

Merck · Frankfurter Str. 250 · 64293 Darmstadt

Deutscher Bundestag  
Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin  
familienausschuss@bundestag.de

Datum 22. Februar 2021  
Bereich / Abt. LE  
Zuständig Dr. Friederike Rotsch  
Tel. +49 6151 / 72 3360  
Fax +49 6151 / 72 913360  
E-Mail friederike.rotsch@merckgroup.com

## **Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung der Regelungen für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst – FüPoG II**

### **I. Allgemeine Anmerkungen**

Gegenstand der vorliegenden Stellungnahme sind die gesellschaftsrechtlichen und praktischen Auswirkungen der vorgesehenen Regelungen auf Unternehmen der Privatwirtschaft. Wir unterstützen vollumfänglich das vom Gesetzesentwurf gesellschaftspolitisch angestrebte Ziel, den Anteil von Frauen in Führungspositionen sowohl im privaten als auch im öffentlichen Sektor zu erhöhen. Dennoch bedeuten die vorgesehenen Regelungen für Mindestbeteiligungen und verbindlich festzulegende Zielgrößen der Einzelgesellschaften einen erheblichen Eingriff in die internen Strukturen und Gremien privater Unternehmen. Mit unseren Anmerkungen konzentrieren wir uns auf die aus unserer Sicht wichtigsten praktischen Problem und unterbreiten Änderungsvorschläge, um das Gesetzesziel besser mit dem deutschen Aktien- und Gesellschaftsrecht in Einklang zu bringen.

Da dies aktuell der häufigere Fall ist, wird in den weiteren Ausführungen davon ausgegangen, dass die Frauen das gegenüber den Männern jeweils unterrepräsentierte Geschlecht sind. Die Ausführungen gelten selbstverständlich für den umgedrehten Fall entsprechend. Soweit sich der Gesetzesentwurf nur auf Frauen bezieht, wäre es wünschenswert und würde der Akzeptanz des Gesetzes dienen, auch diese Regelungen geschlechtsneutral auszugestalten.



## **II. Anmerkungen zur Umsetzung der Vorschläge in der Unternehmenspraxis**

### **1. Mindestbeteiligungsgebot nach § 76 Abs. 3a AktG-E**

Ein starres Mindestbeteiligungsgebot, wie es nun § 76 Abs. 3a AktG-E vorsieht, ist für Vorstandsorgane in der Privatwirtschaft abzulehnen. Es ist weder erforderlich noch in der konkreten Ausgestaltung zielführend.

Wie bereits die Gesetzesbegründung (RegE, S. 94) ausführt, werden gerade für kapitalmarktorientierte Unternehmen die Einhaltung von Nachhaltigkeitsstandards immer wichtiger, um für Investoren attraktiv zu bleiben. Zu diesen Nachhaltigkeitskriterien gehört auch Diversität und die Frauenförderung, so dass bereits ausreichende Instrumente zur Verfügung stehen.

### **Besonderen Sachverstand und Erfahrung bewahren – Verlängerungen vom Mindestbeteiligungsgebot ausnehmen**

Es besteht ein dringendes Bedürfnis für eine Ausnahmeregelung für die Verlängerung von bestehenden Vorstandsmandaten. In der Gesetzesbegründung (RegE, S. 95) ist nun zwar vorgesehen, dass bestehende Mandate bis zu ihrem regulären Ende wahrgenommen werden können. Das heißt zumindest für bestehende Mandate ist nun ein Bestandsschutz vorgesehen. Nach der jetzigen Fassung ist jedoch das Beteiligungsgebot für die Wiederbesetzung nach Ablauf der vorgesehenen Laufzeit nach § 26x Abs. 1 EGAktG-E (voraussichtlich ab Januar 2022) zwingend anzuwenden. Ohne eine Ausnahmeregelung für die Verlängerung eines bestehenden Mandats würde dies jedoch in der Praxis bedeuten, dass Vorstandsmandate selbst bei höchster Zufriedenheit mit der Leistung des betroffenen Kandidaten allein wegen der Zugehörigkeit zum „falschen“ Geschlecht nicht verlängert werden können. **Insofern besteht auch ein erhebliches Bedürfnis für Bestandsschutz bei einer Mandatsverlängerung.**

