



Verstaatlichung bedeutet Verantwortung

FOSSILES GAS:
Klimaschutzrechtliche
Einflussmöglichkeiten und
-notwendigkeiten der
Bundesregierung auf die
Uniper SE nach dem An-
teilerwerb von 99 Prozent
durch die Bundesrepublik
Deutschland Gutachten im
Auftrag von Greenpeace
Deutschland e.V.

Verfasst von Dr. Roda Verheyen und John Peters,
Rechtsanwaltsbüro Günther, Hamburg

GREENPEACE

Verstaatlichung bedeutet Verantwortung

Gutachten im Auftrag von Greenpeace
Deutschland e.V.

Verfasst von Dr. Roda Verheyen und John Peters,
Rechtsanwaltsbüro Günther, Hamburg

➔ Kein Geld von Industrie und Staat

Greenpeace ist international, überparteilich und völlig unabhängig von Politik und Wirtschaft. Mit gewaltfreien Aktionen kämpft Greenpeace für den Schutz der Lebensgrundlagen. Mehr als 630.000 Fördermitglieder in Deutschland spenden an Greenpeace und gewährleisten damit unsere tägliche Arbeit zum Schutz der Umwelt, der Völkerverständigung und des Friedens.

Impressum

Greenpeace e.V., Hongkongstraße 10, 20457 Hamburg, Tel. 040/3 06 18-0 **Pressestelle** Tel. 040/3 06 18-340, F 040/3 06 18-340, presse@greenpeace.de, www.greenpeace.de **Politische Vertretung Berlin** Marienstraße 19–20, 10117 Berlin, Tel. 030/30 88 99-0 **V.i.S.d.P.** Till Seidensticker

12/2022

Rechtsanwälte Günther

Partnerschaft

Rechtsanwälte Günther • Postfach 130473 • 20104 Hamburg

Fossiles Gas: Klimaschutzrechtliche Einflussmöglichkeiten und -notwendigkeiten der Bundesregierung auf die Uniper SE nach dem Anteilerwerb von 99 Prozent durch die Bundesrepublik Deutschland

Gutachten im Auftrag von Greenpeace Deutschland e.V.
verfasst von Dr. Roda Verheyen und John Peters

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

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

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

09.12.2022
00467/22 /R /R/jp
Mitarbeiterin: Jule Drzewiecki
Durchwahl: 040-278494-11
Email: drzewiecki@rae-guenther.de

Zusammenfassung:

Mit der Übernahme von Deutschlands größtem Gashändler Uniper SE kommt dem Bund auch wegen Art. 20a GG eine neuartige Aufgabe zu: Durch den Staat „gerettete“ Unternehmen mit einem erheblichen CO₂ bzw. Methanfußabdruck können wegen des Gewichts des durch das Bundesverfassungsgericht festgestellten Klimaschutzgebotes nicht nur schlicht stabilisiert werden, sondern müssen jedenfalls hinsichtlich ihrer klimaschädlichen Auswirkungen auch so gestaltet werden, dass ihre Geschäftstätigkeit sich an einem Paris-kompatiblem Reduktionspfad ausrichtet.

Für Uniper SE bedeutet das konkret, dass die Unterstützung von neuen fossilen Gasvorhaben nicht unterstützt und das Unternehmen auf einen Reduktionspfad gesetzt werden muss, der materiell-rechtlich den Anforderungen des Paris Abkommens entspricht. Darauf hat der Bund rechtlich Einfluss und sollte diesen auch ausüben. Dies folgt sowohl aus gesellschaftsrechtlichen Klimapflichten als auch Klimaschutz- und Verfassungsrecht.

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

Hamburger Sparkasse
IBAN DE84 2005 0550 1022 2503 83
BIC HASPDEHHXXX

Commerzbank AG
IBAN DE22 2008 0000 0400 0262 00
BIC DRESDEFF200

GLS Bank
IBAN DE61 4306 0967 2033 2109 00
BIC GENODEM1GLS

Inhaltsverzeichnis

I. Hintergrund	3
II. Gesellschaftsrechtliche Einflussnahme des Bundes	6
1. Anwendbarkeit SE	6
2. Beherrschung durch bzw. infolge Anteilsübernahme	6
a) Erlangung der beherrschenden Stellung	7
b) Unmittelbare bzw. faktische Einflussausübung	8
c) Konzernrechtliche Einflussausübung	9
3. Sitz im Aufsichtsrat	10
4. Modifikation des Gesellschaftsrechts	10
5. Fazit	11
III. Gesetzliche Festlegung möglicher und notwendiger Einflussnahme nach EnSiG	11
1. Rechtsgrundlage und Anwendungsbereich	11
a) Stabilisierungsmaßnahmen	11
b) Betreiben kritischer Infrastruktur	12
c) Antrag	12
2. Flankierendes Recht	12
3. Öffentlich-rechtliche Handlungsbefugnisse des Bundes bei und nach Übernahme	13
a) Spezielle EnSiG-Vorgaben fehlen	13
b) Vergleich mit ähnlichen Gesetzen	15
c) Gesetzeshistorie	15
e) Bestehende Unternehmensbeschaffenheit	16
4. Originär-hoheitliche Leitmaßnahmen nach § 29 Abs. 1 S. 1 EnSiG	16
5. EU-rechtlicher Rechtsrahmen	17
6. Fazit zum öffentlich-rechtlichen Rechtsrahmen	20
IV. Materielle Spielräume und Einflusspflichten	21
1. Spielraum nach dem oben Dargestellten	21
2. Handels- und Gesellschaftsrechtliche Klimapflichten	21
a) Verkehrssicherungspflichten	21
b) Gesellschaftsrechtliche Klimapflichten aus deutschem und europäischem CSR-Recht	22
c) Vorschriften des AktG	23

d) Fazit zu unternehmerischen Klimapflichten	24
3. Gebotener Einfluss aus Klimaschutzrecht	24
4. Bestehende Verträge und vertragliche Ausstiegsmöglichkeiten	28
V. Bewertung und Fazit	28

I. Hintergrund

1.

Die Uniper SE ist Deutschlands größte Gasimporteurin. Sie ist für ca. die Hälfte des deutschen Gasverbrauchs verantwortlich.¹ Zugleich ist sie die größte nationale Importeurin von russischem Gas. Diese Importvolumina hat das Unternehmen kontinuierlich ausgebaut. Nach der Beschränkung und Einstellung der Gasbelieferung durch Russland ist das Unternehmen Anfang des Jahres 2022 in eine finanzielle Schieflage geraten.

Für die ersten neun Monate des Geschäftsjahres 2022 hat Uniper SE einen Konzernfehlbetrag von rund 40 Milliarden Euro ausgewiesen. Dieser Betrag enthält rund zehn Milliarden Euro an realisierten Kosten für die Beschaffung von Gas-Ersatzmengen. Die Nettoverschuldung stieg im Vergleich zum Vorjahreszeitraum signifikant von 324 Millionen Euro auf 10,906 Milliarden Euro. Das Unternehmen hat bereits mehr als die Hälfte seines Grundkapitals aufgezehrt.

Die Bundesregierung hat deshalb Maßnahmen zur Stützung des Unternehmens ergriffen. Sie hat dazu zunächst zwei Änderungen des Energiesicherungsgesetzes (EnSiG) beschlossen, die der Bundestag zuletzt am 7.7.2022 gebilligt hat.² Eingefügt wurde u.a. die Rechtsgrundlage für Stabilisierungsmaßnahmen für Energieunternehmen, mit denen der Bund Unternehmen insbesondere durch Anteilsverkauf unterstützen kann.³ Nur einen Tag später gab Uniper bekannt, das neu geschaffene Instrumentarium zu nutzen und einen entsprechenden Antrag nach § 29 Abs. 1 S. 1 EnSiG gestellt zu haben.⁴ Der Bund erließ infolgedessen im Juli ein Maßnahmenpaket, in dem u.a. der Erwerb eines Aktienanteils von 30 Prozent sowie einen Eintritt des Bundes in den Aufsichtsrat enthalten war.⁵ Am 21.09.2022 teilte die

¹ vgl. *tagesschau.de*, So will der Bund nun Uniper retten, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/unternehmen/uniper-verstaatlichung-gasumlage-faq-101.html>.

² *Helleberg/Lehrian*, Erneute Anpassung des Energiesicherungsgesetzes, UKuR 2022, 339.

³ *Helleberg/Lehrian*, ebd., 339, 339; *Schmitz/Helleberg*, Novelle des Energiesicherungsgesetzes, UKuR 2022, 129.

⁴ Ad hoc-Mitteilung vom 08.07.2022, abrufbar unter <https://irpages2.eqs.com/websites/newsfeed/German/99/detail-page.html?newsID=2297495&companyToken=2cd63ab0-8545-4550-bc3c-1bd192038a71>.

⁵ *BMF*, Bundesregierung verständigt sich auf finanzielle Unterstützung für Uniper und kündigt weitere Entlastungen an - Bundesfinanzministerium - Presse, abrufbar unter <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Pressemitteilungen/Finanzpolitik/2022/07/2022-07-22-finanzielle-unterstuetzung-fuer-uniper.html>.

Bundesregierung mit, insgesamt 99 Prozent an Uniper zu übernehmen.⁶ Neben dem Anteilserwerb ist eine Kapitalerhöhung in Höhe von 33 Milliarden Euro, die ausschließlich durch den Bund gezeichnet werden soll, beabsichtigt⁷. Die Bundesrepublik Deutschland kauft dem Großaktionär Fortum zudem seine Aktienbeteiligung zum Nominalwert von 1,70 Euro je Aktie ab, was einem Kaufpreis 480 Millionen Euro entspricht, und ersetzt dessen Kreditlinie.⁸ Die Auflagen aus dem Juli-Paket gelten dabei weiterhin - wie das Dividendenverbot und Vergütungsbeschränkungen für das Uniper-Management. Diese Maßnahmen bedürfen noch der Zustimmung der Hauptversammlung und der EU-Kommission nach EU-Beihilferecht.

Die Bundesregierung hatte bei den ersten Stabilisierungsmaßnahmen im Juli 2022 die Hilfe außerdem an die Bedingung geknüpft, eine Klage aufgrund des Energiecharta-Vertrages gegen die Niederlande zurückzuziehen. Uniper SE betreibt dort ein Kohlekraftwerk und wollte eine Entschädigung für den geplanten früheren Kohleausstieg des Landes vor Gericht erstreiten.

Nach der vollständigen Umsetzung der Stabilisierungsmaßnahmen will der Bund Einfluss auf das Geschäft von Uniper ausüben. Man werde sich "die einzelnen Geschäftsfelder im Einzelnen sehr genau anschauen", erklärte Bundeswirtschaftsminister Habeck.⁹

2.

