



Dieter Krimphove

Die Nachhaltigkeit im Bankrecht

Den Begriff der Nachhaltigkeit verwendet, seit seinem ersten Gebrauch Anfang des 18. Jahrhunderts durch Hans Carl von Carlowitz, das aktuelle, insbesondere das Europäische Bank- und Kapitalmarktrecht nahezu inflationär. Gerade die Ausdehnung des Begriffes auf zahlreiche unterschiedliche Lebenssachverhalte verdeutlicht ihn nicht, sie schwächt seine originäre Bedeutung eher ab. Beispielsweise belegt der Begriff der Nachhaltigkeit im Bank- und Kapitalmarktrecht heute so unterschiedliche Themenbereiche wie den der Ethik der Geschäfts- und insbesondere der Personalführung, ebenso wie Fragen nach der Dauerhaftigkeit und Wertbeständigkeit von Anlageprodukten und gleichzeitig die Problematik des Umweltschutzes, etwa beim Vertrieb nachhaltiger, umweltschonender Anlageprodukte. Letztlich charakterisiert der Begriff Nachhaltigkeit auch die Unternehmensqualität von Banken und Finanzdienstleistern selbst, indem sich diese als sogenannte Ethik- oder Umweltbanken von den sogenannten allgemeinen Geschäftsbanken abzuheben suchen.

Frühe ökologische und ökonomische Sichtweise

Nachfolgender Beitrag nähert sich der Bedeutung des Begriffs der Nachhaltigkeit, den dieser im aktuellen Bank- und Kapitalmarktrecht einnimmt, an. Dazu entschlüsselt er das Bedeutungs- und Begriffswirrwarr, indem er den Begriff der Nachhaltigkeit im Bank- und Kapitalmarktrecht auf existente Rechtsnormen zurückführt. Mit diesem Ansatz liefert die Abhandlung nicht nur einen Beitrag zu juristisch fundierter Auslegung eines

unbestimmten Rechtsbegriffes. Die Abhandlung konkretisiert die jeweiligen juristischen Konsequenzen, denen sich der Verwender des Begriffes Nachhaltigkeit im Bank- und Kapitalmarktrecht aussetzt. Gleichzeitig weist sie auf die Möglichkeiten – insbesondere der Anleger – hin, die nachhaltigen Ziele ihres Engagements gegenüber Banken, Finanzdienstleistern und/oder Emittenten durchzusetzen.

In seinem forstwirtschaftlichen Werk *Sylvicultura oeconomica* aus dem Jahr 1713 beschreibt von Carlowitz erstmals Nachhaltigkeit. Schon der barockausladende Titel des Werkes¹⁾ gibt zu erkennen, was von Carlowitz mit dem – auch nur einmal in diesem Werk auftretenden – Begriff der Nachhaltigkeit meint. So sollen Ressourcen nicht bis zu deren vollständiger Vernichtung verbraucht werden, sondern zum Schutze der Wirtschaft nur bis zu der natürlichen Grenze ihrer Reproduktionsfähigkeit, sprich ihres Nachwachsens²⁾.

Von Carlowitz greift bereits im Jahr 1713 Grundelemente der erst im 21. Jahrhundert aufkommenden Wohlfahrtsökonomik eines North Douglas³⁾ vor, denn ebenso wie der Neuen Institutionen-Ökonomik geht es von Carlowitz um den Schutz der Umwelt, die bei ihm nicht einer wie heute eher ideologisch aufgeladenen Naturerfahrung entspricht, sondern recht pragmatisch um die Aufrechterhaltung der Nutzbarkeit eines Wirtschaftssystems zum Zweck der Wohlfahrtssteigerung. Eher scheint der Weg von diesem forstwirtschaftlichen Verständnis der Nachhaltigkeit zu seiner Verwendung im (heutigen) Bank- und Kapitalmarktrecht zu sein. Es ist aller-

dings gerade sein eben hervorgehobener wohlfahrtsökonomischer Bezug, der eine solche Verbindung möglich macht.⁴⁾

Bewertung der Wirtschaftstätigkeit der Vertragspartner

Der historisch erste Gedanke an die Nachhaltigkeit im Bank- und Kapitalmarktrecht fokussiert allerdings nicht die Tätigkeiten der Banken. Er bewertet vielmehr die Wirtschaftstätigkeit ihrer Vertragspartner, die von den Banken Finanzierungen beantragen. Diesen sollen, nach dem sogenannten Triple-Bottom-Line-Ansatz nur dann für jene Geschäftsfelder Finanzierungsmittel zukommen, deren wirtschaftliche Leistungen neben der wirtschaftlichen zweitens auch ökologische wie drittens soziale Leistungen dauerhaft erbringen beziehungsweise diese Ziele steigern.⁵⁾

Aus diesen unterschiedlichen Nachhaltigkeitsaspekten bildeten sich im Bank- und Kapitalmarktrecht der vergangenen 20 Jahre zahlreiche europarechtliche Normen aus, die den Begriff der Nachhaltigkeit verwenden. Bedauerlich und charakteristisch für diese Rechtssetzungsepoche ist jedoch, dass diese Normen den Begriff der Nachhaltigkeit zwar thematisieren, ihn jedoch nicht inhaltlich abklären. Weder geht es diesen Normen um die Abklärung dieses Begriffes für Banken, Finanzdienstleister oder/und deren Kunden, noch um die Aufstellung eines spezifischen Forderungskatalogs, der deren nachhaltiges agieren einfordern sollte. Die europäischen Regelungen dieser Epoche setzen einen Begriff der Nachhaltigkeit vielmehr kritiklos voraus und



