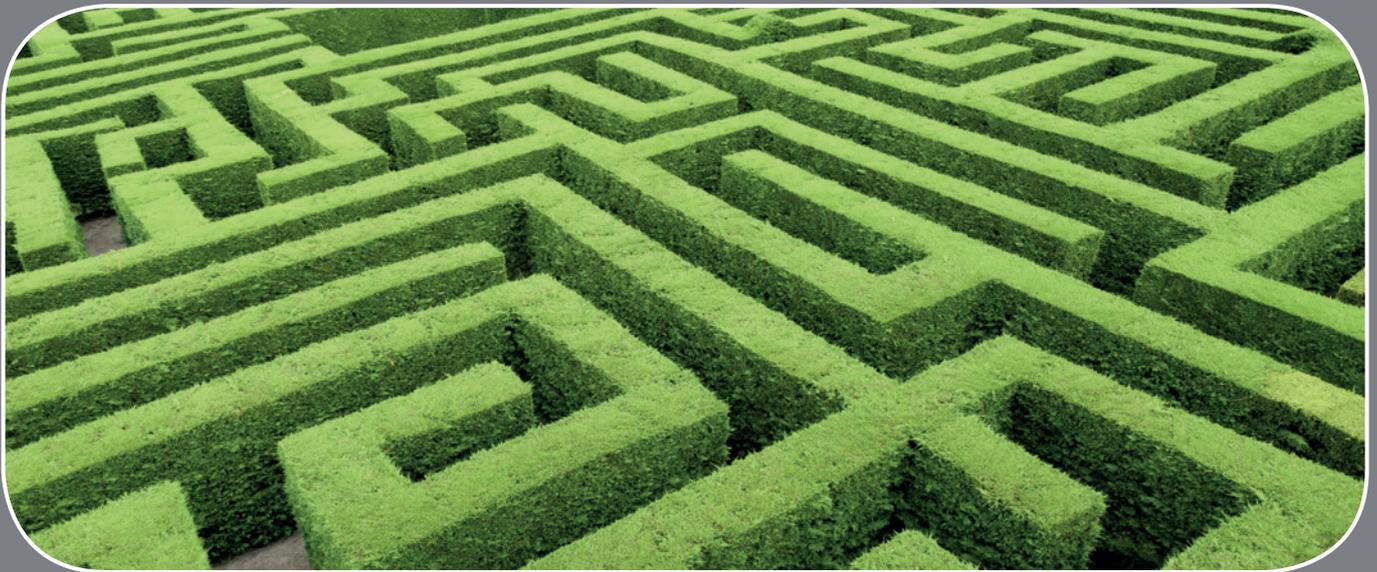




Stiftung
Familienunternehmen

Nachhaltigkeitsberichterstattung: Zur Unionsrechtskonformität des CSRD-Standardsetzungsverfahrens



Impressum

Herausgeber:



Stiftung Familienunternehmen

Prinzregentenstraße 50

80538 München

Telefon: +49 (0) 89 / 12 76 400 02

Telefax: +49 (0) 89 / 12 76 400 09

E-Mail: info@familienunternehmen.de

www.familienunternehmen.de

Erstellt von:

Prof. Dr. Martin Nettesheim

Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,

Europarecht und Völkerrecht

Eberhard Karls Universität Tübingen

Juristische Fakultät

Geschwister-Scholl-Platz 1

72074 Tübingen

Zitat (Vollbeleg):

Stiftung Familienunternehmen (Hrsg.): Nachhaltigkeitsberichterstattung: Zur Unionsrechtskonformität des CSRD-Standardsetzungsverfahrens, erstellt von Prof. Dr. Martin Nettesheim, München 2022, www.familienunternehmen.de

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse.....	VII
A. EU-Normsetzungsverfahren und privilegierte Beteiligung privater Institutionen: die verfassungsrechtliche Fragestellung.....	1
B. Der Entwurf der CSRD – Grundsätzliche Neuregelung der Unternehmensberichtsspflichten.....	5
I. Der rechtspolitische Hintergrund des Reformvorschlags	5
1. Das Ziel einer öko-sozialen Transformation der europäischen Volkswirtschaften.....	5
2. Der Regelungskontext des CSRD-E	6
3. Reform des Rechts der Unternehmensberichterstattung	7
4. Regelungsansatz: „nudging“ und „public shaming“	8
5. Politizität von Nachhaltigkeitsberichtsstandards	9
II. Wesentliche Inhalte des Entwurfs vom 21. April 2021.....	10
1. Ergänzung der Finanzberichterstattung um eine Darstellung öko-sozialer Dimensionen der Unternehmenstätigkeit	10
a) Öko-soziale Gesamtdarstellung des Unternehmens.....	10
b) Wertschaffung als Bezugspunkt	13
c) Auswirkungen auf die Definition des Unternehmensinteresses	13
2. Begründung einer Befugnis der EU-Kommission zum Erlass delegierten Rechts	14
3. Ausgestaltung des Entscheidungsfindungsprozesses der EU-Kommission	15
a) Frühzeitige politische Festlegung auf die Beteiligung der EFRAG	15
b) Zugrundelegung einer Stellungnahme der EFRAG.....	16
c) Anhörung weiterer spezifisch benannter Stellen	18
d) Keine Anhörungs- und Beteiligungsmöglichkeiten im Entscheidungsbildungsprozess der EU-Kommission.....	19
e) Keine spezifischen Anforderungen an die Prüfung einer EFRAG-Stellungnahme.....	20
III. Rezeption des CSRD-E	20
IV. Fragestellung	22

C. Beschreibung der European Financial Reporting Advisory Group	25
I. Grundstatus, Tätigkeitsfelder, institutioneller Aufbau.....	25
II. Der Weg der EFRAG in den Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung	28
III. Legitimationstheoretische Einordnung der EFRAG – Output, Input und Throughput	30
1. Grundsätzliche Einordnung der EFRAG: output-orientierte Experteninstitution	31
2. Legitimationstheoretische Hybridstruktur im Bereich der Nachhaltigkeitsberichtsstandards.....	32
D. Rechtspolitischer Hintergrund: Bemühungen der EU um „Good Governance“ und „Better Regulation“	35
I. Good Governance durch Offenheit, Transparenz und gleiche Beteiligungschancen.....	36
II. Konsultationen im Bereich delegierter Rechtsetzung	39
E. Europaverfassungsrechtliche Bewertung	43
I. Voraussetzungen und Bedingungen der Begründung delegierter Rechtsetzungsmacht – Übersicht.....	43
II. Verfassungstheoretische Hintergrunddimension: Das Zusammenspiel von Basisrechtsakt und Ausfüllung durch die EU-Kommission	45
1. Demokratietheoretisch-legitimatorische Überordnung des EU-Gesetzgebers.....	45
2. Funktionalistisch begründete Parallelität von Gesetzgebung und delegierter Rechtsetzung	46
3. Dogmatische Konsequenzen des funktionalistischen Verständnisses	48
4. Konsequenzen für das weitere rechtliche Untersuchungsprogramm	48
III. Hinreichende Steuerung der EU-Kommission durch den Basisrechtsakt?	49
1. Festlegung der wesentlichen Aspekte im Basisrechtsakt (Art. 290 Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 AEUV)	49
a) Unionsrechtlicher Begriff der Wesentlichkeit	49
b) Regelung der wesentlichen Fragen im CSRD-E?	51
2. Hinreichende Bestimmtheit der Vorgaben für die EU-Kommission.....	55
a) Die Notwendigkeit einer hinreichend konkreten Ausgestaltung delegierter Rechtsetzungsermächtigungen	55
b) Hinreichende Bestimmtheit des Entwurfs der CSRD?.....	57

IV. Funktionale Effektivität und normative Angemessenheit des im CSRD-E vorgesehenen Entscheidungsprozesses der EU-Kommission?	58
1. Zulässigkeit von Verfahrensvorgaben im Basisrechtsakt	59
2. Unvereinbarkeit der Einräumung privilegierter Einflussmöglichkeiten mit dem Prinzip repräsentativ-demokratischer Ausübung von Hoheitsgewalt (Art. 10 Abs. 1 EUV)	60
a) Unionsrechtlicher Gehalt des Prinzips repräsentativ-demokratischer Ausübung von Hoheitsgewalt.....	60
b) Unvereinbarkeit des im CSRD-E vorgesehenen rechtsförmigen privilegierenden Beteiligungsmechanismus mit Art. 10 Abs. 1 EUV.....	64
c) Fazit: Demokratiewidrigkeit privilegierter Beteiligungsmechanismen, die mit erheblicher Einflussmacht verbunden sind	68
3. Demokratische Egalitarität (Art. 2 EUV, Art. 9 S. 1 EUV i. V. m. Art. 10 Abs. 1 EUV).....	68
a) Unionsrechtliches Gebot der Wahrung demokratischer Egalitarität.....	68
b) Demokratische Egalitarität und sachverständige Mitwirkung im Rechtsetzungsverfahren	70
c) Privilegierte Stellung der EFRAG und demokratische Egalitarität.....	71
4. Offenheit, Transparenz und gleiche Zugänglichkeit (Art. 11 Abs. 1-3 EUV).....	75
a) Effektivität und Gleichheit der Beteiligungschancen	75
b) Keine gleichen Beteiligungschancen bei der Ausarbeitung der EU-Nachhaltigkeitsberichtsstandards	76
c) Fazit: Durchbrechung von Art. 11 Abs. 1-3 EUV kann durch Binnenstrukturen und -verfahren der EFRAG nicht aufgewogen werden	80
5. Verhältnismäßigkeit der Vorgaben (Art. 5 Abs. 3 EUV).....	80
F. Verfassungsrechtliche Absicherung der Demokratizität europäischer Rechtsetzung	83
I. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 38 Abs. 1 GG, Art. 20 GG i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG	83
II. Demokratiewidrige Delegationen als Verstoß gegen das „Recht auf Demokratie“	84
III. Möglichkeit der Erhebung einer Verfassungsbeschwerde und einstweiliger Rechtsschutz	85
Literaturverzeichnis	87

Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

Das im EU-Kommissionsentwurf für eine „Corporate Sustainability Reporting Directive“ (CSRD-E) enthaltene Verfahren zur Setzung von Nachhaltigkeitsberichtsstandards läuft in mehrfacher Hinsicht dem EU-Primärrecht zuwider. Die delegierte Rechtsetzungskompetenz für die EU-Kommission verstößt im Hinblick auf die Standardsetzung über immaterielles Kapital und unternehmerische Governance gegen das Wesentlichkeitsgebot des Art. 290 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Überdies wird der European Financial Reporting Advisory Group (EFRAG) eine privilegierte Stellung im Rechtsetzungsverfahren eingeräumt, die mit dem das EU-Recht tragenden Demokratieprinzip unvereinbar ist. Es widerspricht Art. 10 und Art. 11 des Vertrages über die Europäische Union (EUV), einzelne private Institutionen bei der Ausübung von EU-Hoheitsgewalt zu privilegieren.

CSRD-E, delegierte Rechtsakte, Nachhaltigkeitsberichtsstandards und die Rolle der EFRAG

1. Die EU-Kommission hat am 21. April 2021 den Entwurf einer Richtlinie vorgelegt, der eine wesentliche Änderung der Bilanzrichtlinie der EU vorsieht („CSRD-E“). Der Entwurf sieht vor, dass die erfassten Unternehmen zur Nachhaltigkeitsberichterstattung auf den Feldern Umwelt, Soziales und Corporate Governance verpflichtet werden. Er benennt eine Vielzahl von Berichtsgegenständen, über die Rechenschaft abgelegt werden muss. Er verpflichtet dazu, sowohl über die Auswirkungen der unternehmerischen Tätigkeit auf die Umwelt als auch auf die Rückwirkungen der Umwelt auf die unternehmerische Tätigkeit zu berichten.
2. Der CSRD-E sieht vor, dass die Nachhaltigkeitsberichtsstandards von der EU-Kommission in Form delegierter Rechtsakte nach Art. 290 AEUV erlassen werden sollen. Er legt fest, dass die EU-Kommission dabei Stellungnahmen der Europäischen Beratergruppe für Rechnungslegung (European Financial Reporting Advisory Group/EFrag) zu berücksichtigen hat, wenn diese unter Beachtung bestimmter prozeduraler Anforderungen erarbeitet worden sind. Die EU-Kommission hat vor dem Erlass der Standards zudem einen konkret bestimmten Kreis von EU-Institutionen zu konsultieren.
3. Die EFRAG ist eine private, nach belgischem Recht gegründete Einrichtung. Ihre ursprüngliche Zwecksetzung war die Beratung der EU-Kommission bei der Übernahme von internationalen Rechnungslegungsstandards. Nachdem sich die EU-Kommission politisch festgelegt hatte, der EFRAG im Prozess des Erlasses von Nachhaltigkeitsberichtsstandards eine privilegierte Stellung einzuräumen, trat die EFRAG in einen Prozess der Reorganisation ein, der bis März 2022 abgeschlossen sein soll.
4. Die Delegationsregelungen des CSRD-E sind in verschiedener Hinsicht mit den EU-Verträgen unvereinbar.

Delegationsregelungen mit EU-Verträgen unvereinbar.

Verstöße gegen das Wesentlichkeits-/Bestimmtheitsprinzip

5. Der Versuch des EU-Gesetzgebers, der EU-Kommission den Erlass von Nachhaltigkeitsberichtsstandards über immaterielles unternehmerisches Kapital zu übertragen, betrifft wesentliche politische Aspekte und ist damit mit dem Wesentlichkeitsvorbehalt des Art. 290 AEUV unvereinbar.
6. Auch die Festlegung von Nachhaltigkeitsberichtsstandards im Bereich unternehmerischer Governance hat jedenfalls teilweise wesentliche Aspekte zum Gegenstand und kann daher nicht auf die EU-Kommission delegiert werden.
7. Der CSRD-E weist hinsichtlich der Bestimmtheit der Delegation Defizite auf, die zur Unvereinbarkeit mit Art. 290 AEUV führen. Jedenfalls hinsichtlich der Governance-Nachhaltigkeitsberichtsstandards muss der EU-Gesetzgeber hinsichtlich Ziel und Inhalt genauere Vorgaben machen.

Die privilegierte Stellung der EFRAG im Rechtsetzungsverfahren: Verstoß gegen das Demokratieprinzip

8. Die Entscheidung des CSRD-E, der EFRAG eine privilegierte Einflussstellung im EU-Rechtsetzungsprozess zu verleihen, ist mit Art. 10 Abs. 1 EUV unvereinbar. Der CSRD-E sieht einen Entscheidungsmechanismus vor, der der EFRAG eine Stellung zuschreibt, die mit dem Demokratieprinzip des EU-Rechts unvereinbar ist.
9. Die privilegierte Stellung der EFRAG ist auch mit dem Prinzip demokratischer Egalität (Art. 2 EUV, Art. 9 S. 1 EUV i. V. m. Art. 10 Abs. 1 EUV) unvereinbar. Es gibt keine hinreichend tragfähigen Gründe dafür, einer privaten Institution wie der EFRAG eine spezielle Stellung im EU-Rechtsetzungsverfahren einzuräumen. Die EU-Kommission könnte das erforderliche Sachwissen auch in einer Weise generieren lassen, die keine Verletzung des Verfassungsprinzips vorsieht.
10. Die Entscheidung des CSRD-E, der EFRAG eine privilegierte Stellung im Verfahren der Wahrnehmung delegierter Rechtsetzungsmacht einzuräumen, ist auch mit Art. 11 Abs. 1-3 EUV unvereinbar. Die Auffassung der Verfasser des CSRD-E, dass die Verkürzung der nach Art. 11 Abs. 1-3 EUV gewährleisteten Transparenz, Offenheit und gleichen Zugänglichkeit dadurch gerechtfertigt werden könnte, dass die EFRAG ein Konsultationsverfahren durchführt, ist verfassungsrechtlich nicht haltbar. Die gleiche demokratische Mitsprache nach Art. 11 Abs. 1-3 EUV lässt sich nicht durch eine Anhörung seitens des (privilegierten) Privaten substituieren.

Art. 290 AEUV erlaubt nur die Übertragung von Befugnissen zur Änderung nicht wesentlicher Aspekte eines Rechtsakts.

Einsetzung einer privaten Organisation im Rechtsetzungsverfahren verstößt gegen europäische Verfassungsprinzipien.

Verhältnismäßigkeit und Rechtsschutz

11. Die Entscheidung des CSRD-E widerspricht zudem dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 EUV). Sie läuft den jahrelangen Bemühungen der EU-Kommission zuwider, im Zuge einer Verbesserung von Governance-Strukturen und der Verbesserung der Rechtsetzung den Einfluss bestimmter Gruppen zurückzudrängen und die gleiche Zugänglichkeit zu den Verfahren zu gewährleisten.
12. Entscheidungen des EU-Gesetzgebers, die eine faktische Privatisierung von EU-Hoheitsgewalt oder eine demokratiewidrige Privilegierung einzelner privater Akteure im Rechtsetzungsverfahren vorsehen oder zur Folge haben, wirken sich auf das „Recht auf Demokratie“ aus, berühren deshalb die Verfassungsidentität nach Art. 38 Abs. 1, Art. 20 Abs. 2 i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG und können folglich im Wege der Verfassungsbeschwerde von allen Deutschen angegriffen werden.

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht gewahrt.

Verfassungsbeschwerde gegen demokratieverletzende EU-Regelungen möglich.

A. EU-Normsetzungsverfahren und privilegierte Beteiligung privater Institutionen: die verfassungsrechtliche Fragestellung

Die EU-Kommission hat am 21. April 2021 den Entwurf einer Richtlinie vorgelegt, mit dem die Richtlinie 2013/34/EU¹ geändert und fortgeschrieben werden soll (nachfolgend: CSRD-E).² Der Entwurf zielt darauf ab, die bislang bestehenden Anforderungen an die unternehmerische Nachhaltigkeitsberichterstattung („CSR-Berichterstattung“) auszuweiten und inhaltlich grundsätzlich neu zu gestalten. Den Hintergrund bildet die im europäischen „Green Deal“³ angestrebte ökologische Transformation der Volkswirtschaften der EU-Mitgliedstaaten. Die Zielsetzungen des CSRD-E gehen allerdings weit über ökologische Belange hinaus und erstrecken sich auch auf soziale und politisch-ökonomische Anliegen. Der CSRD-E erweitert den Kreis der berichtspflichtigen Unternehmen deutlich und erstreckt ihn auf nicht kapitalmarktorientierte große Unternehmen, zudem mit etwas zeitlicher Verzögerung auch auf kapitalmarktorientierte kleine und mittelgroße Unternehmen. Er definiert den Zweck der unternehmerischen Berichtspflicht neu und sieht eine deutliche Ausweitung der berichtspflichtigen Nachhaltigkeitsinformationen vor.

Die im CSRD-E knapp umschriebenen Anforderungen sollen in EU-Standards der Nachhaltigkeitsberichterstattung näher ausgeformt werden. Zu diesem Zweck erhält die EU-Kommission die Kompetenz zur delegierten Rechtsetzung (Art. 290 AEUV). Unternehmen müssen den Nachhaltigkeitsbericht künftig zwingend im Lagebericht veröffentlichen. Die Nachhaltigkeitsberichterstattung unterfällt künftig der Prüfungspflicht. Die EU-Kommission strebt an, dass der EU-Gesetzgeber die Änderungsrichtlinie bis Sommer 2022 erlässt, die erlassene Richtlinie dann von den EU-Mitgliedstaaten bis zum 1. Dezember 2022 in staatliches Recht umgesetzt wird und die neuen Berichtspflichten für Geschäftsjahre ab oder nach dem 1. Januar 2023 gelten.

1 Richtlinie 2013/34/EU vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates, Abl. 2013 L 182/19, zuletzt geändert durch Richtlinie (EU) 2021/2101 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2021, Abl. 2021 L 429/1.

2 Vorschlag vom 21. April 2021 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 2013/34/EU, 2004/109/EG und 2006/43/EG und der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen, COM(2021) 189 final.

3 Europäische Kommission, „Aktionsplan: Finanzierung nachhaltigen Wachstums“, Mitteilung vom 8.3.2018, COM(2018) 097 final.

Der CSRD-E hat in Kreisen der Politik, der Wissenschaft und der Wirtschaft unterschiedliche Reaktionen ausgelöst.⁴ Die Grundentscheidung, die geltenden CSR-Berichtsanforderungen weiterzuentwickeln, ist allgemein begrüßt worden. Nur vereinzelt wurde die Notwendigkeit in Frage gestellt, einheitliche Standards zu entwickeln.⁵ Teilweise wurde der Entschluss der EU-Kommission kritisiert, einen eigenen „europäischen Weg“ der Ausarbeitung von Nachhaltigkeitsberichtsstandards beschreiten zu wollen, anstatt auf eine internationale Lösung hinzuarbeiten und die Standards zu übernehmen, die gegenwärtig von der IFRS-Stiftung ausgearbeitet werden.⁶ Für Unternehmen, die auch außerhalb der EU tätig sind, können sich hierdurch Zusatzkosten und Kohärenzprobleme ergeben. Einwände wurden auch gegen die Wahl der Rechtsgrundlage erhoben, zudem gegen die starke Ausweitung der Zahl der erfassten Unternehmen.⁷ Erhebliche Kritik wurde daran geäußert, dass nicht eindeutig sichergestellt sein wird, dass kleine und mittlere Unternehmen (KMU) künftig von übermäßigen und unangemessenen Anforderungen verschont sein werden. Vielfach wird die Gefahr einer „slippery slope“-Entwicklung gesehen, wonach die für die Großunternehmen entwickelten Standards – trotz aller gegenteiligen politischen Bekundungen – schrittweise auf KMUs erstreckt würden. Teilweise wurde schließlich auch Kritik an der Rolle geäußert, die EFRAG im Prozess der Ausarbeitung unionaler Nachhaltigkeitsberichtsstandards künftig zukommen soll.⁸

Die nachfolgende Untersuchung unterzieht die Bestimmungen des CSRD-E, die der Entwicklung und Inkraftsetzung der EU-Nachhaltigkeitsberichtsstandards dienen, einer unionsverfassungsrechtlichen Analyse. Der CSRD-E will der EU-Kommission die Kompetenz übertragen, diese Standards in Form delegierter Rechtsetzung (Art. 290 AEUV) in Kraft zu setzen. In dem Entwurf wird der Entscheidungsprozess der EU-Kommission rechtlich verfasst und ausgestaltet. Der CSRD-E sieht vor, dass die EFRAG fachliche Stellungnahmen ausarbeitet und der EU-Kommission unterbreitet. Die EU-Kommission soll dann zu diesen Stellungnahmen konkret bezeichnete EU-Einrichtungen und Institutionen konsultieren. Sie muss die Stellungnahmen der EFRAG „berücksichtigen“, wenn diese bestimmten prozeduralen Anforderungen entsprechen (Art. 49

4 Ausführliche Übersicht über die Kritikpunkte bei: Josef Baumüller/Oliver Scheid, Der Entwurf zur Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) – Darstellung, kritische Würdigung und Implikationen für deutsche Unternehmen, PIR 2021, 202; Josef Baumüller/Oliver Scheid/Sean Needham, Die Corporate Sustainability Reporting Directive als Schlüsselement von Sustainable Finance: Zusammenhänge und Entwicklungsperspektiven, IRZ 2021, 337; Georg Lanfermann/Kristina Schwedler/Thomas Schmotz, Nachhaltigkeitsberichtsstandards im Fokus der EU-Gesetzgebung, Die Wirtschaftsprüfung, 74 (2021), 762; Stefan Müller/Oliver Scheid/Josef Baumüller, Kommissionsvorschlag zur Corporate Sustainability Reporting Directive: von der nichtfinanziellen Berichterstattung zur Nachhaltigkeitsberichterstattung, Betriebs-Berater, 73 (2021), 1323.

5 Carol Adams/Subhash Abhayawansa, Connecting the COVID-19 pandemic, environmental, social and governance (ESG) investing and calls for ‘harmonisation’ of sustainability reporting, Critical Perspectives on Accounting (im Druck: <https://doi.org/10.1016/j.cpa.2021.102309>).

6 Christian Fink/Thomas Schmotz, Die Vorschläge der EU-Kommission zur Überarbeitung der CSR-Richtlinie, Zeitschrift für internationale und kapitalmarktorientierte Rechnungslegung (KoR) 2021, 304 (311 f.); Martin Stawinoga, Zur Gründung des International Sustainability Standards Board (ISSB): IFRS Sustainability Disclosure Standards vs. EU-Rahmenwerk? IRZ 2021, 537 (hierzu noch unten bei Fn. 203).

7 Peter Hommelhoff, Primärrechtlich begründete Mängel im CSRD-Vorschlag und deren Beseitigung, Der Betrieb, 74 (2021), 2437.

8 Dazu noch unten B.III (S. 20).

Abs. 3a RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E). Auch wenn keine Pflicht der EU-Kommission zur Übernahme der Ausarbeitungen der EFRAG besteht, wird dieser damit eine privilegierte Einflussposition zugewiesen.

Die vom CSRD-E entwickelte Konstruktion ist ungewöhnlich, weil die Ausübung von Hoheitsgewalt in einem demokratischen System privilegienfeindlich erfolgen muss. Die EU kann sich nicht demokratischen Werten (Art. 2 EUV) verschreiben und die Verpflichtungswirkung demokratischer Prinzipien (Art. 10 EUV) betonen, wenn sie nicht anerkennt, dass Demokratie keine Privilegien kennen kann. Im Ausgangspunkt dürfte es keinen Widerspruch auslösen, wenn man feststellt, dass es konstitutionellen, vor allem demokratischen Anliegen zuwiderläuft, einer privaten Institution in hoheitlichen Rechtsetzungsverfahren in irgendeiner Weise eine formalisierte, besondere Einfluss- oder Machtstellung einzuräumen. Man stelle sich vor, dass einer Unternehmensorganisation, einer Gewerkschaft, einer Menschenrechtsschutzorganisation oder einem Umweltschutzverband im Gesetzgebungsverfahren der EU (Art. 294 AEUV) eine formalisierte besondere Stellung eingeräumt würde: Der Konflikt mit dem Demokratieprinzip, das in Art. 2 EUV und Art. 10 Abs. 1 EUV zu den konstitutionellen Grundlagen der EU gezählt wird, läge auf der Hand.⁹

Das Demokratieprinzip kennt eine Vielzahl von Ausgestaltungsbefugnissen. Die Einräumung einer privilegierten Rechtsstellung ist damit nicht schlechterdings ausgeschlossen. Die diesbezüglichen Begründungsanforderungen sind allerdings hoch: Wird einer privaten Institution eine privilegierte Rechtsstellung im Rechtsetzungsverfahren eingeräumt, berührt das zweifellos den Kernbereich des Gewährleistungsgehalts dieses Prinzips: egalitäre Gleichbehandlung aller Herrschaftsunterworfenen, Offenheit der Entscheidungsfindungsprozesse, Transparenz der Entscheidungsverfahren, Amtlichkeit der Wahrnehmung von Hoheitsbefugnissen und Verbot der Privatisierung von Hoheitsgewalt. Die Last der Rechtfertigung der privilegierten Einbeziehung einer privaten Institution in den Rechtsetzungsprozess wiegt damit schwer.

Die EU sollte diese Last nicht leichtfertig beiseite schieben oder als unbeachtlich abtun. Die EU wird bekanntermaßen schon seit langem mit kritischen Anfragen konfrontiert, ob ihre Entscheidungsstrukturen normativ den demokratischen Anforderungen genügen, die angesichts des Umfangs der EU-Entscheidungsgewalten und der Politizität der getroffenen Entscheidungen heute an sie zu stellen sind. Würde die EU in dieser Situation dazu übergehen, privaten Institutionen im Rechtsetzungsprozess eine privilegierte Stellung einzuräumen, würde sie möglicherweise die bestehenden demokratietheoretisch-legitimatorischen Probleme weiter vergrößern. Sicher wäre zudem, dass das damit verbundene öffentliche Bild hochgradig

⁹ Entsprechendes würde gelten, wenn (um das am Beispiel des deutschen Verfassungsrechts zu illustrieren) einer privaten Institution im Gesetzgebungsverfahren nach Art. 76-82 GG eine rechtsförmig begründete, privilegierte Stellung eingeräumt würde.

problematisch wäre und keinerlei Vertrauen stiften würde. Eine Europäische Union, die darum kämpft, ihren Rückhalt in der europäischen Bevölkerung zu stärken, sollte alles tun, um dem Eindruck zu begegnen, dass einzelne Institutionen oder Gruppen eine besondere Möglichkeit haben, ihre Interessen in den Rechtsetzungsprozess einzubringen und dort durchzusetzen.

Die EU-Kommission scheint sich dessen bewusst zu sein – der CSRD-E enthält Vorkehrungen, mit denen die dort vorgesehene spezifische Privilegierung einer konkreten privaten Institution aufgefangen werden soll. Die nachfolgende Untersuchung geht der Frage nach, ob diese von der EU-Kommission im CSRD-E entwickelte Konstruktion den Anforderungen des EU-Primärrechts genügt. Angesichts der herausragenden Bedeutung, die das Demokratieprinzip nach Art. 2 EUV i. V. m. Art. 10 Abs. 1 EUV für die Entwicklung der Binnenorganisation der EU und für die Ausübung der EU-Hoheitsgewalt (einschließlich der Rechtsetzung) hat, dürfen die diesbezüglichen Anforderungen nicht weichgespült werden.

Die Untersuchung geht zunächst auf die Neuerungen ein, die im CSRD-E angelegt sind, vor allem auf den Rechtsrahmen für den Erlass von EU-Nachhaltigkeitsberichtsstandards in Form delegierter Gesetzgebung (nachfolgend B). Sie schildert dann die gegenwärtige Struktur der EFRAG und deren Reformprozess (nachfolgend C). Im vierten Teil wird das rechtspolitische Selbstverständnis dargestellt, das die EU mit Blick auf „good governance“, Offenheit, Transparenz und gleiche Zugänglichkeit entwickelt hat (nachfolgend D). Es schließt sich eine verfassungsrechtliche Untersuchung des EU-Primärrechts an, das der Übertragung delegierter Rechtsetzungskompetenzen auf die EU-Kommission einen Rechtsrahmen setzt (nachfolgend E). Die Einhaltung demokratischer Anforderungen an die Ausgestaltung des Normsetzungsverfahrens und seine Ausübung wird auch durch das deutsche Verfassungsrecht abgesichert. Nach Art. 38 Abs. 1, Art. 20 GG i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG können Fehlentwicklungen im Wege der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden (nachfolgend F).

B. Der Entwurf der CSRD – Grundsätzliche Neuregelung der Unternehmensberichtspflichten

I. Der rechtspolitische Hintergrund des Reformvorschlags

Der Reformvorschlag lässt sich nur angemessen einordnen und richtig verstehen, wenn man ihn in sein gesellschaftspolitisches Umfeld einordnet.

1. Das Ziel einer öko-sozialen Transformation der europäischen Volkswirtschaften

Schon seit Jahren ist zu beobachten, dass sich die sozio-politischen Erwartungshaltungen, mit denen Unternehmen in der EU konfrontiert werden, wandeln. Schon in den späten 1990er Jahren, vor allem aber mit Beginn des neuen Millenniums nahmen die politischen Bemühungen um eine Neuformulierung der ethischen und politischen Standards zu, die an ein Unternehmen und seine Geschäftstätigkeit herangetragen werden.¹⁰ Nicht zuletzt die Menschenrechtspolitik bemühte sich darum, ethische und rechtliche Grenzen des unternehmerischen Verhaltens im Markt zu formulieren. Inzwischen hat die EU die Bemühungen politisch aufgenommen und zum Bezugspunkt einer vielschichtigen Transformationspolitik gemacht. Im Kontext eines europäischen „Green Deal“ strebt sie eine Umstellung des Wirtschafts- und Finanzsystems auf vollständige Nachhaltigkeit und den Zustand der Klimaneutralität¹¹ an. Der Anspruch auf Durchsetzung nachhaltigen unternehmerischen Verhaltens erstreckt sich darüber hinaus auf sonstige Umweltbelange, auf den Bereich des Sozialen (einschließlich der Rechte von Arbeitnehmern), auf den Bereich der Menschenrechte und der Wirtschaftsethik (z. B. Verhinderung von Korruption), schließlich sogar auf die Fairness des Verhaltens im Markt (z. B. Zahlungsverhalten). Es geht der EU damit um die Förderung eines grundsätzlichen Transformationsprozesses, der sich auf einem ganzen Bündel von Handlungsfeldern vollziehen soll.¹²

In der Sache bleibt (jenseits des Ziels eines CO₂-neutralen Wirtschaftens) allerdings eher unklar, welcher spezifische Zustand angestrebt wird. Im CSRD-E ist davon die Rede, „eine Wirtschaft im Dienste der Menschen“ schaffen zu wollen.¹³ Zu diesem Zweck soll ein breiter Instrumentenmix eingesetzt werden, angefangen von unmittelbaren rechtlichen Verpflichtungen über rechtliche Anreizmechanismen¹⁴ bis hin zu Formen des sozio-politischen Nudging. Klar erkennbare materielle Ziele werden nicht formuliert – das will die EU der Gesellschaft überlassen. Der CSRD-E

10 Vgl. hierzu Nadia Bernaz, *Business and Human Rights: History, Law and Policy*, 2016; Ilias Bantekas/Michael A. Stein, *The Cambridge Companion to Business and Human Rights*, 2021; zu denken ist etwa an den UN Global Compact.

11 Mitteilung der Kommission „Aktionsplan: Finanzierung nachhaltigen Wachstums“, COM(2018) 097 final.

12 Vgl. auch Abschlussbericht des Sustainable-Finance-Beirats der Bundesregierung, <https://sustainable-finance-beirat.de/publikationen/>.

13 Richtlinienvorschlag (oben Fn. 2), S. 1.

14 Z. B. öffentliches „naming and shaming“.

begreift sich insofern als Teil eines rechtlichen Steuerungs- und Regulierungsrahmens, der darauf abzielt, das gesellschaftliche Verständnis davon, was gutes Unternehmertum bedeutet, umzuprägen – um so auch auf das unternehmerische Selbstverständnis reflexiv einzuwirken.

2. Der Regelungskontext des CSRD-E

Die Bemühungen der EU, einen öko-sozialen Umbau der europäischen Volkswirtschaft herbeizuführen, haben sich inzwischen in einem ganzen Bündel von Maßnahmen und Vorhaben niedergeschlagen.¹⁵ Primär geht es der EU darum, die Finanzmärkte für die Existenz und Beachtung von Environmental, Social und Governance (ESG)-Standards zu sensibilisieren, nicht zuletzt dadurch, dass das hierfür erforderliche Beurteilungs- und Bewertungswissen generiert wird. Zu diesem Zweck hat der EU-Gesetzgeber in der „Offenlegungsverordnung“ festgelegt, welche Transparenzanforderungen die Finanzmarktteilnehmer mit Blick auf Nachhaltigkeitsrisiken und Nachhaltigkeitsauswirkungen zu erfüllen haben.¹⁶ Die „Taxonomieverordnung“¹⁷ legt Maßstäbe fest, wie der Anteil ökologischer und sozialer Investitionen und Umsätze eines Unternehmens zu bestimmen ist.¹⁸

Darüber hinausgehend zielt der CSRD-E darauf ab, die Informationen zu generieren, die erforderlich sind, um die öko-soziale Stellung eines Unternehmens in der Gesellschaft bewerten und kritisieren zu können. Einerseits dadurch, dass die Unternehmensleitung dazu veranlasst wird, sich mit den Auswirkungen der unternehmerischen Tätigkeit auf das öko-soziale Umfeld (im weitesten Sinne) zu befassen. Andererseits dadurch, dass die Gesellschaft und ihre Mitglieder über das Unternehmen, die Unternehmenspolitik und die davon ausgehenden Auswirkungen informiert werden. Im CSRD-E wird diese Änderung des Grundverständnisses unternehmerischer Berichtspflichten dadurch zum Ausdruck gebracht, dass nicht mehr von nicht-finanzieller Berichterstattung gesprochen wird, sondern von Nachhaltigkeitsberichterstattung. Der CSRD-E lässt keinen Zweifel daran, dass die Adressaten dieser Berichterstattung die Gesamtgesellschaft und ihre Mitglieder sind. Für den Bereich der Lieferketten plant die EU-Kommission noch eine

15 Jens Ekkenga/Carsten Schirmacher/Björn Schneider, Offene Fragen zur rechtlichen Steuerung nachhaltigen Unternehmertums, NJW 2021, 1509.

16 Verordnung (EU) 2019/2088 vom 27. November 2019 über nachhaltigkeitsbezogene Offenlegungspflichten im Finanzdienstleistungssektor, Abl. 2019 L 317/1. Die Verordnung wird begleitet von der Verordnung (EU) 2019/2089 vom 27. November 2019 zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/1011 hinsichtlich EU-Referenzwerten für den klimabedingten Wandel, hinsichtlich auf das Übereinkommen von Paris abgestimmter EU-Referenzwerte sowie hinsichtlich nachhaltigkeitsbezogener Offenlegungen für Referenzwerte, Abl. 2019 L 317/17, in der Klimabenchmark-Klassifikationen und ESG-Anforderungen für Benchmarks festgelegt werden.

17 Verordnung (EU) 2020/852 vom 18. Juni 2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/2088, Abl. 2020 L 198/13.

18 Hierzu Jens Ekkenga/Peter Posch, Die Klassifizierung umweltnützlicher Wirtschaftstätigkeiten und ihre Finanzierung nach neuem Unionsrecht, WM 2021, 205.

Spezialregelung.¹⁹ Die Lasten, die dieses Transformationsprogramm für die Wirtschaftsakteure bewirken wird, sind hoch.²⁰

3. Reform des Rechts der Unternehmensberichterstattung

Das traditionelle Recht der Finanzberichterstattung ist dadurch gekennzeichnet, dass es die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage eines Unternehmens zum Gegenstand hat. Es beinhaltet eine Berichterstattung über Finanzindikatoren und zielt auf eine Information der Kapitalmarktakteure ab. Die im Jahr 2013 erlassene Richtlinie 2013/34/EU²¹ war noch ganz diesem traditionellen Paradigma verpflichtet.²² Im Jahr 2014 fügte der EU-Gesetzgeber dann erstmals operative Regelungen über eine Berichterstattung über nicht-finanzielle Informationen in die Bilanzrichtlinie ein.²³ Bestimmte große Unternehmen wurden dazu verpflichtet, eine „nicht-finanzielle Erklärung“ abzugeben, in der diejenigen Angaben aufgenommen sind, die für das Verständnis des Geschäftsablaufs, des Geschäftsergebnisses, der Lage des Unternehmens sowie der Auswirkungen seiner Tätigkeit erforderlich sind. Die Angaben haben sich mindestens auf die Umwelt-, Sozial- und Arbeitnehmerbelange, auf die Achtung der Menschenrechte und auf die Bekämpfung von Korruption und Bestechung zu erstrecken.²⁴ Um mehr als rahmenartige Vorgaben handelte es sich aber nicht: Den Unternehmen blieben vielfältige Auslegungs- und Umsetzungsspielräume, etwa hinsichtlich des Umfangs der Berichtspflichten und der Struktur der Unternehmensberichterstattung.²⁵ Sie verfügten damit über ein weites Spektrum an Möglichkeiten, die Unternehmensberichterstattung über nicht-finanzielle Angelegenheiten konkret auszugestalten. Konkretisierungsbemühungen der EU-Kommission änderten hieran nur wenig.²⁶ Die Richtlinie sah im Übrigen keine Integration der Unternehmensberichterstattung in einen einheitlichen Bericht vor, sondern ließ es zu, dass finanzielle

19 Vgl. EU-Kommission, Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, 23. Februar 2022, COM(2022) 71 final.

20 Thomas M. J. Möllers, Green Deal: Greenwashing, Information Overload und der vergessene Good Corporate Citizen als Investor, ZHR 185 (2021), 881.

