

Klimaschutz und Corporate Governance

Prof. Dr. MARC-PHILIPPE WELLER, Heidelberg
und
Wiss. Mit. NINA BENZ, Heidelberg*

Inhaltsübersicht

ZGR 2022, 563–601

I. Einführung	564
II. Politisierung des Gesellschaftsrechts	565
1. Public/Private Law-Divide	566
2. Gesellschaftspolitisches Gesellschaftsrecht	567
3. Von der Corporate Social Responsibility (CSR) zur Environmental Social Governance (ESG)	569
III. Climate Action im Unternehmensrecht	570
1. Climate Reporting	570
2. Green Finance	572
3. EU-Regulierung zum Klimaschutz im Gesellschaftsrecht	574
4. Climate Litigation	575
5. Zwischenbilanz	578
IV. Internationale Rechtsformwahl	579
1. Gesellschaftsformen mit Nachhaltigkeitszweck	579
2. Sitz der Konzernleitung als Anknüpfungspunkt für das auf Klimaklagen anwendbare Deliktsrecht	580
V. Vorstand	582
1. Klimaschutz-Compliance	582
2. Berücksichtigung des Klimaschutzes bei der Unternehmensleitung	584
3. Nachhaltigkeitsvorbehalt bei der Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG)	586
4. Aktionärsklagen	586
5. Klimasensible Vergütung	588
6. Chief Climate Officer	590
VI. Aufsichtsrat	590
1. Überwachung von Nachhaltigkeitsbelangen	591
2. Nachhaltigkeitsausschuss	591
3. Klimaexpertise im Aufsichtsrat (§ 105 Abs. 5 AktG)	592
VII. Hauptversammlung	593
1. Shareholder Climate Activism	593

* Prof. Dr. Marc-Philippe Weller, Licencié en droit (Montpellier), ist Direktor, Nina Benz, M. Jur. (Oxford), ist Doktorandin am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg und Rechtsreferendarin am OLG Frankfurt am Main. Der Aufsatz geht auf einen Vortrag des *Erstverf.* auf dem ZGR-Symposium 2022 in Königstein/Taunus zurück.

2. Marktweites Stewardship durch institutionelle Investoren	594
3. Klimaschutz als statutarische Unternehmenszielbestimmung	595
4. Hauptversammlungsbeschlüsse zu Klimafragen	596
VIII. Zusammenfassung in Thesenform	601

Großunternehmen spielen bei der Eindämmung der Auswirkungen des Klimawandels eine entscheidende Rolle. Daher bezieht auch das Gesellschaftsrecht zunehmend Nachhaltigkeitsbelange mit ein. Nachdem dieser Trend zuletzt vor allem durch ein Fortschreiten der Nachhaltigkeitsberichterstattung und der Climate Litigation zu beobachten war, avanciert inzwischen die Unternehmensorganisation zu einer „nachhaltigen Corporate Governance“. Der Beitrag untersucht die dahingehenden legislativen Entwicklungen, die in diesem Jahr durch den Entwurf einer Corporate Sustainability Due Diligence Directive und die reformierte Fassung des Deutschen Corporate Governance Kodex an Fahrt aufgenommen haben. Wir zeigen, dass Nachhaltigkeitsbelange sich nunmehr auf allen Ebenen der Gesellschaft manifestieren.

Large corporations play a decisive role in the battle against the impacts of climate change – and given its acuteness, their contribution is crucial. Consequently, sustainability has become one of the most discussed topics in corporate law. Following recent trends in climate reporting and climate litigation, we are now moving towards a “sustainable corporate governance”. This article sheds light on the steps which EU and German corporate law are taking in this direction, namely through this year’s Corporate Sustainability Due Diligence Directive proposal and through a reform of the German Corporate Governance Code. We show that ESG matters are now manifesting on all levels of the corporation. In the future, we expect to see an increasing number of shareholder suits against directors, a shift towards climate-sensitive executive pay, and a rise of shareholder activism (“say on climate”).

I. Einführung

„Climate Action“¹ gehört zu den großen Herausforderungen unserer Zeit, die Vereinten Nationen haben die Climate Action in ihrer Generalversammlung 2015 in die Reihe der Sustainable Development Goals (SDG n° 13) aufgenommen.² Das offizielle mission statement dieses Ziels lautet: “Take urgent action to combat climate change and its impacts.”³

- 1 Zur climate action gehört zunehmend auch die sogenannte „non-state climate action“, also die persönliche bzw. kollektive Verantwortung für den Kampf gegen den Klimawandel, dazu HALE, “All Hands on Deck”: The Paris Agreement and Nonstate Climate Action, *Global Environmental Politics* (2016) 16 (3): 12.
- 2 Vgl. zum völkerrechtlichen, unionsrechtlichen und nationalen Mehrebenensystem des Klimaschutzes DURNER, *EurUP* 2021, S. 330.
- 3 Näher zu den SDGs HUCK/KURKIN, *ZaöRV* 2018, 376, 383: Zwar hätten die SDGs derzeit noch keine rechtliche Bindungswirkung, könnten aber in Zukunft als anerkannte allgemeine Rechtsgrundsätze in den Rechtsquellenkatalog des Art. 38 IGH-Statut einzuordnen sein.

Inzwischen stehen indes nicht mehr nur Staaten unter Druck, sich klimaneutral zu transformieren.⁴ Vielmehr soll neben den „Carbon Majors“⁵ und anderen Großunternehmen auch der Mittelstand einen Kurswechsel im Kampf gegen den Klimawandel vornehmen.⁶

Im Folgenden geht es um die Einwirkungen des Klimaschutzes auf die Corporate Governance inländischer Unternehmen. Wir beginnen mit einer Tour d’Horizon zur zunehmenden Politisierung des Gesellschaftsrechts (*unter II.*), im Rahmen derer auch verschiedene aktuelle Entwicklungen der Climate Action im Gesellschaftsrecht zu verorten sind (*unter III.*). Es wird sich zeigen, dass schon die internationale Standort- und Rechtsformwahl wichtige Weichen mit Blick auf Wechselwirkungen zwischen Klimaschutz und Gesellschaftsstatut stellt (*unter IV.*). Sodann vermessen wir die Corporate Governance der deutschen Aktiengesellschaft. Der Klimaschutz tangiert hier das Regelungsregime aller drei Gesellschaftsorgane: Vorstand (*unter V.*), Aufsichtsrat (*unter VI.*) und Hauptversammlung (*unter VII.*) werden sich auf Änderungen ihrer Governance einstellen müssen.⁷

II. Politisierung des Gesellschaftsrechts

Im Zentrum der Verantwortung zur Reduktion des Ausstoßes von Treibhausgasen und zur Einleitung klimafreundlicher Maßnahmen stehen an sich die Staaten als die Adressaten völkerrechtlicher Menschenrechtskataloge sowie namentlich der 1992 gezeichneten Klimarahmenkonvention von Rio⁸, des Kyoto-Protokolls (1997)⁹ sowie der Übereinkommen von Paris

4 Siehe zu Klimaklagen gegen Staat und Großunternehmen KAHL/WELLER (Hrsg), *Climate Change Litigation*, 2021; WELLER/TRAN, *ZEuP* 2021, 537.

5 Vgl. HEEDE, „Carbon Majors: Accounting for carbon and methane emissions 1854–2010 – Methods & Results Report“, 2014, <https://climateaccountability.org/pdf/MRR%209.1%20Apr14R.pdf> (Stand: 3.1.2022).

6 Vgl. etwa den (deutlich erweiterten) Anwendungsbereich der von der EU-Kommission vorgeschlagenen Corporate Sustainability Reporting Directive, COM(2021)189 final, gegenüber der CSR-Richtlinie 2014; hierzu FLEISCHER, *DB* 2022, 37, 39.

7 Siehe bereits FLEISCHER, *DB* 2022, 37, 45 (These 6), der unter Rückgriff auf einen Termin von VANDENBERGH, 99 *Cornell Law Review* 129 (2013), „vielversprechende Ansätze“ zur Herausbildung einer „Private Environmental Governance“ konstatiert.

8 Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen vom 9. Mai 1992 über Klimaänderungen; es zählt gegenwärtig (Stand: 20.7.2021) 196 Vertragsparteien, <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-convention/status-of-ratification/status-of-ratification-of-the-convention> (4.1.2022).

9 Kyoto-Protokoll vom 11. Dezember 1997 zum Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen; es füllt mit verbindlichen Zeitvorgaben (2008 – 2012; Art. 3 Abs. 1) und einem Abbaukalender (Art. 3 Abs. 1, Anlage B) das in Art. 2 der Klimarahmenkonvention statuierte Ziel der Stabilisierung der Treibhausgaskonzentration

(2015)¹⁰ und Glasgow (2021)¹¹. Private Unternehmen dagegen sind keine Völkerrechtssubjekte und werden dementsprechend auch nicht durch völkerrechtliche Regime verpflichtet.¹²

1. *Public/Private Law-Divide*

Vor diesem Hintergrund war es nach tradiertem Verständnis (allein) Aufgabe des öffentlichen Rechts, Allgemeininteressen zu schützen und dementsprechend auch Maßnahmen zum Umwelt- und Klimaschutz vorzugeben.¹³ Das Gesellschaftsrecht sollte sich dagegen darauf konzentrieren, eine rechtliche Infrastruktur in Gestalt verschiedener Gesellschaftsformen zur Verfügung zu stellen, um Privaten die Realisierung ihrer Privatautonomie zu ermöglichen.¹⁴ Die Rechtsformen sollen dabei einerseits die Gesellschafter in die Lage versetzen, ihre gleichgerichteten Interessen optimal zu verfolgen.¹⁵ Andererseits sol-

auf einem Niveau, auf dem eine gefährliche anthropogene Störung des Klimasystems verhindert wird, aus. Es zählt bislang 192 Vertragsparteien, <https://unfccc.int/process/the-kyoto-protocol/status-of-ratification> (4.1.2022).

- 10 Übereinkommen von Paris vom 12. Dezember 2015; es folgt dem Kyoto-Protokoll. Die 195 Staaten, die an der 21. UN-Klimarahmenkonferenz in Paris teilnahmen einigten sich darauf, den Anstieg der weltweiten Durchschnittstemperatur auf deutlich unter 2 °C, möglichst 1,5 °C gegenüber vorindustriellen Werten zu begrenzen (Art. 2 Abs. 1(a)).
- 11 Der COP26 Glasgow Climate Pact (abrufbar unter https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cop26_auv_2f_cover_decision.pdf) bestätigt das Ziel des Übereinkommens von Paris, den Anstieg der weltweiten Durchschnittstemperatur auf möglichst 1,5 °C zu begrenzen. Erreicht werden soll dies durch eine Reduktion der Treibhausgasemissionen um 45 % bis 2030 und auf net zero bis zur Mitte des Jahrhunderts. (IV. 17.)
- 12 NETTESHEIM, in: Maunz/Dürig, Komm. z. GG, 2021, Art. 32 Rdn. 40; Voland, BB 2015, S. 67, 67.
- 13 FLEISCHER, DB 2022, 37.
- 14 Der Begriff „Recht als Infrastruktur“ stammt wohl von WINDBICHLER, AcP 198 (1998), 261 271; hierzu BACHMANN, Private Ordnung, 2006, 379. Zum Begriff und Phänomen der „Infrastrukturverantwortung des Gesetzgebers“ FLEISCHER, ZHR 168 (2004), 674 mit Ausführungen zum verfassungsrechtlichen und rechtsökonomischen Fundament; BVerfG, Urt. v. 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, BVerfGE 50, 290, 354 f. (Mitbestimmung): „Vereinigungsfreiheit ist in mehr oder minder großem Umfang auf Regelungen angewiesen, welche die freien Zusammenschlüsse und ihr Leben in die allgemeine Rechtsordnung einfügen, die Sicherheit des Rechtsverkehrs gewährleisten, Rechte der Mitglieder sichern und den schutzbedürftigen Belangen Dritter oder auch öffentlichen Interessen Rechnung tragen. Demgemäß ist mit der verfassungsrechtlichen Garantie der Vereinigungsfreiheit seit jeher die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ausgestaltung dieser Freiheit verbunden, ohne die sie praktische Wirksamkeit nicht gewinnen könnte“.
- 15 FLEISCHER, DB 2022, 37, 38: „Auf das Aktienrecht übertragen, leitet die herkömmliche *law & economics*-Literatur hieraus einen Vorrang der Anteilseignerinteressen ab, als dessen Vordenker man (...) den Nobelpreisträger *Milton Friedman* anzuführen pflegt: ‚The business of business is business‘.“

len sie einen privatrechtlichen Interessenausgleich zu den von einer Gesellschaft konkret betroffenen Bezugsgruppen – Gläubigern und Minderheitsgesellschaftern – herstellen.¹⁶

Diese tradierte Aufgabenteilung war als *Public/Private Law-Divide*¹⁷ – auch rechtsvergleichend – jahrzehntelanger Standard.¹⁸ Die Zweiteilung geht auf die Französische Revolution und den Code civil von 1804 zurück: Der Code civil trennte erstmals kodifikatorisch zwischen *politischen* Rechten, dem späteren Staats- und Öffentlichen Recht, und dem Privatrecht.¹⁹ Letzteres sollte frei sein von politischen Einflussnahmen und Privilegien, wie sie im überkommenen feudalen Ständesystem üblich gewesen waren. Das Privatrecht wurde auf diese Weise zum Instrument *par excellence*, um den Gleichheitsgedanken durchzusetzen, indem es jedem Bürger denselben Freiheitsraum einräumte, seine rechtlichen Beziehungen zu anderen Bürgern nach individuellen Bedürfnissen zu gestalten.²⁰

2. Gesellschaftspolitisches Gesellschaftsrecht

Es folgte bis weit ins 20. Jahrhundert hinein die Epoche der gesellschaftspolitischen „Neutralität“²¹ des Privat- und damit auch des Gesellschaftsrechts. Im IPR zeigt die Ausnahmekategorie der *Eingriffsnormen* (legaldefiniert in Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO), dass die Durchsetzung *öffentlicher* Interessen über das

16 Grundlegend zu den Grenzen der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsfreiheit und deren Begründung K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, § 5 III 1 ff.

17 B. HESS, The Private-Public Law Divide in International Dispute Resolution, The Hague Academy of International Law, 2018, 21 ff., der die Trennung auf *Ulpian* im *Corpus Iuris Civilis* zurückführt.

18 FLEISCHER, DB 2022, 37 f.: „Public/Private Divide (...). Diese Modularisierung nach dem Motto „one function per field“ sorgt zugleich für eine erhebliche Komplexitätsreduktion.“

19 WELLER/GÖBEL, in: Gebauer/Huber (Hrsg.), Politisches Kollisionsrecht, 2021, S. 75, 76.

20 Art. 7 des Code civil von 1804 bringt dies zum Ausdruck: „*L'exercice du droit civil est indépendant de l'exercice du droit politique, lequel s'acquiert et se conserve conformément aux lois constitutionnelles et électorales.*“ Die Loslösung des Zivilrechts vom Staats- und politischen Wahlrecht wurde gekoppelt mit der gleichen Zuordnung bürgerlicher Rechte an alle rechtsfähigen Personen französischer Staatsangehörigkeit. Art. 8 des Code civil von 1804 statuiert: „*Tout Français jouira des droits civils.*“

21 Neutralität ist hier in dem Sinne gemeint, dass der Fokus des Privat- und Gesellschaftsrechts früher nicht auf der Durchsetzung allgemein- bzw. gesellschaftspolitischer Belange lag. Natürlich kann auch die Privatautonomie als Ausdruck eines liberalen Politikverständnisses und insofern als *nicht* neutral eingeordnet werden. Hier geht es aber darum, den Unterschied zwischen privatem Interessenausgleich einerseits (tradiertes Verständnis von Privatrecht) und allgemeinpolitischen und öffentlichen Belangen andererseits terminologisch hervorzuheben.

Privatrecht auch rechtsvergleichend betrachtet ein Fremdkörper ist (und dementsprechend als „Eingriff“ bezeichnet wird).

