

Rechtsanwälte Günther

Partnerschaft

Rechtsanwälte Günther • Mittelweg 150 • 20148 Hamburg

Michael Günther * (bis 31.12.2022)
Hans-Gerd Heidel * (bis 30.06.2020)
Dr. Ulrich Wollenteit *¹
Martin Hack LL.M. (Stockholm) *¹
Clara Goldmann LL.M. (Sydney) *
Dr. Michéle John *
Dr. Dirk Legler LL.M. (Cape Town) *
Dr. Roda Verheyen LL.M. (London) *
André Horenburg *
John Peters
Victor Görlich
Dr. Johannes Franke

¹ Fachanwalt für Verwaltungsrecht
* Partner der Partnerschaft
AG Hamburg PR 582

Mittelweg 150
20148 Hamburg
Tel.: 040-278494-0
Fax: 040-278494-99
www.rae-guenther.de

15.04.2024
00170/24 /R /jf/jf
Mitarbeiterin: Jule Drzewiecki
Durchwahl: 040-278494-11
Email: drzewiecki@rae-guenther.de

G u t a c h t e n

zur (fehlenden) Legitimation des DRSC im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung und den rechtlichen Anforderungen an eine notwendige Anpassung der Rechtsgrundlage in § 342q HGB

Erstellt im Auftrag von Germanwatch e.V. und NABU e.V.

von Rechtsanwältin Dr. Roda Verheyen
und Rechtsanwalt Dr. Johannes Franke,
(Rechtsanwälte Günther, Partnerschaft, Mittelweg 150, 20148 Hamburg)

sowie Rechtsanwalt Simon Simanovski
(simanovski - Kanzlei für faires Wirtschaften, Dunckerstraße 21, 10437 Berlin)

Buslinie 19, Haltestelle Böttgerstraße • Fern- und S-Bahnhof Dammtor • Parkhaus Brodersweg

Hamburger Sparkasse
IBAN DE84 2005 0550 1022 2503 83
BIC HASPDEHHXXX

Commerzbank AG
IBAN DE22 2008 0000 0400 0262 00
BIC DRESDEFF200

GLS Bank
IBAN DE61 4306 0967 2033 2109 00
BIC GENODEM1GLS

A. Sachverhalt und Gutachtauftrag

Auf der Grundlage von § 342q HGB ist – mit kurzer Unterbrechung in 2010/2011 – seit 1998 das Deutsche Rechnungslegungs Standards Committee e.V. (DRSC) aufgrund eines Standardisierungsvertrags mit dem Bundesministerium der Justiz (BMJ) als privatrechtlich organisierter nationaler Standardsetzer auf dem Gebiet der Konzernrechnungslegung anerkannt.¹ Aufgrund des Standardisierungsvertrags in Verbindung mit § 342q HGB ist der DRSC unter anderem befugt, Empfehlungen zur Anwendung der Grundsätze über die Konzernrechnungslegung zu entwickeln, deren Übereinstimmung mit den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung im Falle einer Bekanntmachung durch das BMJ vermutet wird (§ 342q Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 HGB). Weiterhin berät der DRSC das BMJ bei Gesetzgebungsvorhaben zu Rechnungslegungsvorschriften, vertritt die Bundesrepublik Deutschland in internationalen Standardisierungsgremien und erarbeitet Interpretationen internationaler Rechnungslegungsstandards (§ 342q Abs. 1 Nr. 2-4 HGB).

In jüngerer Zeit wird die Rolle des DRSC im Kontext der Nachhaltigkeitsberichterstattung und insbesondere im europäischen Standardisierungsgremium EFRAG zunehmend kritisiert, zuletzt in einem offenen Brief zahlreicher zivilgesellschaftlicher Institutionen an Justizminister Dr. Marco Buschmann.² Die Kritik entzündet sich im Wesentlichen daran, dass der DRSC aufgrund seiner Struktur – eine Mehrheit der Mitglieder sind „kapitalmarktorientierte Industrieunternehmen und Verbände“ – primär die Interessen von Großkonzernen vertrete und im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung kaum Expertise vorweisen könne.

Dieser Kritik geht das vorliegende Gutachten aus rechtlicher Perspektive und anlässlich der gegenwärtigen Umsetzung der Richtlinie 2022/2464/EU über die Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen (*Corporate Sustainability Reporting Directive* = „CSRD“) anhand der folgenden Fragestellungen nach:

- Bietet das geltende Recht in Form von § 342q HGB und darauf gestütztem Standardisierungsvertrag derzeit eine hinreichende Grundlage für eine Betätigung des DRSC als nationaler Standardsetzer im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung?
- Welche Anforderungen ergeben sich aus dem Verfassungsrecht und aus dem Unionsrecht, namentlich der CSRD, an eine solche Betätigung?

B. Gutachten

Das Gutachten stellt zunächst die Regelung des § 342q HGB und die darin enthaltenen Befugnisse näher vor, geht sodann auf den Standardisierungsvertrag und die Satzung sowie die Struktur des DRSC ein und gibt einen Kurzüberblick über die rechtlichen Grundlagen der Nachhaltigkeitsberichterstattung (I.). In einem zweiten

¹ <https://www.drsc.de/profil/>

² Abrufbar unter <https://www.bnw-bundesverband.de/sites/default/files/inline-files/27F43506-9797-4A69-9AA8-EF8989B2134F.pdf>.

Schritt wird gezeigt, dass die gegenwärtige Rechtsgrundlage in § 342q HGB und der darauf basierende Standardisierungsvertrag die Nachhaltigkeitsberichterstattung derzeit nicht erfassen (II.). Schließlich wird untersucht, welche Anforderungen sich aus dem Unionsrecht – insbesondere der CSRD – ergeben, wenn ein Standardsetzer mit den Befugnissen § 342q HGB auf dem Gebiet der Nachhaltigkeitsberichterstattung eingesetzt werden soll, insbesondere mit Blick auf die notwendige Expertise und innere Organisation (III.).

I. Rechtliche und tatsächliche Ausgangslage

In einem ersten Schritt ist die derzeitige Ausgangslage darzustellen, also die Rechtsgrundlage für die Anerkennung eines nationalen Standardsetzers in § 342q HGB, der auf dieser Grundlage geschlossene Standardisierungsvertrag sowie die Satzung und tatsächliche Betätigung des DRSC auf dem Gebiet der Nachhaltigkeitsberichterstattung.

1. § 342q HGB

Die Möglichkeit, eine privatrechtliche Organisation bei der Entwicklung und Anwendung von Rechnungslegungsstandards zu beteiligen, wurde mit dem Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) im Jahr 1998 eingeführt. Hintergrund war der Wunsch eine effektive Beteiligung Deutschlands an internationalen Rechnungslegungsgremien, speziell dem heutigen International Accounting Standards Board (IASB), zu ermöglichen und somit auf die internationale Standardisierungsarbeit effektiv Einfluss nehmen zu können.³ Der Vertrag zwischen dem damaligen Bundesministerium für Wirtschaft und dem Deutschen Institut für Normung (DIN) e.V. sollte dem Gesetzgeber dabei als Vorbild dienen.⁴

Die Normarchitektur des § 342q HGB lässt in drei Teilen darstellen. Zunächst bestimmt § 342q Abs. 1 **Satz 1** HGB, welche Aufgaben einer privatrechtlich organisierten Einrichtung vom Bundesministerium der Justiz (BMJ) übertragen werden können, namentlich:

- Entwicklung von Empfehlungen zur Anwendung der Grundsätze über die Konzernrechnungslegung (Nr. 1),
- Beratung des Bundesministeriums der Justiz bei Gesetzgebungsvorhaben zu Rechnungslegungsvorschriften (Nr. 2),
- Vertretung der Bundesrepublik Deutschland in internationalen Standardisierungsgremien (Nr. 3) und
- Erarbeitung von Interpretationen der internationalen Rechnungslegungsstandards im Sinn des § 315e Absatz 1 HGB (Nr. 4).

³ Kleindiek, in: BeckOGK HGB, Stand: 1.11.2023, § 342q Rn. 2.

⁴ BT-Drs. 13/10038, S. 27.

Sodann stellt § 342q Abs. 1 **Satz 2** HGB bestimmte Voraussetzungen dahingehend auf, wie die anzuerkennende Einrichtung organisiert sein muss, um vom BMJ anerkannt werden zu können. Folgende Voraussetzungen müssen für eine Anerkennung erfüllt sein:

- Gewährleistung kraft Satzung, dass die Empfehlungen (im Sinne des Abs. 1 Nr. 1) und Interpretationen (im Sinne des Abs. 1 Nr. 4) ausschließlich von „Rechnungslegern“ entwickelt werden, die hierbei unabhängig agieren;
- Entwicklung und Beschluss dieser Empfehlungen und Interpretationen in einem Verfahren, welches die fachlich interessierte Öffentlichkeit einbezieht;
- Ausübung von Mitgliedschaftsrechten innerhalb der Einrichtung darf ausschließlich von Rechnungslegern selbst ausgeübt werden – nicht von Unternehmen oder anderen Organisationen, denen sie angehören.

