

Lutter/Hommelhoff
GmbH-Gesetz
Kommentar

bearbeitet von

Prof. Dr. Walter Bayer
Universitätsprofessor in Jena
Richter am Thüringer OLG a.D.

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff
em. Universitätsprofessor in Heidelberg
Richter am OLG Hamm a.D.

Prof. Dr. Detlef Kleindiek
Universitätsprofessor in Bielefeld

21. neu bearbeitete Auflage

2023

ottoschmidt

gabepflicht nach Rn 5; die Vorlage eines Musters des aktuellen Geschäftsbriefes kann aber nicht im Zwangsgeldverfahren durchgesetzt werden²³.

§ 36 Zielgrößen und Fristen zur gleichberechtigten Teilhabe von Männern und Frauen

Die Geschäftsführer einer Gesellschaft, die der Mitbestimmung unterliegt, legen für den Frauenanteil in den beiden Führungsebenen unterhalb der Geschäftsführer Zielgrößen fest. Die Zielgrößen müssen den angestrebten Frauenanteil an der jeweiligen Führungsebene beschreiben und bei Angaben in Prozent vollen Personenzahlen entsprechen. Legen die Geschäftsführer für den Frauenanteil auf einer der Führungsebenen die Zielgröße Null fest, so haben sie diesen Beschluss klar und verständlich zu begründen. Die Begründung muss ausführlich die Erwägungen darlegen, die der Entscheidung zugrunde liegen. Liegt der Frauenanteil bei Festlegung der Zielgrößen unter 30 Prozent, so dürfen die Zielgrößen den jeweils erreichten Anteil nicht mehr unterschreiten. Gleichzeitig sind Fristen zur Erreichung der Zielgrößen festzulegen. Die Fristen dürfen jeweils nicht länger als fünf Jahre sein.

§ 36 wurde durch das Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst (FüPoG) vom 24.4.2015 (BGBl I 642) eingeführt und ist nach Art. 24 Abs. 2 Satz 1 dieses Gesetzes am 1.5.2015 in Kraft getreten. Durch das Gesetz zur Ergänzung und Änderung der Regelungen für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst vom 7.8.2021 (FüPoG II, BGBl I 3311) wurde die Vorschrift mit Wirkung vom 12.8.2021 um die jetzigen Sätze 2–4 ergänzt.

1. Ziel der Regelung	1	5. Erreichungsfristen	18
2. Erfasste Gesellschaften	3	6. Rechenschaft und Publizität	21
3. Die Handlungspflichten der Geschäftsführer	4	7. Sanktionen	26
4. Festlegung der Zielgrößen	8	8. Konzern	27

Literatur: *Fromholzer/Simons* Die Festlegung von Zielgrößen für den Frauenanteil in Aufsichtsrat, Geschäftsleitung und Führungspositionen, AG 2015, 457; *Müller-Bonanni/Forst* Frauenquoten in Führungspositionen der GmbH, GmbHR 2015, 621; *Seibert* Die Dialektik der Frauenquote, FS Baums, 2017, S. 1133; *Seibt* Frauen in Leitungsorganen und Führungspositionen – RegE zum Zweiten Führungspositionen-Gesetz, DB 2021, 438; *Stöhr* Die Auswirkungen des FüPoG II auf das GmbHG: Eine kritische Bestandsaufnahme, ZIP 2021, 2267; *Teichmann/Rüb* Die gesetzliche Geschlechterquote in der Privatwirtschaft, BB 2015, 898; *Weller/Benz* Frauenförderung als Leitungsaufgabe, AG 2015, 467.

23 OLG Frankfurt GmbHR 2016, 366.

1. Ziel der Regelung

- 1 Ziel von § 36 ist es, die verfügbare **Anzahl hochqualifizierter Frauen** mit Erfahrung im operativen Geschäft auch in größeren Gesellschaften mbH **zu steigern**, um aus ihrem Kreis die Spitzenpositionen in der Wirtschaft besetzen zu können¹. Damit zielt die Regelung – wie auch die aktienrechtlichen Parallelregelungen² – auf den obersten weiblichen Führungsnachwuchs und seine Förderung in der Weise ab, dass sein prozentualer Anteil kontinuierlich vergrößert werden soll. Die Regelung begründet keine „harten Rechtspflichten“, sondern setzt in erster Linie auf den *Druck der Öffentlichkeit*³ (Rn 21). Eine so gestaltete Förderung des auf den obersten Führungsebenen der Wirtschaft unterrepräsentierten Bevölkerungsteils begegnet **keinen verfassungsrechtlichen Bedenken**⁴, muss jedoch in ihrem Vollzug streng dahin angelegt sein, Frauen nicht entgegen § 2 AGG allein wegen ihres Geschlechts in Führungspositionen zu berufen, sondern auch unter Heranziehung sonstiger positionsrelevanter Kriterien⁵. Die Ergänzung des § 36 durch das **FüPoG II** dient eben diesem Ziel, indem es die bestehenden Vorgaben unter Einbeziehung der bisher gemachten Erfahrungen **fortentwickelt**.
- 2 Im Schrifttum wurden die bisherigen Regelungen oftmals als „Symbolgesetzgebung“ bezeichnet⁶. Auch die Ergänzungen durch das FüPoG II werden kritisiert⁷. Diese **Kritik** ist indes in der Sache **unberechtigt**, da der Gesetzgeber das unbestritten legitime Ziel einer Gleichberechtigung der Geschlechter in der Wirtschaft sehr behutsam angeht und sich die Eingriffe in die verfassungsrechtlich geschützte Privatautonomie doch in engen Grenzen halten.

2. Erfasste Gesellschaften

- 3 Die Verpflichtungen aus dieser Bestimmung treffen nicht sämtliche Gesellschaften mbH schlechthin, sondern lediglich diejenigen, die der gesetzlichen Mitbestimmung nach dem DrittelbG, dem MitbestG, MontanMitbestG oder dem MitbestErgG unterliegen, also in aller Regel (arg § 1 Abs. 2 DrittelbG, § 1 Abs. 4 MitbestG) **Gesellschaften mit mehr als 500 Arbeitnehmern** (zur Bestimmung

1 S. BegrRegE BT-Drucks 18/3784, S. 134 iVm S. 119; s. auch den Überblick über den rechtspolitischen Argumentationshaushalt zur Frauenförderung bei *Seibert* FS Baums, 2017, S. 1133 ff. Zur tatsächlichen Frauenquote in Führungspositionen zum Stichtag 30.10.2018 und zu ihrer Entwicklung *Gajo* GmbH 2019, R 11.

