



Aufsätze

Marc-Philippe Weller / Tim Fischer*

ESG-Geschäftsleitungspflichten

Unternehmenstransformation zur Klimaneutralität

Der nachfolgende Beitrag diskutiert die Auswirkungen bereits verabschiedeter oder geplanter gesellschaftsrechtlicher EU-Regelwerke zu den Themen ESG bzw. Nachhaltigkeit für Vorstand und GmbH-Geschäftsführung. Wie zu zeigen sein wird, zeichnet sich ein Paradigmenwechsel ab: Während die Geschäftsleitungen bisher frei darin waren, ESG-Themen bei ihren unternehmerischen Entscheidungen zu berücksichtigen, werden sie künftig gehalten sein, ESG-Belange mit justitiablem Gewicht in die Entscheidungsfindungsprozesse mit einzubeziehen.

I. Einführung

Environment Social Governance (ESG) ist im Begriff, zu den Leitthemen der 2020er Jahre aufzusteigen.¹ Die diesbezügliche Entwicklung verläuft so rasant und tiefgreifend, dass sie bereits mit einem „Tsunami“ verglichen wird.² Gerade in Deutschland kommt der Wandel mit Wucht: Hier werden Nachhaltigkeitsstrategien bislang eher als Feigenblatt und Marketinginstrument behandelt. Eine Studie der Managementconsultingfirma *Russell Reynolds* ergab jüngst, dass lediglich 25 % der befragten Unternehmen über eine belastbare Nachhaltigkeitsstrategie verfügten; nur 15 % der Mitarbeitenden attestierten der Vorstandsebene einen persönlichen Einsatz für ESG-Belange.³

1. These: ESG-Belange als Bestandteil der Leitungspflicht

Im Folgenden soll zu begründen versucht werden, dass sich die Verfolgung von ESG-Belangen zum Bestandteil der Leitungspflicht der Geschäftsführung entwickeln wird. Eine solche „ESG-Leitungspflicht“ ist nichts anderes als eine „Revolution“

im Gesellschaftsrecht.⁴ Das bislang nach § 76 AktG freie Leitungsmessen des Vorstands wird inhaltlich reduziert: Der Vorstand wird das Unternehmen künftig nicht nur zu leiten, sondern es dabei, neben der Verwirklichung anderer ESG-Belange, auch klimaneutral zu transformieren haben.

2. Gang der Untersuchung zur Begründung der These

Im Folgenden soll zunächst in Erinnerung gerufen werden, wie ESG inzwischen zum Leitthema emporgestiegen ist (unter II). Eines der materiellen Kernziele von ESG ist die Kompatibilität der Wirtschaft mit dem Pariser Klimaabkommen, also letztlich die Transformation der Unternehmenslandschaft in klimaneu-

* Prof. Dr. Marc-Philippe Weller, Licencié en droit (Montpellier), ist Direktor, Tim Fischer, LL.M. (Cambridge), ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg. Gedankt sei Dr. Laura Nasse und cand. iur. Camilla Seemann für wertvolle Anmerkungen. Der Aufsatz geht auf einen Vortrag des Erstverf. vor dem Münchener Gesprächskreis Unternehmensrecht im Oktober 2022 zurück; er dankt Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Schön und Prof. Dr. Mathias Habersack für die Einladung und allen Teilnehmenden für die bereichernde Diskussion.

1 So bereits Schön, ZfPW 2022, 207, 208, zum Begriff der „Nachhaltigkeit“.

2 Schön, ZfPW 2022, 207, 217: „Mit der Kraft eines Tsunami hat das Ziel eines klimaneutralen europäischen Wirtschaftsraums die unternehmensbezogene Berichterstattung in ihren Dienst gestellt.“

3 *Russell Reynolds*, Trennlinien und Erträge Deutschland, Januar 2022, S. 8 f., abrufbar unter: <https://www.russellreynolds.com/zh-cn/insights/divides-and-dividends/local-reports/germany>. Online abrufbare Fundstellen wurden zuletzt am 21.10.2022 abgerufen.

4 Vgl. zur CSR-Richtlinie (2014) bereits Hommelhoff in FS Kübler, 2015, S. 297: „Nichtfinanzielle Ziele (...) Revolution übers Bilanzrecht“.

trale Gesellschaften⁵ (unter III). Um die Klimaneutralität den Gesellschaften als Ziel aufzuerlegen, soll aus Sicht der EU neben öffentlich-rechtlichen Vorgaben⁶ auch das Gesellschaftsrecht aktiviert werden, das mit einer größeren Hebelwirkung aufgrund der Vielzahl an privaten Akteuren einhergeht. Aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive verdichten sich die Pflichten, welche die Unternehmen auf ESG trimmen sollen, zunehmend. Neben Berichtspflichten („nichtfinanzielle Erklärung“, § 289b ff. HGB) wird es ab dem 1.1.2023 für Großunternehmen und weite Teile des Mittelstandes Sorgfaltspflichten in der Lieferkette geben (§ 3 LkSG), die tief in die Unternehmens- und Konzernorganisation eingreifen. Zudem bereitet die EU-Kommission eine Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDD-Richtlinie)⁷ vor, welche die Unternehmen nach Art. 15 zur Transformation ihres Geschäftsmodells hin zu Klimaneutralität anhält (unter IV). Aus Sicht der Geschäftsleitung stellt sich die brisante Frage, ob und inwiefern diese *unternehmensbezogenen* ESG-Pflichten auch auf das *persönliche* Pflichtengefüge der Leitungsorgane ausstrahlen. Allgemein werden für Vorstand und Geschäftsführung die Leitungspflicht (§ 76 AktG), die Sorgfaltspflicht (§ 93 Abs. 1 AktG), die Legalitätspflicht, die Organisationspflicht und die organschaftlichen Treuepflichten unterschieden.⁸ Anerkannt ist, dass *unternehmensbezogene* Pflichten über den Transmissionsriemen der Legalitätspflicht auch in Pflichten der *Geschäftsleitung* transponiert werden können⁹ (unter V). Indes: Eine fundamentale Neuerung zeichnet sich bei ESG bereits ab. Bisher wird die Leitungspflicht diskretionär durch den Vorstand ausgefüllt – er hat nach § 76 AktG ein freies Leitungsermessen; er entscheidet ohne heteronome Vorgaben, wie er den statutarischen Unternehmensgegenstand erwerbswirtschaftlich ausfüllt, d.h. welche Geschäftspolitik er einschlägt. Die Geschäftsleitung *kann* dabei auch ESG-Belange verfolgen, sie *muss* es aber nicht. So *kann* etwa die Geschäftsleitung der Deutschen Bahn entscheiden, mit grünem Strom zu fahren (und damit zu werben), sie *muss* es aber nicht. Diese Freiheit wird nun eingeschränkt: Durch den „ESG-Tsunami“ wird die – bisher an keine inhaltlichen Vorgaben gekoppelte – Leitungspflicht künftig materiell aufgeladen. Das bislang freie Geschäftsleitungsermessen wird partiell reduziert, indem Geschäftsleitungsentscheidungen fortan unter den Vorbehalt der ESG- und speziell der Klimakompatibilität gestellt werden. War der Vorstand bisher *frei* darin, (auch) ESG-Belange bei der Unternehmensleitung zu berücksichtigen, *hat* er diese nunmehr zu beachten. Anders gewendet: Aus einem diskretionären „Kann“ wird ein obligatorisches „Muss“. Freilich gibt es zahlreiche Ausnahmen, die im Folgenden ebenfalls diskutiert werden sollen (unter VI). Diese materiell aufgeladene ESG-Leitungspflicht hat auch Auswirkungen auf die Governance und Organisation der Aktiengesellschaft, insofern bringt sie gewisse ESG-Organisationspflichten hervor (unter VII).

3. Themenbegrenzung

Im Konzern führt ESG im Anwendungsbereich des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes (LkSG) sogar zu einer ESG-Konzernleitungspflicht des Vorstands der Konzernobergesellschaft gegenüber Konzerngesellschaften,¹⁰ auf die ein bestimmender Einfluss ausgeübt wird (vgl. § 2 Abs. 6 Satz 3 LkSG), in der Lieferkette zu ESG-Sicherstellungspflichten¹¹ gegenüber den unmittelbaren und mittelbaren Zulieferern (§ 6 Abs. 4 und § 9

LkSG). Diese – für sich genommen jeweils größeren – Problemkomplexe bleiben einer gesonderten Untersuchung vorbehalten.

II. Der Aufstieg von „ESG“ zum Leitthema

1. Vom Shareholder Value- zum Stakeholder-Ansatz

Die 1970er bis 90er Jahre standen im Zeichen des von der *Chicago School* geprägten *shareholder value-approach*.¹² Erst seit der Jahrtausendwende wird im Rahmen der Leitungsaufgabe des Vorstands gem. § 76 Abs. 1 AktG vermehrt eine interessenpluralistische Ausrichtung des Unternehmensziels unter dem Stichwort des *stakeholder approach* erwogen.¹³ Die Diskussion mündete im Konzept der *Corporate Social Responsibility*¹⁴ (CSR).¹⁵ Diese fand mit der CSR-Richtlinie (2014)¹⁶ zunächst Einzug in die *nichtfinanzielle* Berichterstattung großer börsennotierter Unternehmen. Wie der Fokus auf *Social* erhellt, stand die Einhaltung von Menschenrechten im Vordergrund¹⁷ (vgl. § 289c Abs. 2 Nr. 2 bis 4 HGB), Umweltschutz und geschäftsethische Belange waren im „Social“ gleichsam mitenthalten (vgl. § 289c Abs. 2 Nr. 1 und 5 HGB).¹⁸

2. Von Corporate Social Responsibility (CSR) zu Environment Social Governance (ESG)

Mit dem Pariser Klimaabkommen (2015),¹⁹ sich häufenden Extremwetterereignissen und der *Fridays-for-Future*-Bewegung ist ein noch prononcierter Wandel eingetreten: Die Umwelt und das Klima sind zu einem Großthema (auch des Gesellschaftsrechts) avanciert.²⁰ Die diesbezügliche Aufwertung der Klimabelange in der Unternehmenspraxis ist terminologisch

5 Schön, ZfPW 2022, 207, 217.

6 Siehe z.B. das Kohleausstiegsgesetz.

7 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der RL (EU) 2019/1937; hierzu *Hübner/Habrigh/Weller*, NZG 2022, 644.

8 *Sailer-Coceani* in Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 93 AktG Rz. 6 ff.

9 *Lieberknecht*, Die internationale Legalitätspflicht, 2021, S. 11 ff.

10 Grundlegend *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht, 1982; vgl. zum Meinungsstand *Altmeyen* in MünchKomm/AktG, 2022, § 309 AktG Rz. 50 ff.

11 Zur Figur der Sicherstellungspflichten *Koziol*, AcP 219 (2019), 376 ff.

12 *K. Schmidt*, 4. Aufl. 2002, § 26 II 3c, § 28 II 5.

13 *Seibt* in Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 76 AktG Rz. 40 ff.; *Renner*, ZEuP 2022, 786 ff.

14 Soweit ersichtlich taucht der Begriff CSR erstmals auf bei *Bowen*, Social Responsibility of the Businessman, 1953; Zur geschichtlichen Entwicklung hin zu ESG bei *Lund/Pollman*, 121 Colum. L. Rev. (2021), 2563, 2612 f.

15 *Mittwoch*, Nachhaltigkeit und Unternehmensrecht, 2022, S. 163 ff., 296 ff.; *Simon*, Die Legitimation der CSR-RL und ihre Auswirkungen auf die Unternehmensverfassung der Aktiengesellschaft, 2019, S. 15 ff., 30 ff.

16 RL 2014/95/EU; umgesetzt in Deutschland mit §§ 289a ff., 315a ff. HGB.

17 *Hübner*, Unternehmenshaftung für Menschenrechtsverletzungen, 2022; *Weller/Kaller/Schulz*, Haftung deutscher Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, AcP 216 (2016), 387 ff.; *Weller/Nasse* in FS Ebke, 2021, S. 1071 ff.