Prof. Dr. Dieter Krimphove

Universitätsprofessor für Wirtschaftsrecht & Europäisches Wirtschaftsrecht, Jean Monnet Lehrstuhl, Universität Paderborn, Paderborn

Der Begriff der Nachhaltigkeit hat frühe Wurzeln und ist im heutigen Bank- und Kapitalmarktrecht zu einem schillernden Begriff geworden. Vor diesem Hintergrund diskutiert der Autor, ob das deutsche Gesellschafts- wie das Haftungsrecht Möglichkeiten bietet, Nachhaltigkeitsziele zu verfolgen, rechtlich juristisch zu qualifizieren und durchzusetzen. Am Beispiel der Rechtslage innerhalb und außerhalb des Genossenschaftssektors zeigt er Rechtsansprüche, aber auch deren juristische Schwierigkeiten auf, um dem unbestimmten Rechtsbegriff der Nachhaltigkeit Kontur zu geben und einem inflationären Gebrauch zum Schutze des Verbrauchers, aber auch des Marktes entgegenzuwirken. (Red.)

statuieren die Pflichten für Banken und Finanzdienstleister, die Aufnahme einer wie auch immer gearteten Nachhaltigkeit dem Publikum transparent zu machen und den Aufsichtsbehörden nachzuweisen.

Neben einer Anzahl unverbindlicher Empfehlungen, zum Beispiel in den von der nicht staatlichen Organisation der Global Reporting Initiative (GRI) seit 1999 erlassenen und seit 2016 als zusammenfassende Auflistung von Meldestandards vorliegenden sogenannten GRI-Leitlinien⁶⁾, den OECD-Leitsätzen für multilaterale Unternehmen von 1976⁷⁾, ist es hier speziell die Richtlinie 2014/95/EU – die so-

genannte Corporate Social Responsibility (CSR-Richtlinie).⁸⁾ Diese gilt für börsennotierte, im öffentlichen Interesse stehende Unternehmen mit mehr als 500 Mitarbeitern sowie Banken und Finanzdienstleister. Nach deren Umsetzung durch das Gesetz zur Stärkung der nichtfinanziellen Berichterstattung der Unternehmen in ihren Lage- und Konzernlageberichten (CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz)⁹⁾¹⁰⁾ und der damit verbundenen Einführung der §§ 289b ff. HGB, müssen ab dem 19. April 2017 konzernzugehörige Kapitalgesellschaften im Sinne der geänderten RI 2013/34/EU in ihrem Lagebericht (§ 289 HGB)¹¹⁾ Angaben zu

– Umwelt-, Arbeitnehmer- und Sozialbelangen, zur

– Situation und Achtung der Menschenrechte und

– Korruptionsbekämpfung machen und

– auch die zur Erreichung dieser Ziele angewandten Konzepte mitsamt der zur Evaluation der Ziele angewandten Indikatoren angeben.

Einhalten der Nachweispflichten eher aus Marketinggründen

Das Befolgen der Nachweispflichten – insbesondere die des Nachweises einer Korruptionsbekämpfung – erfolgt, wie im Europäischen Recht häufig, nach dem Grundsatz „comply or explain“. Die Unternehmen sind also nur insofern juristisch an die Einhaltung der Nachweispflichten gebunden, als sie ein ihnen mögliches Abweichen von diesen Pflichten ausdrücklich angeben und ebenso begründen.

De facto führt diese Vorgehensweise gerade im Lagebericht, der sich an einen großen Adressatenkreis (Anteilseigner beziehungsweise -erwerber, Gesellschafter, Gläubiger beziehungsweise Kunden, Lieferanten oder/und Arbeitnehmer) wendet, – eher aus Marketinggründen als aus Überzeugung – zum Einhalten aller Nachweispflichten durch die jeweiligen Unternehmen. Die CSR-Richtlinie

und ihre Übernahme im deutschen Recht durch das CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz (CSR-RUG)¹²⁾ betrifft derzeit sämtliche Landesbanken, die genossenschaftlichen Zentralbanken, 180 Sparkassen sowie 80 Volks- und Raiffeisenbanken.¹³⁾

Die CSR-Richtlinie beziehungsweise ihre Umsetzung ins deutsche Recht verlangt Angaben zu Diversitätskonzepten in den Lageberichten (§ 289 HGB) und den Konzernlageberichten (§ 315 HGB). Das CSR-RUG weist, im Gegensatz zu den eben genannten und sonstigen internationalen wie nationalen Empfehlungen und Standards, einen normativen, wenn auch nicht unmittelbar spezifischen Bezug zu Banken und Finanzdienstleistern auf. Die rechtlich verankerte Nachweispflicht besteht allerdings auch hier lediglich auf den Nachweis der Einhaltung beziehungsweise nach dem Comply-or-explain-Grundsatz der Nichteinhaltung von Nachhaltigkeitsstandards.

Nachhaltigkeit als Finanzstabilität

Ein anderer, weitaus banken- und finanzdienstleistungsspezifischerer Aspekt der Nachhaltigkeit im Bank- und Kapitalmarktrecht findet sich in der Etablierung von Finanzstabilität.