In einem dritten Schritt ordnet § 342q Abs. 2 HGB an, dass die Beachtung der die Konzernrechnungslegung betreffenden Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung vermutet wird, soweit vom BMJ bekanntgemachte Empfehlungen einer nach Abs. 1 Satz 1 anerkannten Einrichtung beachtet worden sind. Diese Vorgabe knüpft an die Befugnis aus § 342q Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB an, Empfehlungen über die Anwendung der Grundsätze über die Konzernrechnungslegung zu entwickeln.

2. Standardisierungsverträge

Die Anerkennung der privatrechtlich organisierten Einrichtung erfolgt laut § 342q Abs. 1 Satz 1 HGB durch Vertrag. Einen solchen „Standardisierungsvertrag“ hat das BMJ im September 1998 mit dem im selben Jahr gegründeten DRSC e.V. abgeschlossen und diesen damit als zuständige Standardisierungsorganisation für Deutschland anerkannt. Im Zuge von Kontroversen um die Integrität und Finanzierung des Vereins⁵ wurde dieser Vertrag im Jahr 2010 seitens des DRSC gekündigt und nach einer Umstrukturierung des DRSC im Dezember 2011 neu aufgelegt. Die Kritik an der einseitig an Interessen großer Unternehmen und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften orientierten Arbeitsweise des DRSC wurde dabei aufgegriffen und insbesondere festgehalten, dass bei der Aufgabenerfüllung das öffentliche Interesse als auch das Interesse der gesamten Wirtschaft zu berücksichtigen ist.

Im Übrigen sieht der Standardisierungsvertrag vom 02. Dezember 2011⁶ vor, dass ein vom restlichen Verein unabhängiges und funktionsfähiges Rechnungslegungsgremium geschaffen wird, dem sämtliche Aufgaben nach § 342q Abs. 1 HGB

⁵ Zwirner, Zur Notwendigkeit eines unabhängigen Rechnungslegungsgremiums in Deutschland, StuB 2010, 627.

⁶ Standardisierungsvertrag zwischen dem Bundesministerium der Justiz und dem DRSC e.V., 2. Dezember 2011, abrufbar unter https://www.drsc.de/app/uploads/2017/03/111202_SV_BMJ-DRSC.pdf, (zuletzt abgerufen am 15.04.2024).

übertragen werden. Über den Wortlaut der Norm hinausgehend, ordnet der Standardisierungsvertrag also an, dass nicht nur die Aufgaben nach § 341 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Nr. 4 HGB vom Rechnungslegungsgremium wahrgenommen werden, sondern auch die nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 3. Zudem werden verschiedene Informations- und Beratungspflichten festgeschrieben sowie Bestimmungen zum Modus der Zusammenarbeit gemacht. So heißt es etwa in § 3 Abs. 1, Abs. 2 des Vertrages, das BMJ könne den DRSC zur Durchführung einer konkreten Standardisierungsarbeit auffordern, hierfür eine Frist setzen und werde selbst in dieser Zeit grundsätzlich keine entsprechenden Regelungen aufstellen. Indes dürfte selbstverständlich sein, dass sich das BMJ seiner Rechtssetzungsbefugnis, soweit sie denn besteht, nicht entledigen kann und die Aufgabenübertragung an den DRSC daher nicht als Kompetenzverlust auf Seiten des BMJ zu verstehen ist.

§ 4 Abs. 3 des Vertrages stellt klar, dass die vom DRSC erarbeiteten Standards nicht im Widerspruch zu Rechtsvorschriften stehen dürfen. Eine „sinnvolle Weiterentwicklung“ der GoB soll hiervon jedoch nicht ausgeschlossen sein. Diese Formulierung ist in der Literatur zu Recht auf Kritik gestoßen⁷, da die GoB, zumindest soweit sie kodifiziert sind, Normcharakter haben und eine „Weiterentwicklung“ über den hermeneutisch zu ermittelnden Normgehalt hinaus weder der Exekutive noch einem von ihr beauftragten Organ zusteht.

Schließlich sieht der Vertrag in § 4 Abs. 4 vor, dass bei der Zusammensetzung des Rechnungslegungsgremiums die Interessen der Bilanzaufsteller, -prüfer und -nutzer zu wahren sind. Mitglieder im Rechnungslegungsgremium können nur Rechnungsleger sein, wobei der Vertrag nicht genauer definiert ist, wer unter diesen Begriff fällt (gleichwohl eine solche vertragliche Konkretisierung im Gesetzgebungsprozess vorhergesehen war).⁸

Im Hinblick auf § 342q Abs. 1 Nr. 2 und 3 HGB (Beratung des BMJ und Beteiligung in Standardisierungsgremien) statuiert § 6 des Vertrages die Pflicht des DRSC, das BMJ auf dessen Antrag zu beraten und in internationalen Organisationen zu vertreten.

3. Satzung und Tätigkeit des DRSC e.V.

Der DRSC hat sich als eingetragener Verein konstituiert und eine Satzung gegeben, die den Anforderungen des § 342q Abs. 1 Sätze 2 und 3 HGB gerecht werden soll. Laut § 4 der Satzung kann Mitglied des Vereins jede juristische Person oder Personenvereinigung werden, die der gesetzlichen Pflicht zur Rechnungslegung unterliegt oder sich mit der Rechnungslegung befasst. § 342q Abs. 1 Satz 3 HGB ordnet an, dass solchen Mitgliedern, die selbst nicht Rechnungsleger sind, keinerlei Mitgliedschaftsrechte zustehen dürfen. Eine solche Einschränkung der Mitgliedschaftsrechte sieht die Satzung allerdings nicht vor. Stattdessen steht es allen

⁷ vgl. Kleindiek, in: BeckOGK HGB, Stand: 1.11.2023, § 342q Rn. 11.1.

⁸ BT-Drs. 13/10038, S. 27.

Mitgliedern zu, einen Verwaltungsrat zu wählen, der eine besonders hervorgehobene Position im DRSC e.V. einnimmt. Dieser wählt nach § 11 der Satzung die Mitglieder der Rechnungslegungsgremien (in der Sprache des DRSC “Fachausschüsse”) und bestellt das Präsidium des Vereins, welches wiederum den Vorsitz in den Rechnungslegungsgremien innehat.

Mit der Wahl der Mitglieder der Rechnungslegungsgremien hat der Verwaltungsrat faktisch weitreichende Einflussmöglichkeiten auf die Aufgabenerfüllung nach § 342q HGB. Aus diesem Grund unternimmt § 10 Abs. 2 der Satzung den Versuch, eine interessenpluralistische Zusammensetzung des Organs sicherzustellen. Mit der Bestimmung, wonach 3 aus 20 Mitgliedern solche Rechnungsleger sein sollen, die zu nichtkapitalmarktorientierten Unternehmen oder entsprechenden Verbänden gehören, scheidet die Norm jedoch an ihrem eigenen Anspruch. Die Wahl der Mitglieder der Rechnungslegungsgremien erfolgt ausweislich § 11 Abs. 2 der Satzung mit einer dreiviertel Mehrheit der Stimmen, welche bei 20 Mitgliedern mit 15 Stimmen erreicht ist, sodass den Vertretern der nichtkapitalmarktorientierten, also insbesondere kleinen und mittleren Unternehmen mit 3 Stimmen keine Sperrminorität eingeräumt ist. Entgegen dem Gebot des Standardisierungsvertrages, die Interessen der *gesamten* Wirtschaft zu berücksichtigen, wird damit bereits auf Ebene des Verwaltungsrates eine Struktur einseitiger Interessenvertretung geschaffen.

Besonders hervorzuheben ist im Kontext des Gutachtenauftrags § 22 der Satzung, mit dem ein eigenes Rechnungslegungsgremium zur Nachhaltigkeitsberichterstattung eingerichtet worden ist. Diesem obliegt:

- die Erarbeitung und Verlautbarung von deutschen Rechnungslegungsstandards im Sinne von § 342 HGB im Bereich der nichtfinanziellen Berichterstattung;
- die Erarbeitung von Stellungnahmen zu Entwürfen von internationalen Standardisierungsinitiativen zur Nachhaltigkeitsberichterstattung;
- die Zusammenarbeit mit und die Erarbeitung von Stellungnahmen zu Entwürfen der European Financial Reporting Advisory Group (EFRAG), den Europäischen Finanzaufsichten und der Europäischen Kommission im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung;
- die Beratung bei Gesetzgebungsvorhaben und zur Umsetzung von EU-Richtlinien.

