Die „gute“ Kapitalgesellschaft

Prof. Dr. Bettina Rentsch / Prof. Dr. Marc-Philippe Weller[*]

Sind Unternehmen nur ihren Anteilseignern verpflichtet oder auch der Gesamtgesellschaft? Die aktuelle rechtspolitische Debatte und jüngere lebensweltliche Entwicklungen zeigen, dass die Nachfrage nach einer Integration gesellschaftspolitischer Anliegen in das Gesellschaftsrecht wächst. Hinter bekannten Schlagwörtern wie Corporate Social Responsibility (CSR) oder Environment Social Governance (ESG) und neuen Konzepten wie der Corporate Purpose steht aber die Frage, ob sich Gewinnmaximierung und Gemeinwohl gegenseitig ausschließen, oder ob sie sich wechselseitig ergänzen können. Unser Beitrag geht vor diesem Hintergrund der Frage nach, auf welchem Weg Gesellschaftspolitik und Gesellschaftsrecht zueinander finden können.

A. Der Trend zur Verantwortung

„Das Verhalten von Unternehmen in allen Wirtschaftszweigen ist von entscheidender Bedeutung für den erfolgreichen Übergang der Europäischen Union zu einer klimaneutralen und grünen Wirtschaft“.[1] Diese ebenso simple wie revolutionäre Aussage stellt die Europäische Kommission an die Spitze ihres am 23.2.2022 veröffentlichten Vorschlages für eine Corporate Sustainable Due Diligence Directive, einer Richtlinie über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit (CSDD-RL-E).[2]

Der Gedanke, dass Unternehmen gesamtgesellschaftliche Verantwortung tragen, ist vor allem in Deutschland nicht neu.[3] In jüngerer Vergangenheit hat das Konzept aber nicht nur beachtlich an Relevanz gewonnen, sondern

---

* *Prof. Dr. Bettina Rentsch*, LL.M. (Michigan), ist Juniorprofessorin an der Freien Universität Berlin, *Prof. Dr. Marc-Philippe Weller*, Licencié en droit (Montpellier) ist Direktor des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg. Vgl. dazu bereits *Rentsch/Weller*, FS Henssler (2023), S. 1189 ff.

1 COM (2022) 71 final, 1.

2 Siehe hierzu *Harbarth*, AG 2022, 633 ff.; *Hübner/Habrich/Weller*, NZG 2022, 644 ff.

3 Ausführlich zur Nachhaltigkeit im Unternehmensrecht *Schön*, ZfPW 2022, 207 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748945512-9 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

in Form kapitalmarktbezogener Informationspflichten („nicht-finanzielle Erklärung") auch Eingang in Regulierungsprojekte gefunden.[4] Die Idee einer Sozialverantwortung von Unternehmen bricht nach tradiertem Verständnis mit dem Shareholder-Value-Ansatz, der die Legitimation einer Kapitalgesellschaft ausschließlich in der Ertragssteigerung für die Aktionäre sieht. Moderne Ansätze verstehen den Shareholder Value-Begriff indes weiter und integrieren in ihm gesellschaftliche Belange. Eine entsprechende Öffnung findet sich für das Unternehmensinteresse, an dem die Geschäftsleitung ihr Handeln auszurichten hat (unter B.).

Die Managementliteratur will noch einen Schritt weiter gehen: Sie entwickeln die Corporate Social Responsibility als einen bislang organisatorisch wie inhaltlich abgegrenzten Teilbereich unternehmerischer Entscheidung zu einem allumspannenden Konzept weiter – der Corporate Purpose.[5] Die beiden Herangehensweisen unterscheiden sich nicht unerheblich. Während die Corporate Social Responsibility darauf abhebt, negative Externalitäten unternehmerischer Aktivität zu minimieren – beispielsweise durch Reduktion und Kompensation von Umweltbelastungen durch produktionsbedingten Schadstoffausstoß –, erklärt das Managementkonzept der Corporate Purpose das Gemeinwohl zum Ziel einer Kapitalgesellschaft.[6] Dass sich die Wirtschaft diesem Wunsch zunehmend annähert, erhellt unter anderem die Präambel des Deutschen Corporate Governance Kodex 2020: „Die Gesellschaft und ihre Organe haben sich [danach] in ihrem Handeln der Rolle des Unternehmens in der Gesellschaft und ihrer gesellschaftlichen Verantwortung bewusst zu sein. Sozial- und Umweltfaktoren beeinflussen den Unternehmenserfolg" (unter C.).

Die Abkehr von einem ausschließlichen Shareholder-Value-orientierten Verständnis des Zwecks einer Kapitalgesellschaft scheint damit längst vollzogen. Wo aber liegen die rechtlichen Grundlagen und Grenzen der Gemeinwohlorientierung im Unternehmensrecht (unter D.)?

---

4 Richtlinie 2014/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen Text von Bedeutung für den EWR, ABl. EU ABl. L 330 vom 15.11.2014.

5 Überblick bei *Frödhoff,* Der Sinn hinter der Arbeit: So benennen die 30 Dax-Konzerne ihren „Purpose", Handelsblatt vom 18.04.2019, abrufbar unter https://www.handelsblatt.com/unternehmen/management/handelsblatt-umfrage-der-sinn-hinter-der-arbeit-so-benennen-die-30-dax-konzerne-ihren-purpose/24231702.html?ticket=ST-6965066-1YZDl7o7SvpUboofsUxq-ap1.

6 *Fleischer* ZIP 2021, 5 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748945512-9 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Jüngere Vorstöße in der Gesetzgebung wollen die unternehmensseitige Nachfrage nach gemeinwohlorientiertem Wirtschaften sogar durch eine neue Gesellschaftsform einfangen: eine „GmbH in Verantwortungseigentum" oder eine „Gesellschaft mit Nachhaltigkeitszweck". Gutes zu tun soll sich profitsteigernd auswirken. Ein unternehmensseitiges Bekenntnis zum Gemeinwohl soll die Innovationsfähigkeit von Unternehmen fördern, ihr Image beziehungsweise den bilanziellen Goodwill verbessern und ihnen Wettbewerbsvorteile verschaffen. Gesellschaften möchten mit anderen Worten zeigen, dass sie für die Einbeziehung von Gemeinwohlbelangen vorsorgen Wo aber liegt die Grenze der Symbiose von Gemeinwohl und Gesellschaftsrecht? (unter E.).