Uniper SE ist schon lange in Verhandlungen und verfügt über laufende Vertragsbeziehungen mit dem australischen Unternehmen Woodside. So wurden wohl im Januar 2021 Langzeitverträge zur LNG-Abnahme von 2019 erweitert: ab 2021 sollen 1 Mio. t/Jahr geliefert werden, ab 2026 dann 2 Mio. t/Jahr. (der Großteil wird dann aus Scarborough fließen)¹⁰ und im September 2022 wurde ein flexibler Langzeitvertrag zur LNG-Abnahme von 2023 – 2039 über 0,8 Mio t/Jahr nach Europa mit Woodside geschlossen.¹¹

⁶ *BMWK*, Bund übernimmt 99% an Uniper, abrufbar unter <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2022/09/20220921-bundesregierung-verstandigt-sich-auf-anpassung-des-stabilisierungspakets-fur-uniper.html>.

⁷ <https://amp2.handelsblatt.com/unternehmen/energie/energieversorgung-uniper-braucht-bis-zu-33-milliarden-euro-kapital-vom-staat/28826766.html>

⁸ s. Einigung über geändertes Stabilisierungspaket: Bund übernimmt 99% an Uniper, abrufbar unter <https://www.uniper.energy/news/de/einigung-ueber-geaendertes-stabilisierungspaket-bund-uebernimmt-99-an-uniper>.

⁹ *tagesschau.de*, [Fn., 1].

¹⁰ <https://www.uniper.energy/news/woodside-expands-long-term-lng-supply-agreement>

¹¹ <https://www.uniper.energy/news/uniper-and-woodside-sign-agreement-for-lng-supply-to-europe>

Woodside engagiert sich derzeit bei der Erschließung neuer Gasfelder vor der Küste Australiens, obwohl nach dem, sog. Glasgow Pact¹² keine weiteren Investitionen in neue Öl- und Gasprojekte ab 2022 getätigt werden sollen und nach wissenschaftlichen Untersuchungen auf Grundlage des IPCC CO₂ Budget die fossile Gasnutzung global schnell, und in Industrieländern bis 2035 komplett eingestellt werden muss.¹³

Besondere mediale Aufmerksamkeit erregt das Project Scarborough - auch weil das offshore Feld in ökologisch sensiblen Meeresgebieten entwickelt werden soll.

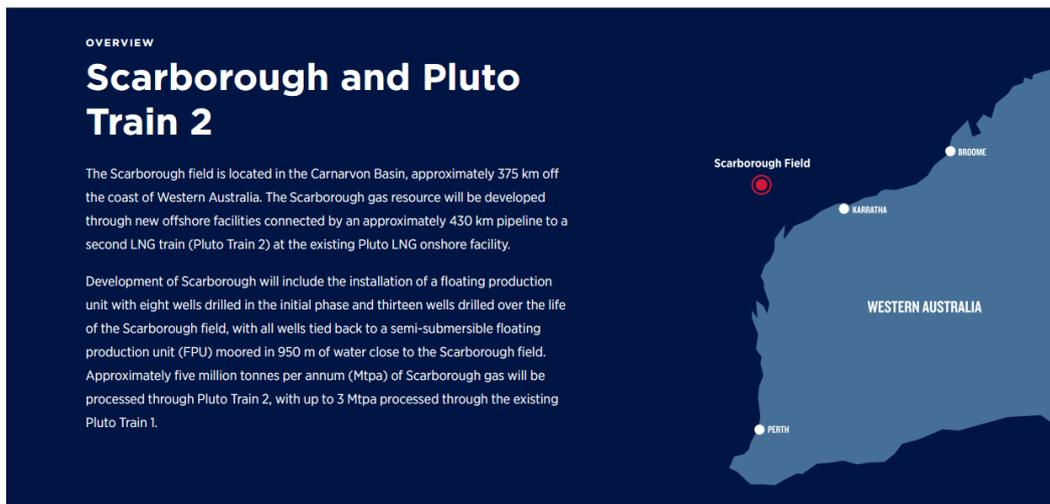


Abbildung 1: Karte Gas-Projekt Scarborough¹⁴

Gegen dieses Projekt wurden bereits rechtliche Schritte eingeleitet – maßgebliche Begründung sind Klimaschutz und Natur- und Artenschutz.¹⁵

Dieses Gutachten prüft überschlägig ob und in welcher Form der Bund auf Uniper SE Einfluss nehmen kann, um diese Unterstützung zu untersagen oder das Unternehmen insgesamt Paris-konform auszurichten, bzw. ob und wie dies auch gesellschaftsrechtlich möglich ist, und ob dies ggf. sogar rechtlich erforderlich ist.

¹² <https://ukcop26.org/statement-on-international-public-support-for-the-clean-energy-transition/> „Further, we will end new direct public support for the international unabated fossil fuel energy sector within one year of signing this statement*, except in limited and clearly defined circumstances that are consistent with a 1.5°C warming limit and the goals of the Paris Agreement.”

¹³ Climate Analytics (2022). Fossil gas: a bridge to nowhere. Phase-out requirements for gas power to limit global warming to 1.5°C (https://climateanalytics.org/media/fossil_gas_a_bridge_to_nowhere.pdf).

¹⁴ Grafik entnommen aus: <https://www.woodside.com/what-we-do/growth-projects/scarborough>

¹⁵ <https://www.acf.org.au/what-is-scarborough-project>

II. Gesellschaftsrechtliche Einflussnahme des Bundes

Da der Bund die Uniper SE nicht zerschlägt und die Dienstleistungen im Wege originärer Hoheitsausübung weiterverfolgt, sondern erwerbswirtschaftlich bzw. in mittelbarer Staatsverwaltung tätig wird, gelten für diesen (neben den Grundrechten und Art. 20 Abs. 3 GG) die gesellschaftsrechtlichen Normen aus dem nationalen bzw. europäischen Privatrecht.¹⁶

1. Anwendbarkeit SE

Die Societas Europaea (SE) ist eine qua EU-Recht eingeführte europäische Aktiengesellschaft. Für sie gilt aus dem EU-Recht die VO (EG) 2157/2001 (SE-VO). Soweit diese keine speziellen Regelungen für die SE oder die Satzung der SE enthält ist – abgesehen von den nationalen Durchführungsgesetzen – kraft einer Öffnungsklausel das deutsche Aktiengesetz (AktG) anwendbar, Art. 9 Abs. 1 SE-VO. Insofern ist bei jeder Rechtsfrage zu untersuchen, ob europarechtlicher Einfluss oder Normen des AktG vorgehen.

2. Beherrschung durch bzw. infolge Anteilsübernahme

Die Führung der Geschäfte einer Aktiengesellschaft obliegt gem. § 76 Abs. 1 AktG dem Vorstand. Diese Norm ist zentraler Baustein in der Architektur des Idealtypus‘ der AktG. Im Falle von Beherrschung durch Dritte wird dieses Gefüge allerdings verschoben (s. dazu sogleich).

Das SE-Ausführungsgesetz (SEAG) enthält Sonderregelungen gegenüber dem AktG, wenn die SE das monistische System gewählt hat, § 20 SAEG. Die allgemeinen Regeln des AktG finden hingegen grundsätzlich Anwendung, wenn das dualistische System gewählt wurde.

Die Uniper SE hat das dualistische Modell gem. Art. 38, 39 ff. SE-VO gewählt.¹⁷ Die Vorschriften der §§ 76 ff. des deutschen AktG finden daher vorliegend grundsätzlich Anwendung.

Die Aktionär:innen einer Aktiengesellschaft halten hinsichtlich der Gestaltung des Unternehmens das Recht zur Stimmübung in der Hauptversammlung. Diese ist in der Einflussausübung strikt von der Geschäftsführung der AG getrennt. Der Vorstand hat die Geschäfte in eigener Verantwortung zu führen (§ 76 Abs. 1 AktG), der durch den Aufsichtsrat überwacht wird (§ 111 Abs. 1 AktG). Nur über Art. 51

¹⁶ vgl. statt vieler *Bayer*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Aufl. 2019, AktG § 15 Verbundene Unternehmen, Rn. 42.

¹⁷ Corporate Governance | Uniper, abrufbar unter <https://www.uniper.energy/de/investoren/corporate-governance>.

Abs. 2 SE-VO, § 119 Abs. 2 AktG kann die Hauptversammlung die Geschäftsführung allgemein mitbestimmen, dies jedoch ebenfalls nur auf ausdrückliches Vorstandsverlangen.

Die Hauptversammlung ist mithin grundsätzlich ein reines Beschlussorgan, das strukturell kein Mitbestimmungsrecht bei der Leitung der Geschäfte der AG haben soll. Nichtsdestotrotz folgt aus der Übernahme der Mehrheit oder nahezu aller Anteile an einer SE (bzw. AG), hier durch die Bundesrepublik Deutschland, eine beherrschende Einflussstellung, die im Folgenden dargelegt wird.

a) Erlangung der beherrschenden Stellung

Für Abhängigkeitsverhältnisse mehrerer gesellschaftsrechtlich erfasster Subjekte gilt das Konzernrecht. Hierüber enthält die SE-VO keine abschließenden Regelungen. Nach ganz herrschender Meinung ist das Konzernrecht im hier relevanten Ausschnitt auch auf die SE anwendbar.¹⁸

Das Konzernrecht regelt die Verhältnisse mehrerer Unternehmen, die rechtlich-vermittelten oder tatsächlichen Einfluss aufeinander ausüben. Leitgedanke ist die Regulierung eines Konfliktes, der aus dem nahe liegenden Umstand entsteht, dass etwa ein herrschendes Unternehmen selbstbegünstigende Entscheidungen trifft, die für das beherrschte Unternehmen aber nachteilig sind und dessen weiteren Aktionär:innen schaden (sog. Konzerngefahr).¹⁹ Die öffentliche Hand ist im Konzernrecht einem Unternehmen gleichgestellt, da die Interessenkonfliktlage strukturell vergleichbar ist mit der Übernahme eines privatwirtschaftlichen Unternehmens durch ein anderes privates Unternehmen.²⁰ Die Gefahr der einseitigen wirtschaftlichen Interessenlage wird überlagert durch eine angenommene Gefahr einer potentiell unternehmensschädlichen politischen Interessenlage.

Durch die 99 Prozent Anteilsübernahme durch den Bund hat sich dieser unmittelbar beherrschenden Einfluss auf die Uniper SE gesichert. Der unmittelbare Einfluss folgt dogmatisch aus der mittelbaren Kontrolle der Geschäftsführung; insbesondere durch die Macht über personelle Konsequenzen.²¹ So kann der Bund mit seinen Stimmen in der Hauptversammlung gem. Art. 51 Abs. 2 SE-VO, § 119 Abs. 1 Nr. 3 AktG jährlich allein über die Entlastung von Vorstand oder Aufsichtsrat entscheiden. Durch den 99 Prozent-Anteil hat dieser stets die nötige Mehrheit. Ist das Vertrauen gemeinsam mit einer Verweigerung der Entlastung entzogen, liegt ein wichtiger Grund zum Widerruf der Bestellung des Vorstandes gem. § 84 Abs. 3

¹⁸ *Habersack*, in: Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, Einleitung, Rn. 46.

