

Bettina Rentsch | Marc-Philippe Weller (Hrsg.)

Die gute Kapitalgesellschaft



Nomos

**Deutsches, Europäisches und
Vergleichendes Wirtschaftsrecht**

herausgegeben von
Prof. Dr. iur. Dr. h.c. mult. Werner F. Ebke, LL.M. (UC Berkeley)

Band 138

Bettina Rentsch | Marc-Philippe Weller (Hrsg.)

Die gute Kapitalgesellschaft



Nomos

Die Publikation wurde ermöglicht durch eine Ko-Finanzierung für Open-Access-Monografien und -Sammelbände der Freien Universität Berlin.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Auflage 2024

© Die Autor:innen

Publiziert von

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Walzseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Walzseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-1568-9

ISBN (ePDF): 978-3-7489-4551-2

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748945512>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Einleitung

„The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits“ titelte ein Essay des US-amerikanischen Ökonomen Milton Friedman im Jahr 1970. Der Zweck einer Kapitalgesellschaft erschöpft sich danach in der wohlfahrtsmaximierenden Interessenaggregation. Die Förderung gesellschaftlicher Minderheiten (Diversity), ein Bekenntnis zu umweltschonenden Produktionsmethoden (Nachhaltigkeit), aber auch die Rücksicht auf gesamtgesellschaftliche Belange allgemein (Corporate Social Responsibility, CSR und Corporate Purpose), sind im Kapitalgesellschaftsrecht danach fehl am Platz. Um ihre ökonomische Funktion zu erfüllen, muss eine Kapitalgesellschaft weder "gut" noch gesellschaftspolitisch engagiert sein. Damit scheint auch das Gesellschaftsrecht als Medium zur Durchsetzung zivilgesellschaftlicher Belange ungeeignet.

Jüngere Entwicklungen relativieren diese These. Nicht nur wächst in Deutschland und der Europäischen Union die Zahl gesellschaftspolitisch konnotierter Regulierungsvorhaben, beispielsweise in Form von Geschlechterquoten, CSR- Berichtspflichten (Corporate Sustainability Reporting Directive/CSRD) und jüngst sogar Nachhaltigkeitsverhaltenspflichten (Corporate Sustainability Due Diligence Directive/CSDDD). Zahlreiche Unternehmen bemühen sich darüber hinaus auch aktiv darum, öffentlichkeitswirksam gesellschaftliche Verantwortung zu übernehmen, nachhaltig zu produzieren und Vielfalt in der Personalplanung zu berücksichtigen. Wie es scheint, wollen Unternehmen also durchaus als gesellschaftspolitische Akteure sichtbar sein.

Lassen sich Gesellschaftspolitik und Gesellschaftsrecht aber wirklich verbinden - und wo liegen die inneren und äußeren Grenzen dieser Symbiose? Eben diesen Fragen haben die Herausgebenden dieses Bandes im August 2022 eine Arbeitsgruppe im Rahmen der Sommerakademien der Studienstiftung des Deutschen Volkes gewidmet. Das geschah mit dem erklärten Ziel, das Phänomen "Gesellschaftspolitik im Gesellschaftsrecht" aus dem juristischen Fachdiskurs herauszulösen, es abseits des universitären Rahmens in einer fächerübergreifenden Gruppe durch interdisziplinäre und historische Bezugnahmen zu kontextualisieren, aber auch anhand ausgewählter Case Studies schlaglichtartig zu konkretisieren.

Einleitung

Der aus der Sommerakademie hervorgegangene Sammelband ist das Ergebnis eines engen fachlichen Austauschs zwischen Teilnehmenden und Dozierenden, der auch nach Ende der Akademie intensiv fortgeführt wurde. Die Idee, die Ergebnisse der Akademiewochen überhaupt in einen Sammelband zu überführen, zollt dabei dem hohen Niveau und der vorbildlichen Motivation der Teilnehmenden im Rahmen der Akademie Respekt. Sämtliche der im Rahmen der beiden Akademiewochen vorgetragenen Referate und durchgeführten Lektüreexegesen zeugen von einem beeindruckenden fachlichen Niveau. Gleichzeitig sind alle Beiträge darum bemüht, ihre Anschlussfähigkeit für Teilnehmende aus Nachbardisziplinen zu bewahren.

Der vorliegende Sammelband liefert nunmehr ein Zeugnis für zwei ebenso ertragreiche wie sinnstiftende Akademiewochen, wie er dem gesellschaftsrechtlichen Schrifttum als Tellerrandblick nützen soll. Er versammelt im ersten Teil Überlegungen zu Grundfragen des Phänomens „gute Kapitalgesellschaft“. Ein Beitrag aus der politischen Ökonomie gesellt sich hier zu zwei Essays, die grundlegende Fragen einer sich transformierenden Gesellschaftsrechtswissenschaft thematisieren, und schließt mit der Diversität an der Schnittstelle von ‚klassischer‘ Corporate Governance und moderner ESG ab.

Der zweite Teil des Sammelbandes vollzieht die im Rahmen der Akademiewochen ebenfalls vorgenommenen Case Studies nach. Neben dem für die CSR maßstabgebenden KiK-Fall wird das für die Klimaverantwortung von Unternehmen anstoßgebende Shell-Urteil des Haager Bezirksgerichts besprochen, das IPR privater Klimaklagen beleuchtet, und werden Grundzüge einer Corporate Climate Litigation gelegt.

Die Herausgebenden danken allen Autor:innen für ihr Durchhaltevermögen, ihre Hingabe und ihren Einsatz im Projekt „Gute Kapitalgesellschaft“, das mit dem vorliegenden Band sicherlich keinen Abschluss findet.

Berlin und Heidelberg im August 2024
Bettina Rentsch und Marc-Philippe Weller

Inhaltsverzeichnis

Bettina Rentsch / Marc-Philippe Weller

Die „gute“ Kapitalgesellschaft

9

Teil 1: „Gute Kapitalgesellschaften“:

Ein gesellschaftliches Phänomen im Spiegel des Unternehmens- und Gesellschaftsrechts

Lion Hubrich

Die politische Ökonomie der „guten Kapitalgesellschaft“

31

Moritz Böbel

Das Unternehmensinteresse, oder: Whose rule of interest?

Whose interests rule?

53

Lars Großmann

Akteure der guten Kapitalgesellschaft

Über die gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten und Grenzen bei der Umsetzung einer ESG-orientierten Unternehmensführung

89

Konstantin Suttner

Geschlecht und Kapitalgesellschaft

119

Teil 2: Die gute Kapitalgesellschaft und Rechtsfortbildung durch Klagen

Gabriel Neuwald

Der Fall KiK

– Lösungsansätze zur grenzüberschreitenden BGB-Deliktshaftung für Menschenrechtsverstöße von Zulieferern

143

Inhaltsverzeichnis

Johanna C. Gabler

Deliktische Klimahaftung am Beispiel des Shell-Urteils des Haager
Bezirksgerichts

177

Maria Osmakova

Das IPR der privaten Klimaklagen

199

Marc-Philippe Weller/Theresa Hößl/Carolina Radke

Corporate Climate Litigation

221

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 Hessler (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.

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 Geschäftsführung 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-IY-ZDl7o7SvpUboofsUxq-ap1>.

6 *Fleischer* ZIP 2021, 5 ff.

Jüngere Vorstöße in der Gesetzgebung wollen die unternehmensseitige Nachfrage nach gemeinwohlorientiertem Wirtschaften sogar durch eine neue Gesellschaftsform einfangen: eine „GmbH in Verantwortungseigen-tum“ 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 Verschwendungen 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. Friedman's 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.“

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 Leitungsermessens 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

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 shareholder value einzurechnen.¹⁵

2. Das Unternehmensinteresse als Transmissionsriemen¹⁶

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 Aktienrechtsnolle 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 Organwälter 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.

„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 „wohlverstandenen 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/Geföler/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 1926 (ARAG/Garmenbeck).

(CSR)²⁹, die spätestens mit der CSR-Richtlinie³⁰ 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 Extremwettereignissen und der Fridays-for-Future-Bewegung ist ein noch pronomierterer 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* Anliegen³⁶ 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/Hopmann, 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.

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 Beirat⁴² 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).

um eine neue Ziffer 5 ergänzt werden, die Nachhaltigkeitsthemen erfasst⁴⁴: „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 auszustalten, 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.).

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 haben⁵⁰, 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

1. 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.

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 Umsetzung⁵⁴ der von der Europäischen Union verabschiedeten CSR-Richtlinie⁵⁵ 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 Lieferketten gesetzes 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.

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.

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 Großvermietter 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).

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 Corporate 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 *Müllert*, 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 *Müllert*, Soziale Verantwortung von Unternehmen im Gesellschaftsrecht, AG 2009, 766, 772.

ken, wohl aber eine Begrenzung des Unternehmensgegenstandes⁷⁰ 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 weitungsfrei.

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 anzulegen 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 beantworten.

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).

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.

„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 einzige 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/>

falls einzigartig und in ihren Wirkungen missbrauchsgefährlich.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 auszuzechern.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 *wertindifferente* 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.

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-Sorgfaltspflichten⁸⁴) 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.

Teil 1:
„Gute Kapitalgesellschaften“:
Ein gesellschaftliches Phänomen im Spiegel des Unternehmens-
und Gesellschaftsrechts

Die politische Ökonomie der „guten Kapitalgesellschaft“

*Lion Hubrich**

A. Einleitung

„Das soziale Geschehen ist eine einheitliche Erscheinung. Aus seinem großen Strom hebt die ordnende Hand des Forschers die wirtschaftlichen Tatsachen gewaltsam heraus. [...] Niemals ist eine Tatsache bis in ihre letzten Gründe ausschließlich oder ‚rein‘ wirtschaftlich, stets gibt es noch andere – und oft wichtigere – Seiten daran.“¹

Der vorliegende Beitrag tritt vom analytischen Mikroskop des Gesellschaftsrechts einen Schritt zurück und versucht, die *gute Kapitalgesellschaft* im *großen Strom* des sozialen Geschehens zu verorten. Debatten um eine angemessene Form der Unternehmenskontrolle entwickeln sich – so die soziologische Perspektive des Beitrags – nicht rein deduktiv und in einem luftleeren Raum aus normativen Erwägungen heraus, sondern in Relation zu den historisch spezifischen Problemen verschiedener Phasen des Kapitalismus. Werden die im vorliegenden Sammelband diskutierten Ideen in den Kontext aktueller politökonomischer Herausforderungen kapitalistischer Gesellschaften gestellt, erscheint die *gute Kapitalgesellschaft* als ein Regulationsversuch an der Bruchlinie eines fragilen Wachstumsmodells. Eine solche theoretische und historische Einbettung hilft, die Zielsetzungen und Instrumente der *guten Kapitalgesellschaft* besser zu kalibrieren. Die Reflexion ihrer ökonomischen, politischen und gesellschaftlichen Konditionen offenbart, was mit ihr realistischerweise erreichbar ist und wo ihre Limitationen liegen.

Die politökonomische Perspektive des Beitrags wird durch einen theoretischen Bezug fundiert, der sich wirtschaftssoziologischer und regulations-theoretischer Ansätze bedient. Bevor diese Ansätze vorgestellt werden, legt *Kapitel B* zunächst dar, mit welchem Verständnis *Politischer Ökonomie* und

* Doktorand in Soziologie, Humboldt-Universität zu Berlin.

1 *J. A. Schumpeter*, Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung: Eine Untersuchung über Unternehmergewinn, Kapital, Kredit, Zins und den Konjunkturzyklus, Berlin, Duncker & Humblot, 7. Aufl. 1987 [1911], S. 1.

dessen Relation zum Wirtschaftsrecht der vorliegende Beitrag arbeitet. Die *Wirtschaftssoziologie* untersucht die Wechselwirkungen zwischen unternehmerischem Handeln auf Märkten und dessen gesellschaftlichen Bedingungen. In *Kapitel C* werden einige klassische wirtschaftssoziologische Ansätze vorgestellt und unter ihrer Zuhilfenahme eruiert, wie Kapitalgesellschaften und ihre Kontrollinstanzen als soziale Institutionen in einem immanent instabilen kapitalistischen Entwicklungsprozess verstanden werden können. Die Schule der *Regulationstheorie* erforscht, wie stabiles Wachstum in verschiedenen Phasen des Kapitalismus durch ein gesellschaftliches Institutionenengefüge bedingt ist, das zwischen den grundsätzlichen Spannungen des Kapitalismus vermittelt. *Kapitel D* erklärt die regulationstheoretische Perspektive und demonstriert aus dieser, wie die gegenwärtig dominante finanzmarktorientierte Kontrollvorstellung von Unternehmen im Übergang vom *fordistischen* zum *postfordistischen* Produktionsmodell entstanden ist. Aufbauend auf dieser theoretischen und historischen Kontextualisierung kann in *Kapitel E* schließlich die Rolle der *guten Kapitalgesellschaft* im gegenwärtigen Kapitalismusmodell ausgemacht werden. Die vielfältigen Risse im Finanzmarkt-getriebenen Wachstumsmodell des Kapitalismus legen nahe, dass noch lange kein *end of history*² der Debatte um eine angemessene Unternehmenskontrolle erreicht ist. Vielmehr befindet sich die gegenwärtige Diskussion in einem Zustand der Kontingenz: Sie kann mit einer Transformation der Unternehmensführung hin zur Nachhaltigkeit und Umweltsensibilität einhergehen, ebenso jedoch wieder verpuffen. Das Fazit des Beitrags in *Kapitel F* bleibt damit notwendigerweise offen. Erst in der historischen Rückschau wird sich zeigen, ob sich das Narrativ der *guten Kapitalgesellschaft* als der Versuch offenbart, bestehende Risse lediglich zu übermalen – oder aber als Teil des vielschichtigen Fundaments eines neuen Wachstumsmodells.

2 H. Hansmann/R. Kraakman, The end of history for corporate law, *Georgetown Law Journal* 89, 2001, 439-468.

B. Politische Ökonomie und Wirtschaftsrecht

Unter dem Paradigma *law & political economy (LPE)*³ plädieren einige amerikanische Autoren gegenwärtig für ein neu ausgerichtetes Verständnis wirtschaftlicher Phänomene in den Rechtswissenschaften. Sie argumentieren, dass wirtschaftsrechtliches Denken zu sehr von neoliberalen Vorstellungen von Effizienz und Neutralität dominiert sei und die Rechtspraxis deshalb politische, ökonomische, soziale und ökologische Krisen verschärfe.⁴ Nach der Programmatik des LPE-Ansatzes solle die Ökonomie in ihrem Ausgangspunkt und in ihren Konsequenzen als inhärent politisch anerkannt⁵ und deshalb in den Rechtswissenschaften stärker unter den Gesichtspunkten von Macht, Gleichberechtigung, und Demokratie behandelt werden. Eine deutsche Rezeption dieser Debatte beschreibt das LPE-Paradigma als limitiert: Dessen Vertreter trafen „ideologisch motivierte Vorannahmen“ und hätten „eine teils reduktionistische Wahrnehmung der Rechtspraxis.“⁶ Insbesondere durch das Einfließen der Erkenntnisse der Neuen Institutionenökonomie würde in bestehenden rechtswissenschaftlichen Ansätzen bereits hinreichend berücksichtigt, dass das Funktionieren von Märkten im Sinne neoklassischer Theorie durchaus voraussetzungsvoll sei und dem Recht „eine Vermittlerrolle zwischen den Eigenrealitäten von Wirtschaft und Politik“⁷ zukomme.

Im vorliegenden Beitrag wird *Politische Ökonomie* in Anknüpfung an eine kritische Rezeptionsgeschichte Webers⁸ als eine nominalistische Forschungsheuristik aufgefasst. *Nominalistisch* soll hier im erkenntnistheoretischen Sinne heißen: Es wird nicht auf ein tieferliegendes, metaphysisch-orakelndes Wesen der Politischen Ökonomie abgestellt, aus dessen Erkenntnis sich z. B. die Entwicklung rechtswissenschaftlicher Debatten mechanisch-deterministisch ableiten würde. Vielmehr wird der politökono-

3 J. Britton-Purdy/D. S. Grewal/A. Kapczynski/K. S. Rahman, Building a Law-and-Political Economy Framework: Beyond the Twentieth-Century Synthesis, *Yale Law Journal* 129, 2020, 1784-1835.

4 Britton-Purdy/Grewal/Kapczynski Rahman, Law-and-Political Economy (FN 3), S. 1789.

5 Britton-Purdy/Grewal/Kapczynski/Rahman, Law-and-Political Economy (FN 3), S. 1792.

6 M. Renner/T. Kindt, Wirtschaftsrecht und Politische Ökonomie, *Juristen Zeitung* 78, 2023, 313–320, S. 313.

7 Renner/Kindt, Wirtschaftsrecht (FN 6), S. 320.

8 H. H. Gerth/C. W. Mills (Hg.), *From Max Weber: Essays in Sociology: Introduction*, Taylor & Francis Group, 2013 [1958], S. 45-74.

mische Ansatz hier in die basale Arbeitshypothese übersetzt, dass rechtliche Ideen nicht vollkommen losgelöst von materiellen Bedingungen diskutiert werden – sondern eine Beziehung zwischen der Entwicklung dieser beiden Pole besteht, welche in Bezug auf spezifische Phänomene theoretisch und historisch fundiert auszuarbeiten ist. Im untenstehenden *Kapitel D* des vorliegen Beitrags wird beispielsweise nachgezeichnet, wie die gegenwärtig dominante finanzialisierte Kontrollvorstellung von Unternehmen, auf deren Grundlage die Debatte um die *gute Kapitalgesellschaft* geführt wird, in Relation zur Krise des fordistischen Kapitalismusmodells emergierte. Es scheint kein Zufall zu sein: Milton Friedman begründete die Chicago School bereits in den 1950ern, doch der – mit dem Bonmot *The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profit*⁹ zusammengefasste – Shareholder-Value-Ansatz und die dahinterstehenden theoretischen Argumente gelangen in den 1970ern zur breiten Popularität. Damit leitete sich gerade zu jener Zeit ein Paradigmenwechsel im Denken über das Verhältnis von Wirtschaft und Gesellschaft ein, in welcher das vorhergehende korporatistische Steuerungsmodell des Kapitalismus in eine Wachstums- und Legitimationskrise geriet. Ebenso wenig scheint es kein Zufall zu sein, dass gegenwärtig unter dem Eindruck von vielschichtigen Umwelt-, Finanz-, und Lieferkettenkrisen verstärkt die Modi einer Unternehmenskontrolle diskutiert werden, die ein langfristig stabiles Wirtschaften sicherstellen sollen.

Politökonomische Krisenmomente, so ein historischer Erfahrungswert, eröffnen Kontingenzräume, in denen breiter darüber diskutiert wird, was angemessenes unternehmerisches Handeln ist und wie es kontrolliert werden sollte. Dies ist ohne Bezug zu deterministischen Grundannahmen plausibel zu erklären: Krisen sind für die Akteure im Feld ein externer Schock, der sie dazu incentiviert, nach neuen Lösungen zu suchen, die wieder stabiles Wachstum versprechen. *Conceptions of Corporate Control*¹⁰ verändern sich dementsprechend vor allem in Reaktion auf Krisenphasen. Die Richtung oder der Umfang des Wandels in derartigen Situationen lässt sich a priori nicht bestimmen, vielmehr sind die dann gehandelten Ideen zunächst einmal sozial kontingent, in ihrem Wirken also ungewiss und offen. In diesem Kontext können sich auch neue Perspektiven auf das

9 M. Friedman, A Friedman Doctrine: The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits, in: New York Times Magazine, 13.09.1970, S. 32f.

10 N. Fligstein, The Transformation of Corporate Control, Cambridge (Mass.)/London, Harvard University Press, 1990, S. 1-33.

Unternehmensrecht eröffnen bzw. bereits bestehende Argumente anders gewichtet werden. Forschungsprogrammatisch ist es dabei nicht notwendigerweise ein Makel, wenn „im ewigen Zyklus der Theoriekonjunkturen“¹¹ vergangene Debatten neu geführt und bewertet werden, da mit der Anpassung an veränderte wirtschaftliche, politische und gesellschaftliche Rahmenbedingungen auch ein theoretischer Erkenntnisgewinn verbunden sein sollte.

Neben dem Unternehmensrecht bietet das Kartellrecht ein weiteres eingängiges Beispiel für das Zusammenspiel zwischen breiteren politökonomischen Entwicklungsphasen und rechtlichen Vorstellungen. So fällt in der US-Geschichte die Zeit zwischen der Einführung des Sherman Antitrust Acts (1890) und dessen Anwendung zur Aufspaltung von Kartellen ab der Präsidentschaft von Theodore Roosevelt in den Übergang vom *gilded age* in die *progressive era*. Während nach dem Ende des amerikanischen Bürgerkrieges Politik und Gesellschaft gegenüber den reich gewordenen Öl-, Bahn- und Stahl-Monopolisten als ohnmächtig galten, formierten sich um die Jahrhundertwende dezentral politische Initiativen, die diverse Forderungen an das politische und ökonomische System stellten, welche sowohl die gesellschaftlich-politischen Einhegung der Großunternehmung als auch die Veränderung verschiedenster sozialer Machtstrukturen betrafen. Die Einführung und Forcierung eines starken Kartellrechts ging so zeitlich einher mit Entwicklungen wie der Verbesserung beziehungsweise Verschärfung der Kontrolle von Arbeits- und Verbraucherschutzstandards oder der Einführung des Frauenwahlrechts. Die dem LPE-Paradigma zugeordneten *Neo-Brandeisians*¹² verweisen heute in Bezug auf Monopolisierungstendenzen im digitalen Kapitalismus¹³ auf die starke Kartellrechtstradition der *progressive era*. Ein vielbeachteter Beitrag Lina Khans¹⁴ zeigt, dass die in den USA ab den 1970ern zunehmend dominante Auslegung des Kartellrechts anhand von *Consumer Welfare* – kurz gefasst also an niedrigen Verbraucherpreisen – zu Fehleinschätzungen von Marktmacht in der digitalen Ökonomie führte. Geschäftsstrategien wie die von Amazon, einem Unternehmen, das lange auf Gewinne verzichtete, um wettbewerbs-

11 Renner/Kindt, Wirtschaftsrecht (FN 6), S. 319.

12 T. Wu, The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age, New York, Columbia Global Reports, 2019.

13 P. Staab, Digitaler Kapitalismus: Markt und Herrschaft in der Ökonomie der Unknappheit, Berlin, Suhrkamp, 2019.

14 L. Khan, Amazon's Antitrust Paradox, Yale Law Journal, 126, 2017.

feindliche Marktmacht aufzubauen,¹⁵ richteten sich an dieser Rechtspraxis aus und wurden dementsprechend von den amerikanischen Wettbewerbsbehörden nicht eingehetzt. Derartige Einsichten in Markt- und Machtmechanismen des digitalen Kapitalismus werden gegenwärtig in das politisch-administrative System übersetzt: So stellt ein Untersuchungsbericht des US-Repräsentantenhauses,¹⁶ an dessen Erstellung Khan mitgearbeitet hat, die wettbewerbsfeindliche Macht der großen Digitalunternehmen (*Big Tech*) anhand detaillierter Marktanalysen und Zeugenbefragungen dar. Wie stark derartige politische Schritte und Debatten letztlich dazu führen, die Big-Tech-Unternehmen einzuhegen, ist gegenwärtig noch nicht einzuschätzen und hängt nicht nur von gesellschaftlichen Kräfteverhältnissen zu einem historischen Zeitpunkt ab, sondern variiert auch horizontal zwischen verschiedenen Gesellschaften.¹⁷

Auch das ordoliberal geprägte europäische bzw. deutsche Kartellrecht, das mit den Europäischen Verträgen „Wettbewerbsrecht von Anfang an auch als ein Instrument zur Einhegung privater Macht gesehen“¹⁸ hat, ist gegenwärtig in Auseinandersetzung mit der Logik des digitalen Kapitalismus im Wandel begriffen. Hier lassen sich gleichzeitig zwei verschiedene Entwicklungsrichtungen ausmachen. Einerseits ist im Kontext der Renaissance industrie-politischer Maßnahmen im als verschärft wahrgenommenen globalen geoökonomischen Wettbewerb eine Politisierung des Kartellrechts zu beobachten:¹⁹ Im politischen Diskurs war hier u. A. die Rede von einer „Überprüfung und ggf. Reform des geltenden Beihilfe- und Wettbewerbsrechts“, um „nationale und europäische Champions“ zu stützen, deren Erfolg im Wettbewerb gegen amerikanische und chinesische Digitalunternehmen „im nationalen politischen und wirtschaftlichen Interesse“

15 L. Hubrich, Amazons Strategie: Macht durch Infrastruktur, in: der Freitag (Blog), 2021. Online abrufbar unter: <https://www.freitag.de/autoren/lhubrich/amazons-strategie-macht-durch-infrastruktur> [alle Links zuletzt abgerufen am 02.05.2023].

16 *United States House Committee on the Judiciary*, Investigation of Competition in the Digital Marketplace: Committee Report and Recommendations, CP 117-8, 2022 [Veröffentlichung einer ersten Version bereits 2020]. Online abrufbar unter: <https://cicilline.house.gov/press-release/judiciary-committee-publishes-final-report-on-competition-in-the-digital-marketplace>.

17 R. Boyer, Platform capitalism. a socio-economic analysis, in: Socio-Economic Review 20 (4), 2021, 1–23.

18 Renner/Kindt, Wirtschaftsrecht (FN 6), S. 317.

19 E. Schneider, Germany's Industrial strategy 2030, EU competition policy and the Crisis of New Constitutionalism: (Geo-)political economy of a contested paradigm shift, in: New Political Economy, 28 (2) 2022, 241–258.

liege.²⁰ Andererseits lassen sich seit 2019 klar gegen die Marktmacht der Big-Tech-Unternehmen gerichtete Gesetzgebungspakete beobachten, die am die ordoliberalen Tradition eines starken Kartellrechts anzuknüpfen versuchen,²¹ so die GWB-Novelle von 2021 auf deutscher Ebene und der European Markets Act auf europäischer Ebene.

Die Perspektive des vorliegenden Beitrags auf das Verhältnis zwischen Politischer Ökonomie und Wirtschaftsrecht ist zusammengefasst die folgende: Rechtliche Debatten entwickeln sich nicht in einem luftleeren Raum, sondern in Bezug auf die historisch variablen ökonomischen, politischen, und sozialen Entwicklungen und Probleme einer Gesellschaft. Welche Form und welches Ausmaß dieser Bezug hat, lässt sich nicht *a priori* und generalisiert bestimmen, sondern kann – aus verschiedenen theoretischen Perspektiven – für spezifische Debatten und Probleme nachgezeichnet werden. In den untenstehenden Kapiteln dieses Beitrags werden wirtschaftssoziologische und regulationstheoretische Ansätze verwendet, um zu verstehen, welche Rolle die *gute Kapitalgesellschaft* beim grundlegenden Problem der Sicherstellung stabilen Wachstums in kapitalistischen Gesellschaften einnimmt. Die spezifische Ausgestaltung dieser Rolle hängt auch von den mit den *Varieties of Capitalism* veränderlichen Institutionen-gefüge und den Rechtstraditionen (*legal origins*) einer Gesellschaft ab, wie Moritz Böbel im vorliegenden Sammelband erklärt.²²

Die Einsicht, dass rechtliche Debatten in Relation zu den materiellen Bedingungen einer Gesellschaft stehen, mag als trivial erscheinen – wird jedoch nicht immer hinreichend berücksichtigt. Insbesondere die gegenwärtige finanzielisierte Form der Unternehmenskontrolle wird teils zu einer Art unausweichlichem Naturzustand erhoben. So heißt es in einem vielzitierten Beitrag des Unternehmensrechts: „Since the dominant corporate ideology of shareholder primacy is unlikely to be undone, its success repre-

20 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Nationale Industriestrategie 2030. Strategische Leitlinien für eine deutsche und europäische Industriepolitik, Februar 2019, S. 15, S. 12 u. S. 13.

Auslöser der damaligen Debatte um eine mögliche Lockerung des Beihilfe- und Wettbewerbsrechts im Interesse europäischer Industrieunternehmen war insbesondere die angestrebte Fusion zwischen Siemens und Alstom, die von den deutschen und französischen Wirtschaftsministerien befürwortet, von der EU-Kommission jedoch untersagt wurde.

21 P. Staab/S. Sieron/D. Piétron, Counter-Hegemonic Neoliberalism: Making Sense of EU Platform Regulation, *Weizenbaum Journal of the Digital Society* 2 (1), 2022.

22 M. Böbel, *Das Unternehmensinteresse, oder: Whose rule of interest? Whose interests rule?*, im vorliegenden Sammelband.

sents the 'end of history' for corporate law."²³ Eine derartige Perspektive kann dazu führen, die historische und nationale Varianz und Wandelbarkeit verschiedener Kapitalismusmodelle zu unterschätzen.

C. Kapitalgesellschaften im Spannungsverhältnis zwischen Wirtschaft und Gesellschaft

Kapitalismus kann als eine institutionalisierte soziale Ordnung verstanden werden²⁴ – d. h., als eine globale Struktur vieler interdependenten Institutionen. Diese Struktur ist in einem fortwährenden Wandel und kann nie allgemein, sondern immer nur als Moment einer historischen Entwicklung begriffen werden. Eine einzelne Institution – wie eben die der Kapitalgesellschaft und die dominante Vorstellung über ihre angemessene Form der Steuerung – ist aus dieser Perspektive erst in Gänze zu verstehen, wenn ihre Bedeutung in einem historischen Prozess aufgezeigt wird. Diese Bedeutung für konkrete, gegenwärtig diskutierte Probleme herauszukristallisieren, ist der übergreifende Sinn sozialwissenschaftlichen Arbeitens.²⁵ Die grundlegenden Texte der Soziologie – von Weber und Durkheim bis zu ihren Vorfahren wie Marx oder Smith – bemühten sich zumeist darum, soziale und ökonomische Entwicklungen in ihrer Wechselwirkung zueinander zu verstehen, wie bereits der Titel von Max Webers Magnus Opus anzeigt: *Wirtschaft und Gesellschaft*.²⁶

Ein zentrales Thema der Wirtschaftssoziologie ist, dass Märkte soziale Reproduktionsbedingungen haben – ihre Funktionalität also von gesell-

23 Hansmann/Kraakman, end of history (FN 2), S. 489.

24 W. Streeck, *Re-Forming Capitalism: Institutional Change in the German Political Economy*, Oxford University Press, 2009, S. 1-33.

25 C. W. Mills, *The Sociological Imagination*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2000 [1959], S. 6:

“No social study that does not come back to the problems of biography, of history and of their intersections within a society has completed its intellectual journey.”

26 M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 5. rev. Aufl., Studienausg., 1980 [1922].

Die Bemühungen darum, die Wechselwirkungen zwischen Wirtschaft und Gesellschaft in den analytischen Mittelpunkt zu stellen, sind in der Nachkriegszeit zunächst durch die im Differenzierungsprozess der verschiedenen akademischer Felder immer strikter markierte Trennung zwischen Wirtschafts- und Sozialwissenschaften zum Erliegen gekommen. Seit Ende der 1980er werden unter dem Oberbegriff der Wirtschaftssoziologie wieder vermehrt dezidierte Versuche zu einer integrierten Betrachtung unternommen. Für eine Einführung in die Wirtschaftssoziologie als akademische Subdisziplin und ihre Geschichte, siehe:

schaftlichen Bedingungen abhängig ist, die außerhalb der Marktsphäre selbst liegen. Bereits der Gegenstand des vorliegenden Sammelbandes legt nahe, dass das Geschehen in Unternehmen und auf Märkten nicht allein aus sich selbst heraus erklärt werden kann: Denn würde das thatscherianische Credo *there's no such thing as society* in letzter Konsequenz ernstgenommen, wäre es unmöglich, zu verstehen, woher die gesellschafts-politischen Ziele in der *guten Kapitalgesellschaft* kommen oder warum gerade jetzt über sie diskutiert wird.

Untersuchungen der Beziehung zwischen Märkten und ihren sozialen Reproduktionsbedingungen weisen auf ein Spannungsverhältnis hin, das dem kapitalistischen Entwicklungsprozess immanent ist. Weithin bekannt ist die Perspektive der marxistischen Arbeitswerttheorie.²⁷ Nach dieser geht der Profit, den Unternehmen erzielen müssen, um im kapitalistischen Wettbewerb zu bestehen, notwendigerweise einher mit der Aneignung eines Mehrwertes im Arbeitsprozess auf Kosten der Arbeitenden, also mit deren Ausbeutung. Mit einer *marxistischen* Perspektive auf Unternehmenskontrolle ist deshalb zumeist die Grundannahme gemeint, dass im Kapitalismus ein grundlegender Interessenkonflikt (Antagonismus) zwischen Arbeit und Kapital besteht, der – zumindest in einer sozialdemokratischen Lesart – durch institutionelle Arrangements berücksichtigt werden sollte, wie z. B. die Repräsentation von Arbeitnehmern in Aufsichtsräten. Spannungsverhältnisse und immanente Tendenzen zur Instabilität im Kapitalismus lassen sich jedoch auch ohne Bezugnahme auf die marxistische Arbeitswerttheorie postulieren. So ist ein Grundthema bei Weber, dass die Möglichkeit kapitalistischen Wirtschaftens notwendig mit einem weitreichenden und unaufhaltsamen Prozess gesamtgesellschaftlicher Rationalisierung einhergeht. Dieser Umwälzungsprozess erstreckt sich nicht nur auf das unternehmerische Handeln selbst, sondern umfasst zugleich die Auflösung tradiert er sozialer Institutionen und die Rationalisierung der allgemeinen Lebensführung²⁸ sowie von nicht-wirtschaftlichen Institutionen, wie z. B. der Entwicklung von Rechts- und Verwaltungsstaatlichkeit als notwendige Voraussetzung für die Planbarkeit und damit Kalkulierbarkeit von unter-

N. J. Smelser/R. Swedberg (Hrsg.), *The Handbook of Economic Sociology*, Princeton University Press, Princeton/Oxford, 2005, S. 3-26.

- 27 K. Marx/F. Engels, *Das Kapital: Kritik der politischen Ökonomie: Erster Band*, in: Marx-Engels-Werke, Band 23, Berlin, Dietz, 1962 [1890].
- 28 M. Weber, *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, Holzinger, Berliner Ausgabe, 2016 [1904].

nehmerischem Handeln. Auch in Schumpeters Innovationstheorie wird der Kapitalismus als ein inhärent instabiler Entwicklungsprozess gefasst, der nie stillstehen kann, da Unternehmen auf der Suche nach Gewinn fortwährend neue Produkte und Techniken entwickeln oder neue Märkte erschließen müssen. „Das für den Kapitalismus wesentliche Faktum“, so Schumpeter, ist ein „Prozess der 'schöpferischen Zerstörung'\“, „der unaufhörlich die Wirtschaftsstruktur *von innen heraus* revolutioniert, unaufhörlich die alte Struktur zerstört und unaufhörlich eine neue schafft“.²⁹

Die pointierteste Aufbereitung des immanen Spannungsverhältnisses im kapitalistischen Entwicklungsprozess unternahm der Wirtschaftshistoriker Karl Polanyi im Werk *The Great Transformation*³⁰, das bis heute einer der wichtigsten Ausgangspunkte für wirtschaftssoziologische Analysen ist. Polanyi fasst den kapitalistischen Entwicklungsprozess als eine kontinuierlichen Doppelbewegung zwischen der Expansion von Märkten und deren gesellschaftlicher Einhegung. Ein nie ganz aufzulösender Widerspruch zwischen diesen beiden entgegengesetzten Entwicklungstendenzen entsteht dadurch, dass auf funktionierenden Märkten drei Formen von Waren gehandelt werden müssen, die selbst nicht nach Marktregeln als Waren produziert werden können: die Arbeitskraft, der Boden, und das Geld. Anhand der Entstehung und Einhegung des Laissez-faire-Kapitalismus im England des 19. Jahrhunderts demonstriert Polanyi: Dieser Prozess ist weder *natürlich* (d. h., er hätte sich nicht ohne gesellschaftliches Zutun entfacht), noch durch einen bewussten gesellschaftlichen Schluss gesteuert – vielmehr ist er die unintendierte Handlungsfolge vieler interdependent, situationsbezogener Entscheidungen. Eine solche historisch fundierte Untersuchung sperrt sich gegen eine reißbrettartige Lesart des kapitalistischen Entwicklungsprozesses, sowohl aus einer liberalen als auch aus einer marxistischen Perspektive. Einerseits ist der *freie Markt* nur mithilfe staatlicher Interventionen entstanden (für die Baumwollindustrie z. B. durch protektionistische Tarife, Exportprämien oder indirekte Lohnzuschüsse) – „[t]he road to the free market was opened and kept open by an enormous increase in continuous, centrally organized and controlled interventionism“.³¹ Andererseits waren Maßnahmen zur Einhegung der neuen Unternehmen (z. B.

29 J. A. Schumpeter, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, Tübingen/Basel, Francke, 1993 [1941], S. 137-138, Hervorhebungen im Original.

30 K. Polanyi, The Great Transformation: The political and economic origins of our time. Boston, Beacon Press, 2001 [1944].

31 Polanyi, Great Transformation (FN 30), S. 146.

Abschaffung der Kinderarbeit oder Einführung von ersten Schutzstandards für Arbeitsstätten und Arbeiterunterkünfte) oft nicht zentral gesteuert, sondern entstanden gleichzeitig vielerorts als situative Anpassungen auf untragbare Zustände: „The legislative spearhead of the countermovement against a self-regulating market as it developed in the half century following 1860 turned out to be spontaneous, undirected by opinion, and actuated by a purely pragmatic spirit“.³²

Im Kapitalismus, so ließe sich resümieren, gibt es also eine Tendenz zur Zerstörung der gesellschaftlichen und natürlichen Grundlagen, auf denen er basiert. Gleichzeitig entstanden bislang immer wieder Bewegungen, die diese Tendenz einhegten und somit die Reproduktionsbedingungen des Kapitalismus stabilisierten. Dies geschieht jedoch nicht automatisch, sondern – so immer wieder das Ergebnis wirtschaftssoziologische Analysen – als unintendierte Handlungsfolge vieler interdependent gesellschaftlicher Konflikte, in denen verschiedene Akteure ihre Forderungen zu konkreten Problemen gelten machen: So stehen dem unternehmerischen Ideal der ‚kreativen Zerstörung‘ die Interessen etwa von Gewerkschaften, Umweltgruppen oder eines regulativen Staats gegenüber. Ebenso können sich unternehmerische Leitbilder und Zielvorstellungen selbst ändern, wenn Unternehmen wachsen und selbst zu bürokratischen Apparaten werden. Ein historischer Erfahrungswert ist, dass sich Phasen stärkerer und geringerer Kontrolle von Unternehmen anhand politisch-gesellschaftlicher Maßgaben abwechseln. Mit Blick auf die Debatte um die *gute Kapitalgesellschaft* ist es deshalb analytisch hilfreich, sich im historischen Vergleich zu vergegenwärtigen, in welcher dieser Phasen sich der Kapitalismus gegenwärtig befindet.

D. Die Emergenz finanzialisierter Kontrollvorstellungen in der Krise des Fordismus

Die drei *glorreichen* Nachkriegsjahrzehnte³³ gelten in der politischen Ökonomie als die Phase, in welcher die Einbettung des Kapitalismus in westliche Gesellschaften am besten funktionierte. Unternehmen und Volkswirtschaften wuchsen durch standardisierte Massenproduktion kontinuierlich. Gleichzeitig wurde der Kapitalismus demokratisch eingehetzt und legiti-

32 Polanyi, Great Transformation (FN 30), S. 151.

33 J. Fourastié, Les trentes Glorieuses ou la révolution invisible de 1946 à 1975, Paris, Librairie Arthème Fayard, 1979.

miert, indem Privilegien im Namen der untersten Schichten hinterfragt³⁴ und ein Regime implementiert wurde, „das im Namen seiner Bürger mit öffentlicher Gewalt in die sich aus dem Marktgeschehen ergebende Verteilung wirtschaftlicher Güter eingreift“³⁵ Soziale Ungleichheit wurde nicht beseitigt, doch in einem *Fahrstuhleffekt*³⁶ sollten alle Klassen mit einem steigenden Lebensstandard vom Wachstum profitieren. Dieser Fahrstuhl bewegte sich ab Ende der 1960er jedoch aufgrund sinkender Wachstumsraten zunehmend behäbig und begann zugleich zu ruckeln, als mit der einsetzenden Inflation Sorgen um Wohlstandsverluste aufkamen. Der Ölpreisschock von 1973 führte die Fragilität kapitalistischer Entwicklung vor aller Augen, Protestbewegungen wie die der '68er kündigten bereits zuvor eine sinkende politisch-gesellschaftliche Legitimität des Kapitalismus an.

Die Schule der Regulationstheorie entstand in Auseinandersetzung mit derartigen Krisenmomenten des Kapitalismus. Eine Gruppe von Pariser Ökonomen³⁷ fand in der ökonomischen Theorie keine hinreichenden Erklärungen für die paradoxe Situation der *Stagflation* der 1970er, in welcher ausbleibendes Wachstum mit steigender Inflation einherging, und bemühte sich deshalb um eine historische Kontextualisierung kapitalistischer Entwicklungsphasen. Stabile Wachstumsphasen, so der Grundgedanke, bedingen der Existenz eines gesellschaftlichen Institutionengefüge, das die grundsätzlichen Spannungsverhältnisse im Kapitalismus *reguliert*. Der Regulationsbegriff beschränkt sich dabei nicht auf staatlich-administrative

34 C. Crouch, Postdemokratie, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2013 [2003], S. 71.

35 W. Streeck, Gekaufte Zeit. Die Vertagte Krise des demokratischen Kapitalismus, Berlin, Suhrkamp, 2013, S. 90.

36 U. Beck, Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986.

37 Michel Aglietta gilt als Begründer der Regulationstheorie, Robert Boyer als ihr international am stärksten rezipierter Vertreter. Für ihre Grundlagenwerke, siehe: M. Aglietta, A Theory of Capitalist Regulation: The U.S. Experience, London, Verso, 2015 [englischsprachige Erstveröffentlichung 1979; französischsprachig 1976].

R. Boyer, La théorie de la regulation: Une analyse critique, Paris, La Découverte, 1986.

R. Boyer, Is Finance-Led Capitalism a Viable Alternative to Fordism? *Economy & Society* 29: 1, 2000, S. 111–145.

Für eine kurze Einführung in die Regulationstheorie, siehe: T. Sablowski, Regulationstheorien, in: Wullweber, J./Graf, A./Behren, M. (Hrsg.), Theorien der Internationalen Politischen Ökonomie, Wiesbaden, SpringerVS, 2013, S. 85–101.

Für eine Einführung in ihre Rezeptionsgeschichte in Deutschland, siehe: A. Atzmüller/J. Becker/U. Brand/L. Oberndorfer/V. Redak/T. Sablowski (Hrsg.), Fit für die Krise? Perspektiven der Regulationstheorie, Münster, Westfälisches Dampfboot, 2013, S. 7–24.

Eingriffe in den Markt, sondern ist deutlich weiter gefasst und „bezeichnet den Prozess, in dem das gesellschaftliche Handeln so ausgerichtet wird, dass es – in einem bestimmten Zeitraum – mit der erweiterten Reproduktion des Kapitals [...] vereinbar bleibt“³⁸

Als analytischer Ausgangspunkt der Regulationstheorie und als historische Vergleichsfolie dienen die spezifischen Reproduktionsbedingungen des sogenannten Fordismus – also jenes Akkumulations- und Produktionsmodells, das in den Nachkriegsjahrzehnten noch funktionierte. Im Fordismus wuchsen Unternehmen und Volkswirtschaften vor allem durch kontinuierliche Verbesserungen bei der standardisierten Massenproduktion. Die institutionellen Bedingung von Wachstum im Fordismus waren: *Erstens* ein hohes Potenzial zur fortwährenden Erhöhung des Produktivität innerhalb der standardisierten Massenproduktion (durch technische oder organisatorische Verbesserungen); *zweitens* stabile Arbeitsbeziehungen in Form eines korporatistischen Sozialvertrags zwischen Arbeit und Kapital; und *drittens* beschränkte internationale Offenheit.³⁹ Produktivitätssteigerungen und Sozialvertrag ermöglichten eine Akkumulation, die intensiv statt extensiv war: Profite wurden also nicht durch verschärzte Ausbeutung erzielt, sondern gingen im Gegenteil mit steigenden Löhnen und verbesserten Arbeitsbedingungen einher. Die steigenden Löhne schufen politisch-gesellschaftliche Legitimität und ermöglichen in Kombination mit der beschränkten internationalen Offenheit eine introvertierte Akkumulation, in der eine Binnen-nachfrage nach den selbst produzierten Massenkonsumgütern bestand, die wiederum Investitionen in Kapitalgüter incentivierte. Zur Hochphase des Fordismus sorgte somit ein im keynesianischen Sinne virtuoser Zyklus aus Massenproduktion und Massenkonsum für einen gut geölten und gesellschaftlich legitimierten Wachstumsmotor. Dieser geriet ab Ende der 1960er jedoch zunehmend „ins Stottern“⁴⁰, denn Produktivitätsdividenden qua tayloristischer Effizienzsteigerung waren erschöpft und die Nachfrage nach standardisierten Massenkonsumgütern saturiert. Politische Maßnahmen zur Nachfragestabilisierung führten zu steigenden Verbraucherpreisen und entwerteten Vermögen, die darauffolgenden anti-inflationären Maßnahmen verursachten Arbeitsplatzverluste, geringere Nachfrage und höhere Sozialausgaben. Die Ölpreiskrisen von 1973 und 1979 markierten das Ende des Fordismus, hiernach galt die industrielle Massenproduktion im globalen

38 Sablowski, Regulationstheorien (FN 37), S. 88.

39 Boyer, Finance-Led Capitalism (FN 37), S. 117.

40 P. Staab, Digitaler Kapitalismus (FN 13), S. 44-50 u. 157-167.

Norden als weniger zukunftsreich. Amerikanische und später europäische Unternehmen begannen, arbeitsintensive Produktionsprozesse in den globalen Süden zu verlagern und sich in Richtung der Sektoren Hochtechnologie und Dienstleistungen zu diversifizieren.⁴¹

Die danach einsetzende Phase des Postfordismus kann aus regulations-theoretischer Perspektive als die fortlaufende Suche nach einem funktionierenden Modell zur Bearbeitung des Problems ausbleibender Wachstumsraten verstanden werden. Zunächst war unklar, welches Akkumulations- und Produktionsmodell der vielversprechendste Nachfolger des Fordismus werden sollte. So konnte das Modell des *Toyotismus*, das sich durch eine stärkere markt-, ressourcen- und qualitätsorientierte *Lean Production* auszeichnete, nicht die darin gesetzten Erwartungen erfüllen: Nachdem in den 1980ern aufgrund des bemerkenswerten Erfolgs japanischer Automobil- und Elektronikunternehmen auf den Weltmärkten im damaligen amerikanischen Wirtschaftsdiskurs kurzzeitig bereits ein bevorstehendes japanisches Zeitalter heraufbeschworen wurde, geriet Japan in den 1990ern selbst in die Stagnation. Als ebenso deutlich überzogen stellten sich im New-Economy-Crash die Wachstumserwartungen heraus, die zunächst an Geschäftsmodelle mit neuen Informations- und Kommunikationstechnologien (IKT) gestellt wurden. Neue IKT und die Globalisierung von Wertschöpfungsketten schufen jedoch die technischen Grundlagen für den weltweiten und augenblicklichen Handel mit Kapital, der zum Kernstück des sich tatsächlich entfaltenden postfordistischen Wachstumsmodell avancieren sollte.

Der postfordistische Kapitalismus ist ein finanzialisierte Kapitalismus,⁴² in welchem *erstens* die Unternehmenssteuerung zunehmend auf Finanzmarktindikatoren wie den Shareholder-Value ausgerichtet ist; *zweitens* Unternehmen nicht mehr auf klassische Bankkredite angewiesen sind, da sie über Finanzmärkte Zugang zu alternativen Investitionsquellen haben;⁴³ und *drittens* finanzielle Aktivitäten zunehmend zu Profittreibern von Un-

41 R. Boyer, *The Future of Economic Growth: As New Becomes Old*, Cheltenham (UK)/Northampton (Mass.), Edward Elgar, 2004, S. 44-65.

42 P. Windolf (Hrsg.), *Finanzmarkt-Kapitalismus: Analysen zum Wandel von Produktionsregimen*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Sonderheft 45, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2015.

43 L. B. Streams/M. S. Mizruchi, *Banking and Financial Markets*, in: Smelser/Swedberg (Hrsg.), *Economic Sociology* (FN 28), S. 284-307.

ternehmen aus verschiedensten Sektoren werden.⁴⁴ Die Finanzmarktorientierung von Unternehmen begann in den 1980ern und nahm besonders bis Ende der 1990er Fahrt auf: Der Anteil der Marktkapitalisierung am BIP lag in den USA im Jahr 1980 noch bei 50 % und wuchs bis 2001 auf 152 %, in Deutschland wuchs er im selben Zeitraum von 8 % auf 61 %.⁴⁵

Der Wandel vom Fordismus zum finanzmarktorientierten Postfordismus ging einher mit einer veränderten Kontrollvorstellung von Unternehmen. Im Fordismus lag die Kontrolle über Unternehmen in den Händen von leitenden Managern, die an der Spitze einer strikt bürokratisierten Unternehmenshierarchie stand und Produktionsprozesse zentralisiert planten. In ihren Entscheidungen waren die fordistischen Vorstandsetagen weniger an die Belange der Eigentümer des Unternehmens⁴⁶ gebunden, sondern eher an die technologischen Anforderungen standardisierten Massenproduktion (*technostruture*⁴⁷) und an korporatistische Vereinbarungen mit Staat und Arbeitnehmern. Das Ende des Fordismus ging im ökonomischen Diskurs einher mit Beiträgen, die normativ an dieser Form des *Managerial Capitalism* Anstoß nahmen: Sie argumentierten, dass die Manager eines Unternehmens letztlich nur die *Agents* der Eigentümer seien, weshalb die Unternehmenssteuerung stärker auf die Belange der Shareholder ausgerichtet werden sollte.⁴⁸ Eine historisch fundierte Wirtschaftssoziologie erklärt den Erfolg des Shareholder-Value-Gedanken jedoch nicht mit dessen normativer Überzeugungskraft. Der Wandel der dominanten *Conceptions of Control* von Unternehmen ist aus dieser Perspektive vielmehr zu verstehen im Kontext der Erwartungshaltungen eines Feldes darüber, welche Unternehmensmodelle langfristig stabiles Wachstum und kontinuierliche Profitabilität ermöglichen.⁴⁹ Kontrollvorstellungen von Unternehmen stehen damit in Relation zum jeweiligen Akkumulations- und Produktionsmodells einer kapitalistischen Entwicklungsphase.

44 G. R. Krippner, *Capitalizing on Crisis: The Political Origins of the Rise of Finance*, Cambridge (Mass.)/London, Harvard University Press, 2011.

45 M. Aglietta/A. Rebérioux, *Corporate Governance Adrift: A Critique of Shareholder Value*, Cheltenham (UK)/Northampton (Mass.), Edward Elgar, 2005, S. 3.

46 A. A. Berle/G. C. Means, *The modern corporation and private property*, New York, Macmillan, 1932.

47 J. K. Galbraith, *The New Industrial State*, Boston, Houghton Mifflin, 1967.

48 M. C. Jensen/W. H. Meckling, *Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure*, *Journal of Financial Economics* 3 (4), 1976, S. 305-360.

49 Fligstein, *Transformation* (FN 10), S. 1-33.

So lässt sich eine Reihe von Faktoren identifizieren, deren Zusammenspiel im Übergang vom Fordismus zum Postfordismus eine strategische Unternehmenssteuerung anhand des Shareholder-Values als dominante Kontrollvorstellung incentivierte. Neben der Einführung neuer IKT in den 1980ern als notwendiger technischer Voraussetzung ist ein solcher Faktor *erstens* die Abkehr der Produktionsstrategien von Unternehmen weg von zentralisiert-hierarchisch gesteuerter, standardisierter Massenproduktion hin zu diversifizierten Produktpportfolios und autonom agierenden Unternehmensparten. Erst dadurch konnten Unternehmen als „collection of assets earning different rates of return“⁵⁰ betrachtet werden, deren einzelnen Teile durch Ausgründungen oder Übernahmen an den Finanzmärkten handelbar sind. Ein *zweiter* Faktor ist der Wandel des politischen Umfelds, in den USA beginnend unter der Präsidentschaft von Ronald Reagan: Dieser umfasste eine Liberalisierung der Finanzmärkte (z. B. Lockerung der Restriktionen für Übernahmen zwischen Finanzunternehmen), die politisch tolerierte zunehmende Abhängigkeit der US-Ökonomie von ausländischem Kapitalzufluss, und eine mit der Zinswende von 1979 eingeleitete veränderte Geldpolitik.⁵¹ Ein *dritter* Faktor ist die schiere Menge von Kapital, das seit den 1980ern auf die Finanzmärkte strömt, etwa aus Pensions-, Versicherungs- oder Staatsfonds: Während Pensionsfonds und offene Investitionsfonds im Jahr 1950 zusammen noch 3 % aller amerikanischen Aktien hielten, stieg dieser Anteil bis Ende der 1990er auf fast 40 %.⁵² Das Volumen solcher Fonds steigt bis heute kontinuierlich weiter an, gleichzeitig wurde die Investitionskette verlängert, indem das Kapital der Fonds zunehmend von Asset-Managern verwaltet wird.⁵³ Im Jahr 2021 verfügte die Asset-Management-Industrie global insgesamt über 112 Billionen Dollar.⁵⁴

Die Finanzmarktorientierung von Unternehmen und die Masse des auf den Markt drängenden Kapitals ermöglichen neue Geschäftsstrategien: „raiders discovered that they could buy up conglomerate firms, divide them into parts, and sell off the parts for more than the prior value of the

50 Fligstein, Transformation (FN 10), S. 15.

51 Krippner, Capitalizing (FN 44), S. 15.

52 Aglietta/Rebérioux, Corporate Governance (FN 45), S. 5-6.

53 B. Braun, Asset manager capitalism as a corporate governance regime, in: J. Hacker/A. Hertel-Fernandez/P. Pierson/K. Thelen (Hrsg.), The American Political Economy: Politics, Markets, and Power, Cambridge University Press, 2021, S. 270-294.

54 Boston Consulting Group, Global Asset Management 2022: From Tailwinds to Turbulence, Online-Veröffentlichung, 2022, verfügbar unter: <https://www.bcg.com/publications/2022/tailwinds-to-turbulence-for-global-assets-under-management>.

entire firm.“⁵⁵ Ein Drittel aller Fortune-500-Unternehmen verschwand in den 1980ern durch Finanzmarkttransaktionen als eigenständige Geschäftsform, die Mehrheit davon im Rahmen von feindlichen Übernahmen.⁵⁶ In Deutschland galten feindliche Unternehmensübernahmen aufgrund der engen finanziellen und personellen Verflechtung zwischen Unternehmen und Banken lange Zeit als ausgeschlossen – bis im Jahr 2000 die Übernahme und anschließende Zerschlagung des Industriemischkonzerns Mannesmann durch Vodafone für 180 Mrd. Dollar zeigte, dass auch die *Deutschland AG* zunehmend dem Druck der Finanzmärkten ausgesetzt war.⁵⁷

Mit derartigen Transaktionen geht eine Kontrollvorstellung einher, in welcher Unternehmen nicht als eigenständige Institutionen begriffen werden, sondern als Waren, die als Ganze oder in Teilen auf den Finanzmärkten gehandelt werden. An diese Kontrollvorstellung hatten und haben sich die Akteure im Feld zwangsläufig anzupassen; schließlich sind die Manager aller Kapitalgesellschaften nun gewarnt, ihr Unternehmen durch die Maximierung des Aktienkurses vor *Corporate Raiders* zu schützen. Der Siegeszug des Shareholder-Value-Gedankens führte dabei jedoch bislang nicht notwendigerweise zur ursprünglich normativ erwünschten Machtreduktion von Managern: Empirisch ist etwa die Vergütung von Top-Managern im Postfordismus durch Aktienoptionen und finanzmarktorientierte Boni nicht nur gestiegen, sie incentiviert oftmals auch eine Allianzbildung zwischen Managern und Shareholdern eines Unternehmens gegen Arbeitnehmervertreter und weitere Stakeholdern, um finanzmarktorientierte Ziele durchzusetzen.⁵⁸

E. Unternehmenskontrolle an der Bruchlinie eines fragilen Wachstumsmodells

Die Debatte um die *gute Kapitalgesellschaft* entsteht in einem historischen Kontext, in welchem die Vorstandsetagen großer Unternehmen zwar vom fordistischen Korsett aus Korporatismus und zentralisierter Massenpro-

55 M. S. Mizruchi, *The Fracturing of the American Corporate Elite*, Cambridge (Mass.)/London, Harvard University Press, 2013, S. 209.

56 Mizruchi, *Fracturing* (FN 55), S. 208-211.

57 W. Streeck/M. Höpner (Hrsg.), *Alle Macht dem Markt? Fallstudien zur Abwicklung der Deutschland AG*, Frankfurt am Main, Campus Verlag, Schriften des MPIfG Köln, No. 47, 2003.

58 Aglietta/Rebérioux, *Corporate Governance* (FN 45), S. 257-263.

duktion befreit sind, dafür jedoch allgegenwärtig den Druck der Finanzmärkte spüren. Dieser historische Kontext ist nicht nur wandelbar, er ist notwendigerweise in einem fortwährenden Wandel begriffen. Die damit verbundenen dominanten Vorstellungen, die sich Akteure von einer angemessenen Unternehmenskontrolle machen, wandeln sich dementsprechend ebenso kontinuierlich. Eine wirtschaftssoziologisch und regulationstheoretisch informierte Perspektive steht also konträr zur Idee, dass es ein *end of history*⁵⁹ dieses Prozesses geben kann. Im Gegenteil zeigen sich gegenwärtig Risse im aktuellen Wachstumsmodell, deren Bearbeitung nicht abzusehende Folgen für die Vorstellungen von angemessener Unternehmenssteuerung haben kann.

Der Siegeszug des Shareholder-Value ist ideologisch eingebettet in eine breitere *neoliberale* Vorstellung vom Verhältnis zwischen Wirtschaft und Gesellschaft, nach welcher einerseits Profite legitim sind, wenn sie im fairen Wettbewerb auf neutralen Märkten entstanden und andererseits ungehinderte Wettbewerbsmechanismen in möglichst viele Bereiche von Wirtschaft, Gesellschaft und Politik diffundieren sollten.⁶⁰ Einige aktuelle empirische Entwicklungen deuten darauf hin, dass das politökonomische Projekt des Neoliberalismus, ein möglichst allgegenwärtiges Prinzip des freien Marktes zu schaffen, zunehmend zu Konsequenzen führt, welche die Funktionalität von neutralen Märkten unterminieren und damit dem Neoliberalismus seine eigene Grundlage entziehen. So zielen die digitalen Geschäftsmodelle einiger der größten Unternehmen der Welt gerade darauf ab, fairen Wettbewerb zu unterbinden, indem durch die Kontrolle von Plattformen *proprietäre Märkte* geschaffen werden, deren Teilnehmer von den Konditionen der Big-Tech-Unternehmen abhängig sind⁶¹ – eine Praxis, die so umfassend und dominant ist, dass die gegenwärtigen Regulationsversuche der digitalen Ökonomie durch die EU als *Counter-Hegemonic Neoliberalism* bezeichnet werden können.⁶² Mit Blick auf die Empirie der Finanzmärkte erweisen sich Erwägungen darüber, wie schwache und zerstreute Kleinanleger gegenüber der Unternehmensleitung ermächtigt werden können, zunehmend als gegenstandslos: Asset Manager fungieren

59 H. Hansmann/R. Kraakman, The end of history for corporate law, *Georgetown Law Journal*, 89, 2001, S. 439: “[...] Since the dominant corporate ideology of shareholder primacy is unlikely to be undone, its success represents the ‘end of history’ for corporate law.”

60 Staab, Digitaler Kapitalismus (FN 13), S. 290-293.

61 Staab, Digitaler Kapitalismus (FN 13), S. 290-293.

62 Staab/Sieron/Piétron, Counter-Hegemonic (FN 21).

als einflussreiche Intermediäre zwischen Anlegern, Fonds und Unternehmen, weshalb die Kontrolle auf den Finanzmärkten zunehmend in den Händen weniger *universal owner* konzentriert ist.⁶³ Allein die drei Asset Manager Blackrock, Vanguard und SSGA halten zusammen über 20 % der Anteile eines durchschnittlichen Unternehmens im S&P-500.⁶⁴ Im unternehmerischen Alltag führten zuletzt die Lieferengpässe im Kontext der Corona-Lockdowns vielen Unternehmen die Fragilität des globalisierten postfordistischen Produktionsmodells vor Augen – wie einst die Ölkrisen von 1973 die Fragilität des Fordismus. Und auf einer grundlegenden Ebene entstehen in der gegenwärtigen Gesellschaft zunehmende Zweifel darüber, ob es im aktuellen Produktions- und Wachstumsmodell gelingt, den menschengemachten globalen Temperaturanstieg auf 1,5 Grad zu beschränken.⁶⁵

Derartige gesellschaftlich-politische Legitimitätseinbußen eines Wachstumsmodells können unkalkulierbare Folgen für dessen Stabilität haben. So befand sich der fordistische Kapitalismus bereits vor der makroökonomischen Instabilität der 1970er in einer Legitimationskrise: Der im vorhergehenden Kapitel beschriebene Fahrstuhleffekt konnte zwar die *Sozialkritik* am Kapitalismus befrieden, im Rahmen der tayloristischen Rationalisierung von Arbeit und Konsum brach sich jedoch eine *Künstlerkritik* Bahn, die mehr individuelle Autonomie in den Arbeitsbeziehungen und in der Lebensgestaltung einforderte.⁶⁶ In Folge entstand ein *kognitiv-kultureller* Kapitalismus, in welchem von Individuen im Arbeitsleben sowie im von Konsum geprägten gesellschaftlichen Leben ein immer höheres Maß an Autonomie abgefordert wird, welches heute jedoch oftmals mit einer *erschöpften Selbstverwirklichung* einhergeht.⁶⁷ Gegenwärtig zeichnet sich die Umrisse einer *Gesellschaft der Anpassung* ab, die weniger nach fortwährender individueller Selbstentfaltung verlangt, sondern vielmehr nach funktionierenden Strukturen zum Umgang mit kollektiven Problemen der Selbsterhaltung.⁶⁸

63 Braun, Asset manager capitalism (FN 53).

64 Braun, Asset manager capitalism (FN 53), S. 273.

65 *Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC)*, Synthesis Report of the IPCC Sixth Assessment Report (AR6), 2023, Online-Veröffentlichung, verfügbar unter: <https://www.ipcc.ch/assessment-report/ar6> .

66 L. Boltanski/É. Chiapello, Der neue Geist des Kapitalismus. Köln, Halem, 2018 [1999].

67 A. Reckwitz, Das Ende der Illusionen: Politik, Ökonomie und Kultur in der Spätmoderne, Berlin, Suhrkamp, 2019, S. 135-239.

68 P. Staab, Anpassung: Leitmotiv der nächsten Gesellschaft, Berlin, Suhrkamp, 2022.

Die Debatte um die *gute Kapitalgesellschaft* entfaltet sich damit an einer historischen Bruchlinie. Ist sie der Versuch, einen Brand auf den „rauchenden Ruinen des Neoliberalismus“⁶⁹ zu löschen oder bereits die Vorbotin eines neuen Wachstumsmodells, dem es gelingt, die eigenen Grundlagen zu stabilisieren? Diese Frage bleibt notwendigerweise offen, denn der Übergang zwischen verschiedenen kapitalistischen Entwicklungsphasen ist – wie in den vorhergehenden Kapiteln beschrieben – nie ein *bewusster* Sprung, sondern stets das Ergebnis vieler kleiner interdependenten Entscheidungen und Kämpfe, sodass sich derartige Phasen erst in der historischen Rückschau nachvollziehen und kategorisieren lassen.

F. Konklusion: Die gute Kapitalgesellschaft nach dem Realitätsprinzip

Eine naheliegende Kritik der *guten Kapitalgesellschaft* ist, sie als limitierten Reparaturversuch eines postfordististisches Wachstumsmodells abzutun, welches gegenwärtig darauf zusteurt, seine eigenen gesellschaftlichen und natürlichen Grundlagen zu zerstören. Dass ESG-Ziele nun über die Investitionsanforderungen auf jenen Finanzmärkten sichergestellt werden sollen, deren Wachstumsdruck Unternehmen bislang zu Raubbau an Planeten und globalen Gesellschaften incentiviert, entbehrt nicht eines gewissen Zynismus; ebenso wie das damit verbundene Risiko, den ohnehin zu mächtigen Asset-Managern einen weiteren Kontrollhebel in die Hand zu geben.

Eine Analyse, die auf dem Realitätsprinzip beruht, muss derartige Widersprüche jedoch aushalten. Für eine Rückkehr zu einer gesellschaftlich-politischen Steuerung von Unternehmen mittels korporatistischer Absprachen zwischen Managern, Politik, und weiteren Stakeholdern scheint es gegenwärtig keine Grundlage zu geben, da sich Unternehmen dem korporatistischen Institutionenengefüge so erfolgreich entzogen haben, dass schlichtweg keine funktionierenden Koordinationsmechanismen zur Bearbeitung kollektiver Ziele auf diesem Wege mehr bestehen.⁷⁰ Die Steuerung von Unternehmen über Finanzmärkte kann zwar aus normativen oder praktischen Erwägungen als Fehlkonstruktion moniert werden,⁷¹ jedoch ändert dies nichts an ihrer gegenwärtigen Dominanz. Dementsprechend ist es sinnvoll und angezeigt, darüber zu diskutieren, wie diese Form der Unternehmens-

69 Staab, Digitaler Kapitalismus (FN 13), S. 290.

70 Mizruchi, Fracturing (FN 55).

71 Aglietta/Rebérioux, Corporate Governance (FN 45).

kontrolle regulatorisch so geändert werden kann, dass sie die Zerstörung von Planet und Gesellschaft zumindest nicht weiter verschärft. Die Aufnahme einiger ESG-Kriterien in Corporate-Governance-Kodexe droht als bedeutungslos zu verpuffen, wenn sie lediglich von Asset-Managern instrumentalisiert werden, um die eigene Macht zu erhöhen. Wird jedoch die Transformation von Unternehmenskontrolle durch die *gute Kapitalgesellschaft* als einer von vielen Konfliktpunkten verstanden, um das Verhältnis von Wirtschaft, Gesellschaft und Natur neu zu justieren – so könnte sie sich im Nachhinein als eine von vielen Veränderungen herausstellen, welche den Übergang von einer Entwicklungsphase des Kapitalismus in die nächste eingeläutet haben wird.

Das Unternehmensinteresse, oder: Whose rule of interest? Whose interests rule?

*Wiss. Ass. Moritz Böbel, Universität Heidelberg**

A. Einführung

Die Unternehmensaktivität großer Kapitalgesellschaften berührt zahlreiche Individual- und Kollektivrechtsgüter, deren Inhaber dadurch Träger besonderer, gesellschaftsbezogener Interessen (*stakeholder*) werden. Mit dem Siegeszug der Kapitalgesellschaften als Wirtschaftssubjekte gelang es, das Bedürfnis nach dauernder Kapitalzufuhr der „neuen Industrialwirtschaft“ effektiv,¹ nämlich unter Klärung der Haftungsfrage durch Gewährung der institutionellen Haftungsbeschränkung,² zu stillen. Gleichzeitig entsteht daraus die Notwendigkeit eines gesetzgeberischen Ausgleichs der widerstreitenden Interessen. Wo diese Notwendigkeit des Interessenausgleichs als am intensivsten empfunden wird, unterliegt dabei historischer Situiertheit: Waren beim Aufkommen moderner Kapitalgesellschaften im 19. Jahrhundert Arbeiterbelange als von der Unternehmensaktivität der Kapitalgesellschaften am intensivsten betroffen wahrgenommen worden, dreht sich die Debatte heute um deren Auswirkung auf das Kollektivrechtsgut „Klima“.

Dieser Beitrag untersucht das Interessensgeflecht „Deutsche Aktiengesellschaft“ in drei Schritten. Als Vorfrage des Unternehmensverhaltensrechts wird auf die Aktiengesellschaft als Rechtssubjekt eingegangen: Welchen heteronomen Verpflichtungen unterlagen Kapitalgesellschaften im Außenverhältnis historisch und welche Verpflichtungen bzw. Freiheiten haben Aktiengesellschaften heute? (B.). Auf dieser Grundlage ist darauf

* Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg. Er dankt der Herausgeberin *Prof. Dr. Bettina Rentsch*, *Wiss. Ass. Tim Fischer, LL.M. (Cambridge)* sowie *Wiss. Ass. Victor Habrich* für wertvolle Anmerkungen.

- 1 *W. Rathenau*, *Vom Aktienwesen – Eine geschäftliche Betrachtung*, Berlin 1917, S. 1; Zur entstandenen Notwendigkeit stetiger Kapitalzufuhr und zur Vorreiterrolle des französischen *Code de Commerce* (1808), *H. Hattenhauer*, *Europäische Rechtsgeschichte*, Heidelberg 1992, S. 571.
- 2 Zu deren Maßgeblichkeit für die gesellschaftsrechtliche Entwicklung s. auch *Hattenhauer*, *Rechtsgeschichte* (Fn. 1), S. 571.

einzuwenden, welcher Mechanismen sich der Gesetzgeber bedient, um die konfliktierenden Interessen der Stakeholder gegeneinander auszugleichen. Schwerpunkt der Darstellung ist dabei, wie das Interesse der Allgemeinheit an der Unternehmensaktivität der Aktiengesellschaft ausdifferenziert werden kann (C.). Abschließend wird dargestellt, wie sich auferlegte Bindungen und Freiheiten der Aktiengesellschaft im gesellschaftsrechtlichen Kompetenzgefüge spiegeln, welche Organe wessen Interessen verpflichtet sind, und von welchen Akteuren der Impetus für Gemeinwohlaktivitäten ausgehen kann (D.).

B. Kapitalgesellschaft im Außenverhältnis, cui bono?

Wessen Interessen hat die Kapitalgesellschaft historisch und die Aktiengesellschaft³ nach geltendem Recht zu dienen? Welchen Zielen ist sie im Außenverhältnis verpflichtet?

Diese Fragen zeichnet der nachfolgende Abschnitt notwendigerweise kurSORisch nach, um anhand der Entwicklung der Bezugssubjekte deren zeitliche Kontingenz aufzuzeigen. Das dient dem Ziel der Offenlegung, dass die heutige Debatte nicht strukturell neu ist, sondern sich lediglich die Bezugsgrößen immer wieder verändert haben, die für das “Design” deutscher Kapitalgesellschaften maßgebend sind. Im Anschluss an diese Darstellung wird der Untersuchungsgegenstand auf die moderne Aktiengesellschaft verengt.

I. Die moderne Kapitalgesellschaft im Wechselspiel von Privatnützigkeit und Sozialpflichtigkeit

Die Anteilsteilung bei korrespondierender Gewinnverteilung als wirtschaftliches Konzept existiert seit vormodernen Zeiten.⁴ Als erste moderne Handelsgesellschaft gilt allgemein die *Vereenigde Oostindische Compagnie*, die

3 Diese „gesellschaftsrechtspolitische Gretchenfrage“ ist nach wie vor umstritten. Der Streit ist dabei grundsätzlich rechtsformneutral, kondensiert sich aber an der Aktiengesellschaft, vgl. C. Picker, Genossenschaften und Gemeinwohl, npoR 2024, 1 (1).

4 Historisches Anliegen ist die Streuung außergewöhnlicher Risiken, so wurden beispielsweise im Römischen Reich sog. *societates* für lukrative, aber riskante Handelsreisen gegründet. Durch die Verteilung des Risikos auf mehrere *socii* wurde das individuelle Risiko gangbar vgl. F. Meissel, *Societas*, Frankfurt (Main) 2004, S. 175.

sich 1602 aus sechs bereits bestehenden Kompanien zusammenschloss. Die Kompanie war dabei auf eine stetige Geschäftstätigkeit, nicht auf Einzelfahrten, angelegt und gab zur Kapitalstockbeschaffung Aktien heraus.

1. Ausgangslage im deutschen Recht und erste Liberalisierung

Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten (prALR) von 1794 differenziert zwischen der Gesellschaft als Grundform, also der Verbindung „mehrerer Mitglieder des Staats zu einem gemeinschaftlichen Endzwecke“⁵ und der Corporation, die sich neben dem Erfordernis einer behördlichen Konzession dadurch auszeichnet, dass sich ihre Gesellschafter zu einem fortdauernden gemeinnützigen Zweck verbunden haben.⁶ Damit „verdient“ sich die Corporation Privilegien im Außenverhältnis (prALR II.6 §§ 81 ff.), insbesondere die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen, vgl. prALR II.6 §§ 91, 94. Die Beschränkung auf gemeinnützige Gesellschaftszwecke, das Erfordernis staatlicher Konzession und die engmaschige Staatsaufsicht sind Ausdruck hoheitlicher Skepsis gegenüber entstehenden (Kapital-) Verbänden. Diese Regelungen belegen einerseits, dass der Normgeber das Erfordernis des Ausgleichs der Interessen der Gesellschaft und der Allgemeinheit (des Staates) früh erkannt und zunächst sehr vorsichtig⁷ geregelt hat. Andererseits zeigen sie auch den – entwicklungsprägenden – Versuch, die entstehenden Kapitalverbände für staatliche Anliegen („fortdauernde gemeinnützige Zwecke“) in Dienst zu nehmen.

Die erste Aktienrechtsnovelle von 1870 hat das, bis heute geltende, Normativsystem in das deutsche Aktienrecht getragen, das Erfordernis eines gemeinnützigen Zweckes war damit passé.⁸ Dem lag die Annahme zugrunde, dem Gemeinwohl, verstanden als gesamtgesellschaftlichem Wohlstand, sei am besten gedient, wenn jeder seinen Eigennutz verfolge, das Gesellschafts-

5 prALR II.6 § 1.

6 vgl. prALR II.6 § 25 „Die Rechte der Corporationen [...] kommen nur solchen vom Staate genehmigten Gesellschaften zu, die sich zu einem fortdauernden gemeinnützigen Zwecke verbunden haben.“; *H. Fleischer*, Corporate Social Responsibility, AG 2017, 509 (510); vgl. die Einordnung bei *M. Habersack*, Gemeinwohlbindung und Unternehmensrecht, AcP 2020, 594 (603).

7 prALR II.6 § 4: „Auch an sich nicht unzulässige Gesellschaften kann der Staat verbieten, sobald sich findet, daß dieselben andern gemeinnützigen Absichten oder Anstalten hinderlich oder nachtheilig sind.“

8 *Habersack*, Gemeinwohl (Fn. 6), 604.

recht sollte das ermöglichen.⁹ Mit der zweiten Aktienrechtsnovelle von 1884 zieht sich der Staat weiter aus der Aktiengesellschaft zurück, indem der Aufsichtsrat, und damit die Aktionäre, weite Teile der vormals staatlichen Aufsicht übernehmen.¹⁰ Beide Novellen liberalisieren das Aktienrecht, weil das staatliche Interesse zugunsten den Interessen nichtstaatlicher Bezugssubjekte graduell zurücktritt.

2. Gegenläufige Entwicklung bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes

Vor dem Hintergrund entstandener Großunternehmen und dem verlorenen Ersten Weltkrieg wendete sich das Blatt ab 1917: Staatliche Interesse sollen gegenüber den Interessen nichtstaatlicher Bezugssubjekte wieder stärker betont werden. *Rathenau*¹¹ erkennt die überragende gesamtwirtschaftliche Bedeutung der Großunternehmen und fordert eine Deliberalisierung des Aktienrechts, um deren Gemeinverantwortlichkeit und dem Staatswohl Genüge zu tun:¹² Die gesellschaftsrechtliche Debatte in den 1920er-Jahren bestimmt der Widerstreit zwischen *Rathenau* und *Haussmann*, der Rathenau Thesen zur „Lehre vom Unternehmen an sich“ als „Anschlag auf die Privatrechtsordnung“ gedeutet hat.¹³ Der Gedanke, das Unternehmen sei nicht nur Instrument der Privatautonomie von Privatrechtssubjekten, sondern habe originär auch den allgemeinen Interessen des Volkes zu dienen,¹⁴ brach sich ab den 1930er-Jahren Bahn.¹⁵

Mit dem AktG 1937 wurde die Hauptversammlung gesellschaftsintern entmachtet und – zugunsten des Vorstandes – das Führerprinzip im Aktienverfassungsrecht umgesetzt. Der Vorstand, ausgestattet mit neuer Machtfülle, wurde gem. § 70 I AktG¹⁶ an den gemeinen Nutzen von Volk

9 *Habersack*, Gemeinwohl (Fn. 6), 604 mit Verweis auf *J. Thiessen*, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsrechtler im Schatten der NS-Vergangenheit, in: M. Görtemaker/ C. Safferling (Hrsg.), Die Rosenburg, Göttingen 2013, 204 (239).

10 *Habersack*, Gemeinwohl (Fn. 6), 604.

11 *Rathenau*, Aktienwesen (Fn. 1), 38 f.

12 Vgl. *Habersack*, Gemeinwohl (Fn. 6), 604 f.

13 Vgl. zur Kritik an Haussmanns Auslegung der Thesen Rathenau *Habersack*, Gemeinwohl (Fn. 6), 605 m.w.N.

14 Reichsjustizministerium, Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, 1930, 94; abgedruckt bei *Habersack*, Gemeinwohl (Fn. 6), 606.

15 *Habersack*, Gemeinwohl (Fn. 6), 606.

16 S. 74 mit Fn. 110.

und Reich gebunden.¹⁷ Damit wurde der nationalsozialistische Grundsatz, „Gemeinnutz vor Eigennutz“ gesellschaftsrechtlich verankert¹⁸ und effektiv in Vollzug gesetzt: Der Vorstand war nicht mehr nur seinen Aktionären verpflichtet, sondern auch öffentlichen Interessen. Die Aktiengesellschaft erhält in diesem System also eine Doppelfunktion: Zwar erkennt auch das AktG 1937 das Privateigentum der Aktionäre an, sieht in der Gesellschaft aber gleichzeitig einen Teil des Volksvermögens, was die Hintanstellung der Aktionärsinteressen, gegenüber denen von Volk und Reich rechtfertigte.¹⁹

Die Pflicht zur Verfolgung von Gemeinwohlbelangen, in Gestalt des „gemeinen Nutzen von Volk und Reich“, erlegt der Gesetzgeber des AktG 1937 dabei explizit nicht der Aktiengesellschaft als solcher,²⁰ sondern dem Vorstand als Teil der Leitungspflicht auf. Der Aktiengesellschaft wird lediglich in § 288 I AktG 1937 die Gefährdung des Gemeinwohls, „namentlich durch ein Verhalten ihrer Verwaltungsträger, das gröblich gegen das Gesetz oder gegen die Grundsätze verantwortungsbewusster Wirtschaftsführung verstößt [...]“ verboten. Durch diesen Mechanismus des § 70 I AktG 1937 gewann die Debatte um die Gemeinwohlbindung der Aktiengesellschaft eine weitere Dimension, namentlich die der Gemeinwohlbindung einzelner Organe der Aktiengesellschaft.²¹

II. Die Aktiengesellschaft im System des Grundgesetzes

Im System des Grundgesetzes ist die Aktiengesellschaft gem. Art. 19 III GG Trägerin von Grundrechten, „[...] soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.“ Dazu zählen die Grundrechte aus Art. 2 I, 12 I und 14 I 1 GG.²² Von Art. 14 I 1 GG ist auch das Privateigentum an Produk-

17 Habersack, Gemeinwohl (Fn. 6), 607; vgl. die Amtliche Begründung zum AktG 1937, Vorbemerkung vor § 70.

18 Habersack, Gemeinwohl (Fn. 6), 607.

19 vgl. Habersack, Gemeinwohl (Fn. 6), 607 mit Nachweisen zur zeitgenössischen Kommentarliteratur.

20 So noch das prALR, s. oben S. 55.

21 Ausführliche Darstellung der davon ausgehenden Debatte unten S. 66 ff.

22 M. Enders in: V. Epping/C. Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 55. Edition, Art. 19 Rn. 41 m.w.N.; BVerfGE 50, 290 (352).

tionsmitteln²³ erfasst.²⁴ Dabei gilt für Aktiengesellschaften nichts anderes als für Einzelunternehmer oder Personengesellschaften: Der Eigentümer einer Sache oder einer Sachgesamtheit, darf diese privatnützig einsetzen.²⁵ Grenze der Privatnützigkeit ist das verfassungsmäßige Gesetz.²⁶ In der Bundesrepublik ergibt sich das umfangreiche öffentlich-rechtliche Pflichtenprogramm aufgrund des Gesetzesvorbehaltes abschließend aus den Gesetzen. Insoweit der Gesetzgeber – von ihm als solche identifizierten und legitimierten – Gemeinwohlbelangen Ausdruck gibt, ist die Aktiengesellschaft – selbstverständlich – an diese Gesetze gebunden. Das ist aber nichts anderes als eine „normale“ Gesetzesbindung, keine besondere Gemeinwohlbindung der Aktiengesellschaft.²⁷

Eine einfachgesetzliche Rechtspflicht der Aktiengesellschaft im Außenverhältnis, Gemeinwohlbelange über das gesetzliche Pflichtprogramm hinaus zu berücksichtigen, gibt es nicht.²⁸ Die Aktiengesellschaft muss sich *de lege lata* ihre (Haftungs-) Privilegien, anders als die *Corporationen* im Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten, nicht mehr durch Gemeinnützigkeit *erkaufen*.

