

Univ.-Prof. Dr. Patrick Velte
Universitätsallee 1
21335 Lüneburg

An

Prof. Dr. Ulf Papenfuß und

Prof. Dr. Klaus-Michael Ahrend,

Vorsitzende der Expert:innenkommission

des Deutschen Public Corporate Governance-Musterkodex

per E-Mail an

kontakt@pcg-musterkodex.de

17.07.2021

Stellungnahme zum Deutschen Public Corporate Governance-Musterkodex

Sehr geehrter Herr Kollege Papenfuß, sehr geehrter Herr Kollege Ahrend,

sehr gerne folge ich Ihrer Einladung, im Rahmen Ihrer öffentlichen Konsultation Stellung zum Entwurf des D-PCGM zu beziehen. In meiner Forschung befasse ich mich in den vergangenen Jahren verstärkt mit der nachhaltigen Unternehmensführung und –überwachung (Sustainable Corporate Governance), die derzeit primär bei börsennotierten Unternehmen bzw. Public Interest Entities (PIEs) auf nationaler und internationaler Ebene kontrovers diskutiert wird. Mit Blick auf die Situation in Deutschland mit zahlreichen sehr unterschiedlichen Public Corporate Governance Kodizes ist es aus einer übergreifenden Corporate Governance-Perspektive zu begrüßen, dass eine Expertenkommission die Entwicklungen auswertet, Maßnahmen im Rahmen einer Konsultation zur Diskussion stellt und mit dem D-PCGM, wie in der Präambel des D-PCGM formuliert, eine wertvolle Unterstützung für diese aktuellen Reformdiskussionen bereitstellt. Vor dem Hintergrund der Sustainable Finance-Strategie der deutschen Bundesregierung und des EU-Green-Deal-Projekts der EU-Kommission bin ich der Überzeugung, dass neben den bisherigen Regulierungen zum nachhaltigen Finanzwesen (u.a. Taxonomie-Verordnung, Offenlegungsverordnung für Finanzmarktteilnehmer) und der geplanten Ausweitung der Nachhaltigkeitsberichterstattung auch eine Regulierung der Sustainable Corporate Governance, z.B. über eine geplante Ausweitung der Sorgfaltspflichten in Bezug auf die nachhaltige Lieferkette, und der Nachhaltigkeitspflichten von Vorständen und

Aufsichtsräten bzw. Verwaltungsräten angezeigt ist. Ersatzweise oder ergänzend plädiere ich für eine stärkere Integration von Nachhaltigkeit in Corporate Governance Kodizes. Der D-PCGM adressiert bereits einige Aspekte im Kontext Nachhaltigkeit, könnte einige aktuelle Reformdiskussionen im Rahmen der zusätzlichen Weiterentwicklung aber aus meiner Sicht noch stärker berücksichtigen.

Wenngleich ich kein Corporate Governance-Experte im Bereich öffentlicher Verwaltung und öffentlichen Unternehmen bin, sehe ich gerade bei diesen Unternehmen eine besondere Verantwortung, die nachhaltige Unternehmensentwicklung nach Maßgabe des EU-Green-Deals voranzutreiben. Ich hatte vor einigen Wochen in der Fachzeitschrift „Der Betrieb“ einen ausführlichen zweiteiligen Beitrag zur „Sustainable Corporate Governance“ bei PIEs verfasst (DB 2021, S. 1054-1062 und 1113-1121). Dieser hatte auch mögliche Reformvorschläge diskutiert. In verkürzter Form gebe ich meine Überlegungen hier wieder (exemplarisch auf der Grundlage einer börsennotierten Aktiengesellschaft mit Sitz in Deutschland) und bitte Sie zu prüfen, inwiefern eine Übertragung der aktuellen Diskussion für PIEs auch für öffentliche Verwaltungen und Unternehmen sowie eine perspektivische Aufnahme in Ihren D-PCGM sachgerecht ist. Ich beziehe mich hierbei auf eine mögliche Ausweitung der Nachhaltigkeitspflichten von Vorstand, Aufsichtsrat und Abschlussprüfer.

Nach der Lektüre Ihres Entwurfs hatte ich es sehr begrüßt, dass Sie an verschiedenen Stellen das Thema Nachhaltigkeit und auch die UN Sustainable Development Goals (SGDs) thematisieren und insofern bereits stärkere Konkretisierungsbemühungen im Vergleich zum DCGK vorgenommen haben. Ich würde Sie ermutigen, diese Konkretisierungen im Rahmen eines künftigen D-PCGM fortzuführen und hierbei explizit die Pflichten der Mitglieder der Unternehmensverwaltung und des Abschlussprüfers mit Blick auf die Nachhaltigkeitspflichten zu schärfen.

(im Folgenden Auszüge aus dem Beitrag von Velte, Der Betrieb 2021, S. 1113-1121).

1. Nachhaltigkeitspflichten des Vorstands

1.1. Unternehmensinteresse

Mit der knappen und weitreichenden Aussage nach § 76 AktG, wonach der Vorstand „unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten“ hat, sind vielfältige, häufig widerstreitende Sichtweisen zum sog. „Unternehmensinteresse“ im Schrifttum zu finden. Die derzeit auf EU-Ebene geführte Diskussion zu einer potenziellen Regulierung der Sustainable Corporate Governance ist insofern bemerkenswert, als der „Kernbereich des Aktienrechts – und damit auch die

Vorgaben zum Zweck der Aktiengesellschaft – bis heute nicht harmonisiert“ wurden.¹ Bereits viele Jahre zuvor wurde im Fachschrifttum über die Möglichkeit einer „Renovellierung“ des § 76 Abs. 1 AktG mit Blick auf den ehemaligen § 70 AktG i.d.F. 1937 hingewiesen.² Eine sehr lebhaft diskutierte „Unternehmen an sich“ wurde in der Weimarer Republik, u.a. durch *Rathenau*, geführt.³ Durch die Aktienrechtsnovelle 1937 wurde schließlich eine „ideologisch aufgeladene Gemeinwohlformel“ in § 70 Abs. 1 AktG i.d.F. 1937 eingefügt, wonach der Vorstand die Gesellschaft so zu leiten hatte, wie das Wohl des Betriebes und seiner Gefolgschaft und der gemeine Nutzen von Volk und Reich es fordern.⁴ Diese durch die Nationalsozialisten instrumentalisierte Formel „Gemeinnutz vor Eigennutz“ hatte auch nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs in Deutschland bei entsprechender Übertragung auf die eingeführte soziale Marktwirtschaft bis zur großen Aktienrechtsreform 1965 Bestand. Sie wurde vom Gesetzgeber als entbehrlich angesehen und nicht in § 76 Abs. 1 AktG i.d.F. 1965 übernommen, da sich eine Berücksichtigung der Belange der Aktionäre, der Arbeitnehmer und der Allgemeinheit durch die Unternehmensverwaltung von selbst verstehe.⁵ Daher wurde sowohl in der Rechtsprechung als auch im Schrifttum eine „stillschweigende Fortgeltung“ der früheren Gemeinwohlformel des § 70 Abs. 1 AktG 1937 und eine daraus abgeleitete „interessenpluralistische Zielkonzeption“ des Unternehmensinteresses unterstellt.⁶ Hierbei berufen sich die Befürworter u.a. auf die Sozialpflichtigkeit des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG. Reste des ehemaligen aktienrechtlichen Gemeinwohlziels lassen sich noch in § 241 Nr. 3 AktG und in § 396 Abs. 1 AktG wiederfinden.⁷