¹⁹ *Schall*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, GesamHrsg: Henßler, Hrsg: Spindler/Stilz, Stand: Aufl. 2022, AktG § 15 Verbundene Unternehmen, Rn. 32.

²⁰ vgl. *Bayer*, [Fn., 16], Rn. 39 ff.

²¹ *Schall*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, GesamHrsg: Henßler, Hrsg: Spindler/Stilz, Stand: Aufl. 2022, AktG § 17 Abhängige und herrschende Unternehmen, Rn. 11, 13.

AktG vor. Der Aufsichtsrat kann durch den Bund bzw. die Hauptversammlung unter Druck gesetzt werden, da gem. § 103 Abs. 3 AktG bei Verweigerung der Entlastung auf gerichtlichen Antrag Aufsichtsratsmitglieder abberufen werden können.²²

Ein weiterer Hebel ist zudem, dass der Bund kraft seiner Mehrheit in der Hauptversammlung die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus der Art und Weise der Geschäftsführung gegen die Mitglieder des Vorstandes geltend machen kann (§ 147 Abs. 1 AktG, s. auch § 93 Abs. 2 AktG). Angesichts der sich verdichtenden Klimapflichten gerade von Unternehmen, die als Aktiengesellschaft verfasst sind (siehe dazu unten), kann ein nicht-Paris-kompatibler Reduktionspfad bzw. aktiv Paris-inkompatible Geschäftspraktiken eines Unternehmens Gegenstand einer Schadensersatzklage sein.²³

b) Unmittelbare bzw. faktische Einflussausübung

Im Wege der Verhandlung über Entlastungsbeschluss und Vertrauensentzug (vgl. § 120 Abs. 3 AktG) kann der Bund geschäftsführungspolitische Vorstellungen des Bundes geltend machen. Dies betrifft das Tagesgeschäft, aber auch gewichtigere Entscheidungen können zur Bedingung der Entlastung gemacht werden, wie etwa das Führen von Gerichtsprozessen oder die Kündigung wichtiger Verträge.

Gem. § 119 Abs. 1 S. 6 beschließt die Hauptversammlung zudem über Satzungsänderungen; dies kontrolliert der Bund vollständig. Eine Satzungsänderung könnte etwa eine konkrete Führungsdirektive enthalten (z.B. keine Unterstützung von neuen Gasexplorationen durch Abnahmeverträge).

Für so gewichtige Entscheidungen, die einer Satzungsänderung gleichkommen, hat die Hauptversammlung zudem eine ungeschriebene Kompetenz. Konkret hat der BGH das mit der sog. Holzmüller-Doktrin für eine Konzernbildung-/Umbildung entschieden, bei der mehr als 80 % des Gesellschaftsvermögens übertragen wurde. Entsprechende Maßnahmen, die der Vorstand durchzuführen beabsichtigt, kann der Bund also blockieren.²⁴

Letztlich ergibt sich bereits aus diesem Machtgefüge, dass der Bund aus gesellschaftsrechtlicher Sicht seine Vorstellungen weitgehend durchsetzen kann (s. aber unten c) (2)).

²² *Spindler*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, GesamtHrsg: Henssler, Hrsg: Spindler/Stilz, Stand: Aufl. 2022, AktG § 103 Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder, Rn. 34.

²³ vgl. *Verheyen/Peters*, Klimapflichten von Unternehmen – ein Spotlight auf den Lebensmittelsektor, ZLR, 401, 401 ff., 424.

²⁴ *Hoffmann*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, GesamtHrsg: Henssler, Hrsg: Spindler/Stilz, Stand: Aufl. 2022, AktG § 119 Rechte der Hauptversammlung, Rn. 31 ff.

c) Konzernrechtliche Einflussausübung

(1) Mit Beherrschungsvertrag

Im hier für die Prüfung angenommenen Falle²⁵ eines geschlossenen Beherrschungsvertrages zwischen Bund und der Uniper SE wird gem. § 291 Abs. 1 AktG die Leitung der Gesellschaft unter die des Bundes gestellt. Ein Beherrschungsverhältnis gem. § 17 Abs. 1 AktG liegt vor, wie oben unter a) dargestellt. Zudem besteht hierfür eine gesetzliche Vermutung gem. § 17 Abs. 2 AktG, da der Bund im Mehrheitsbesitz ist. Rechtsfolge eines solchen Herrschaftsvertrages ist insbesondere gem. § 308 Abs. 1 AktG die Befugnis zur Erteilung von Weisungen an die Geschäftsführung.

Unter einer Weisung ist dabei „jede Maßnahme des herrschenden Unternehmens zu verstehen (...), durch die dieses von seiner auf dem Beherrschungsvertrag beruhenden „Leitungsmacht“ Gebrauch macht, indem es über den Vorstand der abhängigen Gesellschaft Einfluss auf deren Leitung nimmt.“²⁶ Die Weisung muss für den Vorstand der abhängigen Gesellschaft zumindest faktisch in dem Sinne verbindlich sein, dass seine erneute Bestellung gefährdet ist, wenn er der Weisung des herrschenden Unternehmens nicht nachkommt.²⁷

Dabei sind sogar Entscheidungen, die sich auf das Unternehmen nachteilig auswirken, möglich und eine fehlende Zustimmung des Aufsichtsrats kann überspielt werden (Abs. 1 S. 2, Abs. 3 S. 2).

Aus alledem folgt, dass die Eigenverantwortung des Vorstandes gem. § 76 Abs. 1 AktG insoweit empfindlich eingeschränkt wird.²⁸ In diesem Fall hätte der Bund die Uniper SE nahezu vollständig in der Hand. Die angekündigten (vgl. oben unter I.) sowie weitere Entscheidungen des Bundes über die Ausrichtung der Uniper SE können so wirkungsvoll in die Gesellschaft eingeführt werden.

Nicht ersichtlich ist allerdings, dass bzw. ob der Bund einen Beherrschungsvertrag mit der Uniper SE abgeschlossen hat.

(2) Ohne Beherrschungsvertrag

Liegt kein Beherrschungsvertrag vor, handelt es sich um einen sog. faktischen Konzern. Gem. §§ 311 ff. AktG darf in einem solchen Fall nur eine positive Be-

²⁵ s. aber sogleich unten (4).

²⁶ *Emmerich*, in: Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, AktG § 308 Leitungsmacht, Rn. 23.

²⁷ *Emmerich*, ebd. Rn. 23.

²⁸ *Veil/Walla*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, GesamtHrsg: Henssler, Hrsg: Spindler/Stilz, Stand: Aufl. 2022, AktG § 308 Leitungsmacht, Rn. 21.

einflussung der Entscheidung des beherrschten Unternehmens stattfinden, eine negative nur dann, wenn der Nachteil ausgeglichen wird. Die herrschende Gesellschaft macht sich andernfalls schadensersatzpflichtig.²⁹

Diese Vorschriften schränken die weite Beeinflussungsmöglichkeit des Bundes ein. Sofern es jedoch in diesem Falle etwa um eine Dekarbonisierung geht, dürfte der Bund weitgehend frei in der Beeinflussung sein, da grundlegende Entscheidungen in diese Richtung offenbar bereits getroffen wurden, es sich also selbst bei kurz- oder mittelfristigen wirtschaftlichen Einbußen nicht mehr um eine originär negative Entscheidung handelt. Ferner können alle weiteren Maßnahmen durch einen tatsächlichen Ausgleich kompensiert werden. Denkbar ist etwa die Aufgabe einer Beteiligung an einem Unternehmen mit fossilbasiertem Geschäftsmodell unter gleichzeitiger Bereitstellung anderer Investitionen mit vergleichbarer Rendite.

3. Sitz im Aufsichtsrat

Angekündigt wurde als Teil des Maßnahmenpaketes zur Stabilisierung auch die Besetzung eines Postens im Aufsichtsrat durch eine Vertretung des Bundes.

Insoweit hat der Bund dieses Organ nicht unter seiner vollständigen Kontrolle, da für Beschlüsse gem. § 32 Abs. 1 S. 3 BGB analog zumindest die einfache Mehrheit notwendig ist, wie etwa die Abberufung und Kündigung des Vorstandes (§ 84 Abs. 4 S. 5 iVm § 112).³⁰ Direkten Einfluss kann die Bundesvertretung im Aufsichtsrat daher vor allem argumentativ während Beratungen und Verhandlungen ausüben. Wie oben bereits gezeigt, ist dieses Kontrolldefizit jedoch nicht von ausschlaggebender Bedeutung, was die Gesamtlenkung des Unternehmens betrifft.

4. Modifikation des Gesellschaftsrechts

Wie unten noch darzulegen ist, beruht die Übernahme der Anteile an der Uniper SE auf der öffentlich-rechtlichen Rechtsgrundlage des § 29 Abs. 1 S. 1 EnSiG (s. sogleich III.).

Gem. § 29 Abs. 2 EnSiG finden im Falle der Durchführung von Stabilisierungsmaßnahmen im Sinne dieser Norm zahlreiche Modifikationen des Gesellschaftsrechts statt. Gem. § 29 Abs. 1 2 Nr. 2 EnSiG i.V.m. § 7d S. 1 WStBG werden die Vorschriften des AktG über verbundene Unternehmen für diese Durchführung nicht angewendet. Das Konzernrecht wird damit weitgehend ausgeschaltet.

Aus dieser privatrechtsgestaltenden Norm ist zu schließen, dass der Gesetzgeber dem Bund zum Zwecke der zu sichernden Versorgungssicherheit und der Stabilisierung des Unternehmens weitgehende Handlungsfreiheit gewähren will. Die

²⁹ Müller, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, GesamHrsg: Henssler, Hrsg: Spindler/Stilz, Stand: Aufl. 2022, AktG § 311 Schranken des Einflusses, Rn. 4.

³⁰ BeckOGK/Fleischer, 1.7.2022, AktG § 84 Rn. 180, 182.

Kontrolle soll nicht eingeschränkt werden, sondern ausgeweitet werden. Es wurde dargestellt, wie weitreichend die Kontrollmöglichkeiten bereits mit dem Konzernrecht sind. Unter Ausschaltung der zentralen Vorschriften dürfte der Bund damit abweichend von §§ 291 ff., 311 ff. AktG zusätzlich auch ohne Beherrschungsvertrag Weisungen nach der o.g. Definition erteilen können.

5. Fazit

Der Bund hat sowohl über klassische gesellschaftsrechtlich gebilligte Einflussmöglichkeiten (Maßnahmen der Hauptversammlung) als auch über das modifizierte Konzernrecht aus gesellschaftsrechtlicher Sicht weitgehende Freiheit bei der Gestaltung und Führung der Geschäfte der Uniper SE.