2 Ein Rückblick auf das FüPoG I (mit Rechtstatsachen) findet sich bei *Redenius-Hövermann* ZIP 2021, 1365 ff.

3 BegrRegE BT-Drucks 18/3784, S. 119; *Altmeppen* Rn 2; *Stöhr* ZIP 2021, 2267, 2268.

4 *Altmeppen* Rn 5; MünchKomm/Fleischer Rn 1; *Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider* Rn 5; vgl aber auch *Habersack/Kersten* BB 2014, 2019, 2828 (Bedenken im Hinblick auf die nicht geschlechtsneutrale Wortfassung).

5 Eingehend *B/S/Rieble* Rn 26 ff, 30.

6 So etwa *Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider* Rn 3.

7 *N/S/H/Noack/Kraft* Rn 2.

der Arbeitnehmerzahl näher § 52 Rn 122 sowie 139). Maßgeblich ist dabei nicht schon die gesetzliche Verpflichtung der GmbH, einen auch mit Arbeitnehmervertretern besetzten Aufsichtsrat einzurichten („Soll-Zustand“), sondern es kommt darauf an, ob dies im Einzelfall auch tatsächlich erfolgt ist („Ist-Zustand“)⁸. Denn erst durch das vorausgehende *Statusverfahren* ergibt sich zweifelsfrei, ob ein Unternehmen der Mitbestimmung unterliegt und somit die Voraussetzung des § 36 Satz 1 erfüllt ist (vgl auch noch § 52 Rn 113). Allerdings ist rechtstatsächlich festzustellen, dass auch zahlreiche GmbH, die keine Mitbestimmung praktizieren, dennoch die Vorgaben des § 36 umsetzen⁹. Für Unternehmen mit *freiwilliger Mitbestimmung* (dazu näher § 52 Rn 15) gilt § 36 *nicht*¹⁰. Sollte die Gesellschaft nach Festlegung der Zielgrößen aus der Mitbestimmung herauswandern, so ist sie an die getroffenen Festlegungen nicht länger gebunden; die Geschäftsführer können diese zurücknehmen¹¹. Auf *ausländische Gesellschaften* mit inländischem Verwaltungssitz ist die Regelung *nicht* anwendbar¹². Arbeitnehmer von inländischen **Gesellschaften mit Zweigniederlassungen im EU/EWR-Ausland** sind nicht mitzuzählen (näher § 52 Rn 114). Für GmbH, die Träger eines Kredit- oder Finanzdienstleistungsunternehmens sind, gilt § 25d Abs. 11 Nr. 2 KWG als *lex specialis*¹³ (vgl auch noch § 52 Rn 145).

3. Die Handlungspflichten der Geschäftsführer

a) Nach seinem Wortlaut begründet § 36 lediglich die Verpflichtung, **Zielgrößen für den Frauenanteil festzulegen** (§ 36 Satz 1). Da aber ein jedes Ziel einen Ausgangspunkt erfordert, ist in die Festlegung der Zielgrößen implizit die vorhergehende Verpflichtung eingeschlossen, den relevanten Frauenanteil, wie er momentan besteht, zu ermitteln. § 36 verpflichtet somit zur Feststellung des status quo¹⁴ sowie zur anschließenden Festlegung der Zielgrößen. Darüber hinaus sind die erfassten Gesellschaften verpflichtet, über die festgelegten Zielgrößen

8 Wie hier *Altmeyers* Rn 1; *N/S/H/Noack/Kraft* Rn 3; *MünchKomm/Fleischer* Rn 2; *Wicke* Rn 3; *M/H/L/S/Giedinghagen* Rn 3; *Henssler/Strohn/Oetker* Rn 4; vgl bereits grundlegend *Bayer/Hoffmann* GmbH R 2015, 909, 917f; *Bayer/Hoffmann* GmbH R 2017, 441, 442; ebenso *Fromholzer/Simons* AG 2015, 457, 458; *Seibt* ZIP 2015, 1193, 1204; *Röder/Arnold* NZA 2015, 1281, 1282f; aA noch 20. Aufl Rn 2 im Anschluss an *Schüppen/Walz* WPg 2015, 1157.

9 S. *Bayer/Hoffmann* GmbH R 2017, 441, 443.

10 *N/S/H/Noack/Kraft* Rn 3; *M/H/L/S/Giedinghagen* Rn 3; *Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider* Rn 6; *Seibt* DB 2021, 438, 445.

11 *B/S/Rieble* Rn 5f; *Altmeyers* Rn 1; *Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider* Rn 6.

12 *Altmeyers* Rn 1; *MünchKomm/Fleischer* Rn 2; *R/P/Belz* Rn 3; *N/S/H/Noack/Kraft* Rn 4 mwN; zur AG auch *Grobe* AG 2015, 289, 290f; aA *Weller/Harms/Rentsch/Thomale* ZGR 2015, 361, 370ff.

13 Wie hier *Müller-Bonanni/Forst* GmbH R 2015, 621, 622; *MünchHdbGmbH/Lenz* § 47a Rn 10; vgl weiter (in Bezug auf die Parallelvorschrift in § 111 Abs. 5 AktG) *BegrRegE BT-Drucks 18/3784*, S. 124, 134.

14 *BegrRegE BT-Drucks 18/3784*, S. 134 iVm S. 119.

und ihre Erreichung jährlich in ihrer Erklärung zur Unternehmensführung (§ 289f HGB; Rn 21 ff) zu berichten und diese zu veröffentlichen (Rn 25), um gegenüber der Allgemeinheit über die tatsächliche Frauenförderung in der Gesellschaft und das Ausmaß ihrer Erfolge Rechenschaft abzulegen.