B. Unternehmen und Gesellschaft: Grundsätzliche Gegensätze?

1. Von Shareholder Value zu Shareholder Welfare

1970 verfasste der US-amerikanische Ökonom Milton Friedman einen kurzen Artikel im New York Times Magazine, der mit dem Titel „The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits" Eingang in die Gesellschaftsrechtsgeschichte haben sollte.[7] Einziger Zweck einer Gesellschaft ist ihm zufolge die wohlfahrtsmaximierende Interessenaggregation. Der gemeinsame Nenner dieser Interessen sei der Gesellschaftszweck, der den Förderbeitrag aller Anteilseigner – der Shareholder – auf ein gemeinsames Ziel festlege. Das Interesse der Anteilseigner soll im Anschluss an Friedman in der Gewinnmaximierung liegen. Nach diesem Ansatz ist Gewinn der einzige verlässliche Indikator dafür, dass Verschwendung unterbleibt. Der Vorstand sei ein Treuhänder der Shareholder, was ihn innerhalb seiner Leitungsautonomie dazu verpflichte, zugunsten der Anteilseigner, aber eben nicht zum Wohle der Stakeholder, also aller Personen, Gruppen oder Institutionen, die von den Aktivitäten eines Unternehmens direkt oder indirekt betroffen sind, zu wirtschaften. *Friedmans* Lehre, Gesellschaften seien am Unternehmensleitbild des *Shareholder Value* auszurichten, hat sich in der Folge durchgesetzt.[8]

---

7 *Friedman*, A Friedman doctrine – The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits, in: The New York Times Magazine (13.09.1970), S. 32 f.

8 *Lund/Pollman*, 121 Colum. L. Rev. (2021), 2563, 2578: "shareholder wealth maximization became ingrained in the very notion of "mainstream" corporate governance."

https://doi.org/10.5771/9783748945512-9 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dahinter steht ein berechtigtes Anliegen. Milton Friedman vertrat den Standpunkt, Vorstandsmitglieder seien nicht in demokratischen Wahlen gewählt; der Anspruch, als Fürsprecher einer Gesamtgesellschaft zu handeln, sei daher illegitim.[9] Diese Einsicht trägt auch aktuelle Einwände gegen eine Kompetenzerweiterung von Vorstand und Aufsichtsrat, die Setzung und Verfolgung von Gemeinwohlbelangen in deren Leitungsermessen zu stellen.

Man mag diese Kritik damit abtun, dass ihr ein nicht mehr zeitgemäßes Verständnis vom Daseinszweck einer Gesellschaft zugrunde liegt. Im Kern ist sie aber nach wie vor bedenkenswert: Die zivilgesellschaftlichen Stakeholder sind nicht in der Kapitalgesellschaft vertreten und können das Handeln der Leitungsorgane deswegen nicht kontrollieren. Nur soweit diese Kontrollmöglichkeit besteht – so der verallgemeinerbare Kern des Shareholder-Value-Denkens – ist der Vorstand zur Wahrnehmung von Fremdinteressen berechtigt (und verpflichtet). Die US-amerikanischen Rechtsökonomen Lucian Bebchuk und Roberto Tallarita haben diese berechtigte Limitierung empirisch überprüft.[10] Ihnen zufolge ist das Konzept des Stakeholderism auf dieser Grundlage ein „illusorisches Versprechen". Zum einen hätten Leitungsorgane ohnehin ökonomischen Anreize, Gemeinwohlinteressen insoweit zu berücksichtigen und zu schützen, als es den Shareholder Value erhöhe. Zum anderen schwäche ein nicht durch organisatorische Kontrollmechanismen abgesichertes Gemeinwohlbekenntnis die Verantwortungsstrukturen innerhalb einer Kapitalgesellschaft und mindere so die Leistungsfähigkeit der Gesellschaft.[11] Der Kuchen, dessen langfristige Vergrößerung die Corporate Purpose verspricht, werde in Wahrheit also kleiner, die Produktivität der Gesellschaft sinke. Schließlich sei eine floskelartige Gemeinwohlorientierung in Kapitalgesellschaften deren tatsächlicher Umsetzung sogar abträglich: Abstrakte Programmsätze verhinderten oder verzögerten einflussreiche Reformen.[12]

Oliver Hart und *Luigi Zingales* bieten eine Lösung an, die die steigende Marktnachfrage nach gesamtgesellschaftlicher Legitimität eines Unternehmens mit den Grundannahmen des Shareholder Value-Ansatzes vereint:[13]

9 Ibid.

10 *Bebchuck/Tallarita*, The Illusory Promise of Stakeholder Governance, Cornell Law Review 106 (2020) 91.

11 *Bebchuck/Tallarita*, Cornell Law Review 106 (2020) 91 (119 ff.).

12 *Bebchuck/Tallarita*, Cornell Law Review 106 (2020) 91 (139 ff.).

13 *Hart/Zingales*, Companies Should Maximize Shareholder Welfare, not Market Value, Journal of Finance and Accounting 2017, 247. *Hart/Zingales*, The New Corporate

https://doi.org/10.5771/9783748945512-9 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Es sei schlicht zu kurz gegriffen, das Interesse der Anteilseigner auf den Aktienkurs zu reduzieren.[14] Deren Interesse an, beispielsweise, sauberer Luft und der Vermeidung sonstiger Aktivitäten sei gleichrangig in den sharholder value einzurechnen.[15]

2. Das Unternehmensinteresse als Transmissionsriemen[16]

Das deutsche Aktienrecht findet mit dem Bekenntnis zur „gesellschaftlichen Verantwortung" in der Präambel des Corporate Governance Kodex 2020 gewissermaßen zu seinen Ursprüngen zurück. Die Gründung von Aktiengesellschaften erfolgte in Deutschland bis zur ersten Aktienrechtsnovelle vom 11.6.1870 nach dem Konzessionssystem: Die Unternehmensgründung war abhängig von einer staatlichen Genehmigung, die zunächst nur erteilt wurde, wenn sich die Gesellschaft Gemeinwohlbelangen verpflichtete.[17] „Die Rechte der Corporationen …[kamen] nur solchen vom Staate genehmigten Gesellschaften zu, die sich zu einem fortdauernden gemeinnützigen Zwecke verbunden haben.".[18]

Auch nach dem Übergang zum Normativsystem wurde die Verpflichtung der Aktiengesellschaft auf Gemeinwohlbelange nicht restlos aufgegeben, sondern fand zunächst im Aufsichtsrat eine institutionelle Heimat. Eine inhaltliche Rückbesinnung auf die Verpflichtung der Aktiengesellschaft für die Gesamtwohlfahrt wurde erneut durch Walther Rathenau angestoßen.[19] Dieser erschuf mit dem Gesamtinteresse der Gesellschaft eine Kategorie, die sich – ohne dass Rathenau dafür die Grundlagen gelegt hätte –im Nationalsozialismus zunächst im „Unternehmen an sich" und im tragenden

---

Governance, 2022, S. 14 ff.; vgl. zu *Hart/Zingales* auch *Fleischer*, DB 2022, 37, 39; *Schön*, ZfPW 2022, 207, 226 f.