Damit ist die eigentliche Vorfrage des Unternehmensverhaltensrecht, ob es eine nicht positivierte, verfassungsrechtliche Richtlinienbestimmung gibt, der zufolge eine Gesellschaft – zunächst einmal unabhängig von ihrer Rechtsform – verpflichtet ist, bei ihrer Unternehmensaktivität überobligatorisch Interessen ihrer *stakeholder* zu berücksichtigen.

Umstritten ist, ob Art. 14 II GG, der die Sozialpflichtigkeit des Eigentums begründet, unmittelbar als Richtlinienbestimmung für die Gesellschaft (im Außenverhältnis) heranzuziehen ist und der Gesellschaft daraus eine Rechtspflicht zur Berücksichtigung von Gemeinwohlbelangen erwächst.²⁹

23 Grundlegend zur Bedeutung des Privateigentums an Produktionsmitteln *F. Engels*, Grundsätze des Kommunismus, 1847, S. 62 f.; *K. Marx*, Das Kapital. Band I: Der Produktionsprozess des Kapitals, Hamburg 1867, S. 56 f.

24 Schutzgut des Art. 14 I GG der Gesellschaft ist auch das von der Gesellschaft getragene Unternehmen, BVerfGE 50, 290 (351 ff.).

25 BVerfGE 42, 263 (294).

26 *S. Harbarth*, Die Aktiengesellschaft im Wandel der Zeit zwischen Wirtschaftlichkeit und Gemeinwohl, ZGR 2022, 533 (543).

27 *Harbarth*, Gemeinwohl (Fn. 26), 543.

28 Eine derartige Richtlinienbestimmung für die Gesellschaft im Außenverhältnis wurde als § 72a AktG 1965 in der parlamentarischen Debatte erwogen, aber letztlich abgelehnt, vgl. Fn. 118.

29 Dabei verläuft die gesellschaftsrechtliche Debatte mit Parallelen zur verfassungsrechtlichen Debatte, ob sich Art. 14 II GG darin erschöpft, Regelungsauftrag für den Ge-

Einigkeit besteht zumindest insoweit, dass Art. 14 II GG nicht hinreichend bestimmt ist, um daraus eine Pflicht zur Vornahme konkreter Maßnahmen, geschweige denn eine Sanktion für die Nichtvornahme, abzuleiten.³⁰ Streitbefangen ist die theoretische Frage, ob es eine nicht operationalisierbare Rechtspflicht konstruktiv gibt.

Dafür wird vorgebracht, dass Unternehmensaktivität Belange des Allgemeinwohls, namentlich durch Umwelteinwirkungen, besonders stark beeinträchtige.³¹ Auch eine verfassungsrechtliche Pflicht ohne Sanktion wäre nicht beispiellos; *Rittner* verweist auf die Pflicht der Bundestagsabgeordneten, ihr Mandat nach bestem Wissen und Gewissen auszuüben³² und auf die Pflicht der Tarifvertragsparteien zur Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens.³³ Dem lässt sich aber entgegen, dass es bei diesen Pflichten – auch wenn sie nicht sanktionsbewehrt sind – zumindest eine verbindliche Zielgröße gibt; „Gemeinwohl“ ist dagegen, in einer pluralistischen Demokratie, alles und nichts.³⁴ Zuletzt ließe sich, unter Anleihe etwa beim prALR, argumentieren, die Unternehmensaktivität des Großunternehmens sei in dieser Form überhaupt erst möglich, weil es Gesellschaftsrecht mit seinen (Haftungs-)Privilegien ermöglicht. Dass Korrespondat dieser Privilegien eine – über die Befolgung der gemeinwohkkonkretisierenden Vorschriften des einfachen Rechts hinausgehende – Pflicht, Gemeinwohlbelange zu berücksichtigen ist, ist zumindest denkbar.

Die Vorbehalte der (wohl) herrschenden Meinung gegen die Annahme einer solchen Rechtspflicht, namentlich, dass sich aus dieser kein operationalisierbarer Maßstab ergebe und bereits die Zielgröße unklar sei, vermag die Gegenansicht nicht zu zerstreuen. *Harbarth* ist darin zuzustimmen, dass sich aus Art. 14 II GG zwar eine Bekräftigung der von der Privatnützig-

setzgeber zu sein. Vgl. m.w.N. *H.J. Papier/F. Shirvani* in: Dürig (Begr.)/Herzog/Scholz (Hrsg.), *Grundgesetz*, Bd. II, 99. EL, München 2022, Art. 14 Rn. 415 ff.

30 *Harbarth*, Gemeinwohl (Fn. 26), 544.

31 *R. Reinhardt*, Privates Unternehmen und Öffentliches Interesse, in: R. Dietz/H.C. Nipperdey/E. Ulmer (Hrsg.), *Festschrift für Alfred Hueck zum 70. Geburtstag*, München/ Berlin 1959, S. 439 (440).

32 vgl. Art. 38 I 2 GG.

33 *F. Rittner*, Zur Verantwortlichkeit des Vorstandes nach § 76 Abs. 1 AktG 1965, in: K. Ballerstedt/W. Hefermehl (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Gessler zum 65. Geburtstag*, München 1971, S. 139 (147).

34 Vgl. zur Zielgröße Gemeinwohl unten S. 61 ff.; grds. zum Inhalt des öffentlichen Interesses als Zielgröße *Reinhardt*, Öffentliches Interesse (Fn. 31), S. 439 ff.

keit des Art. 14 I 1 GG gedeckten *Befugnis* zur Verfolgung von Gemeinwohlbelangen, nicht aber eine entsprechende Pflicht ergibt.³⁵

III. Zwischenbefund

Die Aktiengesellschaft ist dem Gemeinwohl im Außenverhältnis nicht besonders, *i.e.* nicht über das gesetzliche Pflichtenprogramm, heteronom verpflichtet. Das Grundgesetz und das Aktiengesetz 1965 haben eine Frage des Unternehmensverhaltensrechts (Aktiengesellschaft, *cui bono?*) damit zu einem gesellschaftsrechtlichen Kompetenzproblem gemacht:³⁶ Denn wenn der Aktiengesellschaft die selbstständige, übergesetzliche Verfolgung von Gemeinwohlbelangen zwar heteronom nicht aufgegeben ist, ist noch nichts darüber gesagt, ob und wie die Aktiengesellschaft autonom Gemeinwohlbelange verfolgen kann und von welchen Akteuren der Impetus dazu ausgehen kann.³⁷

C. Gemeininteressen im Gefüge der Aktiengesellschaft

In Rechtsordnungen, in denen es neben dem öffentlichen (Staats-)Interesse an der Existenz der Aktiengesellschaft als Wirtschaftssubjekt mehrere grundrechtsberechtigte Interessensträger gibt, ist es Aufgabe des Gesetzgebers, innerhalb der Aktiengesellschaft widerstreitende Interessen durch Recht und Gesetz in Ausgleich zu bringen oder zumindest deren freihändige Selbstregulation über einen funktionierenden Markt zu ermöglichen.³⁸ Der Überbegriff für Träger von aktiengesellschaftsbezogenen Interessen lautet Stakeholder. Stakeholder ist, wer in einer rechtlich fundierten Nähebeziehung zur Aktiengesellschaft steht, weil seine (Individual-) Rechtspositionen von der Unternehmenstätigkeit der Aktiengesellschaft betroffen sind oder diese betreffen. Stakeholder werden nach dem Grad ihrer Nähe zur Aktiengesellschaft in interne Stakeholder (*e.g.*, Anteilsinhaber (Shareholder), Management, Arbeitnehmer) und externe Stakeholder (*e.g.*, Vertragspartner, Fremdkapitalgeber) untergliedert; ihre rechtlichen Beziehungen

35 Harbarth, Gemeinwohl (Fn. 26), 544.

36 ähnlich Habersack, Gemeinwohl (Fn. 6), 610.

37 Zu Vorstand und Hauptversammlung s. unten S. 67 ff.

38 Reinhardt, Öffentliches Interesse (Fn. 31), S. 442 f.

zur Aktiengesellschaft werden von ganzen Rechtsgebieten erfasst und entziehen sich damit der Darstellung in diesem Rahmen.

Gegenstand der Darstellung ist das Gemeininteresse im Gefüge der Aktiengesellschaft. Unternehmensaktivität verursacht Externalitäten. Daher besteht auch ein öffentliches Interesse an der Regelung der Unternehmensaktivität – konstruktiv ist auch die Allgemeinheit (externer) Stakeholder der Aktiengesellschaft. Die Allgemeinheit hat verschiedene Interessen an dem Unternehmen und der Aktiengesellschaft: *e.g.* das Interesse an fortlaufenden Steuerzahlungen, stabiler Beschäftigung von Arbeitnehmern, Wahrung von Umwelt-, Klima- und Arbeitnehmerschutzbestimmungen oder Wahrung der Lieferkettensorgfaltspflichten. Anders als bei den anderen Stakeholdern stehen sich aber nicht Aktiengesellschaft und Privatrechtssubjekt mit klaren Interessen gegenüber. Dabei besteht ein gradueller – nicht aber ein qualitativer – Zusammenhang zwischen der Größe des von der Gesellschaft getragenen Unternehmens und dem Grad der Beeinträchtigung der öffentlichen Interessen.³⁹ Diese Interessen können mit den (individuellen) Interessen der anderen Stakeholder konfigurieren, müssen es aber nicht.⁴⁰

1. Gemeinwohl als (gesellschaftsrechtliche) Zielgröße

Die Interessen der Allgemeinheit an der Gesellschaft sind, das wird bereits aus dieser nur beispielhaften Aufzählung ersichtlich, komplex und vielfältig.⁴¹ „Das Gemeinwohl“ als Kondensat dieser Interessen der Allgemeinheit zur gesellschaftsrechtlichen Zielgröße⁴² oder, wie es unter § 70 I AktG 1937 der Fall war⁴³, zur Richtlinie für Organwalten, zu erklären, operationalisiert es nicht. Im Gegenteil: wo stärkere *Gemeinwohlorientierung* der Aktiengesellschaft oder ihrer Organe gefordert wird, verschleiert man die notwendige Vorfrage, was Inhalt „des Gemeinwohls“ ist und welche Maßnahme „im Gemeinwohl“ liegt:

39 Reinhardt, Öffentliches Interesse (Fn. 31), S. 444.

40 Reinhardt, Öffentliches Interesse (Fn. 31), S. 443, 450 f.

41 Reinhardt, Öffentliches Interesse (Fn. 31), S. 441.

42 Dazu oben S. 55 f.

43 Dazu unten S. 67 ff.

Was materiell Gemeinwohl oder Gemeininteresse ist unterliegt, als politische Frage, historischer Situiertheit.⁴⁴ In einer pluralistischen Demokratie verbietet sich eine allgemeinverbindliche, konkrete und abschließende Inhaltsbestimmung dessen, was Gemeinwohl zu sein hat.⁴⁵ Unter Zugrundeliegung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung des Grundgesetzes ist „Gemeinwohl“ – abstrakt – ein Zustand, in dem „die Erfüllung bestimmter legitimer Interessen der Allgemeinheit in ihrer konkreten organisatorischen Gestaltung in einer Weise gesichert wird, [dass] sie mit der Sicherung der Freiheit des Individuums in Einklang steht.“⁴⁶ Das Gemeinwohl kann – konkret – immer nur Ergebnis einer strikt einzelfallbezogenen Abwägung zwischen legitimen Interessen der Allgemeinheit und individueller Freiheit sein.

Legitimes Interesse der Allgemeinheit ist zumindest der Bestand und die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft und des Staates, der Träger der Ordnung ist, die individuelle Freiheit erst ermöglicht.⁴⁷ Zu den legitimen Interessen der Allgemeinheit zählt daher auch die Einhaltung der verfassungsmäßigen Gesetze, weil nur dadurch ein geordnetes Zusammenleben möglich ist.⁴⁸ An dieser Stelle kann der Prozess der demokratischen Willensbildung ansetzen und weitere Belange ins Interesse der Allgemeinheit aufnehmen.⁴⁹

Darüber hinaus fällt es schwer, legitime Interessen der Allgemeinheit und darauf aufbauend einzelne Elemente des Gemeinwohls verbindlich zu bestimmen.⁵⁰ Vielmehr gibt es eine Vielzahl einander möglicherweise widersprechender Interessen, aus deren Abwägung sich das öffentliche In-

44 Der Gemeinwohlbegriff in verschiedenen Systemen bei *Reinhardt*, Öffentliches Interesse (Fn. 31), S. 440 f. Dabei ist der Gemeinwohlbegriff in totalitären Systemen leichter operationalisierbar als in pluralistischen Demokratien.

45 In diesem Sinne auch *Harbarth*, Gemeinwohl (Fn. 26), 552.

46 *Reinhardt*, Öffentliches Interesse (Fn. 31), S. 441.

47 *Reinhardt*, Öffentliches Interesse (Fn. 31), S. 441.

48 *Reinhardt*, Öffentliches Interesse (Fn. 31), S. 441.

49 Vgl. zum Gemeinwohl als verfassungsrechtliche Zielgröße: BVerfGE 42, 312 (332) „Das Grundgesetz hat nicht eine virtuell allumfassende Staatsgewalt verfaßt, sondern den Zweck des Staates materialiter auf die Wahrung des Gemeinwohls beschränkt, in dessen Mitte Freiheit und soziale Gerechtigkeit stehen. Die Gewährleistung der Freiheitsrechte ist Ausdruck dafür, daß das Grundgesetz den Staat nicht als den Hüter eines Heilsplans versteht, kraft dessen der legitimiert erschien, dem Menschen die Gestaltung seines Lebens bis in die innersten Bereiche des Glaubens und Denkens hinein verordnen zu dürfen.“

50 *Harbarth*, Gemeinwohl (Fn. 26), 539.

teresse im Einzelfall ergeben kann.⁵¹ „Das Gemeinwohl“ taugt, aufgrund seiner Unbestimmtheit und der strikten Einzelfallbezogenheit, nach der hier vertretenen Ansicht, nicht als gesellschaftsrechtliche Zielgröße. Es ist als gesellschaftsrechtliche Zielgröße aber auch entbehrlich:⁵² Eine autonome Maßnahme einer Aktiengesellschaft ist legitim, als Ausdruck der ihr zustehenden Freiheitsrechte; ein Rückgriff auf „das Gemeinwohl“ (und die damit verbundene Inanspruchnahme definitorischer Hoheit) ist entbehrlich.⁵³

2. Operationalisierung des „Gemeinwohls“

Im Folgenden soll in einem Zweischritt nachskizziert werden, wie legitimen Interessen der Allgemeinheit und Wahrung individueller Rechte Rechnung zu tragen sein könnte, also das Gemeinwohl als gesetzgeberische Zielgröße operationalisiert werden könnte.⁵⁴ Zunächst ist zu ermitteln, wo welches Interesse der Allgemeinheit mit welchen Individualinteresse tatsächlich konfliktiert (a.). Anschließend ist darzustellen, welche Mechanismen der Gesetzgeber zum Interessenausgleich einsetzen kann (b.).

a) Schritt 1: Ermittlung relevanter, konkreter Konfliktlagen

Dass Interessen der Allgemeinheit mit Individualinteressen der Gesellschaft konfliktieren, ist keinesfalls die Regel.⁵⁵ Der erste Schritt muss daher sein, die konkrete Konfliktlage zu ermitteln, um in einem zweiten Schritt eine Lösung entwickeln zu können, deren Qualität sich danach beurteilt, ob sie sowohl dem Allgemein- als auch dem Individualinteresse möglichst weitgehend zur Geltung verhilft.

51 Reinhardt, Öffentliches Interesse (Fn. 31), S. 443.

52 Darüber sogar noch hinausgehend Reinhardt, der in der „Auflösung“ der Begriffe „öffentliche Interesse“ und „Gemeinwohl“ einen notwendigen Schritt zum effektiven Ausgleich widerstreitender Interessen durch die Rechtsordnung sieht, Reinhardt, Öffentliches Interesse (Fn. 31), S. 442 f.

53 Im Ergebnis ebenso: H. Westermann, Die Unternehmerische Leitungsmacht des Vorstandes der Genossenschaft nach geltendem und zukünftigen Genossenschaftsrecht im Vergleich zur Leitungsmacht des Vorstandes der AG, in: K. Pleyer/D. Schultz/E. Schwinge, Festschrift für Rudolf Reinhardt zum 70. Geburtstag, Köln 1972, S. 359 (365).

54 so Reinhardt, Öffentliches Interesse (Fn. 31), S. 444 ff.

55 Reinhardt, Öffentliches Interesse (Fn. 31), S. 443: Gerade kein „wesenhafter Gegen- satz“ von privaten und öffentlichen Interessen.

Die Anzahl der tatsächlichen und vorstellbaren Konfliktlagen ist nicht bezifferbar. Bei *Reinhardt* findet sich eine – nicht abschließende – Kategorisierung typischer Konfliktlagen: (i.) Preisgestaltung, (ii.) Bestmögliche Versorgung, (iii.) Beschäftigung, (iv.) Technischer Fortschritt und (v.) Erhaltung gesamtwirtschaftlich wichtiger Unternehmen und Werte.⁵⁶

Vor dem Hintergrund jüngerer Entwicklungen könnte man, auch ohne den Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben, wie folgt ergänzen: (vii.) Intertemporale Freiheitssicherung und Erhalt des Weltklimas⁵⁷, (viii.) Globalisierung und Lieferkettensorgfalt, (ix.) Funktionsfähigkeit der Kapitalmärkte.

b) Schritt 2: Bewältigung der Konfliktlage (Wertung – Abwägung – Durchsetzung)

Anhand dieser Kategorien ergibt sich ein Eindruck der zu bewältigenden Konfliktlagen. In einem zweiten Schritt wähgt der parlamentarische Gesetzgeber Interessen der Allgemeinheit gegen Individualinteressen ab und gleicht sie gegeneinander aus. Ergebnis ist das – durchaus umfangreiche – Pflichtenprogramm der Gesellschaften.⁵⁸

Gegenstand dieses Abschnittes ist eine Übersicht über die Regelungsmechanismen, die dem Gesetzgeber zur Operationalisierung dieses Prozesses (Wertung – Abwägung – Durchsetzung) zu Verfügung stehen.⁵⁹ Diese Maßnahmen unterscheiden sich darin, wie effektiv sie ein bestimmtes Verhalten hervorrufen, wie eingriffsintensiv in Bezug auf Freiheitsrechte sie sind und wie passgenau sie die Interessen im Einzelfall ausgleichen können:

(i) Denkbar eingriffsintensiv ist die Abschaffung des privaten Unternehmertums als solches durch Sozialisierung. Diese führt im Übrigen nicht zur Konfliktbeilegung, sondern lediglich zu einer Verlagerung auf einen Konflikt zwischen staatlichem Träger der Unternehmertätigkeit und Interessen der Allgemeinheit.⁶⁰ Als Anwendungsfall verbleiben insbesondere Tätigkeiten der kommunalen

56 *Reinhardt*, Öffentliches Interesse (Fn. 31), S. 444 ff.

57 Vgl. BVerfG Beschluss vom 24. März 2021 - 1 BvR 2656/18.

58 *Harbarth*, Gemeinwohl (Fn. 26), 543.

59 Eine ähnliche Übersicht, die hier um jüngere Entwicklungen ergänzt wird, findet sich bei *Reinhardt*, Öffentliches Interesse (Fn. 31), S. 446 ff.

60 *Reinhardt*, Öffentliches Interesse (Fn. 31), S. 446.

- Daseinsvorsorge und Unternehmen, deren Zweck nicht gleichwertig durch privatwirtschaftliche Initiative erfüllt werden kann.⁶¹
- (ii.) Ebenfalls nur zu einer Verlagerung des Konfliktes führt die Externalisierung („outsourcing“) von Unternehmenstätigkeit im Zuge der, mitunter staatlich beförderten, internationalen Arbeitsteilung. Das führt dazu, dass Konflikte mit dem örtlichen Allgemeininteresse zulasten des Allgemeininteresses eines Drittstaates verschoben werden.⁶² Dem wirkt der Gesetzgeber beispielsweise durch die Etablierung internationaler Lieferkettenverantwortlichkeit entgegen.
- (iii.) Ein klassisches Instrument ist die Schaffung zwingenden Rechts, also von Ge- und Verboten, die der Aktiengesellschaft unmittelbar ein bestimmtes Verhalten aufgegeben oder untersagen und ihre Rechtsfolgen selbst bestimmen. Hier finden Wertung und Abwägung generell-abstrakt durch den Gesetzgeber statt, der regelmäßig Durchsetzungs- bzw. Sanktionsmechanismen implementiert.
- (iv.) Weiteres Instrument ist die Schaffung von Ermächtigungsnormen für die Exekutive, bei denen sich Gesetzgeber und Verwaltung Wertung und Abwägung teilen, um dem Gebot materieller Gerechtigkeit im Einzelfall Genüge zu tun. Dabei übernehmen Aufsichts- und Kontrollbehörden, klassisch über Verwaltungsakte, die Durchsetzung.⁶³
- (v.) Weiterhin kommt die Schaffung von Generalklauseln, die die Aktiengesellschaft⁶⁴ – oder einzelne Organe⁶⁵ – zu einem bestimmten Verhalten oder zur Berücksichtigung bestimmter Belange anhalten, ohne aber zu einer bestimmten Verhaltensweise zu zwingen. Auch der Eingriff in die Verfassung der Aktiengesellschaft, beispielsweise durch Zuweisung bestimmter Kompetenzen an bestimmten Organe, kann zu einer gesteigerten Berücksichtigung der Belange der Allgemeinheit führen.

61 Vgl. dazu etwa §§ 102 ff. GemO BW.

62 Zu deren – mitunter verheerenden – Auswirkungen: G. Neuwald, Der Kik-Fall – Lösungsansätze zur Grenzüberschreitenden BGB-Deliktshaftung für Menschenrechtsverstöße von Zulieferern, S. 143 ff.

63 Vgl. Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage, Heidelberg 2022, Rn. 276 f.

64 s. oben S. 55 ff.

65 Die Eignung dieses Ansatzes, bestimmte rechtspolitische Ziele zu verwirklichen wird unten ausführlich erörtert, s. S. 75 ff.

- (vi.) Als besonders modern, weil von geringer Eingriffsintensität,⁶⁶ gilt die Schaffung eines Anreizsystems für die Aktiengesellschaft, sich „gut“ zu verhalten. Dabei knüpft der Gesetzgeber an ein bestimmtes Verhalten appetitive oder aversive Konsequenzen, etwa durch Steuern und Abgaben, Subventionen oder Vergabeentscheide, die Verhaltensökonomik spricht von Nudging.
- (vii.) Öffentlicher Druck kann verhaltenssteuernden Einfluss auf die Aktiengesellschaft haben. Der Gesetzgeber kann diesen fundieren und konkretisieren, etwa durch die Schaffung von Publizitätspflichten, inwiefern die Unternehmenstätigkeit auf Interessen der Allgemeinheit Rücksicht nimmt. Vor dem Hintergrund internationaler (Lieferketten)Verantwortlichkeit und der globalen Klimakrise gewinnt öffentlicher Druck als Instrument an Bedeutung: Auf gesamtgesellschaftlicher Ebene in Gestalt eines gesteigerten Bewusstseins der Bevölkerung, befeuert durch Aktivistengruppen, auf Ebene der Aktiengesellschaft insbesondere in Gestalt aktivistischer (institutioneller) Investoren.

Zur Verwirklichung eines Interesses der Allgemeinheit treten regelmäßig mehrere der (nicht abschließend) aufgezeigten Möglichkeiten zueinander in Konkurrenz. Soweit es nicht gelingt, ohne Eingriff in die Individualrechte aus Art. 2 I, 12 I und 14 I GG einen Gleichlauf der öffentlichen und privaten Interessen herzustellen, ist der Gesetzgeber auch bei der Auswahl des zu ergreifenden Mittels an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden.

D. Ein gesellschaftsrechtliches Kompetenzproblem

Auf der Ebene des Unternehmensverhaltensrechts wurde festgestellt, dass eine Rechtspflicht der Gesellschaft, heteronom vorgegebenen Interessen („dem Gemeinwohl“) zuträglich zu sein, nicht gibt.⁶⁷ Ferner wurde gezeigt, dass die Aktiengesellschaft Adressatin widerstreitender, rechtlich fundierter Interessen ist. Mit diesen Feststellungen verlagert sich die Frage von der Ebene des Unternehmensverhaltensrecht auf die innergesellschaftliche Ebene der Organe, namentlich des Vorstandes und der Hauptversammlung.

66 R. Thaler/C. Sunstein, *Nudge*, New Haven 2008, S. 14 f.

67 s. oben S. 57 f.

Der Vorstand muss die Gesellschaft „unter eigener Verantwortung“ leiten, aber was ist Richtlinie seiner eigenverantwortlichen Leitung? (I.). In der Hauptversammlung treffen sich die Eigenkapitalgeber als Eigentümer der Gesellschaft – welche Möglichkeiten, den Gebrauch ihres Eigentums zu beeinflussen, verbleiben Ihnen im Wechselspiel mit der Geschäftsleitung? (II.).

I. Der Vorstand – Leitung der Gesellschaft „unter eigener Verantwortung“

Dem Vorstand als Leitungsorgan der Aktiengesellschaft ist, in den Worten des Bundesverfassungsgerichts⁶⁸, „die eigenverantwortliche Nutzung des von den Anteilseignern zur Verfügung gestellten Kapitals [übertragen].“ Dabei ist dem Vorstand die „Wahrung von Interessen aufgegeben, die nicht notwendig diejenigen der Anteilseigner sein müssen.“⁶⁹

Im folgenden Abschnitt soll die Rolle des Vorstandes im institutionellen Geflecht der Aktiengesellschaft beleuchtet werden, insbesondere, wessen Interessen für die eigenverantwortliche Leitung nach § 76 I AktG maßgebend sind.

1. Verbindliche Leitplanken des Vorstandshandelns: Rechtspflichten und satzungsmäßige Ziele der Gesellschaft

Wo die Aktiengesellschaft Adressatin zwingenden Rechts ist, setzt sich dieses gegenüber allen Partikularinteressen durch.⁷⁰ Das Gesellschaftsrecht übersetzt diese Bindung der Gesellschaft in eine Bindung der handelnden Organe an das Pflichtenprogramm der Aktiengesellschaft: Auf Leitungsebene in die Bindung des Vorstandes gem. §§ 76, 77 AktG, auf Kontrollebene in die Bindung des Aufsichtsrats, gem. § 111 AktG. Die Legalitätspflicht wirkt so als *Transmissionsriemen* und nimmt den Vorstand in die persönliche Verantwortung (und Haftung), sicherzustellen, dass sich die Aktiengesellschaft im Außenverhältnis rechtskonform verhält.⁷¹ Gem. § 396 I

68 BVerfGE 50, 290 (343).

69 BVerfGE 50, 290 (343).

70 P. Ulmer, Aktienrecht im Wandel, AcP 202 (2002), 143 (158).

71 dazu: M. Lieberknecht, Die internationale Legalitätspflicht, Hürth 2021, S. 1 ff.

AktG kann gesetzeswidriges⁷², gemeinwohlgefährdendes Verhalten der Verwaltungsträger, insb. des Vorstandes, sogar zur Auflösung der Aktiengesellschaft führen.

Das Zivilrecht stellt darüber hinaus Durchsetzungsmechanismen für das privatrechtliche Pflichtenprogramm der Gesellschaft zur Verfügung, dessen Erfüllung ebenfalls in der Verantwortung des Vorstandes liegt.

Ist die Gesellschaft also im Außenverhältnis – durch Recht oder Marktmechanismen⁷³ – an bestimmte Stakeholderinteressen gebunden, setzt sich diese Bindung im Innenverhältnis als Bindung ihrer Organe fort.⁷⁴

Der Vorstand ist darüber hinaus verpflichtet, die satzungsmäßigen Ziele der Gesellschaft zu verwirklichen und soweit erforderlich zu konkretisieren. Insbesondere ist er bei seiner Leitung an den Gegenstand des Unternehmens, § 23 III Nr. 2 AktG, gebunden.⁷⁵ Gegenüber den anderen Organen der Gesellschaft ist der Vorstand, abgesehen von zustimmungsbedürftigen Geschäften, § 111 IV 2 AktG, in der Leitung der Gesellschaft nicht weisungsgebunden.⁷⁶

2. Richtschnur der eigenverantwortlichen Leitung

Die eingangs aufgeworfene Frage, wessen Interessen die Aktiengesellschaft zu dienen hat, stellt sich erst dort, wo die Aktiengesellschaft zwar als Unternehmensträgerin am Rechts- und Sozialleben teilnimmt, aber kein rechtliches Pflichtenprogramm erfüllen muss, wo es also um die Verwirklichung der ihr zustehenden Freiheitsrechte⁷⁷ geht. An dieser Stelle verlagert sich ein Problem des Unternehmensverhaltensrechts auf die Ebene des Gesellschaftsrecht:⁷⁸ Welches Organ der Gesellschaft ist berufen, die Spielräume, die der Gesellschaft als Grundrechtsberechtigte verbleiben, auszunutzen? Das Aktienverfassungsrecht weist diese Rolle zunächst dem Vorstand zu,

72 Unter Verkennung dieses Tatbestandsmerkmals ging, so *Rittner*, die Mehrheit in den Ausschüssen davon aus, die Gesellschaft sei über das gesetzliche Pflichtenprogramm dem Gemeinwohl verpflichtet, vgl. *Rittner*, Verantwortlichkeit (Fn. 33), S. 143.

73 *H. Fleischer* in: M. Hessler (GesamtHrsg) G. Spindler/G. Stilz (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR, 01.04.2023, AktG § 76 Rn. 31.

74 *Ulmer*, Aktienrecht (Fn. 70), 158.

75 *Rittner*, Verantwortlichkeit (Fn. 33), S. 150.

76 *W. Timm*, Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze, Köln 1980, S. 21.

77 s. oben S. 57 f.

78 *H.P. Westermann*, Gesellschaftliche Verantwortung des Unternehmens als Gesellschaftsrechtsproblem, ZIP 1990, 771 (772 f.).

der die Aktiengesellschaft nach § 76 I AktG unter eigener Verantwortung leitet.⁷⁹

§ 76 I AktG erschöpft sich in dieser Funktionsbestimmung. Eine dogmatisch zwingende Lesart, wessen Interessen der Vorstand dabei zu verfolgen hat, ergibt sich nicht. Daher entzündet sich an der Frage, welche Interessen maßgeblich für das Vorstandshandelns sind, ein Meinungsstreit. Gleichzeitig wird die offene Frage des Unternehmensverhaltensrechts nach dem Existenzgrund und -recht der Aktiengesellschaft („Aktiengesellschaft, *cui bono?*“) in Gestalt eines gesellschaftsrechtlichen Kompetenzproblems (erst) an dieser Stelle zum Schwur geführt.

Eine Ansicht geht davon aus, dass der Vorstand bei der eigenverantwortlichen Leitung der Gesellschaft die Partikularinteressen aller am Unternehmen Beteiligten, einschließlich der Allgemeinheit, (Stakeholder) zu berücksichtigen hat. Diese Sicht wird als interessenpluralistisches Konzept vorgestellt (a.). Die Gegenansicht beschränkt das Mandat des Vorstandes auf die Verwirklichung des Gesellschaftsinteresses, also des Interesses der Shareholder an der Gesellschaft (b.). Gegenstand des folgenden Abschnittes ist, nach der Wiedergabe der Positionen, die knappe Darstellung der Konfliktlinie und der praktischen Auswirkungen des Meinungsstreites (c.). Anschließend ist auf die bisher weniger beachtete Frage des Inhalts der maßgeblichen Partikularinteressen einzugehen und die daran anknüpfende Kritik an der herrschenden Meinung darzustellen (d.).

a) Interessenpluralistisches Konzept: Der Vorstand als Mediator aller Interessenträger

Die herrschende Meinung geht davon aus, dass der Vorstand zur Verwirklichung des Unternehmensinteresses mandatiert sei. Das Unternehmensinteresse ist die Summe aller unternehmensbezogener Partikularinteressen (*stakeholder interest approach*), einschließlich des Gemeinwohls.⁸⁰ Dieses gebe Leitlinien für die eigenverantwortliche Leitung des § 76 I AktG vor

79 H.J. Mertens, Zur Auslegung und zum Verhältnis von § 76 Abs. 1 und § 58 AktG im Hinblick auf uneigennützige Aktivitäten der Aktiengesellschaft, in: H. Havermann (Hrsg.), Festschrift zum 65. Geburtstag von Dr. Dr. h.c. Reinhard Goerdeler, Düsseldorf 1987, S. 349 (356 ff.).

80 J. Koch in: J. Koch, Aktiengesetz, 16. Auflage, München 2022, § 76 Rn. 28; KölnKom-mAktG/Mertens/Cahn § 76 Rn. 15 m.w.N.

und sei Korrelat des spezifischen Beitrags, den alle Bezugsgruppen im Unternehmen leisten.⁸¹

Die Aktionäre sind dabei eine der Bezugsgruppen des Unternehmensinteresses. Ihr spezifischer Beitrag ist die Ausstattung der Gesellschaft mit Eigenkapital. Die Berücksichtigungsfähigkeit ihrer Belange ist allgemein anerkannt. Innerhalb der herrschenden Meinung ist umstritten, ob ihren Belangen in der Abwägung ein Gewichtungsvorsprung zuzuerkennen ist, oder ob sie den anderen Stakeholderinteressen gleichrangig gegenüberstehen.⁸² Anerkannt ist, dass Bestand und Rentabilität der Aktiengesellschaft bei der Verfolgung von Nichtaktionärsinteressen wirtschaftlich die äußere Grenze zulässigen Vorstandshandelns markieren:⁸³ der Vorstand ist nicht befugt, Mittel der Gesellschaft bis zu deren Vermögenslosigkeit für Nichtaktionärsbelange zu verwenden.⁸⁴ *Harbarth* weist darauf hin, dass ein solches Verhalten des Vorstandes auch dem öffentlichen Interesse an fortlaufenden Steuerzahlungen und dem Arbeitnehmerinteresse an Beschäftigungssicherheit zuwiderliefe.⁸⁵

b) Interessenmonistisches Konzept: Der Vorstand als Agent zur Verwirklichung des Gesellschaftsinteresses

Nach der Gegenansicht ist der Vorstand mandatiert, das Gesellschafts- oder Verbandsinteresse der Aktionäre zu verwirklichen. Der tradierte Inhalt des Gesellschaftsinteresses ist die Steigerung des Unternehmenswertes, verstanden als Erhöhung des Eigenkapitals durch die Unternehmenstätigkeit im Sinne der Shareholder Value-Doktrin.⁸⁶ Anderen Partikularinteressen ist durch die Befolgung zwingenden Rechts abschließend Rechnung getra-

81 Zurecht kritisch: *Fleischer* (Fn. 73), AktG § 76 Rn. 33 m.w.N.

82 Dafür: *P. Mülbert*, Soziale Verantwortung von Unternehmen im Gesellschaftsrecht, AG 2009, 766 (770); *Koch* (Fn. 80), AktG § 76 Rn. 31.

83 *Fleischer* (Fn. 73), AktG § 76 Rn. 27; *Harbarth*, Gemeinwohl (Fn. 26), 551; BGH NJW 2002, 1585 (1586 f.); *Martens*, Das Bundesverfassungsgericht und das Gesellschaftsrecht, ZGR 1979, 493 (515 f.).

84 Zurecht kritisch bezüglich der Bedeutung dieser äußeren Grenze: *J. Vetter*, Geschäftsführerpflichten zwischen Legalität und Legitimität, ZGR 2018, 338 (347).

85 *Harbarth*, Gemeinwohl (Fn. 26), 551.

86 Einführung bei *P. Mülbert*, Shareholder Value aus rechtlicher Sicht, ZGR 1997, 129 (131 ff.).

gen,⁸⁷ sodass sich jede einzelne Leitungsentscheidung des Vorstandes zu mindest mittelbar in das Gesellschaftsinteresse einfügen muss.⁸⁸

Diese herausragende Stellung des Partikularinteresses der Aktionäre ergibt sich aus der gesellschaftsrechtlichen Risikozuweisung:⁸⁹ Die Aktionäre statten die Aktiengesellschaft mit Eigenkapital aus, verhelfen ihr zur Rechtsfähigkeit und können sie jederzeit voraussetzungslos auflösen, § 262 II Nr. 2 AktG. Sie tragen das Restbetragsrisiko der Unternehmensstabilität, ihnen steht damit nur das zu, was nach Abzug der Verbindlichkeiten aller anderen – festbetragsbeteiligten – Stakeholder übrigbleibt, woraus sich deren exponierte Stellung gegenüber jenen ergebe.⁹⁰

c) Praktische Bedeutung des Jahrhundertstreits und Verlauf der Konfliktlinie

Die Positionen stehen sich in einem „Jahrhundertstreit“ scheinbar dichtom gegenüber, beantworten sie doch die Frage nach dem Existenzgrund und -recht der Aktiengesellschaft unterschiedlich. Insoweit es um die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Leitungsentscheidungen des Vorstandes geht, trügt dieser Schein⁹¹, diese lassen sich rechtspraktisch in der Regel unter Zugrundlegung beider Ansichten rechtfertigen (aa), das erklärt auch die Zurückhaltung der Rechtsprechung in dieser Frage (bb). Ein Streitentscheid ist deshalb nur in seltenen Fällen erforderlich, in diesen ist § 76 I AktG Ausgangspunkt der Überlegung (cc).

87 vgl. *Mülbert*, Shareholder Value (Fn. 86), 150; *P. Mülbert*, Marktwertmaximierung als Unternehmensziel der Aktiengesellschaft, in: G. Crezelius/ H. Hiert/ K. Vieweg, Festschrift für Völker Röhricht, Köln 2005, 421 (424 ff.); *U. Wackerbarth*, Von golden shares und poison pills: Waffengleichheit bei internationalen Übernahmangeboten, WM 2001, 1741 (1744).

88 *Grigoleit/Tomasic* in: *Grigoleit*, Aktiengesetz, 2. Auflage, München 2020, § 93 Rn. 8.

89 *Fleischer* (Fn. 73), AktG § 76 Rn. 34.

90 *Fleischer* (Fn. 73), AktG § 76 Rn. 34.

91 *G. Bachmann*, Zielsetzung und Governance von Unternehmen im Lichte der Klimaverantwortung, ZHR 187 (2023), 166 (178); *Koch* (Fn. 80), AktG § 76 Rn. 29 f.

aa) Zugeständnisse der Konzepte und weitgehende Entschärfung durch das Aktienverfassungsrecht

Beide Konzepte tragen dem anderen jeweils insoweit Rechnung, als sich die allermeisten Entscheidungen der Unternehmensleitung (haftungsrechtlich) problemlos unter beiden Konzepten rechtfertigen lassen:⁹²

Das interessenpluralistische Konzept stellt die Aktionärsinteressen als ein zu berücksichtigendes Partikularinteresse in die Abwägung ein und billigt dem Vorstand als Kernbereich der eigenen Verantwortlichkeit weites Ermessen bei der Interessenmediation zu.

Das interessenmonistische Gegenkonzept, geht zwar davon aus, dass der Vorstand das Gesellschaftsinteresse als Richtschnur seinem Handeln zugrunde zu legen hat, andere Interessen also nicht um ihrer selbst willen berücksichtigungsfähig sind, lässt es aber genügen, dass eine Leitungsentcheidung im mittelbaren Gesellschaftsinteresse liegt:⁹³ Damit ist Maßnahmen zugunsten anderer Stakeholder der Weg bereitet, wenn sie sich nur mittelbar, beispielsweise produktivitäts-⁹⁴ oder reputationssteigernd,⁹⁵ in das Gesellschaftsinteresse einfügen.⁹⁶ Bei der Beurteilung, ob dem so ist, wird dem Vorstand weites Einschätzungsermessen zugebilligt. Auf das Kriterium der Quantifizierbarkeit, wonach eine Maßnahme zugunsten der Stakeholder nur zulässig ist, wenn der Vorstand auf „Heller und Pfennig“⁹⁷ nachweist, welche unternehmenswertbezogenen Vorteile zu erwarten sind, wird mangels Praktikabilität regelmäßig verzichtet.⁹⁸

92 Vetter, Geschäftsleiterpflichten (Fn. 84), 346.

93 Fleischer (Fn. 73), AktG § 76 Rn. 34 ff; H. Fleischer, Gesetzliche Unternehmenszielbestimmungen i. Aktienrecht, ZGR 2017, 411 (415); weitere Nachweise bei Vetter, Geschäftsleiterpflichten (Fn. 84), 345.

94 Das rechtfertigt, gemeinsam mit der betriebswirtschaftlichen Erwägung, Arbeitnehmerfluktuation möglichst zu vermeiden, sog. freiwilligen Sozialleistungen an Arbeitnehmer, vgl. Rittner, Verantwortlichkeit (Fn. 33), S. 154.

95 Darunter fallen Sponsorings oder Spenden, die den *public relations* eines Unternehmens zuträglich sind. Echte, i.e. rein altruistische, Freigebigkeit ist selten; vgl. Rittner, Verantwortlichkeit (Fn. 33), S. 155.

96 vgl. zum Business Case ESG: M. P. Weller/ V. Hoppmann, Environmental Social Governance (ESG) – Neue Kompetenzen der Hauptversammlung, AG 2022, 640 (642).

97 Kritisch zu diesem Kriterium Vetter, Geschäftsleiterpflichten (Fn. 84), 345.

98 Vetter, Geschäftsleiterpflichten (Fn. 84), 344 ff. m.w.N.; dezidiert anders: Mülbert, Soziale Verantwortung (Fn. 82), 772 f.

bb) Position der Rechtsprechung

Die Frage, an wessen Interessen der Vorstand die Leitung der Aktiengesellschaft auszurichten hat, ist eine Rechtsfrage mit Beurteilungsermessens.⁹⁹ Als solche ist sie der Überprüfung durch den Aufsichtsrat zugänglich und findet, über den Entlastungsbeschluss, Eingang in die Hauptversammlung.¹⁰⁰ Bei Inanspruchnahme des Vorstandes durch die Gesellschaft nach § 93 II 1 AktG wird sie justizierbar.¹⁰¹

Dabei ist die Bedeutung der Frage in der Geschäftspraxis der Vorstände wesentlich größer als in der Rechtsprechung.¹⁰² Da sich aber Leitungsent-scheidungen aufgrund der Flexibilität beider Konzepte in der Regel problemlos nach beiden Ansichten rechtfertigen lassen,¹⁰³ hat die Rechtsprechung bisher nicht eindeutig Stellung bezogen und verwendet die Begriffe „Gesellschaftsinteresse“ und „Unternehmensinteresse“ uneinheitlich.¹⁰⁴ Nach herrschender Lesart wird der BGH innerhalb der interessenpluralistischen Ansicht verortet.¹⁰⁵ Das BVerfG stellt im Urteil zum Mitbestimmungsgesetz 1979 lediglich *en passant* fest, dass dem Vorstand die Wahrung fremder Interessen aufgegeben sei, die „nicht notwendig diejenigen der Anteilseigner sein müssen.“¹⁰⁶

cc) Unergiebigkeit der Auslegung des § 76 I AktG

Für die Rechtspraxis ergeben sich aus den vorgenannten Vorgaben operable Maßstäbe: Ein Streitentscheid ist erforderlich, wenn finanzwirksames Vorstandshandeln zugunsten eines Stakeholders aus *ex-ante* Perspektive

99 Westermann, Gesellschaftliche Verantwortung (Fn. 78), 776.

100 Westermann, Gesellschaftliche Verantwortung (Fn. 78), 776.

101 Westermann, Gesellschaftliche Verantwortung (Fn. 78), 776.

102 Diese Asymmetrie beobachtet Rittner sowohl unter der Richtlinienbestimmung des § 70 I AktG 1937 als auch unter dem § 76 AktG 1965, vgl. Rittner, Verantwortlichkeit (Fn. 33), S. 141 f.

103 Ebenso: Vetter, Geschäftsleiterpflichten (Fn. 84), 346.

104 vgl. Fleischer (Fn. 73), AktG § 76 Rn. 27.

105 H. Henze, Leitungsverantwortung des Vorstands - Überwachungspflicht des Aufsichtsrats, BB 2000, 209 (212); Fleischer (Fn. 73), AktG § 76 Rn. 27; a.A. Mülbert, Marktwertmaximierung (Fn. 87), S. 434.

106 BVerfGE 50, 290 (343).

nicht zumindest im mittelbaren Gesellschaftsinteresse liegt.¹⁰⁷ In der Literatur werden als Beispiele vor allem Fälle echter Freigebigkeit, darunter nicht öffentlichkeitswirksame, *i.e.* nicht reputationssteigernde, Spenden diskutiert.¹⁰⁸

Erster Anknüpfungspunkt im Kollisionsfall ist wiederum § 76 I AktG,¹⁰⁹ wonach „[d]er Vorstand unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten [habe].“ § 76 I AktG 1965 hat die Funktionsbestimmung seiner Vorgängervorschrift, § 70 I AktG 1937¹¹⁰ übernommen, dessen interessenpluralistische Richtlinienbestimmung aber – letztlich –¹¹¹ ausgelassen.¹¹²

Diese Auslassung wird unterschiedlich bewertet. Teilweise wird von der stillschweigenden Fortgeltung der interessenpluralistischen Bestimmung als „quasi selbstverständlich“¹¹³, teilweise von deren Erledigung¹¹⁴ mangels verbleibender Bedeutung¹¹⁵ und teils von der gezielten Streichung¹¹⁶ ausgegan-

107 Zum Kriterium „Finanzwirksamkeit“ bereits *M. Dreher*, Unternehmen und Politik, ZHR 1991, 349 (359 ff.).

108 Vgl. *Empt*, Corporate Social Responsibility, 2004, 124 f.; *Harbarth*, Gemeinwohl (Fn. 26), 541 f.

109 *Rittner*, Verantwortlichkeit (Fn. 33), S. 142.

110 § 70 I AktG 1937: „Der Vorstand hat 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.“

111 Ausführlich *D. Baas*, Leitungsmacht und Gemeinwohlbindung der AG, Heidelberg 1976, S. 65 ff.

112 Der österreichische Reformgesetzgeber hat § 70 I AktG 1937 in § 70 I öAktG 1965 auch dessen Richtlinienbestimmung (sprachlich) neu gefasst: „Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses es erfordert.“; vgl. dazu: *Fleischer*, Unternehmenszielbestimmungen (Fn. 93), 421 ff.

113 *P. Raisch*, Zum Begriff und zur Bedeutung des Unternehmensinteresses als Verhaltensmaxime von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern, in: *R. Fischer/P. Ulmer* (Hrsg.), Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht - Festschrift für Wolfgang Hefermehl, München 1976, S. 347 (352 f.); *W. Schilling*, Macht und Verantwortung in der Aktiengesellschaft (oder das Prinzip der Interesseneinheit), in: *K. Ballerstedt* (Hrsg.), Festschrift für Ernst Gessler, München 1971, 159 (168 f.).

114 Gegen die Annahme der Fortgeltung: *Harbarth*, Gemeinwohl (Fn. 26), 548; *Dreher*, Unternehmen und Politik (Fn. 107), 355.

115 *Mülbert*, Soziale Verantwortung (Fn. 82), 770; *Rittner*, Verantwortlichkeit (Fn. 33), S. 142 ff.; *Westermann*, Leitungsmacht des Vorstandes (Fn. 53), S. 365; *H. Wiedemann*, Grundfragen der Unternehmensverfassung, ZGR 1975, 385 (425).

116 *Rittner*, Verantwortlichkeit (Fn. 33), S. 142: „[S]o deutlich wie in dem ersatzlosen Streichen einer Rechtsnorm (oder eines Rechtsnormteils) kann der Gesetzgeber seinen Willen zur Änderung kaum manifestieren.“

gen. Erkenntnisse sind heute aus dieser Auslassung vor dem Hintergrund aktienrechtlicher Reformen nicht mehr zu gewinnen.¹¹⁷ Versuche, den Reformen eine eindeutig gesetzgeberische Entscheidung zugunsten der interessenmonistischen oder der interessenpluralistischen Auslegung des § 76 I AktG zu entnehmen, haben sich zurecht nicht durchgesetzt, zumal der historische Gesetzgeber 1965 am Ende näher an einer Richtlinienbestimmung für *die Gesellschaft* (auf Ebene des Unternehmensverhaltensrecht) als für den Vorstand (auf Organebene) war.¹¹⁸

d) Kritik an der herrschenden Meinung: Unternehmensinteresse als Zielgröße beliebigen Vorstandshandelns

Die gesellschaftsrechtlich vermittelte Machtfülle des Vorstandes in der Aktiengesellschaft ist gegenüber der des GmbH-Geschäftsführers bereits deutlich erweitert: Er leitet die Gesellschaft gem. § 76 I AktG unter eigener Verantwortung und weisungsfrei, seit dem AktG 1937 auch gegenüber der Hauptversammlung. Das Haftungsregime des § 93 II 1 AktG stellt hohe Hürden an die Inanspruchnahme des Vorstandes durch die Gesellschaft.¹¹⁹ Die Auslassung der Richtlinienbestimmung durch § 76 I AktG 1965 hat dieses Problem weiter verschärft: Schon mit der Richtlinienbestimmung des § 70 I AktG 1937 gab es keine verbindliche Rangfolge innerhalb dessen Wertetrias.¹²⁰ Das herrschende interessenpluralistische Konzept erweitert diskretionäre Spielräume des Vorstandes, also solche in denen Handlungsentscheidungen diesem nicht (durch eine eindeutige Zielgröße) heteronom vorgezeichnet sind, noch einmal beträchtlich.¹²¹

117 *Fleischer* (Fn. 73), AktG § 76 Rn. 23.

118 Deutscher Bundestag, 4. WP., 184. Sitzung vom 19. Mai 1965, S. 9217 f.: Vorschlag eines § 72a AktG „Die Gesellschaft hat das Unternehmen unter Berücksichtigung des Wohles seiner Arbeitnehmer, der Aktionäre und der Allgemeinheit zu betreiben.“ Die Debatte im Zuge des AktG 1965 kreiste um diesen Vorschrift, nicht um die Übernahme der Richtlinienbestimmung für den Vorstand. Äußerungen, das verstehe sich von selbst, bezogen sich auf diese Norm, nicht auf die Fortgeltung der Richtlinienbestimmung, vgl. *Rittner*, Verantwortlichkeit (Fn. 33), S. 142 f.; *Westermann*, Leitungsmacht des Vorstandes (Fn. 53), S. 365.

119 Allgemeine Einigkeit besteht, dass die Verpflichtung des Vorstandes nur gegenüber der Gesellschaft besteht *Fleischer*, Unternehmenszielbestimmungen (Fn. 93), 423 f.

120 *Rittner*, Verantwortlichkeit (Fn. 33), S. 142.

121 *Fleischer* (Fn. 73), AktG § 76 Rn. 34.

Nach herrschender Meinung kann der Vorstand der Inanspruchnahme durch die Gesellschaft wegen Verletzung des Gesellschaftsinteresses entgegenhalten, er habe durch die angegriffene Leitungssentscheidung dem Interesse eines anderen Stakeholders Rechnung getragen. Umgekehrt kann sich der Vorstand des Vorwurfs der Übergehung eines Nichtaktionärsbelangs mit Verweis auf das verfolgte Gesellschaftsinteresse erwehren.¹²²

Daran entzündet sich Kritik, die aus der Prinzipal-Agenten-Perspektive¹²³ besonders plastisch wird: Wenn der Vorstand dem Vorwurf eines Stakeholders, eine Leitungssentscheidung verletze seine Interessen, immer seine Verbindlichkeit gegenüber einem anderen Stakeholder und eingeschränkt überprüfbares Einschätzungsermessen auf drei Ebenen entgegenhalten kann,¹²⁴ ist der Vorstand „als Diener vieler Herren“ letztlich frei in Auswahl und Gewichtung widerstreitender Interessen.¹²⁵ Das gilt umso mehr, als der Vorstand auf Sekundärebene nur der Gesellschaft verpflichtet ist, § 93 II 1 AktG. Interessen von Stakeholdern, die weder (Mitgliedschafts-)Recht noch Klagebefugnis haben,¹²⁶ kann der Vorstand umgekehrt risikofrei verletzen, solange der Gesellschaft dadurch kein bezifferbarer¹²⁷ Schaden entsteht.¹²⁸

Die Frage, gegenüber wem der Vorstand zur Berücksichtigung von Stakeholderinteressen verpflichtet ist und wie diese Pflicht durchgesetzt werden kann, wird von der herrschenden Meinung nicht befriedigend beantwortet.¹²⁹ Soweit es um die Belange gesellschaftsinterner Stakeholder geht, etwa die der Arbeitnehmer, mag man auf interne Mechanismen wie einen Betriebsrat oder den (mitbestimmten) Aufsichtsrat verweisen können. Beson-

-
- 122 Wobei sich Aufsichtsräte rechtspraktisch bei der Durchsetzung von Nichtaktionärsbelangen in großer Zurückhaltung üben, vgl. *Fleischer*, Unternehmenszielbestimmungen (Fn. 93), 424.
- 123 Auf die Prinzipal-Agenten Perspektive, derzufolge der Vorstand als Agent der Aktiengesellschaft (Prinzipals) mit deren Mitteln in deren Interesse tätig wird, abstellend: *Fleischer* (Fn. 73), AktG § 76 Rn. 34.
- 124 Ebene 1: Wessen Partikularinteressen sind durch eine Leitungssentscheidung berührt? Ebene 2: Was ist der Inhalt des Interesses der betroffenen Stakeholder? Ebene 3: Wie sind die Stakeholderinteressen gegeneinander zu gewichten?
- 125 *Fleischer* (Fn. 73), AktG § 76 Rn. 34.
- 126 Auch rechtsvergleichend zum in Deutschland fehlenden Klagerrecht: *Fleischer*, Unternehmenszielbestimmungen (Fn. 93), 421 ff.
- 127 Kritisch zur Geltendmachung nicht finanziärwirksamer Kompetenzüberschreitungen *Dreher*, Unternehmen und Politik (Fn. 107), 352 f. und Fn. 12.
- 128 Vgl. *Bachmann*, Klimaverantwortung (Fn. 91), S. 179, 182 f.
- 129 In diesem Sinne bereits *Rittner*, Verantwortlichkeit (Fn. 33), S. 148 f.

dere Brisanz gewinnt diese Frage aber, wenn man – mit der herrschenden Meinung – von einem Mandat des Vorstandes ausgeht, auch die Belange externer Stakeholder zu berücksichtigen: Denn in diesem Fall wäre der Vorstand nach außen weiter verpflichtet als die Aktiengesellschaft, der eine solche Pflicht gerade nicht zukommt.¹³⁰

aa) Inhalt der zu berücksichtigenden Partikularinteressen

Bisher ist über den Inhalt der Partikularinteressen wenig gesagt worden. Es kann jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass sich Interessenblöcke klaren Inhalts gegenüberstehen, die der Vorstand nur noch gegeneinander abzuwagen braucht. Die meisten Stakeholder sind ihrerseits heterogene Gruppen, die gerade nicht ein bestimmtes Interesse haben.¹³¹

Der Vorstand ist daher auch berufen, das Interesse der Stakeholder, als Vorfrage der Abwägung, zu ermitteln.¹³² Selbst wenn man mit einem Teil der Literatur von der Fortgeltung der Richtlinienbestimmung des § 70 I AktG (1937) ausginge, wäre dadurch nichts gewonnen, weil auch dieser zur Ermittlung der Interessensinhalte schweigt.

bb) Der Vorstand, *curator rei publicae*?

Auf Grundlage der interessenpluralistischen herrschenden Meinung ist der Vorstand mandatiert, das Partikularinteresse der Allgemeinheit bei seiner eigenverantwortlichen Leitung der Gesellschaft zu berücksichtigen, und zwar über das Maß hinaus, in dem die Gesellschaft den Belangen Allgemeinheit gesetzlich verpflichtet ist. Weniger Beachtung findet dabei der Umstand, dass es weder „das Interesse der Allgemeinheit“ noch „das Gemeinwohl“ als feststehende Zielgröße gibt.¹³³

Daher ist der Vorstand auch mandatiert, den Inhalt der Zielgröße als Vorfrage zu ermitteln. Dabei ist ein ganzes Spektrum inhaltlicher Einschätzungen, was im Gemeininteresse liegt, zumindest ermessensfehlerfrei: Das

130 *Rittner*, Verantwortlichkeit (Fn. 33), S. 153.

131 *Vetter*, Geschäftsleiterpflichten (Fn. 84), 343 ff.

132 Aus betriebswirtschaftlicher Perspektive zur „Stakeholder-Analysis“ S. v. *Känel*, Betriebswirtschaftslehre, Wiesbaden 2018, S. 38 ff.

133 *Reinhardt*, Öffentliches Interesse (Fn. 31), S. 442 f.; *Harbarth*, Gemeinwohl (Fn. 26), 539, 552.

Interesse der Allgemeinheit liegt in möglichst hohem Steueraufkommen, über das die öffentliche Hand disponieren kann, daher soll die Aktiengesellschaft möglichst hohe Gewinne erzielen. Ein weiteres Interesse der Allgemeinheit ist die ökologische Transformation der Energieversorgung und der Industrie, daher sollte die Betriebsstätten der Schwerindustrie – auch unter Inkaufnahme der Entlassung von Arbeitnehmern – geschlossen werden. Schließlich könnte Interesse der Allgemeinheit Versorgungssicherheit und die Verfügbarkeit möglichst günstiger Konsumgüter sein, deshalb sollten Kohlekraftwerke und Massentierhaltung so lange wie gesetzlich möglich betrieben werden.

Diese Beispiele zeigen, dass Gemeinwohl wesentlich eine Frage persönlicher Präferenz ist. Unabhängig von der eigenen Präferenz wird man anerkennen müssen, dass die Gegenansicht ebenfalls unter den offenen Rechtsbegriff Gemeinwohl gefasst werden kann. Es ist für eine pluralistische Demokratie konstitutiv, dass der politische Diskurs von widerstreitenden Gemeinwohlorientierungen geprägt ist.¹³⁴ Daraus lässt sich aber nicht auf die Eignung des Gemeinwohls als gesellschaftsrechtliche Zielgröße schließen.

Im Gegenteil: Gemeinwohl als Leitschnur von Vorstandshandeln ist keine allgemeine Zielgröße, sondern eine Ermächtigung, individuelle Präferenzen zu bedienen. Dass dem so ist, ist einer der wesentlichen Unterschiede zwischen dem geltenden Recht und dem Recht, das das Interesse der Allgemeinheit als Richtlinie eigenverantwortlichen Vorstandshandelns in die Verfassung der Aktiengesellschaft implementiert hat. Der nationalsozialistische Gesetzgeber des § 70 I AktG 1937 hat die Möglichkeit offen widerstreitender Vorstellungen von „dem Interesse der Allgemeinheit“ seiner Konzeption ebenso wenig zugrunde gelegt wie von „dem Gemeinwohl“.¹³⁵ In einem totalitären, gleichgeschalteten Staat ist jedem Vorstand klar(er), was er als Interesse der Allgemeinheit in seine Abwägung einzustellen hat. In einem pluralistischen Rechtsstaat, der die persönliche Freiheit im Staat als obersten Wert schützt,¹³⁶ ist dem nicht so.

Damit stellt sich unter Zugrundlegung des interessenpluralistischen Konzeptes die Frage, wessen Gemeinwohlorientierungen der Vorstand in sei-

134 Vgl. *Harbarth*, Gemeinwohl (Fn. 26), 552.

135 Zum unterschiedlichen Inhalt des Gemeinwohls in verschiedenen Systemen: *Reinhardt*, Öffentliches Interesse (Fn. 31), S. 440 f.

136 *Reinhardt*, Öffentliches Interesse (Fn. 31), S. 440 f.

ne Abwägung einzustellen hat.¹³⁷ Ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft infolge dieses Paradigmenwechsels mandatiert, seinen eigenen Gemeinwohlvorstellungen als Teil der eigenverantwortlichen Leitung nach § 76 I AktG mit den Mitteln der Gesellschaft Geltung zu verschaffen?

Die herrschende Meinung akzeptiert das bis zur Grenze der willkürlichen Förderung privater Vorlieben¹³⁸ und weist damit dem Vorstand das Recht und die Pflicht zu, die (vermeintlichen) Interessen der Allgemeinheit zum Maßstab des autonomen Gesellschaftshandelns zu machen.

Rechtspolitisch zwingend ist der *status quo* nicht. Neben der berechtigten Kritik der interessenmonistischen Gegenansicht aus Prinzipal-Agenten-Perspektive ist auch fragwürdig, ob eine Machtfülle des Vorstandes begründet werden sollte, über die Mittel der Gesellschaft zu disponieren, um eigene Vorstellungen von dem vorgeblichen Interesse der Allgemeinheit zu verwirklichen. Letztlich führt das, wie die Gegenansicht zutreffend feststellt, nur zu beträchtlichen Handlungsspielräumen des Vorstandes; eine Rückbindung an den Interessensträger kann es ohne verbindliche Definition des Gemeininteresses nebst Klagerecht „der Allgemeinheit“ (sachliche Legitimation) oder allgemeiner Wahl des Vorstandes (personelle Legitimation) nicht geben.

cc) Der Vorstand, *curator rei oecoligicae*

Aber auch die interessenmonistische Gegenansicht zur herrschenden Meinung ist nicht alternativlos. Der Vorstand muss nicht zwangsläufig berufen sein, nur ein Partikularinteresse zu verwirklichen – eine plurale Richtlinienbestimmung funktioniert, wenn es verbindliche Zielgrößen und effektive Rückbindung an die Interessensträger gibt, weil sie dann nicht nur diskretionäre Handlungsspielräume des Vorstandes erweitert.

In Betracht kommt beispielsweise, dass der Gesetzgeber dem Vorstand die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsbelangen als positivierte Richtlinienbestimmung aufgibt. Nachhaltigkeit ist ein durch den Gesetzgeber identifizierter Belang des Allgemeininteresses, der zudem als Staatsziel in Art. 20a GG verbürgt ist und damit besonders legitim ist. Nachhaltigkeit,

137 s. oben; vgl. *Harbarth*, Gemeinwohl (Fn. 26), 549 f.; *Reinhardt*, Öffentliches Interesse (Fn. 31), S. 442 f.

138 *Harbarth*, Gemeinwohl (Fn. 26), 554; *Dreher*, Unternehmen und Politik (Fn. 107), 367 f.

weil das Kollektivrechtsgut „Klima“ von Unterne menstätigkeit in besonderem Maße betroffen ist.¹³⁹ Nachhaltigkeit, weil sie als Zielgröße klaren Inhalts (durch den Gesetzgeber) ausgestaltet werden kann.

Entsprechende Fassungen des § 76 I AktG werden in der Literatur bereits vorgeschlagen.¹⁴⁰ Auch der Sustainable Finance Beirat der Bundesregierung¹⁴¹ verweist auf die Notwendigkeit der Anpassung der „inneren Organisation [von Unternehmen]“¹⁴² und erachtet eine gesetzgeberische „Klarstellung“ der Leitungsverantwortung des Vorstandes in § 76 I AktG als probates Mittel.¹⁴³ Korrespondat dieser Gleichstellung soll die Klarstellung der Überwachungsaufgaben des Aufsichtsrats in §§ 107 III, 111 I AktG sowie die Anpassung der Business Judgement Rule in §§ 93, 116 AktG sein.¹⁴⁴

II. Die Hauptversammlung als Eigentümersversammlung: Autonome Neuausrichtung des Gesellschaftsinteresses?

Die Frage, wessen Interessen der Vorstand bei der Leitung der Gesellschaft zugrunde zu legen hat, kann nur der Gesetzgeber verbindlich entscheiden. Bis dahin besteht aber zumindest Einigkeit darüber, dass das Partikularin-

139 So sind allein die sog. *carbon majors* für 52 % der globalen CO₂-Emission verantwortlich, vgl. *P. Griffin*, CDP-Report 2017, 5 ff.; vgl. auch *Bachmann*, Klimaverantwortung (Fn. 91), S. 181 f.

140 *M.P. Weller/T. Fischer*, ESG-Geschäftsleitungspflichten Unterne menstransformation zur Klimaneutralität, ZIP 2022, 2253 ff.

141 Die Bundesregierung hat den Sustainable Finance Beirat 2019 eingesetzt. Im Rahmen seiner Tätigkeit hat er 31 Empfehlungen für ein die Entwicklung Deutschlands zu einem Sustainable-Finance-Standort erarbeitet; unter Zugrundelegung des 1,5 °-Ziels des Pariser Klimaabkommens, der Ziele für nachhaltige Entwicklung der Agenda 2030 sowie der Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte der Vereinten Nationen. Der Abschlussbericht „Shifting the Trillions“ ist unter https://sustainable-finance-beirat.de/wp-content/uploads/2021/02/210224_SFB_-Abschlussbericht-2021.pdf abrufbar. (Letzter Zugriff am 25.01.2024).

142 Abschlussbericht des Sustainable Finance Beirat der Bundesregierung (Fn. 141), S. 96.

143 Konkret wird vorgeschlagen, dem Vorstand die „Leistung im langfristigen Interesse des Unternehmens unter angemessener Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen“ aufzugeben. Abschlussbericht des Sustainable Finance Beirat der Bundesregierung (Fn. 141), S. 97.

144 Abschlussbericht des Sustainable Finance Beirat der Bundesregierung (Fn. 141), S. 96.; vgl. *B. Rentsch/ M.P. Weller*, Die „gute“ Kapitalgesellschaft, in: *C. Deckenbrock/C. Höpfner/ M. Kilian/D. Markworth/ U. Sittard* (Hrsg.), Festschrift für Martin Hessler, S. 1189 (1193 f.).

teresse der Aktionäre als „Herren der Gesellschaft“ besondere Bedeutung hat: Selbst auf Basis der interessenpluralistischen herrschenden Meinung ergibt sich aus dem gesellschaftsrechtlichen Kompetenzgefüge und der gesellschaftsrechtlichen Risikozuweisung eine besondere Legitimität der Interessen der Aktionäre – gerade bei der ESG-Transformation.¹⁴⁵

Gegenstand dieses Abschnitts ist daher, ob – und falls ja, wie – die Hauptversammlung auf die Leitungstätigkeit des Vorstandes Einfluss nehmen kann, namentlich im Wege der Satzungsbestimmung (1.) und im Rahmen eines Say-on-ESG (2.).

1. Gesellschaftsrechtlich zulässige Satzungsbestimmungen

Die Feststellung der besonderen Bedeutung des Gesellschaftsinteresses sagt noch nichts über dessen Inhalt. Das tradierte Verständnis vom Gesellschaftsinteresse, Unternehmenswertsteigerung begriffen als Erhöhung des Eigenkapitals durch die Unternehmensaktivität, erfasst den (historischen) Normalfall. Dem Normalfall trägt das Aktienverfassungsrecht in Gestalt des sog. Unternehmenszweckes Rechnung. Der Unternehmenszweck ist der Verbandszweck der Gesellschafter, zu dessen Erreichung die Gesellschaft gegründet wurde. Schweigt sich die Satzung aus, ist der Gesellschaftszweck, wie sich aus den §§ 58, 174, 254 AktG ergibt,¹⁴⁶ das tradierte Gesellschaftsinteresse.¹⁴⁷

Im Folgenden sollen mit der Gesellschaftszweckänderung und der Aufnahme von *corporate purpose* Klauseln in die Satzung zwei unterschiedlich weitreichende Ansätze beleuchtet werden, mit dem die Aktionäre das vom Vorstand zugrunde zu legende Gesellschaftsinteresse autonom justieren können.

a) Änderung des Gesellschaftszweckes

Kann die Hauptversammlung durch statutarische Änderung des Gesellschaftszweckes das vom Vorstand bei seiner Leitung zugrunde zu legende

145 Weller/Hoppmann, ESG Hauptversammlung (Fn. 96), 642; vgl. auch Habersack, Gemeinwohl (Fn. 6), 638 f.

146 T. Holzborn in: M. Hessler (GesamtHrsg) G. Spindler/G. Stilz (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR, 01.07.2022, AktG § 179 Rn. 60.

147 H. Fleischer, Corporate Purpose: Ein Management-Konzept und seine gesellschaftsrechtlichen Implikationen, ZIP 2021, 5.

oder zumindest zu berücksichtigende Gesellschaftsinteresse verändern, die Gesellschaft also vollumfänglich einem ideellen Zweck, beispielsweise der Nachhaltigkeit, verschreiben?

Die Hauptversammlung kann den Gesellschaftszweck durch Satzungsänderung unter Wahrung der Identität des Verbandes ändern.¹⁴⁸ Das ist Ausprägung der sich aus Art. 9 I GG ergebenden Satzungsautonomie.¹⁴⁹ Die Hauptversammlung kann die – typischerweise erwerbswirtschaftliche – Zweckbestimmung der Aktiengesellschaft ganz austauschen oder teilweise, *i.e.* unter Gleichstellung eines oder mehrerer anderer Ziele, variieren.¹⁵⁰ Dass die Shareholder autonom bestimmen können, was der Vorstand als ihr Interesse zu berücksichtigen hat, und damit das tradierte Gesellschaftsinteresse überwinden können, erscheint auch vor dem Hintergrund des Art. 14 I GG als folgerichtig: Die Privatnützigkeit von Eigentum erschöpft sich – zumal vor dem Hintergrund des Art. 14 II GG – gerade nicht in dessen erwerbswirtschaftlichem Einsatz, sondern in dessen Einsatz im autonom bestimmten Interesse des Rechtsinhabers.¹⁵¹

aa) Zur Gesellschaftszweckänderung erforderliche Mehrheit

Gegenstand eines Meinungsstreites ist, welche Voraussetzungen an den Hauptversammlungsbeschluss zu stellen sind. Die herrschende Meinung stellt, in Ermangelung einer spezifisch aktienrechtlichen Regel zum Gesellschaftszweck als Satzungsbestandteil, auf das Einstimmigkeitserfordernis des § 33 I 2 BGB als allgemeinen, körperschaftlichen Grundsatz ab.¹⁵² Unabhängig von der Rechtsform bestehe das Bedürfnis, den Verbandszweck vor der Mehrheitsherrschaft zu schützen.¹⁵³ Für eine Gesellschaftszweckänderung bei Publikumsgesellschaften gäbe es in der Konsequenz kein Raum, zumal die herrschende Meinung auch einen einstimmigen Beschluss der Hauptversammlung nur dann genügen lässt, wenn alle Aktionäre teilge-

148 Koch (Fn. 80), AktG § 179 Rn. 33; allgemein: Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, § 3 I 3; Großkommentar AktG/Wiedemann, § 179 Rn. 54 f.

149 Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, § 3 I 3a.

150 Koch (Fn. 80), AktG § 179 Rn. 33.

151 Grundsätzliche Dispositionsbefugnis des Rechtsinhabers; vgl. BVerfGE 143, 246 (271) mit Verweis auf die ständige Rspr.

152 Holzborn (Fn. 146), AktG § 179 Rn. 61, Koch (Fn. 80), AktG § 76 Rn. 33 und § 179 Rn. 23; MüKo-AktG/Stein § 179 Rn. 32.

153 MüKo-BGB/Leuscher § 31 BGB Rn. 3.

nommen haben.¹⁵⁴ Das wird mit Verweis auf die Schwere des ansonsten drohenden Eingriffs in das Mitgliedschaftsrecht der Minderheit in Kauf genommen.¹⁵⁵

Nach der Gegenansicht unterliegt auch der Gesellschaftszweck der Disposition der qualifizierten Mehrheit des § 179 II 1, 2 AktG, der die Gesellschaftszweckänderung wie alle Satzungsänderungen erfasse.¹⁵⁶ Danach ist die qualifizierte $\frac{3}{4}$ -Mehrheit des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals ausreichend.¹⁵⁷ Darüber hinaus wird teilweise eine „besondere sachliche Begründung“ gefordert.¹⁵⁸

bb) Stellungnahme zugunsten eines qualifizierten Kapitalmehrheitserfordernisses

Der Gesetzgeber hat im Aktienrecht durchweg (qualifizierte) Kapitalmehrheiten¹⁵⁹ anstatt einstimmiger Mitgliederentscheidungen vorgesehen.¹⁶⁰ Das erfasst selbst wesentliche Strukturänderungen, die die Verhältnisse der betroffenen Gesellschaft von Grund auf umgestalten, darunter der Liquidationsbeschluss (§ 262 AktG) und der Beherrschungsvertrag (§ 293 I 1, 2 AktG).¹⁶¹ Eine Minderheit muss nach den §§ 327a ff. AktG sogar eher einen vollständigen Ausschluss vom Mitgliedschaftsrecht hinnehmen. Es gibt daher kein Anlass zu einen Rückgriff auf den – zumal gem. § 40 BGB dispositiven¹⁶² – § 33 I 2 BGB. Das Einstimmigkeitsprinzip ist bei der Aktiengesellschaft, die konstruktiv auf eine Vielzahl schnell wechselnder Mitglieder in einem Kapitalverband nicht ausgerichtet ist, nicht sinnvoll anwendbar. Es handelt sich um eine Norm, die den besonderen Schutz

154 Stein (Fn. 152), AktG § 179 Rn. 132; Holzborn (Fn. 146), AktG § 179 Rn. 62; a.A.: Westermann in FS Schnorr v. Carolsfeld, 1973, 517 (529).

155 Koch (Fn. 80), AktG § 76 Rn. 33.

156 Timm, Konzernspitze (Fn. 76), S. 31; Wiedemann (Fn. 148), § 179 Rn. 55 f.

157 Ist gemäß der Satzung für die Unternehmensgegenstandsänderung eine größere Kapitalmehrheit erforderlich, § 179 II 2 AktG, gelte das auch für die Gesellschaftszweckänderung, weil der Eingriff mindestens so intensiv ist. Timm, Konzernspitze, S. 32.

158 Timm, Konzernspitze (Fn. 76), S. 34 f.

159 E.g., §§ 262 I Nr. 2 Hs. 2, 274 I 2, 293 AktG.

160 Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, § 3 I 3a.

161 Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, § 3 I 3a; Timm, Konzernspitze (Fn. 76), S. 32 f.

162 Wiedemann (Fn. 148), § 179 Rn. 55.

der idealen Ziele der Mitglieder des BGB-Vereins bezweckt.¹⁶³ Die der herrschenden Meinung zugrundeliegende Annahme, Mitgliedschaftsrechte seien in allen körperschaftlichen Kapitalverbänden gleichermaßen über § 33 I 2 BGB geschützt, ist nicht zwingend.¹⁶⁴ Vielmehr lässt sich anführen, die Aktionäre profitieren im Vergleich vom „Design“ der Aktiengesellschaft, das besonders breite Streuung der übernommenen Risiken, besonders flexible und typischerweise finanziell niedrigschwellige Beteiligungen vorsieht. Mit dieser Ausgestaltung einher geht der Nachteil, dass das eigene Mitgliedschaftsrecht unter anderem in Bezug auf den verfolgten Gesellschaftszweck gem. § 179 II AktG nur eingeschränkt kapitalmehrheitsfest ausgestaltet ist.

Es sprechen weiterhin Verhältnismäßigkeitserwägungen gegen den Rückgriff auf § 33 I 2 BGB. Bildet man den von der herrschenden Meinung in Kauf genommenen Extremfall – ein Aktionär mit Beteiligung im Cent-Bereich verhindert durch sein Fernbleiben von der Hauptversammlung die Gesellschaftszweckänderung eines Milliardenunternehmens – werden diese Bedenken anschaulich. Eine vergleichbare Situation kann sich im BGB-Verein nicht ergeben, dort begegnen sich die Mitglieder aufgrund einer persönlichen Mitgliedschaft, nicht aufgrund einer Kapitaleinlage in die Gesellschaft. Der Gesetzgeber stellt daher im Aktienrecht durchgehend auf Kapitalmehrheiten, nicht wie im BGB-Verein auf die Anzahl der Mitglieder ab. Stellte man auch bei der AktG auf die Mitgliedschaft ab, würde man die Anteile größerer Aktionäre massiv entwerten. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, die widerstreitenden – grundrechtlich verbürgten – Interessen der Aktionäre auszugleichen. Dabei ist es Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, dass grundsätzlich keine Entscheidung zugunsten einer Position erfolgt, sondern beide im Sinne praktischer Konkordanz gegeneinander ausgeglichen werden.¹⁶⁵ Diesem Regelungsauftrag entsprechend hat der Gesetzgeber im Aktienrecht durchgehend qualifizierte Kapitalmehrheitserfordernisse geschaffen. Es gibt keinen gesetzlichen Anhaltspunkt, dass sich diese Entscheidung nicht auch auf die Gesellschaftszweckänderung erstreckt.

Zumal den – berechtigten – Vermögensinteressen der Minderheit auch anders effektiv Genüge getan werden. Jedenfalls wenn es für die für die Gesellschaftsanteile infolge der Zweckänderung keinen funktionierenden

163 Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, § 3 I 3a.

164 Ähnlich Wiedemann (Fn. 148), § 179 Rn. 56: Keine *rocher de bronze* des Verbandsrechts.

165 Vgl. BVerfGE 77, 240 (253); BVerfGE 83, 130 (143).

Kapitalmarkt mehr geben sollte, können die überstimmten Gesellschafter analog §§ 305, 327a AktG abgefunden werden.¹⁶⁶ Im Übrigen kommt auch eine gerichtliche Überprüfung des Mehrheitsbeschlusses auf eine sachliche Grundlage als weniger eingriffsintensive Maßnahme zum Minderheitenschutz in Betracht.¹⁶⁷

b) Corporate Purpose Klausel¹⁶⁸

Die Debatte, wie das Gesellschaftsinteresse durch Satzungsänderung der Neuausrichtung durch die Aktionäre zugänglich ist, findet derzeit vornehmlich an anderer Stelle statt:¹⁶⁹ Statt einer Zweckänderung soll die autonome Bindung der Gesellschaft, und damit der Geschäftsleitung, an eine daseinsberechtigende Überzeugung (sog. *corporate purpose*)¹⁷⁰ durch eine einfache Satzungsbestimmung zum Ausdruck kommen.¹⁷¹ Darin liegt auch keine Umgehung der Vorgaben zur Gesellschaftszweckänderung, weil der Gesellschaftszweck im Kollisionsfall vorgeht; eine *corporate purpose*-Klausel ist der Geschäftsleitung nur als untergeordnetes Element des Gesellschaftsinteresses auf den Weg gegeben und dient der Daseinsrechtfertigung gegenüber der Allgemeinheit.¹⁷²

Es stellt sich damit die Frage nach der Zulässigkeit einer solchen Bestimmung vor dem Hintergrund der Satzungsstrenge im Aktienrecht und des innergesellschaftlichen Kompetenzgefüges:

Denkbar wäre, eine *corporate purpose*-Klausel als Unternehmensgegenstandsbestimmung zu qualifizieren. Der Unternehmensgegenstand bezeich-

166 Für die Lösung im Wege der Barabfindung auch *H. Wiedemann*, Anm. zu BGH, Urt. v. 13.3.1978 – II ZR 63/77 (OLG Schleswig), JZ 1978, 610 (613); *Timm*, Konzernspitze (Fn. 76), S. 34.

167 *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, § 3 I 3a.

168 Grundlegend zum *corporate purpose*: *Fleischer*, Corporate Purpose (Fn. 147), 5 ff.; zur verwandten Debatte um die Zulässigkeit sog. Programmsatzungen *Dreher*, Unternehmen und Politik (Fn. 107), 349 ff.

169 Dem *corporate purpose* geht es nicht um die Infragestellung des erwerbswirtschaftlichen Charakters der Gesellschaft, vgl. *Rentsch/Weller*, Die „gute“ Kapitalgesellschaft (Fn. 144), S. 1189 (1196 f.).

170 Zu den (historischen) Bestrebungen der Kapitalgesellschaften einen höheren Daseinsgrund zu finden s. *Fleischer*, Corporate Purpose (Fn. 147), 5 ff.

171 *Fleischer*, Corporate Purpose (Fn. 147), 11 ff.; *Rentsch/Weller*, Die „gute“ Kapitalgesellschaft (Fn. 144), S. 1189 (1196 f.).