Im Sinne dieser Satzungsbestimmung ist das DRSC bereits vielfältig im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung tätig geworden. Unter anderem ist es im Sustainability Reporting Board und in der Sustainability Reporting Technical Expert Group des Europäischen Standardsetzers EFRAG vertreten. Auch in den Rechnungslegungsstandards im Sinne des § 342q Abs. 1 Nr. 1 HGB finden sich

Konkretisierungen zur nichtfinanziellen Berichterstattung⁹. Ebenso hat das DRSC das BMJ bereits im Sinne des § 342q Abs. 1 Nr. 2 beraten.¹⁰

Zum Zeitpunkt der Niederschrift gehören die Mitglieder des Rechnungslegungsgremiums zur Nachhaltigkeitsberichterstattung folgenden Organisationen an:

Organisation	Segment
PricewaterhouseCoopers GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft	Wirtschaftsprüfung & Verbände (F)
GvW Graf von Westphalen Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaft mbB	Kein Mitglied des Vereins, Rechtsanwaltskanzlei
Berenberg Wealth & Asset Management	Kein Mitglied des Vereins, Banken & Verbände (C)
NRW.BANK	Kein Mitglied des Vereins, Banken & Verbände (C)
Münchener Rückversicherungsgesellschaft AG	Versicherungen & Verbände (D)
BASF SE	Kapitalmarktorientierte Industrieunternehmen und Verbände (A)
EnBW Energie Baden-Württemberg AG	Kapitalmarktorientierte Industrieunternehmen und Verbände (A)
Wiesbaden Business School der Hochschule RheinMain	Kein Mitglied des Vereins, Wissenschaft
Universität Hamburg	Kein Mitglied des Vereins, Wissenschaft
Hochwald Foods GmbH	Kein Mitglied des Vereins, Nichtkapitalmarktorientierte Industrieunternehmen und Verbände (B)

Damit sind im Rechnungslegungsgremium keine Rechnungsleger vertreten, die zur Branche nachhaltiger Unternehmen gezählt werden könnten, wie sie etwa unter dem Schirm des Bundesverbandes Nachhaltige Wirtschaft e.V. (BNW) versammelt sind. Darüber hinaus ist nur ein Rechnungsleger mit Bezug zu einem

⁹ DRSC e.V., Deutscher Rechnungslegungs Standard Nr. 20 – Konzernlagebericht, Version vom 16.06.2023, Rn. 20.232 ff.

¹⁰ Vgl. etwa: DRSC e.V., CSR-Studie - Abschlussbericht zur vom BMJV beauftragten Horizontalstudie sowie zu Handlungsempfehlungen für die Überarbeitung der CSR-Richtlinie, Januar 2021.

nichtkapitalmarktorientierten, mittelständischen Unternehmen vertreten. Diese Zusammensetzung stößt auf Bedenken, wenn sie am Kriterium der Berücksichtigung gesamtwirtschaftlicher Interessen gemessen wird, wie es sich aus dem Standardisierungsvertrag ergibt. Auch vor dem Hintergrund des Unabhängigkeitserfordernisses aus § 342q Abs. 1 Satz 2 HGB erscheint die Zusammensetzung problematisch. Das Unabhängigkeitserfordernis soll sicherstellen, dass sich die mit der Rechnungslegung befassten Personen allein von ihrem Sachverstand leiten lassen.¹¹ Hieraus folgt einerseits die Notwendigkeit einer umfassenden Weisungsfreiheit, sowohl innerhalb der anerkannten Organisation als auch gegenüber Dritten, insbesondere dem BMJ.¹² Das Unabhängigkeitserfordernis darf jedoch nicht nur formalistisch im Sinne einer solchen statutarischen Weisungsfreiheit verstanden werden, sondern ist im Sinne des Normzwecks so auszulegen, dass es in der tatsächlichen Rechnungslegungsarbeit Geltung erlangt. Wie in der Literatur angemerkt wurde, ist aber eine vollständige Unabhängigkeit der Rechnungsleger aufgrund ihrer beruflichen Einbindung faktisch nicht zu erreichen.¹³ Als Gegengewicht zu dieser natürlichen Interessengeneigtheit der individuellen Rechnungsleger ist eine ausbalancierte Besetzung des Gremiums besonders wichtig.¹⁴

Dass diese Anforderungen mit Blick auf die obige Abbildung zurzeit nicht erfüllt sind, erscheint besonders problematisch, weil sie sich nicht nur aus einfachem Recht ergeben, sondern auch Ausdruck des in Art. 101 AEUV enthaltenen Verbots wettbewerbswidriger Vereinbarungen sind. Hiernach sind Unternehmensvereinigungen unter anderem solche Tätigkeiten untersagt, welche eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bewirken.¹⁵ Dementsprechend können auch Standardisierungsvereinbarungen zwischen Unternehmen (z.B. organisiert über einen Verein) wettbewerbslich problematisch sein. Im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung besteht insofern die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung auf dem Kapitalmarkt. Die Nachhaltigkeitsberichterstattung bezweckt unter anderem, Geld in nachhaltige Investitionen zu lenken. Dies wird etwa in Erwägungsgründen 2, 4 der CSRD und ihrer institutionellen Einbindung in das Sustainable Finance Framework der EU deutlich¹⁶. Eine einseitige Einflussnahme bestimmter Unternehmen auf die Berichtsstandards kann den Wettbewerb um Investitionsmittel daher beeinträchtigen. Aufgrund dieser Gefahrenlage hat die Europäische Kommission in Konkretisierung des Art. 101 AEUV folgende Anforderungen an die innere Organisation von standardsetzenden Unternehmensvereinigungen gestellt¹⁷:

¹¹ BeckOGK HGB/Kleindiek, Stand: 1.11.2023, § 342q Rn. 18.

¹² BeckOGK HGB/Kleindiek, a.a.O.

¹³ BeckOGK HGB/Kleindiek, a.a.O., Rn.19 m.w.N.

¹⁴ BeckOGK HGB/Kleindiek, a.a.O., Rn. 28.

¹⁵ Selbiges gilt im nationalen Recht gem. § 1 GWB. Wegen der zwischenstaatlichen Relevanz findet vorliegend aber Art. 101 AEUV Anwendung.

¹⁶ Europäische Kommission, Mitteilung zum Sustainable Finance Framework (2023/C 317), 13.06.2023.

¹⁷ Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 AEUV auf horizontale Vereinbarungen (2023/C 259/01), 21.07.2023, Rz. 436 ff, 464, 467 ff.

- alle Wettbewerber, die von dem Standard betroffen sind/sein werden, müssen sich am Prozess der Standardentwicklung beteiligt können,
- die Standardsetzungsorganisation muss objektive und nicht-diskriminierende Regeln vorhalten, nach denen Stimmrechte in Bezug auf den Standard vergeben werden,
- andere Stakeholder müssen sich über aktuelle, bevorstehende und finalisierte Standardsetzungsinitiativen jederzeit informieren können.

Diese Anforderungen werden in den speziell für Standardisierungsorganisationen mit Nachhaltigkeitsbezug niedergelegten Leitlinien wiederholt.¹⁸

Besondere Relevanz erhalten diese Anforderungen, weil die Leitlinien der Kommission feststellen, dass ein wettbewerbseinschränkendes Ergebnis insbesondere dann zu befürchten ist, wenn die Mitglieder einer Standardisierungsorganisation nicht frei darin sind, abweichende Standards zu erarbeiten. Im vorliegenden Fall besteht sogar ein gesetzlich abgesichertes Monopol zum Erlass von gesetzeskonkretisierenden Empfehlungen sowie zur Mitgestaltung internationaler und europäischer Standards, die im Falle der ESRS gesetzliche Festlegungen der EU-Kommission maßgeblich vorbereiten.

Die Leitlinien stellen auch klar, dass eine Eingebundenheit öffentlicher Stellen in den Standardisierungsprozess einer Anwendung des Art. 101 AEUV nicht im Wege steht und in bestimmten Fällen lediglich dazu führt, dass die kartellrechtlichen Ordnungs- und Strafvorschriften keine Anwendung finden, wenn Behörden die Wirkung der wettbewerbsbeschränkenden Absprache verstärken.¹⁹

Die unausgeglichene Zusammensetzung des Verwaltungsrats des DRSC als auch der Rechnungslegungsgremien wirft vor dem Hintergrund dieser Anforderungen kartellrechtliche Bedenken auf, die nicht nur eine Überarbeitung des Standardisierungsvertrages sondern auch der einschlägigen gesetzlichen Grundlage in § 342q HGB notwendig erscheinen lassen.

II. Derzeit keine Befugnisse des DRSC auf dem Gebiet der Nachhaltigkeitsberichterstattung

Bereits die dargestellten Mängel der inneren Organisation des DRSC stellen dessen Mandat insbesondere für den Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung in Frage, weil es an einer hinreichenden „Unabhängigkeit“ fehlt. Dies ist für die Nachhaltigkeitsberichterstattung besonders relevant, weil hier an verschiedensten Stellen Wertungsspielräume bestehen, welche eine (auch kartellrechtlich) problematische Einflussnahme einzelner Interessensgruppen ermöglichen, und weil Entscheidungen getroffen werden, die für die nachgelagerte Wirtschaftsbetätigung von Unternehmen weitreichende Implikationen haben.

¹⁸ Europäische Kommission, a.a.O., Rz. 549.

¹⁹ Europäische Kommission, a.a.O., Rz. 597 f.