In Deutschland kam es namentlich in der Bonner Republik durch die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zur mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten²², durch die Einführung des sozialen Arbeits- und Mietrechts und später allgemein durch die Diskussion um die Materialisierung (*Canaris*)²³, Konstitutionalisierung und Europäisierung des Privatrechts zu einer Abkehr der „Neutralität“.²⁴ Inzwischen wird diskutiert, inwiefern die privatrechtliche Dogmatik offen ist für Nachhaltigkeitstendenzen.²⁵

Im Gesellschaftsrecht hielt sich das gesellschaftspolitische Neutralitätsdogma²⁶ mit der Fokussierung auf den *shareholder value-approach*²⁷ – abgesehen von der Einführung der Unternehmensmitbestimmung im Jahr 1976²⁸ – besonders lange. Seit der Jahrtausendwende wird im Rahmen der Leitungsaufgabe des Vorstands gemäß § 76 Abs. 1 AktG vermehrt eine interessenpluralistische Ausrichtung des Unternehmensziels unter dem Stichwort des *stakeholder approach* sowie der Corporate Social Responsibility (CSR) diskutiert.²⁹ Legislative Gestalt hat die Verknüpfung gesellschaftspolitischer Zwecke mit dem Gesellschaftsrecht allerdings erst in der letzten Dekade angenommen. Stichworte sind die Einführung der Geschlechterquote in Vorstand und Aufsichtsrat³⁰, die

22 BVerfG, Urt. v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/57; BVerfG, Beschl. v. 11.5.1976 – 1 BvR 671/70 (zur Meinungsfreiheit); BVerfG, Beschl. v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 (zur Allgemeinen Handlungsfreiheit).

23 CANARIS, AcP 200 (2000), 273.

24 Näher WELLER/GÖBEL, aaO (Fn. 19), S. 77.

25 HELLGARDT/JOUANNAUD, AcP 222 (2022), 163; SCHIRMER, ZEuP 2021, 35.

26 Dagegen bezeichnet HABERSACK, AcP 220 (2020) 594, 622, die Aktiengesellschaft als „hochpolitische Veranstaltung, deren Ausgestaltung nicht zuletzt von den politischen und ökonomischen Rahmenbedingungen abhängt“.

27 Der „Shareholder Value“-Begriff kommt ursprünglich aus der Kapitalmarkttheorie und beschreibt das Ziel, den Unternehmensmarktwert zu maximieren. Dieser Ansatz unterscheidet sich insofern vom Unternehmensinteresse, als die Kursentwicklung im Aktienrecht traditionell nicht das Ziel, sondern lediglich einen *Indikator* für den Unternehmenserfolg darstellt. Eingehend dazu K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, § 26 II 3c, § 28 II 5.

28 Zu den öffentlichen Interessen, die hinter der Mitbestimmung stehen, WELLER, FS Hommelhoff, 2012, S. 1275 ff.

29 Eingehend dazu SEIBT, in: Schmidt/Lutter Komm. z. AktG, 4. Aufl., 2020, § 76 Rdn. 40 ff.; RENNER, ZEuP 2022 (im Erscheinen)

30 Seit dem FöPoG I gilt für den Aufsichtsrat von Großunternehmen eine starre 30 %-Geschlechterquote sowie eine flexible Frauenquote für den Vorstand und die beiden höchsten Management-Ebenen (§§ 96 Abs. 2, 76 Abs. 4 AktG). Das FöPoG II dehnt diese Regelungen aus: Für Vorstände mit mehr als drei Mitgliedern gilt ab dem 1.8.2022 ein Mindestbeteiligungsgebot (§ 76 Abs. 3 a AktG n. F.), eine Festlegung der Zielgröße auf Null ist nun begründungsbedürftig (§ 76 Abs. 4 S. 2 n. F.). Zu Geschlechterquoten

auf die CSR-Richtlinie 2014 zurückgehende „nichtfinanzielle Erklärung“³¹ sowie die Bindung der Unternehmen an Menschenrechte über das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz 2021.³²

3. Von der Corporate Social Responsibility (CSR) zur Environmental Social Governance (ESG)

In jüngster Zeit hat die „Politisierung des Gesellschaftsrechts“³³ an Fahrt aufgenommen.³⁴ Dabei bildet sich der Klimaschutz als eigenständiger Pfeiler einer „politicization of the corporation“³⁵ heraus. Würden Umwelt- und Klimaspunkte bis vor Kurzem noch als bloße Unterpunkte der Corporate Social Responsibility (CSR)³⁶ und damit als Bestandteil der Diskussion um die Menschenrechtsbindung von Unternehmen angesehen, wurden sie inzwischen aufgewertet und firmieren nunmehr gleichberechtigt neben den sozialpolitischen Belangen unter dem Stichwort „Environmental Social Governance“³⁷ (ESG).³⁸

WELLER/BENZ, Frauenförderung als Leitungsaufgabe, AG 2015, 467; monographisch STEINER, Die Sanktionierung der flexiblen Frauenquote, 2018; BÄHLINGER/LEYDECKER, Frauenquoten im Gesellschaftsrecht NZG 2020, 1212. RENTSCH, ZGR 2022, 107; WELLER/HARMS/RENTSCH/THOMALE, ZGR 2015, 361.

31 RL 2014/95/EU.

32 HÜBNER, Unternehmenshaftung für Menschenrechtsverletzungen, 2022; WELLER/KALLER/SCHULZ, AcP 216 (2016), 387; WELLER/NASSE, FS Ebke, 2021, S. 107.

33 BÄHLINGER/LEYDECKER, NZG 2020, 1212; ferner WELLER/GÖBEL, aaO (Fn. 19) S. 81.

34 FLEISCHER, DB 2022, 37, 38.

35 ILMONEN, Corporate Governance and Accountability in an Evolving Political Environment, EBLR 32 (2021), 817, 819.

36 Zur Entwicklung der CSR SIMON, Die Legitimation der CSR-RL und ihre Auswirkungen auf die Unternehmensverfassung der Aktiengesellschaft, 2019, S. 15, 30.

37 ESG ist ein Akronym, das wohl erstmals in einem Report von 2004 verwendet wurde, *Financial Sector Initiative, Who Cares Wins*, 2004, abrufbar unter: [www.ifc.org/wps/wcm/connect/de954acc-504f-4140-91dc-d46cf063b1ec/WhoCaresWins_2004.pdf](http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/de954acc-504f-4140-91dc-d46cf063b1ec/WhoCaresWins_2004.pdf?MOD=AJPERES&CVID=jqeE.mD)

MOD=AJPERES&CVID=jqeE.mD, S. 1: “Until now, the industry has not developed a common understanding on ways to improve the integration of environmental, social and governance (ESG) aspects in asset management, securities brokerage services and the associated buy-side and sell-side research functions. [...] Throughout this report we have refrained from using terms such as sustainability, corporate citizenship, etc., in order to avoid misunderstandings deriving from different interpretations of these terms. We have preferred to spell out the environmental, social and governance issues which are the topic of this report”.

38 Vgl. den neugefassten Art. 19a sowie die diesbezügliche Gesetzesbegründung im Vorschlag der EU-Kommission vom 21.4.2021 für eine Reform der CSR-Richtlinie hin zu einer „Corporate Sustainability Reporting Directive“, COM(2021)189 final.

III. Climate Action im Unternehmensrecht

1. Climate Reporting

Ein wesentlicher Pfeiler der ESG ist das Climate Reporting, das künftig erheblich ausgeweitet und von seinem bisherigen Nudging-Charakter³⁹ zu einer echten Pflicht hochgestuft werden soll.⁴⁰

a) EU: Corporate Sustainability Reporting Directive

Gegenwärtige Rechtsgrundlage des Climate Reporting ist die CSR-Richtlinie (2014), die in den §§ 289 bff. HGB umgesetzt wurde.⁴¹ Hiernach müssen Umweltbelange im Rahmen der „nichtfinanziellen Erklärung“ thematisiert werden; allerdings können Unternehmen bisher auf ein Klimaschutzkonzept verzichten, sofern sie dies entsprechend erklären (*comply or explain*-Modell).⁴²

Nach dem EU-Kommissionsentwurf einer Corporate Sustainability Reporting Directive (Draft 2021, im Folgenden CSRD)⁴³ soll das Climate Reporting ausweislich Art. 19 a Abs. 2 a) iii) RL-Entwurf *erstens* viel detaillierter⁴⁴, *zweitens* verbindlicher⁴⁵ und *drittens* durch eine deutlich größere Anzahl an Unter-

39 NIETSCH, ZIP 2022, 449, 450: „Nudging-Ansatz“; zuvor bereits FLEISCHER, AG 2017, 509, 521.

40 NIETSCH, ZIP 2022, 449, 451; FLEISCHER, DB 2022, 37, 39.

41 Ausführlich SIMON, Die Legitimation der CSR-RL und ihre Auswirkungen auf die Unternehmensverfassung der Aktiengesellschaft, 2019, S. 43, 117.

42 FLEISCHER, DB 2022, 37, 39.

43 COM(2021) 189 final.

44 Gem. Art. 19 a Abs. 2(a)(i) müssen nun etwa Angaben zur Widerstandsfähigkeit des Geschäftsmodells und der Strategie in Bezug auf Nachhaltigkeitsaspekte gemacht werden. Der vormalig in Bezug auf einige Berichtsthemen geltende Wesentlichkeitsgrundsatz (Berichtspflicht nur bei wesentlichen Risiken im Zusammenhang mit diesen Belangen, Art. 19 a Abs. 1 d) der CSR-RL) wird mit der CSRD-RL ferner stark eingeschränkt (vgl. dazu die Regelung in Art. 19 a Abs. 2(e)(ii) und (f)). Schließlich müssen die betroffenen Unternehmen gem. Art. 19 a Abs. 3(e)(iii) genau beschreiben, welche Maßnahmen zur Abwendung von Nachhaltigkeitsrisiken getroffen werden („any actions taken, and the result of such actions, to prevent, mitigate or remediate actual or potential adverse impacts“). Zum Ganzen eingehend NIETSCH, ZIP 2022, 449, 454.

45 So soll der bisher geltende „Comply-or-Explain-Grundsatz“ nach Erwägungsgrund 31 des Richtlinienentwurfs nun ersatzlos wegfallen: „Articles 19a(1) and 29a(1) of Directive 2013/34/EU require undertakings to provide a clear and reasoned explanation for not pursuing policies in relation to one or more of the matters listed, where the undertaking does not do so. The different treatment of disclosures on the policies that undertakings may have, compared to the other reporting areas included in those articles, has created confusion among reporting undertakings and has not helped to improve the quality of

nehmen erfolgen (statt 500 sollen künftig 15.000 erfasst werden)⁴⁶ sowie, *viertens*, zum Prüfungsgegenstand des Abschlussprüfers⁴⁷ gemacht werden.⁴⁸

Zuletzt hat sich der EU-Rechtsausschuss über den CSRD-Entwurf abgestimmt, im nächsten Schritt wird das Plenum eingebunden, bevor sich schließlich der Trilog mit dem Europäischen Rat und der EU-Kommission anschließt.⁴⁹ Sollte die CSRD verabschiedet werden, würde sie für große und börsennotierte Unternehmen für die Geschäftsjahre gelten, die ab dem 1. Januar 2024 beginnen.⁵⁰

b) USA: Securities and Exchange Commission Plan

In den USA hat die SEC jüngst für gelistete Unternehmen angeordnet, dass diese über ihre Treibhausgasemissionen berichten müssen.⁵¹ Diese Berichtspflicht erstreckt sich auf die gesamte Lieferkette und erfasst namentlich auch die besonders weitreichenden Scope 3-Emissionen⁵², sofern diese erheblich

the reported information. Therefore, there is no need to maintain this different treatment of policies in the Directive“. Eine enge Ausnahme bei drohenden Schäden für das Unternehmen behält aber Art. 19a(3) Unterabs. 3 CSRD bei.

46 Konkret soll der Anwendungsbereich des Sustainability Reportings auf alle großen Unternehmen (unabhängig von der früher maßgeblichen Kapitalmarktorientierung) und sämtliche börsennotierten Unternehmen ausgedehnt werden, Art. 19a (Sustainability Reporting) COM(2021) 189 final.: “Large undertakings and, as of 1 January 2026, small and medium-sized undertakings which are undertakings referred to in Article 2, point (1), point (a), shall include in the management report information necessary to understand the undertaking’s impacts on sustainability matters, and information necessary to understand how sustainability matters affect the undertaking’s development, performance and position“.

47 Bisher war eine externe inhaltliche Prüfung der nichtfinanziellen Erklärung freiwillig. Der CSRD-Entwurf sieht nun Änderungen in Art. 34 Bilanz-RL vor, der Abschlussprüfer muss danach auch prüfen, ob die Nachhaltigkeitsberichterstattung den Vorgaben der CSRD und der Taxonomie-VO entspricht, COM(2021) 189 final, S. 15; dazu NIETSCH, ZIP 2022, 458.

48 Näher hierzu RENNER, ZEuP 2022 (im Erscheinen), der den Ansatz des CSRD-Entwurfs mit der Diskussion um die „gesellschaftsbezogene Rechnungslegung“ der 1970er Jahren vergleicht und hierin eine Abkehr vom Corporate Governance-Paradigma sieht.

49 Der Betrieb, Redaktionsnachricht v. 23.3.2022, abrufbar unter: www.der-betrieb.de/meldungen/eu-rechtsausschuss-stimmt-ueber-csrd-entwurf-ab/.

50 Für kapitalmarktorientierte kleine und mittlere Unternehmen soll die Pflicht ab dem 1. Januar 2026 in Kraft treten.

51 Pressemitteilung der SEC v. 21.3.2022, abrufbar unter www.sec.gov/news/press-release/2022-46. Zur bisherigen Rechtslage FLEISCHER, DB 2022, 37, 40.

52 Zu Definition und zur rechtlichen Problematik von Scope 3-Emissionen WELTER/TRAN, EurUP 2021, 342, 351.

(„material“) sind oder das betreffende Unternehmen⁵³ sie in seinem Emissionsziel eingeschlossen hat.⁵⁴ Zu den Scope 3-Emissionen zählen sämtliche indirekte Emissionen, die upstream in der Wertschöpfungs- und downstream in der Absatzkette eines Unternehmens entstehen.⁵⁵ Allerdings soll bei einem Verstoß keine Haftung drohen.

Bezüglich der Scope 1 und Scope 2-Emissionen ist die Berichtspflicht dagegen strenger ausgestaltet: Besonders große Unternehmen (sogenannte „accelerated filers“ und „large accelerated filers“⁵⁶) müssen sie auch einer externen Abschlussprüfung unterziehen.⁵⁷

2. Green Finance

Der Markt für nachhaltige Investitionen ist in den letzten Jahren enorm gewachsen. Vor allem die Nachfrage nach sogenannten Green Bonds, die zur Finanzierung von Projekten mit Umweltnutzen verwendet werden müssen, ist hoch.⁵⁸

Auch die EU möchte anknüpfend an ihren „Aktionsplan zur Finanzierung nachhaltigen Wachstums“ (2018)⁵⁹ ESG-Investitionen fördern. Sie hat diesbe-

53 Die Berichtspflicht für Scope 3-Emissionen soll dagegen nicht für kleinere Unternehmen gelten.

54 Pressemitteilung der SEC v. 21.3.2022: „The proposed rules also would require a registrant to disclose information about its direct greenhouse gas (GHG) emissions (Scope 1) and indirect emissions from purchased electricity or other forms of energy (Scope 2). In addition, a registrant would be required to disclose GHG emissions from upstream and downstream activities in its value chain (Scope 3), if material or if the registrant has set a GHG emissions target or goal that includes Scope 3 emissions. [...] The proposed rules would provide a safe harbor for liability from Scope 3 emissions disclosure and an exemption from the Scope 3 emissions disclosure requirement for smaller reporting companies“.

55 Vgl. Greenhouse Gas Protocol, A Corporate Accounting and Reporting Standard, Revised Edition, S. 25, 29ff., <https://ghgprotocol.org/sites/default/files/standards/ghg-protocol-revised.pdf> (Stand: 3.1.2022).

56 Unter „accelerated filers“ bzw. „large accelerated filers“ versteht die SEC Unternehmen, die einen Streubesitz von 75 Mio. bis 700 Mio. USD bzw. mehr als 700 Mio. USD haben (www.sec.gov/corpfin/secg-accelerated-filer-and-large-accelerated-filer-definitions).

57 „Under the proposed rule changes, accelerated filers and large accelerated filers would be required to include an attestation report from an independent attestation service provider covering Scopes 1 and 2 emissions disclosures, with a phase-in over time, to promote the reliability of GHG emissions disclosures for investors“.