172 vgl. *Fleischer*, Corporate Purpose (Fn. 147), 5.

net das Mittel, als den „Schwerpunkt der unternehmerischen Tätigkeit“¹⁷³ mit dem der Gesellschaftszweck verwirklicht werden soll;¹⁷⁴ die Hauptversammlung kann auch diesen (politisch motiviert) durch Satzungsänderung (§ 119 I Nr. 6 AktG) konkretisieren.¹⁷⁵ Ob eine *corporate purpose*-Klausel hinreichend konkret ist, um als Unternehmensgegenstandsbestimmung qualifiziert zu werden, ist Frage des Einzelfalls.¹⁷⁶

Erschöpft sich die in Frage stehende Klausel im Ausdruck einer Überzeugung, die das Dasein der Gesellschaft gegenüber der Allgemeinheit rechtfertigt, richtet sich die satzungsmäßige Zulässigkeit nach § 23 V 2 AktG:¹⁷⁷ Dass aber durch die statutarische Festlegung eines *corporate purpose* in das aktienverfassungsrechtliche Kompetenzgefüge eingegriffen wird, ist nicht ersichtlich. Der Vorstand bleibt seiner eigenverantwortlichen Leitungsmacht nach § 76 I AktG unbenommen, die satzungsmäßige Verankerung eines *corporate purpose* ist gesellschaftsrechtlich zwar nicht erforderlich, aber unbedenklich¹⁷⁸ und der Gesellschaft als Ausprägung der zustehenden Freiheitsrechte als Recht auf *korporative Identität* zuzuerkennen.¹⁷⁹ Für die Aufnahme eines *corporate purpose* in die Satzung ist gem. § 179 I 1, II 1 AktG eine Mehrheit von drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals erforderlich.

2. Say on ESG

Jenseits der Debatte um die statutarische Verankerung nichterwerbswirtschaftlicher Unternehmenszwecke werden derzeit Rufe nach einer Beteiligung der Hauptversammlung an der Grundsatzfrage der ESG-Transformation laut. Der Vorstand, der die ESG-Transformation der Aktiengesellschaft als Element der eigenverantwortlichen Unternehmensleitung nach § 76 I AktG betreibt, soll die Aktionäre an diesem Prozess beteiligen.¹⁸⁰ Dadurch sollen ESG-Transformationsprozesse, die nicht unmittelbar im tradierten

173 Fleischer, Corporate Purpose (Fn. 147), II.

174 Fleischer, Corporate Purpose (Fn. 147), II.

175 Beispiel: Gewinnerzielung (Gesellschaftszweck) durch Handel mit Strom (Unternehmensgegenstandes), der ausschließlich aus erneuerbaren Energien stammt (Beschränkung des Unternehmensgegenstandes).

176 Trennscharfe Abgrenzung nach Dreher, Unternehmen und Politik (Fn. 107), 374.

177 Dreher, Unternehmen und Politik (Fn. 107), 371 ff.

178 So im Ergebnis auch Fleischer, Corporate Purpose (Fn. 147), II f.

179 Im Ergebnis ebenso: Habersack, Gemeinwohl (Fn. 6), 638.

180 Weller/Hoppmann, ESG Hauptversammlung (Fn. 96), 640 ff.

Gesellschaftsinteresse liegen, aber als langfristige Maßnahmen zulässig sind besonders legitimiert werden.

Um eine, *de lege lata* systemwidrige, Einmischung der Hauptversammlung in die Geschäftsführung zu vermeiden, wird gegen einen verbindlichen *Decide on Climate*, zugunsten eines unverbindlichen Konsultationsbeschlusses (sog. *Say on ESG*) plädiert. Durch die Autorität eines Hauptversammlungsbeschlusses, zumal bei einer Ausgestaltung als jährlich wiederkehrender Tagesordnungspunkt, würde eine faktische Bindung des Vorstands begründet, ohne zu tief in die Vorstandsverantwortlichkeit einzugreifen.¹⁸¹

E. Zusammenfassung in Thesenform

1. Aktiengesellschaften sind im Außenverhältnis den Belangen der Allgemeinheit nicht besonders, *i.e.* nicht über das einfache Recht hinausgehend, verpflichtet. Kapitalgesellschaften sind nach Maßgabe des Art. 19 III GG Grundrechtsberechtigte, denen Art. 14 II GG keine unmittelbaren Pflichten auferlegt. Die Frage, welche Interessen die Aktiengesellschaft verfolgt, ist daher ein innergesellschaftliches Kompetenzproblem.
2. Das „Gemeinwohl“ ist als gesellschaftsrechtliche Zielgröße sowohl auf Ebene des Unternehmensverhaltensrechts als auch auf Ebene des innergesellschaftlichen Kompetenzgefüges entbehrlich. In einer pluralistischen Demokratie gibt es kein feststehendes, allgemeinverbindliches Gemeinwohl. Eine effektive Rückbindung der Entscheidungsträger an die Zielgröße Gemeinwohl ist nicht nur gesellschaftsrechtlich nicht vorgesehen, sie ist auch konstruktiv nicht vorstellbar. Damit ist die Inanspruchnahme des Gemeinwohls als Zielgröße grundsätzlich geeignet, beliebiges Handeln der Entscheidungsträger zu rechtfertigen.
3. Eine Positivierung einer interessenpluralistischen Richtlinienbestimmung für die eigenverantwortliche Leitung des Vorstandes sollte auch eine effektive Rückbindung an die bezogenen Interessenträger beinhalten. *De lege lata* ist das allenfalls bei dem Partikularinteresse der Gesellschafter der Fall.
4. Innergesellschaftlich geht der Impetus für Aktivitäten, die dem Gemeinwohl zugutekommen sollen, primär vom Vorstand aus. Der Hauptver-

181 Weller/Hoppmann, ESG Hauptversammlung (Fn. 96), 646.

sammlung als Eigentümerversammlung stehen daneben Möglichkeiten zu Verfügung, Einfluss auf das Vorstandshandeln zu nehmen. Insbesondere unter Zugrundelegung der – hier vertretenen – interessenmonistischen Ansicht, kann die Hauptversammlung so effektiv Einfluss auf den Einsatz des von ihr bereitgestellten Kapitals nehmen.

Akteure der guten Kapitalgesellschaft

Über die gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten und Grenzen bei der Umsetzung einer ESG-orientierten Unternehmensführung

Lars Großmann*

A. Einleitung

Über *Environmental Social Governance* (ESG) wird im Gesellschaftsrecht seit einiger Zeit viel geredet und geschrieben. Das ist wünschenswert, sofern man das Gesellschaftsrecht systematisch als Baustein der Nachhaltigkeitstransformation versteht,¹ bewirkt allein aber noch keine grundlegenden Veränderungen. Zu Recht hat Bundeskanzler Olaf Scholz angemahnt, man müsse endlich „vom Reden ins *doing*“ kommen.² Doch wer kann und soll handeln? Wenn von der „guten“ Kapitalgesellschaft die Rede ist, lenkt das den Blick zunächst auf die Gesellschaft selbst. Als juristische Person ist die Aktiengesellschaft³ zwar voll rechtsfähig, in ihrem Handeln aber auf ihre Organe angewiesen. Die Frage nach den Akteuren, verstanden als handelnde Personen,⁴ betrifft damit letztlich die Organwälter. Sie sind, soweit sie nicht als Privatpersonen tätig werden, mittelbar für das Handeln der Gesellschaft verantwortlich und beschließen über konkrete ESG-Maßnahmen. Das Gesellschaftsrecht schafft hierfür einen rechtlichen Rahmen.

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Regelungsrecht und Steuerrecht an der Universität Mannheim sowie Rechtsreferendar am Landgericht Mannheim.

- 1 Dazu *L. Hubrich*, Die politische Ökonomie der „guten Kapitalgesellschaft“, S. 31 (50 f.); *A.-C. Mittwoch*, Nachhaltigkeit und Unternehmensrecht, Tübingen 2022, S. 116 ff., 373 ff. und *passim*.
- 2 Aus der Rede von Olaf Scholz zur Eröffnung der Hannover Messe 2023, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/eroeffnung-der-hannover-messe-scholz-will-vom-reden-ins-doing-kommen-a-af6d84e3-d62a-4f92-894f-051227f5a240> (Stand: 8.4.2024).
- 3 Der vorliegende Beitrag fokussiert sich auf die Rechtsform der Aktiengesellschaft und ihre internationalen Pendants. Für die GmbH siehe z.B. *H. Wicke*, Nachhaltigkeit als Unternehmenszweck, DNotZ 2020, 448.
- 4 Vgl. „Akteur“ in Duden online, abrufbar unter <https://www.duden.de/rechtschreibung/Akteur> (Stand: 8.4.2024).

Er wird nach unten durch gesetzliche ESG-Vorgaben bestimmt, die an die Aktiengesellschaft adressiert sind. Nach oben ergeben sich die Grenzen vornehmlich aus der gesellschaftsinternen Zuständigkeitsverteilung. Nach einer dogmatischen Betrachtung des Verhältnisses von ESG zum Gesellschaftszweck (B.) soll deshalb die Rolle einzelner Organe beleuchtet werden (C.). Rechtlicher Ausgangspunkt ist das deutsche Aktienrecht. Der Beitrag nimmt aber auch das Gesellschaftsrecht anderer europäischer Staaten sowie der USA in Bezug. Namentlich werden der Vorstand als Geschäftsführungsorgan (C. I.), die Hauptversammlung als Organ der Aktionäre (C. II.) sowie im dualistischen Modell der Aufsichtsrat als eigenständiges Überwachungsorgan (C. III.) untersucht. Abschnitt D. ergänzt diese Betrachtung um die Einflussmöglichkeiten außergesellschaftlicher Akteure.

B. Das Verhältnis zum Gesellschaftszweck

Obwohl man im gesellschaftlichen Diskurs wie selbstverständlich davon ausgeht, dass die Umsetzung von ESG-Zielen auch für Kapitalgesellschaften das Gebot der Stunde ist, mag man aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive durchaus Zweifel an dieser Prämisse anmelden.⁵ Aktiengesellschaften sind im Ausgangspunkt erwerbswirtschaftlich ausgerichtete Zweckverbände der Aktionäre. Bestimmt die Satzung nicht, dass die Gesellschaft (auch) ideelle oder gemeinnützige (i.S.d. § 52 AO) Zwecke verfolgt, ist sie grundsätzlich (allein) auf die Erzielung von Gewinnen gerichtet.⁶ Das Gewinnziel bildet Geschäftsgrundlage⁷ und oberste Leitungsmaxime⁸ des gesellschaftlichen Handelns und ist als gemeinsame Zielvorgabe von „so grundlegender

5 Sprachlich pointiert P. O. Mülbert, Soziale Verantwortung von Unternehmen im Gesellschaftsrecht, AG 2009, 766 (769): „Dass CSR-Aktivitäten in Parallele zum verantwortungsbewussten Verhalten von Bürgern unzweifelhaft zulässig sein müssen, scheint jenseits des Gesellschaftsrechts nachgerade selbstverständlich zu sein. Aus Sicht des Gesellschaftsrechts ist diese Parallelisierung freilich bereits im Ausgangspunkt ganz zweifelhaft [...].“

6 T. Holzborn in: M. Hessler (Hrsg.), BeckOGK AktG, München 2024, § 179 Rn. 60; O. Haberstock/G. Greitemann in: W. Hölters/M. Weber (Hrsg.), Aktiengesetz Kommentar, 4. Aufl., München 2022, § 179 Rn. 19; M. Weber in: Hölters/Weber AktG, § 76 Rn. 19; H. C. Grigoleit in Grigoleit (Hrsg.), Aktiengesetz Kommentar, 2. Aufl., München 2020, § 76 Rn. 17.

7 P. Limmer in: BeckOGK AktG (Fn. 6), § 23 Rn. 37.

8 H. Fleischer, Corporate Purpose: Ein Management-Konzept und seine gesellschaftsrechtlichen Implikationen, ZIP 2021, 1 (11).

Bedeutung“ für den Zusammenschluss der Aktionäre, dass man in (analoger) Anwendung von § 33 Abs. 1 S. 2 BGB annimmt, es könne nur mit Zustimmung sämtlicher Aktionäre – und damit in Publikumsgesellschaften faktisch gar nicht – geändert werden.⁹ Wer ESG als ideellen oder gemeinnützigen Zweck begreift, stößt also schnell an die unverrückbaren Schranken des Gesellschaftszwecks.

Entgegen dem ersten Anschein betreffen ESG-Maßnahmen tatsächlich nur selten den Gesellschaftszweck. Erstens muss man schon an ihrer wirtschaftsfeindlichen Ausrichtung zweifeln. Eine ESG-orientierte Unternehmensführung hat häufig wenig mit selbstlosem Engagement zu tun, sondern bedient Erwartungen von Kunden und Investoren und soll im Interesse einer langfristigen Gewinnerzielung die Grundlagen für ein zukünftiges Wirtschaften sichern und die gesellschaftliche Akzeptanz verbessern.¹⁰ Insofern besteht Ähnlichkeit zur neuerlich aufgekommenen Debatte um einen übergeordneten Daseinszweck (engl. *corporate purpose*; frz. *raison d'être*) von Unternehmen. Deren Vertreter proklamieren, dass sich Gesellschaften primär der Lösung gesellschaftlicher Probleme verschreiben und Gewinne nur „nebenbei“ erzielen.¹¹ Im Kern geht es um eine „wohkklingende Neuinterpretation“ der Unternehmenstätigkeit¹² als „übergreifende Unternehmensphilosophie“¹³, ausdrücklich aber nicht um eine Abkehr von der erwerbwirtschaftlichen Zielsetzung der Aktiengesellschaft.¹⁴ Dennoch grenzt man sich bewusst zur Nachhaltigkeit ab: ESG sei nur ein Baustein, der zum *corporate purpose* beitragen, aber auch von ihm ablenken könne.¹⁵

9 Grundlegend zum Vereinszweck BGHZ 96, 246 (251). Für die Aktiengesellschaft *Holzborn* (Fn. 6), § 179 Rn. 62; *J. Koch*, *Aktiengesetz*, 18. Aufl., München 2024, § 179 Rn. 33; *U. Stein* in: *W. Goette/M. Habersack* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Bd. 4, 5. Aufl., München 2021, § 179 Rn. 129; *Limmer* (Fn. 7), § 23 Rn. 37. Vgl. zur Schutzfunktion *Müllbert*, *Verantwortung* (Fn. 5), 769.

10 Vgl. *Weber* in: *Hölters/Weber AktG* (Fn. 6), § 76 Rn. 22d.

11 *T. Kuntz*, *Corporate Purpose – konzeptionelle Grundlagen, rechtshistorische und rechtsdogmatische Aspekte –*, ZHR 186 (2022), 652 (654 f.).

12 *B. Rentsch/M.-P. Weller*, *Die „gute“ Kapitalgesellschaft*, S. 9 (22).

13 *Fleischer*, *Corporate Purpose* (Fn. 8), 6.

14 *Kuntz*, *Corporate Purpose* (Fn. 11), 682 f.; *M. Habersack*, „*Corporate Purpose*“, in: *G. Bachmann/S. Grundmann/A. Mengel/K. Kolop* (Hrsg.), *Festschrift für Christine Windbichler zum 70. Geburtstag am 8. Dezember 2020*, Berlin 2020, S. 707 (712 f.).

15 So ausdrücklich *R. Eccles/C. Mayer/J. Stroehle*, *The Difference between Purpose and Sustainability (aka ESG)*, abrufbar unter <https://corpgov.law.harvard.edu/2021/08/20/the-difference-between-purpose-and-sustainability-aka-esg> (Stand: 8.4.2024).

Zweitens führen selbst nicht erwerbswirtschaftlich ausgerichtete ESG-Maßnahmen¹⁶ nicht zwingend zu einer Zweckänderung. Die vielfach vertretene These, jede Einschränkung der Gewinnerzielungsabsicht gehe mit einer Änderung des Gesellschaftszwecks einher,¹⁷ überzeugt nicht. Denn sie blendet gesellschaftliche und rechtliche Rahmenbedingungen aus. In einer sozialen Marktwirtschaft, die Eigentum nicht nur als privatnütziges, sondern zugleich als gemeinnütziges Instrument versteht (Art. 14 Abs. 2 GG), dürfen Aktionäre nicht auf das Postulat einer reinen Gewinnerzielung vertrauen. Sie können zwar davon ausgehen, dass die Gesellschaft ihr Kapital nicht primär im Interesse des Gemeinwohls verwendet, sondern damit Gewinne erwirtschaftet. Trotzdem röhrt nicht jede ideell angelegte Maßnahme bereits an den Grundfesten des Gesellschaftszwecks. Dass der einzelne Aktionär zumindest gelegentlich mit solchen Maßnahmen rechnen muss, legt ein Blick in die Geschichte der Aktiengesellschaft nahe: Von Beginn an war sie nicht allein Instrument privatnütziger Gewinnerzielung, sondern zumindest auch Instrument des Gemeinwohls.¹⁸ Altruistische ESG-Maßnahmen geraten daher nur ausnahmsweise mit dem erwerbswirtschaftlichen Gesellschaftszweck in Konflikt, wenn ein angemessener Rahmen überschritten wird.¹⁹ Das ist spätestens gegeben, wenn die Gesellschaft Gemeinwohlblange als selbständigen Zweck neben der Gewinnerzielung verfolgt²⁰ oder dadurch ihren Bestand oder die dauerhafte Rentabilität

16 Zur Existenz und Relevanz solcher „altruistischer“ ESG-Maßnahmen siehe C. I. I.

17 *Holzborn* (Fn. 6), § 179 Rn. 61; *S. Kind*, Darf der Vorstand einer AG Spenden an politische Parteien vergeben?, *NZG* 2000, 567 (571); *Stein* (Fn. 9), § 179 Rn. 131; *D. Zetsche* in: *W. Zöllner* (Hrsg.), *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Bd. 4, 3. Aufl., Köln 2020, § 179 Rn. 257; *C. H. Seibt* in: *K. Schmidt/M. Lutter* (Hrsg.), *Aktiengesetz Kommentar*, 5. Aufl., Köln 2024, § 179 Rn. 10; *C. König/T. Körber* in: *T. Bürgers/T. Körber/J. Lieder*, *Aktiengesetz*, 5. Aufl., Heidelberg 2020, § 179 Rn. 13.

18 *M. Böbel*, Das Unternehmensinteresse, oder: Whose rule of interest? Whose interests rule?, S. 53 (54 ff.); *Fleischer*, Corporate Purpose (Fn. 8), 5 f.; *M. Habersack*, Gemeinwohlbindung und Unternehmensrecht, *AcP* 220 (2020), 594 (603 ff.); *Mittwoch*, Nachhaltigkeit (Fn. 1), S. 296 ff. Aus neuerer Zeit zur Idee, dass altruistische Ziele über die Gesellschaft möglicherweise besser verfolgt werden können *O. Hart/L. Zingales*, Companies Should Maximize Shareholder Welfare Not Market Value, *Journal of Law, Finance and Accounting* 2017, 247.

19 Ähnlich *H. Fleischer*, Corporate Social Responsibility, *AG* 2017, 509 (514): „im Rahmen des Angemessenen“, zur Bestimmung vgl. *H. Fleischer*, Unternehmensspenden und Leitungsermessens des Vorstands im Aktienrecht, *AG* 2001, 171 (178).

20 Weniger streng wohl *Habersack*, Gemeinwohlbindung (Fn. 18), 627, der nur eine „vorrangig[e]“ Ausrichtung an Gemeinwohlblangen für unzulässig hält.

gefährdet.²¹ Jenseits dieser Schranken eignet sich die erwerbswirtschaftliche Aktiengesellschaft hingegen zur Umsetzung von ESG-Zielen.²²

C. Gesellschaftsorgane als Akteure

I. Vorstand

1. Das Unternehmensinteresse als Maßstab des Vorstandshandelns

Soweit ESG also nur die Art und Weise der Unternehmensführung betrifft, kommt dem Vorstand (engl. *board of directors*; frz. *conseil d'administration*) eine tragende Rolle zu: Er entscheidet nach § 76 Abs. 1 AktG grundsätzlich „unter eigener Verantwortung“, ob und wie ESG-Maßnahmen im Unternehmen umgesetzt werden. Bei seinen Entscheidungen ist er weder an Weisungen der Hauptversammlung (vgl. § 119 Abs. 2 AktG) noch des Aufsichtsrates (vgl. § 111 Abs. 4 AktG) gebunden und genießt zudem ein weites unternehmerisches Ermessen.²³ Als Vertreter bleibt der Vorstand aber stets dem Interesse des Unternehmens verpflichtet. Damit ist kein eigenständig zu bestimmendes Interesse der Aktiengesellschaft als juristischer Person gemeint, sondern eine Ausrichtung an den in der Gesellschaft zusammentreffenden Interessen.²⁴ Welche Interessen das so verstandene Unternehmensinteresse prägen,²⁵ determiniert die Handlungsmöglichkeiten des Vorstands.

Maßgeblich sind im Ausgangspunkt die Interessen der Aktionäre als Anteilseigner der Gesellschaft. Mögen sie im Detail unterschiedliche Ausprägungen annehmen, lassen sie sich auf das Ziel der Gewinnerzielung

21 Ähnlich *J. Vetter*, Geschäftsleiterpflichten zwischen Legalität und Legitimität, ZGR 2018, 338 (347); *J. Dörrwächter*, Nachhaltigkeit und Gesellschaftsinteresse, NZG 2022, 1083 (1084, 1091 f.).

22 Vgl. zu neuen gemeinwohlorientierten Rechtsformen *Rentsch/Weller*, Gute Kapitalgesellschaft (Fn. 12), S. 24 ff.

23 Siehe nur *Weber* (Fn. 10), § 76 Rn. 39; ausführlich zum Leitungsermessen *U. Hüffer*, Das Leitungsermessen des Vorstands in der Aktiengesellschaft, in: *R. Damm/P. W. Heermann/R. Veil* (Hrsg.), Festschrift für Thomas Raiser zum 70. Geburtstag am 20. Februar 2005, Berlin 2005, S. 163.

24 *Koch* (Fn. 9), § 76 Rn. 113; *Seibt* in: *Schmidt/Lutter AktG* (Fn. 17), § 76 Rn. 40; *Weber* (Fn. 10), § 76 Rn. 19. Anders aber *G. Spindler*, Corporate Social Responsibility in der AG – Mythos oder Realität?, in: *B. Erle* u.a. (Hrsg.), Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, Köln 2012, S. 1133 (1137 f.).

25 Ausführlich zur Bestimmung des Unternehmensinteresses *Böbel*, Unternehmensinteresse (Fn. 18), S. 69 ff.

als „kleinste[n] gemeinsame[n] Nenner“ zurückführen.²⁶ Fraglich ist dagegen, ob neben den Aktionärsinteressen auch die Interessen anderer, nur mittelbar Beteiligter (sog. *stakeholder*) zu berücksichtigen sind. In Deutschland spricht man sich mittlerweile allgemein, teilweise unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte,²⁷ dafür aus, die Interessen der *stakeholder*, einschließlich der Gesamtgesellschaft, einzubeziehen.²⁸ Umstritten ist nur, ob den Aktionärsinteressen im Konfliktfall ein Gewichtungsvorsprung zu kommt²⁹ oder *stakeholder*-Belange gleichwertig und im Zweifel auf Kosten der Aktionärsinteressen verfolgt werden dürfen.³⁰ Eine ähnliche Rechtslage ist in Frankreich, Österreich und der Schweiz vorzufinden, die inzwischen sogar gesetzlich vorschreiben, *stakeholder*-Belange im Rahmen des Leitungsermessens zu berücksichtigen.³¹

-
- 26 *Grigoleit* (Fn. 6), § 76 Rn. 18. Zur grundsätzlich erwerbswirtschaftlichen Ausrichtung der Aktiengesellschaft vgl. die Nachweise in Fn. 6.
- 27 Grundlegend zur Entwicklung des Unternehmensinteresse als Leitbild der Führung in Frankreich und Deutschland *H. Fleischer*, Unternehmensinteresse und intérêt social: Schlüsselziffern aktienrechtlichen Denkens in Deutschland und Frankreich, ZGR 2018, 703; *Habersack*, Gemeinwohlabbindung (Fn. 18), 603 ff.
- 28 Siehe die Nachweise in Fn. 29 und 30; vgl. ebenso *Böbel*, Unternehmensinteresse (Fn. 18), S. 69 ff. zum theoretischen Streitstand. Vgl. auch die Präambel des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) i.d.F. v. 28.04.2022: „Der Kodex verdeutlicht die Verpflichtung [...] unter Berücksichtigung der Belange der Aktionäre, der Belegschaft und der sonstigen mit dem Unternehmen verbundenen Gruppen (Stakeholder) für den Bestand des Unternehmens und seine nachhaltige Wertschöpfung zu sorgen (Unternehmensinteresse)“. Anders i.S.e. reinen *shareholder-value*-Ansatzes (engl.: *shareholderism*) im neueren Schrifttum nur noch *Grigoleit* (Fn. 6), § 76 Rn. 19; *Müllert*, Verantwortung (Fn. 5), 770 ff. Zum Ursprung *Rentsch/Weller*, Gute Kapitalgesellschaft (Fn. 12), S. 11 f.
- 29 Für ein solches moderates *shareholder value* Konzept (engl. *enlightened shareholderism*) u.a. *H. Fleischer* in: BeckOGK AktG (Fn. 6), § 76 Rn. 37 f.; *Weber* (Fn. 10), § 76 Rn. 22; *Seibt* (Fn. 24), § 76 Rn. 40; wohl auch *B. Dauner-Lieb* in: *M. Henssler/L. Strohn* (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., München 2024, § 76 Rn. 10 f.; *G. Spindler* in: *MüKo-AktG* (Fn. 9), Bd. 2, 6. Aufl., München 2023, § 76 Rn. 90 ff.; in diese Richtung wohl auch BGHZ 219, 193 (Rn. 54).
- 30 Für einen solchen als *stakeholder value* bezeichneten Ansatz (engl. *stakeholderism*) u.a. *Koch* (Fn. 9), § 76 Rn. 72 ff.; *A. Cahn* in: *U. Noack/D. Zetsche* (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 7, 4. Aufl., Hürth 2023, § 76 Rn. 19 ff.; *Habersack*, Gemeinwohlabbindung (Fn. 18), 635 f.; *Vetter*, Geschäftsleiterpflichten (Fn. 21), 367.
- 31 Für Frankreich siehe Art. 1833 Abs. 2 Code civil: „La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité“, dazu *I. M. Barsan/M. Hertslet*, Unternehmensinteresse, Gesellschaftszweck und Corporate Social Responsibility, IWRZ 2019, 256 (258 ff.); *Fleischer*, Unternehmensinteresse (Fn. 27), 729 f. Für Österreich siehe § 70 Abs. 1 öAktG: „Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des

Im angelsächsischen Rechtskreis werden interessenpluralistische Ansätze noch kritischer betrachtet.³² In den USA geht man traditionell von einem klaren Vorrang der Aktionärsinteressen aus (*shareholder primacy*).³³ Zwar erlauben zahlreiche Bundesstaaten dem *board* gesetzlich in sog. *constituency statutes* die Berücksichtigung von *stakeholder*-Belangen.³⁴ Und auch der sog. Business Roundtable, ein Verbund der CEOs führender amerikanischer Unternehmen, hat sich 2019 in seinem *Statement on the Purpose of Corporation* für eine stärkere Orientierung an *stakeholder*-Belangen ausgesprochen.³⁵ Doch der Schein trügt: Zum einen fehlt es in dem für Aktiengesellschaften so wichtigen Bundesstaat Delaware bisher noch an einer entsprechenden Regelung.³⁶ Zum anderen wird die Berücksichtigung von *stakeholder*-Belangen ganz überwiegend lediglich als Mittel zur langfristischen

Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses es erfordert“, dazu S. Kallss in: MüKo-AktG (Fn. 29), § 76 Rn. 225 ff. Zur Rechtslage in der Schweiz vgl. *Habersack*, Gemeinwohlbindung (Fn. 18), 639 f. Zu ähnlichen Vorhaben im deutschen Recht *H. Fleischer*, Gesetzliche Unternehmenszielbestimmungen im Aktienrecht, ZGR 2017, 411 (417 f.); *Rentsch/Weller*, Gute Kapitalgesellschaft (Fn. 12), 16 f.

- 32 Siehe z.B. *L. A. Bebchuk/R. Tallarita*, The Illusory Promise of Stakeholder Governance, Cornell Law Review 106 (2020), 91; *D. Lund/E. Pollmann*, The Corporate Governance Machine, Columbia Law Review 121 (2021), 2563.
- 33 Grundlegend *Dodge v. FordMotor Co.*, 204 Mich. 459, 170 N.W. 668 (Mich. 1919): “A business corporation is organized and carried on *primarily for the profit of the shareholders*. The powers of directors are to be employed for that end.” Vgl. zur *shareholder primacy* *A. F. Magee*, Something’s Got to Give: The Business Roundtable Statement and the Opportunity to Change the Status Quo of Shareholder Wealth Maximization, Wake Forest Law Review 56 (2021), 1167 (1168 ff.); *H. Fleischer*, Gesetzliche Unternehmenszielbestimmungen im Aktienrecht ZGR 2017, 411 (418); kritisch *J. E. Fisch/S. D. Solomon*, Should Corporations Have a Purpose?, Texas Law Review 99 (2021), 1309 (1322 ff.); *Hart/Zingales*, Shareholder Welfare (Fn. 18), 263, 270 f.
- 34 Dazu *C. Geczy* et al., Institutional Investing When Shareholders Are Not Supreme, Harvard Business Law Review 5 (2015), 73 (93 ff.); vgl. auch *Fleischer*, Unternehmenszielbestimmungen (Fn. 33), 418 f.
- 35 Siehe Business Roundtable, Statement on the Purpose of a Corporation: „We share a fundamental commitment to all of our stakeholders. We commit to [...] deliver value to all of them, for the future success of our companies, our communities and our country.“, abrufbar unter https://system.businessroundtable.org/app/uploads/sites/5/2023/02/WSJ_BRT_POC_Ad.pdf (Stand: 8.4.2024). Zur Einordnung aus gesellschaftsrechtlicher Sicht *G. Apfelbacher*, Das Business Roundtable Statement 2019 aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, in: *M. Hoffmann-Becking/P. Hommelhoff* (Hrsg.), Festschrift für Gerd Krieger zum 70. Geburtstag, München 2020, S. 29.
- 36 *Geczy* et al., Institutional Investing (Fn. 34), 97.

gen Maximierung der Aktionärsinteressen verstanden.³⁷ In diesem Sinne ist etwa die britische Regelung des Unternehmensinteresses zu verstehen, die *stakeholder* zwar ausdrücklich aufzählt, sie aber hinter die Interessen der Aktionäre zurückstellt.³⁸

Ein echter *stakeholderism*, der *stakeholder*-Belange im Zweifel auch zu lasten der *shareholder* verfolgt,³⁹ wird demgegenüber weitgehend abgelehnt. *Bebchuk* und *Tallarita* halten ihn etwa für eine „illusorische“ Lösung, weil aufgrund der gegebenen Anreizstrukturen von der Unternehmensleitung überhaupt nicht zu erwarten sei, solche Belange entgegen den Aktionärsinteressen zu verfolgen.⁴⁰ Sie fürchten zudem, dass eine Verlagerung der Debatte auf das Gesellschaftsrecht zu einer Verlangsamung der notwendigen Gesetzgebung führe.⁴¹

2. Leitungsermessen bei ESG-Entscheidungen

Die praktische Bedeutung der unterschiedlichen Konzepte zur Bestimmung des Unternehmensinteresses wird in Bezug auf ESG-Maßnahmen zuweilen überschätzt.⁴² Selbst die Vertreter des *shareholder-value*-Ansatzes richten die Aktionärsinteressen an einer langfristigen Steigerung des Unterneh-

37 Man spricht in diesem Zusammenhang im englischen Schrifttum vom sog. *enlightened shareholderism*, vgl. dazu *Bebchuk/Tallarita*, Stakeholder Governance (Fn. 32), 108 ff.

38 Section 172 (2) des Companies Act 2006 lautet: “A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company *for the benefit of its members* as a whole, and *in doing so* have regard (amongst other matters) to [...] the interests of the company’s employees, the need to foster the company’s business relationships with suppliers, customers and others, the impact of the company’s operations on the community and the environment, the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct [...]”, Herv. des Verf.; dazu *Fleischer*, Unternehmenszielbestimmungen (Fn. 33), 419 ff.

39 Vgl. dazu *Bebchuk/Tallarita*, Stakeholder Governance (Fn. 32), 114 ff.

40 *Bebchuk/Tallarita*, Stakeholder Governance (Fn. 32), 139 ff.

41 *Bebchuk/Tallarita*, Stakeholder Governance (Fn. 32), 168 ff.

42 Vgl. zu den nur geringen praktischen Unterschieden *Koch* (Fn. 9), § 76 Rn. 68; *S. Harbarth*, „Corporate Sustainability Due Diligence“-Richtlinie: (Kein) Systemumbruch im deutschen Aktienrecht?, AG 2022, 633 (Rn. 9); *Weber* (Fn. 10), § 76 Rn. 22; *Fleischer* (Fn. 29), § 76 Rn. 52. *Schön* spricht sogar (in gewissem Umfang) von einem „natürlichen Gleichlauf von Aktionärs- und Gemeinwohlinteressen“, *W. Schön*, Der Zweck der Aktiengesellschaft – geprägt durch europäisches Gesellschaftsrecht?, ZHR 180 (2016), 279 (285).

menswertes aus, sodass *stakeholder*-Belange jedenfalls insoweit berücksichtigt werden dürfen, als sie mittelbar den erwerbirtschaftlichen Gesellschaftszweck fördern.⁴³

Konzeptionell erfordert das aus betriebswirtschaftlicher Warte zwar, dass jede Maßnahme des Vorstands *ex ante* einen positiven Erwartungswert aufweist.⁴⁴ Die dafür stets erforderliche Prognose stellt aber eine unternehmerische Entscheidung dar, für die dem Vorstand nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG (sog. *business judgement rule*) ein gerichtlich nur sehr eingeschränkt überprüfbarer Einschätzungsspielraum zukommt.⁴⁵ Letztlich wird man deshalb nur offensichtliche Fehlentscheidungen beanstanden können.⁴⁶ Aus Sicht des Vorstands wird sich häufig darlegen lassen, dass bei einer ESG-orientierten Unternehmensführung jedenfalls *ex ante* eine positive Ertragsprognose bestand und damit die Maßnahme dem Aktionärsinteresse entsprach. Das gilt insbesondere, wenn der Vorstand die Aktiengesellschaft mit der Maßnahme als *good corporate citizen* etablieren möchte, um damit ihre soziale Akzeptanz zu fördern.⁴⁷ Ein Unternehmen, das seine Arbeitnehmer ausbeutet oder im großen Stil die Umwelt verschmutzt, wird langfristig schon infolge der drohenden Rufschädigung keine positive wirtschaftliche Entwicklung vollziehen. Weil selbst Vertreter des strengen *shareholder-value*-Ansatzes keinen konkret quantifizierbaren Erfolgsbeitrag

43 Grigoleit (Fn. 6), § 76 Rn. 20; Fleischer (Fn. 29), § 76 Rn. 38; Weber (Fn. 10), § 76 Rn. 22; Seibt (Fn. 24), § 76 Rn. 42; vgl. auch BGHZ 219, 193 Rn. 54.

44 Ausführlich zur Operationalisierung des Gewinnziels H. C. Grigoleit, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH, München 2006, S. 361 ff.; Mülbert, Verantwortung (Fn. 5), 773; vgl. auch Weber (Fn. 10), § 76 Rn. 22, 22b, 31; Seibt (Fn. 24), § 76 Rn. 42.

45 BGHZ 219, 193 Rn. 54; Dörrwächter, Nachhaltigkeit (Fn. 21), 1092; S. Harbarth, Nachhaltigkeit im Rahmen unternehmerischer Entscheidungen in: B. P. Paal/D. Poelzig/O. Fehrenbacher (Hrsg.), Deutsches, Europäisches und Vergleichendes Wirtschaftsrecht: Festschrift für Werner F. Ebke zum 70. Geburtstag, München 2022, S. 307 (319); vgl. auch Grigoleit (Fn. 6), § 76 Rn. 25 ff., 31.

46 H. C. Grigoleit/L. Tomasic in: Grigoleit AktG (Fn. 6), § 93 Rn. 37; H. Fleischer in: BeckOGK AktG (Fn. 6), § 93 Rn. 102.

47 Ausführlich C. H. Seibt, Corporate Reputation Management: Rechtsrahmen für Geschäftsleiterhandeln, DB 2015, 171 (176 f.). Siehe auch Weber (Fn. 10), § 76 Rn. 22, 22b; Grigoleit (Fn. 6), § 76 Rn. 38; Seibt (Fn. 24), § 76 Rn. 42; vgl. auch BGHSt 47, 187 (195).

fordern,⁴⁸ wird sich der gegenteilige Nachweis nur schwer führen lassen.⁴⁹ Folglich kann ein „williger“ Vorstand ESG-Maßnahmen häufig durchsetzen, wenn er sie nur überzeugend begründet.⁵⁰

Bedeutung erlangt der Streit um die richtige Zielkonzeption dort, wo der Konflikt zwischen ESG-Belangen und wirtschaftlichen Zielen des Unternehmens offen zu Tage tritt. Das ist kein rein theoretisches Problem: Trotz des vielfach propagierten Gleichlaufs gibt es Situationen, in denen sich *stakeholder*- und *shareholder*-Interessen konfliktär gegenüberstehen.⁵¹ Denn zahlreiche Unternehmen profitieren bisher von niedrigen gesetzlichen ESG-Standards, indem sie bestimmte Kosten zulasten von *stakeholders* externalisieren. Das sei an einem plakativen Beispiel illustriert:⁵² Ein Ölkonzern fördert im Ausland – unter dort legalen, aber nach nationalen Standards menschen- und umweltrechtlich inakzeptablen Bedingungen – Rohöl, verarbeitet es und verkauft dann Kraftstoffe und andere Endprodukte an Unternehmen oder Endkunden im Inland. Die dabei entstehenden Treibhausgase werden kostenlos oder jedenfalls sehr kostengünstig in die Atmosphäre entlassen. Man stelle sich vor, der Vorstand würde nun umfassende ESG-Maßnahmen beschließen: Die Ölforderung soll nur noch

48 Mülbert, Verantwortung (Fn. 5), 773 verlangt lediglich „eine Abschätzung, dass der Barwert der Zahlungsüberschüsse die Opportunitätskosten der Investition übersteigt“; vgl. auch Grigoleit, Gesellschafterhaftung (Fn. 44), 364. Siehe dazu Habersack, Gemeinwohルbindung (Fn. 18), 634 f.; Harbarth, CSDD-Richtlinie (Fn. 42), Rn. 7 a.E.

49 Zur haftungsrechtlichen Problematik siehe Harbarth, Nachhaltigkeit (Fn. 45), 321 ff.

50 Ähnlich Habersack, Gemeinwohルbindung (Fn. 18), 636 f. Zu denkbaren Begründungen siehe S. Steuer, Klimaziele im Unternehmensrecht, ZIP 2023, 13 (20).

51 M. Lieberknecht, Institutional Investors as Climate Activists, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=4198042> (Stand: 8.4.2024), 13 f.; Dörrwächter, Nachhaltigkeit (Fn. 21), 1091; A. v. Werder in: T. Kremer/G. Bachmann/M. Lutter/A. v. Werder (Hrsg.), Deutscher Corporate Governance Kodex, Kodex-Kommentar, 9. Aufl., München 2023, Präambel Rn. 22 m.w.N.; vgl. Fleischer, Unternehmensspenden (Fn. 19), 174. Praktische Beispiele bilden u.a. die Schließung unrentabler Geschäftssparten, A. v. Werder, Shareholder Value-Ansatz als (einige) Richtschnur des Vorstandshandelns?, ZGR 1998, 69 (84 ff.), die Mitfinanzierung einer Festschrift ohne nach außen erkennbarer Nennung des Unternehmens, LG Essen, Urt. v. 9.9.2013 – 44 O 164/10 Rn. 1010 (juris), der sofortige Ausstieg aus der Kernenergie bei einem überwiegend darauf ausgerichteten Energieversorgungsunternehmen, vgl. OLG Hamburg ZIP 1990, 311 (312), oder persönlich motivierte Spenden (sog. *pet charities*), Fleischer (Fn. 29), § 76 Rn. 57. Anders aber G. Bachmann, Zielsetzung und Governance von Unternehmen im Lichte der Klimaverantwortung, ZHR 187 (2023), 166 (178).

52 Beispiel in Anlehnung an Lieberknecht, Institutional Investors (Fn. 51), 13 f.; M. Condon, Externalities and the Common Owner, Washington Law Review 95 (2020), 1 (49).

durch fair bezahlte Arbeitskräfte und unter Beachtung der Menschenrechte erfolgen. Neue technische Vorkehrungen sollen sicherstellen, dass es bei der Förderung nicht zu einer Kontamination von Böden sowie des Grundwassers kommt. Und schließlich werden die Treibhausgasemissionen verringert und vollständig kompensiert. Es wäre illusorisch zu glauben, derartige Maßnahmen kämen zum Nulltarif. Die Internalisierung dieser Kosten durch adäquate ESG-Maßnahmen ginge aller Wahrscheinlichkeit nach mit einem drastischen Rückgang der Gewinne einher.⁵³ Dass etwaige wirtschaftliche Vorteile in Gestalt von Reputationssteigerungen oder der Vermeidung drohender Klagen diese finanziellen Nachteile aufwiegen, erscheint mehr als kühne Hoffnung, denn als wirtschaftliches Kalkül.

Bezüglich solcher altruistischer ESG-Maßnahmen,⁵⁴ von denen auf lange Sicht eine Reduktion des Unternehmenswerts zu erwarten ist, kommt es zum Schwur. Für Vertreter des (moderaten) *shareholder-value*-Ansatzes verläuft hier die Grenze des Vorstandsermessens, weil sie den erwerbswirtschaftlichen Gesellschaftszweck des Unternehmens in Frage stellen.⁵⁵ Sie sind auch dann nicht zu rechtfertigen, wenn sie dem Interesse einzelner Aktionäre oder Aktionärsgruppen entsprechen, weil der Vorstand sein Handeln nicht an Partikularinteressen ausrichten darf.⁵⁶ Wer dagegen den interessenpluralistischen Ansatz verfolgt und dementsprechend mit der Annahme von Gesellschaftszweckänderungen zurückhaltender ist,⁵⁷ gesteht dem Vorstand in diesem Fall ein Entscheidungsermessen zu: Er hat die Belange der Aktionäre und der anderen *stakeholder* angemessen zu berücksichtigen und muss im Wege praktischer Konkordanz einen Interessenausgleich herbeiführen.⁵⁸ Das bedeutet, dass er im Einzelfall auch wertmindernde Maßnahmen durchführen darf, um wichtigen Gemeinwohlbelangen Rechnung zu tragen.⁵⁹ Der Entscheidungsspielraum wird demgegen-

53 Vgl. auch *Lieberknecht*, Institutional Investors (Fn. 51), 13 f.; *Condon*, Externalities (Fn. 52), 49.

54 Anders *Bachmann*, Zielsetzung (Fn. 51), 181, der zwischen Beseitigung von Externalitäten und „altruistischer Freigiebigkeit“ unterscheiden will.

55 *Harbarth*, CSDD-Richtlinie (Fn. 42), Rn. 7; vgl. *Weber* (Fn. 10), § 76 Rn. 22b; vgl. auch die Nachweise in Fn. 17.

56 Vgl. C. A. *Weber*/B. *Kebekus*, Diversifizierung und Corporate Governance, ZHR 184 (2020), 324 (353 f.).

57 Ausführlich dazu B.

58 *Koch* (Fn. 9), § 76 Rn. 88; *Cahn* (Fn. 30), § 76 Rn. 23.

59 Ausdrücklich *Vetter*, Geschäftsleiterpflichten (Fn. 21), 367; ebenso S. *Harbarth*, Die Aktiengesellschaft im Wandel der Zeit zwischen Wirtschaftlichkeit und Gemeinwohl, ZGR 2022, 533 (547 f.).

über erst überschritten, wenn die Maßnahme insgesamt als unangemessen zu bewerten ist und Bestand oder dauerhafte Rentabilität des Unternehmens gefährdet.⁶⁰ Einen prinzipiellen Vorrang darf der Vorstand dem Gemeinwohl – in Abwesenheit anders lautender Satzungsbestimmungen – also nicht einräumen.⁶¹

3. Berücksichtigungspflichten

Der weite Ermessensspielraum ermöglicht dem Vorstand zwar einerseits weitreichende ESG-Entscheidungen. Kehrseite ist andererseits das Fehlen durchsetzbarer Pflichten.⁶² Angesichts der bereits angesprochenen Auswirkungen auf den langfristigen Unternehmenserfolg wird man allerdings annehmen müssen, dass den Vorstand – auch unter Annahme eines *shareholder value* Konzepts – zumindest die Pflicht trifft, relevante ESG-Belange zu ermitteln und bei der Entscheidungsfindung angemessen zu berücksichtigen.⁶³ Hierbei handelt es sich um eine rein prozedurale Pflicht, entsprechende Belange zu identifizieren und in den Entscheidungsprozess einzustellen. Nur in Extremsituationen, wenn die Nichtberücksichtigung von ESG-Belangen offensichtlich zu erheblichen Nachteilen für die Gesellschaft führen würde, mag man eine Ermessensreduktion auf Null annehmen.⁶⁴

Mit Spannung erwartet wurde, ob die *Corporate Sustainability Due Diligence* Richtlinie (CSDDD)⁶⁵ diesbezüglich eine Verschärfung vorsehen wird. Nach Art. 25 der Entwurfssfassung sollten die Mitgliedstaaten nämlich sicherstellen, dass „die Mitglieder der Unternehmensleitung [...] bei Ausübung ihrer Pflicht, im besten Interesse des Unternehmens zu han-

60 Dazu schon unter B. Vgl. *Geschäftsleiterpflichten* (Fn. 21), 367; *Cahn* (Fn. 30), § 76 Rn. 39; *Dörrwächter*, Nachhaltigkeit (Fn. 21), 1091; *Harbarth*, Aktiengesellschaft im Wandel (Fn. 59), 550 f. m.w.N.; *M. Brellochs*, Institutionelle Investoren (ETF-Fonds, Versicherungen, Pensionskassen) im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZHR 185 (2021), 319 (364).

61 *Habersack*, Gemeinwohlbindung (Fn. 18), 627; *Harbarth*, Aktiengesellschaft im Wandel (Fn. 59), 551.

62 Vgl. *Habersack*, Gemeinwohlbindung (Fn. 18), 627; *Spindler* (Fn. 29), § 76 Rn. 97.

63 Vgl. *Habersack*, Gemeinwohlbindung (Fn. 18), 632 f.; *Dörrwächter*, Nachhaltigkeit (Fn. 21), 1092; *Harbarth*, Nachhaltigkeit (Fn. 45), 319 ff.

64 Vgl. *Weber* (Fn. 10), § 76 Rn. 22c.

65 Richtlinie (EU) 2024/1760 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937 und der Verordnung (EU) 2023/2859, Abl. EU 2024 L 1760.

deln, die kurz-, mittel- und langfristigen Folgen ihrer Entscheidungen für Nachhaltigkeitsaspekte *berücksichtigen*, gegebenenfalls auch die Folgen für Menschenrechte, Klimawandel und Umwelt.⁶⁶ Hätte man „berücksichtigen“ in diesem Zusammenhang als ergebnisbezogene Pflicht des Vorstands verstanden, diese Belangen u.U. entgegen wirtschaftlicher Interessen zu verfolgen,⁶⁷ wären damit erhebliche Auswirkungen auf das bisherige Leistungsverständnis verbunden gewesen.⁶⁸ Die besseren Argumente sprachen gegen ein solches Verständnis: Nicht nur legten Wortlaut und Entstehungsgeschichte eine nur prozedurale Berücksichtigungspflicht nahe.⁶⁹ Eine ergebnisbezogene Berücksichtigungspflicht hätte auch zu der bedenklichen Konsequenz geführt, dass Gerichte unternehmerische Entscheidungen auf ihre Verhältnismäßigkeit bei der Befolgung von Gemeinwohlbelangen hätten überprüfen müssen. Hierfür fehlen geeignete Maßstäbe, weshalb sich der Gesetzgeber in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG bewusst dafür entschieden hat, unternehmerische Entscheidungen nur einer Evidenzkontrolle zu unterziehen.⁷⁰ Insofern ist es zu begrüßen, dass der Unionsgesetzgeber diese Regelung letztlich nicht in die Richtlinie übernommen hat.⁷¹

4. Legalitätspflichten

Einen gewissen ESG-Mindestumfang gewährleistet der Gesetzgeber indes durch einschlägige Ge- und Verbotsnormen. Denn der Vorstand ist selbstverständlich im Rahmen seiner allgemeinen Sorgfaltspflicht nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG an die Einhaltung bestehender Gesetze gebunden (Legalitätspflicht) und muss deren Befolgung im Unternehmen kontrollieren (Le-

66 Siehe Art. 25 des Richtlinienvorschlags der Kommission, COM(2022) 71 final [Herv. des Verf.].

67 In diese Richtung *M.-P. Weller/T. Fischer*, ESG-Geschäftsleitungspflichten Unternehmenstransformation zur Klimaneutralität, ZIP 2022, 2253 (2261), die eine Abwägung verlangen, bei denen ESG-Belangen ein „justiziables Mindestgewicht“ zugemessen wird.

68 Dazu *Harbarth*, CSDD-Richtlinie (Fn. 42), Rn. 16. *Weller/Fischer*, ESG-Geschäftsleitungspflichten (Fn. 67), 2257 sprechen sogar von einer „neuen Ära“.

69 Überzeugend *Harbarth*, CSDD-Richtlinie (Fn. 42), Rn. 17 ff.; dies anerkennend auch *Weller/Fischer*, ESG-Geschäftsleitungspflichten (Fn. 67), 2260 f.

70 BT-Drs. 15/5092, S. II.

71 Vgl. *J. Schmidt*, Die EU-Lieferketten-Richtlinie (CSDDD) – Meilenstein oder bürokratische Hydra?, NZG 2024, 859 (870).

galitätskontrollpflicht).⁷² Diese rechtlichen Mindeststandards werden zunehmend ausgeweitet. Zu den traditionellen Regelungen des Arbeitnehmer- und Umweltschutzes gesellt sich inzwischen beispielsweise eine spezifische Nachhaltigkeitsberichterstattung. Im Anwendungsbereich von § 289b HGB muss der Vorstand großer kapitalmarktorientierter Kapitalgesellschaften über bestimmte nichtfinanzielle Aspekte berichten, namentlich über Umwelt-, Arbeitnehmer- und Sozialbelange, die Achtung der Menschenrechte sowie die Bekämpfung von Korruption und Bestechung. Das geltende Recht verpflichtet bisher zwar aufgrund seines *comply-or-explain*-Ansatzes (§ 289c Abs. 4 HGB) nur dazu, vorhandene Konzepte zu beschreiben, nicht diese neu zu entwickeln. Diesen Mechanismus schafft die jüngst verabschiedete *Corporate Sustainability Reporting Directive*⁷³ allerdings ab. Indem sie außerdem den persönlichen Anwendungsbereich erheblich erweitert und den Umfang der Berichtspflichten verschärft, nimmt sie Unternehmen zukünftig stärker in die Pflicht.⁷⁴

Im Vordringen befinden sich zudem Regelungen, die rechtliche Überwachungspflichten innerhalb von Lieferketten etablieren. Eine Vorreiterrolle kommt der französischen *loi vigilance* zu, die Unternehmen schon seit 2017 unter Androhung zivilrechtlicher Haftung zur Aufstellung eines Überwachungsplans hinsichtlich der Einhaltung von Menschenrechten und Umweltstandards in der Lieferkette verpflichtet.⁷⁵ In Deutschland gilt seit dem 1.1.2023 das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG)⁷⁶, das bestimmten Unternehmen (vgl. § 1 LkSG) in den §§ 3 ff. LkSG eine Reihe von Pflichten zur Überwachung von Menschenrechts- und Umweltbelangen innerhalb ihrer Lieferketten auferlegt, eine zivilrechtliche Haftung in § 3 Abs. 3 LkSG

72 Siehe nur Koch (Fn. 9), § 93 Rn. 9 f., 17. In Bezug auf Gemeinwohlbelange Habersack, Gemeinwohlbindung (Fn. 18), 648 ff.

73 Richtlinie (EU) 2022/2464 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 und der Richtlinien 2004/109/EG, 2006/43/EG und 2013/34/EU hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen, Abl. EU 2022, L 322/15.

74 Zu den Neuerungen siehe S. Needham/L. Warnke/S. Müller, Grünes Licht für die Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD): Ein Überblick über die finalisierten Regelungen zur Nachhaltigkeitsberichterstattung, IRZ 2023, 41.

75 Dazu H. Fleischer/N. Danninger, Konzernhaftung für Menschenrechtsverletzungen, DB 2017, 2849.

76 Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten vom 16. Juli 2021, BGBl. I 2021, 2959.

jedoch ausdrücklich ausschließt.⁷⁷ Auch hier kommt es künftig zu einer Vereinheitlichung und Verschärfung durch die CSDDD. Sie verpflichtet dazu, dass Unternehmen negative Auswirkungen auf die Menschenrechte und die Umwelt ermitteln, verhindern und nötigenfalls beheben (vgl. Art. 8 ff. CSDDD) und flankiert zumindest einige dieser Pflichten mit einer zivilrechtlichen Haftung (Art. 29 CSDDD). Art. 22 CSDDD hält Unternehmen zukünftig sogar an, einen Klimaplan aufzustellen, der die Vereinbarkeit des Geschäftsmodells mit dem 1,5-Grad-Ziel des Pariser Klimaabkommens sicherstellt.⁷⁸ Manchem dauert das zu lange. Schon jetzt wird daher zuweilen der Versuch unternommen, aus den deliktsrechtlichen Sorgfaltspflichten weitergehende konkrete ESG-Anforderungen für das Vorstandshandeln herzuleiten.⁷⁹

Dieser bunte Strauß an Maßnahmen hat eines gemein: In allen Fällen implementiert der Gesetzgeber Gemeinwohlbelange von außen in das Unternehmensinteresse, sodass man insofern von einer gewissen Materialisierung des Gesellschaftsrechts sprechen kann.⁸⁰

II. Hauptversammlung

Die Aktiengesellschaft ist in erster Linie eine Veranstaltung der Aktionäre. Sie üben ihre Rechte gem. § 118 Abs. 1 S. 1 AktG grundsätzlich in der Hauptversammlung (engl. *shareholders' meeting*, frz. *assemblée générale*) aus und bestimmen in der Satzung die Grundlinien der Gesellschaft. Damit kommt der Hauptversammlung für die Umsetzung von ESG eine besondere Bedeutung zu.

77 Einführend *E. Wagner/M. Rutloff*, Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, NJW 2021, 2145; zur Haftung *H. Fleischer*, Zivilrechtliche Haftung im Halbschatten des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes, DB 2022, 920.

78 Näher zur Richtlinie und den Unterschieden zum LkSG *Schmidt*, CSDDD (Fn. 71); vgl. auch *L. Giesberts*, Sorgfaltspflichten für die Lieferkette, NVwZ 2022, 1497.

79 Beispielhaft sind in diesem Zusammenhang die sog. horizontalen Klimaklagen. Siehe unter D.; ausführlich *J. C. Gabler*, Deliktische Klimahaftung am Beispiel des Shell-Urturteils des Haager Bezirksgerichts, S. 177.

80 Vgl. *Weller/Fischer*, ESG-Geschäftsleitungspflichten (Fn. 67), 2258 f. Grundlegend zum Begriff der Materialisierung *C.-W. Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), 273 (276 ff.). Zum gesellschaftsrechtlichen „Reinheitsgebot“ unter dem Aspekt des Klimawandels *Bachmann*, Zielsetzung (Fn. 51), 173 ff.

1. ESG-Beschlüsse

Aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Zuständigkeitsverteilung kann die Hauptversammlung ESG-Beschlüsse allerdings nicht ohne Weiteres fassen. Sie beschließt grundsätzlich nur in den durch Satzung und Gesetz abschließend benannten Fällen, die insbesondere wiederkehrende und strukturelle Maßnahmen betreffen.⁸¹ Weil ESG-Maßnahmen regelmäßig zur Geschäftsführung gehören, liegen sie oft außerhalb dieser Kompetenzen.⁸² Ungeschriebene Hauptversammlungskompetenzen sind dagegen nur in besonderen Ausnahmefällen anerkannt, insbesondere wenn Geschäftsführungsmaßnahmen so schwer wiegen, dass sie an die Kernaufgaben der Hauptversammlung heranreichen.⁸³ Dass ESG-Maßnahmen diese hohen Anforderungen erreichen, ist allerdings kaum vorstellbar.⁸⁴

Daran ändert auch das in § 122 Abs. 2 AktG vorgesehene Antragsrecht der Aktionäre nichts. Die Ergänzung der Tagesordnung kann ebenfalls nur innerhalb der Zuständigkeit der Hauptversammlung verlangt werden.⁸⁵ Das gilt selbst für Anträge auf Ergänzung um bloße Konsultativbeschlüsse oder beschlusslose Tagesordnungspunkte.⁸⁶ Auch sie würden letztlich einen Eingriff in die Geschäftsführungskompetenz des Vorstands bedeuten.⁸⁷ Den Aktionären verbleibt stattdessen nur die Möglichkeit, ihr Rede- und Auskunftsrecht (§ 131 AktG) in Zusammenhang mit anderen Tagesordnungs-

81 D. Kubis in: MüKo-AktG (Fn. 9), Bd. 3, 5. Aufl., München 2022, § 119 Rn. 9.

82 M.-P. Weller/V. Hoppmann, Environment Social Governance (ESG) Neue Kompetenzen der Hauptversammlung?, AG 2022, 640 (Rn. 22); R. Harnos/P. M. Holle, Say on Climate, AG 2021, 853 (Rn. 12); Habersack, Gemeinwohlabindung (Fn. 18), 637.

83 Grundlegend BGHZ 83, 122; BGHZ 159, 30; dazu Koch (Fn. 9), § 119 Rn. 16 ff.

84 Ebenso C. Ott, Hauptversammlung for Future, NZG 2020, 99 (100); H. Fleischer/P. Hülse, Klimaschutz und aktienrechtliche Kompetenzverteilung: Zum Für und Wider eines „Say on Climate“, DB 2023, 44 (46); Harnos/Holle, Say on Climate (Fn. 82), Rn. 12.

85 Koch (Fn. 9), § 122 Rn. 18; O. Rieckers in: BeckOGK AktG (Fn. 6), § 122 Rn. 56.

86 Zur Unzulässigkeit von ESG-Konsultativbeschlüssen: Harnos/Holle, Say on Climate (Fn. 82), Rn. 53 ff.; Weller/Hoppmann, ESG (Fn. 82), Rn. 23 ff.; P. Jaspers, Sustainable Shareholder Activism Neue Herausforderung für die aktienrechtliche Beratung, AG 2022, 145 (Rn. 20); anders M. Roth/J. Ekkenga, Stewardship und Corporate Governance bei Emission von Green Bonds, AG 2021, 409 (Rn. 45 f.). Zur Unzulässigkeit von beschlusslosen Ergänzungsanträgen über ESG-Fragen Harnos/Holle, Say on Climate (Fn. 82), Rn. 59 ff.; F. Drinhausen, Weiterer Reformbedarf im Aktienrecht – Mehr Aktionärsdemokratie wagen, ZHR 186 (2022), 201 (205); Ott, Hauptversammlung (Fn. 84), 101; Weller/Hoppmann, ESG (Fn. 82), Rn. 26.

87 Harnos/Holle, Say on Climate (Fn. 82), Rn. 56 ff. und Rn. 61 ff.

punkten für eine Debatte über ESG-Fragen zu nutzen.⁸⁸ Gelegenheit dazu bieten insbesondere der von der Hauptversammlung zu fassende Entlastungsbeschluss (§ 119 Abs. 1 Nr. 4 AktG) sowie die Aussprache über den Jahresabschluss.⁸⁹ Hierbei handelt es sich aber um ein denkbar schwaches Instrument.⁹⁰

Die beschriebenen Kompetenzprobleme beschränken auch in anderen Jurisdiktionen die Einflussmöglichkeiten der Aktionäre in ESG-Fragen erheblich. Allerdings steht man entsprechenden Initiativen andernorts offen gegenüber: In den USA sind Konsultativbeschlüsse der Hauptversammlung (sog. *shareholder proposals*) traditionell auch zu Geschäftsführungsfragen möglich.⁹¹ In Frankreich haben klimabezogene Aktionärsanträge in den letzten Jahren zumindest eine Zulässigkeitsdebatte losgetreten, die bisher noch unentschieden scheint.⁹² Hierzulande wird darüber diskutiert, *de lege ferenda* kompetenzunabhängige konsultative Hauptversammlungsbeschlüsse nach dem Vorbild des § 120a AktG zu etablieren.⁹³ Ein solches „*Say on ESG*“ böte der Hauptversammlung eine geeignete Möglichkeit, ihr Meinungsbild zu ESG-Themen offenzulegen, und besäße auch ohne rechtliche Verbindlichkeit erhebliche Signalwirkung.⁹⁴ Die Schweiz und Spanien sind einen Schritt weiter und schreiben schon heute ein solches Votum über die nichtfinanzielle Erklärung zwingend vor.⁹⁵

Eine Entscheidungskompetenz zu ESG-Fragen wird aber ausnahmsweise begründet, wenn der Vorstand eine Beschlussfassung nach § 119 Abs. 2

88 Fleischer/Hülse, Klimaschutz (Fn. 84), 46; Weller/Hoppmann, ESG (Fn. 82), Rn. 31 ff.

89 Harnos/Holle, Say on Climate (Fn. 82), Rn. 13. Vgl. auch zur Instrumentalisierung des umwandlungsrechtlichen Spaltungsbeschlusses Weller/Hoppmann, ESG (Fn. 82), Rn. 28 ff.; M.-P. Weller/N. Benz, Klimaschutz und Corporate Governance, ZGR 2022, 563 (598 f.).

90 Vgl. Weller/Hoppmann, ESG (Fn. 82), Rn. 31 ff.; Harnos/Holle, Say on Climate (Fn. 82), Rn. 14 ff.

91 Fleischer/Hülse, Klimaschutz (Fn. 84), 48 f.; H. Fleischer, Konsultative Hauptversammlungsbeschlüsse im Aktienrecht, AG 2010, 681 (686 f.); mit zahlreichen Beispielen M. I. Steinberg, The Federalization of Corporate Governance, New York 2018, S. 164 ff. Grundlegend zu *shareholder proposals* P. Hell, Die Shareholder Proposal Rule des US-amerikanischen Kapitalmarktrechts als Instrument des nachhaltigkeitsorientierten Aktionärsaktivismus, ZVglRWiss 119 (2020), 314.

92 Zur Rechtslage in Frankreich Fleischer/Hülse, Klimaschutz (Fn. 84), 46 ff.

93 Drinhausen, Aktionärsdemokratie (Fn. 86), 208 ff.; ähnlich Weller/Hoppmann, ESG (Fn. 82), Rn. 42 ff.; Weller/Benz, Klimaschutz (Fn. 89), 600 f.

94 Drinhausen, Aktionärsdemokratie (Fn. 86), 210 f.; Weller/Hoppmann, ESG (Fn. 82), Rn. 43.

95 Weller/Hoppmann, ESG (Fn. 82), Rn. 18.

AktG verlangt. Die Hauptversammlung *kann* dann über die entsprechende Maßnahme entscheiden; der gefasste Beschluss bindet gem. §§ 82 Abs. 2, 83 Abs. 2 AktG den Vorstand.⁹⁶ Eine Verpflichtung zur Beschlussfassung besteht allerdings nicht. Die Hauptversammlung darf sich auf einen empfehlenden Beschluss beschränken oder die Entscheidung beim Vorstand belassen.⁹⁷ Aufgrund ihrer Bindungswirkung handelt es sich bei den Beschlüssen zwar theoretisch um ein wirksames Instrument. Weil der Prozess zeitaufwendig ist und die Entscheidungsfreiheit des Vorstands einschränkt, holt er entsprechende Beschlüsse jedoch praktisch kaum ein.⁹⁸ Relevanter dürfte daher sein, ob sich der Vorstand darauf beschränken darf, einen Konsultativbeschluss zu erbitten, um das Meinungsbild der Aktionäre abzufragen. Das wird zu Recht, gestützt auf einen Erst-Recht-Schluss, bejaht.⁹⁹

2. ESG-Satzungsklauseln

Der Hauptversammlung kommt nach § 119 Abs. 1 Nr. 6 AktG die Kompetenz zu, Satzungsänderungen zu beschließen. Auf dieser Grundlage könnten Aktionäre versucht sein, ESG-Klauseln in der Satzung zu verankern, um damit Leitlinien für das Handeln des Vorstands (vgl. § 82 Abs. 2 AktG) zu bestimmen.

Denkbar sind zunächst allgemeine Klauseln zur Unternehmensführung, die den Vorstand bei seinen Entscheidungen ermächtigen oder verpflichten, Gemeinwohlbelange in die Abwägung einzustellen.¹⁰⁰ Damit ist freilich wenig gewonnen, wenn man eine solche Berücksichtigungspflicht ohnehin dem geltenden Recht entnimmt.¹⁰¹ Wirksamer sind Klauseln, die es dem

96 Koch (Fn. 9), § 119 Rn. 15.

97 Vgl. J. Hoffmann in: BeckOGK AktG (Fn. 6), § 119 Rn. 21; Koch (Fn. 9), § 119 Rn. 15.

98 Vgl. Koch (Fn. 9), § 119 Rn. 13c; P. Jaspers, Nachhaltigkeits- und ESG-Ausschüsse des Aufsichtsrats, AG 2022, 145 (Rn. 21) bezeichnet § 119 Abs. 2 AktG deshalb als „praktisch totes Recht“.

99 Harnos/Holle, Say on Climate (Fn. 82), Rn. 24 ff.; Drinhausen, Aktionärsdemokratie (Fn. 86), 207; Fleischer, Hauptversammlungsbeschlüsse (Fn. 91), 689; Weller/Hoppmann, ESG (Fn. 82), Rn. 36 f.; Koch (Fn. 9), § 119 Rn. 13; anders P. O. Mülbert in: H. Hirte/P. O. Mülbert/M. Roth (Hrsg.), Aktiengesetz Großkommentar, Bd. 7/1 5. Aufl., Berlin 2017, § 119 Rn. 202; zweifelnd auch K. von der Linden/L. Winkler, Die Hauptversammlung wird grün, DB 2023 Beilage Nr. 2, 40 (41).

100 Zur Zulässigkeit solcher Klauseln Fleischer, Responsibility (Fn. 19), 514; vgl. Habersack, Corporate Purpose (Fn. 15), 716.

101 Siehe C. I. 2. Vgl. zum rein deklaratorischen Charakter auch Kuntz, Corporate Purpose (Fn. 11), 686 f.

Vorstand gebieten, ESG-Belangen im Ergebnis angemessen Rechnung zu tragen und somit auch Entscheidungen auf Kosten der Aktionäre ermöglichen. Sie schreiben einen *stakeholder-value*-Ansatz satzungsmäßig fest und befreien den Vorstand von einer stets am Gewinn orientierten Begründungspflicht.¹⁰² Allerdings bedürfen Satzungsänderungen nach § 179 Abs. 2 S. 1 AktG einer Kapitalmehrheit von drei Vierteln. Wer den Gesellschaftszweck – anders als hier¹⁰³ – rein gewinnorientiert versteht, wird möglicherweise sogar in Analogie zu § 33 Abs. 1 S. 2 BGB eine Zustimmung *aller* Aktionäre verlangen. Denn Klauseln, die es dem Vorstand erlauben, auch ideell ausgerichtete ESG-Maßnahmen umzusetzen, würden den Gesellschaftszweck in der Tat relativieren.¹⁰⁴ Ein solches Mehrheitserfordernis, das auch die Zustimmung nicht erscheinender Aktionäre voraussetzt, wäre in börsennotierten Gesellschaften praktisch nicht zu erreichen.¹⁰⁵

Ebenfalls denkbar ist nach § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG die Verankerung von ESG innerhalb des Unternehmensgegenstandes (engl. *object*; frz. *objet*). Er beschränkt die Vorstandsautonomie, indem er den konkreten Tätigkeitsbereich des Unternehmens umschreibt, mit dem der Gesellschaftszweck verwirklicht werden soll.¹⁰⁶ Einem Energieunternehmen könnte z.B. durch die Tätigkeitsbeschreibung einer „Energiegewinnung durch erneuerbare Energien“ eine verbindliche ESG-Vorgabe gemacht werden.¹⁰⁷ Ein ähnlicher Versuch ist bei der RWE-AG – rechtlich allerdings gekleidet in einen Abspaltungsvorgang – erfolglos geblieben.¹⁰⁸

Ferner weist § 58 Abs. 3 S. 2 AktG der Hauptversammlung ausdrücklich die Kompetenz zu, in der Satzung Maßgaben für die Verwendung des Bilanzgewinns zu treffen. Damit ließe sich satzungsmäßig festschreiben,

102 Zu Begründungsschwierigkeiten vgl. *Fleischer*, Unternehmenspenden (Fn. 19), 174.

103 Siehe B.

104 *Mülbert*, Verantwortung (Fn. 5), 772; *Spindler*, CSR (Fn. 24), 1141 f.; *Kuntz*, Corporate Purpose (Fn. 11), 684, 689. Zurückhaltender dagegen *Fleischer*, Responsibility (Fn. 19), 514, der „vielfach die Mehrheit von drei Vierteln“ ausreichen lässt. Kritisch zu diesen Überlegungen *O. Müller-Michaels/W. Ringel*, Muss sich Ethik lohnen?, AG 2011, 101 (111 f.).

105 *Mülbert*, Verantwortung (Fn. 5), 772.

106 *Seibt* in: *Schmidt/Lutter* AktG (Fn. 17), § 23 Rn. 32; *A. Pentz* in *MüKo*-AktG (Fn. 9), Bd. 1, 6. Aufl. 2024, § 23 Rn. 78.

107 Vgl. mit weiteren Beispielen *Habersack*, Corporate Purpose (Fn. 14), 717.

108 Dazu *B. W. Fuhrmann/K. Döding*, Enkraft Capital vs. RWE AG – misslungener Auftakt des ESG-Aktivismus in Deutschland?, AG 2022, R168; *Weller/Hoppmann*, ESG (Fn. 82), Rn. 28 ff.

einen Teil des Gewinns zugunsten von ESG-Projekten zu verwenden.¹⁰⁹ Weitergehende Klauseln, die konkrete ESG-Maßnahmen festlegen, werden sich dagegen häufig als unzulässig erweisen: § 23 Abs. 5 S. 2 AktG erlaubt nur abstrakt-generelle ESG-Klauseln, die keinen Eingriff in die nach § 76 Abs. 1 AktG garantierende Leitungsautonomie des Vorstands bedeuten.¹¹⁰ Aus diesem Grund dürften auf dem Boden des Interessenpluralismus auch solche Klauseln ausscheiden, die den Vorstand auf einen reinen *shareholder*-Ansatz verpflichten, um damit nicht erwerbswirtschaftlich orientierte ESG-Maßnahmen auszuschließen.¹¹¹

3. Zur Rolle institutioneller Investoren

In praktischer Hinsicht ist die Ausübung der genannten Rechte in der Hauptversammlung zudem dadurch erschwert, dass Aktionäre häufig nur geringe Anreize besitzen, ihr Stimmrecht auszuüben. Zwar gibt es immer wieder engagierte Minderheitsaktionäre, die versuchen, die Entscheidungen der Gesellschaft durch Ausübung ihrer Rechte oder medial zu beeinflussen (*shareholder activism*).¹¹² Traditionell werden die Aktionäre von Publikumsgesellschaften in der Ökonomie aber als „rational apathisch“ beschrieben: Weil sich der einzelne Aktionär keinen relevanten Einfluss auf den Ausgang der Abstimmung zuschreibt, scheut er es, die mit der Abstimmung einhergehenden Kosten auf sich zu nehmen.¹¹³ Ist er mit der Unternehmensführung unzufrieden, etwa weil sie auf ESG keine Rücksicht

109 Vgl. dazu *Vetter*, Geschäftsleiterpflichten (Fn. 21), 372 f.

110 *Fleischer* (Fn. 29), § 76 Rn. 47; *Habersack*, Gemeinwohlbindung (Fn. 18), 638; *Drinhausen*, Aktionärsdemokratie (Fn. 86), 206; OLG Stuttgart NZG 2006, 790 unter II. 1. c).

111 Vgl. *Cahn* (Fn. 30), § 76 Rn. 22; *Habersack*, Gemeinwohlbindung (Fn. 18), 639; anders *Vetter*, Geschäftsleiterpflichten (Fn. 21), 373; *Fleischer* (Fn. 29), § 76 Rn. 39, § 82 Rn. 33.

112 Zum *shareholder activism* *P. Brückner*, Aktivistische Aktionäre, Berlin 2023; *T. Bunz*, Vorbereitungs- und Reaktionsmöglichkeiten börsennotierter Unternehmen auf Shareholder Activism, NZG 2014, 1049; mit aktuellen Beispielen von *der Linden/Winkler*, Hauptversammlung (Fn. 99), 41.

113 Grundlegend zu diesem sog. *collective action problem* *A. Berle/G. C. Means*, The modern corporation and private property, New York 1968, S. 80 ff.; *F. H. Easterbrook/D. R. Fischel*, Voting in Corporate Law, The Journal of Law and Economics 26 (1983), 395 (402). Für Deutschland *W. Servatius*, Strukturmaßnahmen als Unternehmensleitung, Köln 2004, S. 209 ff.; optimistischer *S. Steuer*, Passive Investoren, Baden-Baden 2022, S. 130 f.

nimmt, wird er höchstwahrscheinlich nicht durch Ausübung seines Stimmrechts versuchen, die Situation zu verbessern, sondern stattdessen seine Aktien verkaufen (*exit* statt *voice*).¹¹⁴

Große Hoffnung wird seit einigen Jahren in institutionelle Investoren wie Investmentfonds, Versicherungen oder Pensionskassen gesetzt. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass sie nicht ihr eigenes Vermögen investieren, sondern treuhänderisch das Kapital einer unbestimmten Vielzahl von Personen, das so umfangreich ist (regelmäßig in Millionenhöhe), dass es ein professionelles Vermögensmanagement erfordert.¹¹⁵ Solche Anleger spielen in börsennotierten Gesellschaften eine immer größere Rolle: Nach einer OECD-Studie hielten institutionelle Investoren im Jahr 2017 bezogen auf die Marktkapitalisierung etwa 72 % der Anteile amerikanischer bzw. 38 % der Anteile europäischer börsennotierter Gesellschaften.¹¹⁶ Unter ihnen erfreuen sich in den letzten Jahren insbesondere an der Börse gehandelte Investmentfonds (sog. *exchange traded funds* – ETF) einer besonderen Beliebtheit. Bei ihnen handelt es sich typischerweise um passiv gemanagte Fonds, die zur Renditeerzielung nicht auf eine gezielte Vermögensumschichtung setzen, sondern schlicht einen bestimmten Aktienindex nachbilden.¹¹⁷ Vorteile dieser Indexfonds sind ihre starke Diversifikation und geringe Kosten, die sich meist im Bereich von unter 0,1 % bis 0,6 % des angelegten Vermögens bewegen.¹¹⁸ Die drei großen Anbieter solcher Finanzprodukte, die amerikanischen Investmentgesellschaften BlackRock, State Street und Vanguard, verwalten insgesamt ein Vermögen im Wert

114 Zu *exit* und *voice* im gesellschaftsrechtlichen Kontext A. Gorman, *Exit vs. Voice: A Comparison of Divestment and Shareholder Engagement*, New York University Annual Survey of American Law 72 (2017), 113 (124 ff. und *passim*); Steuer, *Passive Investoren* (Fn. 113), S. 127 f.

115 A. Faure, *Verantwortung institutioneller Aktionäre im deutschen Aktienrecht*, Baden-Baden 2019, S. 41 ff. Vgl. zur uneinheitlichen Begrifflichkeit dort S. 35 und K. U. Schmolke, *Institutionelle Anleger und Corporate Governance – Traditionelle institutionelle Investoren vs. Hedgefonds*, ZGR 2007, 701 (704 ff.).

116 A. De La Cruz/A. Medina/Y. Tang, *Owners of the World's Listed Companies*, 2019, S. 11. Vgl. zur Bedeutung institutioneller Anleger auch Steuer, *Passive Investoren* (Fn. 113), S. 71 ff.; Brellochs, *Institutionelle Investoren* (Fn. 60), 326 f.

117 Vgl. zu den Unterschieden einer aktiven und passiven Anlagestrategie M. Bassler, *Die Bedeutung von institutionellen Anlegern für die interne Corporate Governance ihrer Beteiligungsunternehmen*, Baden-Baden 2015, S. 102 f.

118 Vgl. auch Steuer, *Passive Investoren* (Fn. 113), S. 149. Die Gebühren für aktiv gemanagte Fonds sind demgegenüber deutlich höher. Häufig wird auf das sog. „2 and 20“-Modell gesetzt, bei dem eine jährliche Gebühr von 2 % des angelegten Vermögens und zusätzlich 20 % der erzielten Renditegewinne bezahlt werden.

von ca. 20 Billionen US-Dollar und hielten im Jahr 2017 allein 20,5 % der Anteile der im S&P 500 gelisteten Gesellschaften; insgesamt besaßen sie 1.118 Beteiligungen mit einer Mindesthöhe von 5 %.¹¹⁹ Obwohl diese Rolle in Deutschland noch schwächer ausgeprägt ist, wächst die Bedeutung auch hier: Innerhalb der 427 Gesellschaften des C-DAX kam ihnen im Jahr 2020 insgesamt elf Mal die Rolle als größter Aktionär zu, 58 Mal waren sie unter den drei größten Aktionären.¹²⁰

Durch ihre großen Beteiligungshöhen scheint bei institutionellen Investoren erstens die rationale Apathie nicht so stark ausgeprägt.¹²¹ Zweitens werden sie von der Gesellschaftsführung als bedeutende Anleger wahrgenommen. Das ermöglicht ihnen auch informell, z.B. durch sog. Engagement-Gespräche, auf die Leitung der Gesellschaft Einfluss zu nehmen.¹²² Bei den Indexfonds kommt noch eine dritte Überlegung hinzu: Weil sie typischerweise einen bestimmten Aktienindex abbilden, kommt für sie ein Anteilsverkauf konzeptionell nicht in Betracht. Sie sind auf eine langfristige Gewinnerzielung ausgelegt und könnten eher geneigt sein, ihre Stimmrechte auszuüben, um Veränderungen herbeizuführen.¹²³ Und in der Tat scheinen sich gerade die Indexfonds verstärkt für ESG einzusetzen. Das belegen nicht nur öffentliche Äußerungen¹²⁴ und ESG-Reporte,¹²⁵ sondern auch das geänderte Abstimmungsverhalten¹²⁶.

119 *L. Bebchuk/S. Hirst*, The Specter of the Giant Three, *Boston University Law Review* 99 (2019), 721 (733 ff.).

120 *Steuer*, Passive Investoren (Fn. 113), S. 92. Zur Bedeutung in Deutschland auch *Brellochs*, Institutionelle Investoren (Fn. 60), 327 m.w.N.

121 *Bassler*, Institutionelle Anleger (Fn. 117), S. 111 ff.; *Steuer*, Passive Investoren (Fn. 113), S. 130; vgl. *L. Klöhn*, Passive Investoren, Aktivisten und die Reform des deutschen Hauptversammlungsrechts, *ZHR* 185 (2021), 182 (187 ff.).

122 Ausführlich dazu *Bassler*, Institutionelle Anleger (Fn. 117), S. 230 ff.; *Steuer*, Passive Investoren (Fn. 113), S. 124 ff.; mit Verweis auf die insgesamt doch geringe Anzahl *Klöhn*, Passive Investoren (Fn. 121), 192.

123 Vgl. *P. Hell*, Institutionelle Investoren, Stewardship und ESG, *NZG* 2019, 338 (340); *Klöhn*, Passive Investoren (Fn. 121), 188 f.; anders *Steuer*, Passive Investoren (Fn. 113), S. 236.

124 Siehe z.B. Larry Fink's Letter to CEOs 2018, A sense of purpose: „Society is demanding that companies, both public and private, serve a social purpose. To prosper over time, every company must not only deliver financial performance, but also show how it makes a positive contribution to society. Companies must benefit all of their stakeholders, including shareholders, employees, customers, and the communities in which they operate.“, abrufbar unter <https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/2018-larry-fink-ceo-letter> (Stand: 8.4.2024).

125 BlackRock 2022 Sustainability Disclosure, <https://www.blackrock.com/corporate/literature/continuous-disclosure-and-important-information/blackrock-2022-sasb-d>

Allerdings darf bezweifelt werden, ob es sich bei den „wohlklingende[n] Stewardship-Initiativen“ tatsächlich um ernst gemeintes Engagement handelt oder sie vielmehr Ausdruck einer „symbolischen Corporate Governance-Politik“ sind, um in der Öffentlichkeit positiv wahrgenommen zu werden und Regulierungsbestrebungen vorzubeugen.¹²⁷ Bei genauerer Betrachtung zeigt sich nämlich, dass auch für institutionelle Investoren nur schwache Stewardship-Anreize bestehen.¹²⁸ Insbesondere das *collective action problem* ist bei (passiven) Investmentfonds noch verstärkt, weil sie nur über die sehr geringen Verwaltungsgebühren am Erfolg von Stewardship-Maßnahmen partizipieren.¹²⁹ Dagegen kommen Wertsteigerungen der Konkurrenz gleichermaßen zugute, ohne dass sie sich an den Kosten beteiligen müssten (Trittbreitfahrer-Problem).¹³⁰ Angesichts des Umstandes, dass die Gebührenhöhe den wesentlichen Wettbewerbsfaktor bei Indexfonds darstellt, macht das eine kostspielige Informationsbeschaf-

isclosure.pdf (Stand: 8.4.2024); State Street 2022 ESG Report, <https://www.statestreet.com/web/about/our-impact/documents/statestreet-esg-report-2022.pdf> (Stand: 8.4.2024); vgl. auch Vanguard's approach to ESG, https://www.de.vanguard/conten/dam/intl/europe/documents/en/our-approach-to-esg-eu-en_pro.pdf (Stand: 8.4.2024).