Unabhängig davon lässt sich für die dargestellte faktische Betätigung des DRSC auf dem Gebiet der Nachhaltigkeitsberichterstattung auch im Übrigen kein Mandat aus den rechtlichen Grundlagen (§ 342q HGB und Standardisierungsvertrag) ableiten. Dies wird im Folgenden bezüglich der hier im Zentrum stehenden Aufgaben der Entwicklung von Empfehlungen zur Konzernrechnungslegung sowie der Vertretung in internationalen Standardisierungsgremien dargestellt.

1. Entwicklung von Empfehlungen zur Anwendung der Grundsätze über die Konzernrechnungslegung (§ 342q Abs. 1 Nr. 1 HGB)

Die Interpretation und Konkretisierung der Grundsätze über die Konzernrechnungslegungslegung ist in rechtlicher Hinsicht die bedeutendste Aufgabe der nach § 342q HGB anerkannten Organisationen, weil sich die Richtigkeitsvermutung des § 324q Abs. 2 HGB allein auf diese Ausarbeitungen bezieht.²⁰

In sachlicher Hinsicht ist der Umfang der Aufgabenübertragung und, korrespondierend, der Richtigkeitsvermutung, auf die Grundsätze ordnungsgemäßer Konzernrechnungslegung beschränkt. Diese sind in § 297 Abs. 2 HGB angesprochen, wonach der Konzernabschluss klar und übersichtlich aufzustellen ist und die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung (GoB) zu beachten hat, um ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz-, und Ertragslage des Konzerns zu vermitteln.

Die GoB sind ein nicht abschließend definiertes System von Regeln und Konventionen, dessen Rechtsnatur umstritten ist und die teilweise im HGB kodifiziert (vgl. etwa § 243 Abs. 1 HGB), teilweise richterrechtlich anerkannt sind (etwa der Grundsatz der Richtigkeit und Willkürfreiheit).²¹

Der Begriff der GoB begrenzt den Anwendungsbereich des § 342q Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB in zweierlei Hinsicht. Einerseits entspricht es der überwiegenden Auffassung in der Literatur, dass die anerkannte Organisation selbst keine neuen GoB aufstellen kann. Andererseits ist ihre Konkretisierungsaufgabe nach Abs. 1 Nr.1 lediglich auf GoB beschränkt. Soweit ein Bereich der Rechnungslegung nicht oder nur teilweise von GoB betroffen ist, ist es dem BMJ daher verwehrt, die Ausarbeitungen der anerkannten Organisation zur Konkretisierung der Regelungen dieses Bereichs heranzuziehen.

So liegt es in Bezug auf die nichtfinanzielle Konzernklärung, wie sie zurzeit in §§ 315b, 315c HGB niedergelegt ist, sowie hinsichtlich des Nachhaltigkeitsberichts, der im Zuge des CSRD-RL-Umsetzungsgesetzes in deutsches Recht Einzug finden wird.

²⁰ Mock, in: Bilanzrecht, 4. Auflage 2024, § 342q HGB, Rn. 36; BT-Drs. 16/10067, S. 97.

²¹ Böcking/Gros, in: HGB, 5. Aufl. 2024, § 243 Rn. 6.

Historisch resultierte die praktische Notwendigkeit von GoB aus dem Fehlen handelsrechtlicher Einzelvorschriften, welche die Buchführung abschließend regeln würden. Stattdessen formulierte das HGB an vielen Stellen nur allgemeine Prinzipien, die zu ihrer Anwendung einer Konkretisierung bedurften. Da GoB den Anspruch universeller Geltung im Bilanzrecht haben, sind aber auch sie leitlinienartig formuliert. Es bedarf daher ihrer sachverhaltsspezifischen Anwendung, welche der DRSC im Bereich der Konzernbilanzierung mittels seiner Rechnungslegungsstandards erleichtert.²² Während im Rahmen der §§ 289b, 289c, 315b, 315c HGB ein solches Konkretisierungsbedürfnis diskutiert werden kann, besteht dieses spätestens mit der Umsetzung der CSRD in deutsches Recht nicht mehr. Art. 29b, 29c der CSRD bestimmen, dass die Europäische Kommission delegierte Rechtsakte erlässt, um Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung festzulegen. Darin werden die zukunfts- und vergangenheitsbezogenen, qualitativen und quantitativen Informationen, über die die Unternehmen gegebenenfalls Bericht zu erstatten haben, spezifiziert. Diese sogenannten European Sustainability Reporting Standards (ESRS) liegen zum Teil bereits vor und weisen einen äußerst hohen Detailgrad auf. Gemeinsam schaffen sie auf hunderten Seiten und tausenden Einzelpunkten engmaschige Vorgaben zur Konkretisierung der Berichtspflichten aus der CSRD. Es ist wird damit ersichtlich, dass die von § 342q Abs. 1 Nr. 1 HGB in den Blick genommene Problemlage fehlender Einzelvorgaben zur Buchführung im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung nicht besteht.

Ungeachtet dessen sind GoB auf die Nachhaltigkeitsberichterstattung aber bereits im Ansatzpunkt nicht anwendbar.

²² Kirsch/Brötzmann/Wätjen/von Wieding, in: Baetge/Kirsch/Thiele, Bilanzrecht, 4. Aufl. 2024, § 243 HGB, Rn. 10.

Abbildung 1: Systematik der GoB²³

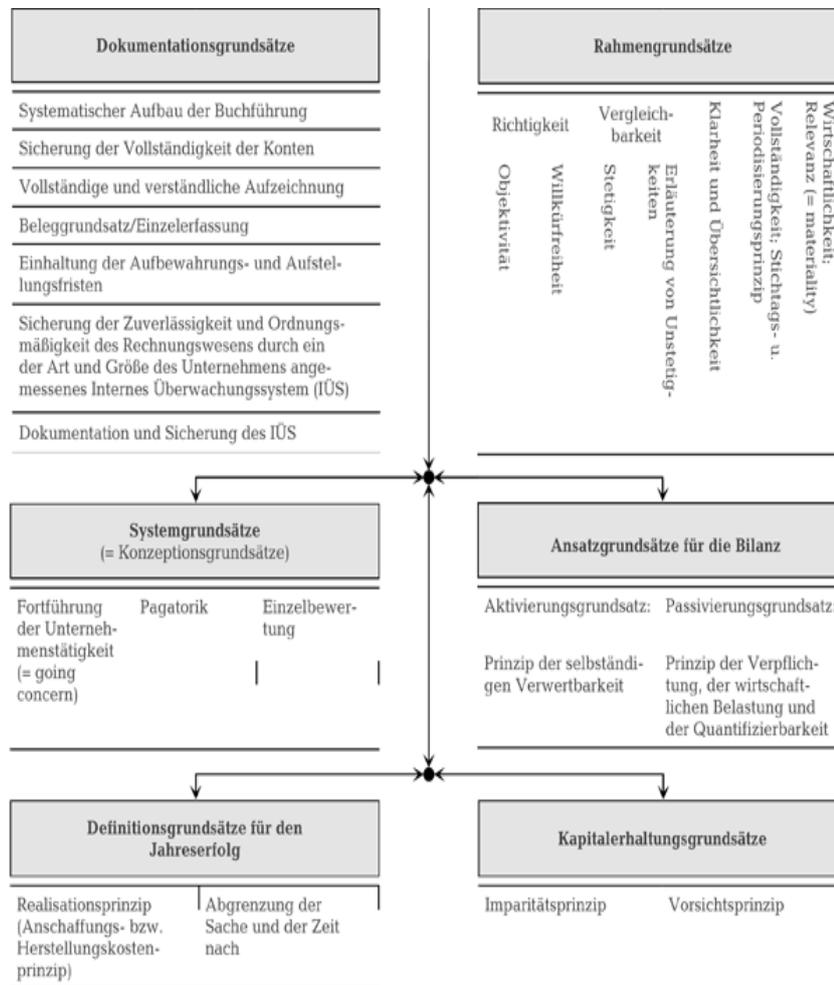


Abbildung 1 verdeutlicht, dass handelsrechtliche GoB lediglich auf die Buchführung im herkömmlichen Sinne passen, also eine solche, die mit finanziellen Indikatoren befasst ist. So ist etwa der Dokumentationsgrundsatz der Vollständigkeit von Konten im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung ohne Belang, da hier keine Konten existieren. Diese kommen lediglich in Bilanzen zum Einsatz, § 266 HGB. Gleiches gilt für den Dokumentationsgrundsatz der Einzelerfassung. Dieser leitet sich aus § 252 Abs. 1 Nr. 3 HGB ab und besagt, dass Vermögensgegenstände und Schulden getrennt voneinander zu erfassen und nicht zu verrechnen sind. Auch dieser Grundsatz erlangt im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung keinen Sinngehalt, da Vermögenspositionen und Schulden nicht ihr Gegenstand sind.

²³ Kirsch/Brötzmann/Wätjen/von Wieding, a.a.O., Rn. 43.