III. Gesetzliche Festlegung möglicher und notwendiger Einflussnahme nach EnSiG

Nach dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) und der sog. Zweistufentheorie entsprechend richtet sich zwar die Durchführung der privatrechtlichen Betätigung, also die Teilnahme der Uniper SE am Rechtsverkehr, nach dem soeben begutachteten Gesellschaftsrecht. Die Frage nach dem Ob der Betätigung ist allerdings wohl zusätzlich durch das öffentliche Recht zu bestimmen. Mit Ausnahme von Maßnahmen der reinen Leistungsverwaltung wäre dann eine Rechtsgrundlage erforderlich. Das öffentlich-rechtliche Dürfen des Bundes wird im Folgenden dargelegt.

1. Rechtsgrundlage und Anwendungsbereich

Die Rechtsgrundlage für Stabilisierungsmaßnahmen, die insbesondere einen Erwerb von Unternehmensanteilen vorsehen, ist § 29 Abs. 1 EnSiG.

a) Stabilisierungsmaßnahmen

Stabilisierungsmaßnahmen im Sinne des Gesetzes sind alle Maßnahmen, die der Sicherung oder Wiederherstellung einer positiven Fortbestehensprognose nach § 19 Absatz 2 der Insolvenzordnung oder der Durchfinanzierung der Abwicklung des Unternehmens dienen. Ein kausaler Zusammenhang ist nicht notwendig, die Sicherungsmaßnahme muss das Ziel lediglich fördern.³¹ Eine positive Fortbestehensprognose ist gegeben, wenn die Fortführung des Unternehmens in den nächsten zwölf Monaten nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist.

Die Uniper SE muss gegenüber ihren Gaskunden bestehende Lieferverpflichtungen bedienen, während die eigene, einkalkulierte Gasdeckung wegen des Lieferstopps russischen Gases nicht vorhanden ist. Das Unternehmen hat folglich diese Gasmengen am Spotmarkt zu erwerben, der zurzeit Gaserwerb nur zu erheblich

³¹ vgl. Bt-Drs. 20/2664 S. 21.

höheren Preisen ermöglicht. Folge dieser Geschäfte sind hohe Verluste, die ohne Maßnahmen zu einer Insolvenz des Unternehmens führen dürften.³²

Eine Übernahme der Anteile zu 99 Prozent durch den Bund und damit Erwerb der gesellschaftsrechtlichen Kontrolle wie oben dargestellt (s. unter III.) als Teil eines Rekapitalisierungspaketes erscheint als geeignet, die genannte Prognose zu erfüllen. Die Kontrollübernahme steht in direktem Zusammenhang mit Maßnahmen zur Sicherung der Zahlungsfähigkeit. Um den zweckgerichteten Einsatz der Mittel steuern und überwachen zu können, ist eine Beherrschung des Unternehmens durch den Bund sinnvoll und angesichts der vergangenen riskanten Importpolitik des Unternehmens auch geboten.

Die Anteilsübernahme fördert damit die positive Fortbestehensprognose. Es handelt sich um eine Sicherungsmaßnahme.

b) Betreiben kritischer Infrastruktur

Kritische Infrastrukturen im Sinne von § 29 Abs. 1 S. 1 EnSiG i.V.m. § 2 Abs. 10 S. 1 BSI-Gesetz sind Einrichtungen, Anlagen oder Teile davon, die insbesondere dem Sektor Energie angehören und von hoher Bedeutung für das Funktionieren des Gemeinwesens sind, weil durch ihren Ausfall oder ihre Beeinträchtigung erhebliche Versorgungsengpässe oder Gefährdungen für die öffentliche Sicherheit eintreten würden. Nähere Bestimmungen gelten gem. § 2 Abs. 10 S. 2 BSI-Gesetz durch die BSI-KritisV (dort: § 2 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Anhang 1 BSI-KritisV). Diese Tatbestandsmerkmale dürften, soweit ersichtlich, bei Uniper SE erfüllt sein. Das gleiche gilt für das „Betreiben“ selbst oder durch verbundene Unternehmen im Sinne von § 15 AktG.

c) Antrag

Am 8.7.2022 gibt Uniper SE bekannt, einen Antrag nach § 29 Abs. 1 S. 1 EnSiG gestellt zu haben.

§ 29 EnSiG ist damit hinsichtlich der Stabilisierungsmaßnahmen die Uniper SE betreffend anwendbar.

2. Flankierendes Recht

Das Wirtschaftsstabilisierungsbeschleunigungsgesetz (WStBG) sieht Anpassungen des Gesellschaftsrechts vor, die eine reibungsärmere Durchführung von staatlichen Stützmaßnahmen für Unternehmen gewährleisten sollen. Insbesondere

³² vgl. Warum Uniper staatliche Hilfe benötigt, abrufbar unter <https://www.capital.de/wirtschaft-politik/gas-krise--warum-uniper-staatliche-hilfe-benoetigt-32503268.html> (2.12.2022); *tagesschau.de*, Bund könnte Uniper-Mehrheitseigner werden, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/unternehmen/uniper-verstaatlichung-bund-mehrheitsaktionae-101.html> (2.12.2022).

erklärt sich das Gesetz für anwendbar, wenn eine Rekapitalisierung nach § 22 des Stabilisierungsfondsgesetzes (StFG) durchgeführt wird. § 22 Abs. 1 S. 2 StFG ermächtigt den Wirtschaftsstabilisierungsfonds (WSF) zur Übernahme von Anteilen an Unternehmen. Bei den angekündigten Maßnahmen der Bundesregierung handelt es sich allerdings nicht um Maßnahmen mithilfe des WSF (wie 2020/2021 im Hinblick auf die Lufthansa), sondern eine direkte Übernahme durch den Bund.

Um die gesellschaftsrechtlichen Erleichterungen auch für diesen Fall der Stabilisierung nach dem EnSiG nutzen zu können, erklärt das EnSiG zahlreiche Normen des WStBG für entsprechend anwendbar, teils unter abweichenden Maßgaben.

3. Öffentlich-rechtliche Handlungsbefugnisse des Bundes bei und nach Übernahme

Eine ausdrückliche gesetzliche Handlungsvorgabe des Bundes ist in den einschlägigen Stabilisierungsgesetzen nicht ersichtlich. Einen Bedingungskatalog wie in § 25 StFG ist nicht enthalten. Es handelt sich bei § 29 Abs. 1 EnSiG mithin um eine weite, generalklauselartig gefasste Rechtsgrundlage.

a) Spezielle EnSiG-Vorgaben fehlen

Ausgangspunkt und Telos der Rechtsgrundlage ist jedoch, dass die Stabilisierungsmaßnahmen eine positive Fortbestehensprognose des Unternehmens fördern können (s. bereits oben), d.h., sie müssen dazu dienen, dass das Unternehmen mindestens 12 Monate fortbesteht. Der Eingriff des Staates in den Markt und die so beschaffene „Rettung“ eines Unternehmens rechtfertigt sich dadurch, dass das Gesetz Unternehmen, auf die es anwendbar ist, als kritische Infrastrukturen ansieht, die von hoher Bedeutung für das Funktionieren des Gemeinwesens sind, weil durch ihren Ausfall oder ihre Beeinträchtigung erhebliche Versorgungsengpässe oder Gefährdungen für die öffentliche Sicherheit eintreten würden (§ 29 Abs. 1 S. 1 EnSiG i.V.m. § 2 Abs. 10 BSI-Gesetz). Das Gesetz dient mithin dazu, die Deckung des lebenswichtigen Bedarfs an Energie zu sichern (§ 1 Abs. 1 EnSiG).

Die Zeitspanne der Maßnahmen, die das Gesetz adressiert, ist kurz- bis mittelfristig. Die Maßnahmen sollen durch den Verweis auf das WStBG so schnell wie möglich greifen können (Kurzfristigkeit) und darüber hinaus einen Fortbestand von mindestens 12 Monaten sichern. Die Ermächtigung zu Stabilisierungen läuft mit Ablauf des 31. Dezember 2027 aus (§ 29 Abs. 8 EnSiG).

Materiell-rechtliche Gegenspieler dieser Normen sind u.a. die Berufs- und Eigentumsfreiheit der betroffenen Unternehmen und Wettbewerber aus Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 GG.

Wie bereits erwähnt, ist die Ermächtigungsgrundlage des § 29 Abs. 1 EnSiG außerordentlich weit gefasst, was sich auch aus einem Abgleich mit der ähnlichen

Rechtsgrundlage des § 22 Abs. 1 StFG ergibt. Die Wertungen des EnSiG haben daher tendenziell einen höheren Einfluss auf die konkrete Wahl der Stabilisierungsmaßnahmen.

Aus diesen teleologisch-systematischen Erwägungen folgt zunächst, dass Maßnahmen, die vorrangig der wirtschaftlichen Lebensfähigkeit des Unternehmens und damit mittelbar der kurz- und mittelfristigen Versorgungssicherheit dienen müssen, unzweifelhaft zulässige Maßnahmen sind. Maßnahmen, die über dieses Ziel hinauschießen, einen Doppelzweck innehaben oder nicht ohne weiteres der positiven Fortbestehensprognose dienen, bedürfen einer näheren Prüfung.

Fraglich ist insoweit, ob § 29 Abs. 1 S. 2 EnSiG mit „Durchführung der Stabilisierungsmaßnahmen“ lediglich die Akte der Rekapitalisierung, Übernahme der Anteile und eine Stabilisierung im engeren Sinne betrifft oder ob damit auch die Ausübung des beherrschenden Einflusses und alle weiteren Beziehungen des zu stabilisierenden Unternehmens zum Bund erfasst sind.

Diese Frage muss hier jedoch nicht entschieden werden, soweit es sich bei der Ausübung des beherrschenden Einflusses um solche Handlungsweisen handelt, die sowohl dem Gesetzeszweck dienen und zugleich daneben weitere öffentliche Ziele begünstigen.

Maßnahmen, die dem Fortbestehen des Unternehmens dienen, können nicht nur deshalb untersagt sein, weil sie auch weitere legitime Zwecke verfolgen. Dies rechtfertigt sich u.a. auch daraus, dass die Maßnahmen zur Erreichung einer positiven Fortbestehensprognose explizit nur mitkausal sein müssen.³³

In Rede stehen hier Weisungen, die dazu dienen sollen, dass Uniper SE sich zum einen nicht an neuen Gasexplorationen direkt oder indirekt beteiligt und zudem sein fossiles Gasportfolio Paris-konform reduziert.