- 126 BlackRocks Nachhaltigkeitsansatz, S. 4, <https://www.blackrock.com/corporate/literature/publication/our-commitment-to-sustainability-exec-summary-ch-de.pdf> (Stand: 8.4.2024). Vgl. auch Larry Fink's Letter to CEOs 2020, A Fundamental Reshaping of Finance: “Every government, company, and shareholder must confront climate change. [...] [W]e will be increasingly disposed to vote against management and board directors when companies are not making sufficient progress on sustainability-related disclosures and the business practices and plans underlying them.”, <https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/2020-larry-fink-ceo-letter> (Stand: 8.4.2024).
- 127 *Hell*, Institutionelle Investoren (Fn. 123), 341; vgl. *Klöhn*, Passive Investoren (Fn. 121), 196; *Lieberknecht*, Institutional Investors (Fn. 51), *passim*; *Bachmann*, Zielsetzung (Fn. 51), 172 f., 180.
- 128 Ausführlich zur Anreizstruktur passiver institutioneller Investoren *Steuer*, Passive Investoren (Fn. 113), S. 141 ff.; *Klöhn*, Passive Investoren (Fn. 121), 190 ff.; *L. Bebchuk/S. Hirst*, Index Funds and the Future of Corporate Governance: Theory, Evidence, and Policy, Columbia Law Review 199 (2019), 2029 (2050 ff.).
- 129 *Steuer*, Passive Investoren (Fn. 113), S. 145 ff.; *Hell*, Institutionelle Investoren (Fn. 123), 340. Siehe auch das anschauliche Berechnungsbeispiel bei *Bebchuk/Hirst*, Index Funds (Fn. 128), 2050 ff.; ähnlich für den deutschen Markt *Klöhn*, Passive Investoren (Fn. 121), 191.
- 130 *T. Tröger*, Die Regelungen zu institutionellen Investoren, Vermögensverwaltern und Stimmrechtsberatern im Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der zweiten Aktiönsrechtsrichtlinie (ARUG II), ZGR 2019, 126 (132).

fung unattraktiv.¹³¹ Institutionelle Investoren interessieren sich ferner aufgrund ihrer Beteiligung an einer Vielzahl von Gesellschaften nicht nur für den Erfolg einer bestimmten Gesellschaft, sondern berücksichtigen zudem etwaige Effekte auf andere Unternehmen (sog. Portfoliointeresse).¹³² Ein firmenspezifisches Stewardship ist daher von ihnen nicht zu erwarten.¹³³ Stattdessen werden sich passive Anleger häufig auf die Umsetzung von Maßnahmen fokussieren, die gleichzeitig in einer Vielzahl von Gesellschaften eine Wertsteigerung erwarten lassen (marktweites Stewardship).¹³⁴

Gleichwohl versucht der europäische Gesetzgeber, institutionelle Investoren mit der Einführung umfangreicher Offenlegungs- und Berichtspflichten über die Mitwirkung in ihren Anlagegesellschaften stärker in ihrer Rolle als Aktionäre in die Pflicht zu nehmen.¹³⁵ Dabei geht es ihm nicht nur um die Vermeidung kurzfristigen Gewinnstrebens (*short terminism*), sondern erklärtermaßen auch um ESG.¹³⁶ Regelungstechnisch setzt er nicht auf harte Verhaltenspflichten, sondern auf das aus der CSR-Berichterstattung bekannte *comply-or-explain*-Prinzip.¹³⁷ Damit wird zumindest mittelbar Druck auf institutionelle Investoren ausgeübt, die entsprechende Mitwirkungskonzepte zunächst erarbeiten und implementieren müssen.¹³⁸ Auch wenn die deutschen Umsetzungsvorschriften der §§ 134a ff. AktG ESG-Be-

131 *Klöhn*, Passive Investoren (Fn. 121), 192 f.; *Tröger*, Institutionelle Investoren (Fn. 130), 134 f.; vgl. auch *Steuer*, Passive Investoren (Fn. 113), S. 154 ff.

132 Dazu *Weber/Kebekus*, Diversifizierung (Fn. 56), 334 ff.; vgl. auch *Steuer*, Passive Investoren (Fn. 113), S. 163 ff. Zur Nähe von Portfoliointeresse und Klimaschutzbestrebbungen *Lieberknecht*, Institutional Investors (Fn. 51), 5 ff.

133 *Klöhn*, Passive Investoren (Fn. 121), 196 f.

134 *Klöhn*, Passive Investoren (Fn. 121), 197 ff.

135 EWG 15 Richtlinie EU 2017/828; vgl. zu diesem Regelungsanliegen auch *Tröger*, Institutionelle Investoren (Fn. 130), 128 f.; *Brellochs*, Institutionelle Investoren (Fn. 60), 328. Der deutsche Gesetzgeber verweist in der Gesetzesbegründung zu den Umsetzungsvorschriften der §§ 134a ff. AktG dagegen weniger auf eine Inpflichtnahme institutioneller Investoren, sondern mehr auf eine Verbesserung der Transparenz zugunsten der hinter ihnen stehenden Anleger, vgl. BT-Drs. 19/9739, S. 33, 98. Zu ähnlichen Regelungskomplexen in den USA und UK siehe *Klöhn*, Passive Investoren (Fn. 121), 200 m.w.N.

136 Siehe EWG 14 ARRL: „Eine stärkere Einbindung der Aktionäre in die Corporate Governance ist eines der Instrumente, die dazu beitragen können, die finanzielle und nicht-finanzielle Leistung von Gesellschaften zu verbessern, einschließlich hinsichtlich ökologischer, sozialer und Governance-Faktoren [...].“

137 Siehe Art. 3g Abs. 1, Art. 3h Abs. 2 UAbs. 2, Art. 3j Abs. 1 UAbs. 2 ARRL; vgl. auch §§ 134b Abs. 4, 134c Abs. 2 S. 3, 134d Abs. 1 S. 2 AktG.

138 *Brellochs*, Institutionelle Investoren (Fn. 60), 329; vgl. zur CSR-Berichterstattung *Schön*, Zweck (Fn. 42), 283; *Habersack*, Corporate Purpose (Fn. 14), S. 711.

lange nicht ausdrücklich adressieren, sind sie mit den „wichtige[n] Angelegenheiten der Portfoliogesellschaften“ und dem Verweis auf die „Interessenträger[.] der Gesellschaft“ (§ 134b Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 AktG) zumindest mit angelegt.¹³⁹

III. Aufsichtsrat

In dualistischen Systemen wie in Deutschland existiert mit dem Aufsichtsrat ein drittes Organ, das die Geschäftsführung durch den Vorstand überwacht (§ 111 Abs. 1 AktG). Das schließt die Überwachung von ESG-Belangen ein. Besonders deutlich zeigt das § 171 Abs. 1 S. 4 AktG, der dem Aufsichtsrat eine Prüfpflicht für den Konzernbericht, einschließlich dessen nichtfinanzieller Bestandteile, auferlegt.

Zur Wahrnehmung seiner Aufgaben kann der Aufsichtsrat nach § 107 Abs. 3 S. 1 AktG Ausschüsse bilden. Einige Unternehmen haben dies bereits genutzt, um besondere ESG-Ausschüsse zu etablieren.¹⁴⁰ Das kann die Anreize für den Vorstand erhöhen, ESG-Belange intensiver zu beachten. Problematisch ist allerdings, dass eine spezifische Nachhaltigkeitsexperteise der Aufsichtsratsmitglieder bisher nicht gesichert ist.¹⁴¹ Zum Teil wird daher *de lege ferenda* eine dem § 100 Abs. 5 AktG entsprechende gesetzliche Kompetenzvorgabe verlangt.¹⁴² In der Wirtschaft scheint jedenfalls durchaus Interesse an entsprechender Expertise zu bestehen: ESG-Weiterbildungsprogramme für Aufsichtsratsmitglieder sind beispielsweise keine Seltenheit mehr. Joe Kaeser, damaliger Vorstandsvorsitzender der Siemens AG, hatte sogar mit dem Angebot an die Klimaaktivistin Luisa Neubauer, einen Posten im Aufsichtsrat eines Konzernunternehmens zu übernehmen, Schlagzeilen gemacht.¹⁴³

139 BT-Drs. 19/9739, S. 101; *Brellochs*, Institutionelle Investoren (Fn. 60), 339; *Tröger*, Institutionelle Investoren (Fn. 130), 143.

140 Dazu *Jaspers*, ESG-Ausschüsse (Fn. 98), 310; *Weller/Benz*, Klimaschutz (Fn. 89), 591 f.

141 Vgl. *D. Graewe*, ESG-Kompetenzen im Aufsichtsrat: das unentdeckte Land, Der Aufsichtsrat 2023, 34.

142 *Jaspers*, ESG-Ausschüsse (Fn. 98), 312 f.; *Weller/Benz*, Klimaschutz (Fn. 89), 592 f. Vgl. schon jetzt die Empfehlung des Deutschen Corporate Governance Kodex, Empfehlung C. 1.

143 Siehe FAZ-Meldung v. 12.01.2020, abrufbar unter <https://www.faz.net/-gqi-9vax7> (Stand: 8.4.2024).

Die Einflussmöglichkeiten des Aufsichtsrats gehen über eine passive Überwachung hinaus. Obwohl ESG als Geschäftsführungsaufgabe grundsätzlich dem Vorstand vorbehalten ist, ermöglicht § III Abs. 4 S. 2 AktG dem Aufsichtsrat, „bestimmte Arten von Geschäften“ an dessen Zustimmung zu binden. Dadurch wird dem Aufsichtsrat zwar kein Mitentscheidungsrecht eingeräumt, er kann jedoch im Innenverhältnis Entscheidungen widersprechen, die seinen (ESG-)Vorstellungen zuwiderlaufen. Aufgrund der Leitungsautonomie des Vorstands dürfen freilich nicht sämtliche Geschäfte von einer solchen Zustimmung abhängig gemacht werden. Vielmehr sind nur *grundlegende* Geschäfte vorbehaltsfähig,¹⁴⁴ wobei die Bedeutung dieses Begriffs nicht endgültig geklärt ist.¹⁴⁵ Im Interesse einer effektiven Kontrolle wird man annehmen müssen, dass nicht nur existenzgefährdende Maßnahmen oder solche mit erheblichen Auswirkungen auf die Vermögens-, Ertrags- oder Finanzlage in Betracht kommen, sondern auch solche, die aus anderen Gründen wesentlich auf die Gesellschaft einwirken.¹⁴⁶ Im ESG-Kontext ist insbesondere an Geschäfte zu denken, die einen starken Öffentlichkeitsbezug aufweisen und zu einer Rufschädigung des Unternehmens führen können.¹⁴⁷ Ebenso können Geschäfte erfasst werden, die Arbeitnehmerbelange empfindlich berühren, wie beispielsweise Betriebschließungen.¹⁴⁸

Als Herausforderung erweist sich dabei die Formulierung der Zustimmungsvorbehalte: Sie müssen stets konkrete Arten von Geschäften eindeutig umschreiben und ohne unbestimmte Begriffe auskommen.¹⁴⁹ Ein pauschaler Vorbehalt für alle Geschäfte mit „wesentlichen ESG-Auswirkungen“ wäre daher unzulässig. Ebenso wenig kann für ein Unterlassen des Vorstands ein Zustimmungsvorbehalt begründet werden.¹⁵⁰ Deshalb kann

144 *G. Spindler/R. Veil* in: BeckOGK AktG (Fn. 6), § III Rn. 84; *Koch* (Fn. 9), § III Rn. 65; *M. Habersack* in: MüKo-AktG (Fn. 29), § III Rn. 121; ebenso Grds. 6 Abs. 2 DCGK. Vgl. auch die Gesetzesbegründung, die ebenfalls auf grundlegende Geschäfte abstellt, BT-Drs. 14/8769, S. 17.

145 Vgl. BT-Drs. 14/8769, S. 17.

146 *M. Habersack*, Corporate Governance-Belange und Arbeitnehmerbelange im Rahmen des § III Abs. 4 Satz 2 AktG, ZHR 178 (2014), 131 (142); vgl. *Koch* (Fn. 9), § III Rn. 65.

147 *Habersack*, Governance-Belange (Fn. 146), 145.

148 *Habersack*, Governance-Belange (Fn. 146), 145.

149 *Spindler/Veil* (Fn. 144), § III Rn. 91; *C. Groß-Böltig/K. Rabe* in: *Hölters/Weber* AktG (Fn. 6), § III Rn. 87; vgl. *Koch* (Fn. 9), § III Rn. 64.

150 Ganz h.M., vgl. nur *Koch* (Fn. 9), § III Rn. 60; *Spindler/Veil* (Fn. 144), § III Rn. 87; *Habersack* (Fn. 144), § III Rn. 129.

z.B. die Entscheidung des Vorstands, gem. § 289c Abs. 4 HGB kein CSR-Konzept zu verfolgen, nicht von einer Zustimmung abhängig gemacht werden.¹⁵¹ Diese Schranken erschweren es im Einzelfall, eine wirksame ESG-Kontrolle durch Zustimmungsvorbehalte einzuführen.

Dem Aufsichtsrat kommt ferner ein mittelbarer Einfluss zu. Er bestellt nach § 84 Abs. 1 S. 1 AktG die Mitglieder des Vorstandes und legt deren Vergütungsstruktur fest. Damit kann er Anreize für eine ESG-orientierte Unternehmensführung setzen. Nach § 87 Abs. 1 S. 2 AktG ist die Vergütungsstruktur bei börsennotierten Gesellschaften sogar „auf eine nachhaltige und langfristige Entwicklung der Gesellschaft auszurichten“.¹⁵² Der Gesetzgeber möchte damit insbesondere auch soziale und ökologische Aspekte zum Gegenstand der Vorstandsvergütung machen.¹⁵³ Zwar ist bisher noch nicht abschließend geklärt, ob sich hieraus eine Rechtspflicht zur Aufnahme von ESG-Zielen in die Vergütungskriterien ergibt.¹⁵⁴ In der Praxis scheint der Appell des Gesetzgebers jedenfalls Gehör zu finden: Nach einer aktuellen Studie richten 98 % der DAX-Unternehmen ihre Vergütungskriterien zumindest auch an ESG-Zielen aus.¹⁵⁵

151 Vgl. G. Bachmann, CSR-bezogene Vorstands- und Aufsichtsratspflichten und ihre Sanktionierung, ZGR 2018, 231 (241); a.A. P. Hommelhoff, CSR-Vorstands- und -Aufsichtsratspflichten, NZG 2017, 1361 (1365).

152 Herv. des Verf.

153 So ausdrücklich BT-Drs. 19/15153, S. 55. Die bis zum 1.1.2020 geltende Fassung der Norm sah noch die Ausrichtung auf eine „nachhaltige Unternehmensentwicklung“ vor, was überwiegend im Sinne einer langfristigen, nicht notwendig ESG-orientierten Unternehmensentwicklung verstanden wurde.

154 Eine Rechtspflicht bejahend H. Fleischer in: BeckOGK AktG (Fn. 6), § 87 Rn. 36; P. Velte, „Nachhaltige und langfristige“ Vorstandsvergütung nach dem ARUG II, NZG 2020, 12 (14 f.); P. Hommelhoff, Vorstandsbezüge und gesteuertes Organverhalten, in: S. Grundmann/H. Merkt/P. O. Mülbert (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 80. Geburtstag am 24. August 2020, Berlin 2020, S. 467 (472 f.); dagegen Harborth, Nachhaltigkeit (Fn. 45), 308 Fn. 8; R. Stenzel, Neue Regeln für die variable Vorstandsvergütung, BB 2020, 970 (972); Koch (Fn. 9), § 87 Rn. 26; C. Arnold/J. Herzberg/R. Zeh, Vorstandsvergütung und Nachhaltigkeit, AG 2021, 141 (Rn. 2).

155 Siehe <https://www.wtaco.com/de-DE/news/2023/02/esg-in-der-vorstandsverguetung-dax-unternehmen-sind-weltweit-mit-fuehrend> (Stand: 8.4.2024). Vgl. auch Arnold/Herzberg/Zeh, Vorstandsvergütung (Fn. 154), Rn. 5.

D. Außergesellschaftliche Akteure

Noch weitgehend ungeklärt sind die Einflussmöglichkeiten außergesellschaftlicher Akteure auf die ESG-Politik in Unternehmen. Unbestritten ist, dass Betroffene und zum Teil auch bestimmte Verbände die Durchsetzung bestehender Rechtspflichten verlangen können.¹⁵⁶ Die Grenzen solcher Initiativen sind aber bisher nicht hinreichend ausgelotet.

Besonders prominent zeigt sich das am Phänomen der horizontalen Klimaklagen. Von den Auswirkungen des Klimawandels Betroffene nehmen neuerdings die Hauptverursacher von Treibhausgasen (sog. *Carbon Majors*) wegen (drohender) Eigentums- und Gesundheitsverletzungen auf Schadenersatz und Unterlassung in Anspruch.¹⁵⁷ Sollten diese Klagen Erfolg haben,¹⁵⁸ erhielten die Betroffenen ein wirkmächtiges Instrument, jedenfalls in diesen Gesellschaften über Gerichte eine ambitionierte ESG-Politik zu erzwingen.¹⁵⁹ In Anbetracht der Dringlichkeit der Klimakrise ist das im Ergebnis sicher wünschenswert, rechtsdogmatisch und rechtspolitisch aber nicht unbedingt zu begrüßen.¹⁶⁰ In erster Linie steht nämlich der Gesetzgeber in der Pflicht, ein wirksames Klimaschutzkonzept zu schaffen und gesetzlich so zu implementieren, dass daraus unmittelbare Rechtspflichten für die großen Emittenten folgen. Eingedenk der Gewaltenteilung und des Wesentlichkeitsvorbehalts sollten Gerichte jedenfalls nicht mit rechtlich etablierten Prinzipien des Deliktsrechts brechen, um sozial

156 Dazu schon C. I. 3. Entsprechende Klagen sind zum Teil auch durch Aktionäre möglich, dazu *M.-P. Weller/C. Radke*, Klimaklagen vor deutschen Gerichten, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2023, München 2023, S. 35 (39 ff.).

157 Ausführlich zu Klimaklagen *Gabler*, Deliktische Klimahaftung (Fn. 79); siehe auch *E.-M. Kieninger*, Klimaklagen im internationalen und deutschen Privatrecht, ZHR 2023, 348; *Weller/Radke*, Klimaklagen (Fn. 156).

158 Horizontale Klimaklagen sind lange Zeit erfolglos geblieben. Das sog. Shell-Urteil des Haager Bezirksgerichts, das erstmals einer solchen Klage stattgibt, markiert möglicherweise einen Wendepunkt. Näher dazu *Gabler*, Deliktische Klimahaftung (Fn. 79), S. 183 ff.

159 *K. F. Gärditz*, Verfassungsfragen zivilrechtlicher Klagen zur Durchsetzung von Klimaschutzz Zielen, EurUP 2022, 45 (45) spricht plakativ von einem „Politikerzwingungshebel“.

160 Kritisch dazu *Gärditz*, Verfassungsfragen (Fn. 159), *passim*; *G. Wagner*, Klimaschutz durch Gerichte, NJW 2021, 2256; *B. W. Wegener*, Urgenda - Weltrettung per Gerichtsbeschluss?, ZUR 2019, 3 (10 ff.); gegen ihn *A. Graser*, Vermeintliche Fesseln der Demokratie: Warum die Klimaklagen ein vielversprechender Weg sind, ZUR 2019, 271; zu rechtspolitischen Bedenken vgl. auch *Kieninger*, Klimaklagen (Fn. 157), 387 ff.

erwünschte, politisch aber nicht konsentierte Klimaziele zu erreichen.¹⁶¹ Der Zweck heiligt im Recht eben nicht alle Mittel. Es ist daher fraglich, ob sich das Deliktsrecht als taugliches Instrument zur Bekämpfung der Klimakrise erweist.

E. Zusammenfassung

ESG ist inzwischen nicht mehr nur ein gesellschaftliches, sondern zunehmend auch ein gesellschaftsrechtliches Thema. Darin liegen für die Akteure der Kapitalgesellschaft neue Herausforderungen. Noch kommt dem Vorstand bei der Umsetzung von ESG eine Schlüsselrolle zu: Im Rahmen seines Leitungsermessens darf er ESG-Belange in weitem Umfang berücksichtigen, muss dies aber über die gesetzlich festgeschriebenen Mindeststandards hinaus nicht.

Die Hauptversammlung findet sich demgegenüber in einer Nebenrolle wieder – trotz der besonderen Stellung der Aktionäre als Eigentümer der Gesellschaft. Weil ESG regelmäßig zur Geschäftsführung gehört, fehlt es an einer Kompetenz zur Fassung von Beschlüssen. Die Einführung von ESG-Satzungsklauseln ist zwar möglich, wird aber durch Gesellschaftszweck und Satzungsstrenge inhaltlich beschränkt und begegnet angesichts der erforderlichen Mehrheiten hohen praktischen Hürden. Institutionelle Investoren können hier Abhilfe schaffen, auch wenn angesichts geringer Mitwirkungsanreize von ihnen sicherlich keine besonders engagierten ESG-Initiativen zu erwarten sind.

Dem Aufsichtsrat kommt schließlich v.a. ein mittelbarer Einfluss zu. Er überwacht die Geschäftsführung des Vorstands auch in Bezug auf ESG-Belange und kann mit der Besetzungsentscheidung, dem Vergütungssystem sowie den Zustimmungsvorbehalten ebenfalls auf eine Verbesserung von ESG hinwirken.

Noch ungeklärt ist die Rolle außergesellschaftlicher Akteure, die sich neuerdings durch sog. Klimaklagen an einer aktiven Mitwirkung versuchen. Die Zeit wird zeigen, ob sich solche Klagen als wirksame Instrumente des Klimaschutzes erweisen oder erfolglos bleiben.

Insgesamt ergibt sich damit ein ambivalentes Bild: Das Gesellschaftsrecht steht einer Implementierung von ESG in Aktiengesellschaften in der

¹⁶¹ Ähnlich Gabler, Deliktische Klimahaftung (Fn. 79), S. 193 f., die von einer nicht unerheblichen Strapazierung der haftungsrechtlichen Dogmatik spricht.

Regel nicht entgegen, es hält die Akteure der Gesellschaft aber auch nicht zu einem solchen Handeln an. Damit bleibt ESG für Aktiengesellschaften vor allem eines: Eine Frage des Wollens.

Geschlecht und Kapitalgesellschaft

Konstantin Suttner*

Die Förderung der Gleichstellung der Geschlechter zählt zu den wichtigsten gesellschaftspolitischen Herausforderungen unserer Zeit. Die Vereinten Nationen haben das Anliegen der *Gender Equality* in die Liste ihrer 17 *Sustainable Development Goals* (SDG n° 5) aufgenommen.¹ Zwar schreitet die geschlechtliche Gleichstellung in den westlichen Gesellschaften kontinuierlich, wenn auch langsam voran. In Deutschland liegt der Frauenanteil unter den Erwerbstägigen heute bei 46,8 %,² unter den Hochschulabsolventen³ sogar bei 52,9 %.⁴ Gleichwohl sind Frauen nicht nur überrepräsentiert in Berufen mit niedrigerem Lohnniveau (*horizontale Segregation des Arbeitsmarkts*), sondern auch deutlich unterrepräsentiert in Führungspositionen (*vertikale Segregation des Arbeitsmarkts*).⁵ In ganz besonderem Maße zeigt sich dies an der Zusammensetzung der Führungsetagen großer Kapitalgesellschaften.⁶ Im Herbst 2022 waren die Vorstände der 200 umsatzstärksten

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität München und ist studentische Hilfskraft am dortigen Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht und Privatrechtstheorie (Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit). Er dankt der Herausgeberin Prof. Dr. Bettina Rentsch für wertvolle Anmerkungen.

- 1 *United Nations*, Goal 5: Achieve gender equality and empower all women and girls, <https://sdgs.un.org/goals/goal5> (aufgerufen am 11. August 2023).
- 2 Vgl. die Daten des Statistischen Bundesamtes für das Jahr 2021, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Qualitaet-Arbeit/Dimension-1/teilhabe-frauen-erwerbsleben.html> (aufgerufen am 14. April 2023).
- 3 Wird im Text zugunsten der besseren Lesbarkeit das generische Maskulinum verwendet, so sind immer alle Geschlechter gemeint.
- 4 Vgl. die Daten des Statistischen Bundesamtes für das Jahr 2021, https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bildung-Forschung-Kultur/Hochschulen/Tabelle_n/frauenanteile-akademischelaufbahn.html (aufgerufen am 14. April 2023).
- 5 D. Liebscher, Erwerbsarbeit - abhängige Beschäftigung in der außerhäuslichen Sphäre, in: L. Foljanty/U. Lembke (Hrsg.), Feministische Rechtswissenschaft, S. 149 (150 f.).
- 6 Die Diskussion über die Unterrepräsentation von Frauen in Leitungsgremien von Kapitalgesellschaften ist keineswegs ein Thema der jüngeren Vergangenheit, sondern reicht zurück bis in die 1940er-Jahre, S. C. Haas, Corporate Governance and the Feminization of Capital, Stanford Law Journal 74 (2022), 515 (561).

deutschen Unternehmen lediglich zu 15,6% mit Frauen besetzt, in den Aufsichtsräten betrug der Frauenanteil immerhin 30,9%.⁷

In den Vorständen und Aufsichtsräten großer deutscher Kapitalgesellschaften ist ein Aufwärtstrend zu beobachten, der unter anderem auf eine zunehmende Regulierung mit den Mitteln des Gesellschaftsrechts zurückzuführen ist. Zu den seit Jahren bestehenden diversitätsfördernden Regulierungangeboten durch *soft law* und der 2015 verabschiedeten Geschlechterquote für den *Aufsichtsrat* im Rahmen des Ersten Führungspositionengesetzes⁸ (FüPoG I) tritt seit 2021 eine Quote auch für die *Vorstände* ausgewählter Kapitalgesellschaften in Gestalt des Zweiten Führungspositionengesetzes (FüPoG II).⁹ Die FüPoGe stehen insofern exemplarisch für eine zunehmende Implementierung gesellschaftspolitischer Belange in das Gesellschaftsrecht.

Dieser Beitrag verschafft zunächst einen Überblick über die Entwicklungslinien diversitätsfördernder Regulierung in Deutschland (A.). Anschließend werden verschiedene Aspekte des Diskurses über die Legitimation staatlich regulierter Diversitätsförderung einer Analyse zugeführt. Der Gesetzgeber beruft sich auf einen unternehmensspezifischen Nutzen divers besetzter Leitungsgremien (B.I.), auf den verfassungsrechtlichen Gleichstellungsauftrag (B.II.), sowie das zugrundeliegende gesellschaftspolitische Projekt (B.III.). Die Motive des Gesetzgebers geben Anlass, den ökonomischen und verhaltenswissenschaftlichen, den verfassungsrechtlichen sowie den gesellschaftswissenschaftlichen Diskurs der gesellschaftsrechtlichen Geschlechterquoten näher in den Blick zu nehmen, um das Thema anschließend in den übergreifenden Kontext gesellschaftspolitisch motivierter Regulierung im Gesellschaftsrecht einzuordnen (C.).

A. Regulierungstendenzen

In Deutschland wie in anderen europäischen Staaten ist das Anliegen der Geschlechtergleichstellung in Führungspositionen in jüngerer Zeit Gegen-

7 A. Kirsch/V. Sondergeld /K. Wrohlich, DIW-Wochenbericht 3+4/2023, S. 23.

8 Gesetz über die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst, BGBl. 2015-I, S. 642 ff.

9 Gesetz zur Ergänzung und Änderung der Regelungen für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst, BGBl. 2021-I, S. 3311 ff.

stand einer immer intensiveren staatlichen Regulierung,¹⁰ deren Entwicklung im Folgenden im Überblick dargestellt wird.¹¹

I. Regulierte Selbstregulierung

Das Anliegen der Geschlechterdiversität in Führungsgremien war in Deutschland vor Einführung der FüPoGe primär Gegenstand *regulierter Selbstregulierung*.¹² Das Herzstück der deutschen Corporate Governance, der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK), hat keine Gesetzesqualität, sondern enthält lediglich *soft law* in Gestalt von Grundsätzen, Empfehlungen und Anregungen („*Code of Best Practice*“).¹³ Bereits 2009 empfahl der DCGK, bei der Zusammensetzung des Vorstands¹⁴ und des Aufsichtsrats¹⁵ auf Vielfalt (*Diversity*) zu achten. Der DCGK 2010 erweiterte die Diversitätsempfehlung unter besonderer Betonung einer angemessenen Berücksichtigung von Frauen allgemein auf „Führungsfunktionen im Un-

10 Zum Regulierungsbegriff A. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, Tübingen 2016, S. 50 („Einsatz von Recht als staatliches Instrument mit einer über den Einzelfall hinausreichenden Steuerungsintention, die auf die Implementierung politischer Allgemeinwohlziele gerichtet ist“).

11 Kapitalgesellschaftsrechtliche Quotenregelungen existieren heute nicht nur in Deutschland, sondern in unterschiedlichen Ausprägungen auch in Norwegen, Spanien, Italien, Österreich, Belgien, Frankreich, Portugal und den Niederlanden, Überblick bei L. *Schwarz*, Geschlechterquote und Zielgrößenfestlegung in Kapitalgesellschaften, Baden-Baden 2020, S. 26 ff.; C. *Teichmann/C. Langes*, Frauenquoten in Deutschland und Europa, EWS 2013, 175 (177 f.). Schweden und Finnland setzen hingegen auf selbstbestimmte, durch Corporate-Governance-Kodizes bewirkte Diversitätsförderung anstatt gesetzlicher Quotenregelungen, A. *Frost/L. Linnainmaa*, Corporate Governance: Frauen im Aufsichtsrat – Können wir von unseren skandinavischen Nachbarn lernen?, AG 2007, 601 (606 f.). In den USA wird vor allem durch private Akteure, insbesondere institutionelle Investoren der Versuch unternommen, *Board Diversity* auf privatwirtschaftlichem Wege voranzutreiben, B. *Rentsch*, Board Diversity als Zukunftsaufgabe der Corporate Governance, ZGR 2022, 107 (128 ff.). Einzig im Bundesstaat Kalifornien gibt es derzeit eine kapitalgesellschaftsrechtliche Geschlechterquote, C. M. *Bruner*, Corporate Governance Reform and the Sustainability Imperative, Yale Law Journal 131 (2022), 1217 (1259 f.).

12 Zum Begriff näher M. *Eifert*, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 3. Aufl. 2022, § 19 Rn. 52 ff.

13 H. C. *Grigoleit/M. Zellner*, in H. C. Grigoleit (Hrsg.), AktG, 2. Aufl., München 2020, § 161 Rn. 4.

14 DCGK 2009 Ziff. 5.1.2.

15 DCGK 2009 Ziff. 5.4.1.

ternehmen“¹⁶ Seit 2020 empfiehlt der DCGK jeweils gesondert, bei der Besetzung des Vorstandes, des Aufsichtsrats und nachgeordneter Führungsebenen auf Diversität zu achten.¹⁷ Auf ausgewogene Geschlechterverhältnisse wird dabei nur noch in Form eines Hinweises auf die gesetzlichen Geschlechterquoten Bezug genommen.¹⁸ Den Empfehlungen des DCGK wird über die Vorschrift des § 161 Abs. 1 AktG in eingeschränktem Maße rechtliche Relevanz verliehen. Börsennotierte und kapitalmarktorientierte Unternehmen sind verpflichtet, jährlich eine Entsprechenserklärung zu den Empfehlungen des Kodex abzugeben und bei Nichtentsprechung die Gründe der Abweichung darzulegen (*comply or explain*).¹⁹

Diversität durch regulierte Selbstregulierung scheint sich auf den ersten Blick bewährt zu haben: Die Befolgsquote zu der Diversitätsempfehlung des DCGK betrug im Jahr 2014 unter den DAX 30-Unternehmen 100 % in Bezug auf den Vorstand und 95,7 % in Bezug auf den Aufsichtsrat.²⁰ Gleichwohl konnte sie den Frauenanteil bis 2015 lediglich auf einen Anteil von 8,38 % im Vorstand und 12,1 % im Aufsichtsrat steigern.²¹

II. Staatliche Regulierung

Die verhaltenen Erfolge der Diversitätsförderung durch *soft law* bewegten den deutschen Gesetzgeber nach Jahrzehntelang geführter hitziger Diskussion schließlich zu einer intensiveren Regulierungsstrategie. Das FüPoG I (1.) und das FüPoG II (2.) sind „staatliche Regulierung *par excellence*“²² Die FüPoGe lassen sich als *proaktives Nichtdiskriminierungsrecht* typisieren.²³

16 DCGK 2010 Ziff. 4.1.5.

17 DCGK 2022 A.2, B.1, C.1.

18 DCGK 2022 Grundsätze 9, 11.

19 *Grigoleit/Zellner* (Fn. 13), § 161 Rn. 6.

20 A. von Werder/J. Turkali, Corporate Governance Report 2015: Kodexakzeptanz und Kodexanwendung, DB 2015, 1357 (1362).

21 FidAR, WoB-Index 2015-I, 17, 21.

22 M. Grünberger, Geschlechtergerechtigkeit im Wettbewerb der Regulierungsmodelle, RW 2012, 1 (2).

23 Systematisierung bei J. Croon-Gestefeld, Gemeininteressen im Privatrecht, Tübingen 2022, S. 210 f.; S. Friedman, Discrimination Law, 2. Aufl., Oxford 2010, S. 125 f.; A. K. Mangold, Demokratische Inklusion durch Recht, Tübingen 2021, S. 230 f.; U. Sacks-ofky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl., Baden-Baden 1996, S. 201; Synonym werden die Begriffe der *positiven Maßnahme* oder der *affirmative action* verwendet, M. Schuler-Harms, Positive Maßnahmen, in: A. K. Mangold/M. Payandeh

Sie zielen nicht auf die Sanktionierung diskriminierenden Verhaltens der Vergangenheit (*reaktives Nichtdiskriminierungsrecht*), sondern bezwecken vielmehr, Frauen als „in der Vergangenheit schwerwiegend benachteiligte Gruppe besonders zu fördern“.²⁴ Es geht nicht bloß um das Unterlassen von Diskriminierung, vielmehr wird darüber hinaus ein aktives Tun zur Förderung einer bestimmten Personengruppen eingefordert, um eine Änderung der gesellschaftlichen Strukturen herbeizuführen.²⁵

1. Erstes Führungspositionengesetz (2015)

Das am 1. Mai 2015 in Kraft getretene FüPoG I setzt auf ein „Zwei-Säulen-Modell“.²⁶ Börsennotierte *und* mitbestimmte Gesellschaften, mithin eine kleine Zahl von Großunternehmen mit besonderer gesellschaftlicher Strahlkraft, sind verpflichtet, einen Mindestanteil von je 30 % beider Geschlechter im *Aufsichtsrat* durch Besetzungentscheidungen herzustellen (§ 96 Abs. 2 S. 1 AktG).²⁷ Die Nichtbeachtung der Quote bei der Neubesetzung von Aufsichtsratsposten wird gem. §§ 96 Abs. 2 S. 6, 250 Abs. 1 Nr. 5 AktG mit deren Nichtigkeit sanktioniert („leerer Stuhl“).²⁸ Unternehmen, die börsennotiert *oder* mitbestimmt sind, sind gem. §§ 76 Abs. 4 S. 1, 111 Abs. 5 S. 1 AktG verpflichtet, Zielvorgaben zur Frauenförderung für Aufsichtsrat, Vorstand und Geschäftsführung sowie die beiden Managementebenen unterhalb des Vorstands festzulegen. Liegt der Frauenanteil zum Stichtag unter 30 %, greift ein Verschlechterungsverbot (§ 76 Abs. 4 S. 5 AktG). Im Übrigen sind die Unternehmen in der Festlegung der Höhe der Zielvorgaben weitgehend frei, auch die Zielgröße „Null“ ist zulässig, sofern dies dem *status quo* entspricht.²⁹ Gem. § 289f Abs. 2 Nr. 4 HGB müssen

(Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, S. 676 ff.; *M. Grünberger*, Personale Gleichheit, Baden-Baden 2013, S. 707 ff.

24 *U. Sackofsky*, Gleichberechtigung (Fn. 23), S. 234 f.

25 *A. K. Mangold*, Inklusion (Fn. 23), S. 230 f.

26 *M. Leydecker/S. Bahlinger*, Frauenquoten im Gesellschaftsrecht, ZGR 2020, 1212 (1213).

27 § 96 Abs. 2 S. 1 AktG: „Bei börsennotierten Gesellschaften, für die das Mitbestimmungsgesetz, das Montan-Mitbestimmungsgesetz oder das Mitbestimmungsgesetz gilt, setzt sich der Aufsichtsrat zu mindestens 30 Prozent aus Frauen und zu mindestens 30 Prozent aus Männern zusammen.“

28 *T. Grobe*, Die Geschlechterquote für Aufsichtsrat und Vorstand, AG 2015, 289 (294) („scharfes Schwert“).

29 *H. C. Grigoleit*, in: Grigoleit (Fn. 13), § 76 Rn. 130; a. A. *M.-P. Weller/N. Benz*, Frauenförderung als Leitungsaufgabe, AG 2015, 467 (471).

zielgrößenverpflichtete Unternehmen in der Erklärung zur Unternehmensführung angeben, ob sie die gesetzten Zielgrößen im Bezugszeitraum erreicht haben und bei Nichterreichen die Gründe des Verfehlens offenlegen (*comply or explain*).³⁰

Bereits in den Jahren der dem FüPoG I vorausgehenden politischen Diskussion ließ sich eine Steigerung des Frauenanteils im Top-Management beobachten.³¹ Die 30%ige Quote wird heute - wenig überraschend - von den betroffenen Unternehmen eingehalten und hat zu einer entsprechenden Steigerung des Frauenanteils geführt.³² Gemischt fällt hingegen die Bilanz der Zielgrößenpflicht aus. Der Gesetzgeber vertraute darauf, dass sich Unternehmen ambitionierte Zielgrößen setzen und diese auch erreichen,³³ tatsächlich verhielten sich die Unternehmen bei der Zielgrößenfestlegung eher zurückhaltend.³⁴

2. Zweites Führungspositionengesetz (2021)

Die durchwachsene Bilanz des FüPoG I motivierte den deutschen Gesetzgeber 2021 schließlich zu einigen Nachjustierungen.³⁵ Das FüPoG II erweitert die Geschlechterquote des FüPoG I für den Aufsichtsrat um ein „Mindestbeteiligungsgebot“ für die *Vorstände* börsennotierter *und* mitbestimmter Unternehmen ab einer Größe von vier Personen.³⁶ Diese müssen sich nun aus mindestens einer Frau und einem Mann zusammensetzen (§ 76 Abs. 3a S. 1 AktG). Betroffen waren davon zuletzt 62 Großunterneh-

30 Rentsch, Board Diversity (Fn. 11), 116; J.-M. Steiner, Die Sanktionierung der flexiblen Frauenquote in Großunternehmen, Köln 2018, S. 175 ff.

31 So bereits 2011 die 4. Bilanz Chancengleichheit der Bundesregierung und der Wirtschaftsverbände, <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/service/publikationen/4-bilanz-chancengleichheit-82114> (aufgerufen am 17. April 2023), S. 55.

32 Vierte Jährliche Information der Bundesregierung über die Entwicklung des Frauen- und Männeranteils an Führungsebenen und in Gremien der Privatwirtschaft und des öffentlichen Dienstes, 2020, https://www.bmfsfj.de/quote/daten/Vierte_Jaehrliche_Information.pdf (aufgerufen am 19. April 2023), S. 15 („Die Quote wirkt“).

33 BT-Drucks. 18/3784, 119 f.

34 Ausf. Rentsch, Board Diversity (Fn. 11), 118 ff., 140; S. Weber/A. Fischer/A. Empen/P. Velte, Zielgrößen für den Frauenanteil im Vorstand und in den beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstands, DB 2020, 966 (968).

35 BT-Drucks. 19/26689, S. 1 f.

36 J.-M. Steiner, Die Mindestbeteiligung von Frauen in deutschen Vorständen im Spannungsfeld zwischen Gesellschaftspolitik und Gesellschaftsrecht, NZG 2021, 276 (276).

men.³⁷ Sanktion der Nichtbeachtung des Mindestbeteiligungsgebots ist gem. § 76 Abs. 3a S. 2 AktG wiederum die Nichtigkeit der Bestellung („leerer Stuhl“).³⁸ Außerdem enthält das FüPoG II einige Verschärfungen im Bereich der Zielgrößenfestlegung.³⁹ Eine Zielgrößenangabe in Prozent muss nun vollen Personenzahlen entsprechen (§§ 76 Abs. 4 S. 2, 111 Abs. 5 S. 2 AktG). Im Fall einer Festlegung der „Zielgröße Null“ hat das Unternehmen die Zielgrößenfestlegung nun außerdem klar und verständlich zu begründen (§§ 76 Abs. 4 Satz 3, 111 Abs. 5 S. 3 AktG).

B. Legitimation regulierter Diversitätsförderung

Im Folgenden soll die Legitimation staatlich regulierter Diversitätsförderung näher beleuchtet werden. Ist es legitim, Kapitalgesellschaften als Rechtsformen des Privatrechts zur Bewältigung gleichstellungspolitischer Pathologien regulatorisch in die Pflicht zu nehmen? Der Gesetzgeber stützt die FüPoGe insofern auf drei Säulen: einen unternehmensspezifischen Nutzen (I.), den verfassungsrechtlichen Gleichstellungsauftrag (II.) und das zugrundeliegende gesellschaftspolitische Projekt (III.).

I. Unternehmensspezifischer Nutzen

Der Gesetzgeber begründet das FüPoG I mit einem *Business Case* für Diversität: eine diverse Besetzung von Leitungsgremien soll für Unternehmen leistungssteigernd wirken.⁴⁰ Die Geschlechterquote soll so unmittelbar der Wettbewerbsfähigkeit des Wirtschaftsstandorts Deutschland zugutekommen.⁴¹ Unternehmen verhielten sich *status quo* irrational, wenn sie

37 A. Kirsch/V. Sondergeld /K. Wrohlich, DIW Wochenbericht 3+4/2023.

38 Steiner, Mindestbeteiligung (Fn. 36), 279.

39 Ausf. G. Spindler, Die Einführung der Geschlechterquote auf Vorstandsebene - das FüPoG II, WM 2021, 817 (821).

40 BT-Drucks. 18/3784, S. 42; B. Rentsch/S. Trautmann, Board Diversity: Business Case or Public Policy?, <https://blogs.law.ox.ac.uk/oblb/blog-post/2023/06/board-diversity-business-case-or-public-policy> (aufgerufen am 13. Juni 2023); J. Wieland, Ist eine Quotenregelung zur Erhöhung des Anteils der Frauen in Aufsichtsräten mit dem Grundgesetz und Europarecht vereinbar?, NJW 2010, 2408 (2408) („Die diversität-Regel fördert aber nicht nur die Gleichberechtigung, sondern nach allgemeiner Auffassung auch den Erfolg des Unternehmens“).

41 BT-Drucks. 18/3784, S. 42.

männliche Bewerber weiblichen Konkurrenten vorziehen. Sie sollten daher vor ihrer eigenen Irrationalität bewahrt werden.⁴² Staatlich regulierte Diversität soll damit ganz im Sinne der Corporate Governance nicht nur als gesellschaftspolitisches, sondern gerade auch als volkswirtschaftliches Anliegen legitimiert werden.⁴³

1. *Diversity als Business Case*

Um den *Business Case* für Diversität zu unterstreichen, werden die Vorteile gemischter Führungs- und Kommunikationsstile fruchtbar gemacht.⁴⁴ Weiter wird auf eine Diversifizierung von Lösungswegen hingewiesen, die Frauen aufgrund ihrer unterschiedlichen Erfahrungen und Sozialisation in Entscheidungsgremien einbringen⁴⁵ ebenso wie auf die Verhinderung unternehmensschädlicher „Seilschaften“ sowie von Sensibilitätsmängeln gegenüber Meinungen Dritter.⁴⁶ Kurzum, divers besetzte Teams trafen bessere Entscheidungen. Unternehmen würden erst dann ihr volles Humankapital ausschöpfen, wenn sie bei der Besetzung von Leitungsgremien den Blick nicht auf männliche Kandidaten verengen.⁴⁷ Gezielte Frauenförderung wirke außerdem auf dem Markt und unter Investoren reputationssteigernd und könne damit jedenfalls mittelbare wirtschaftliche Positiveffekte zeitigen.⁴⁸ Mit einem Bekenntnis zu *Diversity* könnten Unternehmen auf dem Markt eine Vorreiterrolle einnehmen, einen Kulturwandel anstoßen,⁴⁹ ihre

42 M.-P. Weller/C. Harms/B. Rentsch/C. Thomale, Der internationale Anwendungsbe- reich der Geschlechterquote für Großunternehmen, ZGR 2015, 361 (376); Der Sa- che nach geht es um Paternalismus, P. Kowalski, Geschlechterquoten im Kapital- gesellschaftsrecht, Eine interdisziplinäre Analyse, RW 2021, 148 (156); C. H. Seibt, Geschlechterquote im Aufsichtsrat und Zielgrößen für die Frauenbeteiligung in Or- ganen und Führungsebenen in der Privatwirtschaft, ZIP 2015, 1193 (1195).

43 Vgl. Hellgardt, Regulierung (Fn. 10), S. 166 f.

44 BT-Drucks. 18/3784, S. 42; K. Langenbucher, Frauenquote und Gesellschaftsrecht, JZ 2011, 1038 (1038).

45 Grünberger, Geschlechtergerechtigkeit (Fn. 22), 12.

46 Bruner, Corporate Governance Reform (Fn. 11), 1260; T. Kremer, in: T. Kremer/G. Bachmann/M. Lutter/A. v. Werder (Hrsg.), DCGK, 8. Aufl., München 2021, DCGK B.1 Rn. 4.

47 Grünberger, Geschlechtergerechtigkeit (Fn. 22), 12.

48 Grünberger, Geschlechtergerechtigkeit (Fn. 22), 12.

49 Steiner, Mindestbeteiligung (Fn. 36), 284.

Einzigartigkeit herausstellen.⁵⁰ Für Unternehmen sei ein aktives *Diversity Management*, und zwar nicht nur bezogen auf die Förderung geschlechtlicher Vielfalt,⁵¹ ein zentrales Instrument, um ihre Singularität und ihren Wiedererkennungswert zu steigern⁵² und diene als „kompetitive(r) Faktor im spätmodernen Wettbewerbsstaat“.⁵³ Für kapitalmarktorientierte Unternehmen spiele die Einhaltung von Nachhaltigkeitsstandards wie die Frauenförderung eine immer größere Rolle, um für institutionelle Investoren attraktiv zu bleiben.⁵⁴ Diese arbeiten heute immer stärker auch aktiv auf die Erhöhung des Frauenanteils in den Leitungsorganen ihrer Portfoliounternehmen hin (*Diversity Stewardship*),⁵⁵ wenngleich der Einfluss institutioneller Investoren auf die Besetzung von Leitungsgremien in Deutschland deutlich schwächer ausgeprägt ist als etwa in den USA.⁵⁶

2. Der ökonomische und verhaltenswissenschaftliche Diskurs

Den FüPoGen liegt somit implizit (auch) die folgende Prämisse zugrunde: Unternehmen verhalten sich bei der Besetzung ihrer Leitungsgremien unwirtschaftlich, weil sie die Tendenz haben, männlichen Bewerbern gegenüber „besseren“ weiblichen Mitstreitern den Vorrang einzuräumen.⁵⁷ Die Unterrepräsentation von Frauen in Leitungsgremien von Kapitalgesellschaften deute an, dass Frauen im Wirtschaftssystem nicht als Individuum, sondern als Mitglied der „Gruppe Frau“ wahrgenommen werden und aus

50 B. Rentsch, Geschlechtergerechtigkeit in der Gesellschaft der Singularitäten, in: E. Dux/ J. Groß/J. Kraft/R. Militz/S. Ness (Hrsg.), *Frau.Macht.Recht*, Baden-Baden 2023, S. 221 (231).

51 Zum Begriff der Diversität U. Lembke, *Diversity* als Rechtsbegriff. Eine Einführung, RW 2012, 46 ff.

52 A. Reckwitz, *Die Gesellschaft der Singularitäten*, 3. Aufl., Berlin 2020, S. 381.

53 Rentsch, Geschlechtergerechtigkeit (Fn. 50), S. 232.

54 Steiner, Mindestbeteiligung (Fn. 36), 284.

55 M. Barzuza/Q. Curtis/D. H. Webber, Shareholder Value(s): Index Fund ESG Activism and the New Millennial Corporate Governance, *Southern California L. Rev.* 93 (2020), 1243 (1266 ff.); Rentsch, Board Diversity (Fn. 11), 128 ff. *Diversity Stewardship* erfolgt konkret durch die formelle Ausübung von Eigentümerrechten, aber auch durch informelle Absprachen zwischen Investoren und Unternehmensleitung, P. Hell, *Institutionelle Investoren, Stewardship und ESG*, NZG 2019, 338 (340).

56 Rentsch, Board Diversity (Fn. 11), 135 ff.

57 U. Sackofsky, Positive Maßnahmen und Verfassungsrecht, *ZESAR* 2004, 208 (213) („Frauenquoten sind keine Privilegierung der Frauen, sondern sollen sicherstellen, dass nicht länger schlechtere Männer besseren Frauen vorgezogen werden“); Weller/Harms/Rentsch/Thomale, Geschlechterquote (Fn. 42), 375 f.

systemfremden Gründen diskriminiert würden.⁵⁸ Ob die Prämisse einer systematischen Diskriminierung von Frauen auf dem Arbeitsmarkt zutreffend ist, ist Gegenstand einer kontrovers geführten Debatte in den Wirtschafts- und Verhaltenswissenschaften. Man kann die Berufssegmentierung entweder als Ergebnis des Marktmechanismus und als Resultat freier Entscheidungen der Frauen selbst sehen⁵⁹ (a)) oder eine Diskriminierung aus systemfremden Motiven ausmachen (b)). Die Theorien sollen sich schließlich einer Überprüfung auf Grundlage empirischer Erkenntnisse stellen (c)).

a) Ansätze gegen eine systematische Diskriminierung

Manche sehen die Ursache der Geschlechtersegregation auf dem Arbeitsmarkt nicht in struktureller Diskriminierung, sondern schlicht im Verhalten rational agierender Arbeitsmarktakteure. Individuen werden dabei geschlechtsneutral betrachtet. Ausgangspunkt der Überlegung ist der Arbeitsmarkt als Schauplatz vollständig informierter, rationaler und nutzenmaximierender Individuen zur Erreichung effizienter Ergebnisse.⁶⁰ Auf dieser Grundlage sollen zum einen biologische Differenzen (*evolutionspsychologische Selbstselektionstheorien*),⁶¹ zum anderen die geschlechtsspezifische Sozialisation (*soziologische Erklärungsansätze*)⁶² dazu führen, dass sich Frauen weniger für Positionen im Top-Management interessieren als Männer. Frauen seien evolutionsbedingt eher auf Sicherheit bedacht, für Männer sei dagegen der Aufstieg in der Hierarchie wichtiger.⁶³ Auf das männliche Sexualhormon *Testosteron* wird zurückgeführt, dass Männer sich risikofreudiger, dominanter und wettbewerbsorientierter verhalten.⁶⁴

-
- 58 D. Coester-Waltjen, Geschlecht – kein Thema mehr für das Recht?, JZ 2010, 852 (852); Grünberger, Geschlechtergerechtigkeit (Fn. 22), 2.
- 59 G. Bachmann, Zur Umsetzung einer Frauenquote im Aufsichtsrat, ZIP 2011, 1131 (1139) („Die Unterrepräsentanz von Frauen dürfte hier im Übrigen weniger auf die ‚gläserne Decke‘ als auf den Umstand zurückzuführen sein, dass viele Frauen den entbehungsreichen Weg ins Top-Management gar nicht erst antreten wollen“).
- 60 M. Grünberger, Vielfalt durch Quote – Umgekehrte Diskriminierung zu Lasten des Leistungsprinzips?, NZA-Beilage 2012, 139 (142).
- 61 Kowalski, Geschlechterquoten (Fn. 42), 160 f., 170 ff.
- 62 J. Redenius-Hövermann, Verhalten im Unternehmensrecht, Tübingen 2019, S. 122 ff.
- 63 Redenius-Hövermann, Verhalten (Fn. 62), S. 133.
- 64 A. Book/K. B. Starzyk/V. L. Quinsey, The relationship between testosterone and aggression: a meta-analysis, Aggression & Violent Behavior 6 (2001), 579 ff.

Die geschlechtsspezifische Sozialisation verstärke diese Anlagen. Frauen werden durch Elternhaus, Schule und Gesellschaft eher zu „typisch weiblichen“ Verhaltensweisen wie Geduld, Empathie und Solidarität sozialisiert und legen entsprechend ein anderes Berufswahlverhalten an den Tag als Männer.⁶⁵ Das beginnt schon im Stadium der Schul- und Hochschulbildung. So erhöht die Wahl eines mathematisch-technischen Studiengangs, in denen Frauen deutlich unterrepräsentiert sind, die Wahrscheinlichkeit, eine Managementposition zu erreichen, im Vergleich zu geistes- und sozialwissenschaftlichen Disziplinen, in denen sie überrepräsentiert sind.⁶⁶ Im Stadium der Familiengründung lässt sich beobachten, dass Männer sich noch stärker um Beförderungen bemühen und mehr statt weniger arbeiten, wohingegen Frauen sich aus dem Karrierefeld zurückziehen, ohne dass dies auf eine innerpartnerschaftliche Unterdrückung zurückgeführt werden könnte.⁶⁷ All dies habe zur Folge, dass der Pool potentieller weiblicher Führungskräfte *a priori* geringer ist.

b) Ansätze für eine systematische Diskriminierung

Andere sehen in der Geschlechtersegregation das Resultat eines sachfremden und mithin diskriminierenden Entscheidungsprozesses: Frauen stoßen auf der Karriereleiter ab einem gewissen Punkt an eine „gläserne Decke“.⁶⁸ Als Ursache werden zum einen explizite Diskriminierungsmechanismen angeführt. Frauen würden durch männlich dominierte Unternehmensstrukturen (*old boys' networks*)⁶⁹ bewusst am Aufstieg in das Top-Management gehindert. Arbeitgeber schreiben Frauen aufgrund ihrer familiären Verpflichtungen und Rollenkonflikten statistisch eine höhere Fluktuation und weniger Engagement im Beruf zu und vergeben an sie sta-

65 Redenius-Hövermann, Verhalten (Fn. 62), S. 122 ff.

66 F. Ochsenfeld, Gläserne Decke oder gläserner Käfig: Scheitert der Aufstieg von Frauen in erste Managementpositionen an betrieblicher Diskriminierung oder an familiären Pflichten?, KZfSS 2012, 507 (517).

67 S. Böing, Grundlagen zur Geschlechts- und Genderproblematik in Unternehmen, Lohmar 2009, S. 156 ff., 194, 198 ff.

68 M. Benecke, Rechtliche Aspekte der „gläsernen Decke“, DB 2011, 934 (934); E. Holst/A. Busch, DIW Führungskräfte Monitor 2010, https://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.358490.de/diwkompakt_2010-056.pdf (aufgerufen am 17. April 2023), S. 55 ff.

69 Coester-Waltjen, Geschlecht (Fn. 58), 852; A. Kirsch/V. Sondergeld/K. Wrohlich, DIW-Wochenbericht 3/2022, S. 41.

tistisch häufiger Arbeitsplätze mit schlechterer Bezahlung und geringeren Aufstiegsmöglichkeiten (*Theorie der statistischen Diskriminierung*).⁷⁰ Dies wiederum verringert die berufliche Motivation von Frauen. Zum anderen wird angeführt, dass Frauen Opfer impliziter Diskriminierung aufgrund unbewusster Geschlechterstereotype (*implicit biases*) werden.⁷¹ Hierzu leiste die kognitive Verzerrung des *status quo bias* einen Beitrag. Menschen haben die Vorstellung, dass Dinge oder ein bestimmtes System ungefähr so bleiben sollen, wie sie sind.⁷² Der *bias* verstärkt die frauendiskriminierende „gläserne Decke“, indem männlich geprägte Unternehmensstrukturen möglichst wenig am *status quo* ändern wollen, da ihnen neue Formen, wie die Einbindung von Frauen und eine Einschätzung deren Aktionsmuster, fremd und unbekannt sind.

c) Empirie

Immer wieder wird auf Studien verwiesen, die eine Korrelation zwischen einem hohen Frauenanteil in Führungsgremien und einer erhöhten Unternehmensperformance nachweisen wollen, etwa der Frauenorganisation *Catalyst*⁷³ und der Unternehmensberatung *McKinsey*.⁷⁴ Einen eindeutigen Nachweis der Kausalität zwischen der Beteiligung von Frauen in Führungspositionen und einer gesteigerten Unternehmensperformance können die Studien jedoch nicht erbringen.⁷⁵ Denkbar ist, dass Unternehmen aufgrund

70 Redenius-Hövermann, Verhalten (Fn. 62), S. 124 ff.

71 Grundlegend A. G. Greenwald/D. E. McGhee/J. L. K. Schwartz, Measuring Individual Differences in Implicit Cognition: The Implicit Association Test, *Journal of Personality and Social Psychology* 74, 1998, 1464 ff.

72 Grundlegend W. Samuelson/R. Zeckhauser, Status Quo Bias in Decision Making, *Journal of Risk and Uncertainty* 1 (1988), 7 ff.; R. Fernandez/D. Rodrik, Resistance to Reform: Status Quo Bias in the Presence of Individual-Specific Uncertainty, *American Economic Review* 81 (1991), 1146 ff; P. Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, Tübingen 2017, S. 85 f.

73 *Catalyst*, The Bottom Line: Connecting Corporate Performance and Gender Diversity, 2004, https://www.catalyst.org/wp-content/uploads/2019/01/The_Bottom_Line_Connecting_Corporate_Performance_and_Gender_Diversity.pdf (aufgerufen am 13. April 2023).

74 *McKinsey & Company*, Woman Matter, Gender Diversity, a Corporate Performance Driver, 2007, http://www.mckinsey.de/sites/mck_files/files/Women_Matter_1_brochure.pdf (aufgerufen am 8. August 2023).

75 R. Adams/D. Ferreira, Women in the boardroom and their impact on governance and performance, 94 *Journal of Financial Economics* 2009, 291 (292); N. Smith, Gender

des breit angelegten Rufs nach mehr *Diversity* aktiv den Frauenanteil erhöhen und sich Frauen erfolgreicher Unternehmen aussuchen⁷⁶ oder dass es weitere, unbekannte Faktoren gibt, die sowohl mit dem Unternehmenserfolg als auch mit einem hohen Maß an Diversität korrelieren und sich durch empirische Studien kaum nachprüfen lassen.⁷⁷ Manche Studien stellen von vorneherein nicht auf Renditenmaße ab, sondern auf Aspekte wie Mitarbeiterzufriedenheit oder das Erreichen ökologischer und sozialer Governance-Ziele.⁷⁸ Bemängelt wird außerdem, dass sich die oben genannten Studien auf zu kurze Zeiträume bezügen.⁷⁹ Umgekehrt konnten jedoch einige Studien widerlegen, dass die Bestellung von Frauen einen *negativen* Effekt auf den Unternehmenserfolg hat.⁸⁰ Eine systematische Diskriminierung „besserer“ weiblicher Kandidatinnen zugunsten männlicher Mitbewerber aus systemfremden Gründen lässt sich auf dieser Grundlage nicht nachweisen, da in diesem Fall mit einer eindeutigen leistungsfördernden Wirkung von Quoten zu rechnen wäre. Ebenso wenig können auf der anderen Seite knappe Personalressourcen für unausgeglichene Geschlechterverhältnisse verantwortlich gemacht werden, da sich Quoten in diesem Fall negativ auf die Unternehmensperformance auswirken müssten.⁸¹

Der *Business Case* für Diversität lässt sich also im Ergebnis nicht eindeutig belegen. Es überrascht daher nicht, dass er, anders noch als in der Gesetzesbegründung zum FüPoG I⁸², in Bezug auf das FüPoG II keine Erwähnung mehr findet. Er lässt sich als Argument für staatliche Regulie-

quotas on boards of directors, IZA World of Labor 2014, 1 (6); *P. Yang/J. Riepe/K. Moser/K. Pull/S. Terjesen*, Women directors, firm performance, and firm risk: A causal perspective, *The Leadership Quarterly* 30 (2019), 1ff.

76 *K. A. Farrell/P. L. Hersch*, Additions to corporate boards: the effect of gender, 11 *Journal of Corporate Finance* 85 (2005), 85 ff.

77 *B. Rentsch/S. Trautmann*, Board Diversity: Business Case or Public Policy?, <https://blogs.law.ox.ac.uk/oblb/blog-post/2023/06/board-diversity-business-case-or-public-policy> (aufgerufen am 13. Juni 2023).

78 *B. Rentsch/S. Trautmann*, Board Diversity: Business Case or Public Policy?, <https://blogs.law.ox.ac.uk/oblb/blog-post/2023/06/board-diversity-business-case-or-public-policy> (aufgerufen am 13. Juni 2023).

79 *Adams/Ferreira*, Women (Fn. 79), 291.

80 *D. Ferreira*, Board Diversity, in: *H. Kent Baker/R. Anderson (Hrsg.)*, *Corporate Governance: A Synthesis of Theory, Research and Practice*, Hobroken, New Jersey 2010, S. 225 (239); *A. J. Hillman/C. Shropshire/A. A. Cannella*, Organizational Predictors of Women on Corporate Boards, *The Academy of Management J.* 50 (2007), 941 (949).

81 *B. Rentsch/S. Trautmann*, Board Diversity: Business Case or Public Policy?, <https://blogs.law.ox.ac.uk/oblb/blog-post/2023/06/board-diversity-business-case-or-public-policy> (aufgerufen am 13. Juni 2023).

82 BT-Drucks. 18/3784, S. 42.

rung höchstens heranziehen, um Geschlechtergerechtigkeit als verfassungsrechtliches (II.) oder als gesellschaftspolitisches Gebot (III.) ergänzend abzusichern.

II. Staatsziel Gleichberechtigung

Der Gesetzgeber stützt sich in den Begründungserwägungen der FüPoGe ferner auf die Staatszielbestimmung des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG.⁸³ Danach fördert der Staat die Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin. Die Legitimation der FüPoGe durch das verfassungsrechtliche Gleichstellungsgebot kann insofern als Ausdruck einer Konstitutionalisierung des Gesellschaftsrechts bezeichnet werden.

1. Gleichstellung als Verfassungsauftrag (Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG)

Gem. 3 Abs. 2 S. 1 GG sind Männer und Frauen gleichberechtigt. Dieser besondere Gleichheitssatz stellt die *formelle* Gleichheit von Männern und Frauen sicher, d.h. die Abwesenheit rechtlicher Diskriminierung. Eine solche bestand, anders als in anderen Bereichen des Privatrechts⁸⁴ im Hinblick auf die aktienrechtlichen Vorgaben für die Besetzung von Aufsichtsrat und Vorstand jedoch ohnehin nie; das Aktienrecht ist geschlechtsneutral konzipiert. Die Quote adressiert vielmehr die Unterrepräsentation von Frauen in Führungspositionen als ein Problem *materieller* Gleichheit.⁸⁵ Entsprechend stützt sich der Gesetzgeber in den Begründungserwägungen der FüPoGe auf die Staatszielbestimmung des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG, der ein vom BVerfG 1992 in seiner Entscheidung zum *Nachtarbeitsverbot*⁸⁶

83 BT-Drucks. 18/3784, S. 1, 40, 47; BT-Drucks. 19/26689, S. 47 f.

84 Zur Geschlechterdiskriminierung im Familienrecht etwa R. Frank, 100 Jahre BGB – Familienrecht zwischen Rechtspolitik, Verfassung und Dogmatik, AcP 200 (2000), 401 ff.; K. Plett, Das unterschätzte Familienrecht – Zur Konstruktion von Geschlecht durch Recht, in: M. Koreuber/U. Mager (Hrsg.), Recht und Geschlecht, Baden-Baden 2004, S. 109 (116 f.).

85 Vgl. P. Bourdieu, Die männliche Herrschaft, 6. Aufl., Berlin 2021, S. 159 („So verschleiert die formelle Gleichheit von Männern und Frauen tendenziell auf jeder Ebene trotz der Effekte der Überselektion, daß die Frauen bei gleichen Voraussetzungen stets die weniger günstigen Positionen bekleiden.“).

86 BVerfGE 85, 191 (191 ff.).

entwickeltes materielles Gleichstellungsgebot kodifiziert.⁸⁷ Nicht mehr nur die Abwesenheit rechtlicher Diskriminierung wird zum Verfassungsauftrag erhoben, vielmehr erstreckt sich das Gleichstellungsgebot „auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit“⁸⁸ und zielt auf eine „Angleichung der Lebensverhältnisse“⁸⁹ ab. Der Verfassungsauftrag zur Gleichberechtigung beschränkt sich dabei nicht auf den öffentlich-rechtlichen Bereich, sondern erstreckt sich auch auf die Beseitigung von Ungleichheit in der privaten Lebenswelt und in der Privatwirtschaft.⁹⁰

2. Der Diskurs über die Verfassungsmäßigkeit von Geschlechterquoten

Gleichzeitig greifen die FüPoGe in Grundrechte ein. Betroffen sind Grundrechtspositionen der Gesellschaft (Art. 19 Abs. 3 GG) und der Aktionäre aus Art. 14 Abs. 1 GG (Eigentumsfreiheit), Art. 9 Abs. 1 GG (Vereinigungsfreiheit) und Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit als unternehmerische Freiheit) sowie der aufgrund der Quote benachteiligten Personen aus Art. 3 Abs. 3 GG.⁹¹ Als Rechtfertigungsmaßstab dient die Staatszielbestimmung des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG als kollidierendes Verfassungsrecht.⁹² Die Verhältnismäßigkeit der Quote ist freilich umstritten. Die Kumulation von Geschlechterquote und Mitbestimmung führe von vornehmerein zu einer hohen Eingriffsintensität.⁹³ Primär aber wird moniert, dass die Quotenvorschriften nicht unter dem Vorbehalt gleicher Eignung der konkurrierenden männlichen und weiblichen Kandidaten stehen⁹⁴ und keine Härtefallklau-

87 *S. Baer/N. Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Stark (Hrsg.), GG, 7. Aufl., München 2018, Art. 3 Rn. 366.

88 BVerfGE 85, 191 (207).

89 BVerfGE 85, 191 (207).

90 *H. D. Jarass*, in: H. D. Jarass/B. Pieroth (Hrsg.), GG, 17. Aufl., München 2022, Art. 3 Rn. 90.

91 *H.-J. Papier/M. Heidebach*, Die Einführung einer gesetzlichen Frauenquote für die Aufsichtsräte deutscher Unternehmen unter verfassungsrechtlichen Aspekten, ZGR 2011, 305 (314 ff.).

92 BVerfGE 92, 91 (109); 114, 357 (370); *Grobe*, Geschlechterquote (Fn. 28), 300; *M. Habersack/J. Kersten*, Chancengleiche Teilhabe an Führungspositionen in der Privatwirtschaft – Gesellschaftsrechtliche Dimensionen und verfassungsrechtliche Anforderungen, BB 2014, 2819 (2822 ff.).

93 *Bachmann*, Frauenquote (Fn. 59), 1134; *M. Habersack*, Gemeinwohlabbindung und Unternehmensrecht, ACP 220 (2020), 594 (617 ff.); ähnlich *H. C. Grigoleit/L. Tomasic* in: *Grigoleit* (Fn. 13), § 96 Rn. 4.

94 *Habersack/Kersten*, Teilhabe (Fn. 92), 2827; *K.-S. Hohenstatt/H. J. Willemse/S. Naber*, Zum geplanten Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe an Führungspositionen.

sel für den Fall enthalten, dass es an einer hinreichend qualifizierten Frau für die betreffende Stelle fehlt.⁹⁵ Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG strebe nach geschlechtlicher Chancengleichheit, keinesfalls aber nach Erfolgsgleichheit,⁹⁶ die leistungsunabhängige Förderung eines Geschlechts um ihrer selbst willen sei nicht vom Anwendungsbereich Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG gedeckt.⁹⁷ Hier beruft man sich auf die Rechtsprechung des EuGH, wonach die geschlechtsbezogene Bevorzugung von Frauen nur mit dem Unionsrecht vereinbar ist, wenn die Frau genauso gut qualifiziert ist wie ihre männlichen Mitbewerber und ihr kein automatischer Vorzug eingeräumt wird, sondern die Bewerbung Gegenstand einer „objektiven Beurteilung“ ist, bei der die „besondere persönliche Lage“ aller Bewerber Berücksichtigung findet.⁹⁸ Dem wird entgegengehalten, dass die vom EuGH entwickelten Grundsätze nur für eine Auswahlsituation im Sinne einer „Eins-zu-eins-Gegenüberstellung“ (also z.B. einer Einstellungsentscheidung), nicht jedoch bei der Gremienbesetzung, gelten würden.⁹⁹

Das BVerfG war bislang nicht mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit der FüPoGe befasst. An dieser Stelle muss daher die Feststellung genügen, dass die starren Quotenregelungen der FüPoGe nicht zweifellos verfassungsgemäß, zweifelsohne aber nicht verfassungsrechtlich geboten sind.¹⁰⁰ Die Quote ist auch vor dem Hintergrund von Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG keineswegs zwingend, vielmehr ein optionales gesellschaftspolitisches Regulativ,

Gut gemeint – aber auch gut gemacht?, ZIP 2014, 2220 (2222); *J. Kokott*, Zur Gleichstellung von Mann und Frau – Deutsches Verfassungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, NJW 1995, 1049 (1052).

95 *Habersack/Kersten*, Teilhabe (Fn. 92), 2828; dagegen *Wieland*, Quotenregelung (Fn. 40), 2410.

96 *Jarass* (Fn. 90), Art. 3 Rn. 112; Andere Stimmen im Quotendiskurs vertreten, dass Ergebnisgleichheit nötig sei, um Chancengleichheit zu verwirklichen, *Baer/Markard* (Fn. 87), Art. 3 Rn. 367; *Grobe*, Geschlechterquote (Fn. 28), 301; *Grüninger*, Vielfalt (Fn. 60), 144 f; *G. Spindler/K. Brandt*, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Gleichstellungsquote im Aufsichtsrat der börsennotierten AG, NZG 2011, 401 (402).

97 *Habersack/Kersten*, Teilhabe (Fn. 92), 2824.

98 EuGH Urt. v. 17.10.1995 - Rs. C-450/93 – *Kalanke*, Rn. 22 f.; *Bachmann*, Frauenquote (Fn. 59), 1135.

99 *Frost/Linnainmaa*, Corporate Governance (Fn. 11), 610; *Wieland*, Quotenregelung (Fn. 40), 2409.

100 C. *Langenfeld*, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG, 101. EL, München 2023, Art. 3 Rn. 89; *Sackofsky*, Gleichberechtigung (Fn. 23), S. 380 („Unter Berufung auf das Grundgesetz lässt sich die Frage, ob man Quotenregelungen politisch will, nicht beantworten“).

um die gesellschaftlichen Strukturen auf beschleunigtem Wege hin zu größerer Inklusivität zu verändern.¹⁰¹

III. Gesellschaftspolitik

Die Zwecksetzung der kapitalgesellschaftsrechtlichen Geschlechterquoten ist also primär eine gesellschaftspolitische.¹⁰² Nach der Gesetzesbegründung des FüPoG I sei es „gesellschaftspolitisch nicht zu erklären, dass Frauen, die über 50 Prozent der Bevölkerung in Deutschland ausmachen, nach einer gut abgeschlossenen Ausbildung nur zu einem sehr geringen Teil in den Führungspositionen der deutschen Wirtschaft und Verwaltung vertreten sind.“¹⁰³

1. „Politisches Gesellschaftsrecht“

Durch die Frauenförderung der FüPoGe sollen weibliche Vorbilder aktiviert¹⁰⁴, ein Kulturwandel angestoßen¹⁰⁵ und so eine Aufschubwirkung für die Frauenförderung für das gesamte Unternehmen erreicht werden (*Spill-over- bzw. Trickle-Down-Effekt*).¹⁰⁶ Dieser Effekt soll über das betreffende Unternehmen hinaus die Privatwirtschaft insgesamt positiv beeinflussen, indem Leistungsanreize für junge Frauen gesetzt und ihnen Entwicklungsmöglichkeiten aufgezeigt werden.¹⁰⁷ Der Gesetzgeber betrachtet die quotenunterworfenen Großunternehmen aufgrund ihrer besonderen Sichtbarkeit als „Leuchtturmunternehmen“.¹⁰⁸ Entsprechend dieser nicht unternehmensbezogenen, sondern vielmehr gesellschaftspolitischen Zielsetzung werden die Geschlechterquoten als „politisches Gesellschaftsrecht“ bezeichnet.¹⁰⁹

101 Vgl. *Mangold*, Inklusion (Fn. 23), S. 231, 347, 421, 427.

102 *Seibt*, Geschlechterquote (Fn. 42), 1194.

103 BT-Drucks. 18/3784, S. 2.

104 BT-Drucks. 19/26689, S. 47.

105 BT-Drucks. 19/26689, S. 48.

106 *Leydecker/Bahlinger*, Frauenquoten (Fn. 26), 1218; *Steiner*, Mindestbeteiligung (Fn. 36), 284.

107 BT-Drucks. 19/26689, S. 48.

108 BT-Drucks. 19/26689 S. 84.

109 *Leydecker/Bahlinger*, Frauenquoten (Fn. 26), 1212; *Steiner*, Mindestbeteiligung (Fn. 36), 276 („Spannungsfeld zwischen Gesellschaftspolitik und Gesellschaftsrecht“); zust. *H. Fleischer*, Klimaschutz im Gesellschafts-, Bilanz- und Kapitalmarktrecht, DB 2022, 37 (38).

Die Evidenz der Aufschubwirkung für die Frauenförderung ist jedoch zweifelhaft.¹¹⁰ Während Studien mit amerikanischen und australischen Daten einen solchen *Spillover-* bzw. *Trickle-Down-Effekt* nahelegen,¹¹¹ konnten Untersuchungen mit norwegischen und italienischen Daten einen solchen Zusammenhang nicht eindeutig nachweisen.¹¹² In Bezug auf die FüPoGe lässt sich die erwünschte Ausstrahlungswirkung bislang nur schwer feststellen.¹¹³

2. Der Diskurs in den Gesellschaftswissenschaften

Unabhängig von der Evidenz der den FüPoGen zugrundeliegenden Annahmen gelten Geschlechterquoten im gesellschaftswissenschaftlichen Diskurs als ambivalentes Konzept. Unter den Schlagworten „Dilemma der Differenz“¹¹⁴ oder „Paradoxon der Gleichheit“¹¹⁵ wird das widersprüchliche Phänomen problematisiert, dass Quoten durch ihren Gruppenbezug gerade diejenigen Dichotomien und Gruppenzugehörigkeiten perpetuieren können, denen sie entgegenzuwirken versuchen.¹¹⁶ Die Quote vermag alte

110 Leydecker/Bahlinger, Frauenquoten (Fn. 26), 1218.

111 J. A. Gould/C. T. Kulik/S. R. Sardeshmukh, Trickle-down effect: The impact of female board members on executive gender diversity, *Human Resource Management* 57 (2018), 931 ff.

112 M. Bertrand/S. E. Black/S. Jensen/A. Lleras-Muney, Breaking the Glass Ceiling? The Effect of Board Quotas on Female Labour Market Outcomes in Norway, *Review of Economic Studies* 86 (2019), 191 ff.; A. Maida/A. Weber, Female leadership and gender gap within firms: Evidence from an Italian board reform, *IZA Discussion Paper No. 12099*, 2019.

113 J. Redenius-Hövermann, Zur Frauenquote im Vorstand, ZIP 2021, 1365 (1379) („überwiegend symbolische Wirkung“); Rentsch, *Board Diversity* (Fn. 11), 140.

114 Baer/Markard (Fn. 87), Art. 3 Rn. 374; S. Baer, Dilemmata im Recht und Gleichheit als Hierarchisierungsverbot – Der Abschied von Thelma und Louise, *KrimJ* 1996, 242 (242); M. Grünberger, Nichtdiskriminierungsrecht zwischen Inklusion und Integration – Unzulänglichkeiten und Gefahren, in: G. Buchholtz/J. Croon-Gestefeld/A. Kerkemeyer (Hrsg.), *Integratives Recht*, Tübingen 2021, S. 97 (112 ff.).

115 Grünberger, Vielfalt (Fn. 60), 140; s. auch R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 9. Aufl., Berlin 2020, S. 379.

116 S. Baer, Positive Maßnahmen, in: Heinrich-Böll-Stiftung (Hrsg.), *Positive Maßnahmen, Von Antidiskriminierung zu Diversity*, S. 23 (26); L. Lehning, Zur (Un-)Sichtbarkeit der Mehrdimensionalität von Diskriminierungen, *Der Staat* 2022, 691 (692) („So bewirkt beispielsweise die kontinuierliche Bezugnahme auf die in der Gesellschaft und im Rechtssystem verankerte Kategorie Geschlecht im Sinne einer Unterteilung in Männer und Frauen, dass Recht in diesen beiden Gruppen gedacht wird.“).

Stereotype der binären Geschlechterordnung zu festigen und sogar neue zu begründen („Quotenfrau“).¹¹⁷ Die stereotype Annahme, ein Merkmalsträger habe es „nur wegen der Quote geschafft“, sei gleichermaßen diskriminierend.¹¹⁸ Quoten wurden in jüngerer Zeit außerdem häufig vor dem Hintergrund des Phänomens der intersektionalen Diskriminierung kritisiert.¹¹⁹ Von Quotenregelungen profitiere nur einer Gruppe ohnehin privilegierter Frauen, da geschlechtsspezifische Ungleichheiten auf komplexe und undurchschaubare Weise mit Unterprivilegierungen anderer Art (soziale Herkunft, Alter, ethnische Zugehörigkeit, sexuelle Orientierung usw.) korrelieren.¹²⁰ Die Quote komme in erster Linie einer kleinen Elite von Frauen zugute, die sich aufgrund ihrer akademischen und beruflichen Qualifikation und ihres Habitus in einer entsprechenden Konkurrenzsituation mit dem männlich dominierten Top-Management befinden.¹²¹ Kritisiert wird zudem, dass die staatliche Diversitätsregulierung der FüPoGe sich ausschließlich auf Diversität im Sinne geschlechtlicher Vielfalt beschränkt und andere Asymmetrien unberücksichtigt lässt.¹²² So ist gerade in der jüngeren Vergangenheit vermehrt auf die gravierende Unterrepräsentation von Personen ostdeutscher Herkunft (aller Geschlechter) im Top-Management hingewiesen worden.¹²³ Baer fordert deshalb entgegen einem von ihr als „Gruppismus“ bezeichneten Ansatz einen postkategorialen Ansatz, der ohne Bezug auf den Begriff Geschlecht auskommt.¹²⁴ Gegenstand grundsätzlicher Diskussionen bildet außerdem das Verhältnis von Gleichberechtigung und Leistungsprinzip.¹²⁵ Dieses wird klassischerweise herangezogen, um unausgeglichene Geschlechterverhältnisse zu legitimieren. Manche Autoren sehen das Leistungsprinzip hingegen nicht als verabsolutiert, sondern in einem Spannungsfeld mit Geschlechtergleichberechtigung als kollidierendem Anliegen. So lässt sich die Unterrepräsentation von Frauen im Top-Management nach der Auffassung Grünbergers nicht auf das Leistungsprinzip

117 Schuler-Harms, Positive Maßnahmen (Fn. 23), S. 711 (Rn. 82).

118 Grünberger, Vielfalt (Fn. 60), 141 f.

119 Grundlegend K. Crenshaw, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Feminist Critique of Anti-Discrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, The University of Chicago Legal Forum 139 (1989), 139 (139 ff.).