58 Eingehend hierzu MÖLLERS, ZHR 185 (2021), 881, 884.

59 EU-Kommission, Aktionsplan v. 8.3.2018, COM (2018) 97 final.

züglich einen – u.E. indes etwas unübersichtlichen⁶⁰ – Regulierungsrahmen geschaffen. Neben der Verabschiedung der „Verordnung über die Errichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen“ (Taxonomie-VO)⁶¹ und der Verordnung über nachhaltigkeitsbezogene Offenlegungspflichten im Finanzdienstleistungssektor (Offenlegungs-VO) hat sie auch die sog. Klima-Benchmark-VO⁶² neu gefasst.⁶³ Dabei regelt die Taxonomie-VO, welche Wirtschaftsaktivitäten den in Art. 9 Taxonomie-VO definierten Umweltzielen dienen und damit als nachhaltig gelten dürfen. Die Offenlegungs-VO richtet sich an Produkthanbieter und Finanzintermediäre, die nun gegenüber den Investoren offenlegen müssen, wie sich ihre Finanzprodukte zu Nachhaltigkeitsrisiken verhalten. Den verbreiteten Problemen der Irreführung und des Greenwashings tritt die Verordnung entgegen, indem sie die Offenlegungspflichten danach typisiert, ob ein konventionelles – also nicht nachhaltiges –, ein „unter anderem ökologische oder soziale Merkmale“ aufweisendes oder ein nachhaltiges Finanzprodukt beworben wird.⁶⁴ Die Klima-Benchmark-VO schließlich definiert Referenzwerte und statuiert spezielle Anforderungen für in die Benchmarks aufgenommenen Unternehmen.⁶⁵

Neben diesen Regelungskomplex tritt die bereits erwähnte CSR-RL bzw. CSRD-RL, die in ihrer reformierten Form nun ebenfalls um eine Nachhaltigkeitsberichterstattung ergänzt wird. Die CSRD-RL führt dabei ähnliche Umweltbelange auf wie die Taxonomie-VO, ihr Adressatenkreis ist aber deutlich weiter. Damit wird das Transparenzregime des Art. 8 Taxonomie-VO⁶⁶ künftig nicht nur sämtliche große, sondern auch börsennotierte kleine und mittlere Unternehmen betreffen.⁶⁷

60 Kritisch auch MÖLLERS, ZHR 185 (2021), 881, 901: „Der Versuch des europäischen Gesetzgebers, durch ein allumfassendes Regelwerk höchster Granulいた Greenwashing zu unterbinden, indem für jede erdenkliche Wirtschaftstätigkeit Kriterien für die Bestimmung ihrer ökologischen Nachhaltigkeit festgelegt werden, scheint praktisch schwer umsetzbar. Vielmehr droht ein Regulierungs-Overload“.

61 VO (EU) 2020/852.

62 VO (EU) 2019/2089.

63 Zur Klima-Benchmark-VO IPSEN/PLAPPERT, WM 2022, 209.

64 Art. 7ff. Offenlegungs-VO.

65 Zum Ganzen eingehend MÖLLERS, ZHR 185 (2021), 881, 885.

66 Art. 8 Abs. 1: „Jedes Unternehmen, das verpflichtet ist, nichtfinanzielle Angaben nach Artikel 19a oder Artikel 29a der Richtlinie 2013/34/EU zu veröffentlichen, nimmt in seine nichtfinanzielle Erklärung oder konsolidierte nichtfinanzielle Erklärung Angaben darüber auf, wie und in welchem Umfang die Tätigkeiten des Unternehmens mit Wirtschaftstätigkeiten verbunden sind, die als ökologisch nachhaltige Wirtschaftstätigkeiten gemäß Artikel 3 und Artikel 9 der vorliegenden Verordnung einzustufen sind“. Konkretisiert wird diese Regelung durch delegierte Rechtsakte, die gem. Art. 8 Abs. 4, 23 Taxonomie-VO erlassen werden.

67 NIETSCH, ZIP 2022, 449, 451 („mittelfristig nahezu die gesamte Privatwirtschaft“); FLEISCHER, Klimaschutz im Gesellschafts-, Bilanz- und Kapitalmarktrecht, DB 2022, 37, 44.

3. EU-Regulierung zum Klimaschutz im Gesellschaftsrecht

a) Corporate Sustainability Due Diligence Directive (Proposal 2022)

Unerwartete Schützenhilfe erhält der Klimaschutz aus dem Diskurs um die Beachtung der Menschenrechte durch Unternehmen. Anknüpfend an die Ruggie-Principles (2011)⁶⁸ konzentrierte sich dieser Diskurs zunächst auf die Verhinderung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten und insofern auf die beschäftigtenbezogene *Social Responsibility* von Unternehmen.⁶⁹ Diesen primär sozialen Fokus verfolgt auch das deutsche Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (2021), das dementsprechend eine Verknüpfung der Menschenrechte mit der CO₂-Emissionsreduzierung nur vage und versteckt andeutet.⁷⁰ Demgegenüber möchte die EU-Kommission deutlich offensiver vorgehen. Sie erwähnt den Klimaschutz in dem am 23. Februar 2022 veröffentlichten Entwurf einer „Corporate Sustainability Due Diligence“-Richtlinie (CSDD)⁷¹ gleich prominent an mehreren Stellen.

b) Combating Climate Change (Art. 15 RL-Entwurf)

Programmatisch statuiert Art. 15 Abs. 1 RL-Entwurf unter der Überschrift „combating climate change“:

„Große Unternehmen“⁷² „shall adopt a plan to ensure that the business model and strategy of the company are compatible with the transition to a sustainable economy and with the limiting of global warming to 1.5 °C in line with the Paris Agreement. This plan shall, in particular, identify, on the basis of information reasonably available to the company, the extent to which climate change is a risk for, or an impact of, the company’s operations.“

Dogmatisch handelt es sich dabei um eine *aliud* zu den auf die Lieferketten zugeschnittenen Due Diligence-Pflichten in Art. 4 ff. RL-Entwurf: Die Klimawandelbekämpfungspflicht löst sich komplett von der spezifischen Lieferkettenproblematik und fokussiert stattdessen das gesamte Businessmodell eines

Kritisch HOMMELHOFF, Lagebericht und Konzernlagebericht, 2021, § 289 HGB Rdn. 41 ff., der für eine eigenständige Entwicklung KMU-spezifischer Standards plädiert.

68 UN Guiding Principles on Business and Human Rights, 2011, abrufbar unter: www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf.

69 WELLER/NASSE, aaO (Fn. 32) S, 1071.

70 Siehe § 2 Abs. 2 Nr. 9 LkSG.

71 COM(2022) 71 final; hierzu HÜBNER/HABRICH/WELLER, NZG 2022, 644.

72 Definiert in Art. 2 I lit. a, II lit. a RL-Entwurf.

Unternehmens als solches. Jenes soll nachhaltig und mit dem 1,5° C-Ziel des Pariser Übereinkommens kompatibel sein.

4. *Climate Litigation*

Parallel zu dieser legislativen Entwicklung wird der Klimaschutz von NGOs⁷³ auch judikativ im Wege einer *strategic litigation* durchzusetzen versucht.⁷⁴ Innerhalb der vielfältigen Klimaklagen⁷⁵ lassen sich – auch rechtsvergleichend – drei Kategorien absichten⁷⁶: Die vertikalen Klimaklagen gegen die Staaten (*Public Climate Litigation*), die horizontalen Klimaklagen gegen Unternehmen (*Private Climate Litigation*) und Gesellschafterklagen gegen die Leitungsorgane einer Gesellschaft (*Corporate Climate Litigation*).

a) *Public Climate Litigation*

Die vertikalen Klimaklagen (Private gegen Staat) stützen sich auf die Schutzpflichtdimension der Grund- und Menschenrechte. Der Hoge Raad schrieb 2019 mit seiner *Urgenda*-Entscheidung Geschichte, weil erstmals ein Staat, die Niederlande, von einem Gericht zur flächendeckenden CO₂-Reduktion angehalten wurde.⁷⁷ Dieses Urteil wiederum inspirierte das Bundesverfassungs-

73 Zur Rolle nicht-staatlicher Akteure (Private, Vereinigungen, NGOs) bei Klimaklagen STRECK, Filling in for Governments? The Role of the Private Actors in the International Climate Regime, 2020 17 JEEPL, S. 5.

74 *European Center for Constitutional and Human Rights*: „Strategic litigation aims to bring about broad societal changes beyond the scope of the individual case at hand. It aims to use legal means to tackle injustices that have not been adequately addressed in law or politics. [...] Successful strategic litigation brings about lasting political, economic or social changes and develops the existing law. [...]“, www.ecchr.eu/en/glossary/strategic-litigation/ (Stand: 21.7.2021); hierzu auch OEXLE/LAMMERS, NVwZ 2020, 1723, 1724.

75 Siehe die Länderberichte in: KAHL/WELLER (Hrsg.), *Climate Change Litigation*, 2021, S. 237; ferner RUTTLOFF/WAGNER/WAGNER, BB 2022, 516.

76 Vgl. bereits WELLER/TRAN, EurUP 2021, S. 342 ff.

77 Hoge Raad, Urteil vom 20.12.2019 – Rs. 19/00135, ECLI:NL:HR:2019:2007 (englischsprachige Übersetzung), Conclusion: „In short, the essence of the Supreme Court’s judgment is that the order which the District Court issued to the State and which was confirmed by the Court of Appeal, directing the State to reduce greenhouse gases by the end of 2020 by at least 25 % compared to 1990, will be allowed to stand. Pursuant to Articles 2 and 8 ECHR, the Court of Appeal can and may conclude that the State is obliged to achieve that reduction, due to the risk of dangerous climate change that could have a severe impact on the lives and welfare of the residents of the Netherlands.“; dazu de GRAAF/VAN DER VEEN, in: Kahl/Weller (Hrsg.), *Climate Change Litigation*, 2021, S. 363, Rdn. 12 ff; VERSCHUUREN, in: Sindico/Mbengue, *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, 2021, S. 75 .

gericht, das in seinem schon jetzt als „epochal“⁷⁸ geltenden Klimabeschluss gegen die Bundesrepublik Deutschland vom 24.3.2021 rechtsvergleichend auf *Urgenda* Bezug nimmt.⁷⁹

b) Private Climate Litigation

Diese Erfolge in den vertikalen Klagekonstellationen begründen auch ein Momentum für Horizontalklagen im Privatrechtsverhältnis. Prompt verurteilte das Bezirksgericht Den Haag unter Bezugnahme auf *Urgenda* das britisch-niederländische Unternehmen Royal Dutch Shell PLC (im Folgenden: *Shell*) auf eine Klage der niederländischen NGO *Milieudefensie* hin zu einer drastischen Reduktion seiner künftigen CO₂-Emissionen, inklusive seiner Scope 3-Emissionen.⁸⁰ Anspruchsgrundlage ist die deliktische Generalklausel in Art. 6:162 BW. *Milieudefensie v. Shell* gilt als spektakulärer Wendepunkt: Erstmals hat eine zivilrechtliche Klimaklage von Privaten gegen Private Erfolg (*private enforcement*⁸¹), die nicht ein spezifisches (Industrieanlagen-)Projekt betrifft, sondern sich gegen die Auswirkungen privaten Handelns auf das globale Klima als solches richtet.⁸²

Milieudefensie v. Shell ermuntert die NGO-Szene zu Klimaklagen auch in anderen Staaten: In Frankreich wurde eine Unterlassungsklage gegen Total S.A.

78 ALTMAIER, Tweet vom 29.4.2021, <https://twitter.com/peteraltmaier/status/1387681285385203712> (Stand: 3.1.2022); EIFERT, JURA 2021, 1085, 1098; EKARDT/HEß/WULFF, EurUP 2021, 212, 214.

79 BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20; hierzu CALLIESS, Das „Klimaurteil“ des Bundesverfassungsgerichts: „Versubjektivierung“ des Art. 20 a GG?, ZUR 2021, 355; EKARDT/HEß, ZUR 2021, 579; EKARDT/HEß/WULFF, EurUP 2021, 212; EIFERT, JURA 2021, 1085; FAßBENDER, NJW 2021, 2085; FRENZ, EnWZ 2021, 201; MARKUS, ZUR 2021, 595; MÖLLERS/WEINBERG, JZ 2021, 1069; MUCKEL, JA 2021, 610; *Sachs*, DRiZ 2021, 228; SINDER, JZ 2021, 1078; STÄSCHE, EnWZ 2021, 193.

80 Rechtbank Den Haag, Urteil vom 26.5.2021 – Rs. C/09/571932 / HA ZA 19-379, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339 (englischsprachige Übersetzung); hierzu GHARIBIAN/PIEPER/WEICHBRODT, BB 2021, 2819, 2820; THIELBÖRGER, NZG 2021, 1137; VERHEYEN/FRANKE, ZUR 2021, 624; WELLER/TRAN, EurUP 2021, 342.

81 SETZER/BYRNES, Policy report, July 2020, 12, www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2020/07/Global-trends-in-climate-change-litigation_2020-snapshot.pdf (Stand: 19.7.2021); POZZO, Climate Change Litigation in a Comparative Law Perspective, in: Sindico/Mbengue, Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects, 2021, S. 593, 600; weitergehend zur Bedeutung des Zivilrechts unter dem Gesichtspunkt der Nachhaltigkeit BACH/KIENINGER, JZ 2021, 1088.

82 Hierzu WELLER/TRAN, ZEuP 2021, 537.

eingereicht⁸³ (gestützt auf die *Loi de vigilance* von 2017)⁸⁴, in Deutschland mit Hilfe von Greenpeace und der Deutschen Umwelthilfe e.V., unter anderem gegen Automobilkonzerne.⁸⁵ Von diesen wird im Wege einer deliktischen Unterlassungsklage nach § 1004 BGB analog der Ausstieg aus den Verbrennungsmotoren bis 2030 gefordert. Auch wenn sich die Entscheidungsgründe des niederländischen Shell-Urteils nicht ohne Weiteres ins deutsche Recht transponieren lassen⁸⁶, so ist die Private Climate Litigation aus Unternehmenssicht nicht ungefährlich. Zivilgerichte könnten versucht sein, Argumentationen aus den vertikalen Klimaklagen über eine mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Rahmen der Verkehrspflichtdogmatik des Deliktsrechts rechtsfortbildend zu replizieren.⁸⁷

c) Corporate Climate Litigation

Klimaschutzvorgaben des öffentlichen Rechts und etwaige Urteile zur Reduzierung der CO₂-Emissionen sind von den Gesellschaftsleitungen naturgemäß umzusetzen. Den „gesellschaftsrechtlichen Transmissionsriemen“⁸⁸ bildet die Legalitätspflicht, die für den Vorstand aus §§ 76, 93 Abs. 1 S. 1 und GmbH-Geschäftsführer aus § 43 GmbHG folgt.⁸⁹

Ein Blick ins Vereinigte Königreich zeigt, welche Entwicklungen künftig auch im Inland anstehen könnten. Eine Legalitäts- oder Sorgfaltspflichtverletzung⁹⁰

83 Vgl. Klageschrift *Notre Affaire à Tous et al. v. Total S.A.* vom 28.1.2020, S. 48 ff.; hierzu HAUTERAU-BOUTONNET, *Première assignation d’une entreprise pour non-respect de son devoir de vigilance en matière climatique: quel rôle préventif pour le juge ?*, *Recueil Dalloz* 2020, S. 609 ff. sowie im Vorfeld SARLIÈVE, *Climate Change Legislation in France: A Work in Progress*, in: Sindico/Mbengue, *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, 2021, S. 485, 502.

84 Hierzu NASSE, *ZEuP* 2019, 773; ausführlich NASSE, *Loi de vigilance*, 2022 (im Erscheinen).

85 Die Klageschriften sind im Internet abrufbar, vgl. exemplarisch Klageschrift *Deutsche Umwelthilfe e.V. ./ Mercedes-Benz AG v.* 21.9.2021, www.duh.de/fileadmin/user_upload/download/Pressemitteilungen/Umweltpolitik/Klimaschutz/Klageschrift_Mercedes-Benz.pdf (Stand: 28.12.2021).

