

# Beirat und Aufsichtsrat im Familienunternehmen

Wiedemann / Kögel

2. Auflage 2020  
ISBN 978-3-406-74261-3  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

## IV. Persönliche Voraussetzungen – wer eignet sich als Mitglied im Aufsichtsrat/Beirat –

### 1. Verpflichtende Regelungen im Rahmen des Aktiengesetzes, der SE-VO und des SEAG<sup>63</sup>

#### a) Natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person

Bei Pflichtaufsichtsräten und fakultativen Aufsichtsräten gemäß § 52 GmbHG ist § 100 AktG zu beachten. Danach kann Mitglied eines Aufsichtsrates nur eine natürliche unbeschränkt geschäftsfähige Person sein, die nicht bei der Besorgung ihrer Vermögensangelegenheiten ganz oder teilweise einem Einwilligungsvorbehalt<sup>64</sup> unterliegt. 41

#### b) Höchstzahl von Aufsichtsratsmandaten

Mitglied des Aufsichtsrates kann nicht sein, wer bereits in zehn Gesellschaften, die gesetzlich einen Aufsichtsrat zu bilden haben, Aufsichtsratsmitglied ist.<sup>65</sup> Aufsichtsratsvorsitz-Positionen zählen insoweit im Gegensatz zu Positionen als stellvertretender Aufsichtsratsvorsitzender doppelt. Auf die Höchstzahl von zehn Mandaten sind nur diejenigen Aufsichtsratsmandate anzurechnen, bei denen obligatorisch ein Aufsichtsrat zu bilden ist, also bei Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, Europäische Aktiengesellschaften (SE) sowie GmbHs, die unter die Bestimmungen des DrittelbG oder des MitbestG fallen. Funktionsverwandte Einrichtungen wie Beiräte zählen ebenso wenig wie Aufsichtsratsmandate in ausländischen Gesellschaften.<sup>66</sup> Auf die Höchstzahl von zehn Aufsichtsratsmandaten nicht anzurechnen sind nach § 100 Abs. 2 S. 2 AktG ferner bis zu fünf Aufsichtsratsitze die ein gesetzlicher Vertreter (beim Einzelkaufmann der Inhaber) des herrschenden Unternehmens eines Konzern in zum Konzern gehörenden Handelsgesellschaften die gesetzlich einen Aufsichtsrat zu bilden haben, inne hat. Gesetzliche Vertreter des herrschenden Unternehmens sind nur Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer nicht aber Aufsichtsratsmitglieder.<sup>67</sup> 42

---

<sup>63</sup> Der Corporate Governance Kodex enthält in seiner in 2020 in Kraft getretenen Neufassung dezidierte Regelungen zur Besetzung des Aufsichtsrates in Bezug auf Diversität und Unabhängigkeit seiner Mitglieder. Diversität wird bspw. durch Alter, Geschlecht, Bildungs- oder Berufshintergrund, aber auch durch Internationalität definiert. Ein Aufsichtsratsmitglied ist iSd Empfehlung des Kodex als unabhängig anzusehen, wenn es unabhängig von der Gesellschaft, deren Vorstand und von einem kontrollierenden Aktionär ist. Mehr als die Hälfte der Anteilseignervertreter sollen unabhängig von der Gesellschaft und vom Vorstand sein. Unabhängig von der Gesellschaft und deren Vorstand ist ein Aufsichtsratsmitglied, wenn es in keiner persönlichen oder geschäftlichen Beziehung zu der Gesellschaft oder deren Vorstand steht, die einen wesentlichen und nicht nur vorübergehenden Interessenkonflikt begründen kann (vgl. DCGK 2020 C.7). Eine schematische Übernahme der Regelungen des Corporate Governance Kodex zur Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern ist abzulehnen (vgl. dazu bereits → § 2 Rn. 56).

<sup>64</sup> Vgl. § 1903 BGB.

<sup>65</sup> Vgl. § 100 Abs. 2 Nr. 1 AktG.

<sup>66</sup> Ganz hM, vgl. MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking § 30 Rn. 14; MüKoAktG/Habersack § 100 Rn. 25; Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn § 100 Rn. 27, 29; Hüffer/Koch AktG § 100 Rn. 9 f.; aA Schütze AG 1967, 342 (343).

<sup>67</sup> Vgl. MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking § 30 Rn. 16; MüKoAktG/Habersack § 100 Rn. 22; Hüffer/Koch AktG § 100 Rn. 11.

