

PD Dr. Anne-Christin Mittwoch

Aktuelle Regulierungsfragen der Sustainable Corporate Governance

Gutachten im Auftrag von Oxfam Deutschland e. V.



Co-funded by the European Union

Diese Publikation wurde mit finanzieller Unterstützung der EU erstellt. Für den Inhalt ist allein die Autorin verantwortlich. Sie stellt in keiner Weise den offiziellen Standpunkt der Europäischen Union dar.

Zusammenfassung

Die Förderung nachhaltigen Wirtschaftens mit den Mitteln des Wirtschaftsrechts rückt jüngst stärker in den Fokus von Wissenschaft und Gesetzgebung. Das Unternehmensrecht bietet hierfür verschiedene Anknüpfungspunkte, die derzeit auf nationaler wie auf Unionsebene erörtert werden. Grob lassen sich diese den Kategorien der Statuierung nachhaltigkeitsbezogener Geschäftsleiterpflichten, der Vergütungs- und Ausschüttungsfragen sowie der Zusammensetzung von Leitungsorganen zuordnen.

Die Untersuchung der zahlreichen Einzelfragen belegt, dass die Fortentwicklung des Unternehmensrechts im Lichte einer nachhaltigen Entwicklung auf traditionsreiche Diskussionslinien aufbauen kann und muss. So ist zB für die Entwicklung einer nachhaltigkeitsbezogenen, dh einer sozialen (menschenrechtlichen) und ökologischen Sorgfaltspflicht die Frage der aktienrechtlichen Gemeinwohlbindung sowie die Figur des Unternehmensinteresses von zentraler Bedeutung. Zudem belegt die Untersuchung, dass die vielfältigen Einzelfragen untereinander eng verknüpft sind, was eine kohärente Entwicklung zukünftiger Regelsetzung erfordert: Die inhaltliche Ausformung einer nachhaltigkeitsbezogenen Sorgfaltspflicht von Unternehmen und Geschäftsleitern ist nicht nur entscheidend für deren effektive Durchsetzung. Auch Fragen der Vergütung von Geschäftsleitern sowie der Gewinnverwendung und schließlich auch der Zusammensetzung des Leitungsorgans orientieren sich daran, welche Erwartungen das Recht an das Verhalten von Unternehmen und ihren Organwaltern stellt.

Die Beantwortung dieser grundlegenden rechtspolitischen Frage entzieht sich freilich einer rechtswissenschaftlichen Entscheidung. Die Zusammenhänge zwischen den Einzelfragen sowie ihre Verknüpfung mit teilweise traditionsreichen Diskussionslinien der Corporate Governance lassen sich jedoch belegen und im Lichte der Nachhaltigkeitsförderung bewerten. Insgesamt besteht freilich eine Verknüpfung der nationalen und europäischen Entwicklung; dabei können nationale Regelungsansätze entscheidende Impulse für zukünftige europäische Lösungen senden.

Hinsichtlich der Statuierung einer nachhaltigkeitsbezogenen Sorgfaltspflicht der Geschäftsleiter ist eine Anknüpfung an die Rechtsfigur des Unternehmensinteresses gut möglich. Die Bindung der Geschäftsleiter an das Unternehmensinteresse auch gesetzlich zu verankern stünde auch in Einklang mit der ohnehin ganz überwiegend anerkannten gesellschaftsrechtlichen Rechtslage. Ohne die Figur des Unternehmensinteresses umfassend

inhaltlich auszubuchstabieren, ließe sich diese als Anknüpfungspunkt für eine nachhaltigkeitsbezogene Sorgfaltspflicht der Geschäftsleiter nutzen. Bei Verletzung einer solchen Sorgfaltspflicht können unmittelbar die Geschädigten, die ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort idR im Ausland haben, deren Durchsetzung bzw. einen entsprechenden Schadensersatz nach aktueller Rechtslage meist nicht verlangen. Eine entsprechende deliktsrechtliche Haftung stößt an systematische Grenzen. Diese Grenzen sind jedoch nicht absolut. Je nach inhaltlicher Ausgestaltung der nachhaltigkeitsbezogenen Sorgfaltspflicht ließe sich deren Durchsetzung de lege ferenda, zB über eine Qualifikation als Schutzgesetz iSd § 823 Abs. 2 BGB, auch deliktisch geltend machen.

Die Orientierung der Vergütung von Geschäftsleitern am Grundsatz der Nachhaltigkeit ist mit § 87 Abs. 1 S. 2 AktG bereits geltendes Recht. Allerdings bestehen hier noch Unsicherheiten bezüglich der inhaltlichen Bedeutung dieses Prinzips. Auch insoweit kommt es auf die zukünftige Ausgestaltung und Konkretisierung der Handlungspflichten der Geschäftsleiter an, da sich das insoweit bestehende Pflichtenprogramm unmittelbar auf die Bemessung der Vergütung auswirkt. Fragen der Gewinnverwendung sind dagegen bislang vom unternehmensrechtlichen Nachhaltigkeitsdiskurs weitgehend unberührt geblieben. Die gesetzlichen Gewinnverwendungsregeln, namentlich § 58 AktG, spiegeln jedoch mit dem inherenten Kompetenzkonflikt zwischen Leitung und Anteilseignern zentrale Fragen interner Governance wider. Diese Fragen liegen auch der Diskussion über die unternehmerische Zielkonzeption zugrunde. Daher ist die Rolle der Nachhaltigkeit bei der Gewinnverwendung auch mit der Rolle der Nachhaltigkeit bei der Pflichtenbindung der Geschäftsleitung verknüpft.

Dies gilt auch für die strukturelle Frage der Zusammensetzung des Leitungsorgans. Betrachtet man die historische Entwicklung des dualistischen Systems im Kontext der aktienrechtlichen Gemeinwohldiskussion, so zeigt sich die zentrale Bedeutung des Aufsichtsrats als Kontrollorgan auch hinsichtlich der Berücksichtigung von öffentlichen Belangen. Eine umfassende Pflichtenbindung des Gesamtorgans zugunsten der Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsbelangen erübrigt möglicherweise die Einführung spezieller struktureller Instrumente zur Förderung der Nachhaltigkeit.

Inhaltsverzeichnis

A. UNTERSUCHUNGSGEGENSTAND UND KONTEXTUALISIERUNG	1
B. GESCHÄFTSLEITERPFLICHTEN UND DURCHSETZUNG	2
I. <i>Rechtlicher Anknüpfungspunkt</i>	2
II. <i>Die historische Entwicklung der Zielkonzeption des Geschäftsleiterhandelns</i>	3
1. Gemeinwohldiskussion im Aktienrecht	3
a) Oktroi- und Konzessionssystem	3
b) System der Normativbestimmungen	4
c) Rathenau und das „Unternehmen an sich“	5
d) Aktiengesetz von 1937 und 1965	6
e) Jüngere Entwicklungen und Reformvorschläge	8
2. Das Unternehmensinteresse als Maßstab für das Geschäftsleiterhandeln	9
a) Normative Ansatzpunkte und Entwicklung der Diskussion	9
b) Inhaltliche Konkretisierung im DCGK	11
c) Schlussfolgerungen und aktuelle Reformvorschläge	12
III. <i>Schlussfolgerungen für die gesetzliche Verankerung einer nachhaltigkeitsbezogenen Sorgfaltspflicht</i>	14
1. Gesetzliche Verankerung	14
2. Inhaltliche Ausgestaltung	14
IV. <i>Durchsetzung einer solchen Pflicht</i>	16
1. Haftungsmodelle nach geltendem Recht	17
2. Mögliche Anknüpfungspunkte zukünftiger Haftungsinstrumente	20
C. VERGÜTUNGS- UND AUSSCHÜTTUNGSFRAGEN	23
I. <i>Vergütung der Geschäftsleiter</i>	23
1. § 87 Abs. 1 S. 2 AktG seit dem VorstAG	23
2. Neuregelung aufgrund des ARUG II	25
3. Neuregelung der Vergütungspolitik	26
4. Bewertung	27
II. <i>Ausschüttungen zugunsten der Anteilseigner</i>	28
1. Historische Entwicklung der zugrunde liegenden Governance-Fragen	29
2. Bewertung	31
D. ZUSAMMENSETZUNG DER LEITUNGSORGANE	31
I. <i>Die Bedeutung unabhängiger Leitungsorgane aus historischer Perspektive</i>	32
II. <i>Bewertung aus heutiger Sicht</i>	34

A. Untersuchungsgegenstand und Kontextualisierung

Untersucht werden Möglichkeiten einer Förderung nachhaltigen Wirtschaftens mit den Mitteln des Unternehmensrechts. Dabei stehen anknüpfend an die aktuelle nationale und europäische Entwicklung drei Themenkomplexe im Zentrum: Zentral ist die Statuierung von Geschäftsleiterpflichten in Bezug auf Nachhaltigkeitsbelange in Gestalt einer allgemeinen Sorgfaltspflicht sowie deren rechtliche Durchsetzung (B). Daneben ist die Frage nach speziellen Vergütungs- und Gewinnausschüttungsregelungen von Interesse (C). Als prozedurales Instrument wird schließlich die Zusammensetzung von Leitungsorganen untersucht (D). Neben dem nationalen Gesellschaftsrecht wird der unionsrechtliche Kontext berücksichtigt. Hier werden derzeit verschiedene Regulierungsansätze diskutiert und zum Teil bereits ins Werk gesetzt. Schon aufgrund der Vorrangwirkung des Unionsrechts gegenüber widersprechenden nationalen Bestimmungen¹ ist es erforderlich, das weitere Vorgehen des Unionsgesetzgebers im Auge zu behalten. Umgekehrt können nationale gesetzgeberische Initiativen wichtige Impulse für eine zukünftige unionale Regelung setzen, was etwa die Einführung einer französischen Regulierung transnationaler Lieferketten gezeigt hat.²

Auf Unionsebene sind aktuell drei Projekte von Interesse für die Untersuchung: Die Sustainable Finance Initiative,³ die vor allem mittelbare Auswirkungen auf das Gesellschaftsrecht zeitigt, die Initiative für eine Regelung globaler Lieferketten,⁴ die neben dem Gesellschaftsrecht auch zahlreiche weitere Rechtsbereiche betrifft und die Sustainable Corporate Governance Initiative,⁵ die sich unmittelbar und erheblich auf das Gesellschaftsrecht auswirken wird. Die drei Themenkomplexe dieses Gutachtens sind auch Gegenstand dieser Initiativen. Zentral ist dabei die Absicht, Geschäftsleiter von Unternehmen auf die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsbelangen zu verpflichten. Die EU-Kommission spricht insofern von der Einführung einer nachhaltigkeitsbezogenen bzw. einer menschenrechtlichen und ökologischen Due Diligence.

¹ Grundlegend *EuGH*, Rs. C-6/64, Costa/ENEL, ECLI:EU:C:1964:66.

² Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (loi de vigilance), dazu *Nasse*, ZEuP 2019, 773.

³ Vgl. vor allem den Aktionsplan der Kommission: Finanzierung nachhaltigen Wachstums, KOM (2018) 97 final vom 18.3.2018.

⁴ Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10. März 2021 mit Empfehlungen an die Kommission zur Sorgfaltspflicht und Rechenschaftspflicht von Unternehmen (2020/2129(INL)). Ein Entwurf der Kommission wird im Herbst 2021 erwartet.

⁵ Vgl. näher unter <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance>.

B. Geschäftsleiterpflichten und Durchsetzung

I. Rechtlicher Anknüpfungspunkt

Die Einführung einer menschenrechtlichen und ökologischen Sorgfaltspflicht im europäischen Gesellschaftsrecht soll aufgrund einer Richtlinie erfolgen, die gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV in nationales Recht zu transformieren wäre. Die entsprechenden nationalen Regelungen wären in der Folge richtlinienkonform auszulegen, bei Unklarheiten über die Auslegung entscheidet der EuGH.⁶

Aus deutscher unternehmensrechtlicher Perspektive ist hier zentral § 76 AktG angesprochen. Dieser bestimmt, dass der Vorstand die Gesellschaft in eigener Verantwortung leitet. Dies gilt freilich nur für die Aktiengesellschaft, die jedoch aufgrund ihrer wirtschaftlichen und transnationalen Bedeutung im Zentrum zukünftiger Regelsetzung steht. Die Europäische Sustainable Corporate Governance Initiative nimmt daneben ausdrücklich auf KMUs und sogar Kleinstunternehmen Bezug, sodass entsprechende künftige Regelungen nicht ausgeschlossen sind. Ohnehin agiert die Kommission hier weitgehend rechtsformunabhängig, sondern orientiert sich stärker am Kriterium der Unternehmensgröße. Aus deutscher Sicht ist hier vor allem die Rechtsform der GmbH angesprochen, daneben kommen Personengesellschaften (insbesondere oHG und KG) in Betracht.⁷ Für diese Rechtsformen fehlt eine dem § 76 AktG vergleichbare Regelung. Grund ist, dass die Geschäftsleiter hier deutlich weniger unabhängig sind als in der AG und stattdessen in stärkerem Maße an die Weisungen der Gesellschafter gebunden sind.⁸ Mit Blick auf die Terminologie ist schließlich darauf hinzuweisen, dass der auf Unions- und nationaler Ebene oft benutzte Begriff der „directors' duties“ missverständlich ist. Im deutschen bzw. kontinentaleuropäischen Gesellschaftsrecht sind als Geschäftsleiter nicht Direktoren, sondern die Kollegialorgane Vorstand und Aufsichtsrat (bzw. vergleichbaren Organe in anderen Jurisdiktionen) verantwortlich für die Geschicke der Gesellschaft. Für die Frage, inwieweit sich nachhaltigkeitsbezogenen Handlungspflichten in die Zielkonzeption des Geschäftsleiterhandelns einfügen, ist zunächst deren historische Entwicklung von Bedeutung. Nur aus dieser heraus lassen sich Fragen im Zusammenhang mit einer nachhaltigkeitsbezogenen Sorgfaltspflicht sinnvoll beantworten.

⁶ Näher *Röthel*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, S. 225 ff.

⁷ Die Rechtsform der GbR wird aktuell grundlegend reformiert, vgl. den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) vom 20.2.2021; dazu *Schollmeyer*, NZG 2021, 133.

⁸ Daher beziehen sich die nachfolgenden Ausführungen schwerpunktmäßig auf das Aktienrecht.

II. Die historische Entwicklung der Zielkonzeption des Geschäftsleiterhandelns

Die Diskussion der Nachhaltigkeit im Unternehmensrecht ist jung. Sie knüpft jedoch an die bedeutend ältere Diskussion der Zielkonzeption des Geschäftsleiterhandelns an und lässt diese in neuem Licht erscheinen. Für die Frage, inwieweit die Unternehmensleitung zur Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsbelangen berechtigt und verpflichtet ist, ist insoweit zunächst der Diskurs zur Gemeinwohlbindung der Aktiengesellschaft zu berücksichtigen (1). Dieser ist traditionsreich, zumal „kaum ein Rechtsgebiet (...) im Laufe seiner Geschichte mehr durch wirtschaftspolitische Zielvorstellungen beeinflusst worden [ist] als das Aktienrecht.“⁹ Dementsprechend ist seit jeher umstritten, inwieweit die AG öffentliche Interessen oder Gemeinwohlbelange verfolgen darf oder sogar muss. Diese Entwicklung wird im Folgenden skizziert, um daraus Schlussfolgerungen für die Statuierung einer nachhaltigkeitsbezogenen Sorgfaltspflicht (menschenrechtliche und ökologische Due Diligence) abzuleiten. In einem zweiten Schritt ist der heutige Rechtsrahmen, der maßgeblich durch die Figur des Unternehmensinteresses geprägt wird, in den Blick zu nehmen (2). Diese Rechtsfigur ist inhaltlich stark durch die Frage der aktienrechtlichen Gemeinwohlbindung geprägt worden; ihre inhaltliche Ausformung ist bis heute umstritten.

