

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Familie,
Senioren, Frauen u. Jugend
Ausschussdrucksache
19(13)119h

Stellungnahme zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung

am 1. März 2021 im

Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des
Deutschen Bundestages

zum

- Gesetzesentwurf der Bundesregierung "Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung und Änderung der Regelungen für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst" (BT-Drs. 19/26689) einschließlich des Änderungsvorschlags des Bundesjustizministeriums für Justiz und für Verbraucherschutz hierzu,
- Antrag der Abgeordneten Nicole Bauer, Katja Suding, Grigorios Aggelidis, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP "Vereinbarkeit von Familie und Beruf in Führungsetagen durch Auszeiten ermöglichen" (BT-Drs. 19/20780) sowie zum
- Antrag der Abgeordneten Ullie Schauws, Claudia Müller, Katharina Dröge, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN "Frauen den Weg freimachen – Feste Quote für Unternehmensvorstände einführen" (BT-Drs. 19/25317)

von

Dr. Daniela Favoccia
Rechtsanwältin

Dr. Daniela Favoccia

Hengeler Mueller
Partnerschaft von
Rechtsanwälten mbB

Bockenheimer Landstr. 24
60323 Frankfurt a.M.

T +49 69 17095 382
F +49 69 17095 090

daniela.favoccia@hengeler.com
www.hengeler.com

HENGELERMUELLER

Vorbemerkung

- 1 Um meine eigenen Eindrücke aus der rechtlichen Beratung, als Aufsichtsrätin und als Mitglied der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex auf eine breitere Grundlage zu stellen, habe ich nach der Benennung als Sachverständige für die Zwecke dieser Stellungnahme
- 30 Gespräche mit vorwiegend weiblichen, aber auch männlichen Vorständen und Aufsichtsräten von börsennotierten Unternehmen (vor allem DAX-30 und MDAX),
 - zusätzlich einer Gruppe von ca. 10 Frauen aus der Führungsebene unterhalb des Vorstands geführt sowie
 - mit Personalberatern für Führungspositionen geführt.

Die Gespräche waren sehr instruktiv. Zur Frage des gesetzlichen Mindestbeteiligungsgebots und der Zielgrößen war das Bild – mit Nuancierungen im Detail – ganz überwiegend positiv. Bei der Frage der Auszeit, die ich mit ca. 25 der Gesprächspartner diskutiert habe, war das Meinungsspektrum größer. Das Kernanliegen des Vorschlags, die Haftungsfreistellung im Falle einer Auszeit klar zu regeln, fand aber ebenfalls sehr breite Zustimmung.

A. Gesetzesentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 19/26689) und Antrag der Grünen (BT-Drs. 19/25317)

I. Einführung

- 2 Im Mittelpunkt des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung steht die gesetzliche Mindestbeteiligung von Frauen in größeren Vorstandsgremien von börsennotierten und zugleich paritätisch mitbestimmten Unternehmen. Konkret sieht der Gesetzesentwurf vor, dass ab mindestens vier Vorstandsmitgliedern zumindest eine Frau und ein Mann Mitglied im Vorstand einer AG bzw. SE sein müssen. Die Nichtbeachtung dieses Mindestbeteiligungsgebots wird mit der Nichtigkeit der Bestellung des nicht dem Beteiligungsgebot entsprechenden Vorstandsmitglieds sanktioniert.
- 3 Diese Stellungnahme konzentriert sich auf praktische und gesellschaftsrechtliche Überlegungen zu den Gesetzesvorlagen. In dem im Auftrag des BMFSFJ erstellten Evaluationsgutachten zur Wirksamkeit des Gesetzes über die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst¹ ("FüPoG I") durch die Kienbaum Consultants International GmbH, Flick Gocke Schaumburg und ESCP Europe wird bezüglich der bereits geltenden gesetzlichen

¹ Bundesgesetzblatt Jahrgang 2015 Teil I Nr. 17, S. 642.

Regeln Klarstellungsbedarf aufgezeigt², der teilweise durchaus nachvollziehbar ist, z.B. in Bezug auf die Frage der Einbeziehung von Mitarbeiterinnen im Ausland. Da die dort genannten Themen nicht spezifisch für den vorgelegten Gesetzesentwurf sind, werden sie hier allenfalls am Rande behandelt. Trotzdem rege ich an, zu überprüfen, ob sie im Rahmen des neuen Gesetzesvorhabens aufgegriffen werden sollten. Die Stellungnahme befasst sich auch nicht mit den Regelungen, die den Öffentlichen Dienst betreffen. Es ist aber ausdrücklich zu begrüßen, dass auf Unternehmen mit Mehrheitsbeteiligung des Bundes die fixe Mindestquote für den Aufsichtsrat nun auch Anwendung finden soll. Die Stellungnahme geht schließlich nicht auf die Frage ein, inwieweit die Gesetzesvorlagen mit dem Verfassungsrecht und dem Europarecht vereinbar sind.

II. Eindrücke aus der Praxis

- 4 Das FÜPoG I hat wertvolle Impulse gesetzt. Die freiwillige Selbstverpflichtung hat aber nicht zum Durchbruch geführt. So liegt der Frauenanteil in Vorständen der Top-200 Unternehmen in Deutschland nur bei rund 12%.³ Gespräche mit Frauen in Führungspositionen und mit Personalvermittlungsgesellschaften für Führungspositionen zeigen, dass es grundsätzlich keinen Mangel an qualifizierten Frauen gibt. Oft genügt es schon, das Anforderungsprofil offener zu formulieren und/oder einen Blick über die staatlichen Grenzen zu werfen, um qualifizierte weibliche Talente im Bewerberpool zu haben. In nahezu allen Gesprächen wurde darauf hingewiesen, dass dem persönlichen Engagement des/der Vorstandsvorsitzenden und des/der Aufsichtsratsvorsitzenden eine zentrale Rolle zukommt. Mit ihrer Unterstützung kann in kurzer Zeit viel, ohne ihre Unterstützung kann nichts erreicht werden. Ähnliches gilt für den Personal- oder Präsidialausschuss des Aufsichtsrats, der die Bestellung der Vorstandsmitglieder vorbereitet und in dem auch Frauen vertreten sein sollten. Längst nicht bei allen DAX-30-Unternehmen und erst recht nicht bei den MDAX-Unternehmen ist dies aktuell der Fall.
- 5 Faktisch haben Unternehmen zwei Möglichkeiten bei der Besetzung von vakanten Vorstandsposten: Entweder positionieren sie Frauen aus den eigenen Reihen, die sich in Führungspositionen unterhalb der Vorstandsebene bewährt haben. Die seit 2015 gesetzlich vorgesehene Festsetzung von Zielgrößen für den Frauenanteil für die beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstands setzt hier an. Es gibt viel Potential im eigenen Mitarbeiterkreis, das die Unternehmen gezielt heben sollten. Die Besetzung von Führungspositionen auch mit internen weiblichen Kandidaten liegt im Unternehmensinteresse und kann in vielerlei Hinsicht ein Wettbewerbsvorteil sein. Aus der Praxis wird allerdings berichtet, dass geeignete interne Kandidatinnen dem Aufsichtsrat oft nicht bekannt sind – hier gilt es, die Visibilität der Frauen im eigenen Unternehmen zu erhöhen. In jedem Fall sollten sich Aufsichtsräte bei der internen Suche durch die HR Abteilung des

² https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/FuePog_Evaluationsgutachten.pdf?__blob=publicationFile&v=1, dort S. 161 ff. (letzter Abruf: 24.02.2021).