### c) Gesetzlicher Vertreter eines abhängigen Unternehmens

- 43 Aufsichtsratsmitglied kann nicht sein, wer gesetzlicher Vertreter (Geschäftsführer/Vorstand) eines von der Gesellschaft abhängigen Unternehmens ist.<sup>68</sup> Dadurch soll verhindert werden, dass es zu einer quasi „Selbstüberwachung“ kommt. Das Landgericht Frankfurt hat bei einer SE mit monistischer Führungsstruktur entschieden, dass ein geschäftsführendes Verwaltungsratsmitglied einer monistischen SE Geschäftsführer einer Konzerntochter sein kann. Das Gericht begründet dies damit, dass das Verbot der Schlechterstellung einer Europäischen Aktiengesellschaft in Art. 10 SE-VO eine „analoge“ Anwendung des § 27 SEAG für geschäftsführende Direktoren verbietet, da bei einer deutschen Aktiengesellschaft nicht zu beanstanden ist, wenn ein Vorstandsmitglied gleichzeitig auch Organ einer abhängigen Tochtergesellschaft ist.<sup>69</sup>

### d) Überkreuzverflechtung

- 44 Durch die Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds darf es nicht zu sog. Überkreuzverflechtungen kommen, dh eine Bestellung eines gesetzlichen Vertreters (Geschäftsführer/Vorstand) einer anderen Kapitalgesellschaft zum Aufsichtsrat scheidet dann aus, wenn dem Aufsichtsrat dieser anderen Kapitalgesellschaft bereits ein Vorstandsmitglied der Gesellschaft, in deren Aufsichtsrat eine Bestellung ansteht, angehört.<sup>70</sup>

### e) Karenzzeit bei börsennotierten Gesellschaften

- 45 Schließlich kann Mitglied des Aufsichtsrats einer börsennotierten Gesellschaft nicht sein, wer in den letzten zwei Jahren Vorstandsmitglied derselben börsennotierten Gesellschaft war.<sup>71</sup> Diese Regelung findet naturgemäß bei einer börsennotierten SE mit monistischer Führungsstruktur keine Anwendung, da es mit dem Verwaltungsrat insoweit nur ein Leitungs-/Aufsichtsorgan gibt. Diese sog. „Cooling-off-Periode“ wurde im Jahr 2009 im Rahmen des VorstAG eingeführt. Die Karenzzeit soll einem Kontrolldefizit bei der Wahrnehmung des Aufsichtsratsmandats aufgrund der vorherigen Vorstandstätigkeit vorbeugen und beruht insbesondere auf der Besorgnis, das ehemalige Vorstandsmitglied könnte im Aufsichtsrat verhindern, dass strategische Fehler und Unregelmäßigkeiten aus seiner Vorstandszeit bereinigt oder beseitigt werden.<sup>72</sup>
- 46 Eine Ausnahme von der zweijährigen Karenzzeit besteht allerdings, wenn die Wahl des Aufsichtsratsmitglieds auf Vorschlag von Aktionären erfolgt, die mehr als 25 % der Stimmrechte an der Gesellschaft halten. Dadurch soll sichergestellt werden, dass wesentliche Anteilshaber (zB Familienaktionäre, Stiftungen) „auf die Kenntnisse und Fähigkeiten eines verdienten Vorstands nicht verzichten“ müssen.<sup>73</sup> Dieser Ausnahmeregelung kommt insbesondere bei Familienunternehmen erhebliche Bedeutung zu, denn hier stellt die Möglichkeit des Wechsels des Gründers oder Haupteigentümers in den Beirat oftmals der richtige, wenn nicht sogar einzige Weg für den Senior dar, um sich schrittweise aus dem

<sup>68</sup> Vgl. § 100 Abs. 2 Nr. 2 AktG.

<sup>69</sup> LG Frankfurt. 3.5.2018 – 3–05 O 101/17; vgl. hierzu *Frohnmayer/Klein-Wiele*, FuS 2018, 170 f.; die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Frankfurt ist bei dem OLG Frankfurt anhängig (5 U 77/18).

<sup>70</sup> Vgl. § 100 Abs. 2 Nr. 3 AktG.

<sup>71</sup> Vgl. § 100 Abs. 2 Nr. 4 AktG.

<sup>72</sup> Vgl. Bericht des Rechtsausschusses BT-Drs. 16/13433, 10; MHdB GesR IV/*Hoffmann-Becking* § 30 Rn. 25; aA *Hüffer/Koch* AktG § 100 Rn. 18.

<sup>73</sup> Bericht des Rechtsausschusses BT-Drs. 16/13433, 11; MHdB GesR IV/*Hoffmann-Becking* § 30 Rn. 25.

operativen Geschäft zurückzuziehen.<sup>74</sup> Der Vorschlag für die Wahl des Aufsichtsratsmitglieds kann bereits vor der Hauptversammlung zustande kommen und dem Aufsichtsrat mitgeteilt werden, so dass dieser ihn bei seinem Wahlvorschlag an die Hauptversammlung berücksichtigen kann. Möglich ist aber auch, dass der Vorschlag erst in der Hauptversammlung zustande kommt.<sup>75</sup> Das Gesetz verlangt nur, dass die Wahl „auf“ den Vorschlag erfolgt. Das spricht dafür, dass der Vorschlag einerseits zum Zeitpunkt der Wahl vorliegen muss, andererseits aber auch bis zu diesem Zeitpunkt, also auch noch in der Hauptversammlung erfolgen kann. Dies kann derart geschehen, dass der Versammlungsleiter in der Hauptversammlung eine entsprechende Vorabstimmung durchführt und der Aufsichtsrat in der Einladung zur Hauptversammlung vorschlägt, das bisherige Vorstandsmitglied zum Aufsichtsratsmitglied zu wählen, falls in der Vorabstimmung ein entsprechender Vorschlag von 25 % aller stimmberechtigten Aktionäre zustande gekommen ist.