Hier verfolgen Nachhaltigkeitsvorschriften vorwiegend den Zweck:

1. für einen stabilen Finanzmarkt zu sorgen und damit

2. das Vertrauen der Nutzer dieses Finanzmarktes in dessen Integrität und kontinuierlicher Funktionstüchtigkeit zu erhalten beziehungsweise zu stärken.

Diese spezifische Bedeutung der Nachhaltigkeit bildete sich insbesondere durch die Überwindung der immerhin sechs großen Banken- beziehungsweise Finanzierungskrisen heraus.¹⁴⁾ Hier sind es insbesondere die europarechtlichen Normenwerke der MiFID II¹⁵⁾, der MiFIR¹⁶⁾, der CRD IV¹⁷⁾, aber auch die der MAR¹⁸⁾, MAD II¹⁹⁾, die Ratingverordnung (VO 462/2013)²⁰⁾ und die dem Risikomanagement dienenden IAAP- und SREP-Leit-



linien beziehungsweise die ICAAP- und ILAAP-Leitlinien der Europäischen Zentralbank (EZB)²¹⁾, die die Nachhaltigkeit des Banken- und Anlagemarktes garantieren.

Im Fokus dieser Betrachtung steht weiterhin die wohlfahrtsökonomische Überlegung²²⁾, dass ein Markt, der, aufgrund der hohen Komplexität und Intransparenz seiner Produkte, erheblich vom Vertrauen seiner Nutzer abhängt und nur funktionieren kann, wenn er nachhaltig organisiert ist. Charakteristisch für die eben genannten Regelwerke ist allerdings, dass sie diesen Begriff selbst nicht erwähnen und auch keine Nachhaltigkeitskriterien aufführen. Der europäische und im Fall der Richtlinienumsetzung die nationalen Gesetzgeber betrachten die eben genannten Normen lediglich als Regelung der nachhaltigen Sicherung zur Stabilität des Finanzmarktes, nicht aber deren ökologischen oder sozialen Standards. Da diese Regelungen lediglich einen Teilbereich des Nachhaltigkeitsverständnisses – nämlich die Dauerhaftigkeit funktionierender Marktverhältnisse – betreffen, soll an dieser Stelle der hier vorgenommene kurze Hinweis auf sie genügen.

Popularisierung durch Ethik-Banken

Eine verhältnismäßig neue Popularisierung des Nachhaltigkeitsgedankens setzte mit dem Aufkommen von sogenannten Ethik-Banken ein. Ethik-Banken – auch Alternativbanken genannt – sind Institute, die vorwiegend ihren Geschäftsbereich an religiösen, kirchlichen, ökologischen, sozialen, politischen, ethischen beziehungsweise speziell an umwelt- und ressourcenschützenden Zielen ausrichten.²³⁾ Problematisch erscheint die Kontrolle und die Durchsetzbarkeit der ethischen Zielrichtung in den Ethik-Banken. Hier ist nach den unterschiedlichen Rechtsbeziehungsweise Unternehmensformen der Banken und Finanzdienstleistungsinstitute zu differenzieren.

Die Rechtslage in Ethik-Banken des Genossenschaftssektors/Genossenschaftsbanken: Einen Prototyp einer Nach-

haltigkeits- oder Ethik-Bank findet sich speziell in Genossenschaftsbanken. Ihr Geschäftszweck besteht nicht in der Gewinnmaximierung, sondern – nach ihrem genossenschaftlichen Förderauftrag (§ 1 GenG) – in der nachhaltigen Unterstützung der Wirtschaftszwecke ihrer Mitglieder, den Genossen. Den Aspekt des genossenschaftlichen nachhaltigen Wirt-

schaftens haben die Rechtsordnungen der Europäischen Mitgliedsstaaten, insbesondere die des romanischen Rechtskreises, derart verabsolutiert, dass dort die Genossenschaft als ein Verbund zur Förderung der allgemeinen Wohlfahrt auftritt.^{24) 25)}

Ist eine Ethik-Bank in der Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft tätig, scheint eine Durchsetzung der ethischen Ziele, insbesondere des Förderauftrages, gesichert. Neben dem Aufsichtsrat und der unternehmensinternen Compliance unterliegen Genossenschaften nämlich einem eigenen Prüfungswesen (§ 54 GenG), deren Vertreter, die Prüfungsverbände, über die Geschäftsführung durch den Vorstand und Aufsichtsrat wachen (§§ 55, 53f. GenG). Die genossenschaftliche Pflichtprüfung überprüft, ob die Geschäftsführung durch den Vorstand und die Aufsicht durch den Aufsichtsrat den genossenschaftlichen Förderzweck im Sinne des § 1 GenG einhält. Umfasst daher der genossenschaftliche Förderzweck die Förderung ethischer, nachhaltiger Zwecke der Mitgliedsunternehmen, so garantiert gerade der genossenschaftliche Prüfungsverband deren konsequente Durchsetzung.