Maßnahmen, die einer Ausrichtung des Unternehmens an einer postfossilen Wirtschaft dienen und die Kompatibilität mit dem Pariser Erderwärmungsziel herstellen sollen, können als solche Maßnahmen mit Doppelwirkung angesehen werden. Sie werden jedenfalls mittelfristig wirksam sein wegen der benötigten und erwarteten schneller werdenden Transformation. Sie können jedoch auch als originär wirtschaftliche Maßnahmen anzusehen sein, indem mittels der verstärkten Ausrichtung auf etwa erneuerbare Energien oder Speichertechnologien eine höhere Unabhängigkeit von fossilen Energieträgern und deren Lieferanten erreicht wird. Risikofehleinschätzungen oder der *Moral Hazard*-Effekt, der sich möglicherweise

³³ so auch die Gesetzesbegründung vgl. Bt-Drs. 20/2664 S. 21. Auch wenn dies dort die Prognoseanforderungen erleichtern sollte, schließt dies weiter verfolgte Zwecke nicht aus.

vorliegend durch die Übernahme durch den Bund realisiert, werden damit vermieden. Die Maßnahmen sind auch aus Sicht eines vernünftig wirtschaftenden Unternehmens dem nachhaltigen Fortbestand dienend.

Auch bei einer engen Auslegung des § 29 Abs. 1 S. 1 EnSiG sind daher Stabilisierungsmaßnahmen hin zu einer nichtfossilen Ausrichtung des Unternehmens möglich.

b) Vergleich mit ähnlichen Gesetzen

Ähnlich verfasst ist das RettungsgG³⁴, das zwar weitergehend eine Enteignung gem. Art. 14 Abs. 3 GG vorsieht, aber insoweit zu einem ähnlichen tiefgehenden Einfluss des Bundes auf betroffenen Unternehmen führt. Dort ist ein ähnliches Ziel der Enteignung die „nachhaltige Stabilisierung“, nach der gem. § 6 Abs. 2 RettungsgG das Unternehmen unverzüglich zu reprivatisieren ist. Handlungsvorgaben während der übernommenen Zeit sind nicht speziell kodifiziert.

Das StFG, das keine direkte Beteiligung des Bundes, sondern des WSF vorsieht, ermächtigt und verpflichtet für den Regelfall zur Stellung von Bedingungen gem. § 25 Abs. 3 StFG, die für Stabilisierungsmaßnahmen zu stellen sind. Hierunter fallen u.a. die „Verwendung der aufgenommenen Mittel“ sowie „sonstige Bedingungen, die zur Sicherstellung des Zweckes dieses Abschnitts nach Absatz 2 zweckmäßig sind“. Diese sind gem. § 25 Abs. 2 S. 2 StFG solche, die „insbesondere einen Beitrag zur Stabilisierung von Produktionsketten und zur Sicherung von Arbeitsplätzen leisten.“ Damit können Bedingungen und Auflagen gemacht werden, die sowohl den Akt der Übernahme als auch die Fortführung der Geschäfte nach der Übernahme betreffen.

Auch dies legt nahe, dass Maßnahmen nach § 29 EnSiG dem Bund große Freiheiten für Bedingungen zur Übernahme und dem Einfluss im weiteren Verlauf bieten.

c) Gesetzeshistorie

Die Einführung des § 29 EnSiG erfolgt nur kurz nach der ersten Novellierung des EnSiG 1975, nachdem festgestellt wurde, dass der „Werkzeugkasten“³⁵ angesichts der sozialen Belastung von Maßnahmen nach §§ 24 und 26 EnSiG nicht ausreichend ist. Mit § 29 EnSiG wurde dies nachgebessert und dieser in ein Vorrangverhältnis vor die beiden anderen Vorschriften gestellt.³⁶ Das zeigt, dass es dem Gesetzgeber auf eine Sicherung einschlägiger Unternehmen in besonders kurzer Zeit ankam und sich angesichts der Volatilität der Lage weitgehende Handlungsoptionen offenhalten wollte. Zum Zeitpunkt des Gesetzeserlasses bis zum Redaktionsschluss dieses Gutachtens findet der Angriff Russlands auf die Ukraine

³⁴ Gesetz zur Rettung von Unternehmen zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Rettungsübernahmegesetz)

³⁵ Bt.-Drs. 20/2664, S. 7.

³⁶ Bt.-Drs. 20/2664, S. 21 ff.

weiterhin statt, eine Gasknappheit auf dem europäischen Markt besteht weiterhin und Energieträgerpreise sind weiterhin auf einem historisch hohen Niveau.

e) Bestehende Unternehmensbeschaffenheit

Uniper SE erklärt vor der Übernahme: „Wir beabsichtigen, unser Stromgeschäft in Europa bis 2035 klimaneutral zu gestalten.“³⁷ „Klar ist: Dazu müssen wir aus der Kohle aussteigen und unsere Gaskraftwerke umbauen.“³⁸ Soweit die Maßnahmen des Bundes das Fortbestehen oder die tatsächliche Absicherung dieser Absicht vorsehen, dürfte nicht einmal ein relevanter Eingriff in die Geschäftspolitik vorliegen.

Unser Fokus ist die Dekarbonisierung

Alle Geschäftsbereiche im Portfolio von Uniper haben zwei Hauptaufgaben: Versorgungssicherheit gewährleisten und die Energiewende vorantreiben. Dafür erzeugen wir nicht nur Strom in Europa. Wir handeln weltweit mit Energie. Wir verkaufen Strom, Erdgas und Wärme in großen Mengen an Industrie-unternehmen und Versorgungsbetriebe.

→ Erfahren Sie mehr über unser Unternehmensportfolio

 11,500
Beschäftigte

 2035
CO2-neutral bis 2035

40
Aktiv in mehr als 40 Ländern

33 GW
Stromerzeugungskapazität

Abbildung 2: Statement Uniper SE. Quelle: <https://www.uniper.energy/de> (16.11.2022)

4. Originär-hoheitliche Leitmaßnahmen nach § 29 Abs. 1 S. 1 EnSiG

Entsprechend der Gesetzessystematik der übrigen Rettungsgesetze, die ausdrückliche Rettungsbedingungen und -auflagen vorsehen (s. bereits oben und bspw. § 25 Abs. 3 StFG), ist davon auszugehen, dass die Generalklausel des § 29 Abs. 1 S. 1 EnSiG auch Auflagen im Sinne von originären Hoheitsakten umfassen. Diese sind von den bloßen Ausübungen des Gesellschaftseinflusses, der sich an die (modifizierten) gesellschaftsrechtlichen Regeln zu halten hat, zu unterscheiden. Eine solche Maßnahme könnte bspw. die die öffentlich angekündigte Bedingung sein, die Schadensersatzklage gegen die Niederlande fallen zu lassen.

Zwar könnte man argumentieren, dass bei voller Übernahme eines Unternehmens ein weiterer hoheitlicher Einfluss nicht notwendig sei und derartige Maßnahmen durch den beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft geltend gemacht werden können. § 29 Abs. 1 S. 1 EnSiG ist allerdings nicht nur auf eine vollständige Übernahme, sondern auf eine umfassende Palette von Rekapitalisierungsmaßnahmen zugeschnitten, die nicht immer beherrschenden Einfluss auf die jeweiligen Unternehmen bedeuten (s. bspw. die genannten Maßnahmen in § 29 Abs. 3 Nr. 1 Uabs. 1; Nr. 14 EnSiG). Die Möglichkeit, durch Kapitalerhöhung ohne überwiegenden Anteilserwerb ein Unternehmen schlicht kurzfristig zu stabilisieren und keine Kontrolle über die Verwendung der Mittel zu haben, wäre nicht denkbar. Außerdem ist die gesellschaftsrechtliche Einflussausübung auf das Unternehmen an formale

³⁷ <https://www.uniper.energy/de/ueber-uniper> (16.11.2022)

³⁸ <https://www.uniper.energy/de/ueber-uniper/unsere-strategie> (16.11.2022).

Vorgänge wie die Hauptversammlungsausübung gebunden, womit Auflagen oder Bedingungen nach § 29 Abs. 1 S. 1 EnSiG Zeitersparnisse bewirken können.

Dagegen steht auch nicht die Erwägung, dass im parallelen § 25 Abs. 3 Nr. 9 StFG eine Verpflichtungserklärung durch das Unternehmen auf Einhaltung der Maßnahmen abzugeben ist. Daraus könnte man schließen, dass eine Setzung von Bedingungen nur über eine Eigenbindung des Unternehmens geschehen darf, wie in dem Falle einer Verpflichtungserklärung. Deren Rechtsnatur ist allerdings bereits unklar und reduziert sich vermutlich auf eine reine Informationswirkung.³⁹ Nach § 25 Abs. 3 S. 3 StFG sind die Auflagen ohnehin per Vertrag, Selbstverpflichtung oder Verwaltungsakt festzulegen.

Diese Befugnis ist nach alledem auch in § 29 Abs. 1 S. 1, 2 EnSiG zu sehen. Öffentlich-rechtlichen Maßgaben etwa in Form weisungsersetzenden Verwaltungsakten sind bei der Geschäftsleitung durch den Vorstand absolut zu beachten und schränken § 76 AktG ein.

Auch wenn angesichts der potenziell starken Belastung des Bundeshaushaltes durch Stabilisierungsmaßnahmen nach dem EnSiG und vor dem Hintergrund eines „Eingriffes“ in privatwirtschaftlich verfasste Unternehmen und den Wettbewerb die Bestimmtheit der Norm des § 29 EnSiG kritisch zu betrachten ist,⁴⁰ dürfte angesichts der dynamischen Situation zumindest derzeit eine wirksame und effektive Ermächtigungsgrundlage gegeben sein.

5. EU-rechtlicher Rechtsrahmen

Das EU-Beihilferecht regelt das Spannungsfeld zwischen dem Schutz des Marktes vor dem Staat und einem notwendigen Schutz des Marktes durch den Staat. Nach dem weiten Beihilfebegriff sind Beihilfen im Sinne von Art. 107 AEUV die Gewährung direkter oder indirekter Leistungen ohne marktadäquate Gegenleistungen. Verboten sind Beihilfen, wenn sie den Wettbewerb verzerren.

Insofern sind die staatlichen Maßnahmen zur Anteilsübernahme von Uniper am EU-Beihilferecht zu messen. Das Stabilisierungspaket inklusive einer Kapitalerhöhung sowie der jüngsten vollständigen Anteilsübernahme dürfte eine staatliche Leistung darstellen, die angesichts der Schieflage der Uniper SE kein natürliches

³⁹ vgl. *Hasselbach/Alles*, *Hasselbach/Alles*: Die Verpflichtungserklärung gegenüber dem Wirtschaftsstabilisierungsfonds, NZG 2020, 727, 728.