14 *Hart/Zingales*, Journal of Finance and Accounting 2017, 247, 248.

15 I *Hart/Zingales*, Journal of Finance and Accounting 2017, 247, 267.

16 Vgl. zum Unternehmensinteresse *Armour et al.*, in: Kraakman et al., The Anatomy of Corporate Law, 3. Auflage 2017, S. 23 f.: *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, Stand: 01.07.2022, § 76 Rn. 29 ff.; *Habersack*, AcP 2020, 594 ff.; *Harbarth*, AG 2022 (im Erscheinen); *Spindler*, in: MüKo AktG, 5. Auflage 2022, § 76 Rn. 75 ff.; monographisch *Schubert,* Das Unternehmensinteresse, 2020.

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

18 ALR II.6 § 25; Nachweis bei Habersack AcP 220 (220) 594 (603).

19 Rathenau, Vom Aktienwesen – eine geschäftliche Betrachtung, 1917.

https://doi.org/10.5771/9783748945512-9 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„nationalsozialistischen Grundsatz, daß Gemeinnutz vor Eigennutz geht“[20] verirrte,[21] sich aber in der Nachkriegszeit im Unternehmensinteresse als anschlussfähigem Grundsatz konsolidierte.[22]

Das Unternehmensinteresse ankert keineswegs in verfassungsrechtlichen Kautelen,[23] sondern im mit der Aktienrechtsnovelle 1965 geschaffenen, wohl mangels gangbarer Alternativen offen formulierten, § 76 Abs. 1 AktG.[24] Danach leitet der Vorstand das Unternehmen in eigener Verantwortung. Eben diese Verantwortung soll das Organ aber auf die Einbeziehung von Aktionärs-, Arbeitnehmer- und Gläubigerbelangen ebenso wie auf die Rücksichtnahme auf Interessen der Gesamtgesellschaft verpflichten. Zwar obliegt die Abwägung zwischen diesen verschiedenen Interessen dem Vorstand im Rahmen seines unternehmerischen Ermessens.[25] Das Unternehmensinteresse eröffnet damit zunächst Spielräume für die Unternehmensleitung, vor allem für den Vorstand. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat er hier ein weites, freilich aber nicht grenzenloses Ermessen.[26] Denn Maßnahmen der Unternehmensleitung dürfen zwar unmittelbar nachteilig für die Gesellschaft sein, müssen auf lange Sicht aber „noch“ im „wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft“[27] liegen.[28]

Wie diese Shareholder- und Stakeholder-Interessen und Spielräume in diesem „wohlverstanden Interesse der Gesellschaft“ (BGH) auszubalancieren sind, wird seit der Jahrtausendwende intensiver diskutiert. Die Diskussion drehte sich zunächst um das Stichwort *Corporate Social Responsibility*

20 Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl, AktG, 3. Auflag 1939, § 70 Anm. 5. Nachw. Bei *Habersack* AcP 220 (2020) 595 (607).

21 *Teubner,* Unternehmensinteresse - das gesellschaftsrechtliche Interesse des „Unternehmens an sich“, ZHR 148 (1984) 470; *Schubert,* Unternehmensinteresse, 2020, 24.

22 *Schubert,* Unternehmensinteresse, 2020, 29; rechtsvergleichend *Fleischer,* Unternehmensinteresse und intérêt social: Schlüsselfiguren aktienrechtlichen Denkens in Deutschland und Frankreich, ZGR 2018, 703 (714 ff.).

23 *Dreher,* Unternehmen und Politik – Die gesellschaftspolitische Kompetenz der Aktiengesellschaft, ZHR 155 (1991), 349 (355 ff.).

24 Vermutung bei *Schubert,* Unternehmensinteresse, 2020, 29.

25 Konzeptionalisierung bei *Dreher* ZHR 155 (1991), 349; *Laske* ZGR 1979, 173 ff.

26 BGH, AG 2018, 841, 847; hierzu *Walden*, NZG 2020, 50, 52.

27 BGH NJW 1997 2815, 1. Leitsatz (Siemens).

28 Zum Vorstand BGH NJW 1997 2815, 2. Leitsatz; zum Aufsichtsrat BGH NJW 1997 1926 (ARAG/Garmenbeck).

https://doi.org/10.5771/9783748945512-9 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(CSR)[29], die spätestens mit der CSR-Richtlinie[30] Einzug in die nichtfinanzielle Berichterstattung großer börsennotierter Unternehmen fand. Wie der Fokus auf *Social* erhellt, steht dabei die Einhaltung von Menschenrechten im Vordergrund (vgl. § 289c Abs. 2 Nr. 2 bis 4 HGB), aber auch Umweltschutz und geschäftsethische Belange sind gleichsam mitenthalten (vgl. § 289c Abs. 2 Nr. 1 und 5 HGB).[31]

Mit dem Pariser Klimaabkommen (2015), sich häufenden Extremwetterereignissen und der Fridays-for-Future-Bewegung ist ein noch prononcierterer Wandel eingetreten: Die Umwelt und das Klima sind zu einem Großthema (auch des Gesellschaftsrechts) avanciert.[32] Die diesbezügliche Aufwertung der Klimabelange in der Unternehmenspraxis ist terminologisch mit dem Begriff *Environment Social Governance*[33] nachvollzogen worden: *Environment* steht jetzt explizit gleichberechtigt neben den *Social*-Belangen.[34]

Die rasante Entwicklung in den Bereichen *Climate Reporting*, *Green Finance*, *Corporate Sustainability Due Diligence* und *Climate Litigation* erhellen, dass das Gesellschaftsrecht einem tiefgreifenden Transformationsprozess unterworfen ist.[35] Es wird mit in Dienst genommen, um *gesellschaftspolitische* Anliegen[36] zu verwirklichen, namentlich den Klimawandel zu bekämpfen ("*The Law of the Corporation as Environmental Law*"[37]). Die Einbeziehung von öffentlichen Interessen und namentlich ESG in

29 *Simon,* Die Legitimation der CSR-RL und ihre Auswirkungen auf die Unternehmensverfassung der Aktiengesellschaft, 2019, S. 15 ff., 30 ff.; Schmidt/Lutter AktG/*Seibt*, 4. Aufl. 2020, § 76 Rn. 40 ff.