#### f) Finanzexperte

Bei kapitalmarktorientierten Gesellschaften im Sinne des § 264d HGB muss mindestens ein Mitglied des Aufsichtsrats über Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen (sog. „Financial Expert“).<sup>76</sup> Hat der Aufsichtsrat einen Prüfungsausschuss gebildet, muss auch diesem mindestens ein Finanzexperte im Sinne des § 100 Abs. 5 AktG angehören.<sup>77</sup> 47

Der erforderliche Sachverstand kann ohne weiteres bejaht werden, wenn das Mitglied im Bereich der Rechnungslegung oder Abschlussprüfung beruflich tätig ist.<sup>78</sup> Aber das ist nicht unbedingt erforderlich, sondern es genügen auch Kenntnisse und Erfahrungen in Fragen der Rechnungslegung oder Abschlussprüfung, die durch langjährige Tätigkeit in Unternehmen oder für Unternehmen oder durch eine entsprechende Weiterbildung erworben wurden. Das Erfordernis der Unabhängigkeit des Finanzexperten ist mit dem Abschlussprüferreformgesetz entfallen. 48

#### g) Sektorkennntnis

Bei kapitalmarktorientierten Gesellschaften im Sinne des § 264d HGB müssen die Mitglieder des Aufsichtsrats in ihrer Gesamtheit mit dem Sektor vertraut sein in dem die Gesellschaft tätig ist.<sup>79</sup> Der Begriff des Sektors ist mit dem „Geschäftsfeld der Gesellschaft“ gleichzusetzen.<sup>80</sup> Die Sektorkennntnis muss aber nur bei den Mitgliedern in ihrer Gesamtheit vorliegen. Dies wirft die Frage auf, ob die Kenntnis bei jedem einzelnen Mitglied erforderlich ist oder ob es genügt, wenn die Aufsichtsratsmitglieder im Zusammenspiel über Sektorkennntnis verfügen. Die hM geht zu Recht davon aus, dass nicht auf Einzelmitglieder, sondern auf die Gesamtqualifikation des Aufsichtsrats abzustellen ist, da der Zusatz „in ihrer Gesamtheit“ andernfalls überflüssig und irreführend wäre.<sup>81</sup> Sektorkennntnis setzt nicht voraus, dass Mitglieder „vom Fach“ sind, sondern es genügt, wenn sie die Sektorkennntnis etwa durch intensive Weiterbildung, im Beteiligungsmanagement oder langjährig als Angehöriger der beratenden Berufe erworben haben.<sup>82</sup> Auch 49

<sup>74</sup> → § 4 Rn. 28.

<sup>75</sup> MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking § 30 Rn. 25.

<sup>76</sup> Vgl. § 100 Abs. 5 AktG.

<sup>77</sup> Vgl. § 107 Abs. 4 AktG.

<sup>78</sup> MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking § 30 Rn. 28.

<sup>79</sup> Vgl. § 100 Abs. 5 Hs. 2 AktG.

<sup>80</sup> RegBegr AReG BT-Drs. 18/7219, 56.

<sup>81</sup> Hüffer/Koch AktG § 100 Rn. 25b; Merkt ZHR 179 (2015), 601 (619); Schilba ZIP 2016, 1316 (1322 f.); aA Behme/Zickgraf AG 2016, R 132 (134).

<sup>82</sup> RegBegr BT-Drs. 18/7219, 56.

eine mehrjährige Tätigkeit im Aufsichtsrat genügt.<sup>83</sup> Insbesondere in diversifizierten Unternehmen sollten die Anforderungen an die Sektorenkenntnis uE nicht zu hoch gesteckt werden, um das Anforderungsprofil für Aufsichtsratsmitglieder nicht übermäßig zu verschärfen.