Im Hinblick auf die Mandatsverlängerung kann auch der Gesetzesbegründung (RegE, S. 95) nicht gefolgt werden, dass es keine Schwierigkeiten gebe, geeignete Frauen für freiwerdende Posten zu finden. Denn es geht gerade nicht darum, dass diese Posten freiwerden sollen. Vielmehr bestehen in der Praxis gewichtige Gründe – vor allem im Lichte einer guten Unternehmensführung – erfahrene und erfolgreiche Vorstandsmitglieder zu halten und in den aktienrechtlichen Grenzen für dieselbe Position neu zu bestellen. Andernfalls wären Unternehmen gezwungen,



hoch qualifizierte, auf ihrem Posten bewährte Vorstandsmitglieder zu verlieren. Aspekte wie fachliche Qualifikation, einschlägige Kenntnisse und Erfahrungen im Wirtschaftszweig und in der operativen Unternehmensleitung würden so ignoriert. Als Alternative kann nicht gewollt sein, ein „Quoten“-Ressort im Vorstand für Frauen zu schaffen, um bestehende bewährte Vorstandsmitglieder halten zu können.

Im Übrigen greift ein aus dem Beteiligungsgebot resultierendes faktisches Verlängerungsverbot auch in verfassungswidriger Weise in die grundrechtlich geschützte Berufsausübungsfreiheit des bisherigen Amtsinhabers aus Art. 12 Abs. 1 GG ein. Anders als beim Aufsichtsrat wo bisher eine feste Quote existiert, handelt es sich hier nicht nur um ein typisches Nebenamt, bei dem ein Eingriff durch übergeordnete Überlegungen zur Förderung der Geschlechtergleichheit gerechtfertigt werden kann, sondern um eine primäre berufliche Betätigung im Kernbereich des Art. 12 Abs. 1 GG. Hierin wird in verfassungswidriger Weise eingegriffen, wenn das Mandat eines Amtsinhabers, der seine Aufgaben bestens erfüllt hat, nur aus Quotengründen nicht verlängert werden darf.

### **Klarstellung bei Ausscheiden des unterrepräsentierten Geschlechts**

In der Gesetzesbegründung wird klargestellt, dass das vorzeitige Ausscheiden des unterrepräsentierten Geschlechts keine negativen Folgen für das verbleibende (faktisch gegen das Beteiligungsgebot verstoßende) Gremium hat (RegE, S. 95). Jedoch sei das Mindestbeteiligungsgebot für die Neubesetzung zu berücksichtigen. Es wäre wünschenswert, wenn im Gesetzestext klargestellt würde, dass sich die einzige Rechtsfolge von § 76 Abs. 3 Satz 1 AktG aus Satz 2 ergibt, wonach nur die Neubestellung eines Vorstandsmitglieds, d.h. die Berufung einer Person, die dem Vorstand bislang nicht angehört hat, unter Verstoß gegen das Beteiligungsgebot nichtig ist.

Im Interesse der Effizienz der Vorstandsarbeit sollte es möglich sein, Vorstandsposten zunächst unbesetzt zu lassen und die Aufgaben ggf. auf die anderen Vorstandsmitglieder zu verteilen. Dies sollte übrigens auch bei Fällen regulären Ausscheidens gelten.

### **Praktische Umsetzbarkeit für Unternehmen: Längere Übergangsfristen schaffen**

Nach dem Regierungsentwurf ist vorgesehen, dass das Mindestbeteiligungsgebot des § 76 Abs. 3a S. 1 AktG-E bereits acht Monate nach Inkrafttreten des Gesetzes gelten soll (vgl. § 26 x Abs. 1 EGAktG-E). Für einen derart kurzen Zeithorizont besteht zum einen keinerlei sachliche Notwendigkeit. Zum anderen wird diese Vorgabe in der betrieblichen Praxis von Unternehmen nicht ohne weiteres



einzuhalten sein. In der Praxis nimmt die Auswahl geeigneter Nachbesetzungen für Vorstandsmandate inklusive der zu führenden Sondierungsgespräche und Vertragsverhandlungen vielfach mehr Zeit in Anspruch. Insofern sollte für die praktische Umsetzbarkeit des Mindestbeteiligungsgebots eine großzügigere Übergangsfrist gewährt werden.

## **2. Zielgrößen für die oberen Führungsebenen – Angabe der absoluten Anzahl von Frauen nach § 76 Abs. 4 S. 2 AktG-E**

Der Regierungsentwurf sieht in § 76 Abs. 4 S. 2 AktG-E vor, dass künftig zusätzlich zum prozentualen Frauenanteil in den beiden oberen Führungsebenen auch die angestrebte absolute Zahl von Frauen angegeben wird.