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

31 *Wiedmann/Hoppmann*, CCZ 2020, 225 ff.; *Müller-Michaels/Ringel*, AG 2011, 101 ff.

32 Näher *Renner,* ZEuP 2022 (im Erscheinen); *Dörrwächter*, NZG 2022, 1083 ff.

33 ESG ist ein Akronym, das wohl erstmals prominent von der UN in einem Report von 2004 verwendet wurde, *Financial Sector Initiative,* Who Cares Wins, 2004, https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/de954acc-504f-4140-91dc-d46cf063b1ec/WhoCaresWins_2004.pdf?MOD=AJPERES&CVID=jqeE.mD (24.08.2022), S. 1: "Until now, the industry has not developed a common understanding on ways to improve the integration of environmental, social and governance (ESG) aspects in asset management, securities brokerage services and the associated buy-side and sell-side research functions."

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

35 Ausführlich *Weller/Benz*, ZGR 2022, 563 ff.

36 Legitimation von ESG mit Gemeinwohlbelangen bei *Hellgardt/Jouannaud*, AcP 2022, 163, 208: *Simons*, ZGR 2018, 316, 330; *Vetter,* ZGR 2018, 338, 362 f.

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

https://doi.org/10.5771/9783748945512-9 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gesellschaftsinterne Vorgänge kann als zunehmende "*politicization of the corporation*" verstanden werden.[38] ESG ist damit im Alltag aller Aktiengesellschaften angekommen.[39]

3. Legislative Neuausrichtung des Unternehmensinteresses?

Auch aktuelle rechtspolitische Debatten um die Gemeinwohlverpflichtung der Aktiengesellschaft in Deutschland setzen an den Zuständigkeiten und Pflichten der Unternehmensleitung an. De lege lata sind Vorstände bei der Unternehmensführung zur Berücksichtigung von CSR- bzw. ESG-Belangen berechtigt, aber nicht verpflichtet.[40] Diskutiert wird aber, die Nachhaltigkeit als ein stets mitzuberücksichtigendes Ziel der Unternehmensleitung in § 76 AktG de lege ferenda explizit vorzuschreiben.[41] Der von der Bundesregierung eingesetzte Sustainable Finance Beirat[42] schlägt in seinem Bericht von 2021 eine Ergänzung des Absatzes 1 um folgenden Einschub vor: „Der Vorstand hat die Gesellschaft *im langfristigen Interesse des Unternehmens unter angemessener Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen* zu leiten."[43]

Folgt man dem, müsste konsequenterweise auch die Pflicht des Vorstands zur Berichterstattung an den Aufsichtsrat gemäß § 90 Abs. 1 AktG

38 *Ilmonen*, EBLR 32 (2021), 817, 819; ferner *Bahlinger/Leydecker*, NZG 2020, 1212; *Hellgardt/Jouannaud,* AcP 222 (2022), 163 ff.; *Schön*, ZfPW 2022, 207, 211; kritisch zur Entwicklung *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, Stand: 01.07.2022, § 76 Rn. 42: „insbesondere nimmt die Indienstnahme des Aktienrechts für gesellschaftspolitische Anliegen allmählich besorgniserregende Formen an."

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

40 Statt vieler MünchKomm AktG/*Spindler*, 5. Aufl. 2019, § 76 Rn. 81.

41 *Wellerdt*, Neue Corporate Governance Regeln für Vorstand und Aufsichtsrat, ZIP 2022, 356, 361.

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748945512-9 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

um eine neue Ziffer 5 ergänzt werden, die Nachhaltigkeitsthemen erfasst[44]: „Der Vorstand hat dem Aufsichtsrat zu berichten über (...) 5. *die Auswirkungen ökologischer und sozialer Nachhaltigkeitsrisiken auf die Geschäftsleitung der Gesellschaft*".[45] Ebenso wären Klimabelange im Rahmen des Risikoüberwachungssystems nach § 91 Abs. 2 AktG zu integrieren.[46]

Um. Das Nachhaltigkeitsziel im Rahmen der Unternehmensleitung nicht nur als bloßen Papiertiger auszugestalten, empfiehlt der Sustainable Finance-Beirat überdies auf Rechtsfolgenseite, die enthaftende Wirkung der Business Judgement Rule unter den Vorbehalt einer angemessenen Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten knüpfen.[47] § 93 Abs. 1 S. 2 AktG würde dann nur unter dem Vorbehalt „angemessener Identifizierung und Abschätzung aller relevanten Risiken, *einschließlich ökologischer und sozialer Nachhaltigkeitsrisiken*" gelten.[48]

Vor dem Hintergrund der historischen Entwicklung der Aktiengesellschaft überraschen diese Vorschläge wenig, markieren aber im Rechtsvergleich nicht nur einen entscheidenden Unterschied im Diskurs um die „gute Kapitalgesellschaft" zwischen Deutschland und den USA,[49] sondern auch zwischen deutscher und unionsrechtlicher Regulierungsaktivität zur Gemeinwohlverpflichtung von Unternehmen.

---

44 Vgl. *Wellerdt*, Neue Corporate Governance Regeln für Vorstand und Aufsichtsrat, ZIP 2022, 356, 361.

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

46 *Wellerdt*, Neue Corporate Governance Regeln für Vorstand und Aufsichtsrat, ZIP 2022, 356, 361.

