

Unternehmerische (Klima-)Sorgfaltspflichten als integraler Konzeptionsbestandteil des geltenden europäischen und nationalen Berichtspflichten- und Gesellschaftsrechts



Ein Gutachten von John Peters und Dr. Roda Verheyen
im Auftrag der Dorothea-Laura-Janina Sick-Umweltstiftung,
der Protect the Planet gGmbH und von Germanwatch e.V.

Juli 2023



Zusammenfassung und Problematik

Dem Management von Unternehmen wird im europäischen und deutschen Gesellschaftsrecht ein Ermessensspielraum für unternehmerische Entscheidungen eingeräumt. Das folgt aus dem naheliegenden Gedanken, dass eine Regulierung möglicher Handlungsoptionen von Unternehmen im Sinne lückenloser Rechtsgrundlagen schwerlich leistbar und von fraglichem Nutzen wäre. Dennoch gibt es, gerade bei Unternehmen von gesteigertem öffentlichen Interesse, ein Bedürfnis, die Geschäftsführung zu strukturieren und zu lenken. Dies geschieht mit unterschiedlichem Schutzansatz im Interesse u. a. der Anteilshabenden, Geschäftspartner:innen, (potentiellen) Kapitalgebenden sowie Arbeitnehmenden oder der breiten, von den Tätigkeiten des Unternehmens berührten Gesellschaft.

Gesteuert wird das Verhalten rechtlich über eine Palette von Grundsätzen, nach denen die Geschäftsleitung ihre Entscheidungen zu fällen hat – sie bestimmen weniger das Ergebnis, strukturieren aber den Entscheidungsprozess, auch um diesen ggf. intersubjektiv nachvollziehen zu können. Diese Grundsätze sind zum großen Teil Sorgfaltspflichten und für die deutsche Aktiengesellschaft etwa in Art. 93 Abs. 1, 2 Aktiengesetz (AktG) enthalten.

Neben der Entscheidungsprozesssteuerung ist das Berichtspflichtenrecht seit langem ein weiteres Instrument, die subjektiv geprägte Unternehmensführung transparent zu machen und die Handlung der Geschäftsführung indirekt zu beeinflussen. Die etwa im deutschen Handelsgesetzbuch (HGB) festgelegten Verpflichtungen sollen Stakeholder informieren und dazu beitragen, dass sich das Unternehmen tatsächlich regelkonform verhält. Dies geschah bis in die jüngere Vergangenheit hinein hauptsächlich durch die Verpflichtung zur Offenlegung von Zahlenwerken, wie dem Jahresabschluss.

Beeinflusst durch europäische Richtlinien und Verordnungen, die Unternehmen Berichts- und Offenlegungspflichten mit nichtfinanziellem Fokus auferlegen, finden über die bestehende, unmittelbar verbindliche gesetzliche Lage der finanziell dominierten Berichts- und Sorgfaltspflichten hinaus schon länger sog. „**E**nvironment **S**ocial and **G**overnance“ (ESG)-Ziele Eingang in das einschlägige, verpflichtende Recht. Durch die Bekanntgabe von sog. „nichtfinanziellen Informationen“ im Sinne von § 289c HGB¹ soll öffentlicher Druck Unternehmen zu mehr sozialer Verantwortung, insbesondere mehr Klimaschutz, bewegen. Durch Gesetzgebung über die Sorgfaltspflichten entlang der Lieferkette wird das Handlungsermessen der Unternehmensführung eingeschränkt.

1 Der Begriff „nichtfinanziell“ wird verbreitet für irreführend gehalten, da er suggeriert, dass diese Informationen keine finanzielle Relevanz haben können. Das trifft jedoch nicht zu (s. dazu näher unten II.2.a)). Diesen Diskurs greift die *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD, VO 2013/34/EU) auf und entscheidet ihn zugunsten eines Terminologiewechsels. Künftig wird der Bereich der Berichterstattung „Nachhaltigkeitsberichterstattung“ im EU-Recht genannt. Dem nationalen Gesetzgeber ist anzuraten, diesen Terminologiewechsel ebenfalls umzusetzen.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich insoweit, dass die Ebenen der indirekten Entscheidungslenkung und Kontrolle über auferlegte Transparenz gerade im Bereich von Umwelt- und Sozialbelangen mehr und mehr verschmelzen, beide Ebenen des materiellen Rechts sich nicht mehr scharf voneinander trennen lassen. Menschen- und umweltrechtliche Sorgfalt sowie Berichterstattung und Offenlegung nachhaltigkeitsrelevanter Sachverhalte wird zum integralen Bestandteil der Unternehmensführung.²

Gesetzliche Regelungen enthalten vielfach implizit vorgelagerte Handlungsweisen, die zur Erfüllung der Berichtspflicht umgesetzt werden müssen. Der Ansatz des europäischen Berichtspflichtenrechts ist daher mehr als ein bloßer *naming-and-shaming*- bzw. *nudging*-Ansatz. Neben den vorgelagerten Handlungspflichten enthalten diese Normen auch objektive Wertentscheidungen in Bezug auf unternehmerisches Handeln, die durch die anerkannten Grundsätze des Geschäftsleitungsrechts auch tatsächlich Eingang in den Entscheidungsprozess finden müssen.

Auch hat die Geschäftsleitung eines Unternehmens deliktische, ungeschriebene Verkehrssicherungspflichten und die Sorgfaltsanforderungen des Lieferkettensorgfaltsgesetzes (LkSG) zu beachten. Angesichts der Gefahren des Klimawandels bei einer momentan wahrscheinlichen Erderwärmung auf rund 3,0 °C³ ist eine Verkehrssicherungspflicht auf klimasorgfältiges Wirtschaften im geltendem Recht zu bejahen. Dies wurde im Shell-Fall im Mai 2021⁴ von einem niederländischen Gericht auch bereits ausgeurteilt.

Über diese verstreuten Pflichten hinaus ist nun mit der *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (CSDDD)⁵ eine EU-Richtlinie (EU-RL) in der Vorbereitung, die mit einem vorgeschlagenen Art. 15 zahlreiche der sich in den vorgenannten Rechtsgebieten mosaikartig befindlichen Wertungen und Pflichten vereinheitlichen und sowohl Rechtssicherheit als auch Rechtsdurchsetzungsvorteile schaffen könnte.

Zu diesen Pflichten bekennen sich Unternehmen nur zaghaft. Es gibt noch keine gar EU-weit oder weltweit einheitlichen Standards, mit denen etwa zur Erfüllung von Verkehrssicherungspflichten die Konformität der Geschäftsführung mit dem Pariser Klimaschutzabkommen nachgewiesen werden kann.⁶ Greenwashing ist virulent. Zahlreiche Klageverfahren gegen private Unternehmen auf mehr Klimaschutz laufen, in denen ersichtlich auch Gerichte ein Bedürfnis von konkreten, ausdrücklich kodifizierten Normen sehen.

Eine klar umgrenzte, klimabezogene Sorgfaltspflicht, wie sie im Ansatz mit dem Regelungsgehalt des Art. 15 CSDDD derzeit (Januar 2023) im Kommissionsentwurf⁷ vorgesehen ist, würde zugunsten der Unternehmen Rechtssicherheit und Vereinheitlichung schaffen.

2 vgl. z. B. ähnlich vgl. Stellungnahme Arbeitskreis dt. Professorinnen und Professoren z. CSRD-E, S. 6 m. w. N. https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2021/Downloads/0721_Stellungnahme_AKBR_CSRD.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (26.01.2023).

3 vgl. Bundesregierung, Bericht des Weltklimarats, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/klima-schutz/bericht-des-weltklimarates-2172568> (30.03.2023), Synthesebericht zum Sechsten IPCC-Sachstandsbericht, Summary for Policymakers, A.4.3, S. 11 https://report.ipcc.ch/ar6syr/pdf/IPCC_AR6_SYR_SPM.pdf (30.03.2023).

4 s. <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Den-Haag/Nieuws/Paginas/Royal-Dutch-Shell-must-reduce-CO2-emissions.aspx> (16.05.2023).

5 s. Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, COM/2022/71 final, abzurufen unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52022PC0071> (19.01.2022).

6 In Betracht kommt bspw. die Bewertung der Geschäftspolitik durch die *Science Based Target Initiative* (SBTI) des World Resources Institutes u. a., die allerdings derzeit lediglich die Scope 1- und 2-Emissionen der Unternehmen zertifiziert. S. zu dem Begriff der Scopes unten Fn. [44].

7 s. Fn. [5].

Zusammenfassung und Problematik

Europäische Regelungen zu Berichtspflichten finden sich zum Teil in Verordnungen und zum Teil in Richtlinien, die der nationalen Umsetzung bedürfen. Der Übersicht halber wird im Folgenden das Recht vorrangig anhand von Normen des deutschen HGB dargestellt, das u. a. die sog. Bilanz-RL⁸ der EU sowie die sog. CSR-RL⁹ umsetzt. Ferner wird an das AktG angeknüpft, das den Exemplartyp einer öffentlichen, gewinnorientierten Kapitalgesellschaft zeichnet. Die Wertungen lassen sich auf zahlreiche weitere Unternehmensformen, so auch explizit gem. Art. 9 SE-Verordnung (VO)¹⁰ auf die Europäische Gesellschaft (Societas Europaea – SE), übertragen.¹¹

Dieses Kurzgutachten basiert auf Recherchen und Erörterungen zu einem konkreten unternehmensbezogenen Projekt.

Es folgt der nachfolgenden Gliederung:

AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte	GuV	Gewinn- und Verlustrechnung
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	HGB	Handelsgesetzbuch
AG	Aktiengesellschaft	IAS	International Accounting Standards
AktG	Aktiengesetz	IASB	International Accounting Standards Board
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch	IFRS	International Financial Reporting Standards
BVerfG	Bundesverfassungsgericht	IPCC	Intergovernmental Panel on Climate Change
CSDDD	Corporate Sustainability Due Diligence Directive	KSG	Bundes-Klimaschutzgesetz
CSR	Corporate Social Responsibility	NGO	Nichtregierungsorganisation
CSRD	Corporate Sustainability Reporting Directive	LkSG	Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz
DGCI	Deutscher Corporate Governance Index	PublG	Publizitätsgesetz
DRS	Deutscher Rechnungsstandard	RL	Richtlinie
EFRAG	European Financial Reporting Advisory Group	SE	Societas Europaea
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention	StGB	Strafgesetzbuch
ESG	Environmental Social and Governance	UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts
GG	Grundgesetz	UNGP	UN Guiding Principles on Business and Human Rights
GHG	Greenhouse Gas Protocol	UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	VO	Verordnung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung		

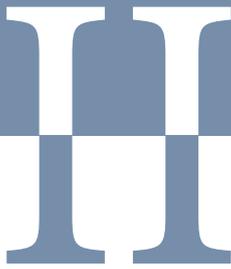
8 RL 2013/34/EU v. 26.06.2013.

9 RL 2014/95/EU v. 22.10.2014. CSR = Corporate Social Responsibility.

10 Verordnung Nr. 2157/2001/EG v. 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)

11 s. hierzu auch unten III.

I	Zusammenfassung und Problematik.....	2
II	Gesellschaftsrechtliche Pflichten	6
1	Klassische Berichtspflichten bis zum Erlass der CSR-Richtlinie	6
a)	Standardisierte Berichterstattung als Kern des Berichtspflichtenrechts	6
b)	Überblick über Berichts- und Offenlegungspflichten nach HGB und IAS-VO	7
c)	Funktion von Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung	8
d)	Anhang	9
e)	Lagebericht nach HGB.....	9
2	Berichtspflichten nach Erlass und Transformation der CSR- bzw. Bilanz-RL.....	10
a)	Doppelte Wesentlichkeit	10
b)	Angabe von nichtfinanziellen Leistungsindikatoren gem. § 289 Abs. 3 HGB (Bilanz-RL).....	11
c)	Nichtfinanzielle Erklärung nach CSR-RL.....	12
d)	Rahmenwerke.....	15
e)	Vorschriften seit dem Aktionsplan der EU-Kommission „Finanzierung nachhaltigen Wachstums“	16
3	Auslegungsergebnis wie vorstehend entspricht dem Normtelos und der Historie....	19
4	Soft law with hard sanctions	20
III	Geschäftsleitungsrecht.....	22
1	Erstarken der bereits bestehenden Allgemeinwohl-dienlichkeit einer Aktien-Kapitalgesellschaft am Beispiel Deutschland	23
2	Bestehende Befassungspflicht.....	24
3	Jede relevante Klimaentscheidung ist eine „Gewissensentscheidung“	24
4	Reputationsmanagement	25
5	Berichtspflichten führen zu Bösgläubigkeit	25
6	Legalitätspflicht	27
IV	Sanktionen und Durchsetzbarkeit	28
V	Lieferkettenrecht	29
VI	Deliktische Verkehrssicherungspflichten.....	30
VII	Ausblick	32
VIII	Fazit.....	35



Gesellschafts- rechtliche Pflichten

1 Klassische Berichtspflichten bis zum Erlass der CSR-Richtlinie

Oft werden nicht (unmittelbar) finanzielle Gegenstände von Berichtspflichten als freiwillige CSR- oder ESG-Berichterstattung bezeichnet. Das greift zu kurz.

Um die Regelungssystematik der CSR-Berichtspflichten zu verstehen, ist zunächst das bis vor 2013¹² bzw. 2014¹³ geltende Recht der externen Berichterstattung zu erläutern. Dies wird nachfolgend mit den sich hieraus ergebenden Handlungspflichten dargestellt.

a) Standardisierte Berichterstattung als Kern des Berichtspflichtenrechts

Gesetzliche Berichts- bzw. Rechnungslegungspflichten (oft synonym verwendet) lassen sich in interne und externe Rechnungslegung unterscheiden.

Berichtspflichten, die *innerhalb der Gesellschaft* gelten, sind etwa die jährliche Unterrichtung des Aufsichtsrats durch den Vorstand über die „beabsichtigte Geschäftspolitik“ gem. § 90 Abs. 1 AktG. Wie hieran bereits ablesbar ist, erschöpft sich die Rechnungslegung daher schon im Ansatz nicht in der Darstellung von Zahlenwerken, sondern umfasst auch die Pflicht zur Aufklärung und Information in Form einer Berichterstattung über die Geschäftspolitik und -strategie.

Kern der externen Berichtspflichten von Kaufleuten nach deutschem Recht, unabhängig von der Rechtsform, ist die öffentlich-rechtliche Pflicht¹⁴ zur Buchführung und die diese komprimierend darstellende Aufstellung eines Jahresabschlusses gem. §§ 238 ff., 242 HGB. Diese Pflichten haben unter anderem den Zweck, über den Geschäftsgang der Gesellschaft Rechenschaft nach außen hin einheitlich ablegen zu *können*, bspw. gegenüber potentiellen Kapitalgebern oder Investor:innen. Verschleierung soll vorgebeugt werden. Die Buchführungspflicht ist auch Grundlage für weitere steuerrechtliche Pflichten.¹⁵

Dies zeigt: Die zentrale Norm zur gesellschaftsrechtlichen Buchführungspflicht ist bereits materiell-faktisch mit Sphären außerhalb der Gesellschaft verknüpft,¹⁶ ohne dass es dafür eines Rückgriffes auf Vorschriften über die Offenlegung bedürfte. Implizite Handlungspflichten sind in der DNA der Berichtspflichten enthalten. Die

12 Zeitpunkt des Erlasses der sog. Bilanz-RL 2013/34/EU.

13 Zeitpunkt des Erlasses der die Bilanz-RL ändernde sog. CSR-RL 2014/95/EU – auch NFRD für „disclosure of non-financial and diversity information directive“.

14 vgl. MüKoHGB/Ballwieser, 4. Aufl. 2020, HGB § 242 Rn. 1.

15 vgl. MüKoHGB/Ballwieser, 4. Aufl. 2020, HGB § 238 Rn. 1.