21 Richtlinie 2013/34/EU vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates, ABl. 2013 L 182/19.

22 In Begründungserwägung 26 ist davon die Rede, dass sich „(d)ie Informationen ... nicht auf die finanziellen Aspekte der Geschäfte des Unternehmens beschränken (sollten), sondern auch die ökologischen und sozialen Aspekte seiner Geschäftstätigkeit ...“.

23 Richtlinie 2014/95/EU vom 22. Oktober 2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen, Abl. 2014 L 330/1.

24 Georg Lanfermann, EU-Richtlinienvorschlag zur Offenlegung von nicht-finanziellen Informationen, BB 2013, 1323. Die Richtlinie wurde durch das CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz vom 11. April 2017 in das deutsche Recht umgesetzt (BGBl. I 2017 S. 802).

25 Ausführlich: Josef Baumüller, Nichtfinanzielle Berichterstattung, 2020; Josef Baumüller/Alice Niklas/Christina Wieser, Die Zukunft der europäischen Nachhaltigkeitsberichterstattung, 2021 (<https://awblog.at/zukunft-der-europaeischen-nachhaltigkeitsberichterstattung/>).

26 EU-Kommission, Guidelines on Non-Financial Reporting (Methodology for Reporting Non-Financial Information), Mitteilung vom 5. Juli 2017, C/2017/4234, ABl. 2017 C 215/1.

und nicht-finanzielle Berichterstattung getrennt erfolgen. Über Reformnotwendigkeiten wurde schon länger diskutiert.²⁷

Im Jahr 2018 führte die EU-Kommission einen „Fitness Check“ durch, in dessen Verlauf die Notwendigkeit der Überarbeitung der Regelungen deutlich wurde. Nachdem die EU-Kommission im Jahr 2019 Leitlinien zur Auslegung des Rechts der nichtfinanziellen Berichterstattung vorgelegt hatte,²⁸ erklärte sie dann Anfang 2020, eine grundsätzliche Neufassung des Unternehmensberichtsrechts über nichtfinanzielle Angelegenheiten zum Gegenstand des „Green New Deal“ machen zu wollen.²⁹ Im ersten Halbjahr 2020 führte die EU-Kommission eine öffentliche Konsultation durch. Am 21. April 2021 legte sie den Entwurf einer Neufassung der Bilanzrichtlinie vor.³⁰ Der Richtlinienvorschlag wurde von einer Studie begleitet, in der die Folgen bewertet wurden.³¹

4. Regelungsansatz: „nudging“ und „public shaming“

Der von der EU-Kommission vorgelegte Entwurf sieht keine Rechtspflicht zur Ausrichtung der Unternehmensstrategie auf eine nachhaltige Unternehmenspolitik vor. Das bleibt Gegenstand unternehmerischer Entscheidungsfreiheit. Der CSRD-E versucht auch nicht, die Maßstäbe für gutes („nachhaltiges“) Unternehmertum abschließend festzulegen. Er beruht auf der Vorstellung, dass sich die angestrebte Transformation auf Unternehmensebene (jedenfalls gegenwärtig) dadurch hinreichend effektiv vorantreiben lässt, dass sich Unternehmen öffentlicher Kritik stellen müssen und der Reaktion von Marktteilnehmern, Stakeholdern und Öffentlichkeit ausgesetzt werden. Die Berichtspflichten sollen indirekt, also über antizipierte oder tatsächliche Reaktionen der Berichtsadressaten, eine Veränderung der Sinn- und Orientierungssysteme bewirken, die in einem Unternehmen präsent sind. Dem Unternehmensumfeld soll es ermöglicht werden, auf der Basis der Informationen, die in Erfüllung der Anforderungen an die Nachhaltigkeitsberichterstattung generiert werden, sozial oder ökonomisch zu reagieren. Der CSRD-E lässt offen, um welche Reaktionen es geht – sie reichen von der Verhaltensänderung im Markt bis hin zum „public shaming“. Der auf diese Weise ausgelöste Druck ist schon heute nicht

27 DRSC, CSR-Studie – Abschlussbericht zur vom BMJV beauftragten Horizontalstudie sowie zu Handlungsempfehlungen für die Überarbeitung der CSR-Richtlinie, 2021.

28 EU-Kommission, Leitlinien für die Berichterstattung über nichtfinanzielle Informationen, ABl. 2017 C 215/1.

29 Vgl. auch Europäisches Parlament, Entschließung vom 29. Mai 2018 zu einem nachhaltigen Finanzwesen (2018/2007(INI)); Rat der Europäischen Union, Schlussfolgerungen zur Vertiefung der Kapitalmarktunion vom 5. Dezember 2019.

30 Siehe oben Fn. 2.

31 Europäische Kommission, Impact Assessment accompanying the document „Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No 537/2014, as regards corporate sustainability reporting“, SWD(2021) 150 final. Kritisch Mark Roe/Holger Spamann/Jesse Fried/Charles Wang, The European Commission’s Sustainable Corporate Governance Report: A Critique, Harvard Business School Working Paper 21-056, October 2020; Karina Sopp/Josef Baumüller, Auf dem Weg zu europäischen Standards für die nichtfinanzielle Berichterstattung? (Teil 1), Zeitschrift für internationale und kapitalmarktorientierte Rechnungslegung (KoR) 2021, 254.

gering; er dürfte künftig weiter steigen.³² Die Außenkommunikation des Unternehmens wird künftig (mehr noch als bisher) ESG-Aspekte zum Gegenstand haben; die ESG-Förderlichkeit der Ausrichtung der Unternehmenspolitik, die Anpassung der Unternehmensstrukturen an das neue Regelungsumfeld und die Erreichung der gesetzten ESG-Ziele werden noch wichtiger.

Der CSRD-E zielt nicht nur auf die betroffenen Unternehmen ab, sondern mindestens in gleichem Maße auf Marktakteure, Stakeholder und Mitglieder der Gesamtgesellschaft. Sie sollen dazu veranlasst werden, ihre normative Bewertung unternehmerischer Tätigkeit so (um)zu formulieren, dass es den vom EU-Gesetzgeber avisierten Nachhaltigkeitsmaßstäben entspricht. Genügen Unternehmen diesen Anforderungen nicht, sollen die ihnen gegenüberstehenden Marktakteure, Stakeholder und Mitglieder der Gesamtgesellschaft zu Sanktionen greifen. Der CSRD-E will damit einen sozio-ökonomischen Prozess weiter vorantreiben, in dessen Verlauf sich die gesellschaftlichen Erwartungshaltungen an unternehmerisches Handeln verändern und verschärfen. Dem EU-Gesetzgeber geht es letztlich darum, die Gesellschaft für ESG-Anliegen zu sensibilisieren und sie zu motivieren, Unternehmen mit Blick auf ESG-Aspekte zu bewerten. Angestrebt wird die Umformulierung des in der Gesellschaft vorgehaltenen Anforderungsprofils für gute unternehmerische Tätigkeit. Die Gefahr besteht, dass die Verfahren zur Entwicklung dieses Anforderungsprofils von Minderheitspositionen und -interessen dominiert werden. Auch die Möglichkeit einer von populistischen Motiven getragenen Über- oder Fehlregulierung ist nicht von der Hand zu weisen.

5. Politizität von Nachhaltigkeitsberichtsstandards

Nachhaltigkeit lässt sich als Oberbegriff für eine Unternehmenstätigkeit verstehen, die sich in eine Mehrzahl ethischer Normensysteme einfügt, die jeweils Maßstäbe für gutes Unternehmertum bereitstellen. Diese Maßstäbe sind nicht vorfindlich und feststehend, sondern werden in dynamischen Prozessen formuliert und weiterentwickelt. Die Maßstäbe dafür, was Nachhaltigkeit bedeutet, sind damit auch kontinuierlicher Veränderung unterworfen. Die Vorstellungen, was ein öko-sozial gutes Unternehmertum kennzeichnet, weichen in einer pluralistischen Gesellschaft, in der die Menschen unterschiedliche Wertsysteme als verbindlich ansehen und unterschiedliche Zielorientierungen haben, jenseits eines konsentierten Kerns nicht unerheblich voneinander ab. Niemand wird heute mehr grundsätzlich in Frage stellen, dass Unternehmen eine Umwelt-, Sozial- und Menschenrechtsverantwortung trifft, die über das Gebot der Einhaltung des Rechts hinausgeht. Was das aber konkret bedeutet, ist bekanntlich Gegenstand intensiver politischer, gesellschaftlicher und wissenschaftlicher Kontroversen.

32 Georg Lanfermann/Josef Baumüller/Oliver Scheid, Klimaberichterstattung: Der Druck von Regulatoren und Investoren auf europäische Unternehmen steigt, IRZ 2021, 285.

Die Formulierung von Nachhaltigkeitsberichtsstandards ist vor diesem Hintergrund nicht „ethisch neutral“. Die Auswahl der Handlungsfelder, die in einer Nachhaltigkeitsberichterstattung zu thematisieren sind, beinhaltet auch immer eine Entscheidung darüber, was sozialpolitisch relevant ist und was nicht. Die Festlegung der Berichtsgegenstände umschreibt, welche unternehmensinternen Strukturen, Entscheidungen und Handlungen für die angestrebte öko-soziale Reform als relevant angesehen werden. Ohne politisch-ethische Wertungen ist das nicht möglich. Auch die Festlegung konkreter Standards der Nachhaltigkeitsberichterstattung umfasst insofern immer ein Element politischer Entscheidung.³³ Die Formulierung konkreter Anforderungen ist nicht möglich, ohne nicht zuerst maßstäblich zu definieren, wie sich das Bild des berichtenden Unternehmens aus dem Blickwinkel der Berichtsadressaten darstellen soll.

Für die rechtliche Einordnung und Kritik des CSRD-E ist das Wissen um diese rechtspolitische Hintergrunddimension unverzichtbar.

II. Wesentliche Inhalte des Entwurfs vom 21. April 2021

1. Ergänzung der Finanzberichterstattung um eine Darstellung öko-sozialer Dimensionen der Unternehmenstätigkeit

Der CSRD-E löst die Nachhaltigkeitsberichterstattung aus der Finanzberichterstattung heraus und macht sie zu einem eigenständigen Berichtsfeld. Der enge normative Zusammenhang, der im geltenden CSR-Berichtsrecht noch zur Rechnungslegung und zum Gesellschaftsrecht besteht, wird gelöst. Die Ziele, die die geltende Bilanzrichtlinie im Kern verfolgt, werden überwunden und neu formuliert. Der CSRD-E will die Nachhaltigkeitsinformationen eines Unternehmens auf die gleiche Bedeutungsstufe stellen wie die Finanzinformationen.

a) Öko-soziale Gesamtdarstellung des Unternehmens

Der CSRD-E zielt auf eine öko-soziale Gesamtdarstellung des Unternehmens ab. Den Kern des CSRD-E bildet die Benennung der Nachhaltigkeitsfelder, auf denen sich das Unternehmen künftig bewähren soll. Nach Art. 19b Abs. 2 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) muss die Berichterstattung drei große Nachhaltigkeitsfelder abdecken, denen öko-soziale Bedeutung zugeschrieben wird: Umwelt (Klimaschutz, Anpassung an den Klimawandel, Wasser- und Meeresressourcen, Ressourcennutzung und Kreislaufwirtschaft, Verschmutzung, Biodiversität und Ökosysteme), Soziales (Chancengleichheit, Arbeitsbedingungen, Menschenrechte, Grundfreiheiten, demokratische Grundsätze und Standards) und unternehmerische Governance (Rolle der Unternehmensorgane, Unternehmensethik und Unternehmenskultur etc.).

³³ Hierzu unten E. III. 2 (S. 58).

Der CSRD-E beschreibt zudem die Berichtsgegenstände, an denen Außenstehende bemessen können sollen, ob das Unternehmen die Ziele der Nachhaltigkeitspolitik internalisiert hat (Art. 19a Abs. 2 RL 2013/34/EU i. d. F. des CSRD-E): Beschreibung des Geschäftsmodells und der Strategie des Unternehmens, unter Einschluss besonders nachhaltigkeitsrelevanter Teilaspekte; Beschreibung der Nachhaltigkeitsziele und der Fortschritte bei der Zielverwirklichung; Beschreibung der Rolle der Verwaltungs-, Leitungs- und Aufsichtsorgane bei der Formulierung und Umsetzung der Nachhaltigkeitspolitik des Unternehmens. Der Zugriff des CSRD-E ist damit umfassend und geht weit über die Bereiche hinaus, die Gegenstand der traditionellen Finanzberichterstattung sind.³⁴

Der Entwurf verpflichtet die Unternehmen dazu, sowohl darüber zu berichten, wie sich Nachhaltigkeitsaspekte auf ihr Geschäftsergebnis, ihre Lage und ihren Geschäftsverlauf auswirken, „Outside-in-Perspektive“, als auch darüber, welche Auswirkungen diese Aspekte auf Mensch und Umwelt haben, „Inside-out-Perspektive“ (Grundsatz der „doppelten Wesentlichkeit“).³⁵ Das Ziel des CSRD-E ist es, die Unternehmen dazu zu veranlassen, ihre direkten oder indirekten externen Effekte auf die Gesamtgesellschaft abzubilden. In dieser Darstellung sind kurz-, mittel- und langfristige Zeithorizonte zu unterscheiden. Dem CSRD-E liegt ein ganzheitlicher Ansatz zugrunde: Art. 19a RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) zielt auf eine Gesamtdarstellung des Unternehmens ab. Angestrebt wird eine mehrdimensionale Abbildung des Unternehmens, seines Handelns und seiner Wertschaffung. Das Unternehmen wird als Akteur begriffen, der aufgrund von Input- und Outputprozessen in der Gesellschaft verankert ist. Es ist folgerichtig, den Kreis der Ressourcen/Kapitalien weit zu fassen und auf körperliche Güter, Humankapital und Finanzkapital zu erstrecken.³⁶ Der CSRD-E legt deshalb auch fest, dass künftig über immaterielles Vermögen berichtet werden soll.³⁷ Letztlich geht es um ein sozio-politisch

34 Velte, in Audit Committee Institute e.V., Nachhaltigkeitsberichterstattung. Zum Entwurf der EU-Kommission: Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD), 2021, S. 76: „Im Vergleich zu den bestehenden Berichtspflichten nach § 289c HGB werden die Inhalte des künftigen Nachhaltigkeitsberichts (Environmental, Social, and Governance-[ESG]-Bericht) in Art.19b massiv ausgeweitet. Dies betrifft u. a. die explizite Hervorhebung des doppelten Wesentlichkeitsprinzips (»Inside-Out«- sowie »Outside-In«-Perspektive). Die künftige EU-Richtlinie dürfte nicht länger nur eine Berichtspflicht des Vorstands entfalten, sondern auch eine signifikante Integration der im Richtlinienentwurf benannten ESG-Faktoren in die Corporate Governance-Systeme nach § 91 Abs. 2, 3 AktG (u. a. internes Kontroll- und Risikomanagementsystem) bewirken. Da künftig auch u. a. über die Resilienz des Geschäftsmodells und der Strategie bzgl. der ESG-Risiken und über die Pläne des Vorstands berichtet werden muss, inwiefern Geschäftsmodell und -strategie zum Übergang zu einer nachhaltigen und klimaschützenden Wirtschaft beitragen, wird die Implementierung eines ESG-Managementsystems unumgänglich sein ... , um die Anforderungen an den neuen Nachhaltigkeitsbericht zu erfüllen.“

35 Richtlinienentwurf (oben Fn. 2), Erwägungsgründe 25, 32. Siehe etwa: C. Adams/Abdullah Alhamood/Xinwu He/Jie Tian/Le Wang/Yi Wang, The double-materiality concept. Application and issues, 2021 (<https://www.globalreporting.org/media/jrbntbyv/griwhitepaper-publications.pdf>); Josef Baumüller/ Amila Omazic, Entwicklungsperspektiven für den Wesentlichkeitsgrundsatz in der nicht-finanziellen Berichterstattung, Zeitschrift für Internationale Rechnungslegung, 16 (2021), 41; Josef Baumüller/Karina Sopp, Double materiality and the shift from non-financial to European sustainability reporting: review, outlook and implications, Journal of Applied Accounting Research 23 (2022) (<https://doi.org/10.1108/JAAR-04-2021-0114>).

36 Die Unternehmen müssen Informationen für bislang nicht bilanzierte immaterielle Anlagewerte machen. (z. B. intellektuelles Kapital, Humankapital, soziales Kapital, Beziehungskapital). Hierin liegt eine erhebliche Ausweitung des Kapitalbegriffs, der deutlich über das bestehende System der finanziellen Rechnungslegung hinausgreift. Die EU-Kommission räumt ein, dass es hierzu bislang kein tragfähiges Regelwerk gibt (Richtlinienentwurf (oben Fn. 2), S. 33). Die Regeln, die dieser Kapitalbegriff verstanden wird, müssen erst noch festgelegt werden.

37 Hierzu noch unten E. III. 1. b) (S. 51).

holistisches Verständnis, dessen innerster Wesenskern die Frage ist, ob das Unternehmen für die Gesellschaft einen öko-sozialen Wert generiert.

Der CSRD-E sieht vor, dass die unternehmerische Berichterstattung verständlich, relevant, repräsentativ, überprüfbar und vergleichbar sein muss (Art. 19b Abs. 2 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E)). In vielen Teilaspekten wird sich die Berichterstattung nicht rein quantitativ vollziehen können – es geht um die Beschreibung von Verhältnissen und Lagen, um die Benennung von Chancen und Risiken, und es geht damit um die Ermittlung und Bewertung weicher Faktoren und die narrative Beschreibung von Situationen und Gegebenheiten.

Als Berichtsnutzer (Adressat der Informationen) benennt der CSRD-E nicht nur die Kapitalmarktakteure, auch nicht nur die Stakeholder des Unternehmens, sondern die Gesamtgesellschaft. Im CSRD-E wird dies wie folgt formuliert: „Die Hauptnutzer von in den Lageberichten von Unternehmen veröffentlichten Nachhaltigkeitsinformationen sind Anleger und Nicht-regierungsorganisationen, Sozialpartner sowie andere Interessenträger.“³⁸ Der Bericht ist damit an einen überaus heterogenen Adressatenkreis zu richten.³⁹ Es geht nicht nur darum, dass Investoren fundierte Kauf- oder Verkaufsentscheidungen treffen können. Es geht auch nicht nur darum, dass Akteure, die dem Unternehmen im Markt gegenüberstehen (Banken, Lieferanten, Kunden), ihre Entscheidungen im Markt informiert treffen können. Die Ziele des CSRD-E gehen auch weit darüber hinaus, potentiellen und aktuellen Mitarbeitern eine Einordnung des Unternehmens als Arbeitgeber zu ermöglichen. Das Unternehmen soll sich vielmehr in gleichem Maße vor der Politik, vor zivilgesellschaftlichen Akteuren und vor der Gesamtgesellschaft darstellen. Die Nachhaltigkeitsberichterstattung wird als ein Instrument zur Erfüllung einer „Rechenschaftspflicht zwischen Unternehmen und Gesellschaft“ (Society) begriffen.⁴⁰ Der CSRD-E transzendiert damit die Sphäre des „financial reporting“, auch wenn die EU-Kommission diesem Bereich in ihrer Begründung des Entwurfs weiter hervorgehobene Bedeutung zuschreibt.

Vor diesem Hintergrund ist es folgerichtig, wenn sich die CSRD nach den Vorstellungen der EU-Kommission nicht nur an große Unternehmen oder Unternehmen mit Kapitalmarktorientierung richtet. Künftig soll die Berichtspflicht nicht (nur) durch die Kapitalmarktorientierung ausgelöst

38 Richtlinienvorschlag (oben Fn. 2), S. 1.

39 Daniela Mattheus, in: Audit Committee Institute e.V., Nachhaltigkeitsberichterstattung. Zum Entwurf der EU-Kommission: Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD), 2021, S. 70: „Dieser Adressatenkreis ist besonders heterogen. An den veröffentlichten ES(G)-Daten haben nicht nur Eigentümer, Investoren und Fremdkapitalgeber, u. a. Banken, großes Interesse, sondern auch zahlreiche andere Stakeholder wie etwa NGOs, Kunden, Mitarbeiter sowie – nicht zuletzt – auch die politische Exekutive und die Allgemeinheit.“

40 Richtlinienvorschlag (oben Fn. 2), S. 4: Unternehmen sollen „alle Informationen übermitteln, die die Nutzer (Investoren, NGOs, Gewerkschaften) für relevant erachten.“

werden, sondern auch durch gesellschaftliche Stellung und Relevanz.⁴¹ Der Entwurf sieht vor, dass das Kriterium der Kapitalmarktorientierung als notwendiges Kriterium wegfällt. Auch mittlere und kleinere Unternehmen sollen unter bestimmten Bedingungen berichtspflichtig werden (Art. 19c RL 2013/34/EU i. d. F. des CSRD-E).

b) Wertschaffung als Bezugspunkt

Die im CSRD-E vorgesehene Nachhaltigkeitsberichterstattung knüpft in der Sache an der „Wertschaffung“ des Unternehmens an: Das politische Letztziel ist es, Unternehmen dazu zu veranlassen, eine positive Wertschaffungsbilanz, gemessen an den Nachhaltigkeitszielen, anzustreben. Der Begriff wird im Entwurf allerdings nicht definiert.⁴² Die im doppelten Wesentlichkeitsgrundsatz angelegten Perspektiven beziehen sich tendenziell eher auf Prozesse als auf Lagen; sie weisen einen inhärent dynamischen Charakter auf. Die Wertschaffungsprozesse lassen sich nur angemessen erfassen, wenn die immateriellen Ressourcen des Unternehmens, vor allem Human-, Sozial- beziehungsweise Beziehungskapital und Organisations- beziehungsweise Innovationskapital, erfasst werden; diese haben erhebliche CSR-Relevanz. Zugleich sind die Auswirkungen unternehmerischer Wertschaffung auf immaterielle Ressourcen außerhalb des Unternehmens („ökologische und soziale Wesentlichkeit“) abzubilden. Hier besteht ein enger Zusammenhang zu den Bemühungen um Entwicklung eines Konzepts des „natural capital accounting“.⁴³ Wertschaffung lässt sich unternehmensintern messen, also mit Blick auf die finanziellen Erträge der Kapitalgeber; sie lässt sich aber auch unternehmensextern beurteilen, mit Blick auf Stakeholder und die Gesellschaft.⁴⁴ Das Konzept der Wertschaffung dürfte die traditionelle Betrachtungsweise des Rechts der finanziellen Unternehmensberichterstattung (Vermögens-, Finanz- und Ertragslage) teilweise überlagern, teilweise auch ergänzen.

c) Auswirkungen auf die Definition des Unternehmensinteresses

Die im CSRD-E enthaltenen Regelungen zielen letztlich darauf ab, die berichtspflichtigen Unternehmen zur Neudefinition ihres Unternehmensinteresses anzuhalten. Das Anliegen des CSRD-E ist es, den Zielhorizont des Unternehmens zu öffnen und (über Wettbewerbsfähigkeit, Ertrag etc. hinaus) auf die Interessen und Belange von Gesellschaft und Stakeholdern zu

41 Joachim Hennrichs, in: Audit Committee Institute e.V., Nachhaltigkeitsberichterstattung. Zum Entwurf der EU-Kommission: Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD), 2021, S. 17: „Zwischen den Schutzbelangen der Nachhaltigkeitsberichterstattung und dem Kapitalmarktbezug besteht kein unmittelbarer Zusammenhang.“

42 Georg Lanfermann/Josef Baumüller/Oliver Scheid, Neue europäische Berichtspflichten zu immateriellen Ressourcen: Hintergründe und Handlungsbedarf im Entwurf zur CSRD, Zeitschrift für internationale und kapitalmarktorientierte Rechnungslegung (KoR) 2021, 426 (432 f.).

43 Darstellung der Diskussion um die Stellung von immateriellen Ressourcen im Rahmen der Finanzberichterstattung: Georg Lanfermann/Josef Baumüller/Oliver Scheid, Neue europäische Berichtspflichten zu immateriellen Ressourcen: Hintergründe und Handlungsbedarf im Entwurf zur CSRD, Zeitschrift für internationale und kapitalmarktorientierte Rechnungslegung (KoR) 2021, 426 (434 f.).

44 International Integrated Reporting Council (IIRC), International -IR- Framework, 2021 (<https://hbfm.link/9609>): Nach IIRC geht es bei der Wertschaffung um Unternehmensprozesse, die zur Schaffung, Erhaltung oder Vernichtung von Wert führen, gemessen an der Erhöhung, Verminderung oder Transformation von Kapitalien. Bezugspunkt sind die Geschäftsaktivitäten und -ergebnisse.

erstrecken. Angestrebt wird eine verstärkte Gesellschafts-, Stakeholder- und Umweltorientierung. Der strukturelle Rahmen für die Definition von Unternehmenszielen soll sich ändern. Dies wird faktisch zu einer Ausweitung dessen führen, was gegenwärtig im Deutschen Corporate Governance Kodex über das „Wohl der Gesellschaft (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG) gesagt wird: Der Kodex versteht darunter die „Verpflichtung von Vorstand und Aufsichtsrat, im Einklang mit den Prinzipien der sozialen Marktwirtschaft unter Berücksichtigung der Belange der Aktionäre, der Belegschaft und der sonstigen mit dem Unternehmen verbundenen Gruppen (Stakeholder) für den Bestand des Unternehmens und seine nachhaltige Wertschöpfung zu sorgen (Unternehmensinteresse).“ Bislang bilden den Bezugspunkt der Bestimmung des Gesellschaftswohls der Unternehmensgegenstand und der (i. d. R.) erwerbswirtschaftliche Unternehmenszweck. Anders nunmehr der CSRD-E, dessen Ansatz darauf hinausläuft, das Unternehmensinteresse neu zu definieren, und der dabei so weit geht, über die Stakeholder hinaus die Allgemeinheit ins Spiel zu bringen („Wohl der Gesellschaft“).

2. Begründung einer Befugnis der EU-Kommission zum Erlass delegierten Rechts

Der CSRD-E sieht vor, dass die „Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung“ von der EU-Kommission auf der Grundlage einer in Art. 49 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) begründeten Kompetenz als delegierte Rechtsakte erlassen werden (Art. 19b Abs. 1 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E)). Es ist vorgesehen, dass „(i)n diesen Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung ... festgelegt (wird), welche Informationen Unternehmen in Einklang mit den Artikeln 19a und 29a melden müssen, und gegebenenfalls die Struktur spezifiziert, in der diese Informationen zu melden sind.“ (Art. 19b Abs. 1 S. 2 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E)).

Der Entwurf sieht eine zeitliche Differenzierung vor: Bis zum bis zum 31. Oktober 2022 sollen die delegierten Rechtsakte ergehen, in denen festgelegt wird, welche Informationen Unternehmen im Einklang mit Art. 19a Abs. 1 und 2 melden müssen, und in denen zumindest die Informationen spezifiziert werden, die den Bedürfnissen der Finanzmarktteilnehmer, die den Offenlegungspflichten der Verordnung (EU) 2019/2088 unterliegen, Rechnung tragen. Bis zum 31. Oktober 2023 sollen delegierte Rechtsakte ergehen, die ergänzende Informationen der Unternehmen in Bezug auf Nachhaltigkeitsaspekte und die unter Art. 19a Abs. 2 aufgeführten Bereiche der Berichterstattung zum Gegenstand haben, zudem auch Informationen, die von den Unternehmen spezifisch für den Sektor, in dem sie tätig sind, zu melden sind.

Der CSRD-E verpflichtet die EU-Kommission dazu, beim Erlass der in Art. 19b Abs. 1 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) vorgesehenen delegierten Rechtsakte eine insgesamt acht Punkte umfassende Liste von Bezugspunkten zu berücksichtigen (Art. 19b Abs. 3 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E)). Dabei sind nicht zuletzt die Arbeiten globaler Standardsetzungsinitiativen für die Nachhaltigkeitsberichterstattung und bestehende Standards und Rahmen für die Naturkapitalbilanzierung, verantwortungsvolles unternehmerisches Handeln, soziale

Verantwortung der Unternehmen und nachhaltige Entwicklung von Bedeutung (Art. 19b Abs. 3 lit. a) RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E)).⁴⁵ Die Verfasser des Entwurfs hegen die Hoffnung, dass die europäische Standardsetzung die Entwicklung von Standards außerhalb der EU beeinflussen wird.⁴⁶

Der Entwurf sieht eine regelmäßige Überprüfung der delegierten Rechtsakte vor: Sie muss mindestens alle drei Jahre erfolgen (Art. 19b Abs. 1 S. 4 RL 2013/34/EU i. d. F. des CSRD-E). Dabei muss eine fachliche Stellungnahme der EFRAG berücksichtigt werden. Der CSRD-E enthält an dieser Stelle keine Regelungen darüber, wie die EFRAG ihre Stellungnahme anfertigt; die diesbezüglichen Anforderungen finden sich in Art. 49 Abs. 3a RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E).

3. Ausgestaltung des Entscheidungsfindungsprozesses der EU-Kommission

Die Ausgestaltung der delegierten Rechtsetzungskompetenz soll nach dem CSRD-E in Art. 49 RL 2013/34/EU (i. d. F. der CSRD) erfolgen. Nach Art. 49 Abs. 2 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) wird die Befugnis auf unbestimmte Zeit übertragen. Anders als im Regelfall sieht der CSRD-E nicht vor, dass sich die EU-Kommission bei der Wahrnehmung der delegierten Rechtsetzungsmacht von einem bei ihr angesiedelten Expertengremium beraten lässt. Der CSRD-E sieht auch nicht vor, dass bei der EU-Kommission eine eigene Stelle (Behörde) eingerichtet wird, in der die für die Erarbeitung der Nachhaltigkeitsberichtsstandards erforderliche Fachkompetenz zusammengeführt wird. Er legt vielmehr fest, dass sich die EU-Kommission auf Stellungnahmen der EFRAG stützen muss.

a) Frühzeitige politische Festlegung auf die Beteiligung der EFRAG

Die politische Festlegung der EU-Kommission, die EFRAG mit der Ausarbeitung der Nachhaltigkeitsberichtsstandards zu betrauen, erfolgt schon vor der Ausarbeitung des CSRD-E. Sie wurde schon im Vorfeld der Konsultationen über die Reform der CSR-RL getroffen.⁴⁷ Der Vize-Präsident der EU-Kommission Dombrovskis erklärte in einer Rede im Februar 2020, dass die EFRAG im Prozess der Entwicklung von Nachhaltigkeitsberichtsstandards eine zentrale Rolle

⁴⁵ Im Richtlinienvorschlag (oben Fn. 2), Erwägungsgrund 37, findet sich diesbezügliche eine nähere Beschreibung: „Damit Unternehmen, die bereits Nachhaltigkeitsinformationen bereitstellen, so geringe Störungen wie möglich entstehen, sollten die Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung gegebenenfalls bereits bestehende Standards und Rahmenwerke für nachhaltigkeitsbezogene Berichterstattung und Rechnungslegung berücksichtigen. Dazu gehören die Global Reporting Initiative, das Sustainability Accounting Standards Board, der International Integrated Reporting Council, das International Accounting Standards Board, die Taskforce „Klimabezogene Finanzinformationen“, das Carbon Disclosure Standards Board und CDP (früher Carbon Disclosure Project). Die Standards der Europäischen Union sollten sämtlichen Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung Rechnung tragen, die unter der Schirmherrschaft der International Financial Reporting Standards Foundation entwickelt wurden.“

⁴⁶ Richtlinienvorschlag (oben Fn. 2), Erwägungsgrund 37 am Ende.

⁴⁷ Kritisch etwa: Josef Baumüller/Oliver Scheid/Michel Kottlenga, „CSR-Richtlinie 2.0“? Zentrale Erkenntnisse aus den Konsultationen der EU-Kommission des ersetzten Halbjahres 2020 und deren Implikationen, Zeitschrift für internationale und kapitalmarktorientierte Rechnungslegung (KoR) 2020, 494 (506).

spielen solle.⁴⁸ Die EU-Kommission trat im Juni 2020 an die EFRAG mit der Bitte heran, das European Corporate Reporting Lab@EFRAG mit der Ausarbeitung von Empfehlungen über mögliche EU-Nichtfinanzberichtsstandards zu befassen.⁴⁹ Der Präsident der EFRAG wurde zugleich ad personam damit betraut, die Institution für diese Aufgabe vorzubereiten.⁵⁰ Das setzte eine erhebliche Umorganisation voraus. Die EFRAG diente zuvor der Funktion, die EU-Kommission bei der Übernahme oder Anpassung von IFRS-Standards in das EU-Recht zu beraten. Zu den wesentlichen Aufgaben gehörte es, der EU-Kommission eine positive oder negative Indossierung zu empfehlen. Spezifische Fachkompetenz auf dem Gebiet der Nachhaltigkeitsberichterstattung hatte die EFRAG zu diesem Zeitpunkt nicht. Der von der EU-Kommission avisierte Auftrag, EU-Nachhaltigkeitsberichtsstandards auszuarbeiten, machte den Aufbau einer Parallelstruktur notwendig.⁵¹

Die politische Festlegung der EU-Kommission ging so weit, dass sie die EFRAG ungeachtet des noch nicht vollzogenen Umbaus am 12. Mai 2021 aufforderte, mit der Ausarbeitung der Standards „so bald wie möglich“ zu beginnen.⁵² Der Umbau der EFRAG sollte ursprünglich bis Ende 2021 vollzogen sein. Dieses Datum ließ sich nicht einhalten. Die EFRAG plant nunmehr, bis Ende März 2022 die neuen Strukturen errichtet und Qualifikationen aufgebaut zu haben.

b) Zugrundelegung einer Stellungnahme der EFRAG

Art. 49 Abs. 3a UAbs. 1 RL (i. d. F. der CSRD) setzt die politische Festlegung der EU-Kommission in einen operativen Rechtstext um. Die Bestimmung sieht vor, dass die EU-Kommission die Kompetenz zur delegierten Rechtsetzung unter Berücksichtigung der fachlichen Stellungnahme der EFRAG wahrnehmen muss:

„(3a) Beim Erlass delegierter Rechtsakte nach den Artikeln 19b und 19c berücksichtigt die Kommission die fachliche Stellungnahme der EFRAG, sofern eine solche Stellungnahme in einem einwandfreien Verfahren mit angemessener öffentlicher Aufsicht und Transparenz erstellt und dabei auf das Fachwissen einschlägiger

48 Rede des Vizepräsidenten der EU-Kommission Valdis Dombrovskis, Financial Reporting: Remaining Relevant in an Changing Environment, 19. Februar 2020 (https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/dombrovskis/announcements/speech-executive-vice-president-valdis-dombrovskis-ifrs-foundation-conference-financial-reporting_en).

49 Schreiben der EU-Kommission vom 25.6.2020 (<https://www.efrag.org/Assets/Download?assetUrl=/sites/webpublishing/SiteAssets/Letter%2520EVP%2520annexNFRD%2520%2520technical%2520mandate%25202020.pdf>).

50 Schreiben der EU-Kommission vom 25.6.2020 (<https://www.efrag.org/Assets/Download?assetUrl=/sites/webpublishing/SiteAssets/Letter%2520EVP%2520annex%2520NFRD%2520governance%2520mandate%25202020.pdf>).

51 Präsident Gauzès, Bericht an die EU-Kommission vom 9.3.2021 (<https://www.efrag.org/Assets/Download?assetUrl=/sites/webpublishing/SiteAssets/Jean-Paul%20Gauzès%20-%20Ad%20Personam%20Mandate%20-%20Final%20Report%20-%202005-03-2021.pdf>).

52 <https://www.efrag.org/Assets/Download?assetUrl=/sites/webpublishing/SiteAssets/210512%2520Commissioner%2520McGuinness%2520to%2520EFRAG%2520on%2520sustainability.pdf>.

Interessenträger zurückgegriffen wurde und ihr Kosten-Nutzen-Analysen beigefügt sind, einschließlich Analysen der Auswirkungen der fachlichen Stellungnahme auf Nachhaltigkeitsaspekte.“

In Begründungserwägung 34 wird zunächst der Status der EFRAG beschrieben:

„Die Europäische Beratergruppe für Rechnungslegung (EFRAG) ist eine nach belgischem Recht gegründete Vereinigung ohne Gewinnerzielungsabsicht, die dem öffentlichen Interesse dient, indem sie die Kommission bei der Übernahme internationaler Rechnungslegungsstandards berät. Die EFRAG genießt den Ruf eines europäischen Kompetenzzentrums für Unternehmensberichterstattung und ist gut aufgestellt, um die Koordinierung zwischen europäischen Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung und internationalen Initiativen zur Entwicklung weltweit einheitlicher Standards zu fördern.“

Es erfolgt dann der Hinweis auf die Vorschläge, die das „European Lab“ entwickelt hat:⁵³

„Im März 2021 veröffentlichte eine von der EFRAG eingesetzte Arbeitsgruppe verschiedener Interessenträger Empfehlungen für die mögliche Entwicklung von Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung für die Europäische Union. Diese Empfehlungen enthalten Vorschläge zur Entwicklung kohärenter und umfassender Standards für die Berichterstattung, die gemäß dem Konzept der doppelten Wesentlichkeit sämtliche Nachhaltigkeitsaspekte abdecken. Die Empfehlungen enthalten zudem einen detaillierten Fahrplan für die Entwicklung solcher Standards sowie Vorschläge für eine auf gegenseitigen Nutzen ausgelegte Zusammenarbeit zwischen globalen Standardsetzungsinitiativen und Standardsetzungsinitiativen der EU.“

Ebenfalls weist Begründungserwägung 34 auf die Reorganisationspläne der EFRAG hin:

„Im März 2021 veröffentlichte der Präsident der EFRAG für den Fall, dass die EFRAG zur Ausarbeitung technischer Empfehlungen für Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung aufgefordert werden sollte, Empfehlungen für mögliche Änderungen an der Governance der EFRAG. Diese Empfehlungen betreffen unter anderem die Errichtung einer neuen Säule der Nachhaltigkeitsberichterstattung innerhalb der

53 Dazu <https://www.efrag.org/EuropeanLab/LabGovernance/45/European-Lab-PTF-on-European-sustainability-reporting-standards-PTF-ESRS>.

EFRAG, wobei an der bestehenden Säule der Rechnungslegung keine wesentlichen Änderungen vorgenommen werden sollen.“

Schließlich wird in Begründungserwägung 34 betont, dass die Empfehlungen der EFRAG prozeduralen Anforderungen genügen müssen:

„Zur Gewährleistung hochwertiger Standards, die zum europäischen Gemeinwohl beitragen und den Bedürfnissen der Unternehmen und der Nutzer der bereitgestellten Informationen entsprechen, sollten die technischen Empfehlungen der EFRAG in einem einwandfreien Verfahren mit angemessener öffentlicher Aufsicht und Transparenz, einschließlich Kosten-Nutzen-Analysen, erarbeitet und mithilfe des Fachwissens einschlägiger Interessenträger weiterentwickelt werden.“

Die Anforderungen, die an eine ordnungsgemäße Erarbeitung von EFRAG-Entwürfen zu stellen sind, werden weder im operativen Text des CSRD-E noch in den Begründungserwägungen näher konkretisiert.

c) Anhörung weiterer spezifisch benannter Stellen

In Art. 49 Abs. 3a UAbs. 2-4 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) ist vorgesehen, dass die EU vor Annahme eines delegierten Rechtsaktes noch folgende Institutionen konsultiert:

- Sachverständigengruppe der Mitgliedstaaten für nachhaltiges Finanzwesen nach Artikel 24 der Verordnung (EU) 2020/852;
- Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA);
- Europäische Bankenaufsichtsbehörde (EBA);
- Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung (EIOPA);
- Europäische Umweltagentur (EEA);
- Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (FRA);
- Europäische Zentralbank (ECB);
- Ausschuss der Europäischen Aufsichtsstellen für Abschlussprüfer (CEAOB);
- die nach Artikel 20 der Verordnung (EU)2020/852 eingerichtete Plattform für ein nachhaltiges Finanzwesen.