1. Gemeinwohldiskussion im Aktienrecht

a) Oktroi- und Konzessionssystem

Die frühe Phase aktienrechtlicher Regulierung im ausgehenden 18. sowie im 19. Jahrhundert war durch eine scharfe Dichotomie öffentlicher und privater Interessen geprägt. Diese schienen miteinander derart unvereinbar, dass das Oktroi- und später das Konzessionssystem sie regulatorisch miteinander zu verweben suchte, um einen Schutz vor der zügellosen Verfolgung von Privatinteressen und der dadurch drohenden Gefahren für das öffentliche Wohl zu gewährleisten. Daher erfolgte eine gesetzliche Anbindung der AG an öffentliche Interessen, indem man ihre Gründung unter einen Konzessionsvorbehalt stellte und – weit weniger bekannt – der Unternehmensleitung einen Gouverneur bzw. Kommissar an die Seite stellte, der die Wahrung des Gemeinwohlbezugs im Rahmen der laufenden Geschäfte zu überwachen hatte.¹⁰ Nach der insoweit zentralen Bestimmung in II 6 § 25 des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794 bedurfte die Errichtung einer rechtsfähigen Gesellschaft

⁹ *Lieder*, Die 1. Aktienrechtsnovelle vom 11. Juni 1870, in: Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Bd. I: Entwicklung des Aktienrechts, 2007, Kapitel 7, Rn. 9.

¹⁰ Dabei handelt es sich um ein strukturelles Instrument, näher dazu Abschnitt D.

demnach eines hoheitlichen Anerkennungsaktes.¹¹ Die Erlangung besonderer Vorteile in Form korporativer Rechte sowie insbesondere der beschränkten Haftung ihrer Mitglieder wurde an die Bedingung der Verfolgung eines fortdauernden gemeinnützigen Zwecks der Gesellschaft gekoppelt.¹² Wörtlich heißt es in der Vorschrift:

„Die Rechte der Corporationen und Gemeinden kommen nur solchen vom Staat genehmigten Gesellschaften zu, die sich zu einem fortdauernden gemeinnützigen Zweck verbunden haben.“

Voraussetzung für die Erfüllung des Merkmals des gemeinnützigen Zwecks war die Ausrichtung der Unternehmung an einem „allgemeinen staatswirtschaftlichen Interesse“.¹³ Mit dem Erlass weiterer aktienrechtlicher Bestimmungen durch das Preußische Eisenbahngesetz von 1838 und das Preußische Gesetz über Aktiengesellschaften von 1843 machte das Oktroi- dem Konzessionssystem Platz. Die Konzessionierung war – wie auch der Oktroi – Ausdruck staatlicher Kontrolle: Durch Versagung der Genehmigung bei überwiegenden Gründen des Gemeinwohls wollte man der Gefahr leichtsinniger Unternehmungen vorbeugen.¹⁴

b) System der Normativbestimmungen

Mit zunehmender Dominanz des Liberalismus in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts schwand das Erfordernis der Bindung der AG an staatliche Interessen und Gemeinwohl und die Konzessionserteilung erhielt zunehmend den Charakter einer rein ordnungsbehördlichen Maßnahme. Stattdessen vertraute man auf die regulativen Kräfte des Marktes. Mit den Grundgedanken des Liberalismus war es auch kaum vereinbar, die Konzessionserteilung an die „Willkür“ staatlicher Behörden zu knüpfen. So wurden vermehrt feste Regularien für die Konzessionsentscheidungen festgeschrieben.¹⁵ Diese sog. Normativbestimmungen¹⁶ kennzeichnen den Übergang zum Normativsystem iRd ersten Aktienrechtsnovelle 1870, neun Jahre nach Inkrafttreten des ADHGB.¹⁷ Der im Zuge der Novelle neu gefasste Art. 208 ADHGB,

¹¹ Unlängst *Fleischer*, AG 2017, 509, 510.

¹² Nachweise bei *Weber*, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft, 2014, S. 28 ff. mwN.

¹³ Ausführlich *Weber*, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft, 2014, S. 28 ff. mwN.

¹⁴ *Lehmann*, Recht der Aktiengesellschaften, Bd. 1 (1898), 2002, S. 287.

¹⁵ *Kießling*, in: Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Bd. I: Entwicklung des Aktienrechts, 2007, Kapitel 7, Rn. 47.

¹⁶ *Kießling*, in: Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Bd. I: Entwicklung des Aktienrechts, 2007, Kapitel 7, Rn. 47.

¹⁷ Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, Bundes-Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1870, S. 375; dazu *Lieder*, in: Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Bd. I: Entwicklung des Aktienrechts, 2007, Kapitel 10 sowie ausführlich *Schubert*, ZGR 1981, 285, 292 ff.

der ursprünglich das Konzessionserfordernis statuierte, verzichtete auf das Erfordernis der staatlichen Genehmigung für die Gründung einer AG und sah stattdessen vor, dass über die Errichtung der Gesellschaft und den Inhalt des Gesellschaftsstatuts eine gerichtliche oder notarielle Urkunde aufzunehmen war. Nach erfolgreichem Durchlaufen eines Registrierungsverfahrens entstand die AG mit ihrer Eintragung ins Handelsregister. Damit wurde das Aktienrecht in der grundlegenden Liberalisierung deutlich umgestaltet. Zentrales Merkmal der Reform war, dass die staatliche Aufsicht über die Gesellschaft entfiel; an ihre Stelle trat jedoch der Aufsichtsrat, der nun als drittes Organ der Gesellschaft – als Bindeglied zwischen Generalversammlung (heute Hauptversammlung) und Vorstand¹⁸ – zwingend eingeführt wurde.¹⁹ Seine Einführung mit dem ADHGB 1861 ist historisch vor allem dadurch begründet, dass sich der Staat von der Überwachung der Aktiengesellschaften zurückzog und daher durch einen anderen Kontrollmechanismus ersetzt werden sollte.²⁰ Dem Aufsichtsrat war dabei zunächst die Rolle zugedacht, als verlängerter Arm des Staates die Beachtung öffentlicher Interessen durch das unternehmerische Wirken zu schützen. Eine Rückkehr zu einer positiv-rechtlichen Normierung der Gemeinwohlbindung erfolgte daher nicht, auch wenn gegen Ende des 19. Jahrhunderts das Aufkommen der sozialen Frage eine Abkehr von der klassischen wirtschaftsliberalen Nationalökonomie und einen verstärkten staatlichen Interventionismus forderte.²¹

c) Rathenau und das „Unternehmen an sich“

Im 20. Jahrhundert ist der aktienrechtliche Gemeinwohldiskurs teils von Ideologisierung sowie aus heutiger Perspektive von Ideologiekritik geprägt. Dies zeigt sich bereits deutlich mit Blick auf die durch *Rathenaus* Schriften angestoßene rechtspolitische Debatte über die Rechtsfigur des Unternehmens an sich. Diese löste die AG von den Partikularinteressen ihrer Aktionäre

¹⁸ *Primker*, in: Endemann, Handbuch des deutschen Handels- See- und Wechselrechts, 1. Bd., 2. Halbband, S. 502, 580.

¹⁹ Das ADHGB von 1861 hatte seine Einrichtung noch ins Belieben der Gesellschaft und der Aktionäre gestellt, vgl. Art. 225 ADHGB. Dieses zuvor als Verwaltungsrat bezeichnete Organ bestand jedoch zunächst zuvörderst aus Vertretern der Aktionäre und war daher nicht zu einer wirksamen Kontrolle des Vorstandshandelns in der Lage, vgl. näher *Lieder*, Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit, 2006, S. 79.

²⁰ *Hopt*, Comparative corporate governance, the state of the art and international regulation, in: Fleckner/Hopt (Hrsg.), Comparative Corporate Governance, 2013, S. 3, 29; die Motive der Aktienrechtsnovelle von 1870 sprechen insoweit von einem „Selbstbeaufsichtigungsrecht der Gesellschaften“, vgl. Stenografische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, I. Legislatur-Periode, Session 1870, Bd. 4, Anlage Nr. 158, S. 645, 655.

²¹ *Winkel*, in: Coing/Wilhelm (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. IV, 1979, S. 3, 10; *Laux*, Die Lehre vom Unternehmen an sich, 1998, S. 54 f.

und ging vor dem Hintergrund der gestiegenen wirtschaftlichen Bedeutung der Großunternehmen und Konzernierungen von einer praktischen Verselbstständigung des Unternehmens von seinen Organen aus. Entscheidend, gerade vor dem Hintergrund der internationalen Corporate Governance Diskussion, ist dabei der Umstand, dass *Rathenau* die langfristige Existenz des Unternehmens gegenüber den Individualinteressen einzelner Anteilseigner in den Vordergrund stellt. Dieses Kernpetitum findet sich in der folgenden zentralen Aussage Rathenaus wieder:

„Die Großunternehmung ist heute überhaupt nicht mehr ein Gebilde privatrechtlicher Interessen, sie ist vielmehr, sowohl einzeln wie in ihrer Gesamtzahl, ein nationalwirtschaftlicher, der Gesamtheit angehöriger Faktor, der zwar aus seiner Herkunft, zu Recht oder zu Unrecht, noch die privatwirtschaftlichen Züge des reinen Erwerbsunternehmens trägt, während er längst und in steigendem Maße öffentlichen Interessen dienstbar geworden ist und hierdurch sich ein neues Daseinsrecht geschaffen hat.“²²

Interessant ist vor allem die Forderung, die AG „zum Wohle der Gemeinschaft“ zu erhalten und sie zu diesem Zweck vor der „Zerstückelung durch privatinteressierten Partikularismus zu schützen“.²³ Sie belegt, dass *Rathenaus* Verständnis der AG über die Aggregation verschiedener Stakeholderinteressen hinausgeht und stattdessen den gesamtwirtschaftlichen Kontext der Unternehmung betont. Die Diskussion, die *Rathenau* vor allem auf die Herstellung eines Gleichklangs zwischen öffentlichen Interessen, Arbeitnehmer- und berechtigten Aktionärsinteressen zuspitzt, bereitete den Boden für kommende Reformen.

d) Aktiengesetz von 1937 und 1965

Der Gesetzgeber von 1937 verpflichtete den Vorstand in der berühmten Gemeinwohlklausel des neu eingeführten § 70 Abs. 1 AktG ausdrücklich,

„unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Betriebs und seiner Gefolgschaft und der gemeine Nutzen von Volk und Reich es fordern.“²⁴

Nach den Autoren des Referentenkommentars bildet diese Gemeinwohlklausel als „ungeschriebene Präambel des Aktiengesetzes“ zudem die zentrale „Richtschnur für die

²² *Rathenau*, Vom Aktienwesen. Eine geschäftliche Betrachtung, 1917, S. 38 f.; als „Schlüsselsatz“ des Werkes auch zitiert bei *Fleischer*, JZ 2017, 991, 992.

²³ *Rathenau*, Vom Aktienwesen. Eine geschäftliche Betrachtung, 1917, S. 41.

²⁴ Zur Entstehungsgeschichte instruktiver Überblick bei *Fleischer*, ZGR 2017, 411, 412 f.; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl., 2015, S. 5; *Riechers*, Das „Unternehmen an sich“, 1996, S. 154 ff. mit Bezug zur Lehre vom Unternehmen an sich.

Auslegung des ganzen Gesetzes“.²⁵ Die Interessen der Aktionäre werden gerade nicht von der Unternehmenszielbestimmung der Vorschrift erfasst. Aufgrund der Verknüpfung der Gemeinwohlformel mit der Ideologie der Nazis tilgte die Aktienrechtsnovelle im Jahr 1965 dieselbe aus dem Wortlaut des Gesetzes. Dennoch war im Entwurfsstadium der Novelle das weitere Schicksal der Gemeinwohlklausel des § 70 Abs. 1 AktG umstritten. Referenten- und Regierungsentwurf verfolgten hier unterschiedliche Ansätze. Während Ersterer die Gemeinwohlklausel in leicht veränderter Fassung – insbesondere unter Einbeziehung der Aktionäre – integrierte, verzichtet Letzterer ausdrücklich auf diese „Selbstverständlichkeit“:²⁶ So formulierte der Referentenentwurf:

„Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Unternehmens, seiner Arbeitnehmer und Aktionäre, sowie das Wohl der Allgemeinheit es erfordern.“²⁷

Im Regierungsentwurf fehlte eine solche Norm, da man davon ausging, dass sich die im Referentenentwurf genannte Zielvorgabe für das Vorstandshandeln von selbst verstehe und daher nicht eigens in den Gesetzestext aufgenommen werden müsse.²⁸ Nach intensiver Diskussion verzichtete man daher schließlich auf eine Gemeinwohlklausel und formulierte im neuen § 76 AktG, der in dieser Form bis heute gilt:

„Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten.“

Vor diesem Hintergrund leuchtet auch die umstrittene Annahme einer Fortgeltung der Gemeinwohlbindung als ungeschriebenes aktienrechtliches Prinzip ein. Es mag weniger ihrer immer wieder betonten Selbstverständlichkeit geschuldet sein als vielmehr der in diesem Zuge gerügten mangelhaften rechtlichen Substanz einer solchen Klausel, dass die praktische Relevanz der Gemeinwohlbindung in den Folgejahren gering ausfiel.

²⁵ *Schlegelberger/Quassowski*, AktG, 3. Aufl. 1939, § 70 Rn. 8; tatsächlich stand damals im Raum, diesen Grundsatz auch als geschriebene Präambel dem Aktiengesetz voranzustellen, vgl. *Fleischer*, ZGR 2017, 411, 413 mwN.

²⁶ *Kropff*, Aktiengesetz: Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 und des Einführungstextes zum Aktiengesetz, 1965, S. 97 f.; dazu *Fleischer*, ZGR 2017, 411, 414; *Rühmkorf*, Shareholder Value versus Corporate Sustainability, in: Sjøfjell/Bruner (Hrsg.), *The Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability*, 2020, S. 232, 234; zuletzt *Schubert*, *Das Unternehmensinteresse – Maßstab für die Organwalter der Aktiengesellschaft*, 2020, S. 27.

²⁷ *Bundesjustizministerium*, Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, (Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien nebst erläuternden Bemerkungen) 1958, § 71 Abs. 1.