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

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

49 Zum wesensverwandten „intérêt social" des französischen Rechts aber Fleischer, ZGR 2018, 703 (708 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748945512-9 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4. Eine Frage der Operationalisierung

Wenn große Kapitalgesellschaften ihr Dasein nicht mehr nur durch die vom Shareholder Capitalism zugewiesene Funktion rechtfertigen möchten, sondern mit einer gesamtgesellschaftlichen Mission antreten, verstehen sich als Lotsen gesellschaftlicher Veränderung und übernehmen von sich aus soziale Verantwortung. Das zeugt von einem gewandelten Verständnis vom Existenzrecht der Kapitalgesellschaft: Sie muss nicht nur, sondern will das marktweite Signal setzen, dass sie um gesamtgesellschaftliche Legitimität ringt. Mit dem Grundgedanken des Shareholder-Kapitalismus ist das, wie Oliver Hart und Luigi Zingales gezeigt haben[50], durchaus vereinbar. Das Phänomen „gute Kapitalgesellschaft" erfordert also keine Entscheidung des Jahrhundertstreits zwischen Shareholder- und Stakeholder-Orientierung. Unterschiede bestehen lediglich im Hinblick auf die Frage der richtigen Operationalisierung: Wer muss sinnvollerweise darüber entscheiden können, wie sich ein gesamtgesellschaftlicher Nutzen definiert und wie er zu konkretisieren ist? Hierfür haben sich – diesseits wie jenseits des Atlantiks – unterschiedliche Modelle entwickelt. Nachfolgend gilt es diejenigen zu würdigen, die inländischen Unternehmen offenstehen.

C. Von CSR zum Corporate Purpose

I. Gemeinwohl durch Marktinformation

Ein erster Weg der Operationalisierung von Gemeinwohlbelangen führt über die Aufnahme gemeinwohlorientierter Aspekte in nichtverbindliche Regelwerke zur guten Unternehmensführung. Ein solches Regelwerk existiert zum einen in Form des jüngst um Nachhaltigkeitsziele erweiterten Corporate Governance Kodex (§ 161 AktG),[51] vor allem aber in Form der nichtfinanziellen Berichterstattung über Belange der Corporate Social Responsibility (§ 289b HGB).[52]

50 *Hart/Zingales*, Companies Should Maximize Shareholder Welfare, not Market Value, Journal of Finance and Accounting 2017, 247; *Hart/Zingales*, The New Corporate Governance, 2022, S. 14 ff.; vgl. zu *Hart/Zingales* auch *Fleischer*, DB 2022, 37, 39; *Schön*, ZfPW 2022, 207, 226 f.

51 Fassung vom 17.5.2022; *Wellerdt,* Neue Corporate Governance Regeln für Vorstand und Aufsichtsrat, ZIP 2022, 356.

52 Ausführlich zur Nachhaltigkeitsberichterstattung *Schön,* ZfPW 2022, 207 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748945512-9 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In der Managementliteratur steht Corporate Social Responsibility (CSR) sinnbildlich für einen breiten Strauß an Zielen und Pflichten.[53] Rechtlich sind Ursprung, Bindungsgrad und die Legitimation dieser Pflichten ganz unterschiedlich. Gesellschaften wollen – und sollen – unter anderem nachhaltig wirtschaften und entscheiden. Sie sollen im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Machtposition die Einhaltung menschenrechtlicher Standards sicherstellen und daher Verantwortung für Wertschöpfungsketten und für die Produktionsbedingungen in Entwicklungsländern tragen. Über die Berücksichtigung wohltätiger Belange hat ein Unternehmen seit der Umsetzung[54] der von der Europäischen Union verabschiedeten CSR-Richtlinie[55] im Lagebericht Auskunft zu geben (§ 289 f HGB). Die Erklärungspflicht ist für sich genommen verbindlich. Unternehmen haben sich auch darüber zu erklären, wenn sie kein gesellschaftliches Engagement verfolgen. Ein Verstoß gegen CSR-Verhaltensstandards führt allerdings primär lediglich zu einem Reputationsverlust. Die CSR-Richtlinie wählt den Kapitalmarkt als Regulierungsadressaten und kalkuliert mit der Marktreaktion auf negative Information.[56]

2. Gemeinwohl durch Sorgfaltspflichten

Einen anderen Ansatz wählt die jüngste deutsche Regulierung zur Unternehmensverantwortung, das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG).[57] Das Bundesministerium für Entwicklungszusammenarbeit (BMZ), das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) und eine Vielzahl zivilgesellschaftlicher Organisationen hatten Eckpunkte eines Lieferkettengesetzes entwickelt, das die Sozialverantwortung von Unternehmen – Corporate Social Responsibility – rechtsträgerübergreifend entlang der Produktions- und Lieferkette auf den Wertschöpfungsprozess ausweiten

53 Vgl. *Tencati/Terrini/Pogutz*, New Tools to Foster Corporate Socially Responsible Behavior, Journal of Business Ethics 53 (2004), 173 ff.

54 Gesetz zur Stärkung der nichtfinanziellen Berichterstattung der Unternehmen in ihren Lage- und Konzernlageberichten (CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz), BGBl, 2017 I Nr. 20, 802.

55 RL 2014/95/EU.

56 *Renner*, Menschenrechts- und umweltbezogene Unternehmensverantwortung zwischen Kapitalmarkt und Lieferkette, ZEuP 2022, i.E.

57 Monographisch *Hübner*, Unternehmenshaftung für Menschenrechtsverletzungen, 2022.

https://doi.org/10.5771/9783748945512-9 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

soll.[58] Mit dem Lieferkettengesetz sollte geltendes Recht werden, was in den Augen Vieler die private Macht transnational agierender Unternehmen angemessen abbildet: Unternehmen sollen sich innerhalb der gesamten Wertschöpfungskette zur Einhaltung internationaler Menschenrechtsstandards und fairer Arbeitsbedingungen verpflichtet sehen. Der Entwurf des Lieferkettengesetzes übertrug deutschen Unternehmen konkrete, justiziable und schadenersatzbewehrte soziale Verantwortung. Der sodann unter Federführung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) veröffentlichte Gesetzesentwurf hat das nicht beibehalten: „Das Gesetz begründet eine Bemühenspflicht, aber weder eine Erfolgspflicht noch eine Garantiehaftung" für Unternehmen. Zu erwarten sind neben einer deliktischen Haftung der Unternehmen für eine Verletzung ihrer lieferkettenbezogenen Sorgfaltspflicht Reputationsschäden. Sie dürften umso schwerer wiegen, als die Einsicht in die gesamtgesellschaftliche Verantwortung unternehmerischen Handelns wächst.

Einen Schritt weiter geht – allerdings nur in Bezug auf Klimaschutzbelange – der eingangs erwähnte Entwurf einer Corporate Sustainable Due Diligence-Richtlinie. Programmatisch statuiert Art. 15 Abs. 1 RL-Entwurf unter der Überschrift "combating climate change"[59]:

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

Dogmatisch handelt es sich dabei um eine *aliud* zu den auf die Lieferketten zugeschnittenen Due Diligence-Pflichten in Art. 4 ff. RL-Entwurf: Die Klimawandelbekämpfungspflicht löst sich komplett von der spezifischen Lieferkettenproblematik und fokussiert stattdessen das gesamte Businessmodell eines Unternehmens als solches. Jenes soll nachhaltig und mit dem 1,5° C-Ziel des Pariser Übereinkommens kompatibel sein.