Diese Stellen sind frei, eine Stellungnahme abzugeben. Wenn sie sich hierfür entscheiden, legen sie diese binnen zwei Monaten nach ihrer Konsultation durch die Kommission vor.

Diese Anhörungsstruktur wird in Erwägungsgrund 34 ohne wesentliche Vertiefung beschrieben:

„Um sicherzustellen, dass die Standards der Union für die Nachhaltigkeitsberichterstattung den Standpunkten der EU-Mitgliedstaaten Rechnung tragen, sollte die Kommission vor der Annahme der Standards die in Artikel 24 der Verordnung (EU) 2020/852 genannte Sachverständigengruppe der Mitgliedstaaten für nachhaltiges Finanzwesen zu den technischen Empfehlungen der EFRAG konsultieren. Die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) ist gemäß der Verordnung (EU)2019/2088 an der Ausarbeitung technischer Regulierungsstandards beteiligt, und zwischen diesen technischen Regulierungsstandards und den Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung muss Kohärenz bestehen. Gemäß der Verordnung (EU) Nr.1095/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates trägt die ESMA auch zur Förderung der aufsichtlichen Konvergenz bei der Durchsetzung der Unternehmensberichterstattung von Emittenten bei, deren Wertpapiere nicht an geregelten Märkten in der EU notiert sind und die zur Anwendung dieser Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung gehalten sein werden. Daher sollte die ESMA verpflichtet werden, eine Stellungnahme zu den technischen Empfehlungen der EFRAG abzugeben. Diese Stellungnahme sollte innerhalb von zwei Monaten nach Eingang des entsprechenden Antrags der Kommission vorgelegt werden. Darüber hinaus sollte die Kommission die Europäische Bankenaufsichtsbehörde, die Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung, die Europäische Umweltagentur, die Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, die Europäische Zentralbank, den Ausschuss der Europäischen Aufsichtsstellen für Abschlussprüfer und die Plattform für ein nachhaltiges Finanzwesen konsultieren, um sicherzustellen, dass die Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung mit den einschlägigen Strategien und Rechtsvorschriften der Union im Einklang stehen. Beschließt eine dieser Stellen, eine Stellungnahme zu übermitteln, so legt sie diese binnen zwei Monaten nach ihrer Konsultation durch die Kommission vor.“

- d) Keine Anhörungs- und Beteiligungsmöglichkeiten im Entscheidungsbildungsprozess der EU-Kommission

In dem CSRD-E ist nicht (ausdrücklich) vorgesehen, dass die EU-Kommission bei der Wahrnehmung der delegierten Rechtsetzungsmacht nach Art. 49 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) über die im vorstehenden Abschnitt erwähnten Akteure hinaus weitere Institutionen oder die Öffentlichkeit beteiligen muss. Die Regelungen müssen so verstanden werden, dass die

EU-Kommission vor der Entscheidung über den Erlass des delegierten Rechtsakts keine über die in Art. 49 Abs. 3a UAbs. 2-4 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) vorgesehene Beteiligung hinausgehenden Anhörungs- und Beteiligungsverfahren durchführen muss. Eine Durchführung derartiger Anhörungs- oder Beteiligungsverfahren wird allerdings auch nicht ausdrücklich ausgeschlossen.

e) Keine spezifischen Anforderungen an die Prüfung einer EFRAG-Stellungnahme

Der CSRD-E spricht zwar davon, dass die EU-Kommission eine Prüfung der von der EFRAG unterbreiteten Stellungnahmen beziehungsweise „Empfehlungen“ (Erwägungsgrund 34) vornehmen soll. Welche formellen und materiellen Vorgaben dabei genau verwandt werden sollen, bleibt aber offen. Die Formulierung „in einem einwandfreien Verfahren“ ist so offen und unbestimmt, dass sie der EU-Kommission einen ins Beliebig gehenden Einschätzungsspielraum eröffnet. In dem Richtlinienentwurf findet sich insbesondere keinerlei konkrete Festlegung, in welchem Verfahren die EU-Kommission prüfen muss, ob die in Art. 49a Abs. 2 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) formulierten Anforderungen erfüllt sind. Der Entwurf sieht auch nicht vor, dass die vorgelegten Empfehlungen materiell-rechtlichen Annahmekriterien zu entsprechen haben. Insbesondere wird keine Kohärenzprüfung verlangt.⁵⁴ Auch die Indosierung seitens einer dritten Stelle ist nicht vorgesehen.⁵⁵ Der EU-Gesetzgeber ermächtigt die EU-Kommission in der Sache, selbst zu entscheiden, welche Anforderungen sie an die von der EFRAG vorgelegten Entwürfe in prozeduraler und materieller Hinsicht richten will. Art. 49 Abs. 3a UAbs. 1 RL 2013/34/EU (i. d. F. der CSRD) gewährt der EU-Kommission damit einen weiten Beurteilungsspielraum, der normativ kaum eingegrenzt ist und vom Europäischen Gerichtshof (EuGH), so jedenfalls die auf die allgemeine Rechtsprechungspraxis gestützte Erwartung, auch nicht wesentlich beschränkt werden wird. An späterer Stelle wird dargelegt werden, dass die EU-Kommission kaum Anreize hat, strikte Anforderungen an das Verfahren der EFRAG zu stellen.⁵⁶

III. Rezeption des CSRD-E

Der am 21. April 2021 vorgelegte Entwurf ist in verschiedener Hinsicht auf kritische Einwände gestoßen. Einige der Kritikpunkte sind oben bereits erwähnt worden.⁵⁷ Die rechtswissenschaftliche Analyse hat sich bislang kaum mit den Regelungen beschäftigt, die sich im CSRD-E hinsichtlich des Erlasses der Nachhaltigkeitsberichtsstandards finden. Die Bedeutung dieser Frage liegt auf der Hand: Die Anforderungen, die an die Nachhaltigkeitsberichtserstattung der von der RL betroffenen knapp 50.000 Unternehmen gestellt werden, werden letztlich erst

54 Kritisch: Christian Fink/Thomas Schmotz, Die Vorschläge der EU-Kommission zur Überarbeitung der CSR-Richtlinie, Zeitschrift für internationale und kapitalmarktorientierte Rechnungslegung (KoR) 2021, 304 (312).

55 So die Praxis bei der Übernahme von IFRS-Standards in das EU-Recht.

56 Siehe unten S. 75 ff.

57 Siehe oben bei Fn. 4 ff.

in den Standards inhaltlich ausgestaltet. Gleichwohl ist das Zusammenspiel von EFRAG und EU-Kommission bislang nur vereinzelt analysiert, rechtlich eingeordnet und kritisiert worden.

In den wissenschaftlichen Beiträgen, die diese Beziehung einer näheren Betrachtung unterworfen haben, findet sich eine jedenfalls teilweise kritische Bewertung.⁵⁸ Ein immer wieder auftauchender Kritikpunkt ist das Verhältnis von ordentlicher Gesetzgebung und delegierter Rechtsetzung in dem CSRD-E. Die inhaltlichen Vorgaben des CSRD-E werden als (zu) offen und konkretisierungsbedürftig angesehen; zugleich werden die der EU-Kommission übertragenen Gestaltungsmöglichkeiten als zu weit kritisiert. So erhebt etwa Rainald Thannisch die Forderung, dass „die relevanten Kriterien der Nachhaltigkeitsberichtserstattung so detailliert wie möglich in einem demokratischen Prozess“ erarbeitet und „direkt in der EU-Richtlinie“ festgeschrieben werden müssten. Er stellt fest: „Diese Kernaufgabe darf keinesfalls ausschließlich der European Financial Reporting Advisory Group (EFRAG) überlassen werden, auch wenn diese angekündigt hat, die für sie relevanten Stakeholder zu beteiligen.“⁵⁹

Die mangelnde Bestimmtheit und Konkretheit der vom EU-Gesetzgeber formulierten Vorgaben wird auch in einer Stellungnahme und Einordnung von *Josef Baumüller* und *Oliver Scheid* kritisiert: „In Summe scheinen sohin also noch zahlreiche Auslegungs- beziehungsweise Anwendungsfragen mit der Anwendung des neuen Wesentlichkeitsgrundsatzes verbunden zu sein. Zwar wird die EFRAG im Rahmen ihrer Standardsetzung voraussichtlich konkretere Leitlinien zu diesem Thema publizieren. Da diese jedoch erst in rund einem Jahr vorliegen werden und die Qualität (und v. a. Operationalität) der Ausführungen nicht absehbar ist, ist noch immer die Forderung zu erheben, bereits auf Ebene der CSRD (noch) konkretere Bestimmungen zum doppelten Wesentlichkeitsgrundsatz aufzunehmen. So ist etwa die genaue Abgrenzung von „inside-out“ zu „outside-in“ nochmals zu überdenken, argumentiert doch die EU-Kommission selbst regelmäßig mit den langfristigen ökonomischen („outside-in“) Folgen von Auswirkungen auf das Unternehmensumfeld („inside-out“) – womit aber v. a. Fragen des zeitlichen Betrachtungshorizonts betont werden und ansonsten genau jene Trennlinie wieder verwischt wird, die mit dem doppelten Wesentlichkeitsgrundsatz zwischen den verschiedenen Wirkungsrichtungen geschaffen werden soll.“⁶⁰

Ein Kritikpunkt ist auch die inhaltliche Unbestimmtheit der Maßstäbe, die für die Wahrnehmung der Kompetenz aus Art. 49 RL 2013/34/EU (i. d. F. der CSRD) formuliert werden. *Dieter*

58 Überblick bei: Karina Sopp/Josef Baumüller, Auf dem Weg zu europäischen Standards für die nicht-finanzielle Berichterstattung? (Teil 2) Zeitschrift für internationale und kapitalmarktorientierte Rechnungslegung (KoR) 2021, 322 mit einer genauen Beschreibung des Reorganisationsprozesses und einer Kritik.

59 Rainald Thannisch, in: Audit Committee Institute e.V., Nachhaltigkeitsberichtserstattung. Zum Entwurf der EU-Kommission: Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD), 2021, 45.

60 Josef Baumüller/Oliver Scheid, Der Entwurf zur Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) – Darstellung, kritische Würdigung und Implikationen für deutsche Unternehmen, PiR 7/2021, 202.

Truxius macht geltend: „Im Art. 19b werden dann 14 einzelne berichtspflichtige ESG-Faktoren aufgezählt. Allerdings enthält der gesamte Richtlinienentwurf keinerlei inhaltliche Konkretisierung, welche quantitativen Angaben zu diesen ESG-Faktoren, z. B. in Form von Key Performance Indicators (KPIs), zu machen sind. Das soll erst in den noch von der EU-Kommission zu erlassenden delegierten Rechtsakten geschehen. Damit stellt sich die EU-Kommission einen inhaltlichen Freibrief für die quantitativen Berichtsansforderungen aus.“⁶¹

Unmittelbare Kritik an der Rolle der EFRAG äußert *Heribert M. Anzinger*: „Die rechtspolitische Dimension der Taxonomie ist daher nicht zu unterschätzen. Vorarbeit soll im ersten Schritt, *angreifbar legitimiert*, ein eigenes Gremium bei der EFRAG leiten.“⁶²

Die vorstehenden Äußerungen deuten primärrechtliche Zweifel an, was die rechtlichen Rahmenbedingungen für den Erlass von Nachhaltigkeitsberichtsstandards im Wege delegierter Rechtsetzung angeht. Eine vertiefte Untersuchung können sie aber nicht ersetzen.

IV. Fragestellung

Diese Lücke soll mit der nachfolgenden Untersuchung geschlossen werden. Die Untersuchung ist spezifisch EU-verfassungsrechtlicher Natur. Sie thematisiert die primärrechtlichen Vorgaben, die der EU-Gesetzgeber zu beachten hat, wenn er der EU-Kommission die Kompetenz zum Erlass delegierter Rechtsakte überträgt. Der Lissabon-Vertrag hat die diesbezüglichen Anforderungen neu geregelt.⁶³ Die Vorgaben, die sich in Art. 290 AEUV finden, sind nicht nur wesentlich bestimmter als der Rechtsrahmen, der sich im Vor-Lissabon-Recht fand; sie haben auch die Anforderungen an eine Delegation teilweise neu formuliert. Inzwischen findet die Regelung über eine Dekade Anwendung. In dieser Zeit konnte nicht nur der EuGH Stellung beziehen und einzelne Fragen klären; auch die Rechtswissenschaft hat sich vielfach mit der Regelung befasst. Wichtige Grundfragen sind aber weiterhin vom EuGH nicht geklärt. Dies gilt insbesondere für die Ausstrahlungswirkung des Demokratieprinzips (Art. 2 EUV, Art. 10 Abs. 1 EUV) auf die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen und die sekundärrechtliche Ausgestaltung dieser Befugnisse. Wie wichtig rechtliche Sicherheit im Umgang mit diesen Befugnissen ist, zeigt nicht zuletzt der Umstand, dass es um Entscheidungen mit höchster politischer Relevanz zu gehen hat. Dies hat der zuletzt intensiv geführte politische Streit über die Einordnung von Atomkraft und Gas in das EU-Taxonomiesystem gezeigt.⁶⁴ Es ist oben

61 Dieter Truxius, in: Audit Committee Institute e.V., Nachhaltigkeitsberichterstattung. Zum Entwurf der EU-Kommission: Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD), 2021, S. 22.

62 Heribert M. Anzinger, in: Audit Committee Institute e.V., Nachhaltigkeitsberichterstattung. Zum Entwurf der EU-Kommission: Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD), 2021, S. 61 (Hervorhebung nur hier).

63 Ausführlich: Eljalil Tauschinsky/Wolfgang Weiß (Hrsg.), *The Legislative Choice Between Delegated and Implementing Acts in EU Law*, 2018.

64 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_711.

bereits darauf hingewiesen worden, dass die Festlegung von Nachhaltigkeitsberichtsstandards nicht ethisch neutral ist; sie weist eine erhebliche Politizität auf.

C. Beschreibung der European Financial Reporting Advisory Group

I. Grundstatus, Tätigkeitsfelder, institutioneller Aufbau

Die EFRAG wurde im Jahr 2001 gegründet. Sie ist eine privatrechtliche, nach belgischem Recht gegründete juristische Person mit Sitz in Brüssel.⁶⁵

Das ursprüngliche Aufgabenfeld der EFRAG ist die Standardsetzung im Bereich unternehmerischer Finanzberichterstattung. Sie wurde gegründet, um die EU-Kommission im Rahmen der Übernahme von IFRS-Standards im Rahmen eines „Endorsement“-Verfahrens zu beraten. Zu diesem Zweck haben die EU-Kommission und die EFRAG ein Übereinkommen geschlossen. Ein weiteres Anliegen der EFRAG ist es, Kodifizierungsvorschläge im Bereich der Rechnungslegung zu entwickeln. Sie versucht dabei, auf den Standardsetzungsprozess des International Accounting Standards Board (IASB) einzuwirken. Nachdem im Jahr 2020 deutlich wurde, dass sich die EU-Kommission bei der Entwicklung von Nachhaltigkeitsberichtsstandards auf die EFRAG stützen wollte, und nachdem der Vorschlag der EU-Kommission vom 21. April 2021 die Rolle der EFRAG explizit erwähnte, weitete die EFRAG ihr Tätigkeitsfeld aus. Sie begreift seit Anfang 2022 die Ausarbeitung von Standards für die EU-Nachhaltigkeitsberichterstattung als zweites Tätigkeitsfeld.⁶⁶ Vertiefte praktische Erfahrung hat die EFRAG auf diesem Feld bislang nicht sammeln können.

Ursprünglich standen im Zentrum der EFRAG die Generalversammlung, in der die Mitgliedsorganisationen vertreten waren, das Board, dem die Leitung der Geschäfte der EFRAG übertragen war, sowie die EFRAG Technical Expert Group (EFRAG TEG), die sich mit der Ausarbeitung der technischen Entwürfe befasste. Ein Sekretariat unterstützte die Arbeiten. Im Zuge der Neuorganisation 2022 legte sich die EFRAG eine neue Struktur zu. Unter der Aufsicht der Generalversammlung wirken künftig zwei Säulen. In der ersten Säule werden die Arbeiten im Bereich der Rechnungslegung erfolgen, also, wie bisher, die Beratung der Europäischen Kommission bei der Übernahme von IFRS-Standards sowie die Einflussnahme auf die Entwicklung von IFRS-Standards aus europäischer Sicht. In einer zweiten Säule sollen die Arbeiten im Bereich der Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung erfolgen. Im Februar 2022 schrieb die

65 Siehe: <https://www.efrag.org/About/Facts>.

66 Auf ihrer Internetseite schreibt die EFRAG, dass es um die „technische Beratung in Form von vollständig ausgearbeiteten Entwürfen für EU-Nachhaltigkeitsberichtsstandards und/oder Entwürfen für Änderungen dieser Standards“ (Original: „Technical Advice to the European Commission in the form of fully prepared draft EU Sustainability Reporting Standards and/or draft amendments to these Standards“) gehe (<https://www.efrag.org/About/Facts>).

EFRAG die Mitgliedschaft im EFRAG Sustainability Reporting Board aus.⁶⁷ Eine Nominierung ist allein den Mitgliedsorganisationen der EFRAG möglich.⁶⁸

Die EFRAG wurde bislang ausschließlich von Institutionen getragen, die ein Interesse an der Entwicklung von Standards unternehmerischer Finanzberichterstattung hatten. Nach der Neuorganisation gilt dies uneingeschränkt weiter für die erste Säule der EFRAG. In dieser Säule wirken auf der einen Seite die Standardisierungsorganisationen aus einzelnen EU-Mitgliedstaaten: Austrian Group of Standard Setters (Österreich); Grouping of five Danish organisations (Dänemark); Autorité des Normes comptables (ANC, Frankreich); Deutsches Rechnungslegungs Standards Committee (DRSC); Organismo Italiano di Contabilità (OIC, Italien); Commission des Normes comptables (CNC, Luxemburg); Dutch Accounting Standards Board (DASB, Niederlande); Instituto de Contabilidad y Auditoria de Cuentas (ICAC, Spanien); The Association for Generally Accepted Principles in the Securities Market (Schweden). Auf der anderen Seite sind Wirtschaftsverbände („stake holder“) beteiligt (European Banking Federation, European Savings and Retail Banking Group, Accountancy Europe, European Business Federation, European Association of Co-operative Banks, Federation of Accountants and Auditors for SMEs, European Federation of Financial Analysts Societies, European Insurance Federation).

Im Zuge der Neuorganisation bemüht sich die EFRAG seit Dezember 2021, in der Säule für Nachhaltigkeitsberichterstattung eine breitere Einbindung von Interessen zu erreichen. Auch in dieser Säule sind die bereits oben erwähnten mitgliedstaatlichen Organisationen und Wirtschaftsverbände vertreten; hinzugekommen sind hier zuletzt die Institutionen European Issuers und European Fund and Asset Management Association. Darüber hinaus hat die Generalversammlung der EFRAG im Dezember 2021 und Januar 2022 elf weitere Organisationen aufgenommen. Der Gruppe der zivilgesellschaftlichen Organisationen gehören an: The Climate Finance Fund of the European Climate Foundation; Economy for the Common Good; Environmental Defense Fund Europe; Frank Bold Society; Publish What You Pay; Transport & Environment; World Wide Fund for Nature (WWF). Der Gruppe der Verbraucherschutzorganisationen gehören an: BETTER FINANCE; Finance Watch. Die Gewerkschaften sind durch die European Trade Union Confederation vertreten. Darüber hinaus gehört die European Accounting Association der Nachhaltigkeitssäule an. Die EFRAG plant, in den nächsten Monaten weitere Organisationen für eine Mitgliedschaft gewinnen zu können. Die EFRAG will ihre neue Struktur am 31. März 2022 verwirklicht haben. Ab April 2022 will die EFRAG mit der Konsultation von Entwürfen für EU-Nachhaltigkeitsberichtsstandards beginnen.

67 <https://www.efrag.org/Assets/Download?assetUrl=%2Fsites%2Fwebpublishing%2FsiteAssets%2FEFRAG%2520Administrative%2520Board%2520Call%2520forCandidates%2520Sustainability%2520Reporting%2520Board%2520-%2520Final.pdf>.

68 Hierzu noch unten S. 30 ff.

Die Ausarbeitung der Stellungnahmen der EFRAG im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung ist einer „European Lab Project Task Force on European Sustainability Reporting Standards“ (PTF-ESRS) übertragen. Die gegenwärtig 35 Mitglieder stammen aus 13 Mitgliedstaaten der EU; die anderen EU-Mitgliedstaaten sind nicht vertreten. Die Mitglieder der Task Force kommen teilweise aus der Sphäre der Akteure, die bislang schon in der Finanzberichterstattung tätig waren. Darüber hinaus gibt es Mitglieder, die der Zivilgesellschaft zuzuordnen sind. Schließlich werden zehn Mitglieder als „European public authority representative“ bezeichnet: Sie sind in Einrichtungen und Stellen der EU tätig.⁶⁹

Die EU-Kommission ist Beobachter mit Rederecht im EFRAG Administrative Board,⁷⁰ im EFRAG Financial Reporting Board,⁷¹ im EFRAG Sustainability Reporting Board,⁷² in verschiedenen administrativen Komitees⁷³ und in den technischen Arbeitsgruppen.⁷⁴ Die EU-Kommission nominiert die Vorsitzenden der EFRAG Reporting Boards.⁷⁵ Die ESMA, die EBA, die EIOPA und die ECB haben das Recht, in alle EFRAG Reporting TEG⁷⁶ einen Beobachter mit Rederecht zu entsenden.⁷⁷ An den Arbeiten der EFRAG TEG im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung können Beobachter der EEA, der FRA, des CEAOB und der Platform on Sustainable Finance mit Rederecht teilnehmen.⁷⁸ Die Verfahrensordnung der EFRAG sieht vor, dass auch Vertreter von „relevant corporate reporting global standard setters and initiatives“ als Beobachter zugelassen werden können.⁷⁹

Die Statuten der EFRAG sehen vor, dass im Bereich der Nachhaltigkeitssäule die folgende gewichtete Stimmverteilung gilt: European Stakeholder Organisations Chapter – 35 Prozent der Stimmrechte; National Organisations Chapter – 45 Prozent der Stimmrechte; Civil Society Organisations Chapter – 20 Prozent der Stimmrechte. Das „Chapter“, in dem die Europäischen Organe, Einrichtungen und Agenturen vertreten sind, erhält keine Stimmrechte.⁸⁰ Die Stimmverteilung macht deutlich, dass die zivilgesellschaftlichen Organisationen keinen

69 Gegenwärtig werden folgende Einrichtungen vertreten: Europäische Umweltagentur (EEA), European Securities and Markets Authority (ESMA), Europäische Zentralbank (ECB), Committee of European Auditing Oversight Bodies (CEAOB), European Banking Authority (EBA), European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA); European Investment Bank (EIB); European Agency for Fundamental Rights (FRA).

70 Art. 12 Nr. 4 der Internal Rules vom 21. Januar 2022.

71 Art. 27 Nr. 3 der Internal Rules vom 21. Januar 2022.

72 Art. 29 Nr. 4 der Internal Rules vom 21. Januar 2022.

73 Z. B. EFRAG General Assembly Nominating Committee (Art. 9 Nr. 3 der Internal Rules); EFRAG Administrative Board Nominating Committee (Art. 23 der Internal Rules).

74 Art. 38 Nr. 4 der Internal Rules vom 21. Januar 2022.

75 Art. 26 Nr. 1 der Internal Rules vom 21. Januar 2022.

76 „Technical Expert Group“.

77 Art. 38 Nr. 4 der Internal Rules vom 21. Januar 2022.

78 Art. 38 Nr. 4 der Internal Rules vom 21. Januar 2022.

79 Art. 38 Nr. 4 der Internal Rules vom 21. Januar 2022.

80 Art. 7.2.5.2. der der Satzung der EFRAG vom 21. Januar 2022.

bestimmenden Einfluss auf die Entscheidungstätigkeit der EFRAG nehmen können. Innerhalb des „Chapters“ der zivilgesellschaftlichen Organisationen werden 90 Prozent der Stimmrechte in gleichem Umfang auf drei Teilgruppen verteilt (NGOs, Gewerkschaften und Verbraucherschutzorganisationen, Wissenschaftler); 10 Prozent der Stimmen werden im Verhältnis der jeweiligen Finanzbeiträge der Mitglieder dieses „Chapters“ verteilt.

Die EFRAG finanziert sich durch die Mitgliedsorganisationen und durch Mittel der EU. Die Beiträge der Mitglieder der Nachhaltigkeitssäule werden teils unmittelbar in den „Internal Rules“ der EFRAG festgelegt, teils auch auf der Grundlage von Vorgaben der „Internal Rules“ von der Generalversammlung bestimmt. NGOs werden zu vergleichsweise kleinen Beiträgen herangezogen (zwischen EUR 7.500 und EUR 25.000). Eine finanzielle Beteiligung von Gewerkschaften, Verbraucherschutzverbänden und Wissenschaftlern ist nicht vorgesehen.

II. Der Weg der EFRAG in den Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung

Die EFRAG ist gegenwärtig dabei, sich jene Expertise und Sachkunde zu erarbeiten, die sie für die Erarbeitung von Stellungnahmen im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung benötigt. Bislang fällt ihre Kompetenz auf diesem Feld deutlich hinter jene zurück, die sie im Bereich der Finanzberichterstattung entwickelt hat. Organisatorisch ist der Umbau der EFRAG erst vor wenigen Wochen (Januar 2022) vollzogen worden. Über die Personalkapazitäten und über den sachverständigen Input, den die EFRAG für die Entwicklung von Standards der Nachhaltigkeitsberichterstattung benötigt, verfügt sie bislang noch nicht. Die Ausweitung des Kreises der Mitglieder des Sustainability Boards ist noch nicht abgeschlossen. Die Auswahl der zwischenzeitlich aufgenommenen Neumitglieder erscheint, insbesondere was die Sphäre der Zivilgesellschaft angeht, eher willkürlich. Niemand wird sagen können, dass hier ein repräsentatives Abbild der Zivilgesellschaft gelungen ist.

Diese Beobachtungen werden durch die Arbeiten, die das „European Corporate Reporting Lab @ EFRAG“ („European Lab“⁸¹) zwischen Juni 2020 und Februar 2021 gemacht hat, eher bestätigt als widerlegt. Die EU-Kommission beauftragte den Vorsitzenden dieses „European Labs“ mit Schreiben vom 25. Juni 2020, mit der Entwicklung von Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung zu beginnen. In diesem Schreiben fanden sich konkrete Vorgaben darüber, wie die Standards auszusehen haben, teilweise gestützt auf frühere politische Standpunkte

81 Das „European Lab“ ist im Kontext des EU-Aktionsplans zur Finanzierung nachhaltigen Wachstums im Jahr 2018 entstanden. Die EU-Kommission sieht seinen Auftrag darin, „Innovationen und die Entwicklung bewährter Verfahren für die Berichterstattung von Unternehmen, wie ökologische Rechnungslegung, zu fördern.“ EU-Kommission, Aktionsplan Finanzierung nachhaltigen Wachstums, COM/2018/097 final, Maßnahme 9 Punkt 3. Hierzu etwa Kai M. Beckmann, Green and more: Sustainable Finance treibt die „nachhaltige Transformation“, WPg 2020, 331; Karina Sopp/Josef Baumüller/Oliver Scheid, Die nichtfinanzielle Berichterstattung, 2021, 26 ff.

der EU-Kommission.⁸² Die EFRAG schrieb dann im Sommer 2020 die Mitgliedschaft in einer „Projekt Task Force on Non-Financial Reporting Standards“ (PTF-NFRS) aus. Die Taskforce nahm am 11. September 2020 ihre Arbeit auf.⁸³ Die Zusammensetzung der Taskforce war wenig repräsentativ. Ihr gehörten vor allem NGOs und Vertreter aus Unternehmen an, die sich aktiv für eine Weiterentwicklung der nicht-finanziellen Berichterstattung eingesetzt hatten. Im Projekt-Management-Office waren überwiegend Mitarbeiter der großen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften tätig.⁸⁴ Am 6. November 2020 wurde ein Fortschrittsbericht vorgelegt. Im Verlauf der weiteren Arbeit fanden Koordinierungstreffen mit der EU-Kommission und mit Vertretern anderer Standardisierungsinstitutionen (z. B. Global Reporting Initiative (GRI), Sustainability Accounting Standards Board (SASB), Task Force on Climate-related Financial Disclosures (TCFD)) statt; zudem wandte sich die Taskforce mit einem Fragebogen an diese Institutionen. Kontakte bestanden auch zur IFRS Foundation,⁸⁵ die ebenfalls im Herbst 2020 mit der Entwicklung von Nachhaltigkeitsberichtsstandards begann.⁸⁶ Die Taskforce führte im Januar 2021 schließlich noch sog. „Outreach-Aktivitäten“ durch. Der Projektendbericht mit dem Titel „Proposals for a relevant and dynamic EU sustainability reporting standard-setting“ wurde Mitte Februar 2021 fertiggestellt und der EU-Kommission übergeben. Öffentlich zugänglich gemacht wurde der Bericht am 8. März 2021.

Die Arbeit des „European Labs“ und der Projektendbericht sind aus verschiedenen Richtungen kritisiert worden. Vielfach bemängelt wurde die Intransparenz des Ausarbeitungsverfahrens und die Unzugänglichkeit der Verhandlungen der Taskforce mit der EU-Kommission.⁸⁷ Auch das Mandatsverständnis ist auf Einwände gestoßen: Der Endbericht ging teilweise deutlich über das Mandat der EU-Kommission hinaus. Er zielte auf eine unternehmerische Gesamtdarstellung ab, die mit der herkömmlichen Rechnungslegung wenig zu tun hat. Inhaltlich ließ er sich in vielen Fragen nicht vom geltenden Recht leiten, sondern antizipierte bereits die von der EU-Kommission avisierte Überarbeitung und Fortschreibung der RL 2013/34/EU. Die Taskforce

82 Hierzu etwa: Josef Baumüller/Oliver Scheid, Standardisierung der nichtfinanziellen Berichterstattung PiR 2020, 379; Georg Lanfermann, Ein zweiter IASB oder nur ein EU-Standardsetzer: Wie international wird die künftige Nachhaltigkeitsberichterstattung? BB 2021, 555 (557 f.).

83 Die Leitung wurde Patrick de Cambourg, Präsident der Autorité des normes comptables (ANC), Mitglied des Boards der EFRAG, übertragen.

84 Am 6. November 2020 wurde ein Fortschrittsbericht vorgelegt. Im Verlauf der weiteren Arbeit fanden Koordinierungstreffen mit der EU-Kommission und mit Vertretern anderer Standardisierungsinstitutionen (z. B. GRI, SASB, TCFD) statt; die Taskforce wandte sich auch mit einem Fragebogen an diese Institutionen. Kontakte bestanden auch zur IFRS Foundation.

85 IFRS Foundation, Consultation Paper on Sustainability Reporting, September 2020.

86 In der Anlage und Zielrichtung unterscheiden sich die Vorhaben der EFRAG und der IFRS Foundation deutlich (Oliver Scheid/Josef Baumüller, Standardisierung der nicht-finanziellen Berichterstattung – zu viele Köche verderben den Brei? Der Betrieb 2020, Heft 48, M5). Schlagwortartig ist es möglich, das Ziel der Arbeiten der IFRS Foundation in der Absicherung von Kapitalgeber- und Investoreninteressen zu verorten („business case for sustainability“), das Ziel der EU demgegenüber in der Schaffung einer Gesellschaftsordnung, in denen Unternehmen einem öko-sozialen Wertesystem unterliegen.

87 Z. B. Karina Sopp/Josef Baumüller, Auf dem Weg zu europäischen Standards für die nichtfinanzielle Berichterstattung? Teil 1: Projektendbericht des European Corporate Reporting Lab @ EFRAG, Zeitschrift für internationale und kapitalmarktorientierte Rechnungslegung, 21 (2021), 254 (265).

nahm damit Entwicklungen auf politischer Ebene vorweg – und schien sie vorprägen zu wollen. Nach Vorlage des CSRD-E am 21. April 2021 wurde im übrigen klar, dass der Endbericht in terminologischer und inhaltlicher Hinsicht nicht unerheblich von dem im CSRD-E angedeuteten Verständnis der Nachhaltigkeitsberichterstattung abweicht. Vielfach wird Skepsis geäußert, ob der Projektendbericht bleibenden Wert haben wird. Ungeachtet dessen beauftragte die EU-Kommission den Präsidenten der EFRAG mit Schreiben vom 12. Mai 2021, bis zum 15. Juni 2022 erste Standard-Entwürfe vorzulegen, wenn bis dahin die CSRD in Kraft getreten ist.

Die Tätigkeit der Taskforce wird hier deshalb so ausführlich beschrieben, weil die Schilderung deutlich vor Augen führt, wie groß die Herausforderung ist, genuine Offenheit und Transparenz, Interessenvielfalt und pluralistische Diversität der Standpunkte und Perspektiven sicherzustellen. In der Zusammensetzung der Taskforce machte sich ein eindeutiger „bias“ bemerkbar – sowohl, was die institutionelle Verankerung der Mitglieder der Arbeitsgruppe anging, als auch, was deren inhaltliche Grundpositionen und deren strategische Interessen betraf. Die Schilderung macht vor allem deutlich, wie groß die Gefahr ist, dass derartige Gremien einem Prozess der „capture“ ausgesetzt sein können.

Die EFRAG hat inzwischen eine „Roadmap“ vorgelegt, der sich entnehmen lässt, wie sie den Auftrag der Entwicklung von Vorschlägen von EU-Standards der Nachhaltigkeitsberichterstattung erfüllen will. Sie will einen ersten Entwurf mit initialen „Kern“-Standards bis Mitte 2022 vorlegen, die auf das Berichtsjahr 2023 angewendet werden sollen (Berichte, die in 2024 publiziert werden). Die Vorlage „erweiterter“ Standards, die auf das Berichtsjahr 2024 angewendet werden sollen (Berichte, die in 2025 publiziert werden), soll bis Mitte 2023 erfolgen. Bis Mitte 2024 sollen dann Entwürfe mit Weiterentwicklungen der Standards erarbeitet werden, die auf das Berichtsjahr 2025 angewendet werden sollen. Vorgesehen sind weitere regelmäßige Aktualisierungen.

Der EU-Kommission stand im April 2021 klar vor Augen, dass die EFRAG weder organisatorisch, personell oder sachlich-inhaltlich auf dem Gebiet der Nachhaltigkeitsberichterstattung die Anforderungen erfüllte, die notwendig sind, um Nachhaltigkeitsberichtsstandards zu entwickeln. Insofern stellte die EU-Kommission der EFRAG in dem Entwurf der CSRD einen Blankoscheck aus.

III. Legitimationstheoretische Einordnung der EFRAG – Output, Input und Throughput

Für die verfassungsrechtliche Analyse und Bewertung der privilegierten Beteiligungsstellung, die der CSRD-E der EFRAG gewährt, ist schließlich auch eine legitimationstheoretische Einordnung der EFRAG notwendig. Es ist hierfür unumgänglich, näher zu betrachten, wie die Tätigkeit

der EFRAG in verfassungstheoretisch-legitimatischem Sinne eingeordnet und gerechtfertigt werden kann.⁸⁸ Die Analyse der EFRAG fördert dabei ungewöhnliche Hybridstrukturen zu Tage.

1. Grundsätzliche Einordnung der EFRAG: output-orientierte Experteninstitution

Die EFRAG wurde als fachlich hochspezialisierte Einrichtung gegründet, die ihre Effektivität und Legitimation der Expertise und dem Sachverstand verdankt, über die sie auf dem Feld der unternehmerischen Finanzberichterstattung verfügt. In Artikel 4 der Satzung der EFRAG⁸⁹ werden die Ziele der EFRAG näher beschrieben. Neben vier Zielsetzungen im Bereich der Finanzverfassung verfolgt die EFRAG seit Januar 2022 auch das Ziel „to provide technical advice to the European Commission in the form of draft EU Sustainability Reporting Standards and/or draft amendments to draft EU Sustainability Reporting Standards developed with proper due process, public oversight and transparency.“ Legitimationstheoretisch rechtfertigt sich die EFRAG danach vor allem dadurch, dass sie auf dem Feld ihrer sachverständigen Expertise vernünftige Problemlösungen erarbeitet. Man kann insofern von „Output“-Legitimation sprechen. In ihrer Selbstdarstellung beansprucht die EFRAG, sich dem „Gemeinwohl“ („public interest“; „European public good“) verpflichtet zu sehen.⁹⁰ Man muss das so verstehen, dass sie dieses Gemeinwohl dadurch fördern will, dass sie eine bestimmte (technisch-expertokratische) Form von Problemlösungskapazität bereithält.

Auf Input-Seite ist die EFRAG durch Geschlossenheit, Spezialität und Partikularität gekennzeichnet. Sie weist keine freie Zugänglichkeit auf: Die bestehenden Mitglieder kooptieren neue Mitglieder.⁹¹ Anders als in staatlich-demokratischen Institutionen ist es nicht möglich, gegen den Willen der existierenden Mitglieder in die Generalversammlung aufgenommen zu werden. Die Mitgliedschaft steht im übrigen nicht allen Interessierten offen. Vielmehr ist sie auf bestimmte Institutionen beschränkt, die eine technische Expertise und ein belegbares Interesse vorweisen können.⁹² Die bestehenden Mitglieder entscheiden, ob interessierte Außenstehende dem Profil entsprechen, das sie mit Blick auf ihre Interessen und die Ziele der EFRAG als gewinnbringend ansehen. Die Organe der EFRAG entscheiden zudem, wer in den Boards und in den „Technical Expert Groups“ (TEG) und den „Project Task Forces“ (PTF) mitwirken kann. Auch hier bestehen weder eine freie Zugangsmöglichkeit noch klar definierte Zugangskriterien. Die Bedingungen einer Mitgliedschaft sind damit partikular: Es geht um die Förderung eines spezifischen Anliegens, nicht um allgemeine Politik. Die Beobachtung

88 Beschreibung demokratiethoretischer Legitimationismuster bei: Thomas Oppermann/Claus D. Classen/ Martin Nettesheim, *Europarecht*, 9. Aufl. 2021, § 15 mit weiteren Nachweisen. Grundlegend: Fritz Scharpf, *Demokratiethorie zwischen Utopie und Anpassung*, 1970.

89 Statutes of EFRAG AISBL vom 21. Januar 2022.

90 <https://www.efrag.org/About/Facts>. Der Selbstdarstellung lässt sich nicht entnehmen, wie die EFRAG definiert, was aus der Sicht ihrer Organe als „Gemeinwohl“ anzusehen ist.

91 Art. 5.2. i.V.m. Art. 7.2.1. der Satzung der EFRAG vom 21. Januar 2022.

92 Art. 5.1. der Satzung der EFRAG vom 21. Januar 2022.

von Geschlossenheit, Spezialität und Partikularität kann nicht verwundern: Eine auf sachverständigen Output ausgerichtete und privatrechtlich verfasste Organisation wie die EFRAG ist keine Institution, die den demokratischen Anforderungen zu genügen hat, die etwa für die Zusammensetzung eines Parlaments gelten.