120 Statt Vieler J. Habermas, Faktizität und Geltung, Berlin 1998, S. 510.

121 J. Froese, Der Mensch in der Wirklichkeit des Rechts, Tübingen 2022, S. 424.

122 Rentsch, Geschlechtergerechtigkeit (Fn. 50), S. 231 f.

123 D. Oschmann, Der Osten: eine westdeutsche Erfindung, Berlin 2023, S. 93.

124 Baer, Positive Maßnahmen (Fn. 116), S. 25 ff.

125 Grünberger, Vielfalt (Fn. 60), 142, 144; Schuler-Harms, Positive Maßnahmen (Fn. 23), S. 705 ff. (Rn. 65 ff.).

zip reduzieren, da sie mit der gesellschaftlichen Schieflage korrespondiere, dass es von Männern in Führungspositionen als selbstverständlich vorausgesetzt wird, eine intakte Familie zu haben, während familiäre Pflichten und *Care*-Arbeit immer noch überdurchschnittlich von Frauen wahrgenommen werden.¹²⁶ Die Legitimation der Geschlechterquoten liege in der Durchbrechung dieser Asymmetrie, die den Arbeitsmarkt und die private Lebenswelt gleichermaßen betrifft.

C. Geschlechterquoten, Gesellschaftspolitik und Gesellschaftsrecht

Das Privatrecht im Allgemeinen und das Gesellschaftsrecht im Besonderen werden im 21. Jahrhundert zunehmend mit gemeinwohlbezogenen und gesellschaftspolitischen Wertungen aufgeladen.¹²⁷ Zunehmend wird die herkömmliche konzeptionelle Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht in Frage gestellt¹²⁸ oder gar deren Erosion konstatiert.¹²⁹ Die FüPoGe sind paradigmatisch für diese Entwicklung: Der vom deutschen Gesetzgeber geltend gemachte *Business Case* ist Ausdruck eines Trends hin zu einer immer stärker regulierten Corporate Governance, der Gleichstellungsauftrag aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG steht exemplarisch für eine Konstitutionalisierung des Gesellschaftsrechts und die gesellschaftspolitische Zielrichtung der FüPoGe für seine zunehmende Politisierung. In Gestalt der FüPoGe verschwimmen die Grenzen von öffentlichem Recht und Privatrecht; die zugrunde liegende Trennung von Staat und Gesellschaft wird punktuell aufgehoben. In diesem Kontext finden sich im Schrifttum die Negativlabel

126 Grünberger, Geschlechtergerechtigkeit (Fn. 22), 44. Dies wurde zuletzt vor dem Hintergrund der Covid-19-Pandemie unter den Schlagworten *Backlash* und *Retraditionalisierung* neu diskutiert, als es erneut vor allem Frauen waren, die in Zeiten geschlossener Schulen und Kitas einen wesentlichen Teil der Kinderbetreuung aufgefangen haben und dafür teilweise beruflich zurückgesteckt haben, D.-S. Valenter, Geschlecht und Recht, JuS 2022, 1094 (1096).

127 M. Burgi, Public Enforcement im Recht der nachhaltigen Unternehmensführung, ZHR 2022, 779 (779) („Publifizierung des Privatrechts“); Fleischer, Klimaschutz (Fn. 109), 38; Habersack, Gemeinwohlbindung (Fn. 93), 596 ff.; W.-H. Roth, Öffentliche Interessen im internationalen Privatrechtsverkehr, AcP 220 (2020), 458 (465); M.-P. Weller/N. Benz, Klimaschutz und Corporate Governance, ZGR 2022, 563 (565 ff.).

128 Jüngst E. Herzog, Die Wiederentdeckung des Öffentlichen, JZ 2023, 968 (971f.).

129 H. Honsell, Die Erosion des Privatrechts durch das Europarecht, ZIP 2008, 621 ff.; G. Wagner, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352 ff.

des gesellschaftsrechtlichen „Fremdkörpers“¹³⁰ und des „politischen Gesellschaftsrechts“ („politicization of the corporation“¹³¹). Damit wird angedeutet, dass es sich bei den Quoten um politisch motivierte Eingriffe¹³² in den Wesenskern des Gesellschaftsrechts als freiheitlich-individualistisches Kooperations-¹³³ und Organisationsrecht,¹³⁴ kurzum als wertneutrale „juristische Infrastrukturleistung“¹³⁵ handele.¹³⁶

Nun ist gesellschaftsrechtliche Normsetzung nie völlig apolitisch,¹³⁷ ganz allgemein kann der „Mythos vom unpolitischen Privatrecht“¹³⁸ als überholt gelten.¹³⁹ Gesetzgeberische Interessenabwägung verwirklicht auch im

-
- 130 *M. Habersack*, Gutachten E zum 69. Deutschen Juristentag, E 36; *C. Windbichler*, Dienen staatliche Eingriffe guter Unternehmensführung?, *NJW* 2012, 2625 (2627); ähnlich *J. Redenius-Hövermann*, Zur Frage der Frauenquote im Aufsichtsrat, Institute for Law and Finance, Goethe-Universität Frankfurt a. M., Working Paper Series 112, 2010, S. 13 („Zentrale Aufgabe des Aufsichtsrates ist nach Maßgabe des Aktiengesetzes die Überwachung des Vorstands und nicht das Thema ‚Chancengleichheit‘ und ‚Frauenförderung‘.“).
- 131 *Fleischer*, Klimaschutz (Fn. 109), 38; *M.-P. Weller/T. Fischer*, ESG-Geschäftsleistungspflichten – Unternehmenstransformation zur Klimaneutralität, *ZIP* 2022, 2253 (2255); *M.-P. Weller/B. Rentsch*, Die „gute“ Kapitalgesellschaft, in: *C. Deckenbrock* u. a. (Hrsg.), Arbeit, Wirtschaft, Recht – Festschrift für Martin Henssler zum 70. Geburtstag, München 2023, S. 1189 (1193).
- 132 *H. Fleischer*, Zukunftsfragen der Corporate Governance in Deutschland und Europa, *ZGR* 2011, 155 (157) („Modethemen, die (...) das Aktienrecht (...) mit gesellschaftspolitischen Vorstellungen überfrachten“).
- 133 *H. Fleischer*, Gesellschaftsrecht, in: *D. Willoweit* (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, S. 485 (486).
- 134 *A.-C. Mittwoch*, Nachhaltigkeit und Unternehmensrecht, Tübingen 2022, S. 117; *U. Seibert*, Politik und Gesellschaftsrecht, in: *H.-U. Vogt/H. Fleischer/S. Kalss* (Hrsg.), Protagonisten im Gesellschaftsrecht, Tübingen 2020, S. 169 (170).
- 135 *H. Fleischer*, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als wissenschaftliche Disziplin – Das Proprium der Rechtswissenschaft, in: *C. Engel/W. Schön* (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, S. 50 (63).
- 136 Vom gesellschaftsrechtlichen „Reinheitsgebot“ sprechen *G. Bachmann*, Zielsetzung und Governance von Unternehmen im Lichte der Klimaverantwortung, *ZHR* 2023, 166 (173 ff.) und *Fleischer*, Klimaschutz (Fn. 109), 38.
- 137 *H. Fleischer*, Große Debatten im Gesellschaftsrecht: Eine Forschungsskizze, *JZ* 2023, 365 (371); allgemein *P. M. Bender*, Grenzen der Personalisierung des Rechts, Tübingen 2023, S. 231 ff.; *B. Rüthers/C. Fischer/A. Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl., München 2022, Rn. 4 („Rechtsnormen sind (immer auch) Steuerungsinstrumente der politisch Mächtigen“).
- 138 *B. Lomfeld*, Der Mythos vom unpolitischen Privatrecht, in: *M. Grünberger/N. Jansen* (Hrsg.), Privatrechtstheorie heute, Tübingen 2021, S. 151 ff.
- 139 *P. M. Bender*, Private Law Adjudication Versus Constitutional Adjudication, in: *F. Bauer/B. Köhler* (Hrsg.), Proportionality in Private Law, Tübingen 2023, S. 63 (69).

gesellschaftsrechtlichen Kontext immer eine bestimmte „politische Ökonomie“ und ein bestimmtes Gesellschaftsbild („Privatrechtsgesellschaft“¹⁴⁰).¹⁴¹ Gegenstand legislatorischer Abwägungsprozesse im Gesellschaftsrecht waren jedoch herkömmlich unternehmensimmanente, wirtschaftliche Konflikte.¹⁴² Der „Einbruch des Öffentlichen ins Gesellschaftsrecht“¹⁴³ kann daher durchaus als Zäsur in der Gesellschaftsentwicklung angesehen werden.

Bis zu welchem Grad ein öffentlicher Belange weitgehend entkleidetes Gesellschaftsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts tragfähig ist, bleibt in Zukunft weiter zu diskutieren. Dass sich diese Frage pauschaler Antworten entzieht, versteht sich von selbst. Dieser Beitrag beschränkte sich daher auf eine Diskursanalyse, die in der unübersichtlichen Debatte über die Legitimation der Inanspruchnahme von Rechtsformen des Privatrechts zur Verwirklichung des gesellschaftspolitischen Desiderats der Geschlechtergleichstellung Orientierung bieten kann. Das finale Urteil darüber, ob die Quoten zu begrüßen sind oder nicht, bleibt dem Leser überlassen.

140 Begriffsbildend *F. Böhm*, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, *ORDO* 17, 1966, S. 75 ff.

141 *Lomfeld*, Mythos (Fn. 138), S. 166; *M. Renner/T. Kindt*, Wirtschaftsrecht und Politische Ökonomie, *JZ* 2023, 313 (317 ff.).

142 *Seibert*, Politik und Gesellschaftsrecht (Fn. 134), 171.

143 Vgl. *M. Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, Tübingen 2014, S. 63.

Teil 2:

Die gute Kapitalgesellschaft und Rechtsfortbildung durch Klagen

Der Fall KiK

- Lösungsansätze zur grenzüberschreitenden BGB-Deliktshaftung für Menschenrechtsverstöße von Zulieferern

Gabriel Neuwald*

I. Einleitung

Seit Jahren häufen sich Brandkatastrophen in den Textilproduktionsländern Indien, Pakistan und Bangladesch, welche bisher eine hohe Zahl an Todesopfern forderten. Zudem schaffen es die menschenunwürdigen Arbeitsbedingungen der „Billig-Nähstuben“ der Welt immer wieder in die Schlagzeilen, oft die Ursache für jene Brände. Trotz dieser eklatanten Missstände und eines merklich einsetzenden gesellschaftlichen Bewusstseins sind Geschäftsmodelle, die hiervon profitieren, noch längst nicht überwunden. Spätestens durch das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) werden Abnehmer von Textil- und Bekleidungsprodukten aus Entwicklungsländern angehalten, solche Missstände zu vermeiden. Aber schon davor beschäftigten sich die deutschen Gerichte mit der Thematik. Weiterhin rechtlich problematisch verhält es sich mit der zivilrechtlichen Haftung von deutschen Unternehmen für Menschenrechtsverstöße von Zulieferern im Ausland.

Dieser Beitrag soll die Rechtsprechung zum sog. „KiK-Fall“ untersuchen und an ihm exemplarisch prüfen, ob die von Lieferanten zur Güterproduktion eingesetzten geschädigten Arbeitnehmer vor deutschen Gerichten deliktische Schadensersatzansprüche gegen deutsche Abnehmerunternehmen geltend machen können. Zudem wird ein Ausblick auf neue Rechtsentwicklungen im Zusammenhang mit dem EU-Kommissionsvorschlag für eine Corporate Sustainability Due Diligence-Richtlinie gegeben.

* Der Verfasser ist Rechtsreferendar am Landgericht Heidelberg und Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg. Er dankt dem Direktor des Instituts und Lehrstuhlinhaber Prof. Dr. *Marc-Philippe Weller*, Licencié en droit (Montpellier), Dr. *Anton Zimmermann*, Akad. Rat a. Z. am selbigen Institut, und *Maria Osmakova*, Mag. jur. (Universität zu Köln) für ihre wertvollen Anmerkungen.

II. Der Sachverhalt im Wesentlichen

Die „KiK-Textilien und Non-Foods GmbH“ (im Folgenden: KiK-GmbH) mit Hauptsitz in Bönen schloss seit 2007 Lieferverträge mit der pakistanschen Gesellschaft Ali Enterprises mit Sitz in Karachi, Pakistan, über dort hergestellte Bekleidungsartikel ab, um diese u.a. in Deutschland an ihre Kunden zu veräußern. Basis der Geschäftsbeziehung war ein zwischen den Parteien im Jahr 2006 vereinbarter Verhaltenskodex („Code of Conduct“), dessen Inhalt von internationalen Abkommen zur Wahrung von Grundrechten und internationalen Standards, u.a. von Arbeitssicherheit, bestimmt war. Bei einem Brand der Produktionsstätte am 11.09.2012 in Karachi kamen 259 Menschen zu Tode, 47 Personen wurden verletzt. Als Reaktion sicherte die KiK-GmbH den Betroffenen Ende November 2014 eine Soforthilfe von einer Mio. Euro zu. Danach machte sie ein weiteres Entschädigungsangebot, das von diesen abgelehnt wurde. Es beinhaltete gleichzeitig einen Verzicht der Geschädigten auf die Verjährungseinrede bis Ende September 2016 und zudem vonseiten der KiK-GmbH einen Ausschluss der Anerkennung einer Rechtspflicht oder einer Haftung dem Grunde nach. Mitte März 2015 ging eine Klage von drei Hinterbliebenen und einem Verletzten beim Landgericht Dortmund ein. Im Wesentlichen warfen die pakistanschen Kläger der KiK-GmbH vor, nicht auf die Einhaltung von arbeits- und brandschutzrechtlichen Standards hingewirkt bzw. diese nicht ordnungsgemäß überwacht zu haben und forderten Schadensersatz und Schmerzensgeld nach pakistanschem Recht.¹

III. Die Entscheidungen des LG Dortmund und des OLG Hamm

Das LG Dortmund wies die Klagen am 10.01.2019 ab.² Als Berufungsgericht bestätigte das OLG Hamm das Urteil am 21.05.2019.³

Die Auffassung des LG, die deutsche Gerichtsbarkeit sei gem. Art. 4 I iVm Art. 63 I Brüssel-Ia-VO und subsidiär gem. §§ 12, 17 ZPO unproblematisch.

1 Zusammenfassung der Sachverhaltsangaben des LG Dortmund, Urt. v. 10.1.2019 – 7 O 95/15, BeckRS 2019, 388, Rn. 1-7.

2 LG Dortmund, Urt. v. 10.1.2019 – 7 O 95/15, BeckRS 2019, 388, Rn. 18.

3 OLG Hamm, Beschl. v. 21.5.2019, Az. I-9 U 44/19, BeckRS 2019, 10073, Rn. 9.

tisch international zuständig und die Klage sei damit zulässig, wurde vom Berufungsgericht nicht beanstandet.⁴

Im Hinblick auf das materielle Recht mussten sich die beiden Gerichte mit der im Sachverhalt zentral angelegten Frage des anwendbaren Rechts beschäftigen.⁵

Das LG Dortmund befand nach Art. 4 I Rom-II-VO das pakistanische Recht für einschlägig, sah aber von einer detaillierten Prüfung einer pakistanischen Anspruchsgrundlage ab.⁶ Zur Begründung führte es aus, dass aufgrund des Eintritts der Verjährung weder nach pakistanischem Recht noch nach deutschem Recht Ansprüche durchsetzbar seien. Es konzentrierte sich darauf, Ausnahmeverordnungen zum Grundsatz aus Art. 4 I Rom-II-VO, der besagt, dass pakistanisches Recht auf den Sachverhalt anzuwenden sei, zu prüfen. So thematisierte es die Teilrechtswahl nach Art. 14 I lit. a) Rom-II-VO, die Ausweichklausel nach Art. 4 III Rom-II-VO und eine Einzelfallkorrektur nach dem *ordre public*-Grundsatz.⁷ Demnach sei eine Teilrechtswahl im Hinblick auf die Verjährungsvorschriften aus tatsächlichen Gründen nicht anzunehmen. In Bezug auf die Ausweichklausel des Art. 4 III Rom-II-VO stellte das Gericht kurz fest, eine engere Verbindung zum deutschen Recht sei nicht ersichtlich. Zuletzt verneinte es auch das Eingreifen des *ordre public*-Vorbehalts gem. Art. 26 Rom-II-VO iVm Art. 6 EGBGB, nach dem die Anwendung der Vorschrift zu versagen ist, wenn sie mit der öffentlichen Ordnung des Staates des angerufenen Gerichts offensichtlich unvereinbar ist und ggf. deutsches Sachrecht Anwendung findet: Die kurzen Verjährungsvorschriften des pakistanischen Rechts verstießen nicht gegen das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV GG sowie auf ein faires Verfahren aus Art. 2 I GG iVm Art. 20 III GG, seien doch die Verjährungsfristen der deutschen Rechtsordnung ähnlich kurz oder noch kürzer. Auf dieser Grundlage wies es die Klage ab.

Das OLG Hamm legte seinen Schwerpunkt auf die Ablehnung der Anwendbarkeit des *ordre public*-Vorbehalts und ergänzte hierzu die Ausführungen des LG. Der Widerspruch der pakistanischen Verjährungsvorschriften müsse in einem so starken Widerspruch zu den Gerechtigkeitsvorstel-

4 LG Dortmund, Urt. v. 10.1.2019 – 7 O 95/15, BeckRS 2019, 388, Rn. 19.

5 Prägnant dazu: Zimmermann, Menschenrechtsverletzungen, Internationales Deliktsrecht und Beweislast, <https://verfassungsblog.de/menschenrechtsverletzungen-internationales-deliktsrecht-und-beweislast/>, [17.09.2024].

6 LG Dortmund, Urt. v. 10.1.2019 – 7 O 95/15, BeckRS 2019, 388, Rn. 22.

7 Ebd., Rn. 29 ff.

lungen der deutschen Rechtsordnung stehen, dass sie nach inländischer Vorstellung untragbar erscheinen, was nicht der Fall sei, da die Kläger ausreichend Zeit gehabt hätten, Rechtsschutz zu suchen.⁸

IV. Kritik an den Entscheidungen

Die Entscheidungen sind dahingehend kritisch zu überprüfen, ob nicht doch das Recht des Forumstaates, also deutsches Sachrecht, Anwendung findet.

1. Art. 4 III Rom-II-VO

Nach Art. 4 III 1 Rom-II-VO soll sich das anwendbare Sachrecht nach der offensichtlich engeren Verbindung der unerlaubten Handlung zu einem Staat bestimmen. Die Norm stellt wie das Kriterium des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltsortes nach Art. 4 II Rom-VO einen Ausnahmetatbestand zur Anknüpfung nach der Tatortregel aus Art. 4 I Rom-II-VO dar und dient als flexible Reserveanknüpfungsmöglichkeit zur Vermeidung unsachgemäßer Ergebnisse.⁹ Zumindest der Erfolgsort der unerlaubten Handlung liegt in Pakistan, Rechtsverhältnisse iSd Art. 4 III 2 Rom-II-VO, wie ein Vertrag, bestanden nicht zwischen der KiK-GmbH und den Arbeitnehmern von Ali Enterprises. Die Ausweichklausel des Art. 4 III Rom-II-VO wäre somit nicht einschlägig.

Die engste Verbindung des nichtvertraglichen Schuldverhältnisses könnte aber auch als Bestimmungsrecht des Geschädigten interpretiert werden.¹⁰ Sind die Ansprüche nach pakistanischem Recht verjährt, so könnten die Geschädigten das deutsche Recht wählen und zur Anwendung bringen. In der Folge würde eine kurze Feststellung, Art. 4 III Rom-II-VO sei ersichtlich nicht einschlägig, nicht ausreichen. Es hätte dann einer tiefergehenden Auseinandersetzung mit der Norm bedurft, die unterschiedliche Auslegungsmöglichkeiten eröffnet.

Für ein Bestimmungsrecht des Geschädigten spricht das Argument, Art. 4 Rom-II-VO diene auch aus historischen Erwägungen dazu, den

8 OLG Hamm, Beschl. v. 21.5.2019 – I-9 U 44/19, BeckRS 2019, 10073, Rn. 22 ff., 31 ff.

9 Junker, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 13, 8. Auflage, 2021, Rom-II-VO, Art. 4, Rn. 3 ff., 46.

10 Weller/Thomale, ZGR 2017, 509, 524 f.

Geschädigten besser zu stellen als den Schädiger. Der Geschädigte solle in Abs. 1 durch sein Heimatrecht im Wege der Erfolgsortanknüpfung privilegiert werden. Folgt Abs. 3 diesem Gedanken, so muss eine alternative Anknüpfung zu der für den Geschädigten günstigeren, in Verbindung stehenden Rechtsordnung hergestellt werden. Dazu wird der Rechtsgedanke des Art. 40 EGBGB, welcher dem Geschädigten ein Wahlrecht zwischen Erfolgs- und Handlungsort eröffnet, herangezogen. Ein autonomes Bestimmungsrecht nach seinem Vorbild deckt sich mit dem Interesse des schädigenden deutschen Unternehmens an der Anwendung deutschen Rechts und mit dem Gedanken des Opferschutzes aus Art. 4 I Rom-II-VO.¹¹ Der Handlungsort ist der Ort, an dem das schadensbegründende Ereignis eingetreten ist, der Erfolgsort der Ort der Schadenseintritt.¹² Der Schaden ist in Textilfabrik in Karachi eingetreten, das schadensbegründende Ereignis könnte auch am Verwaltungssitz der KiK-GmbH in Deutschland liegen, wenn sie eine Pflicht unterlassen hat. Bei Wahl der Handlungsortanknüpfung wäre dann deutsches Recht anzuwenden.

Diese Herangehensweise würde aufgrund der Wahl des für den Geschädigten günstigeren Rechts eine effektive Durchsetzung von Menschenrechten bei Zulieferern von deutschen Unternehmen mit Sitz in Deutschland ermöglichen. Allerdings begegnet sie Bedenken, da sie sich gegen den Gesetzgeberwillen stellt. Zudem wird die Wortlautgrenze überschritten, was teilweise als zulässige Auslegung „*praeter regulationem*“ verstanden wird.¹³ Eine Analogie ist aber nach der hier vertretenen Ansicht abzulehnen: Zum einen fehlt eine planwidrige Regelungslücke, da die Europäische Kommission in ihrem Vorschlag für die Rom-II-VO der Rechtssicherheit ausdrücklich gegenüber der Wahlmöglichkeit des Opfers den Vorzug gab.¹⁴ Zum anderen enthielt der Entwurf zur Rom-II-VO noch die Möglichkeit „*human rights policies*“ zu berücksichtigen, welche sich in der aktuellen Fassung der Verordnung nicht wiederfindet.¹⁵ Im Umkehrschluss hat sich der Gesetzgeber gegen die Wahlmöglichkeit des Opfers entschieden.¹⁶ Hauptzweck sei vielmehr der Gleichlauf des vertraglichen und deliktischen Haftungsregimes durch die Erfolgsortanknüpfung.¹⁷ Zu einer Anwendbar-

11 Ebd.

12 *Junker* (Fn. 9), Rn. 25.

13 *Weller/Thomale* (Fn. 10), 525.

14 KOM(2003) 427 endgültig, S. 13.

15 *Weller/Kaller/Schulz*, AcP 216 (2016), 387, 394.

16 So auch mit weiteren Argumenten: *Mansel*, ZGR 2018, 439, 457 f.

17 Ebd.

keit des deutschen Rechts wird man durch Art. 4 III Rom-II-VO deshalb selten kommen, wie es auch in der hiesigen Konstellation der Fall ist.

2. Ordre public-Vorbehalt des Art. 26 Rom-II-VO

Unter Berücksichtigung verfassungs- sowie völkerrechtlicher Verpflichtungen und der Menschenrechtsdurchsetzung hätte die konkretisierungsbedürftige Generalklausel des Art. 26 Rom-II-VO möglicherweise anders ausgelegt werden müssen. Die Ausführungen der Gerichte zum nichteingreifenden ordre public-Vorbehalt wären folglich unvollständig.

a) Verweis auf den ordre public-Grundsatz aus Art. 6 EGBGB

Eine kollisionsrechtliche Korrektur im Einzelfall mithilfe des deutschen Rechts durch den in Art. 26 Rom-II-VO verankerten inländischen ordre public ist erforderlich, wenn die Anwendung ausländischen, hier pakistischen Rechts, ein Ergebnis hervorbringt, dass „den der deutschen Regelung zugrundeliegenden Gerechtigkeitsvorstellungen so stark widerspricht, dass [es] nach deutschem Rechtsempfinden untragbar erscheint“.¹⁸ Die Gerechtigkeitsvorstellungen basieren gem. Art. 6 S. 2 EGBGB auf den Grundrechten und den universell akzeptierten Menschenrechten.¹⁹

Während das LG Dortmund und das OLG Hamm von keinem Eingreifen des ordre public-Vorbehaltes ausgehen, da in rechtsvergleichender Hinsicht in anderen Rechtsordnungen ähnlich kurze Verjährungsfristen üblich seien, bei konkreter Möglichkeit der Geltendmachung der deliktischen Ansprüche keine Menschenrechte eingeschränkt würden und damit das Gebot der Schonung fremden Rechts sowie die faktische Korrektur der Verweisung entgegenstünden,²⁰ ist es auch zu erwägen, Art. 26 Rom-II-VO eingreifen zu lassen.

Eine Nichtanwendung der pakistischen Verjährungsregel könnte aus dem Grund geboten sein, dass der effet utile des Menschenrechtsschutzes bei geringer Verjährungsfrist bedroht wäre. Das widerspräche auch der Intention des völkerrechtsfreundlichen Grundgesetzes gem. Art. 25 S. 1 GG,

18 BGH, Urt. v. 8.5.2000 – II ZR 182/98, IPRax 2001, 586, 587.

19 Weller/Kaller/Schulz (Fn. 15), 395 mwN.

20 LG Dortmund, Urt. v. 10.1.2019 – 7 O 95/15, BeckRS 2019, 388, Rn. 19; OLG Hamm, Beschl. v. 21.5.2019 – I-9 U 44/19, BeckRS 2019, 10073, Rn. 28 ff.

das über Art. 59 II 1 GG internationale Menschenrechtsverträge in Bundesrecht mit besonderem Rang inkorporiert hat.²¹ Gerade die Durchsetzung von Ansprüchen aus Menschenrechtsverletzungen von Betroffenen aus Entwicklungsländern ist kostenintensiv, erfordert Know-How und Mut. Daher ist es nicht unwahrscheinlich, dass die Betroffenen erst recht spät oder gar nicht das deutsche Gericht anrufen können. Dass ein solcher Vorgang mehrere Jahre dauern kann, erscheint aufgrund der Sklavereiähnlichen, prekären Situation der Betroffenen plausibel. Außerdem kann von einer erfolgreichen Unterstützung durch Menschenrechtsorganisationen nicht per se ausgegangen werden und falls sie erfolgt, kann der Betroffene aus wirtschaftlichen, gesundheitlichen oder sonstigen Zwängen einstweilen an einer zeitnahen Geltendmachung seiner Ansprüche gehindert sein. Deshalb ist angesichts eines wirksamen Menschenrechtsschutzes ein Eingreifen der Korrektivklausel der öffentlichen Ordnung geboten. Damit aber eine Nichtanwendung ausländischer Rechtsnormen glückt, darf zusätzlich kein Inlandsbezug Voraussetzung des *ordre-public*-Vorbehalts sein, was aber umstritten ist. Nach der herrschenden Meinung muss der Inlandsbezug über die bloße Befassung durch das deutsche Gericht hinausgehen.²² Wenn man der Ansicht der Gerichte folgt, Handlungs- und Erfolgsort des Menschenrechtsverstoßes durch die KiK-GmbH lägen in Pakistan, ist kein hinreichender Inlandsbezug ersichtlich. Nach anderen Auffassungen ist ein schwacher oder gar kein Inlandsbezug zu fordern. Hierzu ist ein breites Meinungsspektrum zu erblicken.²³ Weitgehende Übereinstimmung herrscht aber beim Verstoß gegen wesentliche Völkerrechtliche Grundsätze wie z.B. dem Völkergewohnheitsrecht. Hier reicht bereits die internationale Zuständigkeit des Gerichts aus, sodass kein Inlandsbezug notwendig ist.²⁴ Unter Völkergewohnheitsrecht fällt jedenfalls das Recht auf Leben iSd Art. 6 UN-Zivilpakts,²⁵ welches in Art. 2 Abs. 2 GG und Art. 2 EMRK

21 Weitere Ausführungen zum *ordre public international* und zum *ordre public* als Einfallstor für bestimmte Menschenrechte und allgemeine Regeln des Völkerrechts von Voltz, in: Staudinger (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB, juris [Stand: 2013], Artikel 6, Rn. 76 ff., 79, 156.

22 Ebd., Rn. 157.

23 Guter Überblick: Ebd., Rn. 161.

24 Ebd., Rn. 79.

25 Für eine Geltung von Kerngewährleistungen von Menschenrechten als *ius cogens*: Arnauld, Völkerrecht, 2. Auflage 2014, Rn. 250, 308; für eine Implementierung der Menschenrechte über die EMRK wohl Stürner, in: Budzikiewicz/Weller/Wurmnest (Hrsg.), Beck-Online Großkommentar EGBGB, Stand: 01.02.2023, Art. 6, Rn. 244;

iVm Art. 6 Abs. 1 EUV seinen Ausdruck findet und auch Schutzmaßnahmen vom Vertragsstaat abverlangt,²⁶ worunter auch ein angemessener zivilrechtlicher Rechtsschutz subsumiert werden kann. Damit wäre der ordre public-Vorbehalt mit dem Ergebnis der Nichtanwendung der pakistanischen Verjährungsvorschrift einschlägig. Weiterhin bliebe aber das pakistische Recht anwendbar, wenn keine menschenrechtliche Schutzlücke der *lex causae* unter besonderen Voraussetzungen zur Anwendung der deutschen *lex fori* zwingt.²⁷

b) Anwendbarkeit eines ordre public transnational

Anders als die beschriebene, innerstaatliche, die transformierte Völkerrecht aufnehmende ordre public-Klausel, gibt es Vorschläge, den ordre public als eigenständige Rechtsfigur, die für alle Staaten gilt und Grundwerte des Völkerrechts umfasst, zu etablieren.²⁸ Dieses Unterfangen erinnert an das universell geltende Vernunftrecht nach der Ausprägung von *Samuel von Pufendorf*, der schon damals von einer universellen Geltung bestimmter völkerrechtlicher Grundsätze ausging.²⁹ Tatsächlich ist angesichts des in der Staatenwelt vorherrschenden gemäßigt Dualismus von Völkerrecht und innerstaatlichem Recht³⁰ eine unmittelbare Anwendbarkeit von Völkerrecht kaum universell zu begründen. Menschenrechte würden so aber trotz ihres prinzipienartigen Inhalts zu unmittelbar geltenden Eingriffsnormen, die dogmatisch die Wirkung der Lehre einer positiven ordre public-Klausel hätten, welche angesichts der ausdrücklichen Verankerung von Eingriffsnormen zu verwerfen ist.³¹

aA *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Loseblattsammlung, 99. EL September 2022, GG, Art. 25, Rn. 69.

26 *Hofmann/Boldt*, in: Hofmann/Boldt, Kommentar zu dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte, Nomos Bundesrecht, 1. Auflage 2005, Artikel 2, Rn. 3.

27 *Junker*, Internationales Privatrecht, 2. Auflage 2017, § 12, Rn. 34 ff.

28 Zum Ganzen: *Stürner*, Der ordre public im Europäischen Kollisionsrecht, in: Arnold, Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts, Tübingen 2016, S. 87, 101 ff.

29 *Schröder*, Die Entstehung des modernen Völkerrechtsbegriffs im Naturrecht der frühen Neuzeit, Jahrbuch für Recht und Ethik 2000 (Vol. 8), S. 47, 55.

30 *Herdegen*, Völkerrecht, 21. Auflage 2022, § 22, Rn. 2.

31 *Stürner* (Fn. 28), S. 102 mwN.

c) Verlängerte Verjährungsfrist als Hebel zur Anwendung des ordre public

Die fehlende Anwendbarkeit der pakistaniischen Verjährungsregel kann aber auf folgende weitere Erwägung gestützt werden: Jedenfalls wäre den Geschädigten unter Umständen im Gegensatz zur dreijährigen Regelverjährungsfrist des § 195 BGB nach § 197 Nr. 1 BGB eine dreißigjährige Verjährungsfrist des Schadensersatzanspruchs bei vorsätzlichem Handeln zuzuerkennen. Nach pakistaniischem Recht beträgt die Verjährungsfrist höchstens zwei Jahre, was zu einem schweren Widerspruch zu innerstaatlichen Rechtigkeitsvorstellungen führen könnte. Eine mögliche dreißigjährige Verjährungsfrist wurde in den Entscheidungen der Gerichte nicht thematisiert. § 197 Nr. 1 Var. 1-3 BGB statuiert diese Rechtsfolge angesichts der großen Bedeutung von Art. 2 II 1 GG bei Schadensersatzansprüchen aufgrund von vorsätzlichen Verletzungen von Leben, Körper und Gesundheit.³² Erforderlich ist also eine Klärung, ob die Geschädigten nach deutschem Recht Schadensersatzansprüche wegen vorsätzlichen Handelns der KiK-GmbH haben. Das hätte dann unter diesem Blickwinkel inzident von den Gerichten geprüft werden müssen.

d) Zwischenergebnis

Der ordre public-Grundsatz findet also im KiK-Fall Anwendung mit der möglichen Folge, dass die pakistaniische Verjährungsklausel nicht eingreift.

3. BGB-Delikthaftung der KiK-GmbH für Menschenrechtsverstöße von Ali Enterprises?

Eine Auseinandersetzung mit der deliktischen Haftung der KiK-GmbH ist in den Entscheidungen folgerichtig unterblieben, wenn man von einer fehlenden Durchsetzbarkeit aller sich nach deutschem Sachrecht ergebenden Ansprüchen ausgeht und die ordre public-Widrigkeit ausscheidet. Da hier der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung nach Art. 26 Rom-II-VO auch wegen einer dreißigjährigen Verjährungsfrist nach § 197 Nr. 1 BGB eingreifen könnte und jene einen vorsätzlichen Schadensersatzanspruch der Ge-

³² Gegen eine teleologische Reduktion und als Ausfluss von Art. 2 II 1 GG beschreibend: *Piekenbrock*, in: *Gsell* (Hrsg.), Beck-Online Großkommentar Zivilrecht, Stand: 01.02.2023, BGB, § 197, Rn. 7.

schädigten voraussetzt, müssen im Folgenden die in Betracht kommenden Ansprüche nach BGB-Deliktsrecht geprüft werden.

a) § 826 BGB

Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB ist eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung. Eine von der Rechtsprechung anerkannte Fallgruppe für Menschenrechtsverstöße existiert bisher nicht. Darüber hinaus gibt es hohe Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast, welchen hier schwerlich entsprochen sein wird.³³

b) § 831 BGB

Ali Enterprises müsste gem. § 831 BGB Verrichtungsgehilfe der KiK-GmbH sein. Ein Verrichtungsgehilfe ist eine Person, die für einen anderen weisungsgebunden tätig wird.³⁴ Ali Enterprises produziert im eigenen Interesse und ist formal ein unabhängiger Zulieferer, der nicht in die KiK-GmbH eingegliedert ist. Mangels formaler sozialer Abhängigkeit ist Ali Enterprises kein Verrichtungsgehilfe.

c) § 823 II BGB iVm betroffenen Menschenrechten

Gem. § 823 II BGB müssten Menschenrechte Schutzgesetze sein. Ein solches Schutzgesetz ist jede Rechtsnorm iSd Art. 2 EGBGB, die zumindest auch neben dem Schutz der Interessen der Allgemeinheit den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts schützt.³⁵ Menschenrechte dienen nicht dem Schutze einer Privatperson gegen eine andere. Es existiert keine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte, was auch für die Transformationsgesetze von völkerrecht-

33 Weller/Kaller/Schulz (Fn. 15), 387, 406 f.

34 Sprau, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 81. Auflage 2022, BGB, § 831, Rn. 5.

35 Ebd., § 823, Rn. 57 f.; Teichmann, in: Jauernig (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch – Kommentar, 18. Auflage 2021, BGB, § 823, Rn. 43 f.

lichen Menschenrechtsverträgen gilt.³⁶ Daher ist der Anspruch zu verneinen.

d) § 823 II BGB iVm §§ 289b, 289c, 289f HGB

Es ist davon auszugehen, dass die Kapitalgesellschaft gem. § 289b Abs. 1 HGB dazu verpflichtet ist, eine nichtfinanzielle Erklärung in den bzw. zum Lagebericht hinzuzufügen. Dabei ist unter anderem gem. § 289c Abs. 2 Nr. 4 HGB auf die Achtung der Menschenrechte einzugehen. Die Regelung beruht auf dem *comply and explain*-Grundsatz und soll ggü. Anteilseignern und der Öffentlichkeit für Transparenz sorgen.³⁷ Ob die KiK-GmbH entsprechende Ausführungen nicht gemacht hat, kann dahinstehen, wenn die Normen keine Schutzgesetze iSd § 823 II BGB sind. Das ist der Fall, wenn eine Drittewirkung der nichtfinanziellen Erklärung zugunsten der Geschädigten zu verneinen ist. Mangels eines hinreichend abgrenzbaren Personenkreises und dem ausgeführten Zweck der Regelung ist dies eher zu verneinen. Deshalb sind die Normen keine Schutzgesetze.

e) § 823 II BGB iVm § 43 I GmbHG

Eine Schutzgesetzeigenschaft des § 43 I GmbH in Fortentwicklung der Siemens-Neubürger-Entscheidung³⁸ zur Legalitätspflicht des Vorstandes ist wegen der ansonsten auftauchenden Wertungswidersprüchen zur Rechtsprechung zu dieser Frage abzulehnen, ist doch keine drittschützende Eigenschaft für Gläubiger der GmbH vom Gesetz intendiert,³⁹ was erst recht für Deliktsgläubiger gelten muss.⁴⁰

36 Wagner, RabelsZ 80 (2016), 718, 755 f.; keine unmittelbare Bindung Privater an Menschenrechte, so: *Herdegen* (Fn. 25), Art. 25, Rn. 72.

37 Störk/Schäfer/Schönberger, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 13. Auflage 2022, HGB, § 289c, Rn. 2, 8.

38 LG München I, Urt. v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345, 345 ff.

39 BGH, Urt. v. 19.2.1990 – II ZR 268/88, NJW 1990, 1725, 1730; BGH, Urteil vom 9. 7. 1979 – II ZR 211/76, NJW 1979, 1829, 1831.

40 Zum Ganzen: *Weller/Thomale* (Fn. 10), 509, 524 f.

f) § 823 II BGB iVm § 3 I LkSG

Das am 01.01.2023 in Kraft getretene LkSG hätte mit einer Statuierung der Schutzgesetzeigenschaft für die Geschädigten eine Anspruchsgrundlage begründen können. Allerdings hat der Gesetzgeber durch § 3 III 1 LkSG eine zivilrechtliche Haftung durch Verletzung der Pflichten aus dem LkSG ausgeschlossen.

g) § 823 I BGB

Die KiK-GmbH könnte durch eine zurechenbare rechtswidrige sowie schuldhafte Verkehrspflichtverletzung ein absolutes Recht der Geschädigten verletzt haben. Eine Haftung kommt aufgrund des Unterlassens der KiK-GmbH, auf angemessene Brandschutzbauvorschriften hinzuwirken, in Betracht.

h) Zwischenergebnis

Bei § 823 I BGB handelt es sich um die Vorschrift aus dem BGB-Deliktsrecht mit den besten Chancen für eine zivilrechtliche Haftung von deutschen Unternehmen wegen Menschenrechtsverletzungen in der Lieferkette. Die Voraussetzungen der deliktischen Haftung nach § 823 I BGB sollen daher im nächsten Abschnitt (V.) genauer erörtert werden.

4. Ergebnis

Deutsches Sachrecht wird regelmäßig kollisionsrechtlich nicht anwendbar sein, allerdings hätten die zuständigen Gerichte von ihrem Standpunkt divergierende Auslegungsmöglichkeiten zu Art. 4 III Rom-II-VO und zum ordre public-Vorbehalt zumindest berücksichtigen müssen.

V. Deliktische Haftung nach BGB de lege lata

Für eine Haftung nach § 823 I BGB müssen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 823 I BGB gegeben sein.

1. Rechtsgutsverletzung iSd § 823 I BGB

In Betracht kommt, dass Menschenrechtsverletzungen ein sonstiges Recht darstellen. Es setzt ein absolutes Recht voraus, d.h., eine positive Verfügungs- und negative Ausschlussfunktion gegenüber jedermann.⁴¹ Menschenrechte gelten aber nur zwischen den Vertragsstaaten bzw. zwischen Bürger und Staat und nicht gegenüber jedermann. Mangels unmittelbarer Drittwirkung scheidet die Verletzung eines sonstigen Rechts aus.

Offensichtlich sind aber die Rechtsgüter Leben, Körper und Gesundheit der Kläger zumindest mittelbar verletzt, bei den Hinterbliebenen gilt zusätzlich § 844 III BGB.

2. Verletzungshandlung

Mangels einer positiven Verletzungshandlung seitens KiKs, kommt lediglich ein Unterlassen in Betracht. Dieses bedingt eine Verletzung einer Rechtspflicht zum Handeln. Dazu zählt die Verletzung von Verkehrssicherungspflichten. Das Unterlassen der Organe der GmbH wird der KiK-GmbH gem. § 31 BGB analog zugerechnet.

a) Verkehrssicherungspflicht bei Schaffung einer Gefahrenquelle bzw. Erhöhung einer Gefahr

Eine Pflicht der KiK-GmbH, auf ausreichende Brandschutzbauvorschriften in der Produktionsstätte der Waren hinzuwirken, könnte sich auf die anerkannte Verkehrssicherungspflicht bei Schaffung einer Gefahrenquelle bzw. bei Erhöhung einer Gefahr⁴² stützen.

aa) Transnationale Erstreckung von Verkehrspflichten

Eine Vorfrage ist allerdings, ob Verkehrspflichten transnational wirken können. Art. 17 Rom-II-VO liefert Indizien, dass Verkehrspflichten ortsgebunden sind, allerdings impliziert die Rechtsprechung zur Haftung von Reiseveranstaltern eine extraterritoriale Wirkung. Der Wortlaut des Art. 17

41 Sprau (Fn. 34), § 823, Rn. 11.

42 Ebd., Rn. 46, 48.

Rom-II-VO spricht nicht für eine Eingrenzung im transnationalen Bereich, im systematischen Zusammenhang bestimmen sich die Grenzen nach dem Anwendungsbereich der Rom-II-VO, der gem. Art. 3 Rom-II-VO universell ist.⁴³

bb) Anpassung an den örtlichen Adressatenkreis

Ebenso ist im Vorfeld zu klären, ob die Verkehrspflichten an den jeweiligen örtlichen Adressatenkreis anzupassen sind. Denn die Anforderungen sind im Grundsatz an die Erwartungen des jeweiligen Verkehrskreises gekoppelt.⁴⁴ Jedenfalls dürfte aber die Rechtsfortbildung der Verkehrspflichten verfassungs- und völkerrechtskonform zu interpretieren sein, sodass sich eine Unterschreitung von menschenrechtlichen Mindeststandards verbietet.⁴⁵ Auch kann der Umstand einer freiwilligen Selbstverpflichtung den Inhalt der Verkehrspflichten determinieren, hat sie doch eine qualifizierte Verkehrserwartung geprägt.⁴⁶

cc) Rechtliche Selbstständigkeit des Zuliefererunternehmens

Problematisch ist zudem, wie die rechtliche Selbstständigkeit des Zulieferers auf die Pflichten des beauftragenden Inlandsunternehmens wirkt. Inwiefern ist der in Deutschland ansässige Vertragspartner eines Unternehmens mit Sitz im Ausland, das gegen Menschenrechte verstößt, für den Schädigungserfolg verantwortlich?

43 Zur Problematik: *Weller/Kaller/Schulz* (Fn. 15), 404 f.; für eine transnationale Erstreckung von Verkehrspflichten: I.E. *Maultzsch*, in: *Budzikiewicz/Weller/Wurmnest* (Hrsg.), *Beck-Online Großkommentar Rom-II-VO*, Stand: 01.03.2023, Art. I7, Rn. 6, 9.

44 *Weller/Kaller/Schulz* (Fn. 15), 405.

45 Berücksichtigung von Menschenrechtsverträgen wie der EMRK bei der Auslegung von Rechtsnormen: *Sauer*, *Staatsrecht III*, 5. Auflage 2018, § 7, Rn. 18; für eine indizielle Berücksichtigung der UN-Leitprinzipien im Sorgfaltsmaßstab: *Mansel* (Fn. 16), 450.

46 *Thomale/Hübner*, *JZ* 2017, 385, 394.

aaa) Konzernrechtliches Trennungsprinzip

Das konzernrechtliche Trennungsprinzip besagt, dass unterschiedliche Rechtspersönlichkeiten der Gesellschaften und damit unterschiedliche Zu-rechnungsverhältnisse bestehen.⁴⁷ Eine Durchgriffshaftung der Geschädigten iSe eines transsubjektiven Anspruchs⁴⁸ gegen die Inlandsgesellschaft, die die menschenrechtsverletzende ausländische Gesellschaft, z.B. zur Fertigung von Textilien, beauftragt hat, scheidet daher erst recht aus, da der formale, rechtlich selbstständige Zulieferer nicht übergeangen werden darf. Das gilt auch im Hinblick auf die Haftungsbeschränkung der jeweiligen Gesellschaftsform.

bbb) Ausnahme bei wirtschaftlicher Kontrolle des Zulieferers

In Erwägung zu ziehen ist, ob eine tatsächliche, wirtschaftliche Kontrolle über Ali Enterprises angesichts einer Abhängigkeit von den Geschäftsbeziehungen zur KiK-GmbH bestand. Dadurch wäre es reiner Formalismus, für eine konzernrechtliche Haftung den Status einer Tochtergesellschaft für den Zulieferer zu verlangen.⁴⁹ Auch ist das konzernrechtliche Trennungsprinzip nicht absolut:⁵⁰ Eine Durchgriffshaftung kann gerechtfertigt sein, z.B. bei einem Missbrauch entgegen § 242 BGB.⁵¹ Andererseits hebelt diese unbestimmte Ausnahme massiv den Grundsatz aus, dass zuvorderst jedes Rechtssubjekt für seine eigenen Handlungen geradestehen muss und schadet der Rechtssicherheit. Gesellschafter müssen nämlich grundsätzlich auf die rechtliche Selbstständigkeit und Haftungsbeschränkung vertrauen können, damit sich wirtschaftliche Aktivität entfalten kann.⁵² Zudem greift

47 Grigoleit, in: Grigoleit, Aktiengesetz – Kommentar, 2. Auflage 2020, § 15, Rn. 6.

48 Weller/Kaller/Schulz (Fn. 15), 401, 407 ff.; zur interessanten Frage der ordre public-Widrigkeit von Durchbrechungen des Trennungsprinzips durch ausländische Normen: Mansel, Gesellschaftliches Trennungsprinzip und ordre public am Beispiel der menschenrechtsbezogenen Unternehmenshaftung in der Lieferkette, in: Deckenbrock/Höpfner/Kilian u.a., Arbeit Wirtschaft Recht – Festschrift für Martin Henssler zum 70. Geburtstag, München 2023, S. 1083-1100.

49 Weller/Kaller/Schulz (Fn. 15), 401 ff., als Vorbild dient der englische Fall Chandler v. Cape.

50 Hübner, Unternehmenshaftung für Menschenrechtsverletzungen, Tübingen 2022, S. 241 ff.

51 Grigoleit (Fn. 47), § 1, Rn. 36 ff.

52 Detailliert: Hübner (Fn. 50), S. 237 ff.

im Verhältnis von Auftragsgesellschaft und Zulieferer statt dem Trennungsprinzip der allgemeine deliktsrechtliche Sphärengedanke ein.⁵³ Bei diesem bedarf es mehr als dem Faktum der wirtschaftlichen Kontrolle, damit dem Inlandsunternehmen eine Pflichtverletzung zugerechnet werden kann, wie anschließend dargelegt wird.

ccc) Überwindung unter Berücksichtigung allgemeiner Zurechnungsgedanken

Neben dem in seiner Sphäre gesetzten Risiko des Lieferanten könnte auch der Abnehmer durch seinen Auftrag ein Risiko gesetzt haben. Die Konstellation erinnert dann an das vorsätzliche Dazwischentreten eines Dritten, hier des Lieferanten, das den Risikozusammenhang unterbrechen kann.

(1) Herleitung und Inhalt

Dazu muss ermittelt werden, ob dem beauftragenden Unternehmen die Entstehung bzw. die Erhöhung des Risikos zugerechnet werden kann, d.h., ob eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen bzw. erhöht wurde und sich im konkreten Erfolg verwirklicht hat.⁵⁴ Ist das Ausgangsrisiko mit dem Handeln des Dritten derart verknüpft, sodass das Handeln typischerweise im Ausgangsrisiko wurzelt, so kann dem Erstverursacher das Risiko zugerechnet werden.⁵⁵

Eine Verkehrssicherungspflicht ist als Verpflichtung, andere durch Schutzvorkehrungen vor geschaffenen oder unterhaltenen Gefahrenquellen zu schützen, zu definieren.⁵⁶ Im Zusammenhang mit Menschenrechtsverletzungen durch Lieferanten in Produktionsstätten im Ausland, kann eine Verkehrssicherungspflicht an folgende Verhaltensweise angeknüpft werden:

Bestellt das deutsche Unternehmen als Vertragspartner Ware von einem Lieferanten mit Produktionsstätte in einem Billiglohn- bzw. Entwicklungsland, erhöht es durch die verstärkte Auslastung der Produktionsstätte bei gleichzeitiger Stützung des Geschäftsmodells mithilfe der minder effektiven staatlichen und internen Arbeitsschutzvorkehrungen die Gefahr für Men-

53 Ebd., S. 260 ff.

54 Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Auflage 2021, § 13, Rn. 46.

55 Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 52. Auflage 2022, Rn. 285.

56 Sprau (Fn. 34), § 823, Rn. 46.

schenrechtsverletzungen zulasten der Beschäftigten des Zulieferers. Ein vernünftig denkendes⁵⁷ deutsches Unternehmen muss davon ausgehen, dass die niedrige Produktpreisgestaltung, die geringe Regulierung und Durchsetzung von Rechtsvorschriften Menschenrechtsverstöße begünstigt. Diese Begünstigungsgefahr wird bei Menschenrechtsverletzungen durch das Verhalten des Lieferanten nicht unterbrochen, sondern bestätigt und realisiert. Dementsprechend trägt der Verweis auf die rechtliche Selbstständigkeit des Zulieferers hier nicht. So wie das die Ware beziehende deutsche Unternehmen von den Standortfaktoren des Zulieferers profitiert, muss es auch gewisse Risiken tragen. Das entspricht auch dem Prinzip der Internalisierung externer Effekte,⁵⁸ was vereinfacht die Wiederzurückverlagerung der auf andere Personen abgewälzten Kosten bedeutet. Die Risikoverwirklichung des Zulieferers ist also dem deutschen Inlandsunternehmen zurechenbar.

(2) Einwand des ausreichenden Schutzes durch die pakistanische Rechtsordnung

Zu hinterfragen ist die oben vertretene Annahme, dass die pakistanische im Vergleich zur deutschen Rechtsordnung ein tatsächlich weniger effektives Schutzniveau in Bezug auf den Arbeitsschutz vorweisen kann. So wird zutreffend argumentiert, dass bei einem Fehlen der *ordre public*-Widrigkeit keine formale Ungleichwertigkeit des ausländischen Rechts bestehe, gerade unter dem Gesichtspunkt der von vielen Staaten unterzeichneten internationalen Menschenrechtsverträgen.⁵⁹ Selbst wenn in Bezug auf die Verjährungsregelung ein Verstoß gegen den *ordre public*-Vorbehalt vorliegt, kann das pakistanische Recht als Common-Law-Rechtsordnung grds. für angemessene Haftungsregelungen sorgen, wodurch ein Ersatz durch ein deutsches Haftungsregime nicht notwendig wäre. Dagegen spricht vordergründig, dass Pakistan keine ILO-Konvention, die im Zusammenhang mit der Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz steht, ratifiziert hat, jedoch gibt es dennoch einschlägige pakistanische Arbeits- und Brandschutzvorschriften.⁶⁰ Wesentlich schwerer wiegt das Problem, dass auch das Com-

57 Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 10. Auflage 2020, § 16, Rn. 114.

58 <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/internalisierung-externer-effekte-39210>, [17.03.2023].

59 Zimmerman, (Fn. 5).

60 Dazu im Detail: Thomale/Murko, ZVglRWiss 120 (2021), 127, 145 ff.

mon Law bisher keine transsubjektive Haftung vorsieht.⁶¹ Hinzu kommt die Problematik mangelnder Rechtsdurchsetzung.⁶² Diese können deutsche Unternehmen und pakistanische Lieferanten im Profitinteresse ausnutzen. Letztere können das in Gestalt der mangelhaften Rechtsdurchsetzung im Forumstaat und erstere, die im Zweifel solventer sind, durch die fehlenden pakistanischen Haftungsgrundlagen im transsubjektiven Sinne. Eine wirksame Begegnung ist daher primär in der Haftung nach deutschem Recht zu suchen - und das *de lege lata* mit einer Haftung in der Lieferkette mittels einer Verkehrssicherungspflicht. Die Folge wäre eine effektive Prävention prekärer Arbeit durch belastbare Direktiven der deutschen Bestellerunternehmen, die die mangelhafte Rechtsdurchsetzung im Ausland zumindest teilweise aufwiegen können.

(3) Inhalt der begründeten transpersonalen Haftung

Unklar ist, welche Schutzvorkehrungen die Anwendung der hergeleiteten Zurechnung gebietet. Das ist nach einer Interessenabwägung zu bestimmen.⁶³ Dabei ist die unternehmerische Freiheit mit den Menschenrechten, die normhierarchisch über dem BGB stehen, abzuwägen. Allerdings ergibt sich unter Berücksichtigung des § 2 LkSG iSe Auslegung einer einheitlichen Rechtsordnung keine Erfolgs-, sondern lediglich eine Bemühenspflicht.⁶⁴ Daraus folgt aber trotzdem eine Pflicht zur Ergreifung angemessener Maßnahmen, die notwendig und zumutbar sein müssen.⁶⁵ So kann in Anlehnung an die Deliktsorganisationshaftung ein Kontrollsyste mit Einwirkungsmöglichkeit auf den Zulieferer zu fordern sein.⁶⁶ Die KiK-GmbH könnte so durch eine Verkehrspflicht kraft Gefahrschaffung verpflichtet sein, auf ausreichende Brandschutzmaßnahmen hinzuwirken.

61 Weller/Kaller/Schulz (Fn. 15), 404.

62 Thomale/Murko (Fn. 60), 148 ff.

63 Abgeleitet aus: Sprau (Fn. 34), § 823 Rn. 51.

64 Für eine Bemühenspflicht im LkSG: RegE, BT-Drs. 19/28649, S. 2.

65 Wandt (Fn. 57), Rn. 114.

66 Wagner, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, 8. Auflage, München 2020, BGB, § 823, Rn. 108.

ddd) Menschenrechtsarbitrage als Gefahrenquelle für das Inlandsunternehmen

Die Problematik des defizitären Pflichtenkanons von Inlandsunternehmen im Hinblick auf ausländische Zulieferer erkennen auch *Weller/Nasse* und schlagen eine neue Gefahrenkategorie vor, die sich aus einer Ausnutzung eines Menschenrechtsgefälles an verschiedenen Standorten ergibt. Sie begründen diese im Ausgang ähnlich wie der hier dargestellte Versuch der Herleitung aus allgemeinen Zurechnungsgrundsätzen. Anknüpfungspunkt ist aber – zusätzlich zum geringen Menschenrechtsstandard im Ausland und bzw. oder Rechtsdurchsetzungshemmnisse – die inländische Insuffizienz des Kollisionsrechts mit Fokus auf Kettenrechtsverhältnisse. Mit letzterem Begründungsstrang geht diese Anschauung weiter und kann die erweiterten Pflichten des Inlandsunternehmens auch argumentativ kollisionsrechtlich untermauern. Das Fehlen eines transsubjektiven Anspruchs der menschenrechtswidrig Geschädigten wird so durch einen direkten Anspruch ausgeglichen. Grund sei die Konzeption des IPRs, das dogmatisch auf Zwei-Personen-Verhältnisse zugeschnitten ist, indem es sich auf ein Rechtsverhältnis konzentriere. Jenseits von diesem könne das Zwischenschalten von weiteren Rechtspersonen in nachgeschalteten Kettenrechtsverhältnissen nicht berücksichtigt werden. Diesem Defekt müsse aufgrund der Missbräuchlichkeit des Verhaltens über Grenzen hinweg Einhalt geboten werden, indem ein Profitieren von Menschenrechtsgefällen im Wege von Sicherungspflichten vermieden werden soll.⁶⁷

Eingewendet werden könnte, wie bei allen Ausweitungen von Verhaltenspflichten, ein Wegdriften von der Verschuldenshaftung zur Gefährdungshaftung, die für § 833 S.1 BGB statt für § 823 I BGB wesensbezeichnend ist. Dies ist die zwangsläufige Folge der Abstrahierung der von einer Sache ausgehenden Gefahr, auf die *Weller/Nasse* hinweisen.⁶⁸ Besonders sei diese aber gerade bei digitalen Sachverhalten vonnöten. Unter Würdigung neuer Rechtsentwicklungen verdienen diese Gedanken Zuspruch: So hat der Gesetzgeber in der jüngsten Schuldrechtsreform, die am 01.01.2022 in Kraft trat, die Anknüpfung des Sachmangels an den (Sach-)Gefahrübergang bei digitalen Produkten in § 327a BGB entfallen lassen. Der eventuelle Vorwurf einer zu weiten Erstreckung der Verkehrspflichten muss ebenfalls zurückgewiesen werden, denn die Menschenrechtsarbitrage als Gefahrenquelle soll

67 *Weller/Nasse*, ZGR-Sonderheft 22 (2020), 107, 127 ff.

68 Ebd., 129.

sich lediglich auf absolute Rechtsgüter und auf grenzüberschreitende Sachverhalte beschränken. Zudem kann kautelarjuristisch für eine Exkulpation bei hinreichender Organisation gesorgt werden.

Die KiK-GmbH profitiert von der mangelnden Durchsetzung der Brandschutzbüroschriften durch die pakistanischen Behörden und der Nichtanwendbarkeit von deutschem Sachrecht. Um das Gefälle des Schutzniveaus hinsichtlich des Menschenrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit im Vergleich von pakistanischen zu deutschen Standards zu nivellieren, muss die KiK-GmbH auf die Ali Enterprises hinwirken, die Brandschutzbüroschriften einzuhalten.

eee) Entlastung durch den Code of Conduct

Statuiert man die Verkehrspflicht zur Sicherung der Gefahr infolge Menschenrechtsarbitrage, soll sich das Inlandsunternehmen nach der gerade dargestellten Ansicht mithilfe einer Vereinbarung zum Menschenrechtschutz mit dem Zulieferer entlasten können. Beispielsweise werden Vertragsstrafen und Due Diligence-Klauseln aufgezählt, es sollten nämlich keine unrealistischen Verkehrspflichten aufgestellt werden.⁶⁹ Damit eröffnet die angedachte Rechtsfigur, die auf dem Gedanken der Eindämmung des Missbrauchs auch mangelnder Rechtsdurchsetzung fußt, eine große Hintertür für eine missbräuchliche Praxis zur medienwirksamen schuldrechtlichen Implementierung von Menschenrechtsstandards, deren Einhaltung letztlich nicht kontrolliert wird. Die Zulässigkeit solcher Entlastungsmöglichkeiten ist nicht sachgerecht, vielmehr folgt aus einer zumutbaren Verkehrssicherung auch die Pflicht zur faktisch wirksamen Kontrolle der Umsetzung solcher Vereinbarungen. Dafür kann der Rechtsgedanke der Rechtsprechung zur klassischen Verkehrssicherungspflicht des Grundstückseigentümers zur Gewährleistung einer gefahrlosen Begehbarkeit des Grundstücks im Winter herangezogen werden: Überträgt der Eigentümer die Räum- und Streupflicht im Rahmen des Mietvertrags auf den Mieter, so hat der Eigentümer stichprobenartig den Mieter zu kontrollieren.⁷⁰ Die Umsetzung des zwischen KiK-GmbH und Ali Enterprises geschlossenen Code of Conduct

69 Ebd., 130 f.

70 Zur Kontrollpflicht: BGH, Urt. v. 27.11.1984 – VI ZR 49/83, NJW 1985, 484, 485; zur Pflicht zur Vornahme von Stichproben: OLG Brandenburg, Urt. v. 05.08.2008 – 2 U 15/07, BeckRS 2009, 8855, Gründe II.2.2, das auf die anerkannte Rechtsprechungslinie des Reichsgerichts von 1926 verweist: RGZ 113, 293, 296 f.

muss also wirksam zumindest stichprobenartig kontrolliert worden sein, er allein entlastet die KiK-GmbH nicht, da immer noch eine Restverantwortung zur Überwachung der Einhaltung der Menschenrechtsstandards bei KiK verbleibt. Das gilt erst recht, wenn – wie von der KiK-GmbH behauptet – ihre Mitarbeiter die Fabrik mehrmals besucht haben und der Textildiscounter trotzdem untätig blieb.⁷¹

fff) Entlastung durch Auditierung

Möglicherweise kann sich die KiK-GmbH durch Auditberichte u.a. zur Kontrolle des Code of Conduct, die beim Brandschutz keine Mängel feststellten, entlasten. Eine Auditierung ist ein Verfahren zur Untersuchung der Einhaltung von Standards und Anforderungen.⁷² Meistens werden dazu Prüfdienstleister beauftragt. Im Falle der KiK-GmbH bescheinigte ein italienisches Prüfunternehmen nur zwei Wochen vor dem Brand die Einhaltung von grundlegenden Brandschutz- und Arbeitssicherheitsstandards.⁷³

Grundsätzlich muss sich ein Unternehmen auf den Rat von Experten und fachmännischen Beratern verlassen können. Das gilt aber nicht uneingeschränkt, damit es nicht zu einem sog. „Bluewashing“, mit dem Werben mit sozialem Engagement kommt, obwohl das Unternehmen weiterhin von menschenrechtswidrigen Praktiken profitiert.⁷⁴ Es ist daher angezeigt, die gesellschaftsrechtlichen Grundsätze aus der ISION-Rechtsprechung zum Thema, wann der Vorstand einem Rechtsrat eines Beraters vertrauen darf, zu übernehmen: Unter anderem wird eine Plausibilitätsprüfung verlangt.⁷⁵ Das Unternehmen wäre demnach verpflichtet, die Plausibilität des Auditings zu überprüfen. So könnte vermieden werden, dass ein Prüfbericht ohne tatsächliche Begehung der Produktionsstandorte wie im KiK-Fall zu stande kommt und dem Unternehmen einen „Persil-Schein“ ausstellt. Es ist anzunehmen, dass die Textilfabrik nicht vom externen Prüfdienstleister vor Ort inspiziert wurde. Demnach scheidet eine Entlastung der KiK-GmbH mangels Plausibilität des Audits aus.

71 Q & A der Menschenrechtsorganisation ECCHCR: https://www.ecchr.eu/fileadmin/Q_As/Q_A_DE_KiK_Pakistan_Okt2020.pdf [20.06.2023], S. 4.

72 Von Falkenhäusen, Menschenrechtsschutz durch Deliktsrecht, Tübingen 2020, S. 179.

73 <https://saubere-kleidung.de/2018/09/ali-enterprises-beschwerde-gegen-pruefdienstleister-rina/> [18.03.2023].

74 <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/bluewashing-124778> [17.03.2023].

75 BGH, Urt. v. 20. 9. 2011 – II ZR 234/09, NZG 2011, 1271, 1273, Rn. 25.

ggg) Zwischenergebnis

Also schränkt die rechtliche Selbstständigkeit des Zulieferers die Haftung des Inlandsunternehmens nicht ein.

dd) Zwischenergebnis

Eine Verkehrssicherungspflicht der KiK-GmbH zum Hinwirken auf die Einhaltung der Brandschutzvorschriften ergibt sich folglich aus der Gefahrenquelle der Menschenrechtsarbitrage und entfällt weder wegen des Code of Conduct noch der Auditierung.

b) Verhältnis zum LkSG

Der Gedanke, die Verkehrspflichten des § 823 I BGB in der Lieferkette könnten sich an das LkSG anlehnen, ist aufgrund § 3 II 1 und 2 LkSG abzulehnen, da ansonsten eine indirekte zivilrechtliche Haftung begründet werden würde. Der Gesetzgeber hat sich aber beim LkSG statt einem „private enforcement“ für einen „public enforcement“-Ansatz entschieden.⁷⁶ Daraus kann man folgern, dass das LkSG wegen einer anderen Durchsetzungsrichtung gar keinen Einfluss auf das BGB-Deliktsrecht hat. Allerdings scheint es im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsordnung angezeigt, dass die Verkehrspflichten inhaltlich und der Anwendbarkeit nach nicht über das spezielle Gesetz des LkSG hinausreichen, hat doch der Gesetzgeber auch eine zivilrechtliche Haftungsbegrenzung im Sinne gehabt. Darauf muss hier aber nicht weiter eingegangen werden: Da das Pflichteninstrumentarium des LkSG in § 7 III bis zu einem Abbruch der Geschäftsbeziehungen im Rahmen der Abhilfemaßnahmen reicht, ist im KiK-Fall von keinen darüberhinausgehenden Verkehrspflichten auszugehen.

⁷⁶ Wagner, ZEuP 2023, 517, 518; Das Lieferkettengesetz: Viele Pflichten, keine Haftung, in: Tölle/Benedict/ Koch, Selbstbestimmung: Freiheit und Grenzen – Festschrift für Reinhard Singer zum 70. Geburtstag, 1. Edition 2021, S. 693, 702 f.

c) Verletzung und Zwischenergebnis

Da von der KiK-GmbH nicht auf die Einhaltung von Brandschutzvorschriften hingewirkt wurde, wurde die dahingehende Verkehrssicherungspflicht verletzt. Ein Unterlassen der KiK-GmbH liegt mithin vor.

3. Haftungsbegründende Kausalität und Rechtswidrigkeit

An einer Haftung gem. § 823 I BGB könnte es aber mangels haftungsbegründender Kausalität scheitern. Das der KiK-GmbH vorgeworfene Unterlassen ist dann für den Erfolgseintritt kausal, wenn die gebotene und physisch-reale Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfiele.⁷⁷ Da es sich hier nach Ermittlungen der pakistanischen Behörden um einen terroristischen Sabotageakt handelte,⁷⁸ ist es unklar, ob ein ggf. erforderliches Hinwirken auf ordnungsgemäße Brandschutzvorschriften die Rechtsgutsverletzungen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte. Dazu müsste im konkreten Einzelfall ermittelt werden, ob es bei ordnungsgemäßen Brandschutzvorschriften zu keinen Rechtsgutsverletzungen gekommen wäre. Das erscheint bei dem terroristischen Sabotageakt zumindest nicht ganz ausgeschlossen. Fraglich erscheint im Übrigen, ob von einem atypischen Geschehensablauf iSd Adäquanztheorie⁷⁹ auszugehen ist – mit der Folge, dass der KiK-GmbH die Rechtsgutsverletzungen nicht zurechenbar sind. Einwenden könnte man, dass es gerade in Entwicklungsländern mit geringerer politischer Stabilität voraussehbar ist, dass Brandanschläge geschehen. Im Sinne einer Arbeitshypothese soll hier aber vom Vorliegen der haftungsbegründenden Kausalität ausgegangen werden. Die Rechtswidrigkeit wird durch den erfüllten Tatbestand indiziert.⁸⁰

4. Verschulden – Vorsatz der KiK-GmbH?

Das Inlandsunternehmen müsste die rechtswidrige Verkehrspflichtverletzung verschuldet haben. Mindestens muss ihm Fahrlässigkeit gem. § 276

77 *Wandt* (Fn. 57), Rn. 133.

78 Medienbericht über die Ermittlungsergebnisse zur Brandursache, <https://www.thene.ws.com/print/683165-baldia-factory-fire-an-act-of-terrorism-not-accident-jit-recommends-filing-new-firs-against-accused> [17.03.2023].

79 *Wandt* (Fn. 57), Rn. 136.

80 *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 17. Auflage 2022, § 60, Rn. 32.

II BGB zur Last gelegt werden können. Im Hinblick auf § 197 I Nr. 1 BGB muss aber Vorsatz vorliegen, damit eine dreißigjährige Verjährungsfrist anzunehmen ist.

a) Wissenszurechnung

Dabei ist eine Wissenszurechnung bei Rechtsgeschäften und rechtsgeschäftähnlichen Handlungen unstreitig nach § 166 I BGB möglich. Im Hinblick auf die KiK-GmbH geht um die Zurechnung von Wissen im Rahmen einer deliktischen Handlung. Konkret ist der mehrmalige Besuch von Mitarbeitern⁸¹ in der von dem Brand betroffenen Fabrik der mögliche Anknüpfungspunkt für eine Zurechnung des Wissens über mangelhafte Brandschutzbüroschriften. Nach Grundsätzen der Rechtsprechung erfolgt bei anderen Verhaltensweisen eine wertende Betrachtung, die aber nicht einheitlich ist und darauf abstellt, dass eine analoge Anwendung des § 166 BGB und eine Heranziehung des § 242 BGB geboten ist, wenn ein Unternehmen im Interesse des Verkehrsschutzes nicht durch seine arbeitsteilige Organisation bessergestellt werden soll als eine natürliche Person.⁸² Die Literatur stellt auf eine Wissensverantwortung ab, die ebenfalls aus dem Verkehrsschutz resultiert und die dazu führt, dass das Unternehmen so behandelt werden muss, als seien maßgebliche, aktenmäßig festzuhalten-

81 S. Fn. 71.

82 Schubert, in: Schubert (Bearb.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 9. Auflage 2021, BGB, § 166, Rn. 58 f.; bei der höchstrichterlich ungeklärten Frage der Wissenszurechnung gem. § 166 I BGB analog im Deliktsrecht die Anwendung bejahend: Heese, NJW 2019, 257, 260; iE auch LG Würzburg, Urt. v. 23.2.2018 – 71 O 862/16, BeckRS 2018, 1691, Rn. 58; ggf. einschränkend BGH, Urteil vom 8.3.2021 – VI ZR 505/19, NJW 2021, 1669, 1671, Rn. 23, der lediglich die Begründung der Sittenwidrigkeit im Rahmen des § 826 BGB durch eine „mosaikartige“ Zusammenrechnung von Wissen unterschiedlicher Personen aufgrund des personalen Charakters der Schadensersatzpflicht des § 826 BGB verneint, aA Wagner, in: Habersack (Red.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Auflage 2013, BGB, § 826, Rn. 36. Aus Gründen des Schutzes des Geschädigten und wegen der bejahten Anwendung des § 166 BGB auf Realakte innerhalb des § 831 BGB, s. dazu Schilken, in: Staudinger (Begr.), Stand: 15.03.2023, BGB, § 166, Rn. 11 mwN, ist nicht ersichtlich, weshalb § 166 BGB innerhalb des § 823 I BGB nicht zumindest analog angewendet werden soll. Dasselbe gilt für die Grundsätze der Wissensverantwortung der Literatur. Zur Diskussion um die Wissenszurechnung vertiefend: Faßbender/Neuhäus, WM 25/2002, 1253, 1254 ff.; Reuter, ZIP 2017, 310-317.

de Informationen in der Unternehmensstruktur weitergegeben worden.⁸³ Die Mitarbeiter der KiK-GmbH müssen bei Kenntnis über die Tatsache der mangelnden Brandschutzmaßnahmen die Informationen, die sie im Rahmen ihrer Besuche in der Fabrik der Ali Enterprises erlangt haben, weitergeben, allein schon aufgrund der Nichteinhaltung des geschlossenen Code of Conduct, der auf Grundlage der Wahrung von Grundrechten und internationaler Standards mit dem Lieferanten Ali Enterprises geschlossen wurde: Denn dieser Code of Conduct ist Ausdruck einer Wissensverantwortung der KiK-GmbH, vergleichbar mit einer Garantenstellung kraft tatsächlicher Übernahme. Anders lassen sich auch die von der KiK-GmbH in ihren CSR-Berichten⁸⁴ durchgeföhrten Kontrollen vor Ort nicht erklären, die gerade auf die Erlangung dieses Wissens abzielen. Der KiK-GmbH kann die Kenntnis der Mitarbeiter somit kraft Wissensverantwortung zugerechnet werden. Angenommen, Ali Enterprises wäre iSd Rechtsprechung eine natürliche Person und hätte selbst die Produktionsstätte besucht, hätte die Gesellschaft Kenntnis von der Verkehrspflichtverletzung erlangt, die auch aktenmäßig festzuhalten wäre. Angesichts der übernommenen Wissensverantwortung kraft Vertrages, ist also von einer aktenmäßig festzuhalrenden Information bei der Inspizierung der Fabrik auszugehen. Deshalb kann für eine juristische Person nichts anderes gelten, sodass eine Wissenszurechnung erfolgt.

b) Kenntnis der KiK-Mitarbeiter

Problematisch ist aber, ob die Mitarbeiter Kenntnis hatten. Prozessual ließe sich hier die Stellung der Geschädigten verbessern, indem die zu den Diesel-Fällen angewandte sekundäre Darlegungslast⁸⁵ des beklagten Unternehmens auf Fälle von Menschenrechtsverletzungen durch ausländische Zulieferungsunternehmen angewandt werden. Dadurch wird der Grund-

83 Mit unterschiedlichen dogmatischen Begründungen: *Schubert*, in: Schubert (Bearb.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 9. Auflage 2021, BGB, § 166, Rn. 60 f.

84 Fallbeschreibung der Menschenrechtsorganisation ECCHR, https://www.ecchr.eu/fileadmin/Fallbeschreibungen/Fallbeschreibung_KiK_Pakistan_Okt2020.pdf [20.06.2023], S. 2.

85 Der Verfasser möchte an dieser Stelle Dr. Anton Zimmermann, Akad. Rat a. Z., für seinen Hinweis danken, näher zur sekundären Darlegungslast: *Musielak/Voit*, Grundkurs ZPO, 14. Auflage 2018, Rn. 734 f.

satz, dass der Kläger die relevanten Tatsachen darlegen muss, modifiziert. Es genügt dann, wenn der Kläger hinreichende Anhaltspunkte für ein deliktisches Verhalten darlegt.⁸⁶ Im Gegensatz dazu muss das beklagte, be streitende Unternehmen dann substantiiert darlegen, dass keine Handlung oder Unterlassung mit Billigung des Vorstands des inländischen Abnehmer unternehmens erfolgte.⁸⁷ Für eine solche Ausnahme spricht die große Ver gleichbarkeit der Sachlage, dass dem Kläger eine Sachaufklärung praktisch unmöglich ist. Nimmt das Unternehmen keine zumutbaren Nachforschun gen vor, so gilt die Darlegung des Klägers gem. § 138 III ZPO als vermutet.⁸⁸ Die Kläger können im Hinblick auf den Fabrikbrand der Ali Enterprises hinreichende Anhaltspunkte darlegen, dass die Mitarbeiter der KiK-GmbH, die die Textilfabrik vor Ort besuchten, von den mangelhaften Brandschutz vorkehrungen wussten. Da die KiK-GmbH hierzu keinerlei Ausführungen gemacht hat, muss die Kenntnis der Mitarbeiter vermutet werden.

c) Bedingter Vorsatz der KiK-GmbH

In Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit darf der Handelnde bei einem bedingten Vorsatz nicht darauf vertrauen, dass der Erfolg nicht eintreten werde – trotz unterlassener Sicherungsvorkehrungen.⁸⁹ Unter Zuhilfenahme der „Je-desto-Formel“ aus dem Eingriffsrecht⁹⁰ sind angesichts der hohen Wertigkeit der Rechtsgüter Leib, Leben und Gesundheit hohe Anforderungen an das Vertrauen auf das Ausbleiben eines Erfolgs zu stellen. Vorsatz ist demgegenüber im Zivilrecht nach der Vorsatztheorie das Wissen und Wollen des rechtswidrigen Erfolgs im Bewusstsein der Rechts- bzw. Pflichtwidrigkeit.⁹¹ Bedingter Vorsatz ist das Bewusstsein der Möglichkeit des Erfolgseintritts und seine billigende Inkaufnahme.⁹² Der Schädiger billigt namentlich die Rechtsgutsverletzung, wenn er es dem Zufall überlässt, dass der unerwünschte Erfolg eintritt.⁹³ Da die Kenntnis der KiK-GmbH von den mangelnden Brandschutzbauvorschriften im Textilfabrikgebäude in

86 BGH, Urt. v. 17.11.2022 –VII ZR 623/21, BeckRS 2022, 35297, Rn. 21.

87 Dazu abstrakt: Ebd., Rn. 20.

88 Dazu abstrakt: Ebd.

89 Ebd., Rn. 24.

90 Zur „Je-desto-Formel“: Krugmann, NVwZ 2006, 152, 157.

91 Stadler (Fn. 35), BGB, § 276, Rn. 15.

92 Ebd., Rn. 18.

93 Stadler (Fn. 35), BGB, § 276 Rn. 18.

Karachi vermutet werden kann, ist nach der Kenntnis der Rechtswidrigkeit zu fragen. Hierbei muss nach der Schuldtheorie grds. Unrechtsbewusstsein bestehen.⁹⁴ Dieses ist gerade im Hinblick auf die Kenntnis der die Pflichtwidrigkeit begründenden Umstände des Menschenrechtsgefährs und der damit faktisch wegfallenden Behebung von Gefahrenquellen für Arbeitnehmer des Zulieferers durch den Zulieferer aus Sicht des dies einkalkulierenden profitierenden Abnehmerunternehmens kaum zu verneinen, wenn es nicht einschreitet. Darüber hinaus nahm KiK die durch die Verkehrspflichtverletzung verursachten Rechtsverletzungen bei den Arbeitnehmern von Ali Enterprises billigend in Kauf: Es ist realitätsnah anzunehmen, dass die KiK-GmbH durch das Unterlassen des Einschreitens gegen die zahlreichen Mängel⁹⁵, wie eine unsachgemäße Lagerung von brennbarem Material, die beengten Arbeitsplätze hunderter Arbeitnehmer und einem einzigen Ein- und Ausgang zur Fabrikhalle, um nur beispielhafte Mängel anzuführen, den Eintritt einer Brandkatastrophe mit zahlreichen Personenschäden dem Zufall überlassen hat. Mithin handelte sie vorsätzlich.

5. Ergebnis

Also würde die KiK-GmbH gem. § 823 I BGB für das fehlende Hinwirken auf angemessene Brandschutzvorschriften haften. Das Inlandsunternehmen, das sich der ausländischen Lieferkette bedient, wird sich allerdings regelmäßig durch kautelarjuristische Maßnahmen und externe Prüfungen sichern, weshalb die Voraussetzungen des § 823 I BGB in der Regel nicht erfüllt sein werden.

VI. Deliktshaftung nach einem EU-Lieferkettengesetz de lege ferenda

Nach den vorangegangenen Überlegungen gibt es ein vom KiK-Fall losgelöstes praktisches Bedürfnis für einen Haftungstatbestand de lege ferenda. Dieses könnte schon bald im Rahmen der Verwirklichung des Entwurfs der Corporate Sustainability Due Diligence Directive (kurz: CSDD-RL) der

94 Grundmann, in: Krüger (Red.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 9. Auflage 2022, BGB, § 278 Rn. 158 f.

95 Computersimulation des Forensic-Architecture-Projekts der Universität London: <https://forensic-architecture.org/investigation/the-ali-enterprises-factory-fire> [02.07.2023].

EU-Kommission⁹⁶ erfüllt werden. Die Mitgliedsstaaten hätten dann gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV die Richtlinie in nationales Recht umzusetzen.

1. Grundriss

Im Gegensatz zum § 3 III 1 LkSG begründet § 22 I CSDD-RL eine zivilrechtliche Haftung und erweitert die Anwendbarkeit der Lieferkettensorgfaltspflichten.⁹⁷ Das hätte für zukünftige, dem „KiK-Fall“ ähnliche Konstellationen eine besondere Relevanz, wäre es doch für Geschädigte prima facie möglich, Schadensersatz vom Abnehmer des menschenrechtswidrig agierenden Lieferanten zu verlangen.

Gleichzeitig ist die Haftung durch eine Art Vorverfahren und durch eine verhältnismäßige Umsetzung der Sorgfaltspflichten⁹⁸ begrenzt. Eine weitere Neuerung ist ebenfalls im Charakter des Richtlinienentwurfs als Eingriffsnorm zu sehen, welche zu einer internationalen Anwendbarkeit führt und die Rechtschutzmöglichkeit im Vergleich zu der hier beschriebenen sehr restriktiven Anwendbarkeit des deutschen Deliktsrechts deutlich für von Menschenrechtsverletzungen betroffene Arbeitnehmer von Lieferanten im Ausland erweitert.⁹⁹ Die wichtige Frage der Beweislast obliege im Umkehrschluss der Ausgestaltung durch die Mitgliedsstaaten,¹⁰⁰ die aber vom Unionsgesetzgeber nach einer Ansicht am besten noch zu vereinheitlichen sei.¹⁰¹ Generell erlegt die Richtlinie zahlreiche unbestimmte, konkre-

96 Grundlage der hiesigen Betrachtung ist der Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937, COM(2022) 71 final. Die am 14. Dezember 2023 erzielte Einigung von Rat und Parlament über die Richtlinie soll hier unberücksichtigt bleiben, s. Pressemitteilung des Rates der Europäischen Union vom 14. Dezember 2023, <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2023/12/14/corporate-sustainability-due-diligence-council-and-parliament-strike-deal-to-protect-environment-and-human-rights/> [07.02.2024]. Ob und in welcher Form der Richtlinienentwurf in Kraft treten wird, ist nach der Ankündigung von Bundesarbeitsminister Heil, Deutschland werde dem Kompromissentwurf der CSDD-Richtlinie nicht zustimmen, zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses offen, vgl. Keine Einigung bei EU-Lieferketten-Richtlinie, Tagesschau-Meldung vom 06.02.2024, <https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/heil-lieferkettengesetz-100.html>, [07.02.2024].