³ DIW Wochenbericht Nr. 3/2021, S. 22, abrufbar unter https://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.808782.de/21-3-2.pdf (letzter Abruf: 17.02.2021).

Unternehmens unterstützen lassen und sich nicht allein auf die persönlichen Netzwerke und/oder externe Berater verlassen. Eigene Netzwerke sind zwar wichtig, naturgemäß aber auch begrenzt. Externe Berater kennen die internen Führungskräfte unterhalb des Vorstands in der Regel nicht.

- 6 Alternativ kann die Besetzung des Vorstands mit externen Kandidatinnen erfolgen. In der Vergangenheit war zu beobachten, dass gerade weibliche Vorstandsmitglieder öfter von außen hinzugeholt als aus dem eigenen Unternehmen gewonnen wurden. Dabei wird insbesondere von Unternehmen in technischen, klassischerweise männlich geprägten Branchen in Frage gestellt, dass es geeignete Kandidatinnen gibt. Um diesen Teufelskreis zu durchbrechen, hilft es, den Rahmen für potentielle Kandidaten/innen weiter zu stecken. Im Ausland sind fachfremde Quereinsteiger(innen) keine Seltenheit. Gerade im europäischen Ausland gibt es ausreichend potentielle Kandidatinnen mit technischem Sachverstand. Es sollte nicht vergessen werden, dass auch bei männlichen Vorständen und sogar Vorstandsvorsitzenden vor allem Volks- und Betriebswirte und Juristen vertreten sind. Wenn man nicht zwingend auf Deutsch als Muttersprache besteht, stehen noch mehr Kandidatinnen zur Verfügung. Englischsprachige Boards sind nicht nur im europäischen Ausland anzutreffen; sie funktionieren auch in Deutschland. Ein Umdenken ist also auch hier gefragt.
- 7 Insgesamt sollte besonderes Augenmerk auf ein sorgfältiges Onboarding gelegt werden, sonst ist das Frustrationspotential auf beiden Seiten hoch. Jede Frau ist für ihren Erfolg selbst verantwortlich – Unterstützung und Rückendeckung braucht sie für ein Vorstandsamt aber genauso wie ihre männlichen Kollegen. Auch hier haben die Gremiovorsitzenden die Chance, mit einem klaren Bekenntnis zu und Vertrauen in ihre weiblichen Kollegen einen Kulturwandel herbeizuführen. Ein Coaching für den gesamten Vorstand kann dabei beiden Seiten helfen, sich in diversen Teams zurechtzufinden und im Interesse des Unternehmens erfolgreich zusammenzuarbeiten.
- 8 Die vorangegangenen Überlegungen zeigen: Es gibt vielfache Ansatzpunkte zur Erhöhung des Anteils von Frauen in Spitzenpositionen deutscher Unternehmen. Die bestehenden Möglichkeiten haben die Unternehmen bislang nicht hinreichend für sich genutzt. Mit nur 12,8 % ist der Frauenanteil bei den DAX-30-Unternehmen im Krisenjahr 2020 laut einer Studie der Allbright Stiftung nicht wie in den Vorjahren weiter angestiegen, sondern auf den Stand von 2017 zurückgefallen. Ganz anders ist die Situation im Ausland. In den USA, Großbritannien, Schweden, Frankreich und Polen werden laut der Studie in der Krise kontinuierlich diverse Führungsteams aufgebaut. Der Frauenanteil im Top-Management ist teilweise mehr als doppelt so hoch wie bei den DAX-30-Unternehmen, die im internationalen Vergleich den letzten Platz belegen und immer weiter zurückfallen.⁴

⁴ Allbright Stiftung Bericht September 2020, S. 5, abrufbar unter:
https://static1.squarespace.com/static/5c7e8528f4755a0bedc3f8f1/t/5f7cb22f2f46821aa896e185/1602007640517/AllBrightBericht_Herbst+2020.pdf (letzter Abruf: 19.02.2021).

III. Bewertung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (BT-Drs. 19/26689)

1. Allgemeine Erwägungen

a) Mindestbeteiligungsgebot

9 Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung ist vor diesem Hintergrund grundsätzlich notwendig und zu begrüßen. Der nachhaltige Wille der Entscheidungsträger, Frauen aktiv in Führungspositionen zu bringen und dort zu unterstützen, ist das fehlende, aber entscheidende Puzzleteil auf dem Weg zu einer gleichberechtigten Beteiligung von Frauen in Spitzengremien. Wo dies bislang nicht gelang, kann das Mindestbeteiligungsgebot einen wichtigen Impuls geben. Maßgeblichen Einfluss auf einen tiefgreifenden Wandel haben aber auch Aktionäre, Investoren und andere Stakeholder⁵, vor allem auch in jenen Unternehmen, die dem geplanten Mindestbeteiligungsgebot nicht unterliegen. Stimmrechtsberater und institutionelle Investoren haben schon für die Hauptversammlungssaison 2021 ihre Abstimmungsempfehlungen und Guidelines verschärft und einen besonderen Fokus auf Diversität im Vorstand (und Aufsichtsrat) gelegt.⁶

10 Betroffen sind von dem im Gesetzesentwurf vorgesehenen Mindestbeteiligungsgebot derzeit nur etwa 70 Unternehmen, von denen 31 keine Frau im Vorstand haben.⁷ Es ist kaum vorstellbar, dass sich in den nächsten Jahren – bestehende Vorstandsmandate bleiben von der Mindestbeteiligungsquote richtigerweise unberührt – nicht mindestens 31 geeignete Frauen für Vorstandspositionen finden. Eine entsprechende Härtefallregelung, wie sie teilweise vorgeschlagen wird, ist nicht zielführend. Es geht nicht um die Beteiligung einer kleinen Minderheit, sondern um die faire Repräsentanz eines großen Teils der Gesellschaft. Etwas mehr als die Hälfte der in Deutschland lebenden Menschen sind

⁵ Interessant ist etwa die Regel von Goldman Sachs, wonach die Bank Börsengänge nur noch dann begleitet, wenn mindestens eine bzw. zwei Frauen im Board des Unternehmens vertreten sind, Mitteilung vom 23. Januar 2020, <https://edition.cnn.com/2020/01/23/investing/goldman-sachs-ipo-diversity/index.html> (letzter Abruf: 26.02.2021).

⁶ So gibt etwa der Stimmrechtsberater ISS in seiner Abstimmungsrichtlinie an, dass gegen die Entlastung des/der Aufsichtsratsvorsitzenden gestimmt werden soll, wenn im Vorstand und im Aufsichtsrat nicht je mindestens 30% beider Geschlechter vertreten sind. Ebenfalls sehen z.B. die Abstimmungsrichtlinien der Investmentgesellschaft BlackRock vor, dass mindestens zwei weibliche Mitglieder im Vorstand und im Aufsichtsrat vertreten sein müssen. ISS Continental Europe Proxy Voting Guidelines Benchmark Policy Recommendations, S. 13, abrufbar unter: <https://www.issgovernance.com/file/policy/active/emea/Europe-Voting-Guidelines.pdf>; BlackRock Proxy voting guidelines for European, Middle Eastern, and African securities, S. 6, abrufbar unter: <https://www.blackrock.com/corporate/literature/fact-sheet/blk-responsible-investment-guidelines-emea.pdf> (jeweils letzter Abruf: 23.02.2021).

⁷ Mitteilung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend vom 06.01.2021, abrufbar unter: <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/service/gesetze/zweites-fuehrungspositionengesetz-fuepog-2/164226> (letzter Abruf: 17.02.2021).