16 Dies auch teils per ausdrücklichem zwingendem Recht, da etwa die Buchführungspflicht eine Brücke zum Steuerrecht darstellt.

Dokumentation von Geschäftshandlungen ist nur sinnvoll, wenn sie gesetzlich geregelt und standardisiert ist. Eine tatsächengetreue Informationsvermittlung bspw. an Kapitalgebende liegt daneben auch schon im Eigeninteresse der Gesellschaft.¹⁷ Diese faktische Verknüpfung bedingt somit ein inhaltliches Mindestniveau der Handhabung, Dokumentation und Darstellung der Geschäftsgänge.

b) Überblick über Berichts- und Offenlegungspflichten nach HGB und IAS-VO

Der Inhalt des Jahresabschlusses umfasst gem. § 242 Abs. 1 und 2 HGB die *Bilanz* und die *Gewinn- und Verlustrechnung* (GuV).

Kapitalgesellschaften haben den Jahresabschluss zusätzlich um einen *Anhang* zu erweitern und einen *Lagebericht* anzufügen, § 264 Abs. 1 S. 1 HGB. Im Falle von Kapitalgesellschaften richtet sich diese Pflicht an die gesetzlichen Vertreter (den Vorstand), §§ 264, 290 HGB.

Gem. § 290 HGB bzw. i. V. m. § 11 Publizitätsgesetz (PublG) gelten Sonderregeln für Konzerne. Um die wirtschaftlichen Verflechtungen eines solchen gesellschaftsrechtlichen Konstrukts sichtbar zu machen, hat die Konzernmutter einen Konzernabschluss zu erstellen, der u. a. um einige Angaben zur Konzernstruktur erweitert wird (vgl. bspw. § 313 Abs. 2 Nr. 1 HGB: Anteil am Kapital der Tochterunternehmen). Im Folgenden wird nicht zwischen Konzern- und Einzelberichterstattung unterschieden, da die hier relevanten Wertungen jeweils entweder ein Einzelunternehmen oder den Konzern treffen.

Nach Art. 4 der unmittelbar geltenden europäischen IAS-VO¹⁸ haben kapitalmarktorientierte Unternehmen¹⁹ mit Sitz in der EU einen Abschluss nach einem internationalen Rechnungslegungsstandard aufzustellen. Gem. Art. 2 IAS-VO sind als internationale Rechnungslegungsstandards die International Accounting Standards (IAS), die International Financial Reporting Standards (IFRS) sowie künftige vom International Accounting Standards Board (IASB)²⁰ herausgegebene Standards zu verstehen. Diese enthalten in abweichender Form²¹ im Kern mit dem HGB vergleichbare Verpflichtungen zur Angabe bestimmter Informationen.

Schließlich sind Kapitalgesellschaften gem. § 325 Abs. 1 S. 1 HGB grundsätzlich zur *Offenlegung* des Jahresabschlusses sowie des Lageberichts verpflichtet, was nach S. 2 die Einreichung beim Bundesanzeiger und die Veröffentlichung über diesen bedeutet.²² Gleiches gilt gem. § 9 PublG für Personengesellschaften mit der in § 1 PublG bestimmten Größe.

17 Mit welchem Aufwand Unternehmen dies aus eigenem (auch stark gesellschaftsschädigendem) Interesse bisweilen betreiben, zeigt eindrucksvoll die aktuelle Studie von Supran u. a., *Assessing ExxonMobil's global warming projections*, Science 2023, <https://doi.org/10.1126/science.abk0063> (19.01.2023). Klimamodelle, die ExxonMobil in den 70er-Jahren selbst wissenschaftlich entwickelte, waren damaligen unabhängigen akademischen Modellen ebenbürtig und teilweise überlegen.

18 Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Juli 2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=celex:32002R1606> (19.01.2023).

19 gem. Art. 4 IAS-VO sind Unternehmen kapitalmarktorientiert, „wenn am jeweiligen Bilanzstichtag ihre Wertpapiere in einem beliebigen Mitgliedstaat zum Handel in einem geregelten Markt im Sinne des Artikels 1 Absatz 13 der RL 93/22/EWG des Rates vom 10. Mai 1993 über Wertpapierdienstleistungen zugelassen sind“.

20 Das IASB ist eine private internationale Standardisierungsorganisation, vgl. <https://www.ifrs.org/groups/international-accounting-standards-board/> (03.07.2023).

21 Das HGB verfolgt den sog. code law-Ansatz, d. h. auslegungsbedürftige Rechtssätze regeln den Sachverhalt. Die IFRS/IAS dagegen enthalten detaillierte, konkrete Einzelregelungen.

22 vgl. BeckOK HGB/Birkholz, 32. Ed. 15.04.2021, HGB § 325.

Mittels Bußgeld- und Strafvorschriften werden die Offenlegung und damit auch mittelbar die Pflichten zur Aufstellung und Prüfung des Jahresabschlusses und des Lageberichts durchgesetzt.²³ Gem. § 316 Abs. 1 S. 1 HGB sind Jahresabschluss und Lagebericht von Kapitalgesellschaften, die größer sind als „kleine“ Kapitalgesellschaften i. S. d. § 267 Abs. 1 HGB, zudem von einem Abschlussprüfer zu prüfen. Ziel dieser Prüfung ist insbesondere der Schutz von Gesellschafter:innen, Gläubiger:innen und des öffentlichen Interesses an der Einhaltung von Gesetzen und der Satzung.²⁴

c) Funktion von Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung

Die Bilanz ist eine Übersicht über das Vermögen, Eigenkapital und die Schulden eines Unternehmens am Bilanzstichtag. Wesentliches Strukturmerkmal ist die Gegenüberstellung des Vermögens, das verwendet wird (Aktiva), mit der Herkunft desselben (Kapital; Passiva).²⁵

Die GuV ist eine Darstellung der Gewinne und Verluste eines Unternehmens während eines festgelegten Zeitraums. Anhand der GuV lässt sich das Unternehmensergebnis ablesen.²⁶

Über § 243 Abs. 1 HGB gilt für die Aufstellung des Jahresabschlusses insgesamt der Grundsatz der Wesentlichkeit (engl. *principle of materiality*), nach dem alles in den Abschluss einzufließen hat, was für die jeweiligen Adressaten des Abschlusses von Bedeutung ist, und umgekehrt unbedeutende Angaben zu unterbleiben haben.²⁷ Es besteht eine generelle Pflicht zum Ansatz bezifferbarer Rechnungs- bzw. Bilanzposten, soweit sich diese finanziell auswirken und sich nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung hinreichend konkretisieren lassen.²⁸

Auch klimabezogene Posten können hier bereits in die Berichterstattung einfließen. Von der Befugnis zur Untergliederung der Bilanz ist Gebrauch zu machen, wenn ohne die erweiterte Gliederung Bilanzposten nicht richtig verstanden werden können oder es sich um nicht unerhebliche Beträge handelt und mit der Einfügung ein besserer Einblick in die Vermögens-, Aufwands- und Ertragslage erzielt werden kann.²⁹ Konkret denkbar ist dies etwa bei bedeutenden Anpassungsmaßnahmen von Gegenständen des Firmenvermögens an die Auswirkungen des Klimawandels, bei monetären Aspekten einer klimabezogenen Verlagerung des Geschäftsmodells³⁰ oder schlicht bei der Ausweisung von Treibhausgasemissionszertifikaten.³¹

Ähnliches gilt für die GuV. Es gelten gleichermaßen die Grundsätze ordnungsgemäßer Rechnungslegung gem. § 243 Abs. 1 HGB. Mit § 277 Abs. 2 und 3 HGB existieren auch Gliederungsvorschriften für bestimmte Unternehmen, die ebenfalls einen hohen Abstraktionsgrad vorsehen und weiter untergliedert werden können.

23 vgl. BeckOGK/Waßmer, 15.09.2020, HGB § 335 Rn. 1.

24 BeckOK HGB/Schorse/Morfeld, 32. Ed. 15.10.2020 Rn. 1, HGB § 316 Rn. 1.

25 vgl. <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/bilanz-31477> (25.11.2021).

26 vgl. <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/gewinn-und-verlustrechnung-guv-33703> (25.11.2021).

27 vgl. BeckOGK/Kleindiek, 01.10.2020 Rn. 9, HGB § 243 Rn. 9.

28 vgl. Ständer, Erfassung von Umweltschutzaspekten im externen Rechnungswesen nach HGB und IAS/IFRS S. 36.

29 vgl. EBJS/Böcking/Gros, 4. Aufl. 2020, HGB § 265 Rn. 20, Koller/Kindler/Roth/Drüen/Morck/Drüen, 9. Aufl. 2019, HGB § 265 Rn. 7 m.w.N.

30 vgl. auch die Bsp. bei Ständer, Erfassung von Umweltschutzaspekten im externen Rechnungswesen nach HGB und IAS/IFRS, S. 42.

31 Ständer, Erfassung von Umweltschutzaspekten im externen Rechnungswesen nach HGB und IAS/IFRS, S. 77.

d) Anhang

Sinn des Anhangs ist es vor allem, Bilanz und GuV näher zu erläutern. Damit kommt diesem eine Interpretations-, Informations- und (Bilanz- und GuV-)Entlastungsfunktion zu.³²

Die notwendigen Inhaltsangaben werden dabei durch drei gesetzgeberische Stoßrichtungen vorgegeben: Solche, die sich direkt aus der anordnenden Norm bzw. deren Telos ergeben, also diejenigen Informationen, die zum unmittelbaren Verständnis von Bilanz und GuV erforderlich sind (§ 284 Abs. 1 HGB), ferner detailliert und ausdrücklich geforderte Angaben zu Einzelthemen (etwa der Katalog in § 285 HGB) sowie solche Angaben, die sich aus den Grundsätzen ordnungsgemäßer Rechnungslegung, insbesondere dem Wesentlichkeitsgrundsatz, ergeben.³³

e) Lagebericht nach HGB

Der Lagebericht informiert gem. § 289 Abs. 1 HGB über den wesentlichen Geschäftsverlauf des Unternehmens, wobei danach auch der Maßstab des den „tatsächlichen Verhältnissen entsprechenden Bildes“ gilt.³⁴ Damit sind alle wesentlichen Aspekte vollständig anzugeben, die für die Beurteilung aus Sicht der jeweiligen Adressat:innen bedeutsam sind.³⁵

Neben dem zeitlich vertikalen Bild von Bilanz und GuV sowie dem sie erläuternden Anhang ist der Lagebericht damit vor allem eine horizontale Informationssammlung über das Unternehmen. Der Lagebericht ist ein neben dem Jahresabschluss eigenständiges Informationsinstrument. Gerade die horizontale Berichtsrichtung ist besonders bedeutsam für klimarelevante Gesellschaftsprozesse, die regelmäßig langfristiger verlaufen. Einen genauen Prognosezeitraum enthält das Gesetz nicht und lässt sich allgemein schwer formulieren³⁶, jedenfalls ist dieser nicht deckungsgleich mit dem Abschluss (ein Jahr).

Aspekte der externen Berichterstattung, die sich auf das globale Klima, Treibhausgasemissionen und entsprechende Verkehrssicherung beziehen, sind wegen des fortschreitenden Charakters des Klimawandels in der Regel fortlaufende Prozesse. Sie schlagen sich in einzelnen im Jahresabschluss abzubildenden und näher zu erläuternden Posten *punktuell* nieder, wie etwa Ausgaben für Schadensereignisse infolge von Extremwetterereignissen. Dies spiegelt aber nicht das vollständige Bild wider, sodass gerade auch im Lagebericht wegen der Funktion als Vergangenheits- und Zukunftsanalyse auf die Wechselwirkungen der geschäftlichen Tätigkeit mit den klimabedingten Prozessen einzugehen ist.³⁷

32 Weber/Weißberger, Einführung in das Rechnungswesen: Bilanzierung und Kostenrechnung 2021, S. 185.

33 s. zu den Grundsätzen bereits oben II. 1. c).

34 vgl. BeckOK HGB/v. Kanitz/Hoffmann, 32. Ed. 15.04.2021, HGB § 289 Rn. 11 f.

35 s. BeckOGK/Kleindiek, 15.11.2020, HGB § 289 Rn. 50.

36 MüKoHGB/Lange, 4. Aufl. 2020, HGB § 289 Rn. 91.

37 vgl. BeckOGK/Kleindiek, 15.11.2020, HGB § 289 Rn. 74.

2 Berichtspflichten nach Erlass und Transformation der CSR- bzw. Bilanz-RL

Im Folgenden werden die Berichtspflichten seit Inkrafttreten der CSR-RL von 2014 (Umsetzungsfrist für die Mitgliedsstaaten war 2016) und deren anschließenden Umsetzung im HGB dargestellt. Der Fokus liegt auf der sog. „nichtfinanziellen“ Berichterstattung i. S. d. § 289c HGB, die entgegen dem Wortlaut des Begriffs regelmäßig auch finanzrelevante Sachlagen betrifft und von der EU seit kurzem in „Nachhaltigkeitsberichtserstattung“ umterminiert wurde, und den entsprechenden klimarelevanten Sachverhalten.³⁸

a) Doppelte Wesentlichkeit

In den Jahresabschluss hat alles einzufließen, was wesentlich ist, d. h. alles, was für die jeweiligen Adressat:innen des Abschlusses von Bedeutung ist.³⁹ Dies bezieht sich zunächst lediglich auf finanzielle Aspekte. Damit war bisher die sog. Outside-In-Perspektive der Wesentlichkeitsanalyse im deutschen Recht kodifiziert. Mit der Einführung der CSR-Berichtspflichten (die CSR-RL modifiziert die Bilanz-RL) hat dieser zentrale Begriff der Wesentlichkeit einen deutlichen Wandel erfahren. Es gilt damit bereits seit 2016 europaweit die *doppelte Wesentlichkeit*. Art. 1 Ziff. 1 CSR-RL bzw. Art. 19a Bilanz-RL greift den bisherigen Gehalt der Wesentlichkeit auf und ergänzt diesen um die „Auswirkungen“:

”

„Große Unternehmen [...] nehmen in den Lagebericht eine nichtfinanzielle Erklärung auf, die diejenigen Angaben enthält, die für das Verständnis des Geschäftsverlaufs, des Geschäftsergebnisses, der Lage des Unternehmens sowie **der Auswirkungen seiner Tätigkeit** erforderlich sind [...].“ (eig. Hervorheb.)

Damit wurde die nichtfinanzielle Inside-Out-Perspektive – die Auswirkungen des Unternehmens etwa auf die Umwelt – in den Wesentlichkeitsbegriff einbezogen. Bereits seit 2004⁴⁰ umfasste der Wesentlichkeitsbegriff in Ansätzen eine „nichtfinanzielle“ Komponente. Letztere Komponente umfasst die typischen CSR-Belange: Berichtspflichtig ist auch, was für Arbeitnehmer:innen, Umwelt- und Klimaschutzbelange oder soziale Belange von Bedeutung ist.

Hierbei ist zu beachten, dass nur eine der Dimensionen betroffen sein muss, um eine Wesentlichkeit zu bejahen; auch wenn sich beide Dimensionen häufig überschneiden.⁴¹ In anderen Worten: Wesentlich kann eine „nichtfinanzielle“ Auswirkung eines Unternehmens auf das Klima sein, sie kann und wird in der Regel, muss aber weder zugleich für das Unternehmen selbst noch für andere Stakeholder monetär abbildbar sein.

³⁸ s. hierzu bereits oben I.

³⁹ vgl. BeckOGK/Kleindiek, 01.10.2020 Rn. 9, HGB § 243 Rn. 9.

⁴⁰ s. Art. 46 Abs. 1 lit. b) Jahresabschluss-RL (EG) 1978/660 v. 25.07.1978 – letzte konsolidierte Fassung) bzw. Art. 1 Ziff. 14 RL (EG) 2003/51 v. 18.06.2003 – hiermit wurden die sog. nichtfinanziellen Leistungsindikatoren eingeführt, wodurch sich der Wesentlichkeitsbegriff erweiterte.

