertigung nach der Keck- bzw. Cassis-Formel ebenfalls die Betroffenheit der Grundfreiheiten verneinen, vgl. *Weller/Harms/*

Problematisch ist hingegen die Vereinbarkeit mit den in der Grundrechtecharta verankerten Grundrechten auf unternehmerische Freiheit nach Art. 16 GRCh<sup>59</sup> und auf Eigentumsfreiheit nach Art. 17 GRCh<sup>60</sup> sowie mit der Berufsfreiheit nach Art. 15 GRCh<sup>61</sup> und dem allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 20 GRCh.<sup>62</sup>

## b) Rechtsprechung des EuGH zu Gleichstellungsmaßnahmen

Der EuGH hat sich mehrfach zu Gleichstellungsmaßnahmen geäußert.<sup>63</sup> Die Rechtsprechung des EuGH lässt sich dabei folgendermaßen zusammenfassen: Geschlechterquoten sind zulässig, soweit (i) ein Leistungsvergleich zu erfolgen hat und (ii) eine Härtefallklausel<sup>64</sup> die Berücksichtigung

---

*Rentsch/Thomale* ZGR 2015, 361 (386 ff.); für Betroffenheit der Grundfreiheiten: *Schladebach/Stefanopoulou* BB 2010, 1042 (1045).

- 59 Vgl. dazu *Werthmüller*, Staatliche Eingriffe, 2017, S. 266 ff.; der Schutzbereich der unternehmerischen Freiheit erstreckt sich auch auf die Entscheidung über die Besetzung der Organe im Unternehmen und kann durch inhaltliche Vorgaben, wie beispielsweise die Quote, betroffen sein, vgl. dazu *Stöbener/Böhm* EuZW 2013, 371 (375); *Werthmüller*, Staatliche Eingriffe, 2017, S. 268.
- 60 Vgl. dazu *Werthmüller*, Staatliche Eingriffe, 2017, S. 273 f.; auch von Art. 17 GRCh wird das Anteilseigentum erfasst, welches sich auch auf die Freiheit in der Auswahl der Aufsichtsratsmitglieder des Unternehmens erstreckt; vgl. Teil 1:§ 2I.2.a).
- 61 Vgl. dazu *Werthmüller*, Staatliche Eingriffe, 2017, S. 279 f.
- 62 Eine Betroffenheit des Gleichheitssatzes kann nicht mit einem Verweis auf den formal neutralen Charakter einer „Geschlechterquote“ verneint werden, schließlich kann eine Quotenregelung nicht unabhängig von der gesellschaftlichen Situation gesehen werden, auf die sie Einfluss nimmt. Wenn also bislang ein Geschlecht tatsächlich unterrepräsentiert ist, dann bewirkt die Quote faktisch bis zur Erreichung der Mindestvorgabe eine Bevorzugung dieses Geschlechts, was mit einer Schlechterstellung des anderen Geschlechts einhergeht, vgl. dazu *Olbrich/Krois* NZA 2015, 1288 (1291); *Schleusener* NZA-Beilage 2016, 50 (53); zur Vereinbarkeit mit Art. 21 Abs. 1 GRCh vgl. *Werthmüller*, Staatliche Eingriffe, 2017, S. 274 ff.
- 63 EuGH, Urteil vom 17. Oktober 1995, C-450/93 = NJW 1995, 3109 = NZA 1995, 1095 (*Kalanke*); Urteil vom 11. November 1997, C-409/95 = NJW 1997, 3429 = NZA 1997, 1337 (*Marschall*); Urteil vom 28. März 2000, C-158/97 = NJW 2000, 1549 = NZA 2000, 473 (*Badeck*); vgl. dazu Darstellung bei *Evers*, Mindestanteilsgebot, 2019, S. 133 ff.
- 64 Wegen Fehlens einer solchen Klausel wurde die Konstellation in der *Kalanke*-Entscheidung als unzulässig angesehen (Rn. 22), während die der *Marschall*-Entscheidung zugrunde liegende Rechtsvorschrift aufgrund der Härtefallklausel als unionsrechtskonform eingeordnet wurde (Rn. 35).

besonderer Umstände ermöglicht.<sup>65</sup> Darüber hinaus sind Soll-Regelungen hinsichtlich der hälftigen Besetzung von Aufsichts- und Verwaltungsräten mit Frauen zulässig.<sup>66</sup>