Hommelhoff hatte mit Blick auf die damalige Fassung der OECD-Grundsätze zur Corporate Governance bereits die Option angeführt, „das Handlungsprogramm des Vorstands in § 76 AktG dahingehend zu materialisieren, daß er bei seiner Unternehmensleitung die Interessen der Aktionäre, der Arbeitnehmer sowie der sonstigen Unternehmensbeteiligten zu berücksichtigen habe“.⁸ Dieses Stakeholder-orientierte Verständnis steht auch im Einklang mit § 70 des österreichischen Aktiengesetzes: „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“. Seit dem Inkrafttreten der „loi PACTE“ verpflichtet Art. 1833 Abs. 2 des französischen Code Civil die Geschäftsleitung dazu, im Rah-

¹ Schön, ZHR 2016, S. 280, 282. „Dazu fehlt in Brüssel wohl der Mut, vielleicht sogar die Regelungskompetenz, aber letztlich auch die Aussicht auf Erfolg im Ministerrat“.

² Vgl. Fleischer, in: Spindler/Stilz, Beck-online Großkommentar, Rn. 40 zu § 76 AktG mit Verweis auf Hommelhoff, ZGR 2001, 248 ff.

³ Vgl. Rathenau, Vom Aktienwesen, 1917; hierzu Fleischer, JZ 2017, S. 994.

⁴ Vgl. Fleischer, in: Spindler/Stilz, Beck-online Großkommentar, Rn. 22 zu § 76 AktG; zur „unrühmlichen“ Geschichte des Stakeholder Value nach der Aktienrechtsreform 1937 auch Hager, in: Bachmann et al. (Hrsg.), Festschrift Windbichler, Köln 2021, S. 732.

⁵ Vgl. Fleischer, in: Spindler/Stilz, Beck-online Großkommentar, Rn. 23 zu § 76 AktG;

⁶ Fleischer, in: Spindler/Stilz, Beck-online Großkommentar, Rn. 23 zu § 76 AktG; Fleischer, AG 2017, S. 511.

⁷ Vgl. Fleischer, AG 2017, S. 511.

⁸ Hommelhoff, ZGR 2011, S. 250.

men ihrer Geschäftstätigkeit die sozialen Auswirkungen ihrer Aktivitäten und die Konsequenzen für die Umwelt zu berücksichtigen.⁹ Auch hatten führende CEOs in den USA im Jahre 2019 in einem Business Roundtable ihre Abkehr vom Shareholder Value-Prinzip und Hinwendung zu einem (moderaten) Stakeholder Value öffentlich bekundet.¹⁰ Die überwiegende Mehrheit der vorwiegend rechtswissenschaftlichen Kommentarmeinung in Deutschland steht einer künftig stärkeren Verlinkung zwischen Nachhaltigkeit und dem Aktienrecht jedoch kritisch gegenüber. So empfindet *Fleischer* „viele der gesetzgeberischen Aktivitäten“ als „rechtspolitisch fragwürdig; insbesondere nimmt die Indienstnahme des Aktienrechts für gesellschaftspolitische Anliegen allmählich besorgniserregende Formen an“.¹¹ Andere formulieren „gravierende Bedenken“ und prognostizieren eine „Revolution“ auf Umwegen.¹² Anstelle einer gesetzlichen Verankerung der Nachhaltigkeitspflichten in § 76 AktG wird auf die Möglichkeit hingewiesen, „eine CSR-Klausel“ in die Satzung aufzunehmen, um z.B. gemeinnützige Ausrichtungen in der Aktiengesellschaft zu verdeutlichen.¹³

Eine Nachhaltigkeitsverankerung in § 76 AktG wurde in einem Gesetzentwurf der SPD-Fraktion zur Angemessenheit von Vorstandsvergütungen und zur Beschränkung der steuerlichen Absetzbarkeit im Jahre 2017 vorgeschlagen. Hiernach sollte die Leitungspflicht des Vorstands in § 76 Abs. 1 AktG um einen Satz ergänzt werden, wonach dieser „dabei dem Wohl des Unternehmens, der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, der Aktionärinnen und Aktionäre und dem Wohl der Allgemeinheit verpflichtet“ ist.¹⁴ Im Abschlussbericht des Sustainable Finance-Beirats der Bundesregierung (SFB) wird die nachfolgende Anpassung des § 76 Abs. 1 AktG empfohlen: „Leitung im langfristigen Interesse des Unternehmens unter angemessener Berücksichtigung von Nachhaltigkeitszielen“.¹⁵ Auf entsprechende Formeln könnte bei einer potenziellen künftigen Regulierung der Sustainable Corporate Governance zurückgegriffen werden.

1.2. Besetzungsprofil

In einigen Staaten wird seit vielen Jahren die zwingende Implementierung von Nachhaltigkeitsexperten auf institutioneller Ebene im Verwaltungsrat ernsthaft diskutiert und teilweise auch bereits gesetzlich vorgeschrieben.¹⁶ So sieht der Indische Aktienrecht durch den sog. „Companies Act 2013“ seit dem Geschäftsjahr 2014-15 die obligatorische Einrichtung eines Nachhaltigkeitsausschusses

⁹ Vgl. hierzu Kuntz, in: Grundmann et al. (Hrsg.), Festschrift Hopt, Köln 2020, S. 654.

¹⁰ Abrufbar unter: <https://www.businessroundtable.org/business-roundtable-redefines-the-purpose-of-a-corporation-to-promote-an-economy-that-serves-all-americans>

¹¹ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, Beck-online Großkommentar, Rn. 42 zu § 76 AktG; weiterführend Kort, NZG 2012, 927 f.; Habersack, Gutachten E zum 69. DTJ 2012, E 15 ff.; E 33 ff.

¹² Schön, ZHR 2016, S. 281 m.w.N.

¹³ Vgl. *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, Beck-online Großkommentar, Rn. 47 zu § 76 Akt; Kort, NZG 2012, S. 930.

¹⁴ Vgl. Gesetzentwurf der Fraktion der SPD, Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit von Vorstandsvergütungen und zur Beschränkung der steuerlichen Absetzbarkeit, Stand: 20.2.2017.

¹⁵ Vgl. Sustainable Finance-Beirat der Bundesregierung, *Shifting the Trillions. Ein nachhaltiges Finanzsystem für die Große Transformation*, Berlin 2021, S. 96.

