

Business Judgement Rule (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG) gilt, ist offen,<sup>67</sup> im Ergebnis aber von untergeordneter Bedeutung, weil auch außerhalb von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG Raum für beachtliche Ermessenfreiheit bleibt.<sup>68</sup> Selbst das beste Risikomanagementsystem kann im Übrigen nicht verhindern, dass sich Risiken materialisieren, insbesondere wenn diese weder vorhersehbar noch steuerbar waren. Dass sich ein Risiko realisiert und den Bestand der Gesellschaft gefährdet oder gar vernichtet, ist daher kein zwingendes Indiz dafür, dass das Risikomanagement mangelhaft war und der Vorstand seine Sorgfaltspflicht verletzt hat.<sup>69</sup>

## 7. Kontroll- und Risikomanagement als Vorstandsaufgabe

Grundsatz 4 spricht den Vorstand nicht (mehr) ausdrücklich als denjenigen an, der für das Risikomanagement und die Risikokontrolle sorgt. Dass es sich um eine Aufgabe des Vorstands handelt, ergibt sich aber aus dem Gesetz (vgl. § 91 Abs. 3 AktG: „Der Vorstand hat ...“). Das AktG trägt damit dem Umstand Rechnung, dass die Verantwortung für die Risikoerfassung und -kontrolle eine **Leitungsaufgabe** iSv § 76 Abs. 1 AktG ist.<sup>70</sup> Sie obliegt dem Vorstand als Ganzes. Delegation durch Ressortzuweisung und Einrichtung von Funktionen unterhalb des Vorstands ist möglich, ändert aber nichts an der Residualverantwortung aller Vorstandsmitglieder, insbesondere in Krisen- und Verdachtsfällen. Im Übrigen gilt das zur Compliance (Grundsatz 5) Ausgeführte (→ Grundsatz 5 Rn. 29 f.).

## III. Interne Überwachung und Prüfung

### 1. Interne Überwachung (S. 2)

Der 2022 neu eingefügte **S. 2** in Grundsatz 4 stellt klar, dass die Angemessenheit und Wirksamkeit von IKS und RMS deren **interne Überwachung** voraussetzt. Das ist nichts Neues, sondern galt schon bisher.<sup>71</sup> Das Aktiengesetz spricht das Erfordernis der Überwachung in § 91 Abs. 3 AktG nicht aus, doch ergibt es sich indirekt aus § 107 Abs. 3 S. 2 AktG, wonach der Prüfungsausschuss sich mit der Wirksamkeit der genannten Systeme zu befassen hat. Für den Vorstand folgt diese Pflicht aus seiner allgemeinen Leitungsfunktion (→ Rn. 45).

Der Kodex sagt nicht, **wer** innerhalb des Unternehmens die interne Überwachung der genannten Systeme vorzunehmen hat. Auch das AktG schweigt dazu. In Übereinstimmung mit der etablierten Praxis geht die Regierungskommission jedoch davon aus, dass die Überwachung des internen Kontrollsystems und des Risikomanagementsystems eine **„Kernaufgabe der Internen Revision“** ist.<sup>72</sup> Eine solche Funktion einzurichten, geben weder das AktG noch der Kodex vor, doch ergibt sich das Erfordernis einer internen Revision daraus, dass diese ihrerseits Teil eines funktionierenden IKS bzw. RMS ist (→ Rn. 32 ff.).

Grundsatz 4 S. 2 spricht von einer „internen“ Überwachung. Eine **externe Überwachung** der Kontrollsysteme ist **nicht geboten**. Sie wird auch vom AktG nicht gefordert. Die Regierungskommission weist allerdings darauf hin, dass „die Beurteilung der Wirksamkeit des internen Revisionssystems ergänzend zu Selbstbeurteilungen von Zeit zu Zeit externer Prüfungen“ bedürfen wird.<sup>73</sup> Als praktischer Ratschlag überzeugt das, denn die IR mag sich selbst evaluieren, kann dabei aber naturgemäß nicht unbefangen agieren. Ferner weist die Regierungskommission darauf hin, dass „von Zeit zu Zeit durchgeführte externe freiwillige Prüfungen nach PS 980, 981 und 982“ dazu „geeignet“ sind, die vom Kodex in Empfehlung A.5 empfohlene Stellungnahme des Vorstands zur Wirksamkeit der Kontroll-

<sup>67</sup> Dafür Fischer/Schuck NZG 2021, 534 (539); Koch AktG § 91 Rn. 16.

<sup>68</sup> Bachmann WM 2015, 105 (107).

<sup>69</sup> Vgl. LG Düsseldorf BB 2014, 2388 – Apobank, mAnm Bachmann.

<sup>70</sup> Fleischer AG 2022, 377 (382).

<sup>71</sup> Vgl. → 8. Aufl. 2021, Grundsatz 4 Rn. 41 f.

<sup>72</sup> Begründung zur Kodex-Änderung 2022, S. 5.

<sup>73</sup> Begründung zur Kodex-Änderung 2022, S. 5 aE.

systeme „zu untermauern“. <sup>74</sup> Auch hierbei handelt es sich um einen nützlichen, aber nicht verbindlichen Fingerzeig der Kommission. Wer ihm nicht folgt, verstößt weder gegen das Gesetz, noch weicht er vom Kodex ab.