²⁸ Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes nebst Begründungen, BT-Drucks. IV/171 vom 3.2.1962, Begründung zu § 73, S. 121; *Kropff*, Aktiengesetz: Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 und des Einführungstextes zum Aktiengesetz, 1965, S. 97 f., so auch *Reuter*, AcP 179 (1979), 509, 552.

e) Jüngere Entwicklungen und Reformvorschläge

Neuere Entwicklungen betreffen statt der Gemeinwohlfrage stärker die Diskussion des Unternehmensinteresses sowie – katalysiert vor allem durch die Entwicklungen im Zusammenhang mit der Unternehmensmitbestimmung – der Gewichtung der verschiedenen Belange einzelner Interessengruppen innerhalb des Unternehmens. Die Frage der Gemeinwohlbindung taucht prominent erst im Zusammenhang mit dem modernen Nachhaltigkeitsdiskurs wieder auf und knüpft explizit an die Entwicklung der Corporate Social Responsibility an. Dies belegen jüngere Reformvorschläge, die den Gemeinwohlbegriff wieder in die normative Richtlinie für das Vorstandshandeln integrieren wollen:²⁹ Im Zusammenhang mit der durch die Finanzkrise befeuerten Diskussion über die Höhe von Managergehältern hat die SPD-Fraktion im Jahr 2017 einen entsprechenden Gesetzesentwurf vorgelegt. Darin schlägt sie die Ergänzung des § 76 Abs. 1 AktG um eine Regelung vor, die den Gemeinwohlbezug des Vorstandshandelns ausdrücklich wieder aufgreift:³⁰

„[Der Vorstand] ist dabei dem Wohl des Unternehmens, der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, der Aktionärinnen und Aktionäre und dem Wohl der Allgemeinheit verpflichtet.“

Zur Begründung wird angeführt, dass eine Konkretisierung der bestehenden Verpflichtung des Vorstands geeignet ist, sowohl die Leistung als auch eine etwaige Schlechtleistung der Vorstandsmitglieder besser beurteilen zu können, was wiederum für die Entscheidung über die Angemessenheit der Bezüge erforderlich sei.³¹ Als normativer Hintergrund wird zudem ausdrücklich auf die Gemeinwohlverpflichtung des Art. 14 Abs. 2 GG Bezug genommen; diese solle auch im Aktiengesetz aufgegriffen werden.³² Der Reformvorschlag konnte sich indes nicht durchsetzen. Ohnehin verdeutlicht seine Lektüre, dass die Gemeinwohldiskussion inzwischen viel weiter aufgefächert stattfindet. Bezugspunkt der modernen Corporate Governance Diskussion ist insoweit nicht mehr nur die Gemeinwohlbindung der Aktiengesellschaft. Stattdessen oszilliert sie zwischen den Polen einer monistisch verstandenen, an der Maximierung des Shareholder Value orientierten Handlungsmaxime für

²⁹ SPD-Fraktion, Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit von Vorstandsvergütungen und zur Beschränkung der steuerlichen Absetzbarkeit vom 20.2.2017.

³⁰ SPD-Fraktion, Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit von Vorstandsvergütungen und zur Beschränkung der steuerlichen Absetzbarkeit vom 20.2.2017.

³¹ SPD-Fraktion, Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit von Vorstandsvergütungen und zur Beschränkung der steuerlichen Absetzbarkeit vom 20.2.2017, S. 12.

³² SPD-Fraktion, Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit von Vorstandsvergütungen und zur Beschränkung der steuerlichen Absetzbarkeit vom 20.2.2017, S. 12.

das Vorstandshandeln einerseits und einer pluralistisch gestalteten Unternehmensverfassung andererseits, in der Gemeinwohlinteressen lediglich einen von mehreren Stakeholderbelangen darstellen. Um die einschlägige Entwicklung hin zur heutigen Diskussion nachvollziehen zu können, ist damit die Figur des Unternehmensinteresses zu berücksichtigen. Sie ist das Bindeglied zwischen traditioneller Gemeinwohldiskussion und zeitgenössischem Corporate Governance Diskurs. Letzterer ist heute zunehmend von der Shareholder-Stakeholder Dichotomie des anglo-amerikanischen Rechtsraums geprägt.

2. Das Unternehmensinteresse als Maßstab für das Geschäftsleiterhandeln

Das Unternehmensinteresse bildet heute den zentralen Maßstab für das Handeln der Organwalter der Aktiengesellschaft, ohne dass dies oder sein konkreter Inhalt explizit gesetzlich vorgeschrieben ist. Die Diskussion des Unternehmensinteresses hat eine nahezu hundertjährige Tradition.³³ Sie knüpft an die aktienrechtliche Gemeinwohldiskussion an, überschneidet sich inhaltlich mit ihr und entwickelt sie teils weiter. Während die Frage der Gemeinwohlbindung der AG die Perspektive nach außen richtet und das Verhältnis der Kapitalgesellschaft zur Zivilgesellschaft fokussiert, betrifft das Unternehmensinteresse stärker die Binnenorganisation des Unternehmens, indem es die Frage der in den Mittelpunkt rückt, inwieweit sich das Verhältnis verschiedener Stakeholderinteressen zueinander modellieren lässt, ohne dabei den gesamtgesellschaftlichen Bezug der Unternehmung aufzugeben.

a) Normative Ansatzpunkte und Entwicklung der Diskussion

Das geltende Aktienrecht verzichtet in § 76 Abs. 1 AktG auf eine Formulierung von Zielvorgaben für das Vorstandshandeln. Art. 93 Abs. 1 S. 2 AktG benennt als wesentliches Kriterium für die Verantwortlichkeit der Organwalter iRd sog. Business Judgement Rule das „Wohl der Gesellschaft“. Auch bei diesem unbestimmten Rechtsbegriff geht es letztlich um das Austarieren eines komplexen Interessengeflechts, in dessen Rahmen die handelnden Organwalter über einen ein Beurteilungsspielraum verfügen.³⁴ Der deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) nimmt seit seiner ersten Fassung im Jahr 2002 ausdrücklich auf das Unternehmensinteresse Bezug und konkretisiert dieses seit 2009, dies freilich nicht in rechtsverbindlicher Weise. Mit Blick auf die Maßgeblichkeit des Unternehmensinteresses als

³³ Wenn man ihre Vorläufer, namentlich die durch *Rathenau* angestoßene Diskussion über die Figur des Unternehmens an sich, insoweit einbezieht.

³⁴ *Spindler*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 5. Auflage 2019, § 93 Rn. 54.

Bezugspunkt für die Entscheidungen der Organwalter der AG fehlt damit vor allem die inhaltliche Konkretisierung, daher ist ihr Inhalt bis heute umstritten³⁵.

Der Diskurs über das Unternehmensinteresse erlebt seine Blütezeit in den späten 1970er und frühen 1980er Jahren und ist von den Versuchen geprägt, das Gesellschaftsrecht zum Unternehmensrecht fortzuentwickeln. Insgesamt wurde eine Vielzahl an konkretisierenden Theorien entwickelt. Diese besitzen keinesfalls nur deskriptiv-analytische Funktion, sondern zielen auch darauf ab, verbindliche Verhaltensmaßstäbe für Gesellschaftsorgane zu entwickeln und damit verknüpfte Haftungsfragen zu beantworten. Indes ist die inhaltliche Konkretisierung des Unternehmensinteresses durchweg nicht dergestalt gelungen, dass sich eine einheitlich anerkannte Begriffsbildung herauskristallisieren konnte; aus der intensiv geführten Debatte ließ sich letztlich kein konkretes Handlungsprogramm für Organwalter ableiten.³⁶

Wenig später wandeln sich die Denkkategorien zugunsten einer diametralen Gegenüberstellung der in der anglo-amerikanischen Corporate Governance Diskussion geprägten Ansätze der Shareholder und Stakeholder Value Theorie. Der Gedanke des Shareholder Value, der Aktionärsinteressen priorisiert, entwickelt insbesondere in den 1990er Jahren erhebliche Bedeutung auch in der deutschen Corporate Governance Diskussion. Er führt zu zahlreichen aktienrechtlichen Reformschritten, mit denen der Gesetzgeber eine Anpassung des Aktienrechts an die Bedürfnisse moderner Kapitalmärkte bezweckt.³⁷ Von besonderer Bedeutung sind insoweit vor allem die durch das KonTraG begründeten Änderungen des Aktienrechts,³⁸ die eine stärkere Ausrichtung der Unternehmensführung auf die Steigerung des Aktienkurses bewirken.³⁹ Trotz der punktuellen Anerkennung des Shareholder Value Gedankens, hält die überwiegende Mehrheit in der deutschen Corporate Governance Diskussion am Konzept des pluralistisch verstandenen Unternehmensinteresses als Leitlinie für das Handeln der Organwalter der Aktiengesellschaft fest.

³⁵ Dazu näher sogleich.

³⁶ Eingehend *Brinkmann*, Unternehmensinteresse und Unternehmensrechtsstruktur, 1983; *Jürgenmeyer*, Das Unternehmensinteresse, 1984; aus neuerer Zeit mit Blick auf Nachhaltigkeitsbelange *Schubert*, Das Unternehmensinteresse – Maßstab für die Organwalter der Aktiengesellschaft, 2020.

³⁷ *Birke*, Das Formalziel der Aktiengesellschaft, 2005, S. 206 f.; *Seibert*, AG 2002, 417.

³⁸ Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) vom 27. April 1998, BGBl. I 1998, S. 786, dazu *Claussen*, DB 1998, 177; *Zimmer*, NJW 1998, 3521.

³⁹ BT-Drucks. 13/9712, S. 11; vgl. auch *Birke*, Das Formalziel der Aktiengesellschaft, 2005, S. 207, 209.

b) Inhaltliche Konkretisierung im DCGK

Die Leitmaxime des Vorstands, wie sie bereits in der ersten Fassung des DCGK aus dem Jahr 2002 zu finden ist, wurde in diesem Sinne im Jahr 2009 geändert.⁴⁰ Ziffer 4.1.1. DCGK bestimmte demnach für gut zehn Jahre:

„Der Vorstand leitet das Unternehmen mit dem Ziel nachhaltiger Wertschöpfung in eigener Verantwortung und im Unternehmensinteresse, also unter Berücksichtigung der Belange der Aktionäre, seiner Arbeitnehmer und der sonstigen dem Unternehmen verbundenen Gruppen (Stakeholder).“

Inwieweit diese allerdings mit Blick auf die Unternehmenspraxis streitentscheidende Wirkung entfaltete, war zweifelhaft, dies auch aufgrund der Indikativformulierung der Bestimmung: Formal war Ziffer 4.1.1. DCGK 2009 nämlich als bloße Gesetzeserläuternde Bestimmung nicht von der Entsprechungserklärung gem. § 161 AktG erfasst.⁴¹ Damit waren Vorstand und Aufsichtsrat börsennotierter Aktiengesellschaften nicht zur Erklärung darüber verpflichtet, inwieweit sie ihr Handeln an der pluralistischen Leitmaxime orientieren.

Dieses Bild hat sich durch die Neufassung des DCGK vom 16.12.2019, die am 20. März 2020 in Kraft getreten ist, verschoben: Die inhaltliche Konzeption des Unternehmensinteresses wurde beibehalten, seine Wiedergabe indes in die Präambel verschoben und mit der dort bislang wiedergegebenen Verpflichtung auf das Wirtschaftsmodell der sozialen Marktwirtschaft kombiniert.⁴² Auf diese nehmen die zentralen Grundsätze des DCGK 2019 immer wieder Bezug: So werden die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat in den Grundsätzen 1 S. 1, 10, 13 S. 1 und 19 ausdrücklich auf das Unternehmensinteresse verpflichtet. Die Neukonzeption des DCGK führt die Kategorie der Grundsätze neben den bereits bekannten Anregungen und Empfehlungen ein, um den Kodex durch die Verschlankung der Kategorie der bloßen Wiedergabe gesetzlicher Bestimmungen zu entlasten. Damit erfolgt eine Konzentration auf die Wiedergabe der wesentlichen rechtlichen Vorgaben für eine verantwortungsvolle Unternehmensführung, was den Stellenwert des Unternehmensinteresses und seiner inhaltlichen Ausgestaltung durch den DCGK gegenüber seinen bisherigen Fassungen erhöht.

⁴⁰ *Fleischer*, ZGR 2017, 411, 416 f.; zum Änderungsprozess v. *Werder*, in: *Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder* (Hrsg.), *Deutscher Corporate Governance Kodex*, 6. Aufl. 2016, 4.1.1., Rn. 802 ff.

⁴¹ *Fleischer*, ZGR 2017, 411, 417.

⁴² Abs. 1 der Präambel des aktuellen DCGK aus 2019 lautet nunmehr: „Der Kodex verdeutlicht die Verpflichtung von Vorstand und Aufsichtsrat, im Einklang mit den Prinzipien der sozialen Marktwirtschaft unter Berücksichtigung der Belange der Aktionäre, der Belegschaft und der sonstigen dem Unternehmen verbundenen Gruppen (Stakeholder) für den Bestand des Unternehmens und seine nachhaltige Wertschöpfung zu sorgen (Unternehmensinteresse).“

Da die neu eingeführte Kategorie der Grundsätze jedoch nicht Teil der Entsprechungserklärung gem. § 161 AktG ist, halten sich die Auswirkungen der Bestimmungen jedoch nach wie vor in Grenzen.

Insgesamt lässt sich feststellen, dass der Shareholder Value Gedanke die Figur des Unternehmensinteresses weder ersetzt noch inhaltlich bestimmt hat. Stattdessen zeigt sich in den vergangenen zwanzig Jahren eine verstärkte (Rück)Besinnung auf ein pluralistisch verstandenes Stakeholder Value Konzept, das sowohl in der Judikatur des BVerfG und des BGH zur Kapitalmarktorientierung des Aktieneigentums als auch durch verschiedene Vorschläge seitens der Rechtswissenschaft und Politik zum Ausdruck kommt.⁴³ Das deutsche Gesellschaftsrecht hat somit die um die Jahrtausendwende prominent geäußerte Konvergenzthese widerlegt: Entgegen der Prognose eines „end of history for corporate law“ im gleichnamigen Beitrag von *Henry Hansmann* und *Reiner Kraakman* lässt sich bislang eine Annäherung aller unterschiedlichen Corporate Governance Systeme weltweit an den Grundgedanken des Shareholder Value Ansatzes nicht konstatieren.⁴⁴

c) Schlussfolgerungen und aktuelle Reformvorschläge

Anders als die in der US-amerikanischen Corporate Governance Diskussion geprägte Stakeholder Theorie beschränkt sich das Leitbild des Unternehmensinteresses nach überwiegender und überzeugender Ansicht nicht auf einen rein prozeduralen Ansatz, der die verschiedenen Stakeholdergruppen unmittelbar berücksichtigt, sondern ist stärker als diese von übergeordneten normativen Grundideen geprägt. Dieses Verständnis ist Konsequenz der inhaltlichen Verknüpfung des Unternehmensinteresses mit dem aktienrechtlichen Gemeinwohldiskurs, der aufgrund seiner gesetzlichen Ausprägungen ein theoretisches Fundament für die Entwicklung des Verhältnisses der Kapitalgesellschaft zur öffentlichen Hand und damit zur Gesamtgesellschaft geschaffen hat. Stakeholderinteressen sind relevant für die Bestimmung des Unternehmensinteresses im Einzelfall und prägen sein Verständnis maßgeblich; im Rahmen ihrer unternehmerischen Entscheidungen haben Vorstände aber den

⁴³ BVerfG NZG 2012, 826, 828; dazu *Klöhn*, NZG 2012, 1041, 1044; BGH NJW 2014, 146; dazu *Bayer*, ZfPW 2015, 163.