58 Zur Lieferkettenproblematik *Weller/Kaller/Schulz*, AcP 2016, 387 ff.; *Nasse*, ZEuP 2019, 773 ff. (zur Lösung in Frankreich mit der loi de vigilance).

59 Hierzu *Hübner/Habrich/Weller*, NZG 2022, 644 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748945512-9 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Gemeinwohl als gewählter Unternehmenszweck: Corporate Purpose

Corporate Purpose möchte sich vom Konzept der Corporate Social Responsibility abgrenzen. Sie verschreibt sich weder der Reaktion auf, noch der Prävention von Kollateralschäden. Die Corporate Purpose setzt vielmehr am Sinn der Kapitalgesellschaft an: Sie stellt den gesamten unternehmerischen Wertschöpfungsprozess unter das Leitziel seines gesamtgesellschaftlichen Nutzens.[60] Großunternehmen sollen also nicht nur „auch" ihrer gesellschaftlichen Verantwortung gerecht werden; vielmehr wollen sie ihre Existenz insgesamt auf einen gesamtgesellschaftlichen Nutzen zurückführen. Entsprechende Bekenntnisse füllen mittlerweile das Dasein aller DAX 30-Gesellschaften. Sie erschöpfen sich aber in aller Regel in wohlklingenden Beschreibungen des Unternehmensgegenstandes: Der Großvermieter Vonovia verschreibt sich beispielsweise der Mission „Wir geben Menschen ein Zuhause", das Pharmaunternehmen Bayer betreibt „Science for a better Life".[61] Diese Mission soll die Zufriedenheit von Mitarbeitern und Kunden erhöhen. Für Bayer dient sie gar als „roter Faden und Orientierung für Mitarbeiter und Stakeholder".

Das hat zunächst organisatorische Folgen: Ziel der Corporate Social Responsibility ist es, bei im Übrigen unverändert an Gewinnmaximierung ausgerichteter Unternehmensaktivität Menschenrechtsverletzungen zu verhindern und Umweltexternalitäten im Produktionsprozess zu minimieren oder auszugleichen; die dafür notwendige Überwachungsarbeit erledigt regelmäßig eine Compliance-Abteilung. Die Corporate Purpose krempelt dagegen das Geschäftsmodell eines Unternehmens um, weswegen sie für alle organisatorischen Einheiten eines Unternehmens relevant ist. Denn Gemeinwohlbindung und Gewinnmaximierung sollen einander nicht ausschließen, sondern wechselseitig ergänzen. Entsprechend soll die Einbeziehung von Gemeinwohlbelangen weder – wie die Corporate Social Responsibility – einer organisatorischen Untereinheit obliegen, noch als ausgleichender Gegenspieler zum Bekenntnis zur Gewinnmaximierung zu verstehen sein. Corporate Purpose soll vielmehr das gesamte unternehmerische Handeln einer Gesellschaft umspannen und erfüllen – und gerade dadurch gewinnsteigernd wirken.

60 *Fleischer* ZIP 2021, 5 (6).
61 Beispiele bei *Fleischer* ZIP 2021, 5 (8).

https://doi.org/10.5771/9783748945512-9 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Eben dieser synthetische Aspekt der Corporate Purpose macht es schwer, sie in rechtlichen Kategorien abzubilden – ja, überhaupt den geeigneten Maßstab für sie zu finden.

Unter Umständen muss das auch gar nicht geschehen. Bleibt die Corporate Purpose ein Lippenbekenntnis zu bloßen Marketingzwecken, sind für sie weder Mittel vorzuhalten noch Zustimmungen einzuholen.

Allerdings kann die Coporate Purpose auch *verrechtlicht* werden. Ihr Ziel wäre dann, das, was die Gesellschaft bereits tut, am gesamtgesellschaftlichen Zweck neu auszurichten.[62] Um ihr rechtliche Kontur zu geben, müsste sie als (ergänzender) Gesellschaftszweck in der Satzung verankert werden. Umstritten ist dabei jedoch das erforderliche Quorum.[63] Richtigerweise ist keine Einstimmigkeit analog § 33 Abs. 1 S. 2 BGB erforderlich.[64] Es geht bei statutarischer Verankerung der Corporate Purpose nicht um die Infragestellung des (gewinnorientierten) Erwerbscharakters, sondern um eine wohlklingende Neuinterpretation des Unternehmensgegenstandes einer Kapitalgesellschaft.[65] Sie ist damit richtigerweise einer Satzungsänderung gleichzustellen,[66] wofür (lediglich, aber immerhin) eine Dreiviertelmehrheit (§ 179 Abs. 2 AktG) erforderlich ist.[67]

Allerdings darf eine Corporate Purpose-Statuierung nicht so weit gehen und nicht so konkret sein, dass die Leitungsautonomie des Vorstands (§ 76 Abs. 1 AktG) zu sehr beschnitten wird.[68] Dies soll bei Corporate Purpose-Klauseln etwa dann der Fall sein, wenn die Satzung dem Vorstand detaillierte Vorgaben für Mitarbeiterführung, Produktauswahl oder Produktionsmethoden macht.[69] Das OLG Stuttgart hatte bereits vor einigen Jahren entschieden, dass Satzungsänderungen mit „weltanschaulichen Grenzziehungen" das Leitungsermessen des Vorstandes nicht unzulässig einschrän-

62 *Fleischer* ZIP 2021, 5 (7).
63 Vgl. zum Meinungsstand *Fleischer,* Corporate Purpose: Ein Management-Konzept und seine gesellschaftsrechtlichen Implikationen, ZIP 2021, 5, 12 ff.
64 So aber *Mülbert,* Soziale Verantwortung von Unternehmen im Gesellschaftsrecht, AG 2009, 766, 772: analog § 33 Abs. 1 S. 2 BGB ein einstimmiger Beschluss erforderlich.
65 *Fleischer* ZIP 2021, 5 (6, 8).
66 *Fleischer* ZIP 2021, 5 (11).
67 *Fleischer* ZIP 2021, 5 (12). *Fleischer*, DB 2022, 37, 40 f. sowie 43.
68 *Fleischer*, DB 2022, 37, 43.
69 *Mülbert,* Soziale Verantwortung von Unternehmen im Gesellschaftsrecht, AG 2009, 766, 772.