18 *Wiedmann/Hoppmann*, CCZ 2020, 225.

19 BGBl. 2016 II 1082; UN Treaty Collection Vol. II Kap. 27, 7d.

20 *Renner*, ZEuP 2022, 786 ff.; *Dörrwächter*, NZG 2022, 1083.

mit dem Begriff *Environment Social Governance* (ESG)²¹ nachvollzogen worden: *Environment* steht jetzt explizit gleichberechtigt neben den *Social*-Belangen.²²

Das Gesellschaftsrecht wird seit einigen Jahren zunehmend mit in Dienst genommen, um gesellschaftspolitische Anliegen²³ zu verwirklichen, namentlich den Klimawandel zu bekämpfen („The Law of the Corporation as Environmental Law“²⁴).²⁵ Die Einbeziehung von öffentlichen Interessen und namentlich ESG in gesellschaftsinterne Vorgänge kann als zunehmende „politicization of the corporation“ verstanden werden.²⁶ Mit dieser Entwicklung findet das Aktienrecht bemerkenswerter Weise zu seinen historischen Ursprüngen zurück.²⁷ Die Gründung von Aktiengesellschaften erfolgte in Deutschland bis zur ersten Aktienrechtsnovelle 1870 nach dem Konzessionssystem: Die Unternehmensgründung war damals abhängig von einer staatlichen Genehmigung, die zunächst nur erteilt wurde, wenn sich die Gesellschaft Gemeinwohlbelangen verpflichtete.²⁸ „Die Rechte der Corporationen ...[kamen] nur solchen vom Staate genehmigten Gesellschaften zu, die sich zu einem fortwährenden gemeinnützigen Zwecke verbunden haben.“²⁹ Die Vergangenheit holt die Zukunft wieder ein, so scheint es.

III. Klimaneutralität als materielle Zielvorgabe

Der gesellschaftspolitisch bedeutsamste Aspekt der Dimension *Environment* in ESG ist der Kampf gegen die anthropogene globale Erwärmung, den wir im Folgenden exemplarisch herausgreifen. Über das „Ob“ der Notwendigkeit klimaneutralen Wirtschaftens besteht inzwischen politisch weitgehender Konsens. Dieser Konsens hat seinen Ausdruck in verschiedenen programmatischen Rechtsinstrumenten gefunden, zuvorderst dem Pariser Klimaabkommen, welches 195 Staaten ratifiziert haben. Es stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage, inwiefern sich dieses Klimaziel zu einer justiziablen Zielvorgabe auch für private Unternehmen im Gesellschaftsrecht verdichtet.

1. Klimaneutralität als Zielvorgabe im internationalen und nationalen Klimaschutzrecht

Im Pariser Klimaabkommen haben sich die Staaten völkerrechtlich verpflichtet, Maßnahmen zu ergreifen, um die globale Erwärmung möglichst auf 1,5 °C gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen.³⁰ Angesichts des verbleibenden „Restbudgets“ für Treibhausgasemissionen müssen die klimapolitischen Bemühungen letztlich auf die Erreichung von Klimaneutralität binnen der nächsten 30 Jahre hinauslaufen.³¹ Dabei definiert die Klimaforschung als „Klimaneutralität“ eine Nettoneutralität bei Treibhausgasemissionen, d.h. einen Zustand, in dem die anthropogenen Emissionen von Treibhausgasen in einem bestimmten Zeitraum durch anthropogene Beseitigungsmaßnahmen ausgeglichen werden.³²

Wann und wie genau diese Klimaneutralität erreicht werden soll, ist eine den Mitgliedstaaten des Pariser Abkommens obliegende politische Entscheidung. Auf Ebene der EU haben sich die Mitgliedstaaten im „European Green Deal“ zum Erreichen der Klimaneutralität bis spätestens 2050 verpflichtet.³³ Auf nationaler Ebene hat sich Deutschland ein darüberhinausgehendes Ziel gesetzt: Nach dem Bundes-Klimaschutzgesetz soll be-

reits im Jahr 2045 vollständige „Netto-Treibhausgasneutralität“ erreicht werden.³⁴

2. Klimaneutralität als materielle Zielvorgabe im Gesellschaftsrecht?

Wie wirkt sich das politisch-programmatische Ziel der Klimaneutralität im Völkerrecht, Unionsrecht und nationalen Klimaschutzrecht nun auf private Unternehmen aus? *De lege lata* besteht für diese noch keine allgemeine Verpflichtung zur Ausrichtung ihrer Geschäftstätigkeit an den spezifischen öffentlich-rechtlichen Klimazielen.³⁵ Private Unternehmen sind (noch) nicht direkt zur Klimaneutralität in einem bestimmten Jahr oder zum Ergreifen darauf abzielender Maßnahmen und Pläne verpflichtet.³⁶ Adressaten der Verpflichtungen aus dem Pariser Klimaabkommen, dem „Europäischen Klimagesetz“ und dem

21 ESG ist ein Akronym, das wohl erstmals prominent von der UN in einem Report von 2004 verwendet wurde, *Financial Sector Initiative*, Who Cares Wins, 2004, 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.“

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

23 *Hellgardt/Jouannaud*, AcP 222 (2022), 163, 208; *Simons*, ZGR 2018, 316, 330; *Vetter*, ZGR 2018, 338, 362 f.

24 *Light*, 71 Stanford Law Review (2019), 137 ff.

25 *Koch*, 16. Aufl. 2022, § 76 AktG Rz. 35 ff.

26 *Ilmonen*, EBLR 32 (2021), 817, 819; ferner *Bahlinger/Leydecker*, NZG 2020, 1212; *Hellgardt/Jouannaud*, AcP 222 (2022), 163 ff.; *Schön*, ZIPW 2022, 207, 211; kritisch zur Entwicklung *Fleischer* in BeckOGK/AktG, § 76 AktG Rz. 42 (Stand: Juli 2022): „insbesondere nimmt die Indienstnahme des Aktienrechts für gesellschaftspolitische Anliegen allmählich besorgniserregende Formen an.“

27 Näher *Rentsch/Weller* in FS Henssler, 2023 (im Erscheinen).

28 *Habersack*, AcP 220 (2020), 595, 603; *Schubert*, Das Unternehmensinteresse – Maßstab für die Organwalter der Aktiengesellschaft, 2020, S. 23 f.

29 ALR II.6 § 25; näher *Habersack*, AcP 220 (2020), 594, 603.

30 Art. 2 Abs. 1 lit. a) Pariser Klimaabkommen.

31 Vgl. Art. 4 Abs. 1 Pariser Klimaabkommen.

32 Vgl. die Legaldefinition der „Netto-Treibhausgasneutralität“ in § 2 Nr. 9 KSG: „das Gleichgewicht zwischen den anthropogenen Emissionen von Treibhausgasen aus Quellen und dem Abbau solcher Gase durch Senken“.

33 Art. 2 Abs. 1 VO 2021/1119/EU; vgl. dazu *Schlacke/Köster/Thierjung*, EuZW 2021, 620.

34 § 3 Abs. 2 Satz 1 KSG. Zur infolge des Klimabeschlusses des BVerfG v. 24.3.2021 erforderlichen Anpassung des nationalen Klimaschutzrechts *Frenz*, EnZW 2021, 201.

35 Sektorspezifisch gelten einige Ausnahmen, in denen der Gesetzgeber Vorgaben zur Emissionsreduktion geregelt hat und damit letztlich branchenangehörige Unternehmen dem Emissionsreduktionspfad unterstellt, etwa die Stilllegung von Kraftwerksbetreibern der Stilllegung von Braunkohleanlagen gem. § 40 Abs. 1 Kohleausstiegsgesetz, ferner die weitergehenden Kohleverfeuerungs- und Vermarktungsverbote sowie das Verbot der Errichtung und Inbetriebnahme neuer Kohlekraftwerke gem. §§ 51 ff. Kohleausstiegsgesetz. *De lege ferenda* wird zur Einhaltung der Klimaziele auf EU-Ebene ein Verbot der Neuzulassung von Verbrennungsmotoren diskutiert.

36 Das KSG enthält in seiner Anlage 2 zu § 4 lediglich jährliche Höchstemissionsmengen für die verschiedenen Wirtschaftssektoren. Konkrete Pflichten für sektorangehörige Unternehmen lassen sich daraus nicht ableiten.

deutschen Klimaschutzgesetz sind die Staaten bzw. die EU.³⁷ *E contrario* verdeutlichen dies die jüngsten „horizontalen“ Klimawandelklagen von NGOs gegen private Unternehmen. Die darin geltend gemachten zivilrechtlichen Ansprüche auf Reduktion von Treibhausgasemissionen werden auf deliktische Generalklauseln gestützt.

Die an die Staaten adressierten Klimaziele wirken allerdings auf indirektem Wege: Sie verpflichten die Staaten zu einer umfassenden Politik der Treibhausgasreduktion.³⁸ Das Ergebnis dieser Politik sind dann – aber erst nach der Konkretisierung in Gesetzesform – auch Vorgaben für den privaten Sektor.³⁹ *Schlacke* spricht in Bezug auf das in § 9 KSG vorgesehene Klimaschutzprogramm von einem „Politikplanungsinstrument“.⁴⁰ Erst die zur Erreichung der Klimaziele (§ 3 KSG) zu verabschiedenden Gesetze können unmittelbare Pflichten für Private begründen. Das Klimaschutzgesetz ist insoweit kein Eingriffsrecht, sondern Planungsrecht: Um den völker- und unionsrechtlichen Verpflichtungen zur Klimaneutralität zu entsprechen, müssen der europäische und deutsche Gesetzgeber auch Unternehmen zur nachhaltigen Geschäftsführung verpflichten.⁴¹

In diesem Lichte lässt sich in der Gesamtbetrachtung der jüngeren ESG-Entwicklung von einem Prozess der Verdichtung hin zu einer Zielsetzung der Klimaneutralität auch für Unternehmen sprechen. Die Entwicklung kulminiert in der Pflicht zur Aufstellung einer mit dem 1,5 °C-Ziel kompatiblen langfristigen Geschäftsstrategie, wie sie Art. 15 Abs. 1 CSDD-Richtlinienentwurf statuiert.⁴² Die von der tschechischen Ratspräsidentschaft fortgeschriebene aktuellste Textfassung des CSDD-Richtlinienentwurfs vom 16.09.2022 sieht eine Ergänzung des Art. 15 vor, in der die Transformation zur Klimaneutralität den Unternehmen nun explizit bis 2050 vorgegeben wird.⁴³

IV. ESG-Pflichten der Gesellschaft

Wenn von ESG-Pflichten die Rede ist, ist zwischen den verschiedenen Pflichtadressaten zu unterscheiden: In die Pflicht genommen werden zunächst die *Gesellschaften*, mithin die *juristischen* Personen: Dies gilt sowohl für die ESG-Berichtspflichten aus der CSR-Richtlinie (2014), die nach dem Willen der EU-Kommission über die Corporate Sustainability Reporting Directive deutlich verschärft werden sollen (unter 1), als auch für die Sorgfaltspflichten unter dem Gesichtspunkt ESG bzw. Nachhaltigkeit, welche den Gesellschaften durch die Corporate Sustainability Due Diligence-Richtlinie auferlegt werden sollen (unter 2).