⁴⁴ *Hansmann/Kraakman*, *Georgetown Law Journal* 89 (2001), 439, 441: “as a consequence of both logic and experience, there is convergence on a consensus that the best means to (...) the pursuit of aggregate social welfare is to make corporate managers strongly accountable to shareholders interests and, at least in direct terms, only to those interests”. Für Kritik vgl. *Sjåfjell/Johnston/Anker-Sørensen/Millon*, *Shareholder Primacy: the main barrier to sustainable companies*, in: *Sjåfjell/Richardson* (Hrsg.), *Company Law and Sustainability*, 2015, S. 79; *Welsh/Spender/Lynch Fannon/Hall*, *Australian Journal of Corporate Law* 29 (2014), 147.

breiteren Kontext des Verhältnisses zwischen Unternehmen und Gesamtgesellschaft mitzubersichtigen. Eine entsprechende Konkretisierung, etwa durch inhaltliche Anreicherung des § 76 Abs. 1 AktG könnte insoweit für Klarstellung sorgen.

In diesem Sinne finden sich jüngst Vorschläge seitens der Rechtswissenschaft und Politik. *Peter Hommelhoff* hat mit Blick auf die Implementierung der OECD-Grundsätze bereits im Jahr 2001 erwogen, § 76 AktG dahingehend zu konkretisieren, dass der Vorstand bei der Unternehmensleitung ausdrücklich die Interessen der Aktionäre, der Arbeitnehmer sowie der sonstigen Unternehmensbeteiligten zu berücksichtigen habe.⁴⁵

Eine ähnliche Forderung hat jüngst *Claudia Schubert* vorgetragen: § 76 Abs. 1 AktG sollte angesichts der seit Jahrzehnten bestehenden Diskussion über das Unternehmensinteresse iVm der jüngeren Auseinandersetzung über nachhaltige und sozial verantwortliche Unternehmensführung dem aktuellen Diskussionsstand angepasst werden und ein interessenpluralistisches Verständnis festgeschrieben werden, das die Interessen der Aktionäre und Arbeitnehmer ausdrücklich anerkennt.⁴⁶ Mit Blick auf die übrigen Interessengruppen spricht sich *Schubert* dafür aus, den Begriff der sozialen Verantwortung in § 76 Abs. 1 AktG aufzunehmen, der als Oberbegriff dazu dienen soll, weitere Stakeholderkreise sowie Allgemeininteressen zu erfassen.⁴⁷ Schließlich rät der Vorschlag auch zu dem Hinweis, dass es sich insoweit um Eigeninteressen der Gesellschaft handelt und ihre weitergehende Verpflichtung zugunsten von Allgemein- oder Drittinteressen durch staatliche Gesetze oder staatlich vorgeschriebene Selbstregulierung erfolgt.⁴⁸ Die Festschreibung eines interessenpluralistischen Verständnisses avisiert auch der Vorschlag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen aus dem Jahr 2012, der jedoch § 93 Abs. 1 S. 2 AktG betrifft und formuliert:

„Eine Pflichtverletzung liegt zudem nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied eine unternehmerische Entscheidung auf Grundlage menschenrechtlicher, sozialer oder ökologischer Standards getroffen hat, zu deren Einhaltung sich die Bundesrepublik Deutschland völkerrechtlich verpflichtet hat.“⁴⁹

⁴⁵ *Hommelhoff*, ZGR 2001, 238, 250, der sich angesichts einer „einhelligen Interpretation“ des geltenden Rechts in diesem (pluralistischen) Sinne letztlich doch zurückhaltend positioniert.

⁴⁶ *Schubert*, Das Unternehmensinteresse – Maßstab für die Organwalter der Aktiengesellschaft, 2020, S. 210 ff., 220 (These 24).

⁴⁷ *Schubert*, Das Unternehmensinteresse – Maßstab für die Organwalter der Aktiengesellschaft, 2020, S. 210 ff., 220 (These 24).

⁴⁸ *Schubert*, Das Unternehmensinteresse – Maßstab für die Organwalter der Aktiengesellschaft, 2020, S. 210 ff., 220 (These 24).

⁴⁹ BT-Drucks. 17/11686, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Aktiengesetzes vom 18.11.2012.

III. Schlussfolgerungen für die gesetzliche Verankerung einer nachhaltigkeitsbezogenen Sorgfaltspflicht

Aus den nachgezeichneten Entwicklungen ergeben sich mehrere Schlussfolgerungen für die gesetzliche Verankerung einer nachhaltigkeitsbezogenen Sorgfaltspflicht.

1. Gesetzliche Verankerung

Zunächst wäre eine gesetzliche Pflicht zur Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsbelangen durch Geschäftsleiter historisch betrachtet kein gesellschaftsrechtliches Novum. Die Gemeinwohlbindung der AG in ihren verschiedenen gesetzlichen Ausprägungen sowie die Rechtsfigur des Unternehmensinteresses verdeutlichen, dass die Berücksichtigung öffentlicher Belange durch die Geschäftsleiter von Unternehmen schon immer eine wichtige unternehmensrechtliche Rolle gespielt hat. Die Entwicklungen belegen, dass einschlägige Rechtspflichten nicht nur im Öffentlichen Recht eine Rolle spielten, indem sie – wie etwa umweltrechtliche Bestimmungen – „von außen“ auf Kapitalgesellschaften einwirkten, sondern dass das Gesellschaftsrecht selbst als Vehikel für einschlägige Verhaltenspflichten diene und im Grundsatz auch heute dient. Anders als soziale Belange sind ökologische Belange aufgrund der historischen Entwicklung vergleichsweise spät in den Fokus von Gesetzgeber und Praxis gerückt, regelungstechnisch gilt für ihre Berücksichtigung grundsätzlich aber nichts anderes.

Im geltenden Recht findet die Verpflichtung der Geschäftsleiter auf Belange der Nachhaltigkeit kaum einen ausdrücklichen Niederschlag. Die Analyse der derzeitigen Gesetzeslage zeigt, dass die Maßstäbe für das Organwalterhandeln weitgehend ungeschriebener Natur sind. Bereits deswegen sowie angesichts der jüngeren Entwicklungen ist eine Konkretisierung des § 76 AktG nicht nur möglich, sondern in Einklang mit mehrfach geäußerten Forderungen seitens Wissenschaft und Politik auch angezeigt, um die ganz überwiegend vertretene Maßgeblichkeit des Unternehmensinteresses normativ abzubilden. Neben § 76 AktG wäre § 93 AktG ein Anknüpfungspunkt für eine solche Klarstellung.

2. Inhaltliche Ausgestaltung

Die Formulierung einer entsprechenden Sorgfaltspflicht ist damit nicht nur rechtlich möglich, sondern auch geboten. Fraglich ist ihre konkrete Ausgestaltung, für die derzeit auf nationaler und auf Unionsebene verschiedene Varianten diskutiert werden.

Zentral ist hier zunächst die Feststellung, dass vor dem Hintergrund der gesellschaftsrechtlichen Diskussion in Deutschland die Dichotomie zwischen der monistisch verstandenen Shareholder Value Theorie und der dem pluralistischen Stakeholder-Ansatz als ihrem Gegenentwurf zu eng ist, um die Problematik vollends zu erfassen und abzubilden. Die hier skizzierten Entwicklungen verdeutlichen, dass die Berücksichtigung ökologischer und sozialer Belange durch Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften über deren interne Corporate Governance hinausreicht und zentral auch das Verhältnis öffentlicher und privater Interessen betrifft. Damit ist das Verhältnis der Kapitalgesellschaft zur Gesamtgesellschaft angesprochen, das einer an den jeweiligen historischen Kontext geknüpften dynamischen Entwicklung unterliegt. Die Verengung der unternehmensrechtlichen Diskussion auf eine Auseinandersetzung zwischen Shareholder- und Stakeholder-Ansatz nimmt demgemäß auch entsprechend wenig Raum im historischen Gesamtkontext ein. Eine gesetzgeberische Lösung, die sich darin erschöpft, diesen Konflikt zugunsten des Stakeholder Modells zu entscheiden, in das dann soziale und ökologische Belange integriert werden, scheint vor diesem Hintergrund wenig sinnvoll. Zudem sprechen die Diversität der verschiedenen Stakeholdergruppen sowie deren disparate Motivlage gegen eine Priorisierung bestimmter Interessengruppen, die zwangsläufig mit einer Benachteiligung der übrigen einhergeht. Sinnvoller scheint demgegenüber, als Anknüpfungspunkt für eine unternehmensrechtliche Sorgfaltspflicht mit Nachhaltigkeitsbezug die Rechtsfigur des Unternehmensinteresses zu wählen. Diese ist gerade aus der Perspektive des deutschen Gesellschaftsrechts für die Implementierung von Nachhaltigkeitsbelangen besser geeignet. Das Unternehmensinteresse lässt sich gut mit den Ideen des pluralistischen Stakeholdermodells vereinbaren, geht aber darüber hinaus, indem es die gesellschaftsrechtliche Gemeinwohldiskussion integriert und den Bezug zwischen Unternehmen und Gesamtgesellschaft herstellt. Gesetzlich festschreiben ließe sich die ausdrückliche Verpflichtung der Geschäftsleiter auf das Unternehmensinteresse, wenn auch dessen inhaltliche Konkretisierung weiterhin vom Einzelfall abhängt. Damit würde letztlich nur ausdrücklich festgeschrieben, was im deutschen Gesellschaftsrecht ohnehin schon geltendes Recht ist.⁵⁰ Um die notwendige Konkretisierung zu erreichen, ist die Kombination mit einer einzuführenden allgemeinen unternehmensrechtlichen Sorgfaltspflicht zentral:

⁵⁰ So auch Schubert, Das Unternehmensinteresse – Maßstab für die Organwalter der Aktiengesellschaft, 2020, S. 210 ff., 220 (These 24).

Schon eine Konkretisierung des Unternehmensinteresses iSe Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsbelangen bzw. ökologischer und sozialer Faktoren ist hilfreich und rechtlich machbar. Dies bedeutet nicht, dass die Figur des Unternehmensinteresses in ihren Einzelheiten gesetzlich festgelegt würde. Die traditionsreiche Diskussion dieser Rechtsfigur hat gezeigt, dass ihre abstrakte letztverbindliche Konkretisierung weder möglich noch sinnvoll ist. Diese Beobachtung ist auch jenseits des nationalen Kontexts von Bedeutung: Auf Unionsebene wird derzeit diskutiert, ob man das Konzept des Unternehmensinteresse europarechtlich harmonisieren sollte.⁵¹ Dies ist eine stark umstrittene Frage, die auf Grundlage der hiesigen Ausführungen negativ beantwortet werden sollte. Dennoch ist das Unternehmensinteresses auch auf europäischer Ebene als zentraler Anknüpfungspunkt für die Statuierung einer Pflicht zur nachhaltigen Unternehmensführung geeignet, die sich auf ökologische und soziale Belange bezieht. Konkret könnte der (nationale wie europäische) Gesetzgeber hier, anstatt das Stakeholderprinzip gesetzlich zu verankern, formulieren, dass das Ziel unternehmerischen Wirkens und damit das Unternehmensinteresse auf eine „nachhaltige Wertschöpfung innerhalb der planetarischen Grenzen“ ausgerichtet ist.

Wie sich dieses Ziel konkret erreichen lässt, sollte auf der Grundlage der hier nachgezeichneten Entwicklung vom Einzelfall abhängen und ist jeweils von den Organen der Gesellschaft (in der Aktiengesellschaft Vorstand und Aufsichtsrat) zu bestimmen. Um hierfür die notwendige Entscheidungsgrundlage zu schaffen, ist die Einführung einer allgemeinen nachhaltigkeitsbezogenen Sorgfaltspflicht (Sustainability Due Diligence) erforderlich. Auch diese sollte aus Kohärenzgründen das im internationalen und europäischen Recht anerkannte Verständnis der Nachhaltigkeit zugrunde legen, dh ökologische, soziale und Governance-Aspekte umfassen und eine nachhaltige Wertschöpfung innerhalb der planetarischen Grenzen verlangen. Diese Pflicht ließe sich für verschiedene Bereiche konkretisieren, wie es derzeit etwa im Entwurf eines Gesetzes über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten geschehen ist.

IV. Durchsetzung einer solchen Pflicht

Die Durchsetzung einer nachhaltigkeitsbezogenen Sorgfaltspflicht (Sustainability Due Diligence) ist eng mit der Frage ihrer inhaltlichen Ausgestaltung verknüpft. Eine Haftung der

⁵¹ Diese Frage war Gegenstand der öffentlichen Konsultation der Kommission zur Sustainable Corporate Governance Initiative zwischen Oktober 2020 und Februar 2021.

Gesellschaft und/oder ihrer Organe betrifft dabei – vor allem aufgrund des grenzüberschreitenden Bezugs – eine Vielzahl von Rechtsgebieten. Normen des (Internationalen) Prozessrechts sind ebenso betroffen wie solche des Internationalen Privatrechts. Der Unionsgesetzgeber hat bereits weite Bereiche des Internationalen Privat- und Zivilprozessrechts vereinheitlicht, sodass die entsprechenden Rechtsakte ebenfalls zu berücksichtigen sind. Materiell-rechtlich sind potenziell Normen des Vertrags-, Delikts- und Gesellschaftsrechts betroffen. Aufgrund der Unterschiede nationaler Haftungssysteme und den damit verbundenen Rechtsunsicherheiten wäre für Durchsetzungsfragen zwar eine europäische Lösung wünschenswert. Erfahrungsgemäß agiert der Unionsgesetzgeber aber gerade aufgrund dieser Unterschiedlichkeit sehr zurückhaltend bei der Harmonisierung von Sanktionsmechanismen im Kernzivilrecht.⁵² Gerade deswegen ist es erforderlich, hier Lösungen auf nationaler Ebene zu entwickeln.

1. Haftungsmodelle nach geltendem Recht

Auf nationaler Ebene werden derzeit, anknüpfend an die Diskussion einer Regulierung transnationaler Lieferketten, verschiedene Haftungsmodelle erwogen:⁵³ Eine vertragliche Haftung setzt eine vertragliche Beziehung zwischen Geschädigten und Handelnden voraus und ist daher idR von untergeordneter Bedeutung. Denn bei den Opfern von Verletzungen menschenrechtlicher oder ökologischer Belange durch inländische Unternehmen handelt es sich nur in Ausnahmefällen um deren Vertragspartner.

Im Fokus steht stattdessen eine deliktische Haftung für unternehmerisches Verhalten. Doch auch diese wirft zahlreiche Fragen auf: Zunächst stellt die Verletzung von Menschenrechten oder ökologischen Belange als solche nicht per se eine Rechtsgutsverletzung gem. § 823 Abs. 1 BGB dar.⁵⁴ Und wenn das unternehmerische Verhalten im Einzelfall eines oder mehrere der nach dieser Vorschrift geschützten Rechtsgüter verletzt, sanktioniert § 823 Abs. 1 BGB grundsätzlich nur eigenes Verhalten des Schädigers (sog. Vertrauensgrundsatz).⁵⁵ Eine

⁵² Dies zeigt sich deutlich zB im Bereich des Vertrags- und Verbraucherrechts, vgl. *Schwintowski*, in: Schulze/Ebers/Grigoleit (Hrsg.), Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire, 2003, S. 267, 289 („Chronisches Rechtsfolgendefizit in europäischen Richtlinien“), aber auch im Bereich des Kapitalmarktrechts, vgl. zB die Marktmissbrauchsverordnung (VO (EU) Nr. 596/2014 vom 16.4.2014).

⁵³ *Habersack/Ehrl*, AcP 219 (2019), 155, 190 ff.; *Mansel*, ZGR 2018, 439 (aus der Perspektive des Internationalen Privatrechts); *Saage-Maaß/Leifker*, BB 2015, 2499, 2501 ff.; *Wagner*, RabelsZ 80 (2016), 717, 750 ff. *Weller/Kaller/Schulz*, AcP 216 (2016), 387, 398 ff.; *Weller/Thomale*, ZGR 2017, 509, 517 ff.; *Wendelstein*, RabelsZ 83 (2019), 111, 124 ff.