- 5 **b)** Die Verpflichtung zur Festlegung der Zielgrößen ist gesetzlich ausdrücklich den **Geschäftsführern zugewiesen**. Dies unterstreicht deren Verantwortung für die Frauenförderung in der Gesellschaft. Sie können die Festlegungsentscheidung daher weder einem von ihnen zum Alleinentscheid zuweisen noch diese Entscheidung auf nachgeordnete Stellen im Unternehmen delegieren. Für die Beteiligung der einzelnen Geschäftsführer am Festlegungsentscheid gelten die allgemeinen Grundsätze zur Organisation der Geschäftsführung (§ 37 Rn 26 ff): Ohne abweichende Regelung in der Gesellschaft müssen *sämtliche* Geschäftsführer dem Entscheid zustimmen¹⁵. Freilich kann die *Vorbereitung* der Geschäftsführer-Entscheidung einschließlich der Feststellung des status quo (Rn 4) einem von ihnen oder nachgeordneten Stellen übertragen werden.¹⁶
- 6 **c)** Trotz der Verantwortung aller Geschäftsführer für die Frauenförderung (Rn 5) unterliegt deren Festlegungs-Entscheid dem **Weisungsrecht der Gesellschafter** nach § 37 Abs. 1¹⁷. Zwar findet dies seine Grenze im öffentlich-rechtlichen Charakter der Frauenförderung; deshalb entfaltet eine Gesellschafterweisung an die Geschäftsführer, keinen Festlegungs-Entscheid zu fällen, keinerlei Bindungskraft. Aber hiervon unbenommen bleibt das Recht der Gesellschafter, den Geschäftsführern für die Ausnutzung des Gestaltungsspielraums, den ihnen § 36 eröffnet (Rn 8), bindende Vorgaben zu machen. Die Geschäftsführer-Verantwortung manifestiert sich dann in deren Vorschlag für die Zielgrößen und ggf in ihrer Remonstration gegen die Gesellschafter-Vorgabe.
- 7 Vom Weisungsrecht der Gesellschafter ist die Frage zu unterscheiden, ob die Geschäftsführer verpflichtet sind, von sich aus den beabsichtigten Festlegungs-Entscheid samt Begründung den Gesellschaftern zu deren Entschließung **vorzulegen**. Das ist anzunehmen, da der zu veröffentlichende (§ 289f Abs. 4 HGB) Entscheid, welche Zielgrößen für die Gesellschaft festgelegt werden sollen, Teil der *Unternehmenspolitik* ist und somit nicht von der Geschäftsführungsbefugnis der Geschäftsführer gedeckt ist. Dieser Entscheid ist wegen der gesetzlich gezielten Außenwirkungen (Rn 4) von wesentlicher Bedeutung für die Gesellschaft und ihr Ansehen in der Öffentlichkeit; der Festlegungs-Entscheid ist daher eine **ungewöhnliche Maßnahme**, zu der – insbesondere bei der erstmaligen Festlegung – die Gesellschafter berufen sind (§ 37 Rn 10f)¹⁸. Aus § 36 mit seiner Inpflichtnahme der Geschäftsführer folgt nichts anderes; sie sind und bleiben da-

15 So auch Altmeyden Rn 6; N/S/H/Noack/Kraft Rn 5; Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider Rn 8; M/H/L/S/Giedinghagen Rn 9; Wicke Rn 4.

16 Wie hier auch BeckOK/Wisskirchen/Kuhn/Hesser Rn 6.

17 Altmeyden Rn 10; N/S/H/Noack/Kraft Rn 5; R/P/Belz Rn 7; MünchKomm/Fleischer Rn 6; Wicke Rn 4.

18 Wie hier Altmeyden Rn 10; Wicke Rn 4; Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider Rn 10; MünchHdbGmbH/Lenz § 47a Rn 18; H/C/L/Paefgen Rn 16; BeckOK/Wisskir-

für verantwortlich, dass überhaupt die gebotenen Festlegungs-Entscheide getroffen werden. Sollten sich im Einzelfall die Gesellschafter verweigern, so haben die Geschäftsführer den Entscheid zu fällen (Rn 5); das aber auch, wenn die Gesellschafter den Entscheidungsvorschlag der Geschäftsführer lediglich zur Kenntnis nehmen oder diesen die Festlegung anderweit überlassen. Die Gesellschafter sind nicht gezwungen, von ihrer Entscheidungszuständigkeit Gebrauch zu machen. Ob vor der Entscheidung der **Betriebsrat** nach § 92 Abs. 3 BetrVG zu informieren ist¹⁹, ist umstritten²⁰.

4. Festlegung der Zielgrößen

a) Welchen konkreten **Inhalt** die Zielgrößen haben sollen, steht im **grundsätzlich freien Belieben** (zu Eingrenzungen Rn 17) der Geschäftsführer bzw der Gesellschafter (Rn 6). Zwar ist es das allgemeine Ziel des Gesetzgebers, im Verlaufe der Zeit für eine paritätische Besetzung der oberen und obersten Führungspositionen in den erfassten Gesellschaften mit Frauen und Männern zu sorgen²¹, daraus folgt jedoch *keine rechtliche Verpflichtung*, die Zielgrößen von Erreichungsperiode zu Erreichungsperiode (Rn 18 ff) zu *steigern*; insoweit setzt das Gesetz allein auf den Mechanismus aus Ansehen der Gesellschaft und Druck der Öffentlichkeit²². Insbesondere ist den Gesellschaften nicht der dreißigprozentige Frauenanteil auf den beiden oberen Führungsebenen als Mindestzielgröße vorgegeben (arg § 36 Satz 5)²³. Im Übrigen steht es den Geschäftsführern/Gesellschaftern frei, wie sie die Zielgrößen und ihre Erreichung im Zeitablauf konzipieren wollen²⁴; ob etwa nur für jeweils eine Erreichungsperiode oder innerhalb einer langfristig mehrjährigen Planung von Stufe zu Stufe.

Der neu eingefügte § 36 Satz 2 stellt nun jedoch Anforderungen an die konkrete **Festlegung** der Zielgrößen selbst. So müssen „[d]ie Zielgrößen [...] den angestrebten Frauenanteil an der jeweiligen Führungsebene beschreiben und bei Angaben in Prozent vollen Personenzahlen entsprechen“. Die nun geltende Fassung der Vorschrift unterscheidet sich dabei von der noch im RegE enthaltenen Formulierung, die vorsah, dass „die Zielgrößen [...] die für die jeweilige Führungsebene angestrebte Anzahl der Frauen und den angestrebten Frauenanteil an der jeweiligen Führungsebene beschreiben [müssen]“²⁵. Weggefallen

chen/Kuhn/Hesser Rn 6; aA MünchKomm/Fleischer Rn 6; N/S/H/Noack/Kraft Rn 5; M/H/L/S/Giedinghagen Rn 9.

19 Dafür MünchKomm/Fleischer Rn 6 im Anschluss an Müller-Bonanni/Forst GmbH 2015, 621, 626; Seibt ZIP 2015, 1193, 1206 f; R/P/Belz Rn 18.

20 Dagegen N/S/H/Noack/Kraft Rn 5; Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider Rn 9; Röder/Arnold NZA 2015, 1281, 1287 f.