¹⁶ Vgl. *Fleischer*, AG 2017, S. 525.

mit mindestens drei Personen im Verwaltungsrat bei Unternehmen ab einem bestimmten finanziellen Schwellenwert vor, wobei zumindest ein unabhängiges Mitglied vorzuhalten ist.¹⁷ Zu den zentralen Aufgaben des Nachhaltigkeitsausschusses zählen hierbei die Formulierung und Empfehlung einer Nachhaltigkeitspolitik für den Verwaltungsrat, die Empfehlung einer bestimmten Höhe von Nachhaltigkeitsaufwendungen zur Erreichung dieser Politik sowie die Überwachung der Nachhaltigkeitsinitiativen des Unternehmens.¹⁸ Hierbei wird deutlich, dass Teile des laufenden Jahresgewinns für Nachhaltigkeitsaktivitäten verwendet werden müssen. Auch der Sustainable Finance-Beirat der Bundesregierung SFB empfiehlt in seinem Abschlussbericht eine Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsexpertise als Kriterium bei der Besetzung von Vorständen im DCGK.¹⁹ In der betriebswirtschaftlichen Forschung sind in jüngerer Zeit vielfältige Studien durchgeführt worden, welche häufig einen positiven Einfluss von Nachhaltigkeitsausschüssen und der Implementierung eines Chief Sustainability Officer (CSO) auf die Nachhaltigkeitsleistung von Unternehmen gemessen haben.²⁰ Vor diesem Hintergrund könnte sich eine künftige Regulierung der Sustainable Corporate Governance auch an die zwingende institutionalisierte Berücksichtigung von Umwelt und/oder Sozial-Expertise auf Ebene des Vorstands richten. Über eine etwaige Implementierung müsste ebenfalls im Rahmen der Erklärung zur Unternehmensführung berichtet werden.²¹

1.3. Nachhaltigkeitsorientiertes Risikomanagementsystem und Sorgfaltspflichten

Seit dem KonTraG aus dem Jahre 1997 ist in § 91 Abs. 2 AktG eine Vorstandspflicht zur Einrichtung eines Früherkennungs- und Überwachungssystems für bestandsgefährdende Risiken bei Aktiengesellschaften notwendig. Als Reaktion auf den Wirecard-Skandal sieht das Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (FISG) zusätzlich die Implementierung eines „im Hinblick auf den Umfang der Geschäftstätigkeit und die Risikolage des Unternehmens angemessenen und wirksamen Internen Kontrollsystems und Risikomanagementsystems“ bei börsennotierten Aktiengesellschaften nach § 91 Abs. 3 AktG vor.²² Da für börsennotierte Aktiengesellschaften künftig ein „umfassendes“ Risikomanagementsystem (RMS) implementiert werden muss, stellt sich die Frage nach der Abgrenzung zu den Systemen nach § 91 Abs. 2 AktG.²³ Es bleibt unklar, aus welchen Elementen ein „umfassendes“ RMS bestehen soll, insbesondere, ob eine Interne Revision bzw. ein Internes Revisionssystem sowie ein Compliance Management

¹⁷ Vgl. Afsharipour/Rana, U.C. Davis Business Law Journal 2014, S. 218.

¹⁸ Vgl. Afsharipour/Rana, U.C. Davis Business Law Journal 2014, S. 218.

¹⁹ Vgl. Sustainable Finance-Beirat der Bundesregierung, Shifting the Trillions. Ein nachhaltiges Finanzsystem für die Große Transformation, Berlin 2021, S. 94.

²⁰ Vgl. Velte/Stawinoga, Journal of Management Control (online first).

²¹ Vgl. Bachmann, ZGR 2018, S. 239.

²² Vgl. hierzu Velte/Graewe, Der Betrieb 2020, S. 2529.

²³ Vgl. Velte, Die Wirtschaftsprüfung (im Erscheinen).

(System) (CMS) künftig verpflichtend sind.²⁴ So hatten Vertreter im Schrifttum eine Pflicht zur Einrichtung eines CMS bei börsennotierten Aktiengesellschaften, eine Überwachung durch den Aufsichtsrat und eine pflichtgemäße Prüfung durch den Abschlussprüfer als Reformmaßnahme nach dem Wirecard-Skandal nachhaltig empfohlen.²⁵

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass das betriebliche RMS nicht nur auf eine Steuerung von finanziellen Risiken beschränkt werden soll. *Hommelhoff* hatte berechtigterweise darauf hingewiesen, dass eine Implementierung eines Konzepts für nichtfinanzielle Belange auch eine Berücksichtigung dieser Nachhaltigkeitsaspekte im betrieblichen Risikomanagement voraussetzt.²⁶ *Walden* führt explizit an, dass bestandsgefährdende Entwicklungen auch aus Nachhaltigkeitsaspekten resultieren können, sodass eine Einbeziehung in das Risikofrüherkennungssystem nach § 91 Abs. 2 AktG angezeigt ist.²⁷ In diesem Sinne hat auch die BaFin eine Einbeziehung von Nachhaltigkeitsrisiken in das Risikomanagement von Banken in einem bekannten Merkblatt nachdrücklich empfohlen.²⁸ Aus aktuellem Anlass müssten primär Klimarisiken und andere ESG-Risiken in das RMS integriert und überwacht werden. Dies steht ebenfalls im Einklang mit den Empfehlungen der TCFD für eine Klimaberichterstattung.²⁹ In diesem Zusammenhang liegen ebenfalls konkrete Vorschläge im internationalen Schrifttum für ein nachhaltigkeitsorientiertes Risikomanagement vor, z.B. das integrierte ESG-Risikomanagement-Rahmenkonzept des Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO).³⁰ Der SFB schlägt in seinem Abschlussbericht ebenfalls eine Klarstellung der Sorgfaltspflichten des Vorstands zur Einrichtung von Kontroll- und Risikomanagementsystemen im Hinblick auf ökologische und soziale Nachhaltigkeitsrisiken vor.³¹

Mit Blick auf die Sorgfaltspflicht nach § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG, der den Vorstand einer Aktiengesellschaft dazu verpflichtet, „die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden“, stellt sich die Frage, inwiefern Nachhaltigkeitsaspekte ebenfalls hierunterfallen (müssen). Nach Einschätzung von *Walden* muss der Vorstand zur Erlangung einer angemessenen Informationsgrundlage nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG bei der Business Judgment Rule auch relevante Nachhaltigkeitsaspekte einbeziehen, die sich hieraus ergebenden Chancen und Risiken ableiten und der unternehmerischen Entscheidung

²⁴ Vgl. Velte, Die Wirtschaftsprüfung (im Erscheinen).

²⁵ Vgl. Velte/Graewe, Der Betrieb 2020, S. 2529.

²⁶ Vgl. Hommelhoff, NZG 2017, S.

²⁷ Vgl. Walden, NZG 2020, S. 55.

²⁸ Vgl. BaFin, Merkblatt zum Umgang mit Nachhaltigkeitsrisiken, Berlin 2020; hierzu auch Walden, NZG 2020, S. 56.