⁵⁴ Mit Blick auf Menschenrechtsverletzungen *Weller/Kaller/Schulz*, AcP 216 (2016), 387, 400 mwN.

⁵⁵ *Wagner*, RabelsZ 80 (2016), 717, 758.

umfassende Haftung entlang der Lieferkette muss daher gut begründet werden. Befürworter knüpfen an die Rechtsprechung des BGH zur deliktsrechtlichen Sorgfaltspflicht bzw. zur Verkehrssicherungspflicht an, die denjenigen trifft, der Inhaber einer Gefahrenquelle ist.⁵⁶ Die dazu entwickelten Kriterien für eine Haftung ließen sich grundsätzlich auf die Konstellation der Lieferkette übertragen.⁵⁷ Hürden bestehen allerdings im Gesellschaftsrecht: Die Frage nach der Reichweite des unternehmerischen Organisationsverschuldens ist äußerst umstritten; ebenso die Verantwortlichkeit einer Muttergesellschaft für ihre Tochtergesellschaften, der grundsätzlich das gesellschaftsrechtliche Rechtsträgerprinzip bzw. das konzernrechtliche Trennungsprinzip entgegensteht.⁵⁸ Dieses stellt eine gesellschaftsrechtliche Ausprägung des deliktsrechtlichen Vertrauensgrundsatzes dar und besagt, dass das Verhalten mehrerer selbstständiger Rechtsträger grundsätzlich nicht wechselseitig zugerechnet wird – dies gilt sowohl zwischen den Gesellschaften eines Konzerns als auch im Verhältnis zwischen einer Gesellschaft und ihren Gesellschaftern.⁵⁹ Aber auch hier ist sowohl in Literatur und insbesondere in der jüngeren Rechtsprechung verschiedener Staaten ein Trend zur Durchbrechung des Trennungsprinzips zu erkennen, sodass eine mögliche Inanspruchnahme der Muttergesellschaft für die Verletzung menschenrechtlicher und ökologischer Belange durch ihre Tochtergesellschaft nach § 823 Abs. 1 BGB nicht mehr unmöglich erscheint.⁶⁰

Die gleiche Verpflichtung wie in § 823 Abs. 1 BGB trifft gem. § 823 Abs. 2 BGB denjenigen, der gegen ein sog. Schutzgesetz verstößt, dh gegen ein Gesetz, das zumindest auch dem Schutz von Individualinteressen dient.⁶¹ Dies ist mit Blick auf Grund- und Menschenrechte idR der Fall. Diese sind jedoch im nationalen Recht wie in völkerrechtlichen Verträgen traditionell als

⁵⁶ Siehe dazu das Gutachten der Initiative Lieferkettengesetz, abrufbar unter https://lieferkettengesetz.de/wp-content/uploads/2020/02/200527_lk_rechtsgutachten_webversion_ds.pdf, mit weiteren Verweisen wie BGH, Urteil vom 14.10.1964 – I bZR 7/63, NJW 1965, 197; BGH, Urteil vom 30.11.1965 – V/ZR 145/64; ebenso der fünfte Zivilsenat BGH, Urteil vom 23.2.2000 – VZR 389/99.

⁵⁷ *Grabosch/Scheper*, Die menschenrechtliche Sorgfaltspflicht von Unternehmen, Studie im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung, 2015.

⁵⁸ Dazu vor allem *Wagner*, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 759 ff., auch zu den jüngeren Tendenzen, dieses Prinzip aufzuweichen.

⁵⁹ *Wagner*, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 759 ff.

⁶⁰ Vgl. insbesondere das Grundsatzurteil des UK Supreme Court in *Sachen Okpabi v Royal Dutch Shell* vom 12.2.2021 sowie jüngst noch deutlich weiterreichend das Urteil des niederländischen The Hague District Court in *Sachen Royal Dutch Shell (RDS)* vom 26.5.2021; näher zu dieser Entwicklung unter B III 2. und bei *Schall*, *ZGR* 2018, 479 – 512.

⁶¹ *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 562.

Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat konzipiert.⁶² Private Unternehmen sind nach ganz überwiegender Ansicht nicht als Völkerrechtssubjekte und damit auch nicht als Adressaten von Grund- und Menschenrechten zu qualifizieren.⁶³ Ob die 2011 vom Menschenrechtsrat als unverbindlicher soft law standard eingeführten UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte, die eine menschenrechtliche Sorgfaltspflicht für Unternehmen vorschreiben, als Schutzgesetz im Sinne des BGB qualifiziert werden können, ist ebenfalls fraglich. Dafür spricht aus rechtsvergleichender Perspektive die unlängst ergangene Grundsatzentscheidung des niederländischen The Hague District Court in Sachen Royal Dutch Shell (RDS):⁶⁴ Das Gericht rekurriert hier explizit auf die UN-Leitprinzipien, um eine deliktsrechtliche Bestimmung des niederländischen Zivilgesetzbuchs dahin auszulegen, dass sie Unternehmen verpflichtet, die in den Leitprinzipien genannten Menschenrechte zu respektieren. Auf dieser Grundlage erließ das Gericht die von den Klägern beantragte einstweilige Verfügung, die RDS verpflichtet, bis zum Jahr 2030 die Emissionen des gesamten Shell-Konzerns um 45% gegenüber dem Jahr 2019 zu reduzieren. Die Argumentation ließe sich durchaus auch auf das deutsche Deliktsrecht übertragen.

Das Modell einer Geschäftsherrenhaftung von Mutter- bzw. Abnehmergesellschaften gem. § 831 BGB wird überwiegend abgelehnt.⁶⁵ Denn diese Haftung für „Verrichtungsgehilfen“ setzt voraus, dass die den Schaden verursachenden Unternehmen im Verhältnis zur haftenden Gesellschaft weisungsgebunden sind. Tochtergesellschaften und Zulieferer sind aber idR selbstständige Unternehmen und damit keine Verrichtungsgehilfen iSd Norm.⁶⁶ Ohnehin kann sich der Geschäftsherr gem. § 831 Abs. 1 S. 2 BGB exkulpieren, wenn er darlegt, dass er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet hat oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden wäre. Da der Geschäftsherr bei großen Unternehmen nicht in der Lage

⁶² BVerfGE 61, 82, 101; *Bethge*, VVDstRL 57 (1998), 7, 14; *Gärditz*, in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 93. EL August 2020, Art. 20a GG Rn. 73.

⁶³ Näher *Dörr*, Unternehmensverantwortlichkeit im Völkerrecht, in: Reinisch/Hobe/Kieninger/Peters (Hrsg.), Unternehmensverantwortung und Internationales Recht, 2020, S. 133, 136 ff.; *Weller/Kaller/Schulz*, AcP 216 (2016), 387, 406.

⁶⁴ Die Entscheidung in englischer Sprache ist abrufbar unter <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339>; vgl. dazu näher den Beitrag von *Burgers* auf dem Blog „Blogging for Sustainability“ der Universität Oslo vom 2.6.2021, abrufbar unter <https://www.jus.uio.no/english/research/areas/companies/blog/companies-markets-and-sustainability/2021/2021-06-02>.

⁶⁵ Vgl. etwa Nordhues, Die Haftung der Muttergesellschaft und ihres Vorstands für Menschenrechtsverletzungen im Konzern, 2019, S. 136; a.A. Hein Kötz, Deliktshaftung für selbstständige Unternehmer, ZEUP 2017, S. 283 – 309.

⁶⁶ Ständige Rechtsprechung, vgl. BGH NJW 2006, 3628, 3629; BGH NJW 1994, 2756, 2757; BGH NJW 1981, 1516; *Rühl*, Unternehmensverantwortung und (Internationales) Privatrecht, in: Reinisch/Hobe/Kieninger/Peters (Hrsg.), Unternehmensverantwortung und Internationales Recht, 2020, S. 89, 108 mwN.

ist, alle Angestellten selbst auszuwählen und zu überwachen, lässt die Rechtsprechung hier einen sog. dezentralisierten Entlastungsbeweis zu: Danach genügt der Nachweis des Geschäftsherrn, dass er bei der Auswahl und Überwachung seines leitenden Angestellten mit der nötigen Sorgfalt gehandelt hat.⁶⁷

Der schließlich verbleibende deliktsrechtliche Anspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gem. § 826 BGB stellt hohe Hürden hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast des Anspruchstellers auf und scheidet damit ebenfalls als wirksames Durchsetzungsinstrument aus. Auf der Grundlage des geltenden Rechts lässt sich eine nachhaltigkeitsbezogene Sorgfaltspflicht daher nur schwer mittels zivilrechtlicher Haftung absichern.

2. Mögliche Anknüpfungspunkte zukünftiger Haftungsinstrumente

Mit Blick auf eine zukünftige Regelung einer nachhaltigkeitsbezogenen Sorgfaltspflicht sind folgende Überlegungen zentral. Der Haupteinwand gegen eine zivilrechtliche Haftung besteht zum einen darin, dass eine Haftung der Endabnehmergesellschaften für Sorgfaltspflichtverstöße in der Lieferkette das gesellschaftsrechtliche Rechtsträgerprinzip bzw. das konzernrechtliche Trennungsprinzip missachten würde und zum anderen darin, dass eine solche Haftung nicht in Einklang mit der deliktsrechtlichen Dogmatik stünde.⁶⁸ Mit Blick auf Ersteres ist einzuwenden, dass das konzernrechtliche Trennungsprinzip in jüngerer Zeit vermehrt Durchbrechungen erfährt und an dessen weitreichender Geltung heute erhebliche Zweifel bestehen.⁶⁹ Eine Haftung der Muttergesellschaft für die Verletzung von Umwelt- oder Menschenrechtsverletzungen durch ihre Töchter lässt sich danach nicht per se mit dem Hinweis auf das Trennungsprinzip ausschließen. Dies zeigt zum einen der rechtsvergleichende Blick nach Frankreich, wo der Gesetzgeber im Jahr 2017 mit der loi de vigilance die Verantwortung im Konzern erheblich erweitert hat.⁷⁰ Zum anderen hat der UK Supreme Court im Grundsatzurteil *Okpabi v Royal Dutch Shell* unlängst eine Haftung der Konzernmutter für

⁶⁷ *Rühl*, Unternehmensverantwortung und (Internationales) Privatrecht, in: Reinisch/Hobe/Kieninger/Peters (Hrsg.), Unternehmensverantwortung und Internationales Recht, 2020, S. 89, 109 f.; *Wagner*, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 767.

⁶⁸ *Wagner*, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 750 ff.; *Schneider*, *NZG* 2019, 1369, 1371 ff.; *Fleischer/Korch*, *ZIP* 2019, 2181, 2188 ff.; *Hübner*, in: Krajewski/Saage-Maaß/Oehm (Hrsg.), Zivil- und strafrechtliche Haftung von Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen, S. 13, 18 ff.; *Weller/Kaller/Schulz*, *AcP* (2016), 387, 398 ff.; *Habersack/Ehrl*, *AcP* 219 (2019), 155, 190 ff.; *Mittwoch*, *RIW* 2020, 397, 403.

⁶⁹ Nach derzeit hM haftet die Konzernmutter für die Tochter nur, wenn besondere Umstände vorliegen, vgl. zB *König*, *AcP* 217 (2017), 611, 667 ff.; *Wagner*, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 750 ff., 762 ff.

⁷⁰ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, vgl. Fn. 2.

Umweltschädigungen ihrer Tochtergesellschaft aufgrund des Deliktsrechts bejaht, ohne das Trennungsprinzip überhaupt zu erwähnen.⁷¹ Auch die jüngst ergangene Grundsatzentscheidung des niederländischen The Hague District Court in Sachen Royal Dutch Shell (RDS) geht davon aus, dass RDS durchaus in der Lage ist, die Kontrolle über die Tochtergesellschaften der Shell-Gruppe auszuüben und sogar die Emissionen seiner Geschäftspartner zu beeinflussen.⁷² Diese Entwicklungen verdeutlichen, dass es angebracht ist, die dogmatische Grundlage des konzernrechtlichen Trennungsprinzips zu überdenken, indem man sie etwa stärker an den deliktsrechtlichen Kontext anpasst.⁷³

Mit Blick auf die deliktsrechtliche Dogmatik ist es vor allem die Offenheit potenzieller Haftungstatbestände, die eine weitreichende Haftung bewirkt, dadurch die deliktsrechtliche Systematik aufweicht und erhebliche Rechtsunsicherheiten generiert.⁷⁴ In der Literatur wird dies kritisiert und stattdessen eine gesellschaftsrechtliche Lösung in Gestalt einer Schärfung der Geschäftsleiterpflichten vorgeschlagen.⁷⁵ Dies wäre freilich systemkonform, führte aber nicht zu Schadensersatzansprüchen der unmittelbar Geschädigten: Würde man eine Sorgfaltspflicht etwa in § 76 AktG verankern, bestünde im Fall ihrer Verletzung ein Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegenüber der Geschäftsleitung gem. § 93 Abs. 2 AktG; im Recht der GmbH folgt der Anspruch gegen den Geschäftsführer aus § 43 Abs. 2 GmbHG. Bei beiden Anspruchsgrundlagen handelt es sich grundsätzlich um eine reine Binnenhaftung.⁷⁶

Anders wäre dies, wenn eine solche Pflicht als Schutzgesetz iSd § 823 Abs. 2 BGB ausgestaltet und somit mit Außenwirkung versehen würde.⁷⁷ Dann ließe sich die Pflichtverletzung durch die Geschäftsleiter gem. § 31 BGB der Gesellschaft zurechnen, wodurch diese in der Folge selbst haften würde.⁷⁸ Eine Ausgestaltung der nachhaltigkeitsbezogenen Sorgfaltspflicht als Schutzgesetz ist im Grundsatz möglich. Hierbei kommt es, wie bereits angedeutet, zentral auf deren inhaltliche Ausgestaltung an. Aus Gründen der Rechtssicherheit und um Wettbewerbsnachteile deutscher Unternehmen zu vermeiden, sollte der Inhalt dieser Pflicht

⁷¹ Dazu näher *Fleischer/Korch*, ZIP 2021, 709.

⁷² Vgl. bereits oben, Fn. 64.

⁷³ *Fleischer/Korch*, ZIP 2021, 709, 712 ff. („Vom Konzerndeliktsrecht zum Deliktsrecht in Konzernlagen“).

⁷⁴ *Habersack/Ehrl*, AcP 219 (2019), 155, 205, 210 (deliktsrechtliche Lösung nur als ultima ratio); *Wagner*, RabelsZ 80 (2016), 717, 780 f.; *Schneider*, NZG 2019, 1369, 1377.

⁷⁵ *Habersack/Ehrl*, AcP 219 (2019), 155, 205, 209; *Weller/Kaller/Schulz*, AcP (2016), 387, 417.

⁷⁶ *Spindler*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 5. Auflage 2019, § 93 Rn. 1, 87; *Fleischer*, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 43 Rn. 339 f.

⁷⁷ So der Vorschlag von *Weller/Kaller/Schulz*, AcP (2016), 387, 417.