Aus dieser Rechtsprechung könnte man ableiten, auch die Zulässigkeit von Geschlechterquoten sei von der Existenz eines Leistungsvorbehalts sowie einer Härtefallklausel abhängig. Allerdings befassen sich die Entscheidungen hauptsächlich mit Quoten für den Bereich der Einstellung und Beförderung. Daher stellt sich weiter die Frage, inwieweit die Erwägungen des EuGH überhaupt auf Quoten für die Gesellschaftsorgane übertragbar sind.<sup>67</sup>

---

65 Die eindeutige Konkretisierung auf diese beiden Voraussetzungen erfolgte in der *Badeck*-Entscheidung (Rn. 38).

66 EuGH, C-158/97 Rn. 65 f.

67 Auch diese Frage soll hier nicht abschließend beantwortet werden; vgl. stattdessen eingehend *Brandt/Thiele* AG 2011, 580 (583 ff.). Hinzuweisen ist lediglich auf Folgendes: Zwischen beiden Konstellationen bestehen jedenfalls signifikante Unterschiede, weshalb eine Übertragbarkeit teilweise grundsätzlich abgelehnt wird, so *Frost/Linnainmaa* AG 2007, 601 (610); *Wieland* NJW 2010, 2408 (2410). Andere Autoren nehmen ungeachtet dieser Unterschiede eine Übertragbarkeit an, so *Schleusener* NZA-Beilage 2016, 50 (54). Teilweise wird aus den bestehenden Unterschieden abgeleitet, Quoten für die Gesellschaftsorgane bzw. insbesondere für den Aufsichtsrat seien in weiterem Umfang zulässig als bei Einstellung und Beförderung, so dass auf die Voraussetzungen von Leistungsvorbehalt und Härtefallklausel verzichtet werden könne: Schließlich diene das Aufsichtsratsmandat anders als das Arbeitsverhältnis nicht der Sicherung des Lebensunterhalts und habe daher keine existenzielle Bedeutung für den Betroffenen; darüber hinaus werde bei der Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern – anders als bei Einstellung bzw. Beförderung – keine „eins-zu-eins-Auswahlentscheidung“ getroffen, vgl. dazu *Brandt/Thiele* AG 2011, 580 (585). Problematisch ist darüber hinaus, dass die Qualifikation von Kandidaten für den Aufsichtsrat insbesondere an ihrer Erfahrung gemessen wird, Frauen aber aufgrund ihrer bisher fehlenden Repräsentation in Führungspositionen eben regelmäßig weniger erfahren sind als die männlichen Mitbewerber. Daher darf „gleiche Qualifikation“ jedenfalls nicht bedeuten, dass eine vorherige Aufsichtsrats- oder Vorstandserfahrung erforderlich ist, wenn die Regelung nicht ihres Sinnes entleert werden soll, vgl. dazu *Bachmann* ZIP 2011, 1131 (1135). Allerdings kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass der EuGH eine Übertragbarkeit der von ihm entwickelten Grundsätze bejahen würde, vgl. *Bachmann*, ZIP 2011, 1131 (1135), zumal der EuGH Quoten für Gremien eben (nur) mit dem Verweis auf den Soll-Charakter für zulässig gehalten hat, vgl. *Stöbener/Böhm* EuZW 2013, 371 (376); Übertragbarkeit bejahend *Wertmüller*, Staatliche Eingriffe, 2017, S. 220; a.A. *Wieland* NJW 2010, 2408 (2410). Letztlich kann über die Beurteilung des EuGH nur gemutmaßt werden, ähnlich *Körner* in: FS Pfarr, 2010, S. 218 (S. 228): „Die Frage ist also noch nicht ausdiskutiert.“

c) Bedeutung des Richtlinienvorschlags für nationale Maßnahmen

Für die Frage der Vereinbarkeit nationaler Regelungen mit dem Unionsrecht kann außerdem der Richtlinienvorschlag der Kommission herangezogen werden, der einen Vorbehalt der gleichwertigen Qualifikation, sowie darüber hinaus Ausnahmeregelungen enthält.<sup>68</sup> Zwar würde die Richtlinie lediglich eine Mindestharmonisierung bewirken,<sup>69</sup> aus der noch nicht zwingend die Unzulässigkeit weitergehender Regelungen abgeleitet werden kann. Jedoch bringt sie mit dem Qualifikationserfordernis ein allgemeines Prinzip des Unionsrechts zum Ausdruck, welches eben auch mehrfach Gegenstand von Entscheidungen des Gerichtshofs gewesen ist.<sup>70</sup> Die Ausgestaltung des Richtlinienvorschlags ist jedenfalls ein Indiz dafür, dass die Mitgliedstaaten mit einer weitergehenden nationalen Regelung die Grenzen zulässiger Quotenvorgaben überschreiten könnten.