²⁹ Vgl. hierzu im Einzelnen [Ergänzung fehlt]

³⁰ Vgl. COSO, Enterprise Risk Management. Applying enterprise risk management to environmental, social and governance-related risks, 2018, abrufbar unter: <https://www.3grc.de/thema/sustainability-nachhaltigkeitsmanagement/normen-kodizes/coso-erm-guidelines-to-integrate-environmental-social-and-governance-related-risks-esg/>

³¹ Vgl. Sustainable Finance-Beirat der Bundesregierung, Shifting the Trillions. Ein nachhaltiges Finanzsystem für die Große Transformation, Berlin 2021, S. 96.

zugrunde legen.³² Aufgrund der bekundeten Regelungslücke hatte *Die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen* am 28.11.2012 den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Aktiengesetzes eingebracht und hierbei eine Ergänzung des § 93 Abs. 1 AktG um einen Satz 3 vorgelegt.³³ Hierbei sollte eine Pflichtverletzung des Vorstands nicht vorliegen, „wenn das Vorstandsmitglied eine unternehmerische Entscheidung menschenrechtlicher, sozialer oder ökologischer Standards getroffen hat, zu deren Einhaltung sich die Bundesrepublik Deutschland völkerrechtlich verpflichtet hat“³⁴. Der Entwurf hatte allerdings keine Mehrheit im Bundestag gefunden. Dennoch erfährt eine potenzielle Ergänzung des § 93 AktG um CSR-Aspekte vor dem Hintergrund der aktuellen Pläne der Bundesregierung zur Implementierung eines sog. „Lieferkettengesetzes“, welches eine Berücksichtigung von Menschenrechten entlang der Wertschöpfungskette des Unternehmens einfordert, eine aktuelle Brisanz.³⁵ Die EU-Kommission plant ebenfalls den Erlass einer Richtlinie zur nachhaltigen Lieferkette und einer entsprechenden Ausweitung der unternehmerischen Sorgfaltspflichten. Last but not least hat sich ebenfalls der SFB in seinem Abschlussbericht für eine Klarstellung in § 93 AktG ausgesprochen, wonach der „enthafte Schutz der Business Judgment Rule [...] nur nach angemessener Identifizierung und Abschätzung aller relevanten Risiken, einschließlich ökologischer und sozialer Nachhaltigkeitsrisiken“ gelten soll.³⁶ Wichtig ist der Hinweis, dass eine nachhaltige Unternehmensführung und damit auch ein nachhaltigkeitsorientiertes RMS inkl. der Business Judgment Rule sowohl eine Outside-In- als auch eine Inside-Out-Perspektive umfassen sollte. Letztere ist bislang im Allgemeinen nicht in der Unternehmenssteuerung einbezogen werden, um eine Abschätzung der sozialen und umweltbedingten Externalitäten (Impact Assessment) zu ermöglichen. Dieser Zielsetzung nimmt sich das sog. Value Balancing Alliance-Projekt an.

1.4. Integrierte Finanz- und ESG-Berichterstattung

Eine inhaltliche Zusammenführung der vielfältigen ESG-Berichte von PIEs (Erklärung zur Unternehmensführung, nichtfinanzielle Erklärung, Vergütungsbericht) sowie die Integration mit der Finanzberichterstattung ist bislang nicht gesetzlich zwingend. Im Schrifttum wird seit Längerem auf die Gefahr eines „Greenwashing“ und einer Informationsüberflutung durch den stetig steigenden Umfang der ESG-Berichterstattung und die damit einhergehenden Redundanzen

³² Vgl. Walden, NZG 2020, S. 59.

³³ Vgl. Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Aktiengesetzes, BT-Drucksache 17/11686.

³⁴ Vgl. Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Aktiengesetzes, BT-Drucksache 17/11686.

³⁵ Vgl. zu einer Literaturlauswertung zum Sustainable Supply Chain Reporting Velte, DStR 2020, S. 2034.

³⁶ Sustainable Finance-Beirat der Bundesregierung, *Shifting the Trillions*. Ein nachhaltiges Finanzsystem für die Große Transformation, Berlin 2021, S. 96.

hingewiesen.³⁷ Eine Bestandsaufnahme bisheriger Studien zur Qualität der nichtfinanziellen Erklärung nach dem CSR-RUG deutet auf eine fragliche Entscheidungsnützlichkeit hin.³⁸ Auffallend ist u.a., dass bislang nur in geringem Umfang quantitative Ziele zu den Umweltbelangen angegeben werden und wesentliche (Umwelt-)Risiken aufgrund der „doppelten Wesentlichkeitsschwelle“ und der Anwendung der Nettomethode mehrheitlich nicht angegeben werden.³⁹ In jüngerer Zeit haben sich viele (inter-)nationale Institutionen für eine inhaltliche Ausweitung der nichtfinanziellen Berichterstattung ausgesprochen, z.B. der Sustainable Finance-Beirat der deutschen Bundesregierung.⁴⁰ So spricht sich auch das IDW aus langfristiger Sicht für eine unmittelbare Integration von Finanzberichterstattung und ESG-Berichterstattung im Lagebericht aus.⁴¹ Eine ähnliche Empfehlung hat auch der SFB in seinem Abschlussbericht abgegeben. Hiernach sollen alle Unternehmen ab 250 Mitarbeiter*innen unabhängig von ihrer Finanzierungsform eine Integration ihrer Nachhaltigkeitsangaben im Lagebericht vornehmen und zusätzlich nach dem Comply or Explain-Prinzip die Leitlinien der Task Force on Climate-related Financial Disclosures (TCFD) zur Klimaberichterstattung befolgen.⁴²

Vor diesem Hintergrund hat die EU-Kommission am 21.04.2021 einen Richtlinienentwurf zur Nachhaltigkeitsberichterstattung veröffentlicht, der die inhaltliche Reichweite der Normierungen aus der CSR-Richtlinie aus dem Jahre 2014 wesentlich vergrößert.⁴³ Die bisherige nichtfinanzielle Erklärung soll demnach in einen Nachhaltigkeitsbericht (ESG-Bericht) überführt werden, der künftig zwingend im Lagebericht auszuweisen ist.⁴⁴ Neben einer massiven Ausweitung des Kreises der berichtspflichtigen Unternehmen sollen ebenfalls die Berichtsanforderungen wesentlich ausgeweitet werden.⁴⁵ Im Fokus steht hierbei die Betonung des Prinzips der doppelten Wesentlichkeit, wonach nicht nur die klassische Outside-In-Perspektive, sondern auch die herausfordernde Inside-Out-Perspektive mit der unternehmerischen Impact-Messung von externen Klima-

³⁷ Vgl. Simon-Heckroth/Borcherding, WPg 2020, S. 210; Velte/Simon-Heckroth/Borcherding, WPg 2020, S. 1349.

³⁸ Vgl. Velte/Simon-Heckroth/Borcherding, WPg 2020, S. 1357.

³⁹ Vgl. Velte/Simon-Heckroth/Borcherding, WPg 2020, S. 1357.

⁴⁰ Vgl. Sustainable Finance-Beirat der Bundesregierung, Zwischenbericht. Die Bedeutung einer nachhaltigen Finanzwirtschaft für die große Transformation, abrufbar unter: www.bundesfinanzministerium.de; hierzu auch Schmidt, DB 2020, S. 233.

⁴¹ Vgl. IDW zum Review of the Non-financial Reporting Directive, abrufbar unter: www.idw.de.