Eine Institution, die sich output-orientiert durch ihre Problemlösungskapazität rechtfertigt, ist auch auf Verfahrenslegitimation („through-put“) nicht wesentlich angewiesen. Sie lebt davon, dass sie intern über das Wissen verfügt (oder dieses Wissen jedenfalls erarbeiten kann), das für die Erarbeitung von Problemlösungen notwendig ist. Die Satzung der EFRAG sah schon vor der Änderung im Januar 2022 bei der Erarbeitung von Stellungnahmen einen Prozess der „public consultation with European constituents“ vor.⁹³ In dieser (inzwischen revidierten) Satzung war auch von der Gewährleistung von „due process“ und „transparency“ die Rede. Im Kern ging es der EFRAG dabei aber um Wissensgenerierung, nicht um Legitimationssicherung. In den öffentlichen Anhörungen sollten Informationen generiert werden, deren Berücksichtigung eine Verbesserung der Lösungsvorschläge der EFRAG bewirken würde. Dies tritt insbesondere klar zu Tage, wenn man die diesbezügliche öffentliche Selbstdarstellung der EFRAG analysiert:⁹⁴ Hier wird manches, was eindeutig der Generierung von Expertenwissen dient, unter die Begriffe „transparency“ und „due process“ gefasst, etwa „field tests“, „impact analyses“ and „outreaches“. Verfassungstheoretisch ist die damit betriebene Begriffsverwirrung zu beklagen.

Man kann also festhalten: Bislang war die EFRAG ganz als Expertenorganisation verfasst, die sich über ihren „Output“ legitimierte. Ihr Entscheidungsverfahren war darauf angelegt, die Problemlösungskapazität zu optimieren; zu diesem Zweck wurden auch öffentliche Anhörungen durchgeführt. Für eine private Institution wie die EFRAG ist kennzeichnend, dass die „Input“- sowie die „Throughput“-Dimension keine Rolle spielt.

2. Legitimationstheoretische Hybridstruktur im Bereich der Nachhaltigkeitsberichtsstandards

Die vorstehende Beschreibung hätte die EFRAG bis zu ihrer Reorganisation im Januar 2022 angemessen erfasst. Seit der Reorganisation bedient sich die EFRAG für ihre Selbstbeschreibung eines Deutungsmusters, das deutlich vom überkommenen Muster abweicht. Grundsätzlich will sich die EFRAG auch hinsichtlich der Arbeiten in der Nachhaltigkeitssäule auf output-orientierte Legitimationsmuster stützen: Es ist ihr Anspruch, die EU-Kommission sachverständig zu beraten und so zur Bewältigung politischer Herausforderungen beizutragen. Die Reorganisation

93 EFRAG, Satzung vom 11. Dezember 2018, Art. 7.3.4., 7.9.2., 7.9.3.

94 In ihrer Selbstdarstellung beschreibt die EFRAG die prozedurale Legitimationsdimension wie folgt: „EFRAG seeks input from all stakeholders, and obtains evidence about specific European circumstances, throughout the standard-setting process. Its legitimacy is built on transparency, governance, due process (which may include field tests, impact analyses and outreaches), public accountability and thought leadership. This enables EFRAG to speak convincingly, clearly and consistently, and be recognised as the European voice in corporate reporting.“ (<https://www.efrag.org/About/Facts>).

der EFRAG, die Schaffung eines besonderen Boards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung und die Zusammensetzung dieses Boards dienen dem Zweck, die diesbezüglich erforderliche Expertise zu stärken. Aus der Perspektive dieses Legitimationsansatzes erweist sich die EFRAG allerdings als defizitär, weil ihre interne Organisation noch nicht einmal im Ansatz die Vielfalt der Stimmen und Interessen widerspiegelt, die repräsentiert sein müssen, wenn es wirklich um die Formulierung einer „Rechenschaftspflicht zwischen Unternehmen und Gesellschaft“ gehen soll.⁹⁵ Die Zusammensetzung der EFRAG ist weiterhin wesentlich von Akteuren geprägt, die der Welt der Finanzberichterstattung entstammen. Sie hat bislang keine Kultur entwickeln können, die die Eigenarten, Denkweisen und Sinnmuster dieser Welt transzendieren würde. Sie kann sich bislang auch nicht auf institutionelles Wissen stützen, das sie bei ihrer Arbeit fruchtbar machen könnte. Das darf nicht als Kritik verstanden werden. Dem CSRD-E liegt ein Neuansatz zugrunde, der alle beteiligten Akteure und Interessenten vor die Notwendigkeit stellt, neues Wissen, neu Denkmuster und neue Praktiken zu erarbeiten. Legitimationstheoretisch zwingt dies allerdings zum Schluss, dass die EFRAG auf dem Gebiet der Nachhaltigkeitsberichterstattung den Anspruch, ihr Handeln output-legitimatisiert rechtfertigen zu können, nur begrenzt einlösen kann. Das muss nicht so bleiben; es ist denkbar, dass die EFRAG auf diesem neuen Gebiet künftig einmal die gleiche Expertise sammeln wird wie im Bereich der Finanzberichterstattung. Es liefe aber auf eine Selbsttäuschung hinaus, wenn man sich einreden wollte, dass dies bereits heute der Fall wäre.

Neu ist, dass sich die EFRAG im Bereich der Nachhaltigkeitssäule nunmehr auch wesentlich auf prozedurale Legitimationsmuster stützen will („Throughput-Legitimation“). In der überarbeiteten Satzung, vor allem aber in der überarbeiteten Verfahrensordnung, wird der Anspruch formuliert, die in diesem Bereich ausgearbeiteten Stellungnahmen und Empfehlungen auch dadurch zu rechtfertigen, dass sie in einem offenen, transparenten, inklusiven und fairen Verfahren unter Beteiligung der Öffentlichkeit erarbeitet werden.⁹⁶ In der Verfahrensordnung wird diesem Aspekt in einer Vielzahl von Vorschriften, vor allem aber in Art. 17, Aufmerksamkeit geschenkt. Nach Art. 17 Nr. 1 der Verfahrensordnung hat die EFRAG „transparent due process“ zu gewährleisten. „Transparency is achieved in particular by technical discussions held in public meetings, a public consultation process with European constituents, and through the publication of documents.“ Elemente von Transparenz und „due process“ finden sich in Verfahrensregeln, die die Institutionen der EFRAG zu (allerdings begrenzter) Öffentlichkeit zwingen.⁹⁷ Zur Absicherung der Verfahrenslegitimation im Bereich der Nachhaltigkeitssäule erarbeitet die EFRAG eigenständige Regeln darüber, wie „due process“ zu gewährleisten ist (EFRAG

95 Hierzu oben S. 12 (bei Fn. 40).

96 Vgl. etwa EFRAG, Satzung vom 21. Januar 2022, Art. 4.1.; 7.3.4.; 7.9.

97 Z. B. EFRAG, Satzung vom 21. Januar 2022, Art. 15.4. („The EFRAG Administrative Board meetings are closed meetings. However, it will hold public sessions whenever the due process oversight is discussed. Meetings of the EFRAG Administrative Board Due Process Committee are not held in public.“).

Due Process Procedures on EU Sustainability Reporting Standard-Setting).⁹⁸ Hierauf wird in der Verfahrensordnung Bezug genommen.⁹⁹

Die legitimatorische Selbstbeschreibung der EFRAG hat damit hybridartige Strukturen angenommen. Jedenfalls für den Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung will sie wesentlich auf prozedurale Legitimationsmuster setzen. Drei Erklärungen liegen auf der Hand. Erstens sieht sich die EFRAG durch die Vorgaben des CSRD-E gezwungen, dem Verfahrensaspekt und der Generierung von „Throughput“-Legitimation mehr Beachtung zu schenken als bisher. In der Satzung und in der Verfahrensordnung schlägt sich danach der Umstand nieder, dass eine Berücksichtigung der Stellungnahmen der EFRAG nur möglich sein wird, wenn dem Verfahrensaspekt hinreichende Bedeutung geschenkt worden ist. Zweitens dürfte die EFRAG die Notwendigkeit sehen, die (bislang) fehlende Expertise im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung durch Beteiligungsmechanismen prozedural aufzufangen. „Legitimation durch Verfahren“ (Luhmann) soll insofern Schwächen im Bereich der „Output“-Legitimation ausgleichen. Drittens ist es nicht ausgeschlossen, dass es der EFRAG mit der Betonung von Transparenz und „due process“¹⁰⁰ letztlich auch darum geht, öffentliche Anerkennung und Zustimmung zu gewinnen, dass es also um einen Akt der Kommunikation in die Öffentlichkeit hinein geht.

Bei der unionsverfassungsrechtlichen Einordnung und Kritik der in Art. 49 Abs. 3a RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) vorgesehenen Rechtsstellung der EFRAG dürfen diese Hybridstrukturen nicht außer Acht bleiben. Die EFRAG beschreibt sich seit der Reorganisation im Januar 2022 nicht mehr als „klassische“ Experteninstitution, die sich wesentlich output-orientiert durch ihre Problemlösungskapazität rechtfertigt. Man geht in der Sache nicht ganz fehl, wenn man feststellt, dass die EFRAG sich in der Folge ihrer Reorganisation an prozeduralen Legitimationsmustern orientiert, die eher im Bereich (demokratisch verantwortlicher) Hoheitsinstitutionen zu beobachten sind. An späterer Stelle wird zu klären sein, ob das ausreicht, um der EFRAG eine privilegierte rechtsförmige Beteiligungsrolle einzuräumen.¹⁰¹ In jedem Fall bleibt festzuhalten: Die EFRAG wird sich auch künftig nur output-orientiert legitimieren können, und auf dem Feld der Nachhaltigkeitsberichterstattung hat sie diesen Nachweis bislang nicht erbracht.

98 <https://www.efrag.org/News/Project-503/EFrag-public-consultation-Due-Process-Procedures-on-EU-Sustainability-Reporting-Standard-Setting>.

99 Art. 17 Nr. 8 der Internal Rules vom 21. Januar 2022.

100 In der Verfahrensordnung vom 21. Januar 2022 taucht der Begriff „due process“ insgesamt 38 Mal auf.

101 Hierzu unter E.IV (S. 58 ff.).

D. Rechtspolitischer Hintergrund: Bemühungen der EU um „Good Governance“ und „Better Regulation“

Erlässt der EU-Gesetzgeber eine Bestimmung, die einer privaten Institution eine privilegierte Stellung im EU-Rechtsetzungsverfahren einräumt, zwingt er zur Beschäftigung mit Fragen der „EU-Governance“. Die Entscheidung, einer privaten Institution im EU-Rechtsetzungsverfahren eine formalisierte Einfluss- und Vorrangstellung einzuräumen, stellt eine unmittelbare und direkte Herausforderung für jene Vorstellungen von „good governance“ dar, die die EU seit nunmehr zwei Jahrzehnten entwickelt hat. Die rechtliche Einordnung und Kritik einer Regelung, wie sie sich in Art. 49 Abs. 3a RL 2013/34/EU (i. d. F. der CSRD) findet, ist nicht möglich, ohne zu berücksichtigen, dass sich die EU seit nunmehr zwei Jahrzehnten um die Verbesserung ihrer Governance-Strukturen bemüht. Erfolgt hier ein Rückfall in längst überwundene Zeiten? Oder wird über „good governance“ nur in Sonntagsreden gesprochen, während in der Alltagspraxis der EU andere Wege beschritten werden?

Über Jahrzehnte konnten sich die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS), die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG bzw. EG) und die Europäische Atomgemeinschaft (EAG) als Organisationen begreifen, die sich in entpolitisiertem Weise der Realisierung und Verwaltung von einzelnen und konkret umschriebenen „Projekten“ widmeten, seien es nun die Agrarmärkte, die Errichtung eines gemeinsamen Marktes, die Verwaltung von Märkten für Kohle und Stahl oder die administrative Überwachung von Nuklearmaterial. Kennzeichen dieser Organisationen war es, dass sie auf der Grundlage von Expertenwissen und technokratischem Sachverstand in einem eher entpolitisierten Entscheidungsmodus diese vorgegebenen Projekte realisierten. Wenn sich dabei Schwierigkeiten und Probleme ergaben, wurden sie in Verhandlungen gelöst. In den ersten Jahrzehnten war der Prozess der Integration damit von einem Governance-Ansatz geprägt, der auf Arbeitsebene¹⁰² nur einen geringen Grad an Politisierung kannte. Konflikte und offener Streit über die allgemeine Grundrichtung waren unerwünscht. Die gewählten institutionellen Strukturen und der Handlungsansatz waren insofern erfolgreich, als es den EG-Organen in der Tat gelang, eine Vielzahl der im Primärrecht angelegten Projekte und Vorhaben zu realisieren. Der Preis allerdings war hoch: Es entstand das Bild einer technokratischen Organisation, die im Wesentlichen von den Visionen, Zielen und Interessen einer kleinen Gruppe von EU-Politikern, Verwaltungsbeamten und Marktakteuren bestimmt war. Dies war das Bild einer Organisation, deren Institutionen sich als bürgerfremd und unnahbar erwiesen und die für demokratische Werte wenig Respekt hatte. Die bürokratische Organisation handelte für die Bürgerinnen und Bürger, war aber nicht von diesen demokratisch gesteuert und kontrolliert.

102 Natürlich ließ sich das Gesamtprojekt der Integration als *politisches Gesamtprojekt* begreifen. Auf Arbeitsebene wurde dies aber ausgeblendet (vgl. Frank Schorkopf, *Der europäische Weg*, 3. Aufl. 2015).

I. Good Governance durch Offenheit, Transparenz und gleiche Beteiligungschancen

Seit nunmehr über zwei Dekaden versuchen die EU-Mitgliedstaaten (in ihrer Funktion als vertragsgebende Akteure) und die EU-Organe, dieses Bild zu korrigieren. In das Primärrecht wurden vielfältige Bestimmungen aufgenommen, die die demokratische Verpflichtung der EU und ihrer Organe betonen – angefangen von der Bekundung von Werten in Art. 2 EUV über die rechtliche Verankerung von Prinzipien und Rechten in Art. 10, 11 EUV bis hin zu jenen Einzelregelungen, die das ordentliche Gesetzgebungsverfahren ins Zentrum der EU-Rechtsetzung stellen und die (delegierte) Rechtsetzung seitens der EU-Kommission unterordnen. Vor allem aber haben sich die EU-Organe in einer beinahe unübersehbaren Vielzahl von Dokumenten, Erklärungen und Verlautbarungen zum politischen Ziel bekannt, die Qualität, Offenheit, Teilhabe und Transparenz der Politikformulierungsprozesse zu verbessern. Das Bekenntnis zu *Offenheit, Transparenz und gleicher Zugänglichkeit* gehört inzwischen zum Kern der politischen Selbstbeschreibung der EU.

Diese Selbstbeschreibung der EU wird in einer bis heute exemplarischen Form in dem Weißbuch „Europäisches Regieren“ umschrieben, das die EU-Kommission im Jahr 2001 verfasst hat.¹⁰³ Sie benennt dort fünf Grundsätze, die das Handeln der EU anleiten sollen: *Offenheit, Partizipation, Verantwortlichkeit, Effektivität und Kohärenz*. Sie betont, dass die Beachtung dieser Grundsätze für die EU von essentieller Bedeutung sei, um die künftigen Herausforderungen erfolgreich bewältigen zu können. Mit Blick auf den Grundsatz der Offenheit führt die EU-Kommission aus: Offenheit sei deshalb so wichtig, „weil sie helfen kann, das Vertrauen in komplexe Institutionen zu stärken.“

Hinsichtlich des Anliegens der Partizipation stellt sie fest: „Wie gut, sachgemäß und wirksam die Politik der Union ist, hängt davon ab, inwieweit die Akteure in den Politikgestaltungsprozess – von der Konzipierung bis hin zur Durchführung – einbezogen werden. Verstärkte Teilhabe bewirkt größeres Vertrauen in das Endergebnis und die Politik der Institutionen.“ Im Weißbuch ist davon die Rede: „Es bedarf einer verstärkten Konsultations- und Dialogkultur, einer Kultur, die von allen europäischen Institutionen angenommen wird.“¹⁰⁴

Und die Gefahr einer einseitigen oder privilegierenden Beteiligung einzelner Interessengruppen und Akteure wird in dem Weißbuch sogar als besondere Gefahr bezeichnet: „Eine Konsultationskultur lässt sich nicht mit Gesetzesregeln erreichen, die allzu starr wären und

103 Europäische Kommission, *Europäisches Regieren* – Ein Weißbuch, KOM (2001) 428 endgültig, ABl. 2001 Nr. C 287/1.

104 Europäische Kommission, *Europäisches Regieren* – Ein Weißbuch, KOM (2001) 428 endgültig, ABl. 2001 Nr. C 287/1 (13).

die Verabschiedung bestimmter politischer Maßnahmen verzögern könnten. Vielmehr sollte sie sich auf einen Verhaltenskodex stützen, in dem Mindeststandards dafür festgelegt würden, zu welchen Fragen, wann, wer und wie konsultiert werden sollte. Dadurch würde die Gefahr vermindert, *dass sich die Entscheidungsträger allzu einseitig informieren oder dass einzelne Gruppen bei dem Konsultationsprozess aufgrund sektorspezifischer Interessen oder ihrer Staatsangehörigkeit bevorzugt werden*, was eindeutig eine Schwäche der gegenwärtigen Methode punktueller Konsultationen ist. Durch diese Standards erhielten die Organisationen der Zivilgesellschaft repräsentativeren Charakter und würden ihre Diskussionen mit den europäischen Organen strukturiert.¹⁰⁵ Die EU-Kommission hat hieraus die Konsequenz gezogen und im Jahr 2002 Mindeststandards für Konsultationen formuliert.¹⁰⁶

Diese Überlegungen haben den weiteren konstitutionellen Prozess, der dann in den Vertrag von Lissabon mündete, wesentlich beeinflusst. Der Vertragsgeber von Lissabon nahm in Art. 11 Abs. 1-3 EUV ausführliche Vorgaben für die gleiche Beteiligung der Zivilgesellschaft in den Entscheidungsprozessen der EU auf. In der neueren „Better regulation“-Kommunikation der EU-Kommission werden Offenheit, gleiche Zugänglichkeit und Transparenz zu den zentralen Bestandteilen gelingender Rechtsetzung gezählt.¹⁰⁷ Und Bekenntnisse zu good governance finden sich auch in jüngst veröffentlichten Dokumenten. So stellte die EU-Kommission im Juni 2020 fest:

„Die Kommission ist entschlossen, offen und transparent zu arbeiten und bei ihren Beschlüssen alle Erkenntnisse, die ihr vorliegen, zu berücksichtigen. Sie legt Wert darauf, Interessenträger aktiv darüber zu informieren, was sie tut und welche Beschlüsse sie fasst, da Transparenz unerlässlich ist, um das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in die EU-Organe und -Einrichtungen zu gewinnen und die Legitimität und Verantwortlichkeit der öffentlichen Verwaltung sicherzustellen. Diese Verpflichtung zu Offenheit und Transparenz spiegelt sich unter anderem in der Agenda für bessere Rechtsetzung wieder, die sicherstellen soll, dass Politikmaßnahmen offen und transparent ausgearbeitet, umgesetzt und evaluiert werden, sich

105 Europäische Kommission, Europäisches Regieren – Ein Weißbuch, KOM (2001) 428 endgültig, ABl. 2001 Nr. C 287/1 (14). Hervorhebung nicht im Original.

106 Europäische Kommission, Aktionsplan „Vereinfachung und Verbesserung des Regelungsumfelds“, Mitteilung vom 5. Juni 2002, COM(2002) 278 final. Siehe auch: Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union, Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Interinstitutionelle Vereinbarung „Bessere Rechtsetzung“, ABl. 2003 C 321/1 (allerdings ohne operative Bedeutung).

107 Im Jahr 2017 veröffentlichte die EU-Kommission einen Zwischenbericht über die Fortschritte der „Better Regulation Agenda“ (COM (2017) 651 final vom 24. Oktober 2017). Im Jahr 2019 kam es dann zu einer Bilanzaufnahme und zu einer Erneuerung des Engagements (COM (2019) 178 final vom 15.4.2019).

auf die bestverfügbare Evidenz stützen und durch die umfassende Einbeziehung der Interessenträger untermauert werden.“¹⁰⁸

In einer Beschreibung der EU-Agenda „Bessere Rechtsetzung“ vom November 2021 wird besonders betont, dass der Prozess der Beteiligung der „stakeholder“ möglichst offen sein soll:

„It is good practice to plan consultations using a simple, concise strategy that identifies relevant stakeholders and targets them with a range of activities, in order to gather all relevant evidence (data, other information and views). For maximum usefulness and inclusivity, it is important to consult as widely as possible (while avoiding ‘consultation fatigue’), giving all interested parties the opportunity to contribute to the timely evaluation or development of effective policies. All relevant stakeholders should have a reasonable period, in which to make informed and effective contributions. Subsequently, the respondents should receive feedback on how their contributions have been used.“¹⁰⁹

Die EU-Kommission nimmt in diesem Zusammenhang auch explizit Bezug auf Art. 11 EUV:

„Under Article 11 of the Treaty on European Union (TEU), the Commission has a duty to carry out broad consultations with interested parties in order to ensure that EU action is coherent and transparent. Consulting stakeholders is an important means of collecting evidence to support policymaking. Taking account of their views, practical experience and data will improve our understanding of the issues at stake and lead to better quality and credibility (and therefore acceptance and trust among EU citizens) of policy initiatives.“¹¹⁰

Die EU-Kommission weist zu Recht darauf hin, dass die Grundsätze nicht unmittelbar gelten können für „opinions from expert groups involved in the preparation of delegated acts or in the context of well-established consultation procedures“ und „stakeholder consultations prepared and conducted by any EU agency or Commission body prior to the Commission’s finalisation of draft delegated and implementing acts“.¹¹¹ An keiner Stelle des Dokuments ist aber davon die Rede, dass ein privater Akteur in privilegierter Weise im Rechtsetzungsverfahren beteiligt

108 Europäische Kommission, Governance in der Europäischen Kommission, C(2020) 4240 final, Mitteilung vom 24. Juni 2020, 21.

109 EU Kommission, Better Regulation Guidelines, Arbeitsdokument, SWD(2021) 305 final; https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/swd2021_305_en.pdf, S. 9.

110 EU Kommission, Better Regulation Guidelines, Arbeitsdokument, SWD(2021) 305 final; https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/swd2021_305_en.pdf, S. 13.

111 EU Kommission, Better Regulation Guidelines, Arbeitsdokument, SWD(2021) 305 final; https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/swd2021_305_en.pdf, S. 14.

werden könnte. Die EU-Kommission betont im Übrigen, dass „(t)hese consultations are nevertheless expected to respect the same standards indicated in these guidelines and further detailed in the toolbox.“¹¹²

Auch das Europäische Parlament hat verschiedentlich die besondere demokratische Bedeutung angemessener und gleicher Beteiligung im Rechtsetzungsverfahren hervorgehoben. In einer Resolution vom 30. Mai 2018 betont das Parlament beispielsweise,

„that the delegation of power to the Commission is not merely a technical issue, but can involve questions of political sensitivity which are of considerable importance to EU citizens, consumers and businesses.“¹¹³

II. Konsultationen im Bereich delegierter Rechtsetzung

Die EU-Institutionen haben sich – über die allgemeine Selbstverpflichtung zu Offenheit, Transparenz und gleicher Zugänglichkeit hinaus – in besonderer Weise mit dem Prozess der delegierten Rechtsetzung befasst. In einer Mitteilung, die die EU-Kommission 2015 veröffentlichte, verpflichtet sie sich, im Prozess der Formulierung von delegierten Rechtsakten umfassende Beteiligungsmöglichkeiten vorzusehen:

„(...) all stakeholders will be able to provide feedback on acts setting out technical or specific elements that are needed to implement the legislation adopted by the European Parliament and the Council. For the first time the draft texts of delegated acts will be open to the public at large on the Commission's website for four weeks in parallel to the consultation of experts in the Member States.“¹¹⁴

Die EU-Kommission weist darauf hin, dass hiervon unter bestimmten Voraussetzungen abgewichen werden kann, u. a., „when no (or limited) discretion exists on the content; when extensive consultation has already taken place during the preparation of the act (such as that undertaken by an EU Agency); when urgency prevents such consultations; or for other duly justified reasons.“¹¹⁵ Die Möglichkeit, dass das Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung dadurch „privatisiert“ wird, dass einer besonders benannten privaten Institution eine privilegierte Stellung eingeräumt wird, wird dabei nicht erwähnt.

112 EU Commission, Better Regulation Guidelines, Impact Assessment, 3. November 2021, SWD(2021) 305 final, S. 14.

113 EP Resolution of 30 May 2018 on the Interpretation and Implementation of the IIA on Better Law-Making, 2016/2018(INI), Para. 47 und 53.

114 EU Commission, Better regulation for better results – An EU agenda, Communication, 19. Mai 2015, COM(2015) 215 final, S. 5.

115 EU Commission, Better regulation for better results – An EU agenda, Communication, 19. Mai 2015, COM(2015) 215 final, S. 5, Fn. 4.

In einem verbindlichen Interinstitutionellen Abkommen vom 13. April 2016¹¹⁶ haben die EU-Organe Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union und Europäische Kommission zum Ausdruck gebracht, dass Fragen der angemessenen und gleichen Beteiligung beim Erlass delegierter Rechtsakte besondere Bedeutung haben. Sie haben diesem Thema in der Vereinbarung nicht nur einen eigenen Abschnitt, sondern auch einen Anhang gewidmet. In Randnummer 28 stellen die drei Organe fest:

„Die drei Organe haben sich auf eine im Anhang hierzu aufgeführte Verständigung über delegierte Rechtsakte und die damit zusammenhängenden Standardklauseln (im Folgenden „Verständigung“) geeinigt. Gemäß dieser Verständigung und im Interesse einer höheren Transparenz und einer breiteren Konsultation verpflichtet sich die Kommission, vor der Annahme delegierter Rechtsakte das erforderliche Expertenwissen einzuholen, unter anderem durch die Konsultation von Sachverständigen aus den Mitgliedstaaten und durch öffentliche Konsultationen.

Darüber hinaus wird die Kommission je nach Sachlage auf Sachverständigengruppen zurückgreifen, die Interessenträger konsultieren bzw. öffentliche Konsultationen durchführen, wenn für die erste Ausarbeitung des Entwurfs bei Durchführungsrechtsakten umfassenderes Expertenwissen benötigt wird.“

Im Anhang dieser Interinstitutionellen Vereinbarung haben die EU-Organe bestimmt, wie die EU-Kommission beim Erlass delegierter Rechtsakte vorzugehen hat:¹¹⁷

„Die Kommission hört bei der Ausarbeitung von Entwürfen delegierter Rechtsakte die von den einzelnen Mitgliedstaaten benannten Sachverständigen an. Die Sachverständigen der Mitgliedstaaten werden zu allen von den Kommissionsdienststellen erarbeiteten Entwürfen delegierter Rechtsakte rechtzeitig konsultiert. Die Entwürfe der delegierten Rechtsakte werden den Sachverständigen der Mitgliedstaaten zugeleitet. Die Konsultationen finden in bestehenden Sachverständigengruppen statt oder im Wege von Ad-hoc-Sitzungen mit Sachverständigen der Mitgliedstaaten, zu denen die Kommission über die Ständigen Vertretungen der einzelnen Mitgliedstaaten einlädt. Die Entscheidung, welche Sachverständigen teilnehmen, obliegt den Mitgliedstaaten. Den Sachverständigen der Mitgliedstaaten werden die Entwürfe der delegierten Rechtsakte, der Entwurf der betreffenden Tagesordnung und alle

116 Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union, Europäische Kommission, Interinstitutionelle Vereinbarung vom 13. April 2016 über bessere Rechtsetzung, Abl. 2016 L 123/1.

117 Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union, Europäische Kommission, Interinstitutionelle Vereinbarung vom 13. April 2016 über bessere Rechtsetzung, Abl. 2016 L 123/1, Rdnr. 4, Rdnr. 6, Rdnr. 11.

sonstigen einschlägigen Dokumente so rechtzeitig übermittelt, dass sie genügend Zeit zur Vorbereitung haben.“

„Die Vorbereitung und Ausarbeitung delegierter Rechtsakte kann auch die Konsultation von Interessenträgern einschließen.“

„Wenn sie dies für notwendig erachten, können das Europäische Parlament und der Rat jeweils Sachverständige zu den Sitzungen der mit der Ausarbeitung von delegierten Rechtsakten befassten Sachverständigengruppen der Kommission, zu denen Sachverständige der Mitgliedstaaten eingeladen werden, entsenden. Zu diesem Zweck erhalten das Europäische Parlament und der Rat den Zeitplan für die kommenden Monate sowie Einladungen für alle Sachverständigensitzungen.“

Die Formulierungen machen deutlich, dass die Generierung des Sachwissens, über das die EU-Kommission bei der delegierten Rechtsetzung verfügen muss, grundsätzlich über Sachverständigengruppen erfolgen soll, in denen Repräsentanten aller EU-Mitgliedstaaten vertreten sind. Die Vereinbarung macht deutlich, dass zusätzlich auch eine Konsultation von Interessenträgern zulässig ist. Die Möglichkeit, eine private Institution mit der Ausarbeitung von Entwürfen zu betrauen, ist in der Vereinbarung über bessere Rechtsetzung nicht vorgesehen.

Die vorstehende Analyse der Aussagen der EU-Organe über „good governance“ und „Bessere Rechtsetzung“ macht zweierlei deutlich. Sie lässt einerseits erkennen, dass die EU-Kommission sich beim Gebrauch delegierter Rechtsetzungskompetenzen sachverständig nicht nur beraten lassen *darf*, sondern auch beraten lassen *muss*. Die EU-Organe bringen eindeutig zum Ausdruck, dass die EU-Kommission nicht auf das Wissen angewiesen ist, über das sie „inhouse“ in ihren Verwaltungsstellen verfügt. Andererseits machen die Aussagen aber auch deutlich, dass die EU-Kommission das erforderliche Wissen durch Einschaltung von Sachverständigen-gremien generieren soll, in dem die EU-Mitgliedstaaten in gleicher Weise beteiligt sind. Die Einschaltung einer privaten Einrichtung, an der die EU-Mitgliedstaaten nicht beteiligt sind, wird an keiner Stelle angesprochen und für zulässig erklärt.

Es ist deutlich hervorzuheben, dass die vorstehend ausgewerteten Dokumente keinen Rechtsstatus haben, aus dem sich eine rechtliche Bindungswirkung für den EU-Gesetzgeber ergeben könnte. Auch die Interinstitutionelle Vereinbarung vom 13. April 2016, die für die Vertragspartner rechtliche Verpflichtungen begründet, hat keine rechtshierarchische Vorrangigkeit vor einem Akt der EU-Gesetzgebung. Eine politische Bindungswirkung der Dokumente lässt sich allerdings nicht in Frage stellen. Die EU-Organe sollten sich des Umstandes bewusst sein, dass es das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in ihr Handeln schwächen und beeinträchtigen

würde, wenn die Erklärungen zu „good governance“ und „Bessere Rechtsetzung“ nur als „Sonntagsverlautbarungen“ behandelt würden, die man beiseite schiebt, wenn es politisch nicht passt.

Die Feststellung, dass eine privilegierte Beteiligung einzelner privater Akteure der Idee von Offenheit und gleicher Zugänglichkeit widerspricht, ist selbstverständlich und bedarf keiner ausführlichen Begründung. Die Offenheit der Entscheidungsverfahren und das Vertrauen der europäischen Bevölkerung leiden, wenn im Regel formulierungsprozess einzelne private Institutionen privilegiert beteiligt werden. Dies gilt natürlich vor allem, wenn die „insider“ entscheiden, wer von den „outsidern“ gehört wird und sich beteiligen darf. Und es gilt verstärkt, wenn es sich um eine Einrichtung handelt, die von spezifischen Akteursgruppen getragen wird, eine geschlossene und spezielle Kultur pflegt und eine Agenda verfolgt, die den Interessen der in der Einrichtung vertretenen Gruppen, nicht aber der Allgemeinheit entsprechen muss.

E. Europaverfassungsrechtliche Bewertung

Die vorstehenden Überlegungen sollten Sensibilität dafür geweckt haben, dass die EU-gesetzliche Gewährung privilegierender Beteiligungsmöglichkeiten oder Einflussstellungen für ausgewählte Private im EU-Rechtsetzungsverfahren dem (politischen und konstitutionalistischen) Ideal guter, insbesondere demokratischer Governance zuwiderläuft. Im Folgenden soll nun rechtlich untersucht werden, inwieweit die Privilegierung Privater mit den Vorgaben des Primärrechts der EU vereinbar ist.

I. Voraussetzungen und Bedingungen der Begründung delegierter Rechtsetzungsmacht – Übersicht

Der CSRD-E sieht vor, der EU-Kommission die Kompetenz einzuräumen, im Wege der delegierten Rechtsetzung EU-Nachhaltigkeitsberichtsstandards zu erlassen.¹¹⁸ Die vertragliche Grundlage für die Gewährung dieser Kompetenz findet sich in Art. 290 AEUV. Primärrechtlich handelt es sich um eine von mehreren vertraglich vorgesehenen Vorgehensweisen, um ausfüllungsbedürftige Lücken im Basisrechtsakt zu schließen. Neben der Ermächtigung der EU-Kommission zum Erlass delegierten Rechts sieht der AEUV auch die Möglichkeit vor, die EU-Kommission zur Schaffung von Durchführungsvorgaben zu ermächtigen (Art. 291 AEUV). Darüber hinaus kann der EU-Gesetzgeber auch Rechtsetzungsbefugnisse auf unabhängige Einrichtungen übertragen. Diese Möglichkeit wird im EU-Primärrecht nicht explizit angesprochen, ist aber in der Praxis üblich und vom EuGH gebilligt worden.¹¹⁹ Grundsätzlich hat der EU-Gesetzgeber politische Entscheidungsfreiheit, welchen der beschriebenen Steuerungsansätze er wählen will. Die institutionellen und prozeduralen Rahmenbedingungen für den Gebrauch der drei Steuerungsansätze unterscheiden sich deutlich. Zudem sind die eröffneten Steuerungsoptionen unterschiedlich. In der politischen Praxis des EU-Gesetzgebers ist eine erhebliche Flexibilität im Umgang mit den drei Optionen zu beobachten, ohne dass eindeutige und stringente Maßstäbe zu erkennen wären.¹²⁰

Der Erlass delegierter Rechtsakte richtet sich seit dem Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags im Dezember 2009 nach Art. 290 AEUV. Die EU-Gerichtsbarkeit geht davon aus, dass es sich dabei um Akte mit generellem Anwendungsbereich handeln muss, also um Akte, die für

118 Hierzu die Beschreibung oben unter B.II (S. 10 ff.).

119 EuGH, Urt. v. 22. Januar 2014, Rs. C-270/12, UK/EP und Rat (ESMA-Leerverkäufe), ECLI:EU:C:2014:18.

120 Siehe Marta Miglioni, *Relying on Agencies in Major European Union Legislative Measures*, *West European Politics* 43 (2020), 159 (160), mit Verweis auf M.A. Pollack, *The Engines of European Integration: Delegation, Agency and Agenda Setting in the EU*, 2003; F. Franchino, *The Powers of the Union: Delegation in the EU*, 2007; R. Thomson/R. Torenlid, *Information, Commitment and Consensus: A Comparison of Three Perspectives on Delegation in the European Union*, *British Journal of Political Science*, 41 (2011), 139; A. Ershova, *The Watchdog or the Mandarin? Assessing the Impact of the Directorates General on the EU Legislative Process*, *Journal of European Public Policy*, 26 (2018), 1.

einen allgemein und abstrakt umschriebenen Personenkreis gelten.¹²¹ Art. 290 AEUV enthält vier ausdrückliche Festlegungen, deren Beachtung zwingend erforderlich ist, wenn der EU-Gesetzgeber die EU-Kommission zum Erlass delegierter Rechtsakte ermächtigen will.¹²² Diese Festlegungen sind:

- Der Basisrechtsakt muss die wesentlichen Aspekte der vom EU-Gesetzgeber angestrebten rechtlichen (Neu-)Ordnung des Gegenstandsbereichs des Rechtsaktes selbst enthalten (Wesentlichkeitsprinzip¹²³). Eine diesbezügliche Delegation ist unzulässig (Art. 290 Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 AEUV).
- Der Basisrechtsakt muss die Befugnisse, die der EU-Kommission übertragen werden, hinsichtlich der Ziele, des Inhalts, des Geltungsbereichs und der Dauer festlegen (Art. 290 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 AEUV). Eine Delegation, die in einem dieser Punkte unbestimmt ist, ist mit Art. 290 AEUV unvereinbar und nichtig (Spezifizitätsgebot).
- Die EU-Kommission kann die Befugnis zur Ergänzung der Bestimmungen des Basisrechtsakts übertragen werden, darüber hinaus aber auch die Befugnis, nicht-wesentliche Elemente des Basisrechtsakts zu ändern (Art. 290 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV).
- Im Basisrechtsakt ist festzulegen, welcher Form der Kontrolle der Gebrauch der delegierten Rechtsetzungskompetenz durch die EU-Kommission unterfallen soll (Art. 290 Abs. 2 AEUV). Der Vertrag sieht als mögliche Formen den Widerruf der Ermächtigung und Einspruchsvorbehalte für das Europäische Parlament und den Rat vor (Erforderlichkeit der politischen Kontrolle).

Die Bestimmung des Art. 290 AEUV lässt eindeutig erkennen, dass die EU-Mitgliedstaaten in den Prozess der Erteilung einer Ermächtigung und in die Kontrolle der Ausübung nur über die Stellung im Rat eingebunden sind, nicht aber über Verwaltungsausschüsse („Komitologie“) oder sonstige formalisierte Mitentscheidungsrechte.¹²⁴ Art. 290 AEUV verzichtet damit auf Legitimationsmechanismen vertikal-aufsteigender, aus der Sphäre der EU-Mitgliedstaaten stammender Art. Die Legitimation der der EU-Kommission übertragenen Befugnisse soll nach der Grundkonzeption der Bestimmung alleine horizontal, also durch die Vorgaben des EU-Gesetzgebers und die Kontrolle seitens des Europäischen Parlaments und des Rates, erfolgen.

121 EuG, Urt. v. 11. Mai 2017, Rs. T-93/10, *Bilbaina de Alquitranes, SA u. a./European Chemicals Agency (ECHA)*, ECLI:EU:T:2013:106, Rn. 56.

122 Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs ist die Rechtmäßigkeit eines Rechtsakts der Union anhand der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt seines Erlasses zu beurteilen (EuGH, Urt. vom 3. September 2015, Rs. C 398/13 P, *Inuit Tapiriit Kanatami u. a./Kommission*, ECLI:EU:C:2015:535, Rn. 22 und die dort angeführte Rechtsprechung). Für die Rechtmäßigkeit der CSRD ist also die Sach- und Rechtslage am Tag des Erlasses durch den EU-Gesetzgeber maßgeblich.

123 Dieses Prinzip ist vom allgemeinen Gesetzesvorbehalt des EU-Rechts zu unterscheiden; zu letzterem z. B. Benjamin Herz, *Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht*, Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, 28.7.2005.

124 Das ist anders bei Art. 291 Abs. 3 AEUV, VO 182/2011 vom 16.2.2011, ABl. 2011 L 55/13. (Beratungsverfahren und Prüfverfahren).

Der Verlust von „bottom up legitimacy“ wird teilweise bedauert.¹²⁵ Man ist sich jedenfalls einig, dass die EU-Kommission im seit 2009 bestehenden System delegierter Rechtsetzung Unabhängigkeit und Entscheidungsfreiheit gewonnen hat.¹²⁶ Umso wichtiger ist es, dass die vertraglich zwingend vorgesehenen Steuerungs- und Kontrollmechanismen weder politisch gering geschätzt noch durch rechtliche Interpretationsbemühungen aufgeweicht werden. Es wäre widersprüchlich, sich einerseits für eine Stärkung der demokratischen Legitimationszusammenhänge im Regierungssystem der EU einzusetzen und dann andererseits die hierfür notwendigen Steuerungs- und Kontrollmechanismen schwächen oder unterlaufen zu wollen.