## h) Geschlechterquote

- 50 Nach § 96 Abs. 2 S. 1 AktG muss der Aufsichtsrat einer börsennotierten AG oder KGaA, für die das MitbestG, das Montan-MitbestG oder das MitbestErgG gilt, zu mindestens 30 % aus Frauen und zu mindestens 30 % aus Männern bestehen.<sup>84</sup> Die Regelung gilt nur für Gesellschaften mit Sitz im Inland<sup>85</sup> und betrifft in Deutschland ca. 150 Unternehmen. Die Geschlechterquote ist seit dem 1.1.2016 bei erforderlich werden den Neuwahlen und Entsendungen zu berücksichtigen.<sup>86</sup> Reicht die Anzahl der neu zu besetzenden Aufsichtsratssitze nicht aus, um den Mindestanteil zu erreichen, sind die zu besetzenden Sitze vollständig mit Personen des unterrepräsentierten Geschlechts zu besetzen, um dessen Anteil sukzessiv zu steigern. Bestehende Mandate können aber bis zu ihrem regulären Ende wahrgenommen werden.<sup>87</sup> Die Quotenvorgabe gilt zudem nur für die Aufsichtsratsbesetzung, nicht aber für die Besetzung von Ausschüssen.<sup>88</sup>
- 51 Die Geschlechterquote ist grundsätzlich vom Aufsichtsrat insgesamt zu erfüllen (sog. Grundsatz der Gesamterfüllung).<sup>89</sup> Es ist somit eine Übererfüllung der Anteilseigner- oder Arbeitnehmerbank zugunsten der jeweils anderen Bank, die „ihren Anteil“ untererfüllt möglich. Etwas anderes gilt jedoch, wenn die Anteilseigner- oder die Arbeitnehmerseite der Gesamtbetrachtung vor der Wahl widerspricht. Ein solcher Widerspruch hat die sog. Getrennterfüllung zur Folge, sodass sowohl von Arbeitnehmerseite als auch von der Arbeitgeberseite die 30 %-Quote erfüllt werden muss. Der Widerspruch erfolgt durch Mehrheitsbeschluss der jeweiligen Seite, wozu die einfache Mehrheit ausreichend ist.<sup>90</sup> Der Widerspruch ist an den Aufsichtsratsvorsitzenden zu richten und muss vor jeder Wahl erneut erfolgen.<sup>91</sup> Die zeitliche Grenze für die Erklärung des Widerspruchs ist im Gesetz nicht klar definiert und deshalb umstritten.<sup>92</sup> Unabhängig von den verschiedenen Ansichten wird es für die andere Seite insbesondere im Hinblick auf die Länge des Kandidatenauswahlprozesses regelmäßig zu spät sein, um angemessen auf den Widerspruch reagieren zu können. Eine Seite, welche die Quote nicht selbst erfüllt und deshalb auf eine Übererfüllung der anderen Seite zu ihren Gunsten angewiesen ist, sollte deshalb rechtzeitig auf die andere Seite zugehen, um einen Widerspruchsverzicht zu vereinbaren.<sup>93</sup>
- 52 Bei der Berechnung der Mindestquote sind sowohl in Fällen der Gesamt- als auch der Getrennterfüllung auf volle Personenzahlen mathematisch aufzurunden (bei  $\geq 0,5$ ) bzw. abzurunden (bei  $< 0,5$ ).<sup>94</sup> Auf Anteilseignerseite sind entsandte Aufsichtsratsmitglieder in

<sup>83</sup> Vgl. Hüffer/Koch AktG § 100 Rn. 25 c.

<sup>84</sup> Dies gilt über den Verweis in Art. 47 Abs. 2 lit. a) SE-VO auch für den Aufsichtsrat einer SE. Für den Verwaltungsrat einer monistischen SE ist § 24 Abs. 3 SEAG zu beachten.

<sup>85</sup> Hüffer/Koch AktG § 96 Rn. 14; Grobe AG 2015, 289 (290 f.); Oetker ZHR 179 (2015), 707 (712 f.).

<sup>86</sup> Vgl. § 25 Abs. 2 S. 1 EGAktG.

<sup>87</sup> Hüffer/Koch AktG § 96 Rn. 13.

<sup>88</sup> Hüffer/Koch AktG § 96 Rn. 14; Grobe AG 2015, 289 (290 f.); Oetker ZHR 179 (2015), 707 (714).

<sup>89</sup> Vgl. § 96 Abs. 2 AktG.

<sup>90</sup> Junker/Schmidt-Pfitzner NZG 2015, 929 (930).

<sup>91</sup> Vgl. RegE BT-Drs. 18/3784, 120.

<sup>92</sup> Vgl. zu den einzelnen Ansichten Hüffer/Koch AktG § 96 Rn. 25.

<sup>93</sup> Junker/Schmidt-Pfitzner NZG 2015, 929 (930).