Umsetzungsmängel frühzeitig erkennen und abstellen

Gerade der mit der Genossenschaftsrechtsnovelle 2017 eingeführte § 58 Abs. 1 Satz 3 GenG²⁶⁾ beinhaltet den Zweck, Mängel in der Umsetzung genos-

schaftlich nachhaltiger Zwecke frühzeitig zu erkennen und deren Abstellung einzuleiten.²⁷⁾

– Bei einem Verstoß gegen den genossenschaftlichen Förderzweck beziehungsweise bei der Verweigerung der Pflichtprüfung durch die Genossenschaft ist der Prüfungsverband neben einer Beratung

„In der eingetragenen Genossenschaft scheint eine Durchsetzung der ethischen Ziele gesichert.“

zudem berechtigt und verpflichtet nach § 57 Abs. 3 GenG den Aufsichtsratsvorsitzenden zu benachrichtigen.

– Der Prüfungsverband hat nach § 58 Abs. 4 GenG ein Anwesenheitsrecht in den Sitzungen des Vorstandes beziehungsweise Aufsichtsrates, in denen der Mangel der Nichteinhaltung des Förderzwecks besprochen wird.

– Eine mangelhafte Erfüllung des Genossenschaftszweckes ist auch Gegenstand des zusammengefassten Prüfungsergebnisses (ZPE). Dies ist nach § 59 Abs. 3 GenG grundsätzlich in der regelmäßig stattfindenden Generalversammlung bekannt zu geben.

– Generalversammlungen haben einen Mangel in der Umsetzung genossenschaftlich-nachhaltiger Zielsetzungen zu thematisieren. Ferner hat jeder Genosse in das ZPE ein Einsichtsrecht (§ 59 Abs. 2 GenG).

– Der Prüfungsverband, der ein Anwesenheitsrecht in der Generalversammlung hat, kann, sofern Vorstand oder/und Aufsichtsrat die Unterrichtung der Mitglieder unterlassen, eine außerordentliche Generalversammlung zu diesem Zweck auf Kosten der eG einberufen (§ 60 Abs. 1 GenG). Der Prüfungsverband ist dann berechtigt, den Ausschluss der Genossenschaft aus dem Prüfungsverband anzudrohen und/oder unter Fristsetzung Auflagen zur Erfüllung des Förderzwecks festzusetzen.

– Bei Nichtbeziehungsweise nicht fristgerechter Erfüllung der Auflagen kann

der Prüfungsverband die Genossenschaft aus dem Prüfungsverband ausschließen. Dies hat gemäß § 54 GenG zur Folge, dass die zuständige oberste Landesbehörde, eine Genossenschaft, die ihrem Förderzweck nicht nachkommt, auflösen kann.

– Auch die über die Nichterfüllung des genossenschaftlichen Förderzweckes nach §§ 63, 64 GenG informierte BaFin kann parallel zu diesen Maßnahmen, Maßnahmen nach dem KWG ergreifen sowie Straf- und Bußgeldverfahren einleiten.²⁸⁾

Genossenschaftliche Mitgliederrechte auf Einhaltung ethischer Positionen: Neben diesen nahezu lückenlosen Instrumentarien zur Durchsetzung eines nachhaltigen Förderzweckes besteht grundsätzlich ein ebensolcher individueller Anspruch eines jeden Genossen. Zwar begünstigt die genossenschaftliche Förderung nur die Gemeinschaft aller Mitglieder. Sie steht auch in den Grenzen des wirtschaftlich Machbaren.²⁹⁾ Hieraus folgt jedoch nur, dass jedes einzelne Mitglied – in Gestalt einer „actio pro socio“ – eine Rechtsposition gegenüber der Genossenschaft darauf hat, dass sich diese insofern leistungsbereit hält, ihren satzungsgemäß festgelegten Förderzweck, der neben der Mitgliedsförderung auch nachhaltige Zwecke beinhalten kann, gerecht zu werden.³⁰⁾ Allerdings muss in diesen Fällen die ethische oder nachhaltige Ausrichtung den Genossenschaftszweck weitgehend ausmachen. Besteht das ethische Engagement nur für einzelne unmaßgebliche Bereiche der Genossenschaft oder werden ethische Fragen von der Satzung nur mit Beispielcharakter zitiert, kann ein Mitglied eine solche Vorgabe nicht selbst einklagen. Die Beachtung derartiger Vorgaben steht dann ausschließlich in der Entscheidungskompetenz des Vorstandes.³¹⁾

Rechtssituation der Ethik Banken außerhalb des Genossenschaftssektors

Während bei Genossenschaften die Durchsetzung eines ethisch/nachhaltigen Förderauftrages möglich ist, erscheint die Rechtssituation bei Ethik-Banken in an-

deren Rechts- beziehungsweise Unternehmensformen (etwa der AG oder der GmbH) unsicherer. Weder existiert eine gesetzliche Grundlage der „Nachhaltigkeit“, wie etwa die des Förderauftrages in § 1 GenG, noch verfügen Banken und Finanzdienstleistungsinstitute in einer nichtgenossenschaftlichen Rechtsform über ein internes (Pflicht-)Prüfungswesen. Die ethische Ausrichtung ergibt sich bei diesen Instituten vielmehr vorwiegend und einzig aus deren Satzung. Daher bleibt allenfalls die Möglichkeit die Satzungszwecke selbst einzufordern.