21 BegrRegE BT-Drucks 18/3784, S. 134 iVm S. 119.

22 Altmeyers Rn 8.

23 Wie hier auch Altmeyers Rn 8; N/S/H/Noack/Kraft Rn 10.

24 Gestaltungsvarianten in BegrRegE BT-Drucks 18/3784, S. 119.

25 BegrRegE BT-Drucks 19/26689, S. 31.

ist somit das Erfordernis auch die Gesamtzahl der Frauen in Führungspositionen festzulegen. Stattdessen gilt nun, dass die Angabe des angestrebten Frauenanteils, wenn sie in Prozent erfolgt, vollen Personenzahlen entsprechen muss. Damit wurde der Kritik unter anderem des BDI Rechnung getragen, der in der Angabe einer konkreten Personenzahl eine zu starre Festlegung befürchtete, die insbesondere dann problematisch und anpassungsbedürftig ist, wenn sich die Anzahl der Personen im jeweiligen Führungsorgan ändert²⁶. Die Möglichkeit prozentuale Angaben zu machen, bietet dagegen mehr Flexibilität, da sich bei diesen automatisch auch der entsprechende Anteil der Geschlechter, sollte es zu einer Änderung der Personen in der jeweiligen Führungsebene kommen, ändert. Neben diesem Vorteil können durch die nun geltende Regelung auch die mit der ursprünglichen Vorgabe im RegE angedachten Ziele weiterhin erreicht werden. Diese bestanden zum einen darin, durch das Erfordernis, eine Gesamtzahl angeben zu müssen, zu vermeiden, dass die prozentualen Angaben nicht vollen Personen entsprechen. Selbiges kann durch die jetzige Anforderung, dass die Prozentangaben selbst vollen Personen entsprechen müssen, sichergestellt werden. Zum anderen kann durch diese Vorgabe vermieden werden, dass Unternehmen zwar eine prozentuale Zielgröße festlegen, dies in der Realität aufgrund des Verhältnisses von Prozentzahl und Anzahl der Mitglieder der jeweiligen Führungsebene aber keiner „ganzen Person“ entspricht²⁷. *Nicht ausreichend* ist hingegen die Festlegung bloßer „Zielkorridore“ (etwa 5%–10%)²⁸.

- 10 Anders als der gesellschaftsinterne Festlegungsvorschlag der Geschäftsführer gegenüber den Gesellschaftern (Rn 7) bedarf der Festlegungsentscheid selbst grundsätzlich **keinerlei Begründung** gegenüber der Allgemeinheit (zur Ausnahme in Bezug auf die Festlegung der Zielgröße Null nachfolgend Rn 11). Nach § 289f Abs. 4, Abs. 2 Nr. 4 HGB sind ausschließlich die Festlegungen zu veröffentlichen, also nicht die ihnen zugrundeliegenden Erwägungen; gegenüber der Allgemeinheit begründungspflichtig sind erst mögliche Zielverfehlungen (§ 289f Abs. 2 Nr. 4 aE HGB, Rn 23). Als konsequent in Bezug auf die fehlende Begründungspflicht für den Festlegungsentscheid ist es zu bewerten, dass auch die Annahmen und Grundlagen, die dem Entscheid zugrunde gelegt worden sind, nicht veröffentlicht werden müssen²⁹.
- 11 Neu eingeführt durch das FöPoG II ist in § 36 Satz 3 eine *Begründungspflicht* für den Fall, dass die Geschäftsführer für den Frauenanteil auf einer der Führungsebenen die **Zielgröße Null** festlegen. Dies erinnert an den im Zusammenhang mit dem DCGK bekannten Grundsatz „comply or explain“³⁰, soll aber eher mit der Drohung eines „naming and shaming“ im Falle wenig überzeugen-

26 Spindler WM 2021, 817, 821.

27 So auch Spindler WM 2021, 821 (mit dem konkreten Beispiel einer Zielgröße von 10% bei 8 Personen).

28 Wie hier N/S/H/Noack/Kraft Rn 15; H/C/L/Paefgen Rn 33; aA Herb DB 2015, 964, 970; Junker/Schmidt-Pfitzner NZG 2015, 929, 936 (jeweils zum FöPoG I).

29 Altmeyden Rn 9.

30 S. auch BeckOK/Wisskirchen/Kuhn/Hesser Rn 4.

der Begründungen **öffentlichen Druck** erzeugen und auf diese Weise die Unternehmen motivieren, mehr Frauen in Führungspositionen zu etablieren. Die in § 334 HGB (Rn 26) angedrohte Sanktionierung stellt dabei sicher, dass die Begründung vorgenommen und der vom Gesetzgeber angedachte Zweck der Regelung erreicht werden kann. Ob die Vorstellungen des Gesetzgebers, die Öffentlichkeit bzw deren Meinung als Motivation für die Umsetzung einzusetzen, jedoch erfolgsversprechend ist, kann im Hinblick auf die geringe öffentliche Präsenz der nichtbörsennotierten GmbH, etwa im Vergleich zur börsennotierten AG, in Frage gestellt werden³¹.

Gleichzeitig klärt § 36 Satz 3 die zuvor umstrittene Frage, ob die Festlegung der **Zielgröße Null zulässig** ist³²; denn wäre dies nicht der Fall, wäre eine solche Regelung überflüssig. Die Notwendigkeit ihrer Begründung schreibt der Festlegung der Zielgröße Null für den Frauenanteil jedoch *Ausnahmecharakter* zu, sodass die Pflicht zur Begründung im Einklang mit dem Ziel des Gesetzgebers steht, den Frauenanteil in Führungspositionen zu steigern (Rn 1). Dies wird auch dadurch verstärkt, dass die Geschäftsführer zugleich angehalten sind, sich näher mit ihrer Entscheidung für die Festlegung der Zielgröße auseinanderzusetzen, um der Öffentlichkeit eine nachvollziehbare Begründung zu liefern; denn eine solche war bisher in den meisten Fällen nicht auszumachen. Einzig nachvollziehbare Begründung für die Festlegung der Zielgröße Null scheint der Fall, dass die Führungsebene vollständig mit Männern besetzt ist, deren Arbeitsverträge zeitlich länger gehen als die Frist zur Umsetzung der Zielvorgabe und daneben auch sonst kein Wechsel oder gar eine Erweiterung des Führungsorgans geplant ist³³. Bei wie vielen der Unternehmen, die sich bisher die Zielgröße Null gesetzt haben, dieser Grund tatsächlich Auslöser für die erfolgte Festlegung war, ist aufgrund der bisher fehlenden Begründungspflicht ungewiss.

Inhaltlich muss die Begründung nach § 36 Satz 3, 4 **klar** und **verständlich** sein; dabei sind **ausführlich** die Erwägungen darzulegen, die der Entscheidung zugrunde liegen. Die Begründung sollte dabei dem zuvor beschriebenen Ausnahmecharakter der Festlegung der Zielgröße Null Rechnung tragen. Die kombinierten Voraussetzungen „klar und verständlich“ sind bekannt aus § 87a Abs. 1 Satz 1 AktG, wo diese Voraussetzung an das Vergütungssystem gestellt werden³⁴. Dieses erfüllt die genannten Kriterien dann, wenn ein *durchschnittlich informierter und verständiger Aktionär* auf ihrer Grundlage eine fundierte Entscheidung treffen kann³⁵. Überträgt man diesen Fall auf die Begründung nach

31 Wie hier *N/S/H/Noack/Kraft* Rn 20; *MünchKomm/Fleischer* Rn 9; vgl weiter *Leydecker/Bahlinger* NZG 2020, 1212, 1217; *Stöhr* ZIP 2021, 2267, 2269.