86 Näher WELLER/TRAN *EurUP* 2 021, 342.

87 Dazu kritisch GÄRDITZ, *EurUP* 1 2022, 45, 71; HELLGARDT/JOUANNAUD, *AcP* 222 (2022), 163, 198

88 FLEISCHER, *DB* 2022, 37.

89 Näher LIEBERKNECHT, *Die internationale Legalitätspflicht*, 2021.

90 In England gibt es im Rahmen der directors' duties anders als in Deutschland zwar keine spezielle von der Gesellschaft durchsetzbare Legalitätspflicht. Allerdings geht deren Gehalt dort in anderen Geschäftsleiterpflichten auf, namentlich in der „duty to promote the success of the company“ in Sec. 172 CA sowie der allgemeinen Sorgfaltspflicht in Sec. 174 CA, auf die sich ClientEarth beide stützt.

könnte nämlich als Einfallstor für Haftungsklagen gegen die Geschäftsleitung genutzt werden. So hat in England die NGO ClientEarth eine Aktionärsklage gegen das Board of Directors von Shell wegen Nicht-Befolgung der Entscheidung des Haager Bezirksgerichts eingereicht.⁹¹

5. Zwischenbilanz

Bereits bei Einführung der CSR-RL (2014), die sich noch auf ein handelsbilanzrechtliches Nudging beschränkte, hatte *Peter Hommelhoff*⁹² mit Blick auf die Unternehmenszielbestimmung einen Paradigmenwechsel kommen sehen: weg von der bisherigen Aktionärszentrierung hin zur Mitberücksichtigung von Gemeinwohlbelangen.⁹³

Die supra skizzierten Entwicklungen in den Bereichen *Climate Reporting*, *Green Finance*, *Sustainability Due Diligence* und *Climate Litigation* deuten an, dass das Gesellschaftsrecht einem tiefgreifenden Transformationsprozess unterworfen werden wird.⁹⁴ Es wird ebenfalls mit in Dienst genommen, um den Klimawandel bekämpfen zu helfen. Pointiert ist bereits die Rede von „the Law of the Corporation as Environmental Law.“⁹⁵ Im Folgenden soll zur Diskussion gestellt werden, welche Implikationen der Klimaschutz für die Governance der einzelnen Gesellschaftsorgane haben könnte.

91 www.clientearth.org/latest/latest-updates/news/we-re-taking-legal-action-against-shell-s-board-for-mismanaging-climate-risk/.

92 HOMMELHOFF, NZG 2015, 1329, 1330: „[D]as Unionsrecht ist noch vor dem Bericht darauf angelegt, die großen Börsengesellschaften als Unternehmen von besonderem öffentlichem Interesse dazu zu verpflichten, bestimmte nichtfinanzielle Ziele in ihre Unternehmenspolitik aufzunehmen und diese sodann auch tatsächlich umzusetzen. [...] Damit wird der Überschlag dieser bilanzrechtlichen Richtlinien-Vorgabe hinein ins Aktienrecht deutlich: Immaterielle Unternehmensziele soll das Aktiengesetz den großen Börsengesellschaften vorgeben; das Handlungsprogramm des Vorstands soll über die Interessen der shareholder hinaus auch auf die der stakeholder ausgerichtet werden“. Wegen des Primats des Gesetzgebers in Bezug auf das Regulierungsinstrument kritisch HELLGARDT/JOUANNAUD, AcP 222 (2022), 163, 209.

93 Vgl. auch SIMON, Die Legitimation der CSR-RL und ihre Auswirkungen auf die Unternehmensverfassung der Aktiengesellschaft, 2019, S. 129ff., 175; NIETSCH, ZIP 2022, 449, 459.

94 Ähnlich FLEISCHER, DB 2022, 37, 44.

95 LIGHT, Stanford Law Review 137 (2019).

IV. Internationale Rechtsformwahl

Eine Weichenstellung für den Einfluss des Klimaschutzes auf die Corporate Governance von Gesellschaften ist zunächst das anwendbare Gesellschafts- und Deliktsstatut.⁹⁶

1. Gesellschaftsformen mit Nachhaltigkeitszweck

Innerhalb der EU kann durch eine entsprechende Lokalisierung des Satzungssitzes das Gesellschaftsstatut bestimmt werden.⁹⁷ Dementsprechend könnten bestimmte (Konzern-) Gesellschaften das auf sie anwendbare Recht passgenau so auswählen⁹⁸, dass es ihren Nachhaltigkeitszielen und ihrer *corporate purpose* entspricht.⁹⁹

Als komparatistisches Vorbild für solche Gesellschaften gilt die *benefit corporation* in den USA.¹⁰⁰ Als erster EU-Mitgliedsstaat hat Italien 2016 mit der Società Benefit eine vergleichbare Rechtsform geschaffen.¹⁰¹ In Frankreich wurde 2020 die *société à mission* eingeführt, die namentlich eine Verankerung

96 Zum IPR bei Klimaschutzklagen KIENINGER, IPRax 2022, 1 ff., WELLER/NASSE/NASSE, FS Kronke, 2020, S. 601.

97 WELLER, in: Münchner Kommentar z. GmbHG, 4. Aufl., 2022, Einleitung Int. GesR, Rdn. 335, 371; BAHLINGER, Internationales Gesellschaftsrecht, 2022 (im Erscheinen).

98 Näher zur freien Wahl der Gesellschaftsformen WELLER, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, a.A. neuerdings EIDENMÜLLER, Shell Shock: In Defence of the ‚Real Seat Theory‘ in International Company, Oxford Business Law Blog vom 25.3.2022.

99 Zur Corporate Purpose als neues Unternehmenskonzept FLEISCHER, ZIP 2021, 5; RENTSCH/WELLER, in: Forschungsmagazin Ruperto Carola, 2021, 73.

100 Das Delaware General Corporation Law (DGCL) definiert die Public benefit corporation in § 362 als “for-profit corporation [...] that is intended to produce a public benefit or public benefits and to operate in a responsible and sustainable manner. To that end, a public benefit corporation shall be managed in a manner that balances the stockholders’ pecuniary interests, the best interests of those materially affected by the corporation’s conduct, and the public benefit or public benefits identified in its certificate of incorporation. [...] “Public benefit” means a positive effect (or reduction of negative effects) on 1 or more categories of persons, entities, communities or interests (other than stockholders in their capacities as stockholders) including, but not limited to, effects of an artistic, charitable, cultural, economic, educational, environmental, literary, medical, religious, scientific or technological nature”; eingehend hierzu MURRAY, Social Enterprise Innovation: Delaware’s Public Benefit Corporation Law, 4 Harv. Bus. L. Rev. 2014, 345. Bislang haben 37 US-Staaten eine Benefit Corporation geschaffen, vier arbeiten gerade an ihrer Bereitstellung (<https://benefitcorp.net/policymakers/state-by-state-status>).

101 www.societabenefit.net/english-information/.

von ESG-Zielen in der Satzung erlaubt.¹⁰² Von ihr haben bereits 250 Unternehmen Gebrauch gemacht, darunter *Danone* und *Rocher*.¹⁰³

In Deutschland wird kontrovers diskutiert, ob eine neue „GmbH in Verantwortungseigentum“¹⁰⁴ bzw. eine „GmbH mit gebundenem Vermögen“¹⁰⁵ oder aber – in Anlehnung an die Vorbilder aus den USA und Frankreich – eine Gesellschaft mit Nachhaltigkeitsbezug eingeführt werden sollte.¹⁰⁶ Letztere würde es prominenter als bisher erlauben, ein (auch) auf Nachhaltigkeit ausgerichtetes Unternehmensziel zu verfolgen.¹⁰⁷

2. Sitz der Konzernleitung als Anknüpfungspunkt für das auf Klimaklagen anwendbare Deliktsrecht

Während der Satzungssitz der maßgebliche Anknüpfungspunkt für das Gesellschaftsstatut ist¹⁰⁸, spielt der Verwaltungssitz der Konzernobergesellschaft für das anwendbare Deliktsrecht eine Rolle.¹⁰⁹ Das einschlägige Deliktsstatut ist deshalb von großer Bedeutung, weil es die wesentliche Rechtsgrundlage für etwaige Klimaklagen gegen Unternehmen bildet.¹¹⁰

Nach der Kollisionsregel in Art. 7 Rom II-VO richtet sich das anwendbare Recht bei Umweltdelikten entweder nach dem Ort des Schadenseintritts (Erfolgsort/Ort der Rechtsgutsverletzung) oder aber – nach Wahl der Klägerseite – nach dem Handlungsort des präsumptiven Schädigers.¹¹¹ Der Ort des Schadenseintritts kann bei Klimawandelphänomenen weltweit lokalisiert sein;

102 BOCHMANN/LECLERC, GmbHR 2021, 1141.

103 BOCHMANN/LECLERC, GmbHR 2021, 1141, 1144.

104 SANDERS/DAUNER-LIEB/v.FREEDEN/KEMNY/MÖSLEIN/VEIL, Entwurf eines Gesetzes für die GmbH in Verantwortungseigentum (GmbH-VE), 2020.

105 SANDERS/DAUNER-LIEB/v.FREEDEN/KEMNY/MÖSLEIN/VEIL, Entwurf eines Gesetzes für die GmbH mit gebundenem Vermögen (GmbH-gebV), 2021; hierzu SANDERS, NZG 2021, 1573.

106 Zu den Unterschieden und für eine Anreicherung der inländischen Diskussion um die Erfahrungen in Frankreich und den USA FLEISCHER, Ein Schönheitswettbewerb für eine neue Gesellschaftsform mit Nachhaltigkeitsbezug, ZIP 2022, 345, 355.

107 FLEISCHER, DB 2022, 37, 43.

108 WELLER, in: Münchener Komm. z. GmbHG, 4. Aufl., 2022, Einleitung Int. GesR, Rdn. 371.

109 Näher WELLER/WEINER, in: *Bonomi et al.* (Hrsg.), Yearbook of Private International Law 2022.

110 Zum IPR bei Klimaschutzklagen KIENINGER, IPRax 2022, 1 ff., WELLER/NASSE/NASSE, aaO (Rdn. 96), S. 601.

111 KIENINGER, IPRax 2022, 1 ff., WELLER/NASSE/NASSE, aaO (Fn 96), S. 601.

allerdings beschränkt sich das anwendbare Recht dann überzeugender Weise auf den Schaden, der in dem jeweiligen Staat eintritt (Mosaiktheorie).¹¹²

Dies ist bei CO₂-Reduktionsklagen *aus Klägersicht* uninteressant, da das anwendbare Recht dann einem Flickenteppich gliche. Stattdessen rückt der Handlungsort in den Fokus, weil nach dem hiernach anwendbaren Deliktsstatut der weltweite Gesamtschaden und dementsprechend die Unterlassung der globalen CO₂-Emissionen geltend gemacht werden könnte.¹¹³ Letzteres ist klägerseitig wesentlich, da bei den Klimaklagen die (weltweit eintretenden) Scope 3-Emissionen regelmäßig den Löwenanteil ausmachen.

In der Tat gelangt das Bezirksgericht Den Haag in der Shell-Entscheidung auf Grundlage der Handlungsortanknüpfung in Art. 7 Hs. 2 Rom II-VO für den gesamten Streitgegenstand zum niederländischen Deliktsrecht mit der Begründung, Shell treffe seine konzernweiten Leitungsentscheidungen in Den Haag.¹¹⁴ Dies ist insofern bemerkenswert, als in Klimahaftungskonstellationen bislang auf den Ort der konkreten Treibhausgasemission (z. B. am Standort der Raffinerie) abgestellt wurde.¹¹⁵ Vorangegangene unternehmerische Entscheidungen wurden bislang als bloße Vorbereitungshandlungen außer Acht gelassen.¹¹⁶ Demgegenüber meint das Haager Gericht, der Ort, an dem der Vorstand von Shell die Emissions- und Klimapolitik des Konzerns festlege, sei ein eigenständiger (zusätzlicher) Handlungsort.¹¹⁷ Auch wenn Art. 7 Rom II-VO dem Wortlaut nach auf „das schadensbegründende Ereignis“ abstelle, sei in Konstellationen, in denen *mehrere* Handlungen zu einer Umweltschädigung beitragen, Raum, jedes dieser Ereignisse als eigenständigen Handlungsort zu qualifizieren.¹¹⁸

Diese Auslegung ist zwar umstritten.¹¹⁹ Sofern man ihr aber folgt¹²⁰, sollten Unternehmen das „Jurisdiktionsrisiko“ bei der Lokalisierung ihrer Konzernspitze mit berücksichtigen. Shell hat nach dem Haager Urteil denn auch ange-

112 WELLER/WEINER, aaO (Fn. 109); vgl. zu Einschränkungen der Erfolgsortanknüpfung auch KÖNIG/TETZLAFF, RIW 2022, 25, 33.

113 Vgl. KÖNIG/TETZLAFF, RIW 2022, 25, 35.

114 Rechtbank Den Haag, Fn. 7, Abschnitt 4.3.6.

115 LEHMANN/EICHEL, RabelsZ 83 2019, S 77, 96; WELLER/NASSE/NASSE, in: Kahl/Weller (Hrsg.), *Climate Change Litigation*, 2021, S. 377, Rdn. 60; a. A. MANKOWSKI, FS Schmehl, 2018, S. 557, 560 f.

116 HUBER, in: BeckOGK Rom II-VO, Stand: 1.10.2020, Art. 7 Rdn. 38; KIENINGER, in: Kahl/Weller (Hrsg.), *Climate Change Litigation*, 2021, S. 119, Rdn. 48; a. A. MANSEL, ZGR 2018, 439, 459.

117 Rechtbank Den Haag, Fn. 7, Abschnitt 4.3.5.

118 Rechtbank Den Haag, Fn. 7, Abschnitt 4.3.6.

119 Zum Streitstand KIENINGER, IPRax 2022, 1; WELLER/WEINER, aaO (Fn. 109).

120 So KÖNIG/TETZLAFF, RIW 2022, 25, 38 (These 5).

kündigt, seinen Verwaltungssitz von Den Haag nach London zu verlegen.¹²¹ Es ist ein offenes Geheimnis, dass hierfür nicht nur die angeführten steuerlichen Gründe, sondern auch die in der Berufung anhängige Klimaklage in den Niederlanden eine Rolle spielen. In der Tat könnte eine Sitzverlegung bei in die Zukunft gerichteten Unterlassungsklagen dazu führen, dass es kollisionsrechtlich ex nunc zu einer Änderung des anwendbaren Deliktsrechts kommt (sog. Statutenwechsel).¹²²

V. Vorstand

Im Folgenden soll skizziert werden, welche Implikationen der Klimaschutz de lege lata auf die Corporate Governance in der Aktiengesellschaft hat oder aber bei entsprechenden legislativen Reformen de lege ferenda haben könnte. Beim Vorstand geht es zunächst um die Klimaschutz-Compliance (*unter 1.*), die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsbelangen bei der Unternehmensleitung (*unter 2.*) und eine etwaige Ergänzung der Business Judgment Rule um einen Nachhaltigkeitsvorbehalt (*unter 3.*). Kommen Klimaschutzaspekte in der Geschäftspolitik aus Sicht aktivistischer Aktionäre nicht hinreichend zur Geltung, stellt sich die Frage, ob der Vorstand – wie in England – Aktionärsklagen zu fürchten hat (*unter 4.*). Diskutiert werden mit Blick auf den Vorstand ferner klimasensible Vergütungskomponenten (*unter 5.*) und die Einrichtung eines Klima-Ressorts unter Leitung eines Chief Climate Officers im Management (*unter 6.*).

1. Klimaschutz-Compliance

Die Legalitätspflicht¹²³ hält den Vorstand zunächst dazu an, gesetzliche und judikative¹²⁴ Klimaschutzvorgaben zu beachten und im Unternehmen umzusetzen.¹²⁵ In den USA ist insofern treffend von der „Climate Change Compliance“¹²⁶ die Rede. Diese in Deutschland bereits geltende Rechtslage unter-

121 FAZ v. 15.11.2021, abrufbar unter: www.faz.net/aktuell/wirtschaft/shell-verlaesst-die-niederlande-und-zieht-nach-london-um-17635625.html.

122 Diesbezügliche Ausführungen bleiben einem gesonderten Beitrag vorbehalten.

123 Ausführlich zu deren Grundlage und Reichweite LIEBERKNECHT, Die internationale Legalitätspflicht, 2021; ferner im Kontext der Compliance-Pflicht als „Legalitätsthroughsetzpflicht“ HARBARTH, ZHR 179 (2015), 136, 145.