1. ESG-Berichtspflichten

Ein wesentlicher Pfeiler der ESG ist das Climate Reporting, das künftig erheblich ausgeweitet und von seinem bisherigen Nudging-Charakter⁴⁴ zu einer echten Pflicht hochgestuft werden soll.⁴⁵ Gegenwärtige Rechtsgrundlage des Climate Reporting ist die CSR-Richtlinie (2014), die in den §§ 289b ff. HGB umgesetzt wurde.⁴⁶ 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).⁴⁷

Nach dem EU-Kommissionsentwurf einer Corporate Sustainability Reporting-Richtlinie (2021) (im Folgenden CSRD-Richtlinien-Entwurf)⁴⁸ soll das Climate Reporting ausweislich Art. 19a Abs. 2a) iii) RL-Entwurf *erstens* viel detaillierter,⁴⁹ *zweitens* verbindlicher⁵⁰ und *drittens* durch eine deutlich größere Anzahl an Unternehmen erfolgen (statt 500 sollen künftig 15.000 erfasst werden)⁵¹ sowie, *viertens* zum Prüfungsgegenstand des Abschlussprüfers⁵² gemacht werden.⁵³

2. ESG-Sorgfaltspflichten (Corporate Sustainability Due Diligence-Richtlinienentwurf 2022)

Eine überraschende Flankierung erhält der Kampf gegen den Klimawandel aus dem Diskurs um die Beachtung der Menschenrechte durch Unternehmen. Anknüpfend an die Ruggie-Principles (2011)⁵⁴ konzentrierte sich dieser Diskurs zunächst auf die Verhinderung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten und insofern auf die beschäftigtenbezogene *Social Responsibility* von Unternehmen.⁵⁵ Diesen primär sozialen Fokus verfolgt auch das deutsche Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (2021), das dementsprechend eine Verknüpfung der Men-

37 Zum (diffizilen) Zusammenspiel von Klimaschutzrecht und -politik im Mehrebenensystem von Völkerrecht, Unionsrecht und nationalem Recht *Ekar dt/Hefß*, NVwZ 2021, 1421, *Franzius*, ZUR 2021, 131.

38 Vgl. *Schlacke*, NVwZ 2022, 905.

39 *Schlacke*, NVwZ 2022, 905, 908 ff.

40 *Schlacke*, NVwZ 2022, 905, 909.

41 *Schlacke*, NVwZ 2022, 905, 909 verweist unter Bezugnahme auf das Klimaschutzprogramm von 2019 auf das Brennstoffemissionshandlungsgesetz, das Kohleverstromungsbeendigungsgesetz und das Gebäudeenergiegesetz. De lege ferenda sei etwa das geplante Verbot der Neuzulassung von Verbrennungsmotoren in der EU hervorgehoben.

42 COM(2022) 71 final; hierzu *Hübner/Habrich/Weller*, NZG 2022, 644.

43 Council of the European Union, Presidency Text v. 16.9.2022 – 12486/22: „(...) the objective of achieving climate neutrality by 2050 as established in Regulation (EU) 2021/1119 (European Climate Law) (...)“.

44 *Fleischer*, AG 2017, 509, 521 f.

45 *Nietsch*, ZIP 2022, 449, 451 ff.; *Fleischer*, DB 2022, 37, 39 f.

46 Ausführlich *Simon*, Die Legitimation der CSR-RL und ihre Auswirkungen auf die Unternehmensverfassung der Aktiengesellschaft, 2019, S. 43 ff., 117 ff.

47 *Fleischer*, DB 2022, 37, 39 f.

48 COM(2021) 189 final.

49 Gem. Art. 19a Abs. 2(a)(i) müssen nun etwa Angaben zur Widerstandsfähigkeit des Geschäftsmodells und der Strategie in Bezug auf Nachhaltigkeitsaspekte gemacht werden.

50 So soll der bisher geltende „Comply-or-Explain-Grundsatz“ nach Erwägungsgrund 31 des Richtlinienentwurfs nun ersatzlos wegfallen.

51 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.

52 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.

53 Näher hierzu *Renner*, ZEuP 2022, 786, der den Ansatz des CSRD-Entwurfs mit der Diskussion um die „gesellschaftsbezogene Rechnungslegung“ der 1970er Jahre vergleicht und hierin eine Abkehr vom Corporate Governance-Paradigma sieht.

54 UN Guiding Principles on Business and Human Rights, 2011, abrufbar unter: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf (zuletzt abgerufen am 21.10.2022).

55 *Weller/Nasse* in FS Ebke, 2021, S. 1071 ff.

schenrechte mit der CO₂-Emissionsreduzierung nur vage und versteckt andeutet.⁵⁶ Demgegenüber möchte die EU-Kommission deutlich offensiver vorgehen. Sie verknüpft in der Corporate Sustainability Due Diligence-Richtlinie (CSDD) zwei bisher unabhängige Entwicklungslinien: zum einen die Lieferketten-Sorgfaltspflichten, zum anderen die Berichterstattung über die Nachhaltigkeit. Das Ergebnis ist eine Sorgfaltspflicht, die nicht mehr nur auf die Lieferketten, sondern zusätzlich auf die ökologische Nachhaltigkeit bezogen ist.⁵⁷ Art. 15 CSDD-Richtlinienentwurf verpflichtet künftig alle Groß- aber auch mittelständischen Unternehmen⁵⁸ zur Transformation hin zur Klimaneutralität.

V. ESG (auch) als Pflicht der Geschäftsleitung?

Die sich aus den neuen Gesetzgebungsvorhaben abzeichnenden ESG-Pflichten (Climate Reporting und Climate Due Diligence) richten sich an die jeweilige *Gesellschaft*. Im Folgenden soll eruiert werden, inwiefern diese ESG-Regelwerke darüber hinaus auch Pflichten der *Geschäftsleitung* hervorbringen. Traditionell wird deren Legalitätspflicht angeführt, wenn es um die Umsetzung von rechtlichen Vorgaben und damit auch ESG-Belangen geht. Wir werden im Folgenden indes zeigen, dass ESG nunmehr auch (sogar) die Leitungspflicht sowie die Organisationspflichten für sich einnimmt. Um es vorwegzunehmen: Vorstände und Geschäftsführungen werden künftig mit einem fundamental neuen Aufgabenprofil und Pflichtenportfolio konfrontiert. Die *Shareholder Value* Epoche der *Chicago School* (seit den 1970ern), die Zeit der Bonner Republik und ihrer „Deutschland AG“ sowie der Globalisierung (seit den 1990ern) weichen einer neuen Ära: derjenigen von Environment Social Governance.

1. Pflichten der Geschäftsleitung

Die Gesellschaftsrechtsdogmatik differenziert zwischen verschiedenen Pflichten der Geschäftsleitung. Im Folgenden ausgeklammert werden dabei die Treuepflichten des Vorstands gegenüber der Gesellschaft (§ 242 BGB), etwa Wettbewerbsverbote (§ 88 AktG), da ihnen hinsichtlich ESG nur eine hier nicht relevante Rolle zukommt.

a) Leitungspflicht (§ 76 AktG)

Die grundlegendste Pflicht des Vorstands zur Unternehmensleitung, die sich aus seiner organschaftlichen Funktion ergibt (ohne das Organ „Vorstand“ könnte eine juristische Person nicht handeln, vgl. § 31 BGB⁵⁹), regelt § 76 Abs. 1 AktG. Dort sind das Recht und die Pflicht zur aktiven, eigenverantwortlichen Leitung der Gesellschaft und damit der Unternehmenspolitik statuiert.⁶⁰ Als zentrale Leitungsfunktionen werden in der Literatur die Verantwortung für Planung, Steuerung, Organisation, Finanzen und Informationen identifiziert.⁶¹

b) Legalitätspflicht (§§ 76, 93 AktG)

Im Rahmen der Ausübung dieser Leitungspflicht hat sich der Vorstand *gesetzestreu* (legal) zu verhalten. Diese Selbstverständlichkeit (jedenfalls für die Beachtung inländischer Normen) wird als Legalitätspflicht bezeichnet.⁶² Sie wird dogma-

tisch als Unterfall der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gem. § 93 Abs. 1 AktG verstanden.⁶³

c) Sorgfaltspflicht (§ 93 Abs. 1 AktG)

Die allgemeine Sorgfaltspflicht ergibt sich aus § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG und verpflichtet den Vorstand bei seiner Amtsausübung, nicht nur legal zu handeln (Legalitätspflicht), sondern generell bei seiner Amtsführung – etwa bei unternehmerischen Entscheidungen – auf die Einhaltung der Sorgfalt eines „ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ zu achten. Es handelt sich um eine *nach innen* (der Gesellschaft gegenüber) gerichtete Pflicht, die einzelfallbezogen zu konturieren ist und die Art und Weise der Geschäftsleitung der jeweiligen Verkehrserwartung unterwirft.⁶⁴

d) Organisationspflicht (§ 93 Abs. 1 AktG)

Die Legalitätspflicht und die Sorgfaltspflicht beziehen sich auf das *eigene* Handeln des Vorstands und normieren Maßstäbe (Legalität, Sorgfalt) für die von diesem zu treffenden Entscheidungen. Davon abgrenzen lassen sich die Organisations- und Überwachungspflichten.⁶⁵ Sie sind zwar auch eigene Pflichten des Vorstands, sollen jedoch ein gesetzestreu Verhalten *aller Unternehmensorgane* und *Mitarbeiter/innen* sicherstellen.⁶⁶ Sie verpflichten Großunternehmen etwa zur Etablierung eines effektiven Compliance-Kontrollsystems, vgl. § 91 Abs. 2 AktG.

2. Legalitätspflicht als Transmissionsriemen für die ESG-Compliance

Unternehmensbezogene ESG-Vorgaben sind von den Geschäftsleitungen umzusetzen. Den „gesellschaftsrechtlichen Transmissionsriemen“⁶⁷ zur Pflichterweiterung *von der Gesellschaft auf die Geschäftsleitung* bildet die Legalitätspflicht; diese folgt für den Vorstand aus § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG und die GmbH-Geschäftsführung aus § 43 GmbHG.⁶⁸ Die Legalitäts-

56 Siehe § 2 Abs. 2 Nr. 9 LkSG.

57 Die Beobachtung der beiden sich kreuzenden Entwicklungslinien stammt von *Wolfgang Schön*.

58 Zum Geltungsbereich Art. 2 CSDD-RL-Entwurf.

59 *Grigoleit*, 2. Aufl. 2020, § 76 AktG Rz. 6; *Spindler* in MünchKomm/AktG, 5. Aufl. 2019, § 76 AktG Rz. 7.

60 *Fleischer*, NZG 2003, 449, 450; *Grigoleit*, 2. Aufl. 2020, § 76 AktG Rz. 4; *Hüffer* in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, S. 345.

61 *Fleischer* in BeckOGK/AktG, § 76 AktG Rz. 42 (Stand: Juli 2022).

62 *Grigoleit*, 2. Aufl. 2020, § 76 AktG Rz. 13; *Fleischer* in MünchKomm/GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 43 GmbHG Rz. 21 ff.

63 *Sailer-Coceani* in Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 93 AktG Rz. 7.

64 *Fleischer* in BeckOGK/AktG, § 93 AktG Rz. 57 (Stand: Juli 2022); *Spindler* in MünchKomm/AktG, 5. Aufl. 2019, § 93 AktG Rz. 25.

65 *Fleischer* in MünchKomm/GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 43 GmbHG Rz. 108 ff. Die Organisationspflichten werden vor dem Hintergrund der Arbeitsteilung in größeren Unternehmen teilweise ebenfalls als Ausprägung der Sorgfaltspflicht des Vorstands aus § 93 Abs. 1 AktG verstanden und mitunter als Legalitätskontrollpflicht bezeichnet, *Hoffmann/Schiefer*, NZG 2017, 401, 402 f.; *Harbarth/Brechtel*, ZIP 2016, 241, 249: „Legalitätsdurchsetzungspflicht“.

66 *Fleischer* in BeckOGK/AktG, § 93 AktG Rz. 130 (Stand: Juli 2022).

67 *Fleischer*, DB 2022, 37.

