

26. Februar 2021

Update zur „Geschlechterquote“ gemäß FÜPoG II

Heute erhalten Sie ein Update zum Thema gleichberechtigte Teilhabe von Frauen an Führungspositionen – landläufig auch unter dem Stichwort „Frauenquote“ bekannt.

1. Einführung

Am 25. Februar 2021 hat der Bundestag in erster Lesung über den von der Bundesregierung eingebrachten Gesetzesentwurf zur Ergänzung und Änderung der Regelungen für die **gleichberechtigte Teilhabe von Frauen an Führungspositionen** (sog. Zweites Führungspositionen-Gesetz – „FÜPoG II“) beraten. Ziel dieses Gesetzesvorhabens ist es, die bereits im Jahr 2015 mit dem sog. Ersten Führungspositionen-Gesetz („FÜPoG I“) eingeführten Regelungen zur Erhöhung des Frauenanteils in Führungspositionen weiterzuentwickeln und bestehende Lücken zu schließen.

Mit dem FÜPoG I wurde im Bereich der Privatwirtschaft eine fixe Quote für Aufsichtsräte börsennotierter und gleichzeitig paritätisch mitbestimmter Unternehmen eingeführt. Flexible Quoten (sog. Zielgrößen) gelten seither in Aufsichtsräten, Leitungsorganen und den obersten beiden Führungsebenen börsennotierter oder mitbestimmter Unternehmen.

26 February 2021

Update on the "Gender Quota" pursuant to FÜPoG II

Today you receive an update on the topic of equal participation of women in leadership positions – commonly known as “**Frauenquote**” (*women's quota*).

1. Introduction

On 25 February 2021, the German Parliament discussed in its first reading the draft bill introduced by the Federal Government to supplement and amend the regulations for the **equal participation of women in leadership positions** (so-called *Second Leadership Positions Act* – “FÜPoG II”). The draft aims to further develop the statutory provisions already established in 2015 with the so-called *First Leadership Positions Act* (“FÜPoG I”) in order to increase the proportion of women in leadership positions and to close existing gaps.

FÜPoG I introduced a fixed quota for supervisory boards of companies in the private sector, which are both, publicly listed and subject to parity co-determination. Since then, flexible quotas (*target sizes*) have applied to supervisory boards, management bodies and the top two management levels of publicly listed or co-determined companies.

Die Bundesregierung stützt ihr aktuelles Gesetzesvorhaben insbesondere auf eine Evaluation des FÜPoG I, die ergeben habe, dass Frauen im Vorstand **nach wie vor stark unterrepräsentiert** sind und dass sich eine große Anzahl von Unternehmen die Zielgröße Null für den Frauenanteil in Führungspositionen setzen. Zwar sei mit dem FÜPoG I ein wichtiger Meilenstein auf dem Weg zu mehr Gleichberechtigung erreicht worden, gleichwohl sei es erforderlich, die Wirksamkeit dieser Maßnahmen durch weitere verpflichtende Vorgaben zu verbessern.

Zu den geplanten Neuerungen im Bereich der Privatwirtschaft im Einzelnen:

2. Wesentliche Neuerungen

a) „Vorstandsquote“ im Sinne eines Mindestbeteiligungsgebots

Die prominenteste Neuerung ist die Regelung in § 76 Abs. 3a S. 1 AktG-E, wonach der Vorstand einer paritätisch mitbestimmten, börsennotierten AG oder SE künftig mit **mindestens einer Frau** und mindestens einem Mann besetzt sein muss, wenn der Vorstand aus **mehr als drei Mitgliedern** besteht. Es handelt sich daher nicht um eine Quote im eigentlichen Sinn, sondern vielmehr um ein **Mindestbeteiligungsgebot** auf Vorstandsebene.

Dieses Mindestbeteiligungsgebot soll explizit nur für Unternehmen gelten, die **börsennotiert und** zugleich **paritätisch mitbestimmt** sind. Damit ist für diese Pflicht erneut der überschaubare Kreis der großen „Leuchtturmunternehmen“ erfasst, denen laut Gesetzesbegründung eine „besondere Ausstrahlungswirkung“ und eine gewisse „Vorbildrolle“ zugeschrieben wird. Von einer Ausdehnung auf andere Gesellschaftsformen hat das Bundeskabinett bewusst abgesehen. Gerade im Bereich der **mittelständischen** Unternehmen oder bei **familiengeführten** GmbHs soll

The current legislative proposal is based in particular on an evaluation of FÜPoG I, which revealed that women **continue to be largely underrepresented** in management positions and that a large number of companies have set themselves a target of zero for the proportion of women in management positions. Although FÜPoG I is deemed to have set an important milestone on the road to greater equality, it is nevertheless considered necessary to improve the effectiveness of these measures through further mandatory legal requirements.