32 Zur vor Einführung des FüPoG II geführten Diskussion zur Zulässigkeit einer Zielgröße Null vgl nur *Müller-Bonanni/Forst* GmbH R 2015, 621, 624; *Wasmann/Rothenburg* DB 2015, 295; *Weller/Benz* AG 2015, 467, 471 (nur in Ausnahmefällen); aA *Teichmann/Rüb* BB 2015, 898, 902 f.

33 So zutreffend *Seibt* DB 2021, 438, 444; vgl weiter *BegrRegE BT-Drucks 19/26689*, S. 48.

34 So schon *Seibt* DB 2021, 438, 445.

35 *Seibt* DB 2021, 438, 445.

§ 36 Satz 3 heißt das, dass eine durchschnittlich informierte und verständige Person aus ihr die der Festlegung zugrundeliegenden Überlegungen erkennen kann; sie müssen nicht geteilt werden, aber nachvollziehbar sein³⁶.

- 14 Weitere Anforderung ist, dass die der Entscheidung zugrunde liegenden **Erwägungen ausführlich dargelegt** werden müssen. In Bezug auf den dafür notwendigen Umfang schlägt die RegE idR 100 bis 150 Wörter vor³⁷. Inhaltlich ist der Ausführlichkeit dabei genüge getan, wenn die wesentlichen Umstände und ggf ihre Gewichtung durch den Vorstand erläutert werden³⁸. Hilfreich können in diesem Zusammenhang „Ausführungen zu Personalstruktur, Personalstrategie, Maßnahmen zur Personalgewinnung, Beteiligung von Personalvertretern, insbesondere aus dem Bereich Gleichstellung, ebenso [...] wie eine Einordnung der Zielgröße Null in das Gesamtkonzept der Frauenförderung im Unternehmen“³⁹ sein. Diese Angaben sind zwar lediglich *fakultativ*, sie können der Gesellschaft jedoch insoweit zum Vorteil gereichen, als sie die inhaltliche Plausibilität bzw Überzeugungskraft der Begründung stärken können⁴⁰. Im Rahmen der Offenlegung von Informationen in Zusammenhang mit der Begründung nach § 36 Satz 3 bleiben allerdings stets *Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse* sowie Vertraulichkeitsvereinbarungen unberührt⁴¹.
- 15 **b)** Zielgrößen für den Frauenanteil und seine mögliche Steigerung sind nicht für alle Hierarchiestufen im Unternehmen der Gesellschaft festzulegen, sondern bloß für die **beiden Führungsebenen direkt unterhalb der Geschäftsleitung** (§ 36 Satz 1). Für **jede Ebene** ist die Zielgröße **eigenständig** zu bestimmen⁴². Nach der Gesetzesbegründung ist eine Hierarchieebene als Gesamtheit jener organisatorischen Einheiten im Unternehmen definiert, die zueinander gleichberechtigt, aber einer gemeinsamen Führung untergeordnet sind⁴³, also unter dem technischen Geschäftsführer zB die Bereiche „Entwicklung und Konstruktion“ einerseits und „Produktion“ andererseits. Welche der so definierten Hierarchieebenen die beiden nächsten unter der Geschäftsleitung sind, bestimmt sich nach den konkreten Verhältnissen des einzelnen Unternehmens und nicht etwa nach organisationswissenschaftlicher Kennzeichnung der Betriebswirtschaftslehre (Top-, Middle- und Low-Management)⁴⁴. Nach Vorstellung des Gesetzgebers besteht angesichts der vielgestaltigen Unternehmenswirklichkeit ein sehr großer Spielraum für die Festlegung der beiden Führungsebenen: Jedes

36 IdS auch schon Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider Rn 21c (zum RegE).

37 BegrRegE BT-Drucks 19/26689, S. 85.

38 Seibt DB 2021, 445; Begr. RegE BT-Drucks 19/26689, S. 85.

39 BegrRegE BT-Drucks 19/26689, S. 85.

40 BegrRegE BT-Drucks 19/26689, S. 85.

41 BegrRegE BT-Drucks 19/26689, S. 85.

42 Müller-Bonanni/Forst GmbH 2015, 623; Fromholzer/Simons AG 2015, 463 f; B/S/Rieble Rn 12; Wicke Rn 5; N/S/H/Noack/Kraft Rn 15.

43 BegrRegE BT-Drucks 18/3784, S. 119.

44 BegrRegE BT-Drucks 18/3784, S. 119; N/S/H/Noack/Kraft Rn 6; B/S/Rieble Rn 11; MünchKomm/Fleischer Rn 4; M/H/L/S/Giedinghagen Rn 4.

Unternehmen könne die für seine Gegebenheiten passende und angemessene Lösung wählen⁴⁵.

Da § 36 an die **konkret bestehenden Hierarchiestufen** anknüpft, folgt aus dieser Bestimmung keine Verpflichtung der Geschäftsleitung, das Unternehmen so zu organisieren, dass in ihm zwei Führungsebenen unterhalb der Geschäftsführer gebildet werden⁴⁶. Falls nur *eine nachgeordnete Führungsebene* existiert oder gar (etwa in einer konzernführenden Holding, Rn 27 ff) überhaupt keine, so entfällt konsequent die Verpflichtung, Zielgrößen für zwei oder auch nur eine (inexistente) Führungsebene festzulegen⁴⁷. Dennoch ist in der Erklärung zur Unternehmensführung (§ 289f Abs. 4 HGB, Rn 21) über die Zielgrößen zu berichten; in diesem Falle mit der Erläuterung, dass im Unternehmen bloß eine oder gar überhaupt keine nachgeordnete Führungsebene besteht.

c) Dem grundsätzlich freien Festlegungs-Entscheid ist in § 36 Satz 5 eine **Grenze** gezogen: Seine Zielgrößen dürfen *nicht unterhalb* des auf der jeweiligen Führungsebene *tatsächlich erreichten Frauenanteils* liegen, solange dieser *geringer als 30 %* ist⁴⁸. Dieses **Verschlechterungsverbot** gilt für die erste Festlegung und ebenso für alle nachfolgenden Festlegungen nach Fristablauf (Rn 18). Eine Zurücknahme des Frauenanteils kommt mithin erst in Betracht, wenn der tatsächliche Anteil *oberhalb von 30 %* liegt⁴⁹. Fraglich ist dabei, ob in einem solchen Fall die festgelegte Zielgröße die **30%-Schwelle wieder unterschreiten** darf⁵⁰. Dies wird teilweise mit dem Argument bejaht, dass der RefE zum FüPoG I das Unterschreiten der 30%-Schwelle noch ausdrücklich untersagt hat⁵¹, diese Formulierung jedoch nicht den Weg in das spätere Gesetz gefunden hat⁵². Des Weiteren wird der „eindeutige“ Wortlaut in der BegrRegE zum FüPoG I als Argument herangeführt. Beide Argumentationsstränge sind indes keineswegs zwingend. Im Ergebnis folgt aus Sinn und Zweck des Verschlechterungsverbots, dass bis zur Höhe von 30 % der tatsächlich erreichte Frauenanteil geschützt und die Entscheidungsfreiheit der Geschäftsführer/Gesellschafter (Rn 8) entsprechend beschnitten werden soll⁵³. Diesem ein-