Frauen.⁸ Das Mindestbeteiligungsgebot schränkt das Auswahlermessen des Aufsichtsrats deswegen auch nicht unverhältnismäßig ein. Vielmehr muss sich der Aufsichtsrat fragen, ob er sein Auswahlermessen richtig ausübt, wenn er qualifizierte Frauen nicht aktiv sucht und bei der Entscheidung berücksichtigt.

11 Es besteht auch nicht die Gefahr, dass eine Frau im Vorstand, die zur Erfüllung des Mindestbeteiligungsgebots bestellt wurde und bei der Amtsausübung Defizite zeigt, wegen der gesetzlichen Regelung faktisches Erpressungspotential hätte und schwerer auszutauschen wäre. Der dem Unternehmensinteresse verpflichtete Aufsichtsrat kann und wird – schon allein um eigene Haftungsrisiken zu vermeiden – die erprobten aktienrechtlichen Mittel, Vorstandsmitglieder kurzfristig auszutauschen, im Ernstfall einsetzen. Auch Frauen müssen sich bewähren und sind nicht unersetzbar, selbst wenn für das Ersatzmitglied wiederum das Mindestbeteiligungsgebot gilt. Das gilt umso mehr, als der Bewerberpool kontinuierlich größer wird, da die Unternehmen in den letzten Jahren gezielte Bemühungen unternommen haben, den Frauenanteil in den Führungsebenen unterhalb des Vorstands zu erhöhen.

12 Das im Hinblick auf eine gute Corporate Governance wichtigste Argument ist, dass Unternehmen mit diversen Führungsgremien besser aufgestellt sind⁹: Auch Quotengegner erkennen an, dass Diversität in den Gremien positive Auswirkungen auf die Qualität und Akzeptanz der Unternehmensführung hat. Dabei geht es nicht nur, aber auch um das Geschlecht der Vorstandsmitglieder. Frauen und Männer gehen Themen oft unterschiedlich an. Das ist positiv – die Arbeitsweise im Gremium wird auf eine breitere Grundlage gestellt. Das Mindestbeteiligungsgebot von einer Frau im Vorstand hat daher gute Chancen, die Corporate Governance insbesondere in kleineren Vorständen zu verbessern. In sehr großen Gremien wird es für eine Frau allein indes schwer sein, spürbaren Einfluss auszuüben. Es ist daher zu begrüßen, dass in einigen der Unternehmen mit großen Vorständen schon heute mehr als eine Frau im Vorstand vertreten ist¹⁰. Es ist zu überlegen, ob man vor diesem Hintergrund größenabhängig (z.B. für Vorstände mit 7 oder mehr Mitgliedern) über die Zeit (z.B. in fünf Jahren) ein Mindestbeteiligungsgebot von zwei Frauen vorschreiben sollte. Die betroffenen Unternehmen hätten dann genügend Zeit, sich darauf einzustellen und die Führungsebenen unterhalb des Vorstands

⁸ Statistik der Statista GmbH: Bevölkerung – Zahl der Einwohner in Deutschland nach Geschlecht bis 2019, abrufbar unter:

<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/161868/umfrage/entwicklung-der-gesamtbevoelkerung-nach-geschlecht-seit-1995/> (letzter Abruf: 19.02.2021).

⁹ Dies betont auch die Nasdaq Stock Market LLC: Proposal to advance board diversity and enhance transparency of diversity statistics through new proposed listing requirements vom 1.12.2020, S. 9, mit Hinweis auf zahlreiche Studien, abrufbar unter:

<https://listingcenter.nasdaq.com/assets/RuleBook/Nasdaq/filings/SR-NASDAQ-2020-081.pdf> (letzter Abruf: 23.02.2021).

¹⁰ Z.B. in den Vorständen der Allianz SE, der Beiersdorf AG und der Deutsche Telekom AG, hier sind jeweils drei Frauen vertreten. Bei BASF SE, Daimler AG, Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA sind zwei Frauen vertreten.

entsprechend aufzubauen. Die gute Corporate Governance würde darunter sicher nicht leiden, im Gegenteil.

13 Das im Gesetzesentwurf vorgesehene Mindestbeteiligungsgebot birgt ein gewisses Umgehungspotential. Den Kritikern des Mindestbeteiligungsgebots ist insoweit zuzustimmen: Man kann dem Anwendungsbereich der Mindestbeteiligungsquote entgehen, indem man entweder die Börsennotierung, die paritätische Mitbestimmung oder die Anzahl von mehr als drei Vorstandsmitgliedern vermeidet oder ins Ausland flieht. Die Existenz von Umgehungsmöglichkeiten sollte aber kein Argument gegen den Erlass einer gesetzlichen Regelung sein – Umgehungsmöglichkeiten sind jedem Gebot oder Verbot immanent. Man kann versuchen, ihnen durch kluge Rechtssetzung so weit wie möglich zu begegnen. Vor allem wird es aber auf die Bewertung etwaiger Umgehungsversuche durch die betroffenen Stakeholder ankommen. Investoren und Aktionäre müssen aufhorchen, wenn zum Beispiel Vorstände verkleinert oder Börsengänge wegen der Mindestbeteiligung unterlassen werden. Letzteres halte ich übrigens für extrem unwahrscheinlich. Die durch einen Börsengang erzielbaren Vorteile werden gegen das Mindestbeteiligungsgebot vorhandene Vorbehalte immer ausräumen. Das regelt der Markt selbst. Und das Ausland ist schon längst keine sichere Bastion gegen Diversität mehr. Im Gegenteil sind viele unserer europäischen Nachbarn schon vorausgegangen, bemerkenswerterweise nicht nur die nordischen Länder, sondern auch unsere Nachbarn im Süden, wie Italien, bei dem man vielleicht eine eher konservative Haltung vermutet hätte.¹¹

14 Für das Mindestbeteiligungsgebot, das letztlich nur einen Bruchteil der deutschen Unternehmen und dort nur die Vorstände betrifft, spricht auch die von ihm ausgehende Wirkung für den gesamten deutschen Markt und auch für jedes vom Mindestbeteiligungsgebot betroffene Unternehmen selbst. Den betroffenen Unternehmen wird zu Recht eine Leuchtturmfunktion mit hoher gesellschaftlicher Identifikationskraft beigemessen. Erfahrungen mit der für den Aufsichtsrat bestimmter Unternehmen bereits geltenden Frauenquote zeigen: Unternehmen, deren Aufsichtsrat der Quotenregelung unterliegt, weisen im Vergleich eine höhere Tendenz auf, auch sonstige Schlüsselpositionen im Unternehmen mit weiblichen Führungskräften zu besetzen. Generell gibt es zahlreiche statistische Hinweise darauf, dass ein höherer Frauenanteil im Spitzengremium eines Unternehmens eine Strahlkraft (Impulswirkung) auf die Besetzung weiterer Positionen im Unternehmen hat.¹² Positiv ist auch zu bemerken, dass der Gesetzesentwurf schon jetzt Impulse setzt, Diskussionen wiederbelebt und nach den Berichten von Marktteilnehmern

¹¹ Der italienische Gesetzgeber gibt in Artikel 147-ter Abs. 1-ter und Art. 148 Abs. 1-bis des Decreto legislativo 58/1998, Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria vor, dass in den Geschäftsführungs- und Aufsichtsorganen von börsennotierten Unternehmen das unterrepräsentierte Geschlecht mindestens zwei Fünftel der Sitze einnehmen muss.

¹² DIW Wochenbericht Nr. 3/2021, S. 32, abrufbar unter: https://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.808782.de/21-3-2.pdf (letzter Abruf: 17.02.2021).