<sup>94</sup> Vgl. § 96 Abs. 2 S. 4 AktG.

gleicherweise in die Berechnung der Mindestquote einzubeziehen wie gewählte Mitglieder.<sup>95</sup>

Bei einem Verstoß gegen die Quotenvorgabe ist die Bestellung des Aufsichtsratsmitglieds im Grundsatz nichtig. Im Fall der Blockwahl ist die gesamte Wahl hinsichtlich des überrepräsentierten Geschlechts nichtig, während der zum unterrepräsentierten Geschlecht angehörige Kandidat wirksam gewählt ist.<sup>96</sup> Bei einer Einzelwahl mit nacheinander geschalteten Abstimmungsvorgängen ist der Wahlbeschluss nichtig, der in der chronologischen Abfolge als erster die Mindestquote verletzt.<sup>97</sup> Die für das unterrepräsentierte Geschlecht vorgesehenen Sitze bleiben unbesetzt (sog. „leerer Stuhl“).<sup>98</sup> Die aufgrund der Nichtigkeitsfolgen nicht besetzten Sitze sind sodann durch gerichtliche Ersatzbestellung nach § 104 AktG oder Nachwahlen zu besetzen. Das Gesetz sieht diese Nichtigkeitsfolge für den Regelfall der Gesamterfüllung aber nur für die Anteilseignerbank vor.<sup>99</sup> Für die Arbeitnehmerbank fehlt es dagegen an einer ausdrücklich gesetzlichen Regelung. Lediglich für den Fall der Getrennterfüllung gelten für die Arbeitnehmerseite entsprechende Sondervorschriften. Teilweise wird deshalb davon ausgegangen, dass Verstöße hier sanktionslos bleiben.<sup>100</sup> Nach anderer Ansicht ist dagegen von einer planwidrigen Regelungslücke auszugehen, welche über eine Analogie zu § 96 Abs. 2 S. 6 und § 18a MitbestG zu schließen ist.<sup>101</sup>

Die Nichtigkeit der Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern nach den obigen Vorschriften hat auf die Wirksamkeit der Aufsichtsratsbeschlüsse keine Auswirkungen, solange die nicht wirksam bestellten Aufsichtsratsmitglieder keinen Einfluss auf die Beschlussfähigkeit oder die Beschlussmehrheit des Aufsichtsrats haben.<sup>102</sup> Allerdings kann es durch das Freibelieben eines Aufsichtsratssitzes zu Verschiebungen der Mehrheitsverhältnisse im Aufsichtsrat kommen.

Die Mindestquote von 30 % gilt auch für börsennotierte, nach dem SEBG mitbestimmungspflichtige monistisch bzw. dualistisch strukturierte SEs, sofern ihr Aufsichts- bzw. Verwaltungsorgan paritätisch besetzt ist. Über Verweisungsnormen findet die Nichtigkeitsfolge für quotenwidrige Bestellungen sowie ein Großteil der übrigen Regelungen des § 96 Abs. 2 S. 2 AktG Anwendung.<sup>103</sup> Keine Anwendung finden dagegen die Regelungen zum Widerspruch gegen die Gesamterfüllung, da die Mitbestimmung regelmäßig im Vereinbarungsweg ausgehandelt wird. Anknüpfungspunkt für die Nichtigkeit ist jeweils allein die Wahl bzw. Bestellung durch die Hauptversammlung. Dies führt zu Schwierigkeiten, wenn die Parteien in einer Mitbestimmungsvereinbarung<sup>104</sup> abweichend von der grundsätzlich in der SE-VO vorgesehenen Bestellung auch der Arbeitnehmervertreter durch die Hauptversammlung die Wahl der Arbeitnehmervertreter durch ein anderes Gremium als die Hauptversammlung vereinbaren und die Arbeitnehmervertreter somit von der Rechtsfolge der Nichtigkeit einer quotenwidrigen Wahl durch die Hauptversammlung nicht betroffen sein können.

Gesellschaften, die börsennotiert sind oder der Mitbestimmung unterliegen, müssen gemäß § 111 Abs. 5 S. 1 AktG Zielgrößen für den Frauenanteil im Aufsichtsrat und

<sup>95</sup> RegE BT-Drs. 18/3784, 121.

<sup>96</sup> RegBegr BT-Drs. 18/3784, 122.

<sup>97</sup> RegBegr BT-Drs. 18/3784, 122.

<sup>98</sup> RegBegr BT-Drs. 18/3784, 121.

<sup>99</sup> Vgl. Hüffer/Koch AktG § 96 Rn. 23; Junker/Schmidt-Pfitzner NZG 2015, 929 (931); Röder/Arnold NZA 2015, 279 (283).

<sup>100</sup> Junker/Schmidt-Pfitzner NZG 2015, 929 (931).

<sup>101</sup> Röder/Arnold NZA 2015, 279 (283); Hüffer/Koch AktG § 96 Rn. 25.

<sup>102</sup> Junker/Schmidt-Pfitzner NZG 2015, 929 (932).

<sup>103</sup> Vgl. insbesondere § 17 Abs. 2 SEAG für den Aufsichtsrat einer dualistischen SE und § 24 Abs. 3 SEAG für den Verwaltungsrat einer monistischen SE.

<sup>104</sup> Vgl. § 21 SEBG.