68 Ausführlich zu deren Grundlage und Reichweite *Lieberknecht*, Die internationale Legalitätspflicht, 2021; ferner im Kontext der Compliance-

pfligt hält den Vorstand zunächst dazu an, gesetzliche und judikative Klimaschutzvorgaben zu beachten und im Unternehmen zu implementieren.⁶⁹ In den USA ist insofern treffend von der „Climate Change Compliance“⁷⁰ die Rede. Art. 25 des EU-Kommissionsentwurfs einer Corporate Sustainability Due Diligence“-Richtlinie (2022) statuiert hierzu:

„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.“⁷¹

Die von der tschechischen Ratspräsidentschaft fortgeschriebene aktuellste Textfassung des CSDD-Richtlinienentwurfs sieht eine komplette Streichung des Art. 25 CSDD vor.⁷² Es solle in der Organisationsautonomie der jeweiligen Gesellschaften liegen, mit welchen Instrumenten sie die ESG-Belange durchsetzen; eine Managerhaftung sei dafür nicht unbedingt zwingend. U.E. ändert diese Streichung der Mangerhaftung für das deutsche Recht indes allenfalls etwas auf symbolischer Ebene. Denn die *lex lata* kennt bereits die Haftung des Vorstands für Legalitätspflichtverletzungen aus § 93 Abs. 2 AktG.⁷³

3. Ausstrahlung von ESG auf weitere Geschäftsführungspflichten?

Die ESG-Entwicklung ist indes so tief- und weitgreifend, dass sie die Geschäftsleitungen nicht nur über die Legalitätspflicht betrifft. Vielmehr führt sie zu einer Materialisierung der Leitungspflicht (unter VI) und damit einhergehend zu einer Pflicht, die Governance der Gesellschaft so zu organisieren, dass die Unternehmenstransformation zur Klimaneutralität auch institutionell gefördert wird (unter VII). Im Einzelnen:

VI. ESG-Leitungspflicht (§ 76 AktG)

1. Status quo: Freies Leitungsermessen

Im Ausgangspunkt ist das Ermessen der Vorstandsmitglieder bei Leitungsentscheidungen grundsätzlich frei. In der historischen Debatte um die insoweit maßgebliche Zielvorgabe⁷⁴ hat sich die Förderung des „Unternehmensinteresses“ als Interessenplurale Theorie durchgesetzt.⁷⁵ Bei der Ausübung seines Leitungsermessens hat der Vorstand eine freie, eigenverantwortliche Abwägung vorzunehmen: Unter angemessener Berücksichtigung aller betroffenen Interessen (der Aktionäre, von Arbeitnehmern, der Öffentlichkeit) hat der Vorstand die nach seiner Einschätzung bestmögliche Entscheidung zu treffen.⁷⁶

De lege lata sind Vorstände bei diesem Entscheidungsfindungsprozess in der Unternehmensführung zur Berücksichtigung von CSR- bzw. ESG-Belangen *berechtigt*, aber *nicht verpflichtet*.⁷⁷ Es gibt seit April 2022 immerhin eine Kodex-Empfehlung,⁷⁸ der Vorstand *solle* ESG-Faktoren bei der unternehmerischen Chancen- und Risiken-Abwägung berücksichtigen, sie in die Unternehmensstrategie integrieren und bei der Unternehmensplanung auch nachhaltigkeitsbezogene Ziele verfolgen. Die Kodex-Empfehlung hat jedoch ausweislich § 161 Abs. 1 Satz 1 AktG keinen inhaltlich verbindlichen Charakter, sondern erlegt der Geschäftsleitung als *soft law* nur ein *comply or explain* auf.⁷⁹

ESG wird vor diesem Hintergrund typischerweise (nur) dann herangezogen werden, wenn es *wirtschaftlich vorteilhaft* ist. Die

spannende Frage ist, ob ESG-Belange auch dann umzusetzen sind, wenn sie kostspielig sind und das Ergebnis einer ESG-Maßnahme in betriebswirtschaftlicher Hinsicht entweder unklar oder sicher nachteilig ist.⁸⁰

2. Ermessensreduktion durch Materialisierung der Leitungspflicht

Wir werden im Folgenden aufzeigen, dass die europäische und deutsche Rechtsentwicklung dazu führt, die bisher diskretionäre Leitungspflicht um ESG-Belange materiell aufzuladen mit der Folge, dass Geschäftsleitungen ESG-Belange auch bei wirtschaftlicher Nachteiligkeit in den Abwägungsprozess von Leitungsentscheidungen als Abwägungsfaktor von justiziablem Gewicht einzustellen haben.

a) Materialisierungstendenzen

Im Bürgerlichen Recht spricht man von einer Materialisierung,⁸¹ wenn bisher wertneutrale Pflichten und Institute des Privatrechts inhaltlich so angereichert werden, dass sie bestimmte Parteiinteressen oder gesamtgesellschaftliche Anliegen fördern, etwa den Verbraucherschutz, den Schutz des Schwächeren bei den Angehörigenbürgschaften oder die Einschränkung der Vertragsfreiheit bei Massengeschäften aufgrund verschiedener Diskriminierungsverbote (vgl. § 19 AGG).⁸²

Pflicht als „Legalitätspflicht“ Harbarth, ZHR 179 (2015), 136, 145 ff.

69 Fleischer, DB 2022, 37, 41.

70 Kuo/Means, Climate Change Compliance, 107 Iowa Law Review (2022).

71 COM(2022) 71 final, S. 66; aufgrund „vorprogrammierter Zielkonflikte“ kritisch hierzu Schmidt, Sustainable directors’ duties?, NZG 2022, 481 f.

72 Council of the European Union, Presidency Text v. 16.9.2022 – 12486/22, S. 77.

73 Vgl. gleichsinnig den im aktuellen Entwurf wieder gestrichenen 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.“

74 Eingehend Fleischer in BeckOGK/AktG, § 76 AktG Rz. 21 ff. (Stand: Juli 2022).

75 Vgl. Wentrup in MünchHdB/GesR, 5. Aufl. 2020, § 19 GesR Rz. 21; zum Überblick über die anderen Strömungen neben dem Unternehmensinteresse, Mertens/Cahn in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 15 ff.

76 Unternehmerische Entscheidungen gelten (nur) dann als „falsch“, wenn sie im Ergebnis die äußeren Grenzen der diskretionären Leitungskompetenz überschreiten, vgl. Hüffer, in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, S. 358. Ein prozeduraler Ansatz zur Zweckbindung (nur) bei der Ausübung des Leitungsermessens konnte sich nicht durchsetzen, vgl. dazu Großmann, Unternehmensziele im Aktienrecht, 1980, S. 61 ff.

77 Spindler in MünchKomm/AktG, 5. Aufl. 2019, § 76 AktG Rz. 81.

78 Deutscher Corporate Governance Kodex in der Fassung v. 28.4.2022, abrufbar unter www.dcgk.de., A1.

79 Kremer/Bachmann in Lutter/v. Werder, 8. Aufl. 2021, DCGK Präambel Rz. 38.

80 Dies *de lege lata* verneinend bei einer Gefahr für Bestand und Rentabilität des Unternehmens Dörrwächter, NZG 2022, 1083, 1092; die vorrangige Verfolgung von Gemeinwohlbelangen entgegen eines – wie üblich – betriebswirtschaftlichen Satzungszwecks lehnt auch Habersack, AcP 220 (2020), 594, 626 ab.

81 Grundlegend Canaris, AcP 200 (2000), 273 ff.

82 Vgl. Ernst in MünchKomm/BGB, 9. Aufl. 2022, Einl. SchuldR Rz. 53.

Eine solche Materialisierung lässt sich seit dem Jahrtausendwechsel auch im Gesellschaftsrecht beobachten. So hatte *Hommelhoff* bereits bei Einführung der CSR-RL (2014) einen Paradigmenwechsel bezüglich der Unternehmenszielbestimmung kommen sehen: weg vom eindimensionalen Streben nach kurzfristigen Gewinnen hin zu multidimensionaler Interessenberücksichtigung.⁸³

Schön konstatiert treffend, die europäische Gesetzgebung entwickle sich mit Macht dahin, die Leitungsorgane der Unternehmen ganz unabhängig vom präsumptiven Willen der Aktionäre auf eine klimafreundliche Geschäftspolitik festzulegen.⁸⁴ Es entwickle sich eine „materielle Corporate Social Responsibility“, die über die Berücksichtigung von Kundenwünschen, Reputationseffekten oder präsumptiven Investorenpräferenzen hinausgehe und „die Unternehmensvorstände dazu veranlassen soll, bei ihren geschäftlichen Entscheidungen Nachhaltigkeitsbelange auch dann zu verwirklichen, wenn dies weder gesetzlich vorgeschrieben ist noch den unmittelbaren betrieblichen Interessen der Kapitalgesellschaft und ihrer Gesellschafter entspricht.“⁸⁵ In der Tat, mit der CSDD-Richtlinie wird die bisherige (bloße) Berichtspflicht nun zu einer echten „Verhaltenspflicht“, welche „die Geschäftsleitung von Kapitalgesellschaften unmittelbar verpflichtet, Nachhaltigkeitszielen bei der Unternehmenspolitik einen Vorrang einzuräumen.“⁸⁶ Diese Intensität wird nicht nur positiv gesehen; so moniert etwa *Schön*, das „Gesellschaftsrecht (werde) endgültig und unmittelbar für Gemeinwohlinteressen instrumentalisiert.“⁸⁷

b) Unternehmenstransformation zur Klimaneutralität

Die Materialisierung der Leitungspflicht durch die neuen ESG-Regelwerke (Taxonomie-VO,⁸⁸ Offenlegungs-VO,⁸⁹ CSRD- und CSDD-Richtlinie, LkSG etc.) hat es in sich: Die Klimaziele der internationalen Gemeinschaft werden „als geschäftsleitende Direktiven gar nicht erst in das Belieben der Unternehmensleitung gestellt.“⁹⁰ Die Geschäftspolitik des Unternehmens *must* vielmehr auf das 1,5 Grad-Ziel ausgerichtet werden.⁹¹ „Die Umstellung des Geschäftsmodells auf nachhaltiges Wirtschaften wird als *nicht verhandelbar* vorausgesetzt.“⁹² Dies unterstreicht numehr auch Art. 15 Abs. 1 Corporate Sustainability Due Diligence-Richtlinienentwurf unter der Überschrift „combating climate change“:

„Große Unternehmen“⁹³ „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 ein aliud zu den auf die Lieferketten zugeschnittenen Sorgfaltspflichten in Art. 4 ff. RL-Entwurf: Die Klimawandelbekämpfungspflicht löst sich komplett von der spezifischen Lieferkettenproblematik und fokussiert stattdessen das gesamte Businessmodell eines Unternehmens als solches. Jenes soll nachhaltig und mit dem 1,5 °C-Ziel des Pariser Übereinkommens kompatibel sein. Es geht nicht mehr um die Art und Weise der Unternehmensleitung (das „Wie“ im Sinne einer Sorgfalt) sondern um das (vorgegebene) „Was“ und „Wohin“ der Geschäftspolitik. Der von der Bundesregierung eingesetzte Sustainable Finance Beirat greift die Diskussion um eine Materialisierung der Leitungspflicht auf und will die Nachhaltigkeit als ein stets mitzubehaltendes

Ziel der Unternehmensleitung in § 76 AktG explizit vorschreiben: „Der Vorstand hat die Gesellschaft im langfristigen Interesse des Unternehmens unter angemessener Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen zu leiten.“⁹⁴

3. Rechtsnatur der ESG-Leitungspflicht

Die ESG-Leitungspflicht ist von der Sorgfaltspflicht abzugrenzen (**unter a**). Sie hat zwar nicht den Charakter einer Erfolgspflicht, aber doch immerhin einer Bemühenspflicht (**unter b**).

a) Leitungs- vs. Sorgfaltspflicht

Die eben skizzierte ESG-Leitungspflicht folgt aus § 76 AktG; sie ist nicht zu verwechseln mit den Sorgfaltspflichten der Geschäftsleitung, welche die Vorstandsmitglieder nach § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG dazu anhalten, bei ihrer Tätigkeit „die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ anzuwenden. Die Sorgfaltspflichten regeln lediglich die *Art und Weise* der Unternehmensleitung (das „Wie“), sind aber nicht auf einen bestimmten *Inhalt* oder ein *Ziel* der Unternehmensleistung hin ausgerichtet (das „Was“ und „Wohin“).