Auch soweit sich § 342q Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB auf die Grundsätze bezieht, nach denen der Lagebericht zu erstellen ist (§§ 315, 289 HGB), kann nicht von einem Gleichlauf mit den Grundsätzen der Nachhaltigkeitsberichterstattung gesprochen werden. Die in diesem Bereich geltenden Grundsätze der Vollständigkeit, Wesentlichkeit, Richtigkeit, Klarheit und Übersichtlichkeit haben im Nachhaltigkeitsbericht eine andere Schlagrichtung. So ist etwa der Grundsatz der Wesentlichkeit im Deutschen Rechnungslegungsstandard (DRS) 20, Rn. 32, dahingehend konkretisiert, dass solche Informationen wesentlich sind, die dem Adressaten ein zutreffendes Bild vom Geschäftsverlauf, der wirtschaftlichen Lage und von der voraussichtlichen Entwicklung des Unternehmens erlauben. Im Rahmen der CSRD gilt jedoch der Grundsatz der doppelten Wesentlichkeit (vgl. Erwägungsgrund 29 der CSRD). Hiernach gelten auch solche Informationen als wesentlich, die sich auf die Auswirkungen des Unternehmens auf seine soziale und natürliche Umwelt beziehen, etwa die Menge des von einem Unternehmen produzierten Mikroplastik (ESRS E2-4). Diese Art von Informationen hatte der historische Gesetzgeber der §§ 315, 289 HGB nicht im Blick. Sie sind strukturell anders beschaffen, da sie keine Angaben über die Wirtschafts- und Ertragslage des Unternehmens machen, sondern über seine Rolle in der Außenwelt. Damit ist jedoch der Bereich der handelsrechtlichen Rechnungslegungsgrundsätze und somit auch der Aufgabenbereich des § 342q Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGB verlassen.

Dass der Nachhaltigkeitsbericht zukünftig Teil des Lageberichts sein soll, führt nicht dazu, dass sich die Kompetenz einer nach § 342q HGB anerkannten Organisation nunmehr auch auf diesen Teil des Lageberichts erstrecken wird. Die Aufnahme der nichtfinanziellen Berichterstattung in den Lagebericht ist nicht durch eine etwaige strukturelle Ähnlichkeit beider Berichtsregime motiviert. Stattdessen macht die CSRD in Erwägungsgrund 57 deutlich, dass hierdurch das behördliche Enforcement-Verfahren erleichtert werden soll. In diesem Sinne gewinnt die Aufnahme des Nachhaltigkeitsberichts im Lagebericht auch im deutschen Rechtskontext an Bedeutung, weil sich die Aufsichtsbefugnisse der BaFin aus §§ 106 ff. WpHG nur auf Jahresabschlüsse und Lageberichte beziehen.

Die gegenteilige Ansicht, wonach ein Mandat für die Nachhaltigkeitsberichterstattung schon nach geltendem Recht existiert und die vom Präsidenten des DRSC im Jahr 2021 geäußert wurde²⁴, knüpft am Begriff des Rechnungslegers an und will diesen im Lichte der CSRD auch auf solche Personen erstrecken, deren Expertise sich im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung konzentriert. Damit argumentiert der DRSC jedoch am relevanten Tatbestandsmerkmal vorbei. Um die Grenzen seines gesetzlich festgeschriebenen Aufgabenbereichs zu definieren, ist nicht der Begriff des Rechnungslegers, sondern der Begriff der Grundsätze der Rechnungslegung (vgl. den Wortlaut des §342q Abs. 1 Nr. 1 HGB) von Bedeutung. Wie § 342q Abs. 2 HGB deutlich macht, bezieht sich dieser Begriff ausschließlich auf die GoB, welche, wie oben aufgezeigt, ihrerseits keine Anwendung auf die

²⁴ Lanfermann/Hommelhoff/Gundel, Wandel des Rechnungslegerbegriffs im Kontext der aktuellen Diskussion zur Nachhaltigkeitsberichterstattung, BB 2021, 1195.

Nachhaltigkeitsberichterstattung finden. Nach derzeitiger Rechtslage besteht für den DRSC daher kein Mandat zur Konkretisierung der Anforderungen aus §§ 315b, 315c HGB. Auch die im Zuge der CSRD in deutsches Recht einzuführenden Regelungen wären nach heutigem Stand nicht vom Aufgabenbereich des DRSC umfasst.

2. Vertretung der Bundesrepublik Deutschland in internationalen Standardisierungsgremien (§ 342q Abs. 1 Nr. 3 HGB)

Die Vertretung der Bundesrepublik im International Accounting Standards Board (IASB) war seinerzeit die Hauptmotion des Gesetzgebers für die Regelung des § 342q HGB. Es wurde befürchtet, ohne eine solche Bestimmung könne die Bundesrepublik nicht hinreichenden Einfluss auf die internationale Standardisierungsarbeit nehmen.²⁵ Auf die Arbeit dieses Gremiums war die Vorschrift von Beginn an ausgerichtet. Dies verdeutlicht auch die Stellungnahme des Rechtsausschusses im Bundestag zum:²⁶

Die Erarbeitung der Empfehlungen wird ausdrücklich auf den Konzernabschluss beschränkt. Wie im allgemeinen Teil der Begründung dargestellt, steht die Entwicklung der Empfehlungen in engem Zusammenhang mit der internationalen Standardisierungsarbeit des IASC. Dessen Standards werden jedoch auf absehbare Zeit in Deutschland nur für Konzernabschlüsse, insbesondere börsennotierter Unternehmen, von Bedeutung sein."

Der Anwendungsbereich des Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 wird also gerade im Zusammenspiel mit Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ersichtlich. Dort, wo der nationale Standardsetzer seiner Aufgabe, Grundsätze der Rechnungslegung zu konkretisieren, nicht alleine nachkommen kann, weil es sich um transnationale Sachverhalte handelt, soll er ersatzweise zur Konkretisierung dieser Grundsätze auf internationaler Ebene beitragen. Daher muss der Begriff des Standardisierungsgremiums in Abs. 1 Nr. 3 trotz seiner sprachlichen Offenheit im Lichte der inneren Systematik des § 342q HGB betrachtet werden. In diesem Sinne wird auch in der Literatur betont, dass Abs. 1 Nr. 3 nur auf solche internationale Standardisierungsgremien verweist, die im Bereich der Rechnungslegung tätig sind.²⁷ Dem entspricht es, dass der Standardisierungsvertrag dem Rechnungslegungsgremium ausdrücklich sämtliche Aufgaben aus § 342q Abs. 1 HGB übertragen hat (siehe oben, I.2). Somit ist die Vertretungsbefugnis in internationalen Standardisierungsgremien auch aus diesem Grund auf den Bereich der Rechnungslegung beschränkt.

Folglich gilt auch für diese Tätigkeit, was oben für die Entwicklung von Empfehlungen hergeleitet wurde: Der Begriff der Rechnungslegung bezieht sich im

²⁵ BeckOGK HGB/Kleindiek, Stand: 1.11.2023, § 342q Rn. 2.

²⁶ BT-Drs. 13/10038, S. 27.

²⁷ Mock, in: Bilanzrecht, 4. Auflage 2024, § 342q HGB, Rn. 19.

Rahmen des § 342q HGB nicht auf die Nachhaltigkeitsberichterstattung und entsprechend erstreckt sich die Vertretungsbefugnis auch nicht auf solche Gremien, die mir ihr befasst sind.

Die Vertretung des DRSC im Sustainability Reporting Board und in der Sustainability Reporting Technical Expert Group beim europäischen Standardsetzer EFRAG entbehrt daher derzeit einer Rechtsgrundlage.

III. Anforderungen des höherrangigen Rechts

Nach den bisherigen Ergebnissen ist das DRSC derzeit auf dem Gebiet der Nachhaltigkeitsberichterstattung nicht nach § 342q HGB anerkannt. Die Rechtsgrundlage erfasst die Nachhaltigkeitsberichterstattung derzeit nicht und ermöglicht insofern auch keine Anerkennung des DRSC – oder eines anderen Vereins – auf diesem Gebiet. Der Standardisierungsvertrag vollzieht die Rechtsgrundlage in § 342q HGB und beschränkt sich daher ebenfalls auf die klassische Rechnungslegung und somit die finanzielle Berichterstattung.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, welche Anforderungen das höherrangige Recht an die Anerkennung privater Standardsetzer im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung stellt, wenn diese mit den in § 342q HGB genannten Befugnissen ausgestattet sein sollen. Zu prüfen ist insoweit sowohl das Verfassungsrecht als auch das Unionsrecht, dort insbesondere die CSRD. Jeweils ist herauszuarbeiten, welche Anforderungen das Verfassungs- bzw. das Europarecht an eine rechtmäßige einfachgesetzliche Rechtsgrundlage für die Anerkennung stellen.