⁴² Vgl. Sustainable Finance-Beirat der Bundesregierung, Shifting the Trillions. Ein nachhaltiges Finanzsystem für die Große Transformation, Berlin 2021, S. 21.

⁴³ Vgl. European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No 537/2014, as regards sustainability disclosures by certain undertakings.

⁴⁴ Vgl. European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No 537/2014, as regards sustainability disclosures by certain undertakings, S. 11.

⁴⁵ Vgl. European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No 537/2014, as regards sustainability disclosures by certain undertakings, S. 11 f.

und Sozialeffekten eingenommen werden soll.⁴⁶ So können sich beispielsweise Klimarisiken einerseits auf die (finanzielle) Geschäftstätigkeit des Unternehmens wesentlich auswirken. Andererseits führt die Geschäftstätigkeit zu einer wesentlichen Beeinflussung der Umwelt als externalisierte Effekte. Die EU-Kommission plant ferner die Implementierung eines eigenständigen Rahmenwerks für die Nachhaltigkeitsberichterstattung anstelle einer Übernahme eines bestimmten existierenden Leitfadens.⁴⁷ Nach dem EU-Richtlinienentwurf wird allerdings die Chance einer vollständigen Synchronisierung bisheriger ESG-Berichte mit dem „neuen“ Nachhaltigkeitsbericht vertan. Lediglich für bestimmte Teile der Erklärung zur Unternehmensführung wird ein Mitgliedstaatenwahlrecht eröffnet, diese in den Nachhaltigkeitsbericht zu integrieren.⁴⁸ Für andere Teile, z.B. für die Entsprechenserklärung zum Corporate Governance Kodex, ist keine Integration vorgesehen. Entsprechendes gilt für den „neuen“ Vergütungsbericht nach der angepassten EU-Aktionärsrechte-Richtlinie.

2. Nachhaltigkeitspflichten des Aufsichtsrats

2.1 Besetzungsprofil

Durch das BilMoG aus dem Jahre 2009 wurde in § 100 Abs. 5 AktG die sog. Finanzexpertise im Aufsichtsrat bzw. Prüfungsausschuss eingeführt. So müssen kapitalmarktorientierte Kapitalgesellschaften i.S.d. § 264d HGB mindestens ein Mitglied im Aufsichtsrat vorweisen, welches über Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügt.⁴⁹ Bei Einrichtung eines Prüfungsausschusses muss dieser Finanzexperte nach § 107 Abs. 4 AktG Mitglied des Prüfungsausschusses sein.⁵⁰ Dabei ist nicht gesetzlich zwingend, dass der Vorsitzende des Prüfungsausschusses die Rolle des Finanzexperten übernimmt. Mit dem AReG aus dem Jahre 2016 erfolgte eine inhaltliche Erweiterung um die Branchenexpertise des Aufsichtsrats in § 100 Abs. 5 AktG. Demnach müssen die Mitglieder des Aufsichtsrats bzw. des Prüfungsausschusses in ihrer Gesamtheit mit dem Sektor, in dem die Gesellschaft tätig ist, vertraut sein.

⁴⁶ Vgl. European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No 537/2014, as regards sustainability disclosures by certain undertakings, S. 11.

⁴⁷ Vgl. European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No 537/2014, as regards sustainability disclosures by certain undertakings, S. 39.

⁴⁸ Vgl. European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No 537/2014, as regards sustainability disclosures by certain undertakings, S. 41.

⁴⁹ In der Regierungsbegründung zum BilMoG wird konstatiert, dass sich das betreffende Mitglied beruflich mit der Rechnungslegung oder Abschlussprüfung beschäftigen muss. Als Beispiele werden Finanzvorstände, leitende Angestellte aus dem Bereich Rechnungswesen und Controlling, Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer oder Steuerberater angeführt. Aber auch Betriebsräte, die sich die entsprechenden Kenntnisse im Zuge ihrer Tätigkeit durch Weiterbildung aneignen, können hierunter fallen; vgl. zum Finanzexperten nach BilMoG Gruber 2008, S. 12; Vetter 2010b, S. 795; Lüer 2010, S. 385; Kropff 2012, S. 1023.

⁵⁰ Vgl. zur Berichterstattung zur Finanzexpertise des Prüfungsausschusses Gros/Velte 2012, S. 2243; Gros et al. 2015, S. 774.

Als Reaktion auf den Bilanzskandal bei dem ehemaligen DAX-Konzern Wirecard sieht das FISG in § 100 Abs. 5 AktG vor, dass mindestens ein Mitglied des Aufsichtsrats mit Sachverstand auf dem Gebiet Rechnungslegung und mindestens ein weiteres Mitglied mit Sachverstand auf dem Gebiet Abschlussprüfung, d.h. künftig mindestens zwei Finanzexperten, in den Aufsichtsrat bzw. Prüfungsausschuss von PIEs berufen werden müssen. Neben der Finanz- und Branchenexpertise sind bislang keine zusätzlichen inhaltlichen Fähigkeiten gesetzlich vorgesehen oder geplant.

Infolge der durch das CSR-RUG eingeführten Prüfungspflicht des Aufsichtsrats bei der nichtfinanziellen Erklärung und der durch die EU-Regulierungen zu Sustainable Finance vordringenden Verknüpfung des Rechnungs- und Finanzwesens mit CSR-Aspekten ist die bisherige gesetzliche Reduzierung auf Finanz- und Branchenexpertise im Aufsichtsrat diskussionswürdig.⁵¹ Daher wird im betriebswirtschaftlichen Fachschrifttum eine angemessene Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsexpertise im Aufsichtsrat zur Stärkung seiner Überwachungs- und Prüfungspflicht explizit in jüngerer Zeit befürwortet.⁵² Insofern wäre zu diskutieren, analog zur gesetzlichen Implementierung von einem bzw. künftig zwei Finanzexperten im Aufsichtsrat bzw. Prüfungsausschüssen von PIEs eine Mindestanzahl oder -quote von CSR-Expertise in § 100 Abs. 5 AktG vorzuschreiben.⁵³ Die Einführung eines Nachhaltigkeitsexperten im Aufsichtsrats hatte auch der SFB in seinem Abschlussbericht explizit befürwortet.⁵⁴

Analog zu den Überlegungen zu einer verpflichtenden Einrichtung eines CSO oder eines Nachhaltigkeitsausschusses auf Ebene des Vorstands ist zu diskutieren, inwiefern bei PIEs auch ein Nachhaltigkeitsausschuss des Aufsichtsrats sachgerecht ist oder eine Existenz dieser Expertise im Prüfungsausschuss vorzugswürdiger erscheint.⁵⁵ Mit Blick auf die Überwachungs- und Prüfungspflichten der §§ 111, 107 Abs. 3 und 171 AktG wäre die letztgenannte Option vorzugswürdig. Bei Implementierung eines CSR-Ausschusses im Aufsichtsrat muss nach § 171 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 AktG und nach § 289f Abs. 2 Nr. 3 HGB hierüber berichtet werden.⁵⁶

Parallel zu den betrieblichen Mitbestimmungsregelungen, die eine angemessene Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen als zentrales Element der sozialen Nachhaltigkeit auf Ebene des Aufsichtsrats sicherstellt, gibt es Denkanstöße, neben den Arbeitnehmer- und Anteilseignervertretern weitere Stakeholder-Gruppen im Sinne eines sog. „Drei-Bänke-Modells“ im Aufsichtsrat einzube-

⁵¹ Vgl. u.a. Simon-Heckroth/Borcherding, WPg 2020, S. 1104.