Fristen, bis wann diese erreicht werden sollen, festlegen. Der Anwendungsbereich dieser Regelungen ist wesentlich weiter als derjenige der Mindestquote, da neben der AG, KGaA und SE auch die GmbH erfasst wird. Die Festlegung der Zielgrößen erfolgt dabei durch den Aufsichtsrat selbst.<sup>105</sup> Liegt der Frauenanteil bei Festlegung der Zielgrößen unter 30 %, darf die Zielgröße den erreichten Anteil nicht wieder unterschreiten. Der Status quo muss deshalb bei jeder Zielgrößenfestsetzung erneut ermittelt werden.<sup>106</sup> Hier- von abgesehen bestehen keine Mindestzielgrößen. Es obliegt daher grundsätzlich der Einschätzung des Aufsichtsrats, wann eine angemessene Beteiligung von Frauen erreicht ist. Die Fristen dürfen jeweils nicht länger als fünf Jahre sein. Zulässig ist es jedoch Zwischenziele zu definieren.<sup>107</sup> Gesellschaften die dem Anwendungsbereich unterfallen, haben jährlich über die von ihnen selbst gesetzten Zielgrößen und Umsetzungsfristen zu berichten. Nach Ablauf der Umsetzungsfrist ist im Fall des Nichterreichens der Zielgröße auch darüber zu berichten worauf dies zurückzuführen ist. Der Bericht hat für börsennotierte Gesellschaften in der Erklärung zur Unternehmensführung zu erfolgen.<sup>108</sup> Unmittelbare Sanktionen im Fall der Nichteinhaltung der Zielgröße bestehen nicht. Stattdessen setzte der Gesetzgeber darauf, dass durch die Verpflichtung der betroffenen Unternehmen, über das Erreichen der Mindestquote sowie die Festlegung von Zielgrößen und Umsetzungsfristen jährlich transparent zu berichten und den damit erzeugten Druck der Öffentlichkeit ein verhaltenssteuerndes Regulativ geschaffen wird. Anders als bei der Mindestquote folgen daher aus der Verpflichtung zur Aufstellung von Zielgrößen keine zwingenden Vorgaben im Hinblick auf die Besetzung des Aufsichtsrats. Im Interesse eines positiven Unternehmensbildes in der Öffentlichkeit empfiehlt es sich aber uE eine Zielgröße festzulegen, die größer als Null ist. Zudem sollte nur eine solche Zielgröße festgesetzt werden, deren Erreichen realistisch erscheint.

### i) Anforderungen der Satzung

- 57 Es ist nach dem Aktiengesetz zulässig, weitere persönliche Anforderungen für die Aufsichtsratsmitglieder festzuschreiben, sofern diese nicht die Vertreter der Arbeitnehmer betreffen. Für letztere sind ausschließlich die jeweiligen einschlägigen mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften relevant, also insbesondere das DrittelbG und das MitbestG. Durch solche satzungsmäßigen Anforderungsvoraussetzungen darf aber die freie Auswahl durch die Hauptversammlung nicht beeinträchtigt werden und auch kein verstecktes Entsendungsrecht festgeschrieben werden. Strittig ist insbesondere, ob eine bestimmte Familienzugehörigkeit als persönliche Voraussetzung verlangt werden darf.<sup>109</sup>

## 2. Grundsätze außerhalb der gesetzlichen Bestimmungen

- 58 Bei einem freiwilligen Beirat bestehen keine gesetzlichen Regelungen bezüglich der persönlichen Voraussetzungen für die Bestellung eines Beiratsmitglieds. Es sind also in erster Linie Zweckmäßigkeitserwägungen unter Berücksichtigung der Besonderheiten des

<sup>105</sup> Vgl. *Hüffer/Koch* AktG § 111 Rn. 56.

<sup>106</sup> *Wasmann/Rothenburg* NZA 2015, 291 (295).

<sup>107</sup> *Junker/Schmidt-Pfitzner* NZG 2015, 929 (935).

<sup>108</sup> Vgl. § 289f Abs. 2 Nr. 4, Abs. 4 HGB.

<sup>109</sup> Grundsätzlich bejahend *Lutter/Krieger/Verse* § 1 Rn. 24; aA *GroßkommAktG/Hopt/Roth* § 100 Rn. 105; *MüKoAktG/Habersack* § 100 Rn. 54; *Köln* Komm AktG/*Mertens/Cahn* § 100 Rn. 46; *Hüffer/Koch* AktG § 100 Rn. 20, mit dem Hinweis, dass dies meistens auf ein verkapptes Entsendungsrecht hinausläuft und deswegen unzulässig ist; zu den notwendigen Qualifikationen des Aufsichtsrats vgl. *Bibr/Blättchen* BB 2007, 1285 (1289 f.); allgemein zu den Anforderungen an Aufsichtsratsmitglieder vgl. *Werder/Wieczorek* DB 2007, 297 ff.