Entlastungsverweigerung in AG und GmbH: Denkbar wäre die Durchsetzung von Ethikstandards mittels der Verweigerung der Entlastung der Entscheidungsorgane. Diese Möglichkeiten sind bei Ethik-Banken in Form von Aktiengesellschaften oder GmbH uneinheitlich: Führt die Entscheidung über die Entlastung des Geschäftsführers einer GmbH zu dem folgeschweren Ausschluss der Haftungsansprüche der Gesellschafter gegenüber der Geschäftsführung³²⁾, so enthält die Entlastung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft eine solche präklusive Wirkung gemäß § 120 Abs. 2 Satz 2 AktG nicht. Dieser differenzierten Rechtslage liegen unterschiedliche Grundannahmen zur Wirkung der Entlastung einerseits, aber auch zur Kontrolle der Leitungsorgane in den unterschiedlichen Rechtsformen andererseits zugrunde.

Die Verweigerung der Entlastung bei mangelhafter Berücksichtigung ethischer Unternehmenszwecke: Bei der Verweigerung der Entlastung der Entscheidungsfragen einer GmbH haben die Gesellschafter einen inhaltlich weiten Ermessensspielraum. In seiner Entscheidung vom 20.5.1985³³⁾ nimmt der BGH, und ihm folgend weite Teile der Literatur³⁴⁾, an, dass die Mehrheit der Gesellschafter die Entlastung sogar aus „offenbar unsachlichen Gründen“ verweigern können, ohne dass der nichtentlastete Geschäftsführer hiergegen vorgehen kann. Der rechtfertigende Grund für diese weite Sicht besteht in der Überzeugung, dass in der GmbH die Zusammenarbeit der Geschäftsführung mit den Gesellschaftern allein ein intensives Ver-

trauen der Gesellschafter in die Geschäftsführung maßgeblich ist. Dieses Vertrauen sei dann nicht justiziabel.

Entlastungserklärung im Fall einer AG

Anders liegt es bei der entsprechenden Entlastungserklärung im Fall einer AG³⁵⁾. Hier soll die Mehrheit der Aktionäre eine Entlastungserklärung nur bei Vorliegen schwerer Gründe verweigern können.³⁶⁾ Dies ist etwa der Fall, wenn eine grobe Pflichtverletzung in der Geschäftsführung, aber auch die Unfähigkeit des Geschäftsführers gegeben ist.

Angesichts des fehlenden Haftungsausschlusses der Entlastung im Fall des § 120 AktG verwundern diese strengen Anforderungen. Diese Rechtsprechung wird aber mit der aufseiten der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur virulenten – und aus Sicht des Verfassers ebenfalls unzutreffenden – Auffassung verständlich, dass der durch die Verweigerung der Entlastung manifeste Vertrauensverlust des Vorstandes den Aufsichtsrat zur dessen Abberufung automatisch nach § 84 Abs. 3 Satz 2 und 3 AktG berechtige.³⁷⁾

Folgt man der Auffassung der herrschenden Meinung so scheint der Mangel an der Verfolgung ethischer Unternehmenszwecke in einer GmbH leichter durchzusetzen zu sein als in einer Aktiengesellschaft. Auch dieses Ergebnis mag aus Sicht des Verfassers für eine grundlegende Reform der einschlägigen, heute herrschenden Meinung zu sprechen.

Abberufung aus besonders gravierendem Grund

Abberufung des Leitungs- beziehungsweise Aufsichtspersonals in AG und GmbH: Der Abruf eines Leitungs- beziehungsweise Aufsichtsorgans setzt in einer AG (§ 84 Abs. 3 AktG) einen besonderen gravierenden Grund voraus.³⁸⁾ Sicherlich kann ein solches Fehlverhalten in einer unzureichenden Verfolgung der in der Satzung festgeschriebenen ethi-



schen/nachhaltigen Unternehmenswerte liegen. Wann allerdings solche ethischen Werte eine derartige Gewichtigkeit aufweisen, die eine Abberufung des Leitungsorgans rechtfertigt, ist eine nicht zu verallgemeinernde Frage des jeweiligen Einzelfalls. In der Praxis dürfte es extrem schwer sein einen solchen Verstoß zu konstatieren; formulieren doch die meisten Satzungen von Ethik-Unternehmen derart auslegungsbedürftig, dass sich die gravierenden Maßnahmen der Abberufung eines Leitungsorgans einer AG in der Praxis kaum auf sie allein stützen lässt. Anders sieht die Rechtslage wiederum in der GmbH aus. Hier ist der Geschäftsführer nach § 38 Abs. 2 GmbHG sogar – bei Fehlen anderweitiger Satzungsregelungen – jederzeit ohne Vorliegen von Gründen abrufbar.³⁹⁾ Auch hier scheint somit die Durchsetzung nachhaltiger Wertvorstellungen eines in Rechtsform einer GmbH geführten Unternehmens leichter durchsetzbar.

Gerichtliches Einfordern ethischer Geschäftsführung durch die Aktionäre und Gesellschafter: Anders als bei der den Personengesellschaften angenäherten Genossenschaft dürfte bei den Kapitalgesellschaften der AG und GmbH ein Einklagen eines ethischen Unternehmenszieles nicht dem einzelnen Gesellschafter/Aktionär möglich sein. Denn – im Gegensatz zur eG – steht bei diesen Unternehmensformen nicht der persönliche Kontakt und die individuelle einzelne Förderung der Mitglieder, sondern die Gewinnerzielung von Gesellschaftern und Gesellschaft im Fokus deren Wirtschaftstätigkeit.