⁵² Vgl. u.a. Baumüller/Niklas/Wieser, Der Aufsichtsrat 2020, S. 12; Scheid/Needham, Der Aufsichtsrat 2020, S. 85; Scheid/Needham, ZCG 2020, S. 269; Scheid/Needham, Der Betrieb 2020, S. 1777; Schmidt, Der Betrieb 2020, S. 240; Simon-Heckroth/Borcherding, WPg 2020, S. 1104.

⁵³ Simon-Heckroth/Borcherding sprechen sich hierbei für die Berufung von mindestens einem Nachhaltigkeitsexperten im Aufsichtsrat aus; vgl. Simon-Heckroth/Borcherding, WPg 2020, S. 1105.

⁵⁴ Vgl. Sustainable Finance-Beirat der Bundesregierung, Shifting the Trillions. Ein nachhaltiges Finanzsystem für die Große Transformation, Berlin 2021, S. 95.

⁵⁵ Vgl. Simon-Heckroth/Borcherding, WPg 2020, S. 1105; Bachmann, ZGR 2018, S. 240.

⁵⁶ Vgl. Bachmann, ZGR 2018, S. 241.

ziehen. Ein derartiges Vorgehen war bereits im damaligen Verordnungsentwurf für eine Europäische Aktiengesellschaft vom 30.4.1975 vorgesehen.⁵⁷ Beispielsweise vertreten auch im VW-Aufsichtsrat Repräsentanten des Bundeslandes Niedersachsen öffentliche Interessen. Neben dem Aufsichtsrat lassen sich ebenfalls „Stakeholder Advisory Boards“ anführen, die neben dem Aufsichtsrat den Vorstand in CSR-Angelegenheiten beraten. Ein prominentes Beispiel ist der im Jahre 2013 eingerichtete „Stakeholder Advisory Board“ bei BASF.⁵⁸

2.2. Überwachungs- und Prüfungspflichten

Bei einer möglichen Ausweitung der Inhalte der nichtfinanziellen Erklärung sowie der möglichen Integration von Nachhaltigkeitspflichten in das betriebliche Risikomanagementsystem und in die Sorgfaltspflichten nach § 93 AktG erwachsen auf den ersten Blick keine Notwendigkeiten zur gesetzlichen Anpassung der Überwachungs- und Prüfungspflichten des Aufsichtsrats nach den §§ 111, 107 Abs. 3, 171 AktG. Dennoch schlägt der SFB in seinem Abschlussbericht eine Klarstellung in den § 107 Abs. 3, 111 Abs. 1 AktG dahingehend vor, als die Überwachung des Aufsichtsrats die „langfristige Entwicklung und angemessene Berücksichtigung von Nachhaltigkeits- und Klimarisiken sowie Stakeholder-Erwartungen in Bezug auf Nachhaltigkeit“ umfasst.⁵⁹

Die h.M. im rechtswissenschaftlichen Schrifttum, welche bislang keine gleichwertige Intensität der Prüfung der Finanzberichterstattung und der nichtfinanziellen Erklärung durch den Aufsichtsrat unterstellt, wird der zunehmenden Bedeutung einer verlässlichen Nachhaltigkeitsberichterstattung bei Shareholdern und anderen Stakeholder-Gruppen nicht gerecht. Insofern sollte eine Rechts-, Ordnungs-, und Zweckmäßigkeitprüfung der Nachhaltigkeitsberichterstattung analog zur Finanzberichterstattung durch den Aufsichtsrat vorangetrieben werden.⁶⁰ Eine erfreuliche Entwicklung in diese Richtung ergibt sich aus dem aktuellen EU-Richtlinienentwurf zur Nachhaltigkeitsberichterstattung, welche die Überwachungspflichten des Prüfungsausschusses in Bezug auf die Nachhaltigkeitsberichterstattung sowie die dahinterstehenden Systeme explizit kodifizieren möchte.⁶¹ Hierbei soll eine Gleichwertigkeit der Überwachungstätigkeiten zur bestehenden Finanzberichterstattung hergestellt werden.

Ferner müsste analog zur Prüfung der nichtfinanziellen Erklärung aktienrechtlich klargestellt werden, dass der Aufsichtsrat gem. § 171 AktG ebenfalls eine Prüfung der Erklärung zur Unternehmensführung durchführen muss.⁶² Entspre-

⁵⁷ Vgl. Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Rates bezüglich des Statuts für Europäische Aktiengesellschaften vom 30.4.1975, KOM/75/150; hierzu Fleischer, AG 2017, S. 525.

⁵⁸ Vgl. ebenfalls Kuntz, in: Grundmann et al. (Hrsg.), Festschrift Hopt, Köln 2020, S. 659.

⁵⁹ Vgl. Sustainable Finance-Beirat der Bundesregierung, Shifting the Trillions. Ein nachhaltiges Finanzsystem für die Große Transformation, Berlin 2021, S. 96.

⁶⁰ Vgl. Naumann/Siegel, WPg 2017, 1177; Gundel, WPg 2018, 110.

⁶¹ Vgl. European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No 537/2014, as regards sustainability disclosures by certain undertakings, S. 54.

⁶² Vgl. Velte, Die Aktiengesellschaft 2018, S. 272.

chendes gilt ebenfalls für die Prüfung des Vergütungsberichts nach § 162 AktG. Da der Vergütungsbericht gemeinsam durch Vorstand und Aufsichtsrat zu erstellen ist, erwächst insbesondere bei der Corporate Governance-Berichterstattung aus Sicht des Aufsichtsrats ein erhöhtes Selbstprüfungsrisiko, welches zu einer Beeinträchtigung der Qualität der in Rede stehenden Angaben führen kann.⁶³ Entscheidend ist ferner, dass sich die CSR-Pflichten des Aufsichtsrats nicht auf die Prüfung der nichtfinanziellen Erklärung nach § 171 AktG erstreckt, sondern die „Unternehmensführung zu CSR-Themen – angefangen von der Strategie über die organisationalen Prozesse bis hin zur Berichterstattung“ begleitet und insofern die vorausschauende Überwachungsaufgabe bzw. Beratung des Vorstands – auch in den Kommentierungen - in den Fokus rücken sollte.⁶⁴