124 Sofern die Entscheidungen rechtskräftig sind oder für vorläufig vollstreckbar erklärt wurden.

125 FLEISCHER, DB 2022, 37, 41.

126 KUO/MEANS, Climate Change Compliance, 107 Iowa Law Review (2022) (im Erscheinen, abrufbar bei SSRN unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3914219).

streicht nun auch *expressis verbis* Art. 25 des EU-Kommissionsentwurfs einer „Corporate Sustainability Due Diligence“-Richtlinie (2022)¹²⁷:

*“Member States shall ensure that (...) directors of companies (...) take into account the consequences of their decisions for sustainability matters, including, where applicable, human rights, climate change and environmental consequences, including in the short, medium and long term.”*¹²⁸

Kommt der Vorstand dieser kurz-, mittel- und langfristigen Climate Change Compliance nicht nach, droht eine Haftung wegen Legalitätspflichtverletzung aus §§ 76, 93 Abs. 2 AktG, woran der Kommissionsentwurf vorsorglich ebenfalls erinnert.¹²⁹ Dabei stellt sich die Frage, welche Schäden durch eine Missachtung durch eine Climate Change Compliance-Pflicht drohen könnten. Ersatzfähig sind dabei nach wohl herrschender Meinung Bußgelder,¹³⁰ aber auch Kosten interner Ermittlungen und Rechtsverfolgungskosten.¹³¹ Sollten sich Gesellschaften künftig wegen der Verletzung klimabezogener Pflichten durch die Unternehmensleitung zivilrechtlichen Ansprüchen Dritter ausgesetzt sehen, scheint das Szenario eines Innenregresses beim Vorstand ebenfalls nicht ausgeschlossen. Demgegenüber sind Reputationsschäden¹³² als immaterielle Schäden in der Regel nicht ersetzbar, § 253 Abs. 1 BGB. Mit *Klöhn* kann ein Reputationsschaden zwar grundsätzlich einen Vermögensschaden darstellen, der sich bei börsennotierten Gesellschaften in einem geringeren Aktienkurs niederschlägt.¹³³ Allerdings kommt es für § 93 Abs. 2 AktG nicht auf das im Aktienkurs abgebildete Vermögen der Aktionäre an, sondern auf das Vermögen der Gesellschaft.¹³⁴

127 COM(2022) 71 final; näher zum RL-Entwurf HÜBNER/HABRICH/WELLER, NZG 2022, 644.

128 COM(2022) 71 final, S. 66; aufgrund „vorprogrammierter Zielkonflikte“ kritisch hierzu SCHMIDT, NZG 2022, 481.

129 Art. 25 Abs. 2 Corporate Sustainability Due Diligence Directive (Draft): “Member States shall ensure that their laws, regulations and administrative provisions providing for a breach of directors’ duties apply also to the provisions of this Article.”

130 Dazu m. w. N. zum Streitstand SAILER-COCEANI in Schmidt/Lutter Komm. z. AktG, 4. Aufl., 2020, § 93 Rdn. 37.

131 SPINDLER, in: MünchKomm z. AktG, 5. Aufl., 2019, § 93 Rdn. 193.

132 Näher zur Bestimmung von Reputationsschäden bei „global players“ MOCK/MOHAMED, NZG 2022, 350, 354.

133 Eingehend KLÖHN, NZG 2015, 689, 692. Berechnet wird dieser bei börsennotierten Gesellschaften durch Ereignisstudien (*event studies*), die den Aktienkurs vor und nach dem schädigenden Ereignis vergleichen. Dabei müssen solche Verluste herausgerechnet werden, die nicht auf den Reputationsverlust zurückzuführen sind, z. B. Sanktionen oder Schadensersatzzahlungen der Gesellschaft.

134 SPINDLER, aaO (Fn. 131) § 93 AktG Rdn. 192: „Unbeachtlich ist, ob sich der Wert der Aktien gemindert oder sogar erhöht hat, da das Vermögen der Gesellschaft und das der Aktionäre selbst dann zu trennen ist, wenn eine Einmanggesellschaft vorliegt“.

2. Berücksichtigung des Klimaschutzes bei der Unternehmensleitung

a) Ergänzung des § 76 Abs. 1 AktG

De lege lata sind Vorstände bei der Unternehmensführung zur Berücksichtigung von CSR- bzw. ESG-Belangen berechtigt, aber nicht verpflichtet.¹³⁵ Diskutiert wird aber, die Nachhaltigkeit als ein stets mit zu berücksichtigendes Ziel der Unternehmensleitung in § 76 AktG de lege ferenda explizit vorzuschreiben.¹³⁶ Der von der Bundesregierung eingesetzte Sustainable Finance Beirat¹³⁷ schlägt in seinem Bericht von 2021 eine Ergänzung des Absatzes 1 um folgenden Einschub vor:

„Der Vorstand hat die Gesellschaft *im langfristigen Interesse des Unternehmens unter angemessener Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen* zu leiten.“¹³⁸

Folgt man dem, müsste konsequenter Weise auch die Pflicht des Vorstands zur Berichterstattung an den Aufsichtsrat gemäß § 90 Abs. 1 AktG um eine neue Ziffer 5 ergänzt werden, die Nachhaltigkeitsthemen erfasst¹³⁹:

„Der Vorstand hat dem Aufsichtsrat zu berichten über (...) 5. *die Auswirkungen ökologischer und sozialer Nachhaltigkeitsrisiken auf die Geschäftsleitung der Gesellschaft*“.¹⁴⁰

Ebenso wären Klimabelange im Rahmen des Risikoüberwachungssystems nach § 91 Abs. 2 AktG zu integrieren.¹⁴¹

b) Neuer Corporate Governance Kodex

Die am 17.05.2022 veröffentlichte aktuelle Fassung des DCGK sieht in Ziff. A.1 eine entsprechende Ergänzung der Geschäftsführungsaufgaben des Vor-

135 Statt vieler SPINDLER, aaO (Fn. 131) § 76 AktG Rdn. 81.

136 WELLERDT, ZIP 2022, 356, 361.

137 Der Sustainable Finance Beirat wurde 2019 von der Bundesregierung eingesetzt und hat im Rahmen der letzten Legislaturperiode 31 Empfehlungen für ein nachhaltiges Finanzsystem erarbeitet; er besteht aus ca. 40 Praktikern/innen aus der Finanz- und Realwirtschaft sowie der Zivilgesellschaft sowie drei Ökonomen/innen; die Rechtswissenschaft ist dagegen nicht vertreten, vgl. näher Sustainable Finance Beirat, Abschlussbericht „Shifting the Trillions“, 25.2.2021, S. 46.

138 Sustainable Finance Beirat, Abschlussbericht „Shifting the Trillions“, 25.2.2021, S. 94 ff., 96 (abrufbar unter: https://sustainable-finance-beirat.de/wp-content/uploads/2021/02/210224_SFB_-Abschlussbericht-2021.pdf).

139 Vgl. WELLERDT, ZIP 2022, 356, 361.

140 Sustainable Finance Beirat, Abschlussbericht „Shifting the Trillions“, 25.2.2021, S. 94 ff., 96 (abrufbar unter: https://sustainable-finance-beirat.de/wp-content/uploads/2021/02/210224_SFB_-Abschlussbericht-2021.pdf).

141 WELLERDT, ZIP 2022, 356, 361.

stands vor: Der Vorstand soll Umweltfaktoren bei der unternehmerischen Chancen- und Risiken-Abwägung berücksichtigen, sie in die Unternehmensstrategie integrieren und bei der Unternehmensplanung auch nachhaltigkeitsbezogene Ziele verfolgen.¹⁴² Diese Vorschrift soll der Konkretisierung des Stakeholder-Ansatzes dienen und den notwendigen Ausgleich mit den Aktionärsinteressen da abbilden, wo er sich niederschlägt.¹⁴³

Die im März 2022 erschienene Stellungnahme der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung (VGR) hatte die vorangegangene Fassung des DCGK-Entwurfs¹⁴⁴ dafür kritisiert, dass die Abwägungs- und Gewichtungsaufgabe in Bezug auf die Interessen der Aktionäre in dieser Regel nicht klar genug zum Ausdruck komme. Ferner vernachlässige der Entwurf, dass die Unternehmensplanung nicht nur finanzielle und nachhaltigkeitsbezogene Ziele umfasse, sondern sich auch auf strategische und technologische Ziele erstrecke.¹⁴⁵

Erkenntnisse aus der Praxis zeigen, dass in Bezug auf Nachhaltigkeitsstrategien Aufholbedarf besteht. In einer aktuellen Studie der Managementconsultingfirma *Russell Reynolds* gaben nur 25 % der befragten Vorstände und Mitarbeiter an, dass ihr Unternehmen über eine Nachhaltigkeitsstrategie verfüge. Ihrem CEO sprachen etwa 30 % der Führungskräfte und nur 15 % der Mitarbeiter einen per-

142 Deutscher Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 28.4.2022, abrufbar unter www.dcgk.de, A1: „Der Vorstand soll die mit den Sozial- und Umweltfaktoren verbundenen Risiken und Chancen für das Unternehmen sowie die ökologischen und sozialen Auswirkungen der Unternehmenstätigkeit systematisch identifizieren und bewerten. In der Unternehmensstrategie sollen neben den langfristigen wirtschaftlichen Zielen auch ökologische und soziale Ziele angemessen berücksichtigt werden. Die Unternehmensplanung soll entsprechende finanzielle und nachhaltigkeitsbezogene Ziele umfassen“ -

143 DCGK Begründung zu A.1.

144 Dort lautete die entsprechende Passage noch leicht abweichend: „Der Vorstand soll die mit den Sozial- und Umweltfaktoren verbundenen Risiken und Chancen für das Unternehmen sowie die ökologischen und sozialen Auswirkungen der Unternehmenstätigkeit systematisch identifizieren und bewerten. Die Unternehmensstrategie soll Auskunft darüber geben, wie die wirtschaftlichen, ökologischen und sozialen Ziele in einem ausgewogenen Verhältnis umzusetzen sind. Die Unternehmensplanung soll finanzielle und nachhaltigkeitsbezogene Ziele enthalten“.

145 Stellungnahme der VGR zum Deutschen Corporate Governance Kodex-Entwurf vom 7.3.2022, abrufbar unter: www.dcgk.de/de/konsultationen/aktuelle-konsultationen.html, Rdn. 8 ff. Der Vorschlag der VGR lautete demgegenüber: „Der Vorstand soll neben den Interessen der Aktionäre und der übrigen Stakeholder die mit den Sozial- und Umweltfaktoren verbundenen Risiken und Chancen für das Unternehmen sowie die ökologischen und sozialen Auswirkungen der Unternehmenstätigkeit systematisch identifizieren und bewerten. Nach Maßgabe des Unternehmensinteresses sollen wirtschaftliche, ökologische und soziale Ziele in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen. Dieses Verhältnis soll auch in der verlautbarten Unternehmensstrategie zum Ausdruck gebracht werden. Die Unternehmensplanung soll neben finanziellen, strategischen und sonstigen Zielen auch nachhaltigkeitsbezogene Ziele enthalten“.

sönlichen Einsatz für ESG-Belange zu. Unter den elf untersuchten Märkten war der deutsche am pessimistischsten, auch mit Blick auf die Zukunft.¹⁴⁶

3. Nachhaltigkeitsvorbehalt bei der Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG)

Der Sustainable Finance-Beirat der Bundesregierung möchte das Nachhaltigkeitsziel im Rahmen der Unternehmensleitung nicht nur als bloßen Papiertiger ausgestalten und empfiehlt daher auf Rechtsfolgenseite, die enthaftende Wirkung der Business Judgment Rule unter den Vorbehalt einer angemessenen Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten knüpfen.¹⁴⁷ Der safe harbour des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG würde dann nur unter dem Vorbehalt „angemessener Identifizierung und Abschätzung aller relevanten Risiken, einschließlich ökologischer und sozialer Nachhaltigkeitsrisiken“ gelten.¹⁴⁸

Selbst wenn man dem folgte, dürfte dies bei Lichte besehen u.E. nur in Extremfällen einen Unterschied machen, wenn etwa Vorstände bei ihrer unternehmerischen Entscheidung eklatante Klimarisiken ignorieren und hierdurch einen Schaden bei der Gesellschaft verursachen.

4. Aktionärsklagen

Fraglich ist, ob dem Vorstand einer deutschen Aktiengesellschaft ein vergleichbares Szenario wie die in England erhobene *Aktionärsklage* von ClientEarth gegen das Board of Directors von Shell wegen Verletzung seiner Klimaschutz-Compliance-Pflichten¹⁴⁹ drohen könnte.¹⁵⁰

146 RUSSELL REYNOLDS, „Trennlinien und Erträge Deutschland“, Januar 2022, S. 8f., abrufbar unter: www.russellreynolds.com/zh-cn/insights/divides-and-dividends/local-reports/germany.

147 Sustainable Finance Beirat der Bundesregierung, Abschlussbericht „Shifting the Trillions“, 25.2.2021, S. 96: „Klarstellung der Sorgfaltspflichten von Vorstand und Aufsichtsrat in §§ 93, 116 AktG: Der enthaftende Schutz der Business Judgment Rule gilt nur nach angemessener Identifizierung und Abschätzung aller relevanten Risiken, einschließlich ökologischer und sozialer Nachhaltigkeitsrisiken“ (abrufbar unter: https://sustainable-finance-beirat.de/wp-content/uploads/2021/02/210224_SFB_-Abschlussbericht-2021.pdf).

148 Sustainable Finance Beirat der Bundesregierung, Abschlussbericht „Shifting the Trillions“, 25.2.2021, S. 96 (Hervorhebung durch Verf.).

149 Konkret stützt ClientEarth seine Klage auf Sec. 172 (*duty to promote the success of the company*) und Sec. 174 (*duty to exercise reasonable care, skill and diligence*) des Companies Act.

150 Siehe bereits supra unter III.4.c); www.clientearth.org/latest/latest-updates/news/we-re-taking-legal-action-against-shell-s-board-for-mismanaging-climate-risk/

Anders als in England mit dem monistischen One-Tier-Governance-System der public limited company¹⁵¹ könnte eine solche Klage in Deutschland aber nicht von einzelnen Aktionären direkt gegen Mitglieder der Verwaltungsorgane angestrengt werden.¹⁵² Außerhalb der engen Voraussetzungen des § 147 AktG (Stimmenmehrheit in der Hauptversammlung) haben im deutschen Aktienrecht Einzelaktionäre keine Möglichkeit, eine *actio pro socio* zu erheben.¹⁵³ Und der Aufsichtsrat dürfte eine Haftung aus §§ 93 Abs. 2, 112 AktG wegen Missachtung von Nachhaltigkeitsaspekten jedenfalls nicht aktivieren, solange eine CO₂-Reduktionsklage noch nicht rechtskräftig entschieden wurde.¹⁵⁴

Gleichwohl ist das Szenario unter dem Gesichtspunkt eines strategischen *shareholder activism* im Blick zu behalten. So könnten Aktionäre versuchen, ein

- 151 Rechtsvergleichend KRAAKMAN *et al.* The Anatomy of Corporate Law, 3. Aufl 2017, 50f.; eingehend zum englischen Recht DAVIES, Introduction to Company Law, 3. Aufl., 2020, 33ff. Der Companies Act enthält keine Vorschriften zur Board-Struktur. Die *default*-Regel (Zuständigkeit aller *directors* für das Management der Gesellschaft) findet sich vielmehr in S. 3 der Model Articles for public Companies: “Subject to the articles, the directors are responsible for the management of the company’s business, for which purpose they may exercise all the powers of the company“. In der Praxis besonders bedeutsam ist die Trennung zwischen *executive* und *non-executive directors*. Diese kommt im UK Corporate Governance Code (auch „Cadbury Code“ genannt) zum Ausdruck (Principle G), näher zum Code DAVIES, 37 ff. Dieser Code findet freilich nur auf solche Gesellschaften Anwendung, die am Main Market des London Stock Exchange mit einem „premium listing“ geführt werden.
- 152 Obwohl das englische Recht die Klageerhebung seit jeher nicht von einer bestimmten Beteiligungsschwelle abhängig gemacht und sie damit jedem einzelnen Aktionär ermöglicht, verfolgt es in Bezug auf diese *derivative actions* traditionell einen sehr restriktiven Ansatz. Dieser hat sich besonders deutlich in der Entscheidung *Foss v Harbottle* ((1843) 2 Hare 46.) niedergeschlagen, in der die *derivative action* starken Einschränkungen unterworfen wurde. Eine Rechtsverfolgung war danach nur möglich, wenn die Pflichtverletzung eine sogenannte „fraud on the minority“ darstellte, die Pflichtverletzung durch kontrollierende Aktionäre begangen wurde und schließlich die Mehrheit der nicht-betroffenen Aktionäre sich der Klageerhebung nicht entgegenstellte. Diese Voraussetzungen waren praktisch nie erfüllt (DAVIES, Introduction to Company Law, 3. Aufl., 2020, 274ff.). Mit dem Companies Act sollte die *derivative action* erleichtert werden: Das Erfordernis der *ratification* fällt nunmehr weg, dafür muss sich aber das angerufene Gericht mit der Klageerhebung einverstanden erklären, es fungiert also als *gatekeeper*, Davies, Introduction to Company Law, 3. Aufl., 2020, 276. In der Praxis bleiben *derivative claims* dennoch selten, eingehend GIBBS/OGBONNAYA, Empirical analysis of the statutory derivative claim: de facto application and the sine quibus non, J. Corp. Law Stud. 19(2) (2019), 303ff.
- 153 Bei der Aktionärsklage gem. § 148 AktG handelt es sich zwar um eine gesetzlich kodifizierte Form der *actio pro socio*, in der Praxis ist sie aber weitgehend bedeutungslos geblieben, dazu K. SCHMIDT/LUTTER/SPINDLER, Komm. z. AktG, 4. Aufl., 2020, § 148, Rdn. 1, 58.
- 154 Shell hat gegen das Urteil der Rechtbank Den Haag vom 26.5.2021 – Rs. C/09/571932 / HA ZA 19-379, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339, Berufung eingelegt.