⁴¹ s. Kommission, Mitteilung (2019/C 209/01) abzurufen unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52019XC0620%2801%29> (28.09.2021).

Die doppelte Wesentlichkeitsperspektive der Richtlinie über die Angabe nichtfinanzieller Informationen im Kontext der Angabe klimabezogener Informationen (zu beachten ist die Verknüpfung durch den gestrichelten Pfeil, der die eigentlich inhärente Verknüpfung Klima und finanzielle Wesentlichkeit noch sehr vorsichtig darstellt); basierend auf Abbildung 1 in Kommission, Mitteilung (2019/C 209/01), s. Fn. [41]



* Der Begriff der finanziellen Wesentlichkeit wird hier im allgemeinen Sinne einer Beeinflussung des Unternehmenswerts und nicht nur im Sinne einer Beeinflussung der im Jahresabschluss angesetzten finanziellen Messgröße verwendet.

b) Angabe von nichtfinanziellen Leistungsindikatoren gem. § 289 Abs. 3 HGB (Bilanz-RL)⁴²

Die Pflicht zur Angabe der wesentlichen nichtfinanziellen Leistungsindikatoren besteht gem. § 289 Abs. 3 HGB im Lagebericht. Hierzu zählt wohl inzwischen unstreitig jedenfalls bei signifikant klimabeeinflussenden Unternehmen die Angabe des CO₂-Fußabdrucks.⁴³ Hieraus folgt konsequenterweise aber dann auch, dass dies – soweit wesentlich – über die Scopes 1 bis 3 des *Greenhouse Gas Protocol* geschehen muss, da bei Unternehmen mit großem Scope-2- und 3-Anteil ansonsten den Grundsätzen der Klarheit und Wahrheit sowie des vollständigen Bilds widersprochen würde.⁴⁴ Nur eine Berichterstattung auch über Scope 3 ermöglicht ein vollständiges Bild für alle Gruppen, die durch die Berichterstattungspflichten geschützt werden sollen, inklusive der Anleger:innen. Verpflichtet hierzu sind derzeit (bis zur nationalen Umsetzung der Corporate Sustainability Reporting Directive – CSRD) große Kapitalgesellschaften i. S. v. § 267 Abs. 3 HGB (Überschreiten zweier der drei Kriterien: 250 Arbeitnehmer:innen, 40 Mio. € Erlös, 20 Mio. € Bilanzsumme).

42 Die Richtliniengrundlage von § 289 Abs. 3 HGB wurde 2003 in die Jahresabschlussrichtlinie eingefügt (s. Fn. [40]). Die diese ablösende Bilanz-RL hat die Regelung übernommen (die nicht zu verwechseln ist mit 289c HGB).

43 Umfassend dazu (wenn auch nicht ausdrücklich zur Methode der Berichterstattung): Schön, „Nachhaltigkeit“ in der Unternehmensberichterstattung, ZfPW 2022, 207.

44 Die Einteilung des sog. Greenhouse Gas Protocol (GHG) ist vereinfacht wie folgt: Scope 1 beschreibt unmittelbare Emissionen aus dem eigenen Verbrauch fossiler Energieträger, Scope-2-Emissionen sind indirekte Emissionen aus dem Bezug von Energie, Scope-3-Emissionen sind indirekte Emissionen etwa aus der vorgelagerten Lieferkette und der Produktnutzung.

Gesellschaftsrechtliche Pflichten

Diese Sichtweise bestätigt die *European Financial Reporting Advisory Group* (EFRAG), die die Standards für die CSRD-Berichterstattung gem. Art. 29b CSRD entwickelt und hierbei sowohl eine Kurz- Mittel- und Langfrist-Perspektive als auch eine Scope-1- bis 3-Berichterstattung zwingend festschreibt.⁴⁵ Insoweit ist jedoch zu beachten, dass diese sich bei Begutachtungsstand in Bearbeitung befinden und bis zu einer verbindlichen Umsetzung v. a. als Rechtsmeinung zu verstehen sind.

§ 289 Abs. 3 HGB wurde mit der Einführung der Bilanz-RL im Jahr 2013 eingeführt und hat sich durch die Verpflichtung zur Erstellung einer „nichtfinanziellen Erklärung“ gem. § 289c HGB nur ein Jahr später mit Erlass der CSR-RL ein Stück weit überholt. Von der Verpflichtung aus § 289 Abs. 3 HGB wird entlastet, wer die Indikatoren in die „nichtfinanzielle Erklärung“ integriert (§§ 289b Abs. 1 S. 3, 315b Abs. 1 S. 3 HGB). Ähnliches wird nach Umsetzung der CSRD gelten. Insoweit ist dieser Ausschnitt aus der Nachhaltigkeitsberichterstattung in Zusammenhang mit den nachfolgenden Ausführungen zu § 289c HGB zu sehen (der einen fast deckend überlappenden Anwendungsbereich hat, § 289b HGB).

Erfasst sind mit Rechtsstand nach Erlass der CSRD insbesondere auch Finanzinstitute, deren Scope-3-Emissionen in ihrer Wertschöpfungskette besonders wichtig sind. Das Greenhouse Gas Protocol hat für Finanzinstitute eigene Standards für die Bestimmung der Scope-3-Emissionen entwickelt.⁴⁶ So sind Scope 3-Emissionen eines Investmentfonds, etwa Scope-1-Emissionen eines Kohlekraftwerkbetreibers, anteilig entsprechend der Beteiligung oder der Kontrolle über den Betreiber. Dieser Umstand hat sogar zur Folge, dass wegen der damit verbundenen Disinzentivierung von fossilen Investments von einem indirekten CO₂-Preis gesprochen wird.⁴⁷

c) Nichtfinanzielle Erklärung nach CSR-RL

Eine Kapitalgesellschaft hat seit der Umsetzung der CSR-RL im HGB ihren Lagebericht nach derzeit geltendem deutschem Recht um eine nichtfinanzielle Erklärung nach den Maßgaben von §§ 289b, 289c HGB (bzw. Konzerne gem. §§ 315b, 315c HGB) zu erweitern.

Das Gesetz schreibt in § 289c Abs. 2 HGB einzelne Kategorien vor, zu der die „nichtfinanzielle“ Erklärung sich zu verhalten hat, darunter bspw. Umweltbelange und speziell Treibhausgasemissionen. Die nähere Strukturierung gibt § 289c Abs. 3 Hs. 1 HGB vor. Es sind zu den jeweiligen Themen „verständnisrelevante Angaben zum Geschäftsverlauf, zur Lage der Gesellschaft sowie zu den Auswirkungen der unternehmerischen Tätigkeit auf Umfeld und Umwelt“ zu machen.

Anzugeben ist zunächst eine kurze Beschreibung des Geschäftsmodells gem. § 289c Abs. 1 HGB, wobei unter dem Gesichtspunkt der doppelten Wesentlichkeit bereits Aspekte des Geschäftsmodells relevant werden könnten, die das Klima betreffen.

Nach § 289c Abs. 2 und 3 HGB hat sich die nichtfinanzielle Erklärung ebenfalls unter der Maßgabe der doppelten Wesentlichkeitsperspektive (§ 289c Abs. 3 Hs. 1 HGB) zumindest zu Umwelt- Arbeitnehmer-, Sozialbelangen, Menschenrechten und Korruptionsbekämpfung zu verhalten. Dabei sind jeweils mindestens

45 s. ESRS 2, S. 27 und 28: “to be reported irrespective of the outcome of the materiality assessment (...) Gross Scope 1, 2, 3 and Total GHG emissions” sowie ESRS 1, S. 12; jeweils Draft November 2022, abzurufen unter: <https://www.efrag.org/lab6> (29.03.2023).

46 s. <https://carbonaccountingfinancials.com/files/downloads/PCAF-Global-GHG-Standard.pdf> (23.03.2023).

47 vgl. <https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/news/the-case-for-a-scope-3-carbon-tax-for-financial-institutions/> (23.03.2023).

konkrete Angaben über die hierfür *verfolgten Konzepte*, deren Ergebnisse, die Risiken der Geschäftstätigkeit oder der Geschäftsbeziehungen (d. h. die gesamte Wertschöpfungs- bzw. Lieferkette⁴⁸) hierfür sowie die bedeutendsten einschlägigen Leistungsindikatoren und Hinweise auf die entsprechenden Daten des Jahresabschlusses zu machen. Für in Europa tätige Unternehmen setzen die inzwischen gesetzlich geltenden Treibhausgasneutralitätsziele einen bindenden Rahmen.

Gem. § 289c Abs. 4 HGB besteht hinsichtlich der Angabe der verfolgten Konzepte eine *Comply-or-Explain*-Pflicht. Werden keine Konzepte verfolgt, so ist „klar und begründet zu erläutern“, warum dies nicht der Fall ist. Dem klar zu entnehmen ist zunächst eines: Bestehen ein Klimakzept oder entsprechende *Due-Diligence*-Prozesse und liegen hiernach Ergebnisse vor, so ist die Gesellschaft unmissverständlich verpflichtet, dies offenzulegen.

„Konzepte“ sind dabei die Maßnahmen, die ein Unternehmen ergriffen hat oder die Planung zur Erreichung derjenigen Ziele, die die nichtfinanziellen Belange dem Unternehmen abverlangen.⁴⁹ Dazu gehören auch die notwendigen *Due-Diligence*-Prozesse sowie eine Beschreibung der eingebunden Akteure (Unternehmensorgane, Arbeitnehmer:innen). Nach DRS⁵⁰ 20.269 sind hinsichtlich der *Due-Diligence*-Prozesse „angewandte Verfahren zur Erkennung, Verhinderung und Abschwächung von bestehenden oder möglichen negativen Auswirkungen in Bezug auf einen berichtspflichtigen Aspekt bzw. Sachverhalt“ anzugeben, einschließlich der „Sorgfaltsprozesse in der Lieferkette“ (bzw. wohl richtiger: Wertschöpfungskette).

An der Struktur der Norm ist zu erkennen, dass Berichtspflichten in vielen Fällen Handlungen voraussetzen. Dies folgt zum einen bereits aus dem Wortlaut. Es sind Angaben über die „von der Kapitalgesellschaft *verfolgten Konzepte*“ hinsichtlich der konkret aufgeführten CSR-Belange zu machen. Dieser Satz ist semantisch nur korrekt, wenn dem Handlungssubjekt zugeschrieben wird, dass entsprechende Management- oder *Due-Diligence*-Konzepte verwendet werden. Gesetzlich vorgesehen ist damit zunächst die Erstellung und Anwendung der Konzepte. Hieraus ergibt sich also vor allem eine Verfahrenseinrichtungspflicht.

Prima facie könnte man – auch aufgrund der *Comply-or-Explain*-Regelung – dennoch folgern, dass es insgesamt freigestellt wird, Klimakonzepte und *Due-Diligence*-Prozesse einzurichten, weil es auch freistehe, hierüber zu berichten. Dem steht zum einen jedoch schon der insoweit eindeutige Wortlaut von § 289c Abs. 4 HGB entgegen: „Wenn“ und nicht „soweit“ ein Konzept vorliegt, ist zu berichten. Es ist also vollständig zu berichten, sobald das Unternehmen ein Konzept verfolgt.

Zum anderen gilt: Es besteht gesetzlich nur die Wahl zwischen der Erstellung/Anwendung der Konzepte und einer Erklärung, warum ein solches nicht vorliegt (§ 289c Abs. 4 HGB). Nach Sinn und Zweck der Norm kann die Abweichung von der Vorlage eines entsprechenden Konzepts nur plausibel erklärt werden, wenn es triftige Gründe für die Nichtanwendung gibt, etwa, weil ein entsprechender Aspekt nicht für das Geschäftsmodell relevant (und somit auch nicht wesentlich) ist. Für die Scope-1-Emissionen einer Sparkasse beispielsweise bedarf es regelmäßig keines Konzepts, da eine Sparkasse keine fossilen Energieträger verbrennt. Würden nicht-triftige Erklärungen ausreichen, hätte es der *Comply-or-Explain*-Regelung nicht bedurft, Anwender:innen

48 Diese Auslegung bestätigt sich durch die Umbenennung dieses Tatbestandsmerkmals von „Geschäftsbeziehungen“ noch in der Umsetzung der CSR-RL in „Wertschöpfungskette“ und „Lieferkette“ nach Art. 1 Ziff. 4 CSRD = Art. 19a Abs. 2 lit. f) ii), Abs. 3 Bilanz-RL nF.

49 vgl. MüKoHGB/Kajüter, 4. Aufl. 2020, HGB §§ 289b – 289e Rn. 41.

50 Deutscher Rechnungslegungsstandard, s. <https://www.drsc.de/profil/> (12.01.2023). Bei Erfüllung dieser Standards gelten für Konzerne gem. § 342 Abs. 2 HGB die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchhaltung als beachtet.

Gesellschaftsrechtliche Pflichten

könnten die Angaben dann einfach unterlassen oder es hätte eine Formulierung gewählt werden können, die schlichte Disponibilität ermöglicht.⁵¹ Der Norm ist damit auch ein Sachlichkeitsgebot zu entnehmen.

Andernfalls kann in Bezug auf Klimakonzepte und *Due-Diligence*-Prozesse der Abweichungsklausel aus § 289c Abs. 4 HGB auch nicht entsprochen werden, die eine „klar[e] und begründet[e]“ Erklärung vorschreibt. Fehlt ein Klimakonzept, können keine Aussagen über die Zielerreichung des Unternehmens getroffen werden. Fehlt ein *Due-Diligence*-Prozess, kann keine fundierte Aussage über die Auswirkungen und den Einfluss der Unternehmenstätigkeit auf den Klimawandel getroffen werden. Die Abweichungserklärung ist dann nicht klar und begründet. Ergeben solche Konzepte oder Prozesse aber (Klima-)Wesentlichkeit der Unternehmenstätigkeit, würde es gegen die Grundsätze der Berichterstattung verstoßen, hierzu nicht zu berichten.

Von den Regelungen zur nichtfinanziellen Berichterstattung darf gem. § 289e HGB im Einzelfall und nur bei Vorliegen strenger Voraussetzungen abgewichen werden: Wenn einzelne Angaben nach „vernünftiger kaufmännischer Beurteilung“ dem Unternehmen einen „erheblichen Nachteil“ zufügen können und wenn ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Verständnis aller übrigen Elemente der Berichterstattung dadurch nicht verhindert wird. Das Gesetz nimmt somit erhebliche Nachteile für das Unternehmen in Kauf, wenn die Kundgabe von Umständen für das Verständnis erforderlich ist. Dies beeinflusst auch die Wertung der *Comply-or-Explain*-Regelung, die vor diesem Hintergrund erst recht nicht mehr als freie Wahl verstanden werden kann.

Das Berichten bei identifizierter Wesentlichkeit der Geschäftstätigkeit für das Klima oder des Klimawandels für das Unternehmen – finanziell oder nichtfinanziell – über die „Handhabung dieser Risiken“ gem. § 289c Abs. 3 Nr. 3 HGB ist zudem *immer* verpflichtend, die *Comply-or-Explain*-Regelung umfasst dies nicht. Das setzt eine Einrichtung von Handhabungen, d. h. Implementierung von Konzepten, voraus.⁵² Ähnliches gilt für die „Geschäftsbeziehungen“ (was die Wertschöpfungskette umfasst). Gleiches gilt zudem für § 289c Abs. 3 Nr. 3 bis 6 HGB.