- 45 Die Überprüfung von Risikomanagementsystem und internem Kontrollsystem ist funktional der internen Revision zugewiesen (→ Rn. 43). Die Letztverantwortung dafür liegt indes beim **Vorstand** (→ Rn. 41). Dies folgt aus seiner allgemeinen Leitungsfunktion (§ 76 Abs. 1 AktG). Im Lagebericht hat er über die wesentlichen Merkmale des internen Kontroll- und Risikomanagementsystems im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess zu berichten (§ 289 Abs. 4 HGB, § 315 HGB). Dabei soll er auch auf die Risikomanagementziele und -methoden eingehen (§ 289 Abs. 2 Nr. 1 lit. a HGB, § 315 Abs. 2 Nr. 1 lit. a HGB). Weitergehend empfiehlt der Kodex, im Lagebericht generell zur Wirksamkeit der internen Kontrollsysteme Stellung zu beziehen (Empfehlung A.5). Zu alledem wird der Vorstand nur in der Lage sein, wenn er sich von Zeit zu Zeit selbst ein Bild davon macht, wie verlässlich die von ihm zu verantwortenden Systeme arbeiten. Anders ist er auch kaum imstande, dem Aufsichtsrat die gebotene (Grundsatz 16) bzw. empfohlene (Empfehlung D.5) Information über den Zustand des Risikomanagements zu liefern.
- 46 Dem **Aufsichtsrat** obliegt es als Teil seiner Überwachungsaufgabe (§ 111 Abs. 1 AktG), die vom Vorstand getroffenen Risikovorkehrungen zu überprüfen. Das Gesetz spezifiziert das, indem es den Prüfungsausschuss dazu anhält, sich mit der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems und des Risikomanagements – und zwar nicht nur bezogen auf den Rechnungslegungsprozess! – zu befassen (§ 107 Abs. 3 S. 2 AktG; enger § 171 Abs. 1 S. 2 AktG). Der Aufsichtsrat muss über das Ergebnis seiner Prüfung schriftlich an die Hauptversammlung berichten (§ 171 Abs. 2 AktG). Zudem empfiehlt der Kodex den regelmäßigen Meinungsaustausch zwischen Vorstand und Aufsichtsratsvorsitzendem über die Risikolage und das Risikomanagement (D.5).

## 2. Prüfung durch den Abschlussprüfer

- 47 Das Risikomanagementsystem und das interne Kontrollsystem unterliegen der Prüfung durch den **Abschlussprüfer**. Dabei ist zu differenzieren: Soweit es um das nach § 91 Abs. 2 AktG einzurichtende Überwachungssystem („**Frühwarnsystem**“) geht, muss gemäß § 317 Abs. 4 HGB geprüft werden, ob der Vorstand die ihm nach § 91 Abs. 2 AktG obliegenden Maßnahmen in einer geeigneten Form getroffen hat und ob das danach einzurichtende Überwachungssystem seine Aufgaben erfüllen kann. <sup>75</sup> Die Prüfungspraxis orientiert sich dazu am IDW-Standard PS 340. Das Ergebnis der Prüfung ist in einem besonderen Teil des Prüfungsberichts darzustellen (§ 321 Abs. 4 HGB). Dabei ist darauf einzugehen, ob Maßnahmen erforderlich sind, um das interne Überwachungssystem (Frühwarnsystem) zu verbessern. Den Fortbestand der Gesellschaft kann und muss der Prüfer nicht zusichern (§ 317 Abs. 4a HGB).
- 48 Die Wirksamkeit des internen Kontrollsystems und des (allgemeinen) Risikomanagementsystems hat der Abschlussprüfer hingegen (nur) zu prüfen, soweit sich diese **auf den Rechnungslegungsprozess beziehen**. Dies folgt aus § 171 Abs. 1 S. 2 AktG sowie (mittelbar) aus § 289 Abs. 4 HGB. Eine generelle Prüfung von IKS und RMS (iSv § 91 Abs. 3 AktG) muss der Prüfer nicht vornehmen. <sup>76</sup> Das ergibt sich aus dem Umkehrschluss zu § 317 Abs. 4 HGB sowie daraus, dass die Abschlussprüfung keine allg. Rechtmäßigkeitskontrolle bezweckt. <sup>77</sup> Anders liegt es, wenn der Prüfungsausschuss sich (freiwillig) der Unterstützung eines Wirtschaftsprüfers bedient, um die ihm nach § 107 Abs. 3 S. 2 AktG obliegende allgemeine Bewertung der Wirksamkeit von RMS, IKS und IR zu leisten. Dann muss der Prüfer diese Systeme auch insoweit bewerten, als es nicht um den Bezug zum Rechnungsle-

<sup>74</sup> Begründung zur Kodex-Änderung 2022, S. 5.

<sup>75</sup> Näher dazu Hopt/Merkt HGB § 317 Rn. 13 f.

<sup>76</sup> Hopt/Merkt HGB § 317 Rn. 14a; krit. de lege ferenda Schüppen DStR 2021, 246 (247): „sollte in die gesetzliche Abschlussprüfung einbezogen werden“.