Stimmverbot für Mehrheitsaktionäre zu begründen, um § 147 AktG de facto zu einem Minderheitsrecht umzufunktionieren und sodann Ansprüche gegen Organmitglieder anhängig zu machen.¹⁵⁵

Die Erfolgsaussichten der englischen Klage von ClientEarth sind freilich nicht sonderlich hoch, wie erste Reaktionen zeigen.¹⁵⁶ Insbesondere dann, wenn Aktionäre mit ihrer Klage eine unternehmerische Entscheidung angreifen,¹⁵⁷ ist die gerichtliche Überprüfbarkeit in England wie in Deutschland sehr eingeschränkt.¹⁵⁸

5. Klimasensible Vergütung

a) Vergütungsparameter nach § 87 AktG („nachhaltige Entwicklung“)

Die Vergütungsstruktur des Vorstands ist nach § 87 Abs. 1 S. 2 AktG „auf eine nachhaltige und langfristige Entwicklung auszurichten.“ Nachhaltigkeit ist zahlreichen Stimmen in der Literatur zufolge nach derzeitiger Rechtslage indes *nicht* spezifisch ökologisch-sozial zu deuten¹⁵⁹, sondern *zeitlich* im Sinne einer

155 Zu Stimmverboten und zum Missbrauchspotential im Rahmen des § 147 AktG HÜFFER/KOCH, Komm. z. AktG, 21. Aufl., 2021, § 147, Rdn. 1 und 4; OLG München, NJOZ 2010, 1099.

156 Siehe etwa die Einschätzung von GIBBS-KNELLER, Oxford Business Law Blog v. 8.4.2022, abrufbar unter: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/no-real-prospect-success-clientearths-derivative-litigation-against>. Andere sehen die directors' duties als geeignetes Mittel, um Geschäftsleiter zu einer stärkeren Berücksichtigung von Klimabelangen zu bewegen, HÖSLI/WEBER, Climate Change Reporting and Due Diligence: Frontiers of Corporate Climate Responsibility, ECFR 2021, 948, 958 f. mit Fn. 60.

157 Zur Abgrenzung von unter die business judgment rule fallenden unternehmerischen Entscheidungen und rechtlich gebundenen Entscheidungen von FALKENHAUSEN, Die Haftung außerhalb der Business Judgment Rule, NZG 2012, 644, 646. Relevant wird dies vor allem dann, wenn eine rechtliche Handlungspflicht dem Vorstand mehr als eine Handlungsmöglichkeit überlässt.

158 Im deutschen Recht statuiert die business judgment rule gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG einen „sicheren Hafen“ für unternehmerische Entscheidungen, englische Gerichte üben eine vergleichbare Zurückhaltung traditionell auch ohne entsprechende gesetzliche Regelung aus. Aus diesem Grund wurde die business judgment rule auch nicht im Companies Act 2006 verankert, dazu DAVIES/RICKFORD, An Introduction to the New UK Companies Act, ECFR 5 (2008), 48, 67.

159 So aber RÖTTGEN/KLUGE NJW 2013, 900, 902, die sich dabei auf eine historische Auslegung der Vorschrift stützen; ähnlich FLEISCHER, Klimaschutz im Gesellschafts-, Bilanz- und Kapitalmarktrecht, DB 2022, 37, 42: „Damit hat der Aufsichtsrat bei der Festsetzung der Vergütung auch ökologische Gesichtspunkte in den Blick zu nehmen.“

periodenübergreifenden Bemessungsgrundlage.¹⁶⁰ Gleichwohl können und werden in praxi verbreitet schon jetzt ESG-Ziele im Rahmen der variablen Vergütungsbestandteile berücksichtigt.¹⁶¹ Dabei variiert die Ausgestaltung der Vergütungsmodelle, die meisten Unternehmen setzen aber auf eine Kombination aus zeitlichen und ökologisch-sozialen Zielvorgaben.¹⁶²

*b) Koppelung der Vergütung an den CO₂-Reduktionserfolg
(Art. 15 CSDD-RL)*

Über die Anforderungen des gegenwärtigen § 87 AktG geht der EU-Vorschlag einer Corporate Sustainability Due Diligence-Richtlinie deutlich hinaus. Damit die Klimawandelbekämpfungspflicht kein bloßer Papiertiger bleibt, hilft die Kommission mit dem Holzhammer nach und schlägt eine Reihe von Maßnahmen vor, „[to] improve corporate governance practices“.¹⁶³ Ein scharfes Schwert ist dabei Art. 15 Abs. 3 CSDD-Richtlinienentwurf, der die Vorstands- und Aufsichtsratsvergütung¹⁶⁴ an die konkreten Management-Erfolge bei der CO₂-Reduzierung koppelt:

“Member States shall ensure that companies duly take into account the fulfilment of the obligations referred to in paragraphs 1 and 2 [Pflichten im Rahmen der Verfolgung des 1,5 Grad-Ziels] when setting variable remuneration, if variable remuneration is linked to the contribution of a director to the company’s business strategy and long-term interests and sustainability.”

160 Näher HARBARTH, FS Ebke, 2021, S. 307, für den eine „mehrjährige Bemessungsgrundlage“ eine zeitliche Interpretation des Begriffs „nachhaltig“ darstellt. Aus den Gesetzesmaterialien sei ferner nichts dafür ersichtlich, dass § 87 AktG in Bezug auf das Vorstandshandeln einen Paradigmenwechsel habe herbeiführen wollen; etwaige Fachgespräche im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses könnten nicht als Wille des Gesetzgebers verstanden werden. HÜFFER/KOCH, aaO (Fn. 155), § 77 AktG Rdn. 10; zuletzt HÄLLER/HOEGEN, ZVglRWiss 120 (2021), 209, 216. Bei den Empfehlungen der Stimmrechtsberater hat sich insoweit aber noch keine einheitliche Linie herauskristallisiert, dazu ARNOLD/HERZBERG/ZEH, AG 2021, 141, 141.

161 FLEISCHER, DB 2022, 37, 42; HÄLLER/HOEGEN, ZVglRWiss 120 (2021), 209, 218; ARNOLD/HERZBERG/ZEH, AG 2021, 141, 142.

162 HÄLLER/HOEGEN, ZVglRWiss 120 (2021), 209, 218, die hierfür die Vergütungsmodelle von vier der „traditionellen produzierenden Industrie“ angehörenden DAX-Unternehmen analysieren (BASF, BMW, MTU Aero Engines und Siemens).

163 *Explanatory memorandum* S. 3 RL-E. Vom Inhalt des Kommissionsentwurfs enttäuscht sind dagegen RINGE/GÖZLÜGÖL, Harvard Law School Forum on Corporate Governance, 18.3.2022: “(art. 25) is less revolutionary than expected” (...). It is ironic that after all the heated discussion and efforts, the Proposal arrives at rather an anticlimactic point and aims to provide only a ‘clarification’”.

164 Der RL-Entwurf erfasst mit *directors* auch Aufsichtsratsmitglieder, siehe Art. 3 lit. o RL-Entwurf: „(...) *supervisory bodies*“.

Welche Vergütungsstrukturen die stärksten Anreize für eine nachhaltige Unternehmensführung liefern, ist auch Gegenstand neuerer rechtsökonomischer Untersuchungen. Ein innovativer Ansatz aus jüngster Zeit geht dahin, das Nichterreichen von Emissionsreduktionszielen durch eine Strafzahlung (so genannte „green pill“) zu sanktionieren.¹⁶⁵ Dieser Mechanismus zwingt Unternehmen, den Wert ihrer Nachhaltigkeitsbemühungen zu beziffern und würde zugleich dem verbreiteten Greenwashing entgegenwirken.¹⁶⁶

6. Chief Climate Officer

Im Rahmen seiner Ressortzuschnitts- und Organisationsautonomie¹⁶⁷ hat der Vorstand bereits jetzt die Möglichkeit, klimaspezifische Zuständigkeiten zu schaffen, diese auf bestimmte Positionen zu konzentrieren und sodann sichtbar auszuflaggen, etwa als Chief Sustainability Officer oder Chief Climate Officer.¹⁶⁸ Laut einer Umfrage, die Deloitte und das Institute of International Finance (IIF) unter Unternehmen im Finanzsektor durchgeführt haben, wird die Position des Chief Sustainability Officer in Zukunft immer wichtiger werden: Nur 19 % der Befragten sahen in ihrem Unternehmen grundsätzlich keinen Bedarf für einen Chief Sustainability Officer; 29 % antworteten, sie hätten „noch keinen“ CSO.¹⁶⁹

VI. Aufsichtsrat

Klimaschutz im Gesellschaftsrecht beinhaltet für den Aufsichtsrat die Fragen, ob die Überwachung von Nachhaltigkeitsbelangen bei der Unternehmensführung zu seinen Aufgaben gehört (*unter 1.*), ob er aus seiner Mitte einen Nachhaltigkeitsausschuss bildet (*unter 2.*) und ob es analog zum „Financial Expert“ eine ausgewiesene Klimaexpertise im Aufsichtsrat geben sollte (*unter 3.*).

165 ARMOUR/ENRIQUES/WETZER: in: Green Pills: Making Corporate Carbon Commitments Credible (in Vorbereitung).

166 ARMOUR/ENRIQUES/WETZER, aaO (Fn. 165).

167 HÜFFER/KOCH, aaO (Fn. 155) § 77 AktG Rdn. 10.

168 FLEISCHER, DB 2022, 37, 42.

169 Deloitte, The future of the Chief Sustainability Officer, 2021, S. 9, abrufbar unter: www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/bg/Documents/financial-services/gx-fsi-future-of-the-cso-report.pdf. Befragt wurden Führungskräfte aus 70 Unternehmen aus dem Finanzsektor, darunter asset manager, Versicherungsunternehmen und Banken.

1. Überwachung von Nachhaltigkeitsbelangen

Der Aufsichtsrat hat nach § 171 Abs. 1 S. 4 AktG die nichtfinanzielle Berichterstattung im Sinne der CSR-Richtlinie zu prüfen. Es zeichnet sich im Licht der angekündigten Corporate Sustainability Reporting Directive ab, dass sich diese Prüfungspflicht in Richtung Klimaschutz ausweiten wird.¹⁷⁰

Möglicherweise wird es sogar zu einer Ausweitung der Überwachungspflichten nach § 111 AktG, also im Bereich der Kernaufgabe des Aufsichtsrats, kommen.¹⁷¹ Die bisherigen Regelungsvorschläge haben freilich eher klarstellenden Charakter:

- Der Sustainable Finance Beirat empfiehlt eine Klarstellung in den §§ 107 Abs. 3, 111 Abs. 1 AktG, dass die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats Klimarisiken und Stakeholder-Erwartungen umfasst.¹⁷²
- Die Neufassung des DCGK verdeutlicht, dass die Überwachungs- und Beratungsaufgabe des Aufsichtsrats auch Nachhaltigkeitsfragen umfasst.¹⁷³

Damit folgt der DCGK einer Anregung der VGR, die statt der deutlich detaillierteren Empfehlung des DCGK-Entwurfs von Januar 2022 eine Grundsatzregelung mit Appellcharakter vorgeschlagen hatte.¹⁷⁴

2. Nachhaltigkeitsausschuss

Der Aufsichtsrat hat nach § 107 Abs. 3 S. 1 AktG die Autonomie, aus seiner Mitte Ausschüsse zu bilden.¹⁷⁵ Dabei kann er auch einen Nachhaltigkeitsausschuss (sustainability board committee) ins Leben rufen, der sich etwa mit Transformationsmöglichkeiten der Gesellschaft hin zu Klimaneutralität beschäftigen könnte.¹⁷⁶ In praxi hatten davon – so eine Studie von *Russell Rey-*

170 WELLERDT, ZIP 2022, 356, 360.

171 WELLERDT, ZIP 2022, 356, 360; kritisch FLEISCHER, in: BeckOGK AktG, Stand 1.2.2022, § 76, Rdn. 46.

172 Sustainable Finance Beirat, Abschlussbericht „Shifting the Trillions“, 25.2.2021, S. 96: „Die Überwachung umfasst die langfristige Entwicklung und angemessene Berücksichtigung von Nachhaltigkeits- und Klimarisiken sowie Stakeholder-Erwartungen in Bezug auf Nachhaltigkeit“ (abrufbar unter: https://sustainable-finance-beirat.de/wp-content/uploads/2021/02/210224_SFB_-Abschlussbericht-2021.pdf).

173 Deutscher Corporate Governance Kodex vom 28. April 2022, abrufbar unter www.dcgk.de.

174 Stellungnahme der VGR zum geänderten Deutschen Corporate Governance Kodex vom 7.3.2022, abrufbar unter: www.dcgk.de/de/konsultationen/aktuelle-konsultationen.html, Rdn. 27 ff.

175 HÜFFER/KOCH, aaO (Fn. 155), § 107AktG Rdn. 18.

176 FLEISCHER, DB 2022, 37, 42.

nolds – bis zum vergangenen Jahr nur fünf DAX-Unternehmen Gebrauch gemacht.¹⁷⁷ Eine aktuelle Studie des DAI zeichnet indes ein optimistischeres Bild: Bei 14 % der befragten Unternehmen wird die Umsetzung von ESG-Zielen bereits jetzt durch einen eigenen Aufsichtsratsausschuss sichergestellt, 35 % der Unternehmen gaben an, einen eigenen Ausschuss künftig nutzen zu wollen.¹⁷⁸

3. Klimaexpertise im Aufsichtsrat (§ 105 Abs. 5 AktG)

Einige Unternehmen achten schon heute auf eine hinreichende Klima- und Nachhaltigkeitsexpertise im Aufsichtsrat.¹⁷⁹ Gegenwärtig wiesen, so die *Russell Reynolds*-Studie, 4 % der Mandatsträger eine ESG-Kompetenz auf; dies sei allerdings im internationalen Vergleich relativ wenig.¹⁸⁰

Diskutiert wird mit Verweis auf den nach § 100 Abs. 5 AktG notwendigen „Sachverstand auf den Gebieten der Rechnungslegung oder Abschlussprüfung“ („Financial Expert“)¹⁸¹, ob es einen entsprechenden Sachverstand in Klimafragen („Climate Expert“, „Sustainability Expert“) geben sollte.¹⁸²

177 Russell Reynolds Associates, „Analyse der DAX 30 Aufsichtsgremien (inklusive Vorstandsbehandlung)“, März 2021, S. 17 abrufbar unter: <https://directors-channel.com/wp-content/uploads/2021/06/Analyse-der-DAX-30-Aufsichtsgremien-inkl.-Vorstandsbehandlung-fuer-Aufsichtsratinnen-Netzwerk-01-03-2021.pdf>. Auch diese dienen nicht primär der „proaktiven Beschäftigung mit den Themen CSR und ökologischer Nachhaltigkeit“ sondern haben die Aufarbeitung vergangener Skandale zum Gegenstand, wie etwa der „Sonderausschuss Dieselmotoren“ bei VW oder der „Ausschuss zum Glyphosat-Rechtskomplex“ bei Bayer. Zur Studie auch ZIMMERMANN, ESG braucht Kompetenz und Mandat in der Unternehmensführung, FAZ v. 29.12.2021, S. 18.

178 DAI-Studie „Unternehmen im Transformationsprozess“, S. 10. Hierfür hatten das Deutsche Aktieninstitut und die Rechtsanwaltskanzlei Hengeler Mueller im Oktober 2021 die Finanzvorstände und Aufsichtsratsvorsitzenden der 160 Unternehmen des DAX, MDAX und SDAX zu einer Umfrage eingeladen. Die Rücklaufquote betrug etwa 20 % (310 Personen, von denen 44 direkt teilnahmen und 17 ihre Antwort an Mitarbeiter delegierten).