---

68 *Teichmann/Rüb* BB 2015, 259 (262).

69 COM(2012) 614 final, Erwägungsgrund 27 sowie Art. 7, vgl. außerdem S. 6, 12, 16: „Mindestharmonisierung“.

70 *Teichmann/Rüb* BB 2015, 259 (262).

## Teil 2: Quote und Zielgrößen in der Aktiengesellschaft

In Deutschland ist die maßgebliche Rechtsgrundlage für die Frauenförderung das einleitend genannte FüPoG mit seinen zwei Regelungsbestandteilen der starren Quote (dazu § 2) und der Flexiquote (dazu § 3).<sup>71</sup>

### § 1 Einführung

#### I. Hintergründe der Gesetzgebung

Unmittelbarer Zweck der Quote ist die Erhöhung des Frauenanteils in Führungspositionen und letztlich die Erreichung von Geschlechterparität.<sup>72</sup> Interessant ist, aus welchen Gründen dies als erstrebenswert angesehen wird. Zu nennen ist – neben gesellschaftspolitischen Erwägungen<sup>73</sup> – die Steigerung der Attraktivität des Wirtschaftsstandortes Deutschland und der Wettbewerbsfähigkeit der dort ansässigen Unternehmen.<sup>74</sup>

---

71 Darstellung des Gesetzes bei *Schulz/Ruf* BB 2015, 1155 und *Stüber* DStR 2015, 947. Die Frauenförderung in der SE sowie in MgVG-Gesellschaften bleibt hier ausgeklammert; sie wird in Teil 3:Quote und Zielgrößen in der Societas Europaea und Teil 4:Quote und Zielgrößen bei grenzüberschreitender Verschmelzung behandelt.

72 BT-Drs. 18/3784, S. 42.

73 Es soll die umfassende Gleichstellung von Mann und Frau im Berufsleben gefördert werden; dabei wird der stärkeren Repräsentanz von Frauen in Führungspositionen eine Signalwirkung zugeschrieben, durch die Frauen im Allgemeinen veranlasst werden könnten, sich um einen beruflichen Aufstieg zu bemühen, BT-Drs. 18/3784, S. 42.

74 BT-Drs. 18/3784, S. 42. So wurde in verschiedenen Studien eine positive Korrelation zwischen höheren Frauenanteilen und der Unternehmensleistung nachgewiesen, vgl. BMFSFJ, Frauen in Führungspositionen, S. 6 ff.; McKinsey&Company, Woman Matter (1), S. 14 ff.; zu den Ursachen und Hintergründen vgl. Bayer NZG 2013, 1 (8). Von anderer Seite wird darauf hingewiesen, die Feststellung dieses Zusammenhangs sei noch nicht mit einem Kausalitätsnachweis gleichzusetzen, da der höhere Frauenanteil auch ein Symptom einer bereits bestehenden besseren Corporate Governance sein könne, etwa als Konsequenz eines jüngeren und aktiveren Managements, vgl. *Hirte* Der Konzern 2011, 519 (521); *Koch* ZHR 175 (2011), 827 (847 f.); McKinsey&Company, Women matter (1), S. 14.

## II. Rechtliche Ausgangslage

Weiter ist zu beleuchten, in welchen bestehenden Regelungsrahmen sich die neuen Vorgaben einfügen. Für die Organbesetzung gab es lediglich in § 76 Abs. 3 AktG (für den Vorstand)<sup>75</sup> bzw. in §§ 100, 105 AktG (für den Aufsichtsrat) einige wenige Vorgaben, die sich im Wesentlichen auf die Inkompatibilität bestimmter Ämter und auf die Anforderungen hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit sowie der Freiheit von bestimmten Vorstrafen beschränken. Die Zusammensetzung des Aufsichtsrats wird zudem von verschiedenen Empfehlungen des Corporate Governance Kodex behandelt. Insbesondere gehört zu den nach Ziff. 5.4.1 Unterabs. 2 Satz 1 DCGK zu formulierenden konkreten Zielen für die Zusammensetzung auch eine angemessene Beteiligung von Frauen (Ziff. 5.4.1 Unterabs. 2 Satz 2 DCGK).<sup>76</sup> Dabei handelt es sich jedoch lediglich um eine Empfehlung, bei deren Nichterfüllung eine entsprechende Erklärung abzugeben ist, vgl. § 161 Abs. 1 Satz 1 AktG.<sup>77</sup>

---

75 Bzw. für die Geschäftsführer in der GmbH die Parallelregelung § 6 Abs. 2 GmbHG.

76 *Habersack/Kersten* BB 2014, 2819 (2821).