97 Bomsdorf/Blatecki-Burgert, ZRP 2022, 141, 141 f.

98 Ebd., (143).

99 Ebd.

100 Hübner/Habrich/Weller, NZG 2022, 644, 649, 651; Spindler, ZIP 2022, 765, 775.

101 Bomsdorf/Blatecki-Burgert (Fn. 97), 144.

tisierungsbedürftige Pflichten, stellt aber keine überzogenen Sorgfaltsmäßigkeiten auf und ermöglicht dem Unternehmen Korrekturen durch eine präventive Verpflichtung zu Menschenrechts-Compliance, wodurch sich bei Einhaltung eine Haftung vermeiden lässt. Werden offene Auslegungsfragen noch im Sinne der abgestuften Verhältnismäßigkeit und angesichts des weiten Anwendungsbereichs restriktiv konkretisiert, dürfte dem Richtliniendraft ein sinnvoller Interessenausgleich zugrunde liegen.

2. Einzelne, wesentliche Aspekte im Vergleich zum LkSG

a) Anwendungsbereich

Während § 1 I LkSG Unternehmen unabhängig von der Rechtsform im In- und Ausland mit Hauptverwaltung, Hauptniederlassung, Verwaltungs-, Satzungs- oder Zweigniederlassungssitz in Deutschland, das mindestens 1.000 Arbeitnehmer beschäftigt, ab 01.01.2024 erfasst, ist dies nach Art. 2 I CSDD-RL differenziert in zwei Kategorien festzustellen – sowohl anhand der Anzahl der Mitarbeiter weltweit als auch anhand dem gesamten Netto-Jahresumsatz bzw. ggf. dem anteiligen Netto-Jahresumsatz in sensiblen Sektoren. Für kleinere Unternehmen sind u.a. nur mehr als 250 Beschäftigte erforderlich. Es sind also im Vergleich deutlich mehr Unternehmen erfasst.¹⁰²

b) Reichweite der Pflichten

Die nach Intensität unterschiedlich strengen Bemühenspflichten für kleine und große Unternehmen gelten nach Art. 1 I, 6 I CSDD-RL für alle etablierten Geschäftsbeziehungen, also alle erheblichen Glieder und Rechtssubjekte der Wertschöpfungskette, auch ohne, dass eine unmittelbare Vertragsverbindung besteht. Neben unmittelbaren Zulieferern erfasst § 2 VIII LkSG ausnahmsweise mittelbare Zulieferer. Dementsprechend ist prima facie der Radius der CSDD-RL deutlich größer.¹⁰³

102 Hübner/Habrich/Weller (Fn. 100), 645.

103 Ebd., 646 ff.

c) Unternehmensinternes Beschwerdeverfahren

Hat bei einer Verkehrssicherungspflicht nach § 823 I BGB das Unternehmen wie gesehen in seinen Maßnahmen zur Durchsetzung der Menschenrechte in der grenzüberschreitenden Lieferkette Gestaltungsspielraum, gibt Art. 9 CSDD-RL neben den allgemeinen Präventions- und Abhilfepflichten aus Art. 7 und 8 CSDD-RL ein vorgeschaltetes „Warnsystem“ mit der Einrichtung eines Beschwerdeverfahrens vor. Außerdem knüpft es an eine begründete Beschwerde unmittelbar Abhilfepflichten, die bei einer Verletzung zu einer zivilrechtlichen Haftung nach Art. 22 CSDD-RL führen können¹⁰⁴ und erinnert an eine Schadensersatzforderung infolge eines Nacherfüllungsanspruchs, auf den nicht fristgemäß geleistet wurde.

d) Zivilrechtliche Haftung

Unklar ist die Ausgestaltung der Anspruchsgrundlage durch den nationalen Gesetzgeber. Entschließt er sich zu keiner eigenen Anspruchsgrundlage, die wegen des Verschuldensprinzips wahrscheinlich Fahrlässigkeit voraussetzen wird, könnten die Anforderungen der CSDD-RL sowohl in § 823 I BGB als Verkehrspflichten als auch bei Vorliegen eines Schutzgesetzes § 823 II BGB aufgenommen werden.¹⁰⁵ Allerdings müssten die „safe harbor“-Regelung in Art. 22 II UAbs. 1 CSDD-RL und die eigentümliche, zivilrechtsfremde Anrechnung von Schadenswiedergutmachungsbemühungen und Kooperation mit Behörden iSe Schadensminderung bis zu einem -fall berücksichtigt werden.¹⁰⁶ Ggf. könnten dann künftig Sofortzahlungen und die Entschädigungsangebote, wie solche der KiK-GmbH, schadensmindernd berücksichtigt werden.

104 Ebd., 647; Erwgr. 42 der CSDD betont zwar, dass das Beschwerdeverfahren nicht das gerichtliche Vorgehen des Beschwerdeführers hindern soll, allerdings erscheint es widersinnig angesichts Art. 9 III 2 CSDD nach fingierter Ermittlung von negativen Auswirkungen nach Art. 6 CSDD bei einer begründeten Beschwerde im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Abhilfemaßnahmen nicht abzuwarten und dem Unternehmen keine Chance auf Abhilfe zu geben, falls das Unternehmen die negative Auswirkung nicht bereits zuvor ermittelt hatte. Dafür spricht zudem, dass für eine zivilrechtliche Haftung gem. Art. 22 CSDD Art. 7 und Art. 8 CSDD erfüllt sein müssen: D.h., das Unternehmen muss gegen die Pflicht der Behebung der tatsächlich eingetretenen negativen Auswirkungen verstossen haben.

105 Hübner/Habrich/Weller (Fn. 100), 648 f.

106 Ebd., 649.

3. Praktische Auswirkungen auf ähnliche Fallgestaltungen

Angesichts der oben dargestellten Wesensmerkmale erscheint es der Iure bei einem Menschenrechtsverstoß durch den Zulieferer – wie im KiK-Fall – bei einer Umsetzung des Richtlinienvorschlags wahrscheinlich, dass es zu einem Schadensersatzanspruch der Geschädigten gegen die KiK-GmbH kommen würde. Eher skeptisch sieht Wagner die Position der Geschädigten, der die Betrachtung auf die faktischen Folgen einer behördlichen als auch einer zivilrechtlichen Durchsetzung erweitert.¹⁰⁷ Er argumentiert eindrücklich, dass eine rein behördliche Durchsetzung wie im Falle des LkSG angesichts des wenigen Personals und der Komplexität der Vorschriften keine lückenlose, sondern im Tenor eher eine geringe pointilistische Rechtsdurchsetzung für Pflichtverstöße im Ausland erfolgt. Ebenso seien von der Möglichkeit der zivilrechtlichen Geltendmachung von Ansprüchen durch Geschädigte aus dem Ausland vor deutschen Gerichten keine Wunder zu erwarten. Auch er begründet dies mit den „informationellen, finanziellen und psychologischen Hürden“¹⁰⁸ und verweist auf die Rolle der Nichtregierungsorganisation ECHR im KiK-Fall, die die Klage erst möglich gemacht hat. Ebenso hänge das behördliche Einschreiten von Hinweisen von NGOs ab.¹⁰⁹

Den aufgezeigten praktischen Schwierigkeiten, die in einem „under-enforcement“¹¹⁰ mündeten, ist zuzustimmen. Allerdings darf nicht der Umstand, dass auch nur wenige verfolgte Menschenrechtsverstöße in der Lieferkette eine Disziplinierungs- und Abschreckungswirkung für sog. „chain leaders“ haben, vergessen werden. Auch die kommende Rechtsanwendung mit ihrer Auslegung, ihren Korrekturen und ihren angestoßenen Gesetzesänderungen hat das Potenzial, einzelne Stellschrauben in der Rechtsdurchsetzung zu optimieren. Eine allzu pessimistische Erwartung an die CSDD-RL ist daher m.E. nicht angezeigt, besonders bei Berücksichtigung der bereits bestehenden, nicht ganz unerfolgreichen „mixed-enforcement-Systeme“.

107 Wagner (Fn. 76), 525 ff.

108 Ebd.

109 Ebd.

110 Ebd.

VII. Zusammenfassung in Thesenform

1. Einziger gangbarer Weg de lege lata zur Eröffnung des für den Geschädigten günstigeren deutschen Sachrechts ist der ordre public-Vorbehalt. Dieser greift allerdings sehr selten und nur unter hohen Voraussetzungen, wenn eine menschenrechtliche Schutzlücke nur nach deutschem Recht beseitigt werden kann.
2. In Bezug auf den KiK-Fall ist deutsches Sachrecht nicht anwendbar. Es bleibt bei der Anknüpfung nach Art. 4 I Rom-II-VO. Schadensersatzansprüche nach pakistanischem Sachrecht wären aber zu prüfen, da die pakistanischen Verjährungsvorschriften ordre public-widrig sind.
3. § 823 I BGB als erfolgversprechendste Anspruchsnorm des Geschädigten wird mangels Verstoßes gegen eine Verkehrssicherungspflicht, welche nach allgemeinen Zurechnungsgedanken und der Menschenrechtsarbitrage als Gefahrenquelle begründet werden kann, regelmäßig nicht einschlägig sein, weil der Schädiger sich in kautelarjuristischer Hinsicht entlasten können wird. Deshalb darf eine Entlastung des Inlandsunternehmens nur bei wirksamen tatsächlichen Kontrollen der vereinbarten Menschenrechtsstandards möglich sein.
4. Zu überlegen ist, ob die Grundgedanken der gesellschaftsrechtlichen ISION-Rechtsprechung auf Unternehmen, die sich menschenrechtlichen Standards zertifizierenden Prüfdienstleistern bedienen, übertragbar sind.
5. In Anbetracht der vorangestellten Thesen würde die KiK-GmbH wahrscheinlich nach § 823 I BGB haften, wenn eine haftungsbegründende Kausalität bejaht werden könnte und deutsches Sachrecht anwendbar wäre.
6. Die zivilrechtliche Haftung nach dem CSDD-RL-Entwurf als kollisionsrechtliche Eingriffsnorm ist tauglich, die prozessuale Durchsetzung von Menschenrechten zugunsten der Geschädigten bei gleichzeitiger Gewährleistung eines angemessenen Risikoniveaus für Unternehmen nicht über Gebühr zu ermöglichen. Das Beschwerdeverfahren ist m.E. als Vorverfahren anzusehen, wenn das Unternehmen noch nicht den Inhalt der Beschwerde als negative Auswirkung ermittelt hat.
7. Die CSDD-Richtlinienentwurf führt im Vergleich zum LkSG zu einer deutlichen Haftungsausweitung für Inlandsunternehmer als Abnehmer von ausländischen Zulieferern im Kontext mit Menschenrechtsverletzungen. Zwar wird sich in der Konstellation des KiK-Falls eine rechtliche, aber eine höchstens mäßige faktische Verbesserung der Position der Geschädigten ergeben. Jene tatsächliche Verbesserung der Situation der

Geschädigten iSe Verbesserung der Menschenrechtsbedingungen in der Lieferkette kann die Abschreckungswirkung eines „mixed-enforcement-Systems“ herbeiführen.

Deliktische Klimahaftung am Beispiel des Shell-Urteils des Haager Bezirksgerichts

Dr. Johanna C. Gabler*

Der Klimawandel ist zweifellos eine der größten politischen Herausforderungen des 21. Jahrhunderts.¹ Zur Implementierung der insoweit erforderlichen Transformationsprozesse von Staat, Gesellschaft und Unternehmen standen lange Zeit regulatorische Maßnahmen öffentlich-rechtlicher Natur im Mittelpunkt.² In letzter Zeit gewinnt auch das Privatrecht zunehmend an Bedeutung für die Bekämpfung des Klimawandels. Neben zahlreichen gesellschaftsrechtlichen Neuerungen, die sich unter das Schlagwort der „Politisierung des Gesellschaftsrechts“³ fassen lassen, steht vor allem das Haftungsrecht im Mittelpunkt. Dies wird insbesondere an der weltweit stark wachsenden Anzahl an horizontalen Klimaklagen deutlich, die sich auf allgemeine zivilrechtliche Haftungsgrundlagen stützen (I.). Sie sind regelmäßig mit rechtlichen Problemen behaftet, die nicht nur aus der rechtlichen Gestaltung der Haftungstatbestände, sondern auch aus tatsächlichen Wissensdefiziten und Beweisproblemen resultieren (II.).⁴ Deshalb wurden bislang die allermeisten horizontalen Klimaklagen abgewiesen.⁵ Das Shell-Urteil des Haager Bezirksgerichts vom 26. Mai 2021, in dem die Royal Dutch Shell plc zur

* Die Autorin ist Rechtsreferendarin am Landgericht Wiesbaden sowie wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Staatsrecht, Verwaltungsrecht, Europarecht, Recht der neuen Technologien sowie Rechtsgeschichte an der EBS Universität in Wiesbaden. Der Beitrag ist im Frühjahr 2023 aktualisiert worden. Nachfolgende Änderungen konnten nur teilweise berücksichtigt werden.

- 1 C. Voigt, Climate Change as a Challenge for Global Governance, Courts and Human Rights, in: Kahl/Weller (Hrsg.), Climate Change Litigation, 2021, Rn. 1 ff.
- 2 M.-P. Weller/M.-L. Tran, Klimawandelklagen im Rechtsvergleich – private enforcement als weltweiter Trend?, ZEuP 2021, 573 (575); H. Fleischer, Klimaschutz im Gesellschafts-, Bilanz- und Kapitalmarktrecht, DB 2022, 37 (37); M.-P. Weller/N. Benz, Klimaschutz und Corporate Governance, ZGR 2022, 563 (566). Zu diesen Instrumenten im Überblick etwa W. Kahl/F. Gärditz, Umweltrecht, 12. Aufl. 2021, § 6 Rn. 26 ff.
- 3 So bspw. Weller/Benz (Fn. 2), ZGR 2022, 563 (565 ff.); s. auch Fleischer (Fn. 2), DB 2022, 37 (38) m.w.N.
- 4 E. Pöttker, Klimahaftungsrecht, 2014, S. 5.
- 5 S. dazu insbesondere den rechtsvergleichenden Überblick bei Weller/Tran (Fn. 2), ZEuP 2021, 573 (578 ff.).

Reduzierung der jährlichen Gesamtmenge aller CO₂-Emissionen zum Jahrende 2030 um mindestens 45 % gegenüber dem Niveau von 2019 verurteilt wurde,⁶ markiert insoweit allerdings einen Wendepunkt (III.). In der Shell-Entscheidung wurde erstmals einer horizontalen Klimaklage, die den Schutz des globalen Klimas zum Gegenstand hat, stattgegeben.⁷ Ob sich die vom Haager Bezirksgericht aus der deliktsrechtlichen Generalklausel des niederländischen Rechts hergeleitete Pflicht zur Reduzierung von Treibhausgasemissionen auch auf das deutsche Deliktsrecht übertragen lässt, ist jedoch zweifelhaft (IV.). Trotzdem bietet das Shell-Urteil einen interessanten Anschauungsfall, um einerseits die deliktischen Klimahaftungsrisiken von großen Unternehmen und andererseits die rechtlichen und tatsächlichen Probleme der deliktischen Klimahaftung *de lege lata* zu beleuchten (V.).

I. Horizontale Klimaklagen als globaler Megatrend

Die gerichtliche Durchsetzung von Klimabelangen ist für sich genommen kein neues Phänomen.⁸ Die strategische gerichtliche Durchsetzung von Belangen des Klimaschutzes hat allerdings in den letzten Jahren weltweit stark an Bedeutung gewonnen.⁹ Dieses Phänomen ist nicht auf den globalen Norden beschränkt; hier liegt aber der Schwerpunkt der strategischen Klimaprozessführung.¹⁰ Zu unterscheiden sind im Wesentlichen zwei Typen von sogenannten Klimaklagen: vertikale Klimaklagen und horizontale Klimaklagen.¹¹ Während vertikale Klimaklagen (Public Climate Litigation)¹² öffentlich-rechtlicher Natur sind, sich also gegen den Staat und seine Organe richten und regelmäßig auf Anpassung des regulatorischen Rahmens zur

6 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337.

7 *M.-P. Weller/M.-L. Tran*, Milieudefensie et al. versus Shell: Auswirkungen für Klimaklagen gegen deutsche Unternehmen, EurUP 2021, 342 (342, 344); *M.-P. Weller/C. Radke*, Klimaklagen vor deutschen Gerichten, in: Bitburger Gespräche 2023, S. 35 (46).

8 *M. Lehmann/F. Eichel*, Globaler Klimawandel und Internationales Privatrecht, RabelsZ 83 (2019), S. 77 (78 f.) unter Verweis auf die Ausführungen bei *Pöttker* (Fn. 4), S. 19 ff.

9 Vgl. *Weller/Tran* (Fn. 2), ZEuP 2021, 573 (577 f.).

10 Für eine Übersicht aller derzeit anhängigen Verfahren, unterteilt nach Klagegegner und Verfahrensgegenstand siehe <http://climatecasechart.com/>.

11 Wie hier bspw. *Kahl/Gärditz* (Fn. 2), § 6 Rn. 136; ähnlich auch *N. Schmidt-Ahrendts/V. Schneider*, Gerichtsverfahren zum Klimaschutz, NJW 2022, S. 3475 (3477). *Weller/Benz* (Fn. 2), ZGR 2022, 563 (575) hingegen unterscheiden drei Kategorien von Klimaklagen.

12 Bezeichnung nach *Weller/Benz* (Fn. 2), ZGR 2022, 563 (575); einen Unterfall bilden insoweit völkerrechtliche Klimaklagen, s. *Weller/Radke* (Fn. 7), S. 35 (37 f.).

Bekämpfung des Klimawandels gerichtet sind, sind horizontale Klimaklagen (Private Climate Litigation) privatrechtlicher Natur.¹³ Sie richten sich in der Regel gegen privatrechtlich organisierte Unternehmen mit besonders hohen CO₂-Emissionen, die sogenannten Carbon Majors, und zielen in der Regel auf den Ersatz bereits entstandener Umweltschäden oder die Unterlassung bestimmter umweltschädlicher Handlungen.¹⁴ Ein Sonderfall horizontaler Klimaklagen sind gesellschaftsrechtliche Klagen, die auf die Umsetzung von Klimaschutzzvorgaben durch die Unternehmensleitung gerichtet sind (Corporate Climate Litigation).¹⁵

„Klimaklagen“ sind damit ein weit weniger homogenes Konzept, als es der gemeinsame Oberbegriff vermuten lässt. Vielmehr unterscheiden sie sich untereinander signifikant im Hinblick auf ihre Ziele, Beteiligten und Verfahrensgegenstände. Vertikale Klimaklagen, die sich auf grund- und menschenrechtliche Schutzpflichten stützen und auf Verschärfung des regulatorischen Rahmens zum Klimaschutz gerichtet sind, machen dabei weiterhin den größten Anteil an Klimaklagen aus und sind auch weltweit zunehmend erfolgreich.¹⁶ Spätestens seit dem Shell-Urteil des Haager Bezirksgerichts nehmen Zahl und Bedeutung horizontaler Klimaklagen für strategische Climate Change Litigation – auch aufgrund der als unzureichend empfundenen Regulierungssituation¹⁷ – allerdings stetig zu.¹⁸ Gegenstand der hiesigen Betrachtung sind deshalb ausschließlich die horizontalen Klimaklagen im engeren Sinne, also Private Climate Litigation und ihre deliktsrechtlichen Grundlagen.

-
- 13 S. überblicksartig für eine Typologie der Klimaklagen bspw. *Weller/Tran* (Fn. 7), EurUP 2021, 342 (342 ff.) und *Weller/Benz* (Fn. 2), ZGR 2022, 563 (575 ff.).
- 14 A. *Chatzinerantzis/M. Appel/S. Meyn*, Environment – Social – Governance 2023: Climate Change Litigation, DB 2023 (Beilage 2), S. 9 (11 f.); *Weller/Tran* (Fn. 7), EurUP 2021, 342 (344); E.-M. *Kieninger*, Klimaklagen im internationalen und deutschen Privatrecht – Mosaiksteine auf dem Weg zur Klimagerechtigkeit, ZHR187 (2023), S. 348 (359 f.); *Weller/Radke* (Fn. 7), 35 (41 f.).
- 15 So die Bezeichnung bei *Weller/Benz* (Fn. 2), ZGR 2022, 563 (577), die Corporate Climate Change Litigation allerdings als eigenständige Kategorie begreifen. Zu den unterschiedlichen Typen s. *Weller/Radke* (Fn. 7), S. 35 (38 ff.).
- 16 S. etwa die Urgenda-Entscheidung des niederländischen Hoge Raad v. 20.12.2019, ECLI: NL:HR:2019:2007 sowie den Klimabeschluss des BVerfG vom 24.3.2021, BVerfGE 157, 30.
- 17 *Pöttker* (Fn. 4), S. 2 m.w.N.; B. *Wegener*, Menschenrecht auf Klimaschutz? Grenzen grundrechtsgestützter Klimaklagen gegen Staat und Private, NJW 2022, 425 (427).
- 18 *Weller/Tran* (Fn. 7), EurUP 2021, 342 (343).

II. Rechtliche und tatsächliche Hürden horizontaler Klimaklagen

Horizontale Klimaklagen werden in der Regel von Umweltverbänden an strategisch ausgewählten Gerichten erhoben und richten sich meist gegen große Unternehmen, deren Unternehmensgegenstand einen besonderen Bezug zum Klimawandel aufweist oder die besonders hohe Mengen an Treibhausgasen emittieren, bspw. Mineralöl- oder Automobilkonzerne. Gestützt werden diese Klagen regelmäßig auf allgemeine zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen, aus denen eine Pflicht zur Reduzierung von Treibhausgasemissionen hergeleitet wird. Während in angloamerikanisch geprägten Ländern das *tort law* einschlägig ist,¹⁹ bildet in kontinentaleuropäischen Staaten meist das Deliktsrecht die Grundlage von geltend gemachten Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüchen.²⁰ Auch wenn sich die Anspruchsvoraussetzungen somit je nach Rechtsordnung deutlich unterscheiden können,²¹ lassen sich aus der vergleichenden Betrachtung der rechtlichen Grundstruktur der Haftung aus unerlaubter Handlung doch einige rechtsordnungsübergreifenden Problemkreise identifizieren, die die meisten horizontalen Klimaklagen gleichermaßen betreffen.²²

So ist etwa in den meisten kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen die Verletzung eines Individualrechtsgutes Voraussetzung einer Schadensersatz- oder Unterlassungshaftung, was im Rahmen der Private Climate Litigation regelmäßig Probleme aufwirft.²³ Die Umwelt und das Klima sind als Allgemeingüter nämlich nicht individuell zuordenbar, sodass umwelt- und klimaschädliche Handlungen nur dann die Haftungsvoraussetzungen erfüllen, wenn zugleich eine Individualrechtsgutverletzung oder eine drohende Gefahr für ein Individualrechtsgut, bspw. das Eigentum oder die

19 S. United Nations Environment Programme, Global Climate Litigation Report, 2020 Status Review, S. 42.

20 Zum Deliktsrecht in diesem Sinne zählt rechtsordnungsübergreifend auch das Recht zur Abwehr von Störungen (*Weller/Tran* (Fn. 2), ZEuP 2021, 573 (597)). Für die hier nicht betrachteten Normen des speziellen Umwelthaftungsrechts sei auf *Pöttker* (Fn. 4), S. 62 ff. verwiesen.

21 Aus diesem Grund kommt der Internationalen Zuständigkeit und dem Internationalen Privatrecht im Kontext von Private Climate Change Litigation eine besondere Bedeutung zu. S. dazu auch *M. Osmakova*, Das IPR der privaten Klimaklagen, S. 199 ff.

22 Dazu auch ausführlich *Weller/Tran* (Fn. 7), EurUP 2021, 342 (345 ff.).

23 *Weller/Tran* (Fn. 7), EurUP 2021, 342 (347 f.). Anders ist dies freilich in Common-Law-Rechtsordnungen, wo eine Haftung aufgrund von „public nuisance“ in Betracht kommt, die allerdings an weitere Voraussetzungen geknüpft ist (dazu im Überblick *Pöttker* (Fn. 4), S. 278 ff., 298 ff.).

Gesundheit, vorliegt.²⁴ Selbst wenn dies der Fall ist, muss sich diese Individualrechtsgutsverletzung aber kausal und zurechenbar auf klimaschädliche Handlungen des beklagten Unternehmens zurückführen lassen.²⁵ Diese Voraussetzung bereitet gleich in zweierlei Hinsicht Probleme: Einerseits führen klimaschädliche Handlungen einzelner Unternehmen meist nur über eine mehrstufige Kausalitätskette, innerhalb derer regelmäßig zwischen Einwirkungs- und Verletzungskausalität unterschieden wird,²⁶ zur Verletzung individueller Rechtsgüter. Daraus ergeben sich Beweisschwierigkeiten für den mit dem Beweis der haftungsbegründenden Kausalität belasteten Kläger.²⁷ Denn zwar ist mittlerweile der Zusammenhang zwischen Treibhausgasemissionen, globaler Erderwärmung und lokaler Klimaveränderung hinreichend wissenschaftlich belegt,²⁸ nicht aber, inwieweit lokale Klimaänderungen unmittelbar zu konkreten individuellen Rechtsgutsverletzungen führen.²⁹ Andererseits ergeben sich für den Kläger vor dem Hintergrund, dass sich das Phänomen Klimawandel nicht auf die Handlungen einzelner Akteure, sondern nur auf das Zusammenwirken zahlreicher Treibhausgasemittenten zurückführen lässt, auch Schwierigkeiten beim Beweis der haftungsbegründenden Kausalität, also dass gerade die klimaschädliche Handlung des beklagten Unternehmens kausal für die Rechts-

24 Dazu *Kieninger* (Fn. 14), S. 348 (361 ff.); *Weller/Radke* (Fn. 7), S. 35 (49 f.). Frühere Ansätze, Umweltgüter im Rahmen des § 823 I BGB unter das Allgemeine Persönlichkeitsrecht oder sonstige Rechte zu fassen, haben sich nicht durchsetzen können (dazu *Kohler*, in: *Staudinger*, Umwelthaftungsrecht, 2017, Einleitung Rn. 66 ff. m.w.N.). Für neuere Ansätze s. aber *M. Ruttloff/E. Wagner/S. Wagner*, Climate Change Litigation: Öffentlich-rechtliche und zivilrechtliche Angriffe auf Projektvorhaben unter dem Banner des Klimaschutzes, BB 2022, 516 (519 f.). Das LG Stuttgart, Urt. v. 13.9.2022 – 17 O 789/21, NVwZ 2022, 1663 (1664), das LG München I, Urt. v. 7.2.2023 – 3 O 12581/21, KlimaRZ 2023, 80 ff. und das LG Detmold, Urt. v. 24.2.2023 – 01 O 199/21, juris, Rn. 46 haben diesen Ansätzen allerdings jüngst eine Absage erteilt.

25 Vgl. *Pöttker* (Fn. 4), S. 33 ff.

26 *Kohler* (Fn. 24), § 1 UmweltHG Rn. 52; *A. Chatzinerantzis/M. Appel*, Haftung für den Klimawandel, NJW 2019, 881 (882).

27 *A. Chatzinerantzis/B. Herz*, Climate Change Litigation – Der Klimawandel im Spiegel des Haftungsrechts, NJOZ 2010, 594 (596 f.); *Pöttker* (Fn. 4), S. 33 f.; *Chatzinerantzis/Appel* (Fn. 26), NJW 2019, 881 (883 f.).

28 S. dazu auch *W. Frank*, Klimawandel – (auch) juristisch keine Blackbox, NVwZ 2018, 960 (960 f.); *J.-E. Schirmer*, Klimahaftung und Kausalität – und es geht doch!, JZ 2021, 1099 (1103); *Kieninger* (Fn. 14), S. 348 (364).

29 *Pöttker* (Fn. 4), S. 46 ff.; *W. Frenz*, Unternehmerische Klimahaftung, IWRZ 2023, 17 (19); *Weller/Radke* (Fn. 7), S. 35 (51). Für die Beweisbarkeit durch neueste Methoden aber *J.-E. Schirmer*, Haftung für künftige Klimaschäden, NJW 2023, 113 (116). Ausführlich zum Problem auch *Kieninger* (Fn. 14), S. 348 (365 ff.).

gutsverletzung ist.³⁰ Auch hier obliegt es dem Kläger, zur Überzeugung des Gerichts zumindest den konkreten Anteil des beklagten Unternehmens am für die Rechtsgutsverletzung äquivalent und adäquat kausalen Klimawandel darzulegen, worin regelmäßig eine große Hürde für die Schlüssigkeit horizontaler Klimaklagen liegt.³¹ Schließlich stellt sich bei privaten Klimaklagen stets die Frage, inwieweit die konkrete Verletzungshandlung rechtswidrig ist. Im deutschen Recht ist dafür etwa die Feststellung der Verletzung einer Verkehrspflicht zur Reduktion von Treibhausgasemissionen erforderlich.³² Die Feststellung, ob überhaupt eine solche deliktische Verkehrspflicht besteht und wie eine solche ggf. konkret aussieht, bereitet allerdings erhebliche rechtliche Schwierigkeiten: Einschlägige völkerrechtliche Instrumente zum Klimaschutz wie etwa das Pariser Klimaabkommen sind nämlich nur für die Vertragsstaaten unmittelbar verbindlich. Zudem existieren zur Regulierung von Treibhausgasemissionen in der Regel spezielle Instrumente wie bspw. umweltrechtliche Anlagengenehmigungen und der Handel mit ETS-Zertifikaten. An dieser Stelle wird daher ganz allgemein das Verhältnis von allgemeinem Deliktsrecht und regulatorischen Maßnahmen zum Klimaschutz relevant. Dahinter steht letztlich die Frage, ob es (zumindest auch) die Aufgabe der Gerichte ist, Pflichten zur Reduktion von Treibhausgasemissionen aus dem allgemeinen Deliktsrecht herzuleiten, oder ob dies zuvörderst dem parlamentarischen Gesetzgeber vorbehalten ist.³³ Horizontale Klimaklagen werfen somit nicht nur Beweisprobleme auf, sondern berühren auch Grundfragen des Haftungsrechts und letztlich sogar der horizontalen Gewaltenteilung.³⁴

30 Dazu ausführlich *Pöttker* (Fn. 4), S. 51 ff., 199 ff., 331 ff.; s. auch *Weller/Tran* (Fn. 7), EurUP 2021, 342 (348 f.); *Chatzinerantzis/Appel* (Fn. 26), NJW 2019, 881 (882 f.); *M. Keller/S. Kapoor*, Climate Change Litigation – zivilrechtliche Haftung für Treibhausgasemissionen, BB 2019, 706 (708 f.).

31 S. insbesondere *Pöttker* (Fn. 4), S. 179 ff., 306 ff.; *Kieninger* (Fn. 14), S. 348 (364 ff.).

32 *Weller/Tran* (Fn. 7), EurUP 2021, 342 (349).

33 Dazu bspw. *M. Payandeh*, The Role of Courts in Climate Protection and the Separation of Powers, in: W. Kahl/M.-P. Weller (Hrsg.), Climate Change Litigation, 2021, S. 62 ff.; *Weller/Radke* (Fn. 7), S. 35 (43 f.). Da die Justizierbarkeit insbesondere in den USA unter dem Stichwort „political question doctrine“ eine Rolle spielt, in den kontinentaleuropäischen Staaten allerdings in der Regel nicht das Ob, sondern die Reichweite gerichtlicher Kompetenzen betrifft, soll diese Problematik hier nicht weiter vertieft werden. S. aber LG Stuttgart Urt. v. 13.9.2022 – 17 O 789/21, NVwZ 2022, 1663 (1664), das auf den Wesentlichkeitsgrundsatz und das Demokratieprinzip abstellt.

34 Vgl. *Pöttker* (Fn. 4), S. 5.

III. Das Shell-Urteil des Haager Bezirksgerichts

Vor dem Hintergrund dieser zahlreichen rechtlichen und tatsächlichen Probleme, mit denen horizontale Klimaklagen stets behaftet sind, überrascht es nicht, dass solchen Klagen bislang wenig Erfolg beschieden war. Im Shell-Urteil des Haager Bezirksgerichts vom 26. Mai 2021³⁵ ist allerdings erstmals einer horizontalen Klimaklage, die den Schutz des globalen Klimas zum Gegenstand hat, stattgegeben worden. Geklagt hatten zahlreiche Umweltschutzverbände und NGOs, darunter insbesondere Milieudefensie und Greenpeace Nederland, sowie ca. 17.000 Privatpersonen.³⁶ Gegenstand des Verfahrens war die Frage, ob und inwieweit die Royal Dutch Shell plc (RDS)³⁷, die oberste Holding-Gesellschaft des Shell-Konzerns, aus der deliktischen Generalklausel des niederländischen Zivilrechts zur Reduzierung der CO₂-Emissionen des gesamten Shell-Konzerns verpflichtet ist.³⁸ Diese Frage bejahte das Haager Bezirksgericht in seinem Shell-Urteil und verpflichtete RDS, sowohl direkt als auch über die Konzerngesellschaften der Shell-Gruppe zu veranlassen, dass die jährliche Gesamtmenge aller CO₂-Emissionen zum Jahresende 2030 um mindestens 45 % gegenüber dem Niveau von 2019 reduziert wird.³⁹

1. Herleitung einer deliktischen Emissionsminderungspflicht

Diese Reduktionspflicht von RDS hat das Haager Bezirksgericht auf die deliktsrechtliche Generalklausel des niederländischen Rechts (Art. 6:162 BW) gestützt. Danach ist, wer eine ihm zurechenbare unerlaubte Handlung begeht, verpflichtet, den Schaden zu ersetzen, den der andere dadurch erlitten hat (Abs. 1). Eine unerlaubte Handlung i.S.v. Abs. 1 liegt dabei gem. Art. 6:162 Abs. 2 BW vor, wenn entweder eine kausale Rechtsgutsverletzung (Var. 1), ein Verstoß gegen eine gesetzliche Pflicht (Var. 2) oder gegen eine ungeschriebene Sorgfaltspflicht (Var. 3) gegeben ist. Da die klagebe-

35 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 (Fn. 6).

36 Das Gericht hat allerdings nur die Verbandsklage der Umweltverbände auf Grundlage des Art. 3:305a BW a.F. für zulässig gehalten, s. Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 (Fn. 6), Ziff. 4.2 ff.

37 Seit dem 1.1.2022 firmiert RDS als Shell plc und hat seinen Sitz nicht mehr in Den Haag, sondern in London.

38 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 (Fn. 6), Ziff. 3.

39 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 (Fn. 6), Ziff. 5.

fugten Verbände weder konkrete individuelle Rechtsgutsverletzungen noch Gesetzesverstöße geltend gemacht hatten, stand die Frage, ob RDS gem. Art. 6:162 Abs. 2 Var. 3 BW gegen eine ungeschriebene Sorgfaltspflicht verstoßen habe, im Mittelpunkt der rechtlichen Betrachtung. Ob und inwieweit ungeschriebene deliktische Sorgfaltspflichten gem. Art. 6:162 Abs. 2 Var. 3 BW bestehen, wird im niederländischen Recht durch eine werten-de Gesamtbetrachtung ermittelt. Konkret hat das Haager Bezirksgericht zur Konkretisierung der aus Art. 6:162 BW folgenden ungeschriebenen Sorgfaltspflicht deshalb umfangreiche Erwägungen zu der Frage angestellt, was von RDS nach ungeschriebenem Recht üblicherweise erwartet werden kann, um die niederländischen Bewohner und die Bewohner des Wattenmeeres vor den Folgen des Klimawandels zu schützen.⁴⁰

Die Argumentation des Gerichts lässt sich dabei am besten anhand von drei Gedankenschritten nachzeichnen. Der erste Schritt betrifft das Ob einer deliktischen Sorgfaltspflicht zur Reduktion von Treibhausgasemissionen. Eine solche leitet das Gericht vor allem aus der Gefährlichkeit des maßgeblich durch Treibhausgasemissionen verursachten Klimawandels für die niederländische Bevölkerung und die Bewohner des Wattenmeergebiets her.⁴¹ Zur Begründung der kausalen Verknüpfung zwischen Klimawandel und Treibhausgasemissionen stützt sich das Gericht ausschließlich auf die IPCC-Berichte des Weltklimarates und die vom Königlich-Niederländischen Meteorologischen Institut (KNMI) angestellten Erwägungen.⁴² Danach sei infolge des Klimawandels in Zukunft mit höheren Temperaturen, einem schneller steigenden Meeresspiegel, feuchteren Wintern, stärkeren Niederschlägen und trockeneren Sommern zu rechnen.⁴³ Diesen klimatischen Veränderungen, insbesondere der Zunahme von Unwettern und dem steigenden Meeresspiegel, seien somit schwerwiegende Gesundheits- und ggf. auch Lebensgefahren für die Bewohner der Niederlande und der gesamten Wattenregion inhärent.⁴⁴ Daher hält das Gericht deliktische Sorgfaltspflichten zur Reduzierung von Treibhausgasemissionen – auch neben den in erster Linie an den Staat gerichteten Schutzpflichten – für unabdingbar. Zur Begründung verweist es insbesondere auf das Recht auf Leben sowie das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens der nie-

40 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 (Fn. 6), Ziff. 4.4.2.

41 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 (Fn. 6), Ziff. 4.4.6 ff.

42 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 (Fn. 6), Ziff. 2.3.5 ff.

43 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 (Fn. 6), Ziff. 2.3.5 ff.

44 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 (Fn. 6), Ziff. 4.4.6 ff.

derländischen Einwohner und der Einwohner der Wattenregion, die durch Art. 2 und 8 EMRK sowie den UN-Zivilpakt⁴⁵ geschützt sind.⁴⁶ In den völkerrechtlichen Instrumenten der EMRK und des UN-Zivilpaktes, die naturgemäß nur an Staaten adressiert seien, haben sich nach Ansicht des Gerichts nämlich allgemeine Werte manifestiert, die auch zur Konkretisierung deliktsrechtlicher Sorgfaltsmäßigkeiten herangezogen werden können.⁴⁷

2. Störereigenschaft der RDS

Besteht somit nach Ansicht des Haager Bezirksgericht grundsätzlich eine ungeschriebene deliktische Pflicht i.S.v. Art. 6:162 BW zur Reduktion von Treibhausgasemissionen, so muss in einem zweiten Schritt begründet werden, dass eine solche Pflicht auch gerade für die Beklagte RDS besteht. Hierzu betrachtet das Gericht zunächst die Bilanz der Treibhausgasemissionen des gesamten Shell-Konzerns, die einen erheblichen Anteil am globalen Treibhausgasausstoß ausmachen und sogar den Anteil einiger Staaten, auch der Niederlande, deutlich überschreiten.⁴⁸ Damit habe RDS eine Mitverantwortung für die sich aus dem Klimawandel ergebenden Gefahren für Leib und Leben der Bewohner der Niederlande und der Wattenmeerregion.⁴⁹ Aus den UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte (UNGPs)⁵⁰, ergebe sich zudem, dass neben Staaten auch Unternehmen die Verantwortung für die Wahrung der Menschenrechte tragen, weshalb es auch an RDS sei, angemessene Maßnahmen zu ergreifen.⁵¹ Die Heranziehung dieses völkerrechtlichen Soft-law-Instruments zur Bestimmung der Verantwortlichkeiten von Staaten und Unternehmen in Bezug auf die Menschenrechte begründet das Gericht damit, dass es sich um einen globalen Standard für Unternehmen handele, der auch durch die Europäische

45 Artikel 6 und 17 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (ICCPR), UN-Doc A/RES/2200A (XXI) sind in den Niederlanden unmittelbar anwendbar.

46 Ebenso bereits der Hooge Raad in der Urgenda-Entscheidung, Hoge Raad, Urt. v. 20.12.2019, ECLI:NL:HR:2019:2007, Ziff. 5.6.2.

47 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 (Fn. 6), Ziff. 4.4.9.

48 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 (Fn. 6), Ziff. 4.4.5.

49 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 (Fn. 6), Ziff. 4.4.5.

50 Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework, 2011, abrufbar unter https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf (zuletzt abgerufen am 12.4.2024).

51 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 (Fn. 6), Ziff. 4.4.12 ff.

Kommission anerkannt sei.⁵² Deshalb könne sich RDS auch nicht durch den Verweis darauf, dass es zuvörderst die Aufgabe des Staates sei, durch die Regulierung des Energiemarktes die Rahmenbedingungen für eine klimaneutrale Transformation zu sorgen, entlasten.⁵³ Ebenso sei es für die Reduktionsverpflichtung von RDS irrelevant, dass der Konzern durch seine CO₂-intensiven Tätigkeiten einen wesentlichen Beitrag zur Energieversorgung der Bevölkerung leiste.⁵⁴ Vielmehr habe RDS aufgrund ihres Beitrags zum anthropogenen Klimawandel innerhalb ihres Einflussbereichs die deliktische Pflicht, emissionsmindernde Maßnahmen zu ergreifen. Dieser Einfluss erstrecke sich nicht nur auf die unmittelbaren Emissionen aller Konzerngesellschaften (sog. Scope-1-Emissionen)⁵⁵, auf die RDS als oberste Holdinggesellschaft des Shell-Konzerns unmittelbar oder über die Festlegung der Richtlinien für die Konzernpolitik mittelbar einwirken kann.⁵⁶ Vielmehr befänden sich auch die indirekten Emissionen aus eingekaufter Energie (Scope-2-Emissionen) im Einflussbereich von RDS, da der Konzern durch seine Einkaufspolitik Kontrolle und Einfluss auf seine Lieferanten nehmen könne.⁵⁷ Schließlich umfasst der Verantwortungsbereich von RDS nach Auffassung des Gerichts auch alle indirekten Emissionen entlang der Wertschöpfungskette, insbesondere solche, die auf Ebene der Endverbraucher, etwa durch den Verbrauch des vom Shell-Konzern produzierten Treibstoffs, entstehen (Scope-3-Emissionen), da das von der Shell-Gruppe angebotene Energiepaket die Scope-3-Emissionen der Endverbraucher steuere und beeinflusse.⁵⁸ Im Ergebnis besteht nach Auffassung des Gerichts also eine deliktische Emissionsminderungspflicht, die sich auf die Scope-1-, Scope-2- und Scope-3-Emissionen des gesamten Konzerns bezieht.⁵⁹ Gegen eine solche Pflicht spreche insbesondere auch nicht, dass der Shell-Konzern seine CO₂-Emissionen durch die Teilnahme an dem in den jeweiligen Staaten existierenden Emissionszertifikathandel, etwa

52 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 (Fn. 6), Ziff. 4.4.11.

53 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 (Fn. 6), Ziff. 4.4.13.

54 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 (Fn. 6), Ziff. 4.4.41 ff.

55 Die im Shell-Urteil zugrunde gelegten Kategorisierung ist der GHG Protocol Corporate Standard (The Greenhouse Gas Protocol, A Corporate Accounting and Reporting Standard, Revised Edition, <https://ghgprotocol.org/sites/default/files/standards/ghg-protocol-revised.pdf>, zuletzt abgerufen am 12.4.2024).

56 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 (Fn. 6), Ziff. 4.4.23.

57 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 (Fn. 6), Ziff. 4.4.20, 4.4.24.

58 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 (Fn. 6), Ziff. 4.4.18 ff., 4.4.25.

59 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 (Fn. 6), Ziff. 4.4.18 ff.

am ETS-System in der EU, ausgleicht.⁶⁰ Denn eine mögliche Ausgleichswirkung durch den CO₂-Zertifikatshandel beziehe sich allein auf Scope-1-Emissionen. Zudem seien die derzeitigen Emissionsminderungsziele im ETS-System noch nicht ausreichend, um die im Rahmen des Pariser Abkommens vereinbarten Ziele zu erreichen und könnten deshalb nur bei der Bestimmung des konkreten Umfangs der Emissionsminderungspflicht von RDS herangezogen werden.⁶¹ Auch die Tatsache, dass der Shell-Konzern über Anlagengenehmigungen und langfristige Konzessionen zur Öl- und Gasförderung nach dem jeweils einschlägigen nationalen Recht verfügt, schließt nach Ansicht des Gerichts eine deliktische Pflicht zur Minderung der CO₂-Emissionen nicht aus.⁶²

3. Konkretisierung der Emissionsminderungspflicht der RDS

In einem dritten Schritt konkretisiert das Gericht schließlich die aus Art. 6:162 BW folgende deliktische Emissionsminderungspflicht von RDS. Dazu zieht es die Ziele des Pariser Klimaabkommens heran, die nach Auffassung des Gerichts einen globalen Konsens darstellen. Der Emissionsminderungspflicht von RDS müsse daher das 1,5°C-Ziel des IPCC zugrunde gelegt werden, wonach die globalen CO₂-Emissionen im Jahr 2030 um netto 45 % gegenüber dem Stand von 2010 und im Jahr 2050 um netto 100 % zu reduzieren sind. Da im Rahmen des Art. 6:162 BW allerdings nur angemessene und zumutbare Maßnahmen zur Reduktion des CO₂-Ausstoßes erwartet werden können,⁶³ modifiziert das Gericht die deliktische Emissionsminderungspflicht von RDS gegenüber den Zielen des Pariser Klimaabkommens zweifach: Erstens handelt es sich nach Auffassung des Gerichts lediglich um eine zukunftsbezogene Minderungspflicht, die erst ab Rechtshängigkeit im Jahr 2019 gilt.⁶⁴ RDS sei deshalb verpflichtet, die CO₂-Emissionen des gesamten Konzerns bis zum Jahresende 2030 um mindestens 45 % gegenüber dem Niveau von 2019 zu reduzieren.⁶⁵ Zweitens beziehe sich die Emissionsminderungspflicht von RDS zwar auf alle Emissionen innerhalb ihres Verantwortungsbereichs, d.h. Scope-1-, Scope-2-

60 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 (Fn. 6), Ziff. 4.4.44 ff.

61 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 (Fn. 6), Ziff. 4.4.18 ff., 4.4.45 ff.

62 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 (Fn. 6), Ziff. 4.4.18 ff., 4.4.48.

63 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 (Fn. 6), Ziff. 4.4.37.

64 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 (Fn. 6), Ziff. 4.5.8.

65 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 (Fn. 6), Ziff. 4.4.55 ff.

und Scope-3-Emissionen, allerdings seien dabei die jeweiligen tatsächlichen Einflussnahmemöglichkeiten von RDS zu berücksichtigen.⁶⁶ In Bezug auf die nicht durch das ETS-System ausgeglichenen Scope-1-Emissionen handle es sich um eine strikte Ergebnisverpflichtung, während die Reduktionspflicht für Scope-2- und Scope-3-Emissionen nur eine Bemühenpflicht sei, RDS also angemessene Maßnahmen zur Reduktion treffen und dokumentieren müsse.⁶⁷

Gegen diese Entscheidung hat RDS wenig überraschend Berufung eingelegt.⁶⁸ Da das Haager Bezirksgericht das Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt hat,⁶⁹ ist der Shell-Konzern allerdings bereits während des laufenden Rechtsmittelverfahrens dazu verpflichtet, sich an die Reduktionsziele aus dem Urteil zu halten.

IV. Das deutsche Deliktsrecht als Steuerungsinstrument zur klimaneutralen Transformation großer Unternehmen?

Dass sich ausgerechnet ein erstinstanzliches niederländisches Urteil als wegweisend für die Klimahaftung privater Unternehmen erwiesen hat, überrascht nur auf den ersten Blick. Tatsächlich haben sich die Niederlande – insbesondere auch nach der wegweisenden Urgenda-Entscheidung, in der der Hoge Raad im Jahr 2019 ein erstinstanzliches Urteil des Haager Bezirksgerichts bestätigt hat,⁷⁰ das das Königreich der Niederlande zur Reduktion der Treibhausgasemissionen bis zum Jahr 2020 um mindestens 25% im Vergleich zum Niveau von 1990 verpflichtete,⁷¹ – in den letzten Jahren zu einem beliebten Gerichtsstandort für Klimaklagen entwickelt.⁷² Zudem bietet das niederländische Recht mit seiner weitgefassten deliktischen

66 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 (Fn. 6), Ziff. 4.4.39.

67 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 (Fn. 6), Ziff. 4.4.39, 4.4.55.

68 Shell confirms decision to appeal court ruling in Netherlands climate case, Pressmitteilung vom 20.7.2021, <https://www.shell.com/media/news-and-media-releases/2021/shell-confirms-decision-to-appeal-court-ruling-in-netherlands-climate-case.html> (zuletzt abgerufen am 12.4.2024).

69 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 (Fn. 6), Ziff. 4.5.7.

70 Hoge Raad, Urt. v. 20.12.2019, ECLI:NL:HR:2019:2007. S. dazu im Einzelnen G. Van der Veen/K. de Graaf, Climate Change Litigation in the Netherlands – the Urgenda Case and Beyond, in: W. Kahl/M.-P. Weller (Hrsg.), Climate Change Litigation, 2021, S. 363 (Rn. 7 ff.).

71 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 24.6.2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7196.

72 Van der Veen/de Graaf (Fn. 70), in: Kahl/Weller (Hrsg.), S. 363 (Rn. 1 ff.); Weller/Tran (Fn. 2), ZEuP 2021, 573 (589).

Generalklausel und der Möglichkeit der zivilrechtlichen Verbandsklage größere Erfolgsaussichten für private Klimaklagen als etwa das deutsche Recht mit seinen enumerativen Haftungstatbeständen. Die Prozessführung gegen Shell in den Niederlanden nach niederländischem Recht dürfte also durchaus strategische Hintergründe gehabt haben.

Gleichwohl stellt sich die Frage, inwieweit dem Shell-Urteil eine Vorbildwirkung für die deutsche Rechtsordnung zukommen könnte. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass im deutschen Recht gem. §§ 823 I, 1004 BGB (analog) – anders als nach der niederländischen deliktischen Generalklausel – eine Individualrechtsgutsverletzung vorliegen bzw. eine solche drohen müsste, die in kausaler und zurechenbarer Weise vom beklagten Unternehmen verursacht wurde.⁷³ Dies dürfte, wie oben bereits ausgeführt, regelmäßig zu erheblichen Beweisschwierigkeiten führen. Nicht umsonst ist der Kausalzusammenhang zwischen den Treibhausgasemissionen von RWE und der konkreten Überflutungsgefahr für das Grundstück des peruanischen Landwirts Luciano Lliuya derzeit Gegenstand einer sehr aufwändigen Beweiserhebung.⁷⁴ Ist diese Hürde überwunden, stellt sich im deutschen Recht allerdings die Frage nach einer Verkehrspflichtverletzung, die der Frage nach einer ungeschriebenen deliktischen Sorgfaltspflichtverletzung nach Art. 6:162 Abs. 2 Var. 3 BW durchaus ähnlich ist.⁷⁵ Trotzdem erscheint eine Übertragung der Shell-Rechtsprechung zur Herleitung einer Verkehrspflichtverletzung i.S.v. §§ 823 I, 1004 BGB äußerst zweifelhaft.⁷⁶

1. Konkretisierung deliktischer Sorgfaltspflichten durch völkerrechtliche Instrumente?

Zum einen begegnet die Übertragung der Art und Weise, in der das Haager Bezirksgericht völkerrechtliche Instrumente zur Konkretisierung der ungeschriebenen Sorgfaltspflicht i.S.v. Art. 6:162 BW heranzieht, auf

73 Kohler (Fn. 24), Einleitung Rn. 64. S. auch G. Wagner/A. Arntz, Liability for Climate Damages under the German Law of Torts, in: W. Kahl/M.-P. Weller (Hrsg.), Climate Change Litigation, 2021, Rn. 36 ff.

74 OLG Hamm, Beschl. v. 30.11.2017, ZUR 2018, 118 (119). Die Vorinstanz hatte einen Kausalzusammenhang noch abgelehnt, s. LG Essen, Urt. v. 15.12.2016, NVwZ 2017, 734.

75 Weller/Tran (Fn. 7), EurUP 2021, 342 (349, 353 f.).

76 So auch Weller/Tran (Fn. 7), EurUP 2021, 342 (353 ff.). Gegen eine Verkehrspflicht zur Reduktion von CO₂-Emissionen Chatzinerantzis/Appel (Fn. 26), NJW 2019, 881 (884 ff.).

die Herleitung einer Verkehrspflicht im Rahmen des § 823 I BGB durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Denn zwar spricht grundsätzlich nichts dagegen, die Gefährlichkeit des anthropogenen Klimawandels für Individualrechtsgüter zur Grundlage einer Verkehrspflicht zu machen:⁷⁷ Eine solche Verkehrspflicht argumentativ auf die Rechte der EMRK oder auf den UN-Zivilpakt zu stützen, dürfte im deutschen Recht zwar einen größeren Begründungsaufwand erfordern, ist aber nicht ausgeschlossen. Naheliegender wäre allerdings der Rückgriff auf die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte des deutschen GG, die nach Auffassung des BVerfG auch vor künftigen Grundrechtsbeeinträchtigungen schützen können.⁷⁸ Problematisch ist dagegen die Art und Weise, in der das Haager Bezirksgericht die UNGP zur Begründung einer umfassenden Reduktionsverantwortlichkeit von RDS heranzieht. Denn bei den UNGP handelt es sich um ein völkerrechtlich nicht verbindliches Soft-Law-Instrument, das lediglich bestehende Menschenrechtsstandards zusammenfasst und Empfehlungen an Staaten und Unternehmen abgibt.⁷⁹ Das Haager Bezirksgericht zieht diese gleichwohl unmittelbar zur Auslegung des ungeschriebenen Sorgfaltsmaßstabs heran und begründet dies damit, dass die UNGP weithin akzeptierte Grundsätze aufstellten und die Europäische Kommission seit 2011 erwartete, dass mitgliedstaatliche Unternehmen ihrer Verantwortung zur Achtung der Menschenrechte, wie sie in den UNGP formuliert ist, nachkommen.⁸⁰ Da aber auch die Erwartung der Europäischen Kommission nur in einer nicht rechtsverbindlichen Mitteilung formuliert ist, die lediglich die weitergehende Aufforderung an die Mitgliedstaaten enthält, die UNGP umzusetzen, kann eine UNGP-konforme Auslegung zumindest des deutschen Deliktsrechts kaum überzeugen.⁸¹ Anders sähe es freilich mit einer Alternativargumentation aus, nach der in den UNGP konkrete Verkehrserwartungen niedergelegt sind, die wiederum zur Begründung einer Verkehrs-

77 Vgl. *Kohler* (Fn. 24), Einleitung Rn. 59; *Wagner/Arntz* (Fn. 73), in: *Kahl/Weller* (Hrsg.), Rn. 65 ff.

78 *Weller/Tran* (Fn. 7), EurUP 2021, 342 (354); *R. Verheyen/J. Franke*, Deliktsrechtlich begründete CO₂-Reduktionspflichten von Privatunternehmen, ZUR 2021, 624 (626). So auch LG Braunschweig, Urt. v. 14.02.2023 – 6 O 3931/21, juris, Rn. 86 ff.

79 UN, Guiding Principles on Business and Human Rights, 2011, General Principle.

80 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 (Fn. 6), Ziff. 4.4.II unter Verweis auf Eine neue EU-Strategie (2011-14) für die soziale Verantwortung der Unternehmen (CSR), KOM/2011/0681, Ziff. 4.8.2. D.

81 So auch *Frenz* (Fn. 29), IWRZ 2023, 17 (21 f.).

pflichtverletzung herangezogen werden können.⁸² Hier wären dann aber die Verkehrserwartungen Auslegungsgrundlage, nicht aber unmittelbar die UNGP.⁸³

2. Rechtfertigende Wirkung von nationalen Anlagengenehmigungen und ETS-Zertifikaten?

Darüber lässt die Auseinandersetzung des Haager Bezirksgericht mit der rechtfertigenden Wirkung von nationalen Anlagengenehmigungen, Förderungskonzessionen und ETS-Zertifikaten insgesamt zu wünschen übrig. Das äußerst komplizierte Verhältnis der zumeist öffentlich-rechtlichen Genehmigungen und Regulierungsinstrumente zu privatrechtlichen Sorgfaltspflichten würde zumindest im Rahmen des § 823 I BGB eine eingehendere und differenziertere Betrachtung als die des Haager Bezirksgerichts erfordern. Zwar ist weithin anerkannt, dass das zivile Haftungsrecht grundsätzlich selbständig gegenüber öffentlich-rechtlichen Vorschriften ist.⁸⁴ Gleichwohl sind öffentlich-rechtliche Wertungen bei der Bestimmung zivilrechtlicher und insbesondere deliktsrechtlicher Sorgfaltsanforderungen zu berücksichtigen.⁸⁵ Dies schließt es aber nicht aus, dass deliktsrechtliche Sorgfaltsanforderungen über öffentlich-rechtliche Verhaltenspflichten hinausgehen; vielmehr ist insoweit eine Einzelfallabwägung erforderlich.⁸⁶ Dabei ist in der deutschen Literatur bislang noch nicht hinreichend geklärt, ob und inwieweit der Emissionszertifikatehandel nach dem TEHG weitergehende deliktische Pflichten zur Reduktion von Treibhausgasemissionen ausschließt.⁸⁷ Es wird allerdings vereinzelt vertreten, dass eine deliktische Haftung unabhängig von den Regelungen des TEHG zu beurteilen sei.⁸⁸ Auch hinsichtlich immissionsschutzrechtlicher Anlagengenehmigungen wird vertreten, dass sich die privatrechtsgestaltende Wirkung gem. § 14 BImSchG lediglich auf Nachbarschaftsbeziehungen beziehe und somit

82 So zu Recht *Weller/Tran* (Fn. 7), EurUP 2021, 342 (354); s. auch *Verheyen/Franke* (Fn. 78), ZUR 2021, 624 (627, 631).

83 Vgl. *Weller/Tran* (Fn. 7), EurUP 2021, 342 (354).

84 *Pöttker* (Fn. 4), S. 118 f. m.w.N.

85 *Pöttker* (Fn. 4), S. 120, 124 ff.

86 LG Braunschweig, Urt. v. 14.2.2023 – 6 O 3931/21, juris, Rn. 75 ff.; *Hager*, in: *Staudinger*, BGB, 2021, § 823 Rn. E34; *Weller/Tran* (Fn. 7), EurUP 2021, 342 (354) m.w.N. A.A. LG München I KlimaRZ 2023, 80 (82).

87 Dazu bspw. *Pöttker* (Fn. 4), S. 124 ff.; *Kieninger* (Fn. 14), S. 348 (384 f.).

88 *Pöttker* (Fn. 4), S. 125; a.A. *Chatzinerantzis/Appel* (Fn. 26), NJW 2019, 881 (885).

die Verantwortlichkeit für das globale Phänomen des Klimawandels nicht begrenzen könne.⁸⁹ Unabhängig davon, ob man diesen Auffassungen folgt, bedarf es im deutschen Recht also einer vertieften Auseinandersetzung mit dem Verhältnis von öffentlich-rechtlichem und deliktischem Klimaschutz, sodass die Argumentation des Haager Bezirksgerichts insoweit kaum übertragbar sein dürfte.⁹⁰

3. Verantwortlichkeit für Scope-3-Emissionen?

Schließlich erscheint es äußerst zweifelhaft, ob die Argumentation, mit der im Shell-Urteil die umfassende Verantwortlichkeit von RDS auch für Scope-3-Emissionen der Endverbraucher begründet wird, im deutschen Recht verfangen würde. Denn eine Zurechnung der Emissionen der Endverbraucher zum jeweils beklagten Unternehmen dürfte sich aufgrund der Tatsache, dass die Endkunden eigenverantwortlich handeln, nur unter äußersten Schwierigkeiten begründen lassen.⁹¹ Auch ein irgendwie geartetes Organisationsverschulden, durch das ein Unternehmen für die Treibhausgasemissionen der Abnehmer seiner Produkte verantwortlich wäre, ist zumindest so lange kaum ersichtlich, wie das Produktpotfolio im Einklang mit den gesetzlichen Vorschriften steht.⁹² Auch die Wertungen des neuen Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes (LkSG), das lediglich Sorgfaltspflichten für die eigene Sphäre und die unmittelbaren Zulieferer statuiert,⁹³ legen keine weiterreichende Zurechnung von Scope-3-Emissionen nahe.⁹⁴

4. Zwischenergebnis

Im Ergebnis dürfte sich die Shell-Rechtsprechung damit kaum unverändert auf die derzeit vor deutschen Gerichten anhängigen Klagen, die auf die Reduktion von CO₂-Emissionen, etwa von VW, gerichtet sind und sich auf

89 Pöttker (Fn. 4), S. 125 f.; a.A. bspw. *Chatzinerantzis/Appel* (Fn. 26), NJW 2019, 881 (884); *Kieninger* (Fn. 14), S. 348 (377 f.).

90 Vgl. *Weller/Tran* (Fn. 7), EurUP 2021, 342 (355).

91 *Weller/Tran* (Fn. 7), EurUP 2021, 342 (355); a.A. *Schmidt-Ahrendts/Schneider* (Fn. 11), NJW 2022, 3475 (3480).

92 S. auch *Weller/Tran* (Fn. 7), EurUP 2021, 342 (355).

93 E. Wagner/M. Rutloff, Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – Eine erste Einordnung, NJW 2021, 2145 (2146, 2148).

94 *Weller/Tran* (Fn. 7), EurUP 2021, 342 (355); *Weller/Radke* (Fn. 7), S. 35 (54).

§ 823 I BGB bzw. § 1004 BGB stützen, übertragen lassen.⁹⁵ Trotzdem ist sie für die deliktische Klimahaftung deutscher Unternehmen nicht gänzlich bedeutungslos: Viele der im Shell-Urteil aufgeworfenen und beantworteten Rechtsfragen, etwa die Frage nach der Zurechnung von Scope-3-Emissionen oder der Pflichtwidrigkeit von Emissionen, für die ETS-Zertifikate erworben wurden, sind letztlich Wertungsfragen, die auch im deutschen Recht durch eine Abwägung zu beantworten sind. Insoweit kann das Shell-Urteil also auch für die deutschen Gerichte – *cum grano salis* – durchaus eine wichtige Orientierung bieten.⁹⁶

V. Fazit und Ausblick

Insgesamt sind der unmittelbaren Übertragbarkeit der Shell-Rechtsprechung des Haager Bezirksgerichts in andere Rechtsordnungen – und damit auch, allgemeiner formuliert, der klimaschützenden Steuerungsfunktion des allgemeinen Haftungsrechts – somit zwar Grenzen gesetzt. Denn die rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten, die bei privaten Klimaklagen entstehen, sind vor allem auch dem Umstand geschuldet, dass hier das allgemeine Haftungsrecht gleichsam als quasi-regulatorisches Instrument zur klimapolitischen Verhaltenssteuerung eingesetzt wird.⁹⁷ Auch wenn dem Haftungsrecht neben seiner primär rechtsgutsschützenden Funktion seit jeher auch ein präventiv-verhaltenssteuerndes Element innewohnt,⁹⁸ strapaziert deshalb das berechtigte Anliegen der Internalisierung externer Umweltkosten das allgemeine Haftungsrecht oder zumindest dessen Dogmatik in nicht unerheblicher Weise.⁹⁹

95 So auch *Weller/Tran* (Fn. 7), EurUP 2021, 342 (356); *Frenz* (Fn. 29), IWRZ 2023, 17 (22); zumindest teilweise a.A. allerdings *Verheyen/Franke* (Fn. 78), ZUR 2021, 624 (631).

96 So auch *Weller/Tran* (Fn. 7), EurUP 2021, 342 (356).

97 Vgl. auch *Lehmann/Eichel* (Fn. 8), RabelsZ 83 (2019), 77 (82).

98 Vgl. *C. Herbst*, Risikoregulierung durch Umwelthaftung und Versicherung, 1996, S. 29 ff.

99 *H.-J. Ahrens*, Außervertragliche Haftung wegen der Emission genehmigter Treibhausgase?, VersR 2019, S. 645 (646); *Pöttker* (Fn. 4), S. 433 f. *W. Kahl/M.-P. Weller*, Liability for Climate Damages – Synthesis and Future Prospects, in: *Kahl/Weller* (Hrsg.), Climate Change Litigation, München 2021, Rn. 59 betonen ebenfalls die nur komplementäre Funktion des Klimahaftungsrechts. A.A. wohl *Kieninger* (Fn. 14), S. 348 (389 f.).

Trotz dieses Befunds illustriert das Shell-Urteil allerdings, dass sich durchaus Argumente für eine dogmatische Anpassung oder gar Korrektur des allgemeinen Haftungsrechts finden lassen, sodass für große Unternehmen mit treibhausgasintensiven Geschäftsbereichen sehr wohl auch deliktische Klimahaftungsrisiken bestehen.¹⁰⁰ Mineralöl- und Automobilkonzerne dürften also trotz der rechtlichen und tatsächlichen Probleme, die im Bereich der deliktischen Klimahaftung auftauchen und bislang dazu führen, dass horizontalen Klimaklagen wenig Erfolg beschieden ist, in Zukunft gut daran tun, glaubwürdige Konzepte zur hinreichenden Reduktion ihrer Treibhausgasemissionen zu erarbeiten. In der Praxis orientieren sich bereits zahlreiche Unternehmen am Shell-Urteil; so hat etwa die TotalEnergies SE in ihrem jüngsten Geschäftsbericht ihre Klimaziele an das Shell-Urteil angepasst und weist bis 2030 ein Reduktionsziel von mindestens 40 % der Scope-1- und Scope-2-Emissionen und 30 % der Scope-3-Emissionen gegenüber 2015 aus, bis 2050 soll in Bezug auf alle Scopes CO₂-Neutralität erreicht sein.¹⁰¹

Die rechtstatsächlichen Auswirkungen des Shell-Urteils sind dabei trotz der Tatsache, dass es sich um ein noch nicht rechtskräftiges erstinstanzliches Urteil handelt, nicht allein auf die Klimaziele und Strategien großer Öl- und Automobilkonzerne beschränkt. Vielmehr hat die Entscheidung, gerade auch wegen der in ihr aufgeworfenen rechtlichen und tatsächlichen Probleme der privatrechtlichen Klimahaftung, ebenfalls dazu beigetragen, den sich im Gesellschaftsrecht schon länger abzeichnenden Trend zur Berücksichtigung von Belangen des Klimaschutzes im Rahmen der Corporate Governance, auch bezeichnet als Corporate Climate Change Responsibility,¹⁰² zu verstärken. Nachdem Frankreich mit dem sogenannten Loi de vigilance bereits im Jahr 2017 eine haftungsbewehrte Pflicht großer Unternehmen zur Aufstellung eines auf Menschenrechte und Umweltschutz

100 *T. Brouwer*, CSR in der chemischen Industrie, in: *Nietsch* (Hrsg.), *Corporate Social Responsibility Compliance*, 2021, § 23 Rn. 39 ff.; *Weller/Tran* (Fn. 7), *EurUP* 2021, 342 (356).

101 TotalEnergies SE, Universal Registration Document 2023, S. 14 ff. (abrufbar unter https://totalenergies.com/system/files/documents/2024-03/totalenergies_universal-registration-document-2023_2023_en_pdf.pdf, zuletzt abgerufen am 18.8.2024).

102 S. dazu bspw. *M. Habersack/M. Ehrl*, Climate Protection and Compliance in German Corporate Law, in: *W. Kahl/M.-P. Weller* (Hrsg.), *Climate Change Litigation*, 2021, Rn. 1 ff.

ausgerichteten Risiko- und Maßnahmenplans eingeführt hat¹⁰³ und auch Deutschland in seinem am 1.1.2023 in Kraft getretenen Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz¹⁰⁴ großen Unternehmen gewisse – wenn auch deutlich schwächere – Sorgfaltspflichten in Bezug auf Umweltrisiken auferlegt,¹⁰⁵ ist das Gesellschaftsrecht als Instrument zum Klimaschutz auch in den Fokus des europäischen Gesetzgebers geraten. In der im Juni 2024 verabschiedeten und bis zum 26.7.2026 in nationales Recht umzusetzenden Corporate Sustainability Due Diligence Directive (RL 2024/1760)¹⁰⁶ findet sich in Art. 22 für Großunternehmen die Verpflichtung, einen sogenannten Übergangsplan festzulegen, mit dem sie darauf hinwirken, dass ihr Geschäftsmodell und ihre Aktivitäten im Einklang mit dem 1,5°C-Ziel des Pariser Klimaabkommens stehen.¹⁰⁷ Dieser Regelungsansatz geht – obwohl sich die im Richtlinienentwurf der Kommission enthaltene Erfolgspflicht nicht durchsetzen konnte¹⁰⁸ – über das hinaus, was sich bereits in den nationalen Rechtsordnungen findet und lässt sich durchaus als unmittelbare Folge der Shell-Entscheidung begreifen.¹⁰⁹ Damit dürfte die sich stetig weiterentwickelnde Corporate Climate Change Responsibility in Zukunft nicht nur für

103 Art. 225-102-5 Code de commerce i.V.m. Art. 1240, 1241 Code civil. S. zum Ganzen etwa *L. Nasse*, Loi de vigilance: Das französische Lieferkettengesetz, 2022, S. 69 ff.

104 Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – LkSG) v. 16.7.2021, BGBl. I S. 2959.

105 S. § 2 II Nr. 9 LkSG, nach dem gewisse Umweltverstöße ein menschenrechtliches Risiko darstellen, das es mit den §§ 4 ff. LkSG zu verhindern bzw. zu minimieren gilt (§ 3 I LkSG). Gem. § 3 III LkSG begründet eine Verletzung der Pflichten aus dem LkSG jedoch keine zivilrechtliche Haftung. Gleichwohl ist umstritten, ob das LkSG herangezogen werden kann, um Verkehrspflichten i.S.v. § 823 I BGB herzuleiten bzw. zu konkretisieren (dafür bspw. *Wagner/Ruttlöff* (Fn. 93), NJW 2021, 2145 (2150); dagegen etwa *A. Sagan/A. Schmidt*, Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, NZA-RR 2022, 281 (283) m.w.N. zu beiden Ansichten).

106 Richtlinie (EU) 2024/1760 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937 und der Verordnung (EU) 2023/2859.

107 Dazu *M.-P. Weller/T. Hößl/C. Seemann*, Klimaneutralität im Privatrecht, ZEuP 2024, 575 (602 f.).

108 Zum im Jahr 2022 veröffentlichten Entwurf *L. Hübner/V. Habrich/M.-P. Weller*, Corporate Sustainability Due Diligence – Der EU-Richtlinienentwurf für eine Lieferkettenregulierung, NZG 2022, 644 (647); *Weller/Benz* (Fn. 2), ZGR 2022, 563 (574 f.).

109 *Nietsch/Wiedmann*, Der Vorschlag zu einer europäischen Sorgfaltspflichten-Richtlinie im Unternehmensbereich (Corporate Sustainability Due Diligence Directive), CCZ 2022, 125 (128).

das Gesellschaftsrecht, sondern auch für die Private Climate Change Litigation an Bedeutung gewinnen.¹¹⁰ Denn die oben beschriebenen rechtlichen und tatsächlichen Probleme von horizontalen Klimaklagen, insbesondere im Rahmen der Kausalität und der Rechtswidrigkeit, könnten durch die Schaffung gesellschaftsrechtlicher klimabezogener Sorgfaltspflichten weitgehend umschifft werden.¹¹¹

VI. Zusammenfassung in Thesen

1. Die strategische gerichtliche Durchsetzung von Belangen des Klimaschutzes liegt in den letzten Jahren weltweit stark im Trend. Neben den weiterhin sehr wichtigen vertikalen, meist gegen den Staat gerichteten Klimaklagen hat spätestens seit dem Shell-Urteil des Haager Bezirksgerichts vom 26.5.2021 die Bedeutung horizontaler Klimaklagen gegen sogenannte Carbon Majors für strategische Climate Change Litigation stark zugenommen.
2. Horizontale Klimaklagen werden regelmäßig auf deliktische Anspruchsgrundlagen gestützt. Dabei lassen sich aus der vergleichenden Betrachtung der rechtlichen Grundstruktur der Haftung aus unerlaubter Handlung einige rechtsordnungsübergreifenden Problemkreise identifizieren, die die meisten horizontalen Klimaklagen gleichermaßen betreffen: die Verletzung oder konkrete Gefährdung eines Individualrechtsguts, die Kausalität der Verletzungshandlung für den Verletzungserfolg und die Zurechenbarkeit des Verletzungserfolgs, das Bestehen und die Reichweite einer Pflicht zur Reduktion von CO₂-Emissionen sowie die mögliche Rechtfertigung der treibhausgasemittierenden Unternehmensaktivität.
3. Mit dem Shell-Urteil des Haager Bezirksgerichts hat im Mai 2021 erstmals eine horizontale Klimaklage, die den Schutz des globalen Klimas zum Gegenstand hat, Erfolg gehabt. Das Gericht leitet in drei Schritten eine Emissionsminderungspflicht von RDS auf Basis von Art. 6:162 BW, der deliktsrechtlichen Generalklausel des niederländischen Rechts, her: Erstens besteht wegen der Gefährlichkeit des maßgeblich durch Treibhausgasemissionen verursachten Klimawandels für die niederländische Bevölkerung und die Bewohner des Wattenmeergebiets eine Emissions-

110 Weller/Tran (Fn. 2), ZEuP 2021, S. 573 (601).

111 Weller/Tran (Fn. 2), ZEuP 2021, S. 573 (601). Habersack/Ehrl (Fn. 102), in: Kahl/Weller (Hrsg.), Climate Change Litigation, 2021, Rn. 32 befürworten diesen Schritt deshalb nur als *ultima ratio*.

minderungspflicht. Diese trifft zweitens aufgrund der hohen Treibhausgasemissionen auch den gesamten Shell-Konzern, und zwar sowohl hinsichtlich der durch Shell verursachten Scope-1- und Scope-2-Emissionen als auch der Scope-3-Emissionen. Drittens wird diese Pflicht anhand der Klimaziele des Pariser Klimaabkommens, die nach Auffassung des Gerichts einen globalen Konsens darstellen, dahingehend konkretisiert, dass RDS zur Reduzierung der jährlichen Gesamtmenge aller CO₂-Emissionen zum Jahresende 2030 um mindestens 45 % gegenüber dem Niveau von 2019 verpflichtet ist.

4. Das Shell-Urteil lässt sich nicht ohne weiteres in die deutsche Rechtsordnung übertragen. Zwar wäre eine Konkretisierung deliktischer Verkehrs-pflichten anhand völkerrechtlicher Instrumente auch in Deutschland durchaus denkbar, sie bedürfte aber einer tiefergehenden Begründung. Zudem setzt sich das Haager Bezirksgesetz nur unzureichend mit der rechtfertigenden Wirkung von nationalen Anlagengenehmigung und ETS-Zertifikaten auseinander. Schließlich kann die Argumentation des Gerichts in Bezug auf die Einbeziehung von Scope-3-Emissionen für das deutsche Recht nicht überzeugen.
5. Das berechtigte Anliegen privater Klimaklagen, externe Umweltkosten durch das allgemeine Haftungsrecht zu internalisieren, strapaziert deshalb zumindest die deutsche Haftungsdogmatik in nicht unerheblicher Weise. Aus diesem Grund dürfte die Schaffung gesellschaftsrechtlicher klimabezogener Sorgfaltspflichten, wie sie derzeit auf Unionsebene diskutiert werden, erfolgversprechender sein.

Das IPR der privaten Klimaklagen

Maria Osmakova*

A. Internationalität privater Klimaklagen

Im Kontext sog. Klimaklagen ist eine neue Entwicklung hin zum *private enforcement* zu beobachten.¹ Mittels horizontaler bzw. privater Klimaklagen wenden sich Geschädigte und Non-Governmental Organisations (NGOs) auf direktem Wege insbesondere gegen die sog. Carbon Majors,² mit dem Ziel, die Unternehmen für Klimaschäden haften zu lassen. Anders als bei vertikalen Klimaklagen, die regelmäßig öffentlich-rechtlich geprägt sind, stehen sich bei privaten Klimaklagen zwei Privatrechtssubjekte gegenüber.

Das „Shell-Urteil“³ ist zurzeit das Musterbeispiel der privaten Klimaklage. Das Den Haager Bezirksgericht verpflichtete die Royal Dutch Shell plc (Shell) zur künftigen Reduktion der Gesamtmenge aller CO₂-Emissionen zum Jahresende 2030 um mindestens 45% gegenüber dem Niveau von

* Mag. iur. Maria Osmakova absolviert zum Zeitpunkt der Erstellung des Beitrags den LL.M.-Studiengang „Law in a European and Global Context“ an der Católica Global School of Law in Lissabon, Portugal. Sie dankt Prof. Dr. Marc-Philippe Weller, Licencié en droit (Montpellier), Direktor am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, und Gabriel Neuwald für ihre wertvollen Anmerkungen.

- 1 *M.-P. Weller/M.-L. Tran*, Klimawandelklagen im Rechtsvergleich – private enforcement als weltweiter Trend?, *ZEuP* 2021, 573 (575 f.); zu privaten Klimaklagen allgemein siehe: *M.-P. Weller/T. Högl/C. Radke*, Klimaklagen im Gesellschafts- und Deliktsrecht, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg.), *Nachhaltigkeit im Wirtschaftsrecht*, 2023, S. 143; *M.-P. Weller/C. Radke*, Klimaklagen vor deutschen Gerichten, in: Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik, Trier/Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier (Hrsg.), *Bitburger Gespräche Jahrbuch 2023, Strategic Litigation – die Durchsetzung kollektiver Interessen vor deutschen Gerichten*, München 2023, 35, (38 ff.); *Johanna C. Gabler* - Deliktische Klimahaftung am Beispiel des Shell-Urteils des Haager Bezirksgerichts, S. 1 ff.
- 2 Die Aufzählung der Carbon Majors mit den größten CO₂-Emissionen von 1965–2018 findet sich unter <https://climateaccountability.org/pdf/CAI%20PressRelease%20Dec20.pdf> (28.9.2024).
- 3 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 – Milieudefensie et al./.Royal Dutch Shell plc, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (engl. Übersetzung: ECLI:NL:RBDHA:2021:5339, deutsche Teilübersetzung in EWeRK 2021, 163 ff. m. Anm. *B.Ortlieb*).

2019. Auf den ersten Blick mag das Verfahren kaum internationalen Bezug aufweisen: Die Kläger sind vorwiegend niederländische NGOs und der Sitz von Shell lag zum Zeitpunkt der Klage in Den Haag in den Niederlanden.⁴ Der grenzüberschreitende Bezug entsteht allerdings durch den geltend gemachten Anspruch zur Reduktion der Emissionen weltweit.⁵ Im Bereich der Klimahaftung ist ein grenzüberschreitender Sachverhalt in der Natur der Sache angelegt: CO₂-Emissionen halten sich nicht an Staatsgrenzen und festgelegte Zuständigkeitsbereiche, ebenso wenig wie Klimaschäden und Naturkatastrophen zwangsläufig dort auftreten, wo deren Ursache gesetzt wurde. Hinzu tritt, dass Unternehmen infolge fortschreitender Globalisierung ihre Institutionen und Anlagen weltweit ansiedeln und betreiben.

So geschieht es leicht, dass Kläger und Beklagter aus verschiedenen Staaten mit unterschiedlichen Rechtsordnungen kommen. Beispielsweise ist am OLG Hamm die Klage eines peruanischen Landwirts anhängig, der gegen die RWE AG mit Sitz in Deutschland die anteilige Übernahme von Kosten für Schutzmaßnahmen für sein durch Gletscherschmelzen bedrohtes Grundstück geltend macht.⁶

Doch bevor sich Gerichte mit den materiellen Voraussetzungen der Klimahaftung befassen können, müssen zunächst vorprozessuale und verfahrensrechtliche Fragen geklärt werden, wie die der Zuständigkeit des Gerichts und des anwendbaren Rechts. Die Bedeutung des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts im Rahmen von privaten Klimaklagen ist nicht zu unterschätzen. Auch die Parteien des Prozesses müssen sich in Ausarbeitung ihrer Prozessstrategie mit den Normen des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts vertraut machen: Wo und nach welchem Recht kann geklagt? Dieser Beitrag befasst sich mit jenen aufgeworfenen Fragen des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts im Lichte privater Klimaklagen.

4 Der Sitz der ehemalige Royal Dutch Shell plc wurde 2022 nach London, Vereinigtes Königreich verlegt. Das Unternehmen wird seitdem unter dem Namen Shell plc geführt.