179 FLEISCHER, DB 2022, 37, 42.

180 Russell Reynolds Associates, „Analyse der DAX 30 Aufsichtsgremien (inklusive Vorstandsbehandlung)“, März 2021, S. 18 abrufbar unter: <https://directors-channel.com/wp-content/uploads/2021/06/Analyse-der-DAX-30-Aufsichtsgremien-inkl.-Vorstandsbehandlung-fuer-Aufsichtsratinnen-Netzwerk-01-03-2021.pdf>; hierzu auch ZIMMERMANN, ESG braucht Kompetenz und Mandat in der Unternehmensführung, FAZ v. 29.12.2021, S. 18.

181 Hierzu HÜFFER/KOCH, aaO (Fn. 155), § 100 AktG Rdn. 24, 31.

182 FLEISCHER, DB 2022, 37, 42; WELLERDT, ZIP 2022, 356, 360.

Der neu gefasste DCGK empfiehlt in Ziff. C.1, dass das Kompetenzprofil des Aufsichtsrats auch Expertise zu Nachhaltigkeitsfragen umfassen solle.¹⁸³ Darüber hinaus sieht er in Ziffer D.3 vor, dass der Vorsitzende des Prüfungsausschusses entweder über Sachverstand auf dem Gebiet der Rechnungslegung oder auf dem Gebiet der Nachhaltigkeitsberichterstattung verfügen solle.¹⁸⁴ Hier wählt der DCGK auf Kritik der VGR hin¹⁸⁵ eine deutlich zurückhaltendere Formulierung als noch der Entwurf der Kodex-Kommission von Januar 2022.¹⁸⁶

VII. Hauptversammlung

In den USA nutzen aktivistische Aktionäre die Hauptversammlung, um eine klimafreundlichere Unternehmenspolitik anzustoßen (*unter 1.*). Daneben erweisen sich institutionelle Investoren, wie etwa Pensionsfonds, zunehmend als „Promotoren des Klimaschutzes“¹⁸⁷ (*unter 2.*). Mit Blick auf die Hauptversammlung können sich daher ebenfalls Governance-Implikationen der Klimaschutzdebatte ergeben. Sie betreffen sowohl Satzungsklauseln zum Klimaschutz (*unter 3.*) als auch diesbezügliche Hauptversammlungsbeschlüsse, die international unter dem Stichwort „Say on Climate“ diskutiert werden (*unter 4.*).

1. Shareholder Climate Activism

Das Nachhaltigkeitsstreben aktivistischer Aktionäre wird unter dem Stichwort des *shareholder climate activism* diskutiert.¹⁸⁸ So wählten die Aktionäre von

183 Deutscher Corporate Governance Kodex vom 28.4.2022, abrufbar unter www.dcgk.de.

184 Online abrufbar unter www.dcgk.de/de/konsultationen/aktuelle-konsultationen.html.

185 Die VGR hatte in ihrer Stellungnahme vom 3.3.2022 kritisiert, eine zu weitgehende Anhebung der Anforderungen habe zur Folge, dass die Auswahlmöglichkeiten stark eingeschränkt würden und eine zu geringe Gewichtung anderer Qualifikationen und persönlicher Eigenschaften der Aufsichtsratsmitglieder drohe, Stellungnahme der VGR zum geänderten Deutschen Corporate Governance Kodex vom 7.3.2022, abrufbar unter: www.dcgk.de/de/konsultationen/aktuelle-konsultationen.html, Rdn. 54.

186 Dieser hatte noch vorgesehen, dass der Vorsitzende des Prüfungsausschusses sowie mindestens ein weiteres Mitglied des Prüfungsausschusses über Kenntnisse der Rechnungslegung *einschließlich* der Nachhaltigkeitsberichterstattung verfügen sollten, DCGK-Entwurf v. 22.1.2022, Ziff. D4, abrufbar unter www.dcgk.de/de/konsultationen/aktuelle-konsultationen.html.

187 FLEISCHER, DB 2022, 37, 45 (These 6); HÖSLI/WEBER, Climate Change Reporting and Due Diligence: Frontiers of Corporate Climate Responsibility, ECFR 2021, 948, 954.

188 Der Begriff wird in den letzten Jahren zunehmend gebraucht, etwa bei MORMANN, Deconstructing Shareholder Climate Activism: Why Institutional Investors Are Bullying

ExxonMobil Kandidaten des aktivistischen Hedgefonds „Engine No. 1“ gegen den Willen der Unternehmensleitung in das Board des amerikanischen Ölkonzerns.¹⁸⁹ Diese sollen die „grüne Wende“ des Konzerns einleiten, der bis heute weitgehend am Konzept fossiler Energieträger festhält.¹⁹⁰

Die Leitung des Energiekonzerns Chevron wurde ebenfalls durch shareholder climate activism überrascht. So stimmten 61 % der Aktionäre für einen Antrag, wonach Chevron seine Treibhausgasemissionen (inklusive der sog. Scope 3-Emissionen) senken müsse.¹⁹¹ Chevron sollen mithin auch die produktbezogenen Emissionen der Geschäftspartner und Kunden zugerechnet werden, die bei diesen durch die Nutzung der von Chevron erworbenen Energie anfallen. Wie wir aus der Vergangenheit wissen, finden Entwicklungen in den USA zeitverzögert auch ihren Weg nach Europa.

2. Marktweites Stewardship durch institutionelle Investoren

Institutionelle Investoren haben in der Regel ein breites Portfolio, häufig bilden sie den gesamten Index ab.¹⁹² Mit Blick auf die Klimaschutzdebatte birgt dies Chancen und Risiken¹⁹³: Ihre geringe Beteiligung in jedem einzelnen Unternehmen macht institutionelle Investoren üblicherweise zu passiven Anle-

Carbon Majors, JOTWELL (August 20, 2021) (abrufbar unter <https://lex.jotwell.com/deconstructing-shareholder-climate-activism-why-institutional-investors-are-bullying-carbon-majors/>), inhaltlich Bezug nehmend auf Condon, Externalities and the Common Owner, 95 Wash. L. Rev. 1 (2020); ebenso bei JEROSCH-HEROLD/THOMÄ/DUPRÉ/COOKE (2°Investing Initiative), Passing the Baton (Discussion Paper), 2019 (abrufbar unter: https://2degrees-investing.org/wp-content/uploads/2019/12/2DII_Shareholder_Resolutions_Report_Passing_the_Baton.pdf).

189 Zwei Plätze waren Engine No. 1 bereits am 26.5.2021 sicher, der dritte bestätigte sich in der darauffolgenden Woche, vgl. www.handelsblatt.com/unternehmen/energie/oelkonzern-aktivistische-aktionaeere-robern-dritten-platz-im-exxon-board/27251754.html?ticket=ST-10295613-7HcmCmSBN4fSqighIzpa-ap2 (Stand: 3.1.2022).

190 Pressemitteilung von Engine No. 1 vom 24. Mai 2021: „What the Board needs are directors with experience in successful and profitable energy industry transformations who can help turn aspirations of addressing the risks of climate change into a long-term business plan, not talking points.“; „[ExxonMobil] [...] has [for years] refused to take even gradual material steps towards being better positioned for the long-term in a decarbonizing world“, www.businesswire.com/news/home/20210524005576/en/Engine-No.-1-Responds-to-ExxonMobil-Board-Announcement (Stand: 3.1.2022).

191 Pressemitteilung von Follow this vom 26. Mai 2021, www.follow-this.org/61-of-chevron-shareholders-support-follow-this-climate-resolution/ (Stand: 3.1.2022).

192 LUND, Passive Investing and Corporate Governance: A Law and Economics Analysis (Juli 2020), S. 4, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3623381.

193 Näher LIEBERKNECHT, Institutional Investors as Climate Activists (in Vorbereitung).

gern: Anders als aktivistische Hedgefonds lohnt es sich für institutionelle Investoren nicht, viele Ressourcen in Veränderungen der Corporate Governance zu investieren (kein *firmenspezifisches* Stewardship).¹⁹⁴ Prädestiniert sind passive Investoren aber mit Blick auf *marktweites* Stewardship durch das Aufstellen marktweiter Standards.¹⁹⁵ Sollte sich das deutsche Aktienrecht für diese Art des Stewardships öffnen wollen, müsste indes die Teilnahme an Hauptversammlungen für ausländische institutionelle Investoren attraktiver gestaltet werden, etwa durch eine Beibehaltung virtueller Hauptversammlungen oder durch elektronische Stimmabgaben,¹⁹⁶ wie sie ein Referentenentwurf des BMJ von Februar 2022 vorsieht.¹⁹⁷

3. Klimaschutz als statutarische Unternehmenszielbestimmung

Auch wenn in Deutschland noch keine neue Rechtsform mit Nachhaltigkeitszweck existiert, kann der Klimaschutz bereits heutzutage als (weitere) Unternehmenszielbestimmung mit einer Dreiviertelmehrheit (§ 179 Abs. 2 AktG) in der Satzung verankert werden.¹⁹⁸ Schon die in den letzten Jahren geführte Debatte um (allgemeinere) Corporate Purpose-Klauseln hat ergeben, dass Aktionäre ihre Gesellschaft nachträglich auf eine stärkere stakeholder-Orientierung hin ausrichten können. Umstritten bleibt dabei jedoch das erforderliche Quorum.¹⁹⁹

194 LUND, *Passive Investing and Corporate Governance: A Law and Economics Analysis* (Juli 2020), S. 7, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3623381; KLÖHN, ZHR 185 (2021), 183, 190 ff.

195 Eingehend KLÖHN, ZHR 185 (2021), 183, 197

196 Zur virtuellen Hauptversammlung Noack/Zetzsche, Die virtuelle Hauptversammlung nach dem COVID-19-Pandemie-Gesetz 2020, AG 2020, 265 ff.; zur elektronischen Stimmrechtsabgabe SEIBT/DANWERTH, Die Zukunft der virtuellen Hauptversammlung während und nach der COVID-19-Pandemie, 1241, 1249; zum Ganzen KLÖHN, ZHR 185 (2021), 183, 213.

197 Abrufbar unter www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_virtuelle_Hauptversammlung.pdf?__blob=publicationFile&v=3; dazu KLEIN, Der Referentenentwurf des Gesetzes für virtuelle Hauptversammlungen, NZG 2022, 483.

198 FLEISCHER, DB 2022, 37, 40 sowie 43.

199 FLEISCHER, ZIP 2021, 5, 12 hält auch hier eine Dreiviertelmehrheit für ausreichend, dagegen ist nach MÜLBERT, Soziale Verantwortung von Unternehmen im Gesellschaftsrecht, AG 2009, 766, 772, analog § 33 Abs. 1 S. 2 BGB ein einstimmiger Beschluss erforderlich. Ausschlaggebend dürfte hier sein, ob man eine Änderung der Corporate Purpose mit einer Änderung des Gesellschaftszwecks gleichsetzt. Fleischer verneint dies: Gesellschaftszweck und Corporate Purpose seien zu unterscheiden, sodass eine Änderung der Corporate Purpose gerade nicht die erwerbswirtschaftliche Ausrichtung der Gesellschaft in Frage stelle; so auch KORT, NZG 2012, 926, 930.

Allerdings darf eine solche Statuierung nicht so weit gehen und nicht so konkret sein, dass die Leitungsautonomie des Vorstands (§ 76 Abs. 1 AktG) zu sehr beschnitten wird.²⁰⁰ Dies soll bei Corporate Purpose-Klauseln etwa dann der Fall sein, wenn die Satzung dem Vorstand detaillierte Vorgaben für Mitarbeiterführung, Produktauswahl oder Produktionsmethoden macht.²⁰¹ Das OLG Stuttgart hatte bereits vor einigen Jahren entschieden, dass Satzungsänderungen mit „weltanschaulichen Grenzziehungen“ das Leitungsermessen des Vorstandes nicht unzulässig einschränken, wohl aber eine Begrenzung des Unternehmensgegenstandes²⁰² im Sinne einer Untersagung der Geschäftstätigkeit mit zwei konkreten Produkten.²⁰³ Legt man diese Maßstäbe an, dürften bei Klimabelangen verbindliche jährliche CO₂-Reduktionsziele mit der Leitungsautonomie des Vorstands kaum vereinbar sein.²⁰⁴

4. Hauptversammlungsbeschlüsse zu Klimafragen

a) Abgrenzung der Kompetenzen von Vorstand und Hauptversammlung

Ein Blick in ausländische Jurisdiktionen erhellt, dass Aktionäre hinsichtlich der Klimafreundlichkeit der Unternehmenspolitik „mitsprechen“ möchten.²⁰⁵ Die tradierte *Wall Street-Rule* „Love ‘em or leave ‘em“²⁰⁶, wonach Aktionäre ihre Wertpapiere zu verkaufen, sich aber nicht in die Unternehmensstrategie einzumischen haben, wenn ihnen die Richtung nicht passt, gilt nicht mehr.²⁰⁷ Vielmehr, so berichtet der US-Stimmrechtsberater ISS²⁰⁸, habe es im Jahr 2019

200 FLEISCHER, DB 2022, 37, 43.

201 MÜLBERT, AG 2009, 766, 772.

202 Zum Unterschied zwischen Unternehmensgegenstand, Unternehmenszweck und Corporate Purpose FLEISCHER, ZIP 2021, 5, 11.

203 OLG Stuttgart, Beschl. v. 22.7.2006 – 8 W 271/06, NZG 2006, 790.

204 FLEISCHER, DB 2022, 37, 43.

205 Vgl. zu den USA FLEISCHER, DB 2022, 37, 43.

206 So die Umschreibung der Wall Street Rule („immutable for as long as any of us can remember“) bei *Lowenstein*, 7 Ann. Rev. Banking L. (1988), 251; hierzu MANNWEILER/HEIN, FAZ v. 2.10.2021, S. 25.

207 MANNWEILER/HEIN, FAZ v. 2.10.2021, S. 25.

208 ISS steht für Institutional Shareholder Services. Die Unternehmensgruppe versteht sich als „provider of corporate governance and responsible investment solutions“ (www.issgovernance.com/about/about-iss/). Im November 2020 erwarb die Deutsche Börse in Partnerschaft mit dem aktuellen Management und Genstar Capital eine Mehrheitsbeteiligung an ISS (www.deutsche-boerse.com/dbg-de/media/pressemitteilungen/Deutsche-B-rse-bernimmt-mit-ISS-f-brenden-Anbieter-von-Governance-L-sungen-ESG-Daten-und-Analytik-2343864).

über 450 *shareholder resolutions* zu ESG-Fragen gegeben,²⁰⁹ im Folgejahr waren es bereits über 530.²¹⁰

In Deutschland sind vergleichbare Versuche des Münchener Investors Enkraft Capital, die RWE AG dazu zu bringen, sich von ihrem Braunkohlegeschäft zu trennen – zunächst durch öffentlichkeitswirksame Briefe²¹¹ an die Vorstands- und Aufsichtsratsvorsitzenden,²¹² zuletzt durch einen Antrag für die Hauptversammlung Ende April 2022²¹³ – erfolglos geblieben.

Die klassischen Instrumente des Aktienrechts sind nur bedingt geeignet, um Aktionären ein Mitspracherecht nach US-amerikanischem Vorbild zu gewähren: Dem Rede- und Auskunftsrecht der Aktionäre auf der Hauptversammlung fehlt es am „Votumcharakter“ eines Hauptversammlungsbeschlusses; der Entlastungsbeschluss betrifft die gesamte Geschäftsführung und erlaubt kein speziell auf Klimabelange abzielendes Statement.²¹⁴

Instrumente, die den „shareholder proposals“ näherkommen, sind demgegenüber kompetenzrechtlich bedenklich: Zielvorgaben zum Klimaschutz durch die Hauptversammlung würden die Kernkompetenz des Vorstands tangieren, (allein) für die Geschäfte der Gesellschaft zuständig zu sein.²¹⁵ Nur der Vorstand selbst kann die Initiative ergreifen und die Hauptversammlung einbin-

209 MANNWEILER/HEIN, FAZ v. 2.10.2021, S. 25.

210 VERNEY, Responsible Investor, Analyse v. 15.02.2022, abrufbar unter: www.responsible-investor.com/esg-resolution-round-up-100-more-e-and-s-proposals-filed-than-at-same-point-last-year/.