⁴⁰ Nach der Rechtsprechung sind die Anforderungen des Gesetzesvorbehalts an die Regelungsdichte und die Bestimmtheit des Gesetzes in Konstellationen der Leistungsverwaltung regelmäßig geringer als in denen der Eingriffsverwaltung. Deshalb kann nach Ansicht der Rechtsprechung insbesondere das Haushaltsgesetz als gesetzliche Grundlage für entsprechende Leistungen genügen (vgl. BVerwGE 6, 282 (287 f.); 18, 352 (353) 58, 45 (48); 104, 220 (222); Maunz/Dürig/Grzeszick, 89. EL Oktober 2019, GG Art. 20 VI. Rn. 118). Gleichwohl handelt es sich hier bei den Maßnahmen nach § 29 EnSiG nicht um reine Handlungen der Leistungsverwaltung.

Marktverhalten, die übernommenen Risiken also nicht von marktadäquaten Gegenleistungen gedeckt wären. Zu begutachten wäre insofern jede Einzelmaßnahme und ihre Auswirkungen, was den Gutachtenrahmen überschreiten würden. Im Folgenden wird eine kursorische Prüfung der Rahmenbedingungen vorgenommen, die die grundsätzliche Frage nach der Möglichkeit von Klimaschutzmaßnahmen im Falle der Uniper SE beantworten sollen.

Zunächst ist bei der vollen Anteilsübernahme zu berücksichtigen, dass gem. Art. 345 AEUV die Eigentumsrechtsordnung von den Mitgliedsstaaten definiert wird. Diese Norm sieht nach Auffassung der Kommission eine Neutralität der EU-Verträge gegenüber nationalen Verstaatlichungen vor.⁴¹ Allerdings wird differenziert zwischen der grundsätzlichen Entscheidung zur Verstaatlichung und den konkreten Ausführungsmaßnahmen.⁴² Erstere ist in Staatenhand zu belassen, hinsichtlich der letzteren ist das EU-Recht zu beachten. Ebenso ist zu berücksichtigen, dass mittelbar staatliche Handlungen durch die Uniper SE in Staatshand selbst Beihilfen sein können.

Die Bundesregierung hat bezüglich der beabsichtigten Stabilisierungsmaßnahmen die Kommission gem. Art. 108 Abs. 3 AEUV notifiziert.⁴³ Die Kommission hat anschließend das Vorliegen und die Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Binnenmarkt zu prüfen. Bis dahin und sofern die Prüfung negativ ausfällt, dürfen die Maßnahmen gem. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV nicht umgesetzt werden. Die Prüfungen der Kommission dauern bis Redaktionsschluss des Gutachtens an.

Sofern die Kommission die Stabilisierungsmaßnahmen genehmigt, wäre zu fragen, ob Klimaschutzmaßnahmen wie die untenstehenden von der EU-rechtlichen Genehmigung umfasst wären.

Dies beurteilt sich bei den vorliegenden Maßnahmen, die aufgrund der wirtschaftlichen Krisensituation veranlasst sind, zunächst gem. Art. 107 Abs. 3 lit. b) Var. 2 AEUV, nachdem eine Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats eine Rechtfertigung sein kann.

Sofern die Klimaschutzmaßnahmen bei der Stabilisierung der Uniper SE ein Nebenzweck darstellen, die nicht über die Erreichung des Veranlassungszweckes hinausgehen, dürfte eine Vereinbarkeit mit Art. 107 Abs. 3 lit. b) Var. 2 AEUV gegeben sein.

Darüber hinausgehende Maßnahmen bedürfen einer weiteren Prüfung. Für die Handhabung von Maßnahmen unter dieser Norm hat die Kommission Leitlinien

⁴¹ vgl. Groeben, von der/Schwarze/Bertold Bär-Bouyssière, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 345 Rn. 12.

⁴² vgl. Groeben, von der/Schwarze/Bertold Bär-Bouyssière, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 345 Rn. 18.

⁴³ *BMF*, [Fn., 5].

herausgegeben. Dies sind zunächst die „Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten“, (Mitt. d. KOM 2014/C 249/01, i.F.: Leitlinien Rettung). Diese Leitlinien sind nicht verbindlich, erläutern aber, wie die Kommission sich infolge einer Notifizierung entscheiden wird.

Danach sind sog. Umstrukturierungsbeihilfen unter weiteren Bedingungen zulässig, die „eine dauerhaftere Unterstützung“ des Unternehmens darstellen und „der Wiederherstellung der langfristigen Rentabilität des begünstigten Unternehmens“ dienen (Ziff. 27 Leitlinien Rettung). *Vorübergehende* Umstrukturierungshilfen dürfen nur an KMU vergeben werden, wovon Uniper nicht erfasst ist. Zur Erfüllung der nachhaltigen Umstrukturierung dürfen Umstrukturierungsbeihilfen „sich nicht auf finanzielle Eingriffe zur Deckung früherer Verluste beschränken, ohne dass die Ursachen dieser Verluste angegangen werden“ (Ziff. 45 Leitlinien Rettung). Nach Ziff. 9 hat die Kommission das Problem des sog. Moral Hazards erkannt und Unternehmen können daher nur einen einzigen Umstrukturierungsvorgang erhalten (Ziff. 70), da wiederholte staatliche Eingriffe „mit großer Wahrscheinlichkeit zu Problemen im Zusammenhang mit dem moralischen Risiko und zu Wettbewerbsverfälschungen“ führen würden (Ziff. 70).

Danach erscheinen Maßnahmen, die die Ausrichtung des Unternehmens an einem Paris-kompatiblen THG-Reduktionspfad vorsehen, nicht nur zulässig, sondern geradezu geboten. Kernproblem Unipers war es, unter Außerachtlassung der schwebenden Risiken beim Russlandgeschäft das Unternehmen fast vollständig an die Rentabilität von fossilen Energien zu koppeln. Langfristige Lieferverträge, die den Bezug von fossilen Energieträgern vorsehen, die über einen Paris-kompatiblen Reduktionspfad hinausgehen, sind nicht zuletzt wegen der verfassungsrechtlichen Unausweichlichkeit (s. sogleich unter 3.) der Emissionsreduktion bereits jetzt ein großes betriebswirtschaftliches Risiko. Ferner ist es ein inhärentes Problem in der Wertschöpfungskette der fossilen Energieträger, sich in wirtschaftliche Abhängigkeiten begeben zu müssen, sowohl betriebs- als auch volkswirtschaftlich. Daher wird sowohl eine private als auch staatliche Verlagerung des Energiebezugs weg von schwer einzuschätzenden, autokratischen Regimes hinzu einer Stärkung der Energieautarkie durch (dezentrale) Erneuerbare erfolgen. Hinzu kommt die angekündigte EU-Politik, die eine vollständige Unabhängigkeit von russischem Gas vorsieht (Mitt. d. KOM COM/2022/108 final, „REPowerEU“).⁴⁴

Eine nachhaltige Umstrukturierung, wie sie das EU-Beihilferecht voraussetzt, kann daher nur eine solche Umgestaltung der Uniper SE sein, die das Unternehmen am Pariser Abkommen ausrichtet und den Bezug von fossilen Energien drastisch begrenzt. Die Bundesregierung würde andernfalls sogar unionsrechtswidrig handeln.

⁴⁴ s. dazu auch Gemeinsames europäisches Vorgehen für erschwinglichere und sichere Energie, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_1511 (02.12.2022).

Entsprechend verlangt die Kommission, dass die Regierung einen „realistischen, kohärenten und weitreichenden Umstrukturierungsplan zur Wiederherstellung der langfristigen Rentabilität des begünstigten Unternehmens vorlegt“. Bestandteil dessen wäre etwa „die Reorganisation und Rationalisierung der Tätigkeiten des jeweiligen Unternehmens auf einer effizienteren Grundlage, was im Allgemeinen den Rückzug aus defizitären Geschäftsbereichen bedeutet, die Umstrukturierung von Geschäftsbereichen, die wieder wettbewerbsfähig werden können, oder in manchen Fällen eine Diversifizierung durch Aufnahme neuer rentabler Tätigkeiten“ (Ziff. 45 Leitlinien Rettung). Danach ist sowohl der Rückzug aus dem defizitären Gasgeschäft als auch die Ausrichtung auf erneuerbare Energien gedeckt.

Bei der Übernahme der ehem. Gazprom Germania GmbH (nun SEFE GmbH) hat die Kommission unter der Vorlage eines solchen Plans und den skizzierten Voraussetzungen aus den Leitlinien Rettung gebilligt.⁴⁵ Ferner hat sie dort die 2022 neu erlassenen „Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen“ (2022/C 80/01 – i.F. Leitlinien Klima) berücksichtigt, die eine Handhabung von Beihilfen unter Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV („Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete“) behandeln. Angesichts der Bedeutung der Uniper SE für die erneuerbaren Energien⁴⁶ und des Förderungszweckes der „Verringerung und Abbau von Treibhausgasemissionen“ (Ziff. 77 ff. Leitlinien Klima) ist eine Handhabung der Stabilisierungsmaßnahmen auch unter dieser Voraussetzung rechtlich nicht zu beanstanden.

6. Fazit zum öffentlich-rechtlichen Rechtsrahmen

Dem Bund stehen bei Übernahme und für die Ausübung der weiteren gesellschaftsrechtlichen Befugnisse weitgehende Handlungsmöglichkeiten offen. Inhaltlich gerechtfertigt sind auch aus öffentlich-rechtlicher Sicht jedenfalls solche, die eine Ausrichtung des Konzerns auf eine postfossile Wirtschaftsstruktur vorsehen. Aus EU-rechtlicher Sicht erscheint eine solche Umstrukturierung des Unternehmens geradezu geboten, um eine rechtmäßige beihilferechtliche Genehmigung von der Kommission zu erlangen.

⁴⁵ Staatliche Beihilfen, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_6823 (02.12.2022).

⁴⁶ s. beispielsweise die Auswirkungen einer erhöhten Gaskapazität auf die damit einhergehende Beschneidung von Erneuerbaren, *Aurora Energy Research*, Impact of lower financing costs of gas on low-carbon alternatives, abrufbar unter https://www.greenpeace.de/publikationen/EU_Taxonomic%20Experte%20GAS.pdf S. 17.

IV. Materielle Spielräume und Einflusspflichten

1. Spielraum nach dem oben Dargestellten

Sowohl aus gesellschaftsrechtlicher als auch aus öffentlich-rechtlicher Sicht stehen dem Bund bei der Umsetzung von klimaschützenden Entscheidungen in der Geschäftsführung von Uniper SE keine rechtlich relevanten Hürden entgegen. Speziell der bewusste Zuschnitt des Privatrechts auf die Handlungsfähigkeit des Bundes bei Verstaatlichung durch das WStFBG verdeutlicht dies. Wenn der Bund nicht über das Gesellschaftsrecht das Unternehmen beeinflussen will, dann kann dieser Bedingungen nach § 29 EnSiG als Verwaltungsakte erlassen (hoheitliche Maßnahmen). Es wäre nach dem gesellschaftsrechtlichen Legalitätsgrundsatz sodann eine Geschäftsführungspflicht des Vorstandes, den Bestimmungen der Bedingungen nachzukommen. Angesichts der weitgehenden Ausschaltung des Konzernrechts im Anwendungsbereich des § 29 Abs. 1 EnSiG wären auch tiefgehend nachteilige Entscheidungen für die Uniper SE möglich. Nach § 29 Abs. 1 EnSiG i.V.m. § 19 Abs. 2 InsO ist sogar die Abwicklung des Unternehmens vorstellbar.