II. Verfassungstheoretische Hintergrunddimension: Das Zusammenspiel von Basisrechtsakt und Ausfüllung durch die EU-Kommission

Die Grundlagen der EU-Rechtsetzung sind, wie bereits gesagt, durch den Lissabon-Vertrag neu geordnet worden. Der Vertrag hat insbesondere die Ebene parlamentarisch-demokratischer Gesetzgebung von nachgeordneten Formen rechtlicher Steuerung deutlicher abgehoben, als dies zuvor der Fall war. Zwischen der Gesetzgebung im ordentlichen oder in einem speziellen Gesetzgebungsverfahren sowie in sonstigen Rechtsetzungsverfahren wird nunmehr institutionell und legitimatorisch grundsätzlich unterschieden. Die EU ist allerdings weiterhin keine parlamentarische Demokratie, und EU-Rechtsetzung in einem der vom AEUV nunmehr mit dem Begriff „Gesetzgebungsverfahren“ bezeichneten Entscheidungsfindungsprozess unterscheidet sich weiterhin wesentlich von dem parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren, das in den EU-Mitgliedstaaten existiert.

1. Demokratietheoretisch-legitimatorische Überordnung des EU-Gesetzgebers

Das durch den Lissabon-Vertrag errichtete System der Rechtsetzung lässt sich damit unterschiedlich deuten: In vielen Beiträgen scheint ein Verständnis der EU-Gesetzgebung durch, das von der Vorstellung gekennzeichnet ist, dass die EU-Gesetzgebung seit „Lissabon“ als (Vor-)Form „normaler“ parlamentarisch-demokratischer Gesetzgebung anzusehen ist. Wer Art. 289 AEUV i. V. m. Art. 294 AEUV als Regelungen liest, die ein (para-)normales parlamentarisch-demokratisches Gesetzgebungsverfahren institutionalisieren sollen, wird die Differenz zu anderen Rechtsetzungsverfahren betonen wollen. *Generalanwalt Jääskinen* hat die besondere Wertigkeit des (ordentlichen) Gesetzgebungsverfahrens nach Art. 289 AEUV i. V. m. Art. 294 AEUV vor einigen Jahren mit folgenden Formulierungen beschrieben: „Hierin kommt der allgemeine Grundsatz des Vorrangs des demokratischen Gesetzgebers zum Ausdruck, der in den Verfassungen einer Reihe von Mitgliedstaaten und in Art. 290 AEUV anerkannt ist und bedingt,

125 Rob van Gestel, *Primacy of the European Legislature? Theory and Practice of Legislation* Juli 2014, 33: „The loss of bottom up legitimacy“

126 R. Schütze, *‘Delegated’ Legislation in the (new) European Union: A Constitutional Analysis*, *Modern Law Review* 74 (2011), 686.

dass die Rechtsetzung nicht so vage oder unbestimmt sein darf, dass wesentliche politische Entscheidungen oder Wertentscheidungen erst auf der Durchführungsebene zu treffen sind.“¹²⁷

Dieses Verständnis von Art. 289 AEUV i. V. m. Art. 294 AEUV wird nicht nur betonen, dass der EU-Gesetzgeber dadurch Legitimation stiftet, dass er den Gebrauch delegierter Rechtsetzungsmacht durch die EU-Kommission anleitet (Legitimationsstiftung durch Steuerung und Bindung). Es wird auch dazu tendieren, die Anforderungen möglichst hoch zu setzen, denen der Basisrechtsakt mit Blick auf die Steuerung der EU-Kommission genügen muss. Der Bereich des Wesentlichen ist danach weit zu fassen. Ebenso müssen die Anforderungen an die Spezifität der inhaltlichen Ausgestaltung der Ermächtigung möglichst strikt festgelegt werden.

2. Funktionalistisch begründete Parallelität von Gesetzgebung und delegierter Rechtsetzung

Zwingend ist dieses Verständnis der Differenz von Art. 289 AEUV i. V. m. Art. 294 AEUV und Art. 290 AEUV aber nicht. Man muss die Differenz zwischen der EU-Gesetzgebung und der delegierten Rechtsetzung nicht zunächst und vor allem als demokratietheoretisch-legitimatorisch zu begründende Differenz begreifen. Ebenso wenig muss man der ordentlichen EU-Gesetzgebung im Rechtsetzungssystem des EU-Rechts einen besonderen demokratischen Status zuschreiben. Das EU-Primärrecht trägt auch ein Verständnis, wonach sich das Gesetzgebungsverfahren nach Art. 289 AEUV i. V. m. Art. 294 AEUV von der delegierten Rechtsetzung nach Art. 290 AEUV vor allem durch unterschiedliche Funktionalitäten und Effektivitäten unterscheidet. Wer dieser Sichtweise zuneigt, wird nicht versuchen, das ordentliche Gesetzgebungsverfahren der EU in die Nähe parlamentarischer Gesetzgebung in den EU-Mitgliedstaaten zu rücken. Dieser Sichtweise zufolge geht es in der Folge auch nicht darum, dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren eine legitimatorische Höchsfunktion zuzuschreiben und sein Anwendungsfeld möglichst auszuweiten. Es geht vielmehr darum, die Sphären der ordentlichen Gesetzgebung und der delegierten Rechtsetzung einander so zuzuordnen, dass das Gesamtsystem möglichst leistungsfähig und seine Problemlösungskapazität möglichst hoch ist.

Es bedarf hier keiner ausführlichen Begründung, dass dieses Verständnis die Merkmale der Wesentlichkeit und der hinreichenden Spezifität in Art. 290 AEUV anders als der zunächst beschriebene Ansatz versteht. Wer die EU zunächst und vor allem als Organisation begreift, die auf der Grundlage eines entpolitisierten Governance-Modus effektive Problemlösungen erarbeitet, wird den Bereich der Wesentlichkeit in Art. 290 AEUV eher eng fassen, nicht zuletzt deshalb, weil die ordentliche EU-Gesetzgebung längst nicht jene Effizienz und Flexibilität aufweist, die die Rechtsetzung durch die EU-Kommission kennzeichnen. Wer sich Art. 290 AEUV von diesem Standpunkt aus nähert, wird auch die Anforderungen an die inhaltliche

¹²⁷ Generalanwalt Jääskinen, Schlußanträge vom 12. September 2013, Rs. C-270/12, UK/EP und Rat (ESMA-Leerverkäufe, ECLI:EU:C:2013:562, Rn. 93.

Ausgestaltung der delegierten Rechtsetzungsmacht im Basisrechtsakt nicht überziehen wollen. Von diesem Standpunkt aus liegt es nahe, zu postulieren, dass ordentliche Gesetzgebung und delegierte Rechtsetzung parallel und gleichwertig nebeneinander bestehen. Danach tritt die EU-Kommission gleichberechtigt an die Seite des EU-Gesetzgebers, wenn sie Kompetenzen nach Art. 290 AEUV wahrnimmt. Es geht dann letztlich um einen mehrschichtigen „Governance-Modus“, der auf technokratisches Problemmanagement gerichtet ist.¹²⁸

Die Rechtsprechung des EuGH lässt deutlich erkennen, dass er mit diesem Verständnis sympathisiert. In den (nachfolgend näher zu analysierenden¹²⁹) Entscheidungen des EuGH kommt ein effektivitätsorientiertes Verständnis von Art. 290 AEUV zum Tragen, das auf eine demokratietheoretisch-legitimatorische Überzeichnung der Differenz von Gesetzgebung und delegierter Rechtsetzung verzichtet, insbesondere auch keine sichtbare legitimatorische Differenz zwischen den Gesetzgebungsorganen und der nach Art. 290 AEUV handelnden EU-Kommission aufbaut. Der EuGH stellt nicht in Frage, dass die Anforderungen des Art. 290 AEUV rechtlich bindende Anforderungen sind. Er erkennt auch seine Kontrollaufgabe an (Justiziabilität von Art. 290 AEUV). Er stellt überdies die institutionelle Bedeutung des Europäischen Parlaments nicht in Frage.¹³⁰ In der Sache interpretiert er die Anforderungen aber dann in einer Weise, die der Delegation von Rechtsetzungsmacht auf die EU-Kommission kaum greifbare Schranken setzt. In der Wissenschaft ist dieses Verständnis des EuGH in letzter Zeit verstärkt kritisiert worden. Gewichtige Stimmen plädieren für eine Ausweitung des der (ordentlichen) Gesetzgebung vorbehaltenen Bereichs, und zwar nicht nur, was das Verhältnis von Gesetzgebung und delegierter Rechtsetzung durch die EU-Kommission angeht, sondern auch für das Verhältnis von Gesetzgebung und Regulierung durch Agenturen.¹³¹

Solange der EuGH ein Grundverständnis vom Wesen der Integration hat, das die Problemlösungskapazität in den Vordergrund stellt, spricht nichts für die Annahme, dass er sein

128 Grundlegend: Peter Lindseth, *Delegation is Dead, Long Live Delegation: Managing the Democratic Disconnect in the European Market-Polity*, in Christian Joerges/Renaud Dehousse (Hrsg.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, 2001, 145; Giandomenico Majone, *Delegation of Regulatory Powers in Mixed Polity*, *European Law Journal* 2002, 330.

129 Siehe nachfolgend S. 49 ff.

130 Hierzu etwa: EuGH, Urt. vom 6. November 2008, Rs. C-155/07, *Parlament/Rat*, ECLI:EU:C:2008:605, Rn. 78: Erinnerung daran, „welche Bedeutung der Rolle des Parlaments im Gesetzgebungsprozess der Gemeinschaft zukommt“.

131 Hierzu etwa: Takis Tridimas, *Financial Supervision and Agency Power: Reflections on ESMA*, in Niamh Nic Shuibhne/Laurence W. Gormley (Hrsg.), *From Single Market to Economic Union*, 2012, 66; Michelle Everson, *European Agencies: Barely Legal?*, in Michelle Everson/Cosimo Monda/Ellen Vos (Hrsg.), *European Agencies in between Institutions and Member States*, 2014, 50; Michelle Everson/Cosimo Monda/Ellen Vos, *What is the Future of European Agencies?*, in Michelle Everson/Cosimo Monda/Ellen Vos (Hrsg.), *European Agencies in Between Institutions and Member States*, 2014, 236; Dariusz Adamski, *The ESMA doctrine: a constitutional revolution and the economics of delegation*, *European Law Review*, 2014, 812; Marta Simoncini, *Administrative Regulation Beyond the Non-Delegation Doctrine. A Study on EU Agencies*, 2018, 33-40; Elio Maciarello, *EU Agencies and the Issue of Delegation: Conferral, Implied Powers and the State of Exception*, *European Papers* 4 (2019), 723. Die Entscheidungsbefugnisse, die der ESMA im Bereich der Regulierung von Leerverkäufen eingeräumt wurden, sind vielfach (abweichend vom EuGH, Urt. v. 22 Januar 2014, Rs. C-270/12, *UK/EP und Rat (ESMA-Leerverkäufe)*, ECLI:EU:C:2014:18) als Befugnisse mit politikgestaltender Wirkung („policy-making“) angesehen worden.

Verständnis von den Anforderungen an eine wirksame Delegation nach Art. 290 AEUV ändern wird. Insbesondere steht nicht zu erwarten, dass der EuGH eine ausgreifende legitimationsorientierte Konzeption entwickeln wird, in deren Zentrum das Europäische Parlament stehen wird. Er wird – jedenfalls auf absehbare Zeit – die bestehende, eng am jeweiligen Fall orientierte, inkrementelle und vorsichtige Rechtsprechung fortführen.

3. Dogmatische Konsequenzen des funktionalistischen Verständnisses

Eine funktionalistische Rekonstruktion des Zusammenspiels von EU-Gesetzgebung (Art. 289 AEUV i. V. m. Art. 294 AEUV) und delegierter Rechtsetzung (Art. 290 AEUV) darf nicht auf die Behauptung zulaufen, dass die in Art. 290 AEUV explizit formulierten Anforderungen rechtlich bedeutungslos seien und mißachtet werden könnten. Weil sie auf eine demokratietheoretisch-legitimierende Rekonstruktion des Verhältnisses der beiden Normkomplexe verzichtet und für die Idee einer Parlamentssuprematie wenig Raum hat, wird sie allerdings auf strikte Interpretation der rechtlichen Anforderungen für den Gebrauch einer delegierten Rechtsetzungskompetenz verzichten. Umso wichtiger ist es für ein funktionalistisches Verständnis sicherzustellen, dass die EU-Kommission die ihr übertragende Rechtsetzungsbefugnis funktional effektiv (und damit normativ angemessen) wahrnimmt. Es geht also nicht darum, Legitimationsstiftung durch Steigerung der Anforderungen an den Basisakt zu betreiben. Wichtiger ist vielmehr, dass die EU-Kommission bei der Wahrnehmung der delegierten Rechtsetzungsmacht alle ihr zur Verfügung stehenden Schritte unternehmen kann (und unternimmt), um von ihrer Rechtsetzungsmacht effektiv Gebrauch machen zu können. Dies setzt nicht nur Sachwissen und fachliche Expertise voraus, sondern auch die Wahl eines Verfahrens, das hinreichend offen, transparent und zugänglich ist, um die EU-Kommission umfassend mit den Positionen der Bürgerinnen, Bürger und sonstigen Akteuren vertraut zu machen. Zugleich muss es darum gehen, diesen Eindruck einer angemessenen und fairen Einbindung in überstaatliche Rechtsetzungsprozesse zu vermitteln.

4. Konsequenzen für das weitere rechtliche Untersuchungsprogramm

Dieses Verständnis von Art. 290 AEUV hat unmittelbare Folgen für die weitere rechtliche Untersuchung. Im Rahmen der unter III. vorgenommenen Analyse, ob der CSRD-E den Prinzipien der Wesentlichkeit und Spezifität genügt, wird keine ausweitende Interpretation dieser Anforderungen empfohlen. Im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH werden nicht mehr als Mindestanforderungen an den CSRD-E herangetragen. Die Analyse wird allerdings auch dann Defizite feststellen. Größeres Gewicht hat im Gegenzug die unter IV. vorgenommene Analyse, ob der in Art. 49 Abs. 3a RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) vorgesehene Beteiligungsmechanismus den normativen Anforderungen entspricht, die an das Entscheidungsverfahren der EU-Kommission unter Art. 290 AEUV zu richten ist. Dabei geht es, wie soeben festgestellt wurde, nicht nur darum, irgendwelche Expertise zu generieren, sondern auch um die Sicherstellung, dass Offenheit, Transparenz und gleiche Zugänglichkeit gewährleistet sind.

III. Hinreichende Steuerung der EU-Kommission durch den Basisrechtsakt?

Nach Art. 290 Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 AEUV müssen die „wesentlichen Aspekte eines Bereichs“ im Basisrechtsakt geregelt werden. Das EU-Primärrecht schließt es aus, dass der EU-Kommission delegierte Rechtsetzungsmacht übertragen wird, deren Gebrauch sich auf Aspekte wesentlicher Natur erstreckt. Ein Verzicht auf die Festlegung dieser wesentlichen Aspekte ist dem EU-Gesetzgeber nicht möglich. In einem Urteil vom 21. Juni 2018¹³² hat der EuGH kürzlich festgestellt, dass dies zu einer unzulässigen Veränderung des „institutionellen Gleichgewichts“¹³³ führen würde. Er stellt fest, dass es „ausschließlich Sache [des Parlaments und des Rates] ist, den Inhalt eines Gesetzgebungsakts festzulegen“. Es gehe um die Ausübung ihres ihnen „durch Art. 14 Abs. 1 EUV und Art. 16 Abs. 1 EUV vorbehaltenen[n] Gesetzgebungsrecht[s]“. Der EuGH betont in diesem Zusammenhang, dass die Zuständigkeitsordnung nach dem in Art. 13 Abs. 2 EUV verankerten Grundsatz der Zuweisung von Befugnissen und, weitergehend, dem für den organisatorischen Aufbau der Union kennzeichnenden Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts unantastbar sei. Dies bedeute, dass „es ausschließlich Sache dieser Organe ist, den Inhalt eines Gesetzgebungsakts festzulegen.“¹³⁴

1. Festlegung der wesentlichen Aspekte im Basisrechtsakt (Art. 290 Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 AEUV)

Die Ermächtigung der EU-Kommission zum Erlass von EU-Nachhaltigkeitsberichtsstandards in Art. 49 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) wäre damit schon grundsätzlich primärrechtswidrig und nichtig, wenn sie der EU-Kommission Befugnisse gewährte, die aufgrund ihrer Wesentlichkeit der Entscheidung durch den EU-Gesetzgeber vorbehalten sind.

a) Unionsrechtlicher Begriff der Wesentlichkeit

In den nunmehr über zehn Jahren, die seit Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags vergangen sind, war der EuGH mehrfach mit der Frage konfrontiert, wie der Begriff der Wesentlichkeit

132 EuGH, Urteil v. 21. Juni 2018, Rs. C 5/16, Polen/Parlament und Rat ECLI:EU:C:2018:483, Rn. 84.

133 Hierzu etwa EuGH, Urt. v. 14. Mai 1981, Rs. C-98/80, Romano, *Romano* ECLI:EU:C:1981:104; Jean-Paul Jacqué, *The principle of the institutional balance*, *Common Market Law Review* 2004, 384; Koenraad Lenaerts/Amaryllis Verhoeven, *Institutional Balance as a Guarantee for Democracy in EU Governance*, in Christian Joerges/Renaud Dehousse (Hrsg.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, 2002, 35.

134 Ähnlich in Bezug auf das der Kommission eingeräumte gesetzgeberische Initiativrecht: EuGH, Urteil v. 6. September 2017, Rs. C-643/15 und C-647/15, Slowakei und Ungarn/Rat, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 146.

in Art. 290 AEUV zu verstehen ist.¹³⁵ Der EuGH geht in ständiger Rechtsprechung¹³⁶ davon aus, dass die Beurteilung der Wesentlichkeit „nicht in der alleinigen Beurteilung durch den Unionsgesetzgeber“ liegt. Sie muss sich „nach objektiven Gesichtspunkten richten, die Gegenstand einer gerichtlichen Kontrolle sein können.“¹³⁷

Der EuGH betont weiter, dass die Merkmale und die Besonderheiten des betreffenden Sachgebiets zu berücksichtigen seien, um eine Beurteilung der Frage der Wesentlichkeit vornehmen zu können.¹³⁸ Ein Indiz für die Wesentlichkeit sei es, wenn es um „politische Entscheidungen“ gehe, die „eine Abwägung der widerstreitenden Interessen auf der Grundlage einer Beurteilung zahlreicher Gesichtspunkte einschließen.“¹³⁹ Zudem liege ein wesentlicher Aspekt vor, wenn es um eine nicht unbeachtliche Beeinträchtigung von Grundrechten gehe.¹⁴⁰

Der Rechtsprechung lässt sich entnehmen, dass der Bereich des Wesentlichen die Festlegung der grundlegenden Bestandteile und Inhalte der vom Gesetzgeber avisierten (Neu-)Ordnung umfasst. Schon im Jahr 1992 sprach der EuGH in der Entscheidung *Deutschland/Kommission* davon, dass nur Bestimmungen wesentlich sind, „durch die die grundsätzliche Ausrichtung der Gemeinschaftspolitik umgesetzt werden.“¹⁴¹ Um wesentliche Fragen geht es vor allem, soweit eine Entscheidung über politisch relevanter oder politisch kontroverser Probleme notwendig ist, die Abwägungen zum Gegenstand haben. In der Entscheidung *Parlament/Rat* aus dem Jahr 2012 ist davon die Rede, dass Bestimmungen, deren Erlass „politische Entscheidungen“ erfordere, nicht vom EU-Gesetzgeber delegiert werden könnten.¹⁴²

Diese Grundsätze sind kürzlich in einer interinstitutionellen Vereinbarung erneut beschrieben worden:

135 Merijn Chamon, Limits to delegation under Article 290 TFEU: The specificity and essentiality requirements put to the test, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2018, 231.

136 EuGH, Urt. v. 5. September 2012, Rs. C-355/10, EP/Rat, ECLI:EU:C:2012:516, Rn. 64-67, 76, 78; EuGH, Urt. v. 18. März 2014, Rs. C-427/12, KOM/EP und Rat, ECLI:EU:C:2014:170, Rn. 38; EuGH, Urt. v. 16. Juli 2015, Rs. C-88/14, KOM/EP und Rat, ECLI:EU:C:2015:499, Rn. 29; EuGH, Urt. v. 26. Juli 2017, Rs. C-696/15 P, Tschechische Republik/KOM, ECLI:EU:C:2017:595, Rn. 51-54. Zur Vorgängerbestimmung des Art. 202 EGV: EuGH, Urt. v. 13. Juli 1995, Rs. C 156/93, Parlament/Kommission, Slg. 1995, I 2019, Rn. 18; EuGH Urt. v. 14. Oktober 1999, Rs. C 104/97 P, Atlanta/Europäische Gemeinschaft, Slg. 1999, I 6983, Rn. 76; EuGH, Urt. v 11. November 1999, Rs. C 48/98, Söhl & Söhlke, Slg. 1999, I 7877, Rn. 34; EuGH, Urt. v. 6. Juli 2000, Rs. C 356/97, Molkereigenossenschaft Wiedergeltingen, Slg. 2000, I 5461, Rn. 21; EuGH, Urt. vom 6. Mai 2008, Rs. C 133/06, Parlament/Rat, Slg. 2008, I 3189, Rn. 45.

137 EuGH, Urt. v. 5. September 2012 Rs. C-355/10, EP/Rat, ECLI:EU:C:2012:516, Rn. 67. Ähnlich EuGH, Urt. v. 10. September 2015, Rs. C 363/14, EP/Rat, EU:C:2015:579, Rn. 47; EuGH, Urt. v. 11. Mai 2017, Rs. C-44/16 P, Dyson/KOM, ECLI:EU:C:2017:357, Rn. 47 ff.

138 EuGH, Urt. v. 5. September 2012, Rs. C-355/10, EP/Rat, ECLI:EU:C:2012:516, Rn. 68.

139 EuGH, Urt. v. 5. September 2012, Rs. C-355/10, EP/Rat, ECLI:EU:C:2012:516, Rn. 76.

140 EuGH, Urt. v. 5. September 2012, Rs. C-355/10, EP/Rat, ECLI:EU:C:2012:516, Rn. 77; entsprechend: EuGH, Urt. v. 10. September 2015, Rs. C-363/14, EP/Rat, ECLI:EU:C:2015:579, Rn. 53. Hierzu etwa: Deirdre M. Curtin/Tatevik Manucharayan, in: Anthoy Arnulf/Damian Chalmers (Hrsg.), *The Oxford Handbook of EU Law*, 2015, 103 (112).

141 EuGH, Urt. v. 27. Oktober 1992, Rs. C-240/90, Deutschland/KOM, Slg. 1992, I-5383, Rdnr. 37. Dies sei bei Sanktionen nicht der Fall.

142 EuGH, Urt. v. 5. September 2012, Rs. C-355/10, EP/Rat, ECLI:EU:C:2012:516, Rn. 65.

„The essential elements of legislation must be determined in the basic act. Therefore, the power to adopt rules entailing political choices falling within the responsibilities of the Union legislature, for example in that it requires the conflicting interests at issue to be weighed upon the basis of a number of assessments, may not be conferred on the Commission. When it exercises delegated or implementing powers, the Commission must fully respect the essential elements of the enabling act.“¹⁴³

Anerkannt ist im Übrigen, dass die wesentlichen Regelungen auch in einem Annex des Gesetzgebungsaktes enthalten sein können.¹⁴⁴

Die vorstehende Beschreibung macht deutlich, dass der EuGH auf eine demokratiethoretisch-legitimatorische Idealisierung der Stellung des EU-Gesetzgebers verzichtet.¹⁴⁵ Natürlich sehen die Mitglieder des EuGH, dass der Vertrag von Lissabon die Rechtsetzungsbefugnisse der EU neu strukturiert und eine Differenz zwischen der ordentlichen Gesetzgebung (mit gleichberechtigter Mitwirkung des Europäischen Parlaments) und der delegierter Rechtsetzung durch die EU-Kommission geschaffen hat. Die Neuordnung sollte damit die horizontale Machtverteilung zwischen den jeweils beteiligten Institutionen neu ordnen und transparent machen. Der EuGH versucht aber nicht, den Anwendungsbereich des Wesentlichkeitskriteriums möglich weit auszudehnen. Es ist vielmehr eher die Tendenz zu beobachten, den Bereich des genuin „Politischen“ eng zu fassen.

b) Regelung der wesentlichen Fragen im CSRD-E?

Selbst wenn man davon ausgeht, dass eine extensivierende Ausdehnung des Vorbehalts EU-gesetzgeberischer Regelung nach Art. 290 AEUV nicht angezeigt und der Bereich des Wesentlichen eng zu fassen ist, erscheint es überaus zweifelhaft, ob die im CSRD-E vorgesehene Delegation den Anforderungen des Primärrechts entspricht. Bedenken bestehen in zweierlei Hinsicht:

aa) *Berichtsgegenstand des immateriellen Kapitals*

Art. 19a Abs. 2 UAbs. 2 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) sieht vor, dass zu den von einem Unternehmen zu veröffentlichenden Informationen künftig auch Informationen über „immaterielle Anlagewerte“ gehören sollen, „einschließlich Angaben zu intellektuellem Kapital,

143 Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union, Europäische Kommission, Interinstitutionelle Vereinbarung: Nicht bindende Kriterien für die Anwendung der Artikel 290 und 291 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 18. Juni 2019, ABl. 2019 C 223/1. Nr. 5.

144 EuG, Urt. v. 13. Dezember 2018, Rs. T -339/16, Stadt/KOM, ECLI:EU:T:2018:927, Rn. 118.

145 Vgl. Rob van Gestel, Primacy of the European legislature: Delegated rule-making and the decline of the 'transmission belt' theory, *Theory and Practice of Legislation* 27 (2014), 33 (39); Herwig Hofmann, *The Integrated Administrative Law and Governance of the European Union*, in: Francesca Bignami/David Zaring (Hrsg.), *Comparative Law and Regulation*, 2016, 519 (528).

Humankapital, sozialem Kapital und Beziehungskapital.“ Nach Art. 19a Abs. 1 lit. a) RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) muss die EU-Kommission im Wege delegierter Rechtsetzung festlegen, „welche Informationen Unternehmen im Einklang mit Artikel 19a Absätze 1 und 2 melden müssen“. Der CSRD-E zielt danach darauf ab, der EU-Kommission delegierte Rechtsetzungsmacht im Bereich der Definition und Öffentlichkeitsinformation von immateriellem Unternehmenskapital zu verschaffen. In Art. 2 Nr. 19 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) wird der Begriff des „immateriellen Anlagewertes“ umschrieben mit der Formulierung „nicht physische Ressourcen, die zur Wertschöpfung des Unternehmens beitragen“. Im Übrigen findet sich in den operativen Bestimmungen des CSRD-E keine weitergehende Definition oder Klärung dieses ökonomisch unklaren und politisch umstrittenen Konzepts.¹⁴⁶

Auch eine Analyse der Begründung des Entwurfs hilft nicht weiter. Die Verfasser des CSRD-E machen in der Begründung geltend, dass

„Informationen zu immateriellen Anlagewerten, einschließlich selbst geschaffener immaterieller Anlagewerte, ... nicht in ausreichendem Umfang zur Verfügung gestellt (werden), obwohl in fortgeschrittenen Volkswirtschaften der Großteil der Investitionen des privaten Sektors in solche immateriellen Anlagewerte (z. B. Humankapital, Marken und geistiges Eigentum sowie immaterielle Anlagewerte im Zusammenhang mit Forschung und Entwicklung) fließt.“¹⁴⁷

In Begründungserwägung 28 des CSRD-E wird dann erklärt:

„Nach der Richtlinie 2013/34/EU ist die Offenlegung von Informationen über immaterielle Faktoren, bei denen es sich nicht um in der Bilanz angesetzte immaterielle Anlagewerte handelt, nicht erforderlich. Es ist weithin anerkannt, dass über Informationen zu immateriellen Anlagewerten und anderen immateriellen Faktoren, einschließlich intern geschaffener immaterieller Faktoren, in zu geringem Maße Bericht erstattet wird, wodurch eine ordnungsgemäße Bewertung des Geschäftsverlaufs, des Geschäftsergebnisses und der Lage eines Unternehmens sowie die Überwachung von Anlagen erschwert wird. Um Anlegern ein besseres Verständnis der bei zahlreichen Unternehmen und in vielen Wirtschaftszweigen zunehmend beobachteten Diskrepanz zwischen Buchwert und Marktbewertung zu verschaffen, sollte eine angemessene Berichterstattung über immaterielle Faktoren verlangt werden. Daher müssen Unternehmen verpflichtet werden, Informationen

146 EFRAG, A literature review on the reporting of intangibles, February 2020 (<https://www.efrag.org/Assets/Download?assetUrl=%2Fsites%2Fwebpublishing%2FSiteAssets%2FA%2520literature%2520review%2520on%2520the%2520reporting%2520of%2520intangibles.pdf>).

147 Richtlinienvorschlag (oben Fn. 2), S. 1.

über immaterielle Faktoren, bei denen es sich nicht um in der Bilanz angesetzte immaterielle Anlagewerte handelt, wie etwa über intellektuelles und Humankapital, einschließlich der Entwicklung von Kompetenzen, sowie über soziales und Beziehungskapital, einschließlich Reputationskapital, offenzulegen. Solche Informationen über immaterielle Faktoren sollten auch Informationen im Zusammenhang mit Forschung und Entwicklung umfassen.“

Die Festlegung, was in welcher Weise als immaterielles Unternehmenskapital anzusehen ist, soll nach den Vorstellungen der Verfasser des CSRD-E damit nicht vom EU-Gesetzgeber getroffen, sondern ganz der Entscheidungsmacht der EU-Kommission überlassen werden.

Die Verfasser des CSRD-E beanspruchen damit, die Berichtserstattung auf das immaterielle Unternehmenskapital zu erstrecken, ohne dass auch nur im Ansatz gesetzgeberisch festgelegt würde, wie dieser Kapitaltypus erfasst und bewertet werden soll. Art. 19a Abs. 2 UAbs. 2 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) hat eine Frage zum Gegenstand, die erhebliche regulatorische Herausforderungen aufwirft, hochgradig politische Wertungen verlangt und damit in hohem Umfang Wesentlichkeit im Sinne von Art. 290 AEUV aufweist.¹⁴⁸ Der Anspruch der Verfasser des CSRD-E, der EU-Kommission auf diesem Feld die Festlegung von Standards der Nachhaltigkeitsberichterstattung zu ermöglichen, ohne nicht selbst hinreichend genaue inhaltliche Festlegungen zu treffen, ist mit Art. 290 AEUV unvereinbar.

bb) Berichtsfeld der unternehmerischen „Governance“-Faktoren

Der CSRD-E sieht eine weitgreifende Ausweitung der unternehmerischen Berichtspflichten über das Unternehmen selbst sowie seine allgemeinen Strukturen, Politiken und Ziele vor. Der CSRD-E will der EU-Kommission die Möglichkeit geben, die Informationen zu präzisieren, „die Unternehmen zu Governance-Faktoren offenlegen müssen“ (Art. 19b Abs. 2 lit. c) RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E)). Beispielhaft, aber nicht abschließend werden dann insgesamt fünf Felder bezeichnet, die von der EU-Kommission zum Gegenstand von Standards der Nachhaltigkeitsberichterstattung gemacht werden sollen:

„i) die Rolle der Verwaltungs-, Leitungs- und Aufsichtsorgane des Unternehmens, auch in Bezug auf Nachhaltigkeitsaspekte, und deren Zusammensetzung; ii) Unternehmensethik und Unternehmenskultur, einschließlich der Bekämpfung von Korruption und Bestechung; iii) das politische Engagement des Unternehmens,

148 So auch Georg Lanfermann/Josef Baumüller/Oliver Scheid, Neue europäische Berichtspflichten zu immateriellen Ressourcen: Hintergründe und Handlungsbedarf im Entwurf zur CSRD, Zeitschrift für internationale und kapitalmarktorientierte Rechnungslegung (KoR) 2021, 426 (436: „Bestimmung, die jedoch bei genauere Betrachtung mit erheblichem Problempotential verbunden ist – und Grundsatzfragen zum gesamthaften konzeptionellen Fundament der vorgeschlagenen europäischen Nachhaltigkeitsberichterstattung aufwirft.“).

einschließlich seiner Lobbytätigkeiten; iv) die Verwaltung und Qualität der Beziehungen zu Geschäftspartnern, einschließlich Zahlungspraktiken; v) die internen Kontroll- und Risikomanagementsysteme des Unternehmens, auch im Zusammenhang mit dem Rechnungslegungsprozess des Unternehmens.“

Bei der Lektüre dieser Aufzählung fällt auf, dass der EU-Kommission ein inhaltlich kaum beschränktes Mandat erteilt wird, eine Selbstbeschreibung des Unternehmens verlangen zu können. Konkretisierende und klärende Erläuterungen sind immer nur beispielhaft gemeint („einschließlich ...“).

Es bedarf hier keiner Begründung, dass Art. 19b Abs. 2 lit. c) RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) ein Berichtsfeld zum Gegenstand hat, das nicht nur hochgradige Bedeutsamkeit aufweist, sondern auch zutiefst politische Fragen betrifft. Die in Art. 19b Abs. 2 lit. c) RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) avisierte Nachhaltigkeitsberichterstattung bewegt sich zudem im Kern der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh), etwa hinsichtlich der Notwendigkeit, „Unternehmensethik“ und „Unternehmenskultur“ beschreiben zu müssen, oder mit Blick auf die Beschreibung der Beziehungen zu Geschäftspartnern. Die Regelung betrifft darüber hinaus die Meinungsäußerungsfreiheit nach Art. 11 GRCh, insbesondere mit Blick auf das „politische Engagement“ eines Unternehmens. Sie weist, in anderen Worten, jene Grundrechtsrelevanz auf, die der EuGH als ein Merkmal der Wesentlichkeit nach Art. 290 AEUV ansieht.¹⁴⁹

Art. 19b Abs. 2 lit. c) RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) sieht keine gesetzliche Regelung dieser Fragen vor. Der CSRD-E begnügt sich vielmehr mit einer Aufzählung der Gegenstände, die die delegierte Rechtsetzung umfassen soll. Diese Regelungstechnik entspricht nicht den Vorgaben, die die EU-Kommission selbst für die Erfüllung der Anforderungen nach Art. 290 AEUV für erforderlich hält¹⁵⁰ und auf die der EuGH zustimmend Bezug genommen hat.¹⁵¹ Dem Wesentlichkeitsmerkmal in Art. 290 AEUV ist nur entsprochen, wenn der EU-Gesetzgeber selbst festlegt, welche Informationen auf den in Art. 19b Abs. 2 lit. c) RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) beschriebenen (extrem weit gefassten) Feldern in welcher Weise zu leisten sind. Es widerspricht Art. 290 AEUV, wenn dies der EU-Kommission überlassen werden soll.

149 Oben bei Fn. 140.

150 Die EU-Kommission hat 2011 die Position eingenommen, dass bloße Listen von Regelungsgegenständen für die Erfüllung der Anforderungen von Art. 290 AEUV nicht ausreichen (EU-Kommission, Leitlinien über die delegierten Rechtsakte vom 24. Juni 2011, SEC[2011] 855, Nr. 52).

151 EuGH, Urt. v. 26. Juli 2017, Rs. C 696/15 P, Tschechische Republik/Kommission, ECLI:EU:C:2017:595, Rdnr. 53. Hierzu noch unten Fn. 154.

2. Hinreichende Bestimmtheit der Vorgaben für die EU-Kommission

a) Die Notwendigkeit einer hinreichend konkreten Ausgestaltung delegierter Rechtsetzungsermächtigungen

Ein Basisrechtsakt, der der EU-Kommission delegierte Rechtsetzungsmacht überträgt, ist nur dann mit Art. 290 AEUV vereinbar, wenn er die der EU-Kommission eingeräumten Befugnisse *hinreichend bestimmt* festlegt und eingrenzt. Der AEUV spricht von den Elementen „Ziele, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer“. Der EuGH geht davon aus, dass es nicht nur um die Festlegung von Grenzen geht, sondern um die rechtliche Steuerung und Kontrolle der EU-Kommission durch objektive, vom EU-Gesetzgeber festgelegte Kriterien. In der Entscheidung des EuGH vom 26. Juli 2017 wird dies so ausgedrückt:

„Zu diesem Erfordernis hat der Gerichtshof wiederholt festgestellt, dass die Übertragung einer delegierten Befugnis dem Erlass von Vorschriften dient, die sich in einen rechtlichen Rahmen einfügen, wie er durch den Basisgesetzgebungsakt definiert ist Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs muss insbesondere die übertragene Befugnis in dem Sinne hinreichend genau umgrenzt sein, dass ihre Grenzen klar angegeben sind und die Ausübung durch die Kommission einer Kontrolle anhand vom Unionsgesetzgeber festgelegter objektiver Kriterien unterliegt“¹⁵²

Der Basisrechtsakt kann sich damit nicht allein damit begnügen, formale Grenzen der Delegation festzulegen („Geltungsbereich“; „Dauer“). Er muss vielmehr auch sachlich-inhaltliche Aussagen treffen, mittels derer die EU-Kommission beim Gebrauch der Ermächtigung gesteuert wird („Ziele“; „Inhalt“). Die EU-Kommission hat in ihren Leitlinien über die delegierten Rechtsakte vom 24. Juni 2011¹⁵³ diesbezüglich festgestellt, dass „[d]er Gesetzgeber ... die Befugnisse, die er der Kommission übertragen möchte, ausdrücklich und genau beschreiben“ muss. Sie betont, dass „vage Formulierungen ... nicht zulässig [sind]“ und „Befugnisse ... nicht auf die Kommission übertragen werden [sollten], indem einfach eine nicht erschöpfende Liste von zu erlassenden Maßnahmen aufgestellt wird“. Der EuGH hat in der Entscheidung vom 26. Juli 2017 ausdrücklich und zustimmend auf diese Ausführungen der EU-Kommission Bezug genommen.¹⁵⁴

152 EuGH, Urt. vom 26. Juli 2017, Rs. C 696/15 P, Tschechische Republik/Kommission, E-CLI:EU:C:2017:595, Rdnr. 49, unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 18. März 2014, Rs. C 427/12, Kommission/Parlament und Rat, ECLI:EU:C:2014:170, Rn. 38; EuGH, Urt. v. 16. Juli 2015, Rs. C 88/14, Kommission/Parlament und Rat, ECLI:EU:C:2015:499, Rn. 29; EuGH, Urt. v. 17. März 2016, Rs. C 286/14, Parlament/Kommission, ECLI:EU:C:2016:183, Rn. 30.

153 EU-Kommission, Leitlinien über die delegierten Rechtsakte vom 24. Juni 2011, SEC[2011] 855, Nr. 52.

154 EuGH, Urt. vom 26. Juli 2017, Rs. C 696/15 P, Tschechische Republik/Kommission, E-CLI:EU:C:2017:595, Rn. 53: „Diese Auslegung von Art. 290 AEUV wird im Übrigen durch Nr. 52 der Leitlinien der Kommission vom 24. Juni 2011 über die delegierten Rechtsakte (SEC[2011] 855) bestätigt, die den Gerichtshof zwar nicht binden können, aber gleichwohl eine nützliche Anregung darstellen können (Urteil vom 17. März 2016, Parlament/Kommission, C 286/14, ECLI:EU:C:2016:183, Rn. 43 und die dort angeführte Rechtsprechung).“

Die Vorgaben, die der Basisrechtsakt der EU-Kommission macht, müssen allerdings nicht so konkret und spezifisch sein, dass sich die Funktion der EU-Kommission auf den bloßen Nachvollzug von gesetzlich getroffenen Entscheidungen beschränkt. Der EuGH lässt es zu, dass der EU-Kommission delegierte Rechtsetzungsmacht übertragen wird, die die Wahrnehmung eines „Ermessens“ umfasst. In der Entscheidung vom 26. Juli 2017 weist er darauf hin, dass „Art. 290 Abs. 1 Unterabs. 2 Satz 1 AEUV, wie die Kommission geltend macht, dem Unionsgesetzgeber die Möglichkeit ein(räumt), der Kommission für die Ausübung der delegierten Befugnis ein Ermessen einzuräumen, das je nach den Eigenarten des betreffenden Bereichs mehr oder weniger weit sein kann.“¹⁵⁵ Mit Blick darauf, dass politische Fragen wesentlich sind und deshalb vom EU-Gesetzgeber entschieden werden müssen,¹⁵⁶ kann sich das eingeräumte Entscheidungsermessen dabei aber nur auf nicht-politische, insbesondere technische Fragen beziehen.