45 Beschlussempfehlung und Bericht des 13. Bundestagsausschusses, BT-Drucks 18/4227, S. 21.

46 Altmeyen Rn 7; Teichmann/Rüb BB 2015, 253.

47 Altmeyen Rn 7; MünchKomm/Fleischer Rn 4; N/S/H/Noack/Kraft Rn 8; vgl weiter 13. Bundestagsausschuss, BT-Drucks 18/4227, S. 22.

48 N/S/H/Noack/Kraft Rn 10; MünchKomm/Fleischer Rn 6; BeckOK/Wisskirchen/Kuhn/Hesser Rn 4; M/H/L/S/Giedinghagen Rn 12.

49 BegrRegE BT-Drucks 18/3784, S. 42; MünchKomm/Fleischer Rn 6; Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider Rn 15.

50 So N/S/H/Noack/Kraft 23. Aufl Rn 11; vgl weiter zum FüPoG I: Fromholzer/Simmons AG 2015, 457, 460; Wasmann/Rothenburg DB 2015, 291, 295; Winter/Marx/De Decker DB 2015, 1331, 1332.

51 S. RefE FüPoG I, S. 100 (zu § 76 Abs. 4 Satz 3 AktG-RefE).

52 So Fromholzer/Simmons AG 2015, 457, 460.

53 Wie hier Altmeyen Rn 8 aE; M/H/L/S/Giedinghagen Rn 12 (mit der Einschränkung, dass es nicht notwendig ist, „eine einmal erreichte Schwelle von 30 % in jedem Fall durch Neueinstellungen etc halten zu müssen“); Müller-Bonnani/Forst GmbH 2015, 621, 624.

deutigen Anliegen der Norm entspricht es, dass ein einmal erreichter Frauenanteil, der die 30%-Schwelle überschritten hat, diese **nicht** durch eine neu festgelegte Zielgröße **wieder unterschreiten** darf.

5. Erreichungsfristen

- 18 Zusammen mit den Zielgrößen müssen die Geschäftsführer/Gesellschafter (Rn 5 f) festlegen, **bis zu welchem Zeitpunkt** die jeweiligen Zielgrößen erreicht sein sollen (§ 36 Satz 6). Diese Fristsetzung ist auch für die Erklärung zur Unternehmensführung nach § 289f Abs. 4 HGB (Rn 21 f) von Bedeutung. Denn mit ihrem Ablauf muss offengelegt werden, ob die selbst festgelegte Zielgröße innerhalb der festgelegten Frist erreicht worden ist und für den Fall des Nicht-erreichens ist eine Begründung zu liefern.
- 19 Welche Fristen die Geschäftsführer/Gesellschafter festlegen und wie sie diese mit den jeweiligen Zielgrößen verbinden wollen, steht in deren grundsätzlich freiem Belieben. Dies findet seine Grenze erst in der **gesetzlichen Höchstfrist von fünf Jahren** (§ 36 Satz 7).
- 20 Die einmal festgelegte Frist entfaltet **keine Sperrwirkungen gegen eine Neufestlegung** noch vor Fristablauf – etwa auf der Grundlage neu gewonnener Erkenntnisse. Weder die Zielgrößen noch die Erreichungsfristen sind indisponibel. Die neu festgelegten Fristen müssen indes wiederum die gesetzlich vorgegebene Höchstdauer von fünf Jahren einhalten (§ 36 Satz 7). Des Weiteren ist zu beachten, dass der bisherige Ablauf der Altfrist mit in die neue Frist eingerechnet werden muss, welche sich dann dementsprechend verkürzt⁵⁴. Während eine andere Bewertung Umgehungen begünstigen würde, steht die hier vertretene Auffassung im Einklang mit dem Gesetzeswortlaut, der nicht nur darauf ausgelegt ist, dass alle fünf Jahre die Zielgrößen neu festgelegt werden, sondern vielmehr bestimmt, dass die Erreichung der selbst festgelegten Zielgrößen in einem Fünfjahreszeitraum zu erfolgen hat.

6. Rechenschaft und Publizität

- 21 a) Die Geschäftsführer haben im Rahmen der jährlichen Rechnungslegung innerhalb der **Erklärung zur Unternehmensführung** in einem gesonderten Abschnitt zu den festgelegten Zielgrößen nach näherer Bestimmung des § 289f Abs. 2 Nr. 4 HGB (Rn 22 f) zu berichten (§ 289f Abs. 4 Satz 1, § 264 Abs. 1 HGB)⁵⁵ und diesen **Bericht** zu veröffentlichen (Rn 25). Den Bericht müssen *auch kleine Gesellschaften* iSd § 267 Abs. 1 HGB aufstellen (§ 289f Abs. 4 Satz 3, § 326 Abs. 1 HGB); für sie gelten jedoch Publizitätserleichterungen (Rn 24)⁵⁶.

54 Ebenso *Altmeppen* Rn 11; aA noch 20. Aufl Rn 15.

55 *Altmeppen* Rn 13; *N/S/H/Noack/Kraft* Rn 23.

56 *BegrRegE BT-Drucks 18/3784*, S. 133.

Allerdings werden sich in der Unternehmenspraxis schwerlich Gesellschaften mit mehr als 500 Arbeitnehmern (Rn 3), aber weniger als 12 Mio Euro Umsatzerlöse oder 6 Mio Euro Bilanzsumme finden.

b) Für den **Inhalt** des gesonderten Berichts ist danach zu unterscheiden, ob im Berichtsjahr die selbstgesetzte Frist (Rn 18) abgelaufen ist oder nicht. *Vor Fristablauf* mussten bisher lediglich die konkret bestimmten Führungsebenen und die für diese festgelegten Zielgrößen (Rn 4, 15) angegeben werden – dies freilich für jedes abgelaufene Geschäftsjahr aufs Neue⁵⁷. Zusätzlich muss der Bericht nunmehr auch noch die durch das FüPoG II eingeführte Begründung im Falle der Festlegung einer Zielgröße Null enthalten. Dagegen sind die Geschäftsführer weiterhin nicht verpflichtet, vor Fristablauf einen Zwischenbericht dahingehend zu erstatten, welcher Stand auf dem Weg zum selbstgesetzten Ziel mittlerweile erreicht worden ist⁵⁸. 22