Unternehmen veranlasst hat, das Thema im Vorfeld einer gesetzlichen Regelung eigeninitiativ aufzugreifen.

b) Zielgrößen im Allgemeinen

15

Hinsichtlich der Zielgrößen für die Führungsebenen unter dem Vorstand und für Vorstand und Aufsichtsrat von Unternehmen, die nicht dem Mindestbeteiligungsgebot im Vorstand oder der Quote im Aufsichtsrat unterliegen, sind die vorgesehenen moderat verschärften Begründungs- und Berichtspflichten zu begrüßen. Positiv ist, dass zukünftig nicht nur der prozentuale Anteil, sondern auch die geplante Gesamtzahl weiblicher Führungskräfte angegeben werden muss. Hier bestand in der Vergangenheit Umgehungspotential, wenn ein Unternehmen mit einem dreiköpfigen Vorstand sich etwa eine Zielgröße von 25 % setzte und so – ohne sich formal eine Nullquote zu geben – zur Erfüllung der Zielgröße faktisch keinen Vorstandsposten weiblich besetzen musste. Allerdings kann die Gesamtzahl der Mitarbeiter auf den Führungsebenen unterhalb des Vorstands in einem Zeitraum von fünf Jahren durchaus schwanken. Deswegen könnte überlegt werden, die Pflicht, auch die geplante Gesamtzahl weiblicher Führungskräfte anzugeben, nur für den Vorstand und den Aufsichtsrat vorzusehen. Alternativ könnten die Unternehmen in solchen Fällen am Ende des Bezugszeitraums aber auch über die Entwicklung der Mitarbeiterzahl berichten und darlegen, inwieweit sich die ursprünglich festgelegte Gesamtzahl (z.B. infolge eines Konzernumbaus) überholt hat. Möglich ist auch, dass die Unternehmen die Zielfristen für die Führungsebenen unterhalb des Vorstands kürzer setzen und nicht den maximalen Bezugszeitraum von fünf Jahren ausschöpfen. Bezüglich des Verschlechterungsverbots in §§ 76 Abs. 4 Satz 5, 111 Abs. 5 Satz 5 AktG-E sollte in der Gesetzesbegründung klargestellt werden, dass sich das Verschlechterungsverbot nur auf den tatsächlich erreichten Frauenanteil bezieht. Bei Festsetzung einer neuen Zielgröße darf also (nur) der tatsächlich erreichte Anteil (nicht aber die vorher gesetzte Zielgröße) nicht mehr unterschritten werden, wenn der Frauenanteil bei Festlegung der neuen Zielgröße unter 30 % liegt. In der Rechtsliteratur finden sich zu dieser praxisrelevanten Frage für das bisherige Verschlechterungsverbot noch unterschiedliche Auffassungen.

c) Zielgröße Null

16

Zudem war bislang irritierend, dass Unternehmen kommentarlos Zielgröße Null festlegen konnten, wovon auch vielfach Gebrauch gemacht wurde. Allerdings macht der Gesetzesentwurf nur wenige konkrete Vorgaben für die inhaltlichen Anforderungen der zukünftig erforderlichen Begründung einer gesetzten Zielgröße Null. Eine weitere Konkretisierung ist indes nur bedingt zielführend: Wenn ein Unternehmen sich Zielgröße Null setzen will, wird es immer einen Weg finden, dies – auch unter Beachtung konkreter Vorgaben – irgendwie zu begründen. Letztlich werden bei durchsichtigen Begründungen Investoren, Aktionäre und die interessierte Öffentlichkeit gefragt sein: Das den Berichts- und Begründungspflichten zugrundeliegende Prinzip *Naming & Shaming* funktioniert nur dort, wo Reputationsschäden überhaupt ernsthaft zu befürchten sind.

d) Berichtspflichten

17 Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass die Begründung in die Erklärung zur Unternehmensführung aufzunehmen ist (§ 289f Abs. 2 Nr. 4 HGB-E), die entweder als Teil des Lageberichts oder gesondert auf der Website des Unternehmens zu veröffentlichen ist (§ 289f Abs. 1 HGB). Dabei besteht die Gefahr, dass die Begründung im Konvolut der sehr kleinteiligen Berichtspflichten des § 289f HGB "untergeht". Deswegen ist zu überlegen, ob die entsprechenden Informationen auch an hervorgehobener Stelle, z.B. auf der Internetseite der Gesellschaft bei den Informationen zur Governance, knapp aber präzise aufzunehmen sind. Die NASDAQ-Unternehmen etwa sollen nach dem vorgelegten Entwurf zukünftig verpflichtet werden, die Diversität ihres Boards in einem standardisierten Offenlegungsverfahren ("*Board Diversity Matrix*") zu veröffentlichen. Hierdurch soll eine einheitliche und vergleichbare Datenlage über die personelle Zusammensetzung der Boards aller gelisteten Unternehmen geschaffen werden, die insbesondere Investoren einen schnellen und fundierten Überblick über die Diversität des Boards ermöglicht.¹³ Nach § 289f Abs. 2 Nr. 4 HGB-E ist außerdem – wie bislang auch – vorgesehen, dass nicht jährlich, sondern erst nach Ablauf des Bezugszeitraums zu berichten ist, ob die festgelegten Zielgrößen erreicht worden sind. Es sollte erwogen werden, den Unternehmen, die ihre Ziele noch nicht erreicht haben, aufzugeben, jährlich (kurz) über den Fortschritt bei der Zielerreichung zu berichten. So erhalten die Marktteilnehmer kontinuierlich einen Eindruck von den Bemühungen und Erfolgen des Unternehmens bei der Erreichung der Zielgrößen, ohne dass damit ein großer bürokratischer Aufwand verbunden sein muss.

e) Rahmenbedingungen ("Quote Plus")

18 Neben den Zielgrößen, von denen unbestritten eine wichtige Impulswirkung ausgeht, ist vor allem für die Führungsebenen unterhalb des Vorstands die stete Verbesserung der Rahmenbedingungen wichtig. Es muss möglich sein, in diesem Stadium der Karriere Familie und Beruf zu vereinbaren und insbesondere durch die Geburt eines Kindes nicht auf der Karriereleiter "abgehängt" zu werden. Eine flächendeckende, für alle zugängliche Kinderbetreuung ist hierfür unabdingbar. Auf diesem Gebiet wurde in den letzten Jahren bereits sehr viel in Bewegung gesetzt, Verbesserungspotential gibt es immer. Die Unternehmen selbst haben hier die Gelegenheit, aktiv zu werden und durch entsprechende Maßnahmenpakete Vorreiter zu werden und Marktstandards zu setzen. Es gibt hierzu einige interessante Programme unter dem Label "Quote Plus". Daneben sind Teamstrukturen und kluge Arbeitsverteilung erforderlich, die eine kurzfristige Vertretung einer Kollegin in Notfällen ermöglichen. Flexible Arbeitszeiten und die Möglichkeit, im Homeoffice zu arbeiten, sollten weiter etabliert werden. Die Covid-19 Pandemie hat gezeigt, dass die Effizienz und Qualität der Arbeit darunter nicht leiden muss.

¹³ Nasdaq Stock Market LLC: Proposal to advance board diversity and enhance transparency of diversity statistics through new proposed listing requirements vom 1.12.2020, S. 6, 9, 56, abrufbar unter: <https://listingcenter.nasdaq.com/assets/RuleBook/Nasdaq/filings/SR-NASDAQ-2020-081.pdf> (letzter Abruf: 23.02.2021).