### **Fundierte Zielgröße bezüglich der absoluten Anzahl von Frauen nahezu unmöglich**

Die Gesetzesbegründung führt aus, dass „mit der zusätzlichen Benennung der geplanten Gesamtzahl weiblicher Führungskräfte klargestellt [werde], dass Prozentangaben, die angesichts der Besetzungszahl der jeweiligen Führungsebene keine volle Person ergeben, keinesfalls zulässig sind“ (RegE, S. 96). Dabei wird jedoch verkannt, dass es sich bei den Führungsebenen unterhalb des Vorstands gerade nicht um Gremien handelt, bei denen die Mitgliederzahl von vornherein feststeht (so wie etwa beim Aufsichtsrat). Die Anzahl der Führungskräfte ist stets dynamisch – es dürfte kaum ein von § 76 Abs. 4 S. 2 AktG-E erfasstes Unternehmen in Deutschland geben, welches jedes Jahr exakt dieselbe Anzahl von Mitarbeitern in diesen beiden Führungsebenen aufweist. Eine fundierte Ausarbeitung und Festlegung einer Zielgröße bezüglich der absoluten Anzahl von Frauen ist daher schon bei normalem Geschäftsbetrieb nahezu unmöglich.

Hinzu kommen die vielfältigen Auswirkungen von internen Umstrukturierungen, Akquisitionen oder Veräußerungen auf die absolute Anzahl an Führungskräften und damit auch auf die absolute Anzahl von Frauen. Sie haben zur Folge, dass Unternehmen ständig Gefahr laufen, die Zielgrößen bzgl. der absoluten Anzahl zu verfehlen, selbst wenn sie die prozentuale Zielgröße erfüllen oder sogar übererfüllen.

Hierzu ein Beispiel: Ein Unternehmen gliedert einen Geschäftsbereich in eine eigenständige Tochtergesellschaft aus. Aufgrund des Unternehmensbezugs der Zielgrößen können die in die Tochtergesellschaft übergehenden Führungskräfte für die Erfüllung der Zielgröße nicht mehr gezählt werden; die bei der Zielsetzung angegebene absolute Anzahl der weiblichen Führungskräfte wird hierdurch verfehlt.



Das Unternehmen muss nun mit entsprechendem Aufwand in der Erklärung zur Unternehmensführung die fehlende Zielerreichung offenlegen und begründen, selbst wenn es die prozentuale Zielgröße erfüllt oder sogar übererfüllt hat. **Die erfolgreichen Bemühungen des Unternehmens werden hierdurch in den Hintergrund gedrängt, was in der öffentlichen Wahrnehmung bleibt, ist die Nichterfüllung der absoluten Zahl.**

Den dynamischen Veränderungen im Hinblick auf die absolute Anzahl von Führungskräften kann folglich nur durch die Angabe einer prozentualen Quote Rechnung getragen werden. Die Verpflichtung zur Angabe einer absoluten Anzahl stößt demgegenüber auf starke rechtliche Bedenken, da die Unternehmen diese Zahl nicht fundiert festlegen können.

### **Unterschiedliche Zielgrößen sorgen nicht für Transparenz, sondern für Intransparenz**

Das aufgeführte Beispiel macht gleichzeitig deutlich, dass die geplante Änderung nicht zur Transparenz beiträgt, sondern ganz im Gegenteil vielfach zu Intransparenz führt, wenn über die Verfehlung der absoluten Zielgröße bei gleichzeitiger Erfüllung der prozentualen Zielgröße berichtet werden muss. Die interessierte Öffentlichkeit wird dies immer als einen Widerspruch empfinden zu Lasten des Unternehmens.

Der Grund für die der geplanten Neuregelung immanente Intransparenz liegt darin, dass im Zeitpunkt der Festlegung der Zielgröße die absolute Anzahl von Frauen immer der prozentualen Anzahl entsprechen wird, wohingegen der erreichte Stand Ende der Zielerreichungsperiode praktisch nie deckungsgleich sein.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass es auch bei einer prozentualen Angabe immer ohne Weiteres möglich ist, den Ist- und Soll-Zustand miteinander zu vergleichen, und somit dem Transparenzinteresse ausreichend Rechnung zu tragen.