On the planned amendments in the private sector in detail:

2. Essential amendments

a) "Management Board Quota" in the sense of a minimum participation requirement

The most prominent amendment is the draft provision in Sec. 76 para. 3a sentence 1 of the *German Stock Corporation Law (AktG-E)*, according to which the management board of publicly listed companies (AG and SE) with parity co-determination are required to appoint **at least one woman** and at least one man, provided that **the management board consists of more than three members**. Therefore, this proposed provision is not a quota in the true sense, but rather a **minimum participation requirement** at management board level.

The minimum participation requirement solely applies to companies that are **publicly listed and** at the same time **subject to parity co-determination**. Hence, this obligation once again covers the limited group of large companies which are considered to have a special impact on the market and therefore should serve as some kind of "role model". The Federal Cabinet deliberately refrained from extending the requirement to other types of companies. The flexible quota is to be maintained, in particular with respect to **medium-**

an der flexiblen Quote festgehalten werden, um solchen Unternehmen weiterhin die **freie Gestaltung** ihrer Leitungsorgane zu ermöglichen.

Eine Bestellung unter **Verstoß** gegen das Mindestbeteiligungsgebot ist wie bei der fixen Quote im Aufsichtsrat nach dem FÜPoG I **nichtig** (sog. „**Leerer Stuhl**“). Solange ein (mehr als dreiköpfiger) Vorstand bislang kein weibliches Mitglied hat, kann daher nur eine Frau als Vorstandsmitglied wirksam bestellt werden. Dies gilt sowohl im Fall der Wiederbesetzung eines bestehenden Postens als auch im Fall der Besetzung eines neu geschaffenen Postens. Bei einer en bloc-Bestellung ist die Bestellung insgesamt nichtig, wenn das Mindestbeteiligungsgebot nicht beachtet wird.

b) Erweiterte Angabe- und Begründungspflichten für Zielvorgaben

Für Unternehmen, die börsennotiert oder mitbestimmt sind, gelten die bisherigen flexiblen Quoten für Führungspositionen weiter. Allerdings verschärft der Entwurf des FÜPoG II insofern die Angabe- und Begründungspflichten.

Das Gesetz macht bisher keine Vorgaben, wie die Zielgrößen zu beschreiben sind (in der Praxis üblicherweise in Form von Prozentangaben). Der Entwurf des FÜPoG II verlangt nunmehr die Angabe sowohl der angestrebten **Anzahl** als auch des angestrebten **Frauenanteils** in den jeweiligen Gremien bzw. in der jeweiligen Führungsebene.

Die Festlegung der **Zielgröße Null** für den Vorstand, die beiden obersten Führungsebenen unterhalb des Vorstands und den Aufsichtsrat bleibt – mit Ausnahme des Anwendungsbereiches der fixen Quote bzw. des Mindestbeteiligungsgebots – **weiterhin zulässig**. Die vorgeschlagenen Änderungen sehen jedoch vor, dass die Festlegung einer Zielgröße Null **begründet** werden muss. Ausweislich des vorgeschlagenen Gesetzeswortlauts ist der Beschluss des Vorstands bzw.

sized companies or **family-run** limited liability companies, which should have **more flexibility** regarding the organization of their respective executive bodies.

Corresponding to the fixed quota on the supervisory board under FÜPoG I, an appointment in **violation** of the minimum participation requirement is **void** (so-called “**Leerer Stuhl**” (*empty chair*)). As long as a (more than three-member) management board has not yet had a female member, only a woman can effectively be appointed as a member of the management board. This applies both in case of a reoccupation of an existing position as well as in case of an occupation of a newly created position. In case of an en bloc appointment, the appointment as a whole is void if the minimum participation requirement is not met.

b) Extended disclosure and justification requirements for target sizes

For companies that are publicly listed or co-determined, the previous flexible quotas for leadership positions continue to apply. However, the draft of FÜPoG II tightens the disclosure and justification requirements in this respect.

So far, the statutory provisions have not specified how the target figures are to be described (in practice, usually in percentages). The draft of FÜPoG II now requires the specification of both the targeted **number** and the targeted **proportion of women** in the respective bodies or at the respective management level.

The determination of a **zero target** for the management board, the two top management levels below the management board and the supervisory board **remains lawful** – with the exception of the scope of the fixed quota and the minimum participation requirement. However, the proposed amendments establish the legal requirement that the determination of a target zero needs to be **explained**. According to the proposed wording of the provision, the

des Aufsichtsrats **klar** und **verständlich** zu begründen; in der Begründung sind die **Erwägungen**, die der Entscheidung zugrunde liegen, **ausführlich darzulegen**. Nach der Vorstellung der Bundesregierung soll die Begründung dem Ausnahmecharakter der Zielgröße Null Rechnung tragen. Demnach müsse die Begründung der Öffentlichkeit eine **gewissenhafte** Entscheidung **plausibel** machen. Als Richtschnur für den Detaillierungsgrad gibt die Gesetzesbegründung einen Umfang von 100 bis 150 Wörtern an.

c) Erweiterte Berichtspflichten

Eine Verschärfung sieht der Regierungsentwurf auch im Hinblick auf die **handelsrechtlichen Berichtspflichten des § 289f HGB** vor. Demnach ist insbesondere die Begründung für die Festlegung der Zielgröße Null sowie die Einhaltung des neuen Mindestbeteiligungsgebotes in die Erklärung zur Unternehmensführung bzw. den Lage- und Konzernlagebericht aufzunehmen.

d) Sanktionsmechanismus

Handlungsbedarf sieht die Bundesregierung ferner beim Thema Sanktionierung. Der Sanktionsmechanismus bei der Verletzung von Berichtspflichten im Zusammenhang mit der Festlegung von Zielgrößen soll verbessert und wirksamer ausgestaltet werden.