⁷⁸ *Weller/Kaller/Schulz*, AcP (2016), 387, 417.

hinreichend konkretisiert werden. Zudem scheint es sinnvoll, eine Verteidigungsmöglichkeit der Gesellschaften für den Fall vorzusehen, dass diese alle Anforderungen der nachhaltigkeitsbezogenen Sorgfaltspflicht beachtet haben. Umgekehrt ließe sich eine gesetzliche Vermutung zugunsten einer Haftung statuieren, wenn eine Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt.

Schließlich kommt neben der zivilrechtlichen Haftung eine behördliche Sanktionierung der Sorgfaltspflichtverletzung in Betracht. Ein entsprechender Ansatz findet sich aktuell im unlängst verabschiedeten Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG):⁷⁹ Zuständig für die behördliche Durchsetzung und Kontrolle der dort genannten Pflichten ist gem. § 19 Abs. 1 LkSG das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA). Behördliche Sanktionen, wie Bußgelder oder der Ausschluss von öffentlichen Ausschreibungen, können im Einzelfall wirksame Durchsetzungsmechanismen darstellen. Sie führen freilich wiederum nicht zu Schadensersatzansprüchen der unmittelbar Geschädigten.

Mit Blick auf national-rechtlich Durchsetzungsmechanismen ist schließlich stets zu bedenken, dass in Sachverhalten mit grenzüberschreitendem Bezug das Internationale Privatrecht darüber entscheidet, welches Recht und damit welche nationalen Haftungsnormen zur Anwendung kommen. Aus diesem Grund ist hier eine europäische Lösung wünschenswert. Denn die seitens verschiedener Wirtschaftsverbände regelmäßig vorgebrachte Argumentation der Gefahr wirtschaftlicher Nachteile aufgrund nationaler Alleingänge im Bereich der unternehmerischen Haftung in der Lieferkettenkonstellation ist tragfähig: Unterschiedliche Regelungen in den Mitgliedstaaten führen insoweit zu spürbaren Wettbewerbsverzerrungen, da entsprechende Haftungsregeln die Transaktionskosten sowie das Risiko eines Verlusts von Marktanteilen der betroffenen Unternehmen deutlich erhöhen.⁸⁰ Um den nationalen Haftungsregelungen in grenzüberschreitenden Sachverhalten zur Anwendung zu verhelfen, müssten diese zumindest kollisionsrechtlich als Eingriffsnormen ausgestaltet werden.⁸¹

⁷⁹ Das Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten wurde am 11.6.2021 vom Deutschen Bundestag beschlossen und ist ab dem 1.1.2023 anwendbar.

⁸⁰ *Wagner*, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 780 f.; *Schneider*, *NZG* 2019, 1369, 1379; *Mittwoch*, *RIW* 2020, 397, 404.

⁸¹ *Rühl*, *Unternehmensverantwortung im (Internationalen) Privatrecht*, in: *Reinisch/Hobe/Kieninger/Peters* (Hrsg.), *Unternehmensverantwortung und Internationales Recht*, 2020, S. 89, 127; *Mittwoch*, *RIW* 2020, 397, 403.

C. Vergütungs- und Ausschüttungsfragen

Im folgenden Abschnitt werden Fragen der nachhaltigkeitsbezogenen Regelung der Vergütung von Vorständen sowie der Gewinnausschüttung an die Aktionäre untersucht. Während die Regelungen zur Vorstandsvergütung unlängst zugunsten einer stärkeren Berücksichtigung der Nachhaltigkeit neu gefasst wurden, ist das aktienrechtliche Gefüge der Gewinnausschüttungen von der Nachhaltigkeitsdiskussion bislang unberührt geblieben.⁸²

I. Vergütung der Geschäftsleiter

Die Vergütung der Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat unterliegt spätestens seit der Finanzmarktkrise 2007/2008 zunehmender Regulierung durch den nationalen und europäischen Gesetzgeber. In Deutschland stellt bekanntlich insbesondere das Mannesmann-Verfahren einen Meilenstein der aktuellen Diskussion dar.⁸³ Diese ist von gesellschaftspolitischer Brisanz, da das Auseinanderklaffen der Einkommensschere mit Blick auf die Bezüge der Vorstandsmitglieder und das allgemeine Lohnniveau nicht nur in Deutschland zu intensiven, auch politischen Diskussionen geführt hat.⁸⁴ Vor diesem Hintergrund ist auch die gesetzliche Einführung der Kriterien der Langfristigkeit und der Nachhaltigkeit als zwingendes Orientierungsziel bei der Ausrichtung der Vergütungsstruktur zu sehen.

1. § 87 Abs. 1 S. 2 AktG seit dem VorstAG

Der Begriff der Nachhaltigkeit fand erstmals im Jahr 2009 Eingang ins Aktiengesetz.⁸⁵ Nach dem damals neu eingefügten § 87 Abs. 1 S. 2 war die Vergütungsstruktur bei börsennotierten Gesellschaften auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung auszurichten. Satz drei bestimmte bereits damals konkretisierend, dass variable Vergütungsbestandteile eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben sollen. Die Vorschrift ergänzte die allgemeinen, für

⁸² Vorschläge betreffend eine Einschränkung der Gewinnausschüttung finden sich jüngst im Recht der GmbH, dort wurde im Jahr 2020 konkret die Einführung einer Gesellschaft in Verantwortungseigentum als eigener GmbH-Variante für sog. Sozialunternehmen gefordert und ein entsprechender (akademischer) Gesetzesentwurf präsentiert: *Sanders/Dauner-Lieb/Kempny/Möslein/Veil*, Entwurf eines Gesetzes für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Verantwortungseigentum vom 12.6.2020, abrufbar unter [https://www.gesellschaft-in-verantwortungseigentum.de/der-gesetzesentwurf/\(27.03.2021\)](https://www.gesellschaft-in-verantwortungseigentum.de/der-gesetzesentwurf/(27.03.2021)); Überblick bei *Sanders*, ZRP 2020, 140. Diese Rechtsform muss indes freiwillig gewählt werden, daher ist dieser Ansatz für die Zwecke des vorliegenden Gutachtens von untergeordneter Bedeutung.

⁸³ BGH NJW 2006, S. 552 ff.; dazu *Fleischer*, DB 2006, 542; *Lutter*, ZIP 2006, 733; *Spindler*, ZIP 2006, 349.

⁸⁴ Statt vieler *Lutter*, ZIP 2009, 197; *ders.*, BB 2009, 786 (Vorstandsmitglied als Motor der zur Finanzkrise führenden Fehlentwicklungen).

⁸⁵ Eingeführt durch das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), BGBl. 2009 I, 2509.

alle Aktiengesellschaften geltenden Anforderungen des § 87 Abs. 1 S. 1 AktG, wonach die Gesamtbezüge des einzelnen Vorstandsmitglieds in einem angemessenen Verhältnis zu dessen Aufgaben und Leistungen sowie zur Lage der Gesellschaft stehen und die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe übersteigen sollen.⁸⁶ In ähnlicher Weise empfahl bereits Ziffer 4.2.3. des DCGK 2009,⁸⁷ die Vergütungsstruktur mit Blick auf die Vorstandsmitglieder auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung auszurichten. Entsprechend sollte gem. Ziffer 5.4.6. DCGK 2009 auch mit Blick auf die erfolgsorientierte Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern verfahren werden,⁸⁸ beide Vorgaben waren und sind freilich aufgrund ihrer Natur als bloße Empfehlungen des DCGK unverbindlich. Schließlich gelten für Finanz- und Versicherungsunternehmen die speziellen Vergütungsregelungen der § 25a Abs. 1 Nr. 6 KWG und § 25 Abs. 1 VAG, die durch flankierende Rechtsverordnungen weiter konkretisiert werden.⁸⁹ Nach § 25a Abs. 1 Nr. 6 KWG umfasst das Risikomanagement eines Kreditinstituts u. a. angemessene, transparente und auf nachhaltige Entwicklung ausgerichtete Vergütungssysteme für Geschäftsleiter und Mitarbeiter. Nach § 25 Abs. 1 VAG müssen Versicherungsunternehmen ihre Vergütungssysteme für Geschäftsleiter, Mitarbeiter und Aufsichtsratsmitglieder ebenfalls angemessen und transparent gestalten und auf eine nachhaltige Entwicklung des Unternehmens ausrichten.

Die nachhaltige Unternehmensentwicklung als neu eingeführtes Kriterium für die Konkretisierung der angemessenen Vergütungsstruktur bereitete der Rechtswissenschaft und -praxis von Anfang an Schwierigkeiten. Vor der Inkraftsetzung des VorstAG hatte der Aufsichtsrat lediglich dafür Sorge zu tragen, dass „die Gesamtbezüge in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben des Vorstandsmitglieds und zur Lage der Gesellschaft stehen“. Das VorstAG bewirkt demgegenüber eine weitere rechtliche Ausdifferenzierung und Verrechtlichung der Vorstandsvergütung. Nicht nur ist die Vergütungsstruktur auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung auszurichten, daneben sind auch die Leistungen des Vorstandsmitglieds zum Kriterium für die Angemessenheitsprüfung geworden. Zudem ist in deren Rahmen eine Üblichkeitsprüfung vorzunehmen: die Gesamtvergütung darf die üblichen

⁸⁶ Zum Maßstab der Angemessenheit aus realverhaltenswissenschaftlicher Sicht unlängst *Redenius-Hövermann*, Verhalten im Unternehmensrecht, 2019, S. 38 ff.

⁸⁷ Vgl. Grundsatz 23 der aktuellen Fassung des DCGK (2019).

⁸⁸ Die aktuelle Version des DCGK (2019) beschränkt sich insoweit in der Empfehlung G.18 jedoch auf die Ausrichtung auf die langfristige Orientierung der Gesellschaft.

⁸⁹ Mit Blick auf die Versicherungsunternehmen *Annuß/Sammet*, BB 2011, 115; mit Blick auf den Finanzdienstleistungssektor *Glasow*, Nachhaltige Vergütungspolitik, in: Bauer/Schuster (Hrsg.), Nachhaltigkeit im Bankensektor, 2016, S. 106 ff.

Bezüge nicht ohne besondere Gründe übersteigen. Unter Vergütungsstruktur sind Zusammensetzung verschiedener Vergütungselemente und ihr Verhältnis zueinander, bezogen auf den einzelnen Vergütungsempfänger, zu verstehen.⁹⁰

Die Bedeutung des Kriteriums der nachhaltigen Unternehmensentwicklung war in der Folge der Neufassung des § 78 AktG im Jahr 2009 besonders umstritten und Gegenstand zahlreicher Veröffentlichungen, die ganz unterschiedliche Auffassungen zugrunde legten:⁹¹ Die ganz überwiegende Ansicht verstand das Merkmal der Nachhaltigkeit lediglich in zeitlicher Hinsicht und setzte es mit dem Kriterium der Langfristigkeit gleich.⁹² Die nur vereinzelt geäußerte Gegenansicht befürwortete demgegenüber eine weite Auslegung des Nachhaltigkeitsbegriffs unter Zugrundelegung des international geprägten Nachhaltigkeitsverständnisses und strebte eine Synchronisation mit dieser an.⁹³

2. Neuregelung aufgrund des ARUG II

Seit Anfang 2020 stellt § 87 Abs. 1 S. 2 AktG nun die Kriterien der Langfristigkeit und der Nachhaltigkeit nebeneinander und entscheidet den Streit damit zugunsten der letztgenannten Ansicht: Die aufgrund des ARUG II⁹⁴ vorgenommene Neuformulierung des § 87 Abs. 1 S. 2 AktG verpflichtet den Aufsichtsrat börsennotierter Aktiengesellschaften, die Vergütungsstruktur auf eine nachhaltige *und* langfristige Entwicklung der Gesellschaft auszurichten. Damit ist dem restriktiven Verständnis des Nachhaltigkeitsbegriffs, in dem bloß zeitlichen Bedeutung die Grundlage entzogen worden. Bereits im Gesetzgebungsverfahren betonte der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, dass der Wortlaut der Vorschrift nun deutlich zum Ausdruck bringen solle, dass bei Festsetzung der Vergütung und insbesondere bei der Wahl der Vergütungsanreize auch soziale und ökologische Faktoren

⁹⁰ Koch, in: Hüffer/Koch, Aktiengesetz, 13. Aufl. 2018, § 87 Rn. 10.

⁹¹ Dazu sogleich; Überblick zur Streitdarstellung bei *Marsch-Barner*, ZHR 175 (2011), 737, 738; *Velte*, NZG 2016, 298.

⁹² *Dauner-Lieb/von Preen/Simon*, DB 2010, 377; *Behme*, BB 2019, 451, 454 (sogar angesichts der Neufassung der Vorschrift aufgrund der überarbeiteten Aktionärsrechterichtlinie); *Fleischer*, NZG 2009, 801; *Kling*, DZWIR 2010, 221; *Faber/v. Werder*, AG 2014, 608, 610 ff.; *Friedrich*, Die Verrechtlichung von Organbezügen als europäisches Problem, 2011, S. 172; *Harbarth*, ZGR 2018, 379, 383 ff.; im Ergebnis auch *Marsch-Barner*, ZHR 175 (2011), 737, 745; etwas weitergehend *Meyer*, Vorstandsvergütung, 2013, S. 214 ff., 217, die zumindest auf die Entwicklung des modernen Konzepts der Nachhaltigkeit durch die Vereinten Nationen eingeht und die Implementierung des Nachhaltigkeitsbegriffs in § 87 Abs. 1 S. 2 AktG als Ausprägung des pluralistischen Stakeholder Ansatzes wertet; ähnlich *Kocher/Bednarz*, Der Konzern 2011, 77, 78.

⁹³ *Röttgen/Kluge*, NJW 2013, 900; daneben *Ihrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstands, 2. Aufl. 2020, S. 91; v. *Werder*, in: Kremer et al. (Hrsg.), DCGK, 8. Aufl. 2021, Präambel Rn. 23 f.; *Dauner-Lieb/v. Preen/Simon*, DB 2010, 379; *Velte*, NZG 2016, 294.

⁹⁴ Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II), vom 12. Dezember 2019, BGBl. I S. 26/37.

mitzuberücksichtigen seien.⁹⁵ Dieser Schritt war auch unionsrechtlich geboten, zielt doch die geänderte Aktionärsrechterichtlinie ausdrücklich darauf ab, „die Leistung von Mitgliedern der Unternehmensleitung [...] anhand sowohl finanzieller als auch nicht-finanzieller Kriterien, gegebenenfalls einschließlich ökologischer, sozialer und Governance-Faktoren“ zu bewerten.⁹⁶

Eine inhaltliche Konkretisierung des Nachhaltigkeitsprinzips im Kontext des § 87 Abs. 1 S. 2 AktG wird nach wie vor für schwierig gehalten, da unternehmerische Entscheidungen freilich auf Prognosen beruhen.⁹⁷ Gerade die Ausrichtung unternehmerischer Entscheidungen auf die Zukunft steht aber in Einklang mit dem Ausgangsdefinition der modernen Nachhaltigkeit schon im Brundtland-Bericht.⁹⁸ Dessen Zukunftsbezogenheit sowie die Dreidimensionalität der ökonomischen, ökologischen und sozialen Komponente fügen sich ohne Weiteres in den Kontext der Regelung ein. Inwieweit die einzelnen Elemente des Nachhaltigkeitsprinzips im Rahmen einer individuellen unternehmerischen Entscheidung zu berücksichtigen sein werden, bestimmt mit Blick auf die Vorstandsvergütung der Aufsichtsrat. Dabei kommt ihm freilich die Haftungserleichterung der Business Judgment Rule gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zugute,⁹⁹ zudem führt die Neuregelung ein stark formalisiertes System betreffend das Verfahren und die Dokumentation der Vergütungspolitik börsennotierter Aktiengesellschaften ein.