Darüber hinaus wird im Folgenden zu zeigen sein, dass nicht nur die *Möglichkeiten* des Einflusses bestehen, sondern gesellschaftsrechtliche, verfassungsrechtliche und völkerrechtliche Maßgaben die Bundesregierung zur klimafreundlichen Ausrichtung der Uniper SE *verpflichten* können.

2. Handels- und Gesellschaftsrechtliche Klimapflichten

Originär privatrechtliche Klimapflichten aus dem deutschen Handels- und Gesellschaftsrecht haben durch die EU-rechtliche Regulierung zum Thema Corporate Social Responsibility sowie Corporate Sustainability Due Diligence in jüngster Zeit einen neuen Impuls bekommen. Welche Pflichten sich hieraus für die Uniper SE in Bundeshand ergeben können, wird nachfolgend skizziert.

a) Verkehrssicherungspflichten

Die Uniper SE verursachte nach eigenen Angaben durch ihre Geschäftstätigkeiten einen Fußabdruck von 561 Mt CO₂e im Jahr 2021 über Scope 1 bis 3,⁴⁷ das entspricht etwa dem CO₂-Ausstoß Kanadas im selben Jahr (Platz 11 in der globalen Länderrangliste, 563,54 Mt).⁴⁸

⁴⁷ s. Nachhaltigkeitsbericht Uniper SE 2021, <https://www.uniper.energy/sites/default/files/2022-08/20220505-1700-28564-uniper-sr21-de%20%281%29.pdf> S. 21 f. (07.12.2022). Die Einteilung in Scopes gliedert sich grob wie folgt: Scope 1 beschreibt unmittelbare Emissionen aus dem eigenen Verbrauch fossiler Energieträger, Scope 2-Emissionen sind indirekte Emissionen aus dem Bezug von Energie, Scope 3-Emissionen sind indirekte Emissionen etwa aus der Lieferkette und der Produktnutzung.

⁴⁸ https://edgar.jrc.ec.europa.eu/report_2022#emissions_table (07.12.2022).

Das Unternehmen betreibt damit eine erhebliche (internationale) Gefahrenquelle für das Klima und hierdurch adäquat-kausal beeinträchtigte Rechtsgüter, die effektiv nur durch Uniper SE selbst, bzw. eine von innen heraus eingeleitete Konzerntransformation beherrscht werden kann.⁴⁹

Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung des BGH ist

“derjenige, der eine Gefahrenlage - gleich welcher Art - schafft, grundsätzlich verpflichtet, die notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung anderer möglichst zu verhindern. Die rechtlich gebotene Verkehrssicherung umfasst diejenigen Maßnahmen, die ein umsichtiger und verständiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält, um andere vor Schäden zu bewahren.“⁵⁰

Dies gilt auch für Kapitalgesellschaften des Privatrechts. Ausstoß von THG im Megatonnenbereich ist eine hinreichend präzise mess- und beschreibbare Gefahr für das Weltklima mit den bekannten kausalen Folgen. Die Gefahr der Uniper SE in staatengleichem Umfang für das Klima ist danach auf ein vernünftiges Maß zu reduzieren. Welcher Maßstab zur Verkehrssicherung anzulegen ist, kann die Klimawissenschaft beantworten. Danach erscheint zumindest die Befolgung des NZE-Szenarios der internationalen Energieagentur geboten, nach der keine weiteren Investitionen in neue Erschließungen von Gas- und Öl-Feldern oder der Gas- und Ölversorgung mehr erfolgen dürfen.⁵¹ Auf diese Festlegung hat sich auch das niederländische Bezirksgericht in Sachen Shell als Untermaß der Verhaltenspflichten bezogen.⁵²

b) Gesellschaftsrechtliche Klimapflichten aus deutschem und europäischem CSR-Recht

Das deutsche und europäische Gesellschafts- und Handelsrecht entwickelt sich zunehmend weg von einem reinen Organisations- hin zu einem Unternehmensregulierungsrecht in Bezug auf die gesellschaftlichen Implikationen unternehmerischen Handelns.

Aus § 289c Abs. 2 Nr. 1, 3 Nr. 1, 2 HGB, Art. 61 SE-VO ergibt sich etwa die Pflicht zur Vorlage von Konzepten und die Implementierung von due diligence-Verfahren in Bezug auf das Klima, ausdrücklich nach Abs. 1 Nr. 1 etwa im Hinblick auf Treibhausgasemissionen. “Konzepte” sind dabei die Maßnahmen, die ein Unternehmen ergriffen hat oder die Planung zur Erreichen derjenigen Ziele, die die

⁴⁹ vgl. hierzu *Verheyen/Peters*, [Fn. 23], 401, 404 ff.

⁵⁰ s. nur BGH NJW 2014, 2104, 2105 m. w. N.

⁵¹ *IEA*, Net Zero by 2050. A Roadmap for the Global Energy Sector S. 21.

⁵² Vgl. *Verheyen/Franke*, Deliktsrechtlich begründete CO₂-Reduktionspflichten von Privatunternehmen: Zum „Shell-Urteil“ des Bezirksgerichts den Haag, ZUR 2021, 624 ff.

nichtfinanziellen Belange dem Unternehmen abverlangen.⁵³ Damit untrennbar verbunden ist eine Pflicht zum aktiven, Paris-Ziel-konformen Klimamanagement.⁵⁴ Weitere Wertungen der EU-CSR-Richtlinie⁵⁵ und deren Umsetzung im HGB unterstreichen das Bild.⁵⁶

c) Vorschriften des AktG

Über § 93 AktG ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft gehalten, bei den Entscheidungen über diese Risiken die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Die Befugnis zur Leitung der Geschäfte nach § 76 AktG wird dadurch ebenso eingeschränkt, wie durch spezielle Sorgfaltspflichten, z.B. durch die o.g. Verkehrssicherungspflicht zum klimasorgfältigen Wirtschaften (s. unter a).

Daraus ergeben sich eine Reihe von Maßgaben: Über den Grundsatz der angemessenen Informationsaufbereitung entsteht eine Art Bösgläubigkeit der Uniper SE gegenüber den eigenen Klima-Implikationen. Entweder das Unternehmen ist sich hierüber vollständig im Bilde, oder aber es handelt nicht sorgfältig und ist daher rechtlich angreifbar.⁵⁷

Aus der Legalitätspflicht ergibt sich auch weiter die Pflicht, die materiellen Wertungen der Vorschriften der CSR-Richtlinie (bzw. deren Umsetzung im HGB) zu beachten, auch wenn diese (derzeit noch) keine effektiv wirksamen Sanktionen vorsehen. Zentrale Wertung hier ist bspw. "bestehende und potenzielle negative Auswirkungen [der Geschäftstätigkeit] zu erkennen, zu verhindern und abzuschwächen" (Erwgg. (6) CSR-RL).⁵⁸

Über § 93 Abs. 1 AktG sind mindestens allgemein diejenigen Handlungen für eine AG bzw. SE rechtlich verpflichtend, die ein "rechtsethisches Minimum" darstellen, das jedem einleuchten muss. Auch ist hierdurch ein selbst gesetzter Sorgfaltsmaßstab ernst zu nehmen.⁵⁹ Angesichts der katastrophalen Folgen des Klimawandels ist die Führung eines Unternehmens unter Ausblendung eines Paris-kompatiblen unternehmerischen Reduktionspfad hiernach schwerlich vorstellbar.

Auch aus weiteren Grundsätzen der AG- bzw. SE-Geschäftsleitung sowie aus § 2 Abs. 2 iVm §§ 3 ff. LkSG ergeben sich weitere Pflichten, das Unternehmen auf einen Paris-kompatiblen Kurs zu bringen.⁶⁰ Unmittelbar wird durch Art. 19a Abs.

⁵³ MüKoHGB/Kajüter, 4. Aufl. 2020, HGB §§ 289b-289e Rn. 41..

⁵⁴ Verheyen/Peters, [Fn. 23], 401, 412.

⁵⁵ Richtlinie 2014/95/EU vom 22.10.2014.

⁵⁶ Verheyen/Peters, [Fn. 23], 401, 407 ff.

⁵⁷ Verheyen/Peters, ebd., 401, 413-414.

⁵⁸ Verheyen/Peters, ebd., 401, 415.

⁵⁹ Verheyen/Peters, ebd., 401, 417.

⁶⁰ s. hierzu Verheyen/Peters, ebd., 401, 416 bis 419.

2 (a) (iii) der kommenden Corporate Sustainability Reporting-Richtlinie⁶¹ sowie Art. 15 der Corporate Sustainability Due Diligence-Richtlinie⁶² die Pflichten geschärft, denn nach dem letztbenannten Art. werden Unternehmen „einen Plan festlegen [müssen], mit dem sie **sicherstellen**, dass das Geschäftsmodell und die Strategie des Unternehmens mit dem Übergang zu einer nachhaltigen Wirtschaft und der Begrenzung der Erderwärmung auf 1,5°C gemäß dem Übereinkommen von Paris vereinbar sind“ (eig. Hervorheb.).

d) Fazit zu unternehmerischen Klimapflichten

Bereits aus dem Gesellschafts- und Handelsrecht ergibt sich ein Kreis originärer Klimapflichten, die von den Privatrechtssubjekten im Anwendungsbereich zu beachten sind. Auch insoweit ist die Frage nach der Ausrichtung eines Unternehmens auf das Pariser Erderwärmungsziel nicht nur fakultativ, sondern obligatorisch.

3. Gebotener Einfluss aus Klimaschutzrecht

Wie bereits oben skizziert, ist der Bund abseits der Normierung seines Handelns durch die Ermächtigungsgrundlage nicht frei in dem, was dieser in Form einer privatrechtlichen Organisation unternimmt. Die Nutzung zivilrechtlicher Formen enthebt die staatliche Gewalt nicht von ihrer Bindung an die Grundrechte.⁶³ Die unmittelbare Bindung aller staatlichen Gewalt an die Grundrechte hängt daher weder von der Organisationsform ab, in der sie dem Bürger gegenübertritt, noch von der Handlungsform.⁶⁴ Daneben deckt Art. 20 Abs. 3 die vollständige Bindung der Exekutive an die Verfassung ab.⁶⁵

Beim staatlichen Handeln sind also sowohl die Grundrechte als auch sämtliche objektive Wertentscheidungen des Grundgesetzes handlungsleitend. Der Bund muss sich bei der Ausübung der Hoheitsgewalt bei der Übernahme und Geschäftsleitung der Uniper SE also auch von Art. 20a GG und den Grundrechten sowie dem Grundsatz des völkerrechtskonformen Verhaltens leiten lassen.