Die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 290 AEUV deckt sich damit mit der Rechtsprechung zur Übertragung von Befugnissen auf EU-Agenturen.¹⁵⁷ In einer Entscheidung vom 2. September 2021 beschreibt der EuGH seine diesbezügliche Rechtsprechung mit folgenden Worten: „Nach dieser ist es nicht zulässig, einen Ermessensspielraum, der je nach der Art seiner Ausübung echte politische Entscheidungen ermöglichen kann, auf Verwaltungsstellen zu übertragen, so dass an die Stelle des Ermessens der übertragenden Behörde das Ermessen derjenigen Stelle tritt, der die Befugnisse übertragen worden sind, was eine „tatsächliche Verlagerung der Verantwortung“ mit sich bringt.“¹⁵⁸

Demgegenüber hält der EuGH „eine Übertragung genau umgrenzter Ausführungsbefugnisse (für zulässig), deren Ausübung einer strengen Kontrolle im Hinblick auf die Beachtung objektiver Tatbestandsmerkmale unterliegt, die von der übertragenden Behörde festgesetzt werden (...).“ Maßgeblich ist danach die Frage, ob „bei der Ausübung dieser Zuständigkeiten Grundsätze und Regeln (bestehen), die durch einen detaillierten normativen Rahmen auf Unionsebene festgelegt werden, ihren Wertungsspielraum beschränken und sie daran hindern, Entscheidungen politischer Art zu treffen.“¹⁵⁹

155 EuGH, Urt. vom 26. Juli 2017, Rs. C-696/15 P, Tschechische Republik/Kommission, ECLI:EU:C:2017:595, Rdnr. 52.

156 EuGH, Urt. v. 5. September 2012, Rs. C-355/10, EP/Rat, ECLI:EU:C:2012:516, Rn. 76 f.

157 EuGH, Urt. v. 15. Juli 2021, Rs. C-911/19, FBF/ACOR (Leitlinien der EBA), Rdnr. 72: „Könnte die EBA unabhängig von dem vom Unionsgesetzgeber festgelegten spezifischen Rahmen frei Leitlinien erlassen, könnte zudem die Zuständigkeitsverteilung zwischen den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union beeinträchtigt werden.“ Vgl. auch: Marta Migliorati, *Relying on Agencies in Major European Union Legislative Measures*, *West European Politics* 43 (2020), 159.

158 EuGH, Urt. v. 2. September 2021, Rs. C-718/18, KOM/Deutschland, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 131.

159 EuGH, Urt. v. 2. September 2021, Rs. C-718/18, KOM/Deutschland, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 132.

Art. 290 AEUV ist folglich so zu verstehen, dass die Übertragung von delegierter Rechtsetzungsmacht auf die EU-Kommission nur zulässig ist, wenn die eingeräumten Befugnisse so ausdrücklich und genau beschrieben sind, dass die EU-Kommission im Bereich des genuin Politischen durch den Basisrechtsakt effektiv gesteuert wird. Eine unbestimmte und vage Umschreibung reicht nicht aus; sie würde zur Nichtigkeit der eingeräumten Kompetenz führen. Die bloße Aufzählung von Regelungsgegenständen ist keine Festlegung von „Zielen“ und „Inhalten“. Überzogene Anforderungen dürfen allerdings nicht gestellt werden: Die Ermächtigung der EU-Kommission zum Erlass delegierter Rechtsakte wäre sinnlos, wenn der Basisrechtsakt auch im Bereich des Technischen eine bis ins Detail gehende Steuerung der EU-Kommission vorsehen müsste.

b) Hinreichende Bestimmtheit des Entwurfs der CSRD?

Die der EU-Kommission übertragene Rechtsetzungskompetenz ist hinsichtlich des Geltungsbereichs und der Dauer hinreichend bestimmt (Art. 49 Abs. 2 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E)).

Demgegenüber weist der CSRD-E hinsichtlich des Gebots der hinreichend bestimmten Festlegung des Ziels und des Inhalts Defizite auf. Dies gilt zwar nicht für die Berichtsfelder der Umweltfaktoren (Art. 19b Abs. 2 lit. a) RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E)) und der Sozialfaktoren (Art. 19b Abs. 2 lit. b) RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E)). Es gilt aber für den Bereich der Governance-Faktoren, also der Selbstbeschreibung des Unternehmens (Art. 19b Abs. 2 lit. c) RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E)). Die Ziele, die die EU-Kommission beim Gebrauch der delegierten Rechtsetzungsmacht verfolgen soll, bleiben diesbezüglich unklar und unbestimmt. Die Verfasser des CSRD-E verweisen in Begründungserwägung 44 darauf, dass die Nutzer der Unternehmensberichterstattung Informationen über Governance-Faktoren „benötigen“, erklären aber nicht, warum dies etwa mit Blick auf die politischen Aktivitäten eines Unternehmens der Fall sein soll.

Wenn es richtig ist, dass der EU-Kommission im Bereich des Technischen Durchführungsspielräume („Ermessen“) eingeräumt werden dürfen, wird man die in Art. 19b Abs. 2 lit. c) i) und lit. v) enthaltene Beschreibung unternehmensbezogener Nachhaltigkeitsfelder noch für hinreichend spezifisch ansehen müssen. Interpretativ lässt sich hier mit hinreichender Klarheit ermitteln, dass die Berichterstattung auf diesen Feldern den Berichtsempfängern eine Beurteilung ermöglichen soll, ob das Unternehmen die institutionelle Effektivität aufweist, die notwendig ist, um ethische, politische oder rechtliche Nachhaltigkeitserwartungen zu erfüllen. Es geht damit um die Frage institutionellen (Selbst-)Bewusstseins und institutioneller Reaktionsfähigkeit.

Demgegenüber fehlt es im Bereich von ii) bis iv) an jeder Spezifität. Welche Ziele hier verfolgt werden, ist nur ansatzweise zu erkennen. Auch die Inhalte sind noch nicht einmal ansatzweise klar umschrieben. Die extrem weit gefassten Klauseln ii) bis iv) lassen nicht erkennen, von welchem Nachhaltigkeitsverständnis der EU-Gesetzgeber geleitet ist. Die Klauseln legen auch nicht fest, was zum Bereich der „Unternehmensethik“ beziehungsweise der „Unternehmenskultur“ gehört und was schlichte Unternehmenspolitik ist. Die Begriffe der Ethik und der Kultur sind heute politisch so aufgeladen, dass eine inhaltliche Fixierung ohne Rückgriff auf grundlegende politische Wertungen nicht möglich ist.¹⁶⁰ Wer hier nicht politische Vorfestlegungen trifft, kann nicht entscheiden, welche Informationen von dem Unternehmen in welcher Art berichtet werden müssen. Diese Unklarheiten lassen sich auch nicht im Wege einer von den üblichen rechtlichen Methoden getragenen Interpretation der in Art. 19b Abs. 2 lit. c) ii) bis iv) RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) verwandten Formulierungen beseitigen. Die der EU-Kommission eingeräumte delegierte Rechtsetzungsmacht ist aufgrund dieser Defizite nicht hinreichend bestimmt.

Es ist damit festzuhalten, dass die Bestimmungen des Art. 19b Abs. 2 lit. c) ii) bis iv) CSRD-E so unbestimmt formuliert und so weit gefasst sind, dass sie mit Blick auf Ziel und Inhalt nicht den Anforderungen des Art. 290 AEUV entsprechen.

IV. Funktionale Effektivität und normative Angemessenheit des im CSRD-E vorgesehenen Entscheidungsprozesses der EU-Kommission?

Den vorstehenden Überlegungen lag die Prämisse zugrunde, dass die legitimatorische Absicherung delegierter Rechtsetzungsmacht (Art. 290 AEUV) nur teilweise durch Steuerungsvorgaben des EU-Gesetzgebers im Basisrechtsakt erfolgen muss. Konsequenz dieser Sichtweise ist es, wie bereits mehrfach betont, dass die Anforderungen an den Umfang der Regelungen im Basisrechtsakt (Wesentlichkeitsgrundsatz) und an die Ausgestaltung der delegierten Rechtsetzungsmacht (Spezifizitätsgrundsatz) *nicht* möglichst hoch anzusetzen sind. Vielmehr ist es rechtlich wichtiger, sicherzustellen, dass die EU-Kommission die ihr übertragende delegierte Rechtsetzungsmacht funktional effektiv und normativ angemessen wahrnehmen kann (und auch wahrnimmt). In anderen Worten: Der EU-Gesetzgeber darf keine prozeduralen Vorgaben machen oder der Entscheidung der EU-Kommission Mechanismen vorschalten, die dazu führen, dass die EU-Kommission die an sie gestellten funktionalen und normativen Anforderungen nicht erfüllen kann.

¹⁶⁰ Was die Qualität der Beziehungen zu Geschäftspartnern und die Zahlungspraktiken angeht, wird in Begründungserwägung 44 des CSRD-E ausgeführt, dass dies der Sicherung eines lauterer Verhaltens des Unternehmens im Markt diene, die Transparenz über schädliche Marktpraktiken fördere und so „Insolvenz und Konkurs“ verhindere. Es scheint, als ob der EU-Gesetzgeber Fragen der Nachhaltigkeitsberichterstattung und Fragen der Sicherung eines lauterer Verhaltens im Markt miteinander vermischt.

1. Zulässigkeit von Verfahrensvorgaben im Basisrechtsakt

Grundsätzlich sieht der AEUV vor, dass die EU-Kommission zu entscheiden hat, in welchem Verfahren sie eine Entscheidung über den Gebrauch einer delegierten Rechtsetzungsmacht nach Art. 290 AEUV vorbereitet.¹⁶¹ Der AEUV sieht keine einschränkenden Vorgaben vor. Die oben beschriebene Interinstitutionelle Vereinbarung¹⁶² macht deutlich, dass der EU-Kommission bewusst ist, dass diesbezügliche Weichenstellungen sowohl für die Qualität der getroffenen Entscheidung als auch für deren Akzeptanz durch die Betroffenen von zentraler Bedeutung sind. Dies gilt insbesondere für die Offenheit, Transparenz und gleiche Zugänglichkeit im Verfahren der Entscheidungsvorbereitung.

Art. 290 AEUV enthält keine Aussagen darüber, ob der EU-Gesetzgeber im Basisrechtsakt der EU-Kommission Verfahrensvorgaben für den Gebrauch der delegierten Rechtsetzungskompetenz machen kann. In der Praxis sind derartige Vorgaben eher unüblich, aber nicht gänzlich unbekannt. Bislang hat der EuGH hierzu zu dieser Frage (und zu möglichen rechtlichen Grenzen der Festlegung von Verfahrensanforderungen im Basisrechtsakt) noch keine Entscheidung getroffen. Im Ausgangspunkt spricht nichts für die Annahme, dass es das EU-Primärrecht gänzlich ausschließen wollte, dass der EU-Gesetzgeber im Basisrechtsakt Verfahrensvorgaben macht, die die EU-Kommission bei der Wahrnehmung delegierter Rechtsetzungsmacht zu beachten hat. Der Umstand, dass Art. 290 AEUV diesbezüglich schweigt, lässt sich nicht als Verbot des Erlasses derartiger Bestimmungen im Basisrechtsakt verstehen. Es gibt auch teleologisch keine Gründe für die Annahme, dass die grundsätzliche prozedurale Entscheidungsfreiheit der EU-Kommission primärrechtlich vor jedweder Einwirkungen seitens des EU-Gesetzgebers geschützt sein soll. Man wird deshalb auch nicht davon ausgehen können, dass jede Regelung im Basisrechtsakt, die der EU-Kommission verfahrensrechtliche Vorgaben macht, per se mit Art. 290 AEUV unvereinbar ist.

Auf der anderen Seite spricht auch nichts für die Annahme, dass der EU-Gesetzgeber bei der Formulierung von Verfahrensvorgaben für die Wahrnehmung delegierter Rechtsetzungsmacht vollständige Freiheit hätte und der EU-Kommission jede Gestaltungsmöglichkeit nehmen könnte. Es ist eine offene Frage des EU-Verfassungsrechts, wo genau der Bereich der vom EU-Primärrecht geschützten prozeduralen Gestaltungsfreiheit der EU-Kommission liegt. In dieser Allgemeinheit interessiert diese Frage hier aber nicht. Ohne Zweifel ist es dem EU-Gesetzgeber nicht möglich, im Basisrechtsakt Festlegungen zu treffen, die ihrerseits mit Vorgaben des EU-Primärrechts unvereinbar sind. Wenn der EU-Gesetzgeber der EU-Kommission

161 Romyana Spasova, Powers of the European Commission – Delegated and Implementing Acts in Practical Terms, ERA Forum 22 (2021), 507 (514): „The Commission is autonomous when it prepares a draft delegated act. In accordance with the principles of better regulation, it may rely on different sources to gather expertise, such as consulting expert groups, carrying out public consultation or commissioning a study.“

162 Oben Fn. 143.

im Basisrechtsakt prozedurale Vorgaben für den Gebrauch einer delegierten Rechtsetzungskompetenz macht, darf er nichts anordnen, was dem EU-Primärrecht und den dort enthaltenen Vorgaben zuwiderläuft. Der EU-Gesetzgeber kann (auch) bei der Einräumung von Rechtsetzungsgewalt an die EU-Kommission nach Art. 290 AEUV keine Entscheidungen treffen, die mit den höherrangigen Vorgaben des EU-Rechts in Widerspruch stehen.

Im Folgenden soll aufgezeigt werden, dass die Verfahrensvorgaben im CSRD-E insgesamt vier Regelungen des EU-Primärrechts zuwiderlaufen. In der Form, wie sie gegenwärtig im CSRD-E enthalten sind, könnten sie nicht wirksam erlassen werden. Würde der EU-Gesetzgeber sie gleichwohl in Kraft zu setzen suchen, wären sie gerichtlich angreifbar und müssten für nichtig erklärt werden (Art. 264 AEUV).

2. Unvereinbarkeit der Einräumung privilegierter Einflussmöglichkeiten mit dem Prinzip repräsentativ-demokratischer Ausübung von Hoheitsgewalt (Art. 10 Abs. 1 EUV)

a) Unionsrechtlicher Gehalt des Prinzips repräsentativ-demokratischer Ausübung von Hoheitsgewalt

Der EuGH ging schon vor Jahrzehnten davon aus, dass das Demokratieprinzip einen Bestandteil des EG-Rechts bildete.¹⁶³ Seit Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags und der Konstitutionalisierung des Demokratieprinzips in Art. 2 EUV, Art. 10 EUV und Art. 11 EUV hat sich die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH verfestigt; die konstitutionelle Qualität des Prinzips hat sich verfestigt. In einem Urteil vom 9. März 2010¹⁶⁴ hat der EuGH nicht nur festgestellt, dass der Grundsatz der Demokratie einen festen Bestandteil der Unionsrechtsordnung bildet.¹⁶⁵ Der EuGH betonte vor allem, dass dieser Grundsatz, der den Mitgliedstaaten gemeinsam sei, bei der Auslegung eines sekundärrechtlichen Aktes durchgängig zu berücksichtigen ist.¹⁶⁶ In zwei Entscheidungen vom 19. Dezember 2019 führte er aus, dass Art. 10 Abs. 1 EUV den in Art. 2 EUV genannten Wert der Demokratie konkretisiere.¹⁶⁷ In den Entscheidungen machte der EuGH auch deutlich, dass diese Bestimmungen nicht nur Programmsätze sind, sondern unmittelbar bindendes europäisches (Verfassungs-)Recht. Und in einer Entscheidung vom 2. September 2021¹⁶⁸ nimmt der EuGH hierauf Bezug und betont mit Blick auf den Grundsatz der Demokratie erneut: „Als den Mitgliedstaaten gemeinsamer Grundsatz ist er bei der Auslegung

163 EuGH, Urt. v. 29.10.1980, Rs. 138/79, Roquettes Frères, Slg. 1980, 3333. Hierzu A. Bleckmann, Studien zum Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1986, 169.

164 EuGH, Urt. v. 9. März 2010, Rs. C-518/07, Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2010:125.

165 Die Entscheidung erging noch zu Art. 6 Abs. 1 EUV (i.d.F. des Nizza-Vertrags).

166 EuGH, Urt. v. 9. März 2010, Rs. C-518/07, Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2010:125, Rn. 41, 42.

167 EuGH, Urt. v. 19. Dezember 2019, Rs. C 502/19, Junqueras Vies, ECLI:EU:C:2019:1115, Rn. 63; EuGH, Urt. v. 19. Dezember 2019, Rs. C-418/18 P, Puppinck u. a./Kommission, ECLI:EU:C:2019:1113, Rn. 64.

168 EuGH, Urt. vom 2. September 2021, Rs. C-718/18, KOM/Deutschland, ECLI:EU:C:2021:662.

dieser Richtlinien – so auch bei der Auslegung der hier in Rede stehenden Bestimmungen – zu berücksichtigen ...¹⁶⁹

Es kann vor diesem Hintergrund nicht mehr in Frage gestellt werden, dass der EU-Gesetzgeber bei der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die EU-Kommission (Art. 290 AEUV) keine Vorgaben machen darf, die die in Art. 2 EUV, Art. 10 Abs. 1 EUV avisierte demokratische Qualität der Herrschafts- und Entscheidungsstrukturen der EU beeinträchtigen oder gar angreifen würde.¹⁷⁰ Die Venedig-Kommission hat sich erst vor einigen Jahren in einem Bericht mit sog. „extra-institutional actors“ im demokratischen System befasst und die Gefahren aufgezeigt, die von einer Übermacht privaten Einflusses ausgehen.¹⁷¹

aa) Verbot der Privatisierung von Hoheitsgewalt

Nach Art. 10 Abs. 1 EUV sind die Befugnisse, die das EU-Primärrecht den EU-Organen überträgt, im Modus repräsentativer Demokratie auszuüben. Sie sind damit nicht nur rechtskonform, sondern auch unter Einsatz von demokratisch kontrollierten Amtsträgern wahrzunehmen. Eine „Privatisierung von Hoheitsgewalt“ wäre mit Art. 10 Abs. 1 AEUV schon im Ansatz unvereinbar.¹⁷² Würde der EU-Gesetzgeber im Basisrechtsakt vorsehen, dass die EU-Kommission die ihr übertragenen Rechtsetzungsbefugnisse auf eine private Einrichtung (weiter-)übertragen könnte, würde er gegen Art. 10 Abs. 1 EUV verstoßen; die Bestimmung des Basisrechtsakts wäre rechtswidrig und nichtig.

Um dies an einem hypothetischen Beispiel zu verdeutlichen: Würde der EU-Gesetzgeber im CSRD-E hoheitliche Rechtsetzungsmacht unmittelbar auf die EFRAG übertragen oder würde er dort anordnen, dass die EU-Kommission die ihr übertragene Rechtsetzungsmacht auf die EFRAG weitergeben und sie so zum Erlass von Rechtsakten ermächtigen könnte, die allgemeine Verbindlichkeit haben, wäre dies eine unzulässige „Privatisierung“ von Hoheitsgewalt.

169 EuGH, Urt. v. 2. September 2021, Rs. C-718/18, KOM/Deutschland, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 125, unter Bezug auf EuGH, Urt. v. 9. März 2010, Rs. C 518/07, Kommission/Deutschland, E-CLI:EU:C:2010:125, Rn. 41.

170 Zur verfassungstheoretischen und politikwissenschaftlichen Diskussion: Johan P. Olsen, Democratic accountability and the changing European political order, *European Law Journal*, 2018, 90; zur rechtswissenschaftlichen Diskussion: Thomas Oppermann/Claus D. Classen/Martin Nettesheim, *Europarecht*, 9. Aufl. 2021, § 15 mit weiteren Nachweisen.

171 European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Report on the Role of Extra-Institutional Actors in the Democratic System (lobbying), 22. März 2013, Study 590/2010.

172 Dieser Grundsatz liegt der EuGH-Entscheidung im „Meroni“-Fall zugrunde (EuGH, Urt. v. 12. Juni 1958, Rs. C-9/56, Meroni/Hohe Behörde v. High Authority, Slg. 1958, 11). Hierzu etwa Merijin Chamon, EU Agencies: Does the Meroni Doctrine Make Sense, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2010, 288; Stefan Griller/Andreas Orator, Everything under control? The „way forward“ for European agencies in the footsteps of the Meroni doctrine, *European Law Review*, 2010, 6; Gianni Lo Schiavo, A Judicial Re-Thinking on the Delegation of Powers of European Agencies under EU Law? *German Law Journal* 16 (2015), 315.

bb) Verbot der Schaffung von Strukturen, durch die EU-Entscheidungen von Privaten rechtlich determiniert werden

Der in Art. 10 Abs. 1 EUV enthaltene Grundsatz repräsentativ-demokratischer Ausübung von EU-Hoheitsgewalt ist aber nicht nur dann berührt, wenn die Befugnis zur Ausübung von Herrschaftsgewalt rechtsförmig auf Private übertragen wird. Er wird auch dann beeinträchtigt, wenn Privaten die rechtliche oder faktische Macht eingeräumt wird, den Gebrauch von EU-Hoheitsmacht durch die Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der EU zu steuern. Niemand würde von der repräsentativ-demokratischen Ausübung von Hoheitsgewalt sprechen, wenn das rechtliche Handeln einer EU-Institutionen von einem Privaten vorbestimmt würde, der seinerseits außerhalb der demokratischen Steuerungs-, Verantwortungs- und Kontrollzusammenhänge steht. Würde der EU-Gesetzgeber der EU-Kommission die Ermächtigung zum Erlass delegierter Rechtsakte erteilen, dabei aber festlegen, dass die EU-Kommission die Vorlagen oder Entwürfe einer privaten Institution zu übernehmen hätte, läge darin eine ebenfalls „Privatisierung von Hoheitsgewalt“, die mit Art. 10 Abs. 1 AEUV unvereinbar wäre.

Um auch dies an einem hypothetischen Beispiel zu veranschaulichen: Würde der EU-Gesetzgeber im CSRD-E vorsehen, dass die von der EFRAG ausgearbeiteten Stellungnahmen von der EU-Kommission zur Grundlage des delegierten Rechtsaktes gemacht werden *müssten*, wäre auch dies eine unzulässige „Privatisierung“ von Hoheitsgewalt.

cc) Verbot der Schaffung von Strukturen, durch die Private die Entscheidungen von EU-Organen faktisch vorprägen

Dem in Art. 10 Abs. 1 EUV statuierten Grundsatz repräsentativ-demokratischer Wahrnehmung von Hoheitsgewalt wäre schließlich auch dann nicht Genüge getan, wenn der EU-Gesetzgeber Private in die Position versetzt würde, die Wahrnehmung hoheitlicher Entscheidungsbefugnisse faktisch so vorzuprägen, dass von einer eigenständigen und selbstbestimmten Kompetenzwahrnehmung des Kompetenzträgers nicht mehr gesprochen werden kann.¹⁷³ Art. 10 Abs. 1 EUV wird nicht nur beeinträchtigt, wenn Befugnisse zur Ausübung von Hoheitsgewalt *rechtlich-formal* auf Private übertragen oder weitergegeben werden. Die Bestimmung wird auch beeinträchtigt, wenn eine *faktische* Übernahme von hoheitlich-politischer Gestaltungsmacht durch Private zu befürchten ist.

Art. 10 Abs. 1 EUV ist in diesem Zusammenhang nicht bereits dann verletzt, wenn der Verlust eigenständigen und selbstbestimmten hoheitlichen Entscheidens offenkundig und zweifelsfrei gegeben ist. Mit der Verfassungsbestimmung sind auch Gestaltungen unvereinbar, die es aus

¹⁷³ Zur Abgrenzung sei hier betont, dass es nicht um Fälle geht, in denen der EU-Gesetzgeber auf private Standardsetzung verweist (Harm Schepel, *Private Regulators in Law*, in: Joost Pauwelyn/Ramses Wessel/Jan Wouters (Hrsg.), *Informal International Lawmaking*, 2012, 356; Linda Senden, *Soft-Post Legislative Rulemaking*, ELJ 19 (2013), 57; Rodrigo Vallejo, *The Private Administrative Law of Technical Standardization*, *Yearbook of European Law* 40 (2021), 172).

objektiver Beobachtersicht möglich erscheinen lassen, dass ein EU-Organ dem Willen eines privaten Dritten „unterworfen“ wird. Der Schutz des Demokratieprinzips verlangt es, einer „faktischen Privatisierung“ von Hoheitsgewalt frühzeitig Grenzen zu setzen. Es geht hier um einen Bereich besonderer Sensibilität, in dem die verfassungsrechtlichen Anforderungen besonders strikt zu handhaben sind.¹⁷⁴

Selbstverständlich ist nicht jeder rechtsförmige Beteiligungsmechanismus, der einem Privaten die Möglichkeit gibt, politisch auf Entscheidungsprozesse eines EU-Organs einzuwirken, mit Art. 10 Abs. 1 EUV unvereinbar. Im Gegenteil: Formen der „Public-private-Partnership“ können gewinnbringend und effizient sein.¹⁷⁵ Rechtsförmige Mechanismen, die die EU-Kommission in die Lage versetzen, die Positionen Betroffener kennenzulernen, fördern die in Art. 10 Abs. 1 EUV avisierte demokratische Ausübung von EU-Hoheitsgewalt. Eine Beeinträchtigung von Art. 10 Abs. 1 EUV tritt erst ein, wenn ein rechtsförmiger Beteiligungsmechanismus so ausgestaltet ist, dass die Eigenständigkeit des hoheitlichen Entscheidens beeinträchtigt zu werden droht. Das bedeutet konkret, dass sich die repräsentativ entscheidenden Organwalter sachverständig beraten lassen dürfen. Expertengremien und Sachverständigengruppen sind für gutes Regieren essentiell. Es bedeutet zudem, dass die Konsultation von (interessierten oder betroffenen) Privaten rechtlich zulässig (und in vielen Fällen sogar geboten) ist.

Die Beteiligung von Privaten in hoheitlichen Entscheidungsprozessen fügt sich in ein System repräsentativer Herrschaftsausübung gewinnbringend ein, wenn das auf diese Weise generierte Wissen den Prozess demokratisch kontrollierter Entscheidungsfindung befruchtet. Rechtsförmige Beteiligungsmechanismen, mit denen Private in hoheitliche Entscheidungsprozesse einbezogen werden, sind demgegenüber demokratietheoretisch schädlich und verfassungsrechtlich unzulässig, wenn sie die Gefahr einer expertokratisch-technokratischen Vereinnahmung demokratisch-politischer Entscheidungsprozesse in sich bergen. Sie sind zudem unzulässig, wenn sie zu einer mit dem demokratischen Egalitätsprinzip unvereinbaren Privilegierung einzelner Privater führen. Während es im ersten Fall um Konstellationen von „capture“ des politischen Prozesses geht,¹⁷⁶ geht es im zweiten Fall um eine Beeinträchtigung demokratischer Ideale, die zu einem Vertrauensverlust führen kann. Anders als bei den vorstehend unter aa) und bb) geschilderten Fällen geht es hier um eine Fallgruppe, in der graduelle Übergänge zu

174 In anderen Bereichen ist der EuGH eher zurückhaltend, was die rechtliche Relevanz von faktischen Auswirkungen und Vorfestlegungen angeht. Vgl. EuGH, Urt. v. 21. Juni 2018, Rs. C 5/16, Polen/Parlament und Rat, ECLI:EU:C:2018:483, Rn. 86 (mit Blick auf Schlussfolgerungen des Europäischen Rates): „Im Übrigen können die geltend gemachten Auswirkungen „politischer“ Natur der Schlussfolgerungen des Europäischen Rates auf das Gesetzgebungsrecht des Parlaments und des Rates keinen Grund für die Nichtigkeitsklärung des angefochtenen Beschlusses durch den Gerichtshof darstellen.“ Der EuGH verweist auf EuGH, Urt. v. 6. September 2017, Rs. C 643/15 und C 647/15, Slowakei und Ungarn/Rat, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 145.

175 Ulrika Mörth, *The Market Turn in EU Governance – The Emergence of Public-Private Collaboration*, *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions* 22 (2009), 99.

176 Hierzu noch unten S. 99 ff. Allgemein: Melissa J. Durkee, *International Lobbying Law*, *Yale Law Journal*, 127 (2018), 1742.

beobachten und normativ zu bewältigen sind. Es ist rechtlich voraussetzungsvoll, den Verlauf der Grenze des Zulässigen zu bestimmen.¹⁷⁷

Bislang hat sich der EuGH zu diesen Fragen noch nicht geäußert. Eine Musterung der Kommentarliteratur ist ebenfalls wenig ergiebig. Man wird das so deuten können, dass die rechtswissenschaftliche Diskussion es für selbstverständlich (und deshalb nicht für vertieft behandlungsbedürftig) ansieht, dass die „Privatisierung von Hoheitsgewalt“ (etwa durch Weitergabe delegierter Rechtsetzungsbefugnisse an Private oder durch rechtliche Unterwerfung des Gebrauchs derartiger Befugnisse unter den Willen Privater) primärrechtlich ausgeschlossen ist.¹⁷⁸ Unklarheiten bestehen allenfalls hinsichtlich der drittgenannten Konstellation (faktische Einwirkung auf den Gebrauch hoheitlicher Kompetenzen durch eine private Institution).

b) Unvereinbarkeit des im CSRD-E vorgesehenen rechtsförmigen privilegierenden Beteiligungsmechanismus mit Art. 10 Abs. 1 EUV

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe gibt es gewichtige Gründe für die Annahme, dass der in Art. 49 Abs. 3a UAbs. 1 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) vorgesehene rechtsförmige privilegierende Beteiligungsmechanismus, der der EFRAG die Möglichkeit gibt, politisch auf Entscheidungsprozesse eines EU-Organs einzuwirken, mit Art. 10 Abs. 1 EUV unvereinbar ist. Es ist zwar ohne Zweifel richtig, dass der CSRD-E der EFRAG keine formelle Entscheidungsgewalt überträgt. Es ist auch unzweifelhaft richtig, dass die EU-Kommission nicht zur Weitergabe delegierter Rechtsetzungsmacht an die EFRAG ermächtigt wird. Schließlich lässt sich auch nicht bezweifeln, dass die EU-Kommission nicht rechtsförmig dazu verpflichtet wird, die Stellungnahme der EFRAG (ganz oder auch nur teilweise) zu übernehmen. Art. 10 Abs. 1 EUV ist nach dem oben Gesagten aber bereits dann beeinträchtigt, wenn ein rechtsförmiger Beteiligungsmechanismus das Potenzial in sich trägt, die Entscheidung eines EU-Organs faktisch so vorzuprägen, dass von einer eigenständigen und selbstbestimmten Kompetenzwahrnehmung des Kompetenzträgers nicht mehr gesprochen werden kann. Hierfür sprechen folgende Gründe:

Von Bedeutung ist erstens, dass Art. 49 Abs. 3a RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) eine Vorprägung der Entscheidung der EU-Kommission durch die Arbeiten der EFRAG bewusst anstrebt. In der Bestimmung findet sich keine Pflicht, die Aufgabe der beratenden Unterstützung der EU-Kommission offen auszuschreiben und so festzustellen, welche private Institution die beste Leistung anbieten kann. Art. 49 Abs. 3a RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) besagt eindeutig und zweifelsfrei, dass alleine und ausschließlich die EFRAG zur Vorlage von grundsätzlich

177 Man wird davon ausgehen müssen, dass Art. 10 Abs. 1 EUV nicht einschränkbar ist. Mit anderen Worten: Eine unzulässige rechtliche oder faktische „Privatisierung“ von Hoheitsgewalt kann nicht gerechtfertigt werden. Das ist beim Grundsatz demokratischer Egalitarität anders (nachfolgend S. 91 ff.).

178 Ausführliche Darstellung der Stands der wissenschaftlichen Diskussion zu Art. 10 EUV: Martin Nettesheim, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 74. EL September 2021, Art. 10, Rdnr. 1 ff.

berücksichtigungsbedürftigen Stellungnahmen berechtigt sein soll. Die Bestimmung besagt auch, dass die Stellungnahme zu „berücksichtigen“ sei. Auch wenn dies nicht so zu verstehen ist, dass die EU-Kommission zur Übernahme und Inkraftsetzung dieser Stellungnahme verpflichtet ist, bezeichnet diese Formulierung nach allgemeinem Sprachverständnis eine Vorprägungswirkung der Stellungnahme der EFRAG.

Von Bedeutung ist zweitens, dass das in Art. 49 Abs. 3a RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) formulierte Verfahren nicht eine Stärkung, sondern eine Schwächung der Entscheidungseigenständigkeit der EU-Kommission zu bewirken scheint. Die Bestimmung sieht zwar vor, dass die EU-Kommission zu einer von der EFRAG vorgelegten Stellungnahme noch eine beschränkte Konsultation durchzuführen hat, an der die in Art. 49 Abs. 3a UAbs. 2-4 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) genannten Gremien zu beteiligen sind. Die EU-Kommission wird aber nicht dazu verpflichtet, die von der EFRAG vorgelegten Stellungnahmen in einem offenen, transparenten und für die interessierten Mitglieder der Öffentlichkeit zugänglichen Entscheidungsfindungsprozess kritisch bewerten zu lassen. Die Bestimmung sieht nicht vor, dass die EU-Kommission eine darüber hinaus gehende Erhebung von Sachwissen vorzunehmen oder eine weitergehende Beteiligung der Öffentlichkeit zu gewährleisten hat, bevor sie über den Gebrauch der delegierten Rechtsetzungsmacht entscheidet. Die Berücksichtigung sonstiger Interessen und Standpunkte ist im CSRD-E nicht vorgesehen. Für die Bewertung des im CSRD-E vorgesehenen Entscheidungsmechanismus ist es im Übrigen irrelevant, dass die EU-Kommission gegebenenfalls aus eigenem Antrieb noch weitere Anhörungen und Konsultationen durchführen *kann*. Wenn der EU-Gesetzgeber dies nicht zwingend vorsieht, kann für die primärrechtliche Bewertung seiner Regelungen nicht unterstellt werden, dass dies tatsächlich geschieht.

Von einer wesentlichen Vorprägungswirkung der Stellungnahme der EFRAG ist (drittens) deshalb auszugehen, weil der in Art. 49 Abs. 3a RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) verankerte Entscheidungsmechanismus nicht die inhaltliche Offenheit gewährleistet, die notwendig wäre, damit die EU-Kommission eine kritische Distanz und eigenständige Bewertungsfähigkeit zu den Stellungnahmen der EFRAG entwickeln kann und entwickeln wird. Die Akteure, die an dem beschränkten Konsultationsverfahren nach Art. 49 Abs. 3a UAbs. 2-4 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) zu beteiligen sind, sind einem fachlich eher engen Spektrum zuzuordnen. Die spezifische Fachkompetenz der anzuhörenden Institutionen liegt überwiegend auf dem Feld der Finanzmärkte (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde, Europäische Bankenaufsichtsbehörde, Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung, Ausschuss der Europäischen Aufsichtsstellen für Abschlussprüfer, Plattform für ein nachhaltiges Finanzwesen) und der Währungspolitik (Europäische Zentralbank). Teilweise besteht Sachkunde im Bereich ökologisch nachhaltigen Wirtschaftens (Europäische Umweltagentur, Sachverständigengruppe der Mitgliedstaaten nach Art. 24 der VO (EU) 2020/852). Die Agentur der Europäischen Union für Grundrechte kann allenfalls in

einem Bereich der Sozialfaktoren Fachkompetenz beisteuern. Spiegelt man die Breite der in Art. 19b Abs. 2 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) vorgesehenen Nachhaltigkeitsberichterstattung und die in Art. 49 Abs. 3a UAbs. 2-4 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) vorgesehene Anhörungsstruktur, ergeben sich deutliche Differenzen. Anders ausgedrückt: Art. 49 Abs. 3a RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) stellt nicht einmal im Ansatz sicher, dass der Konsultationsprozess, der nach Vorlage einer Stellungnahme der EFRAG durchgeführt werden soll, das für eine kritische Auseinandersetzung notwendige Sachwissen und die Vielfalt der in der Gesellschaft vertretenen Sichtweisen und Positionen generieren wird. Die in diesem Konsultationsprozess verfügbare Sachkompetenz fällt hinter dem zurück, was erforderlich wäre, um eine Ausarbeitung der EFRAG in der ganzen Breite des Art. 19b Abs. 2 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) kritisch kommentieren zu können.

Das vorgesehene beschränkte Konsultationsverfahren ist damit nicht in der Lage, die EU-Kommission umfassend über abweichende oder alternative Standpunkte und Sichtweisen zu informieren. Selbst wenn die EU-Kommission durch kritische Stellungnahmen der in Art. 49 Abs. 3a UAbs. 2-4 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) genannten Gremien veranlasst werden wird, in eine vertiefte Sachprüfung der von der EFRAG zugelierten fachlichen Entscheidungsgrundlage einzusteigen, ist nicht gesichert, dass diese Prüfung wirklich hinreichend breit angelegt sein wird. Ob die EU-Kommission die interne fachliche Sachkompetenz entwickeln wird, um die von der EFRAG zugelierte Entscheidungsgrundlage eigenständig und unabhängig überprüfen und bewerten zu können, ist unsicher. Der Konsultationsprozess kann nicht gewährleisten, dass die EU-Kommission in die Lage versetzt wird, die Vorarbeiten der EFRAG mit kritischer Distanz eigenständig und unabhängig beurteilen zu können. Die Möglichkeit, dass ein von der EU-Kommission erlassener delegierter Rechtsakt so wesentlich von der Vorarbeit der EFRAG vorgeprägt sein wird, dass von einer eigenständigen Entscheidung der EU-Kommission nicht mehr ausgegangen werden kann, ist damit nicht von der Hand zu weisen.

Ferner ist (viertens) von Relevanz, dass Art. 49 Abs. 3a UAbs. 1 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) die prozeduralen Anforderungen an eine ordnungsgemäße und angemessene Erarbeitung von Nachhaltigkeitsberichtsstandards in die Sphäre der EFRAG verlagert. Die EFRAG wird sinnvollerweise danach streben, die in Art. 49 Abs. 3a UAbs. 1 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) postulierten Verfahrensanforderungen („einwandfreies Verfahren“, „Transparenz“, Rückgriff auf das „Fachwissen einschlägiger Interessengruppen“, Beifügung von „Kosten-Nutzenanalysen“) zu erfüllen – schon deshalb, weil ihre Stellungnahmen andernfalls von der EU-Kommission aus prozeduralen Gründen zurückgewiesen werden müssten. Die Regelungsstruktur von Art. 49 Abs. 3a UAbs. 1 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) deutet darauf hin, dass die EU-Kommission zwar den Prozess der Erarbeitung von Vorschlägen durch die EFRAG überwachen soll („öffentliche Aufsicht“), dass sie damit aber von der Last befreit werden soll, ihrerseits in einen eigenständigen Prozess der Entscheidungserarbeitung eintreten zu

müssen. Die Formulierung der von der EFRAG zu beachtenden prozeduralen Anforderungen und die Befreiung der EU-Kommission von entsprechenden Lasten hinsichtlich der Entscheidungsvorbereitung sind zwei Seiten derselben Medaille. Wenn die EU-Kommission selbst kein systematisches und umfassendes Verfahren zur Erhebung von Sachwissen durchführt (sie kontrolliert nur, ob die EFRAG das gemacht hat), ist sie nicht in einer Position, die eigenständige Entscheidungen ermöglichte.