https://doi.org/10.5771/9783748945512-9 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ken, wohl aber eine Begrenzung des Unternehmensgegenstandes[70] im Sinne einer Untersagung der Geschäftstätigkeit mit zwei konkreten Produkten.[71]

Mit einer statutarischen Verankerung der Corporate Purpose ist noch nicht gesagt, wer sie in konkrete Aktionsprogramme übersetzen und konkretisieren darf. In der deutschen Aktiengesellschaft fällt diese Aufgabe grundsätzlich in die Planungs- und Steuerungsverantwortung des Vorstands (§ 76 AktG). Wird dabei – was in der Regel der Fall sein wird – der Kern der Geschäftspolitik des Unternehmens berührt, ist der Vorstand insoweit gegenüber dem Aufsichtsrat berichtspflichtig. Das macht bei einer konkretisierten Corporate Purpose auch Sinn: Nur so kann der Aufsichtsrat den Vorstand beraten und überwachen (§ 111 AktG). Gleichzeitig agiert der Vorstand innerhalb der ihm per Satzung zugewiesenen Aufgaben weisungsfrei.

D. Grenzen: „Zu viel des Guten"?

Wo aber verläuft die Grenze zwischen dem in die Satzung aufzunehmenden Programmsatz und einem konkreten Aktionsprogramm? Welche Kontrollmechanismen greifen ein, welche Organe sind zu beteiligen, wenn der Vorstand einer Aktiengesellschaft beschließt, mit einem Programmsatz „ernst zu machen"? Kann der Vorstand eines als Aktiengesellschaft organisierten Energieerzeugers sich, um ein Beispiel zu nennen, unter Berufung auf die in der Satzung verfügte Corporate Purpose „environment matters" für einen vollständigen Ausstieg aus der fossilen Produktion entscheiden? Kann der Vorstand eines Textilerzeugers aus dem Bekenntnis „fashion for the people" die Kompetenz ableiten, die Löhne am Produktionsstandort im Globalen Süden an ein deutsches Niveau anzugleichen und einen Teil des Jahresumsatzes des Unternehmens für wohltätige Zwecke einzusetzen? Überschreitet der Vorstand durch derartige Alleingänge sein Leitungsermessen, macht er sich womöglich gegenüber der Aktiengesellschaft haftbar? Angesprochen ist damit die Frage nach den Handlungsspielräumen des Vorstandes.[72]

Wann der Vorstand die Grenzen seiner Leitungskompetenz überschreitet, lässt sich aber schwer vorab und wohl auch nicht einheitlich beantwor-

70 Zum Unterschied zwischen Unternehmensgegenstand, Unternehmenszweck und Corporate Purpose *Fleischer,* ZIP 2021, 5, 11.

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

72 Fleischer ZIP 2021, 5 (12).

https://doi.org/10.5771/9783748945512-9 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten. Die Frage legt ein Spannungsverhältnis offen, das nicht nur auf ein strukturelles Defizit der Corporate Purpose hinweist, sondern ihre Praktikabilität insgesamt in Frage stellt: Die Verantwortung der Leitungsorgane einer Gesellschaft gegenüber den Anteilseignern (Shareholdern) auf der einen und das wachsende Bewusstsein gleichzeitiger Verantwortung gegenüber der Gesamtgesellschaft (Stakeholdern) auf der anderen Seite.

E. Gemeinwohl als Unternehmensform

Im Recht der GmbH könnte ein Bekenntnis zum „Guten", konkret: zum nachhaltigen Wirtschaften künftig über eine neue Rechtsform erreicht werden. Als komparatistisches Vorbild für solche Gesellschaften gilt die *benefit corporation* in den USA.[73] Als erster EU-Mitgliedsstaat hat Italien 2016 mit der Società Benefit eine vergleichbare Rechtsform geschaffen.[74] In Frankreich wurde 2020 die *société à mission* eingeführt, die namentlich eine Verankerung von ESG-Zielen in der Satzung erlaubt.[75] Von ihr haben bereits 250 Unternehmen Gebrauch gemacht, darunter *Danone* und *Rocher*.[76]

In Deutschland wird vor dem Hintergrund dieser internationalen Entwicklung kontrovers diskutiert, ob eine neue Rechtsform eingeführt werden sollte. Den Anstoß zur Diskussion gab zunächst der Vorschlag einer

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

74 https://www.societabenefit.net/english-information/.

75 *Bochmann/Leclerc*, Die Verankerung von Nachhaltigkeitszielen in der Gesellschaftsstatuten bei der französischen société à mission, GmbHR 2021, 1141 ff.

76 *Bochmann/Leclerc*, Die Verankerung von Nachhaltigkeitszielen in der Gesellschaftsstatuten bei der französischen société à mission, GmbHR 2021, 1141, 1144.

https://doi.org/10.5771/9783748945512-9 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„Gesellschaft in Verantwortungseigentum" (GmbH-VE), den eine aus Hochschullehrenden bestehende Arbeitsgruppe im Juni 2020 vorgelegt hatte.[77] Gewinn und Kapital der Gesellschaft sollen hiernach unwiderruflich im Gesellschaftsvermögen verbleiben, ausscheidende Gesellschafter sollen die Rückerstattung ihrer Einlagen, nicht aber die Ausschüttung von Gewinnen und Liquiditätsüberschüssen verlangen können (ein sogenannter asset-lock). Die Gesellschafter sind damit nicht mehr als „Treuhänder, die das Unternehmen für zukünftige Generationen erhalten und entwickeln möchten." Das Bekenntnis zum Gemeinwohl ist einerseits entpersonalisiert und andererseits weitaus stärker verfestigt als in den Managementvarianten: Es soll in der vollständigen Entflechtung von Gesellschaftsvermögen und Gewinninteresse der Gesellschafter liegen.