### **Absolute Zielgröße keine adäquate Flankierung der Begründungspflicht bei Zielgröße Null**

In der Gesetzesbegründung wird auf S. 96 ausgeführt, dass durch die geplante Zielgröße zur absoluten Anzahl von Frauen „*eindeutig und rechtssicher alle diejenigen Unternehmen von der neu eingeführten Begründungspflicht für die Zielgröße Null nach § 76 Absatz 4 Satz 3 AktG-E erfasst [werden], die von vornherein planen, nicht eine einzige Führungsposition mit einer Frau zu besetzen.*“ Das ist zwar gesetzestechnisch korrekt, könnte aber auch durch allgemeine klarstellende Regelungen erreicht werden. Der Einführung einer – wie oben



dargestellt problematischen – absoluten Zielgröße bedürfte es für die Aufstellung einer Begründungspflicht nicht.

Um sicherzustellen, dass Prozentzahlen auch jeweils eine „volle Person“ ergeben, könnte über ein „mindestens“ im Gesetzestext erreicht werden, dass immer aufgerundet werden muss. Dadurch würde ein theoretisch mögliches Abrunden auf Null unter Umgehung der Begründungspflicht vermieden.

### **Absolute Zielgröße verursacht gegenteilige Effekte**

Schlussendlich sehen wir das realistische Risiko, dass im Fall einer Pflicht zur Angabe der absoluten Anzahl von Frauen die Unternehmen künftig vorsichtiger bei der Setzung ambitionierter Zielgrößen sein werden, damit sie eben nicht über die Verfehlung der absoluten Zielgröße berichten müssen.

### **3. Zielgrößen konzernweit ausrichten**

Für die Festlegung der Zielgrößen auf den beiden oberen Führungsebenen gilt bisher ein starrer Bezug auf die Einzelgesellschaften. Im Rahmen der anstehenden Gesetzesänderung sollte die Gelegenheit ergriffen werden, diesen realitätsfernen Ansatz zu ändern und eine konzernweite Betrachtung zuzulassen.

Der rein auf die Gesellschaftsebene bezogene Ansatz ignoriert völlig die für die unternehmerische Ausrichtung sowie die Personalpolitik maßgeblichen Konzernbeziehungen. Personalstrategien werden heute von international tätigen Unternehmen konzernweit – häufig über die Grenzen Deutschlands hinaus – festgelegt. Ob ein bestimmter Bereich innerhalb des Konzerns eine eigene Gesellschaft darstellt oder nur eine unselbständige Abteilung, ist oft zufällig. Daher sollten auch Bestimmungen zur Geschlechterdiversifizierung den Weg gehen, der auf dem Feld der Mitbestimmung oder der Bilanzierung eingeschlagen wurde, und anstatt der isolierten Betrachtung der Einzelgesellschaft eine Konzernbetrachtung ermöglichen. Der unternehmensbezogene Ansatz trägt auch dem Umstand international tätiger Unternehmen nicht hinreichend Rechnung. Die Strukturen international agierender Unternehmen sind den Geschäftszweigen angepasst, so dass Führungskräfte unabhängig von der Zugehörigkeit zu anderen Ländern oder (gesellschafts-)rechtlichen Strukturen überall in der Welt tätig sind. Solche Matrixstrukturen gehören zur heutigen Arbeitswelt und basieren gerade nicht auf einer Zugehörigkeit zu einem einzelnen Unternehmen mit Sitz in Deutschland. In global tätigen Unternehmen entspricht es gängiger Praxis, dass Mitglieder der ersten und zweiten Führungsebene unterhalb der Geschäftsleitung auch in China, Südafrika oder den USA tätig sind, wo sie ihren lokalen Arbeitsvertrag haben. Diese Arbeitsverhältnisse außerhalb Deutschlands können somit bei der Festlegung von



Zielgrößen keine Berücksichtigung finden. Es muss klargestellt werden, dass Unternehmen frei darin sind, bei der Festlegung der Zielgrößen auch unabhängig bzw. anstelle von Gesellschaftsstrukturen Führungskräfte außerhalb Deutschlands – und damit konzernweit – einzubeziehen. Nur so lässt sich eine mögliche Benachteiligung international agierender Unternehmen mit Matrixstrukturen ausschließen und ein realistisches Bild über die tatsächliche Teilhabe von Frauen an Führungspositionen gewinnen.

Dr. Friederike Rotsch