Die Norm ist mithin so zu lesen: Die Erstellung eines quantitativen Klimakonzepts wird bei Wesentlichkeit vorausgesetzt. Das setzt gleichermaßen eine Identifikation der Risiken voraus. Dies deckt sich auch mit der speziellen Berichtspflicht über Klimabelange nach § 289c Abs. 2 Nr. 1 HGB, denn bereits die Erfassung von Klimarisiken kann oftmals nur durch ein Erfassungskonzept der Emissionen erfolgen; dieses ist also integraler Bestandteil von Klimakonzepten. Ein Konzept kann je nach Branche sowohl Klimaschutz als auch Anpassung an die Folgen des Klimawandels bei entsprechender Wesentlichkeit umfassen.

Mit der gleichzeitigen Verknüpfung der Pflichten der Informationsbeschaffung, Konzepteinrichtung sowie der Berichterstattung mit der Offenlegungspflicht – die das öffentliche Informationsinteresse schützt – ist für die Ausgestaltung jedenfalls zu konstatieren, dass dabei auch wissenschaftlich fundierte Konzepte zur Anwendung kommen müssen. Ob das Unternehmen daneben eigene Konzepte einrichtet, liegt in seinem Ermessen. Maßgeblich können jedoch nur solche sein, die vergleichbare Standards bieten. Dies ist auch im

51 vgl. hierzu ähnlich, gleichwohl vorsichtiger formuliert: MüKoHGB/Kajüter, 4. Aufl. 2020, HGB §§ 289b-289e Rn. 46: „Mit dieser „comply-or-explain“-Regelung regt der Gesetzgeber die Auseinandersetzung mit den nichtfinanziellen Aspekten an.“

52 vgl. ähnlich BeckOGK/Kleindiek, 15.11.2020, HGB § 289c Rn. 29.

eigenen Interesse des Unternehmens, das sich sonst wettbewerbsrechtlichen Klagen ausgesetzt sehen kann.⁵³ § 289c Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1, 2 HGB hat somit auch eine wettbewerbsordnende Funktion.

Daraus folgt also, dass der Berichtspflicht nur rechtmäßig nachkommen kann, wer geeignete Prozesse zur Identifizierung von Klimarisiken in das Unternehmen integriert hat und über Strukturen einer „Handhabung“ (§ 289c Abs. 3 Nr. 3 HGB) der Risiken, also ein geeignetes Risikomanagement, verfügt und sich so in die Lage versetzen kann, von der Vorschrift des § 289c Abs. 4 Gebrauch zu machen. Mit anderen Worten erlegt die Norm des § 289c HGB dem Unternehmen für die CSR- und klimarelevante Strukturierung der Geschäftstätigkeit damit schon jetzt eine Sorgfaltspflicht auf.⁵⁴

Bei näherer Betrachtung ergibt sich vernünftigerweise aus den so verstandenen Pflichten zur Einrichtung von Klimakonzepten und -prozessen damit je nach Komplexität auch eine Pflicht zum *Klimamanagement*. Denn schon der Sache nach untrennbar verbunden mit der Pflicht zur Aufstellung und Anwendung eines Klimakonzepts ist auch ein *Klimaziel*. Die Reduktion von Treibhausgasen ohne Ziel ist, auch wenn sie im Rahmen von festgelegten Strukturen geschieht, kein geeigneter Beitrag zur Erreichung der Treibhausgasneutralität im Jahr 2050 und der Einhaltung des Pariser Abkommens, die globale Temperaturerhöhung auf 1,5 °C zu begrenzen. Dies aber ist nach der grundlegenden Wertung des Art. 2 EU-Klimaschutzgesetz bzw. Art. 20a Grundgesetz (GG) und dem geltenden Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG) das einzig denkbare Ziel (s. dazu auch sogleich e) [3]) – würde hiernach nicht ein angemessener Beitrag zur Zielerreichung gefordert werden, so wäre die Konzeptpflicht gerade bei Unternehmen, die zur Umsetzung zunächst investieren müssten und die Bedeutung der nachhaltigen Ausrichtung des Unternehmens noch nicht erkannt haben, ineffektiv und unverhältnismäßig. Denn die Aufstellung und Anwendung von Klimakonzepten in doppelter Wesentlichkeitsperspektive verlangen von Unternehmen Strukturveränderungen. Anders als für andere Belange in § 289c HGB, wie etwa die Verhinderung von schädlichen Umweltauswirkungen von bspw. im Produktionsprozess verwendeten Chemikalien, fallen Treibhausgase über Scope 1 bis 3 nicht nur punktuell, sondern über alle unternehmerischen Tätigkeiten und Auswirkungen hinweg an.

Besonderen Nachdruck verleiht dem Geregelteten auch die straf- und zivilrechtliche Bewehrung der Regelung, die *unrichtige oder unvollständige Wiedergabe* oder die *Verschleierung der Verhältnisse* der Kapitalgesellschaft in der nichtfinanziellen Erklärung sanktioniert (§ 331 Abs. 1 HGB). Eine Verletzung kann zur Schadensersatzpflicht gem. § 823 Abs. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) führen.⁵⁵ Hierbei genügt schon grobe Fahrlässigkeit für eine Strafbarkeit bzw. Haftungs begründung, § 331 Abs. 2 HGB.

d) Rahmenwerke

Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung der nichtfinanziellen Berichterstattung gibt es zahlreiche sog. Rahmenwerke, die das Unternehmen für die Erstellung des Berichts heranziehen kann. Die gesetzliche Anerkennung dieser Rahmenwerke auch für die nichtfinanzielle Berichterstattung hebt deren Geltung und Bedeutung auf ein neues Niveau (§ 289d HGB). In der CSR-RL, Erwgg. (9) werden folgende Rahmenwerke ausdrücklich genannt: GRI, EMAS, ISO 26000, UN Global Compact, OECD-Leitlinien. Enthalten sind hier u. a. besondere Schwerpunkte im Bereich Klimaschutz und Menschenrechte. In der Wahl gerade dieser Werke

⁵³ vgl. Spießhofer, *Wirtschaft und Menschenrechte – rechtliche Aspekte der Corporate Social Responsibility*, NJW 2014, 2473 S. 2.476.

⁵⁴ Dies deckt sich mit der Wertung aus Erwgg. (6) CSR-RL: Die mit dem Gesetz vorgegebenen Berichtspflichten über *Due-Diligence*-Prozesse dienen dazu „bestehende und potenzielle negative Auswirkungen zu erkennen, zu verhindern und abzuschwächen“.

⁵⁵ MüKoHGB/Kajüter, 4. Aufl. 2020, HGB §§ 289b – 289e Rn. 69, § 331 Rn. 1 f.

wird damit gesetzlich die Wertung aufgegriffen, dass Unternehmen klimasorgfältig (und damit auch menschenrechtssorgfältig und umgekehrt) wirtschaften sollen.

e) Vorschriften seit dem Aktionsplan der EU-Kommission „Finanzierung nachhaltigen Wachstums“⁵⁶

(1) Taxonomie-VO

Durch die Taxonomie-VO⁵⁷ kommen für die Unternehmen der Realwirtschaft im Anwendungsbereich der Verordnung⁵⁸ als Mindestangaben zu den bestehenden Berichtspflichten hinzu:

- Angabe über Anteil der Umsatzerlöse ökologisch nachhaltiger Wirtschaftstätigkeit (Art. 8 Abs. 2 lit. a)]
- Angabe über Anteil der Investitionsausgaben und Betriebsausgaben „im Zusammenhang mit“ ökologisch nachhaltigen Wirtschaftstätigkeiten (Art. 8 Abs. 2 lit. b)]

Der Begriff der ökologisch nachhaltigen Wirtschaftstätigkeit ist aus einem umfangreichen Kriterienkatalog zu ermitteln, dessen Ausgangspunkt in Art. 3 Taxonomie-VO niedergelegt ist. Enthalten ist unter anderem das Umweltziel des Klimaschutzes und der Klimaanpassung. Die Wirtschaftstätigkeit ist als ökologisch nachhaltig aufzufassen, wenn sie kumulativ⁵⁹

- einen in Art. 10 bis 15 definierten **wesentlichen Beitrag** zu mindestens einem der in Art. 9 Taxonomie-VO niedergelegten **Umweltziele** leistet,
 - Bsp.: Erzeugung oder Nutzung erneuerbarer Energie gem. Art. 10 Abs. 1 lit a) Taxonomie-VO zur Erreichung des Ziels Klimaschutz
- dabei **keine erhebliche Beeinträchtigung der Umweltziele** in Art. 9 Taxonomie-VO verursacht
 - Bsp.: Verursachung von erheblichen Treibhausgasemissionen, Art. 17 Abs. 1 lit a) Taxonomie-VO
- ein **allgemeines CSR-Mindestschutzniveau einhält** durch Einrichtung von Verfahren, um insbesondere die Einhaltung der OECD-Leitsätze, der UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte (UNGP) und der internationalen Charta der Menschenrechte sicherzustellen (Art. 18 Abs. 1 Taxonomie-VO)

Stellt man die Berichts- und Handlungspflichten aus der Taxonomie-VO den Pflichten aus der Bilanz-RL/CSR-RL bzw. den genannten HGB-Normen gegenüber, so ist das zentral unterscheidende Merkmal in Art. 8 Taxonomie-VO der Imperativ zur Angabe über das „wie“ und „in welchem Umfang“ der ökologischen Nachhaltigkeit der Unternehmenstätigkeiten. „Ob“ hierüber zu berichten ist, wird nicht mehr zur Wahl oder in Frage gestellt, sondern vorausgesetzt. Es gibt kein Wesentlichkeitserfordernis oder einen Comply-or-Explain-Mechanismus.

56 vgl. Mitt. d. Komm. COM 2018/97 vom 08.03.2018, S. 5, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0097&from=DE> (24.11.2021).

57 Verordnung 2020/852/EU v. 18.06.2020.

58 vgl. Art.1 der Verordnung; in den Anwendungsbereich fallen aus der Realwirtschaft nur größere Unternehmen, die nach der Bilanz-RL bereits verpflichtet sind.

59 vgl. Lamy/Bach, in: EnWZ 2020, 348, 349.

Neben den Unternehmen der Realwirtschaft verpflichtet die Taxonomie-VO auch die nach Sektoren bestimmten Finanzmarktteilnehmer im Sinne der Offenlegungs-VO⁶⁰ zu weiteren Offenlegungen, Art. 1 Abs. 2 lit. a), b) i. V. m. Art. 2 Ziff. 2 Taxonomie-VO.⁶¹

(2) Offenlegungs-VO (engl. SFDR)

Mit der VO 2019/2088 vom 27.11.2019 über nachhaltigkeitsbezogene Offenlegungspflichten im Finanzdienstleistungssektor gibt die EU Finanzmarktakteuren und Finanzberatern unmittelbar geltende Standards zur Veröffentlichung von Nachhaltigkeitsinformationen über sie selbst und ihre Produkte vor.⁶²

Die stärkere Berücksichtigung von ESG-Belangen in Finanzentscheidungen soll die Offenlegungs-VO wie auch die CSR-RL erneut mit einem Ansatz über die Offenlegungspflichten leisten. Es sollen Nachhaltigkeitsrisiken systematisch in die Prozesse der Finanzmarktteilnehmer und Finanzberater integriert werden.⁶³ Auch die Offenlegungs-VO soll insoweit die Finanzflüsse lenken; dies primär durch die implizite bzw. indirekte Verhaltenssteuerung durch Offenlegung.⁶⁴

In der Literatur wird bezüglich der Offenlegungs-Verordnung auch herausgearbeitet, dass eine Triebfeder zur Einhaltung der Pflichten auch das Risiko zivilrechtlicher Schadensersatzklagen sei.⁶⁵

(3) CSRD

Die *Corporate Sustainability Reporting Directive*⁶⁶ ist am 5. Januar 2023 in Kraft getreten. Sie ändert unter anderem die Bilanz-RL, und damit auch die Maßgaben der CSR-RL.

Die Richtlinie wurde aus Sicht der Kommission unter anderem notwendig, weil die mit der CSR-RL bezweckten Informationspflichten nicht genügend umgesetzt worden seien.⁶⁷ Betont wird, dass die Berichtspflichten nicht nur den Interessen der Anleger:innen dienen, sondern ebenso anderen gesellschaftlichen Akteuren wie sonstigen Bürger:innen oder Nichtregierungsorganisationen (NGOs), für die eine Informationslücke bestehe.⁶⁸ Festzuhalten ist insoweit, dass schon die CSR-RL (Erwgg. [3]) vorsah, die betroffenen Unternehmen zu steuern:

”

„Die Angabe nichtfinanzieller Informationen ist nämlich ein wesentliches Element der Bewältigung des Übergangs zu einer nachhaltigen globalen Wirtschaft [...].“ Dies helfe dabei, „das Geschäftsergebnis von Unternehmen und ihre Auswirkungen auf die Gesellschaft zu messen, zu überwachen und zu handhaben.“

60 2019/2088, dazu sogleich.

61 s. diese in Lamy/Bach, in: EnWZ 2020, 348, 352.

62 vgl. Glander/Lühmann/Jesch, in: BKR 2020, 485, 487.

63 s. Glander/Lühmann/Jesch, in: BKR 2020, 485, 488.

64 vgl. Geier/Hombach, in: BKR 2021, 6, 6.

65 vgl. Glander/Lühmann/Jesch, in: BKR 2020, 545, 548.

66 abzurufen unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022L2464&from=EN> (19.01.2022).

67 vgl. Richtlinienvorschlag der Kommission, i.F. CSRD-E, abzurufen unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0189> (19.01.2022) S. 2.

68 vgl. schon ebd., CSRD-E, Erwgg. (8), (12), übernommen in CSRD (9) und (14).

Gesellschaftsrechtliche Pflichten

Da es nicht nur Ziel der CSRD ist, die Wirkungen der CSR-RL nachzuschärfen, sondern die entsprechenden Normen der CSRD auch den Gehalt der Vorgängernormen aus der CSR-RL aufnehmen und erweitern, gilt die gesetzgeberische Wertung des Steuerungsziels jedenfalls fort.

Klargestellt wird zudem, dass mit dem Prinzip der doppelten Wesentlichkeit die Betroffenheit der Inside-Out- und/oder der Outside-In-Perspektive gemeint ist,⁶⁹ wie es die Kommission schon ursprünglich bezweckt hatte (vgl. oben a)). Eine deutliche Erweiterung der Berichtsgegenstände schließt sich daran an (vgl. Art. 19a CSRD mit Art. 19a Bilanz-RL-aF). Die CSRD erstreckt den Anwendungsbereich zudem auch auf nicht-kapitalmarktorientierte große Unternehmen sowie kapitalmarktorientierte kleine und mittlere Unternehmen (KMU, s. Art. 1, Ziff. 4 CSRD = 19a Abs. 1 S. 1 Bilanz-RL nF sowie Art. 5 CSRD).⁷⁰

Gegenüber dem vor Erlass der CSRD bestehenden CSR-Berichtspflichtenrecht hat der Klimaschutz eine bedeutendere Stellung. Gem. Art. 1 Ziff. 4 CSRD = 19a Abs. 2 a) iii) Bilanz-RL nF ist nun ausdrücklich gefordert, dass diejenigen Pläne des Unternehmens darzulegen sind, die sicherstellen, dass das Geschäftsmodell und seine Geschäftsstrategie kompatibel sind mit der Transition zu einer nachhaltigen Wirtschaft und um die Erderwärmung auf 1,5 °C gemäß dem Pariser Übereinkommen zu begrenzen. Nach lit. b) sollen auch die *gesetzten* zeitlichen Ziele des Unternehmens hinsichtlich der eigenen Nachhaltigkeitsstrategie und, soweit angemessen, Treibhausgasreduktionsziele für 2030 und 2050 offengelegt werden. Daraus folgt für die obige Auslegung:

- dass der europäische Gesetzgeber wie auch hier vertreten von einer ubiquitären Wesentlichkeit von Unternehmensauswirkungen auf das Klima ausgeht;
- dass Unternehmen verpflichtet sind, ihre Geschäftstätigkeit mit dem 1,5 °C-Ziel des Pariser Übereinkommens kompatibel zu machen – es wird nicht zugelassen, lediglich zu berichten, *ob* eine Paris-kompatible Geschäftstätigkeit vorliegt, sondern es ist offenzulegen, *wie* die Einhaltung des Pariser Übereinkommens sichergestellt wird;
- dass die Pläne darzulegen sind, die eine Paris-Kompatibilität *sicherstellen* – damit ist das Wissenschaftlichkeitsgebot an die Unternehmen positiv kodifiziert;
- es kurz- mittel und langfristige Ziele geben muss, also im Ergebnis ein Reduktionspfad entwickelt werden müsste;
- von den Anstrengungen Scope 1 bis 3 umfasst sind (s. Art. 1 Ziff. 8 CSRD bzw. Art. 29b Abs. 2 Uabs. 2 (a) (i) Bilanz RL nF sowie Erwgg. 47) mit der Qualifizierung „where relevant“ für Scope 3, die sich mit der Wesentlichkeit deckt.