2. Gesellschaftsrechtliche Überlegungen

19 Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht bestehen keine grundlegenden Bedenken gegen den Gesetzesentwurf, auch wenn er an verschiedenen Stellen Diskussions- und Verbesserungspotential eröffnet.

a) Nichtigkeitsfolge

20 Die im Gesetzentwurf vorgesehene Nichtigkeitsfolge der Bestellung eines Vorstandsmitglieds entgegen dem Mindestbeteiligungsgebot ist ein scharfes Schwert. Auswirkungen auf die Handlungsfähigkeit des Vorstands dürfte das Mindestbeteiligungsgebot indes nur in Ausnahmefällen haben. Nach § 76 Abs. 2 AktG muss der Vorstand aus mindestens einer bzw. – bei einem Grundkapital von mehr als drei Millionen Euro – zwei Personen bestehen. Bleibt ein vierter Vorstandsposten infolge des Mindestbeteiligungsgebots unbesetzt (leerer Stuhl), würde der Vorstand immer noch die gesetzlich vorgesehene Mindestanzahl erreichen. Eine Ausnahme gilt nur für den – in der Praxis eher seltenen¹⁴ – Fall einer Satzungsregelung mit einer darüber hinausgehenden Mindestanzahl der Vorstandsmitglieder. Sollte die Satzung mehr als drei Vorstandsposten vorsehen, so könnte der Vorstand infolge des Mindestbeteiligungsgebotes satzungswidrig unterbesetzt sein. Hierdurch könnten, nach herrschender Literaturmeinung, keine Maßnahmen des Gesamtvorstands mehr durchgeführt werden.¹⁵ Einige Fragen wird die Praxis auch selbst regeln. Sollte es zu der ungewöhnlichen Situation kommen, dass vier Vorstandsmitglieder gleichzeitig neu zu bestellen sind und davon kein Kandidat eine Frau ist, wird der Aufsichtsrat die Bestellung zeitlich staffeln, sodass es keine Streitigkeiten darüber gibt, welche Bestellung nichtig ist.

b) Übergangsregelungen

21 Hinsichtlich der Übergangsregelungen ist anzumerken, dass das neue Mindestbeteiligungsgebot für den Vorstand, laut Gesetzesentwurf, ab dem Monatsersten des achten Kalendermonats nach Inkrafttreten des FöPoG II gelten soll. Bis zu diesem Stichtag können bestehende Mandate bis zu ihrem vorgesehenen Ende wahrgenommen werden. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass betroffene Unternehmen die Bestellungen ihrer Vorstandsmitglieder unmittelbar vor dem Stichtag einvernehmlich aufheben und dieselben Vorstandsmitglieder für die gesetzlich zulässige Höchstdauer von fünf Jahren wiederbestellen. Sowohl in Situationen, in denen die Bestelldauer in weniger als einem Jahr endet als auch in Situationen, in denen die Bestelldauer in mehr als einem Jahr abläuft, ist dies rechtlich möglich. Die Aufhebung der bisherigen Bestellung und gleichzeitige Neubestellung der Vorstandsmitglieder ist grundsätzlich zulässig und stellt nur

¹⁴ Von den DAX-30-Unternehmen sehen etwa nur die Satzungen der Volkswagen AG, der Beiersdorf AG und der Deutsche Bank AG mindestens drei Mitglieder im Vorstand vor. Die Satzungen der anderen Unternehmen sehen jeweils mindestens zwei Mitglieder vor.

¹⁵ MüKoAktG/Spindler, 5. Aufl. 2019, § 76 Rn. 118 f.

im Einzelfall eine rechtsmissbräuchliche Umgehung des § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG dar.¹⁶ Allerdings müsste je nachdem, wann dies geschieht, eine Abweichung vom Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) erklärt werden: Nach der Empfehlung B.4 DCGK soll eine Wiederbestellung vor Ablauf eines Jahres vor dem Ende der Bestelldauer bei gleichzeitiger Aufhebung der laufenden Bestellung nur bei Vorliegen besonderer Umstände erfolgen. Die Bewertung entsprechender Abweichungserklärungen obliegt wiederum den Marktteilnehmern. Eine automatische Verlängerung des Vorstandsamts über die gesetzliche Höchstdauer der Mandatszeit von fünf Jahren ist rechtlich nicht zulässig.¹⁷ Das Mindestbeteiligungsgebot kann deswegen nicht etwa durch eine "Kettenverlängerung" umgangen werden. Klar sein sollte auch, dass das Mindestbeteiligungsgebot nicht nur für Neubestellungen, sondern auch für Wiederbestellungen von Vorstandsmitgliedern gilt. Um hier kein Diskussionspotential zu eröffnen, bietet sich eine Klarstellung in der Gesetzesbegründung an. Die vorgeschlagene Übergangsregel sollte zu keinen unverhältnismäßigen Schwierigkeiten bei der Neubesetzung führen, da viele Vorstandsverträge kürzere Laufzeiten haben, zumal bei Erstbestellungen (nach der Empfehlung B.3 DCGK längstens drei Jahre) und auch auBERTURNUSGEMÄÙE Neubesetzungen aufgrund eines Wechsels zu einem anderen Unternehmen oder wegen Performance-Defiziten keine Seltenheit sind.

22

Die Regelungen zur Festsetzung der Zielgrößen sollen erstmalig für Festlegungen greifen, die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes getroffen werden.¹⁸ Da nach geltender Rechtslage Fristen zur Zielerreichung von bis zu fünf Jahren gesetzt werden können, ist es möglich, dass Gremien, die erst kurz vor Inkrafttreten des Gesetzes die Zielgröße Null gesetzt haben, dies weitere fünf Jahre nicht begründen müssen. Allerdings dürften sich die meisten Unternehmen in der zweiten Umsetzungsperiode des FüPoG I befinden, die – bei fünfjähriger Laufzeit – im Juni 2022 endet. Dennoch sollte überlegt werden, ob die Übergangsregel zur Klarstellung um eine Regelung ergänzt werden soll, wonach die Festlegung der Zielgröße nach dem neuen Regime erstmals bis zu einem bestimmten Datum, etwa dem 1. Juli 2022, erfolgen muss. Positiv sind auch die Anpassungen in den Bußgeldvorschriften¹⁹ zu bewerten, wonach klargestellt wird, dass sich Unternehmen der bußgeldbewehrten Berichts- und Begründungspflichten hinsichtlich der Zielgrößen nicht dadurch entziehen können, indem sie von vornherein keine Zielgröße festsetzen.

c) Umgehungspotential

23

Das im Gesetzesentwurf vorgesehene Mindestbeteiligungsgebot birgt Umgehungspotential (siehe bereits oben, Rn. 13). Jede denkbare Umgehungsstrategie bringt ihrerseits Nachteile mit sich, sodass sich die betroffenen Unternehmen fragen müssen, ob sich der Aufwand wirklich lohnt:

¹⁶ BGH, Urteil v. 17. Juli 2012 – II ZR 55/11 = NZG 2012, 1027 (1029).

¹⁷ Hüffer/Koch, Aktiengesetz, 14. Aufl. 2020, § 84 Rn. 6; BeckOGK AktG/Fleischer, Stand: 15.01.2020, § 84 Rn. 18; MüKoAktG/Spindler, 5. Aufl. 2019, § 84 Rn. 55 f.

¹⁸ BT-Drs. 19/26689, S. 100.