1. Verfassungsrecht

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist die Norm des § 342q HGB dem Bereich der Privatisierung öffentlicher Aufgaben zuzuordnen. Dies ergibt sich anschaulich aus § 342r HGB, der eine entsprechende Aufgabenwahrnehmung durch das BMJ für den Fall vorsieht, dass keine Stelle im Sinne des § 342q HGB benannt ist. Es ist wohl allgemein anerkannt, dass eine Privatisierung öffentlicher Aufgaben zwar in erheblichem Umfang zulässig ist, der Staat sich dadurch aber nicht seiner Verantwortung für die Gemeinwohlverträglichkeit der Aufgabenwahrnehmung entledigen kann und darf.²⁸ Vielmehr verbleibt dem Staat, der die Erfüllungsverantwortung für eine Aufgabe (hier: Standardsetzung) delegiert, eine Gewährleistungsverantwortung dahingehend, dass die delegierte Aufgabe vom Privaten zweckgemäß und gemeinwohlverträglich erledigt wird; bei Verfehlungen des Privaten besteht eine Auffangverantwortung, die eine Rückholung der Aufgabe gebieten kann.²⁹ Ein Instrument zur Wahrnehmung der Gewährleistungsverantwortung können z.B. Gesetze und/oder Verträge sein, in denen der Staat dem Privaten inhaltliche

²⁸ Siehe beispielhaft Voßkuhle, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 2003, 266 (310 ff.).

²⁹ Statt vieler Schoch, Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?, NVwZ 2008, 241 (244 f.).

und/oder organisatorische Vorgaben für die Aufgabenwahrnehmung macht. Vorliegend können derartige Vorgaben in der Rechtsgrundlage des § 342q HGB sowie ergänzend im Standardisierungsvertrag gemacht werden.

a) Vermutungswirkung von Empfehlungen zur Nachhaltigkeitsberichterstattung

Vor diesem Hintergrund wurde mit Blick auf die „klassische“ Rechnungslegung vor allem die Befugnis zur Entwicklung von Empfehlungen nach § 342q Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 HGB problematisiert, bei deren Befolgung eine Einhaltung der GoB vermutet wird („normative Konformitätsvermutung“³⁰).

Damit ermächtigt die Norm das DRSC zwar nicht, unmittelbar rechtsverbindliche Normen zu erlassen. Vielmehr erlangen dessen Empfehlungen – erstens – „nur“ den Stellenwert einer rechtlichen Vermutung, dass die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung im Bereich der Konzernrechnungslegung eingehalten sind, wenn die Empfehlungen beachtet werden. Ferner bedarf es – zweitens – einer Bekanntmachung der Empfehlung durch das BMJ, damit die Vermutungswirkung eintritt (§ 342 Abs. 2 HGB). Gleichwohl ist der tatsächliche Einfluss des DRSC, der sich aus § 342 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 HGB ergibt, erheblich:

Die faktische normative Bindungswirkung bekanntgemachter Empfehlungen ist wegen der daraus resultierenden Vermutungswirkung nicht zu unterschätzen.³¹ Konzerne werden sich schon deswegen an der Empfehlung orientieren, weil sie anderenfalls eine Begründung für die Abweichung liefern müssen, die wiederum vor dem Abschlussprüfer oder der Abschlussprüferin bestehen muss.³² Insofern ist es deutlich einfacher und risikoloser, sich an den Empfehlungen zu orientieren. Dieselbe Struktur wirkt auf Ebene der Abschlussprüfer:innen fort: Auch diese sind einem erhöhten Begründungsaufwand ausgesetzt, wenn sie bei der Abschlussprüfung von bekanntgemachten Empfehlungen der anerkannten Einrichtung abweichen wollen. Dass den Gerichten weiterhin die letztverbindliche Auslegung der rechtlichen Anforderungen vorbehalten bleibt, schränkt die faktische Bindungswirkung schon deshalb nur geringfügig ein, weil es zu einer gerichtlichen Klärung nur kommen kann, wenn die Gerichte um Rechtsschutz angerufen werden.³³

Auch die notwendige Bekanntmachung durch das BMJ kann den faktischen Einfluss des privaten Standardsetzers nicht effektiv begrenzen. In der juristischen Literatur ist insofern sogar umstritten, ob und in welchem Umfang das BMJ überhaupt eine materielle Inhaltskontrolle der Empfehlungen vornehmen darf.³⁴ Überwiegend wird davon ausgegangen, dass dem BMJ zumindest eine

³⁰ Kleindiek, in: BeckOGK HGB, Stand: 1.11.2023, § 342q Rn. 28.

³¹ Kleindiek, a.a.O., Rn. 29.

³² Kleindiek, a.a.O., Rn. 28.

³³ Kleindiek, a.a.O., Rn. 29.

³⁴ Siehe zur Diskussion Kleindiek, a.a.O., Rn. 31 ff.

Plausibilitätskontrolle zugestanden werden muss,³⁵ was wegen der beschriebenen Gewährleistungsverantwortung auch zwingend sein dürfte. Auch wenn gute Gründe für eine Befugnis zur Vollkontrolle sprechen, schreibt das Gesetz eine solche (oder auch nur irgendeine) Kontrolle jedenfalls nicht vor.³⁶ In der Praxis dürfte eine solche vollständige Zweitprüfung auch kaum stattfinden, da mit der Privatisierung ja gerade eine Entlastung der öffentlichen Hand beabsichtigt ist.

Effektiv gerät die Tätigkeit des DRSC damit jedenfalls in die Nähe verbindlicher Normsetzung. Denn letztlich wird vermutet, dass die vom DRSC aufgestellten und vom Bundesjustizministerium bekanntgemachten Empfehlungen mit den normativen Vorgaben des Gesetzes übereinstimmen – faktisch eine Kompetenz zur Gesetzeskonkretisierung.³⁷

Verfassungsrechtlich ist die Einbindung Privater in die Normgebung bzw. die Bezugnahme auf privat entwickelte Normen umso problematischer, je stärker es um normative Wertungen statt nur um technische Fachfragen geht und je stärker einzelne Interessengruppen auf die Standardsetzung Einfluss nehmen können. Hierzu hat sich das Bundesverwaltungsgericht im Zusammenhang mit DIN-Normen wie folgt geäußert:

*„Zwar kann den DIN-Normen einerseits Sachverstand und Verantwortlichkeit für das allgemeine Wohl nicht abgesprochen werden. Andererseits darf aber nicht verkannt werden, daß es sich dabei **zumindest auch um Vereinbarungen interessierter Kreise** handelt, die eine bestimmte **Einflußnahme auf das Marktgeschehen** bezwecken. Den Anforderungen, die etwa an die Neutralität und Unvoreingenommenheit gerichtlicher Sachverständiger zu stellen sind, genügen sie deswegen nicht. **Besondere Zurückhaltung** ist gegenüber technischen Normen dort geboten, wo ihre Aussagen nicht als „außerrechtliche Fachfragen“ eingestuft werden können, sondern, wie hier, **Bewertungen entgegengesetzter Interessen einschließen**, die an sich einer demokratisch legitimierten politischen Entscheidung in der Form einer Rechtsetzung bedürfen.“³⁸*

Im Hinblick auf die Empfehlungen des DRSC zur Nachhaltigkeitsberichterstattung sind beide problematischen Faktoren – d.h. die normative Bewertung entgegengesetzter Interessen sowie die einseitige Interessengeneigtheit des DRSC – stark ausgeprägt. Bereits vor Einführung der nichtfinanziellen Berichterstattung waren im Rahmen der Empfehlungen nach § 342q Abs. 1 Nr. 1 HGB „normative Wertungen

³⁵ Siehe die Nachweise bei Kleindiek, a.a.O., Rn. 33.

³⁶ Hellermann, Private Standardsetzung im Bilanzrecht - öffentlich-rechtlich gesehen, NZG 2000, 1097 (1102).

³⁷ Hellermann, a.a.O., S. 1099.

³⁸ BVerwG, NJW 1987, 2886 (2888), Hervorhebungen von uns.

von beträchtlichem Gewicht“ erforderlich.³⁹ Dies ist im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung offenkundig erst recht der Fall. Ebenso wurde bereits vor Einführung der nichtfinanziellen Berichterstattung aus verfassungsrechtlicher Perspektive kritisiert, dass die Besetzung des DRSC zu unausgewogen und gesetzlich nur unzureichend geregelt sei.⁴⁰ Auch dieser Kritikpunkt gilt erst recht mit Blick auf die Nachhaltigkeitsberichterstattung.