Um sich den Unterschied zu vergegenwärtigen, kann man auf das Schuldrecht rekurren: Dort regeln die Leistungspflichten in § 241 Abs. 1 BGB den Inhalt des Schuldverhältnisses. Sie sind abzugrenzen von den Rücksichts- und Schutzpflichten in § 241 Abs. 2 BGB, welche die Beteiligten nur dazu anhalten, anlässlich der Leistungserbringung die Rechtsgüter und Interessen der anderen Seite nicht zu verletzen. Während die Leistungspflichten zu *erfüllen* sind (§ 362 BGB) und im Nichterfüllungsfall in natura durch Leistungsklage durchgesetzt werden können, können die Rücksichtspflichten als solche in der Regel

83 *Hommelhoff*, NZG 2015, 1329, 1330 f.: „Das Handlungsprogramm des Vorstands soll über die Interessen der shareholder hinaus auch auf die der stakeholder ausgerichtet werden“; ähnlich *Hommelhoff* in FS Kübler, 2015, S. 297: „Nichtfinanzielle Ziele (...) Revolution übers Bilanzrecht“; *Hommelhoff* in FS Hopt, 2020, S. 474.

84 *Schön*, ZfPW 2022, 207, 229: Unternehmensvorstände müssten nicht mehr nur über Umweltbelange berichten, sie würden auch dazu angehalten, „konkrete ‚Konzepte‘ zur Verwirklichung der im Gesetz genannten ESG-Ziele (zu) entwickeln und über deren Erreichungsgrad (zu) berichten.“ (...) „Man muss schon gute Nerven haben, wenn man sich – was bisher noch zulässig ist – der Ausarbeitung solcher Konzepte verweigert.“ Vgl. auch *Ekkenga/Schirmacher/Schneider*, NJW 2021, 1509, 1510 f.

85 *Schön*, ZfPW 2022, 207, 229.

86 So *Schön*, ZfPW 2022, 207, 229 f. bereits vor der Vorlage des CSDD-Richtlinienentwurfs durch die EU-Kommission.

87 *Schön*, ZfPW 2022, 207, 230; krit. zur Politisierungstendenz des Aktienrechts auch *Fleischer* in BeckOGK/AktG, § 76 AktG Rz. 42 (Stand: Juli 2022).

88 VO (EU) 2020/852 v. 18.6.2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen, ABl. Nr. L 198, S. 13.

89 VO (EU) 2019/2088 v. 27.11.2019 über nachhaltigkeitsbezogene Offenlegungspflichten im Finanzdienstleistungssektor, ABl. Nr. L 317, S. 1.

90 *Schön*, ZfPW 2022, 207, 255.

91 *Schön*, ZfPW 2022, 207, 255.

92 *Schön*, ZfPW 2022, 207, 254 (Hervorhebung durch Verf.).

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

94 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, zuletzt abgerufen am 21.10.2022).

nicht durchgesetzt oder eingeklagt werden.⁹⁵ Vielmehr steht es in der Organisationsautonomie des Schuldners, wie, d.h. durch welche Rücksichts- und Verkehrssicherungsmaßnahmen, er dem Nicht-Verletzungsgebot nachkommt. Rücksichtspflichten führen erst im Verletzungsfall – wie auch § 93 Abs. 2 AktG – zu einem Anspruch auf Schadensersatz (§ 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB). Dagegen ist die Leitungspflicht aus § 76 AktG vom Vorstand zu *erfüllen*.⁹⁶ Wird die Leitungspflicht nunmehr um ESG-Belange aufgeladen, sind diese vom Vorstand mehr als lediglich zu beachten (im Sinne eines bloßen Nicht-Verletzungsgebotes, wie es die Sorgfaltspflicht statuieren würde), sie sind vielmehr aktiv zu realisieren.

b) Erfolgs- vs. Bemühenspflicht

aa) obligations de résultat und obligations de moyens

Leistungspflichten im Schuldrecht können entweder als Erfolgs- oder als Bemühenspflicht ausgestaltet sein.⁹⁷ Diese aus dem französischen Recht stammende Unterscheidung zwischen *obligations de résultat* und *obligations de moyens*⁹⁸ findet sich auch im Bürgerlichen Recht in der Unterscheidung zwischen Werk- und Dienstvertrag: Beim ersteren ist ein (Werk-)Erfolg geschuldet (§ 631 Abs. 2 BGB), beim letzteren lediglich eine Tätigkeit, d.h. ein Bemühen, ein bestimmtes Ziel zu erreichen (§ 611 BGB).⁹⁹ Die Unterscheidung ist fundamental im Hinblick auf die Rechtsfolgen bei Leistungsstörungen und zeigt sich besonders klar im Falle einer Ex post-Betrachtung: Der Werkunternehmer kann sich nicht damit verteidigen, er habe sich noch so sehr bemüht; wenn und solange das Gebäude nicht errichtet ist, gibt es keine Gegenleistung (§ 641 BGB).¹⁰⁰ Im Dienstvertragsrecht bekommt der Schuldner die Gegenleistung hingegen schon für das bloße Bemühen, unabhängig davon, ob seine Mühewaltung zu einem messbaren Erfolg führt oder nicht (§ 614 BGB).¹⁰¹ Eine Schlechtleistung eröffnet daher im Dienstvertragsrecht anders als im Werkvertragsrecht (§ 634 BGB) keine Gewährleistungsrechte, weil der klare Erfolgsmaßstab fehlt, an dem man die Schlechtleistung messen könnte.¹⁰² Dem Gläubiger steht gegen den Schuldner allenfalls ein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB zu, der aber ein Vertretenmüssen des Schuldners und einen bezifferbaren Schaden voraussetzt.¹⁰³

bb) ESG-Leitungspflicht als Bemühenspflicht

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die neue ESG-Leitungspflicht als Erfolgs- oder Bemühenspflicht zu qualifizieren ist. Man neigt intuitiv zu letzterem, die Parallele zur Tätigkeit von Arbeitnehmern als Dienstleistung liegt auf der Hand (§ 611a BGB). Ganz eindeutig ist die Klassifizierung der ESG-Leitungspflicht freilich nicht: Erstens unterscheidet das Gesetz zwischen dem Arbeitsvertrag und dem Geschäftsbesorgungsvertrag von Vorständen. Letzterer verweist in § 675 Abs. 1 BGB gerade nicht nur auf das Dienstvertragsrecht, sondern auch auf die Erfolgselemente des Werkvertrages.¹⁰⁴ Und zweitens will die EU-Kommission variable Vergütungsbestandteile der Vorstandsmitglieder an das Erreichen gewisser ESG-Parameter koppeln. Ein diesbezüglicher Ausgestaltungsvorschlag von *Armour/Enriques*, das Nicht-Erreichen von vorab definierten ESG-Parametern mit einer Green Pill, also einer Gehalts-

kürzung, zu sanktionieren,¹⁰⁵ erinnert dabei stark an das für Erfolgspflichten charakteristische Minderungsrecht.

Gleichwohl folgt aus der Generalität der Leitungspflicht, welche die Geschäftsleitungen aller Unternehmen branchenunabhängig auf Klimaneutralität hin verpflichtet, dass notwendigerweise ein Umsetzungs- bzw. Erfüllungsermessens der Geschäftsleitungen bestehen muss.¹⁰⁶ Damit ist kein konkreter Erfolg geschuldet, sondern vielmehr ein Bemühen: Die Unternehmensleitungen haben – um nochmal *Schön* aufzugreifen – „alles in ihrer Macht Stehende zu tun, um mit ihrer Geschäftspolitik das Gemeinwohl – namentlich den Kampf gegen die Klimakatastrophe – zu unterstützen.“¹⁰⁷

4. Inhalt der ESG-Leitungspflicht

Im Folgenden soll versucht werden, den Inhalt der ESG-Leitungspflicht als Bemühenspflicht näher zu konkretisieren.

a) Prozedurale oder ergebnisbezogene Berücksichtigung von ESG-Parametern?

Dabei ist zunächst die jüngst von *Stephan Harbarth* aufgeworfene Frage zu klären, ob bei Geschäftsleitungsentscheidungen die ESG-Parameter in einem *prozeduralen* oder aber in einem *ergebnisbezogenen* Sinne zu berücksichtigen sind.¹⁰⁸

Verstünde man – so *Harbarth* – die ESG-Leitungspflicht prozedural, müssten die ESG-Belange „im Rahmen der einer unternehmerischen Entscheidung vorausgehenden Abwägung (lediglich) einzustellen sein. Die Unternehmensleitung [könnte] sich jedoch in Kenntnis und unter Inkaufnahme etwaiger nachteiliger Folgen für die genannten Belange gleichwohl stets (aus wirtschaftlichen Gründen) über sie hinwegsetzen.“¹⁰⁹ Für ein solches prozedurales Verständnis sprechen gute Gründe, namentlich der Wortlaut („Nachhaltigkeitsaspekte berücksichtigen“), His-

95 Weller, Die Vertragstreue, 2009, S. 226 ff.

96 Fleischer in BeckOGK/AktG, § 76 AktG Rz. 10 (Stand: Juli 2022) spricht insoweit von einem „Pflichtrecht“; vgl. auch Seibt in Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 76 AktG Rz. 9; Hüffer in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, S. 345 weist darauf hin, dass für die „Erfüllung“ der Leitungsaufgabe als Pflichtaufgabe im Regelfall eine Beschlussfassung des Vorstands in mehrköpfiger Besetzung erforderlich ist.

97 Bachmann in MünchKomm/BGB, 9. Aufl. 2022, § 241 BGB Rz. 22.

98 Nasse, Loi de vigilance, 2022, S. 182 ff.

99 Medicus/Lorenz, Schuldrecht II – Besonderer Teil, 18. Aufl. 2018, § 33 Rz. 1 ff.

100 Busche in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2020, § 641 BGB Rz. 3.

101 Vgl. OLG Frankfurt MDR 1992, 347.

102 OLG Frankfurt MDR 1992, 347; Maties in BeckOGK/BGB, § 611 BGB Rz. 331 (Stand: August 2022).

103 Vgl. Busche in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2020, § 631 BGB Rz. 11.

104 Staudinger/Martinek/Omlor, Neubearb. 2017, § 675 BGB B 1 ff.

105 Armour/Enriques/Wetzer, Green Pills: Making Corporate Carbon Commitments Credible (in Vorbereitung).

106 Zwar besagt Art. 15 Abs. 1 CSDD, dass „sicherzustellen“ ist, das Geschäftsmodell klimaneutral zu transformieren; allerdings zeigen die übrigen offenen Rechtsbegriffe, der Vorbehalt in Art. 15 Abs. 2 sowie die Priorisierungskriterien in Art. 6a CSDD, dass die Geschäftsleitung hier einen großen Ermessensspielraum hat.

107 Schön, ZfPW 2022, 207, 255.

108 Dazu ausführlich Harbarth, AG 2022, 633, 638 ff.

109 Harbarth, AG 2022, 633, 638.

torie und Telos von Art. 25 Abs. 1 CSDD-Richtlinienentwurf.¹¹⁰

Indes: Betrachtet man Art. 25 in einer Gesamtschau mit Art. 15 CSDD-Richtlinienentwurf, dürfte sich die ESG-Leitungspflicht nicht nur in einem prozeduralen Gehalt erschöpfen. Vielmehr wird man sie – um die Unterscheidung von Harbarth erneut aufzugreifen – insofern „ergebnisbezogen“ verstehen dürfen, als einschlägige ESG-Parameter „nicht nur in den Entscheidungsprozess einzubeziehen sind, sondern ihnen im Rahmen der Abwägung auch ein bestimmtes – ggf. justiziables – (Mindest-)Gewicht beizumessen ist, so dass sie sich im Einzelfall gegen wirtschaftliche Erwägungen durchsetzen können.“¹¹¹. Denn Art. 15 CSDD-Richtlinienentwurf verlangt von den Mitgliedstaaten, „sicherzustellen, dass das Geschäftsmodell und die Strategie des Unternehmens mit dem Übergang zu einer nachhaltigen Wirtschaft und der Begrenzung der Erderwärmung auf 1,5 ° C (...) vereinbar sind.“ Ein solches Sicherstellen gelingt nicht, wenn wirtschaftlichen Belangen stets und ohne Rücksicht auf das Gewicht des kollidierenden ESG-Belangs Vorrang eingeräumt werden könnte.