¹⁹ §§ 334 Abs. 1 aE, 340n Abs. 1 aE, 341n Abs. 1 aE HGB,

- 24 Es ist theoretisch denkbar, dass betroffene Unternehmen zur Umgehung des Mindestbeteiligungsgebots ihren Vorstand verkleinern und die Aufgaben auf die erste oder zweite Führungsebene des Unternehmens, zum Beispiel an ein Executive Committee, delegieren. Aus aktienrechtlicher Sicht wäre das zulässig. Der Vorstand kann Aufgaben der Unternehmensleitung grundsätzlich auf untergeordnete Führungsebenen delegieren, da die Unternehmensleitung nicht generell höchstpersönlich erfolgen muss. Dies gilt allerdings nur, solange unterhalb des Vorstands keine Leitungsentscheidungen getroffen werden, sondern die Entscheidungskompetenz beim Vorstand verbleibt.²⁰
- 25 Derzeit haben alle DAX-30-Unternehmen – wohl aus gutem Grund – einen Vorstand von mehr als drei Mitgliedern. Auch bei den MDAX-Unternehmen bestehen viele Vorstände aus mehr als drei Mitgliedern. Eine zielgerichtete Verkleinerung der Vorstände nach Bekanntwerden der Gesetzesinitiative zur Mindestbeteiligungsquote wäre zwar rechtlich möglich, faktisch dürfte aber zu beachten sein, dass für ein solches Vorgehen ein aktives, gemeinsames Handeln von Vorstand und Aufsichtsrat notwendig ist und diese Umgebungsmaßnahmen von den Aktionären und der Öffentlichkeit wahrgenommen werden. In diesem Kontext gilt auch zu beachten, dass institutionelle Investoren in ihren Abstimmungsrichtlinien zunehmend einen Schwerpunkt auf Diversitätsvorgaben legen und bei einer Abweichung die Abstimmung gegen die verantwortlichen Gremien empfehlen. Die Gefahr einer solchen Sanktion durch die Aktionäre und der zu erwartende Reputationsschaden dürfte der aktiven Verkleinerung des Vorstands nur zum Zwecke der Vermeidung des Mindestbeteiligungsgebots somit entgegenstehen. Vor allem aber wäre, insbesondere bei großen Unternehmen, zur Vermeidung von Haftung sorgfältig zu prüfen, ob ein Vorstand mit nur drei Mitgliedern der Unternehmensgröße und den vielschichtigen Führungsaufgaben gerecht wird. Die umfangreiche Verlagerung von Aufgaben (soweit aktienrechtlich zulässig) auf die Ebene unterhalb des Vorstands kann zusätzliche Komplexität schaffen, die Entscheidungsfindung erschweren und die Handlungsgeschwindigkeit verlangsamen. Realistisch dürfte eher sein, dass der Aufsichtsrat ein Vorstandsgremium, welches derzeit aus drei Mitgliedern besteht, bewusst nicht vergrößert. Vorbehaltlich eines weiteren Wachstums des Unternehmens wäre sodann zu erwarten, dass sich die nun anfallenden Führungsaufgaben nach und nach auf die untergeordneten Führungsebenen verlagern. Vorstände und Aufsichtsräte werden aber gut beraten sein, zu prüfen, ob die gewählte Struktur an der tatsächlichen Risikolage des Unternehmens ausgerichtet und für diese (noch) angemessen ist.
- 26 In der Rechtsliteratur wird ebenso auf die Gefahr von unternehmerischen Umstrukturierungen und einer "Flucht vor der Quote in das Ausland" hingewiesen. Hierbei gilt jedoch zu beachten, dass von den vorgeschlagenen Regelungen nur börsennotierte und zugleich paritätisch mitbestimmte Gesellschaften erfasst sind. Für diese Unternehmen würden die genannten Strukturmaßnahmen (z.B. Sitzverlegung ins Ausland) einen erheblichen finanziellen und arbeitstechnischen Aufwand bedeuten und darüber hinaus bei den interessierten Stakeholdern im besten Fall Widerstand auslösen. Die Flucht ins Ausland erscheint überdies ohnehin nicht geeignet, um sich als Unternehmen dem Einfluss

²⁰ MüKoAktG/Spindler, 5. Aufl. 2019, § 76 Rn. 18.

von Frauen zu entziehen: Wie die eingangs zitierte Allbright Studie zeigt, sind viele Länder Deutschland bei der Beteiligung von Frauen in Spitzenpositionen ohnehin voraus. Und aktuelle Überlegungen in den USA zur Ergänzung der Zulassungsregelung der NASDAQ sind noch einschneidender: Danach sollen gelistete Unternehmen verpflichtet werden, mindestens zwei diverse Personen²¹ im Board zu haben, von der mindestens eine weiblich sein muss; anderenfalls käme es zum Delisting.²²

IV. Überlegungen zum Antrag der Grünen (BT-Drs. 19/25317)

27

Eine Verschärfung des Gesetzesentwurfs durch Einführung einer festen Quote für Frauen in Vorstandspositionen, wie sie im Antrag der Grünen ("Frauen den Weg frei machen – Feste Quote für Unternehmensvorstände einführen") vorgesehen ist, halte ich zum jetzigen Zeitpunkt weder für erforderlich noch für angemessen. Im Sinne eines möglichst schonenden, verhältnismäßigen Eingriffs in die Entscheidungsfreiheit des Aufsichtsrats bei der Neubesetzung von Vorstandspositionen hat der vorliegende Gesetzesentwurf der Bundesregierung mit dem Mindestbeteiligungsgebot einen guten Kompromiss gefunden. Das Mindestbeteiligungsgebot hat die Chance, auf breite Akzeptanz zu stoßen – die wichtigste Voraussetzung für einen gelingenden Kulturwandel bei der Besetzung von Spitzenpositionen. Da eine kritische Masse unstreitig sehr wichtig ist, um Veränderungen bewirken zu können, sollte aber erwogen werden, bei sehr großen Vorständen (z.B. mehr als 7 Personen) nach einer gewissen Übergangszeit (z.B. in fünf Jahren) ein Mindestbeteiligungsgebot von zwei Frauen vorzusehen (siehe bereits oben, Rn. 12).

B. Antrag der FDP: Vereinbarkeit von Familie und Beruf in Führungsetagen durch Auszeiten ermöglichen (BT-Drs. 19/20780) und Änderungsvorschlag des Bundesjustizministeriums für Justiz und Verbraucherschutz zum Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung und Änderung der Regelungen für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst

28

Die Impulswirkung des Mindestbeteiligungsgebots kann verstärkt werden durch eine flankierende Regelung, die es Vorstandsmitgliedern erlaubt, in bestimmten, eng definierten Ausnahmesituationen das Vorstandsamt vorübergehend ruhen zu lassen. Auch wenn die Geburt eines Kindes selbstverständlich keine Krankheit ist, kann sie eine Ausnahmesituation sein. In jedem Fall ist es eine der wichtigsten, persönlichkeitsprägend-

²¹ Laut Regelungsentwurf sind "diverse Directors" dabei Personen, welche sich selbst als LGBTQ+ oder einer unterrepräsentierten Bevölkerungsgruppe oder Ethnie zuordnet, Nasdaq Stock Market LLC: Proposal to advance board diversity and enhance transparency of diversity statistics through new proposed listing requirements vom 1.12.2020, S. 7, abrufbar unter: <https://listingcenter.nasdaq.com/assets/RuleBook/Nasdaq/filings/SR-NASDAQ-2020-081.pdf> (letzter Abruf: 23.02.2021).