Vor diesem Hintergrund ist eine „möglichst interessenpluralistische (ausgewogene) Zusammensetzung der empfehlend und interpretierend tätig werdenden Personen“⁴¹ insbesondere mit Blick auf die Nachhaltigkeitsberichterstattung zwingend geboten. Dies stellt die Rechtsgrundlage in § 342q HGB indes nicht sicher, sie gibt lediglich vor, dass Empfehlungen und Interpretationen unabhängig und ausschließlich von Rechnungslegern in einem Verfahren entwickelt und beschlossen werden, dass die fachlich interessierte Öffentlichkeit einbezieht und Mitgliedschaftsrechte nur von Rechnungslegern ausgeübt werden (§ 342q Abs. 1 Satz 2 und 3 HGB). Eine Beteiligung der durch die nichtfinanzielle Berichterstattung betroffenen Stakeholder ist auf dieser Grundlage normativ nicht sichergestellt und findet auch faktisch nicht statt (dazu oben, I.3). Nicht hinreichend dürfte es sein, eine interessenpluralistische Zusammensetzung des Gremiums über Bestimmungen eines öffentlich-rechtlichen Standardisierungsvertrages erreichen zu wollen. Da der Vertrag jederzeit gekündigt und abgeändert werden kann, die vorstehenden Anforderungen sich jedoch aus dem Verfassungsrecht ergeben, ist eine Kodifizierung auf Gesetzesebene notwendig.

b) Beteiligung an Standardisierungsgremien, insbesondere EFRAG

Ähnliche Anforderungen sind mit Blick auf die Vertretung Deutschlands in Standardisierungsgremien zu (§ 324q Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGB) stellen, jedenfalls dann, wenn diese Gremien – wie EFRAG – maßgeblich an der Entwicklung rechtsverbindlicher Standards beteiligt sind. Die Tätigkeit EFRAGs bereitet ganz wesentlich (und rechtlich fundiert, Art. 49 Bilanz-RL) den Erlass verbindlicher Standards durch die EU-Kommission vor. Die Vertretung Deutschlands bei dieser Normvorbereitung ist nur bei entsprechender Regulierung zulässig, die sicherstellt, dass die Aufgabe sachgerecht und im Gemeinwohlinteresse wahrgenommen werden kann. Im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung bedeutet dies, dass eine

³⁹ Hellermann, Private Standardsetzung im Bilanzrecht - öffentlich-rechtlich gesehen, NZG 2000, 1097 (1098).

⁴⁰ Hellermann, a.a.O., S. 1102.

⁴¹ Allgemein für die Rechnungslegung Kleindiek, in: BeckOGK HGB, Stand: 1.11.2023, § 342q Rn. 28. Ebenso, mit weiteren Nachweisen aus der Literatur Hellermann, Private Standardsetzung im Bilanzrecht - öffentlich-rechtlich gesehen, NZG 2000, 1097 (1102): „Soweit solche Zurücknahme parlamentsgesetzlicher Regelung zugunsten exekutiver und/oder privater Normierung (...) für zulässig erachtet wird, wird aber mit Recht auch darauf hingewiesen, dass diese Zulässigkeit der Kompensation bedarf durch flankierende Maßnahmen insbes. organisations- und verfahrensrechtlicher Art mit dem Ziel, auf Bildung, Besetzung und Ausgewogenheit der Regelwerk-Geber Einfluss zu nehmen und eine gewisse Durchschaubarkeit und Publizität der Entscheidungsfindung zu gewährleisten.“

entsprechende Kompetenz der Gremiumsmitglieder und Repräsentation der relevanten Stakeholderinteressen organisatorisch sicherzustellen ist.

2. Unionsrecht

Das Unionsrecht und insbesondere die CSRD gebieten ebenfalls eine Ausgestaltung der inneren Organisation eines nationalen Standardsetzers, die eine Pluralität der vertretenen Interessen und fachliche Kompetenz im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung sicherstellt. Dies gilt sowohl mit Blick auf die Vermutungswirkung von Empfehlungen als auch mit Blick auf die Beteiligung bei EFRAG im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung.

a) Vermutungswirkung von Empfehlungen zur Nachhaltigkeitsberichterstattung

Im Hinblick auf die Befugnis Empfehlungen mit daran anknüpfender Vermutungswirkung auszusprechen (§ 342 Satz 1 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 HGB) hat der EuGH verschiedentlich deutlich gemacht, dass er „Konformitätsvermutungen“ (d.h. Vermutungen zu Übereinstimmung mit geltendem Recht, dazu soeben) eine hohe rechtliche Bedeutung beimisst. Dies gilt sowohl für Vermutungen, die das Unionsrecht selbst aufstellt, als auch für Vermutungen im nationalen Recht.

Technische Normen, die vom Europäischen Komitee für Normung im Auftrag der Kommission entwickelt wurden und an die eine gesetzliche Konformitätsvermutung geknüpft ist, sieht der EuGH als Bestandteil des Unionsrechts an.⁴² Knüpft das nationale Recht Konformitätsvermutungen an Normungs- und Zertifizierungstätigkeiten einer privaten Einrichtung, so kann die Tätigkeit der Einrichtung an den Grundfreiheiten zu messen sein, selbst wenn es um nicht unionsrechtlich geregelte (Produkt-)Anforderungen geht.⁴³ Dabei stellte der Gerichtshof neben der Vermutungswirkung auf die Tatsache ab, dass das betreffende Institut die einzige normungsbefugte Einrichtung war und eine Nichtzertifizierung den Vertrieb der Produkte deutlich erschwert hätte.⁴⁴

Die Empfehlungstätigkeit des DRSC ist hiermit vergleichbar. Es handelt sich im Bereich der Rechnungslegung um die einzige nationale Einrichtung, deren Empfehlungen eine Konformitätsvermutung auslösen können, mit der – wie oben unter 1. beschrieben – eine erhebliche faktische Bindungswirkung einhergeht. Aus unionsrechtlicher Sicht ist die Konstellation sogar noch problematischer, weil es jedenfalls im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung im Grunde ausschließlich um die Konkretisierung unionsrechtlicher Vorgaben geht.

⁴² EuGH, Urteil vom 27.10.2016 – C-613/14 (James Elliott), Rn. 38 ff.

⁴³ EuGH, Urteil vom 12.07.2012 – C-171/11 (Fra.bo). Im konkreten Fall ging es um Anforderungen an bestimmte Bauprodukte, die nicht von der Bauprodukte-Richtlinie erfasst waren.

⁴⁴ EuGH, Urteil vom 12.07.2012 – C-171/11 (Fra.bo), Rn. 25 ff.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob eine Vermutungswirkung wie in § 342q Abs. 2 HGB für die Nachhaltigkeitsberichterstattung überhaupt unionsrechtlich zulässig geregelt werden kann. Denn mit den ESRS wurden umfassende und detaillierte, verbindliche Leitlinien bereitgestellt, die durch bekanntgemachte Empfehlungen einer anerkannten Vereinigung nicht konterkariert werden dürfen. Angesichts der Regelungsdichte der ESRS ist fraglich, ob neben den unionsrechtlichen Regelungen überhaupt noch Raum für Empfehlungen mit Konformitätsvermutung i.S.d. § 342q Abs. 2 HGB bleibt.

Jedenfalls ist die gesetzliche Grundlage für derartige Empfehlungen daran zu messen, ob sie die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts (vgl. Art. 4 Abs. 3 EUV) beeinträchtigt, konkret die Wirksamkeit der CSRD und der auf ihrer Grundlage erlassenen ESRS. In dieser Hinsicht ist zu konstatieren, dass die CSRD klar darauf angelegt ist, sowohl bei der Entwicklung von Nachhaltigkeitsstandards als auch bei der Überprüfung von Nachhaltigkeitsberichten eine entsprechende Fachkompetenz der Beteiligten zu sichern. Hinsichtlich der Entwicklung von Nachhaltigkeitsstandards besteht grundsätzlich die Anforderung, dass bei Mitwirkung in der EFRAG eine entsprechende Expertise vorhanden sein muss (Art. 49 Abs. 3b lit. b) Bilanz-RL). Was die Überprüfung von Nachhaltigkeitsberichten durch Abschlussprüfer:innen angeht, führt die CSRD Änderungen in der Abschlussprüfer-RL⁴⁵ ein, die eine entsprechende Fachkompetenz sichern sollen. Sollen Abschlussprüfer:innen auch zur Durchführung der Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung zugelassen werden, muss die berufsspezifische Eignungsprüfung künftig die erforderlichen theoretischen Kenntnisse auf den für die Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung maßgebenden Sachgebieten sowie die Fähigkeit garantieren, diese Kenntnisse praktisch anzuwenden (siehe Art. 7 Abs. 2 Abschlussprüfer-RL). Weitere nachhaltigkeitspezifische Anforderungen an die Expertise ergeben sich aus Art. 8 Abs. 3 und Art. 10 Abs. 1 Abschlussprüfer-RL. Im Ergebnis sollen Abschlussprüfer:innen oder Prüfungsgesellschaften, die die Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung durchführen, „über ein hohes Maß an technischem und spezifischem Fachwissen auf dem Gebiet der Nachhaltigkeit verfügen“ (Erwägungsgrund 67 CSRD).