Rechtsfragen des Ethik-Investing

Neben dem Ethik-Banking existiert das sogenannte Ethik-Investment. Bei ihm bieten Banken und Finanzdienstleister vorwiegend in sogenannten Ethik-Fonds Anlageprodukte an, die nachhaltigen Zwecken entsprechen.⁴⁰⁾ Dabei kann es – wie beim Ethik-Banking – zu der Schwierigkeit kommen, dass der Anleger die von ihm intendierten Nachhaltigkeitsziele nicht oder nicht ausreichend vertreten weiß. Diese kann der Anleger im Fall des Ethik-Investments rechtlich anspruchlos

sicherstellen beziehungsweise erzwingen: Besteht die vom Finanzdienstleister vorvertraglich versprochene nachhaltige Ausrichtung der Anlage nicht, kann der Anleger sich vom Vertrag nach § 123 BGB lösen oder/und in Betrugsfällen Schadenersatz vom Veräußerer, insbesondere nach § 823 Abs. 1 und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263, § 265 StGB verlangen. Komplexer gestalten sich seine Rechte, wenn der nachhaltige Zweck – nach Abschluss des Vertrages – nicht mehr zu realisieren ist.

Neben einer Vertragsanpassung kann nach § 313 Abs. 3 BGB die benachteiligte Partei (hier: der Anleger) vom Vertrag zurücktreten. Ob der Wegfall einer ethischen nachhaltigen Zielsetzung der Anlage nach den Grundsätzen des Wegfal-

spruches stellt im Fall der schuldhaften Nichtrealisierung ihres Nachhaltigkeitszweckes die Mängelgewährleistung nach §§ 437, 434 BGB dar. Bedenkenswert erscheint es nämlich, eine Nichtbeziehungsweise eine ungenügende Erfüllung des Nachhaltigkeitszweckes als Sachmangel anzusehen. Die Praxis hat diesen Weg bislang noch nicht beschritten. Diese Zurückhaltung liegt an einem eingeschränkten Verständnis des Sachmangels im Sinne von § 434 BGB. Der Gesetzgeber knüpft zwar den Fehler- oder Mangelbegriff in § 434 BGB nicht ausschließlich an das Abweichen des Istzustandes der Kaufsache von den parteilichen Vereinbarungen über die für den Käufer wichtigen Gegebenheiten an (subjektiver Fehlerbegriff), sondern an deren Beschaf-

„Eine unorthodoxe Alternative stellt die Mängelgewährleistung dar.“

les der Geschäftsgrundlage zu beurteilen ist, ist eine Frage des Einzelfalles, und daher nicht pauschal zu beantworten. Im Zusammenhang mit den hier erörterten Nachhaltigkeitsfragen ist allerdings stets zu beachten, dass die Spezialregelungen der Unmöglichkeit die Anwendung des § 313 BGB verdrängen.⁴¹⁾ Erfüllt ein Anlageprodukt seinen nachhaltigen Zweck nicht, so ist folgerichtig zur Durchsetzung des nachhaltigen Zweckes auf Unmöglichkeitsregelungen zurückzugreifen. Erst wenn diese Möglichkeit entfällt – zum Beispiel ein mit dem Kauf der Anlage zu finanzierender Schutz einer geografisch bestimmten Umwelt nicht mehr zu erreichen ist, da die Umwelt nach dem Anlageerwerbsvertrag völlig zerstört ist – kann der zielorientierte Anleger auf den „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ (§ 313 BGB) rekurren, um etwa den Rückwerb seiner Anlage zu erreichen.

Wegfall der Nachhaltigkeit als Anlageprodukt-Fehler

Eine unorthodoxe Alternative zur Rückgabe der Wertpapiere, der Minderung ihres Preises oder eines Schadenersatzan-

fenheit. Damit drückt der Gesetzgeber die Notwendigkeit eines Zusammenhangs zwischen dem Mangel und der Kaufsache beziehungsweise ihrer „Identität“ aus.⁴²⁾

Diesen Zusammenhang – beziehungsweise das Merkmal der Beschaffenheit – hat die Rechtsprechung aber zu keiner Zeit eng ausgelegt oder gar ausschließlich als rein physische Substanz-Minderung verstanden.⁴³⁾ Eine solche Beschränkung lässt sich auch nicht aus der Europäischen Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie⁴⁴⁾ beziehungsweise deren Art. 2 Abs. 1 entnehmen. So scheint es möglich, auch das Fehlen der Nachhaltigkeit eines Anlageproduktes gerade deswegen als Beschaffenheitsmangel des nachhaltigen Anlageproduktes aufzufassen, weil der Käufer dieses Anlageprodukt erworben hat, um damit die Durchführung dessen Nachhaltigkeitszweckes zu finanzieren. Erfüllt daher ein Anlageprodukt nicht den Nachhaltigkeitszweck, den der Emittent oder/und der Vertreiber ihm zugesprochen hat und den der Käufer zum Erwerb der Anlage motiviert hat, so liegt hierin ein Mangel oder ein Fehler des Produktes im Sinne des § 434 BGB vor.

Dies zur vormaligen Rechtslage erweiterte Verständnis gilt umso mehr, als § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB das Fehlen einer Eigenschaft des Kaufgegenstandes, die der Verkäufer in einem werbenden Hinweis nennt, als eigenständigen Beschaffungsfehler begreift und somit das Verständnis eines Sachmangels über das Fehlen einer physischen Eigenschaft hinaushebt. Sollte man somit dem Fehlen der Nachhaltigkeit eines Investments nicht schon die Mangelhaftigkeit nach § 434 Abs. 1 BGB zusprechen⁴⁵⁾, so ermöglicht dies die Alternative des § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB. Allerdings bedarf es hier einer werbenden, das heißt einer an die Öffentlichkeit gerichteten Verkaufsmotivation. Diese lässt sich in der Regel leicht, insbesondere anhand der Verkaufsprospekte nachweisen.