²² Nasdaq Stock Market LLC: Proposal to advance board diversity and enhance transparency of diversity statistics through new proposed listing requirements vom 1.12.2020, S. 6, abrufbar unter: <https://listingcenter.nasdaq.com/assets/RuleBook/Nasdaq/filings/SR-NASDAQ-2020-081.pdf> (letzter Abruf: 23.02.2021).

ten Ereignisse im Leben vieler Menschen, wozu auch Vorstandsmitglieder gehören. Eine Modernisierung des Vorstandsamts in diesem Punkt wäre nur zeitgemäß und für potentielle Vorstandskandidatinnen bedeutet eine entsprechende gesetzliche Regelung mehr Sicherheit und wohl auch mehr Akzeptanz. Allein die Existenz einer solchen Regelung kann helfen, entsprechende Bedenken, die Frauen bei ihren beruflichen Entscheidungen oft von Beginn der Karriere an begleiten, auszuräumen. Die Ausnahmesituationen sollten aber auch die Fälle umfassen, dass ein Kind oder naher Angehöriger schwer erkrankt oder dass das Vorstandsmitglied selbst schwer krank wird und damit vorübergehend nicht mehr einsatzfähig ist. Die Beispiele machen deutlich, dass Männer gleichermaßen von Situationen, die eine ununterbrochene Mandatsausübung unmöglich machen, betroffen sein können. Eine sinnvolle gesetzliche Regelung ist geschlechtsunabhängig und kommt weiblichen wie männlichen Vorstandsmitgliedern zugute. Außerdem sollte klar sein, dass es nicht um eine "Lifestyle-Auszeit" im Sinne eines Sabbaticals für Vorstände, sondern um Ausnahme- oder Notsituationen geht, die ein Vorstandsmitglied ereilen.

- 29 Für das betroffene Vorstandsmitglied bergen die beschriebenen Situationen *de lege lata* erhebliche Haftungsrisiken. Denn dem deutschen Aktiengesetz liegt das Konzept der Gesamtverantwortung des Vorstands zugrunde. Vereinfacht gesprochen trägt jedes Vorstandsmitglied – trotz Ressortverteilung – die umfassende Verantwortung für die gesamte Geschäftsführung der Gesellschaft²³. Nach geltendem Recht bleibt es auch dann dabei, wenn das Vorstandsmitglied für längere Zeit daran gehindert ist, seiner Tätigkeit nachzugehen. Nicht selten trennen sich an diesem Punkt Vorstand und Unternehmen. Die Unternehmen verlieren damit Top-Führungskräfte, die im Wettbewerb einen Unterschied machen können und die sie trotz temporären Ausfalls vielleicht doch lieber länger an sich gebunden hätten.
- 30 Bei den beschriebenen Situationen handelt es sich um Ausnahmesituationen, die nicht jedes Vorstandsmitglied in seiner Amtszeit betreffen werden. Sie sind deswegen nicht weniger regelungswürdig. Ob Bill McDermott bei SAP, Jürgen Großmann von RWE, Bernhard Günther bei innogy oder Delia Lachance bei Westwing – die Praxis zeigt, dass es immer wieder Situationen gibt, in denen es hilfreich wäre, wenn das Vorstandsamt vorübergehend ruhen könnte.
- 31 Schon jetzt sind zwar Konstruktionen vorstellbar, um das Haftungsrisiko in solchen Situationen abzuwenden. In der juristischen Literatur werden verschiedene Wege diskutiert wie etwa die einvernehmliche Suspendierung eines Vorstandsmitglieds in Anlehnung an die üblicherweise einseitige Freistellung zum Zwecke der Klärung von Vorwürfen gegen das Vorstandsmitglied. Vorgeschlagen wird auch, die Bestellung zeitlich befristet auszusetzen.²⁴ Dahinter steht die Idee, die Bestellung zu beenden, beim Register anzumelden und das Vorstandsmitglied aufschiebend befristet wieder zu bestellen. Die

²³ MüKoAktG/*Kalass*, 5. Aufl. 2019, § 93 Rn. 405; *Schütz* in *Semler/v. Schneck*, *Der Aufsichtsrat*, 1. Aufl. 2015, § 111 AktG Rn. 176 f.

²⁴ Zum Ganzen *Apfelbacher/Hemelig/Hoffmann-Becking/Kremer/Krieger/Köbbe/Maier-Reimer*, NZG 2020, 1281 (1282); *Scholz*, AG 2021, 9 (11).

rechtliche Unsicherheit verbleibt allerdings und kommunikativ ist all dies nur schwer vermittelbar. Was für interessierte Juristen noch nachvollziehbar sein mag, wird die Öffentlichkeit im Zweifel missverstehen, insbesondere dann, wenn ein Vorstand seine Gründe für die Pause nicht gerne mit aller Welt teilt. Vor allem aber bleibt das Vorstandsmitglied auf das Wohlwollen des Aufsichtsrats und nicht selten auch der übrigen Vorstandsmitglieder angewiesen. Die Annahme, in entsprechenden Situationen werde auf Augenhöhe verhandelt, mag in Einzelfällen zutreffen, in vielen Fällen aber nicht. Dabei soll nicht in Abrede gestellt werden, dass der Aufsichtsrat in jedem Fall das Recht haben muss, eine Auszeit im Interesse des Unternehmens im konkreten Einzelfall abzulehnen. Wenn man es mit der Einführung einer Auszeit ernst meint, wäre aber eine Umkehr des Regel-/Ausnahmeverhältnisses wünschenswert. Vorstände sind typischerweise nicht nur sehr leistungsorientiert und ehrgeizig, von ihnen wird auch erwartet, dass sie extrem leistungsfähig und hochbelastbar sind. In diesem Umfeld um eine Auszeit zu bitten, dürfte den allermeisten ohnehin sehr schwer fallen. Der Änderungsvorschlag des Bundesministeriums für Justiz und für Verbraucherschutz, der ein subjektives Recht des Vorstandsmitglieds auf eine Auszeit nicht vorsieht, ist insoweit kritisch zu sehen und der Stellungnahme des Rechtsausschusses des Bundesrats zuzustimmen. Dabei geht es nicht um Gehaltsfortzahlung und die Gewährung von Arbeitnehmerschutzrechten für Vorstände (im Hinblick auf die grundsätzlich andere finanzielle Ausstattung von Vorständen fehlt es insoweit an einem Schutzbedürfnis), vielmehr geht es darum, rechtssicher von Haftungsrisiken freigestellt zu werden. Es kann nicht im Sinne der Beteiligten sein, wenn beide Seiten, um dieses naheliegende Ziel zu erreichen, mit Anwälten über die Auszeit verhandeln müssen.

32

Vor diesem Hintergrund ist der Antrag der FDP, der die Forderungen der Initiative *#stayonboard*²⁵ aufgreift, ebenso wie der Änderungsvorschlag des Bundesministeriums für Justiz und für Verbraucherschutz grundsätzlich zu befürworten. Ein Gesetzesentwurf sollte danach die Fälle, in denen ein Vorstandsmitglied sein Amt ruhen lassen kann, möglichst eindeutig und eng definieren und außerdem eine Höchstdauer für die Auszeit festlegen. Der vom Bundesministerium für Justiz und für Verbraucherschutz vorgeschlagene Zeitraum von einem Jahr erscheint noch angemessen. Allerdings sollte die Auszeit (sofern dies unter den gegebenen Umständen möglich ist) innerhalb einer angemessenen Frist angekündigt werden und nicht zur Unzeit oder entgegen dem Unternehmenswohl, etwa in einer Krise, erwirkt werden können. Der Aufsichtsrat sollte also das Recht haben, einem Vorstandsmitglied in kritischen Unternehmenssituationen eine vorübergehende Auszeit zu versagen. Der Vorschlag des Bundesministeriums für Justiz und für Verbraucherschutz, eine Regelung aufzunehmen, wonach das Mindestbeteiligungsgebot für die Zeit des Ruhelassens keine Anwendung finden soll, wenn dieses ohne Ruhelassen erfüllt worden wäre, ist nachvollziehbar und für ein Gesetzesvorhaben zu empfehlen. Durch eine vorübergehende Auszeit sollte allerdings in keinem Fall die maximale gesetzliche

²⁵ Eckpunktepapier der *#stayonboard* – Initiative für temporäre Mandatspausierung, abrufbar unter: https://stayonboard.org/wp-content/uploads/2020/10/202010_eckpunkte_papier_stayonboard_final_de.pdf (letzter Abruf: 18.02.2021).