Auch bestätigt sich die Pflicht zur Nutzung wissenschaftlicher und standardisierter Regelwerke, die sich rechtsimmanent bereits *de lege lata* herleiten ließen (s. soeben oben 1. und 2.). Dies folgt aus der neu geregelten Erlassbefugnis der Kommission zur Standardisierung der Nachhaltigkeitsberichterstattung mittels delegierter Rechtsakte nach Art. 1 Ziff. 8 CSRD = Art. 29b Bilanz-RL nF. Nach Art. 29b Abs. 2 Bilanz-RL nF werden dabei die Erkenntnisse standardsetzender Initiativen für Nachhaltigkeitsberichterstattung und bestehende Standards und Rahmenwerke für insbesondere CSR und nachhaltige Entwicklung berücksichtigt.

⁶⁹ Die deutsche Literatur lehnte diese Auffassung bisher weitgehend ab.

⁷⁰ Auf EU-Ebene betraf das rund 49.000 Unternehmen, in Deutschland rund 15.000 Unternehmen, s. Baumüller/Scheid/Needham, in: IRZ 2021, 337, 340 (Stand 2021).

So ist die Einteilung von Scope 1 bis 3 des Greenhouse Gas Protocol bereits in den Entwürfen des delegierten Rechtsaktes enthalten.⁷¹

Es wird mit der Umsetzung nicht mehr zu bestreiten sein, dass mit Setzung der CSRD-Berichtspflichten Steuerungsziele verfolgt werden und die gesamte externe Berichterstattung nicht nur Anteilshabende oder Investitionsinteressierte schützen soll. Dies soll nach der CSRD-E-Kommissionsbegründung auch positive Effekte auf die Grundrechte haben und Unternehmen „zum besseren hin beeinflussen“.⁷²

3 Auslegungsergebnis wie vorstehend entspricht dem Normtelos und der Historie

Dass eine Auslegung der bisherigen und neuen gesetzlichen Normen zu Handlungspflichten führt, widerspricht nicht dem Willen der Gesetzgebung. Im Gegenteil: Es wird offen ein Regulierungsziel verfolgt.⁷³ Als Ziel der Regulierung steht die gegebenenfalls notwendig werdende Anpassung des Geschäftsmodells oder der Geschäftsstrategie.⁷⁴

Das Verhalten von Unternehmen soll gesteuert werden. Hierzu wird sich mit dem dargelegten Ansatz eines in der deutschen Rechtslandschaft eher ungewohnten Instruments bedient.⁷⁵ Aus gesamteuropäischer Perspektive ist jedoch lediglich das Lenkungsziel des Kapitalflusses hin zu *nachhaltigen* Unternehmen neu.⁷⁶ Mit der Ungewohntheit dieser Regulierungstechnik lässt sich gegebenenfalls auch die verbreitete, dies negierende Ansicht in der gesellschaftsrechtlichen Literatur erklären, die weiterhin eine extensive Freistellung der Unternehmen von gesellschaftlicher Verantwortung vertritt. Diese Position wird zunehmend schwerer zu vertreten sein, wie sich nicht zuletzt aus den oben zitierten Gesetzgebungsmaterialien und Erwägungsgründen entnehmen lässt.⁷⁷

Die implizite Pflicht zur Handlung stellt auch die Verhältnismäßigkeit aus Sicht der Unternehmen sicher. Ohne sachlichen Anknüpfungspunkt abstrakt zu berichten, würde einem zufälligen verteilten Markthindernis ohne Sachgrund gleichkommen. Die Gründe für den Einsatz dieses Instruments anstelle expliziten Ordnungsrechts mögen auch darin liegen, dass Effekte der Marktdynamik so besser nutzbar gemacht werden sollen. Im Finanzsektor wird angesichts dieser Informationspflichten bereits angenommen, dass „nachhaltige Geldanlagen mit einem Big Bang in den Mainstream“ überführt würden.⁷⁸

71 s. <https://www.efrag.org/Assets/Download?assetUrl=%2Fsites%2Fwebpublishing%2Fsiteassets%2F08%2520Draft%2520ESRS%2520E1%2520Climate%2520Change%2520November%25202022.pdf> (19.01.2023), S. 9.

72 s. CSRD-E, S. 10 sowie Erwgg (1) CSRD-E.

73 s. Gesetzesbegründung, CSR-RL, CSRD-KOM-E; IRZ 2021, 35.

74 s. DStR 2021, 2364, 2365.

75 Indirekte Verhaltenssteuerung ist ein bisher selten genutzter Ansatz im deutschen Recht. Vgl. auch Spießhofer, Fn. [41], 2473, 2475.

76 vgl. IRZ 2021, 35.

77 Diese Erwägungen greift auch der die Ausweitung von unternehmerischer Verantwortung tendenziell kritisierende Kort für das CSR-Recht auf: „So sollen Unternehmen zu einer Berichterstattung über ihr gesellschaftliches Engagement verpflichtet werden. Eine solche Berichtspflicht setzt voraus, dass eine wie auch immer im Einzelnen ausgestaltete Pflicht zum gesellschaftlichen Engagement von Unternehmen besteht. Andernfalls wäre es nämlich sachlich unangebracht und rechtlich fragwürdig, über ein solches Engagement berichten zu müssen. Die Pflicht zur Berichterstattung unterstellt das Bestehen einer Pflicht zum sozialen Engagement.“, Kort, in: NZG 2012, 926, 927.

78 vgl. Bueren, in: Beck LSK 2019, 45814467.

Aus diesem Blickwinkel – der diese Art der Regulierung eher als eine Normwirkungstechnik und weniger als bewusstes Offenlassen einer außerrechtlichen Sphäre erkennen lässt – ist besser zu verstehen, dass es gerade auf die Auslegung der Normen hinsichtlich ihrer Marktimplikationen ankommt, da sie essentieller Wirkbestandteil ist. Dies impliziert aber eben nicht, dass sich die Normen über diese Regelungstechnik hinaus im Einzelfall nicht auch als klassische Befehlsnormen auslegen lassen.

Die Richtlinie muss bis zum 6. Juli 2024 von den Mitgliedsstaaten umgesetzt sein (Art. 5 CSRD). Sie gilt allerdings abgestuft für verschiedene Akteure des Finanzmarkts: ab 1. Januar 2024 für Unternehmen, die bereits der CSR-RL unterliegen, ab 1. Januar 2025 für andere große Unternehmen, und ab 1. Januar 2026 für börsennotierte KMU sowie für kleine Kreditinstitute und firmeneigene Versicherungsunternehmen.

4 Soft law with hard sanctions

Auch sog. *Soft Law* kann in Verbindung mit Haftungstatbeständen oder Transportnormen (bspw. §§ 93 AktG, 43 Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG) zu einem verbindlichen Handlungsprogramm erstarken (sog. hybride Gesetzesstrukturen)⁷⁹.

Hier kommen vor allem die zahlreichen Rahmenwerke in Betracht, die Auskunft über den aktuellen Stand unternehmerischen Handelns auch in Bezug auf das globale Klima geben. Gesetzestechisch besonders hervorgehoben sind im Bereich der Klimaverantwortung die Leitlinien der EU. Die Kommission hat mit Art. 2 CSR-RL (vgl. auch: Erwgg. [17]) eine Erlassbefugnis für Leitlinien für Methoden/Benennung der wichtigsten allgemeinen und sektorspezifischen nichtfinanziellen Leistungsindikatoren erhalten.

Diese sind gem. Art. 2 CSR-RL zwar „unverbindlich“, die Aussagen zur allgemeinen und sektorspezifischen Bedeutung der jeweiligen Indikatoren dagegen *müssen* ernst genommen werden. Die Relevanz speziell der klimarelevanten Berichterstattung wurde mit dem „Nachtrag zu klimabezogener Berichterstattung“ hervorgehoben. Einer staatlichen/supranationalen Empfehlung wie dieser ist eine hohe Seriosität zu unterstellen.

Unternehmen dürfen danach jedenfalls positiv darauf vertrauen, dass die Empfehlung zur Handlungsanpassung hieran wesentlich ist und der Einhaltung von Sorgfaltspflichten dient. Den Leitlinien ist auch die Aussage zu entnehmen, dass maßgeblich das 1,5 °C-Ziel sein müsse, sodass ein entsprechendes Szenario zu prüfen sei.⁸⁰ In der Detailtiefe über die Leitlinien hinausgehend werden die „Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung“⁸¹ verbindlich sein (Art. 19a Abs. 4, Art. 28b Bilanz-RL nF), die die Kommission in einem delegierten Rechtsakt erlassen wird. Diese konkretisieren die Maßgaben der CSRD für die Praxis.

Für Deutschland gilt daneben ein mit nochmals erhöhter normativer Kraft ausgestattetes Normenwerk, der Deutsche Rechnungslegungsstandard Nr. 20 zum Konzernlagebericht (DRS 20). In Bezug auf die Anwendung des DRS gilt die gesetzliche Vermutung für Konzerne (§ 342 Abs. 2 HGB), dass bei Anwendung dieser die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchhaltung eingehalten werden. Integraler Bestandteil des DRS 20 ist die Berichterstattung zu nichtfinanziellen Leistungsindikatoren.⁸² Ergänzend kann gem. § 289d HGB hinsichtlich

79 Spießhofer, Fn. [41], 2473, 2474.

80 s. Fn. 20 in den Leitlinien, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0620\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0620(01)) (26.01.2023).

81 s. die von der EFRAG erarbeiteten Entwürfe unter <https://www.efrag.org/lab6> (26.01.2023).

82 Lanfermann, in: Walden/Depping, CSR und Recht 2015, S. 115.

dieser vor allem auf Verfahrenseinrichtung zielende DRS das deutsche staatliche Rahmenwerk DNK herangezogen werden, wonach gem. des Kriteriums 13 DNK gilt: Die Ziele des Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) „sind nur dann erreichbar, wenn Unternehmen Verantwortung für ihre eigenen Emissionen übernehmen und diese drastisch reduzieren.“⁸³

In Anbetracht der vergleichbaren Lage zu der parallelen Ausgestaltung im Bereich des Themenfelds Corporate Governance ist es darüber hinaus auch vertretbar, hier von einer quasigesetzlichen Wirkung auszugehen:

Der Deutsche Corporate Governance Index (DGCI) über Leitlinien zur Unternehmensführung von börsennotierten Unternehmen, dessen Befolgung im Ausgangspunkt ebenfalls freiwillig ist und der ebenfalls in § 161 AktG eine Comply-or-Explain-Regelung enthält, ist nach der Rechtsprechung bereits mit gesetzsgleicher Wirkung ausgestattet. Die abgegebene Entsprechungserklärung des Unternehmens hat eine Selbstbindungswirkung; sofern nicht nach ihr gehandelt wird oder sie nicht zuvor berichtet wird, sind Beschlüsse der Gesellschaft anfechtbar wegen eines Gesetzesverstößes gegen § 234 AktG.⁸⁴ Ist eine Selbstbindung erst einmal vorhanden, dürften praktische Hürden bestehen, die Entsprechungserklärungen stets geändertem Handeln anzupassen. Dies ist hier pro Jahr nur einmalig möglich.

Die Parallelen dieser Regelungstechnik des Gesetzgebers im Bereich der CSR-Rahmenwerke zu dem genannten Governance-Regelwerk sind unverkennbar. Es ist naheliegend, auch in Bezug auf diese eine ähnliche Bindungswirkung anzunehmen. Dies leuchtet auch ein, wenn man einen Vergleich zu DIN/EN/ISO-Standards in anderen technischen Bereichen zieht. Ist danach eine Entscheidung bspw. zur Arbeitssicherheit vernünftigerweise geboten, so wird sich ein Vorstand mit einer gegenteiligen Entscheidung nicht entlasten können. Auch für Rahmenwerke besteht bereits die Eignung, diese als Standards der organschaftlichen Sorgfaltsanforderungen anzusehen (siehe hierzu noch sogleich III.).⁸⁵

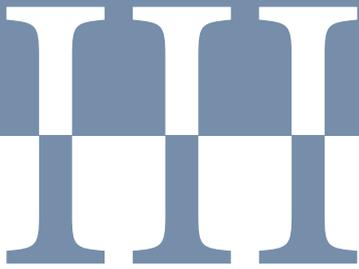
Die Prognosepflicht des Vorstands hinsichtlich künftiger Risiken bedeutet auch, aus der heutigen Kodifizierung der Berichterstattung abzuleiten, welche unternehmerischen Pflichten wahrscheinlich künftig bestehen.⁸⁶

⁸³ <https://www.deutscher-nachhaltigkeitskodex.de/de-DE/Home/DNK/Criteria/13-Klimarelevante-Emissionen> (23.06.2021).

⁸⁴ vgl. BGH, Urteil vom 21. 9. 2009 – II ZR 174/08 – „Umschreibungsstopp“, Rn. 28, OLG München, Urteil vom 06.08.2008 – 7 U 5628/07.

⁸⁵ vgl. bereits oben sowie BeckOGK/Fleischer, 01.09.2021, AktG § 93 Rn. 62; MüKoAktG/Spindler, 5. Aufl. 2019, AktG § 93 Rn. 39.

⁸⁶ Vor einer Entwicklung in Richtung Unternehmenspflichten dieser Vorschriften warnt Kort NZG 2012, 926, 927, der aber letztendlich die CSR-RL als ausschließlich Allgemeinwohlbelangen dienend missversteht.



Geschäftsleitungsrecht

Kapitalgesellschaften werden im europäischen wie im deutschen Recht häufig von einem Leitungsorgan geführt (vgl. Art. 38 lit b) SE-VO, § 76 AktG). Zahlreiche gesellschaftsrechtliche Pflichten adressieren die Mitglieder des Leitungsorgans selbst, wie bspw. bei der Berichterstattung für Wahrheit und Klarheit einzustehen (§ 264 Abs. 2 S. 3 HGB, § 289 Abs. 1 S. 5 HGB). Auch wenn das europäische Gesellschaftsrecht bzw. Geschäftsleitungsrecht nicht europäisch harmonisiert ist, können aus den nachfolgenden Erwägungen vorrangig zur deutschen Ausprägung Schlüsse auf jegliche europäischen (Kapital-)Gesellschaften gezogen werden. Das Geschäftsleitungsermessen ist in allen europäischen Rechtsordnungen verankert.⁸⁷ Gem. Art. 9 Abs. 1 SE-VO gilt dies auch für die europäische SE.