77 Zusätzlich könnte man überlegen, welche Möglichkeiten zur Erhöhung des Frauenanteils bereits vor Einführung der Quote *de lege lata* bestanden (Überblick bei *Redenius-Hövermann* ZIP 2010, 660 (661 ff.)). In Bezug auf den Vorstand ist unerlässlich, dass der Aufsichtsrat mehr Frauen in den Vorstand wählt; dies kann durch einen gesellschaftspolitisch bedingten Druck von außen sowie durch einen bereits erreichten höheren Frauenanteil im Aufsichtsrat begünstigt werden. In Bezug auf den Aufsichtsrat ist die Wahlvorschlagspflicht des Aufsichtsrats nach § 124 Abs. 3 AktG (die Aufsichtsratsmitglieder haben entsprechend der Sorgfaltsanforderungen nach §§ 93, 116 AktG die Pflicht, die am besten geeigneten Personen für die Wahl vorzuschlagen; die Wahlvorschlagspflicht kann dann weiterhelfen, wenn es eine Vielzahl besser qualifizierter Frauen gibt, darauf hinweisend *Redenius-Hövermann* ZIP 2010, 660 (662)) sowie die Wahlvorschlagsmöglichkeit nach § 127 AktG und die Wahlfreiheit der Hauptversammlung (wenn ein Zusammenhang zwischen Frauenanteil und Corporate Governance besteht, müsste es prinzipiell auch im Interesse der Anteilseigner liegen, Frauen zu bestellen, darauf hinweisend *Redenius-Hövermann* ZIP 2010, 660 (663)) zu beachten. Eine weitere Möglichkeit ist die Formulierung des Geschlechts als Wählbarkeitsvoraussetzung in der Satzung. Allerdings ist die Zulässigkeit nicht unbestritten; Überblick bei *Redenius-Hövermann* ZIP 2010, 660 (663); Zulässigkeit bejahend: *Habersack* in: *MünchKomm-AktG*, § 100 Rn. 18 und 58; *Evers*, *Mindestanteilsgebot*, 2019, S. 58 ff.; teilweise wird ein nachvollziehbarer sachlicher Grund gefordert: *Hopt/Roth* in: *GroßKomm-AktG*, § 100 Rn. 216; beachte auch *Redenius-Hövermann* ZIP 2010, 660 (663), die die Frage der Erforderlichkeit offen lässt, aber das Vorliegen eines entsprechenden sachlichen Grundes positiv beantwortet.

§ 2 Fixe Quote

Im Folgenden wird der Inhalt der gesetzlichen Regelung zur fixen Quote für die deutsche AG dargestellt.

I. Rechtmäßigkeit

Für die Vereinbarkeit von Quotenregelungen mit dem Verfassungs- und Unionsrecht sowie mit sonstigen einfachgesetzlichen Regelungen wird auf die Ausführungen im Rahmen der rechtlichen Einordnung verwiesen.<sup>78</sup>

II. Erfasste Gesellschaftsformen

Von der starren Quotenregelung des § 96 Abs. 2 AktG erfasst werden ausschließlich Aktiengesellschaften und über § 278 Abs. 3 AktG Kommanditgesellschaften auf Aktien. Dies ergibt sich sowohl aus der systematischen Stellung der Norm im Aktiengesetz, als auch aus dem Umstand, dass nur diese Gesellschaften (und insbesondere nicht solche in der Rechtsform der GmbH) an der Börse notiert werden können. § 96 Abs. 3 AktG stellt klar, dass die Quote auch für eine MgVG-AG gilt.<sup>79</sup> Darüber hinaus statuieren § 17 Abs. 2 SEAG und § 24 Abs. 3 SEAG für die dualistische sowie die monistische SE eine Geschlechterquote.<sup>80</sup>