Das bedeutet freilich umgekehrt nicht, dass die ESG-Belange *eo ipso* Vorrang vor den wirtschaftlichen Erwägungen haben. Es geht vielmehr darum, dass ESG-Belange im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung – ähnlich wie bei Ermessensentscheidungen im Öffentlichen Recht¹¹² – den wirtschaftlichen Erwägungen gegenüberzustellen sind. Um es plakativ zu formulieren: Ginge mit einer Transaktion nur ein relativ kleiner Gewinn einher, würde dies einen mit derselben Transaktion einhergehenden erheblichen ESG-Nachteil nicht aufwiegen können, sofern keine Rechtfertigung oder Kompensation (dazu sogleich) gegeben ist.

b) Abwägungsparameter

aa) ESG-Ziele

Nicht unproblematisch an der Berücksichtigung von ESG-Belangen ist die Weite und Offenheit des ESG-Begriffs.¹¹³ Man wird sich hier immerhin in *rechtlicher* Hinsicht an den Definitionen in Art. 3 b) und c) CSDD-Richtlinienentwurf orientieren können, welche „negative Auswirkungen auf die Umwelt und die Menschenrechte“ unter Rückgriff auf in Anhang I und II genannte internationale Übereinkommen konkretisieren. Hinzu kommt in Art. 15 CSDD-Richtlinienentwurf die Zielvorgabe aus dem Pariser Klimaübereinkommen, welche in eine Vorgabe, CO₂-neutral zu wirtschaften, übersetzt werden kann.

bb) Verhältnismäßigkeitsprüfung (vgl. Art. 3 q CSDD-Richtlinienentwurf)

Sind die ESG-Belange ermittelt, sind sie etwaigen kollidierenden wirtschaftlichen Belangen (z.B. den zur ESG-Umsetzung erforderlichen Kosten) oder anderen gegenläufigen ESG-Belangen¹¹⁴ gegenüberzustellen. Aus Art. 15 in Kombination mit Art. 3 q CSDD-Richtlinienentwurf lässt sich u.E. folgern, dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen ist:

1. Zu ergreifende Maßnahmen müssen „geeignet“ sein, d.h. sie müssen das einschlägige ESG-Ziel grundsätzlich erreichen können.

2. Ferner müssen sie „dem Schweregrad und der Wahrscheinlichkeit der negativen Auswirkungen entsprechen“, d.h. dem Erforderlichkeitskriterium genügen.

3. Zugunsten der Unternehmen greift schließlich ein Zumutbarkeitsvorbehalt ein, d.h. es müssen nur solche Maßnahmen ergriffen werden, „die dem Unternehmen nach vernünftiger Ermessen zur Verfügung stehen.“ Dabei kann den „Besonderheiten des Wirtschaftssektors“ Rechnung getragen werden; eine sektoren- und branchenspezifische Differenzierung ist mithin möglich.¹¹⁵

c) Rechtfertigungsparameter

aa) Substitutionsunmöglichkeit

Fraglich ist, ob eine Unternehmenstransformation unterbleiben kann mit der Begründung, das bisherige (klimaschädliche) Business-Modell könne nicht durch klimafreundliche Alternativen substituiert werden. So mögen manche Anbieter von Transportdienstleistungen durchaus auf grünen Strom (Deutsche Bahn) oder Elektro-Fahrzeuge umsteigen können; Fluglinien steht diese Substitutionsmöglichkeit nach dem derzeitigen Stand der Technik indes noch nicht offen.

Aus dem Charakter der ESG-Leitungspflicht als Bemühenspflicht folgt im Fall einer solchen Substitutionsunmöglichkeit u.E. dann jedoch, dass die Geschäftsleitung – soweit geeignet und zumutbar – klimafreundliche flankierende Maßnahmen ergreifen muss, wie es etwa beim Dax-Unternehmen HeidelbergCement (ab 2023: „Heidelberg Materials“) inzwischen geschieht.¹¹⁶ Ein solches Bemühen um Reduktion des „CO₂-Fußabdrucks“ dürfte auch der Position der EU-Kommission entsprechen: Bei Industriesektoren, die ihrer Natur nach klimaschädlicher sind als andere (z.B. Stahlerzeugung, Zementherstellung), wird der ESG-Leitungspflicht genügt, wenn sich die Geschäftsleitung ernsthaft um eine *relative Verringerung* der Umweltschädlichkeit bemüht.¹¹⁷

110 Zu Art. 25 CSDD-Entwurf überzeugend Harbarth, AG 2022, 633, 638.

111 Vgl. Harbarth, AG 2022, 633, 638 ff. (Hervorhebung durch Verf.).

112 Justiziables Gehalt behördlicher Ermessensentscheidungen ist die Ausübung des Ermessens entsprechend dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage (kein Ermessensfehlgebrauch) sowie die Einhaltung der gesetzlichen Grenzen des Ermessens (keine Ermessensunterschreitung – oder -überschreitung), vgl. § 40 VwVfG, § 114 Satz 1 VwGO. Die Abwägung der durch den Eingriff – den Einsatz der in der Ermächtigungsgrundlage vorgesehenen Rechtsfolgen – geschützten Rechtsgüter und Interessen mit den durch den Eingriff betroffenen Rechtsgütern und Interessen erfolgt im Rahmen der aufgrund von Art. 20 Abs. 3 GG stets gebotenen Verhältnismäßigkeitsprüfung, Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 10 Rz. 50.

113 Siehe bereits Schön, ZfPW 2022, 207, 243 f.

114 Siehe *infra* zu Zielkonflikten von ESG-Belangen, z.B. zum Spannungsverhältnis von Umweltschutz und sozialen Belangen.

115 Schön, ZfPW 2022, 207, 247 ff.

116 Angestrebt wird, die Netto-CO₂-Emissionen in der Produktion vom Zementprodukten auf 400 kg CO₂ pro Tonne zementartigen Materials zu reduzieren; bis 2050 wird die portfolioweite Netto-Neutralität zum Unternehmensziel erklärt. Dazu entwickelt das Unternehmen neue Herstellungsprozesse, „in denen CO₂ vermieden, abgeschieden, genutzt und – wo nicht zu vermeiden – gespeichert wird“ (abrufbar unter: <https://www.heidelbergcement.de/de/nachhaltigkeit/co2-strategie>, zuletzt abgerufen am 21.10.2022).

117 So auch Schön, ZfPW 2022, 207, 249.

bb) Kollidierende Rechtsgüter

Ein anderer Rechtfertigungsgrund, weiterhin CO₂-intensiv zu produzieren, ist die diesbezügliche Notwendigkeit aufgrund kollidierender Rechtsgüter. In diesem Fall kommt es zu einer Pflichtenkollision zwischen ESG-Belangen und dazu im Spannungsverhältnis stehenden gleich- oder höherwertigen anderen Belangen. So kann beispielsweise die neue ESG-Leitungspflicht zur Emissionsreduktion mit den – teilweise in öffentlich-rechtlichen Versorgungsverpflichtungen normierten – Interessen der Allgemeinheit an einer stabilen Energieversorgung kollidieren: § 2 Abs. 1 EnWG verpflichtet Energieunternehmen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas. Die Sicherung einer dauerhaften Energieversorgung hält das BVerfG überdies sogar für notwendig, um eine menschenwürdige Existenz (Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG) zu gewährleisten.¹¹⁸ Die Geschäftsleitungen von Kohlekraftwerksunternehmen, die im Licht der gegenwärtigen Energiekrise vom Wirtschaftsministerium wieder „aus dem Reservebetrieb“ geholt werden, können sich auf dieses Verfassungsgut berufen.

cc) ESG-Zielkonflikte

Ein Abwägungsproblem entsteht auch dann, wenn bei einer Geschäftsleitungsentscheidung mehrere ESG-Belange inkompatibel sind, mithin ein ESG-Zielkonflikt entsteht,¹¹⁹ wie etwa zwischen dem Windenergieausbau einerseits und dem Erhalt der Biodiversität andererseits.¹²⁰ Ferner mag die Entscheidung eines Lebensmittelherstellers, auf Plastikverpackungen zu verzichten, für sich genommen dem Nachhaltigkeitserfordernis zur Plastikmüllreduktion entsprechen; wenn die anderweitig verpackten Lebensmittel indes dann weniger lange haltbar sind, steht dem ein anderer Nachhaltigkeitsbelang, nämlich Lebensmittelverschwendung zu minimieren, entgegen.¹²¹ Und eine Substitution von Plastik- durch recyclingfreundlichere Glasverpackungen (z.B. bei Wasserflaschen) würde nur bei kurzen Transportdistanzen Sinn ergeben; andernfalls würde der für Glas signifikant höhere Transportenergiebedarf den Recyclingvorteil zunichte machen. Letztlich sind in diesem Fall mehrere Interessen in eine Gesamtwürdigung einzustellen: die wirtschaftlichen Belange und die untereinander kollidierenden ESG-Belange.

Fraglich ist, ob es dabei ein Rangverhältnis der ESG-Belange untereinander gibt.¹²² Das wird man in der Regel nicht pauschalierend annehmen können; vielmehr ist die Gewichtung im Einzelfall entscheidend. Lediglich die Bremsung der Erderwärmung dürfte – Stand heute – einen gewissen Vorrang haben vor anderen ESG-Belangen: Daher hat die EU die Atomkraft als nachhaltig eingestuft, ungeachtet des ungelösten Endlagerproblems. Der Vorrang ist aber nicht absolut, kann also im Rahmen der Abwägung bei entsprechender Begründung hintenangestellt werden.¹²³

d) Kompensationsparameter

aa) Einbeziehung der Wertschöpfungskette und des Produktlebenszyklus

U.E. können in die ESG-Abwägung – *rechtsträgerübergreifend* – die gesamte Wertschöpfungskette und der Produktlebenszyklus einbezogen werden. Dies lässt sich mit der Taxonomie-

VO begründen, die den gesamten Lebenszyklus von Produkten einbezieht (von der Produktion über die Nutzung bis hin zum Recycling),¹²⁴ um die Nachhaltigkeit eines Unternehmens zu beurteilen.¹²⁵ Bezieht ein produzierendes Unternehmen etwa – wie teils die Deutsche Bahn – Strom aus erneuerbaren Energien statt aus Kohlekraftwerken, kann es seine eigene Klimabilanz insofern verbessern, auch wenn der grüne Stromerzeuger sich seinerseits (ebenfalls) seine grüne Energie zu gute schreibt.

bb) Kompensation einer klimaschädlichen Entscheidung

Schließlich können klimaschädliche Geschäftsleitungsentscheidungen kompensiert werden, indem ein Unternehmen von anderen Unternehmen dessen CO₂-Zertifikate¹²⁶ erwirbt.¹²⁷ Über den Ankauf von Emissionsrechten werden andere Emittenten dafür entlohnt, auf die ihnen nach dem EU-Emissionszertifikatehandelssystem eigentlich „zustehenden“ Emissionen zu verzichten.¹²⁸ Anders gewendet: Unternehmen, welche den Klimawandel „befeuern“, müssen nicht nur dafür bezahlen, sondern es muss ein anderes Unternehmen entsprechend kompensatorisch Emissionen einsparen.