5 *M.-P. Weller/M.-L. Tran, Milieudefensie et al. versus Shell: Auswirkungen für Klimaklagen gegen deutsche Unternehmen, EurUP 4/2021, 342 (345).*

6 Zum Eintritt in die Beweisaufnahme siehe OLG Hamm, Beschl. v. 30.11.2017 – I-5 U 15/17, ZUR 2018, I18 ff.; sonstige Gerichtsdokumente unter <https://rwe.climatecase.org/de/rechtliches#legaldocs> (28.9.2024).

B. Zuständigkeit des angerufenen Gerichts

Zunächst ist zu erörtern, in welchem Staat Klage erhoben werden kann bzw. welches Gericht zuständig ist. In Ermangelung eines globalen Einheitsrechts und aufgrund der Vielzahl autonomer Regelungen beschränken sich die folgenden Ausführungen auf Gerichtsverfahren innerhalb der Europäischen Union (EU), und dort, wo keine europäische Harmonisierung vorgesehen, auf Deutschland als Forumstaat.

I. Klagen in der EU gegen Unternehmen mit Sitz in der EU

1. Allgemeiner Gerichtsstand nach Art. 4 Abs. 1 Brüssel Ia-VO

Unternehmen, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in einem Mitgliedstaat der EU haben, können in diesem Staat verklagt werden, Art. 4 Abs. 1, Art. 63 Brüssel Ia-VO. An den Kläger bestehen keine Anforderungen hinsichtlich Staatsbürgerschaft oder dauerhaftem Wohnort.⁷

2. Besonderer Gerichtsstand nach Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO

Hat das Unternehmen seinen Sitz in einem Mitgliedstaat, ermöglicht der besondere Gerichtsstand nach Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO dem Kläger bei Klimaklagen, auch in anderen Mitgliedstaaten der EU zu klagen. Bildet eine unerlaubte Handlung den Gegenstand des Verfahrens, kann vor dem Gericht des Ortes geklagt werden, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder einzutreten droht. Eine unerlaubte Handlung ist nach autonomer Auslegung jede, eine Schadensersatzhaftung auslösende Verhaltensweise eines Beklagten, die nicht an einen Vertrag im Sinne von Art. 7 Nr. 1 Brüssel Ia-VO anknüpft.⁸ Da sich private Klimaklagen – wie auch im Fall gegen Shell – häufig auf das Deliktsrecht und speziell auf Ansprü-

⁷ Dies gilt entsprechend für die Schweiz, Norwegen und Irland als Vertragsstaaten des Luganer Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30.10.2007.

⁸ St. Rspr, vgl. EuGH, Urt. v. 21.4.2016 –Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft mbH./.Amazon EU Sàrl et al., ECLI:EU:C:2016:286, Rn. 32 m.w.N.

che aus unerlaubter Handlung wie § 823 BGB stützen,⁹ ist der besondere Gerichtsstand nach Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO oft einschlägig. Auch die Abwehr von Beeinträchtigungen des Grundstücks nach § 1004 BGB, wie in der Klage gegen RWE geltend gemacht,¹⁰ fällt unter das weite autonome Verständnis des Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO.¹¹

Seit der „Rheinwasserentscheidung“¹² des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) wird Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO in der Weise ausgelegt, dass dem Kläger die Wahlmöglichkeit eingeräumt wird, seine Klage entweder am Ort, an dem sich der Schadenserfolg verwirklicht hat (Erfolgsort) oder am Ort des ursächlichen Geschehens (Handlungsort) zu erheben. Insbesondere bei grenzüberschreitenden Luft- oder Wasserverschmutzungen könnte der Ort der schadenstiftenden Handlung und der Ort, an dem der Schaden bzw. die Rechtsgutsverletzung eintritt, auseinanderfallen. Beide Orte könnten dabei eine kennzeichnende Verknüpfung für die gerichtliche Zuständigkeit aufweisen und der Beweiserhebung sowie dem Prozess allgemein eine besonders sachgerechte Richtung geben.¹³

a) Einschränkung der Erfolgsortzuständigkeit

Der Erfolgsort im Sinne des Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO ist der Ort, an dem durch die Verwirklichung des Schadenserfolgs in die individuellen Rechtsgüter des Klägers eingegriffen wurde.¹⁴ Somit könnten Carbon Majors mit Sitz in der EU in jedem Mitgliedstaat verklagt werden, in dem Klimaschäden zu verzeichnen sind.

-
- 9 siehe *Johanna C. Gabler* - Deliktische Klimahaftung am Beispiel des Shell-Urteils des Haager Bezirksgerichts, S. 184 ff., 188 f.; zu Shell siehe Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 – Milieudefensie et al./.Royal Dutch Shell plc, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, Rn. 3.2.
- 10 Vgl. Klageschrift Lliuya/.RWE AG vom 23.II.2015, <https://rwe.climatecase.org/de/rechtliches#legaldocs> (28.9.2024), S. 2.
- 11 *M.-P. Weller/J.-M. Nasse/L. Nasse*, Klimaklagen gegen Unternehmen im Licht des IPR, in: C. Benicke/S. Huber (Hrsg.), National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht – Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag, 2020, S. 601 (609, Fn. 64) m.w.N.
- 12 EuGH, Urt. v. 30.II.1976 – Bier./.Mines de Potasse, ECLI:EU:C:1976:166, Rn. 15/19.
- 13 EuGH, Urt. v. 30.II.1976 – Bier./.Mines de Potasse, ECLI:EU:C:1976:166, Rn. 15/19, vgl. Rn. 8/12.
- 14 *A. Stadler/C. Krüger* in: Musielak/Voit (Hrsg.), ZPO, 21. Aufl., München 2024, Art. 7 EuGVVO Rn. 19; *M.-P. Weller/M.-L. Tran*, Klimawandelklagen (Fn. 1), 594; *M.-P. Weller/J.-M. Nasse/L. Nasse*, Klimaklagen (Fn. 11), S. 613.

*Lehmann/Eichel*¹⁵ sprechen sich dafür aus, die Erfolgsortzuständigkeit mit folgender Begründung einzuschränken: Da Klimaschäden weltweit auftreten können, drohe dem beklagten Unternehmen die Erfolgsortzuständigkeit auch im Ausland. Die Erfolgsortzuständigkeit sei dabei allerdings gänzlich zufällig, unvorhersehbar und unvermeidbar. Im Unterschied dazu könne dem Beklagten zugemutet werden, sich auf Klagen am allgemeinen Gerichtsstand des Sitzes und am Handlungsort einzulassen, da er diese Standorte bewusst gewählt habe. Die Erfolgsortzuständigkeit sei aber aufgrund der Eigenart der Klimaklagen unkalkulierbar. Da Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO kein Schutzgerichtsstand für den Geschädigten, sondern ein für beide Parteien vorhersehbarer Gerichtsstand sein solle, sei ein Korrektiv geboten. Dementsprechend solle die Gerichtspflichtigkeit am Erfolgsort nur dann gegeben sein, wenn der Schaden bzw. die Rechtsgutsverletzung dort unmittelbar verursacht wurde. Klimaschäden seien dabei nur mittelbare Schäden. Denn Klimaschäden würden nicht unmittelbar durch das Handeln des Beklagten verursacht werden. Vielmehr würden Klimaschäden aus einer Umweltschädigung folgen, die sich wiederum aus dem Klimawandel ergibt, zu dem der Beklagte beigetragen haben soll. In der Konsequenz würde dem Erfolgsort bei Klimaklagen jegliche Relevanz genommen.¹⁶

Diesen Erwägungen ist insoweit zuzustimmen, als dass Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO nicht dem Schutz des Geschädigten zugutekommen soll, sondern an die Sach- und Beweisnähe anknüpft: Nach dem 16. Erwägungsgrund der Brüssel Ia-VO eröffnet Art. 7 Nr. 2 weitere Gerichtsstände mit einer engen Verbindung zwischen Gericht und Rechtsstreit als Alternative zum allgemeinen Gerichtsstand. Das Erfordernis einer engen Verbindung soll Rechtssicherheit schaffen und verhindern, dass die Gegenpartei vor einem Gericht eines Mitgliedstaates verklagt werden kann, mit dem sie vernünftigerweise nicht rechnen konnte.¹⁷

Mittelbare Schäden bzw. Folgeschäden weisen jene enge Verbindung nicht auf und begründen somit keine Erfolgsortzuständigkeit.¹⁸ Der EuGH

15 M. Lehmann/F. Eichel, Globaler Klimawandel und Internationales Privatrecht, *RabelsZ* 83 (2019), 77 (91, 92).

16 Vgl. E.-M. Kieninger, Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Klimahaf-
tung, *IPRax* 2022, 1 (5).

17 Vgl. S. Leible in: Rauscher (Hrsg.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*, 5. Aufl., Köln 2023, Art. 7 Brüssel Ia-VO Rn. 122; M.-P. Weller/J.-M. Nasse/L. Nasse, *Klimaklagen* (Fn. 11), S. 613.

18 EuGH, Urt. v. 11. 1. 1990 – Dumez./.Hessische Landbank, ECLI:EU:C:1990:8, Rn. 22; vgl. zu Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO EuGH, Urt. v. 10.12.2015 – Lazar./.Allianz SpA, ECLI:

führt hierzu aus, dass das Erfordernis der engen Beziehung, welches aus Gründen einer geordneten Rechtspflege und einer sachgerechten Gestaltung des Prozesses die Erfolgsortszuständigkeit als besondere Zuständigkeit rechtfertigt, einer anderen Auslegung entgegenstehen.¹⁹

Allerdings sind durch Klimaklagen geltend gemachte Schäden nicht als mittelbare oder als Folgeschäden einzuordnen. Der EuGH qualifiziert mittelbare Schäden als solche, die nur die mittelbare Folge eines anderen Schadens darstellen, den ein anderes Rechtssubjekt unmittelbar aufgrund des schädigenden Ereignisses erlitten hat.²⁰ Dies gelte beispielsweise wie im Fall *Dumez./Hessische Landbank*²¹ für den Vermögensschaden einer Muttergesellschaft, der als Folge des Vermögensschadens der Tochtergesellschaft eingetreten ist. Ein anderes Beispiel findet sich bei *Lazar./Allianz SpA*²² für den Schaden eines in Rumänien lebenden Vaters, den er durch den Unfall-Tod seiner Tochter in Italien erlitten hat.²³ Damit ist der Erfolgsort allein der Ort der Erstschädigung.²⁴

Fraglich ist, wo bei Klimaschäden der Ort der Erstschädigung sein soll.²⁵ Die emissionsbedingten Veränderungen der Zusammensetzung der Treibhausgase in der Atmosphäre, das Gletscherschmelzen oder sonstige Erscheinungen des Klimawandels sind keine (unmittelbaren) Schäden. Denn weder ist das Klima Rechtsgut im Sinne des Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO noch stellen Naturphänomene mangels Berechtigten eine Rechtsgutsverletzung dar.²⁶ Die Atmosphäre ist damit nicht der Ort, an dem der Schaden eingetreten ist.²⁷ Der Primärschaden tritt am Ort der Klimaschäden ein, auch

EU:C:2015:802; *M. Lehmann/F. Eichel*, Klimawandel (Fn. 15), 91, 92; *M.-P. Weller/J.-M. Nasse/L. Nasse*, Climate Change Litigation in Germany, in: W. Kahl/M.-P. Weller, Climate Change Litigation, 2021, S. 378 (390, Rn. 36).

19 EuGH, Urt. v. 11. 1. 1990 – *Dumez./Hessische Landbank*, ECLI:EU:C:1990:8, Rn. 17 ff.

20 EuGH, Urt. v. 11. 1. 1990 – *Dumez./Hessische Landbank*, ECLI:EU:C:1990:8, Rn. 14.

21 EuGH, Urt. v. 11. 1. 1990 – *Dumez./Hessische Landbank*, ECLI:EU:C:1990:8.

22 EuGH, Urt. v. 10.12.2015 –*Lazar./Allianz SpA*, ECLI:EU:C:2015:802 zu Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO.

23 Zur Rechtsprechung des EuGH näher *E.-M. Kieninger*, Klimahaftung (Fn. 16), 5 f.

24 Vgl. *S. Leible* (Fn. 17), Art. 7 Brüssel Ia-VO Rn. 122; *M.-P. Weller/J.-M. Nasse/L. Nasse*, Klimaklagen (Fn. 11), S. 612.

25 Vgl. *E.-M. Kieninger*, Klimahaftung (Fn. 16), 5.

26 *E.-M. Kieninger*, Klimahaftung (Fn. 16), 5; *M.-P. Weller/M.-L. Tran*, Klimawandelklagen, (Fn. 1), 594; *M.-P. Weller/J.-M. Nasse/L. Nasse*, Klimaklagen (Fn. 11), S. 613; *M.-P. Weller/J.-M. Nasse/L. Nasse*, Climate Change Litigation (Fn. 18), S. 391 Rn. 37.

27 *M.-P. Weller/J.-M. Nasse/L. Nasse*, Climate Change Litigation (Fn. 18), S. 390 Rn. 37.

wenn dem eine komplexe Kettenreaktion zugrunde liegt.²⁸ Ob die Schäden dabei kausal durch den Emittenten verursacht wurden, wird durch das materielle Recht beantwortet. Eine Einschränkung auf kollisionsrechtlicher Ebene ist nicht geboten.²⁹ Klimaschäden stellen klassische Distanzdelikte dar und sind als Primärschäden zu kategorisieren.³⁰ Auch in Klimaklagen folgt daher aus Art. 7 Nr. 2 der Brüssel Ia-VO die uneingeschränkte Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte am Ort der Rechtsgutsverletzung.

Zudem ist festzuhalten, dass eine weltweite Zuständigkeit schon aufgrund der Begrenzung des Anwendungsbereichs der Brüssel Ia-VO auf die EU nicht zu befürchten ist.³¹ Zwar kann das autonome Zuständigkeitsrecht des Drittstaates eine Zuständigkeit anknüpfend an den Erfolgsort normieren; dies hat jedoch auf die Auslegung der Brüssel Ia-VO keinen Einfluss.³² Zusammenfassend ist die Erfolgsortzuständigkeit nach Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO somit nicht einzuschränken.

b) Bestimmung des Handlungsortes

Der Handlungsort nach Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO ist der Ort des schadensursächlichen Geschehens,³³ bei Klimaklagen traditionell der Ort der Emission.³⁴ Betreibt das Unternehmen etwa emittierende Kraftwerke in mehreren Staaten, stellt sich die Frage, welcher Standort in welchem Staat maßgeblich sein soll.³⁵

In der Literatur finden sich diverse Lösungsansätze, wie die Handlungen des emittierenden Unternehmens zusammengefasst werden können, um einen einheitlichen Handlungsort zu bestimmen. Einige davon beziehen sich allerdings auf das nach Art. 7 Rom II-VO anwendbare Recht. Art. 7 Rom II-VO normiert, dass bei Personen- oder Sachschäden aus einer

28 Vgl. *M.-P. Weller/J.-M. Nasse/L. Nasse*, Climate Change Litigation (Fn. 18), S. 390 Rn. 37; siehe näher *M.-P. Weller/J.-M. Nasse/L. Nasse*, Klimaklagen (Fn. 11), S. 602 ff.

29 *E.-M. Kieninger*, Klimahaftung (Fn. 16), 5.

30 *M.-P. Weller/J.-M. Nasse/L. Nasse*, Klimaklagen (Fn. 11), S. 612; *M.-P. Weller/M.-L. Tran*, Shell (Fn. 5), 346 Fn. 44; *E.-M. Kieninger*, Klimahaftung (Fn. 16), 5.

31 *M.-P. Weller/M.-L. Tran*, Shell (Fn. 5), 346.

32 Vgl. *M.-P. Weller/M.-L. Tran*, Shell (Fn. 5), 346 Fn. 46.

33 *S. Leible* (Fn. 17), Art. 7 Brüssel Ia-VO Rn. 134; *P. Gottwald* in: *Nagel/Gottwald*, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl., Köln 2020, Rn. 3.97; siehe auch Fn. 12.

34 *M.-P. Weller/J.-M. Nasse/L. Nasse*, Climate Change Litigation (Fn. 18), S. 388 Rn. 32; *M. Lehmann/F. Eichel*, Klimawandel (Fn. 15), 90.

35 *M.-P. Weller/J.-M. Nasse/L. Nasse*, Climate Change Litigation (Fn. 18), S. 389 Rn. 32.

Umweltschädigung der Kläger die Wahl hat, statt sich auf das Recht des Staates des Erfolgsortes gem. Art. 4 Rom II-VO zu stützen, seine Ansprüche auch nach dem Recht des Staates, in dem das schadensbegründende Ereignis eingetreten ist (Handlungsort), geltend zu machen. Die Ansätze zur Bestimmung des Handlungsortes bei der Frage des anwendbaren Rechts lassen sich grundsätzlich auch im Rahmen der Zuständigkeit heranziehen. Derselbe Normgeber und der gleiche rechtliche Kontext sprechen dafür, den Begriff des Handlungsortes in beiden europäischen Verordnungen einheitlich auszulegen.³⁶ Beide Verordnungen sollen nach dem 7. Erwägungsgrund der Rom II-VO in Einklang miteinander stehen.³⁷

Dennoch lassen sich manche Ansätze aufgrund der jeweils verschiedenartigen Schutzrichtung der Normen nicht ohne Weiteres übertragen.³⁸ Das Kriterium der Vorhersehbarkeit ist bei Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO deutlich gewichtiger als bei der Frage nach dem anwendbaren Recht.³⁹ Bei Art. 7 Rom II-VO steht der Umweltschutz im Fokus.⁴⁰ Darüber hinaus können sich die praktischen Konsequenzen in der Anwendung unterscheiden.⁴¹ Im Folgenden werden Ansätze zu beiden Normen gemeinsam erörtert und mögliche Unterschiede aufgezeigt.

aa) Maßgeblicher Tatbeitrag

Eine Möglichkeit zur Bestimmung des Handlungsortes, ohne vom traditionellen⁴² Verständnis am Ort der emittierenden Anlagen abzuweichen, ist auf den Ort des maßgeblichen Tatbeitrags abzustellen.⁴³ Unter meh-

36 Art. 7 Rom II-VO spricht vom „schadensbegründenden Ereignis“ während der EuGH den Handlungsort in Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO als „Ort des ursächlichen Geschehens“ definiert.

37 *M. P. Weiner/M.-P. Weller*, The “Event Giving Rise to the Damage” under Art. 7 Rome II Regulation in CO₂-Reduction Claims, in: *Yearbook of Private International Law* Volume XXIII 2021/2022, S. 261 (272).

38 Vgl. *S. Huber*: in BeckOGK Zivilrecht, Stand: 1.6.2022, Art. 7 Rom II-VO Rn. 38; *M. P. Weiner/M.-P. Weller*, The Event Giving Rise to the Damage (Fn. 37), S. 272.

39 *M. P. Weiner/M.-P. Weller*, The Event Giving Rise to the Damage (Fn. 37), S. 272.

40 Siehe C. III.

41 Dazu mehr unter C. III.

42 *M.-P. Weller/C. Radke*, Klimaklagen vor deutschen Gerichten (Fn. 1), S. 47; *M.-P. Weller/T. Hößl/C. Radke*, Klimaklagen im Gesellschafts- und Deliktsrecht (Fn. 1), S. 157.

43 *S. Leible* (Fn. 17), Art. 7 Brüssel Ia-VO Rn. 135; vgl. *A.V. Dicey/J.H.C. Morris/L. Collins*, *Conflict of Laws* Vol., London 2012, S. 2239, No. 35-069.

reren Verletzungshandlungen erfolgt eine Schwerpunktbeachtung, um an die maßgebende Handlung anzuknüpfen.⁴⁴ Der maßgeblich(st)e Tatbeitrag könnte konkret durch die Berechnung des Emissionsanteils der jeweiligen Anlagen bestimmt werden.⁴⁵ Dieser Ansatz wurde zu Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO entwickelt. Eine ähnliche Überlegung findet sich in der Rechtsprechung zu Art. 8 Rom II-VO, wonach der Handlungsort nach einer Gesamtwürdigung des Verhaltens an einem Ort festgelegt werden soll.⁴⁶ Auf die meist emittierende(n) Anlage(n) in einem Staat abzustellen, könnte auch eine Lösung für das anzuwendende Recht nach Art. 7 Rom II-VO darstellen.

bb) Entscheidung zur Inbetriebnahme der Anlagen

Als Abkehr vom traditionellen Verständnis kann auch auf die vorgelagerte Entscheidung der Muttergesellschaft zur Inbetriebnahme der Anlagen abgestellt werden.⁴⁷ Diese Entscheidungen werden typischerweise am Sitz der Muttergesellschaft getroffen.⁴⁸ In der Literatur steht man der Qualifizierung bloßer Vorbereitungshandlungen als maßgebliche Handlung skeptisch ge-

44 L. König/S. Tetzlaff, „Forum shopping“ unter Art. 7 Rom II-VO – neue Herausforderungen zur Bestimmung des anwendbaren Rechts bei „Klimaklagen“, RIW 2022, 25 (36); S. Huber (Fn. 38), Art. 7 Rom II-VO Rn. 37.

45 M.-P. Weller/C. Radke, Klimaklagen vor deutschen Gerichten (Fn. 1), S. 47; M.-P. Weller/T. Hößl/C. Radke, Klimaklagen im Gesellschafts- und Deliktsrecht (Fn. 1), S. 157.

46 EuGH, Urt. v. 27.9.2017 – Nintendo Co. Ltd./. Big Ben Interactive GmbH et. al., ECLI:EU:C:2017:724, Rn. III: „In Fällen, in denen demselben Beklagten verschiedene, in verschiedenen Mitgliedstaaten begangene Verletzungshandlungen vorgeworfen werden, ist bei der Ermittlung des schadensbegründenden Ereignisses nicht auf jede einzelne ihm vorgeworfene Verletzungshandlung abzustellen, sondern es ist eine Gesamtwürdigung seines Verhaltens vorzunehmen, um den Ort zu bestimmen, an dem die ursprüngliche Verletzungshandlung, auf die das vorgeworfene Verhalten zurückgeht, begangen worden ist oder droht“; M. P. Weiner/M.-P. Weller, The Event Giving Rise to the Damage (Fn. 37), S. 272.

47 M.-P. Weller/J.-M. Nasse/L. Nasse, Klimaklagen (Fn. 11), S. 611; M.-P. Weller/J.-M. Nasse/L. Nasse, Climate Change Litigation (Fn. 18), S. 389 zu Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO.

48 Für eine differenzierte Betrachtung bei Tochter- und Muttergesellschaften siehe H.-P. Mansel Internationales Privatrecht de lege lata wie de lege ferenda und Menschenrechtsverantwortlichkeit deutscher Unternehmen, ZGR 2018, 439 (462); dies zusammenfassend: M. P. Weiner/M.-P. Weller, The Event Giving Rise to the Damage (Fn. 37), S. 269.

genüber.⁴⁹ Im Sinne der größtmögliche Nähe zur Rechtsgutsverletzung sollen Vorbereitungshandlungen außer Acht bleiben.⁵⁰ Das schadensbegründende Ereignis werde typischerweise als ein physischer Akt verstanden, welcher direkt zum Schaden führt.⁵¹ Eine andere Interpretation laufe dem Grundsatz der Letztverantwortung zuwider.⁵² Der Handlungsort basiere auf dem Verursacherprinzip, wobei an die Handlung anzuknüpfen sei, die die unmittelbare Ursache für die Umweltschädigung bzw. die Rechtsgutsverletzung gesetzt hat.⁵³

Diese Bedenken teilte das Den Haager Gericht im „Shell-Urteil“ offenbar nicht. Die Kläger sahen den Handlungsort am Sitz von Shell in Den Haag, weil die Aufstellung der Unternehmensleitlinie maßgeblich gewesen sei.⁵⁴ Dies sah das Gericht als zulässig an: „Auch wenn Art. 7 Rom II-VO dem Wortlaut nach auf ein schadensbegründendes Ereignis abstellt, d.h. Singular, lässt er Raum für Situationen, in denen mehrere schadensbegründende Ereignisse identifiziert werden können, so wie es für Umweltschäden charakteristisch ist“⁵⁵ Die Ansicht, die Festlegung der Unternehmenspolitik als Vorbereitungshandlung falle nicht in den Anwendungsbereich, da sie keinen Schaden verursache, sei zu eng gefasst.⁵⁶ Dieser enge Ansatz stünde weder mit den Merkmalen der Verantwortung für Umweltschäden noch mit dem in der Rechtswahl des Art. 7 Rom II-VO zugrundeliegenden Schutzkonzepts in Einklang.⁵⁷

49 Zu Art. 7 Brüssel Ia-VO: *M.-P. Weller/M.-L. Tran*, Shell (Fn. 5), 345; *M. Lehmann/F. Eichel*, Klimawandel (Fn. 15), 90; *S. Leible* (Fn. 17), Art. 7 Brüssel Ia-VO Rn. 134; *A. Staudinger* in: Schulze/Janssen/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2020, § 23 Rn. 182 Fn. 866; zu Art. 7 Rom II-VO siehe: *A. Junker* in: MüKo-BGB Bd. 13, 8. Aufl., München 2021, Art. 7 Rom II-VO Rn. 22; *S. Huber* (Fn. 38), Art. 7 Rom II-VO Rn. 38; *S. Pabst* in: Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 5. Aufl., Köln 2023, Art. 7 Rom II-VO Rn. 29.

50 *M. Lehmann/F. Eichel*, Klimawandel (Fn. 15), 90 zu Art. 7 Brüssel Ia-VO.

51 *M. P. Weiner/M.-P. Weller*, The Event Giving Rise to the Damage (Fn. 37), S. 270.

52 *M. P. Weiner/M.-P. Weller*, The Event Giving Rise to the Damage (Fn. 37), S. 274.

53 Vgl. Erwägungsgrund 25 Rom II-VO, *L. König/S. Tetzlaff*, „Forum shopping“ unter Art. 7 Rom II-VO (Fn. 44), 35, 36; vgl. *A. Junker* (Fn. 49), Art. 7 Rom II-VO Rn. 22.

54 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 – Milieudefensie et al./.Royal Dutch Shell plc, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, Rn. 4.3.6.

55 Übersetzt aus Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 – Milieudefensie et al./.Royal Dutch Shell plc, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, Rn. 4.3.6.

56 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 – Milieudefensie et al./.Royal Dutch Shell plc, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, Rn. 4.3.6.

57 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 – Milieudefensie et al./.Royal Dutch Shell plc, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, Rn. 4.3.6.

Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO hingegen ermöglicht eine Rechtswahl, um alternative Gerichtsstände zu schaffen, bei denen eine enge Verbindung zwischen Gericht und Rechtsstreit vorliegt.⁵⁸ Dabei sollen die Zuständigkeitsvorschriften auch im hohen Maße vorhersehbar sein und sich grundsätzlich nach dem Wohnsitz des Beklagten richten.⁵⁹ Eine Sachnähe zum Ort der Geschäftsentscheidung klingt gerade dann plausibel, wenn sich die Klage auf die Reduktion der CO₂-Emissionen des Unternehmens insgesamt richtet. Wird hingegen mit der Klage beispielsweise Schadensersatz begehr und stehen die Anlagen nicht im Sitzstaat, würde mit der Bestimmung des Handlungsortes anknüpfend an die Geschäftsentscheidung der Ort der Anlagen unberücksichtigt bleiben und damit ein Gerichtsstand mit einer engen (und auch engeren) Verbindung zum Rechtsstreit wegfallen. Das Kriterium der Vorhersehbarkeit würde der Bestimmung des Handlungsorts am Ort der Entscheidung wohl nicht entgegenstehen, da dieser üblicherweise mit dem Sitz des Unternehmens und somit mit dem allgemeinen Gerichtsstand zusammenfällt.⁶⁰

cc) Jeder Handlungsbeitrag zur Schadensverwirklichung

Ein weiterer Ansatz läge darin, den Kläger zwischen sämtlichen Handlungsabschnittsorten wählen zu lassen.⁶¹ Dies würde zu einer Ausuferung von Gerichtsständen und potenziell anwendbaren Rechtsordnungen führen.⁶² Dieses weite Verständnis ist kaum mit dem Geltungsgrund des Deliktsgerichtsstands der Brüssel Ia-VO – Sachnähe bei gleichzeitiger Vorhersehbarkeit – vereinbar.⁶³ Auch beim anwendbaren Recht ist anzuzweifeln, ob dieser große Nachteil für den Beklagten durch die Schutzrichtung des Art. 7 Rom II-VO gedeckt ist – auch wenn der Geschädigte hierbei begünstigt werden soll. Denn auch die Rom II-VO setzt sich das Ziel eines vorhersehbaren Rechtsstreits, um Rechtsunsicherheit zu vermeiden.⁶⁴ Somit sprechen die Erwägungsgründe 6, 15 und 16 der Rom II-VO gegen die Anknüpfung an ein Recht, welches keine oder nur eine lose Verbindung

58 Erwägungsgrund 16 der Brüssel Ia-VO, siehe auch B. I. 2. a).

59 Erwägungsgrund 15 der Brüssel Ia-VO.

60 Eventuell anders bei Konzernstrukturen, siehe Fn. 48.

61 Zu Art. 7 Rom II-VO *S. Huber* (Fn. 38), Art. 7 Rom II-VO Rn. 38.

62 Vgl. *S. Leible* (Fn. 17), Art. 7 Brüssel Ia-VO Rn. 135.

63 *S. Leible* (Fn. 17), Art. 7 Brüssel Ia-VO Rn. 135, 120.

64 *L. König/S. Tetzlaff*, „Forum shopping“ unter Art. 7 Rom II-VO (Fn. 44), 36.

zum Rechtsstreit aufweist.⁶⁵ Wie auch von den Befürwortern dieses Ansatzes angemerkt, bedarf es für eine solche Auslegung zunächst einer Klärung durch den EuGH im Vorabentscheidungsverfahren.⁶⁶

Allerdings könnte sich das Den Haager Gericht im „Shell-Urteil“ schon für einen solch weiten Ansatz bei Art. 7 Rom II-VO ausgesprochen haben.⁶⁷ Wie zuvor dargestellt, führt das Gericht an, dass mehrere schadensbegründende Ereignisse festgelegt werden können. Dies kann lediglich als Argument gedacht sein, die unternehmerische Leitentscheidung als maßgebliche Handlung zu rechtfertigen. Es kann aber auch in der Weise verstanden werden, dass jede Handlung, die der Kläger anführt, für sich genommen ein schadensbegründendes Ereignis nach Art. 7 Rom II-VO darstellen kann.

dd) Mosaiktheorie bei Art. 7 Rom II-VO

Eine völlig neue Theorie zur Bestimmung des schadensbegründenden Ereignisses nach Art. 7 Rom II-VO bieten *Weiner/Weller*⁶⁸, die mehrere Ansätze abwandeln und zusammentragen. Ausgangspunkt ihrer Theorie bildet die Mosaiktheorie. Die Mosaiktheorie wurde ursprünglich vom EuGH zu Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO im Kontext von Ehrverletzungen durch Presseveröffentlichungen entwickelt.⁶⁹ Demnach soll bei solchen Streuschäden das Wahlrecht des Klägers insofern eingeschränkt sein, als dass nur am Handlungsort sämtliche Schäden eingeklagt werden können, während das Gericht am Erfolgsort auf die Schäden beschränkt ist, die im jeweiligen Mitgliedstaat eingetreten sind. Bislang wurde die Anwendung der Mosaiktheorie in Rahmen von Klimaklagen in der Literatur überwiegend eher abgelehnt.⁷⁰

65 Vgl. *L. König/S. Tetzlaff*, „Forum shopping“ unter Art. 7 Rom II-VO (Fn. 44), 36; *M. P. Weiner/M.-P. Weller*, The Event Giving Rise to the Damage (Fn. 37), S. 273.

66 *S. Huber* (Fn. 38), Art. 7 Rom II-VO Rn. 38.

67 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 – Milieudefensie et al./.Royal Dutch Shell plc, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, Rn. 4.3.6.

68 *M. P. Weiner/M.-P. Weller*, The Event Giving Rise to the Damage (Fn. 37), S. 274 ff.

69 Zu Art. 5 Nr. 3 a.F. Brüssel Ia-VO EuGH, Urt. v. 07.3.1995 - Shevill et al./.Presse Alliance, ECLI:EU:C:1995:61.

70 *L. König/S. Tetzlaff*, „Forum shopping“ unter Art. 7 Rom II-VO (Fn. 44), 36; *M.-P. Weller/J.-M. Nasse/L. Nasse*, Klimaklagen (Fn. 11), S. 612, *M.-P. Weller/J.-M. Nasse/L. Nasse*, Climate Change Litigation (Fn. 18), S. 389; *E.-M. Kieninger*, Klimahaftung (Fn. 16), 4.

Weiner/Weller⁷¹ wollen nun den Grundgedanken der Mosaiktheorie abgewandelt wie folgt auf Klimaklagen übertragen: Statt die gesamte Haftung über das Recht des Standortes einer Anlage zu ermitteln, soll das Recht nur in dem Umfang angewendet werden, in welchem die Anlage in dem Staat CO₂ ausstößt. Dabei würde der anteilige Schaden auf jede der emittierenden Anlagen aufgeteilt werden und anschließend das anzuwendende Recht separat ermittelt werden. Um einer Unüberschaubarkeit zu entgegnen, soll das Gericht nur verpflichtet sein, die Emissionen der Anlagen grob bis auf zehn Beiträge einzuordnen. Ist es nicht möglich, den Ausstoß der Anlagen zu kalkulieren, soll der maßgebliche Tatbeitrag für die umweltrechtliche Verantwortung des Unternehmens herangezogen werden. Dieser könne durch die am meisten und am längsten emittierende Anlage des Unternehmens und durch den größten Einfluss auf die geltend gemachten Klimaschäden identifiziert werden. Sollte auch dies nicht bestimmbar sein, sei als letzte Option auf die unternehmerische Leitentscheidung abzustellen.

ee) Zwischenfazit

Klar ist, dass es einer neuen Herangehensweise bedarf. Die traditionellen Ansichten bieten in solch grenzüberschreitenden Sachlagen keine Lösung für eine einheitliche Zusammenfassung der Handlungen des emittierenden Unternehmens.⁷² Erachtet man die Unternehmensentscheidung als maßgebend, muss diese klar definiert werden – insbesondere bei Konzernstrukturen mit Tochter- und Muttergesellschaften.⁷³ Die abgewandelte Anwendung der Mosaiktheorie bietet zwar die sachgerechtere Lösung – kann aber schnell zur Unüberschaubarkeit und Unklarheit führen. Eine Schwerpunkt-betrachtung der emittierenden Anlagen scheint vorzugswürdig.

Es bleibt abzuwarten, wie die Entscheidung des Den Haager Gerichts interpretiert wird und ob sich andere Gerichte anschließen oder generell Stellung zu den aufgezeigten Ansätzen beziehen werden. Zu befürchten ist jedoch, dass die Bestimmung des Handlungsortes -- insbesondere bei der Zuständigkeit – in Private Climate Change Litigation selten entscheidungs-

71 M. P. Weiner/M.-P. Weller, The Event Giving Rise to the Damage (Fn. 37), S. 274 ff.

72 M. P. Weiner/M.-P. Weller, The Event Giving Rise to the Damage (Fn. 37), S. 271.

73 Siehe Fn. 48.

erheblich sein wird, sodass sich die Gerichte damit nicht in der gewünschten Tiefe befassen werden.⁷⁴

II. Klagen in Deutschland gegen Unternehmen mit Sitz in Drittstaaten

Sitzt ein Carbon Major in einem Drittstaat, gelten die Vorschriften des autonomen internationalen Zivilverfahrensrechts des Forumstaates.⁷⁵ Wird Klage bei einem deutschen Gericht erhoben, sind die §§ 12 ff. ZPO in ihrem doppelfunktionalen Verständnis für die Bestimmung der Zuständigkeit heranzuziehen.⁷⁶ Der besondere Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach § 32 ZPO ist einschlägig, sodass das deutsche Gericht zuständig ist, in dessen Bezirk die unerlaubte Handlung begangen worden ist. Der Begehungsort nach § 32 ZPO erfasst – wie auch bei Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO – im Sinne des Ubiquitätsprinzips sowohl den Handlungs- als auch den Erfolgsort.⁷⁷ Dies könnte dafür sprechen die obigen Ausführungen zu Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO im Kern auf § 32 ZPO zu übertragen;⁷⁸ abschließend geklärt ist dies noch nicht. Zu beachten ist auch der ausschließliche Gerichtsstand der Umwelteinwirkung nach § 32a ZPO, der nach S. 2 allerdings nur bei inländischen Anlagen zum Tragen kommt.⁷⁹

III. Zwischenfazit

1. Unternehmen mit Sitz in der EU

Voraussetzung für die Zuständigkeit eines europäischen Gerichts nach den Art. 4 Abs. 1, Art. 63 Brüssel Ia-VO ist stets der Sitz des Unternehmens innerhalb der EU. Damit können Carbon Majors mit Sitz in der EU in

74 Wie im „RWE-Fall“ ist Sitz der RWE in Deutschland; im „Shell-Fall“ entsprach der Ort der Unternehmensentscheidung ebenfalls der des Sitzes, vgl. *M.-P. Weller/M.-L. Tran*, *Shell* (Fn. 5), 345.

75 *E.-M. Kieninger*, Klimahaftung, (Fn. 16), 6.

76 *E.-M. Kieninger*, Klimahaftung, (Fn. 16), 6.

77 BGH, Urt. v. 25.11.1993 - IX ZR 32/93, BGHZ 124, 237, 245; BGH, Urt. v. 28.2.1996 - XII ZR 181/93, BGHZ 132, III.

78 Vgl. *E.-M. Kieninger*, Klimahaftung (Fn. 16), 6 Fn. 52; vgl. auch *P. Gottwald* (Fn. 33), Rn. 3.97.

79 Siehe näher *R. Bendtsen* in: *Saenger* (Hrsg.), *Zivilprozessordnung*, 10. Aufl., Baden-Baden 2023, § 32a ZPO Rn. 3 ff.

jedem Mitgliedstaat verklagt werden, in dem sich ihr Sitz befindet, sie gehandelt haben oder in dem Klimaschäden zu verzeichnen sind. Eine Klage gegen RWE kann nicht nur am OLG Hamm in Anknüpfung an den Sitz von RWE erhoben werden, sondern könnte zum Beispiel auch vor einem niederländischen Gericht aufgrund von drohenden Gefahren für das Wattenmeer verhandelt werden.⁸⁰ Theoretisch denkbar wäre, dass sich die Total SA infolge der Flutkatastrophe im Ahrtal 2022 vor einem nordrhein-westfälischen Gericht verantworten müsste.⁸¹ Ebenso könnte in Theorie der norwegische Konzern Equinor nach dem Lugano-Übereinkommen in einem Mitgliedstaat der EU verklagt werden.⁸²

Die uneingeschränkte Erfolgsortzuständigkeit bietet demnach viele Möglichkeiten für Klimaklagen. Beim Handlungsort kommt es auf die Definition an. Stellt man auf die Unternehmensentscheidung ab, wird der Handlungsort meist⁸³ mit dem allgemeinen Gerichtsstand des Sitzes zusammenfallen und damit keinen Mehrwert für den Kläger schaffen.⁸⁴ Auch beim maßgeblichen Tatbeitrag können die meist emittierenden Anlagen im Sitzstaat liegen. Somit würde der Handlungsort keine neue Zuständigkeit begründen, was jedoch nicht gegen die genannten Ansätze spricht, da auch sonst (Wohn-)Sitz und Handlungsort zusammenfallen können.

2. Unternehmen mit Sitz in Drittstaaten

Carbon Majors, wie Exxon Mobil oder China Coal mit Sitz in einem Drittstaat können gem. § 32 ZPO in Deutschland verklagt werden, wenn der Handlungsort oder der Erfolgsort in Deutschland liegt.

80 *E.-M. Kieninger*, Klimahaftung (Fn. 16), 2.

81 Ob die Flutkatastrophe auf den Klimawandel bzw. anteilig auf die Total SA zurückzuführen ist, ist eine Frage des materiellen Rechts, insbesondere der Kausalität und objektiven Zurechnung. Eine Zuständigkeit nach Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO wäre wohl gegeben.

82 *E.-M. Kieninger*, Klimaklagen im internationalen und deutschen Privatrecht –Mosaiksteine auf dem Weg zur Klimagerichtigkeit, ZHR 187 (2023), 348 (356).

83 Differenzierend bei Konzernstrukturen siehe Fn. 48.

84 *M.-P. Weller/J.-M. Nasse/L. Nasse*, Climate Change Litigation (Fn. 18), S. 388 Rn. 32; *M.-P. Weller/J.-M. Nasse/L. Nasse*, Klimaklagen (Fn. 11), S. 610; *M. Lehmann/F. Eichel*, Klimawandel (Fn. 15), 90.

C. Das anwendbare Recht bei Verfahren in der EU

Ist das innerhalb der EU angerufene Gericht zuständig, stellt sich anschließend die Frage nach dem anwendbaren Recht. Dies wird bei privaten Klimaklagen nach der Rom II-VO bestimmt.⁸⁵ Die Verordnung ist nach ihrer universellen Wirkung gem. Art. 1, S. 1, Art. 3 Rom II-VO auch in Fällen mit Auslandsberührungen zu einem Drittstaat heranzuziehen und kann die Anwendung des Rechts eines Drittstaats anordnen.⁸⁶

I. Umweltschädigung gem. Art. 7 Rom II-VO

Röhren die geltend gemachten Personen- oder Sachschäden aus einer Umweltschädigung, hat der Kläger nach der Spezialanknüpfung⁸⁷ des Art. 7 Rom II-VO die Wahl zwischen dem Recht des Erfolgsortes nach Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO und dem Recht des Handlungsortes. Auch wenn die reine Emission von CO₂ in die Atmosphäre als solche zunächst keine Umweltschädigung darstellt, genügt nach der vorherrschenden Ansicht, wenn Individualschäden auf dem „Umweltpfad“, also durch Einwirkung auf die natürlichen Ressourcen, entstanden sind, sodass Art. 7 Rom II-VO bei privaten Klimaklagen einschlägig ist.⁸⁸

II. Bestimmung des Handlungsortes gem. Art. 7 Rom II-VO

Art. 7 Rom II-VO eröffnet dem Kläger die Möglichkeit seine Ansprüche auch auf das Recht des Staates zu stützen, in dem das schadensbegründende Ereignis eingetreten ist. Wie schon im Rahmen der Zuständigkeit erörtert,⁸⁹ existieren diverse Vorschläge, wie der Handlungsort zu bestimmen ist. Je-

85 M.-P. Weller/J.-M. Nasse/L. Nasse, Klimaklagen (Fn. 11), S. 630 Fn. 90; M.-P. Weller/M.-L. Tran, Klimawandelklagen (Fn. 1), 596; M.-P. Weller/J.-M. Nasse/L. Nasse, Climate Change Litigation (Fn. 18), S. 391 Fn. 40.

86 A. Junker (Fn. 49), Art. 3 Rom II-VO Fn. 1, 2.

87 Als lex speciales geht Art. 7 Rom II-VO der allgemeinen Kollisionsnorm nach Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO vor, M.-P. Weller/J.-M. Nasse/L. Nasse, Klimaklagen (Fn. 11), S. 614 Fn. 96 m.w.N.

88 E.-M. Kieninger, Klimahaftung (Fn. 16), 6 m.w.N; siehe näher M. Lehmann/F. Eichel, Klimawandel (Fn. 15), 94 und M.-P. Weller/J.-M. Nasse/L. Nasse, Klimaklagen (Fn. 11), S. 615 f.; S. Huber (Fn. 38), Art. 7 Rom II-VO Fn. 17, 18.

89 Siehe B. I. 2. b.

doch unterscheiden sich die Folgen der Anwendung. Je nach Definition und Subsumtion können Handlungsort und Sitz des Unternehmens bei beiden Normen zusammenfallen.⁹⁰ Allerdings spricht Art. 7 Rom II-VO nur vom Erfolgsort oder Handlungsort – eine Anknüpfung an den Sitz wie beim allgemeinen Gerichtsstand nach Art. 4 Abs. 1, Art. 63 Brüssel Ia-VO fehlt. Somit kann sich bei der Wahl des anzuwendenden Rechts aus der Handlungsortanknüpfung ein Mehrwert für den Kläger ergeben.

III. Einschränkung der Erfolgsortanknüpfung gem. Art. 7 Rom II-VO

Nach Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem der Schaden eintritt. Auch hier schlagen *Lehmann/Eichel* vor, die Erfolgsortanknüpfung einzuschränken.⁹¹ Dahinter steht die Befürchtung, Art. 7 Rom II-VO könne sich „als Einfallstor für eine rigide Klimahaftung erweisen, zu der die Haftenden keinen Bezug haben“.⁹² Dies ist im Vergleich zu Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO insofern überzeugender, als dass (theoretisch) die Gefahr besteht, dass die vom Klimawandel besonders betroffenen Drittstaaten die Anforderungen an die materiellen Haftungsvoraussetzungen, z.B. der Kausalität oder des Verschuldens, erheblich reduzieren.⁹³

Als Einschränkung wird eine analoge Anwendung des Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2 Rom II-VO erwogen, nach dem der Vorhersehbarkeitsvorbehalt auch bei Art. 7 Rom II-VO anzuwenden wäre.⁹⁴ Den Autoren zufolge muss ein Unternehmen zwar mit Schäden durch emissionsinduzierten Klimawandel rechnen, jedoch ist nicht vorhersehbar, wo und bei wem solche Schäden eintreten.⁹⁵ Demnach könnte sich der Kläger nicht auf das Erfolgsrecht stützen.⁹⁶ Anstelle des in Art. 5 Abs. 1 UA 2 Rom II-VO vorgesehenen Rechts des Staates, in dem der Beklagte seinen gewöhnlichen

90 Siehe auch B. III. 1.

91 Vgl. *E.-M. Kieninger*, Klimahaftung, (Fn. 16), 6.

92 *M. Lehmann/F. Eichel*, Klimawandel (Fn. 15), 97.

93 *M. Lehmann/F. Eichel*, Klimawandel (Fn. 15), 96; vgl. *E.-M. Kieninger*, Klimahaftung (Fn. 16), 7.

94 *M. Lehmann/F. Eichel*, Klimawandel (Fn. 15), 107.

95 *M. Lehmann/F. Eichel*, Klimawandel (Fn. 15), 107.

96 Nach *Lehmann/Eichel* soll die Analogie nicht greifen, wenn das Unternehmen nicht schutzwürdig ist, d.h. keine Genehmigung eingeholt, jene erschlichen oder die im Gesetz festgelegten CO₂-Grenzwerte bewusst überschritten hat, *M. Lehmann/F. Eichel*, Klimawandel (Fn. 15), 107.

Aufenthalt hat, solle das sachgerechtere Handlungsortrecht angewendet werden.⁹⁷

Eine solche Analogie wird überwiegend abgelehnt.⁹⁸ Zunächst ist das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke fraglich. Die Gesetzesbegründung zu Art. 7 Rom II-VO spricht von Umweltschädigungen, die Schäden in Nachbarländern hervorrufen, wie etwa beim Entsorgen umweltschädlicher Stoffe in Flüssen.⁹⁹ Ob allein daraus geschlossen werden kann, dass der Verordnungsgeber ausschließlich Konstellationen erfasst wissen wollte, in denen der Handlungs- und der Erfolgsort in einer gewissen räumlichen Beziehung stehen, ist eher zu bezweifeln.¹⁰⁰

Gewichtiger ist, dass die Interessenlage nicht vergleichbar ist. Der Vorhersehbarkeitsvorbehalt in Art. 5 Abs. 1 UA 2 Rom II-VO dient einer gerechten Verteilung zwischen Verbraucherschutz und Wettbewerb und schafft Innovationsanreize.¹⁰¹ Art. 7 Rom II-VO sieht hingegen ein deutlich höheres Schutzniveau für den Geschädigten vor: Der Umweltschutz rechtfertigt in vollem Umfang die Anwendung des Grundsatzes der Begünstigung des Geschädigten.¹⁰² Die durch Art. 7 Rom II-VO erweiterte Möglichkeit der Anknüpfung an den Erfolgsort soll unter anderem verhindern, dass ein mögliches umweltrechtliches Schutzfalle zwischen verschiedenen Rechtsordnungen ausgenutzt werden kann, da sie Unternehmen in einem Staat mit niedrigen Schutzstandards dazu zwingt, einen höheren Standard in Nachbarstaaten zu berücksichtigen, und ihr Interesse schwächt, sich in einem Staat mit niedrigen Schutzbestimmungen niederzulassen.¹⁰³ Bei

97 *M. Lehmann/F. Eichel*, Klimawandel (Fn. 15), 107.

98 *A. Junker* (Fn. 49), Art. 7 Rom II-VO Rn. 20; *E.-M. Kieninger*, Klimahaftung (Fn. 16), 7, 8; *E.-M. Kieninger*, Klimaklagen, (Fn. 79), 358; *M.-P. Weller/M.-L. Tran*, Klimawandelklagen (Fn. 1), 573; *M.-P. Weller/J.-M. Nasse/L. Nasse*, Klimaklagen (Fn. 11), S. 617 Fn. 125 m.w.N.

99 *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht ("ROM II") - KOM/2003/0427 endg. - COD 2003/0168, S. 21, 22; *M. Lehmann/F. Eichel*, Klimawandel (Fn. 15), 106.

100 Zustimmend *M. Lehmann/F. Eichel*, Klimawandel (Fn. 15), 106 f.; ablehnend *E.-M. Kieninger*, Klimahaftung (Fn. 16), 7; zweifelnd *M.-P. Weller/J.-M. Nasse/L. Nasse*, Climate Change Litigation (Fn. 18), S. 395 Rn. 55-57.

101 Erwägungsgrund 20 Rom II-VO.

102 Erwägungsgrund 25 Rom II-VO, vgl. auch *M. Lehmann/F. Eichel*, Klimawandel (Fn. 15), 106.

103 *Europäische Kommission*, KOM(2003) 427 (Fn. 99), S. 21; *A. Junker* (Fn. 49), Art. 7 Rom II-VO Rn. 2; vgl. *L. König/S. Tetzlaff*, „Forum shopping“ unter Art. 7 Rom II-VO (Fn. 44), 36.

Anwendung des Vorhersehbarkeitsvorbehalts in der vorgeschlagenen Weise läuft jene Wahlmöglichkeit des Geschädigten ins Leere; übrig bliebe nur das Handlungsortrecht. Seine Handlungen kann das Unternehmen aus einem Staat mit niedrigen Umweltschutzstandards steuern. Damit steht die Schutzrichtung und der Sinn und Zweck des Art. 7 Rom II-VO einer analogen Anwendung des Art. 5 Abs. 1 UA 2 Rom II-VO entgegen.

Dem Bedürfnis einer Einschränkung kann insbesondere nicht mit dem Kriterium der Vorhersehbarkeit aus Art. 5 Rom II-VO entgegnet werden, da dieses bei Klimaklagen schlicht unpassend ist und zu keinem Mehrwert führt. Zum einen lässt sich argumentieren, dass Klimaschäden nie vorhersehbar sind, weil es beim CO₂-Ausstoß aufgrund der Vielzahl potenzieller Schadensorte nicht möglich ist, den konkreten Schadenseintritt vorherzusehen.¹⁰⁴ Gleichwohl sind Klimaschäden insofern immer vorhersehbar, da die Unternehmen mit einer globalen Ausbreitung von Treibhausgasen in der Atmosphäre und damit auch in die Staaten, in denen Klimaschäden eingetreten sind, rechnen (müssen) -- auch wenn sie die Details des Schadenseintritts nicht vorhersehen können.¹⁰⁵

Die Frage nach der Vorhersehbarkeit müsste bei privaten Klimaklagen also immer bejaht oder immer verneint werden. Die Antwort würde nicht im Einzelfall variieren; die Rechtsfolge des Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2 Rom II-VO wäre stets dieselbe. Dies widerspricht jedoch dem Sinn und Zweck des Vorhersehbarkeitsvorbehalts. Für die Vorhersehbarkeit im Sinne des Art. 5 Abs. 1 UA 2 Rom II-VO sind solche Umstände heranzuziehen, die der potenziell Haftende beeinflussen kann.¹⁰⁶ Allein auf objektiv vorgegebene Umstände abzustellen, raubt dem Kriterium der Vorhersehbarkeit seine einschränkende Bedeutung praktisch vollständig.¹⁰⁷ Denn im Kontext der Produkthaftung ist grundsätzlich vorhersehbar, dass ein einmal auf den Markt gebrachtes Produkt in jedem Staat weltweit vertrieben werden kann¹⁰⁸ – genauso wie grundsätzlich vorhersehbar ist, dass Emissionen Klimaschäden weltweit verursachen können. Entscheidend ist, ob der potenziell Haftende Schutzvorkehrungen getroffen hat, um den Vertrieb eines

104 *M. Lehmann/F. Eichel*, Klimawandel (Fn. 15), 107.

105 *M.-P. Weller/J.-M. Nasse/L. Nasse*, Climate Change Litigation (Fn. 18), S. 396 Rn. 57; vgl. *E.-M. Kieninger*, Klimahaftung (Fn. 16), 7; *A. Junker* (Fn. 49), Art. 7 Rom II-VO Rn. 20.

106 *M. Müller* in: BeckOGK Zivilrecht, Stand: 1.12.2022, Art. 5 Rom II-VO Rn. 109.

107 *M. Müller* (Fn. 106), Art. 5 Rom II-VO Rn. 108.

108 *M. Müller* (Fn. 106), Art. 5 Rom II-VO Rn. 108.

Produktes örtlich einzuschränken.¹⁰⁹ Beim CO₂-Ausstoß sind hingegen keine Vorkehrungen zur Begrenzung der potenziellen Schadensorte möglich.¹¹⁰ Somit kann der Vorhersehbarkeitsvorbehalt im Fall der privaten Klimaklagen nicht herangezogen werden. Einer Einschränkung der Haftung der Carbon Majors sollte – wenn überhaupt – zumindest nicht auf kollisionsrechtlicher Ebene begegnet werden.¹¹¹

IV. Einschränkung durch Art. 17 Rom II-VO

Als vermittelnder Weg wird vorgeschlagen, die den Unternehmen erteilten Genehmigungen zur Errichtung und Inbetriebnahme ihrer Anlagen nach Art. 17 Rom II-VO als Sicherheits- und Verhaltensregeln des Handlungsortes zu berücksichtigen.¹¹² Um den durch Art. 7 Rom II-VO angestrebten Zielen des Umweltschutzes und des Schutzes der Geschädigten hinreichend Rechnung zu tragen, sollten die Genehmigungen nur dann berücksichtigt werden, wenn die Emissionen völkerrechtlich zulässig sind, die Genehmigungsvoraussetzungen im Ausland denen des *lex fori* weitestgehend entsprechen und die ausländischen Betroffenen die Möglichkeit zur Beteiligung im Genehmigungsverfahren hatten.¹¹³ Da letzteres selten der Fall sein wird, wird diskutiert, das Erfordernis der Beteiligung einzuschränken, indem die individuelle Beteiligung von Betroffenen durch Repräsentanten vulnerabler Gruppen ersetzt oder ganz auf die Beteiligung verzichtet wird.¹¹⁴ Im „Shell-Urteil“ lehnen die Richter ohne nähere Begründung die Berücksichtigung von Genehmigungen ab.¹¹⁵

109 *M. Müller* (Fn. 106), Art. 5 Rom II-VO Rn. 109.

110 *M.-P. Weller/J.-M. Nasse/L. Nasse*, Climate Change Litigation (Fn. 18), S. 396 Rn. 57.

111 *L. König/S. Tetzlaff*, „Forum shopping“ unter Art. 7 Rom II-VO (Fn. 44), 35.

112 *M.-P. Weller/J.-M. Nasse/L. Nasse*, Klimaklagen (Fn. 11), S. 618; vgl. *Maultzsch* in: BeckOGK Zivilrecht, Stand: 1.9.2024, Art. 17 Rom II-VO Rn. 27; *M.-P. Weller/M.-L. Tran*, Klimawandelklagen (Fn. 1), 595 f.; *M. Lehmann/F. Eichel*, Klimawandel (Fn. 15), 98.

113 *M.-P. Weller/M.-L. Tran*, Klimawandelklagen (Fn. 1), 596; *E.-M. Kieninger*, Klimahaftung (Fn. 16) 8,9; *M.-P. Weller/J.-M. Nasse/L. Nasse*, Klimaklagen (Fn. 11), S. 618 m.w.N.

114 *M.-P. Weller/M.-L. Tran*, Klimawandelklagen (Fn. 1), 596; siehe auch *E.-M. Kieninger*, Klimahaftung (Fn. 16), 9.

115 Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 – Milieudefensie et al./.Royal Dutch Shell plc, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, Rn. 4.4.48: „It is not apparent that CO₂ emissions have played any role whatsoever in these permits and concessions“.

D. Weitere prozesstaktische Aspekte der Forum- und Rechtswahl

Aus dem extensiven Verständnis der Erfolgsortanknüpfung und der teilweise weiten Definition des Handlungsortes ergeben sich diverse Möglichkeiten in der Ausgestaltung des Prozesses. Bei Forum- und Rechtswahl spielen weitere Aspekte eine wichtige Rolle. Von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist beispielsweise die Vollstreckung: Obschon bereits die Präzedenzentscheidung als solche bedeutsam ist,¹¹⁶ bleibt es für den Geschädigten elementar, die Entscheidung auch erfolgreich vollstrecken zu können. Auf europäischer Ebene ist das Vollstreckungsverfahren nach den Art. 36 ff. Brüssel Ia-VO weitestgehend harmonisiert.¹¹⁷

Die Wahl der Rechtsordnung ist maßgeblich dadurch bestimmt, ob das materielle Recht Erfolg verspricht.¹¹⁸ Hat sich in einem Staat bereits eine gefestigte klägerfreundliche Rechtsprechung etabliert, werden die Erfolgsschancen größer sein. Auch prozessuale Regelungen, wie die Möglichkeit zur Sammel- oder Verbandsklage, können ausschlaggebend sein.¹¹⁹ Abzuwagen sind ebenso die Regeln der Beweiserhebung, des Beweismaßes sowie des Kostenrechts.¹²⁰ Vorzugswürdiger erscheint auch, das Gericht eigenes statt fremdes Recht anwenden zu lassen.¹²¹

116 M.-P. Weller/M.-L. Tran, *Shell* (Fn. 5), 353, 356; G. Wagner, Klimaschutz durch Gerichte, NJW 2021, 2256 (2261 f.); vgl. E.-M., Kieninger, Klimaklagen (Fn. 82), 358 f.

117 Ausführlicher E.-M. Kieninger, Klimahaftung (Fn. 16), 11 ff.

118 E.-M., Kieninger, Klimaklagen (Fn. 82), 357.

119 Bezgl. des „Shell-Urteils“ siehe Johanna C. Gabler - Deliktische Klimahaftung am Beispiel des Shell-Urteils des Haager Bezirksgerichts, S. 183 Fn. 36, 189 und M.-P. Weller/M.-L. Tran, *Shell* (Fn. 5), 353; siehe auch J. Willert/ A. Isfort, Potenzial der europäischen Verbandsklage für Klimaklagen, KlimR 2023, 49.

120 E.-M., Kieninger, Klimaklagen (Fn. 82), 357.

121 In Deutschland kommt ansonsten § 293 ZPO zur Anwendung, vgl. H. Prütting, MüKo-ZPO Bd. 1, 6. Aufl., München 2020, § 293 ZPO Rn. 17, 23 ff.

Corporate Climate Litigation

*Marc-Philippe Weller/Theresa Hößl/Carolina Radke**

1. Einführung

Die Klimakrise ist *die* Herausforderung des 21. Jahrhunderts. Mit ihr drohen eine Zunahme von Extremwetterereignissen, ein Anstieg des Meeresspiegels und die Beschleunigung des Artensterbens.¹ Nicht zuletzt bedingt die Erderwärmung soziale Spannungen und politische oder sogar bewaffnete Konflikte.²

Diesen Zusammenhang sieht auch der italienische Kassationsgerichtshof; er erkennt den Klimawandel – trotz ansonsten strenger Zuwanderungspolitik – als Grund für die Gewährung humanitären Schutzes grundsätzlich an.³ Das könnte bis zum Jahr 2050 über 200 Millionen Menschen betreffen, die aufgrund von Extremwetterereignissen ihre Heimatländer verlassen.⁴

* Prof. Dr. Marc-Philippe Weller, Licencié en droit (Montpellier), ist Direktor, Theresa Hößl ist Wissenschaftliche Assistentin und Doktorandin und Carolina Radke ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag des *Erstverf.* im Rahmen des Symposiums „Nachhaltigkeit im Wirtschaftsrecht“ der Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht im November 2022 in Salzburg und ist bereits erschienen in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg.), Nachhaltigkeit im Wirtschaftsrecht, 2023, 143-171. Die Verf. danken Frau Wiss. Mit. Camilla Seemann, Heidelberg, für wertvolle Hinweise. Vgl. zum selben Themenkreis Weller/Radke, Klimaklagen vor deutschen Gerichten, in: Jahrbuch Bitburger Gespräche 2023, 35-58; ferner Weller/Tran, Climate Litigation against Companies, in: Climate Action (2022), 1:14 (abrufbar unter www.nature.com/articles/s44168-022-00013-6). Alle Links wurden zuletzt abgerufen am 5.6.2024.

- 1 Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), Climate Change 2022: Impacts, Adaption and Vulnerability. Working Group II Contribution to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change (2022), 8, 2414 ff.
- 2 Zum Bürgerkrieg in Syrien vgl. IPCC, Climate Change 2022: Impacts, Adaption and Vulnerability. Working Group II Contribution to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change (2022), 2429.
- 3 Corte di Cassazione, Urteil vom 24.2.2021, n 5022/2021.
- 4 Hoher Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen, Global Trends. Forced Displacement in 2021 (2022), 10.

1.1. Der völkerrechtliche Rahmen: Das Pariser Abkommen (2015)

Die Klimakrise muss deshalb global zu meistern gesucht werden und ist im ersten Schritt über das Völkerrecht zu lösen.⁵ Ein wichtiger Meilenstein ist dabei das „Pariser Abkommen“ aus dem Jahr 2015.⁶ Es verpflichtet in seinem Artikel 2⁷ die Signatarstaaten, Maßnahmen zu ergreifen, um den Temperaturanstieg auf idealerweise 1,5 °C zu begrenzen. Die internationalen Weltklimakonferenzen (sog „Conferences of the Parties“, COPs) im Nachgang zu Paris – etwa im November 2022 im ägyptischen Sharm el Sheikh – offenbaren allerdings, dass völkerrechtliche Aushandlungsprozesse aufgrund erheblicher Interessendifferenzen zwischen den Staaten (zB Globaler Süden versus Globaler Norden, Entwicklungs- und Schwellenländer versus tradierte Industrieländer) träge und schwierig sind.⁸ So konnte entgegen anfänglicher Erwartung keine endgültige Einigung zum Ausstieg aus der Nutzung fossiler Energieträger erzielt werden; die teilnehmenden Staaten verständigten sich lediglich auf die Förderung emissionsärmer Technologien.⁹ Immerhin ist der *loss-and-damage-fund* – ein Fonds, in den insbesondere der Globale Norden einzahlen soll, um Klimawandelschäden im Globalen Süden auszugleichen – 2022 beschlossen worden und bei der Weltklimakonferenz in Dubai 2023 haben die ersten Länder wie die

5 *Tran*, Grenzüberschreitende Klimaklagen (im Erscheinen), 24ff.; ferner *Schlacke*, En-WZ 2020, 355 ff.

6 Übereinkommen von Paris vom 12.12.2015 im Rahmen der 21. UN-Klimarahmenkonferenz. Es zählt 195 Vertragsstaaten (Stand 5.6.2024), www.unfccc.int/process/the-paris-agreement/status-of-ratification.

7 Art 2 Abs 1 (a) des Übereinkommens von Paris (Fn.6): „Dieses Übereinkommen zielt darauf ab, durch Verbesserung der Durchführung des Rahmenübereinkommens einschließlich seines Ziels die weltweite Reaktion auf die Bedrohung durch Klimaänderungen im Zusammenhang mit nachhaltiger Entwicklung und den Bemühungen zur Beseitigung der Armut zu verstärken, indem unter anderem [...] der Anstieg der durchschnittlichen Erdtemperatur deutlich unter 2 °C über dem vorindustriellen Niveau gehalten wird und Anstrengungen unternommen werden, um den Temperaturanstieg auf 1,5 °C über dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen [...]“

8 Zu den Klimafolgekonferenzen zu Paris *Frank*, KlimR 2022, 134 f; *Mehling/Bausch*, KlimR 2022, 22 (23); *Frenz*, UPR 2022, 17 ff. Kritisch zu den Ergebnissen der 27. Klimarahmenkonferenz im ägyptischen Sharm el Sheikh *Reeh*, IR 2022, 313 ff.

9 Sharm el-Sheikh Implementation Plan, Decision-/CP.27, Ziffer 8: „The Conference of the Parties [...] [e]mphasizes the urgent need for immediate, deep, rapid and sustained reductions in global greenhouse gas emissions by Parties across all applicable sectors, including through increase in low-emission and renewable energy, just energy transition partnerships and other cooperative actions“, www.unfccc.int/sites/default/files/resource/cop27_auv_2_cover%20decision.pdf; *Reeh*, IR 2022, 313 (313).

Vereinigten Arabischen Emirate, Deutschland, Großbritannien, die USA und Japan freiwillige Zusagen für Zahlungen gemacht.¹⁰

1.2. Politischer Druck durch Climate Litigation

Die Ernüchterung über die begrenzten Möglichkeiten des Völkerrechts hat Klimaaktivisten auf den Plan gerufen, Klima(wandel)klagen gegen Staaten und Großunternehmen zu erheben, um maßgebliche Akteure in Exekutive, Legislative und Wirtschaft in ihrem jeweiligen Verantwortungsbereich zum Handeln zu zwingen – oder jedenfalls zu motivieren.¹¹ Vor diesem Hintergrund verfolgen Klimaklagen (auch) das strategische Interesse, die Diskussion um den Klimawandel in die Breite zu tragen und so die Bekämpfung des Klimawandels zu beschleunigen.¹²

In Frankreich, im Vereinigten Königreich und in den USA sind Prozesse anhängig.¹³ Aber auch in Deutschland wurden bereits mehrere Klagen erhoben.¹⁴ Ein prominentes Beispiel ist die Klage des peruanischen Bauern *Saúl Ananías Luciano Lliuya* gegen die RWE AG.¹⁵ Sie ist anhängig in der Berufungsinstanz vor dem Oberlandesgericht Hamm. Das Wohnhaus des Klägers *Lliuya* liegt unterhalb des Gletschersees „Laguna Palacocha“, dessen

10 Zu Sharm el-Sheikh: Funding arrangements for responding to loss and damage associated with adverse effects of climate change, including a focus on addressing loss and damage, Decision -/CP.27 -/CMA.4, www.unfccc.int/sites/default/files/resource/cma4_auv_8f.pdf; *Bodle/Riedel/Bausch*, KlimR 2023, 2 ff.; zu Dubai: <https://www.reuters.com/business/environment/cop28-summit-opens-with-hopes-early-deal-climate-damage-fund-2023-11-30/>

11 *Lehmann/Eichel*, RabelsZ 83 (2019) 77 (81); *Oexle/Lammers*, NVwZ 2020, 1723 (1724); *Weller/Tran*, ZEuP 2021, 573 (577 f); *Fellenberg*, NVwZ 2022, 913.

12 *Weller/Tran*, ZEuP 2021, 573 (577 f); *Fellenberg*, NVwZ 2022, 913; vgl. auch *Hinteregger*, JETL 2017, 238 (245).

13 Zu den in Frankreich anhängigen Klimaklagen gegen private Unternehmen *Epstein/Deckert* in *Kahl/Weller* (Hrsg), Climate Change Litigation (2021), 337 (346 ff); zu den im Vereinigten Königreich anhängigen Klimaklagen gegen private Unternehmen *Giesberts/Haas*, KlimaRZ 2023, 84 (89), *Weller/Tran*, ZEuP 2021, 573 (578 f); zu den in den USA anhängigen Klimaklagen gegen private Unternehmen *Keller/Kapoor/Momah*, SchiedsVZ 2022, 13 f; *Pieper/Schneider*, KlimaRZ 2022, 107 f.

14 Zu den in Deutschland anhängigen Klimaklagen *Ennöckl/Fitz* in Climate Change, Responsibility and Liability (2022), 281 ff; *Schmidt-Ahrendts/Schneider*, NJW 2022, 3475; *Walden/Frischholz*, ZIP 2022, 2473 (2475); jüngst *Schirmer*, NJW 2023, 113.

15 OLG Hamm 30.11.2017 – I-5 U 15/17 ZUR 2018, 118 ff; hierzu ausführlicher *Chatzinerantzis/Appel*, NJW 2019, 881 ff; *Ennöckl*, RDU 2022, 137 (138 f); *Schirmer*, Nachhaltiges Privatrecht (2023), 119 ff.

Wasserpegel durch die stete Gletscherschmelze steigt.¹⁶ Der Kläger fürchtet die Überschwemmung seines Grundstücks und verlangt von RWE ua eine anteilige Beteiligung an Klimawandelanpassungsmaßnahmen bzw. einen Kostenvorschuss für diese Klimawandelanpassungsmaßnahmen (gestützt auf Beseitigung von Eigentumsbeeinträchtigungen durch den globalen Klimawandel, § 1004 BGB, i.V.m. §§ 683 S. 1, 677, 670 BGB).¹⁷ In concreto soll sich RWE zu 0,47 Prozent beteiligen. Geklagt wird damit entgegen dem deliktsrechtlichen Alles-oder-nichts-Prinzip, wonach ein Schädiger – sofern der Haftungstatbestand dem Grunde nach besteht – auch bei Beteiligung mehrerer im Verhältnis zum Geschädigten auf den vollen Schadenersatz in Anspruch genommen werden könnte (vgl. §§ 840, 421 BGB), nur auf eine anteilige Proportionalhaftung. Die 0,47 Prozent entsprächen, so die Klägerseite, dem Anteil der von RWE emittierten Treibhausgase am globalen Treibhausgasausstoß.¹⁸

Solche Klimaklagen sind Paradefälle der Strategic Litigation, die – abgesehen vom rechtlichen Erfolg – vor allem auf die mediale Aufmerksamkeit, die gesellschaftliche Sensibilisierung und das Vorantreiben des politischen Diskurses abzielt.¹⁹

Im Folgenden soll zunächst ein kurzer Blick auf die verschiedenen Typen von Klimaklagen geworfen werden (unter 2.). Einen Schwerpunkt legen wir dabei auf Klimaklagen im Gesellschaftsrecht (unter 3.), im Deliktsrecht (unter 4.) und im Lauterkeitsrecht (unter 5.). Ein weiterer Problemkreis betrifft das kollisionsrechtlich anwendbare Recht: Kommt man bei privaten Klimaklagen überhaupt zum deutschen Recht? (unter 6.). Materiellrechtlich geht ein wesentlicher rechtsvergleichender Impuls von den Niederlanden in Gestalt des *Shell-Urteils* des Haager Bezirksgerichts aus; dessen tragende Aussagen sollen skizziert werden, weil sie für die Klägerseite als

16 *Saúl Ananías Luciano Lliuya v. RWE AG*, Berufungsbegründung vom 23.2.2017, 16, www.germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/static/19025.pdf.

17 *Saúl Ananías Luciano Lliuya v. RWE AG*, Berufungsbegründung vom 23.2.2017, 2 f.

18 *Saúl Ananías Luciano Lliuya v. RWE AG*, Berufungsbegründung vom 23.2.2017, 2 f.

19 Zum Begriff der „Strategic Litigation“ das *European Center for Constitutional and Human Rights*: „*Strategic litigation aims to bring about broad societal changes beyond the scope of the individual case at hand. It aims to use legal means to tackle injustices that have not been adequately addressed in law or politics. [...] Successful strategic litigation brings about lasting political, economic or social changes and develops the existing law. [...]*“, www.ecchr.eu/en/glossary/strategic-litigation/. Ausführlicher zu Klimaklagen als Paradefall „*politischer Litigation*“ *Friedrich*, DÖV 2021, 726 ff; *Verheyen/Pabsch*, The role of non-governmental organizations for climate change litigation, in *Kahl/Weller* (Hrsg), Climate Change Litigation (2021), 507 (Rn. 1).

Inspirationsquelle für die Klagen vor deutschen Gerichten dienen (unter 7.). Abschließend sollen einige Problemkreise der in Deutschland anhängigen, auf § 1004 BGB analog gestützten CO₂-Reduktionsklagen gegen Großunternehmen erörtert werden (unter 8.).

2. Völkerrechtliche und öffentlich-rechtliche Klimaklagen

Typologisch lassen sich mehrere Klagekonstellationen unterscheiden:

Eine Gruppe bilden zunächst die völkerrechtlichen Klimaklagen, also Auseinandersetzungen zwischen Staaten. Der südpazifische Inselstaat Palau beantragte 2011, den Internationalen Gerichtshof in Den Haag (IGH) mit einem Gutachten über die Staatenverantwortlichkeit für den Klimawandel zu betrauen.²⁰ Das hatte die UN-Vollversammlung seinerzeit allerdings abgelehnt,²¹ sodass es bisher nicht zu einem diesbezüglichen IGH-Gutachten gekommen ist. Auch der Inselstaat Vanuatu scheiterte 2020 mit einem entsprechenden Versuch,²² bereitet aber derzeit ein neues Ersuchen um ein entsprechendes IGH-Gutachten vor.²³ Insofern bleibt abzuwarten, ob der IGH zur Frage der staatlichen Verantwortung für Klimaschäden in absehbarer Zeit Stellung beziehen wird. Eine solche Stellungnahme würde zwar keine Bindungswirkung in rechtlicher Hinsicht entfalten,²⁴ jedenfalls aber eine erhebliche Strahlkraft aufgrund des internationalen Ansehens des IGH.²⁵

Entsprechend der Zielsetzung der Strategic Litigation haben allerdings die letzten Weltklimakonferenzen in Sharm El-Sheikh und Dubai eine

20 Beck/Burleson, *Transnational Environmental Law* 3(1), 17 (19); Schmahl, JZ 2022, 317 (319).

21 Schmahl, JZ 2022, 317 (319); ausführlicher Kysar, *Climate Change and the International Court Of Justice* (2013), Yale Law School Public Research Paper No. 315.

22 Schmahl, JZ 2022, 317 (319); hierzu auch Esswein/Zernack, *The New Humanitarian* vom 11.12.2020, www.thenewhumanitarian.org/news-feature/2020/12/1/pacific-vanuatu-disappearing-island-climate-change-cyclone-lawsuit-migration.

23 www.vanuatuicj.com/resolution.

24 Savaresi/Kulovesi/Asselt, *Blog of the European Journal of International Law* (17.12.2021) www.ejiltalk.org/beyond-cop26-time-for-an-advisory-opinion-on-climate-change/.

25 Payandeh in *Kahl/Weller* (Hrsg), *Climate Change Litigation* (2021) 62, 67 Rn. 5; Tran, *Grenzüberschreitende Klimaklagen* (im Erscheinen), 43.

Forderung dieser Inselstaaten aufgegriffen, nämlich die Einrichtung eines *loss-and-damage-fund*.²⁶

Unabhängig davon war seit Ende 2022 auch ein Verfahren vor dem Internationalen Seegerichtshof in Hamburg anhängig: Einige Small Island States, neben Palau, Vanuatu und Nassau noch weitere Inselstaaten aus dem Südpazifik, haben sich zusammengetan und vor dem Seegerichtshof beantragt, eine Advisory Opinion dazu zu erstatten, welche Pflichten den Signatarstaaten bezüglich des Klimawandels obliegen.²⁷ Im Mai 2024 ist diese Advisory Opinion ergangen: Der Seegerichtshof entschied, dass der menschengemachte Ausstoß von Treibhausgasen sowohl zur Erd- als auch zur Meereserwärmung beiträgt und damit eine Verschmutzung der Meeressumwelt i.S.d. UN-Seerechtsübereinkommen darstellt.²⁸ Konkrete Pflichten der Mitgliedstaaten ergeben sich aus der Advisory Opinion aber noch nicht.²⁹

Die öffentlich-rechtlichen Klimaklagen sind gestützt auf die Grund- und Menschenrechte und dabei neben ihrer intertemporalen Abwehrdimension insbesondere auf ihrer Schutzpflichtdimension. In diesem Zusammenhang sei neben dem prominenten Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts (2021)³⁰ auch dessen Follow-up – die seit Januar 2022 anhängige Verfas-

26 Siehe oben unter 1.1.

27 Der Internationale Seegerichtshof ist zuständig für alle Streitigkeiten betreffend die Anwendung und Auslegung des Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen. Die *advisory opinion* wurde zu folgender Frage ersucht: „*What are the specific obligations of State Parties to the United Nations Convention on the Law of the Sea [...] (a) to prevent, reduce and control pollution of the marine environment in relation to the deleterious effects that result or are likely to result from climate change, including through ocean warming and sea level rise, and ocean acidification, which are caused by anthropogenic greenhouse gas emissions into the atmosphere? (b) to protect and preserve the marine environment in relation to climate change impacts, including ocean warming and sea level rise, and ocean acidification?*“ www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31/Request_for_Advisory_Opinion_COSIS_12.12.22.pdf.

28 Die Advisory Opinion ist abrufbar unter <https://www.itlos.org/en/main/cases/list-of-cases/request-for-an-advisory-opinion-submitted-by-the-commission-of-small-island-states-on-climate-change-and-international-law-request-for-advisory-opinion-submitted-to-the-tribunal/>; näher hierzu *Albers*, RdTW 2024, 201.

29 Näher *Albers*, RdTW 2024, 201.

30 BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20 NJW 2021, 1723 ff.

sungsbeschwerde³¹ einer Gruppe junger Erwachsener gegen die auf den Klimabeschluss folgende Änderung des KSG – erwähnt.

In privatrechtlicher Hinsicht können wir mehrere Typen von Klimaklagen unterscheiden. Die eine Gruppe sind gesellschaftsrechtliche Klagen, die andere – die derzeit (noch) die Praxis dominiert – betrifft deliktsrechtliche Klagen. Jüngst wird außerdem das Lauterkeitsrecht für einen dritten Typ der Klimaklage aktiviert. Im Einzelnen:

3. Gesellschaftsrechtliche Klimaklagen

Ein kurzer Blick in die Kristallkugel mag erhellen, ob und inwiefern gesellschaftsrechtliche Klagen möglicherweise künftig auch in Deutschland relevant werden.

3.1. Aktionärsklagen gegen Leitungsentscheidungen

Eine Inspirationsquelle bietet die Rechtsvergleichung, namentlich der Blick ins Vereinigte Königreich. Eine NGO namens Client Earth verklagt Shell vor englischen Gerichten – allerdings nicht Shell als Aktiengesellschaft, sondern das Board of Directors, mithin die einzelnen Vorstandsmitglieder von Shell: Es handelt sich um eine Aktionärsklage (Client Earth hatte zuvor Aktien von Shell erworben) gegen den Vorstand für „*mismanaging climate risk*“³² Sie steht in engem Zusammenhang mit dem noch näher zu beleuchtenden *Shell*-Urteil des Haager Bezirksgerichts; darin wird Shell zur Reduzierung seiner konzern- und wertschöpfungskettenweiten Emissionen verpflichtet.³³ Die Klage gegen das Board of Directors wird gestützt auf

31 Steinmetz et al, Klageschrift vom 24.1.2022, www.duh.de/fileadmin/user_upload/download/Pressemitteilungen/Umweltpolitik/Klimaschutz/Verfassungsbeschwerde_II_KSG_Bund_geschwärzt.pdf.

32 Pressemitteilung von Client Earth vom 9.2.2023: „*ClientEarth has today filed a world-first lawsuit against the Board of Directors of Shell plc for failing to manage the material and foreseeable risks posed to the company by climate change.*“, www.clientearth.org/latest/press-office/press/clientearth-files-climate-risk-lawsuit-against-shells-board-with-support-from-institutional-investors/.

33 Rechtbank Den Haag, Urteil vom 26.5.2021, C/09/571932/HA ZA 19-379, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339.