Für die Annahme, dass die Stellungnahmen der EFRAG die Entscheidungen der EU-Kommission wesentlich vorprägen werden, sprechen im Übrigen (fünftens) rechtsökonomische Überlegungen zum Verhältnis von EU-Kommission und EFRAG. Die EU-Kommission ist mit der EFRAG personell, institutionell und finanziell eng verbunden. Sie hat schon grundsätzlich keine Anreize, die EFRAG mit strengen Verfahrensanforderungen zu konfrontieren.¹⁷⁹ Sie wird auch im konkreten Fall kaum attestieren, dass die EFRAG bei der Erarbeitung einer Stellungnahme prozedural oder sachlich-inhaltlich so mangelhaft gearbeitet hat, dass deren Berücksichtigung nicht in Betracht kommt. Dies gilt umso mehr, als Angehörige von EU-Institutionen bei der Erarbeitung von EFRAG-Stellungnahmen in der Säule der Nachhaltigkeitsberichterstattung nicht nur anwesend sein sollen, sondern mit Sitz und Stimme mitarbeiten werden.¹⁸⁰ Es wäre ein beispielloser und politisch eigentlich undenkbarer Affront, wenn die EU eine von der EFRAG vorgelegte Stellungnahme mit der Begründung zurückweisen würde, die in Art. 49 Abs. 3a UAbs. 1 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) formulierten (Mindest-)Anforderungen seien nicht eingehalten worden. Unter Zugrundelegung einer rechtsökonomischen Betrachtungsweise muss stark bezweifelt werden, dass die EU-Kommission eine hinreichende institutionell-politische Distanz hat, um mit der in Art. 10 Abs. 1 EUV vorgesehenen Eigenständigkeit beurteilen zu können, ob die von der EFRAG ausgearbeitete Stellungnahme die Ziele des EU-Nachhaltigkeitsberichterstattungsrechts wirklich optimal erfüllen kann. Die bestehenden personellen, institutionellen und finanziellen Verbindungen zwischen der EU-Kommission und der EFRAG wecken Zweifel, ob die EU-Kommission eine hinreichende politisch-sachliche Unabhängigkeit und Distanz entwickeln kann, um den Normgebungsauftrag des Art. 49 Abs. 3a UAbs. 1 RL 2013/34/EU (i. d. F. der CSRD) hinreichend eigenständig wahrzunehmen.

Die Beeinträchtigungen, die das Prinzip repräsentativ-demokratischer Herrschaftsausübung (Art. 10 Abs. 1 EUV) durch die Schaffung privater Entscheidungsmacht in einem hoheitlichen Rechtsetzungsverfahren erleidet, wird im Übrigen nicht dadurch aufgewogen oder beseitigt, dass den EU-Institutionen Rat und Europäisches Parlament nach Art. 49 Abs. 3 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD) i. V. m. Art. 290 Abs. 2 AEUV ein Widerrufsrecht eingeräumt wird. Es ist inzwischen verschiedentlich gezeigt worden, dass die Begründung derartiger Vetopositionen

179 Hierzu oben unter B. (S. 5 ff.).

180 Hierzu oben S. 25 ff.

nicht dazu führt, dass die begünstigten EU-Organe effektive politische Kontrolle ausüben. Teilweise ist sogar die These vertreten worden, dass diese Vetopositionen die Machtstellung von Expertengremien sogar steigert.¹⁸¹ Im übrigen lässt sich eine mit Art. 10 Abs. 1 EUV unvereinbare „Privatisierung von Hoheitsgewalt“ nicht dadurch rechtfertigen, dass anderen EU-Organen irgendwelche Rechte eingeräumt werden. Beide Aspekte liegen auf unterschiedlichen Ebenen.

- c) Fazit: Demokratiewidrigkeit privilegierter Beteiligungsmechanismen, die mit erheblicher Einflussmacht verbunden sind

Zusammenfassend ergibt sich damit ein überaus bedenkliches Bild. Art. 49 Abs. 3a UAbs. 1 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) schafft einen rechtsförmigen Beteiligungsmechanismus, in dem der EFRAG eine privilegierte Stellung eingeräumt wird. Der Beteiligungsmechanismus bewirkt eine nicht unerhebliche Verlagerung von Entscheidungsmacht auf eine private Einrichtung. Der in Art. 49 Abs. 3a RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) vorgesehene Mechanismus verschafft der EFRAG eine Einflusststellung, die durch das Konsultationsverfahren der Art. 49 Abs. 3a UAbs. 2-4 RL 2013/34/EU i. d. F. des CSRD-E nicht abgedeckt wird. Keine der zu konsultierenden Institutionen ist auf der ganzen Breite der in Art. 19 Abs. 2 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) vorgesehenen Nachhaltigkeitsberichterstattung umfassend kompetent; es bleiben wesentliche Lücken, die von keiner der Institutionen sachverständig abgedeckt werden können. Im Übrigen legt es die Regulationsstruktur des Art. 49 Abs. 3a RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) nahe, dass die EU-Kommission künftig zwar eine Aufsicht über die Arbeiten der EFRAG führen wird, zugleich aber nicht in einen eigenständigen Prozess der Erarbeitung einer Entscheidung eintreten wird.¹⁸² Es sprechen damit gute Gründe für die Annahme, dass die von der EU-Kommission erlassenen delegierten Rechtsakte *praktisch* so wesentlich von der Vorarbeit der EFRAG vorgeprägt sein werden, dass von einer eigenständigen Entscheidung der EU-Kommission nicht mehr ausgegangen werden kann. Das ist mit Art. 10 Abs. 1 EUV unvereinbar.

3. Demokratische Egalitarität (Art. 2 EUV, Art. 9 S. 1 EUV i. V. m. Art. 10 Abs. 1 EUV)

- a) Unionsrechtliches Gebot der Wahrung demokratischer Egalitarität

Zu den unverzichtbaren und untrennbaren Wesensbestandteilen der Idee demokratischer Herrschaft gehört das Prinzip der demokratischen Gleichheit (demokratische Egalitarität). Dieses Prinzip ist so wichtig, dass die Vertragsgeber des Lissabon-Vertrags es in Art. 9 Abs. 1 EUV

181 Kevin M. Stack, The Irony of Oversight: Delegated Acts and the Political Economy of the European Union's Legislative Veto under the Treaty of Lisbon, *Theory and Practice of Legislation*, 2 (2014), 61; Michael Kaeding/Kevin M. Stack, Legislative Scrutiny: The Political Economy and Practice of Legislative Vetoes in the European Union, *Journal of Common Market Studies*, 53 (2015), 1268.

182 Zur Praxis der EU-Kommission, sich das notwendige Sachwissen dadurch zu verschaffen, dass sie Experten aller Mitgliedstaaten zusammenruft, sei es in Form von Sachverständigengruppen oder in Form eines Ad-hoc-Meetings: Romyana Spasova, Powers of the European Commission – Delegated and Implementing Acts in Practical Terms, *ERA Forum* 22 (2021), 507 (514).

ausdrücklich formuliert haben: „Die Union achtet in ihrem gesamten Handeln den Grundsatz der Gleichheit ihrer Bürgerinnen und Bürger, denen ein gleiches Maß an Aufmerksamkeit seitens der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union zuteil wird.“ Wenn dem EuGH darin zu folgen ist, dass die operative Bestimmung des Art. 10 Abs. 1 EUV im Lichte der Wertbekundung in Art. 2 EUV zu lesen ist,¹⁸³ wird dies für Art. 9 S. 1 EUV erst recht gelten müssen. Herrschaft, die den Status der Gleichberechtigung der Bürgerinnen und Bürger nicht respektiert, kann danach nicht als demokratisch angesehen werden. Die Gleichheit der Bürgerinnen und Bürger wird nicht nur durch beeinträchtigt, wenn einzelnen von ihnen eine besondere Stellung zugewiesen wird. Sie wird auch dann beeinträchtigt, wenn bestimmten privaten Akteuren (z. B. Unternehmen oder NGOs) eine privilegierte Stellung eingeräumt wird, über die die Bürgerinnen und Bürger nicht verfügen. Demokratische Egalitarität bedeutet, dass keine private Institution (NGO, Verband, Unternehmen etc.) bei der Teilhabe an und bei die Kontrolle von EU-Hoheitsgewalt eine sachlich nicht gerechtfertigte bevorzugte Stellung beanspruchen oder erhalten darf.

Der Grundsatz der demokratischen Egalitarität ist von allen EU-Organen zu beachten. Er gilt damit auch für den EU-Gesetzgeber. Der EU-Gesetzgeber darf keine Regelungen erlassen, die diesem Grundsatz zuwiderlaufen. Wenn der EU-Gesetzgeber der EU-Kommission delegierte Rechtsetzungsbefugnisse (Art. 290 AEUV) gewährt und dabei Privaten eine spezifische Verfahrenstellung einräumt, darf er weder ungerechtfertigt bevorzugen noch ungerechtfertigt benachteiligen. Selbstverständlich muss auch die EU-Kommission bei der Wahrnehmung der ihr übertragenen Kompetenzen den Grundsatz beachten. Es wäre ein offensichtlicher Primärrechtsverstoß, wenn sie im Bereich der delegierten Rechtsetzung einzelne Bürgerinnen oder Bürger oder sonstige Akteure privilegierend bevorzugte.

Demokratische Egalitarität bedeutet nicht schematische Gleichheit, ebensowenig schematische und ausnahmslose Gleichbehandlung. Demokratische Egalitarität verlangt Gleichbehandlung, erlaubt aber Differenzierungen, wenn rechtfertigende Gründe vorliegen. Die Argumentationslast liegt damit bei der Stelle, die eine Ungleichbehandlung vornehmen will.

Wenn der EU-Gesetzgeber beim Erlass eines Basisrechtsakts, der der EU-Kommission delegierte Rechtsetzungskompetenzen überträgt, Verfahrensvorgaben für die Beteiligung Privater macht, muss er danach Art. 2 EUV i. V. m. Art. 10 Abs. 1 EUV beachten und den Grundsatz der Gleichberechtigung respektieren. Würde der EU-Gesetzgeber etwa vorsehen, dass die EU-Kommission vor dem Erlass eines delegierten Rechtsaktes nur Industrie-, nicht aber Umweltverbände anhören müsste, läge darin eine mit EU-Primärrecht unvereinbare Privilegierung

183 EuGH, Urt. v. 19. Dezember 2019, Rs. C 502/19, Junqueras Vies, ECLI:EU:C:2019:1115, Rn. 63; EuGH, Urt. v. 19. Dezember 2019, Rs. C-418/18 P, Puppinck u. a./Kommission, ECLI:EU:C:2019:1113, Rn. 64.

beziehungsweise Schlechterstellung, wenn es nicht im konkreten Fall hinreichend gewichtige Gründe dafür gibt, diese Ungleichbehandlung vorzunehmen. Die EU-Kommission würde die Vorgaben des Art. 2 EUV i. V. m. Art. 10 Abs. 1 EUV offenkundig verletzen, wenn sie bei der Besetzung von Sachverständigengruppen, der Einladung zur Teilnahme an einer Konsultation oder bei der Berücksichtigung der eingegangenen Stellungnahmen diskriminierte – etwa, indem sie bestimmte Interessen gegenüber anderen bevorzugte, ohne dass es hierfür einen sachlichen Grund gibt. Hieran wird man im Ausgangspunkt nicht ernsthaft zweifeln können.

b) Demokratische Egalitarität und sachverständige Mitwirkung im Rechtsetzungsverfahren

Die politische und rechtliche Sensibilität für die Bedeutung des Grundsatzes demokratischer Egalitarität im EU-Rechtsetzungsverfahren ist in den letzten Jahren deutlich gestiegen. Die Beachtlichkeit dieses Grundsatzes wurde in den letzten Jahren vor allem bei der Bildung von Expertengremien verstärkt in Erinnerung gerufen. Im Jahr 2007 veröffentlichte die NGO „Corporate Europe Observatory“ erstmalig einen Bericht, in dem die Zusammensetzung der von der EU-Kommission gebildeten Expertengremien untersucht und eine deutliche Präferenz zugunsten von Industrieinteressen festgestellt wurde.¹⁸⁴ Im Jahr 2020 wurde diese Untersuchung vertieft.¹⁸⁵ Der Europäische Bürgerbeauftragte begann im Jahr 2014 eine Untersuchung, insbesondere mit Blick auf die Generaldirektion AGRI (Agriculture and Rural Development).¹⁸⁶ Der französische Senat ließ im Jahr 2014 eine Studie anfertigen, die sich mit der Zusammensetzung von Expertengruppen befasste, die die EU-Kommission beim Erlass delegierter Rechtsakte berieten; er kritisierte scharf, dass dabei neben Experten der EU-Mitgliedstaaten auch sonstige Personen, häufig mit Eigeninteressen, eingeladen wurden.¹⁸⁷ Das Europäische Parlament wandet sich der Frage 2015 zu: In seinem Auftrag wurde eine Untersuchung über die Zusammensetzung dieser Gruppen angefertigt.¹⁸⁸

Die EU-Kommission sah sich vor dem Hintergrund steigender Kritik dazu veranlasst, im Jahr 2016 Leitlinien über die Zusammensetzung dieser Gremien zu veröffentlichen.¹⁸⁹ Die Kritik der NGOs und des Europäischen Parlaments an der Überrepräsentation von Wirtschaftsinteressen ist allerdings nicht verstummt.

184 <http://archive.corporateeurope.org/lobbyingbycommittee.html>.

185 <https://corporateeurope.org/sites/default/files/2020-06/Corporate-lobbying-DE-presidency-web%20DE.pdf>.

186 <https://www.ombudsman.europa.eu/en/press-release/en/54301>.

187 Sénat, The position of delegated acts in European legislation, information report by Mr Simon Sutour on behalf of the European Affairs Committee, No 322 (2013-2014) – 29 January 2014.

188 European Parliament, Directorate General For Internal Policies – Policy Department D: Budgetary Affairs, Composition of the Commission’s expert groups and the status of the register of expert groups, authored by Blomeyer & Sanz, 2015, PE 552-301.

189 EU-Kommission, Beschluss vom 30. Mai 2016 zur Festlegung horizontaler Bestimmungen über die Einsetzung und Arbeitsweise von Expertengruppen der Kommission (C(2016) 3301 final).

c) Privilegierte Stellung der EFRAG und demokratische Egalitarität

Im Grundsatz lässt sich nicht bezweifeln, dass die privilegierte Stellung, die der EFRAG im CSRD-E zugewiesen wird, eine Beeinträchtigung des Grundsatzes demokratischer Egalitarität nach Art. 2 EUV i. V. m. Art. 10 Abs. 1 EUV bewirkt. Der CSRD-E gewährt einer privaten Einrichtung eine privilegierte Stellung, die anderen interessierten Gruppen nicht gewährt wird. EU-Verfassungsrechtlich kommt es damit auf die Frage an, ob die Durchbrechung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, der auch im Verfahren der Vorbereitung eines Rechtsaktes nach Art. 290 AEUV gilt, gerechtfertigt werden kann.

aa) *Keine tragfähigen Rechtfertigungsgründe*

Eine Rechtfertigung der privilegierten Stellung der EFRAG ist nicht mit dem Argument möglich, dass die EFRAG über spezifisches Fachwissen verfügt, über das andere Akteure nicht verfügen, und dass es deshalb zwingend erforderlich sei, die EFRAG privilegiert im Verfahren der Ausarbeitung von Nachhaltigkeitsberichtsstandards zu beteiligen. Dieses Argument ist schon deshalb nicht tragfähig, weil die EFRAG nach Herkunft und Aufstellung bis in die jüngste Vergangenheit nicht über eine besondere oder herausgehobene Expertise im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung verfügte. Die jüngeren Bemühungen der EFRAG, Wissen und Expertise im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung zu erarbeiten, haben bislang (noch) nicht dazu geführt, dass die EFRAG über ein besonderes, eine Privilegierung rechtfertigendes Wissen verfügt.¹⁹⁰

Die privilegierte Stellung der EFRAG lässt sich auch nicht damit rechtfertigen, dass ihre Stellungnahmen nur dann berücksichtigt werden sollen, wenn sie diese in einem offenen und transparenten Verfahren unter Einbeziehung der Stakeholder erarbeitet hat. Eine Durchbrechung des Grundsatzes demokratischer Egalitarität nach Art. 2 EUV i. V. m. Art. 10 Abs. 1 EUV lässt sich schon im Ansatz nicht damit rechtfertigen, dass der begünstigte Private selbst bestimmten Verfahrensanforderungen unterworfen wird. Das Demokratieprinzip lässt es nicht zu, die Privilegierung Einzelner damit zu rechtfertigen, dass diese die unbeteiligten und zurückgesetzten Anderen anzuhören hätten. Die Privilegierung des Begünstigten stellen solche „Auflagen“ nicht in Frage. Würde man dies anders sehen, könnte der EU-Gesetzgeber künftig privaten Akteuren (etwa Wirtschaftsverbänden) auch in anderen Bereichen im Prozess der Ausarbeitung delegierter Rechtsakte eine privilegierte Stellung einräumen, solange er dies nur mit „Auflagen“ verbände.

Eine Rechtfertigung der privilegierten Stellung der EFRAG ist auch nicht dadurch möglich, dass darauf hingewiesen wird, dass die EU-Kommission nicht zur Übernahme der Stellungnahmen

190 Hierzu oben S. 30 ff.

der EFRAG verpflichtet ist. Oben ist bereits festgestellt worden, dass eine Verpflichtung der EU-Kommission zur Inkraftsetzung von Stellungnahmen einer privaten Einrichtung mit Art. 290 AEUV schon im Ansatz unvereinbar wäre. Für die Rechtfertigung der Begründung einer privilegierten beratenden Stellung zugunsten der EFRAG kann der Hinweis darauf, dass sich der EU-Gesetzgeber nicht zu etwas eindeutig Unzulässigem entschlossen hat, keine tragende Bedeutung haben. Vor allem aber würde das Argument am Problem vorbeigehen: Es geht gerade um die Frage, ob es sich rechtfertigen lässt, dass der EFRAG durch Art. 49 Abs. 3a RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) eine privilegierte faktische Macht- und Einflussposition zugeschrieben wird, die anderen privaten Institutionen nicht zukommt. Hierauf gibt der Hinweis darauf, dass der EU-Gesetzgeber keine weitergehenden Rechte der EFRAG vorsieht, keine Antwort.

Zur Rechtfertigung kann auch nicht angeführt werden, dass in der EFRAG sämtliche Interessensgruppen vertreten sind, sodass es sich letztlich nicht um eine Privilegierung, sondern um eine bloße Repräsentation beziehungsweise Institutionalisierung der breiten Öffentlichkeit handele. Die Analyse der Organisations- und Beteiligungsstrukturen der EFRAG hat deutlich aufgezeigt, dass die EFRAG nicht allgemein zugänglich ist, dass die repräsentierten Interessen keine formale Gleichberechtigung haben und deshalb keine allgemeine Repräsentation der gesellschaftlichen Interessen gesichert ist.

Die privilegierte Stellung der EFRAG lässt sich schließlich auch nicht damit rechtfertigen, dass die EFRAG behauptet, im „europäischen Gemeinwohl“ tätig zu sein. Es dürfte kaum eine NGO, kaum einen Verband und kaum ein Unternehmen geben, die nicht von sich behaupten, im Gemeinwohl tätig zu sein. Würde man diese Selbstbeschreibung ausreichen lassen, um eine Durchbrechung der demokratischen Egalitarität für zulässig zu erachten, würde der Grundsatz schlicht unterlaufen und bedeutungslos gemacht. In der Sache ist im Übrigen nicht anzunehmen, dass die Stellungnahmen der EFRAG einem (wie auch immer zu definierenden) europäischen Gemeinwohl näher kommen, als dies für andere Plattformen oder Expertengruppen gelten würde.

bb) Gewichtige Gründe gegen die Gewährung von Privilegien

Im übrigen gibt es eine Vielzahl von Gründen, die gegen die Durchbrechung des Grundsatzes demokratischer Egalitarität sprechen.

Erstens ist ein echter Bedarf für die Beeinträchtigung einer Fundamentalnorm des EU-Verfassungsrechts nicht zu erkennen. Der EU-Gesetzgeber hat die Möglichkeit, die EU-Kommission mit der Einrichtung einer bei ihr angesiedelten, öffentlich-rechtlich verfassten Plattform zu beauftragen, auf der das für die Ausarbeitung von Nachhaltigkeitsberichtsstandards erforderliche

Sachwissen verfügbar ist. Hierfür gibt es bewährte Vorbilder.¹⁹¹ Denkbar wäre es auch, eine bei der EU-Kommission angesiedelte und hinreichend große Expertengruppe einzuberufen, die mit der Aufgabe betraut wird.¹⁹² Es ist nicht ersichtlich, warum von bewährten Mustern der sachverständigen Zuarbeit und Unterstützung abgewichen werden muss – zumal um den Preis der Beeinträchtigung eines Grundprinzips des EU-Rechts. Ohne Zweifel ist damit Aufwand verbunden. Zudem weckt die bewährte Zusammenarbeit, die die EU-Kommission auf dem Gebiet der Finanzberichterstattung mit der EFRAG pflegt, die Erwartung, dass sich diese ohne Schwierigkeiten auch auf das neue Feld der Nachhaltigkeitsberichterstattung erstrecken lässt. Man würde dabei allerdings verkennen, dass sich die im CSRD-E vorgesehene Funktion der EFRAG im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung deutlich von jener unterscheidet, die diese Institution bislang spielt.

Die EU würde sich – zweitens – in Widerspruch zu ihren vielfachen Bemühungen um eine Steigerung der Qualität ihrer Rechtsetzung setzen, wenn sie einer privaten Institution wie der EFRAG im Rechtsetzungsverfahren eine privilegierte Position einräumte. Oben ist ausführlich geschildert worden, welche Bedeutung die Bemühungen um „bessere Rechtsetzung“ und „good governance“ in den letzten zwei Jahrzehnten gewonnen haben.¹⁹³ Man sollte diese Anliegen nicht einfach beiseite schieben, um einer Institution, zu der personelle, institutionelle und finanzielle Verflechtungen bestehen, nunmehr eine besondere Stellung einzuräumen. Man sollte auch nicht den Eindruck erwecken, dass es nur um Sonntagsreden geht, wenn von „good governance“ die Rede ist, während an den Werktagen partikuläre Interessen einzelner Akteure und Gruppen bevorzugt werden.

Drittens spricht gegen die in dem CSRD-E avisierten Privilegierung der EFRAG, dass die EFRAG auch nach der Neuorganisation weiter eine Organisation sein wird, die vorwiegend in der Welt der Finanzberichterstattung angesiedelt sein wird. Dies gilt nicht nur für die Trägerstruktur, sondern auch für die Dominanz bestimmter Interessen in den beiden Säulen, zudem für die Institutionskultur. Die EFRAG beschreibt sich weiterhin als „European Voice in Financial Reporting“. Insoweit sei auf die Darstellung der EFRAG, insbesondere die Beschreibung der Zusammensetzung des EFRAG Sustainability Boards, verwiesen.¹⁹⁴

191 In der Taxonomie-VO (Verordnung (EU) 2020/852 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/2088, ABl. 2022 L198/13) ist die Einrichtung einer „Plattform für ein nachhaltiges Finanzwesen“ (Art. 20); Konsultation dieser Plattform vor dem Erlass eines delegierten Rechtsaktes (z. B. Art. 14 Abs. 3 (Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung); Art. 15 Abs. 3 (Schutz und Wiederherstellung der Biodiversität und der Ökosysteme)).

192 So hat die EU-Kommission etwa 2018 eine „Technical Expert Group on Sustainable Finance“ geschaffen, die im Juli 2018 ihre Arbeit begann (https://ec.europa.eu/info/publications/sustainable-finance-technical-expert-group_en).

193 Dazu oben unter C. (oben S. 25).

194 EuGH, Urt. v. 19. Dezember 2019, Rs. C 502/19, Junqueras Vies, ECLI:EU:C:2019:1115, Rn. 63; EuGH, Urt. v. 19. Dezember 2019, Rs. C-418/18 P, Puppinck u. a./Kommission, ECLI:EU:C:2019:1113, Rn. 64.

Viertens würde der EU-Gesetzgeber mit der Entscheidung, einer privaten Einrichtung im Gesetzgebungsverfahren eine privilegierte Stellung einzuräumen, die langjährigen Bemühungen um die Reduzierung und Beseitigung besonderer Macht- und Einflusstellungen einzelner Wirtschaftsakteure oder -gruppen konterkarieren. Alle Bemühungen der EFRAG, in der „Nachhaltigkeitssäule“ für Binnenpluralismus zu sorgen, werden nichts daran ändern können, dass die EFRAG eine von bestimmten Wirtschaftsakteuren getragene und damit partikular aufgestellte Einrichtung ist.

Fünftens würde die Entscheidung des EU-Gesetzgebers den Bemühungen entgegenwirken, das gesellschaftliche Vertrauen in die EU und deren Entscheidungsprozesse zu stärken. Es wird das Vertrauen der Bevölkerung in die Integrität und demokratische Offenheit der EU nicht stärken, wenn auf dem politisch sensiblen und wichtigen Feld eine ausgewählte, von einzelnen wirtschaftlichen Akteuren getragene Institution eine privilegierte Stellung erhält. Zu einer greifbaren Beeinträchtigung öffentlichen Vertrauens würde es kommen, wenn deutlich würde, dass die Einräumung der privilegierten Stellung nicht in der Folge eines offenen Ausschreibungsverfahrens erfolgt, sondern in der Folge untransparenter politischer Vorentscheidungen und Absprachen.

Würde man die Gewährung privilegierter Einfluss- und Machtpositionen im EU-Gesetzgebungsverfahren für zulässig erachten, würde man – sechstens – damit rechnen müssen, dass dies künftig vermehrt auch in anderen Bereichen geschehen wird. Es wäre etwa zu befürchten, dass im Bereich delegierter Umweltgesetzgebung einzelnen Umwelt-NGOs eine derartige Stellung eingeräumt würde, und es wäre nicht ausgeschlossen, dass etwa im Bereich der Industrieregulierung einzelne Industrieverbände eine privilegierte Mitsprachemöglichkeit beanspruchen. Man sollte nicht darauf setzen, dass das Beispiel der CSRD nicht bekannt und zu Nachahmungswünschen führen wird.

cc) Fazit: Primärrechtswidrigkeit der Begründung privilegierter Macht- und Einflusstellungen im Rechtsetzungsverfahren

Diese Überlegungen sollten deutlich gemacht haben, dass die EU viel zu verlieren hat, wenn sie dazu übergeht, einzelnen privaten Akteuren im Rechtsetzungsverfahren eine privilegierte Macht- und Einflusstellung einzuräumen. So wichtig es ist, dass sich die EU-Kommission bei der Ausübung delegierter Rechtsetzungsbefugnisse sachverständig beraten lässt, und so wichtig die Beteiligung der Öffentlichkeit ist, so problematisch ist es dabei, einer einzelnen, von bestimmten partikularen Interessen getragenen Organisation besondere Rechte einzuräumen. Der grundlegende Verfassungsgrundsatz demokratischer Egalitarität wird dadurch beeinträchtigt, ohne dass es hierfür einen rechtfertigenden Grund gäbe. Auch ein Bedarf besteht hierfür nicht. Verfassungsrechtlich kann die Analyse der vorstehenden Argumente nur in die Schlussfolgerung münden, dass die Vertragsbestimmungen der Art. 2 EUV i. V. m.

Art. 10 Abs. 1 EUV der im CSRD-E vorgesehenen Einräumung einer privilegierten Macht- und Einflussstellung zugunsten der EFRAG entgegensteht.

4. Offenheit, Transparenz und gleiche Zugänglichkeit (Art. 11 Abs. 1-3 EUV)

a) Effektivität und Gleichheit der Beteiligungschancen

Der dritte Verfassungsgrundsatz, den der EU-Gesetzgeber bei der Formulierung von Verfahrensanforderungen für den Gebrauch delegierter Rechtsetzungsgewalt zu beachten hat, findet sich in Art. 11 Abs. 1-3 EUV. Wenn der EU-Gesetzgeber in einem Basisrechtsakt Verfahrensvorgaben für die Wahrnehmung delegierter Rechtsetzungsbefugnisse (Art. 290 AEUV) macht, muss er die in Art. 11 Abs. 1-3 EUV statuierten Offenheits-, Transparenz- und Zugänglichkeitsanforderungen beachten. Nach der Grundbestimmung des Art. 11 Abs. 1 EUV müssen die EU-Organe den repräsentativen Verbänden, darüber hinaus aber auch allen Bürgerinnen und Bürgern die Möglichkeit einräumen, sich in allen Bereichen des Handelns der Union äußern und austauschen zu können. Dies wird in Art. 11 Abs. 2 EUV dann spezifiziert: Dort werden die EU-Organe dazu verpflichtet, einen offenen, transparenten und regelmäßigen Dialog mit den repräsentativen Verbänden und der Zivilgesellschaft zu führen. In Art. 11 Abs. 3 EUV wird die EU-Kommission schließlich dazu verpflichtet, „umfangreiche Anhörungen der Betroffenen“ durchzuführen, um die Kohärenz und die Transparenz des Handelns der Union zu gewährleisten.

Die Bestimmungen des Art. 11 Abs. 1-3 EUV ergänzen das Modell demokratischer Herrschaftsausübung, das in Art. 10 Abs. 1 EUV i. V. m. Art. 9 S. 1 EUV niedergelegt ist. In der Kommentarliteratur zu Art. 11 EUV wird betont, dass es um ergänzende Legitimationsmuster geht, mit denen das Grundmodell demokratischer Steuerung und Kontrolle (EU-Kommission, Rat, Europäisches Parlament) angereichert werden soll. Vor dem Hintergrund der Defizite, die dieses Grundmodell auf EU-Ebene aufweise, gehe es darum, ergänzende Legitimationsmuster zu erschließen, indem den Betroffenen in konkreten Entscheidungslagen gleiche Partizipationschancen versprochen werden.¹⁹⁵ In der Kommentarliteratur wird ebenfalls betont, dass „(d)er Begriff des „Betroffenen“ (...) im Kontext des zivilgesellschaftlichen Dialogs weit zu verstehen (sei).“¹⁹⁶ Es folgt die Feststellung: „Er kennzeichnet nicht nur die Adressaten von Maßnahmen der EU-Kommission, sondern alle interessierten Kreise. Wer zu diesen gehört, hängt zwar stets von der in Rede stehenden Maßnahme und ihren Auswirkungen ab. Die EU-Kommission ist daher über die allgemeine Leitlinie des Art. 9 S. 1 hinaus zu einer an den sachlichen Gegebenheiten des jeweiligen Sachbereichs orientierten kohärenten Auswahl verpflichtet.“¹⁹⁷

195 Matthias Ruffert, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 11 EUV Rn. 13.

196 Peter M. Huber, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 11 EUV Rdnr 29.

197 Peter M. Huber, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 11 EUV Rdnr 29.

Die Vertragsgeber haben sich mit der Einfügung von Art. 11 Abs. 1-3 EUV in das Primärrecht eindeutig dazu bekannt, die umfassende und gleichberechtigte Zugänglichkeit der Entscheidungsverfahren der EU-Organe zu gewährleisten.¹⁹⁸ Art. 11 Abs. 1-3 ist damit für die Umsetzung und Realisierung des EU-primärrechtlichen Modells demokratischer Herrschaft von zentraler Bedeutung. Würde der Grundsatz der gleichen Beteiligungschancen bei der Ausgestaltung des EU-Rechtsetzungsverfahrens (rechtlich oder bloß faktisch) mißachtet, würde ein Grundprinzip der partizipativen Demokratie verletzt. Die Bemühungen des Vertragsgebers, über Beteiligungschancen nach Art. 11 EUV Vertrauensbildung und Akzeptanzförderung zu betreiben, würden ins Gegenteil umschlagen. Es wäre im Übrigen widersprüchlich, wenn sich führende EU-Politiker in den politischen Reden mit beständiger Regelmäßigkeit dazu bekennen, Transparenz, Offenheit und gleiche Zugänglichkeit gewährleisten zu wollen, in der konkreten Vertragspraxis davon aber dann nichts mehr wissen wollten.

Die Regelungen der Art. 11 Abs. 1-3 EUV sind keine bloßen (unverbindlichen) Programmsätze, sondern unmittelbar verbindliches europäisches (Verfassungs-)Recht. Sie binden nicht nur den EU-Gesetzgeber, sondern auch die EU-Kommission, nicht zuletzt in einer Situation, in der sie delegierte Rechtsetzungsmacht wahrnehmen will. Der EU-Gesetzgeber würde gegen die primärrechtliche (und damit höherrangige) Bestimmung des Art. 11 Abs. 1-3 EUV verstoßen, wenn er festlegte, dass die EU-Kommission beim Gebrauch delegierter Rechtsetzungsmacht nicht die dort vorgesehenen Anforderungen an Offenheit, Transparenz und gleiche Zugänglichkeit erfüllen muss. Erst recht würde dies gelten, wenn er die Beachtung dieser Anforderungen sogar auszuschließen versuchte.

b) Keine gleichen Beteiligungschancen bei der Ausarbeitung der EU-Nachhaltigkeitsberichtsstandards

Es bedarf hier keiner ausführlichen Begründung, dass das in Art. 49 Abs. 3a RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) vorgesehene Beteiligungsregime dem in Art. 11 Abs. 1-3 EUV niedergelegten Prinzip der Beteiligungsgleichheit grundsätzlich widerspricht. Der EFRAG wird eine privilegierte Einflussstellung eingeräumt, die andere Institutionen so nicht haben. EU-rechtlich stellt sich allein die Frage, ob sich diese Privilegierung als sachlich gerechtfertigte Sonderbehandlung darstellt.

Diese Frage ist zu verneinen. Eine hinreichend tragfähige Rechtfertigung für die Entscheidung der Verfasser des CSRD-E, der EFRAG unter Durchbrechung des Prinzips der Beteiligungsgleichheit eine privilegierte Stellung einzuräumen, lässt sich nicht finden.

¹⁹⁸ Ähnlich: Rob van Gestel, *Primacy of the European Legislature? Theory and Practice of Legislation* 27 (2014), 33 (39): „What needs to become clearer, one way or the other, is how Article 11 TEU and 15 TFEU (transparency, consultation and participation) ... apply to soft law arrangements ...“.

Zur Rechtfertigung lässt sich (erstens) nicht anführen, dass die EFRAG über eine besondere Sachkunde oder über ein besonderes Fachwissen verfügt, die sie von anderen Akteuren unterscheiden würden und die daher als Grund dafür angeführt werden könnten, sie im Rechtssetzungsverfahren zu privilegieren. Die politische Entscheidung der EU-Kommission, der EFRAG diese privilegierte Stellung einzuräumen, wurde zu einer Zeit getroffen, zu der die EFRAG auf dem Gebiet der Nachhaltigkeitsberichterstattung über keinerlei hervorgehobene Kenntnisse verfügte.¹⁹⁹ Der Umstand, dass die EFRAG sich inzwischen organisatorisch so aufgestellt hat, dass sie institutionell zur Beschäftigung mit Fragen der Nachhaltigkeitsberichterstattung befähigt ist, verschafft ihr ebenfalls (bislang) auf dem Gebiet der Nachhaltigkeitsberichterstattung keine hervorgehobene Stellung. Wer die Zusammensetzung der Mitgliedschaft der Nachhaltigkeitssäule der EFRAG analysiert, sieht weiterhin ein deutliches Übergewicht von Akteuren, deren Fachkompetenz die Finanzberichterstattung ist. Eine besondere Stellung hat sich die EFRAG auf dem Gebiet der Nachhaltigkeitsberichterstattung auch nicht dadurch erarbeiten können, dass sie in den Jahren 2020-2021 ein „Lab“ betrieben hat – die Arbeiten dieses „Labs“ sind vielfach kritisch aufgenommen worden.²⁰⁰

Zur Rechtfertigung lässt sich (zweitens) auch nicht anführen, dass die EFRAG eine solche Binnenpluralität aufweist, dass auf die Einhaltung von Art. 11 Abs. 1-3 EUV verzichtet werden könnte. Schon grundsätzlich ist in diesem Zusammenhang zweifelhaft, ob es dem EU-Gesetzgeber nach Art. 11 Abs. 1-3 EUV möglich ist, einer privaten Einrichtung eine privilegierte Rechtssetzung einzuräumen, wenn und solange nur sichergestellt ist, dass diese Einrichtung Dritte aufnimmt oder jedenfalls in Konsultationsverfahren zu Wort kommen lässt. Die Ungleichbehandlung auf der EU-Ebene wird dadurch nicht aufgehoben. Wie dem auch sei: Die EFRAG weist auch nach ihrer Reorganisation in institutioneller Hinsicht nicht jene Binnenpluralität auf, die jener Inklusivität und Vielfalt entspricht, die von Art. 11 Abs. 1-3 EUV (auch für den Bereich delegierter Rechtssetzung) angestrebt wird. Die EFRAG wird von einer kleinen Gruppe von Institutionen getragen, die die Kontrolle über die institutionelle, programmatische und sachliche Entwicklung der EFRAG haben. Niemand hat einen Anspruch darauf, in die Gruppe der Träger der EFRAG aufgenommen zu werden. Niemand hat auch einen Anspruch darauf, zu einem Mitglied des „Sustainability Boards“ gemacht zu werden. Die Leitung der EFRAG hat es vielmehr in der Hand, zu entscheiden, ob eine Institution aufgenommen werden soll oder nicht; sie legt hierfür Kriterien und Verfahren fest, ohne dass dies von der EU gesteuert werden könnte. Das ist Ausdruck der Eigenart der EFRAG als einer privaten, von Privaten gegründeten Einrichtung; es steht aber in grundsätzlichem Widerspruch zu dem demokratietheoretisch motivierten Ideal allgemeiner und gleicher Zugänglichkeit, das hinter Art. 11 Abs. 1-3 EUV steht. Im übrigen machen die Statuten der EFRAG deutlich, dass die Organisationen der

199 Dazu oben S. 28 ff.

200 Siehe oben S. 29.

Zivilgesellschaft keinen bestimmenden Einfluss auf die Entscheidungsfindung nehmen sollen. Die EFRAG wird weiterhin ganz durch den kleinen Kreis der Mitglieder gesteuert.

Zur Rechtfertigung lässt sich (drittens) auch nicht anführen, dass die Durchbrechung der Beteiligungsgleichheit auf EU-Ebene *und* der Umstand einer fehlenden Binnenpluralität der EFRAG dadurch ausgleichbar würden, dass die EFRAG vor ihrer Entscheidung ein Konsultationsverfahren („due process“) durchführt. Die Verfasser des CSRD-E gehen offenbar von einer strukturellen Kongruenz der verschiedenen Beteiligungsformen aus. Dem CSRD-E scheint die Vorstellung zugrunde zu liegen, dass sich die Zurücksetzung der Mitglieder der Öffentlichkeit und die dadurch bewirkte Beeinträchtigung von Art. 11 Abs. 1-3 EUV dadurch rechtfertigen lassen, dass die EFRAG ihrerseits „in einem einwandfreien Verfahren“, „mit Transparenz“ und unter Rückgriff auf das „Fachwissen einschlägiger Interessenträger“ entscheidet (Art. 49 Abs. 3a UAbs. 1 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E)).

Auch die EFRAG selbst scheint davon auszugehen, dass die im Zuge der Reorganisation geschaffene „Hybridstruktur“²⁰¹ einen adäquaten Ersatz für die Durchbrechung der Beteiligungsgleichheit darstellt. Verfassungsrechtlich ist derartigen Bemühungen, die primärrechtlich gewährleistete Beteiligungsgleichheit dadurch ersetzen zu wollen, dass Anhörungsmöglichkeiten im Rahmen eines von einer privaten Institution durchgeführten Konsultationsverfahrens versprochen werden, eine Absage zu erteilen. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist es ein grundsätzlicher Unterschied, ob einem Privaten gleicher Zugang zur EU-Kommission gewährt oder nur die Chance zur Teilnahme an einer Konsultation seitens eines Privaten in Aussicht gestellt wird. Die Verweigerung gleicher demokratischer Rechte nach Art. 11 Abs. 1-3 EUV lässt sich nicht dadurch ausgleichen, dass den Zurückgesetzten eine Anhörungsmöglichkeit in einem von einem Privaten betriebenen Konsultationsverfahren versprochen wird. Strukturell, funktional und legitimationstheoretisch sind bei diesen Formen der Beteiligung nicht substituierbar. Es ist mit demokratischen Prinzipien schon im Ansatz nicht vereinbar, eine Privilegierung ausgewählter Privater damit rechtfertigen zu wollen, dass diesen auferlegt ist, ihrerseits die zurückgesetzten Dritten anzuhören.