3. Nachhaltigkeitspflichten des Abschlussprüfers

3.1 Materielle Prüfung der ESG-Berichterstattung

Aus nationaler Sicht hat sich der SFB für eine Ergänzung der formellen Pflichtprüfung der nichtfinanziellen Erklärung um eine materielle Würdigung ausgesprochen.⁶⁵ Als Reaktion auf den Wirecard-Skandal und das FISG wurde ebenfalls auf Seiten der Unternehmenspraxis und Forschung eine inhaltliche Pflichtprüfung der ESG-Berichte durch den Abschlussprüfer nach § 317 Abs. 2 befürwortet.⁶⁶ Überdies wurde bereits im Zuge der Umsetzung des ARUG II kritisiert, dass der nationale Gesetzgeber – im Gegensatz zur früheren Eingliederung des Vergütungsberichts in den Lagebericht – lediglich eine formelle gesetzliche Pflichtprüfung durch den Abschlussprüfer einfordert.⁶⁷ Den berechtigten Hinweisen, dass der Aufsichtsrat bei PIEs ohne sachgerechte Unterstützung durch eine unternehmensinterne Instanz einerseits regelmäßig zeitlich und fachlich mit der alleinigen Prüfung der ESG-Berichte überfordert ist und andererseits einem Selbstprüfungsrisiko unterliegen kann, könnte durch eine gesetzliche Prüfungspflicht durch den Abschlussprüfer Rechnung getragen werden.⁶⁸ Durch diese Maßnahme würde nicht nur der öffentliche Stellenwert der ESG-Berichte gegenüber der Finanzberichterstattung aufgewertet werden. Vielmehr zeichnen sich die ESG-Informationen auch durch eine eingeschränkte Objektivierbarkeit aus, welche die Risiken eines gezielten „Greenwashing“-Verhaltens aufseiten des Managements und einer „Informationsüberflutung“ vergrößern. Im Zuge der wachsenden Verknüpfung von finanziellen und nichtfinanziellen Informationen wäre der bestehende Abschlussprüfer durch die Nutzung von inhaltlichen Synergieeffekten regelmäßig prädestinierter als andere unternehmensexterne An-

⁶³ Vgl. Velte, StuB 2020, S. 58.

⁶⁴ Richter/Mattheus, Der Aufsichtsrat 2019, S. 4.

⁶⁵ Vgl. explizit Sustainable Finance-Beirat der Bundesregierung, Shifting the Trillions. Ein nachhaltiges Finanzsystem für die Große Transformation, Berlin 2021, S. 21.

⁶⁶ Vgl. IDW Positionspapier. Fortentwicklung der Unternehmensführung und -kontrolle. Erste Lehren aus dem Fall Wirecard, Düsseldorf 2020, S. 5 f.

⁶⁷ Vgl. u.a. Velte, NZG 2019, S. 335.

⁶⁸ Vgl. Velte, NZG 2019, S. 335.

bieter von CSR-Dienstleistungen, da Letztere lediglich einen eingeschränkten Einblick in die Finanzberichterstattung erhalten und sich dies ggf. negativ auf die Analyse des Geschäftsmodells auswirkt. Der aktuelle EU-Richtlinienentwurf zur Nachhaltigkeitsberichterstattung steht, in Abgrenzung zur bisherigen formellen Prüfungspflicht der nichtfinanziellen Erklärung, eine materielle Prüfungspflicht für den „neuen“ Nachhaltigkeitsbericht vor.⁶⁹ Die EU-Kommission plant in diesem Kontext den Erlass eines eigenständigen Prüfungsstandards.⁷⁰ Bis zur Verabschiedung können nationale Prüfungsstandards genutzt werden. In Deutschland liegt bislang kein nationaler Prüfungsstandard vor. Der frühere IDW PS 821 ist 2020 aufgehoben worden. Allerdings arbeitet das IDW derzeit an einem neuen Prüfungsstandard, der voraussichtlich noch in diesem Jahr veröffentlicht werden soll. Wie bereits ausgeführt, sieht der EU-Richtlinienentwurf mangels vollständiger Integration der bisherigen ESG-Berichte in den neuen Nachhaltigkeitsbericht auch keine zwingende materielle Pflichtprüfung der gesamten ESG-Berichterstattung vor.

Bezüglich der Prüfungstiefe ist zwischen einer Prüfung mit hinreichender und einer Prüfung mit begrenzter Sicherheit zu unterscheiden. Am deutschen Prüfungsmarkt wird bislang eine freiwillige Prüfung mit begrenzter Sicherheit für die nichtfinanzielle Erklärung bevorzugt.⁷¹ Bei einer Prüfung mit hinreichender Sicherheit, die aufgrund der Gleichwertigkeit zur Prüfung der Finanzberichterstattung aus langfristiger Perspektive zu präferieren wäre, würde eine Systemprüfung des Prozesses zur Erstellung der ESG-Berichte notwendig sein, welche sich aus einer Aufbau- und Funktionsprüfung zusammensetzt, und - in Kombination mit aussagebezogenen Prüfungshandlungen - regelmäßig die Einholung ausreichender und angemessener Prüfungsnachweise erlaubt, um mit hinreichender Sicherheit Prüfungsaussagen zur Ordnungsmäßigkeit der Prüfungsobjekte zu treffen. Nach dem aktuellen Richtlinienentwurf der EU-Kommission soll zunächst lediglich eine materielle Prüfung der Nachhaltigkeitsberichte mit begrenzter Sicherheit zwingend erfolgen.⁷² Die EU-Kommission plant allerdings ein Review der Maßnahmen innerhalb von 3 Jahren nach Inkrafttreten der Richtlinie und eine mögliche Verschärfung hin zu einer Prüfung mit hinreichender Sicherheit.⁷³ Ferner sieht der Richtlinienentwurf ein Mitgliedstaatenwahlrecht vor, neben dem Abschlussprüfer auch andere An-

⁶⁹ Vgl. European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No 537/2014, as regards sustainability disclosures by certain undertakings, S. 45.

⁷⁰ Vgl. European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No 537/2014, as regards sustainability disclosures by certain undertakings, S. 51.

⁷¹ Vgl. Velte/Scheid, DStR 2018, S. 1681; Velte/Simon-Heckroth/Borcherding, WPg 2020, S. 1349.

⁷² Vgl. European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No 537/2014, as regards sustainability disclosures by certain undertakings, S. 45.

⁷³ Vgl. European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No 537/2014, as regards sustainability disclosures by certain undertakings, S. 58.

bieter bei entsprechender Akkreditierung mit der Prüfung der Nachhaltigkeitsberichte zu betrauen.⁷⁴ Diese Option gefährdet die Vergleichbarkeit und Verlässlichkeit der neuen Nachhaltigkeitsberichte. Es empfiehlt sich die Verortung einer Vorbehaltsaufgabe des Abschlussprüfers, um einen Gleichlauf mit der Finanzberichterstattung zu erreichen.