3. Neuregelung der Vergütungspolitik

Flankierend verpflichtet der ebenfalls neu eingeführte § 87a AktG den Aufsichtsrat börsennotierter Aktiengesellschaften, ein System zur Vergütung der Vorstandsmitglieder zu entwickeln und auch insoweit die Vorgabe der Nachhaltigkeit zu berücksichtigen. Während das Merkmal der nachhaltigen Unternehmensentwicklung gem. § 87 Abs. 1 S. 2 AktG die individuelle Vergütung der Vorstandsmitglieder betrifft, bezieht sich diese Vorschrift auf die allgemeine Vergütungspolitik eines Unternehmens als Rahmen für die Gesamtvergütung des

⁹⁵ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucks. 19/15153, 62; *Velte*, NZG 2020, 12, 14.

⁹⁶ Erwägungsgrund 29 der Aktionärsrechterichtlinie, Richtlinie (EU) 2017/828.

⁹⁷ *Marsch-Barner*, ZHR 175 (2011), 737, 738.

⁹⁸ UN-General Assembly, Report of the World Commission on Environment and Development, 11. Dezember 1987, UN-Doc. A/RES/42/187 bzw. WCED, our Common future, S. 43. Begründungserwägung 2. Dort heißt es bekanntlich „(...) sustainable development (...) implies meeting the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs.“

⁹⁹ Diese gilt freilich auch für den Aufsichtsrat, vgl. etwa BGHZ NZG 2013, 339; *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 14. Aufl. 2018, Rn. 604.

Vorstands.¹⁰⁰ Mit dem gem. § 87a AktG erarbeiteten Vergütungssystem ist gem. § 87a Abs. 2 iVm § 120a AktG die Hauptversammlung zu befassen, deren Billigung erforderlich ist.¹⁰¹ Das Vergütungssystem ist schließlich auch mit Blick auf die Rechnungslegung relevant: Börsennotierte Gesellschaften haben gem. § 289a Abs. 2 HGB einen Vergütungsbericht in ihren Lagebericht aufzunehmen, gem. § 315a Abs. 2 HGB gilt dies auch für den Konzernlagebericht.¹⁰²

Zwingende inhaltliche Anforderungen an eine nachhaltige Unternehmensentwicklung sieht die Vorschrift wie auch die überarbeitete Aktionärsrechterichtlinie¹⁰³ nicht vor. § 87a Abs. 1 AktG listet jedoch in neun Ziffern Mindestangaben auf, die der Aufsichtsrat in das von ihm zu beschließende Vergütungssystem der Gesellschaft einfließen lassen muss. Anknüpfend an die Vorgabe für die individuelle Vergütung des einzelnen Vorstandsmitglieds erstreckt § 87a Abs. 1 Nr. 2 AktG das Petitum der Langfristigkeit auf das gesamte Vergütungssystem der Gesellschaft und damit auf ihre Vergütungspolitik.¹⁰⁴ Danach hat der Aufsichtsrat anzugeben, inwieweit das von ihm erarbeitete Vergütungssystem zur Förderung der Geschäftsstrategie und zur langfristigen Entwicklung der Gesellschaft beiträgt. § 87a Abs. 1 Nr. 4 AktG verlangt zudem Angaben zum Einbezug von finanziellen und nichtfinanziellen Leistungskriterien für die Gewährung variabler Vergütungsbestandteile; auch insoweit ist zu erläutern, inwieweit diese Kriterien zur Förderung der langfristigen Entwicklung der Gesellschaft beigetragen haben.

4. Bewertung

Eine Auswertung der Konzernlageberichte der DAX-30 Konzerne zum Geschäftsjahr 2017 hat gezeigt, dass die Leistungsindikatoren, die zur Bemessung der variablen Vorstandsvergütung herangezogen wurden, nach wie vor überwiegend finanzieller Art sind: Trotz der steigenden Bedeutung der nichtfinanziellen Berichterstattung nutzten 2017 lediglich 44% der untersuchten Konzerne nichtfinanzielle Leistungskriterien zur Bemessung der variablen Vergütungsanteile.¹⁰⁵ Unter den nichtfinanziellen Leistungsindikatoren dominierten solche mit Mitarbeiterbezug gegenüber solchen mit ökologischem oder sonst sozialem Bezug

¹⁰⁰ *Bachmann/Pauschinger*, ZIP 2019, 1; *Spindler*, in: Münchener Kommentar zum AktG – Nachtrag zum ARUG II, 5. Aufl. 2021, § 87a Rn. 5 f.; *Koch*, in: Hüffer/Koch, Aktiengesetz, 15. Aufl. 2021, § 87a Rn. 3 f.

¹⁰¹ Dies ergibt sich nunmehr auch aus dem Deutschen Corporate Governance Kodex, vgl. die Grundsätze 23-28 DCGK; näher *Hohenstatt/Seibt*, ZIP 2019, 11, 12 f.

¹⁰² Näher *Müller/Needham/Mack*, BB 2019, 939, 940.

¹⁰³ Vgl. Erwägungsgrund 28 der Aktionärsrechterichtlinie, Richtlinie (EU) 2017/828.

¹⁰⁴ *Bachmann/Pauschinger*, ZIP 2019, 1, 3.

¹⁰⁵ *Müller/Needham/Mack*, BB 2019, 939, 941.

deutlich.¹⁰⁶ Die Untersuchung der Neuregelung der Vorstandsvergütung belegt, dass das Aktienrecht nunmehr einen durchstrukturierten Rechtsrahmen für den Umgang mit an einer nachhaltigen Unternehmensentwicklung ausgerichteten Vorstandsvergütung bietet. Inwieweit inhaltlich eine Pflicht zu dieser Ausrichtung besteht, kommt jedoch nicht mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck, da noch immer keine Einigkeit hinsichtlich der Interpretation des Nachhaltigkeitsbegriffs herrscht.

Der Gesetzgeber hat insoweit recht zögerlich agiert und sich bei der Neuregelung durch das ARUG II stärker auf den prozeduralen Rahmen als auf die Statuierung ausdrücklicher Rechtspflichten konzentriert. Für die zukünftige Interpretation und Fortentwicklung der Vergütungsregeln ist daher eine stärkere inhaltliche Konkretisierung erforderlich. Wünschenswert und nötig ist insoweit auch eine kohärente Fortentwicklung im Zusammenhang mit den weiteren Regelungsansätzen unternehmensrechtlicher Nachhaltigkeit.¹⁰⁷ Konkret ist hier der Kontext zur in Abschnitt B. untersuchten nachhaltigkeitsbezogenen Sorgfaltpflicht herzustellen. Hier sollte eine direkte Verbindung zwischen Verhaltenspflicht und Vergütung hergestellt werden, die bereits anhand des Wortlauts der einschlägigen Vorschriften deutlich wird. Eine kohärente Bestimmung des Nachhaltigkeitsbegriffs mit Blick auf die verschiedenen Normen ist damit sowohl aus systematischen als auch aus inhaltlichen Gründen von besonderer Bedeutung.

II. Ausschüttungen zugunsten der Anteilseigner

Die Regelungen betreffend die Gewinnausschüttung an die Anteilseigner sind bislang vor dem Hintergrund einer Nachhaltigkeitsförderung durch Gesellschaftsrecht noch kaum untersucht worden.¹⁰⁸ Hier ist zunächst klarzustellen, dass Anteilseigner nicht gleichzeitig Eigentümer „ihres“ Unternehmens sind: Rechtlich betrachtet sind Aktionäre Eigentümer der erworbenen Aktien. Die damit begründete Rechtsposition der Mitgliedschaft umfasst freilich ein Bündel an Vermögens- und Mitverwaltungsrechten, die sich grob in verbandsbezogene Mitgliedschaft- und marktbezogene Dispositionsrechte unterteilen lassen,¹⁰⁹ sie ist indes nicht mit dem

¹⁰⁶ Müller/Needham/Mack, BB 2019, 939, 942 f.

¹⁰⁷ Zur Forderung nach Kohärenz mit Blick auf die verschiedenen Regelungsinitiativen auch Beckers/Micklitz, EWS 2020, 324.

¹⁰⁸ Soweit ersichtlich, besteht der einzige einschlägige Ansatz aktuell in einem Gesetzesvorschlag zur Einführung einer Gesellschaft in Verantwortungseigentum als eigener GmbH-Variante, vgl. Fn. 82; dieser sieht ein umfassendes Ausschüttungsverbot aufgrund eines gebundenen Gesellschaftsvermögen vor, das freilich nur bei einer aktiven Einwahl in diese Rechtsform gilt.

¹⁰⁹ Ausführlich Schoppe, Aktieneigentum, 2001, S. 212 ff. und 352 ff.

Eigentum an dem durch die Anteilseigner finanzierten Unternehmen gleichzusetzen. Auf diesen Umstand wurde auch im Rahmen der international geführten Diskussion bereits früh und wiederholt hingewiesen.¹¹⁰

Das Aktiengesetz regelt die Verwendung des Jahresüberschusses in § 58, den Anspruch der Aktionäre auf den Bilanzgewinn (Dividende) normiert § 58 Abs. 4 AktG; ein Ausschluss dieses Anspruchs ist aufgrund von Gesetz, Satzung, durch Hauptversammlungsbeschluss oder als zusätzlicher Aufwand aufgrund des Gewinnverwendungsbeschlusses möglich. § 58 AktG stellt eine Kompromisslösung dar: Er bezweckt einen Ausgleich zwischen dem Aktionärsinteresse an einer möglichst hohen Gewinnausschüttung und dem Interesse der Verwaltung an einem möglichst weitgehenden Verbleib von Gewinnen in der Gesellschaft zur Ausweitung ihrer Eigenkapitalbasis.¹¹¹ Damit regelt die Norm letztlich einen Kompetenzkonflikt,¹¹² dessen Lösung im Verlauf ihrer historischen Entwicklung durchaus unterschiedlich beurteilt wurde. Hier spiegelt sich die Diskussion über die Zielkonzeption der AG wider, die mit Blick auf die Handlungspflichten der Geschäftsleiter bereits in Abschnitt B dargestellt wurde. Beide Diskurse sind im Zusammenhang zu sehen, sodass sich die folgende Darstellung der Entwicklung der Gewinnverwendungsregeln auf zentrale Eckpunkte beschränkt. Denn die Verpflichtung der Geschäftsleiter auf das Unternehmensinteresse sowie die allgemeine nachhaltigkeitsbezogene Sorgfaltspflicht, wirkt sich auch auf der Ebene der Gewinnverwendung aus.

1. Historische Entwicklung der zugrunde liegenden Governance-Fragen

Im HGB von 1897 waren den Aktionären weitreichende Kompetenzen im Zusammenhang mit der Gewinnverwendung zugewiesen: Die Generalversammlung (heute Hauptversammlung), nicht etwa der Vorstand, stellte den Jahresabschluss fest und beschloss über die Gewinnverwendung.¹¹³ Zu Beginn des 20. Jahrhunderts griff die bereits erwähnte Forderung *Rathenaus Platz*, die Aktiengesellschaft „zum Wohle der Gemeinschaft“ zu erhalten und sie zu

¹¹⁰ Für frühe Kritik vgl. die sog. Option Theory von *Black/Scholes*, J. Pol. Econ. 81 (1973), 637; aus jüngerer Zeit vor allem *Stout*, S. Cal. L. Rev. 75 (2002), S. 1189, 1191 f.; *Sjåffell*, Towards a Sustainable European Company Law, 2008, S. 80; *Ireland*, The Modern Law Review 62 (1999), 32; *Emberland*, The Human Rights of Companies, 2006, S. 70 m.w.N.; *Keay*, Eur. Company & Fin. L. Rev. (2010), 369, 393 ff.; *Martínez-Echevarría*, The Nature of Shareholding and Regulating Shareholders' Duties, in: Birkmose (Hrsg.), Shareholders' Duties, 2017, S. 29, 34 ff.

¹¹¹ *Bayer*, in Münchener Kommentar zum AktG, 5. Auflage 2019, § 58 Rn. 2; *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), beck-online Großkommentar zum AktG, 2021, Rn. 3.

¹¹² *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), beck-online Großkommentar zum AktG, 2021, Rn. 8; *Koch*, in Hüffer/Koch (Hrsg.), Aktiengesetz, 15. Aufl. 2021, § 58 Rn. 2.

¹¹³ Näher dazu sowie allgemein zur historischen Entwicklung eingehend *Strothotte*, Die Gewinnverwendung in Aktiengesellschaften, 2014, S. 294 ff.

diesem Zweck vor der „Zerstückelung durch privatinteressierten Partikularismus zu schützen“.¹¹⁴ Zur Durchsetzung ihres Erhalts schlug *Rathenau* insbesondere eine restriktive Dividendenpolitik sowie die verstärkte Rücklagenbildung vor. In Gesetzesform gegossen wurde dies jedoch erst mit dem Aktiengesetz von 1937, das die Aufgabe der Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses der Verwaltung zuwies.¹¹⁵ Diese war dadurch in der Lage, stille Reserven sowie freie Rücklagen zu bilden und hatte damit erheblichen Einfluss auf die Höhe des jeweils an die Aktionäre auszuschüttenden Gewinns.¹¹⁶

Die Aktienrechtsreform von 1965 stärkte wiederum die Stellung der Aktionäre und entschied nach langer Diskussion zugunsten einer im Grundsatz hälftigen Dispositionsmöglichkeit über den Jahresabschluss zwischen Verwaltung und Hauptversammlung.¹¹⁷ Die Vorschrift gilt im Wesentlichen bis heute. Im Regelfall sollen also Verwaltung und Hauptversammlung jeweils zur Hälfte über die Verwendung des erwirtschafteten Jahresüberschusses entscheiden.¹¹⁸ Die Regelung ist nach wie vor umstritten. Zunächst wurde kritisiert, dass die Beschränkung der Kompetenz der Verwaltung in die sachkundige Leitung des Unternehmens eingreifen und seinen Substanzerhalt gefährden würde.¹¹⁹ Umgekehrt wird bis heute eine weitere Stärkung der Stellung der Aktionäre gefordert.¹²⁰ Dies wird insbesondere damit begründet, dass der Verwaltung durch die Möglichkeit zur Bildung von stillen Reserven und Rücklagen ein tatsächliches Übergewicht iRd Gewinnverwendungskompetenz zukäme, die letztlich die Allokationseffizienz des Kapitalmarkts behindern würde.¹²¹ Unter dem Eindruck der Finanzkrise und der damit verbundenen zunehmenden Kritik an der Shareholder Value Theorie hat sich das Meinungsbild in jüngerer Zeit erneut zugunsten einer Mitentscheidungskompetenz der Verwaltung gewandelt.¹²²

¹¹⁴ *Rathenau*, Vom Aktienwesen. Eine geschäftliche Betrachtung, 1917, S. 41.

¹¹⁵ Ausführlich *Strothotte*, Die Gewinnverwendung in Aktiengesellschaften, 2014, S. 300 ff.; *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), beck-online Großkommentar zum AktG, 2021, Rn. 12.

¹¹⁶ Vgl. nochmals die Nachweise der vorherigen Fußnote sowie *Kronstein/Claussen*, Publizität und Gewinnverwendung im neuen Aktienrecht, 1960, S. 136.