<sup>77</sup> Vgl. Hopt/Merkt HGB § 317 Rn. 5.

gungsprozess geht.<sup>78</sup> In der Praxis verschwimmen die Maßstäbe bisweilen. Prüfungsgrundsätze liefern insbesondere IDW PS 981 für das RMS; IDW PS 261, IDW PS 951 bzw. IDW PS 982 für das IKS und die DRS 1 und DRS 3 bzw. IDW PS 983 für das IRS (→ Rn. 23, → Rn. 14, → Rn. 34).

Die wesentlichen **Ergebnisse der Prüfung** sind dem **Aufsichtsrat mitzuteilen** (§ 171 Abs. 1 S. 2 AktG). Dabei ist insbesondere über wesentliche Schwächen des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems, bezogen auf den Rechnungslegungsprozess, zu berichten. Es ist auch darauf einzugehen, ob Maßnahmen erforderlich sind, um das interne Überwachungssystem nach § 91 Abs. 2 AktG („Frühwarnsystem“) zu verbessern (§ 321 Abs. 4 S. 2 HGB). Hat der Prüfer Risiken erkannt, die den Fortbestand des Unternehmens gefährden, ist darauf im Bestätigungsvermerk gesondert einzugehen (§ 322 Abs. 2 S. 3 HGB). Wenn der Emittent Empfehlung D.8 folgt, muss der Abschlussprüfer auch über alle sonstigen für seine (dh des Aufsichtsrats) Aufgaben wesentlichen Feststellungen und Vorkommnisse unterrichten. Das können je nach Sachlage auch Mängel der allgemeinen, nicht auf den Rechnungslegungsprozess bezogenen oder zum „Frühwarnsystem“ gehörenden Kontrollsysteme sein.

#### IV. Rechtsfolgen mangelhafter interner Kontroll- und Risikomanagementsysteme

Die Folgen mangelhaften Risikomanagements oder fehlerhafter interner Kontrollsysteme sind zunächst faktischer Natur, indem sich Risiken verwirklichen, die der Gesellschaft finanzielle Einbußen bescheren, im schlimmsten Fall in die Insolvenz münden. Beruht dies auf schuldhafter Schlechterfüllung der Pflicht zur Etablierung und Überwachung der Kontrollsysteme (§ 91 Abs. 3 AktG), kommt eine **Haftung** von Vorstand und Aufsichtsrat nach § 93 Abs. 2 AktG, § 116 AktG in Betracht.<sup>79</sup> Liegt in dem mangelhaften Risikomanagement zugleich eine Verkehrspflichtverletzung, die zu einer Schädigung absolut geschützter Rechtsgüter Dritter geführt hat, ist zudem an eine Schadensersatzhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB oder nach Sondernormen (zB ProdHaftG), im Extremfall auch an eine Strafbarkeit (zB wegen Körperverletzung) zu denken.<sup>80</sup> Praktisch relevantere Rechtsfolgen sind die Versagung bzw. Anfechtung der **Entlastung**,<sup>81</sup> ferner der **Widerruf** der Bestellung nach § 84 Abs. 3 AktG sowie die **Kündigung** des Anstellungsvertrags aus wichtigem Grund.<sup>82</sup> Unterliegt die AG behördlicher Aufsicht, kommen aufsichtsrechtliche Sanktionen in Betracht.<sup>83</sup> Im Übrigen kann auf die Erläuterung zur Compliance verwiesen werden (→ Grundsatz 5 Rn. 36 ff.).

#### V. Risikomanagement im Konzern

Grundsatz 4 verweist nicht explizit auf den Konzern. Im Unterschied zu Grundsatz 5 (Compliance) fehlt es auch an der Bezugnahme auf das „**Unternehmen**“. Es entspricht gleichwohl geltendem Recht, dass sich die Verantwortung für das Risikomanagement ebenso wie für das interne Kontrollsystem auf die **gesamte Gruppe** erstreckt. Das kommt in § 315 Abs. 4 HGB zum Ausdruck, wonach im Konzernlagebericht auch auf die wesentlichen Merkmale des internen Kontroll- und des Risikomanagementsystems (im Hinblick

<sup>78</sup> Hopt/Merkt HGB § 317 Rn. 14b.

<sup>79</sup> Vgl. BGH NJW 2013, 1958 – Corealcredit-Bank; LG Düsseldorf BB 2014, 2388 – Apobank.

<sup>80</sup> Vgl. BGHSt 37, 106 = NJW 1990, 2560 – Lederspray; besprochen von Beulke/Bachmann JuS 1992, 737 ff.

<sup>81</sup> Vgl. LG München I AG 2007, 417: Nichtigkeit der Entlastung.

<sup>82</sup> Vgl. LG Berlin AG 2002, 682: mangelhaftes Risikomanagement als Grund zur fristlosen Kündigung; aufgehoben aus formalen Gründen (fehlende Anhörung des Beklagten; Versäumung der Kündigungserklärungsfrist nach § 626 Abs. 2 BGB) durch KG NZG 2004, 1165; krit. dazu Preußner NZG 2004, 1151.