Einzelfalls heranzuziehen. Abstrakte Regeln können nicht aufgestellt werden. Zunächst stellt sich die Frage, inwieweit es sinnvoll ist, für freiwillige Beiräte Regelungen entsprechend anzuwenden, die für Pflichtaufsichtsräte gelten (vgl. dazu im Folgenden unter → § 9 Rn. 59 ff.). Sodann sind weitere persönliche Voraussetzungen zu diskutieren, die für freiwillige Beiräte sinnvoll erscheinen (vgl. dazu unter → § 9 Rn. 62 ff.).

#### a) Entsprechende Anwendung der Regelung für Pflichtaufsichtsräte

Selbstverständlich muss es sich auch bei Beiratsmitgliedern um natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Personen handeln. Die für Pflichtaufsichtsratsmitglieder geltende Höchstzahl von Mandaten sollte uE aber nicht schematisch auf freiwillige Beiräte angewendet werden. Viel wichtiger als feste zahlenmäßige Begrenzungen ist die Frage, ob das jeweilige Beiratsmitglied tatsächlich zeitlich verfügbar ist (vgl. dazu im Folgenden unter b) → Rn. 64). Die Frage der zeitlichen Verfügbarkeit kann nicht pauschal beantwortet werden, sondern ist stets im Einzelfall zu prüfen. Sog. „Berufsbeiräte“, die keinen weiteren beruflichen Aufgaben nachgehen, sind naturgemäß zeitlich deutlich flexibler als beispielsweise aktive Unternehmer, die ihr eigenes Unternehmen leiten und quasi nebenbei Mitglied in einem Beirat sind. 59

Dagegen macht es Sinn, bestimmte weitere gesetzliche Verbote auf freiwillige Beiräte anzuwenden. Dazu gehört das Verbot, dass der Abschlussprüfer Mitglied des Aufsichtsrates sein kann sowie das Verbot, dass Aufsichtsratsmitglied nicht sein kann, wer gesetzlicher Vertreter (Geschäftsführer oder Vorstand) eines von der Gesellschaft abhängigen Unternehmens ist.<sup>110</sup> Auch das sog. Überkreuzverflechtungsverbot<sup>111</sup> macht für freiwillige Beiräte Sinn. 60

Für Beiräte in Familienunternehmen regelmäßig vollkommen untauglich ist dagegen die sog. Cooling-Off-Periode (Karenzzeit), die es Vorständen untersagt, innerhalb einer Frist von zwei Jahren nach dem Ausscheiden aus dem Vorstand in den Aufsichtsrat zu wechseln.<sup>112</sup> Das Aktiengesetz hat insoweit erfreulicherweise eine Ausnahme für Familienunternehmen definiert.<sup>113</sup> Bei freiwilligen Beiräten dient die Implementierung des Beirats häufig dazu, eine Unternehmensnachfolge zu begleiten. Der unmittelbare Wechsel der Seniorin bzw. des Seniors in den Beirat kann zur Umsetzung eines solchen Konzeptes der Schlüssel sein und trägt zur Kontinuitätssicherung bei.<sup>114</sup> Die weiteren gesetzlichen Anforderungen, die im Wesentlichen nur für börsennotierte bzw. kapitalmarktorientierte Unternehmen gelten, zB die Notwendigkeit eines Finanzexperten und der Sektorkenntnis sowie die Einhaltung der Geschlechterquote, sind in dieser Pauschalität auf freiwillige Beiräte nicht anzuwenden. Einige dieser Gesichtspunkte machen aber von ihrem Grundgedanken betrachtet für freiwillige Beiräte ebenfalls Sinn. Das gilt beispielsweise für die Geschlechterquote bzw. weiter gefasst für die Sinnhaftigkeit, möglichst hohe Diversität im Beirat sowohl im Hinblick auf die Geschlechter, aber auch im Hinblick auf Alter, unternehmerische Erfahrungen, Branchenkenntnisse und sonstige Sach- und Fachkompetenzen zu vereinigen (vgl. dazu auch im Folgenden unter → § 9 Rn. 63). 61

---

<sup>110</sup> → Rn. 43.

<sup>111</sup> → Rn. 44.

<sup>112</sup> → Rn. 45.

<sup>113</sup> → Rn. 46.

<sup>114</sup> Vgl. hierzu auch *Achenbach* Der Aufsichtsrat 2015, 137, mit Verweisen auf mehrere börsennotierte Familienunternehmen, bei denen ein solcher unmittelbarer Wechsel des Firmengründers in den Aufsichtsrat erfolgreich vollzogen wurde.