Neben ausdrücklich geregelten Pflichten bestimmen so geschriebene und ungeschriebene Sorgfaltspflichten die Entscheidungen der Leitungsorgane. Da diese häufig wie die sog. *business judgement rule* aus dem angloamerikanischen Rechtskreis entlehnt sind, gibt es eine vergleichbare Geltung der wichtigsten Grundsätze über ganz Europa. Für den Vorstand einer deutschen Aktiengesellschaft etwa besteht ein ausdifferenziertes Sorgfaltspflichten- und Haftungssystem, dessen Brennpunkt in § 93 AktG kodifiziert ist. Grundannahme dieser Haftungsregelung ist, dass dem Vorstand ein sog. Geschäftsleiterermessen zukommt, das ihn in seinen Entscheidungen von statischen Normen besonders freistellt und zugleich Regeln der Sorgfalt auferlegt. Berücksichtigt werden soll die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung. Den Vorschriften kommt dabei eine Doppelfunktion zu: Sie sind Sorgfaltsmaßstab für diese Handlungsfreiheit durch Ermessensausübung und zugleich Pflichtenquelle.⁸⁸

Solche Transportnormen wie § 93 Abs. 1 AktG können die materiellen Wertungen und Handlungsmaßgaben aus dem dargestellten CSR-Recht zu unmittelbaren Entscheidungsregeln des Vorstands machen und sie so „scharf stellen“. Entscheidungsregeln für den Vorstand münden in unmittelbare rechtsfolgenbewehrte Handlungspflichten.

Diese Gedanken treffen insoweit nicht nur auf die genannten Kapitalgesellschaften der Aktiengesellschaft (AG) bzw. SE zu. Dies ergibt sich bspw. nach deutschem Rechtsverständnis aus dem generellen gesetzlichen Bild der Personen- und Kapitalgesellschaften, wie in der Begründung des Gesetzgebers zum Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) ausgeführt:

⁸⁷ vgl. https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Business_Judgment_Rule (Ziff. 3) (26.11.2021).

⁸⁸ vgl. BeckOGK/Fleischer, 1.9.2021, AktG § 93 Rn. 15.

”

„Der Grundgedanke eines Geschäftsleiterermessens im Bereich unternehmerischer Entscheidungen ist nicht auf den Haftungstatbestand des § 93 AktG und nicht auf die Aktiengesellschaft beschränkt, sondern findet sich auch ohne positivrechtliche Regelung in allen Formen unternehmerischer Betätigung. Das für das Aktiengesetz zu § 93 gefundene Regelungsmuster und die Literatur und Rechtsprechung dazu können aber als Anknüpfungs- und Ausgangspunkt für die weitere Rechtsentwicklung dienen.“⁸⁹

Im Einzelnen sind die folgenden Grundsätze der Geschäftsleitungshaftung bzw. der *business judgement rule* für die klimarelevanten Pflichten von Bedeutung:

1 Erstarben der bereits bestehenden Allgemeinwohldienlichkeit einer Aktien-Kapitalgesellschaft am Beispiel Deutschland

Die vorstehenden Ausführungen zu den existierenden Berichtspflichten zeigen bereits, dass in der externen gesellschaftsrechtlichen Berichterstattung eine starke Verschiebung des Gewichts von rein finanzieller, vor allem für Anlageinteressierte relevante Informationsvermittlung hin zu einer umfassenden Unterrichtung der gesamten Gesellschaft über die Wechselwirkungen eines Unternehmens mit dieser erfolgt.

Den Berichtspflichten kann das positivierte Bild eines Unternehmens als einer allen gesellschaftlichen Interessen Rechenschaft pflichtigen Organisation entnommen werden.⁹⁰ Es lässt die bspw. im deutschen Aktienrecht verankerten historischen und fortbestehenden Ansätze der unmittelbaren Verpflichtung des Unternehmens zur Verantwortungsübernahme wiederaufleben und verstärkt diese: Die Gemeinwohlverpflichtung war bereits in der gesetzlichen Definition der Gesellschaft und Leitungsaufgabe des Vorstands positivrechtlich verankert und auch im Referentenentwurf in der Reform von 1958 enthalten.⁹¹ Im Gesetzgebungsprozess wurde die ausdrückliche Erwähnung im damaligen § 73 AktG zur Leitungsverantwortung wieder gestrichen. Die Gesetzgebung gibt dazu an:

”

„Daß der Vorstand bei seinen Maßnahmen die Belange der Aktionäre und der Arbeitnehmer zu berücksichtigen hat, versteht sich von selbst und braucht deshalb nicht ausdrücklich im Gesetz bestimmt zu werden. Gleiches gilt für die Belange der Allgemeinheit. Gefährdet der Vorstand durch gesetzwidriges Verhalten das Gemeinwohl, so kann die Gesellschaft aufgelöst werden (§ 382).“⁹²

Bei den Beratungen hierzu wurde mehrheitlich vertreten, dass die Aufnahme der Allgemeinwohldienlichkeit überflüssig sei, weil in einem sozialen Rechtsstaat gem. Art. 20, 28 GG die Berücksichtigung der drei Faktoren Kapital, Arbeit und öffentliches Interesse eine selbstverständliche Pflicht sei.⁹³ Hieran hat sich bis heute konzeptionell nichts geändert. Es ist daher schon von jeher im deutschen Recht angelegt, dass die Aktiengesellschaft CSR-Belange als Unternehmensgegenstand berücksichtigen muss. Dass zeigt sich auch

89 vgl. Bt. Drs. <https://dserver.bundestag.de/btd/15/050/1505092.pdf> S. 12 (30.01.2023).

90 so im Ausgangspunkt auch Kort, in: NZG 2012, 926, 926.

91 MüKoAktG/Spindler, 5. Aufl. 2019, AktG § 76 Rn. 64.

92 s. Bt.-Drs. IV/171, S. 121, <https://dserver.bundestag.de/btd/04/001/0400171.pdf> (01.12.2021).

93 vgl. MüKoAktG/Spindler, 5. Aufl. 2019, AktG § 76 Rn. 64.

an der im vorstehenden Zitat in Bezug genommenen Auflösungsbefugnis, nach der auch heute noch auf Antrag der zuständigen obersten Landesbehörde das Landgericht die AG auflösen kann, wenn nicht die Hauptversammlung und der Aufsichtsrat eigenständig für eine Abberufung des Vorstands sorgen (§ 396 AktG). Vor diesem Hintergrund ist die nunmehr geltende doppelte Wesentlichkeit auch für nichtfinanzielle Sachverhalte nichts grundlegend Neues.

2 Bestehende Befassungspflicht

Für das Schicksal des Unternehmens hat das Leitungsorgan – bei der AG bspw. der Vorstand – die maßgebliche Verantwortung. Unumstritten war hinsichtlich der bisherigen CSR-Berichtspflichten dadurch bereits, dass es eine Befassungspflicht des Vorstands mit diesen Belangen gab.⁹⁴

Hinzu kommt nun, dass die Berichtspflichten ein klares materielles Steuerungsziel haben. Der Schritt von einer Befassungspflicht über ein logisch verknüpftes Handlungserfordernis zur grundsätzlich vorgesehenen Handlungspflicht in einem bestimmten Sinne ist schon aus dieser Perspektive sehr klein. Es stellt sich die Frage, ob ein Unternehmen in Kenntnis der Klimafolgen einer Entscheidung sich noch für die klimaschädlichere Variante entscheiden kann.

3 Jede relevante Klimaentscheidung ist eine „Gewissensentscheidung“

Diese aufgeworfene Frage ist mit Nein zu beantworten zunächst bei Entscheidungen über einen Sachverhalt, für den ein ethisch nicht anders vertretbarer Minimalkonsens besteht. Gem. § 93 Abs. 1 AktG hat die Geschäftsleitung die Sorgfalt einer/eines *gewissenhaften* Geschäftsleiterin/Geschäftsleiters anzuwenden. Es steht im Streit, inwieweit insoweit auch ethische Vorstellungen in die Entscheidungen mit einzufließen haben und der Begriff nicht nur auf das „Gewissen“ gegenüber dem Unternehmen selbst zielt. Mit dem soeben dargelegten Unternehmensbild lässt sich die „Gewissenhaftigkeit“ jedoch dogmatisch sauber auch auf Allgemeinwohlbelange beziehen – dies ist ein Gegenstand des Unternehmens. Das Tatbestandsmerkmal verpflichtet danach selbst nach den strengsten Ansichten zu einem „rechtsethischen Minimum“, das jedem einleuchten müsse.⁹⁵ Ansonsten wäre der Wortlaut des Tatbestandsmerkmal der „gewissenhaften“ Geschäftsführung unzureichend beachtet.

Liegen nun ethischen Konsensvorstellungen eklatant widersprechende Sachverhalte vor, so gilt nach dieser Auffassung, dass diese nicht Gegenstand gesellschaftsrechtlich zulässigen Handelns sein können – sowohl weil dies nicht den Unternehmensinteressen (die dem Allgemeinwohl grob zuwiderlaufen dürfen) entspricht, als auch weil es einem ethischen Minimalkonsens widerspricht. Diese Handlungspflicht dürften in der Regel jedoch lediglich einzelfallbasiert identifizierbar sein, denn dafür sind hinreichend klare ethischen Konsensvorstellungen und Allgemeinwohlbelange nötig. Hinsichtlich des Klimawandels ist wegen seiner universalen Bedrohung und faktischen Klarheit jedoch schon im Ausgangspunkt eindeutig, dass Handlungen, die am obersten Ende der Klimaschädlichkeit und Langfristigkeit der Auswirkungen zu verorten sind, danach

⁹⁴ vgl. Koller/Kindler/Roth/Drüen/Morck/Drüen, 9. Aufl. 2019, HGB § 289d Rn. 2.

⁹⁵ vgl. BeckOGK/Fleischer, 01.07.2022, AktG § 93 Rn. 30; dies wird daneben auch unter weiteren Voraussetzungen von § 826 BGB geschützt, s. HK-BGB/Ansgar Staudinger, 11. Aufl. 2021, BGB § 826 Rn. 6.

unzulässig sind. Dies dürfte man nicht erst seit dem Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 24. März 2021 als gesellschaftlich-ethischen Minimalkonsens bezeichnen. Daraus ergibt sich konsequenterweise auch *jedenfalls* die Entscheidungsregel, dass von zwei im Übrigen vergleichbaren Optionen die klimaschonendere gewählt werden muss.

4 Reputationsmanagement

Für weitere Sachverhalte wird die Geschäftsleitung durch die sog. Reputationsmanagementpflicht zu klimafreundlichem Verhalten gezwungen. Der Vorstand hat aus §§ 76, 93 AktG folgend vor Entscheidungen über rechtlich im Übrigen zulässige, aber ethisch bedenkliche Entscheidungen die Auswirkungen auf den Ruf und wegen der möglichen weitreichenden Folgen eines Reputationsschadens für die Gesellschaft sorgfältig abzuwägen.⁹⁶

Eine Entscheidung zugunsten klimafreundlichen Handelns wäre insoweit zwar eine extrinsisch motivierte und von den subjektiven Erwartungen nur von den wichtigen Verkehrsteilnehmenden abhängig.⁹⁷ Durch die starke Bedeutung mag dies mit sonstigem klimasorgfältigem Handeln hierzulande häufig überlappen. Wenn allerdings Berichtspflichten hinzukommen, die den Konzern aktiv zur eigenen Aufdeckung von Missständen zwingen, entfalten die Berichtsvorschriften über diesen Grundsatz eine stärkere Kraft. Es wurde oben unter II. 2. c) gezeigt, dass in der Regel über Missstände sogar zu berichten ist, obwohl dies eine erhebliche Eigenschädigung nach § 289e HGB bedeutete.

Die Taxonomie-VO dürfte das Reputationsmanagement in Zukunft noch wichtiger machen. Greenwashing durch Marketingstrategien ist äußerst verbreitet. Zahlreiche Unternehmen könnten diese Strategien der Reputationspflege – die durch geschickte Formulierungen teilweise auch unterhalb der Irreführungsschwelle nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) liegen könnten – in Zukunft wegen der verbindlichen Festlegungen der Taxonomie-VO nicht mehr fortsetzen. Reguliert wird sowohl der Begriff der ökologischen Nachhaltigkeit als auch die Bewerbung von Finanzprodukten unter Einschluss von ökologischen Merkmalen (Art. 6 Taxonomie-VO). Je nach Einzelfall könnte es dem Unternehmen nach der Reputationspflegepflicht nun verwehrt sein, das Image vollkommen (wieder) auf nicht-nachhaltig umzustellen, wenn die Kriterien der Taxonomie-VO nicht erfüllt werden. Dieser Rückschritt selbst dürfte nicht selten durch den Ansehensverlust einen hohen betriebswirtschaftlichen Schaden verursachen. Das bedeutet, dass diese besonders durch ein klimafreundliches Image hervorstechende Unternehmen in Zukunft den Katalog des Art. 3 Taxonomie-VO – hierin enthalten die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte (*UN Guiding Principles on Business and Human Rights* – UNGP) – einhalten müssten. Für Nicht-Finanzunternehmen, die CSR-berichtspflichtig sind, gilt dies gem. Art. 8 Taxonomie-VO ebenfalls.

5 Berichtspflichten führen zu Bösgläubigkeit

Aus § 93 Abs. 1 AktG folgt, dass der Vorstand nur nicht gegen die Sorgfaltspflicht verstößt, wenn er bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der *Grundlage angemessener*

⁹⁶ vgl. BeckOGK/Fleischer, 01.02.2021, AktG § 93 Rn. 32.

⁹⁷ Vorgegangen wird insoweit häufig nach dem DEAR-Prinzip (decision evaluated against reputation), vgl. ebd., Rn. 31.

Information zum Wohl der Gesellschaft zu handeln. Für andere Gesellschaftsformen wie der SE (Art. 9 SE-VO) oder der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) gilt ähnliches (§ 43 GmbHG). Daraus folgt die Pflicht des Vorstands, den Sachverhalt angemessen aufzubereiten. Bei nichtfinanzieller Wesentlichkeit von CSR-Belangen für die Outside-In-Perspektive ist damit bereits nach geltendem Recht eine Befassungspflicht mit diesen Themen gegeben, wenn hierzu eine Entscheidung notwendig oder durchgeführt wird.

Die Berichtspflichten sorgen nun dafür, dass im Ergebnis sichergestellt ist, dass tatsächlich eine angemessene Berücksichtigung der berichtspflichtigen Aspekte bei allen Unternehmensentscheidungen erfolgt, selbst wenn der Vorstand im jeweiligen Zeitpunkt im Rahmen der angemessenen Informationsaufarbeitung nach allgemeinen Grundsätzen einzelne CSR-Aspekte vernachlässigen konnte.

Diese CSR-Mindestbefassungspflicht folgt aus den Mindestkriterien aus § 289 c Abs. 2, 3 HGB (Umweltbelange bzw. Ausstoß großer Mengen von Treibhausgasemissionen). Diese haben sich mit der CSRD explizit auf die Treibhausgasperformance eines Unternehmens erweitert.⁹⁸ Fehlt das diesbezügliche Wissen bei einer unternehmerischen Entscheidung, so fehlt es an der Angemessenheit der Informationsermittlung und sie wird unrechtmäßig. Eine Exkulpation von der Aufarbeitungslast hinsichtlich CSR-Belange ist damit nicht mehr denkbar.

Ein weiterer Grundsatz des Geschäftsleitungsermessens ist das „Handeln im guten Glauben“.⁹⁹ Handlungen, an deren Richtigkeit die Geschäftsleitung selbst nicht „glaubt“, sind nicht geschützt. „Bösgläubige“ Handlungen sind für Gerichte gut ermittelbar.¹⁰⁰

Aus dem Grundsatz angemessener Informationsaufbereitung folgt zudem ein inhaltlicher Mindeststandard der Informationsbeschaffung.¹⁰¹ Auch aus der objektiv-subjektiven Verschuldensformel sowie dem Handlungsgrundsatz „zum Wohle der Gesellschaft“¹⁰² ist ein Wissenschaftlichkeitsgebot abzuleiten – pure Spekulationen oder nicht vertretbare Herleitungen können keinen haftungserleichternden Bestand haben. Letztlich wird dies relativ eindeutig begrenzt durch die *Rationalitätskontrolle*, die der Grundsatz des Handelns zum Wohle der Gesellschaft bedingt: Jede Entscheidung des Vorstands muss intersubjektiv nachvollziehbar sein. Diese Grenze wird jedenfalls überschritten bei ganz und gar unvernünftigen Entscheidungen und schlechthin unvertretbarem Vorstandshandeln.¹⁰³

Fest steht damit: Der Vorstand muss positives Wissen über die Klimaperformance des Unternehmens haben. Ist dies nicht der Fall, zieht dies potentiell Sanktionen nach sich. Die Klimaperformance wird dann gegebenenfalls behördlich oder vor Gericht geklärt, wenn etwa die Gesellschaft den Vorstand nach § 93 Abs. 2 AktG auf Schadensersatz verklagt. Dem Vorstand gelten die Auswirkungen der Geschäftstätigkeit eines Unternehmens somit bereits jetzt faktisch als bekannt, soweit diese wesentlich sind und in Zukunft, soweit sie im Anwendungsbereich der CSRD-RL sind.