Nach Fristablauf ist über die festgelegten *Zielgrößen* und darüber zu berichten, ob die Zielgrößen innerhalb der selbst gesetzten Frist *erreicht* worden sind. Wenn das der Fall ist, genügt die Angabe dieser Tatsache verbunden mit der Mitteilung des tatsächlichen Frauenanteils auf der jeweiligen Führungsebene⁵⁹. Wurde dagegen eine der Zielgrößen innerhalb der festgesetzten Erreichungsfrist *verfehlt*, so sind die *Gründe für die Zielverfehlung* im Bericht anzugeben (§ 289f Abs. 4 Satz 1, Abs. 2 Nr. 4 HGB)⁶⁰. Sie können etwa darin liegen, dass bestimmte Führungspositionen im Bezugszeitraum entgegen der Personalplanung nicht frei geworden waren oder sich auf vakante Führungspositionen nicht genügend geeignete Frauen beworben hatten oder die weiblichen Kandidaten unter strenger Berücksichtigung des Diskriminierungsverbots aus § 2 AGG ihren männlichen Mitbewerbern unterlegen waren⁶¹. Diese Angaben sind mit dem relevanten Zahlenmaterial zu fundamentieren, aber nicht mit den Gründen für die Ablehnung konkreter Bewerberinnen⁶². Die Berichtspflicht zwingt die Geschäftsführer (und eventuell die Gesellschafter, § 37 Rn 11) nicht, ihre Personalentscheidungen zu rechtfertigen⁶³. 23

c) Als Teil der Erklärung zur Unternehmensführung unterliegt der Zielgrößen-Bericht mitsamt seinen Angaben (Rn 21f) nicht der gesetzlichen **Abschlussprüfung** (arg § 289f, § 317 Abs. 2 Satz 3 HGB); diese beschränkt sich auf die Feststellung, ob der erforderliche Zielgrößen-Bericht überhaupt erstattet worden ist und die vorgegebenen Pflichtbestandteile enthält⁶⁴. Sollten die Geschäftsführer dies pflichtwidrig unterlassen haben, so muss es in den Prüfungsbericht aufgenommen 24

57 Wie hier auch Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider Rn 26.

58 13. Bundestagsausschuss BT-Drucks 18/4227, S. 26; vgl weiter N/S/H/Noack/Kraft Rn 24.

59 Altmeyen Rn 14.

60 Altmeyen Rn 14; N/S/H/Noack/Kraft Rn 24; Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider Rn 27; M/H/L/S/Giedinghagen Rn 15.

61 S. B/S/Rieble Rn 28.

62 Ähnlich Altmeyen Rn 15.

63 Abweichend wohl RegE BT-Drucks 18/3784 S. 120; vgl weiter Teichmann/Rüb BB 2015, 259, 263.

64 Altmeyen Rn 18; N/S/H/Noack/Kraft Rn 23.

werden (§ 321 Abs. 2 HGB)⁶⁵; darüber hinaus ist der Bestätigungsvermerk mit Begründung einzuschränken (§ 322 Abs. 4 iVm § 317 Abs. 2 Satz 3 HGB)⁶⁶. Kleine Gesellschaften (Rn 21) sind nicht prüfungspflichtig⁶⁷ (§ 316 Abs. 1 Satz 1 HGB).

- 25 **d)** Eingebettet in die Erklärung zur Unternehmensführung ist der Zielgrößen-Bericht über den Lagebericht (§§ 289f, 289 HGB) im **Bundesanzeiger** zu veröffentlichen (§ 325 Abs. 1 HGB) bzw für nach dem 31.12.2021 beginnende Geschäftsjahre ausschließlich über das Unternehmensregister zugänglich zu machen⁶⁸. Stattdessen kann die Gesellschaft den Zielgrößen-Bericht auch auf ihrer **Internetseite** zugänglich machen; dann hat sie hierauf gemäß § 289f Abs. 1 Satz 3 HGB in ihrem Lagebericht hinzuweisen (§ 289f Abs. 4 Satz 2, Abs. 1 Satz 2, 3 HGB). Kleine Gesellschaften (Rn 21) müssen den Zielgrößen-Bericht auf ihrer Internetseite zugänglich machen⁶⁹ (§ 289f Abs. 4 Satz 3 HGB); sie können dies aber auch auf dem Wege ihres nach § 325 Abs. 1 HGB freiwillig veröffentlichten Lageberichts tun (§ 289f Abs. 4 Satz 4 HGB).

7. Sanktionen

- 26 Werden die gesetzten **Zielgrößen nicht erreicht**, so hat dies **keine Rechtsfolgen**⁷⁰. Mit einer **Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro** sind die Geschäftsführer der Gesellschaft und die Mitglieder ihres Aufsichtsrats für pflichtwidrige Berichterstattung nach § 289f Abs. 4 HGB dann bedroht (§ 334 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 HGB)⁷¹, wenn sie den obligatorischen **Zielgrößen-Bericht** (Rn 21 f) *überhaupt nicht* oder *unvollständig* oder *fehlerhaft* erstattet haben⁷². Überdies ist den pflichtvergessenen Organmitgliedern die **Entlastung** zu versagen, falls sie vorsätzlich fehlerhaft berichtet haben oder berichten haben lassen⁷³. § 36 ist allerdings **kein Schutzgesetz** iSv § 823 Abs. 2 BGB⁷⁴. Die bislang umstrittene Frage, ob auch ein Verstoß gegen die primär mit der Zielgrößenfestlegung verbundenen Pflichten (Rn 4) sanktionsbewährt ist, ist durch die durch das FöPoG II eingefügte *Ergänzung des § 334 Abs. 1 HGB* idS geklärt, dass gem. § 334 Abs. 1 Satz 2 HGB auch pflichtwidrige Unterlassungen der nach § 289f Abs. 2 Nr. 4 iVm § 289f Abs. 4 HGB zu treffenden Festlegungen und Begründungen (wie

65 Näher *Schüppen/Walz* WPG 2015, 1157 f; aA *Seidler* BB 2016, 939 ff in Verkenennung des Konzepts auf öffentlichen Druck zu setzen (Rn 1).

66 *Schüppen/Walz* WPG 2015, 1155, 1160; *Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider* Rn 29.

67 *Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider* Rn 28.

68 So *M/H/L/S/Giedinghagen* Rn 15.

69 *Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider* Rn 31.

70 *N/S/H/Noack/Kraft* Rn 20; *Stöhr* ZIP 2021, 2268, 2269; *M/H/L/S/Giedinghagen* Rn 16.

71 *Begr RegE BT-Drucks 18/3784*, S. 132.