<sup>83</sup> Vgl. VG Frankfurt WM 2004, 2157 – Abberufungsverlangen der BaFin; ein solches Verlangen war auch im Fall LG Berlin AG 2002, 682 gestellt worden.

auf den Rechnungslegungsprozess) einzugehen ist. Für regulierte Industrien (insbesondere Banken und Versicherungen) ergibt sich die gesellschaftsübergreifende Risikoverantwortung aus den einschlägigen Spezialnormen des Aufsichtsrechts.<sup>84</sup> Für alle Aktiengesellschaften folgt es aus der Leitungsverantwortung des Vorstands, die an der Gesellschaftsgrenze nicht Halt macht. Insofern kann auf das zu Grundsatz 5 Gesagte verwiesen werden (→ Grundsatz 5 Rn. 51 f.).

### Empfehlung: A.3 [Nachhaltiges Risikomanagementsystem]

<sup>1</sup>Das interne Kontrollsystem und das Risikomanagementsystem sollen, soweit nicht bereits gesetzlich geboten, auch nachhaltigkeitsbezogene Ziele abdecken.

<sup>2</sup>Dies soll die Prozesse und Systeme zur Erfassung und Verarbeitung nachhaltigkeitsbezogener Daten mit einschließen.

**Schrifttum:** Bachmann, Nachhaltiger Kodex?, ZHR 186 (2022), 641; DAV, Stellungnahme zu den vorgeschlagenen Änderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex, NZG 2022, 501; Mock/Velte, Nachhaltigkeit im (neuen) Deutschen Corporate Governance Kodex, AG 2022, 885; Rothenburg, Ökologische und soziale Nachhaltigkeit im Entwurf des neuen Deutschen Corporate Governance Kodex, ESG 2022, 2; VGR, Stellungnahme zu dem Entwurf des Deutschen Corporate Governance Kodex 2022 vom 21.1.2022, AG 2022, 239; v. Werder, Zum Reformentwurf 2022 des Deutschen Corporate Governance Kodex, DB 2022, 511; v. Werder, Die aktuellen Änderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex, DB 2022, 1755.

#### Übersicht

	Rn.
<b>I. Überblick</b> .....	1
1. Bedeutung der Empfehlung .....	1
2. Kritik .....	3
<b>II. Kontrolle nachhaltigkeitsbezogener Ziele (S. 1)</b> .....	5
1. Der Begriff „Nachhaltigkeit“ im Kodex .....	5
2. Gesetzliche Gebote .....	11
3. Freiwillige Nachhaltigkeitsziele .....	15
<b>III. Nachhaltigkeitsbezogene Daten (S. 2)</b> .....	16
<b>IV. Umsetzung der Empfehlung</b> .....	17

### I. Überblick

#### 1. Bedeutung der Empfehlung

1 Empfehlung A.3 ergänzt Grundsatz 4 und empfiehlt, die dort angesprochenen **Kontrollsysteme** (IKS und RMS) **auf nachhaltigkeitsbezogene Ziele auszurichten**. Die Empfehlung geht auf eine Empfehlung des Sustainable Finance Beirats der Bundesregierung zurück und ist im Zusammenhang mit Empfehlung A.1 S. 3 zu lesen, wonach die Unternehmensplanung auch nachhaltigkeitsbezogene Ziele umfassen soll. Folgen Emittenten dieser Empfehlung, dann ist es folgerichtig, auch die Kontrollsysteme entsprechend auszurichten. Empfehlung A.1 und Empfehlung A.3 bilden so gesehen eine Einheit. Beide Empfehlungen wurden 2022 neu in den Kodex aufgenommen. Sie sind das Kernstück der nachhaltigkeitsbezogenen Kodex-Reform 2022.<sup>1</sup>

2 **Andere Kodex-Aussagen** mit Nachhaltigkeitsbezug betreffen den **Aufsichtsrat**. Grundsatz 6 S. 2 weist darauf hin, dass Überwachung und Beratung des Vorstands „insbesondere auch **Nachhaltigkeitsfragen**“ umfassen. Hieran anknüpfend empfiehlt Empfehlung C.1 S. 3, dass das Kompetenzprofil des Aufsichtsrats „**Expertise** zu den für das Unternehmen bedeutsamen Nachhaltigkeitsfragen umfassen“ soll. Grundsatz 15 verlangt (im Einklang mit § 107 Abs. 4 S. 3 AktG iVm § 100 Abs. 5 AktG), dass im Prüfungsausschuss **Sachverstand** auf dem Gebiet der Rechnungslegung und der Abschlussprüfung vorhanden sein

<sup>84</sup> Eingehend Renner, Bankkonzernrecht, 2019; Böffel, Versicherungskonzernrecht, 2022.

<sup>1</sup> v. Werder DB 2022, 1755 (1757).

muss. Empfehlung D.3 S. 2 ergänzt dazu, dass zur Rechnungslegung und Abschlussprüfung in diesem Sinne „auch die Nachhaltigkeitsberichterstattung und deren Prüfung“ gehören.