98 s. Art. 19a Abs. 2 Ziff. a) iii) Bilanz-RL nF = Art. 1 Ziff. 4 CSRD.

99 BeckOGK/Fleischer, 01.07.2022, AktG § 93 Rn. 103.

100 BeckOGK/Fleischer, 01.07.2022, AktG § 93 Rn. 103.

101 BeckOGK/Fleischer, 01.07.2022, AktG § 93 Rn. 103.

102 vgl. die Gesetzesbegründung <https://dserver.bundestag.de/btd/15/050/1505092.pdf> (S. 11), danach ist diesem Grundsatz jedenfalls dann Genüge getan, wenn der langfristige Bestand der Gesellschaft zur Entscheidungsausrichtung dient. Eine Anpassung und Mitigation des Klimawandels dürfte eine der grundlegendsten dieser Entscheidungen sein.

103 vgl. BeckOGK/Fleischer, 01.09.2021, AktG § 93 Rn. 102.

6 Legalitätspflicht

Eine hieran anknüpfende weitere Pflicht des Vorstands ist dessen Legalitätspflicht. Diese erfordert, dass der Vorstand ausschließlich legale Handlungsentscheidungen trifft. „Nützliche“ Rechtsbrüche, wie es jedoch vereinzelt vertreten wird, sind nicht ausgenommen.¹⁰⁴

Die Berichtspflichten machen den Vorstand bezüglich der von ihnen erfassten Sachverhalte, die bisher gegebenenfalls noch nicht zur angemessenen Informationsbeschaffung zählten, „bösgläubig“ (s. soeben III.5) und zwingen den Vorstand über die Legalitätspflicht zur Handlung, wenn andernfalls eine geltende Rechtsnorm (wie auch der Sorgfaltsmaßstab einer Verkehrssicherungspflicht) verletzt würde.¹⁰⁵ Damit hat sich der Vorstand ungeachtet des Sanktionsregimes an die materiellen Maßgaben einer Norm zu halten.

Neben der mittelbaren sanktionierenden Wirkung von potenziellen deliktischen Klagen aus §§ 1.004 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB oder aus vertraglichen Beziehungen existiert mit § 93 Abs. 2 AktG zusätzlich eine Schadensersatznorm, die Klagen aus dem Innenverhältnis der Gesellschaft ermöglicht.

104 So bspw. die „Efficient Breach of Contract“-Doktrin; ferner wird argumentiert, dass sich die weitreichende Legalitätspflicht allein daraus ergebe, dass rechtswidrige Handlungen im Gesellschaftsinnenverhältnis eine Haftung nach sich zöge, was allerdings einen Schaden voraussetzt. Bei „nützlichen“ Rechtsbrüchen bedeutete im Ergebnis, dass eine gesetzliche Norm Unrecht zumindest billigen würde, was begrifflich schon schwer denkbar ist; aber sich jedenfalls nicht mit dem Rechtsbefehl der jeweiligen Einzelnormen vereinen lässt, vgl. zu den Meinungen die Fundstellen bei BeckOGK/Fleischer, 01.09.2021, AktG § 93 Rn. 28 f sowie 52 ff.

105 vgl. MüKoAktG/Spindler, 5. Aufl. 2019, AktG § 93 Rn. 357.

IV

Sanktionen und Durchsetzbarkeit

Diese materiellen Maßgaben und die Haftungsnormen betreffen nach herkömmlicher Auffassung *unmittelbar* nur das Innenverhältnis der Organisation. So liegt es bei den Berichtspflichten, wie auch bei den Pflichten aus Art. 93 AktG (dazu soeben III.). Dies führt bereits bei großen Aktiengesellschaften mit pluralistischer Aktionärsstruktur zu einer hohen Abschreckungswirkung vor rechtswidrigem Geschäftsleitungshandeln.

Nichtsdestotrotz entfalten diese Maßgaben Wirkungen auch im Außenverhältnis. Dies geschieht nach Ansicht vieler bereits über die Berichtspflichten nach geltendem Recht i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB.¹⁰⁶ Mit der zunehmenden Einbindung der Zivilgesellschaft als Interessensträger könnte sich diese Ansicht künftig auch in der Rechtsprechung durchsetzen. So stellt *Fleischer* fest, dass „auch unter Berufung auf unionsrechtliche Argumente – ein (...) Bedeutungswandel im Verständnis der Buchführungspflichten“ statfinde und „zahlreiche Stimmen, unter ihnen drei jüngere Habilitationsschriften, (...) die Buchführungs- und Bilanzierungspflichten seither als deliktsrechtliche Schutzgesetze ein[ordnen].“¹⁰⁷ Eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 331 Nr. 1 und 2 Strafgesetzbuch (StGB) auch in Bezug auf die nichtfinanziellen Berichtspflichten ist anerkannt.¹⁰⁸ Die eingeeengte Entscheidungsbefugnis nach dem Geschäftsleitungsermessen ist auch bei der Frage nach dem Verschulden zu berücksichtigen.¹⁰⁹ Ferner sind die Pflichten aus § 289c HGB bußgeldbewehrt, s. § 341n Abs. 1 Nr. HGB.

106 s. die Zusammenstellung bei BeckOGK/Fleischer, 01.09.2021, AktG § 91 Rn. 25 und 26.

107 BeckOGK/Fleischer, 01.09.2021, AktG § 91 Rn. 26.

108 vgl. BeckOGK/Fleischer, 01.09.2021, AktG § 91 Rn. 25.

109 vgl. BeckOGK/Fleischer, 01.09.2021, AktG § 93 Rn. 105.



Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG), das seit Jahresbeginn 2023 greift, begrenzt die *business judgement rule*, den „sicheren Hafen“ für unternehmerische Entscheidungen.¹¹⁰ Gem. § 3 Abs. 1 LkSG sind Unternehmen dazu verpflichtet, in ihren Lieferketten menschenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflichten in angemessener Weise zu beachten. Risiken gegenüber diesen Schutzgütern ist in Abarbeitung der konkreten Sorgfaltspflichten nach §§ 5 ff. vorzubeugen, sie sind zu minimieren und die *Verletzung* menschenrechtsbezogener oder umweltbezogener Pflichten ist *zu beenden*. § 3 Abs. 1 Nr. 4 LkSG verpflichtet zu Abhilfemaßnahmen, soweit ein Risiko zu einer konkreten menschenrechts- oder umweltbezogenen Gefahr oder zu einem eingetretenen Schaden umgeschlagen ist.

Der Begriff des menschenrechtlichen Risikos ist über einen Verweis auf internationale Abkommen im Anhang definiert. Der Klimaschutz wird durch § 2 Abs. 2 Nr. 9) LkSG erfasst¹¹¹, auch wenn dies noch umstritten ist¹¹². Das Gesetz verpflichtet Unternehmen und ihre Vorstände, einen Zustand zu vermeiden, „bei dem auf Grund tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Verstoß gegen“ insbesondere das Verbot „der Herbeiführung einer schädlichen [...] Luftverunreinigung, die [...] die natürlichen Grundlagen zum Erhalt und der Produktion von Nahrung erheblich beeinträchtigt“ oder „die Gesundheit einer Person schädigt“, droht.

Das BVerfG hat in Bezug auf das alte KSG ein hohes Risiko gravierender Eingriffe in die Grundrechte identifiziert, insbesondere Art. 2 Abs. 2, 14 Abs. 1 GG.¹¹³ Subjektivrechtlich schützen die Grundrechte als intertemporale Freiheitssicherung vor einer einseitigen Verlagerung der Treibhausgasmindeungslast in die Zukunft.¹¹⁴ Das Risiko des Klimawandels betreffe jeden drastisch, bedroht sei die Freiheit insgesamt.¹¹⁵

Der Klimawandel wirkt so auch auf zahlreiche Menschenrechte ein, beispielsweise auf das Recht auf angemessene Ernährung (Art. 11 UN-Sozialpakt), Gesundheit (Art. 12 UN-Sozialpakt) oder Eigentum (Art. 17 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte – AEMR). Grund- und Menschenrechte haben sich überschneidende Kreise, die hier im relevanten Bereich sehr ähnlich sein dürften.¹¹⁶ Auch die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und die europäischen Grundrechtecharta schützen diese Rechte jedenfalls im Kern.

Das LkSG erfasst nach seiner Definition des Begriffs Lieferkette den Bereich der Wertschöpfungskette, vor und hinter einem Unternehmen. Denknötwendig sind damit auch Scope-2- und Scope-3-Emissionen¹¹⁷ erfasst.

110 vgl. bspw. Späth/Werner, CCZ 2022, 107, 107.

111 vgl. Gailhofer/Verheyen, ZUR 2021, 402, 404; auch im GG wird unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 „Luftreinhaltung“ der Klimaschutz gefasst, s. Sachs/Degenhart, GG Art. 74 Rn. 102.

112 Dazu weiter: Verheyen/Horenburg, § 2 Rdnr. 405 in Kaltenborn, Sorgfaltspflichtenrecht, LkSG, 2023, i. E.

113 BVerfG, Beschl. v. 24. März 2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, 2021 Rn. 62 (i. F.: auch „Klimabeschluss“).

114 vgl. ebd. 4. LS.

115 vgl. ebd., Rn. 117.

116 vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen, 95. EL Juli 2021, GG Art. 1 Abs. 2 Rn. 8.

117 s. zur Einteilung der Scopes bereits oben Fn. [44]; auch wenn das LkSG nicht die gesamte Wertschöpfungskette umfasst, wird dennoch ein Teil der Wertschöpfungskette erfasst, der, wenn hier Treibhausgase verursacht werden, immer Scope-3-Emissionen generiert.

VII

Deliktische Verkehrs- sicherungspflichten

Nicht wenige Konzerne übertreffen mit den ihnen zuzurechnenden Emissionen den CO₂-Fußabdruck eines Großteils der Staatengemeinschaft.¹¹⁸ Gerade die Möglichkeit, ein Unternehmen als globalen Konzern zu organisieren, schafft ein besonderes Risiko für das Klima, dessen Gestaltung in der Hand der Konzernspitze liegt. So haben diese Unternehmen nicht nur Einfluss auf den eigenen Verbrauch fossiler Emissionen, sondern auch darauf, wie die Geschäftspartner wirtschaften und wie das Design der durch sie vertriebenen Produkte und Dienstleistungen sich auf das Klima auswirkt. Bspw. ist ein großer deutscher Automobilhersteller für jährliche Emissionen in einem Ausmaß verantwortlich, das etwa den jährlichen Emissionen von ganz Australien entspricht.¹¹⁹ Eine Ausrichtung des Unternehmens an einem Paris-kompatiblen Emissionspfad¹²⁰ würde diesen Berechnungen folgend jährlich Emissionen einsparen, die denen der Niederlande in einem Jahr entsprechen. Diese Ausrichtung wäre durch die Anpassung des Produktdesigns, hier etwa der Fahrzeuge, vergleichsweise ein Leichtes; die Nutzenden der Fahrzeuge hingegen können diese nicht so in vergleichbarer Weise betreiben, dass sie klimafreundlich werden. Globale Konzerne unterliegen zudem verschiedenen Rechtsordnungen, sodass eine staatliche ordnungsrechtliche Regulierung zur Klimafreundlichkeit ganz erheblichen (Koordinations-)Hürden ausgesetzt ist. Innerhalb des Konzerns besteht die privatrechtliche Wirkrichtung der Leitungsentscheidungen durch die Obergesellschaft dagegen gerade schon. Die Klimaverantwortung des Sektors unterliegt daher, jedenfalls derzeit, in großem Maße privater Willkür.

Eine stärkere Regulierung ist in letzter Konsequenz „verfassungsrechtlich unausweichlich“,¹²¹ was jedoch gerade in komplexen Industriezweigen erhebliche Verwerfungen nach sich ziehen könnte. Dennoch bietet das Privatrecht seit Reichsgerichtszeiten hierfür eine eigene Lösung, die geradezu zwingend erscheint:¹²²

Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung ist

”

„derjenige, der eine Gefahrenlage – gleich welcher Art – schafft, [...] grundsätzlich verpflichtet, die notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung anderer möglichst zu verhindern. Die rechtlich gebotene Verkehrssicherung umfasst diejenigen Maßnahmen, die ein umsichtiger und verständiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält, um andere vor Schäden zu bewahren.“¹²³

118 vgl. die Daten unter <https://climateaccountability.org/carbonmajors.html> (26.01.2023), aus denen sich u. a. auch ergibt, dass nur 100 Firmen weltweit für 70 % der weltweiten historischen Treibhausgasemissionen bis 2017 verantwortlich sind, mit dem Ranking unter: https://edgar.jrc.ec.europa.eu/report_2022 (26.01.2023).

119 nach eigenen Aussagen und nur die Pkw-Sparte (1 % globaler jährlicher Emissionen), vgl. <https://www.wiwo.de/unternehmen/auto/volkswagen-konzern-vw-weltweit-fuer-zwei-prozent-der-co2-emissionen-verantwortlich/24155948.html> (26.01.2023) mit dem EU-Ranking unter https://edgar.jrc.ec.europa.eu/report_2022 (26.01.2023).

120 Zur Berechnung dieses Pfads lässt sich etwa das globale Klimaszenario „Net Zero by 2050 – All Electric Case“ der internationalen Energieagentur als Datengrundlage heranziehen.

121 BVerfG, Fn. [113], Rn. 194.

122 RGZ 52, 373, 379; RGZ 54, 53, 58; s. auch Wagner, in: MüKo-BGB, § 823 Rn. 433.

123 s. nur BGH NJW 2014, 2104 (2105) m. w. N.

Diese Verpflichtung greift hier¹²⁴ und definiert die Sorgfaltspflichten gem. § 93 Abs. 1, 2 AktG unmittelbar. Jedenfalls der Ausstoß im Megatonnenbereich ist eine hinreichend präzise mess- und beschreibbare Gefahr für das Weltklima mit den bekannten kausalen Folgen. Die Attributionswissenschaft kann nachweisen, dass für konkrete Phänomene der Klimawandel und die Emittenten (Mit-)Verursacher sind. Notwendig ist die Reduzierung auf den Paris-Pfad, der in aller Regel durch die zur Verfügung stehenden Transitionsoptionen auch zumutbar ist. All dies ist mit Blick auf die durch den Klimawandel Betroffenen aus verobjektivierter Sicht vernünftig und notwendig zur Gefahrenabwehr. Auch die weiterhin erforderliche Interessen- und Güterabwägung läuft in Anbetracht der Rechtsgüter, um die es geht,¹²⁵ auf eine Entscheidung für den Klimaschutz hinaus, auch unter Berücksichtigung von Art. 12 und 14 GG der Anteilseigner:innen und des Unternehmens als Gegenposition.¹²⁶

Dabei ist diese Sorgfaltspflicht nicht nur ein Maßstab für das Verschulden im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, sondern eine Missachtung begründet einen Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch nach § 1.004 Abs. 1 BGB.¹²⁷ Zugleich ergibt sich der Anspruchsumfang von § 1.004 Abs. 1 BGB aus dem Inhalt¹²⁸ der Verkehrspflicht – es besteht, mit anderen Worten, ein Anspruch auf Erfüllung der Verkehrssicherungspflicht, der den Ersatzanspruch für ihre Verletzung ergänzt.¹²⁹

124 s. hierzu auch Verheyen/Franke, ZUR 2021, 624, 630 ff.