### b) Sonstige persönliche Voraussetzungen außerhalb der gesetzlichen Regelungen

- 62 Voraussetzungen, die Beiratsmitglieder in Familienunternehmen idealerweise erfüllen sollten: In jedem Fall wird es unerlässlich sein, dass das Beiratsmitglied über besondere persönliche Eigenschaften, wie beispielsweise ein hohes Maß an Integrität, Persönlichkeitskompetenz und Loyalität gegenüber dem Familienunternehmen verfügt. Weitere wünschenswerte persönliche Eigenschaften sind die Fähigkeit, analytisch und strategisch zu denken.<sup>115</sup> Beiräten kommt dabei in immer stärkerem Maße die Aufgabe als „Sounding Board“ der Geschäftsführung bei strategischen Fragestellungen zu, was auch die Fähigkeit erfordert, unternehmerisch zu denken.<sup>116</sup> Eine gute Auffassungsgabe sowie eine „gesunde Portion“ Teamfähigkeit einerseits und Durchsetzungsvermögen andererseits sind weitere wünschenswerte Eigenschaften. Unter den Beiratsmitgliedern sollten sich in jedem Fall solche Persönlichkeiten befinden, die einen gewissen Mut zu Veränderungen aufweisen und sich durch Kreativität und Innovationsstärke auszeichnen. Aber auch ein Mitglied, das eher von einem klaren Blick auf die Zahlen und einer gewissen Zurückhaltung geprägt ist, kann sinnvoll sein. Ratio und Emotionen sollten in gleicher Weise ausgeprägt sein.
- 63 Dabei ist selbstverständlich, dass es kaum möglich sein wird, Beiratsmitglieder zu finden, auf die alle diese vorgenannten persönlichen Eigenschaften zutreffen. Hier gilt jedoch, dass es wichtig ist, eine gute Mischung von unterschiedlichen Charakteren zu finden, also ein Team aus „Vordenkern, Mitdenkern und Querdenkern“.<sup>117</sup> Insofern kann es sich insbesondere anbieten, den Beirat mit Mitgliedern aus verschiedenen Altersgruppen zusammenzusetzen. Insgesamt ist dem Gedanken der möglichst hohen Diversität im Beirat so gut wie möglich Rechnung zu tragen.<sup>118</sup> Die Mehrzahl der Beiratsmitglieder sollte Erfahrungen im Umgang mit Familienunternehmen haben und unternehmerische Erfahrungen aufweisen. Weiter kann sich eine Altersgrenze (beispielsweise 70 Jahre) empfehlen.<sup>119</sup>
- 64 Zu nennen ist ferner die zeitliche Verfügbarkeit, da ein Beiratsmitglied, das nicht den erforderlichen zeitlichen Einsatz aufbringen kann, regelmäßig keinen nachhaltigen Nutzen für das Unternehmen haben wird. Ferner sollten Beiratsmitglieder persönlich und wirtschaftlich unabhängig sein, damit sichergestellt ist, dass sie ihre Entscheidungen ausschließlich im Interesse des Unternehmens und nicht etwa beeinflusst durch eine Abhängigkeit von einzelnen Gesellschaftern treffen können.<sup>120</sup>
- 65 Gerade bei Familienunternehmen mit verschiedenen Familienstämmen, bei denen Konflikte zwischen diesen ausgetragen werden, ist es wichtig, dass die Beiratsmitglieder sich nicht von einzelnen Gesellschaftern für die Durchsetzung von Partikularinteressen, die nicht im Einklang mit dem Wohl des Unternehmens stehen, vereinnahmen lassen und sensibel mit den familiären Besonderheiten umgehen.<sup>121</sup> Bei solchen Konstellationen wird deutlich, wie wichtig es ist, dass Beiratsmitglieder ein hohes Maß an Integrität und Persönlichkeitskompetenz aufweisen und nicht als „Ja-Sager“ auftreten. In jedem Fall

<sup>115</sup> Vgl. hierzu auch *Achenbach* S. 48 ff.

<sup>116</sup> Vgl. dazu *Pacher/Dyballa* Der Aufsichtsrat 2019, 102 ff.; *Kormann* S. 29; *Koerberle-Schmid/Fabrion/Witt* S. 162 f.

<sup>117</sup> Vgl. dazu *Kuck* Der Aufsichtsrat 2007, 86 (87); *Achenbach* S. 46.

<sup>118</sup> Vgl. auch *Thümmel* Der Aufsichtsrat 2015, 18, 19 und *Achenbach* S. 56. Dies steht insoweit im Einklang mit den Empfehlungen des Corporate Governance Kodex, vgl. DCGK 2020 C.1; zur Diversität im Beirat vgl. auch → § 13 Rn. 8.

<sup>119</sup> Zur Frage, ob die Festsetzung eines Höchstalters gegen das AGG verstößt, vgl. *Lutter* BB 2007, 725 ff.; *Horn/Schmalz* Der Aufsichtsrat 2007, 72 f.

<sup>120</sup> → § 2 Rn. 56.

<sup>121</sup> Vgl. *Wittmann* Der Aufsichtsrat 2007, 84 (85).