5. Durchsetzung der ESG-Leitungspflicht

Die ESG-Leitungspflicht kann zwar nicht in Natur eingeklagt werden (dazu unter a), allerdings gibt es Instrumente, welche die Geschäftsleitung dazu anhalten sollen, sie auch tatsächlich zu erfüllen: zum einen die Koppelung der ESG-Ziele an die Vergütung der Geschäftsleitung (dazu unter b), zum anderen die Sanktionierung einer ESG-Leitungspflichtverletzung über eine Schadensersatzhaftung (dazu unter c).

a) Klagbarkeit?

Der Ermessensspielraum des Vorstands bei der Ausübung seiner Leitungspflicht wurde bislang als nicht justiziabel erachtet.¹²⁹ Erfüllungsansprüche anderer Gesellschaftsorgane (etwa

118 BVerfG v. 20.3.1984 – 1 BvL 28/82, NJW 1984, 1872 (1873).

119 Vgl. auch Schön, ZfPW 2022, 207, 243 ff.

120 Seemann, ESG at the tipping point: From awareness to action, Podcast v. 20.4.2022, abrufbar unter www.dry-powder.de.

121 Beispiel nach Seemann, ESG at the tipping point: From awareness to action, Podcast v. 20.4.2022, abrufbar unter www.dry-powder.com.

122 Vgl. bereits Schön, ZfPW 2022, 207, 243 f.

123 Vgl. auch Schön, ZfPW 2022, 207, 243 f.

124 Vgl. Art. 17 Abs. 2 VO 2019/2088/EU: „Bei der Bewertung einer Wirtschaftstätigkeit anhand der Kriterien des Abs. 1 ist sowohl den Umweltauswirkungen der Tätigkeit selbst als auch den Umweltauswirkungen der durch diese Tätigkeit bereitgestellten Produkte und Dienstleistungen während ihres gesamten Lebenszyklus zu berücksichtigen, insbesondere durch Beachtung der Herstellung, der Verwendung und des Endes der Lebensdauer dieser Produkte und Dienstleistungen.“

125 So auch Schön, ZfPW 2022, 207, 246 f.

126 Zum EU-Zertifikatehandel Ismer, Klimaschutz als Rechtsproblem, 2014, S. 108 ff.; Reuter/Busch, EuZW 2004, 39.

127 Vgl. auch Schön, ZfPW 2022, 207, 247.

128 Schön, ZfPW 2022, 207, 247; zu einer ökonomischen Zwischenbilanz dieses Mechanismus Gawel, EnZW 2016, 351.

129 Ekkenga/Schirrmacher/Schneider, NJW 2021, 1509, 1512, insoweit krit. mit Blick auf die Einführung von Nachhaltigkeitsaspekten in die diskretionäre Leitungspflicht.

in Gestalt von Aktionärsklagen gem. §§ 147 f. AktG) auf die Umsetzung bestimmter, vermeintlich gebotener Leitungsentscheidungen können bislang nicht im Wege der Naturalerfüllung – auch nicht über den Umweg der schadensrechtlichen Naturalrestitution (§ 249 BGB) – durchgesetzt werden.¹³⁰ Jedenfalls die Durchsetzung auf direktem Wege, mithin Klagen des Aufsichtsrats oder der Aktionäre gegen den Vorstand mit dem Ziel, diesen zu nachhaltiger Geschäftsleitung zu verpflichten (und bestimmte ESG-Maßnahmen zu ergreifen, z.B. den Ausstieg aus CO₂-intensiven Produktionsmethoden), sind dementsprechend bislang unbekannt. Dies könnte sich mit der neuen ESG-Leitungspflicht indes ändern. Wie Harbarth zu Recht hervorhebt, geht es bei der neuen ESG-Leitungspflicht um nichts weniger als um die *Justitiabilität* der Geschäftsleitungsentscheidungen.¹³¹

Ein Blick ins Vereinigte Königreich zeigt, welche Entwicklungen künftig auch im Inland anstehen könnten. Fälle von ESG-Non-Compliance könnten nämlich als Einfallstor für Haftungsklagen der Aktionäre gegen die Geschäftsleitung genutzt werden. So hat in England die NGO *Client Earth* eine Aktionärsklage gegen das Board of Directors von *Shell* wegen Nichtbefolgung der *Shell*-Entscheidung des Haager Bezirksgerichts eingereicht.¹³² In der vielbeachteten Entscheidung des niederländischen Instanzgerichts wurde *Shell* zur signifikanten CO₂-Reduktion verurteilt.¹³³

b) Koppelung der Geschäftsleitungsvergütung an ESG-Erfolge

Verbreitet werden schon jetzt ESG-Ziele im Rahmen der variablen Vergütungsbestandteile (§ 87 AktG) berücksichtigt.¹³⁴ Die EU-Kommission möchte die Vergütung der Vorstände künftig obligatorisch an das (Nicht-)Erreichen von ESG-Zielen koppeln, was einen erheblichen Anreiz setzen dürfte; Art. 15 Abs. 3 CSDD-Richtlinienentwurf bestimmt:

„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.“

In der Literatur wird vorgeschlagen, das Nichterreichen von Emissionsreduktionszielen durch eine Strafzahlung (sog. „Green Pill“) zu sanktionieren.¹³⁵

c) Nachhaltigkeitsvorbehalt bei der Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG)

Der Sustainable Finance-Beirat der Bundesregierung möchte die ESG-Leitungspflicht nicht nur als bloßes Feigenblatt ausgestalten und empfiehlt daher auf Rechtsfolgenseite, die *enthaltende* Wirkung der Business Judgment Rule unter den *Vorbehalt* einer angemessenen Berücksichtigung von ESG-Aspekten zu stellen.¹³⁶ Hiernach könnten sich Vorstände, die bei einer unternehmerischen Entscheidung offenkundige Klimarisiken ignorieren oder nicht hinreichend in ihre Abwägung einbeziehen, nicht mehr auf die haftungsprivilegierende Wirkung der Business Judgment Rule berufen.

d) Schadensersatz

aa) § 93 Abs. 2 AktG, § 43 Abs. 2 GmbHG als Anspruchsgrundlage

Schließlich stellt sich die Frage, ob eine Verletzung der ESG-Leitungspflicht auch über eine Schadensersatzhaftung der Geschäftsleitung sanktioniert werden kann. Anspruchsgrundlage wären die § 93 Abs. 2 AktG, § 43 Abs. 2 GmbHG, welche nicht nur auf die in Abs. 1 genannten Sorgfaltspflichten bezogen sind, sondern – ausweislich ihres Wortlauts – darüberhinausgehend allgemein Pflichtverletzungen der Geschäftsleitung erfassen.¹³⁷

Allerdings geht die ESG-Leitungspflicht nicht dahin, einen bestimmten ESG-Erfolg zu erreichen, sondern sie verpflichtet das Management nur (aber immerhin), sich um eine ESG-Transformation des Unternehmens zu bemühen. Es handelt sich bei dem Bemühen um eine Bewertung des konkreten Geschäftsleitungsverhaltens am *normativen* Maßstab der *verkehrserforderlichen* ESG-Branchenstandards (nicht an einem etwaigen tatsächlichen – *verkehrsüblichen* – diesbezüglichen *Laissez-faire*). Diese Standards unterliegen einer dynamischen Entwicklung und werden zunehmend strenger.¹³⁸

bb) Ersatzfähige Schadensposten

Fraglich ist, welche Schäden der Gesellschaft durch eine Missachtung der ESG-Leitungspflicht drohen könnten, die dann über § 93 Abs. 2 AktG auf die Vorstandsmitglieder (und deren D&O-Versicherung) partiell weitergewälzt werden können. Ersatzfähig wären etwa Bußgelder, die der Gesellschaft von Behörden wegen Verletzung von ESG-Pflichten auferlegt werden.¹³⁹ Weitere umlagefähige Schadensposten resultieren aus den Kosten der Gesellschaft für diesbezügliche interne Ermittlungen sowie Rechtsverfolgungskosten.¹⁴⁰ Demgegenüber

130 *Mock*, NZG 2015, 1013, 1016; *Spindler* in MünchKomm/AktG, 5. Aufl. 2019, § 76 AktG Rz. 22.

131 *Harbarth*, AG 2022, 633, 638 ff.

132 <https://www.clientearth.org/latest/latest-updates/news/we-re-taking-legal-action-against-shell-s-board-for-mismanaging-climate-risk/>, zuletzt abgerufen am 21.10.2022.

133 *Weller/Tran*, Climate Action 1: 14 (2022).

134 *Fleischer*, DB 2022, 37, 42; *Häller/Hoegen*, ZVglRWiss 120 (2021), 209, 218 ff.; *Arnold/Herzberg/Zeh*, AG 2021, 141, 142.

135 *Armour/Enriques/Wetzer*, *Green Pills*: Making Corporate Carbon Commitments Credible (in Vorbereitung).

136 Sustainable Finance Beirat der Bundesregierung, Abschlussbericht „Shifting the Trillions“, 25.2.2021, S. 96.

137 Zu § 93 Abs. 2 AktG *Dauner-Lieb* in Henssler/Strohn, 5. Aufl. 2021, § 93 AktG Rz. 29; *Koch*, 16. Aufl. 2022, § 93 AktG Rz. 76 f.; *Scholz/Verse*, 12. Aufl. 2021, § 43 GmbHG Rz. 47 ff.

138 Zur Wandelbarkeit des Maßstabs anhand des Erkenntnisfortschritts *Hölters/Hölters* in Hölters/Weber, 4. Aufl. 2022, § 93 AktG Rz. 25.

139 Die h.M. bejaht allgemein die Ersatzfähigkeit von Bußgeldern gegen die Gesellschaft per Regressnahme beim Vorstand, *Fleischer*, DB 2014, 345, 347 f.; *Kersting*, ZIP 2016, 1266; *Sailer-Coceani* in Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 93 AktG Rz. 37; a.A. LAG Düsseldorf v. 20.1.2015 – 16 Sa 459/14, ZIP 2015, 829 = EWIR 2015, 313 (*Faerber/Engelhoven*); *Grunewald*, NZG 2016, 1124 mit Verweis auf den einem Regress entgegenstehenden Ahndungszweck des Bußgeldes, namentlich der unternehmensbezogenen Präventionsfunktion.

140 *Spindler* in MünchKomm/AktG, 5. Aufl. 2019, § 93 AktG Rz. 193.

sind Reputationsschäden¹⁴¹ als immaterielle Schäden nach § 253 Abs. 1 BGB in der Regel nicht ersatzfähig. Zwar kann ein Reputationsschaden grundsätzlich einen Vermögensschaden darstellen, der sich bei börsennotierten Gesellschaften in einem geringeren Aktienkurs niederschlägt.¹⁴² Allerdings kommt es für § 93 Abs. 2 AktG nicht auf das im Aktienkurs abgebildete Vermögen der Aktionäre an, sondern auf das der Gesellschaft.¹⁴³

VII. ESG-Organisationspflichten

1. Organisationspflichten der Geschäftsleitung

Aus der Arbeitsteilung in größeren Gesellschaften ergibt sich, dass die Sorgfaltspflicht der Geschäftsleitung eine (weitere) Ausprägung insbesondere in Organisations- und Überwachungspflichten findet.¹⁴⁴ In Bezug auf ihr *eigenes Handeln* unterliegen die Mitglieder der Geschäftsleitung der Legalitätspflicht. Im Hinblick auf das Handeln der Angestellten ist der Vorstand zur ordnungsgemäßen Überwachung und Organisation verpflichtet.¹⁴⁵

Eine inhaltliche Konkretisierung hat die (vertikale)¹⁴⁶ Organisationspflicht in der vielzitierten *Siemens/Neubürger*-Entscheidung des LG München I erfahren.¹⁴⁷ Aus der Pflicht des Vorstands zu Überwachung und Organisation des Unternehmens leitet das Gericht, ohne Festlegung auf die dogmatische Grundlage (§ 91 Abs. 2 AktG oder § 76 Abs. 1, § 93 Abs. 1 AktG¹⁴⁸), die – nicht vollständig delegierbare¹⁴⁹ – Pflicht zur Einrichtung eines Compliance-Systems ab.¹⁵⁰