211 Briefe an den Vorstand stellen häufig den ersten Schritt einer Kampagne von Aktivisten dar, JASPERS, Sustainable Shareholder Activism, AG 2022, 145, 148 ff.

212 Manager-Magazin v. 9.9.2021, abrufbar unter: www.manager-magazin.de/unternehmen/braunkohle-sparte-investor-und-umweltschuetzer-schiessen-scharf-gegen-rwe-a-dd377b07-7aed-4a64-a2d7-b4636f2d9b56; dazu auch MANNWEILER/HEIN, FAZ v. 2.10.2021, S. 25. Den in einem weiteren Schreiben geäußerten Vorwurf, der Aufsichtsrat beschränke sich auf formale Aspekte seiner Funktion, trat der Aufsichtsratsvorsitzende der RWE durch einen ebenfalls öffentlichen Brief entgegen, dazu Handelsblatt v. 16.2.2022, abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/energie/klimaschutz-rwe-aufsichtsratschef-weist-kritik-von-investor-enkraft-zurueck/28076268.html>.

213 Der Antrag wurde mit einer Mehrheit von 97,56 % abgelehnt. Der Antrag von Enkraft, die Stellungnahmen von Vorstand und Aufsichtsrat sowie die Abstimmungsergebnisse sind abrufbar auf rwe.com; dazu auch Handelsblatt v. 29.3.2022, abrufbar unter: www.handelsblatt.com/unternehmen/energie/kohleausstieg-rwe-will-vorschlag-fuer-kohle-absaltung-abweisen/28210746.html. Vorstand und Aufsichtsrat empfahlen eine Woche nach dem Vorstoß von Enkraft, den Antrag abzuweisen. Eine „rechtlich bindende Vorfestlegung der Hauptversammlung würde dem Vorstand andere Handlungsspielräume juristisch verschließen“.

214 So HARNOS/HOLLE, AG 2021, 853, 856.

215 FLEISCHER, DB 2022, 37, 43.

den, indem er ihr nach § 119 Abs. 2 AktG Klimabelange zur Abstimmung unterbreitet.²¹⁶

b) Beschluss- und Tagesordnungsergänzungsverlangen zum Klimaschutz

Umgekehrt hat die Hauptversammlung jedoch kein Recht, die Zuständigkeit zur Umweltpolitik der Gesellschaft durch einen entsprechenden Beschluss an sich zu ziehen; ein diesbezügliches Tagesordnungsergänzungs- und Beschlussverlangen (§ 122 Abs. 2 AktG) einer qualifizierten Aktionärsminderheit liefe wegen Kompetenzüberschreitung ins Leere.²¹⁷ Die überwiegende Literatur meint darüber hinaus sogar, dass die Hauptversammlung nicht einmal einen reinen Meinungsbeschluss zu Klimafragen beantragen und verabschieden darf.²¹⁸ Ob die §§ 119 Abs. 2 und 122 Abs. 2 AktG auch *beschlusslosen* Tagesordnungspunkten zu einer aktionärsseitigen allgemeinen „Klimaaussprache“ entgegenstehen, ist noch nicht hinreichend geklärt.²¹⁹

Der Fall *Enkraft / RWE* zeigt aber anschaulich, auf welche Weise aktivistische Aktionäre die Hauptversammlung auch nach geltender Rechtslage aktivieren können, um Klimabelange zu thematisieren:²²⁰ Tagesordnungsergänzungsver-

216 Selbst wenn der Vorstand grundsätzlich gewillt ist, die Einschätzung der Hauptversammlung zu einer entsprechenden Geschäftsführungsmaßnahme einzuholen, läuft eine Vorlage nach § 119 Abs. 2 AktG Gefahr, überschießend zu wirken. Denn die Hauptversammlung hat die Wahl zwischen einer verbindlichen Sachentscheidung und einer unverbindlichen Empfehlung. Ob der Vorstand dieses Wahlrecht beschränken kann, indem er seine Vorlage von vornherein auf einen Konsultationsbeschluss der Hauptversammlung ausrichtet, ist umstritten, dazu eingehend HARNOS/HOLLE, AG 2021, 853, 857.

217 FLEISCHER, Klimaschutz im Gesellschafts-, Bilanz- und Kapitalmarktrecht, DB 2022, 37, 43; HÜFFER/KOCH, aaO (Fn. 155), § 119 AktG Rn. 11 sowie § 122 AktG Rdn. 23. Der Vorstand könnte ein wegen Kompetenzüberschreitung unzulässiges Ergänzungsvorbringen zurückweisen; eine gerichtliche Entscheidung infolge eines Antrags nach § 122 Abs. 3 S. 1 AktG würde ebenso ausfallen, HARNOS/HOLLE, Say on Climate, AG 2021, 853, 862; a. A. M. ROTH/EKKENGA, AG 2021, 409, 419.

218 KOCH, AktG, 16. Aufl., 2022, § 119, Rdn. 11; OTT, NZG 2020, 99, 101 mit Blick auf die faktische Bindungswirkung eines solchen Meinungsbeschlusses; HARNOS/HOLLE, AG 2021, 853, 863 (die dieses Ergebnis aus der restriktiven „Abkantung“ der Hauptversammlungskompetenzen gegenüber Vorstand und Aufsichtsrat gem. § 119 AktG herleiten) a. A. HÖLTERS/DRINHAUSEN, AktG, 4. Aufl., 2022, § 119, Rdn. 11.

219 FLEISCHER, DB 2022, 37, 43; dagegen OTT, NZG 2020, 99, 101; tendenziell verneinend mit ähnlichen Argumenten HARNOS/HOLLE, AG 2021, 853, 865: „Gradmesser bleibt die Frage, inwieweit Aktionäre als berechtigt anzusehen sind, die Hauptversammlung mit Geschäftsführungsfragen zu beschäftigen“; offenlassend („erwägenswert, wenn auch nicht gänzlich unproblematisch“) KOCH, aaO (Fn. 218), § 119 AktG Rdn. 11.

220 Eingehend hierzu JASPERS, AG 2022, 145, 151 ff., der als weitere „potentiell ESG-relevante“ Tagesordnungspunkte die Vorlage des Jahresabschlusses, die Gewinnverwen-

langen einer qualifizierten Minderheit gemäß § 122 Abs. 2 AktG sind zulässig, sofern sie die Kompetenzen der Hauptversammlung betreffen.²²¹ Abspaltungen nach § 123 Abs. 2 UmwG etwa bedürfen gemäß §§ 125, 13 Abs. 1 UmwG einer Zustimmung der beteiligten Rechtsträger (Spaltungsbeschluss). Der Spaltungsvertrag, der die Grundlage des Hauptversammlungsbeschlusses bildet, wird allerdings gem. §§ 125, 4 Abs. 1 UmwG von den Vertretungsorganen geschlossen und stellt damit eine Maßnahme dar, für die die Hauptversammlung nicht zuständig ist.²²² Zu einem Tagesordnungsergänzungsverlangen nach § 122 Abs. 1 AktG gelangt man, wie der Fall *Enkraft / RWE* zeigt, über einen Kniff: Anträge können sich auf einen Beschluss der Hauptversammlung richten, den Vorstand nach § 83 Abs. 1 AktG zur Vorbereitung einer Maßnahme nach § 123 Abs. 2 UmwG zu verpflichten.²²³ Solche anlassbezogenen Tagesordnungspunkte werden sich zwar nicht immer für die Diskussion von ESG-Belangen anbieten. Ein Einzelfall ist *Enkraft / RWE* allerdings auch nicht: Der US-Hedgefonds Third Point etwa forderte als neu eingestiegener Großaktionär bei Shell ebenfalls eine Spaltung, namentlich von alten Bereichen und dem Geschäft mit erneuerbaren Energien.²²⁴

derung, die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat, das say on pay sowie die Wahlen zum Aufsichtsrat identifiziert; anlassbezogen kann auch die materielle Rechtfertigung bei Kapitalerhöhungen unter Bezugsrechtsausschluss eine Diskussion über Nachhaltigkeitsaspekte auslösen.

221 KOCH, aaO (Fn. 218), § 122 AktG Rdn. 18; KG, Beschl. v. 12.3.2020 – 22 W 73/19; NZG 2020, 710.

222 Auch bei Geschäftsführungsmaßnahmen, bei denen nach der „*Holz Müller / Gelatine*“-Doktrin eine ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeit besteht, ist daher nach hM kein Tagesordnungsergänzungsverlangen der HV möglich, RIECKERS, in BeckOGK AktG § 122 Rdn. 24. Unzulässig sind Tagesordnungsergänzungsverlangen, die sich auf offensichtlich nicht geplante Maßnahmen richten, aber eine Diskussion ermöglichen sollen, STROHN, Zur Zuständigkeit der Hauptversammlung bei Zusammenschlussvorhaben unter Gleichen, ZHR 182 (2018), 114, 125 f.

223 Näher hierzu SPINDLER, aaO (Fn. 131), § 83 AktG Rdn. 2; vgl. auch den Wortlaut des Antrags (abrufbar unter rew.com): „Der Vorstand wird nach § 83 Abs. 1 AktG angewiesen, zum nächstmöglichen Zeitpunkt, spätestens zur nächsten ordentlichen Hauptversammlung der RWE Aktiengesellschaft, Vertrags- bzw. Planentwürfe und entsprechende Berichte für die rechtmäßige Abspaltung gemäß § 123 Abs. 2 UmwG der Beteiligung der RWE Aktiengesellschaft an der RWE Power AG zur Aufnahme auf einen bereits bestehenden Rechtsträger oder zur Neugründung auf einen dadurch gegründeten neuen Rechtsträger, nach pflichtgemäßer Auswahl des Vorstands, vorzubereiten und der Hauptversammlung zur Beschlussfassung vorzulegen. Der Vorstand wird angewiesen, sämtliche zur Durchführung der vorbeschriebenen Abspaltung erforderlichen Voraussetzungen nach pflichtgemäßem Ermessen entsprechend dieses Beschlusses zu erfüllen“.

224 Handelsblatt v. 27.10.2021, abrufbar unter: www.handelsblatt.com/unternehmen/oelkonzern-star-investor-daniel-loeb-greift-an-warum-seine-

c) *Say on climate*

Rechtspolitisch wäre zu erwägen, ein „Say on Climate“ in Anlehnung an das schon existierende „Say on Pay“ in § 120a AktG einzuführen.²²⁵ In Deutschland steht die diesbezügliche Diskussion allerdings erst am Anfang.²²⁶ Es würde sich beim Say on Climate um ein rein konsultatives Hauptversammlungs-votum handeln, nicht um ein die Leitungsorgane bindendes „Decide on Climate“,²²⁷ vgl. § 120a Abs. 1 S. 2 AktG („Der Beschluss begründet weder Rechte noch Pflichten. Er ist nicht nach § 243 anfechtbar.“).

Wie die Entwicklungsgeschichte des „Say on Pay“ zeigt²²⁸, könnte man das „Say on Climate“ entweder als fakultativen oder aber als einen zwingend durchzuführenden Tagesordnungspunkt für die Hauptversammlung ausgestalten.²²⁹ Einen detaillierten Vorschlag zur Ausgestaltung des „Say on Climate“ hat die VGR in ihrer Stellungnahme unterbreitet. Hiernach könnte man erwägen, einen „Say on Climate“-Beschluss dann durchzuführen, wenn eine Aktionärsminderheit i. S. v. § 122 Abs. 2 AktG dies verlangt. Sodann könnte der Vorstand der Hauptversammlung seinen Plan zum Umgang mit klimaschädlichen Emissionen – einschließlich kurz-, mittel- und langfristiger Ziele – zur Billigung vorlegen.²³⁰

Auch wenn im Schrifttum vereinzelt der Nutzen derartiger Beschlüsse hinterfragt wird²³¹, überzeugt diese Vorgehensweise: Denn jedenfalls kurzfristig ha-

aufspaltungsplaene-shell-noch-mehr-unter-druck-setzen/27744622.html?ticket=ST-15015431-7LXoA4aqW4o7u497fZxq-ap3.

225 FLEISCHER, DB 2023; näher WELLER/HOPPMANN, AG 2022 (im Erscheinen).

226 HARNOS/HOLLE, AG 2021, 853; OTT, NZG 2020, 99,

227 JASPERS, AG 2022, 145, 151: „Da praktisch jeder Aspekt unternehmerischer Betätigung Bezug zu Ökologie, Sozialem und Governance aufweist, würde eine Bindungswirkung dazu führen, dass das Verhältnis von Verwaltung und Aktionären und das Aktienrecht trotz europäischer Einflüsse immer noch prägende Prinzip der eigenverantwortlichen Leitung durch den Vorstand (§ 76 AktG) vom Kopf auf die Füße gestellt würde“.

228 HÜFFER/KOCH, aaO (Fn. 155), § 120a AktG Rdn. 1.

229 Dazu DRINHAUSEN, ZHR 186 (2022) 201, 211.

230 Stellungnahme der VGR zum geänderten Deutschen Corporate Governance Kodex vom 7. März 2022, abrufbar unter: www.dcgk.de/de/konsultationen/aktuelle-konsultationen.html, Rdn. 34ff.: „Der Vorstand sollte der Hauptversammlung seinen Plan zum Umgang mit klimaschädlichen Emissionen und deren Reduzierung sowie einen Bericht zu dessen Umsetzung jedenfalls dann zur Billigung vorlegen, wenn Aktionäre, deren Anteile den 20. Teil des Grundkapitals oder den anteiligen Betrag von EUR 500.000 erreichen, dies verlangen“.

231 Etwa von JASPERS, AG 2022, 145, 151. Die Abstimmung und Diskussion über einen derart komplexen und facettenreichen Gegenstand drohe überkomplex zu werden und schaffe unter Umständen keinen Mehrwert. Anders aber VETTER, Say-on-Climature-Voten international im Trend, Börsen-Zeitung v. 14.05.2022. Say on Climate-Beschlüsse

ben Klimaschutzbemühungen häufig negative Auswirkungen auf die Profitabilität. Ein solcher Einschnitt in die *shareholder value* legt eine Abstimmung zwischen Verwaltung und Eigentümern nahe.²³²

VIII. Zusammenfassung in Thesenform

1. In jüngerer Zeit wird das Gesellschaftsrecht zunehmend für die Verfolgung allgemeinpolitischer Zielsetzungen genutzt.
2. Die unionsrechtlich determinierte Nachhaltigkeitsberichterstattung wird künftig nicht mehr nur große Unternehmen betreffen, sondern sich auf weite Teile der mittelständischen Wirtschaft erstrecken.
3. Das in UK und USA aufkommende Phänomen der „Corporate Climate Litigation“ könnte künftig über den Transmissionsriemen der Legalitäts- und Sorgfaltspflichtverletzung auch in Deutschland relevant werden. Allerdings sind direkte Aktionärsklagen gegen den Vorstand aufgrund der Mediatisierung der Vorstandsüberwachung mittels des Aufsichtsrates an höhere Hürden gekoppelt (vgl. § 147 AktG).
4. Unionsrechtliche Vorgaben und die modifizierte Fassung des Deutschen Corporate Governance Kodex bewirken eine grundlegende Umwälzung der Corporate Governance:
 - a. Im Vorstandsrecht werden Nachhaltigkeitsbelange bei der Pflichtenerfüllung zunehmend betont. Daneben ist ein Bedeutungsgewinn klimasensibler Vergütung und spezialisierter „Chief Climate Officer“ zu erwarten.
 - b. Aufsichtsräte müssen künftig verstärkt auf Klimaexpertise achten, um die Überwachung von Nachhaltigkeitsbelangen durchführen zu können.
 - c. Aktionäre spielen eine entscheidende Rolle bei der Verfolgung von Nachhaltigkeitsbelangen. Neben das marktweite Stewardship von institutionellen Investoren tritt zunehmend die Hauptversammlung als Bühne für Nachhaltigkeitsdiskussionen – de lege lata über Tagesordnungsergänzungsverlangen nach § 122 Abs. 2 AktG, de lege ferenda womöglich über konsultative „Say on Climate“-Beschlüsse.

könnten danach für Vorstand und Aufsichtsrat vorteilhaft sein, wenn Klimaschutzmaßnahmen diskutiert werden, die sich für das Unternehmen selbst ökonomisch nicht lohnen. Ferner könnten auf diesem Wege Haftungsrisiken minimiert werden.

232 Stellungnahme der VGR zum geänderten Deutschen Corporate Governance Kodex vom 7. März 2022, abrufbar unter: www.dcgk.de/de/konsultationen/aktuelle-konsultationen.html, Rdn. 33.