Kontur für den Rechtsbegriff der Nachhaltigkeit

Obschon der Begriff der Nachhaltigkeit einem weiten fächerübergreifenden Verständnis unterliegt, weist insbesondere das deutsche Gesellschafts- wie das Haftungsrecht eine, wenn auch – wie im Fall des AG- und GmbH-Rechts – nicht immer konsistente Möglichkeit auf, Nachhaltigkeitsziele zu verfolgen, rechtlich juristisch zu qualifizieren und durchzusetzen. Der vorliegende Beitrag zeigt diese Rechtsansprüche, aber auch deren juristische Problematiken auf, um insbesondere dem unbestimmten Rechtsbegriff der Nachhaltigkeit Kontur zu geben und so seinem inflationären Gebrauch zum Schutze des Verbrauchers, aber auch des Marktes entgegenzuwirken.

Fußnoten

1) „Sylvicultura Oeconomica, oder haubwirthliche Nachricht und Naturmäßige Anweisung zur Wilden Baum-Zucht, nebst Gründlicher Darstellung, wie zu förderst durch Göttliches Benedeyen dem allenthalben und insgemein einreisenden Grossen Holtz-Mangel, vermittelt Sae-Pflantz- und Versetzung vielerhand Bäume zu prospiciere, auch also durch Anflug und Wiederwachs des so wohl guten und schleunig anwachsend, als anderen gewüchsig und nützlichen Holtzes, ganz öde und abgetriebene Holtz-Ländereyen, Plätze und Orte wiederum Holtz-reich, nützlich und brauchbar zu machen; Bevorab von Saam-Bäumen und wie der wilde Baum-Saamen zu sammeln, der Grund und Boden zum Säen zuzurichten, solche Saat zu bewerkstelligen, auch der junge Anflug und Wiederwachs zu beachten. Daneben das sogenannte lebendige, oder Schlag-an Ober- und Unter-Holz aufzubringen und zu vermehren,

welchen beygefügt die Arten des Tangel- und Laub Holzes, theils deren Eigenschafften und was besagtes Holtz für Saamen trage, auch wie man mit frembden Baum-Gewächsen sich zu verhalten, ferner wie das Holtz zu fällen, zu verkohlen, zu äschern und sonst zu nutzen. Alles zu nothdürfftiger Versorgung des Haub-Bau-Brau-Berg- und Schmeltz-Wesens, und wie eine immerwährende Holtz-Nutzung, Land und Leuten, auch jedem Haub-Wirthe zu unschätzbaren großen Auffnehmen, pfleglich und füglich zu erzielen und einzuführen, worbey zugleich eine gründliche Nachricht von den in Churfl. Sächß. Landen Gefundenen Turff Dessen Natürliche Beschaffenheit, grossen Nutzen, Gebrauch und nützlichen Verkohlung Aus Liebe zu Beförderung des allgemeinen Bestens beschrieben.“

2) Auch: Becker: Organisationsentwicklung, 2010, S. 4 ff., 5

3) Siehe Krimphove

4) Beispielhaft formulierte etwa das Grünbuch der Europäischen Kommission über die langfristige Finanzierung der europäischen Wirtschaft vom 25.3.2013 (* COM/2013/0150 final */seinen Zweck dahingehend, Mittel im Finanzsystem so zu kanalisieren, dass Finanzmittel über offene, wettbewerbsorientierte Märkte die geeigneten Nutzer beziehungsweise Verwendungszwecke effizient erreichen (Grünbuch a.a.O. Einleitung Absatz 3).

5) Elkington Canibals with Forks: The Triple Bottom Line of Twenty-First-Century Business, 1997; Henriques/Richardson: The Triple Bottom Line Does it all add up? 2004; Jeucken: Sustainable Finance an Banking: The Finance Sector and the Future of the Planet: Schäfw: Tripple Bottom Line Investing – Zukunft der ethischen Kapitalanlage, in: Zeitschrift des Deutschen Sparkassen und Giroverbandes, 2001, S. 161 ff.

6) www.360report.org (Paid Content)

7) Fassung von 2011: <https://mneguidelines.oecd.org>

8) Richtlinie 2014/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen und bestimmte große Unternehmen und Gruppen; Text von Bedeutung für den EWR, ABl. L Nr. 330, vom 15.11.2014, S. 1 ff.

9) BGBl. I 2017 Nr. 20 vom 18.4.2017

10) Bzw. nach der durch die CSR-Richtlinie geänderten Art. 19a und 29a der Richtlinie 2013/34/EU.

11) Zu dessen Inhalt siehe: DRS 15 „Lageberichterstattung“, DRS 15a „Übernahmeherechte Angaben und Erläuterungen im Konzernlagebericht“, DRS 5 „Risikoberichterstattung“, DRS 16 „Zwischenberichterstattung“ und DRS 17 „Berichterstattung über die Vergütung der Organmitglieder“. Für Konzernlageberichte sind zudem zusätzlich die Deutschen Rechnungslegungs-Standards (DRS 20) zu beachten.