125 „Potenziell betroffen ist praktisch jegliche Freiheit“, BVerfG Fn. [113] Rn. 117.

126 Bei den in Fn. [125] zitierten potentiellen allgegenwärtige Schädigungen und einer verfassungsrechtlichen Unausweichlichkeit der Reduktion ist ein Vertrauensschutz in die Fortsetzung Paris-widriger Tätigkeiten nicht denkbar.

127 Armbrüster, NJW 2003, 3087, 3088 f.; Herrler, in: Palandt, BGB Kommentar, 80. Aufl. 2021, § 1.004 Rn. 18; Spohnheimer, in: BeckOGK BGB; Stand: 01.08.2021, § 1004 Rn. 45 m. w. N.

128 Der Inhalt könnte die Anpassung des Geschäftsmodells an ein valides Klimaszenario sein.

129 Wagner, in: MüKo-BGB, Vorb. vor § 823 Rn. 42; vgl. auch OLG Düsseldorf, NJW-RR 2012, 780, 781 f.

VIII

Ausblick

Das Ergebnis dieses Gutachtens ist eine Verbindung der Wertungen aus mehreren Rechtsquellen. Eine Zusammenführung und Klarstellung der Pflichten für die Unternehmenspraxis ist jedoch wichtig und wäre auch notwendig, um Rechtssicherheit und Planbarkeit herzustellen, die nicht zuletzt auch unternehmerisch gefordert wird.

So würden die über verschiedene Normen verteilten Pflichten künftig absehbar mit großer Wahrscheinlichkeit zu Rechtsstreiten führen – auch im horizontalen Verhältnis, also bspw. wettbewerbsrechtlich. Die Verfahren dürften sich über die nationalen und europäischen Instanzen erstrecken, wobei Verfahrensdauern von bis zu fünf Jahren keine Seltenheit wären.

Dieser Rechtsunsicherheit und den damit verbundenen betriebs- und volkswirtschaftlichen Verlusten könnte mit einer zentralen Rechtsnorm und konkret definierten Sorgfaltspflichten begegnet werden, die die Klimapflichten kodifiziert und an die sich eine klare Rechtsprechungslinie anknüpfen kann.

Dies gilt auch für den bereits erlassenen Art. 1 Ziff. 4 CSRD bzw. Art. 19a Abs. 2 a) iii) Bilanz-RL nF (s. oben. II.2 e) [3]). Auch in dieser Norm sind Lücken vorhanden.

Mit der Umsetzung der CSDDD könnten diese Unsicherheiten jedoch ausgeräumt werden. Der Vorschlag sowohl im Wortlaut des Art. 15 CSDDD-E¹³⁰ als auch in der ‚Allgemeinen Ausrichtung‘¹³¹ des Rates trüge immerhin im Ansatz zur Klarstellung bei, denn nach beiden Vorschlägen besteht die

”

„obligation to adopt a plan to ensure compatibility of business model and strategy of the company with the transition to a sustainable economy and with the limiting of global warming to 1.5 °C“

–

„Verpflichtung zur Umsetzung eines Plans zur Gewährleistung der Vereinbarkeit des Geschäftsmodells und der Strategie des Unternehmens mit dem Übergang zu einer nachhaltigen Wirtschaft und der Begrenzung der globalen Erwärmung auf 1,5 °C“ (eig. Übersetzung).

130 Kommissionsentwurf CSDD Directive 2022/0051 (COD), Art. 15, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF (19.01.2023).

131 General Approach bzw. Positionspapier des Rates vom 1. Dezember 2022, S. 98, abzurufen unter: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/en/pdf> (19.01.2023), hier wird ausschließlich auf den Wortlaut des dortig vorgeschlagenen Art. 15 CSDDD-E verwiesen und nicht auf weitere dort vorgeschlagene Normfassungen.

Dies ist angesichts des oben dargestellten Auslegungs- und Kombinationsaufwands bestehender Normen und Wertungen eine zu begrüßende Klärung. Das gilt auch gegenüber der vorgenannten Norm des Art. 19a Abs. 2 a) iii) Bilanz-RL nF, die die „Verpflichtung zur Umsetzung“ als vorausgesetzte Handlung auffasst, aber tatbestandlich erst an das Berichten über diese Handlungen anknüpft.

Auch wenn der Ansatz des Art. 15 CSDDD-E somit grundsätzlich für alle Interessenkreise Fortschritte bietet, verpasst der Vorschlag der EU-Kommission (ebenso wie die Position des Rates) jedoch die Chance, die tatsächlichen Leitplanken unternehmerischen Handelns, die das Pariser Übereinkommen vorgibt, präzise zu definieren¹³² und schafft durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe wie – im Kommissionsvorschlag – dem der „Hauptauswirkung“ (*principal risk*) potenziell weitere Rechtsunsicherheit.

Die am 01.06.2023 vom Europäischen Parlament verabschiedete Fassung von Art. 15 CSDDD-E enthält gegenüber den vorgenannten Entwürfen von Kommission und Rat sinnvolle Spezifizierungen:

So ist danach ein „Transitionsplan“ zu „entwickeln und umzusetzen“, der zudem mit der korrespondierenden Norm Art. 19a CSRD übereinstimmen muss. Das Treibhausgasneutralitätsziel für 2050 sowie das Reduktionsziel für 2030 sind eine verbindliche Vorgabe. Ergänzt wird diese Handlungspflicht um detailliertere Beschreibungspflichten bzgl. der Auswirkungen des Unternehmens auf das Klima, insbesondere dem „Wie“ der Umsetzung des Transitionsplans sowie der Zielfortschritt im Hinblick auf die Scope-1- bis 3-Ziele. Hierdurch würde eine genaue Kontrolle der Maßnahmen erleichtert und die Umsetzung am vorhandenen Wissen gemessen werden können.

Auch im Europäischen Parlament hat sich ein Vorschlag zur ausdrücklichen Klarstellung der „wissenschaftsbasierten“ Zielbestimmung in Bezug auf Scope-Ziele allerdings nicht durchgesetzt.

Ein detaillierter Art. 15 CSDDD sollte den wissenschaftlichen Stand zur notwendigen Unternehmenstransition widerspiegeln. Trotz der Streichung findet sich eine Grundlage hierfür im Ansatz des Parlaments: Es ist ein grober Reduktionspfad vorgegeben, nach dem die Reduktionsziele für 2050 und 2030 entsprechend dem EU-Klimagesetz bestimmt werden.

Offen ist jedoch insoweit, welche Methodik die Unternehmen bei der Umsetzung einzusetzen haben, insbesondere wie die globalen und EU-weiten Ziele auf den Beitrag einzelner Unternehmen „heruntergebrochen“ werden können. Eine ähnliche Debatte fand bereits zum deutschen § 13 Abs. 1 KSG (Berücksichtigungsgebot der Klimaziele) statt. Dieser richtet sich zwar an Träger öffentlicher Aufgaben, die Problemlage ist jedoch strukturell vergleichbar. Soweit etwa einzelne Projekte von Planungsbehörden betroffen sind, wie etwa der Bau und die Bewirtschaftung neuer Autobahnen, lassen sich statt einer Behörde auch private Unternehmen als Verpflichtete denken.

Das Bundesverwaltungsgericht stellte hierzu ausdrücklich heraus, dass fehlende „Rechtsverordnungen, Verwaltungsvorschriften, Ausführungsvorschriften, Leitfäden, Handreichungen oder Ähnliches, die die Verwaltungsbehörden bei der praktischen Umsetzung ihrer Ermittlungs- und Bewertungspflichten zugrunde

¹³² Und damit Art. 20a GG in der vom BVerfG vorgenommenen Auslegung zu entsprechen, der Klimaschutzmaßnahmen als „verfassungsrechtlich unausweichlich“ ansieht und den damit in der Politik und Wissenschaft seit langem anerkannten Begriff der Leitplanken der Politik bzw. des menschlichen Handelns verrechtlicht, vgl. BVerfG, Klimabeschluss Fn. [113] Rn. 194 sowie „Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie der BReg“ <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/998006/1873516/3d3b15cd92d0261e7a0bc8f43b7839/2021-03-10-dns-2021-finale-langfassung-nicht-barrierefrei-data.pdf?download=1> sowie Rockström et. al., Planetary boundaries: Guiding human development on a changing planet, <https://www.science.org/doi/10.1126/science.1259855> (26.01.2023); dies., A safe operating space for humanity, <https://rdcu.be/c4ekR> (26.01.2023).

legen könnten“ zwar nicht dazu führen würde, dass das Klima-Berücksichtigungsgebot nicht anwend- oder handhabbar wäre. Das Vorhandensein einer Methodik sei aber bedeutsam für die Frage, was für eine „sachgerechte Erfüllung“ der Pflicht geleistet werden muss.¹³³ Die sachgerechte Erfüllung blieb dort weitgehend offen, eine Rechtsunsicherheit für Träger öffentlicher Aufgaben besteht fort, denn die bereits angesprochene, vom BVerfG im Klimabeschluss festgestellte, allumfassende Reduktionslast wird mit fortschreitendem Zeitablauf immer schwerer. Beachtenswert ist insoweit auch, dass Zivilgerichte, anders als im öffentlichen Recht, in horizontalen Rechtsverhältnissen wesentliche Fragen wie diese nicht einfach offenlassen können.¹³⁴ Ein „Ob“ der Klimaanstrengung ist verfassungs- und EU-rechtlich vorgegeben, ein „Wie“ ist offen. Hier wie dort sollte der Gesetzgeber daher die sachgerechte Erfüllung verbindlich vorgeben.

Eine solche Norm könnte dynamisch gehalten werden. Der Gesetzgeber könnte diese über die auch in diesem Rechtsbereich weitverbreitet genutzte Delegationsbefugnis gem. Art. 290 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) umsetzen. Der Delegat könnte sodann den fortschreitenden wissenschaftlichen Stand fortlaufend einfügen. Insoweit ist jedoch die scharfe Bestimmung des delegierten Rechtssetzungsprogramms essentiell, um eine potenzielle Verwässerung der gesetzlichen Vorgaben durch einen delegierten Rechtsakt zu vermeiden und das beschriebene Problem wieder aufleben zu lassen.

133 s. Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), Urteil vom 04.05.2022–BVerwG 9 A 7.21, Rn. 80, <https://www.bverwg.de/de/040522U9A7.21.0> (22.05.2023).

134 vgl. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 84, 212 (226 f.), BGH, Urteil vom 26.11.2015, I ZR 3/14 BeckRS 2016, 1908 Rn. 60 f. Privatrechtssubjekte untereinander haben einen Anspruch auf eine gerechte Abgrenzung der Interessenlagen, auch wenn zureichende gesetzliche Grundlagen fehlen. Die Gerichte haben in dem Fall eine eigene Methodik zu entwickeln und nötigenfalls das Recht fortzubilden.

Fazit



Es zeigt sich, dass die Berichtspflichten eine materielle Tiefe haben, die ihnen (auch) in Zusammenhang mit dem Geschäftsleitungsrecht zu einer Wirksamkeit verhelfen, die mit unmittelbaren Handlungsvorschriften vergleichbar ist. Die Grenzen des Geschäftsleitungsermessens bzw. der *business judgement rule* sind für Kapitalgesellschaften (etwa AG, GmbH oder SE) und als Leitbild für jegliche Unternehmensführung als neu gesteckt zu identifizieren.¹³⁵

Dies folgt nicht erst aus dem Aspekt, dass der Klimawandel zunehmend finanziell wesentlich wird, was vor allem einen reaktiven Entscheidungslenkungscharakter hat. Vielmehr erstarken rechtlich unabhängig von monetären Aspekten neue bzw. wiederauflebende Felder der Leitungsverantwortung und fordern präventive Entscheidungen. Auch greifen die Grundsätze des LkSG und deliktische Verkehrssicherungspflichten. Ein Ignorieren der Klimakrise und des daraus folgenden Anpassungsdrucks ist für keine Geschäftsleitung mehr möglich.

Im Hinblick auf unternehmerische Handlungsoptionen verlangt die Leitungssorgfalt, klimaschützende, evidenzbasierte und verifizierbare Entscheidungen zu treffen. Hierbei verlangt schon das Sachlichkeitsgebot bei zutreffender Auslegung eine wissenschaftliche Vorgehensweise mit einer Lebenszyklusbetrachtung¹³⁶ in Ermittlung und Umsetzung sowie die Übereinstimmung der Konzepte mit dem Pariser Ziel zur Begrenzung der globalen Durchschnittstemperatur auf möglichst 1,5 °C.

Auch wenn das gesellschaftsrechtlich-dogmatische Fundament dieses Ergebnisses schwerlich bestreitbar sein dürfte, fehlt Rechtsanwender:innen eine Orientierung vermittelnde Ordnung dieser Pflichten und eine konkrete Ausformulierung der möglichen Handlungsweisen. Die aufgezeigten Normen bieten Wertungsspielräume.

Klare rechtliche Leitplanken zur Ermittlung und Umsetzung der Paris-Kompatibilität des unternehmerischen Handelns würden, etwa als Teil eines hinreichend spezifizierten Art. 15 CSDDD, mehreren Interessen dienen: Grundlegende Eigeninteressen der Unternehmen würden befördert. Ein großer Bereich europäischer Unternehmen unterliegt strukturell zu sehr einer fossilen *path dependency*. Solche Unternehmen riskieren damit ihr langfristiges Fortbestehen. Weitere Unternehmen mit signifikantem Treibhausgasausstoß sehen sich auch kurzfristig einem erheblichen rechtlichen Risiko ausgesetzt. Andererseits würde eine Zentralnorm, die eine klare Ausrichtung ermöglicht, einen erheblichen – wenn nicht gar notwendigen – Beitrag zur Transition einer klimaneutralen Wirtschaft leisten, die nur noch gelingen kann, wenn sie *jetzt* und *tiefgreifend* erfolgt.¹³⁷

¹³⁵ vgl. mit ähnlichen Überlegungen Baumüller/Scheid/Needham, in: IRZ 2021, 337, 341, 343 sowie Ekkenga/Schirmmacher/Schneide, in: NJW 2021, 1509 Rn. 16, die unter der Rn. eine Einengung der Geschäftsleitungsbefugnis prognostizieren (gleichwohl diese der Berücksichtigungspflicht von ESG-Belangen mit kaum nachvollziehbarer Begründung ablehnend gegenüberstehen).

¹³⁶ Eine Betrachtung über Scope 1 bis 3, vgl. Erwgg. 47 der CSRD sowie Art. 29b Abs. 2 Bilanz-RL nF; vgl. auch Art. 17 Abs. 1 Taxonomie-VO.

¹³⁷ s. IPCC, Synthesebericht zu AR6 2023, SMP, unter A.4.3, https://report.ipcc.ch/ar6syr/pdf/IPCC_AR6_SYR_SPM.pdf (16.05.2023).

Herausgeber:

Dorothea-Laura-Janina Sick-Umweltstiftung

Gotzingerstr. 48

D-81371 München

E-Mail: kontakt@sick-umweltstiftung.de

Germanwatch e.V.

Büro Bonn:

Dr. Werner-Schuster-Haus

Kaiserstr. 201

D-53113 Bonn

Telefon +49 (0)228/60 492-0, Fax -19

Internet: www.germanwatch.org

E-Mail: info@germanwatch.org

Büro Berlin:

Stresemannstr. 72

D-10963 Berlin

Telefon +49 (0)30/57 71 328-0, Fax -11

Protect the Planet – Gesellschaft für ökologischen Aufbruch gGmbH

Gotzingerstr. 48

D-81371 München

Telefon: +49 (0)8151/99 83 74

E-Mail: post@protect-the-planet.de