Die erweiterten Berichtspflichten werden in das handelsbilanzrechtliche **Sanktionssystem des HGB** eingebettet. Verstöße gegen die Berichtspflichten über Zielgrößen, Fristen und Begründungen sind als **Ordnungswidrigkeiten** verfolgbar. Insofern drohen künftig empfindliche **Bußgelder**. Bei kapitalmarktorientierten Kapitalgesellschaften kann ein Bußgeld in Höhe von alternativ bis zu (i) EUR 10 Mio., (ii) 5% des jährlichen Gesamtumsatzes oder (iii) des Doppelten des aus der Ordnungswidrigkeit gezogenen wirtschaftlichen Vorteils verhängt werden. Mit einer **verstärkten Kontrolle** der Einhaltung der

decision of the management board or supervisory board must be explained in a **clear and comprehensible** manner; the **reasoning** on which the decision is based must be explained **in detail** in the justification. According to the Federal Government, the statement of reasons should take into account the exceptional nature of the target zero. Hence, the explanation should provide the public with a **diligent** and **plausible** decision. As a guideline for the level of detail, the explanatory memorandum of the draft states a length of 100 to 150 words.

c) Extended reporting requirements

The government draft also provides for a tightening of the **reporting requirements under Section 289f of the German Commercial Code (HGB)**. Accordingly, in particular the justification for setting the target at zero and the compliance with the new minimum participation requirement must be included in the corporate governance statement (*Erklärung zur Unternehmensführung*) or the management and group management report.

d) Sanction mechanism

The Federal Government also sees a need for action on the issue of sanctions. The sanction mechanism for violations of reporting obligations in connection with the setting of targets is to be improved and made more effective.

The extended reporting requirements are embedded in the **system of sanctions under the German Commercial Code (HGB)**. Violations of the reporting requirements relating to target figures, deadlines and justifications can be prosecuted as **administrative offenses**. In this respect, there is a threat of severe **fines** in the future. In the case of capital market-oriented corporations, a fine of alternatively up to (i) EUR 10 million, (ii) 5% of the total annual turnover or (iii) twice the economic benefit derived from the administrative offense can be imposed. **Increased monito-**

Berichtspflichten seitens der Verwaltungsbehörde dürfte zu rechnen sein.

ring of compliance with the reporting obligations by the administrative authority can be expected.

3. Inkrafttreten

Das Mindestbeteiligungsgebot für den Vorstand soll für Bestellungen einzelner oder mehrerer Vorstandsmitglieder nach Ablauf einer **Übergangsfrist von acht Monaten** nach dem Inkrafttreten des FÜPoG II gelten. **Bestehende Mandate** können jedoch bis zu ihrem vorgesehenen Ende wahrgenommen werden. Die Vorstandspositionen müssen mithin nur **sukzessive nachbesetzt** werden.

3. Entry into force

The minimum participation requirement for the management board shall apply to appointments of individual or several management board members after a **transitional period of eight months** following the entry into force of FÜPoG II. However, **existing mandates** may be held until their scheduled termination. The management board positions therefore only have to be **successively filled**.

Die **erweiterten Angabe- und Begründungspflichten** für die Festlegung von Zielgrößen sollen hingegen **unmittelbar nach Inkrafttreten** des FÜPoG II greifen.

By contrast, the **extended disclosure and justification requirements** for setting target figures shall become effective **immediately after FÜPoG II comes into force**.

Die erweiterten **handelsrechtlichen Berichtspflichten** sollen erstmals bereits auf Lage- und Konzernlageberichte sowie Erklärungen zur Unternehmensführung für das **nach dem 31. Dezember 2020 beginnende Geschäftsjahr** anzuwenden sein.

The extended **reporting requirements under commercial law** shall for the first time apply to management reports and group management reports as well as corporate governance statements for the **financial year beginning after 31 December 2020**.

4. Ausblick

Ob der Regierungsentwurf des FÜPoG II in dieser Form umgesetzt werden wird, bleibt abzuwarten.

4. Forecast

Whether the government draft of FÜPoG II will be implemented in this form remains to be seen.

Wenn Sie Fragen haben, sprechen Sie uns bitte jederzeit gerne an:

Should you have any questions, please do not hesitate to contact us at any time:

Dr. Eva Nase – eva.nase@pplaw.com

Dr. Sebastian Seier, EMBA – sebastian.seier@pplaw.com

Stefanie Jahn, LL.M. (Columbia) – stefanie.jahn@pplaw.com

Moritz Lehnert – moritz.lehnert@pplaw.com