## 2. Kritik

Der **Mehrwert** von Empfehlung A.3 ist **zweifelhaft**. Soweit sich Unternehmen nachhaltigkeitsbezogene Ziele setzen (oder setzen müssen), versteht es sich von selbst, dass deren Erreichung und die damit verbundenen Chancen und Risiken auch von den Kontrollsystemen der Gesellschaft erfasst werden. So gesehen ist die Empfehlung **überflüssig**.<sup>2</sup> Das gilt umso mehr, als das Gesetz selbst oft schon Verfahren vorschreibt, um nachhaltigkeitsbezogene Ziele zu erreichen (→ Rn. 11 ff.). In dem Maße, in dem solche gesetzlichen Vorgaben zunehmen werden, was mit Blick auf Regulierungsvorschläge auf EU- und auf internationaler Ebene zu erwarten ist, wird die Bedeutung von Empfehlung A.3 schrumpfen.<sup>3</sup>

Zu kritisieren ist ferner, dass **unklar** bleibt, was der Kodex eigentlich unter „**Nachhaltigkeit**“ versteht (→ Rn. 5 ff.). In der Wissenschaft unterscheidet man „schwache“ von „starken“ Nachhaltigkeitskonzepten<sup>4</sup> – dazu äußert sich die Regierungskommission nicht. Da der Begriff schwammig ist, haben Emittenten jedenfalls keine Mühe, ihr Entsprechen mit den Empfehlungen A.1 und A.3 zu erklären (→ Rn. 6). Dem Kapitalmarkt ist damit nicht gedient, ihm helfen die – deutlich präziseren – Vorgaben in der RL (EU) 2022/2464 (CSRD) mehr (→ Rn. 14). Insgesamt hätte auf die Empfehlung A.1 und A.3 guten Gewissens verzichtet werden können.<sup>5</sup> In jedem Fall streichungswürdig ist S. 2, da der Kodex sich auch sonst nicht zum Inhalt des IKS verhält.<sup>6</sup>

## II. Kontrolle nachhaltigkeitsbezogener Ziele (S. 1)

### 1. Der Begriff „Nachhaltigkeit“ im Kodex

Eine begriffliche **Definition** dessen, was er unter „Nachhaltigkeit“ versteht, bleibt der Kodex **schuldig**. Insofern muss auf die Begründung der Kodexreform 2022 zurückgegriffen werden. Dort heißt es: „Der in der überarbeiteten Fassung des Kodex verwendete Begriff der Nachhaltigkeit meint auf die **Umwelt** (Ökologie) und auf **Soziales** bezogene Ziele. Zur Orientierung können die UN Sustainable Development Goals herangezogen werden. Nachhaltigkeitsziele können Chancen und Risiken für die Unternehmen darstellen. In diesem Sinne wird von **Umwelt- und Sozialfaktoren** gesprochen. Nachhaltigkeitsziele können ebenso Auswirkungen der Unternehmenstätigkeit auf Mensch und Umwelt betreffen und insofern **Ausdruck der gesellschaftlichen Verantwortung** der Unternehmen sein“.<sup>7</sup>

Hieraus erhellt, dass der Regierungskommission kein präzises, sondern ein **landläufiges** **Verständnis** von Nachhaltigkeit vorschwebt. Dies wird bestätigt durch Empfehlung A.1, die mit der Empfehlung A.3 zusammengelesen werden muss (→ Rn. 1). Danach sollen in der Unternehmensstrategie „neben den **langfristigen** wirtschaftlichen Zielen auch **ökologische und soziale Ziele** angemessen berücksichtigt werden“. Die Unternehmensplanung soll deshalb „entsprechende finanzielle und nachhaltigkeitsbezogene Ziele umfassen“. Die Regierungskommission erläutert dazu, dass eine dem Unternehmensinteresse verpflichtete Unternehmensführung darin bestehe, „für den Bestand des Unternehmens und seine **nachhaltige Wertschöpfung** zu sorgen und dabei die Interessen der Aktionäre und der weiteren

<sup>2</sup> So auch Rothenburg ESG 2022, 2 (4); wohlwollender v. Werder DB 2022, 511 (516), der die Empfehlungen A.1 und A.3 als „stimmig“ bezeichnet.

<sup>3</sup> So auch die Einschätzung von Mock/Velte AG 2022, 885 (887 f.).

<sup>4</sup> Vgl. Mittwoch, Nachhaltigkeit im Unternehmensrecht, 2022, S. 28 ff.

<sup>5</sup> Ebenso BDA Stellungnahme zu den geplanten Kodex-Änderungen 2022, S. 1: „überflüssiger Nachvollzug neuer gesetzgeberischer Vorgaben“; für Herabstufung zur bloßen Anregung BDI Stellungnahme zu den DDCGK-Änderungsvorschlägen 2022, S. 6; DAI Stellungnahme zu dem vorgeschlagenen Kodex 2022, Ziff. 1.3.

<sup>6</sup> DAV Stellungnahmen zu den Kodex-Änderungen 2022, Ziff. 7.

<sup>7</sup> Begründung zur Kodex-Reform 2022, S. 1.

Stakeholder einschließlich der **ökologischen und sozialen Ziele** der Gesellschaft zu berücksichtigen“. Empfehlung A.1 konkretisiere damit den **Stakeholder-Ansatz**, indem sowohl die Auswirkungen der Nachhaltigkeitsfaktoren auf das Unternehmen als auch die ökologischen und sozialen Auswirkungen der Unternehmenstätigkeit (...) erfasst werden“. Ökologische und soziale Nachhaltigkeit seien „Voraussetzung für eine langfristige Wertsteigerung“.<sup>8</sup>

- 7 Im Ergebnis geht der Kodex damit von einem **denkbar weiten Verständnis** von Nachhaltigkeit aus. Er entfernt sich vom Begriff der Nachhaltigkeit im engeren Sinne, wie er im sog. Brundtland-Bericht definiert und in rechts- und politikwissenschaftlichen Studien zum Thema Nachhaltigkeit zugrunde gelegt wird.<sup>9</sup> „Nachhaltig“ in diesem (engen) Sinne ist eine Entwicklung, „die den Bedürfnissen der heutigen Generation entspricht, ohne die Möglichkeiten künftiger Generationen zu gefährden, ihre eigenen Bedürfnisse zu befriedigen und ihren Lebensstil zu wählen“. Diese Definition trifft den Kern, ist aber augenscheinlich nicht das, was der Kodex-Kommission vorschwebt. Für sie ist „nachhaltig“, wie sich an der wiederholten Hervorhebung ökologischer und sozialer Ziele und dem Hinweis auf die „gesellschaftliche Verantwortung“ zeigt (→ Rn. 5), ein **Synonym für ESG und CSR**.<sup>10</sup> Die Nachhaltigkeits-Vokabel in der Definition des Kodex gerät so zur Melange aus langfristiger Wertsteigerung, undefinierten Stakeholder-Belangen und sozialen sowie ökologischen Zielen im weitesten Sinne.
- 8 Dies bestätigt der Verweis der Regierungskommission auf die **UN Sustainable Development Goals (SDG)**. Deren 17 Punkte-Katalog listet praktisch alles auf, was die Erde lebenswerter macht (Frieden, Gerechtigkeit, Bildung, kein Hunger etc).
- 9 **Konsequenz** dieser begrifflichen Weite ist, dass sich „Nachhaltigkeit“ im Sinne des Kodex der **Subsumtionsfähigkeit entzieht**. Sie teilt diese Eigenschaft mit der ebenso schillernden Vokabel des „Unternehmensinteresses“, dem der Vorstand einer deutschen AG nach hM verpflichtet ist,<sup>11</sup> und die der Kodex in seiner Präambel als Gebot „nachhaltiger Wertschöpfung“ unter Einbeziehung von Stakeholderinteressen definiert (vgl. Präambel Abs. 1 S. 3). Emittenten genügen dem Nachhaltigkeitsanspruch des DCGK daher dann schon, wenn sie sich in ihrer Strategie irgendwie zu irgendwelchen „guten“ Zielen bekennen, die über die nackte Verfolgung des Unternehmensgegenstands und die (kurzfristige) Steigerung des Unternehmenswerts hinausgehen (→ Rn. 17).<sup>12</sup>
- 10 Wem das zu vage ist, der kann sich an Kriterien orientieren, die sich in anderen Regelwerken finden. Zu denken ist hier insbesondere an die die europäische **Taxonomie**-Verordnung,<sup>13</sup> die Indikatoren des Deutschen **Nachhaltigkeitskodex** (→ Einl. Rn. 98) oder das **BaFin-Merkblatt** für Nachhaltigkeitsrisiken.<sup>14</sup> Sich an diesen (oder anderen) Vorgaben auszurichten, gibt der Kodex nicht vor.

## 2. Gesetzliche Gebote

- 11 Mit dem Klammerzusatz **„soweit nicht bereits gesetzlich geboten“**, der erst nach Kritik in der Konsultationsphase in die Empfehlung aufgenommen wurde, will die Kodex-Kommission deutlich machen, dass die Empfehlung nur dort greift, wo nicht schon das Gesetz befiehlt, für eine nachhaltigkeitsbezogene (im weitesten Sinne; → Rn. 6f.) Kontrolle der Unternehmenstätigkeit zu sorgen. Die Regierungskommission hatte dabei das LkSG vor Augen (→ Rn. 12). Doch auch die Berichtsansforderungen nach §§ 289b ff. HGB sowie künftig nach der RL (EU) 2022/2464 (CSRD; → Rn. 14) können nach Ansicht

<sup>8</sup> Begründung zur Kodex-Reform 2022, S. 3.

<sup>9</sup> Vgl. nur Schirmer ZEuP 2021, 35 (37 ff.); Schirmer, Nachhaltiges Privatrecht, 2022, §§ 1, 2.

<sup>10</sup> Vgl. Pressemitteilung der Regierungskommission DCGK vom 17.5.2022: „Kodexreform 2022 hebt Bedeutung von ESG hervor“.

<sup>11</sup> Vgl. hierzu sowie zu ESG- und CSR-Konzepten im Aktienrecht Koch AktG § 76 Rn. 35 ff.

<sup>12</sup> Bachmann ZHR 186 (2022), 641 (649).

<sup>13</sup> VO (EU) 2020/852 vom 8.6.2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen; zur regulatorischen Bedeutung Derksen JZ 2022, 695.

<sup>14</sup> Für letzteres Wellerdt ZIP 2022, 356 (358 f.).

der Kommission nicht ohne eine entsprechende Ausrichtung der Kontrollsysteme, wie in Empfehlung A.3 empfohlen, erfüllt werden.<sup>15</sup>

Das **Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG)** verpflichtet Unternehmen, die mehr als 3.000 Arbeitnehmer beschäftigen (ab 1.1.2024: 1.000 Arbeitnehmer), ein angemessenes und wirksames **Risikomanagement** zur Erfüllung der in § 3 LkSG spezifizierten **menschen- und umweltrechtlichen Sorgfaltspflichten** einzurichten (§ 4 Abs. 1 LkSG). Das Risikomanagement muss eine Risikoanalyse (§ 5 LkSG), Präventionsmaßnahmen (§ 6 LkSG), Abhilfemaßnahmen (§ 7 LkSG) und ein Beschwerdeverfahren (§ 8 LkSG) enthalten und ist zu dokumentieren (§ 10 Abs. 1 LkSG). Ähnliche Anforderungen enthält der Entwurf eines europäischen Lieferkettengesetzes in Gestalt der **Corporate Sustainability Due Diligence-RL** (CSDD; → Einl. Rn. 50 mwN), der über das LkSG hinausgeht, indem er den Anwendungsbereich ausdehnt, den Klimaschutz einbezieht und eine zivilrechtliche Haftung vorsieht.<sup>16</sup> Soweit diese Regelungen reichen, entfaltet Empfehlung A.3 keine Bedeutung, weil für eine Empfehlung neben zwingendem Recht kein Raum bleibt.

§§ 289b ff. HGB verpflichten Emittenten zur Abgabe einer **nichtfinanziellen Erklärung** (dem sog. CSR-Bericht, s. Grundsatz 22), in der diese ihre Konzepte – einschließlich der angewandten Due-Diligence-Prozesse – zur Verfolgung bestimmter ESG-Belange (Umwelt, Arbeitnehmer, Soziales, Menschenrechte, Korruptionsbekämpfung) beschreiben müssen (vgl. § 289c Abs. 2 und Abs. 3 Nr. 1 HGB). Zwar handelt es sich dabei im Unterschied zum LkSG um eine bloße Berichtspflicht, doch drohen Sanktionen, wenn über Konzepte berichtet wird, die in Wahrheit nicht oder ungenügend umgesetzt werden.<sup>17</sup> Schon im eigenen Interesse müssen Emittenten, die entsprechende Konzepte implementieren, diese daher in ihr Risikomanagement einbeziehen. Begreift man das CSR-Reporting als Teil des Rechnungslegungsprozesses, folgt die Pflicht zu einem entsprechenden Risikomanagement indirekt aus § 289 Abs. 4 HGB und aus § 171 Abs. 1 S. 2 AktG.

Noch deutlicher wird das mit der Umsetzung der **RL (EU) 2022/2464** (Corporate Sustainability Reporting Directive – **CSRD**) vom 14.12.2022 werden, die explizit zum Bericht über „Maßnahmen des Unternehmens zur Verhinderung, Minderung, Behebung oder Beendigung tatsächlicher oder potenzieller negativer Auswirkungen“ von Nachhaltigkeitsbelangen sowie zur „Beschreibung der wichtigsten Risiken, denen das Unternehmen im Zusammenhang mit Nachhaltigkeitsaspekten ausgesetzt ist“, auffordert (vgl. Art. 19a Abs. 2 lit. f Ziff. iii und lit. g RL (EU) 2013/34 idF der RL (EU) 2022/2464).

### 3. Freiwillige Nachhaltigkeitsziele

Da das LkSG selbst schon ein – auf die in § 3 LkSG genannten Aspekte begrenztes – nachhaltigkeitsbezogenes Risikomanagement vorschreibt (→ Rn. 12), beschränkt sich der Anwendungsbereich von Empfehlung A.3 auf solche **Nachhaltigkeitsziele**, die sich der Emittent darüberhinausgehend selbst gesetzt hat. Zur Setzung solcher Ziele hält **Empfehlung A.1** an. Künftig wird das durch die Umsetzung der RL (EU) 2022/2464 untermauert werden (→ Rn. 14). Denn die RL (EU) 2022/2464 beschränkt sich zwar formal auf die Statuierung bloßer Berichtspflichten, enthält der Sache nach aber eine (versteckte) materielle Regulierung, durch die Unternehmen indirekt verpflichtet werden, Nachhaltigkeitsziele zu fixieren und auch einzuhalten.<sup>18</sup>

## III. Nachhaltigkeitsbezogene Daten (S. 2)

S. 2 der Empfehlung fordert, dass IKS und RMS „die Prozesse und Systeme zur Erfassung und Verarbeitung **nachhaltigkeitsbezogener Daten** mit einschließen“ sollen. Die im

<sup>15</sup> Begr. der Kodex-Änderung 2022, S. 4.