Diesem Regelungs- und Prüfungssystem liefe es zuwider, wenn ein fachlich hierfür nicht ausgestatteter nationaler Standardsetzer Empfehlungen aussprechen könnte, die mit einer Konformitätsvermutung ausgestattet sind. Denn in der Praxis würden sich die berichtspflichtigen Unternehmen an den Empfehlungen orientieren, um selbst in den Genuss der Konformitätsvermutung zu kommen. Und auch im Rahmen der Abschlussprüfung müsste die Vermutung überwunden werden, was eine zusätzliche Argumentationslast für die Prüfenden bedeuten würde. (siehe insgesamt oben, 1.). Den Empfehlungen des DRSC würde damit insgesamt ein rechtliches Gewicht beigemessen, das ihnen nach der Konzeption der CSRD nicht

⁴⁵ Richtlinie 2006/43/EG.

zukommen darf. Es bestünde die erhöhte Gefahr einer fehlerhaften Berichterstattung und Abschlussprüfung aufgrund nicht fachkundig erstellter Empfehlungen.

b) Anforderungen der CSRD und der EFRAG-Statuten an eine Beteiligung des DRSC bei EFRAG

Bei der Erstellung der Europäischen Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung (*European Sustainability Reporting Standards* = „ESRS“) spielt die EFRAG eine zentrale Rolle. Die ESRS konkretisieren verbindlich die Anforderungen der Art. 19a, 29a Bilanz-RL, sobald sie durch die Kommission als delegierter Rechtsakt erlassen wurden (vgl. Art. 29b, 29c Bilanz-RL).

Die fachliche Stellungnahme der EFRAG ist beim Erlass delegierter Rechtsakte unter bestimmten Voraussetzungen von der EU-Kommission zu berücksichtigen; die Voraussetzungen hierfür wurden durch die CSRD im neuen Art. 49 Abs. 3b Bilanz-RL geregelt. Eine der Voraussetzungen für die Berücksichtigungspflicht durch die Kommission besteht darin, dass die Mitwirkung an der Arbeit des EFRAG auf technischer Ebene auf Fachwissen im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung beruht (Art. 49 Abs. 3b Satz 1 lit. d) Bilanz-RL).

Allerdings gilt diese Voraussetzung ausdrücklich unbeschadet der Beteiligung öffentlicher Stellen und einzelstaatlicher Standardsetzer an der Standardsetzung. Das bedeutet konkret, dass die Kommission eine Stellungnahme der EFRAG nicht mit dem Argument unberücksichtigt lassen darf, eine öffentliche Einrichtung oder ein nationaler Standardsetzer verfüge nicht über hinreichend Fachwissen. Diese Einschränkung soll verhindern, dass Streitigkeiten über das Fachwissen staatlicher oder staatlich beauftragter Organisationen politisch instrumentalisiert werden können. Sie betrifft aber nur die Rechtsfolge (Kommission darf Empfehlung nicht unberücksichtigt lassen), nicht hingegen die materiellen Anforderungen selbst. Das bedeutet, dass Art. 49 Abs. 3b Satz 1 lit. d) Bilanz-RL auch von nationalen Standardsetzern Fachwissen im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung erwartet. Die Regelung vertraut darauf, dass eine entsprechende Kompetenzsicherung durch die Mitgliedstaaten stattfindet. Sie suspendiert nicht die gesetzlich Kompetenzerwartung, sondern allein – aus politischen Gründen – die ansonsten mögliche Sanktion der Nichtberücksichtigung der Empfehlungen durch die EU-Kommission.

Allerdings setzt auch die Privilegierung auf Rechtsfolgenebene voraus, dass ein wirksames staatliches Mandat für die Standardsetzung im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung vorliegt, weil die Privilegierung anderenfalls nicht gerechtfertigt ist. Dies ist in Bezug auf den DRSC nicht der Fall (siehe oben, II.). Aus unionsrechtlicher Sicht ist insofern insbesondere die kartellrechtliche Kritik relevant, weil sie nicht „nur“ nationale, sondern unionsrechtliche Anforderungen an private Kooperationen im Bereich der Standardsetzung (z.B. über einen Verein wie DRSC) betrifft. In dieser Hinsicht wurde oben aufgezeigt, dass die derzeitige Struktur des DRSC einseitig die Interessen großer Konzerne bevorzugt, während

KMU oder gar alternative nachhaltige Unternehmen nur unzureichend repräsentiert sind. Dadurch drohen Letztere im Wettbewerb auf dem Kapitalmarkt benachteiligt zu werden, den Nachhaltigkeitsberichterstattung eigentlich doch gerade im Sinne nachhaltiger Investitionen steuern soll.

Unabhängig davon enthalten die EFRAG-Statuten⁴⁶ keine Privilegierung mitgliedstaatlicher Standardsetzer. Stattdessen sieht deren Art. 5.1 vor, dass (sämtliche) Mitgliedsorganisationen, die im Bereich der Nachhaltigkeitssäule aktiv sind, nachweislich ein Interesse an und Erfahrung mit der Nachhaltigkeitsberichterstattung haben und in diesem Bereich aktiv sein sollten. Insoweit ist es auch auf dieser Ebene durchaus nicht ausgeschlossen, dass die fehlende Kompetenz des DRSC im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung auch rechtlich problematisiert werden kann. Denn bei Verstößen gegen die Satzung sieht Art. 5.3.2 EFRAG-Statuten den Entzug oder die Suspendierung der Mitgliedschaft vor, wobei die Entscheidung allein der Hauptversammlung von EFRAG obliegt.

C. Fazit

Die Untersuchung des Anwendungsbereichs der gesetzlichen Ermächtigung zur Standardsetzung in § 342q HGB hat ergeben, dass das DRSC derzeit im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung weder zum Erlass von Empfehlungen noch zur Vertretung der Bundesrepublik in internationalen Standardisierungsgremien wie EFRAG befugt ist.

- Die aktuelle Rechtsgrundlage in § 342q HGB erstreckt sich lediglich auf den Bereich der finanziellen Rechnungslegung und umfasst nicht die nicht-finanzielle Nachhaltigkeitsberichterstattung. Der Standardisierungsvertrag beruht auf § 342q HGB und kann keine darüberhinausgehenden Kompetenzen schaffen. Eine Anerkennung des DRSC als Standardsetzungsorganisation besteht zum jetzigen Zeitpunkt daher allein im Bereich der „klassischen“ Rechnungslegung.
- Außerdem ist die von § 342q HGB verlangte „Unabhängigkeit“ des DRSC nicht gewährleistet. Dessen innere Organisation (unausgeglichene Besetzung zentraler Gremien) bevorzugt strukturell einseitig die Interessen großer Kapitalgesellschaften. Dies ist auch ein kartellrechtliches Problem, weil die gesetzlich abgesicherte Marktmacht des DRSC bei der Standardsetzung den Wettbewerb auf dem Kapitalmarkt, den die Nachhaltigkeitsberichterstattung beeinflusst, verzerren kann.

Die Konsequenz ist, dass das DRSC bezüglich der Nachhaltigkeitsberichterstattung derzeit insgesamt ohne entsprechendes Mandat agiert. Der DRSC kann in diesem Bereich keine Empfehlungen abgeben, denen die Vermutungswirkung des § 342q Abs. 2 HGB zukäme. Ebenso wenig ist er auf Grundlage des § 342q Abs. 1

⁴⁶ Abrufbar unter <https://www.efrag.org/About/Legal>.

Satz 1 Nr. 3 HGB befugt, die Bundesrepublik im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung bei EFRAG vertreten.

Dies macht eine Anpassung der Rechtsgrundlage in § 342q HGB sowie – daran anknüpfend – von Standardisierungsverträgen notwendig. Dabei ergeben sich folgende Anforderungen aus dem höherrangigen Recht:

- Aus verfassungsrechtlichen Gründen ist darauf Acht zu geben, dass eine Anerkennung nur bei entsprechender fachlicher Kompetenz und organisatorischer Absicherung der Berücksichtigung der relevanten Stakeholderinteressen erfolgt. Denn bei der Privatisierung öffentlicher Aufgaben (wie der Standardsetzung) muss das Recht eine gemeinwohlverträgliche Ausübung der Befugnisse sicherstellen. Dies gilt sowohl hinsichtlich der Konformitätsvermutung des § 342q Abs. 2 HGB als auch für die Beteiligung bei EFRAG, weil diese die gesetzlichen Festlegungen durch die EU-Kommission vorbereitet.
- Diese Anforderungen (Fachkompetenz, plurale Zusammensetzung) ergeben sich zudem aus dem Unionsrecht. Für eine etwaige weitere Konkretisierung von Nachhaltigkeitsstandards auf nationaler Ebene gilt dies deswegen, weil anderenfalls die effektive Durchsetzung der Nachhaltigkeitsberichterstattung beeinträchtigt würde. Hinsichtlich der Beteiligung an EFRAG gebietet die CSRD eine entsprechende Fachkompetenz der an der technischen Berichterstattung mitwirkenden Organisationen, auch wenn die Richtlinie gegenüber öffentlichen Einrichtungen und nationalen Standardsetzern von einer Sanktionsmöglichkeit durch die Kommission absieht. Das Erfordernis einer hinreichend pluralen Zusammensetzung ergibt sich wegen der besonderen Rolle des nationalen Standardsetzers zudem aus dem europäischen Kartellrecht.

Rechtsanwältin
Dr. Roda Verheyen
(RAe Günther)

Rechtsanwalt
Dr. Johannes Franke
(RAe Günther)

Rechtsanwalt
Simon Simanovski
(simanovski - Kanzlei für
faïres Wirtschaften)