72 *Altmeppen* Rn 19; *Stöhr* ZIP 2021, 2268, 2269.

73 *Weller/Benz* AG 2015, 467, 474 f; *MünchKomm/Fleischer* Rn 10.

74 *Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider* Rn 34; *N/S/H/Noack/Kraft* Rn 20; *R/P/Belz* Rn 26.

beispielsweise die fehlende Zielgrößenfestlegung oder mangelnde Fristsetzung) als Zuwiderhandlung in Betracht kommen⁷⁵. Diese Klarstellung gilt – wie der expliziten Erwähnung des Wortes „Begründung“ zu entnehmen ist – auch für die künftig zu erfolgende *Begründung der Zielgröße Null*⁷⁶. Zudem weist die Begründung zur RegE ausdrücklich darauf hin, dass der wahrheitsgemäße Bericht über das Unterlassen bzgl der zuvor erwähnten Angaben und Begründungen eine Zuwiderhandlung gegen die Berichtspflicht nicht ausschließt⁷⁷.

8. Konzern

a) Ist die **GmbH Spitze eines Konzerns**, so richtet es sich nach den differenzierenden Regeln der Mitbestimmungsgesetze (Rn 3), ob ihr die Arbeitnehmer der konzernabhängigen Gesellschaften *zugerechnet* werden. Nach § 5 Abs. 1 MitbestG kommt es auf die Konzernierungsform nicht an; als Arbeitnehmer der konzernherrschenden Gesellschaft zählen sowohl die unternehmensvertraglich als auch die bloß faktisch abhängigen Gesellschaften. Erreicht die konzernherrschende Gesellschaft dadurch mehr als 2000 Arbeitnehmer (zu solchen im Ausland Rn 3), so unterliegt sie damit der Mitbestimmung nach dem MitbestG und hat für den Frauenanteil Zielgrößen festzulegen. *Anders* hingegen nach § 2 Abs. 2 DrittelbG: Hier werden die Arbeitnehmer der konzernabhängigen Gesellschaften nur dann zugerechnet, wenn zwischen den Gesellschaften ein Beherrschungsvertrag besteht, also nicht im lediglich faktischen Konzern.

b) Im Konzern sind **für jede konzernverbundene Gesellschaft**, sei sie Mutter-, Tochter- oder Enkelgesellschaft, jeweils eigene Zielgrößen für ihre jeweils beiden obersten Führungsebenen unterhalb der Geschäftsleitung festzulegen⁷⁸ (Rn 4, 15) – dies allerdings allein in jenen konzernverbundenen Gesellschaften, die selbst der Mitbestimmung unterliegen, also nicht in einer Tochter KG und auch nicht in einer Enkel GmbH mit weniger als 500 Arbeitnehmern. Von der Verpflichtung, eigene Zielgrößen festzulegen, werden nachgeordnete Konzerngesellschaften nicht durch die Verpflichtung der Gesellschaft an der Konzernspitze befreit, dort Zielgrößen zu bestimmen. Eine solche Freistellung enthält das Gesetz nicht.

c) Ebenso wenig hat der Gesetzgeber die Konzernverbindung bei der **Bestimmung der Führungsebenen** berücksichtigt; im Gegenteil hat er von ihrer konzernweiten Fassung „unter Einbeziehung von Führungskräften im In- und Ausland abgesehen, da dadurch die Zielgrößen intransparent und vage geworden wären“⁷⁹.

75 Begr RegE BT-Drucks 19/26689, S. 81; N/S/H/Noack/Kraft Rn 27; M/H/L/S/Giedinghausen Rn 16.

76 So auch Begr RegE BT-Drucks 19/26689, S. 81; vgl weiter Stöhr ZIP 2021, 2268, 2269; M/H/L/S/Giedinghausen Rn 16.

77 Begr RegE BT-Drucks 19/26689, S. 81; vgl weiter N/S/H/Noack/Kraft 23. Aufl Rn 27.

78 Altmeyen Rn 7; N/S/H/Noack/Kraft Rn 7; Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider Rn 7; MünchKomm/Fleischer Rn 5; Müller-Bonanni/Forst GmbH 2015, 621, 623.

79 So 13. Bundestagsausschuss, BT-Drucks 18/4227, S. 22.

Deshalb sind für jede zielgrößenpflichtige Konzerngesellschaft (Rn 27) isoliert deren oberste Führungsebenen zu ermitteln⁸⁰. Das gilt auch für streng zentralistisch organisierte Konzerne mit einer durchgehenden Hierarchisierung über die Konzerngesellschaften hinweg. In einem solchen Konzern mag die Ebene der Tochtergeschäftsleitung organisatorisch die zweite Führungsebene unterhalb der Konzernleitung sein; deshalb hat die Gesellschaft an der Spitze des Konzerns rechtlich nur eine nachgeordnete Führungsebene (Rn 15). Die Tochtergeschäftsführer amtieren auf keiner nachgeordneten Führungsebene der Konzernmutter. Frauenförderung findet hier in der Tochter-Geschäftsleitung ggf nach § 52 Abs. 2 statt (näher § 52 Rn 144 ff).

§ 37 Beschränkungen der Vertretungsbefugnis

(1) Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, welche für den Umfang ihrer Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, durch den Gesellschaftsvertrag oder, soweit dieser nicht ein anderes bestimmt, durch die Beschlüsse der Gesellschafter festgesetzt sind.

(2) Gegen dritte Personen hat eine Beschränkung der Befugnis der Geschäftsführer, die Gesellschaft zu vertreten, keine rechtliche Wirkung. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass die Vertretung sich nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken oder nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden soll, oder dass die Zustimmung der Gesellschafter oder eines Organs der Gesellschaft für einzelne Geschäfte erfordert ist.

Text seit 1892 unverändert; amtliche Überschrift ergänzt durch MoMiG vom 23.10.2008 (BGBl I 2026).

1. Überblick	1	6. Weisungen	17
2. Geschäftsführungsbefugnis nach dem Gesetz	3	7. Statutarisch erweiterte Geschäftsführungsbefugnis	25
3. Grenzen der gesetzlichen Geschäftsführungsbefugnis	7	8. Organisation der Geschäftsführung	27
4. Übertragung der Geschäftsführungsbefugnis auf andere	12	9. „Zölibatsgeschäftsführer“	39
5. Zustimmungsvorbehalte	16	10. Sanktionen	40
		11. Trennung zwischen Innen- und Außenverhältnis	41

1. Überblick

- 1 Die Bestimmung regelt einen Teilaspekt der Geschäftsführungsbefugnis, also des **Innenverhältnisses zwischen Gesellschaft und Geschäftsführung**. Als „das

⁸⁰ Wie hier N/S/H/Noack/Kraft Rn 7; Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider Rn 21.