¹¹⁷ *Bayer*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 5. Auflage 2019, § 58 Rn. 18; *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), beck-online Großkommentar zum AktG, 2021, Rn. 13; *Kronstein/Claussen*, Publizität und Gewinnverwendung im neuen Aktienrecht, 1960, S. 129.

¹¹⁸ *Strothotte*, Die Gewinnverwendung in Aktiengesellschaften, 2014, S. 327.

¹¹⁹ *Jagenburg*, AG 1965, 156, 158; *ders.*, DB 1967, 1399, 1402 ff.; *Wohlgemuth*, AG 1975, 296.

¹²⁰ Überblick bei *Strothotte*, Die Gewinnverwendung in Aktiengesellschaften, 2014, S. 433 f. mwN; *Bayer*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 5. Auflage 2019, § 58 Rn. 21; *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), beck-online Großkommentar zum AktG, 2021, Rn. 5-9.

¹²¹ *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), beck-online Großkommentar zum AktG, 2021, Rn. 9.

¹²² *Drygala*, in: Zöllner/Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2011, § 58 Rn. 14.

2. Bewertung

Die hier skizzierte historische Entwicklung veranschaulicht die besondere Bedeutung des den Gewinnverwendungsregeln zugrunde liegenden Kompetenzkonflikts zwischen Anteilseignern und Unternehmensverwaltung. Die zugrunde liegenden Fragestellungen muss auch die moderne Nachhaltigkeitsdiskussion berücksichtigen. Vor dem Hintergrund einer langfristigen und nachhaltigen Unternehmensentwicklung sowie einer nachhaltigkeitsbezogenen Sorgfaltspflicht des Vorstandes ist es sinnvoll, die Entscheidungskompetenz über die Gewinnverwendung nicht ausschließlich oder überwiegend zugunsten der Aktionäre zu beantworten, sondern insoweit eine starke Stellung des Leitungsorgans, dh des Vorstands sicherzustellen.

Im Rahmen der Entscheidungskompetenz des Leitungsorgans kommt erneut dessen in Abschnitt B untersuchte Pflichtenbindung zum Tragen: Wenn klargestellt ist, dass das Leitungsorgan einer jeden Gesellschaft eine nachhaltigkeitsbezogene Sorgfaltspflicht trifft und diese Pflicht hinreichend konkretisiert ist, sollten letztlich alle Entscheidungen des Leitungsorgans mit dieser Pflicht in Einklang stehen – auch solche betreffend die Gewinnverwendung. Spezifische, die Gewinnausschüttung beschränkende Pflichten, wie etwa eine gesonderte Pflicht zur nachhaltigkeitsbezogenen Rücklagenbildung oder eine gesetzliche Anbindung von Dividendenzahlungen oder Aktienrückkäufe an das Erreichen bestimmter CO₂-Emissionswerte, sollten dann überflüssig sein. Gerade Aktienrückkäufe durch die Gesellschaft können in bestimmten Situationen durchaus gerechtfertigt sein;¹²³ die Sinnhaftigkeit entsprechender Maßnahmen ist ohnehin stark einzelfallbezogen und lässt sich kaum einer abstrakten gesetzlichen Regelung unterwerfen. Entscheidend ist es daher, die Diskussion über die Einführung spezieller Gewinnverwendungsregeln unter Berücksichtigung der diesen zugrunde liegenden Governance-Fragen zu führen. Im Kontext der Nachhaltigkeitsförderung durch Gewinnverwendungsregeln verdeutlicht diese Grundlage die Bedeutung der allgemeinen Stärkung der Rolle des Vorstands als Leitungsorgan.

D. Zusammensetzung der Leitungsorgane

Neben der positiven Modellierung einer nachhaltigkeitsbezogenen Sorgfaltspflicht kommen auch strukturelle Regulierungsinstrumente in Betracht, um eine solche Pflicht iRd Geschäftsleiterpflichten abzusichern. Insoweit liegt es nahe, eine spezifische personelle

¹²³ Näher zur Thematik *Strothotte*, Die Gewinnverwendung in Aktiengesellschaften, 2014, S. 215 ff.

Zusammensetzung der Leitungsorgane normativ vorzugeben. Gerade der deutsche Gesetzgeber scheint solchen strukturellen Vorgaben für Leitungsorgane von Unternehmen offen gegenüberzustehen, wenn es darum geht, die Wahrung bestimmter Stakeholderinteressen unternehmensverfassungsrechtlich abzusichern: So wird das Mitbestimmungsrecht, das Arbeitnehmern eine formale Rolle in der Governance zugesteht, nach wie vor als Musterbeispiel für das Stakeholdermodell genannt, auch wenn dieses System seit einigen Jahren der Erosion ausgesetzt ist.¹²⁴

Neben einer Förderung der personellen Diversität von Leitungsorganen im Allgemeinen, kommt insoweit vor allem eine Beteiligung der durch das unternehmerische Wirken jeweils konkret betroffenen Stakeholdergruppen in Betracht. Durch ihre Mitwirkung an Entscheidungsprozessen ließe sich das Bewusstsein für einschlägige soziale bzw. menschenrechtliche oder ökologische Belange erhöhen und möglicherweise die Balance zwischen insoweit konfligierenden Zielsetzungen verbessern. Indes kann es erhebliche Schwierigkeiten bereiten, die jeweils betroffenen Stakeholder zu identifizieren, zumal je nach unternehmerischer Tätigkeit mehrere und auch wechselnde Stakeholdergruppen in Betracht kommen können.¹²⁵ Anstelle einer direkten Stakeholderbeteiligung an Governancefragen käme aber die Aufnahme ständiger unabhängiger Organe in das Leitungsgremium in Betracht, die sich speziell der Wahrung nachhaltigkeitsrelevanter Belange widmen.

I. Die Bedeutung unabhängiger Leitungsorgane aus historischer Perspektive

Dem deutschen Gesellschaftsrecht sind solche Ideen zumindest nicht unbekannt und auch andere Rechtsordnungen nutzen vergleichbare Instrumente. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass in der unternehmensrechtlichen Reformdiskussion, die schwerpunktmäßig in den sechziger und siebziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts stattfand, die Frage der Berücksichtigung von Gemeinwohlbelangen – insbesondere iRd. Figur des Unternehmensinteresses – eine bedeutende Rolle spielte.¹²⁶ Diese Diskussion wurde wesentlich von der Entwicklung der unternehmerischen Mitbestimmung geprägt.¹²⁷

¹²⁴ Zum ersten Aspekt *Salacuse*, L. & Bus. Rev. Am. 9 (2003), 33, 47; zum zweiten Aspekt *Bayer*, NJW 2016, 1930.

¹²⁵ Mit Blick auf die parallele Problematik der rechtlichen Regelung von Sozialunternehmen *Sørensen/Neville*, EBOR 15 (2014), 267, 293.

¹²⁶ Dazu näher oben, Teil B.

¹²⁷ Vgl. insbesondere *Bundesministerium der Justiz* (Hrsg.), Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission, 1980.

Eine vor dem Hintergrund der modernen Nachhaltigkeitsdiskussion eindrucksvolle, wenngleich nicht in Gesetzesform gegossene Implementierung einer unternehmensrechtlichen Gemeinwohlbindung, schlägt der sog. „Sechserbericht“ vor, der im Jahr 1968 den Versuch der Ausarbeitung einer pluralistischen Unternehmensverfassung für Großunternehmen mit mindestens 20.000 Arbeitnehmern unternimmt.¹²⁸ Der Bericht enthält einen strukturellen und rechtsformunabhängigen Lösungsvorschlag für die Berücksichtigung von Gemeinwohlbelangen durch die handelnden Unternehmensorgane: Die verschiedenen Interessenträger sollen bei der personellen Zusammensetzung der Unternehmensorgane „Unternehmensversammlung und Unternehmensrat“ jeweils berücksichtigt werden.¹²⁹ Interessanterweise sind damit nicht nur Vertreter der Eigentümer und Arbeitnehmer gemeint, sondern auch die sog. „Vertreter der Allgemeinheit“. Zu deren Gunsten schlägt der Sechserbericht eine Stimmrechtsmacht von 15 der insgesamt 75 Stimmen in der Unternehmensversammlung und von fünf der 19 Stimmen im Unternehmensrat vor.¹³⁰ Die restlichen Stimmen sollen hälftig auf Eigentümer- und Arbeitnehmervertreter entfallen. Mit Blick auf die Unternehmensversammlung wird weiter differenziert: Während es sich bei jeweils sechs der Vertreter der Allgemeinheit um Mitglieder handeln kann, die den Arbeitnehmern oder Eigentümern nahestehen, sollten die restlichen drei Mitglieder „optimal unabhängig“ sein, was der Vorschlag in Anknüpfung an die sog. „11 Männer in der Montanindustrie“ definiert.¹³¹

Dieser Vorschlag stellt neben der Einführung des Gouverneurs oder Kommissars, der in Zeiten des Oktroi-Systems die Geschäftsführung der AG zu überwachen hatte, ein zweites Beispiel für eine Berücksichtigung öffentlicher Belange im Wege eines strukturellen Instruments dar.¹³² Vergleichbare Ansätze sind im US-amerikanischen Gesellschaftsrecht gebräuchlich, wo seit den 1940er Jahren zunächst „outside directors“ und später sog. „independent directors“

¹²⁸Boettcher/Hax/Kunze/Nell-Breuning/Ortlieb/Preller, Unternehmensverfassung als gesellschaftspolitische Forderung, 1968, Kapitel 7, S. 114 ff.

¹²⁹ Ausgangspunkt des Sechserberichts ist der Unternehmensverband als Unternehmen im soziologischen Sinne, daher erfolgt auch die Bezeichnung der Organe rechtsformunabhängig, vgl. Boettcher/Hax/Kunze/Nell-Breuning/Ortlieb/Preller, Unternehmensverfassung als gesellschaftspolitische Forderung, 1968, S. 19. Die Unternehmensleitung ist von der Bindung an bestimmte Interessen ausgenommen, sondern lediglich dem Unternehmensinteresse verpflichtet, vgl. S. 133 des Berichts.

¹³⁰ Boettcher/Hax/Kunze/Nell-Breuning/Ortlieb/Preller, Unternehmensverfassung als gesellschaftspolitische Forderung, 1968, Kapitel 7, S. 114 ff.

¹³¹ Boettcher/Hax/Kunze/Nell-Breuning/Ortlieb/Preller, Unternehmensverfassung als gesellschaftspolitische Forderung, 1968, Kapitel 7, S. 130; der Aufsichtsrat der dem Montan-Mitbestimmungsgesetz unterfallenden Gesellschaften besteht aus 11 Mitgliedern, vgl. § 4 MontanMitbestG; dies können selbstverständlich auch Personen anderen Geschlechts sein.

¹³² Dazu bereits oben, Teil B. II. 1. a).

die Funktion der Beaufsichtigung des Managements ausüben.¹³³ Auch die im Jahr 2010 in den USA erstmals eingeführte Rechtsform der Benefit Corporation nutzt solche Instrumente und installiert mit dem Benefit Director und dem Benefit Officer spezielle Organe zur Überwachung der unternehmerischen Verfolgung von ökologischen oder sozialen Belangen.¹³⁴

II. Bewertung aus heutiger Sicht

Im deutschen Gesellschaftsrecht sind strukturelle Instrumente, die eine Aufnahme ständiger unabhängiger Organe in das Leitungsgremium vorsehen, seit langer Zeit ungebräuchlich. Grund ist vor allem die verpflichtende Einführung des Aufsichtsrats als ein die Geschäftsführung überwachendes Organ: Dem Aufsichtsrat war, wie bereits dargelegt, zunächst die Rolle zugeordnet, als verlängerter Arm des Staates die Beachtung öffentlicher Interessen durch das unternehmerische Wirken zu schützen.¹³⁵ Die zwingende Trennung zwischen Leitungs- und Überwachungsorgan kennzeichnet das hierzulande gebräuchliche dualistische System und steht im Gegensatz zu dem vor allem im anglo-amerikanischen Raum gebräuchlichen monistischen System, wenn auch praktisch eine Annäherung beider Systeme stattgefunden hat.¹³⁶ Demnach wurde die Ernennung spezieller unabhängiger Gremienmitglieder mit eigenen Zuständigkeitsbereichen und inhaltlichen Aufgaben nicht für erforderlich gehalten.¹³⁷

Rechtlich wäre die Einführung eines strukturellen Instruments, das eine Aufnahme ständiger unabhängiger Organe in das Leitungsgremium vorsieht, um die Beachtung einer sozialen bzw. menschenrechtlichen und ökologischen Sorgfaltspflicht abzusichern, zwar denkbar. Auf der Grundlage der gesellschaftsrechtlichen Systematik scheint es jedoch stimmiger, das gesamte Leitungsorgan ausdrücklich auf die Berücksichtigung einer allgemeinen nachhaltigkeitsbezogenen Sorgfaltspflicht zu verpflichten. Dadurch wird deutlich, dass das Leitungsorgan als solches über die notwendige Expertise verfügen muss und die Pflichtenbindung nicht nur mit Blick auf einzelne Organmitglieder besteht.

¹³³ Grundlegend war insoweit der Investment Company Act, 15 U.S.C. §§ 80a-1-80a-64 vom 22. August 1940; zu dieser Entwicklung eingehend *Gordon*, Stanford Law Rev. 59 (2007), 1465.

¹³⁴ Früher Überblick über die verschiedenen Staaten bei *Brakman Reiser*, Wake Forest Law Review 46 (2011), 591, 605; näher auch *Möslein/Mittwoch*, RabelsZ 80 (2016), 399, 417 ff. mwN.

¹³⁵ Dazu bereits oben, B. II. 1. b).

¹³⁶ Dazu *Hopt*, ZGR 2000, 779, 783 ff.; *Lieder*, Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit, 2006, S. 633 ff.

¹³⁷ An dieser Stelle ist nochmals darauf hinzuweisen, dass das deutsche Gesellschaftsrecht an Stelle einzelner Direktoren die Kollegialorgane Vorstand und Aufsichtsrat für die Geschicke der AG verantwortlich macht.

Ein solches Vorgehen erscheint auch mit Blick auf eine wirksame Nachhaltigkeitsförderung vorzugswürdig. Entscheidend ist auch insoweit die kohärente Entwicklung der Förderung nachhaltigkeitsrelevanter Belange, dh konkret der Zusammenhang mit der nunmehr durch das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz eingeführten unternehmensrechtlichen Sorgfaltspflicht zur Berücksichtigung sozialer und ökologischer Belange. Aufgrund dieser Pflicht haben die Leitungsorgane im Einzelfall zu entscheiden, welche Stakeholdergruppen in die konkrete Due Diligence Prüfung einzubeziehen sind, zB Arbeitnehmer von Zulieferern oder örtlich betroffene Gemeinden. Die Beteiligung der jeweils relevanten Stakeholdergruppen erfolgt dann einzelfallbezogen aufgrund der allgemeinen nachhaltigkeitsbezogenen Sorgfaltspflicht des Leitungsorgans. Unabhängig davon besteht freilich die Möglichkeit einer rechtlichen Förderung der personellen Diversität von Leitungsorganen im Allgemeinen, die aus verschiedenen – auch nicht nachhaltigkeitsrelevanten – Gründen gefordert wird.¹³⁸

¹³⁸ So aktuell der Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Ergänzung und Änderung der Regelungen für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst (Zweites Führungspositionen-Gesetz – FüPoG II) vom 6. Januar 2021.