12) Gesetz zur Stärkung der nichtfinanziellen Berichterstattung der Unternehmen in ihren Lage- und Konzernlageberichten (CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz, vom 11.4.2017 Nr. 20, BGBl. I S. 802 ff.)

13) Auch: Leonard/Wiedemann: Die Bank 2014, S. 30 ff.; auch Hacker/Schmitz: Nachhaltigkeitsberichterstattung von Kreditinstituten, in ZfK 2014, S. 767 ff., 768 f. (m.w.H.)

14) Dazu im Einzelnen Krimphove: Banken- und Wirtschaftskrisen als „Motor“ der Entwicklung des Bank- und Kapitalmarktrechts, ZfGK 2015, S. 115 ff. (m.w.H.)

15) Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU, ABl. L Nr. 173, v. 12.6.2014, S. 349 ff.

16) Verordnung (EU) Nr. 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 (MiFIR II)

17) Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG, ABl. Nr. 176, vom 27.6.2013, S. 338 ff.

18) Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission, ABl. L Nr. 173, 12.6.2014, S. 1 ff.

19) Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie) (ABl. L Nr. 173, S. 179 ff.) (MAD II)

20) Verordnung (EU) Nr. 462/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, ABl. L Nr. 146, vom 31.5.2013, S. 1 ff.

21) www.bankingsupervision.europa.eu/press

22) Dazu siehe oben

23) Schaefers: Nachhaltiges Investieren – ein wirtschaftsethisches Beratungskonzept, 2014.

24) Krimphove

25) Die Genossenschaftsgesetz-Novelle aus dem Jahr 2006 führte auch soziale wie kulturelle Aufgaben als Förderzwecke in das deutsche GenG ein.

26) Schöpflin in Beuthien, GenG, 16. Aufl. 2018, § 53 Rn. 13, 16; Holthaus/Lehnhoff in Lang/Weidmüller, GenG, § 53 Rn. 25; Bauer, Genossenschafts-Handbuch, Loseblatt, Stand: 2/2018 § 53 Rn. 21; Holthaus: Wer beaufsichtigt eingetragene Genossenschaften und sind die gesetzlichen Möglichkeiten hierzu ausreichend? (NZG 2019, 54 ff., 55)

27) So auch. BT-Drs. 18/11506, 31.

28) Zum Gesamtkomplex siehe: Holthaus: NZG 2019, 54 ff. 56 f.

29) Holthaus/Lehnhoff: Kommentar zum Genossenschaftsgesetz: 2015, § 1 Rn. 29 ff. (m.w.H.)

30) Holthaus/Lehnhoff: Kommentar zum Genossenschaftsgesetz: 2015, § 1 Rn. 30

31) Siehe: Holthaus/Lehnhoff: Kommentar zum Genossenschaftsgesetz: 2015, § 1 Rn. 31

32) Siehe: BGH NJW 1986, S. 2250 ff.; Roth/Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 9. Auflage 2019, § 46 Rn 30 (m.w.H.)

33) NJW 1986, S. 129 ff.

34) Ahrens ZGR 1987, 129 ff.; HK-GmbHR/Fichtelmann/Bartl Rn. 55; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 28; Meier GmbHR 2004, 111 ff., S. 112; MHLS/Römermann Rn. 307 ff., 313; Roth/Altmeppen/Roth Rn. 41; K. Schmidt ZGR 1978, S. 425 ff. 439 ff.; Graff, Die Anfechtbarkeit der Entlastung im Kapitalgesellschaftsrecht, 2007, 147 ff.

35) BGHZ NJW 2003, 1032; BGHZ NJW 2005, 828; OLG München AG 2001, 197, 198; OLG München NZG 2002, 187; OLG München AG 2003, 452, 453; Weitemeyer ZGR 2005, 280, 292 ff.; auch. (MüKo-AktG/Kubis § 120 Rn. 17

36) OLG Stuttgart AG 2012, 298, S. 300 f. 302; Selter, NZG 2012, S. 660 ff. 661 f.; Lieder, EWIR 2012, S. 303 f; krit Selter, NZG 2012, S. 660 f.

37) A.A. und weitere Nachweise bei: Herrler/Grigoletti, Aktiengesetz, 2013, § 120, Rn. 17 (m.w.H.)

38) siehe oben

39) Brandenburgisches OLG BeckRS 2008, 06 648; OLG Zweibrücken NZG 1999, 1011; Goette Die GmbH § 8 Rn. 28; Michalski/Terlau Rn. 4

40) V. Wallis/Chr. Klein: Ethical requirement and financial interest: a literature review on socially responsible investing. In: Business Research. Bd. 8, Nr. 1, 2015, S. 61 ff. (m.w.H.)

41) OLG Karlsruhe DB 1980, 254; jurisPK-BGB/Pfeiffer Rn. 21; BeckOGK/Martens § 313 BGB, Rn. 185

42) MüKoBGB/Westermann, 8. Aufl. 2019, BGB § 434 Rn. 9

43) BGH NJW 2008, 1517 f.; dazu eingehend Looschelders FS Krüger, 2017, 263 ff.; MüKoBGB/Westermann, 8. Aufl. 2019, BGB § 434 Rn. 9-17 (m.w.H.)

44) Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. Nr. L 171 v. 7.7.1999 S. 12 ff.

45) siehe oben