---

78 Vgl. Teil 1:§ 2. Hingewiesen wird nochmals auf die ausführliche Erörterung von *Werthmüller*, Staatliche Eingriffe, 2017, S. 95 ff., der auch einen Reformvorschlag verfasst hat, welcher der diagnostizierten Verfassungswidrigkeit abhelfen könnte, vgl. dazu S. 283 ff. (Ausnahmeregelung für den Fall, dass ein Geschlecht mit weniger als 20% in der Gesamtbelegschaft vertreten ist, sowie Öffnungsklausel für den Fall, dass in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen) und als Alternative vorgeschlagen hat, die starre Quote durch eine Pflicht zur paritätischen Ausgestaltung der Wählerlisten zu ersetzen. Er geht davon aus, dies sei der „verfassungsrechtlich unbedenklichste Weg zur Verfolgung der Chancengleichheit“, da die „rechtswidrige Schaffung von Ergebnisgleichheit“ durch eine „verfassungsrechtlich erwünschte Gleichberechtigung“ ersetzt werde, vgl. dazu S. 246 f.

79 Vgl. noch Teil 4:§ 2.

80 Vgl. noch Teil 3:§ 2.

### III. Anwendungsvoraussetzungen

#### 1. Zeitlicher Anwendungsbereich

Der zeitliche Anwendungsbereich ergibt sich aus dem Einführungsgesetz zum Aktiengesetz (EGAktG), ergänzt durch die mitbestimmungsrechtliche Übergangsregelung des § 40 MitbestG.<sup>81</sup> Nach § 25 Abs. 2 EGAktG ist der Mindestanteil bei erforderlich werdenden Neuwahlen und Entsendungen ab dem 1. Januar 2016 zur Besetzung einzelner oder mehrerer Aufsichtsratssitze zu beachten. Demnach können vor diesem Termin stattfindende Wahlen jedenfalls ohne Berücksichtigung der Quotenvorgabe abgehalten werden.

Für danach stattfindende Wahlen gilt hingegen Folgendes: Aus einem Umkehrschluss zu § 25 Abs. 2 Satz 2 EGAktG ergibt sich, dass die Quotenvorgabe – sofern die Anzahl der neu zu besetzenden Sitze im Aufsichtsrat ausreichend ist – vollständig zu erfüllen ist. Das betrifft neben der umfassenden Neubesetzung des gesamten Aufsichtsrats Wahlvorgänge, durch die mindestens 30% der Sitze neu vergeben werden.<sup>82</sup> Im Extremfall kann die Quote daher bewirken, dass ausschließlich Frauen Zugang zum Aufsichtsrat erlangen können und Männer von vornherein von der Wahl ausgeschlossen sind. Die gleiche Situation ergibt sich, wenn weniger als 30% der Sitze neu besetzt werden.<sup>83</sup> Dann sind nämlich nach § 25 Abs. 2 Satz 2 EGAktG die frei werdenden Sitze mit Personen des unterrepräsentierten Geschlechts zu besetzen, um (wenigstens) eine sukzessive Steigerung des Anteils zu bewirken. Aus der Übergangsregelung des § 25 Abs. 2 EGAktG ergibt sich also, dass bis zur Erreichung des 30%-Anteils ausschließlich Frauen in den Aufsichtsrat gewählt werden dürfen.

Allerdings ist es nicht erforderlich, dass laufende Mandate abgekürzt werden, um den Platz für Frauen zu räumen. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut von § 25 Abs. 2 Satz 1 EGAktG („bei erforderlich werdenden Neuwahlen“) und wird ausdrücklich in § 25 Abs. 2 Satz 3 EGAktG

---

81 § 40 Abs. 2, Abs. 3 MitbestG konkretisieren hinsichtlich der arbeitnehmerseitigen Wahl im Fall der Getrennterfüllung, dass das MitbestG in der neuen Fassung auf bis zum 31. Dezember 2015 nicht abgeschlossene Wahlen Anwendung findet, wobei eine Wahl dann als abgeschlossen gilt, „wenn die Bekanntmachung der Mitglieder des Aufsichtsrates nach § 19 Satz 1 durch das zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugte Organ erfolgt ist“.

82 Beispiel erfolgt unter der Annahme, dass bislang keine Frau im Aufsichtsrat saß.

83 Beispiel erfolgt unter der Annahme, dass bislang keine Frau im Aufsichtsrat saß.