Unklar ist jedoch im Detail, inwiefern eine Prüfung mit hinreichender Sicherheit bei denjenigen Angaben möglich ist, die allein auf subjektiven Einschätzungen und Erwartungen der Verwaltungsorgane beruhen. Hierbei gestaltet sich der Soll-Ist-Vergleich im Hinblick auf Vollständigkeit und inhaltliche Richtigkeit durch den Abschlussprüfer ggf. als problembehaftetes Unterfangen. Ein typisches Beispiel stellt die Berichterstattung über die Selbstevaluation des Aufsichtsrats dar. So kann der Abschlussprüfer zwar den Evaluationsprozess einer Systemprüfung unterziehen,⁷⁵ durch Einsichtnahmen in die unternehmensinterne Dokumentation sicherstellen, dass die im Rahmen des Corporate Governance Statements dargelegten Evaluationsergebnisse und Verbesserungsmaßnahmen mit den unternehmensinternen Aufzeichnungen korrespondieren und schließlich prüfen, ob die in Rede stehenden Informationen mit den im Rahmen der Prüfung ansonsten getroffenen Prüfungsfeststellungen im Einklang stehen. Jedoch dürfte es dem Abschlussprüfer schwer möglich sein, für die Ordnungsmäßigkeit der einer Selbstevaluation wesensimmanenten subjektiven Momente ausreichende und angemessene Prüfungsnachweise einzuholen, um Prüfungsaussagen mit hinreichender Sicherheit zu treffen.⁷⁶

Ferner wird im Schrifttum angeführt, dass die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers bei denjenigen Inhalten der Erklärung zur Unternehmensführung und des „neuen“ Vergütungsberichts gefährdet sein könnte, die in den Zuständigkeitsbereich des Aufsichtsrats als Auftraggeber des Abschlussprüfers⁷⁷ fallen.⁷⁸ Da das Corporate Governance Statement und der Vergütungsbericht entsprechend des Prinzips von Zuständigkeit und Berichtspflicht von Vorstand und Aufsichtsrat gemeinsam zu erstellen ist, wirkt der Aufsichtsrat bei der Abfassung materiell mit und könnte als Auftraggeber des Abschlussprüfers ggf. eine Beeinträchtigung seiner Unabhängigkeit herbeiführen. Daneben erfährt die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers eine weitere Einschränkung durch den Umstand, dass im Zuge der in § 289a Abs. 2 Nr. 3 HGB geforderten Beschreibung der Arbeitsweise des Aufsichtsrats auch Angaben zur Zusammenarbeit mit dem Abschlussprüfer (u.a. Festlegung von Prüfungsschwerpunkten, Honorarvereinbarung) wahrscheinlich sind. Vor diesem Hintergrund müsste der Abschlussprüfer Sachverhalte beurteilen, die ihn selbst direkt betreffen (Selbstprüfung). Diese Ein-

⁷⁴ Vgl. European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No 537/2014, as regards sustainability disclosures by certain undertakings, S. 45.

⁷⁵ Vgl. Velte/Weber, StuB 2011, S. 256 ff.

⁷⁶ Vgl. Velte/Weber, StuB 2011, S. 256 ff.

⁷⁷ Vgl. § 111 Abs. 2 Satz 3 AktG i. V. m. 318 Abs. 1 Satz 4 HGB.

⁷⁸ Vgl. ebenso bereits Weber/Lentfer/Köster, IRZ 2007 S. 372.

schränkungen könnten dazu führen, bei einer künftigen gesetzlichen materiellen Einbeziehung der ESG-Berichte durch den Abschlussprüfer ggf. lediglich eine Prüfung mit begrenzter Sicherheit einzufordern.

3.2 Prüfung des nachhaltigkeitsorientierten Risikomanagementsystems

Ausschließlich börsennotierte Aktiengesellschaften sind verpflichtet, ihre Systeme i.S.d. § 91 Abs. 2 AktG einer externen Beurteilung durch den Abschlussprüfer nach § 317 Abs. 4 HGB zu unterziehen. Nach dem FISG wird die Reichweite der externen Abschlussprüfung trotz Ausweitung der Corporate Governance-Systeme nach § 91 Abs. 3 AktG bei börsennotierten Aktiengesellschaften nicht verändert. Bislang wird eine Prüfungspflicht eines ggf. vorhandenen umfassenden RMS nach h.M. nicht aus § 317 Abs. 4 HGB abgeleitet.⁷⁹ Es findet lediglich eine Eignungs-, Funktions- und Systemprüfung, jedoch keine Geschäftsführungs- bzw. Zweckmäßigkeitprüfung und auch keine zwingende Prüfung der Risikobewältigungsmaßnahmen durch den Abschlussprüfer nach § 317 Abs. 4 HGB statt.⁸⁰ Während bei allen prüfungspflichtigen Unternehmen nur der rechnungslegungsbezogene Teil des IKS in die Pflichtprüfung einbezogen wird, muss für die Prüfung der Systeme nach § 317 Abs. 4 HGB der IDW PS 340 zusätzlich einbezogen werden. Unmissverständlich wird in der Überschrift zu IDW PS 340 der Terminus „Risikofrüherkennungssystem“ anstelle von RMS zugrunde gelegt. So kann unter Bezugnahme auf § 317 Abs. 4 HGB keine gesetzliche Pflichtprüfung der umfassenden im Schrifttum vorgeschlagenen Corporate Governance Systeme (RMS, IKS, Internes Revisionssystem und Compliance Management System) abgeleitet werden. Der Aufsichtsrat hat allerdings jederzeit die Möglichkeit, durch die Vergabe eines zusätzlichen Prüfungsauftrags die implementierten Corporate Governance Systeme im Unternehmen vollständig durch den Abschlussprüfer beurteilen zu lassen. Ergänzend zu IDW PS 261 und 340 hatte das IDW insgesamt vier Standards zur Prüfung von Corporate Governance Systemen (IDW PS 890-983) veröffentlicht.⁸¹

Als Reaktion auf den Wirecard-Skandal wurde im Fachschrifttum eine erweiterte Systemprüfung nach § 317 Abs. 4 HGB vorgeschlagen, um den Aufsichtsrat nicht nur bei der Prüfung der ESG-Berichterstattung zu unterstützen, sondern auch bei der Überwachung der Corporate Governance-Systeme nach § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG.⁸² Diese Unterstützungsleistung des Abschlussprüfers gegenüber dem Aufsichtsrat wäre bei einer gesetzlichen Ausweitung der ESG-Prüfungspflicht des Abschlussprüfers parallel ebenfalls zu normieren. Eine nach dem FISG notwendige pflichtgemäße Implementierung eines IKS und RMS nach § 91 Abs. 3 AktG müsste nach dieser Lesart mit einer korrespondieren

⁷⁹ Vgl. Henssler/Bormann, in: Beck-Online Großkommentar, München 2020, § 317 HGB Rz. 117.

⁸⁰ Vgl. einschränkend Henssler/Bormann, in: Beck-Online Großkommentar, München 2020 § 317 HGB Rz. 117.

⁸¹ Vgl. u.a. IDW (Hrsg.), Praxisleitfaden Governance, Risk and Compliance, Düsseldorf 2017.

⁸² Vgl. u.a. Velte/Graewe, DB 2020, S. 2529.

Ausweitung der Prüfungspflicht durch den Abschlussprüfer nach § 317 Abs. 4 HGB einhergehen.

Für weitere Rückfragen stehe ich jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in blue ink, reading "Patrick Velte". The signature is written in a cursive style with large, flowing loops.

Univ.-Prof. Dr. Patrick Velte