Viertens ist in Rechnung zu stellen, dass zwischen der in Art. 11 Abs. 1-3 EUV versprochenen demokratischen Beteiligungschance und dem von der EFRAG ermöglichten Vortrag von Sachwissen ein struktureller Unterschied besteht. Art. 11 Abs. 1-3 EUV ist ein demokratisches Recht und richtet sich an die allgemeine Öffentlichkeit. Demgegenüber hält Art. 49 Abs. 3a UAbs. 1 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) die EFRAG dazu an, „auf das Fachwissen einschlägiger Interessenträger“ zurückzugreifen, wenn sie nicht riskieren will, dass ihre Ausarbeitung von der EU-Kommission zurückgewiesen wird. Der Richtlinienbestimmung geht es also gerade

201 Hierzu oben S. 32.

nicht darum, demokratischer Pluralität und Vielfalt ein Sprachrohr zu geben. Es geht hier vielmehr darum, die EFRAG zur Generierung von Sachwissen durch Beteiligung von bestimmten Interessen anzuhalten. Art. 11 Abs. 1-3 EUVG wird von einem demokratischen Ethos getragen, Art. 49 Abs. 3a UAbs. 1 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) demgegenüber von einem technokratisch-expertokratischen Ansatz. Zwischen der in Art. 11 Abs. 1-3 EUV angestrebten politischen Offenheit und allgemeinen Zugänglichkeit und dem im CSRD-E avisierten Ziel, Fachwissen heranzuziehen, besteht ein grundsätzlicher Unterschied. Demokratietheoretisch kommt es nicht nur auf die Generierung von Fachwissen an, sondern darauf, allen Interessierten gleichen Zugang zu eröffnen, unabhängig davon, ob sie Experten sind oder nicht.

Fünftens ist zu berücksichtigen, dass die EFRAG frei ist, ihre Organisationsstruktur jederzeit zu ändern. Selbst wenn die EFRAG gegenwärtig institutionell eine Binnenpluralität aufwiese, die dem genügt, was Art. 11 Abs. 1-3 EUV normativ vorsieht, und wenn sie in prozeduraler Hinsicht die Anforderungen von Art. 11 Abs. 1-3 EUV replizieren könnte, wäre keinesfalls gesichert, dass dies auch so bleiben wird. Die Entscheidung des EU-Normgebers, einer konkret benannten privaten Einrichtung eine privilegierte Stellung im Rechtsetzungsverfahren einzuräumen, ist schon grundsätzlich demokratietheoretisch problematisch. Dass Vorgaben oder Verfahren fehlen, die sicherstellen, dass sich deren Binnenstrukturen nicht nachteilig verändern werden, ist nachgerade unverständlich. Diesen Bedenken lässt sich auch nicht der Einwand entgegenhalten, dass die EU-Kommission ja nicht verpflichtet ist, die Stellungnahmen der EFRAG zu berücksichtigen. Die normative Auszeichnung, die die EFRAG durch die Privilegierung in Art. 49 Abs. 3a UAbs. 1 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) erfährt, bleibt auch dann erhalten, wenn ihre Stellungnahmen nicht (mehr) von der EU-Kommission herangezogen werden dürften.

Zur Rechtfertigung einer Durchberechnung von Art. 11 Abs. 1-3 EUV zugunsten der EFRAG lässt sich sechstens nicht anführen, dass es der EU-Kommission nicht untersagt ist, nach Eingang der Stellungnahme der EFRAG und nach Durchführung des Konsultationsverfahrens in Art. 49 Abs. 3a UAbs. 2-4 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) noch eine allgemeine Konsultation durchzuführen, in der dann alle Betroffenen und Interessierten Gehör finden können. Eine derartige Konsultation ist rechtlich schon gar nicht vorgesehen. Im Hinblick darauf, dass die EFRAG nach der normativen Grundidee der Verfasser des CSRD-E die Interessenträger einbinden soll, entspricht die Durchführung einer solchen Konsultation auch nicht dem Grundkonzept des CSRD-E. Die EU-Kommission könnte im Übrigen die offensichtliche Privilegierung der EFRAG nicht dadurch beseitigen, dass sie selbst zu der von der EFRAG unterbreiteten Stellungnahme eine öffentliche Konsultation durchführt. Die vorstehenden Überlegungen decken letztlich auf, dass Art. 49 Abs. 3a UAbs. 1 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) eine Dreiklassen-Struktur schafft: die im Entscheidungsverfahren besonders berechnete EFRAG, die in der EFRAG institutionell vertretenen Institutionen, schließlich weitere Interessenträger

und die Öffentlichkeit die nach dem Belieben der EFRAG angehört werden. Die Schaffung derartiger Dreiklassen-Strukturen im EU-Rechtsetzungsverfahren widerspricht Art. 11 Abs. 1-3 EUV ganz grundsätzlich.

Die vorstehenden Überlegungen machen deutlich, dass es für die Begründung einer privilegierten Stellung der EFRAG im EU-Rechtsetzungsverfahren keine Rechtfertigung gibt, die die damit einhergehende Beeinträchtigung des normativen Ideals von Art. 11 Abs. 1-3 EUV tragen könnte. Der Zweck dieser Verfassungsbestimmung ist es, dem (expertokratischen) Wunsch des EU-Gesetzgebers Grenzen zu ziehen, einer ausgewählten privaten Institution, die über persönliche Kontakte und Arbeitsbeziehungen mit der EU-Kommission verbunden ist, eine besondere Stellung einzuräumen. Derartige Privilegierungen laufen der demokratischen Idee gleichberechtigter Teilhabe im Rechtsetzungsverfahren zuwider.

- c) Fazit: Durchbrechung von Art. 11 Abs. 1-3 EUV kann durch Binnenstrukturen und -verfahren der EFRAG nicht aufgewogen werden

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass die in Art. 49 Abs. 3a UAbs. 1 RL 2013/34/EU (i.d.F. des CSRD-E) vorgesehene privilegierte Stellung der EFRAG und die damit verbundene besondere Einflussstellung auch mit dem Prinzip der demokratischen Beteiligungsgleichheit nach Art. 11 Abs. 1-3 EUV unvereinbar ist. Rechtfertigungsgründe für die Ungleichbehandlung lassen sich nicht finden.

5. Verhältnismäßigkeit der Vorgaben (Art. 5 Abs. 3 EUV)

Zu den grundlegenden Verfassungsprinzipien, die der EU-Gesetzgeber zu beachten hat, wenn er Verfahrensbedingungen für die Wahrnehmung delegierter Rechtsetzungsmacht (Art. 290 AEUV) festlegt, gehört schließlich auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 3 EUV).²⁰² Der EU-Gesetzgeber darf danach keine Vorgaben machen, die ungeeignet oder nicht erforderlich sind, um das vom Basisrechtsakt angestrebte Ziel zu verwirklichen. Er darf zudem keine Regelung treffen, die unangemessen ist.

Gegen die Verhältnismäßigkeit des CSRD-E ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur vor allem eingewandt worden, dass die Ausarbeitung eigener Nachhaltigkeitsberichtsstandards durch die EU nicht erforderlich sei, weil die IFRS-Stiftung an einer internationalen Lösung arbeite.²⁰³ Keine wissenschaftliche Aufmerksamkeit hat bislang die Frage gefunden, ob die

202 EuGH, Urt. v. 11. Dezember 2018, Rs. C-493/17, Heinrich Weiss, ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 71 ff. mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 16. Juni 2015, Rs. C-62/14, Gauweiler, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 67. Überblick bei: Verica Trstenjak/Erwin Beysen, Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Unionsrechtsordnung, *Euorparecht* 47 (2012), 265; Bernhard Oreschnik, *Verhältnismäßigkeit und Kontrolldichte*, 2019.

203 Christian Fink/Thomas Schmotz, Die Vorschläge der EU-Kommission zur Überarbeitung der CSR-Richtlinie, *Zeitschrift für internationale und kapitalmarktorientierte Rechnungslegung (KoR)* 2021, 304 (311 f.); Martin Stawinoga, Zur Gründung des International Sustainability Standards Board (ISSB): IFRS Sustainability Disclosure Standards vs. EU-Rahmenwerk? *IRZ* 2021, 537.

Entscheidung der Verfasser der CSRD-E verhältnismäßig ist, der EFRAG im Rechtsetzungsverfahren eine privilegierte Stellung einzuräumen.

Die Verhältnismäßigkeit dieser Entscheidung lässt sich schon deshalb in Zweifel ziehen, weil der EU-Gesetzgeber ohne weiteres eine institutionelle Konstruktion entwickeln kann, die der EU-Kommission das notwendige Sachwissen verschafft, ohne dass grundlegende Werte der EU (Art. 2 EUV) und Rechtsprinzipien des EU-Rechts (Art. 10 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1-3 EUV) beeinträchtigt werden. Es ist beispielsweise möglich, eine Nachhaltigkeitsplattform einzurichten, die bei der EU-Kommission angesiedelt ist, auf der das für die Ausarbeitung von Nachhaltigkeitsberichtsstandards erforderliche Fachwissen versammelt ist und deren Zusammensetzung genuine Inklusivität gewährleistet. Denkbar wäre es auch gewesen, eine der EU-Kommission zuarbeitende Expertengruppe einzurichten, wie sich dies in vielen anderen Bereichen delegierter Rechtsetzung bewährt. Keine dieser Lösungen brächte die Beeinträchtigung grundlegender Werte und Prinzipien des EU-Rechts mit sich, die die Privilegierung der EFRAG bewirkt. Insofern fehlt es dem CSRD-E an der Erforderlichkeit.

Die Verhältnismäßigkeit lässt sich ferner auch deshalb in Zweifel ziehen, weil der CSRD-E der EFRAG privilegierte Entscheidungsmacht im EU-Rechtsetzungsverfahren einräumt, ohne konkrete Anforderungen an die Binnenstruktur der EFRAG zu stellen. Insbesondere wird nicht gewährleistet, dass die EFRAG die zu Jahresbeginn 2022 errichtete Struktur beibehält. Zudem werden hinsichtlich der Zusammensetzung des „Sustainability Boards“ keine verfahrensrechtlichen oder materiellrechtlichen Vorgaben gemacht. Man wird nicht auf Widerspruch stoßen, dass die Verfasser des CSRD-E der EFRAG insofern einen „blank check“ ausstellen. Dass die EU-Kommission darin frei ist, Stellungnahmen der EFRAG nicht zu übernehmen, ändert nichts daran, dass die EFRAG durch Art. 49 Abs. 3a Uabs. 1 RL 2013/34/EU i. d. F. des CSRD-E formell in den Prozess der Wahrnehmung der delegierten Rechtsetzungsmacht eingebunden ist. Die Verhältnismäßigkeit ist nicht gewahrt, wenn dies ohne jede Vorkehrung gemacht wird, dass die EFRAG institutionellen Grundanforderungen entspricht. Es ist nicht sichergestellt, dass die Öffentlichkeit eine faire Chance bekommt, im weiteren Verfahren der Rechtsetzung von der EU-Kommission beteiligt zu werden. Selbst wenn dies der Fall wäre, hätte die EFRAG bereits die beschriebene Vorprägung bewirkt.

Die Verhältnismäßigkeit des in Art. 49 Abs. 3a RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) vorgesehenen Entscheidungsmechanismus muss auch deshalb bezweifelt werden, weil nicht sichergestellt ist, dass die von der EFRAG erarbeiteten Stellungnahmen wirklich die Inklusivität aufweisen, die für die Einbeziehung in den EU-Rechtsetzungsprozess erforderlich ist. Oben ist bereits darauf hingewiesen worden, dass die EFRAG eine private Institution ist, die keinesfalls jeder interessierten Person, jedem interessierten Unternehmen und jeder interessierten (zivilgesellschaftlichen) Organisation offensteht. Art. 49 Abs. 3a RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E)

verlangt auch nicht, dass jede Unionsbürgerin und jeder Unionsbürger Gehör findet. Art. 49 Abs. 3a UAbs. 1 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) verlangt alleine, dass die EFRAG das „Fachwissen einschlägiger Interessenträger“ berücksichtigt. Damit wird der Kreis der Akteure, die von der EFRAG angehört werden müssen, in expertokratischer Weise (und gegen die Regelungsvorgabe des Art. 11 Abs. 1-3 EUV) auf die kleine Gruppe der Akteure beschränkt, denen die EFRAG diese Wissenskompetenz zubilligt.²⁰⁴ Rechtliche Kriterien gibt es diesbezüglich im Übrigen nicht; die Entscheidung bleibt ganz der EFRAG überlassen. Das technokratische Ideal, die EFRAG auf der Grundlage des verfügbaren „Fachwissens“ Vorschläge ausarbeiten zu lassen, ist mit Blick darauf, dass es um einen Entscheidungsmechanismus geht, der demokratischen Anforderungen zu entsprechen hat, unangemessen.

Letztlich lassen sich alle Einwände, die in den vorstehenden Überlegungen gegen die Begründung einer privilegierten Stellungnahme der EFRAG im Rechtsetzungsprozess nach Art. 290 AEUV formuliert wurden, auch als Einwände reformulieren, die der Regelung des Art. 49 Abs. 3a UAbs. 1 RL 2013/34/EU (i. d. F. des CSRD-E) die Angemessenheit nehmen. Insofern sei nach oben verwiesen.

204 Dass sich die EFRAG möglicherweise dazu entschließt, öffentliche Anhörungen durchzuführen, in denen jedes Mitglied der Gesellschaft sich äußern kann, kann zur Rechtfertigung einer Bestimmung des CSRD-E nichts beitragen.

F. Verfassungsrechtliche Absicherung der Demokratizität europäischer Rechtsetzung

Die vorstehend erarbeiteten rechtlichen Bedenken gegen wesentliche Strukturentscheidungen des CSRD-E wurzeln im EU-Primärrecht. Folgt man ihnen, sind die Bestimmungen des CSRD-E, die der EU-Kommission delegierte Rechtsetzungsmacht (Art. 290 AEUV) übertragen, unionsrechtswidrig und nichtig. Nach Art. 263 Abs. 1-2 AEUV könnten sogenannte privilegierte Antragsteller den EuGH anrufen und die erlassene Richtlinie angreifen. Nicht-privilegierte Antragsteller verfügen demgegenüber nicht über die Möglichkeit, nach Art. 263 AEUV Nichtigkeitsklage zu erheben,²⁰⁵ weil es ihnen an der nach Art. 263 Abs. 4 AEUV notwendigen Klagebefugnis fehlen würde. Die Bestimmungen des CSRD-E, die der EU-Kommission eine delegierte Rechtsetzungsmacht gewähren, bewirken keine unmittelbare und individuelle Betroffenheit im Sinne von Art. 263 Abs. 4 AEUV. Eine Überprüfung der problematischen Bestimmungen wäre für diese daher nur auf indirektem Weg möglich – im Rahmen einer Vorlage nach Art. 267 AEUV. Sie würde dadurch ermöglicht, dass ein Antragsteller vor einem mitgliedstaatlichen Gericht gegen einen der von der EU-Kommission auf der Grundlage von Art. 49 CSRD erlassenen Nachhaltigkeitsberichtsstandards vorgeht und das Gericht zu einer Vorlage bewegen kann. Die ausschließliche Zuständigkeit für die Verwerfung einer Bestimmung des EU-Rechts liegt beim EuGH.²⁰⁶

Deutsche Staatsbürgerinnen und Staatsbürger könnten darüber hinaus vor dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) unmittelbar gegen die aus der CSRD folgende Umsetzungsverpflichtung vorgehen.

I. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 38 Abs. 1 GG, Art. 20 GG i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG

Das Bundesverfassungsgericht geht seit 2014 davon aus, dass alle volljährigen deutschen Staatsangehörigen aus Art. 38 Abs. 1 GG, Art. 20 GG i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG ein „Recht auf Demokratie“ ableiten können, das sie davor schützt, dass Organe der EU ihre Hoheitsbefugnisse in einer Weise ausüben, die mit den Anforderungen des Grundgesetzes an eine demokratische Wahrnehmung der EU-Hoheitsmacht nicht vereinbar ist.²⁰⁷ Dieses subjektive Recht ist nicht an eine spezifische Betroffenheit geknüpft. Der Gewährleistungsgehalt des „Rechts auf Demokratie“ wird einerseits beeinträchtigt, wenn die EU-Organen ihre Kompetenzen durch Vornahme einer „Ultra-vires“-Handlung evident überschreiten und dabei die

205 Zuständig wäre das Gericht der EU.

206 EuGH, Urt. v. 22. Oktober 1987, Rs. 314/85, Foto-Frost, ECLI:EU:C:1987:452.

207 BVerfGE 135, 317 (OMT). Der gegenwärtige Stand der Rechtsprechung wird zusammengefasst in: BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 9. Februar 2022, - 2 BvR 1368/16 -.

Kompetenzverteilung zwischen EU und EU-Mitgliedstaaten in strukturell relevanter Weise verschieben.²⁰⁸ Es wird andererseits beeinträchtigt, wenn Maßnahmen der EU die Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland verletzen.²⁰⁹ Das „Recht auf Demokratie“ verleiht den Bürgerinnen und Bürgern die Möglichkeit, von deutschen Verfassungsorganen (Bundestag, Bundesregierung) den Erlass von Maßnahmen verlangen zu können, mit denen die von den EU-Organen bewirkte Beeinträchtigungswirkung jedenfalls mit Wirkung für den deutschen Verfassungsraum bekämpft wird.

II. Demokratiewidrige Delegationen als Verstoß gegen das „Recht auf Demokratie“

Die vorstehend beschriebenen Defizite des CSRD-E haben nicht die Qualität, die für die Feststellung eines „Ultra-vires“-Aktes im Sinne der verfassungsgerichtlichen Dogmatik erforderlich wäre. Zwar geht das Bundesverfassungsgericht jedenfalls seit Mai 2020 von einem weiten Konzept des „Ultra-vires“-Handelns aus.²¹⁰ Es erscheint vor diesem Hintergrund nicht ausgeschlossen, zu postulieren, dass die primärrechtswidrige Begründung delegierter Rechtsetzungsmacht zugunsten der EU-Kommission (Art. 290 AEUV) und die Einrichtung eines Entscheidungsmechanismus, in dem einer privaten Einrichtung primärrechtswidrig eine privilegierte Einflussstellung eingeräumt wird, eine Kompetenzüberschreitung darstellen kann, die „Ultra-vires“-Qualität hat. Allerdings fehlt es an einer strukturell relevanten Belastung mitgliedstaatlicher Zuständigkeiten.

Mit guten Gründen lässt sich dagegen annehmen, dass eine „Privatisierung von EU-Hoheitsgewalt“ die Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland berühren würde (Art. 20 GG i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG). Das verfassungsrechtliche Gebot, Hoheitsgewalt ausschließlich von Institutionen ausüben zu lassen, die in demokratische Steuerungs- und Verantwortungszusammenhänge eingebunden sind, gehört zu den konstituierenden Wesensmerkmalen demokratischer Herrschaftsausübung. Diese normativen Anforderungen sind nicht nur im Rahmen der deutschen Staatsorganisation zu beachten, sondern auch Grundbedingungen für die Mitgliedschaft Deutschlands in der EU (Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG). Das Grundgesetz lässt eine Mitgliedschaft Deutschlands in einem supra-nationalen Hoheitsverband, in dem Hoheitsgewalt formal oder faktisch „privatisiert“ wird, nicht zu. Diesbezügliche Fehlentwicklungen und Grenzüberschreitungen auf EU-Ebene müssen danach im Wege der Identitätskontrolle

208 Zu den Voraussetzungen der Ultra-vires-Kontrolle: BVerfGE 126, 286 (302 ff.); 134, 366 (382 ff. Rn. 22 ff.); 142, 123 (198 ff. Rn. 143 ff.); BVerfGE 151, 202 (Rn. 140 ff.); BVerfGE 154, 17 (Rn. 110 ff.).

209 BVerfGE 89, 155 (182); 123, 267 (330); 129, 124 (169); 142, 123 (191 Rn. 127); BVerfGE 151, 202 (Rn. 119); BVerfGE 154, 17 (Rn. 101). Hierzu etwa: Thomas Wischmeyer, Nationale Identität und Verfassungsidentität, AöR 140 (2015), 415.

210 In der Entscheidung vom 5. Mai 2020 (BVerfGE 154, 17) wurde der mangelnde Kontrollwille des EuGH als „Ultra-vires“-Akt angesehen. Hierzu: Martin Nettesheim, Das PSpP-Urteil des BVerfG – ein Angriff auf die EU? NJW 2020, 1631; Matthias Wendel, Paradoxes of Ultra-Vires Review: A Critical Review of the PSpP Decision and Its Initial Reception, German Law Journal 21 (2020), 979.

angegriffen und bekämpft werden können. Es wäre überaus widersprüchlich, wenn sich das Bundesverfassungsgericht zwar gegen Maßnahmen der Europäischen Zentralbank wehrte, viel grundsätzlichere Fehlentwicklungen bei der Wahrnehmung von EU-Hoheitsgewalt aber nicht zum Gegenstand der Identitätskontrolle machte.

Die offene verfassungsrechtliche Frage ist, welche Art und welchen Umfang eine „Privatisierung“ von EU-Hoheitsgewalt haben muss, damit sie auf der Ebene des Grundgesetzes angegriffen werden kann. Diesbezüglich lassen sich eindeutige Aussagen gegenwärtig nicht treffen. Klarheit würde erst entstehen, wenn Bürgerinnen und Bürger vor dem Bundesverfassungsgericht gegen die CSRD geklagt hätten und das Bundesverfassungsgericht seine diesbezüglichen Maßstäbe formuliert hätte.

III. Möglichkeit der Erhebung einer Verfassungsbeschwerde und einstweiliger Rechtsschutz

Sowohl die „Ultra-vires“-Rüge als auch die Identitätsrüge können im Wege der Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 90 ff. Bundesverfassungsgerichtsgesetz, BVerfGG) erhoben werden. Prozessual ist es möglich, einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz zu stellen, der darauf abzielt, die Durchsetzung von (primärrechtswidrig erlassenen) EU-Nachhaltigkeitsberichtsstandards im deutschen Rechtsraum vorübergehend aussetzen zu lassen.

Literaturverzeichnis

- Adams, Carol/Abdullah Alhamood/Xinwu He/Jie Tian/Le Wang/Yi Wang, The double-materiality concept. Application and issues, 2021 (<https://www.globalreporting.org/media/jrbntbyv/griwhitepaper-publications.pdf>).
- Adams, Carol/Subhash Abhayawansa, Connecting the COVID-19 pandemic, environmental, social and governance (ESG) investing and calls for 'harmonisation' of sustainability reporting, *Critical Perspectives on Accounting* (im Druck: <https://doi.org/10.1016/j.cpa.2021.102309>).
- Adamski, Dariusz, The ESMA doctrine: a constitutional revolution and the economics of delegation, *European Law Review* 2014, 812.
- Audit Committee Institute e.V., Nachhaltigkeitsberichterstattung. Zum Entwurf der EU-Kommission: Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD), 2021.
- Bantekas, Ilias/Michael A. Stein, *The Cambridge Companion to Business and Human Rights*, 2021.
- Baumüller, Josef, Nichtfinanzielle Berichterstattung, 2020.
- Baumüller, Josef/Alice Niklas/Christina Wieser, *Die Zukunft der europäischen Nachhaltigkeitsberichterstattung*, 2021.
- Baumüller, Josef/Amila Omazic, Entwicklungsperspektiven für den Wesentlichkeitsgrundsatz in der nicht-finanziellen Berichterstattung, *Zeitschrift für Internationale Rechnungslegung*, 16 (2021), 41.
- Baumüller, Josef/Karina Sopp, Double materiality and the shift from non-financial to European sustainability reporting: review, outlook and implications, *Journal of Applied Accounting Research* 23 (2022) (<https://doi.org/10.1108/JAAR-04-2021-0114>).
- Baumüller, Josef/Oliver Scheid, Der Entwurf zur Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) – Darstellung, kritische Würdigung und Implikationen für deutsche Unternehmen, *PIR* 2021, 202.
- Baumüller, Josef/Oliver Scheid, Standardisierung der nichtfinanziellen Berichterstattung, *PiR* 2020, 379.
- Baumüller, Josef/Oliver Scheid/Sean Needham, Die Corporate Sustainability Reporting Directive als Schlüsselement von Sustainable Finance: Zusammenhänge und Entwicklungsperspektiven, *IRZ* 2021, 337.

- Baumüller, Josef/Oliver Scheid/Michel Kotlenga, „CSR-Richtlinie 2.0“? Zentrale Erkenntnisse aus den Konsultationen der EU-Kommission des ersten Halbjahres 2020 und deren Implikationen, *Zeitschrift für internationale und kapitalmarktorientierte Rechnungslegung (KoR)* 2020, 494.
- Beckmann, Kai M., Green and more: Sustainable Finance treibt die „nachhaltige Transformation“, *WPg* 2020, 331.
- Bernaz, Nadia, *Business and Human Rights: History, Law and Policy*, 2016.
- Bleckmann, Albert, *Studien zum Europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1986.
- Calliess, Christian/Matthias Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEU*, 6. Aufl. 2022.
- Chamon, Merijn, EU Agencies: Does the Meroni Doctrine Make Sense, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2010, 288.
- Chamon, Merijn, Limits to delegation under Article 290 TFEU: The specificity and essentiality requirements put to the test, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2018, 231.
- Curtin, Deirdre M./Tatevik Manucharyan, in: Anthony Arnall/Damian Chalmers (Hrsg.), *The Oxford Handbook of EU Law*, 2015, 103.
- DRSC, CSR-Studie – Abschlussbericht zur vom BMJV beauftragten Horizontalstudie sowie zu Handlungsempfehlungen für die Überarbeitung der CSR-Richtlinie, 2021.
- Durkee, Melissa J., International Lobbying Law, *Yale Law Journal*, 127 (2018), 1742.
- Ekkenga, Jens/Carsten Schirmacher/Björn Schneider, Offene Fragen zur rechtlichen Steuerung nachhaltigen Unternehmertums, *NJW* 2021, 1509.
- Ekkenga, Jens/Peter Posch, Die Klassifizierung umweltstützlicher Wirtschaftstätigkeiten und ihre Finanzierung nach neuem Unionsrecht, *WM* 2021, 205.
- Ershova, Anastasia, The Watchdog or the Mandarin? Assessing the Impact of the Directorates General on the EU Legislative Process, *Journal of European Public Policy*, 26 (2018), 1.
- Europäische Kommission, Aktionsplan „Finanzierung nachhaltigen Wachstums“, Mitteilung vom 8. März 2018, COM(2018) 097 final.
- Europäische Kommission, Aktionsplan „Vereinfachung und Verbesserung des Regelungsumfelds“, Mitteilung vom 5. Juni 2002, COM(2002) 278 final.
- Europäische Kommission, Beschluss vom 30. Mai 2016 zur Festlegung horizontaler Bestimmungen über die Einsetzung und Arbeitsweise von Expertengruppen der Kommission, C(2016) 3301 final.
- Europäische Kommission, Bessere Rechtsetzung: Wir ziehen Bilanz und erneuern unser Engagement, 15. April 2019, COM (2019) 178 final.

Europäische Kommission, Better regulation for better results – An EU agenda, Communication, 19. Mai 2015, COM(2015) 215 final.

Europäische Kommission, Better Regulation Guidelines, Arbeitsdokument, SWD(2021) 305 final.

Europäische Kommission, Better Regulation Guidelines, Impact Assessment, 3. November 2021, SWD(2021) 305 final.

Europäische Kommission, Europäisches Regieren – Ein Weißbuch, KOM (2001) 428 endgültig, ABl. 2001 Nr. C 287/1.

Europäische Kommission, Governance in der Europäischen Kommission, C(2020) 4240 final, Mitteilung vom 24. Juni 2020, 21.

Europäische Kommission, Guidelines on Non-Financial Reporting (Methodology for Reporting Non-Financial Information), Mitteilung vom 5. Juli 2017, C/2017/4234, ABl. 2017 C 215/1.

Europäische Kommission, Impact Assessment accompanying the document „Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No 537/2014, as regards corporate sustainability reporting“, SWD(2021) 150 final.

Europäische Kommission, Leitlinien für die Berichterstattung über nichtfinanzielle Informationen, ABl. 2017 C 215/1.

Europäische Kommission, Leitlinien über die delegierten Rechtsakte vom 24. Juni 2011, SEC[2011] 855.

Europäische Kommission, Zwischenbericht über die Fortschritte der „Better Regulation Agenda“, vom 24. Oktober 2017, COM (2017) 651 final.

Europäisches Parlament, Directorate General For Internal Policies – Policy Department D: Budgetary Affairs, Composition of the Commission’s expert groups and the status of the register of expert groups, authored by Blomeyer & Sanz, 2015, PE 552-301.

Europäisches Parlament, Entschließung vom 29. Mai 2018 zu einem nachhaltigen Finanzwesen (2018/2007(INI)).

Europäisches Parlament, Resolution of 30 May 2018 on the Interpretation and Implementation of the IIA on Better Law-Making, 2016/2018(INI).

Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union, Europäische Kommission, Interinstitutionelle Vereinbarung vom 13. April 2016 über bessere Rechtsetzung, Abl. 2016 L 123/1.

- Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union, Europäische Kommission,
Interinstitutionelle Vereinbarung: Nicht bindende Kriterien für die Anwendung der
Artikel 290 und 291 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union
vom 18. Juni 2019, ABL. 2019 C 223/1.
- European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Report on the Role
of Extra-Institutional Actors in the Democratic System (lobbying), 22. März 2013,
Study 590/2010.
- Everson, Michelle, European Agencies: Barely Legal?, in: Michelle Everson/Cosimo Monda/
Ellen Vos (Hrsg.), European Agencies in between Institutions and Member States,
2014, 50.
- Everson, Michelle/Cosimo Monda/Ellen Vos, What is the Future of European Agencies?, in:
Michelle Everson/Cosimo Monda/Ellen Vos (Hrsg.), European Agencies in Between
Institutions and Member States, 2014, 236.
- Fink, Christian/Thomas Schmotz, Die Vorschläge der EU-Kommission zur Überarbeitung
der CSR-Richtlinie, Zeitschrift für internationale und kapitalmarktorientierte
Rechnungslegung (KoR) 2021, 304.
- Franchino, Fabio, The Powers of the Union: Delegation in the EU, 2007.
- Gestel, Rob van, Primacy of the European Legislature? Theory and Practice of Legislation,
Juli 2014, 33.
- Grabitz, Eberhard/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen
Union, 74. EL September 2021.
- Griller, Stefan/Andreas Orator, Everything under control? The „way forward“ for European
agencies in the footsteps of the Meroni doctrine, European Law Review, 2010, 6.
- Herz, Benjamin, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, Berliner Online-Beiträge zum
Europarecht, 28.7.2005.
- Hofmann, Herwig, The Integrated Administrative Law and Governance of the European
Union, in: Francesca Bignami/David Zaring (Hrsg.), Comparative Law and
Regulation, 2016, 519.
- Hommelhoff, Peter, Primärrechtlich begründete Mängel im CSRD-Vorschlag und deren
Beseitigung, Der Betrieb, 74 (2021), 2437.
- IFRS Foundation, Consultation Paper on Sustainability Reporting, September 2020.
- International Integrated Reporting Council (IIRC), International -IR- Framework, 2021
(<https://hbfm.link/9609>).
- Jacqué, Jean-Paul, The principle of the institutional balance, Common Market Law Review
2004, 384.

- Kaeding, Michael/Kevin M. Stack, Legislative Scrutiny: The Political Economy and Practice of Legislative Vetoes in the European Union, *Journal of Common Market Studies*, 53 (2015), 1268.
- Lanfermann, Georg, Ein zweiter IASB oder nur ein EU-Standardsetzer: Wie international wird die künftige Nachhaltigkeitsberichterstattung? *BB* 2021, 555.
- Lanfermann, Georg, EU-Richtlinienvorschlag zur Offenlegung von nicht-finanziellen Informationen, *BB* 2013, 1323.
- Lanfermann, Georg/Josef Baumüller/Oliver Scheid, Klimaberichterstattung: Der Druck von Regulatoren und Investoren auf europäische Unternehmen steigt, *IRZ* 2021, 285.
- Lanfermann, Georg/Josef Baumüller/Oliver Scheid, Neue europäische Berichtspflichten zu immateriellen Ressourcen: Hintergründe und Handlungsbedarf im Entwurf zur CSRD, *Zeitschrift für internationale und kapitalmarktorientierte Rechnungslegung (KoR)* 2021, 426.
- Lanfermann, Georg/Kristina Schwedler/Thomas Schmotz, Nachhaltigkeitsberichtsstandards im Fokus der EU-Gesetzgebung, *Die Wirtschaftsprüfung*, 74 (2021), 762.
- Lenaerts, Koenraad/Amaryllis Verhoeven, Institutional Balance as a Guarantee for Democracy in EU Governance, in: Christian Joerges/Renaud Dehousse (Hrsg.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, 2002, 35.
- Lindseth, Peter, Delegation is Dead, Long Live Delegation: Managing the Democratic Disconnect in the European Market-Polity, in: Christian Joerges/Renaud Dehousse (Hrsg.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, 2001, 145.
- Lo Schiavo, Gianni, A Judicial Re-Thinking on the Delegation of Powers of European Agencies under EU Law? *German Law Journal* 16 (2015), 315.
- Maciarello, Elio, EU Agencies and the Issue of Delegation: Conferral, Implied Powers and the State of Exception, *European Papers* 4 (2019), 723.
- Majone, Giandomenico, Delegation of Regulatory Powers in Mixed Polity, *European Law Journal* 2002, 330.
- Migliorati, Marta, Relying on Agencies in Major European Union Legislative Measures, *West European Politics* 43 (2020), 159 (160).
- Migliorati, Marta, Relying on Agencies in Major European Union Legislative Measures, *West European Politics* 43 (2020), 159.
- Möllers, Thomas M. J., Green Deal: Greenwashing, Information Overload und der vergessene Good Corporate Citizen als Investor, *ZHR* 185 (2021), 881.

- Mörth, Ulrika, *The Market Turn in EU Governance – The Emergence of Public-Private Collaboration*, *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions* 22 (2009), 99.
- Müller, Stefan/Oliver Scheid/Josef Baumüller, *Kommissionsvorschlag zur Corporate Sustainability Reporting Directive: von der nichtfinanziellen Berichterstattung zur Nachhaltigkeitsberichterstattung*, *Betriebs-Berater*, 73 (2021), 1323.
- Nettesheim, Martin, *Das PSPP-Urteil des BVerfG – ein Angriff auf die EU?* *NJW* 2020, 1631.
- Olsen, Johan P., *Democratic accountability and the changing European political order*, *European Law Journal*, 2018, 90.
- Oppermann, Thomas/Claus D. Classen/Martin Nettesheim, *Europarecht*, 9. Aufl. 2021.
- Oreschnik, Bernhard, *Verhältnismäßigkeit und Kontrolldichte*, 2019.
- Pollack, Mark A., *The Engines of European Integration: Delegation, Agency and Agenda Setting in the EU*, 2003.
- Rat der Europäischen Union, *Schlussfolgerungen zur Vertiefung der Kapitalmarktunion vom 5. Dezember 2019*.
- Roe, Mark/Holger Spamann/Jesse Fried/Charles Wang, *The European Commission's Sustainable Corporate Governance Report: A Critique*, *Harvard Business School Working Paper 21-056*, October 2020.
- Scharpf, Fritz, *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, 1970.
- Scheid, Oliver/Josef Baumüller, *Standardisierung der nicht-finanziellen Berichterstattung – zu viele Köche verderben den Brei?* *Der Betrieb* 2020, Heft 48, M5.
- Schepel, Harm, *Private Regulators in Law*, in: Joost Pauwelyn/Ramses Wessel/Jan Wouters (Hrsg.), *Informal International Lawmaking*, 2012, 356.
- Schorkopf, Frank, *Der europäische Weg*, 3. Aufl. 2015.
- Schütze, Robert, *'Delegated' Legislation in the (new) European Union: A Constitutional Analysis*, *Modern Law Review* 74 (2011), 686.
- Sénat, *The position of delegated acts in European legislation, information report by Mr Simon Sutour on behalf of the European Affairs Committee, No 322 (2013-2014) – 29 January 2014*.
- Senden, Linda, *Soft-Post Legislative Rulemaking*, *ELJ* 19 (2013), 57.
- Simoncini, Marta, *Administrative Regulation Beyond the Non-Delegation Doctrine. A Study on EU Agencies*, 2018, 33.

- Sopp, Karina/Josef Baumüller, Auf dem Weg zu europäischen Standards für die nichtfinanzielle Berichterstattung? (Teil 1), Zeitschrift für internationale und kapitalmarktorientierte Rechnungslegung (KoR) 2021, 254.
- Sopp, Karina/Josef Baumüller, Auf dem Weg zu europäischen Standards für die nichtfinanzielle Berichterstattung? (Teil 2) Zeitschrift für internationale und kapitalmarktorientierte Rechnungslegung (KoR) 2021, 322.
- Sopp, Karina/Josef Baumüller/Oliver Scheid, Die nichtfinanzielle Berichterstattung, 2021.
- Spasova, Romyana, Powers of the European Commission – Delegated and Implementing Acts in Practical Terms, ERA Forum 22 (2021), 507.
- Stack, Kevin M., The Irony of Oversight: Delegated Acts and the Political Economy of the European Union's Legislative Veto under the Treaty of Lisbon, Theory and Practice of Legislation, 2 (2014), 61.
- Stawinoga, Martin, Zur Gründung des International Sustainability Standards Board (ISSB): IFRS Sustainability Disclosure Standards vs. EU-Rahmenwerk? IRZ 2021, 537.
- Stawinoga, Martin, Zur Gründung des International Sustainability Standards Board (ISSB): IFRS Sustainability Disclosure Standards vs. EU-Rahmenwerk? IRZ 2021, 537.
- Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018.
- Tauschinsky, Eljalil/Wolfgang Weiß (Hrsg.), The Legislative Choice Between Delegated and Implementing Acts in EU Law, 2018.
- Thomson, Robert/Rene Torenvlied, Information, Commitment and Consensus: A Comparison of Three Perspectives on Delegation in the European Union, British Journal of Political Science, 41 (2011), 139.
- Tridimas, Takis, Financial Supervision and Agency Power: Reflections on ESMA, in Niamh Nic Shuibhne/Laurence W. Gormley (Hrsg.), From Single Market to Economic Union, 2012, 66.
- Trstenjak, Verica/Erwin Beysen, Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Unionsrechtsordnung, Europarecht 47 (2012), 265.
- Vallejo, Rodrigo, The Private Administrative Law of Technical Standardization, Yearbook of European Law 40 (2021), 172.
- Wendel, Matthias, Paradoxes of Ultra-Vires Review: A Critical Review of the PSPP Decision and Its Initial Reception, German Law Journal 21 (2020), 979.
- Wischmeyer, Thomas, Nationale Identität und Verfassungsidentität, AöR 140 (2015), 415.



Stiftung Familienunternehmen

Prinzregentenstraße 50
D-80538 München

Telefon + 49 (0) 89 / 12 76 400 02
Telefax + 49 (0) 89 / 12 76 400 09
E-Mail info@familienunternehmen.de

www.familienunternehmen.de

Preis: 19,90 €

ISBN: 978-3-948850-10-4