Bestelldauer von 5 Jahren (§ 84 Abs. 1 Satz 1 AktG) überschritten werden. Die berechtigten Interessen der Öffentlichkeit sollten weiter dadurch berücksichtigt werden, dass der Umstand (nicht aber der Grund) und Zeitraum des Ruhens im Handelsregister einzutragen sind. Die Abberufung eines Vorstandsmitglieds, das einen Ruhezustand angekündigt hat oder sich im Ruhezustand befindet, sollte ausgeschlossen sein, sofern kein verhaltensbedingter Grund für eine Abberufung aus wichtigem Grund besteht. Ob ein Vorstandsmitglied in dieser Zeit Geld erhält oder nicht, sollte den Beteiligten und einer Regelung im Anstellungsvertrag überlassen werden. Insoweit besteht für eine gesetzliche Regelung keine Notwendigkeit. Je nach Dauer der Auszeit sollte sichergestellt werden, dass die verbleibenden Vorstandsmitglieder nicht in eine faktische Zwangslage geraten, die Aufgaben über einen längeren Zeitraum zusätzlich zu ihrem bisherigen Ressort übernehmen zu müssen. Andernfalls könnte die Akzeptanz der vorübergehenden Auszeit und damit auch die erfolgreiche Zusammenarbeit nach Ende der Auszeit gefährdet sein. Hier sind Lösungen in der Praxis vorstellbar. Für die Übergangszeit können etwa Interimsmanager eingesetzt oder ein Aufsichtsratsmitglied nach § 105 Abs. 1 AktG als Stellvertreter eines Vorstandsmitglieds bestellt werden. Diese Möglichkeit sieht das Aktiengesetz schon jetzt vor. Denkbar ist auch, für die überschaubare Dauer der Amtszeit mehr Aufgaben an die Ebene unterhalb des Vorstands zu delegieren und damit zugleich den Nachwuchs zu fördern.

- 33 Der Wunsch nach einer Ruhezeit in den beschriebenen Fällen ist in jeder Hinsicht nachvollziehbar. Ein klares Bekenntnis zu einer entsprechenden Neuregelung wäre ein starkes Signal, das anerkennt, dass die heutige Lebenswirklichkeit in unserer Gesellschaft und damit auch den Vorstandsetagen eine andere ist, als bei Schaffung des Aktiengesetzes. Auch Unternehmen, die künftig Management-Schlüsselkräfte in Sondersituationen nicht länger verlieren wollen, werden eine tragfähige Neuregelung begrüßen.
- 34 Insgesamt ist es an der Zeit, eine vorübergehende Pause im Vorstandsamt auch gesetzlich so zu regeln, dass die Betroffenen nicht zum Bittsteller werden müssen, um für einen begrenzten Zeitraum von sämtlichen Leitungs- und Sorgfaltspflichten und vom korrespondierenden Haftungsrisiko frei zu werden. Es ist die Aufgabe des Gesetzgebers, von den größten Unternehmen nicht nur die Einhaltung von Mindestbeteiligungsquoten und die Schaffung von diversen Vorstandsgremien einzufordern, sondern gleichzeitig auch die gesetzlichen Rahmenbedingungen so anzupassen, dass die Unternehmen aus einem möglich breiten Pool an hochqualifizierten Bewerberinnen und Bewerbern aus allen Altersstufen auswählen können.

C. Thesen

- 35 (1) Ein gesetzliches Mindestbeteiligungsgebot ist sinnvoll, um die Bereitschaft der Unternehmen, Frauen aktiv in Führungspositionen zu bringen, zu stärken.
- 36 (2) Der/die Vorstandsvorsitzende und der/die Aufsichtsratsvorsitzende haben besonderen Einfluss auf die Personalstruktur im Unternehmen und können die Beteiligung von Frauen in Führungspositionen entscheidend voranbringen.
- 37 (3) Unternehmen können den Pool geeigneter Bewerberinnen vergrößern, indem sie Anforderungsprofile offener formulieren und auch im Ausland nach qualifizierten Frauen suchen.
- 38 (4) Um das in der diversen Besetzung von Führungsgremien liegende Potential für die Qualität der Unternehmensführung voll zu heben, ist mehr als marginale Diversität erforderlich. Daher sollte erwogen werden, bei sehr großen Vorständen (z.B. mehr als 7 Personen) nach einer gewissen Übergangsfrist (z.B. in fünf Jahren) ein Mindestbeteiligungsgebot von zwei Frauen vorzusehen.
- 39 (5) Die Begründungspflicht bei einer gesetzten Zielgröße für den Frauenanteil in den Führungsebenen unterhalb des Vorstands von "Null" ist folgerichtig.
- 40 (6) Der Erfolg des Mindestbeteiligungsgebots und der verschärften Begründungs- und Berichtspflichten zu den Zielgrößen wird maßgeblich von der Bewertung der Umsetzungsbemühungen der Unternehmen durch Investoren, Aktionäre und die interessierte Öffentlichkeit abhängen.
- 41 (7) Deswegen sind verpflichtende jährliche Fortschrittsberichte bei der Umsetzung der Zielgrößen erwägenswert.
- 42 (8) Aufgrund der geringen Anzahl der vom Mindestbeteiligungsgebot betroffenen Unternehmen und der Möglichkeit, bestehende Mandate bis zu ihrem Ende auszuüben, bedarf es keiner Härtefallregelung.
- 43 (9) Die Gefahr einer gezielten Umgehung des Mindestbeteiligungsgebotes ist in einem gewissen Umfang gegeben. Jedoch stehen solchen Bemühungen der zu erwartende finanzielle und arbeitstechnische Aufwand sowie drohende Reputationsschäden bis hin zu Haftungsrisiken der Beteiligten entgegen.
- 44 (10) Die Einführung einer gesetzlichen Regelung zum vorübergehenden Ruhenlassen eines Vorstandsamts ist zu begrüßen.
- 45 (11) Es sollte erwogen werden, ein subjektives gesetzliches Recht der Vorstandsmitglieder auf Ruhenlassen des Mandats vorzusehen, um die Hürden der Inanspruchnahme nicht noch höher zu machen als sie ohnehin sein werden und eine Verhandlung mit dem Aufsichtsrat über die Umsetzung auf Augenhöhe zu ermöglichen.

46

(12) Zur Wahrung der Interessen des Unternehmens und der Öffentlichkeit bedarf es (soweit möglich) einer angemessenen Ankündigungsfrist der vorübergehenden Auszeit, einer Ausnahmeregelung aus Gründen des Unternehmenswohls und einer Eintragung des Ruhenlassens in das Handelsregister.

Frankfurt am Main, 26. Februar 2021

Daniela Favoccia

Sie gibt im Rahmen der Anhörung des Ausschusses ausschließlich ihre persönliche Auffassung wieder.