2. ESG-Organisation der Unternehmensgovernance

Die bisherigen Organisationspflichten wurden – wie skizziert – als Compliance-Pflichten verstanden. D.h. es musste eine Organisation eingerichtet werden, die möglichst sicherstellt, dass Gesetzesverstöße durch Angestellte *verhindert* werden. Die neue ESG-Leitungspflicht geht darüber hinaus: Es geht nicht mehr um eine „Rechtsverletzungsverhinderungs-Organisation“, sondern um eine Organisation, welche die Umsetzung der ESG-Belange *fördert*, mithin um eine Förderungs- bzw. Ermöglichungs-Organisation (*enabling organization*). Die Förderung von ESG-Belangen sollte sich u.E. institutionell auf Ebene aller drei Organe der AG abbilden:

a) Vorstand: Chief Climate Officer

Im Rahmen seiner Ressortzuschnitts- und Organisationsautonomie¹⁵¹ 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.¹⁵²

b) Aufsichtsrat: Klimaexpertise (§ 105 Abs. 5 AktG) und Nachhaltigkeitsausschuss

Einige Unternehmen achten schon heute auf eine hinreichende Klima- und Nachhaltigkeitsexpertise im Aufsichtsrat.¹⁵³ Gegenwärtig wiesen, so die *Russell Reynolds*-Studie, 4 % der Mandatsträger eine ESG-Kompetenz auf; dies sei allerdings im internationalen Vergleich relativ wenig.¹⁵⁴ Diskutiert wird mit

Verweis auf den nach § 100 Abs. 5 AktG notwendigen „Sachverständigen auf den Gebieten der Rechnungslegung oder Abschlussprüfung“ („Financial Expert“),¹⁵⁵ ob es einen entsprechenden Sachverständigen in Klimafragen („Climate Expert“, „Sustainability Expert“) geben sollte.¹⁵⁶ Der neu gefasste DCGK empfiehlt in Ziff. C.1, dass das Kompetenzprofil des Aufsichtsrats auch Expertise zu Nachhaltigkeitsfragen umfassen solle.¹⁵⁷

Ferner hat der Aufsichtsrat nach § 107 Abs. 3 Satz 1 AktG jetzt schon die Autonomie, aus seiner Mitte Ausschüsse zu bilden.¹⁵⁸ Dabei kann er auch einen Nachhaltigkeitsausschuss (Sustainability Board Committee) ins Leben rufen, der sich etwa mit Transformationsmöglichkeiten der Gesellschaft hin zur Klimaneutralität beschäftigen könnte.¹⁵⁹ *In praxi* haben davon – so die Studie von *Russell Reynolds* – bis zum vergangenen Jahr freilich nur fünf DAX-Unternehmen Gebrauch gemacht.¹⁶⁰ Eine aktuelle Studie des DAI zeichnet indes ein optimistisches

141 Näher *Mock/Mohamed*, NZG 2022, 350, 354.

142 *Klöhn*, NZG 2015, 689, 692 ff. 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.

143 *Spindler* in MünchKomm/AktG, 5. Aufl. 2019, § 93 AktG Rz. 192.

144 *Dauner-Lieb* in Henssler/Strohn, 5. Aufl. 2021, § 93 AktG Rz. 7 f.; zur Organisationspflicht bei der GmbH jüngst OLG Nürnberg v. 30.3.2022 – 12 U 1520/19.

145 Neben der Pflicht zur Einrichtung eines Compliance-Systems werden als Einzelbestandteile der Überwachungspflicht die Auswahl-, Einweisungs- und Überwachungssorgfalt identifiziert, vgl. *Fleischer*, VorstandsR-HdB, 1. Aufl. 2006, § 8 Rz. 29 ff.

146 Zur Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Organisationspflichten *Spindler* in MünchKomm/AktG, 5. Aufl. 2019, § 93 AktG Rz. 114.

147 LG München I v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, ZIP 2014, 570 m. Anm. *Bachmann* = EWiR 2014, 175 (*Hahn*).

148 Die herrschende Lehre verweist für die dogmatische Herleitung auf die allgemeine Leitungssorgfaltspflicht aus § 76 Abs. 1, § 93 Abs. 1 AktG, vgl. *Fleischer*, NZG 2014, 321, 322.

149 BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, ECLI:DE:BGH:2018:061118UII11.17.0, ZIP 2019, 261 Rz. 15: „Wahrnehmung der nicht übertragbaren Aufgaben [...], wie die Einstandspflicht des Geschäftsführers für die Gesetzmäßigkeit der Unternehmensleitung“ = EWiR 2019, 135 (*Kleindiek*); *Seibt* in Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 76 AktG Rz. 31 ff.; vgl. dazu ausführlich *Gomer*, Die Delegation von Compliance-Zuständigkeit des Vorstands einer Aktiengesellschaft, 2020, S. 123 ff.

150 LG München I v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, ZIP 2014, 570 m. Anm. *Bachmann*; vgl. ferner *Hoffmann-Becking* in MünchHdB/GesR, 5. Aufl. 2020, § 25 Rz. 16 ff.; *Sailer-Coceani* in Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 93 AktG Rz. 7; zur inzwischen überholten Gegenansicht *Fleischer* in Beck-OGK/AktG, § 91 AktG Rz. 63 (Stand: Juli 2022).

151 *Koch*, 16. Aufl. 2022, § 77 AktG Rz. 10.

152 *Fleischer*, DB 2022, 37, 42.

153 *Fleischer*, DB 2022, 37, 42.

154 *Russell Reynolds Associates*, „Analyse der DAX 30 Aufsichtsgremien (inklusive Vorstandsberatung)“, März 2021, S. 18.

155 Hierzu *Koch*, 16. Aufl. 2022, § 100 AktG Rz. 24 ff., 31 ff.

156 *Fleischer*, DB 2022, 37, 42; *Wellerdt*, ZIP 2022, 356, 360.

157 Deutscher Corporate Governance Kodex vom 28.4.2022, abrufbar unter www.dcgk.de, zuletzt abgerufen am 21.10.2022.

158 *Koch*, 16. Aufl. 2022, § 107 AktG Rz. 18.

159 *Fleischer*, Klimaschutz im Gesellschafts-, Bilanz- und Kapitalmarktrecht, DB 2022, 37, 42.

160 *Russell Reynolds Associates*, „Analyse der DAX 30 Aufsichtsgremien (inklusive Vorstandsberatung)“, März 2021, S. 17.

res Bild: 35 % der Unternehmen gaben an, einen solchen Ausschuss künftig etablieren zu wollen.¹⁶¹

c) Konsultation der Hauptversammlung (Say on ESG)

Schließlich sollte – wie wir an anderer Stelle ausgeführt haben¹⁶² – der Vorstand die Hauptversammlung regelmäßig zu ESG-Belangen konsultieren; der Gesetzgeber sollte eine „Say on ESG“-Regel vergleichbar der schon existierenden Say on Pay-Regel (§ 120a AktG) einführen.

VIII. Zusammenfassung in Thesenform

1. Das Gesellschaftsrecht erfährt derzeit – vornehmlich durch verschiedene Gesetzgebungsvorhaben der Europäischen Union im Bereich der ökologischen und sozialen Nachhaltigkeit – eine Materialisierung im Hinblick auf gesellschaftspolitische Anliegen (Stakeholder-Interessen).

2. *De lege lata* ist die Ausrichtung von Geschäftsleitungsentscheidungen an ESG-Zielen lediglich über den Transmissionsriemen der Legalitätspflicht (§ 93 AktG) und auch nur insoweit obligatorisch, als die Gesellschaft gesetzlichen ESG-Regulierungen unterfällt. Abgesehen davon ist der Vorstand bei unternehmerischen Entscheidungen zwar *berechtigt*, aber *nicht verpflichtet*, ESG-Belange zu verfolgen.

3. *De lege ferenda* zeichnet sich mit der noch im Gesetzgebungsprozess befindlichen Corporate Sustainability Due Diligence Directive eine Einengung des bislang freien Leitungsermessens von Geschäftsleitungen ab: ESG-Ziele werden bei Leitungsentscheidungen künftig obligatorisch mit zu berücksichtigen sein, insofern wird sich eine ESG-Leitungspflicht (§ 76 AktG) herausbilden.

4. Bei der ESG-Leitungspflicht handelt es sich nicht um einer Erfolgs-, sondern eine Bemühenspflicht. Geschäftsleitungen müssen sich mit ihrem Geschäftsmodell, bei Transaktionen und Investitionen bemühen, ESG-Belangen gerecht zu werden. Diese Bemühenspflicht ist allerdings insofern „ergebnisbezogen“ zu verstehen, als einschlägige ESG-Parameter nicht nur in den Entscheidungsprozess einzubeziehen sind; vielmehr ist ihnen im Rahmen der Abwägung auch ein bestimmtes – ggf. justiziables – (Mindest-)Gewicht beizumessen.

5. Nachhaltigkeitszielen widersprechende Leitungsentscheidungen werden freilich auch künftig nicht ausgeschlossen sein, bedürfen indes im Rahmen einer Abwägung entweder der *Rechtfertigung* mit entgegenstehenden (1.) wirtschaftlichen Gründen, (2.) kollidierenden Rechtsgütern oder (3.) gegenläufigen ESG-Zielen oder aber einer *Kompensation* über (1.) CO₂-Zertifikate oder (2.) Nachhaltigkeitsbemühungen entlang der Wertschöpfungskette.

6. Die materialisierte Leitungspflicht wird auf die Überwachungs- und Organisationspflichten der Geschäftsleitung ausstrahlen. Diese werden sich dahin entwickeln, dass die Berücksichtigung von ESG-Belangen auch durch eine entsprechende Organisation der Gesellschaft flankiert wird, etwa durch eine ausgewiesene Nachhaltigkeitsexpertise im Vorstand und Aufsichtsrat.

161 DAI-Studie „Unternehmen im Transformationsprozess“, 2021, 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).

162 Weller/Hoppmann, AG 2022, 640, 646 f.

Timo Fest*

Whistleblowing – Fragen des Hinweisgeberschutzes aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive

Hinweisgeber leisten einen wesentlichen Beitrag zur Rechtsdurchsetzung. Aufgrund dieser Überzeugung verfolgen sämtliche Rechtsakte zum Whistleblowing das Ziel, Personen, die den Verdacht eines Rechtsverstoßes hegen, zu dessen Meldung zu aktivieren. Der Fokus liegt dabei auf den Regelungen, die bei potentiellen Hinweisgebern die Befürchtung empfindlicher Nachteile zerstreuen sollen. Zu diesen Maßnahmen des sog. passiven Whistleblower-Schutzes zählt insbesondere das Verbot von Repressalien (Art. 19 WBRL, § 36 Abs. 1 HinSchG-RegE). Als ebenso bedeutsam für die Aktivierung potentieller Whistleblower erachtet Erwägungsgrund 3 Satz 2 WBRL die sog. aktive Whistleblower-Förderung durch die Einrichtung und den Betrieb effektiver, vertraulicher und sicherer Meldekanäle. Die diesbezüglichen

Vorgaben (Art. 7–9 WBRL) sowie deren beabsichtigte Umsetzung in das deutsche Recht (§§ 12–18 HinSchG-RegE) geben Anlass, die gesellschaftsrechtlichen Fragen des Hinweisgeberschutzes zu beleuchten.

* *Dr. iur. Timo Fest*, LL.M. (Pennsylvania), ist Universitätsprofessor in Kiel. – Der Beitrag ist die schriftliche Fassung eines Vortrags, den der Verfasser auf dem achten wissenschaftlichen Kolloquium der Vereinigung der Arbeitsrechtslehrer am 6.10.2022 in Hannover gehalten hat. Die Vortragsfassung wurde im Wesentlichen beibehalten und nur um Nachweise ergänzt.