Section 172³⁴ und Section 174 des UK Companies Act.³⁵ Dort sind die organschaftlichen Sorgfaltspflichten des Boards statuiert, die – funktional vergleichbar – in Deutschland in § 93 AktG kodifiziert sind.³⁶ Die Argumentation der Klage geht dahin, der Vorstand hafte, weil er die Klimawandeltransformation, die das Haager Bezirksgericht Shell auferlegt, nicht hinreichend angestoßen und insofern seine Sorgfaltspflichten gegenüber Shell als Aktiengesellschaft verletzt habe.³⁷

Sind vergleichbare Klagen auch in Deutschland denkbar? In Aktiengesellschaften nach deutschem Recht hat der Vorstand die Leitungshoheit

34 Section 172 UK Companies Act: „(1) A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to - (a)the likely consequences of any decision in the long term, (b)the interests of the company's employees, (c)the need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others, (d)the impact of the company's operations on the community and the environment, (e)the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and (f)the need to act fairly as between members of the company. (2) Where or to the extent that the purposes of the company consist of or include purposes other than the benefit of its members, subsection (1) has effect as if the reference to promoting the success of the company for the benefit of its members were to achieving those purposes. (3) The duty imposed by this section has effect subject to any enactment or rule of law requiring directors, in certain circumstances, to consider or act in the interests of creditors of the company.“

35 Section 174 UK Companies Act: „This duty codifies the director's duty to exercise reasonable, care, skill and diligence. Traditionally, the courts did not require directors to exhibit a greater degree of skill than may reasonably be expected from a person with their knowledge and experience (a subjective test). More recently, the courts have said that the common law standard now mirrors the tests laid down in section 214 of the Insolvency Act 1986, which includes an objective assessment of a director's conduct. This section is modelled on that section. The section provides that a director owes a duty to his company to exercise the same standard of care, skill and diligence that would be exercised by a reasonably diligent person with: a) the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the same functions as the director in relation to that company (an objective test); and b) the general knowledge, skill and experience that the director actually has (a subjective test).“

36 Näher zur Übertragbarkeit in das deutsche Aktienrecht Weller/Benz, ZGR 2022, 563 (586 ff.).

37 Pressemitteilung von Client Earth vom 9.2.2023: „The lawsuit alleges Shell's 11 directors have breached their legal duties under the Companies Act by failing to adopt and implement an energy transition strategy that aligns with the Paris Agreement“; die Klage wurde vom UK High Court abgewiesen, Urteil abrufbar unter <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2023/07/ClientEarth-v-Shell-judgment-240723.pdf>.

(§ 76 AktG).³⁸ Im Rahmen seiner Leitungsentscheidungen ist er de lege lata berechtigt, aber nicht verpflichtet, Klimaschutz- und Nachhaltigkeitsbelange zu berücksichtigen.³⁹ Die Legalitätspflicht als „Transmissionsriemen“ bindet ihn allerdings an gesetzliche und gerichtliche Klimaschutzzvorgaben, die die Gesellschaft im Außenverhältnis treffen.⁴⁰ Erginge ein dem Haager Shell-Urteil vergleichbares Urteil gegen eine deutsche Gesellschaft, müsste der Vorstand dessen Vorgaben – Rechtskräftigkeit oder zumindest vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils vorausgesetzt – kraft seiner Legalitätspflicht umsetzen.⁴¹

Aktionäre können in solchen Geschäftsführungsangelegenheiten in der Regel jedoch nicht mitbestimmen (§ 119 Abs. 2 AktG).⁴² Anders als in Großbritannien mit seinem monistischen Leitungsmodell wird der Einfluss der Aktionäre im dualistischen deutschen Leitungsmodell über den Aufsichtsrat mediatisiert;⁴³ letzterer ist für eine etwaige Geltendmachung einer Vorstandshaftung zuständig (§§ 111 Abs. 1, 112 AktG),⁴⁴ die sich im Falle einer unterlassenen Umsetzung gerichtlicher Klimavorgaben ergeben könnte.

Zwar können Aktionäre den Aufsichtsrat zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen gegen den Vorstand verpflichten; sie müssen dafür aber die hohe Hürde des § 147 AktG nehmen und die Stimmenmehrheit in der Hauptversammlung erreichen. Abgesehen von § 148 AktG – der mit seinen strengen Anforderungen bis dato als „totes Recht“⁴⁵ gilt – ist eine *actio pro socio* einzelner Aktionäre im deutschen Aktienrecht nicht vorgesehen.⁴⁶

38 Dörrwächter, NZG 2022, 1083 (1084); Fleischer, DB 2022, 37 (43); Weller/Hopmann, AG 2022, 640 (643 f.).

39 Spindler in MüKo AktG⁵ (2019) § 76 Rn. 81; dazu ausführlich Weller/Fischer, ZIP 2022, 2253 (2258).

40 Fleischer, DB 2022, 37 (41); Weller/Benz, ZGR 2022, 563 (582 f.); zur Reichweite der Legalitätspflicht Lieberknecht, Die internationale Legalitätspflicht (2021).

41 Vgl. Weller/Benz, ZGR 2022, 563 (582 f.).

42 Zur Möglichkeit der Mitbestimmung der Aktionäre im Rahmen des § 119 II AktG Mock/Mohamed, NZG 2022, 350 (356): „Der Vorstand der Aktiengesellschaft kann zudem im Rahmen von § 119 II AktG über Maßnahmen zur Achtung von Menschenrechten in der Unternehmenspolitik durch die Hauptversammlung abstimmen lassen, ohne dass er dabei einer entsprechenden Bindung hinsichtlich des Abstimmungsergebnisses unterliegt.“

43 Weller/Benz, ZGR 2022, 563 (586 ff.).

44 Habersack in MüKo AktG⁵ (2019) § 111 Rn. 34, § 112 Rn. 18.

45 So Schmolke, ZGR 2011, 398 (400); vgl. auch Fleischer, AG 2015, 133 (137); Spindler in K. Schmidt/Lutter, AktG⁴ (2020), § 148 Rn. 58.

46 Mock in BeckOGK-AktG (1.1.2023), § 148 Rn. 40 ff.; Rieckers/Vetter in KK-AktG³ (2014), § 148 Rn. 112.

Direkte Aktionärsklagen gegen den Vorstand sind im deutschen System daher eine seltene Ausnahme.

3.2. Einstweilige Verfügungen gegen Leitungsentscheidungen

Was früher oder später diskutiert werden dürfte, sind einstweilige Verfügungen gegen Leitungsentscheidungen des Vorstandes. In Frankreich ist ein solches Verfahren etwa gegen das Erdölunternehmen Total S.A. anhängig; Ziel der klagenden NGOs, darunter *Notre Affaire à Tous*, ist es, die Total S.A. mit Sitz in Paris zur Risikoanalyse hinsichtlich der lieferkettenweiten Treibhausgasemissionen und zur Anpassung ihres Geschäftsplans an das Pariser 1,5-Grad-Ziel zu verpflichten.⁴⁷ Gestützt wird das Verfahren auf die sogenannte *injonction*⁴⁸, die Möglichkeit einer gerichtlichen Anordnung zur Pflichtenerfüllung nach der *loi de vigilance*, dem französischen Lieferkettengesetz.⁴⁹

Im deutschen Recht steht dahinter die Frage, ob man gewisse Sorgfaltspflichten, wie sie etwa das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) statuiert, in natura durchsetzen kann.⁵⁰ So kennt auch das LkSG eine Sorgfaltspflicht zur Durchführung einer umweltbezogenen Risikoanalyse (§§ 3 Abs 1 Nr 3, 5 LkSG). Vor diesem Hintergrund könnte man erwägen – etwa im Wege einer einstweiligen Verfügung (§§ 935, 940 ZPO) –, einem Unternehmen aufzugeben, bestimmte menschenrechts- oder umweltbezogene Sorgfaltspflichten für ein Rohstoffförderprojekt⁵¹, den Bau eines Windparks⁵² oder den Betrieb einer Trinkwasseranlage⁵³ zu wahren.

47 Vgl. *Notre Affaire à Tous et al. v. Total S.A.*, Klageschrift vom 28.1.2020, www.climatecaselaw.com/non-us-case/notre-affaire-a-tous-and-others-v-total/.

48 Art L. 225-102-4 II C. com.

49 Dazu ausführlich *Nasse*, *Loi de vigilance. Wirtschaft und Menschenrechte im französischen Privatrecht* (2021), 162 ff.

50 *Weller/Nasse*, ZGR-Sonderheft 22 (2020), 107 ff.

51 Vgl. *Les Amis de la Terre France*, *Le devoir de vigilance: première saisine d'un tribunal français pour le cas de Total en Ouganda* (23.10.2019) www.amisdelaterre.org/communique-presse/loi-devoir-de-vigilance-premiere-saisine-dun-tribunal-francais-pour-le-cas-de-total-en-ouganda/.

52 Vgl. *European Center for Constitutional and Human Rights/ProDESC/CCFD Terre solidaire*, *Parc éolien au Mexique: EDF ignore les droits des peuples autochtones* (Oktober 2020) www.ecchr.eu/fileadmin/Fallbeschreibungen/20201013__Case_Report_EDF_FR.pdf.

53 Vgl. *Fédération internationale pour les droits humains*, *Suite à la crise sanitaire d'Osorno (Chili), Suez mise en demeure de modifier son plan de vigilance* (9.7.2020)

Ob ein solches Verfahren Erfolg hätte, hängt von der generellen Frage nach der Klagbarkeit von Sorgfaltspflichten ab: Sorgfaltspflichten (gemeint sind mit diesem Oberbegriff üblicherweise neben den Rücksichtspflichten aus § 241 Abs 2 BGB auch deliktische Verkehrspflichten und die Sorgfaltspflichten des LkSG oder des Gesellschaftsrechts) sind grundsätzlich nicht *ex ante in natura* durchsetzbar. Ihre Verletzung kann lediglich *ex post* – und das auch nicht bei allen diesen Sorgfaltspflichten – im Wege des Schadensersatzes sanktioniert werden (vgl. §§ 280 Abs 1, 241 Abs 2 BGB, § 823 Abs 1 BGB, § 93 Abs 2 AktG).⁵⁴

Anknüpfend an einen Beitrag von *Rolf Stürner* (1976)⁵⁵ sind sie ausnahmsweise aber doch *in natura* klagbar und durchsetzbar, wenn sie (1.) hinreichend bestimmt sind und (2.) wenn im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung zwischen den Gläubiger- und den Schuldnerinteressen ein berechtigtes Interesse an ihrer Naturaldurchsetzung besteht.⁵⁶

In diese Richtung könnte man mit Blick auf Menschenrechte und Klimaschutz durchaus in manchen Einzelfällen argumentieren. Dies gilt für den Bereich der Climate Change Litigation umso mehr, als der Entwurf der Europäischen Kommission für eine „Corporate-Sustainability-Due-Diligence“-Richtlinie⁵⁷ (CSDD-RL-E) sowohl die Vereinbarkeit des unternehmerischen Geschäftsmodells mit dem Pariser 1,5-Grad-Ziel (Art 15 Abs 1 CSDD-RL-E) als auch eine zivilrechtliche Durchsetzbarkeit (Art 22 CSDD-RL-E) vorsieht.

3.3. Tagesordnungsergänzungsverlangen

Nicht nur im europäischen Ausland, auch hierzulande gibt es „aktivistische Aktionäre“, die versuchen, klimarelevante Transformationsprozesse in Unternehmen zu diskutieren und anzustoßen.⁵⁸ Ein diesbezügliches Instru-

www.fidh.org/fr/themes/mondialisation-droits-humains/suite-a-la-crise-sanitaire-d-osorno-chili-suez-mise-en-demeure-de.

54 Näher *Weller*, Die Vertragstreue (2009), 265 ff.

55 *R. Stürner*, JZ 1976, 384 ff.

56 *Weller*, Die Vertragstreue (2009), 265 ff.

57 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung RL 2019/1937/EU vom 23.2.2022, COM(2022) 71 final, www.eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0007.02/DOC_1&format=PDF.

58 Vgl. *Mock/Mohamed*, NZG 2022, 350 f; *Weller/Hoppmann*, AG 2022, 640 (644).

ment sind Tagesordnungsergänzungsverlangen betreffend Angelegenheiten, über die die Hauptversammlung abzustimmen hat (§ 122 Abs. 2 AktG).⁵⁹ So hatte ENKRAFT, ein aktivistischer Aktionär, von der RWE AG vor ihrer Hauptversammlung im April 2022 verlangt, die Braunkohlesparte abzuspalten.

Als Rechtsgrundlage wurde § 83 Abs 1 AktG aktiviert, wonach der Vorstand zur Vorbereitung von Maßnahmen verpflichtet ist, wenn es die Hauptversammlung beschließt und sie für die geforderte Maßnahme zuständig ist; die Zuständigkeit für die von ENKRAFT geforderte Abspaltung ergibt sich aus §§ 123 Abs 2, 125, 65 Abs 1 UmwG.⁶⁰

Auf diesem Weg wurde der Antrag auf der Hauptversammlung zwar zur Abstimmung gestellt, die Mehrheit hat ihn aber abgelehnt.⁶¹ Dennoch veranschaulicht dieses Beispiel, dass es durchaus „erfinderische Ansätze“ gibt, um den Klimaschutz ins Gesellschaftsrecht hineinzutragen.

3.4. Anfechtungsklagen gegen Entlastungsbeschlüsse

Denkbar sind ferner Anfechtungsklagen einzelner Aktionäre gegen (Mehrheits-)Beschlüsse der Hauptversammlung, die den Vorstand entlasten.⁶² Wird ein Vorstand durch die Hauptversammlung nach § 120 AktG entlastet, obwohl er nachweislich pflichtwidrig gehandelt hat, kann dies – wenn die Pflichtverletzung nicht unerheblich ist – zur Anfechtbarkeit des Beschlusses führen (§ 246 AktG).

Es erscheint daher nicht fernliegend, die Argumentation aus dem Vereinigten Königreich („*mismanaging climate risk*“) in eine solche Aktiönnärsklage hineinzuprojizieren. Freilich müsste man dann aber erst begründen, dass die Sorgfaltspflicht in § 93 AktG auch die Ergreifung von Klima-

59 Jaspers, AG 2022, 145 (151ff); Weller/Hoppmann, AG 2022, 640 (644); Steuer, ZIP 2023, 13 (20).

60 Dazu ausführlich Fuhrmann/Döding, AG 2022, R 168 ff.

61 Der Antrag von ENKRAFT und die Abstimmungsergebnisse sind abrufbar unter www.rwe.com. Der Antrag wurde mit einer Mehrheit von 97,56 % in der Hauptversammlung abgelehnt. Ausführlicher hierzu Fuhrmann/Döding, AG 2022, R 168 ff.

62 So Janisch, Süddeutsche Zeitung vom 11.2.2023, Können Aktionäre Klimaschutz einklagen?: „Denkbar wäre aber, als Aktionär die Entlastung des Vorstandes anzufechten, weil dieser den Klimaschutz nicht hinreichend im Blick hat. Also eine Klage sozusagen von hinten durch die Brust ins Auge, um Nachhaltigkeit und CO₂-Reduktion zu thematisieren.“, www.sueddeutsche.de/wirtschaft/klimaschutz-unternehmen-nachhaltigkeit-aktionare-klimaklagen-1.5749031.

schutzmaßnahmen erfasst⁶³ – eine Entwicklung, die jedenfalls in diese Richtung gehen könnte.⁶⁴ Dies zeigt ein Gegenantrag des Dachverbands kritische Aktionäre zur Entlastung der Vorstandsmitglieder der Siemens AG auf der diesjährigen Hauptversammlung: Da der Vorstand es versäumt habe, die konzern- und lieferkettenweiten Treibhausgasemission zu verringern, sollte die Entlastung verweigert werden.⁶⁵

4. Deliktsrechtliche Klimaklagen

Klimaschäden werden über den Umweltpfad vermittelt, sodass die bloße Feststellung einer Rechtsgutsverletzung nicht eo ipso eine Rechtswidrigkeit indiziert; zusätzlich erforderlich ist vielmehr die Verletzung von Verkehrspflichten.⁶⁶ Ihre Existenz ist daher Grundlage der deliktsrechtlichen Klimaklagen: Im Kern geht es um die Frage, ob CO₂-Emissionen als Gefahrenquelle qualifiziert werden können mit der Folge, dass Gefahrverursacher – in den Grenzen der Erforderlichkeit und Zumutbarkeit – grundsätzlich Gegenmaßnahmen im Hinblick auf die CO₂-Emission zu treffen, ihre Emissionen also zu reduzieren hätten.⁶⁷ Zu unterscheiden sind im Rahmen der deliktsrechtlichen Klimaklagen folgende Anspruchsziele:

4.1. Schadensersatz (Kompensation)

Kompensatorische Klagen sind auf Schadensersatz für eingetretene Klimaschäden gerichtet; sie lassen sich auf § 823 Abs 1 BGB stützen.⁶⁸ Sie sind vom Anspruchsziel her denkbar etwa bei Schäden, die auf Extremwetterereignisse zurückzuführen sind, sofern sich diese *kausal und zurechenbar*

63 Weller/Fischer, ZIP 2022, 2253 ff; Steuer, ZIP 2023, 13 (20 f).

64 Vgl. hierzu Weller/Fischer, ZIP 2022, 2253 ff; wohl auch Steuer, ZIP 2023, 13 (20 f).

65 Dachverband kritische Aktionäre, Hauptversammlung 2023, Siemens AG. Steigende Treibhausgasemissionen und mehr Engagement bei Menschenrechten nötig: Unsere Gegenanträge, Pressemitteilung vom 25.1.2023, www.kritischeaktionare.de/siemens-steigende-treibhausgasemissionen-und-mehr-engagement-bei-menschenrechten-noe-tig-unsere-gegenantrage/. Der Antrag wurde abgelehnt.

66 Dazu ausführlich Tran, Grenzüberschreitende Klimaklagen (im Erscheinen), 102.

67 Hierzu auch Ipsen/Waßmuth/Plappert, ZIP 2021, 1843 (1850 f); Thöne, ZUR 2022, 323 (330 ff).

68 Pöttker, Klimahaftungsrecht (2014), 62 ff; Thöne, ZUR 2022, 323 (332 f); Walden/Frischholz, ZIP 2022, 2473 (2477).

auf die Erderwärmung zurückführen lassen könnten (Problem der sog. Attribution).⁶⁹ Beispielsweise erwägt Pakistan dem Vernehmen nach, wegen der Jahrhundertunwetter im Sommer 2022 Schadensersatz von manchen Carbon Majors⁷⁰ zu fordern.

Aufsehen erregte auch die Klageerhebung von vier Bewohnern der indonesischen Insel Pari, die wegen des steigenden Meeresspiegels regelmäßig überschwemmt wird: Von der Schweizer Holcim AG, einem Baustoffunternehmen, das für rund 0,42 Prozent der weltweiten CO₂-Emissionen verantwortlich sein soll, fordern sie unter anderem anteiligen Ersatz für Überflutungsschäden.⁷¹

4.2. Anpassungsmaßnahmen (Adaptation)

Adaptationsklagen (Klimawandelanpassungsklagen) sind auf die Vornahme von Maßnahmen zur Anpassung an den Klimawandel oder diesbezüglichen Kostenersatz nach Selbstvornahme gerichtet (§§ 683 S 1, 677, 670 BGB; §§ 1004 Abs 1 S 2, 823 Abs 1 BGB analog).⁷² Beispielhaft genannt sei die vorerwähnte Klage des peruanischen Landwirtes gegen RWE, der Kosten erstattung für bauliche Vorkehrungen gegen Überflutungsschäden verlangt.

4.3. CO₂-Reduktion (Mitigation)

Auf Mitigation des Klimawandels gerichtet sind CO₂-Reduktionsklagen, die auf §§ 1004 Abs 1 S 2, 823 Abs 1 BGB (analog) gestützt werden.⁷³ Sie gehören sicher zu den spektakulärsten der zurzeit anhängigen Verfahren in

69 Vgl. Wagner in MüKo-BGB⁸ (2020), § 823 Rn. 254.

70 Die Bezeichnung *Climate Majors* geht insbesondere auf die Studien des Klimawissenschaftlers *Richard Heede* zur Ermittlung des Anteils der neunzig größten Produzenten von fossilen Brennstoffen und Zement an den anthropogenen Emissionen zurück (1894–2010), vgl. *Heede*, *Climatic Change* 122 (2014) 229 ff; fortlaufende Aktualisierung der Daten unter www.climateaccountability.org/carbon-majors/.

71 *Call for Justice*, Vier Indonesier:innen reichen Klimaklage gegen Holcim ein, Pressemitteilung vom 1.2.2023, www.callforclimatejustice.org/de/vier-indonesierinnen-reichen-klimaklage-gegen-holcim-ein/.

72 *Tran*, Grenzüberschreitende Klimaklagen (im Erscheinen), 86 ff; ferner *Pöttker*, *Klimahaftungsrecht* (2014), 91 ff; *Fellenberg*, *NVwZ* 2022, 913 (919 f); *Walden/Frischholz*, *ZIP* 2022, 2473 (2481).

73 Zum Begriff der Mitigation in Abgrenzung zur Adaptation *Köck*, *ZUR* 2007, 393 ff.

Deutschland; es geht dabei um Klagen gegen Großunternehmen, die auf die Unterlassung von CO₂-Emissionen gerichtet sind. Dies impliziert regelmäßig eine Änderung des Geschäftsmodells der adressierten Unternehmen, etwa den Umstieg vom Verbrennungs- auf den Elektromotor.⁷⁴ Beispiele dafür sind die Klimaklagen der Deutschen Umwelthilfe gegen BMW, Mercedes Benz und Wintershall Dea oder von Greenpeace Deutschland gegen Volkswagen.⁷⁵ In den Klagen gegen die Automobilhersteller richtet sich das Begehr auf das vorzeitige Ende des Vertriebs von Fahrzeugen mit Diesel- und Benzinverbrennungsmotoren (ab 2030).⁷⁶ Die europäische Politik hat demgegenüber ein Ende des Verbrennungsmotors erst ab 2035 avisiert.⁷⁷

5. Lauterkeitsrechtliche Klimaklagen

Nicht unerwähnt bleiben sollen schließlich lauterkeitsrechtliche Klimaklagen, die neuerdings einen beträchtlichen Teil der Climate Change Litigation zur Bekämpfung von Greenwashing ausmachen: So führt die Deutsche Umwelthilfe derzeit zwölf Verfahren gegen deutsche Unternehmen wie den Fußballverein FC Köln GmbH & Co. KGaA, das Energieunternehmen TotalEnergies Wärme & Kraftstoff Deutschland GmbH oder die Drogeriekette dm-drogerie markt GmbH + Co. KG wegen des Vorwurfs des

74 So die Argumentation der Klägerseite, LG Detmold, Urteil vom 24.2.2023 – 01 O 199/21 BeckRS 2023, 2862 (Rn. 6).

75 *DUH v. Bayerische Motoren Werke AG*, Klageschrift vom 21.9.2021, www.duh.de/fileadmin/user_upload/download/Pressemitteilungen/Umweltpolitik/Klimaschutz/Klageschrift_BMW.pdf; *DUH v. Mercedes-Benz Group AG*, Klageschrift vom 21.9.2021, www.duh.de/fileadmin/user_upload/download/Pressemitteilungen/Umweltpolitik/Klimaschutz/Klageschrift_Mercedes-Benz.pdf; *DUH v. Wintershall Dea*, Klageschrift vom 4.10.2021, www.duh.de/fileadmin/user_upload/download/Pressemitteilungen/Energie/Klimaklage_WintershallDea.pdf; *Greenpeace v. Volkswagen AG*, Klageschrift vom 9.11.2021, www.greenpeace.de/publikationen/2021-11-09%20-%20Klage_Landwirt.pdf; *Greenpeace v. Volkswagen AG*, Klageschrift vom 8.11.2021, www.climatecaselchart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2021/20211108_16019_petition.pdf.

76 Beispielhaft *DUH v. Bayerische Motoren Werke AG*, Klageschrift vom 21.9.2021, 43.

77 Europäischer Rat, Erste Maßnahme zu „Fit für 55“ beschlossen: EU verschärft CO₂-Emissionsziele für neue Personenkraftwagen und leichte Nutzfahrzeuge, Pressemitteilung vom 27.10.2022, www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2022/10/27/first-fit-for-55-proposal-agreed-the-eu-strengthens-targets-for-co2-emissions-for-new-cars-and-vans/.

Greenwashings.⁷⁸ Ziel der Klagen ist zwar nicht die Reduktion von CO₂-Emissionen; jedenfalls sollen die Unternehmen es aber unterlassen, mit (vermeintlicher) Klimaneutralität oder -freundlichkeit zu werben, sodass ebenfalls – zumindest potenziell – auf die Änderung des Geschäftsmodells abgezielt wird.

Gestützt werden die Verfahren auf das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). So kann die Verwendung des – gesetzlich nicht definierten – Begriffs „CO₂-reduziert“ eine irreführende geschäftliche Handlung nach § 5 Abs 2 Nr 1 UWG darstellen, wenn offenbleibt, auf welchen Aspekt des Produktionsprozesses Bezug genommen wird.⁷⁹

Unlauter nach § 5a Abs 2 Nr 1 UWG handelt außerdem, wer mit der Klimaneutralität eines Produkts wirbt, ohne anzugeben, ob die Klimaneutralität gänzlich oder zum Teil auf Kompensationsmaßnahmen wie dem Erwerb von CO₂-Zertifikaten beruht.⁸⁰

6. Anwendbares Recht

6.1. Umweltkollisionsregel des Art 7 Rom II-VO

Für die Beurteilung der Klimaklagen von zentraler Bedeutung ist die „Vorfrage“ nach dem internationalprivatrechtlich anwendbaren Recht.⁸¹ Bei der thematisch verwandten Problematik der Beachtung von Menschenrechten in internationalen Lieferketten besteht die Herausforderung darin, dass der Ort etwaiger Menschenrechtsverletzungen und des Schadenseintritts regelmäßig im Ausland liegen wird. Art 4 Abs 1 Rom II-VO verweist für diese Fälle auf ausländisches Deliktsrecht; im KiK-Fall war dementsprechend auch das Recht Pakistans zur Anwendung berufen – ein Umstand, der zu einer Verfahrenslänge von beinahe vier Jahren führte.⁸²

78 Deutsche Umwelthilfe, Übersicht der DUH-Verfahren zu Klimaneutralitäts-Werbeversprechen (18.1.2023), www.duh.de/fileadmin/user_upload/download/Projektinformation/Verbraucher/2023-01-17_Übersicht_DUH_Verfahren_Klimaneutralität.pdf.

79 OLG Schleswig, Urteil vom 30.6.2022, 6 U 46/21; OLG Hamm, Urteil vom 19.8.2021, 4 U 57/21.

80 OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 10.11.2022, 6 U 104/22.

81 Lehmann/Eichel, RabelsZ 83 (2019), 77 ff; Weller/Nasse/Nasse in FS Kronke (2020), 601 (608 ff); Tran, Grenzüberschreitende Klimaklagen (im Erscheinen), 164.

82 LG Dortmund, Urteil vom 10.1.2019, 7 O 95/15 BeckRS 2019, 388; ausführlich hierzu Hübner, Unternehmenshaftung für Menschenrechtsverletzungen (2022), 93, 139.

Bei der Klimawandelproblematik erwächst ein anders gelagertes Problem: Für Umweltschädigungen besteht mit Art 7 Rom II-VO eine Sonderkollisionsregel, die der Klägerseite ein Optionsrecht eröffnet zwischen einer Anknüpfung an den Handlungsort oder aber an den Erfolgsort (sog Ubiquitätsprinzip)^{83,84}

6.2. Ort des Schadenseintritts (Erfolgsort)

Stellt man auf den Erfolgsort ab, käme man im Fall *RWE* zum Ort des potenziellen Schadenseintritts in Peru, da das gefährdete Grundstück des Klägers in den peruanischen Anden liegt. Der peruanische Kläger könnte mithin vor deutschen Gerichten tatsächlich für die Anwendbarkeit peruanischen Rechts optieren; das peruanische Recht wäre dann maßgebend für den in Peru eintretenden Schaden. Da der Klimawandel global wirkt, kann der Erfolgsort aber grundsätzlich überall auf der Welt liegen.⁸⁵ Ein hiernach anwendbares Deliktsrecht am Ort des Schadenseintritts würde indes nur für die jeweils in dem konkreten Staat eingetretenen Schäden maßgeblich sein (Mosaikbetrachtung).⁸⁶

6.3. Sitz der Konzernleitung als Handlungsort bei Klimaklagen?

Der peruanische Kläger optiert indes nicht für sein Heimatrecht; er stützt sich vielmehr auf den Handlungsort. Hier schließt sich die weitere Problematik an, nämlich wo der Handlungsort bei CO₂-Emissionen zu lokalisieren ist.⁸⁷

83 Die Anwendung des Ubiquitätsprinzips in diesem Zusammenhang ist aber umstritten, vgl. *Duczek*, Rom II-VO und Umweltschädigung (2009), 19 ff; *Fuchs* in *Huber, Rome II* (2011), Art 7 Rome II Rn. 8 f.; *Hein*, VersR 2007, 440 (449); *Mankowski* in *GS Schmehl* (2019), 557 (565); *Matthes*, GPR 2011, 146 (148 f).

84 *Weiner/Weller*, Yearbook of Private International Law, Vol XXIII 2021/2022, 261 (262); *Kieninger*, IPRax 2022, 1 (6); *van Calster*, IPRax 2022, 441 (447).

85 *König/Tetzlaff*, RIW 2022, 25 (34); *Lehmann/Eichel*, RabelsZ 83 (2019), 77 (97) sehen in diesem Umstand ein „*Einfallstor für eine rigide Klimawandelhaftung einer Rechtsordnung [...], zu der die Haftenden keinen Bezug haben*“; ausführlich zur Diskussion *Tran*, Grenzüberschreitende Klimaklagen (im Erscheinen), 179 f.

86 Näher *Weller/Weiner*, Gedächtnisschrift für Peter Mankowski (im Erscheinen).

87 Näher *Weiner/Weller*, Yearbook of Private International Law, Vol XXIII 2021/2022, 261 ff.

Die traditionelle Auffassung fokussiert sich auf die Standorte der emittierenden Anlagen, die bei naturalistischer Betrachtung das letzte physische, den Schaden begründende Ereignis seien.⁸⁸ Gibt es mehrere Anlagen in verschiedenen Staaten, ergibt sich auch hier eine Art Mosaikbetrachtung – jedes Recht gelangt insoweit zur Anwendung, als die jeweilige Anlage CO₂ emittiert.⁸⁹ Daher muss in einem nächsten Schritt der Emissionsanteil jeder Anlage berechnet werden. Das mag bei Schadensersatzklagen eine erwägenswerte Option sein (siehe oben 6.2.), nicht aber bei CO₂-Reduktionsklagen, weil diese – wie im Verfahren gegen Shell – typischerweise nicht eine einzelne Industrieanlage, sondern das gesamte Geschäftsmodell eines Unternehmens adressieren. Insbesondere bei der Reduktion konzern- und lieferkettenweiter Emissionen bereitet die naturalistische Betrachtung Schwierigkeiten: Handlungsort müsste dann nämlich der Ort sein, an dem etwa ein von Mercedes Benz produziertes Fahrzeug vom Endkunden betrieben wird und dabei CO₂ emittiert.⁹⁰

Im *Shell*-Urteil, auf das wir im nächsten Abschnitt zurückkommen werden, stellt das Bezirksgericht Den Haag für die Bestimmung des Handlungsortes auf den Ort der unternehmerischen Leitungsentscheidung am Sitz der Shell-Konzernmuttergesellschaft – damals noch Den Haag⁹¹ – ab und gelangt somit auch für die streitgegenständliche Reduktion der konzern- und lieferkettenweiten Emissionen zum niederländischen Recht.⁹² Bei *RWE* wird die Unternehmenspolitik (zum Beispiel die Entscheidung pro Braunkohleenergiegewinnung) am Konzernsitz in Essen im Ruhrgebiet

88 Weller/Nasse/Nasse in FS Kronke (2020) 601 (618f); Weiner/Weller, Yearbook of Private International Law, Vol XXIII 2021/2022, 261 (267); Weiner/Weller, Yearbook of Private International Law, Vol XXIV 2022/2023, 217 (226).

89 Vgl. Weiner/Weller, Yearbook of Private International Law, Vol XXIII 2021/2022, 261 (267).

90 Vgl. Tran, Grenzüberschreitende Klimaklagen (im Erscheinen), 174.

91 Shell hat nach dem Urteil angekündigt, seinen Sitz von Den Haag nach London zu verlegen. Dies hat zwar keine Auswirkung auf die einmal gegebene und damit fortwirkende internationale Zuständigkeit der niederländischen Gerichte (*lis pendens*), könnte aber im Fall von Unterlassungsklagen pro futuro zu einem deliktischen Statuswechsel führen, Art 4 Rom I-VO.

92 Rechtbank Den Haag, Urteil vom 26.5.2021, C/09/571932/HA ZA 19-379, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339; Rn. 4.3.7.

entschieden; man käme dann zur Anwendung deutschen Rechts. Einzelheiten zur Handlungsortlokalisierung sind freilich umstritten.⁹³

7. Das Shell-Urteil des Bezirksgerichts den Haag (2021)

Ein rechtsvergleichendes Momentum geht vom bereits mehrfach erwähnten Urteil des Haager Bezirksgerichts gegen Shell⁹⁴ aus dem Jahr 2021 aus. Das Urteil wird in den Medien als Paukenschlag qualifiziert und hat weltweit großes Aufsehen erregt.

7.1. CO₂-Reduktionsverpflichtung

Global betrachtet ist es das erste privatrechtliche Verfahren, in dem einer CO₂-Reduktionsklage gegen ein Großunternehmen stattgegeben wurde. Geklagt hatte eine NGO namens Milieudefensie. Shell wurde in erster Instanz vom Bezirksgericht Den Haag dazu verurteilt, seine Emissionen bis 2030 um 45 % zu verringern.⁹⁵ Das ist erheblich für ein Unternehmen, dessen Kerngeschäft fossile Energieträger betrifft und das damit Carbon Major qua Geschäftsmodell ist.⁹⁶ Dabei wurde nicht nur die Muttergesellschaft Royal Dutch Shell plc verpflichtet, ihren CO₂-Ausstoß im eigenen Plc-Geschäftsbereich zu limitieren; vielmehr muss die Shell plc dafür sorgen, dass die Reduktionsverpflichtung auch (1.) konzernweit in den Shell-Konzerngesellschaften und (2.) lieferkettenweit in der gesamten Wert-

93 Näher *Weiner/Weller*, Yearbook of Private International Law, Vol XXIII 2021/2022, 261 (267 f); *dies.*, Gedächtnisschrift für Peter Mankowski (im Erscheinen); *Kieninger*, IPRax 2022, 1 (8 f).

94 Rechtbank Den Haag, Urteil vom 26.5.2021, C/09/571932/HA ZA 19-379, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339; hierzu ausführlich *Weller/Tran*, EurUP 2021, 342 ff.

95 Rechtbank Den Haag, Urteil vom 26.5.2021, C/09/571932 / HA ZA 19-379, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339, Rn. 5.3.

96 Derzeit ist *Shell* auf dem siebten Platz der zwanzig Carbon Majors, vgl. *Climate Accountability Institute*, Update of Carbon Majors 1965-2018, Pressemitteilung vom 09.12.2020, abrufbar unter www.climateaccountability.org/carbon-majors/.

schöpfungskette (up-stream und down-stream) umgesetzt wird.⁹⁷ Letzteres folgt daraus, dass das Gericht dem Klageantrag folgt und die zu reduzierenden CO₂-Emissionen nach den sogenannten Scope 1-, -2- und -3-Grundsätzen berechnet.⁹⁸ Das ist sehr weitreichend.

7.2. Reichweite der Zurechnung (Scope-1-, -2- und -3-Emissionen)

Die Unterscheidung nach Scope-1-, -2- und -3-Emissionen entstammt dem sogenannten „Greenhouse Gas Protocol“, einem internationalen Klimabilanzierungsstandard.⁹⁹ Dieser gibt an sich nur Maßstäbe zur CO₂-Bilanzierung vor; Unternehmen sollen dadurch in der Lage sein, ihren eigenen „CO₂-Footprint“ oder den ihrer Produkte zu berechnen.

Scope-1-Emissionen sind direkte Emissionen, die die berichtende Gesellschaft, in diesem Fall die Muttergesellschaft Shell plc, selbst, etwa beim Betrieb eigener Mineralöl- oder Erdgasverarbeitungsanlagen ausstößt; ihr zugerechnet werden im Bereich der Scope-1-Emissionen auch die Emissionen der konzernangehörigen Gesellschaften.¹⁰⁰

Scope-2-Emissionen sind indirekte Emissionen, die bei der Gewinnung der von dritter Seite bezogenen Energie – etwa zugekauftem Strom – anfallen.¹⁰¹

Scope-3-Emissionen knüpfen an die Wertschöpfungskette an.¹⁰² Zugerechnet werden hiernach einerseits (indirekte) Emissionen, die up-stream, mithin in der Lieferkette „weiter oben“, anfallen (angefangen von der Roh-

97 „RDS’ [Royal Dutch Shell plc’s] value chain includes the closely affiliated companies of the Shell group [...]. These also include the business relations from which the Shell group purchases raw materials, electricity and heat. Finally, the end-users of the products produced and traded by the Shell group are at the end of RDS’ value chain. RDS’ responsibility therefore also extends to the CO₂ emissions of these end-users (Scope 3).“ Rechtbank Den Haag, Urteil vom 26.5.2021, C/09/571932 / HA ZA 19-379, ECLI: NL:RBDHA:2021:5339, Rn. 4.4.18.

98 Dies begrüßend Verheyen/Franke, ZUR 2021, 624 (628); kritisch Ortlib, EWeRK 2021, 181 (183); Weller/Tran, EurUP 2021, 342 (352); Diskussionsbedarf sehen Ekatrdt/Heß/Wulff, EurUP 2021, 212 (225).

99 World Business Council for Sustainable Development (WBCSD)/World Resources Institute (WRI), The Greenhouse Gas Protocol. A Corporate Accounting and Reporting Standard (2004), www.ghgprotocol.org/sites/default/files/standards/ghg-protocol-revised.pdf.

100 Vgl. WBCSD/WRI, The Greenhouse Gas Protocol (2004), 25.

101 WBCSD/WRI, The Greenhouse Gas Protocol (2004), 25.

102 WBCSD/WRI, The Greenhouse Gas Protocol (2004), 25, 30.

stoffgewinnung über Vorprodukte bis hin zur Fertigung des Endproduktes).¹⁰³ Zugerechnet werden aber auch (indirekte) down-stream-Emissionen, die bei der Auslieferung und schließlich der Nutzung der Produkte durch die Endverbraucher entstehen.¹⁰⁴

Wenn wir auf das Beispiel Shell Bezug nehmen, dann entstehen Emissionen up-stream etwa bei der Erdölförderung und dem Raffinieren des Rohöls. Down-stream fallen Emissionen beim Verbrennen des Kraftstoffs in Flugzeugen und Fahrzeugen – weltweit – an. Der Scope-3-Anteil ist dabei der „Löwenanteil“ der im Haager *Shell*-Urteil zugerechneten Emissionen.¹⁰⁵ Dieser Umstand ist charakteristisch für Mineralöl- oder Erdgasförderunternehmen, die den Großteil ihrer Brennstoffe down-stream veräußern.¹⁰⁶ Anders verhält es sich bei Energieproduzenten wie RWE, die die geförderten Brennstoffe in eigenen Kraftwerken zu Strom verarbeiten; hier überwiegt der Scope-1-Anteil.¹⁰⁷

Seine Sprengkraft entfaltet das Urteil des Haager Bezirksgerichts, weil es die bilanzrechtlichen Scope-1-, -2- und -3-Grundsätze des „Greenhouse Gas Protocols“ in seiner Entscheidung nunmehr auch haftungsrechtlich für die Zwecke etwaiger deliktischer Ansprüche aktiviert. Das ist von der Zwecksetzung naturgemäß ein Aliud, weshalb Zweifel an der Übertragbarkeit der Scope-1, -2- und -3-Grundsätze ins Deliktsrecht bestehen (siehe unten 8.5.).

7.3. Standard of care zur CO2-Reduktion

Das Haager Gericht stützt seine weitreichende Entscheidung auf die allgemeine deliktsrechtliche Generalklausel des Dutch Civil Code und innerhalb dieser Generalklausel auf eine ungeschriebene Verkehrspflicht, einen *unwritten standard of care*.¹⁰⁸ Es bemüht insgesamt 14 Argumente, um

103 WBCSD/WRI, The Greenhouse Gas Protocol (2004), 25, 30.

104 WBCSD/WRI, The Greenhouse Gas Protocol (2004), 25, 30.

105 Die Scope-3-Emissionen belaufen sich bei Shell auf 85 % der Gesamtemissionen, vgl. Rechtbank Den Haag, Urteil vom 26.5.2021, C/09/571932 / HA ZA 19-379, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339, Rn. 4.4.19.

106 Schirmer, Nachhaltiges Privatrecht (2023), 204 f.

107 Dazu ausführlich Schirmer, Nachhaltiges Privatrecht (2023), 204 f.

108 „RDS's [Royal Dutch Shell plc's] reduction obligation ensues from the *unwritten standard of care* laid down in Book 6 Section 162 Dutch Civil Code, which means that acting in conflict with what is generally accepted according to *unwritten law* is unlawful.“ Rechtbank Den Haag, Urteil vom 26.5.2021, C/09/571932 / HA ZA 19-379, E-CLI:NL:RBDHA:2021:5339, Rn. 4.4.1.

rechtsfortbildend einen neuen klimabezogenen *standard of care* herzuleiten, der Großunternehmen zur CO₂-Reduktion verpflichtet.¹⁰⁹ Die einen Argumente sind mehr, die anderen weniger überzeugend.¹¹⁰ Unter anderem fließt die *policy setting position* von Shell in die Verkehrspflicht ein.¹¹¹ Wenn Shell sich selbst – etwa im Internetauftritt – als umweltfreundliches Unternehmen präsentiere, dann müsse sich Shell dieses eigene *policy setting* entgegenhalten lassen.¹¹² In der Begründung spielen ferner die Grund- und Menschenrechte (Recht auf Leben aus Art 2 EMRK und Achtung des Privat- und Familienlebens aus Art 8 EMRK) sowie die Konsequenzen eines erderwärmungsbedingten Ansteigens des Meeresspiegels für die tieferliegenden Regionen der Niederlande eine Rolle.¹¹³ Darüber hinaus wird eine Brücke zu den „UN Guiding Principles on Business and Human Rights“ in grenzüberschreitenden Lieferketten geschlagen.¹¹⁴ In der Tat haben die Menschenrechts- und die Klimawandeldiskussion beachtliche Schnittmengen.¹¹⁵

109 „In its interpretation of the unwritten standard of care, the court has included: (1.) the policy-setting position of RDS in the Shell group, (2.) the Shell group's CO₂ emissions, (3.) the consequences of the CO₂ emissions for the Netherlands and the Wadden region, (4.) the right to life and the right to respect for private and family life of Dutch residents and the inhabitants of the Wadden region, (5.) the UN Guiding Principles, (6.) RDS' check and influence of the CO₂ emissions of the Shell group and its business relations, (7.) what is needed to prevent dangerous climate change, (8.) possible reduction pathways, (9.) the twin challenge of curbing dangerous climate change and meeting the growing global population energy demand, (10.) the ETS system and other 'cap and trade' emission systems that apply elsewhere in the world, permits and current obligations of the Shell group, (11.) the effectiveness of the reduction obligation, (12.) the responsibility of states and society, (13.) the onerousness for RDS and the Shell group to meet the reduction obligation, and (14.) the proportionality of RDS' reduction obligation.“ Rechtbank Den Haag, Urteil vom 26.5.2021, C/09/571932 / HA ZA 19-379, E-CLI:NL:RBDHA:2021:5339, Rn. 4.4.2.

110 Kritisch *Ortlieb*, EWERK 2021, 181 (183); kritisch auch *Weller/Tran*, EurUP 2021, 342 (347 f); Diskussionsbedarf sehen *Ekardt/Heß/Wulff*, EurUP 2021, 212 (225).

111 Rechtbank Den Haag, Urteil vom 26.5.2021, C/09/571932 / HA ZA 19-379, E-CLI:NL:RBDHA:2021:5339, Rn. 4.4.2.

112 Rechtbank Den Haag, Urteil vom 26.5.2021, C/09/571932 / HA ZA 19-379, E-CLI:NL:RBDHA:2021:5339, Rn. 4.5.

113 Rechtbank Den Haag, Urteil vom 26.5.2021, C/09/571932 / HA ZA 19-379, E-CLI:NL:RBDHA:2021:5339, Rn. 4.4.6. ff.

114 Rechtbank Den Haag, Urteil vom 26.5.2021, C/09/571932 / HA ZA 19-379, E-CLI:NL:RBDHA:2021:5339, Rn. 4.4.II. f.

115 Zur Menschenrechtsdiskussion ua *Weller/Kaller/Schulz*, AcP 216 (2016), 387 f; *Weller/Thomale*, JZ 2017, 509 f; ausführlich *Hübner*, Unternehmenshaftung für Menschenrechtsverletzungen (2022).

8. Deliktische CO₂-Reduktionsklagen gemäß § 1004 BGB analog

Die vor deutschen Gerichten anhängigen CO₂-Reduktionsklagen greifen verfassungsrechtlich Begründungsmuster aus dem Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts (2021)¹¹⁶ und rechtsvergleichend Argumentationstopoi aus der Haager *Shell*-Entscheidung auf. Dies wirft die Frage auf, ob bzw. inwiefern ein solcher verfassungs- und rechtsvergleichender Transfer ins deutsche Privatrecht möglich ist. Erste Antworten sollen anhand einiger Problemkreise, die die anhängigen CO₂-Reduktionsklagen aufwerfen, skizziert werden.

8.1. Individuelle Rechtsgutsbeeinträchtigung

Als Anspruchsgrundlage wird in den CO₂-Reduktionsklagen § 1004 iVm § 823 Abs 1 BGB (analog) angeführt.¹¹⁷ Erforderlich ist mithin die drohende Beeinträchtigung des Eigentums oder – in entsprechender Anwendung der Norm – eines anderen absoluten Rechtsgutes oder „sonstigen Rechts“ iSd § 823 Abs 1 BGB.¹¹⁸

Was man von Klägerseite aus darlegen müsste, ist die (konkret drohende) Verletzung individueller absoluter Rechtsgüter.¹¹⁹ Daher klagen – entgegen dem Eindruck, den man in den Medien erlangen könnte – auch nicht die NGOs (Vereine), denn juristische Personen können sich nicht auf individuelle Rechtsgüter berufen.¹²⁰ Während nach niederländischem Recht NGOs wie Milieudefensie bei CO₂-Reduktionsklagen selbst klagebefugt sind,¹²¹ setzt sich die Klägerseite in Deutschland aus natürlichen Personen (die den NGOs nahestehen) zusammen.

Da das Klima selbst als solches aber kein individuelles, sondern ein allgemeines Rechtsgut ist, kann es von den Klägern nicht angeführt wer-

116 BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20 NJW 2021, 1723 ff.

117 Vgl. etwa *DUH v. Mercedes-Benz Group AG*, Klageschrift vom 21.9.2021, 44.

118 Wagner in MüKo-BGB⁸ (2020), § 823, Rn. 188.

119 Thöne, ZUR 2022, 323, 324.

120 Verheyen/Pabsch in Kahl/Weller (Hrsg), Climate Change Litigation (2021), 509 (512).

121 Maßgeblich ist Art 3:305a BW; ausführlich dazu Weller/Tran, EurUP 2021, 342 (344).

den.¹²² Die Gesundheit ist demgegenüber zwar ein Individualrechtsgut; eine konkret drohende, spezifisch auf den anthropogenen Klimawandel zurückzuführende Gesundheitsverletzung wie die von Greenpeace herangezogene (hitzebedingte) Herz-Kreislauf-Störung¹²³ dürfte angesichts der typischerweise multifaktoriellen Ursachen pathologischer Zustände aber kaum schlüssig darzulegen und zu beweisen sein. Die Klägerseite aktiviert aus diesem Grund vornehmlich andere Rechtsgüter:

Greenpeace versucht, das „*Recht auf treibhausgasbezogene Freiheit*“ als „sonstiges Recht“ iSd § 823 Abs 1 BGB zu etablieren.¹²⁴ Die DUH stützt sich auf das Allgemeine Persönlichkeitsrecht.¹²⁵ Beiden Konstellationen gemein ist der angesinnte Transfer des Klimabeschlusses ins Privatrecht. Das Bundesverfassungsgericht spricht von einer „*intertemporalen Freiheitssicherung*“; der Freiraum zur persönlichen Entfaltung soll auch in zukünftigen Generationen noch zur Verfügung stehen.¹²⁶ Dieser Freiraum wäre aber – so die Argumentation der Klägerseite – gefährdet, wenn schon hic et nunc das gesamte auf die Bundesrepublik entfallende CO₂-Budget verbraucht würde und es dann künftigen Generationen fehlte. Sie würden dann zu einer „*Vollbremsung*“ genötigt und könnten ihre Freiheit nicht mehr ausüben.¹²⁷ Nach der Logik des Klimabeschlusses führe dies aufgrund der intertemporalen Freiheitssicherung schon heute zu einem grundrechtlichen Eingriff.

Im Privatrecht wird mit dieser Argumentation Neuland betreten. Ein „*Recht auf treibhausgasbezogene Freiheit*“ ist bisher nicht etabliert.¹²⁸ So hat auch das Landgericht Detmold festgestellt, das „*Recht auf treibhausgasbezogene Freiheit*“ sei weder ein Grundrecht noch ein sonstiges Recht iSd § 823 Abs 1 BGB.¹²⁹ Persönlichkeitsrechtsverletzungen, wie sie bisher anerkannt sind, sind konkrete, schwerwiegende Eingriffe in die Privat- oder Intimsphäre eines Menschen, zB in Form einer Ehrverletzung.¹³⁰ Mit Blick

122 Thöne, ZUR 2022, 323, 324.

123 Greenpeace v. Volkswagen AG, Klageschrift vom 9.11.2021, 72.

124 Vgl. etwa Greenpeace v. Volkswagen AG, Klageschrift vom 9.11.2021, 72.

125 Vgl. etwa DUH v. Mercedes-Benz Group AG, Klageschrift vom 21.9.2021, 44.

126 BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, NJW 2021, 1723 (Leitsatz 4, Rn. 182 f).

127 BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, NJW 2021, 1723 (Rn. 192).

128 Vgl. Tran, Grenzüberschreitende Klimaklagen (im Erscheinen), 95.

129 LG Detmold, Urteil vom 24.2.2023, 01 O 199/21 BeckRS 2023, 2862 (Rn. 46).

130 Vgl. Wagner in MüKo-BGB⁸ (2020), § 823, Rn. 417.

auf den Klimawandel lassen sich – Stand heute – solche konkreten Eingriffe indes noch nicht konstatieren. Dementsprechend hat etwa das Landgericht Stuttgart eine drohende Persönlichkeitsverletzung verneint.¹³¹ Das Landgericht München I hat einen Eingriff in den Schutzbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zwar „*nicht von vorneherein ausgeschlossen*“, verneint ihn aber „*jedenfalls derzeit*“.¹³² Denn der Gesetzgeber komme gegenwärtig klimaschutzrechtlich seinen Schutzpflichten nach – immerhin besserte er das KSG nach dem Klima-Beschluss nach – und vermeide damit gerade die geltend gemachte Gefahr für das Allgemeine Persönlichkeitsrecht; wenn sich die Beklagte – und damit BMW – an die geltenden Regeln halte, führe auch eine Interessenabwägung gegenwärtig zu keiner „*abweichenden zivilrechtlichen Bewertung der Rechtswidrigkeit*“.¹³³

Es bleibt abzuwarten, ob sich diese rechtliche Wertung in Zukunft ändert: So rekurrierte das BVerfG in seinem Klima-Beschluss auf den Sonderbericht des IPCC zur 1,5-Grad-Erwärmung aus dem Jahr 2018¹³⁴, um die Reichweite der klimabezogenen Schutzpflichten des Gesetzgebers abzustecken.¹³⁵ Das Intergovernmental Panel on Climate Change ist eine im Jahr 1988 von 195 Staaten gegründete supranationale Organisation, die selbst zwar keine Klimawissenschaft betreibt, aber die Klimaforschung weltweit zusammenträgt und eine Synthese erstellt. Im letzten Jahr – 2023 – stellte das IPCC fest, dass es zwar bereits 2018 auf die beispiellose Herausforderung der Einhaltung des 1,5-Grad-Zieles hingewiesen hatte. „*Fünf Jahre später ist diese Herausforderung aufgrund des anhaltenden Anstiegs der Treibhausgasemissionen [aber] noch größer geworden. Das Tempo und der Umfang der bisherigen Maßnahmen sowie die aktuellen Pläne reichen nicht aus, um den Klimawandel zu bewältigen.*“¹³⁶

131 LG Stuttgart, Urteil vom 13.9.2022, 17 O 789/21, NVwZ 2022, 1663 (1664).

132 LG München I, Urteil vom 7.2.2023, 3 O 12581/21, BeckRS 2023, 2861 (Rn. 53).

133 LG München I, Urteil vom 7.2.2023, 3 O 12581/21, BeckRS 2023, 2861 (Rn. 61f).

134 IPCC, Global Warming of 1.5 degree. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5 °C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty (2018) www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2022/06/SR15_Full_Report_HR.pdf.

135 BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, NJW 2021, 1723 ff.

136 IPCC, Urgent climate action can secure a liveable future for all, Pressemitteilung vom 20.3.2023 zum Erscheinen des 6. Syntheseberichts, www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/press/IPCC_AR6_SYR_PressRelease_en.pdf, der 6. Synthesebericht ist

8.2. Kausalität und Attribution

Der zweite Problemkreis betrifft die Kausalität und Attribution. Hier konnte es sich das Bundesverfassungsgericht „einfach machen“: Das Klima ist zwar ein komplexes System, in dem verschiedene Faktoren auf die Erdtemperatur Einfluss nehmen. Neben der Wolkenbildung, der Intensität der kosmischen Strahlung und dem Erdorbit spielen anthropogene CO₂-Emissionen eine wesentliche Rolle.¹³⁷ In den IPCC-Berichten, auf die sich das BVerfG berief (siehe oben 8.1.), wird nun aber durch Modellrechnungen dargelegt, dass und mit welcher (hohen) Wahrscheinlichkeit ein anthropogener Einfluss auf den Klimawandel gegeben ist. Diese IPCC-Modellrechnungen reichen als solche trotz ihrer hohen Wahrscheinlichkeitsaussagen indes (zumindest Stand heute) nicht aus, um die zivilrechtlich zur vollen Überzeugung des Gerichts notwendige Kausalität und Zurechenbarkeit zu begründen.¹³⁸ Dies erhellt das Verfahren des peruanischen Klägers gegen RWE. Es ist bereits seit 2017 am Oberlandesgericht Hamm anhängig, da weil gerade diese Beweisfrage so komplex ist. Dabei geht es um die Attribuierbarkeit des Klimawandels zu bestimmten Unternehmen: Lässt sich tatsächlich, wie die Klägerseite anführt, eine Verantwortlichkeit von RWE in Höhe von 0,47 % am globalen Klimawandel feststellen?¹³⁹

Unseres Erachtens wird man bei den Wahrscheinlichkeitsgraden zu differenzieren haben: So hat der Gesetzgeber eine viel größere Entscheidungsprärogative beim Erlass von Klimaschutzgesetzen als die Judikative in Streitigkeiten zwischen Privaten. Denn die Legislative erlässt mit den Klimaschutzgesetzen gleichsam präventiv-gefahrenabwehrrechtliche Maßnahmen, um den CO₂-Anstieg zu stoppen. Hier genügt bereits, dass eine Gefahr mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit eintreten könnte, um CO₂-Reduktionsvorgaben als geeignet und erforderlich statuieren zu können; dem Gesetzgeber kommt – mit den Worten des BVerfG¹⁴⁰ – ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu. Anders gewendet: Es genügt für den Gesetzgeber, dass er keine willkürliche Maßnahme erlässt,

in voller Länge abrufbar unter https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_FullVolume.pdf.

137 Weller/Nasse/Nasse in Kahl/Weller (Hrsg), Climate Change Litigation (2021), 378 (382 f.).

138 Auf den erforderlichen Vollbeweis auch für Klimaschäden hinweisend Frenz, IWRZ 2023, 17 (18). Demnächst näher Thomale, Kausalität bei Klimaklagen, 2024.

139 Vgl. Luciano Lliuya v. RWE AG, Berufungsgrundbegründung vom 23.2.2017, 2, 4, ll.

140 BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, NJW 2021, 1723 (1732 Rn. 152).

um verfassungskonform zu handeln. Insofern reicht – wie der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts erhellt – die Inbezugnahme der Wahrscheinlichkeitsaussagen in den (jüngsten) Reports des IPCC aus.

Bei privatrechtlichen Klagen muss hingegen ein darüber hinausgehender Vollbeweis geführt werden (§ 286 ZPO);¹⁴¹ es muss die volle Überzeugung hinsichtlich der darzulegenden und zu beweisenden Attribution eines Klimawandelphänomens zum CO₂-Ausstoß eines Unternehmens hergestellt werden. Soweit ersichtlich, haben inländische Zivilgerichte, welche bereits zu Klimaklagen geurteilt haben, die Kausalitätsfrage entweder verneint¹⁴² oder aber nicht thematisiert bzw. offengelassen¹⁴³ und die Klimaklagen jeweils aus anderen Gründen abgewiesen.

8.3. CO₂-Reduktionspflicht

Der dritte Problemkreis betrifft die Frage, ob es tatsächlich eine Verkehrspflicht gibt, den CO₂-Ausstoß zu reduzieren.¹⁴⁴ Dies setzt voraus, dass der

141 Bacher in BeckOK ZPO (Stand 1.12.2022) § 286, Rn. 2; Frenz, IWRZ 2023, 17 (18).

142 Das LG Essen begründete die fehlende Kausalität in seiner (nicht rechtskräftigen) Entscheidung folgendermaßen: „*Die Störereigenschaft der Beklagten ist aufgrund mangelnder äquivalenter und adäquater Verursachung der Beeinträchtigung zu verneinen. [...] Die Schadstoffe, welche von der Beklagten ausgestoßen werden, sind nur ein Teil von unzähligen anderen Schadstoffen, die von einer Vielzahl von Klein- und Großemittenten ausgestoßen werden und wurden. [...] Unabhängig davon, dass bereits die äquivalente Kausalität bei Summationsschäden nicht gegeben ist, ist der Anteil der einzelnen Treibhausgasemittenten am weltweiten Klimawandel derart gering, dass der einzelne Emittent, und sei es ein Großemittent wie die Beklagte, die möglichen Folgen des Klimawandels nicht in erheblicher Weise erhöht.*“ LG Essen, Urteil vom 15.12.2016, 2 O 285/15, juris Rn. 36 ff.

143 LG Stuttgart, Urteil vom 13.9.2022, 17 O 789/21, NVwZ 2022, 1663 (1664): „*Die Auswirkungen der weiteren Produktion von Verbrennungsmotoren durch die Bekl. auf die Lebensgestaltung der Kl. sind daher völlig ungewiss und erlauben keine Interessenabwägung zwischen den gegebenenfalls beeinträchtigten Interessen der Kl. und den gegenüberstehenden Rechten der Bekl.*“ offengelassen hat die Frage das LG Braunschweig, Urteil vom 14.2.2023, 6 O 3931/21, juris Rn. 72.

144 Bei § 823 Abs 1 BGB stellt sich diese Frage – je nachdem, ob man der Lehre von Erfolgs- oder derjenige vom Handlungsunrecht folgt – bei der Zurechenbarkeit oder Rechtswidrigkeit; im Rahmen des § 1004 BGB ist eine entsprechende Verkehrspflicht Voraussetzung, um jemanden als „Störer“ einordnen zu können. Eine Verkehrspflicht zur CO₂-Reduktion für möglich erachtend Pöttker, Klimahaftrungsrecht (2014), 124 ff. Kritisch Wagner in MüKo-BGB⁸ (2020), § 823 Rn. 1055, wonach es „*weder möglich noch angemessen*“ erscheine, „[d]as daraus [dh aus den

CO₂-Ausstoß als Gefahrenquelle eingestuft wird. Für den Emittenten müsste erkennbar sein, dass der CO₂-Ausstoß Rechtsgüter Dritter beeinträchtigt und diese Gefahrenlage durch zumutbare wirtschaftliche Maßnahmen verhindert werden kann.¹⁴⁵ Bisher wird indes der grundrechtliche Freiheitsgebrauch, der mit CO₂-Emissionen einhergeht, als erlaubt und sozialadäquat angesehen.¹⁴⁶

Freilich können sich Verkehrserwartungen und damit auch die Verkehrs pflichten wandeln; beide sind dynamisch und Entwicklungsoffen.¹⁴⁷ Zunehmende gesellschaftliche, politische und legislative Aktivitäten sowie internationale Bemühungen um Klimaschutz können die Verkehrsanschauung prägen, legitime Verkehrserwartungen verdichten und insofern auch strengere Maßstäbe setzen und neue Pflichten hervorbringen.¹⁴⁸ Schlaglichtartig beleuchtet werden sollen zwei Thesen für die Begründung einer Verkehrs pflicht, die *Jan-Erik Schirmer* in seiner jüngst erschienenen Berliner Habilitationsschrift zur Diskussion stellt:

1. *Schirmer* führt die sogenannte Learned-Hand-Formel aus den USA an, eine Art (grobe) wirtschaftliche Folgenabschätzmethode aus der ökonomischen Theorie des Rechts: Hiernach handelt in der Regel sorgfaltswidrig, wer nur so wenige Kosten für Sicherungsmaßnahmen aufwendet, dass sie hinter dem erwarteten Schaden zurückbleiben.¹⁴⁹ Freilich ist

CO₂-Emissionen] entstehende globale Risiko in deliktische Sorgfaltspflichten einzelner inländischen Betreiber von Emissionsquellen umzumünzen“.

145 Dazu ausführlich *Schirmer*, Nachhaltiges Privatrecht (2023), 216 f; *Wagner* in MüKo-BGB⁸ (2020), § 823 Rn. 1052.

146 *Chatzinerantzis/Appel*, NJW 2019, 881 (885); *Wagner/Arntz* in *Kahl/Weller*, Climate Change Litigation (2021), 405 Rn. 56 f, 69.

147 Vgl. *Verheyen/Franke*, ZUR 2021, 624 (631).

148 Vgl. *Verheyen/Franke*, ZUR 2021, 624 (631): „[...] dass deliktsrechtliche Verkehrs pflichten und die Störereigenschaft im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung zu bestimmen sind, entspricht der deutschen Rechtslage. So kommt es im Rahmen des Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs nach § 1004 BGB auf eine wertende Betrachtung an, in deren Rahmen insbesondere die Veranlassung, die Gefahrenbeherrschung sowie die Vorteilsziehung wesentliche Zurechnungskriterien darstellen. Und schließlich gibt es inzwischen auch hinreichend gesicherte Maßstäbe für die Rechtsfolge, die nicht nur aus dem Pariser Abkommen folgen, sondern auch aus dem vom BVerfG entwickelten verfassungsrechtlichen Klimaschutzgebot und der Feststellung des endlichen Treibhausgasbudgets. [...] Und zumutbar ist ein mit dem Pariser Abkommen und dem Klimaschutzgebot kompatibler Reduktionspfad schon deswegen, weil entsprechende Transformationsmaßnahmen ohnehin unvermeidbar sind.“

149 *Schirmer*, Nachhaltiges Privatrecht (2023), 220 mit Verweis auf BGH, Urteil vom 16.6.2009, VI ZR 107/08, NJW 2009, 2952 (2953).

fraglich, welchen Schadenserwartungswert man einer realen Entwicklung tatsächlich zugrunde zu legen hat. *Schirmer* jedenfalls meint, die Schadensvermeidungsinvestitionen der Carbon Majors – also Kosten für die Implementierung emissionsärmerer Produktionsprozesse oder den Einsatz erneuerbarer Energien – seien unzureichend und würden den erwarteten klimabedingten Schadenswert in Höhe von (anteilig) drei bis fünf Prozent des globalen BIP unterschreiten; nach der Learned-Hand-Formel würden Großemittenten dieser Ansicht zufolge häufig sorgfaltswidrig handeln.¹⁵⁰

2. Für die Begründung einer neuen Verkehrspflicht(verletzung) könne man außerdem, so *Schirmer*, das deutsche Institut der Produzentenhaftung aktivieren; Energieproduzenten wie RWE verbrennen fossile Brennstoffe, Mineralölunternehmen wie Shell verkaufen fossile Brennstoffe, die der Abnehmer dann verbrennt – jedenfalls wird bei der Verfeuerung (abfallartig) schädliches CO₂ freigesetzt.¹⁵¹ Davor hätten die Großemittenten im Rahmen ihrer Produktbeobachtungspflicht jedenfalls warnen müssen.¹⁵² Der Gedanke lasse sich zumindest grundsätzlich auch auf Automobilhersteller wie Mercedes-Benz oder BMW übertragen, deren produzierte Fahrzeuge beim bestimmungsgemäßen Betrieb CO₂ emittieren.

Das Haager Bezirksgericht hat im *Shell*-Urteil eine Verkehrspflicht zur CO₂-Reduktion bejaht; in Deutschland wird sie von der herrschenden Meinung – jedenfalls Stand heute – aber abgelehnt.¹⁵³ So hat das Landgericht München I in seiner Entscheidung betont: „[ü]ber die öffentlich-rechtlichen Pflichten hinausgehende zivilrechtliche Pflichten der Beklagten bestehen

150 *Schirmer*, Nachhaltiges Privatrecht (2023) 220 f. mit Verweis auf die Berechnung von *Hunter/Salzmann*, Negligence in the Air: The Duty of Care in Climate Change Litigation, University of Pennsylvania Law Review 155/2007, 1758 (1768).

151 Dazu ausführlich *Schirmer*, Nachhaltiges Privatrecht (2023), 226 f, 259 f.

152 Dazu ausführlich *Schirmer*, Nachhaltiges im Privatrecht (2023), 227 ff; vgl. auch *Kieninger*, ZHR 2023, 348 (374).

153 So auch *Wagner* in MüKo-BGB⁸ (2020), § 823 Rn.1055; *Thöne*, ZUR 2022, 323 (330 f). Im Ergebnis auch OLG München, Urteil vom 12.10.2023, 32 U 936/23; LG München I, Urteil vom 7.2.2023, 3 O 12581/21 KlimaRZ 2023, 80 f; LG Braunschweig, Urteil vom 14.2.2023, 6 O 3931/21 juris. Eine solche Pflicht nicht ausschließlich *Verheyen/Franke*, ZUR 2021, 624 (630).

nach Auffassung der Kammer jedenfalls derzeit nicht.¹⁵⁴ Das OLG München bestätigte die Entscheidung mit der gleichen Begründung.¹⁵⁵

8.4. Rechtswidrigkeit von CO₂-Emissionen

Sollte man eine Verkehrspflicht bejahen, ist ein vierter Problemkreis zu diskutieren: Handelt ein Emittent von CO₂-Emissionen möglicherweise aufgrund öffentlich-rechtlicher Anlagegenehmigungen oder der Einhaltung der europäischen Flottengrenzwertverordnung gerechtfertigt oder können CO₂-Emissionen durch den Erwerb entsprechender CO₂-Zertifikate nach dem TEHG (Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz) kompensiert werden?¹⁵⁶ Im Falle öffentlich-rechtlicher Genehmigungen gäbe es möglicherweise eine Pflicht der Klägerseite, CO₂-Emissionen zu dulden (vgl. § 1004 Abs 2 BGB).¹⁵⁷ Das Landgericht Braunschweig stellt allerdings fest, dass öffentlich-rechtliche Genehmigungen nicht per se eine Duldungspflicht iSd § 1004 II BGB begründen und insofern nicht privatrechtliche Ansprüche von vornherein ausschließen würden.¹⁵⁸ Es verneinte dann aber im Ergebnis einen Anspruch aus § 1004 BGB mit der Begründung, die Kläger müssten etwaige Beeinträchtigungen ihrer Rechtsgüter durch CO₂-Emissionen dulden (§ 1004 Abs 2 BGB), das beklagte Automobilunternehmen handle im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften.¹⁵⁹ Hier wird in der Begründung wieder – wie es auch schon das Landgericht München I getan hat (siehe oben 8.3.) – darauf abgestellt, die Verpflichtung des Automobilherstellers als privates Unternehmen könne nicht weiter reichen als die dem Gesetzgeber aus den Grundrechten unmittelbar erwachsenen Schutzpflichten.¹⁶⁰

154 LG München I, Urteil vom 7.2.2023, 3 O 12581/21, KlimaRZ 2023, 80 (82).

155 OLG München, Urteil vom 12.10.2023, 32 U 936/23.

156 Näher *Tran, Grenzüberschreitende Klimaklagen (im Erscheinen)*.

157 Vgl. *Frenz, IWRZ 2023, 17 (22); Schirmer, NJW 2023, II 13 (II 16)*.

158 Vgl. LG Braunschweig, Urteil vom 14.2.2023, 6 O 3931/21 juris Rn. 92.

159 LG Braunschweig, Urteil vom 14.2.2023, 6 O 3931/21 juris Rn. 71 ff.

160 LG Braunschweig, Urteil vom 14.2.2023, 6 O 3931/21 juris Rn. 119.

8.4.1. Rechtfertigung durch Anlagegenehmigungen

Typischerweise sind CO₂-intensive Wirtschaftsaktivitäten von einer öffentlich-rechtlichen (zB bundesimmissionsschutzrechtlichen) Anlagegenehmigung gedeckt. Diese könnte – auch unter dem Gesichtspunkt der „Einheit der Rechtsordnung“ – privatrechtliche Beseitigungsansprüche präkludieren (vgl. § 14 BImSchG).¹⁶¹

Aufgeworfen ist damit die Frage, welche sachliche und räumliche Reichweite solche Genehmigungen haben. Dies ist mit Blick auf die Kriterien, Anforderungen und Interessen, die jeweils Gegenstand des respektiven Genehmigungserteilungsverfahrens sind, zu beurteilen.

Betrachtet man § 14 BImSchG, so zeigt dessen Wortlaut („*benachbartes Grundstück*“), dass die Norm nur benachteiligende Einwirkungen im Nachbarschaftsverhältnis erfasst, mithin eine räumliche Nähe voraussetzt.¹⁶² Klimawandelklagen greifen über das nachbarschaftliche Verhältnis hinaus und adressieren ein globales Phänomen, sodass insofern keine Sperrwirkung von § 14 BImSchG ausgeht.¹⁶³

8.4.2. Einhaltung der EU-Flottengrenzwertverordnung

Von der Beklagtenseite wird zudem auf die Einhaltung der EU-Flottengrenzwertverordnung hingewiesen.¹⁶⁴ Danach haben Hersteller sicherzustellen, dass die von ihnen produzierten, in der EU zugelassenen Fahrzeuge eine bestimmte Menge an CO₂-Emissionen (Flottengrenzwert) nicht überschreiten. Die Verordnung dient aber nicht der Beurteilung individueller Beeinträchtigungen respektive Duldungspflichten, sondern der generellen Einhaltung des Pariser 1,5-Grad-Zieles; privatrechtliche Ansprüche aufgrund individueller Rechtsverletzung kann sie daher nicht sperren.¹⁶⁵

161 Treffer, JR 2022, 503, 509; vgl. Tran, Grenzüberschreitende Klimaklagen (im Erscheinen), 9.

162 Gärditz, EurUP 2022, 45, 70; Giesberts in BeckOK Umweltrecht (2020), § 14 BImSchG Rn. 15; Tran, Grenzüberschreitende Klimaklagen (im Erscheinen).

163 So auch Pöttker, Klimahaftungsrecht (2014), 91; Tran, Grenzüberschreitende Klimaklagen (im Erscheinen), 99 ff.

164 VO (EU) 2019/631; LG Detmold, Urteil vom 24.2.2023, 01 O 199/21 BeckRS 2023, 2862 (Rn. 10).

165 Ausführlich Schirmer, NJW 2023, 113 (116).

8.4.3. Kompensation durch CO₂-Zertifikate

Diffizil ist ferner die Frage, ob Emissionszertifikate, die nach §§ 1, 4 TEHG erworben werden, den CO₂-Ausstoß legitimieren und privatrechtlich dann entsprechende Klagen präkludieren.¹⁶⁶ Damit tut sich auch das Gericht in Den Haag schwer. Es differenziert räumlich zwischen den Emissionen innerhalb der EU, die vom EU-Zertifikate-Handel sektoruell erfasst werden, und dem Rest der Welt, wo es noch kein vergleichbares Zertifikate-Handelssystem gibt.¹⁶⁷ Auf einem anderen Blatt geschrieben steht die Kompensationsmöglichkeit durch den freiwilligen Erwerb von CO₂-Emissionen, etwa aus Umweltschutzprojekten.¹⁶⁸

8.5. Reichweite einer deliktischen CO₂-Verantwortung (Scope 1, 2 und 3-Emissionen)

Der fünfte Problemkreis adressiert die Störereigenschaft bzw die Reichweite einer etwaigen deliktischen Verantwortung für CO₂-Emissionen. Kann man einem Rechtsträger neben den eigenen Emissionen auch solche von Konzerngesellschaften (Scope 1), Energieunternehmen (mit Blick auf die eingekaufte Energie, Scope 2) und anderen Beteiligten in der Wertschöpfungskette (up-stream und down-stream, Scope 3) deliktisch zurechnen?¹⁶⁹

Unseres Erachtens ist zwischen (1.) einer klimabilanziellen Zurechnung und (2.) einer deliktischen oder haftungsrechtlichen Zurechnung zu unterscheiden. Erstere orientiert sich am internationalen Standard des „Greenhouse Gas Protocols“ und kann daher auch Scope-1-, -2- und -3-Emissionen erfassen (siehe supra 7.2.). Letztere richtet sich hingegen nach den Prinzipien des Delikts- und Haftungsrechts: Im Unterschied zum niederländischen Recht (*Shell-Urteil*) ist das deutsche Deliktsrecht vom Unmittelbarkeitsgrundsatz geprägt.¹⁷⁰ Von engen Ausnahmen abgesehen haftet ein Rechtsträger nur für sein eigenes deliktisches Verhalten und

166 Ausführlich *Tran*, Grenzüberschreitende Klimaklagen (im Erscheinen), 129 ff.

167 Rechtbank Den Haag, Urteil vom 26.5.2021, C/09/571932 / HA ZA 19-379, E-CLI:NL:RBDHA:2021:5339, Rn. 4.4.46.

168 Ausführlich zu dessen rechtlichen Grundlagen *Steuer*, ZUR 2022, 586 ff.

169 Hierzu auch *Schmidt-Ahrendts/Schneider*, NJW 2022, 3475 (3479).

170 *Wagner*, RabelsZ 80 (2016), 717 (758); *Weller/Nasse*, ZGR-Sonderheft 22 (2020) 107 (124); *Weller/Tran*, EurUP 2021, 342 (355).

nicht für das von Dritten.¹⁷¹ Anders als im Vertragsrecht (dort über § 278 BGB) findet keine Zurechnung fremden Verhaltens und Verschuldens statt. Dementsprechend gibt es prinzipiell auch keine rechtsträgerübergreifenden Verkehrspflichten, die eine Gesellschaft verpflichten würden, für regelkonformes oder klimafreundliches Verhalten anderer juristischer und natürlicher Personen zu sorgen.¹⁷² Dies erhellt e contrario das LkSG, das die Sorgfaltspflicht über den eigenen Geschäftsbereich hinaus auf unmittelbare (und ggf mittelbare) Zulieferer erstreckt.¹⁷³ Die Existenz des LkSG belegt somit, dass nach allgemeinem Deliktsrecht keine rechtsträgerübergreifende Verkehrspflicht (und dementsprechend auch keine Deliktsverantwortung und -haftung) besteht. Hätte man die Lieferkettenpflichten schon aus § 823 BGB direkt ableiten können, hätte man das LkSG nicht gebraucht. Folglich kann eine haftungsrechtliche Zurechnung von Scope-3-Emissionen nach dem geltenden Deliktsrecht nicht vorgenommen werden. A fortiori können Kläger – wie es das LG Detmold feststellt – auch keine konkrete Maßnahme zur Verringerung der Scope-3-Emissionen verlangen; vielmehr bleibt es den Unternehmen selbst überlassen, beispielsweise zwischen dem Einsatz von Elektromotoren, wasserstoffbetriebenen Verbrennungsmotoren oder Brennstoffzellen als Mitteln zur CO₂-Reduktion zu wählen.¹⁷⁴

9. Zusammenfassung in Thesenform

1. Zu unterscheiden sind vertikale und horizontale Klimaklagen. Vertikale Klimaklagen (NGOs/Individuen versus Staat) haben regelmäßig eine öffentlich-rechtliche Natur. Sie werden vor den Verwaltungs- und Verfassungsgerichten geführt. Prüfungsmaßstab sind namentlich die den Staat adressierenden Abwehr- und Schutzpflichten der Grund- und Menschenrechte sowie völkerrechtliche Bindungen infolge ratifizierter internationaler Abkommen.
2. Horizontale Klimaklagen im Verhältnis ‚Privat‘ versus Unternehmen werden vor Zivilgerichten geführt und stützen sich regelmäßig auf de-

171 Ausnahmen stellen etwa die Geschäftsherrenhaftung nach § 831 BGB und die Haftung des Aufsichtspflichtigen nach § 832 BGB dar; zudem wurde die Figur des Organisationsverschuldens im Rahmen des § 823 I BGB entwickelt. Näher hierzu *Weller/Tran*, EurUP 2021, 342 (355).

172 Solchen Pflichten gegenüber auch kritisch *Walden/Frischholz*, ZIP 2022, 2473 (2480).

173 Siehe § 3 Abs 1 Nr 5, Nr 9 LkSG.

174 LG Detmold, Urteil vom 24.2.2023, 01 O 199/21, BeckRS 2023, 2862 (Rn. 15).

liktische Anspruchsgrundlagen. Die Grundrechte entfalten hierbei eine mittelbare Horizontalwirkung. Sie werden im Wege der Auslegung von Generalklauseln und offenen Tatbestandsmerkmalen des Deliktsrechts (zB Störereigenschaft, Rechtswidrigkeit) zur rechtsfortbildenden Begründung neuer klimaschützender Verkehrs- und Sorgfaltspflichten herangezogen.

3. Gesellschaftsrechtliche Klimaklagen stehen und fallen mit der Sorgfaltspflicht des Vorstandes, Klimaschutz- und Nachhaltigkeitsbelange bei seinen Leitentscheidungen zu berücksichtigen (§ 93 Abs 1 AktG). De lege lata ist der Vorstand dazu zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet. Seine Legalitätspflicht bindet ihn jedoch an gesetzliche und gerichtliche Klimaschutzvorgaben, die die Gesellschaft im Außenverhältnis treffen.
4. Aktionäre haben grundsätzlich keine Kompetenz zur Entscheidung über Geschäftsführungsfragen, die den Klimaschutz betreffen (vgl. § 119 Abs 2 AktG). Aktivistische Aktionäre finden aber durchaus Wege, den Klimaschutz in der Hauptversammlung zu adressieren, etwa über Tagesordnungsergänzungsverlangen (§ 122 Abs 2 AktG) und im Wege der Diskussion um die Entlastung des Vorstandes (§ 120 AktG). Zu diesem Zweck aktivieren sie insbesondere Kompetenztitel der Hauptversammlung (zB Umwandlungen, etwa in Form der Abspaltung gewisser Geschäftszweige), die sich mit Klimaschutzbelangen aufladen lassen.
5. Das *Shell*-Verfahren in den Niederlanden ist die erste erstinstanzlich erfolgreiche horizontale Klimaklage, die den Schutz des globalen Klimas zum Gegenstand hat. Sie verpflichtet Shell zu einer erheblichen CO₂-Reduktion. Erstmals wird von einem Zivilgericht (dem Bezirksgericht Den Haag) eine Verkehrspflicht zur CO₂-Reduktion aus einem Bündel von Einzelerwägungen heraus konstruiert.
6. Das *Shell*-Urteil aus Den Haag lässt sich nicht ohne weiteres in die deutsche Rechtsordnung transponieren. Zwar ist die inländische Verkehrspflichtdogmatik offen für die Kreierung neuer Pflichten. Für die Schaffung einer ungeschriebenen CO₂-Reduktionspflicht bedürfte es aber einer tiefergehenden Begründung, als es die Haager Entscheidung geleistet hat.
7. Rechtsrealistisch nicht zu übersehen ist freilich das Momentum, das vom *Shell*-Urteil ausgeht. Den rechtsvergleichenden „Blick über den eigenen Tellerrand“ hat das Bundesverfassungsgericht vorgemacht. In seinem Klimabeschluss hat es ausländische Gerichtsentscheidungen als Inspirationsquelle herangezogen.

8. Nach deutschem Recht birgt aus Sicht der Klägerseite (NGOs) das materielle Recht die größten Hürden für auf CO₂-Reduktion gerichtete horizontale Klimaklagen. Problematisch sind
 - (1.) die individuelle und die konkrete Rechtsgutsbeeinträchtigung (Klimawandel als Allmendeproblematik),
 - (2.) die Kausalität und Zurechenbarkeit (Problem der Attribution),
 - (3.) eine Verkehrspflicht zur CO₂-Reduktion,
 - (4.) eine Rechtfertigung oder Kompensation einer treibhausgasemittierenden Unternehmensstätigkeit sowie
 - (5.) die Störereigenschaft und die Reichweite einer etwaigen deliktschen CO₂-Verantwortung.
9. Anders als für Zwecke der internationalen Klimabilanzierung von Unternehmensstätigkeiten nach dem „Greenhouse Gas Protocol“ überzeugt eine deliktische und haftungsrechtliche Verantwortung für Scope-3-Emissionen, dh eine umfassende Zurechnung der Treibhausgasemissionen entlang der gesamten Wertschöpfungskette (Liefer- und Absatzkette) inklusive der Emissionen des Endverbraucher, aus Perspektive der geltenden deutschen Deliktsdogmatik (Unmittelbarkeitsprinzip) nicht.