In der Tat ist eine neue Rechtsform womöglich der einzig gangbare Weg, um eine Gemeinwohlbindung in Unternehmen missbrauchsresistent zu gestalten. Die Befürchtung, ein lose formuliertes Mission Statement berechtige den Vorstand zu Alleingängen wider das Gesellschaftsinteresse, ist keineswegs aus der Luft gegriffen. Er lässt sich auch gegen die Verknüpfung des nach § 76 Abs. 1 AktG in das unternehmerische Ermessen gestellten Unternehmensinteresses mit der Corporate Purpose anbringen. Ganz abgesehen davon lässt sich praktisch in Zweifel ziehen, ob wirtschaftliche Alltagsentscheidungen sich am Leitziel gesamtgesellschaftlichen Nutzens ausrichten lassen, ohne die Leitungsorgane an ihre Kapazitätsgrenzen zu treiben.

Damit bleibt noch der Weg über die gemeinnützige Bindung des Gesellschaftseigentums, wie es der Entwurf einer GmbH-VE (2020) vorsieht. Auch diese Lösung hat aber ihre Schwächen: Eine Zweckbindung nicht der Leitung, sondern des Kapitals übergeht in den Augen der Kritiker dieser Rechtsform die Anreizstrukturen in der GmbH. Gesellschafter bringen Risikokapital regelmäßig in der Erwartung in die Gesellschaft ein, später am Gewinn der Gesellschaft teilzuhaben. Der Entwurf der GmbH-VE sieht dieses Defizit offenbar durch die zu erwartende Identifikation mit dem Unternehmensgegenstand als ausgeglichen an: Die Weitergabe der Gesellschaftsanteile an künftige Generationen soll das Gewinnstreben überwiegen. Selbst wenn diese Rechnung aufgeht, ist die Idee einer generationenübergreifenden Gestaltungsmacht der Gründer dogmatisch jeden-

77 Sachstandsbericht der Gesetzgebung abrufbar unter https://www.gesellschaft-mit-gebundenem-vermoegen.de/der-gesetzesentwurf./

https://doi.org/10.5771/9783748945512-9 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

falls einzigartig und in ihren Wirkungen missbrauchsanfällig.[78] Die Gesellschaft wird durch eine Kapitalbindung für die Ewigkeit schwerfällig und es wächst die Gefahr einer sogenannten Kollusion, also eines Zusammenwirkens mehrerer Beteiligter, um einen Dritten zu schädigen: In diesem Fall könnte das bedeuten, dass die Gesellschafter kollusiv zusammenwirken, um über Austauschverträge und Organbeziehungen das Gesellschaftsvermögen auszuzehren.[79]

Die Initiatoren der neuen Rechtsform haben auf die Kritik reagiert und die ursprüngliche „GmbH in Verantwortungseigentum" (2020)[80] in eine „GmbH mit gebundenem Vermögen" (2021)[81] weiterentwickelt.

Allerdings gibt es auch alternative Vorschläge, welche nicht nur eine wert*indifferente* Vermögensbindung propagieren, sondern den Unternehmenszweck positiv mit ESG koppeln wollen. So finden sich Stimmen, die eine „Gesellschaft mit Nachhaltigkeitsbezug" einführen möchten.[82] Letztere würde es prominenter als bisher erlauben, ein (auch) auf Nachhaltigkeit ausgerichtetes Unternehmensziel zu verfolgen.[83]

F. Schlussbetrachtung in Thesenform

1. Die gesamtgesellschaftliche Verantwortung ist zu einem zentralen Thema des Gesellschaftsrechts avanciert. Die seit den 1970er Jahren propagierte und dominierende Shareholder Value-Doktrin wird seit dem Millenium zunehmend interessenpluralistisch aufgelockert. Schlagworte sind die

78 Fazit bei *Habersack,* Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Verantwortungseigentum" - ein Fremdkörper im Recht der Körperschaften, GmbHR 2020, 992.

79 Krit. Auch *Habersack/Horvath/Kirchdörfer,* Stiftungsunternehmen und Verantwortungseigentum: Wie eine Reform gelingen kann https://www.familienunternehmen.de/----2021-03-19-Stiftungsunternehmen-und-Verantwortungseigentum--Wie-eine-Reform-gelingen-kann------_site.site..ls_dir._siteid.31_nav.-1_entryid.1203_likecms.html.

80 *Sanders/Dauner-Lieb/v.Freeden/Kemny/Möslein/Veil*, Entwurf eines Gesetzes für die GmbH in Verantwortungseigentum (GmbH-VE), 2020.

81 *Sanders/Dauner-Lieb/v.Freeden/Kemny/Möslein/Veil*, Entwurf eines Gesetzes für die GmbH mit gebundenem Vermögen (GmbH-gebV), 2021; hierzu *Sanders*, NZG 2021, 1573 ff.

82 Zum Meinungsstand, den Unterschieden und für eine Anreicherung der inländischen Diskussion um die Erfahrungen in Frankreich und den USA *Fleischer,* Ein Schönheitswettbewerb für eine neue Gesellschaftsform mit Nachhaltigkeitsbezug, ZIP 2022, 345, 355.

83 *Fleischer*, Klimaschutz im Gesellschafts-, Bilanz- und Kapitalmarktrecht, DB 2022, 37, 43.

https://doi.org/10.5771/9783748945512-9 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Einbeziehung der Interessen der Stakeholder bei der Definierung des Unternehmensinteresses, Corporate Social Responsibility (CSR) und neuerdings Environment Social Governance (ESG).

2. Die Corporate Purpose geht dahin, den Unternehmensgegenstand mit Interessen der Gesamtgesellschaft in Einklang zu bringen. Dabei kann sich die von einem Unternehmen gegebene Corporate Purpose in bloßen Marketingzwecken erschöpfen; sie kann aber auch – wenn sie in die Satzung aufgenommen wird – verrechtlicht werden und den erwerbswirtschaftlichen Gesellschaftszweck modifizieren. Dafür ist keine Einstimmigkeit, sondern „nur" eine Dreiviertelmehrheit (§ 179 AktG) erforderlich.
3. Das Phänomen einer „guten" Kapitalgesellschaft äußert sich rechtlich in einer Neuinterpretation der Geschäftsleitungspflichten (Human Rights Due Diligence, Climate Compliance, ESG-Sorgfaltspflichten[84]) und in der Diskussion um die Einführung einer neuen Rechtsform, welche die Gemeinwohlorientierung als Gesellschaftszeck hätte.

Sind Gesellschaftsrecht und Gesellschaftspolitik nun also Symbionten oder Gegenspieler? Wir meinen: Ersteres. Solange der gute Zweck auch einen Gewinn abwirft.

84 Die Auffächerung der ESG-Geschäftsleitungspflichten thematisiert Moritz Böbel in diesem Band.

https://doi.org/10.5771/9783748945512-9 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY