

Frau
Renate Künast, MdB
Vorsitzende des Ausschusses
für Recht und Verbraucherschutz
Deutscher Bundestag
Platz der Republik 1
11011 Berlin

per E-Mail: rechtsausschuss@bundestag.de
kathrin.schreiber@bundestag.de

3. November 2016

Schriftverkehr\2016\16-10-
31_Stellungnahme für den
Rechtsausschuss

Umsetzung der CSR-Richtlinie Stellungnahme für den Rechtsausschuss

Sehr geehrte Frau Künast,

vielen Dank, auch namens der **Vereinigung zur Mitwirkung an der Entwicklung des Bilanzrechts für Familiengesellschaften e.V. (VMEBF)**, für Ihre Einladung und die Gelegenheit, als Sachverständiger an der öffentlichen Anhörung zur Umsetzung der CSR-Richtlinie teilzunehmen. Namens des VMEBF, zugleich aber auch als Wissenschaftler, Berater und betroffenes Aufsichtsratsmitglied, nehme ich in Vorbereitung der Anhörung Ihrer Bitte entsprechend Stellung. Auf der Grundlage des CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetzes in der Fassung des Gesetzentwurfes der Bundesregierung (BT-Drucks. 18/9982 vom 17.10.2016, „*Gesetzentwurf*“) und unter Berücksichtigung des Antrags verschiedener Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drucks. 18/10030, „*Antrag*“) beschränke ich mich dabei auf ausgewählte Aspekte, nämlich den Anwendungsbereich (1., Tz 1-4), die Prüfung (2., Tz 5-15) und die Sanktionen (3., Tz 16-19).

1. Anwendungsbereich

[1] Ein besonderes Augenmerk auf nachhaltiges Wirtschaften und die Übernahme sozialer Verantwortung gehören traditionell und typischer Weise zu den besonderen Qualitätsmerkmalen mittelständischer und großer Familienunternehmen. Vor diesem Hintergrund ist das auch mit der CSR-Richtlinie verfolgte Ziel, Rentabilität mit sozialer Gerechtigkeit und Umweltschutz zu verbinden, geübte Praxis und weitgehend selbstverständlich. Die durch den *Gesetzentwurf* signalisierte „gewisse Erwartungshaltung“ des Gesetzgebers, dass sich Unternehmensführung an „Aspekten der Nachhaltigkeit“ orientieren möge (BT-Drucks. 18/9982, S.30), und der Ausgangspunkt des *Antrags* (BT-Drucks. 18/10030, S.1), dass Unternehmen über die Schaffung von Arbeitsplätzen und die Erfüllung von Renditeerwartun-

gen hinaus gesellschaftliche Verantwortung tragen, treffen im Kreise der Mitglieder des VMEBF auf große Zustimmung und offene Türen.

[2] Es ist allerdings notwendig, zwischen der Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten und der Wahrnehmung sozialer Verantwortung in der unternehmerischen Praxis *einerseits*, einer (i) gegenüber der Öffentlichkeit erfolgenden, (ii) formalisierten, (iii) gesetzlich zwingenden und (iv) periodischen Rechenschaftslegung *andererseits* zu unterscheiden. Gerade für Unternehmen, die CSR-Aspekten einen sehr hohen Stellenwert einräumen, ergibt sich aus einer solchen Anforderungen unterliegenden Rechenschaftslegung eine erhebliche administrative Belastung.¹ Zudem können nicht nur Jahresabschlussdaten, sondern auch CSR-Informationen wettbewerbssensibel und damit aus Sicht des Unternehmens gegenüber Wettbewerbern und teils sehr viel mächtigeren Kunden geheimhaltungsbedürftig sein. Letztlich auch aus verfassungsrechtlichen Überlegungen, vor allem aber aus dem Gebot praktischer Vernunft folgt die Notwendigkeit, die Verhältnismäßigkeit entsprechender gesetzlicher Vorgaben im Auge zu behalten.

[3] Im Rahmen solcher Verhältnismäßigkeitsüberlegungen sind vor allem drei Aspekte von Bedeutung. *Erstens* sind aufgrund der oben erwähnten (Tz. 1) Charakteristika mittelständischer und großer Familienunternehmen gesetzgeberische Eingriffe, die unter anderem das Ziel verfolgen, das Handeln von Unternehmen mittelbar in die Richtung auf eine stärkere Berücksichtigung der nichtfinanziellen Belange zu lenken, allenfalls in geringerem Umfang erforderlich. *Zweitens* sind auch unabhängig von den im CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz vorgesehenen Berichtspflichten schon de lege lata alle großen Kapitalgesellschaften (und diesen gleichgestellte Personengesellschaften) gem. § 289 Abs. 3 HGB verpflichtet, Angaben zu nichtfinanziellen Leistungsindikatoren, wie Informationen über Umwelt- und Arbeitnehmerbelange, zu geben und diese zu erläutern. *Drittens* spielen sogenannte ESG-Faktoren (Environmental, Social, Governance) bei allen größeren Investitionen eine zunehmende Rolle; „für InvestorInnen und GeschäftspartnerInnen ist verantwortungsvolles Unternehmenshandeln zunehmend ein Kriterium zur Bewertung eines Unternehmens“ (zutreffend *Antrag*, BT-Drucks. 18/10030, S.1). Es ist weitgehend anerkannt, dass die Berücksichtigung von ESG-Belangen in der Unternehmensführung auch einen positiven Effekt auf den finanziellen Erfolg der Unternehmen hat (*Friede/Busch/Bassen*, ESG and Financial Performance, Journal of Sustainable Finance and Investment, 2015; *Deutsche Asset & Wealth Management*, ESG & Corporate Financial Performance: Mapping the global landscape, Dezember 2015). Schon heute werden daher ESG-Faktoren betreffende nichtfinanzielle Informationen in hohem Umfang freiwillig gegeben. Die Notwendigkeit gesetzlicher Regelung reduziert

¹ Die insoweit in der Regierungsbegründung des *Gesetzentwurfes*, BT-Drucks. 18/9982 S. 34-38, angegebenen Beträge sind erheblich zu niedrig geschätzt.

dies erheblich, weil die Unternehmen im wohlverstandenen eigenen Interesse auch ohne gesetzlichen Zwang informieren.²

[4] Vor diesem Hintergrund ist es im Ergebnis uneingeschränkt zu begrüßen, dass der *Gesetzentwurf* den Anwendungsbereich der durch die CSR-Richtlinie-Umsetzung eingeführten nichtfinanziellen Berichterstattung in Übereinstimmung mit der Richtlinie festlegt und daher nur Unternehmen öffentlichen Interesses mit mehr als 500 Mitarbeitern adressiert. In der Begründung des *Gesetzentwurfs* wird zutreffend hervorgehoben, dass dies auch zur Begrenzung der Belastungen für den deutschen Mittelstand erforderlich ist.³ Zudem bestehen zwischen börsennotierten Gesellschaften und nicht kapitalmarktorientierten Familienunternehmen grundsätzliche strukturelle Unterschiede, aufgrund derer die im *Antrag* monierte Ungleichbehandlung (BT-Drucks. 18/10030, S.2 4.Abs.) geboten und jedenfalls sachlich gerechtfertigt ist.

2. Prüfung *Ausgangspunkt*

[5] Die nichtfinanziellen Informationen werden durch das Geschäftsleitungsorgan, bei der Aktiengesellschaft also den Vorstand, erstellt. Angesichts des auch in der Begründung des *Gesetzentwurfs* zurecht hervorgehobenen hohen Stellenwertes der nichtfinanziellen Informationen und ihrer Verortung im Lagebericht wäre zu erwarten, dass die nichtfinanziellen Informationen ein vergleichbares Prüfniveau erfahren wie die finanziellen Informationen (zutreffend *Antrag*, BT-Drucks. 18/10030, S. 4 1.Absatz). Der vorliegende *Gesetzentwurf* genügt diesem Anspruch teilweise, indem er durch eine Änderung des § 171 AktG sicherstellt, dass die nichtfinanziellen Informationen ebenso wie die finanziellen Informationen der Prüfung durch den Aufsichtsrat auch dann unterliegen, wenn sie nicht im Lagebericht, sondern in einem gesonderten nichtfinanziellen Bericht enthalten sind. Eine Abschlussprüfung,

² De lege ferenda - über das anstehende Gesetzgebungsvorhaben geht dies hinaus - könnte vor diesem Hintergrund überlegt werden, für solche im Zusammenhang mit der externen Rechnungslegung erfolgenden freiwilligen Angaben eine zwingende Lozierung im Lagebericht oder dem gesonderten nichtfinanziellen Bericht vorzusehen. Hierdurch könnte sichergestellt werden, dass auch freiwillige Angaben dem gleichen Sanktions- und Prüfungsregime unterliegen wie Pflichtangaben und damit dem gleichen Zuverlässigkeits- und Glaubwürdigkeitsniveau unterliegen wie gesetzlich verpflichtende Angaben.

³ Jedenfalls in Bezug auf die konsolidierte nichtfinanzielle Erklärung erscheint im Gegenteil die durch die Richtlinie vorgegebene Zahl von 500 Mitarbeitern als sehr gering. Aus den vorstehend erörterten Gründen ist es empfehlenswert, dass der Deutsche Bundestag die Bundesregierung bittet, bei einer Evaluation der CSR-Richtlinie auf eine Anhebung dieses Größenkriteriums auf (mindestens) die im deutschen Recht auch sonst bekannte Zahl von 2000 Mitarbeitern zu dringen.

wie sie hinsichtlich der finanziellen Informationen des Jahresabschlusses und des Lageberichts vorgesehen ist, soll jedoch nach dem Gesetzentwurf nicht stattfinden. Insoweit verweisen der *Gesetzentwurf* und seine Begründung auf die Möglichkeit einer freiwilligen Prüfung.

[6] Im Ausgangspunkt ist es richtig, den Aufsichtsrat auch für die Prüfung der nichtfinanziellen Informationen in vergleichbarer Weise wie hinsichtlich des Jahresabschlusses in die Verantwortung zu nehmen. Soweit nicht § 171 AktG grundlegend und konzeptionell geändert werden soll – was gegenwärtig nicht zur Diskussion steht –, ist dies ohnehin durch Art. 33 Abs. 1 Bilanzrichtlinie (Richtlinie 2013/34/EU vom 26. Juni 2013 in der Fassung durch Art. 1 Nr. 4 der Richtlinie 2014/95/EU vom 22. Oktober 2014) vorgegeben. Selbst wenn man dies anders sehen wollte, wäre jede andere Lösung ein kaum vertretbarer und dem Rang der nichtfinanziellen Informationen sowie der Rolle des Aufsichtsrats im dualistischen Modell der Unternehmensleitung und –kontrolle nicht gerecht werdender systematischer Bruch.

Einbeziehung in gesetzliche Abschlussprüfung europarechtlich nicht erforderlich

[7] Hiervon ausgehend wäre es konsequent, hinsichtlich der nichtfinanziellen Informationen nicht nur – wie gegenwärtig im *Gesetzentwurf* – eine „Existenzprüfung“, sondern darüber hinaus eine inhaltliche Prüfung durch den Abschlussprüfer vorzusehen. So hält der *Antrag* (BT-Drucks. 18/10030, S. 5 vorletzter Abs.) eine inhaltliche Überprüfung der Angaben für erforderlich, um die Verlässlichkeit und Relevanz der nichtfinanziellen Erklärungen zu gewährleisten. Auch die Begründung des *Gesetzesentwurfs* räumt ein, dass eine externe inhaltliche Überprüfung, *insbesondere durch den Abschlussprüfer*, das Vertrauen in die nichtfinanziellen Informationen erhöhen kann (BT-Drucks. 18/9982, S. 45 2. Abs.). Eine Einbeziehung in die Abschlussprüfung würde danach dem Wert der nichtfinanziellen Information erhöhen und deren Bedeutung unterstreichen.

[8] Allerdings lag diese Option schon bei der Diskussion der CSR-Richtlinie auf der Hand, ist vom europäischen Gesetzgeber aber nicht ergriffen worden. Daher ließe sich argumentieren, dass eine Pflichtprüfung die deutschen Unternehmen in ein engeres Korsett schnürt als vergleichbare Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten und diese damit potentiell im Wettbewerb benachteiligt. Dies wird jedoch überkompensiert durch die aufgrund der höheren Verlässlichkeit geprüfter Informationen auch für die Unternehmen selbst entstehenden Vorteile. Zu bedenken sind auch die notwendiger Weise bestehenden Interdependenzen zwischen nichtfinanziellen und finanziellen Informationen und deren gemeinsamer Darstellung im Lagebericht.

[9] Eine verpflichtende Einbeziehung in die Abschlussprüfung halte ich daher nach wie vor für empfehlenswert und schlage vor, in Art. 1 Nr. 12 des Gesetzentwurfes (§ 317 Abs. 2 HGB-E) den derzeit vorgesehenen Satz 4, der die Begrenzung auf die „Existenzprüfung“

enthält, ersatzlos zu streichen. Stattdessen ist § 317 Abs. 2 Satz 3 HGB wie folgt neu zu fassen:

Die Prüfung des Lageberichts und des Konzernlageberichts sowie des gesonderten nichtfinanziellen Berichts oder des gesonderten nichtfinanziellen Konzernberichts hat sich auch darauf zu erstrecken, ob die gesetzlichen Vorschriften zur Aufstellung des Lage- oder Konzernberichts sowie die Vorgaben nach den §§ 289b bis 289e und den §§ 315b und 315c beachtet worden sind.

Redaktioneller Hinweis

[10] Zu Art. 1 Nr. 12 erlaube ich mir der Vollständigkeit halber redaktionell anzumerken, dass in § 317 Abs. 2 Satz 6 des gegenwärtigen Entwurfs aufgrund der Änderung in Art. 1 Nr. 5 lit. b von den „Angaben nach § 289f Abs. 2 **und Abs. 5**“ die Rede sein muss.

Bei freiwilliger Prüfung Kompetenzübertragung auf Aufsichtsrat notwendig

[11] Belässt man es beim gegenwärtig vorgesehenen Konzept, so ist fraglich, wie der Aufsichtsrat seiner Prüfungsaufgabe nachkommen kann. Auf die hinsichtlich seiner Prüfung von Jahresabschluss und Lagebericht bewährte Zusammenarbeit mit dem Abschlussprüfer kann er dann jedenfalls nicht ohne weiteres bauen. Andererseits erschiene es überzogen und nicht im Interesse der deutschen Unternehmen liegend, wenn der Aufsichtsrat gehalten wäre, eine eigene Prüfungsabteilung aufzubauen. Er wird daher seinem Prüfungsauftrag nur dann sinnvoll nachkommen können, wenn er auf die Durchführung einer freiwilligen Prüfung hinwirkt.

[12] Für die Beauftragung einer solchen Prüfung ist de lege lata das Geschäftsführungsorgan zuständig; an dieses adressiert der Prüfer auch das Ergebnis seiner Prüfung. Dass sich das Organ, dessen Handeln überprüft werden soll, seinen eigenen Prüfer aussucht, erscheint aber wenig einleuchtend. Zudem diene auch eine freiwillige Prüfung künftig ganz wesentlich der Unterstützung des Aufsichtsrats bei der Erfüllung seiner eigenen Prüfungsaufgabe. Aus diesen Gründen ist es sachgerecht und geboten, durch gesetzliche Regelung im Zuge der CSR-Richtlinie-Umsetzung klarzustellen, dass die Entscheidung über die Durchführung einer freiwilligen Prüfung beim Aufsichtsrat liegt, der insoweit die Gesellschaft vertritt und den Prüfungsauftrag erteilt.

[13] Diese Klarstellung lässt sich ohne großen Regelungsaufwand bei der ohnehin vorgesehenen Änderung des § 317 HGB vornehmen. Hierzu schlage ich vor, den neuen Satz 4 im § 317 Abs. 2 HGB-E (Art. 1 Nr. 12 CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz) wie folgt zu formulieren:

*Im Hinblick auf die Vorgabe nach den §§ 289b bis 289e und den §§ 315b und 315c ist nur zu prüfen ob die nichtfinanzielle Erklärung oder der gesonderte nichtfinanzielle Bericht die nichtfinanzielle Konzernklärung oder der gesonderte nichtfinanzielle Konzernbericht vorgelegt wurde, **soweit nicht das für die Beauftragung des***

Abschlussprüfers zuständige Organ einen um die inhaltliche Prüfung dieser Erklärungen oder Berichte erweiterten Prüfungsauftrag erteilt hat.

Mit einer solchen Formulierung wäre sowohl die Freiwilligkeit einer entsprechenden inhaltlichen Prüfung gewahrt, als auch deren Einbeziehung in die Abschlussprüfung und die Kompetenz des Aufsichtsrates zu einer entsprechenden Auftragserteilung geklärt.

[14] Für den Fall, dass der Gesetzgeber Bedenken gegen die Anbindung der die Kompetenz des Aufsichtsrates betreffenden Neuregelung an die den Inhalt der Abschlussprüfung betreffende Norm des § 317 Abs. 2 HGB haben sollte, käme selbstverständlich auch eine Regelung im Aktiengesetz in Betracht. Hierzu wäre in § 111 Abs. 2 AktG folgender Satz 4 anzufügen (Art. 6 Nr. 1a –neu-):

Er kann darüber hinaus den Abschlussprüfer oder einen anderen unabhängigen Erbringer von Bestätigungsleistungen⁴ mit der Prüfung der Übereinstimmung der nichtfinanziellen Erläuterung oder des gesonderten nichtfinanziellen Berichts bzw. der nichtfinanziellen Konzernklärung oder des gesonderten nichtfinanziellen Konzernberichts mit den Vorgaben der §§ 289b bis 289e und §§ 315b und 315c HGB beauftragen.

Auch hierdurch wäre sowohl die Freiwilligkeit einer entsprechenden inhaltlichen Prüfung als auch die erforderliche Beauftragungskompetenz des Aufsichtsrates klargestellt.

Bericht über Prüfungsergebnis nur im Rahmen der Abschlussprüfung rechtssicher

[15] In diesem Zusammenhang ist allerdings darauf hinzuweisen, dass nur bei der Prüfung durch den Abschlussprüfer mit dem Prüfungsbericht und dem Bestätigungsvermerk gesetzlich normierte und daher der Öffentlichkeit und dem Kapitalmarkt vertraute und ohne weiteres verständliche Berichtsinstrumente zum Prüfungsergebnis bestehen. Die im *Gesetzentwurf* für die freiwillige Prüfung außerhalb der Abschlussprüfung vorgesehene Berichterstattung über das Prüfungsergebnis (Art. 1 Nr. 4, § 289b Abs.4 HGB-E und Art. 1 Nr. 10, § 315b Abs.4 HGB-E) wäre einerseits ein Systembruch (auch sonst wird über das Ergebnis freiwillig durchgeführter Prüfungen nicht öffentlich berichtet) und zudem aufgrund jeder fehlenden Normierung des Berichtsformats für die Adressaten einer solchen Veröffentlichung von erheblich reduziertem Nutzen.

⁴ Die sperrige Vokabel folgt dem Wortlaut des Erwägungsgrundes 16 der CSR-Richtlinie (2014/95/EU vom 22.10.2016).

3. Sanktionen

[16] Art. 51 Bilanzrichtlinie (2013/34/EU vom 26.6.2013) verlangt, dass die Mitgliedstaaten wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen für Verstöße gegen aufgrund der Richtlinie erlassene einzelstaatliche Vorschriften vorsehen; von dieser europarechtlichen Sanktionierungspflicht miterfasst ist die durch die CSR-Richtlinie vorgesehene nichtfinanzielle Berichterstattung (zutreffend Begründung des *Gesetzentwurfs*, BT-Drucks. 18/9982, S.58). Dies deckt sich mit der im *Antrag* formulierten Forderung (BT-Drucks. 18/10030, S.4 2.Abs.) an die Bundesregierung, der von dieser vorzulegende Gesetzentwurf möge eine effektive und wirksame Gestaltung staatlicher Sanktionierungen bei eventuellen Verstößen sicherstellen.

[17] Durch die im *Gesetzentwurf* vorgesehenen Änderungen der §§ 331ff. HGB (Art. 1 Nr. 16 und 17) werden die durch die CSR-Richtlinie verpflichtend eingeführten nichtfinanziellen Informationen uneingeschränkt dem Bilanzstrafrecht (einschließlich Ordnungswidrigkeiten) des HGB unterstellt. Seit dessen auf die Forderung „geeigneter Sanktionen“ durch die 4.EG-Richtlinie zurückgehender Etablierung mit dem Bilanzrichtliniengesetz 1985 (ausführlicher *Schüppen*, Systematik und Auslegung des Bilanzstrafrechts, Köln 1993, S.60ff., 85f.) haben von keiner Seite und zu keinem Zeitpunkt Zweifel daran bestanden, dass mit diesen Normen effektive, wirksame und verhältnismäßige Sanktionen für Verstöße gegen Bilanzierungsvorschriften bestehen. Deshalb wird bereits mit der Einbeziehung der nichtfinanziellen Informationen in die erwähnten Sanktionen durch Art. 1 Nr. 16 und Nr. 17 lit. a) den Erfordernissen der Richtlinie und den darüber nicht hinaus gehenden Forderungen des *Antrags* in vollem Umfang Rechnung getragen.

[18] Der *Gesetzentwurf* geht allerdings einen entschiedenen Schritt weiter, indem er im Bereich der Ordnungswidrigkeiten die vorgesehenen Höchststrafen massiv verschärft (Art. 1 Nr. 17 lit. b). Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit problematisch ist insbesondere, dass im Falle einer Verhängung einer Geldbuße nach § 30 OWiG die Obergrenze auf bis zu fünf Prozent des jährlichen Gesamtumsatzes angehoben wurde. Die Begründung des *Gesetzentwurfs* (BT-Drucks. 18/9982, S. 58) beruft sich darauf, dass der Bußgeldrahmen für kapitalmarktorientierte Unternehmen für inhaltliche Verstöße demjenigen für Verstöße gegen Bekanntmachungsvorschriften angeglichen werde. Während für Verstöße gegen Bekanntmachungsvorschriften aber in § 335 HGB umgesetzte, zwingende europarechtliche Vorgaben bestanden, gilt solches für die im *Gesetzentwurf* vorgesehenen Verschärfungen nicht. Insofern handelt es sich keineswegs um eine „1:1“-Umsetzung, sondern um eine zwar intellektuell nachvollziehbare, aber überobligationsmäßige Verschärfung, an deren Verhältnismäßigkeit erhebliche Zweifel bestehen. Es kommt hinzu, dass angesichts des im Ordnungswidrigkeitenrecht herrschenden Opportunitätsgrundsatzes und fehlender Präjudizien ein Zustand massiver Rechtsunsicherheit geschaffen würde. Vor diesem Hintergrund empfehle ich, Art. 1 Nr. 17 lit. b) des Gesetzentwurfs ersatzlos zu streichen.

[19] Der Durchsetzung der Gesetzeskonformität und der Sanktionierung von Verstößen gegen die Vorschriften über den Lagebericht dienen bei kapitalmarktorientierten Gesellschaften auch strafbewehrte, ergänzende Versicherungen der gesetzlichen Vertreter (sog. „Bilanzleid“, § 289 Abs. 1 Satz 5 bzw. § 315 Abs. 1 Satz 6 HGB). Es wäre konsequent, in diese Erklärungen auch wesentliche Aspekte der nichtfinanziellen Informationen einzubeziehen. Dies sieht der Gesetzentwurf bisher nicht vor.

Es würde mich freuen, wenn meine Anregungen für das weitere Gesetzgebungsverfahren von Nutzen sind oder gar Berücksichtigung finden können. Für Rückfragen stehe ich Ihnen und den Mitgliedern des Ausschusses auch außerhalb der Anhörung gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