<sup>16</sup> COM (2022) 71 final; dazu König NZG 2022, 1186; Bauer/Blach/Mayer/Morschhäuser ZIP 2022, 1740; Hübner/Habrich/Weller NZG 2022, 644; Ruttloff/Rothenburg/Hahn DB 2022, 1116; Bettermann/Hoes WM 2022, 697; Birkholz DB 2022, 1306.

<sup>17</sup> Näher Bachmann ZGR 47 (2018), 231 (244 ff.).

<sup>18</sup> Vgl. Schön ZfPW 2022, 207 (255): „als Informationsgebot getarnte materielle Pflicht“.

Prüferjargon formulierte Empfehlung ist sprachlich sperrig und inhaltlich ungewöhnlich, weil sich der Kodex sonst nicht zu Details von IKS und RMS äußert.<sup>19</sup> Warum er es an dieser Stelle tut, ist offen, denn die Kodex-Kommission liefert dafür keine Begründung. In der Sache ist die Empfehlung überflüssig, denn dass zu einem wirksamen Risikomanagementsystem immer auch ein entsprechendes Informationsmanagementsystem gehört, in dem die relevanten Daten erhoben und verarbeitet werden, versteht sich von selbst und entspricht allgemeiner Praxis (→ Grundsatz 4 Rn. 19). Umfasst das RMS, dem S. 1 der Empfehlung folgend, auch nachhaltigkeitsbezogene Ziele, ist es logisch, dass auch entsprechende Daten (etwa zum Erfolg von Emissionsreduktionen) erhoben und verarbeitet werden. Zur Umsetzung → Rn. 17 ff.

#### IV. Umsetzung der Empfehlung

- 17 Die Umsetzung der Empfehlung sollte Emittenten keine großen Mühen bereiten. Jeder Emittent verfügt heute über entsprechende Kontrollsysteme und ist dazu auch, wie Grundsatz 4 betont, verpflichtet. Um Empfehlung A.3 zu genügen ist daher lediglich dafür Sorge zu tragen, dass die Kontrollsysteme **nachhaltigkeitsbezogene Ziele** – soweit solche definiert wurden – **umfassen**. Dafür muss zunächst ermittelt werden, welche nachhaltigkeitsbezogenen Ziele (im weiten Sinne des Kodex; → Rn. 7) im Unternehmen fixiert wurden; sodann ist zu beschreiben, wie deren Einhaltung sichergestellt werden kann und welche Risiken der Nichteinhaltung sich materialisieren können. Da Emittenten nach der RL (EU) 2022/2464 ohnehin einen „Nachhaltigkeitsbericht“ mit detaillierten Angaben zu entsprechenden Aktivitäten (einschließlich der Risikoerfassung und -minimierung!) werden erstatten müssen (→ Rn. 14), dürfte sich die Umsetzung der Vorgaben der RL (EU) 2022/2464 mit derjenigen der Empfehlung A.1 und A.3 weitgehend decken.
- 18 Um dem **S. 2** der Empfehlung zu genügen, muss dafür Sorge getragen werden, dass entsprechende **Daten** (zB zu Emissionsreduktionen, Förderung von sozialen Belangen etc.), soweit sie im Unternehmen erfasst und verarbeitet werden, auch auf dem Radarschirm von IKS und RMS landen. Wenn IKS und RMS nachhaltigkeitsbezogene Aspekte einbeziehen, wie es S. 1 empfiehlt, dürfte das regelmäßig der Fall sein. Dabei ist, soweit es sich um personenbezogene Daten handelt, im Rahmen des RMS auch sicherzustellen, dass die Vorgaben des einschlägigen **Datenschutzrechts** beachtet werden. Als zwingendes Recht gehen sie der Empfehlung vor und begrenzen ggf. ihren Anwendungsbereich. Weil bei Verstößen gegen die **DS-GVO** empfindliche Sanktionen drohen, sind hier auch das **CMS** und der Datenschutzbeauftragte einzubeziehen.
- 19 Eine besondere **Dokumentation** ist zur Erfüllung der Empfehlung A.3 **nicht vonnöten**. Sie empfiehlt sich aus praktischer Sicht, damit der Prüfer bei Bedarf seinen „Haken“ setzen kann. Weil jedem RMS ein Dokumentationselement innewohnt (→ Grundsatz 4 Rn. 31), dürfte das in der Praxis keine Schwierigkeiten bereiten. Dies gilt jedenfalls nach Umsetzung der RL (EU) 2022/2464 (CSRD), die schon aufgrund der dort vorgesehenen Berichtspflicht einen gewissen Dokumentationsaufwand gebietet.

#### Grundsatz 5 [Compliance]

**<sup>1</sup>Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der internen Richtlinien zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung im Unternehmen hin (Compliance). <sup>2</sup>Das interne Kontrollsystem und das Risikomanagementsystem umfassen auch ein an der Risikolage des Unternehmens ausgerichtetes Compliance Management System.**

**Schrifttum:** Bachmann, Siemens/Neubürger – LG München I NZG 2014, 345, in Fleischer/Thiessen, Gesellschaftsrechts-Geschichten, 2018, 691; Bachmann, Die Haftung des Geschäftsführers für die Verschwendung

<sup>19</sup> Krit. deshalb mit Recht DAV-Stellungnahmen zu den Kodex-Änderungen 2022, Ziff. 7.