Der physikalische Sachverhalt des Klimawandels ist mit dem Beschluss des BVerfG vom 24.03.2022⁶⁶ zur Verfassungswirklichkeit geworden. Das BVerfG stellt hierzu fest, dass Art. 20a GG ein objektives Klimaschutzgebot enthält, das

⁶¹ COM/2021/189 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0189> (02.12.2022).

⁶² COM/2022/71 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0071&from=DE> (02.12.2022).

⁶³ BVerfG, v. 22. Februar 2011, 1 BvR 699/06, NJW 2011, 1201, Versammlungsfreiheit im Flughafen Rn. 46.

⁶⁴ BVerfG, v. 19. Juli 2016, 2 BvR 470/08, NJW 2016, 3153, Diskriminierende Preisgestaltung durch ein kommunales Freizeitbad Rn. 26.

⁶⁵ Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, 98. EL März 2022, GG Art. 20 Rn. 20.

⁶⁶ Az. 1 BvR 2656/18 u.A. – i.F. nur „Klimabeschluss“.

vom Gesetzgeber zu konkretisieren ist und auf die Zielvorgabe des Pariser Erderwärmungsziels aus Art. 2 Pariser Abkommen konkretisiert wurde (mittels § 1 S. 3 KSG)⁶⁷. Den Klimawandel auf deutlich unter 2,0 °C, möglichst aber 1,5 °C zu begrenzen ist daher mittels Art. 20a GG in der Summe der objektiven Wertentscheidungen des Grundgesetzes enthalten.

Die physikalischen planetaren Grenzen treibhausgasbezogenen Verhaltens sind damit anteilig rechtlich nachgezeichnet. Art. 20a GG setzt den CO₂-assoziierten Handlungsspielraum aller staatlichen Stellen sowie privater Akteure eine harte Bande: Die Reduktion von CO₂-Emissionen und damit die Einschränkung CO₂-relevanten Freiheitsgebrauchs ist „verfassungsrechtlich unausweichlich“.⁶⁸ Mit den vom BVerfG vorausgesetzten, künftigen drastischen Eingriffen – sollte es zu keiner schonenden Transition kommen – besteht differenziert abgestufter Verfassungsautomatismus,⁶⁹ der je nach Eskalationsstufe greift. Zentral steht an dieser Stelle das Klimaschutzgebot als Eingriffsrechtfertigung und -bedingung zugleich, dass alle staatlichen Stellen – auch den Bund sowohl als Administrativ- und als auch Legislativorgan – bindet.⁷⁰ Freiheitschancen sind gleichmäßig über die Zeit zu verteilen. Dem Staat und damit auch dem hier handelnden Bund kommt die harte Pflicht zu, „Vorkehrungen zur grundrechtsschonenden Bewältigung der später drohenden Reduktionslast zu treffen.“⁷¹

Hierzu stellte das BVerfG trotz der wichtigen Ordnungsfunktion des Staates fest, dass der Staat den Übergang zu einer klimaneutralen Gesellschaft nicht allein leisten kann (und muss), vielmehr Entwicklungen in großer Breite in Gang zu setzen sind und ein entwicklungsfördernder Planungshorizont geschaffen werden muss.⁷² Diese Transition ist eine globale und gesamtgesellschaftliche Aufgabe, die der Staat und diejenigen zu leisten haben, die einen signifikanten Einfluss auf das Klima ausüben. Sie ist zu leisten auf wissenschaftlicher Grundlage.⁷³ Wissenschaftlich-valide, aktuelle Klimaszenarien und -modelle sind die Orientierungspläne, die privaten Akteuren als Ausrichtungsmaßstab dienen können. Es besteht ein breites Angebot an Beratungsunternehmen, die die Paris-Konformität mit wissenschaftlichen Methoden nachweisen können.

⁶⁷ s. BVerfG Klimabeschluss, Rn. 208.

⁶⁸ s. BVerfG Klimabeschluss, Rn. 194.

⁶⁹ Aus dem Zusammenspiel von Klimaschutzgebot, eingriffsähnlicher Vorwirkung/Intertemporalität und grundrechtlichen Schutzpflichten, die den Staat unter unterschiedlichen Voraussetzungen zum Handeln veranlassen, vgl. auch Britz, NVwZ 2022, 825, 831 ff.

⁷⁰ Dies wird mitunter wenig dogmatisch begründet abgelehnt, vgl. dagegen aber Britz, NVwZ 2022, 825, 834.

⁷¹ BVerfG, v. 18. Januar 2022, 1 BvR 1565/21, NJW 2022, 844, Normierung eines Reduktionspfads für Treibhausgase durch Landesgesetzgeber Rn. 11.

⁷² BVerfG Klimabeschluss Rn. 248, dies bestätigend Britz, NVwZ 2022, 825, 834.

⁷³ „strukturelle Koppelung von Klimawissenschaft und Recht“, vgl. Callies, ZUR 2021, 355, 355.

Diese Leitlinie ist letztlich im globalen Kontext durch die Zeichnung des Glasgow Climate Pact vom November 2011 konkretisiert worden. Dort heißt es u.a:

“Further, we will end new direct public support for the international unabated fossil fuel energy sector within one year of signing this statement*, except in limited and clearly defined circumstances that are consistent with a 1.5°C warming limit and the goals of the Paris Agreement.”

Insofern Uniper SE über langfristige Abnahmeverträge, Bürgschaften oder andere Handlungen auch ein neues Projekt wie Scarborough stützen würde, kann dies nach der Übernahme unter den Tatbestand von „direct public support“ fallen.

Indem die Bundesrepublik diese Erklärung gezeichnet hat, hat sie ihren Inhalt als Ausprägung ihrer globalen und auch vom BVerfG als zentral bewerteten Kooperationspflicht weiter definiert.

„(a) Mit dem Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen auch für künftige Generationen verpflichtet Art. 20a GG auf ein Ziel, das der nationale Gesetzgeber für das Klima nicht allein, sondern nur in internationaler Kooperation erreichen kann.“⁷⁴

Auch wenn die Erklärung selbst lediglich als *soft law*⁷⁵ zu bezeichnen ist, und das Paris Abkommen nicht ändert oder verbindlich auslegt, ist aus ihr doch die Erkenntnis klar zu erkennen, dass zur Erreichbarkeit der Pariser Klimaziele eine weitere Investition und Unterstützung neuer fossiler Explorationsprojekte unterbunden werden muss. Bei der Auslegung der gesamten nationalen Rechtsordnung ist zu beachten, dass diese im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland stehen und anzuwenden sind. Dies ist ebenfalls eine verfassungsrechtliche Wertung. Der Glasgow Pact enthält Wertelemente, die für die Auslegung des Paris Abkommens herangezogen werden können und die damit über die Zielbestimmung des KSG und die extraterritoriale Wirkung des Grundgesetzes den Schutz von Grundrechten bewirkt.

Der Bund bei der Leitung der Uniper SE zudem nicht allein an das Klimaschutzgebot und die Vorschriften des EnSiG gebunden. Die weiteren Wertentscheidungen sind ebenfalls zu berücksichtigen, insbesondere Art. 12 Abs. 1 GG der bei Uniper SE Beschäftigten und soweit Uniper SE selbst noch nicht in Staatshand ist. Auch ist selbstverständlich das traditionell ebenfalls von hohem Gewicht Bedürfnis der Versorgungssicherheit zu beachten. Der Bund hat insoweit den schonenden Ausgleich der Grundrechte horizontal als auch vertikal in die Zukunft gerichtet durch sein Handeln vorzunehmen.

⁷⁴ Beschluss vom 24.03.2021, 1 BvR 2656/18 u.a, Rdnr. 200.

⁷⁵ Vgl. Proelß, Internationale Umweltrecht, 2022, S. 47 ff.

Hinsichtlich des Klimaschutzgebotes und dem Erhalt der natürlichen Lebensgrundlagen aus Art. 20a GG sowie der einfachgesetzlichen Konkretisierung in § 13 Abs. 1 S. 1 KSG ist insoweit zunächst jedenfalls festzuhalten, dass der Bund den Klimaschutz als Maxime der Unternehmensführung auch im Falle von Uniper SE berücksichtigen muss.

Speziell bedeutet das, dass zumindest das durch den Gesetzgeber selbst gesetzte Klimaschutzniveau verfolgt werden muss, also eine Ausrichtung des Unternehmens an einem Reduktionspfad, der die Einhaltung des Pariser Erderwärmungsziels „gewährleistet“ (§ 1 Abs. 1 KSG). Hierbei ist zu bemerken, dass viele Klimaszenarien eine Erreichungswahrscheinlichkeit von 50 % oder 66,67 % der 1,5 °C-Schwelle annehmen; dieses Niveau dürfte für die Einhaltung des Wortlautes von Art. 2 PA, § 1 Abs. 1 KSG nicht genügen. Die Mindestambition, die staatliche Handlungsmaxime ist, ist also bereits höher, als häufig angenommen.

Entgegenstehende Belange können die Handlungsmaxime des Klimaschutzes abschwächen. Dies ist aber nur möglich, wenn diese ein den Klimaschutz überragendes Gewicht innehaben. Die Bedeutung des Klimaschutzgebotes ist schon im Ausgangspunkt hoch: Das BVerfG ordnet Klimaschutz als „besonders gewichtiges“ Ziel ein.⁷⁶ Zusätzlich nimmt, wie das BVerfG klargestellt hat, „das relative Gewicht des Klimaschutzgebots in der Abwägung bei fortschreitendem Klimawandel weiter zu“.⁷⁷ Denn jeder Anteil, der vom endlichen CO₂-Budget verbraucht wird, verstärkt sodann in der Zukunft die verfassungsrechtliche Pflicht, CO₂-relevante Verhaltensweisen zu unterbinden.⁷⁸ Das Voranschreiten des Klimawandels ist demnach eine für die Gewichtung relevante Größe, die aus den neusten wissenschaftlichen Erkenntnissen über die Entwicklung der globalen Temperaturen und Emissionen abzuleiten ist.

Gerade im Falle langfristiger Konzernentscheidungen, wie die Unterzeichnung langfristiger Lieferverträge oder die Ausrichtung des Geschäftsmodelles an fossilen Energieträgern sind die Implikationen der Entscheidungen in der Zukunft mit zu berücksichtigen. Wird die Chance des Bundes verpasst, das Unternehmen Uniper SE jetzt auf einen ambitionierten Dekarbonisierungskurs zu bringen, und nicht alle Möglichkeiten des Klimaschutzes (neben und soweit verträglich mit der Aufgabe der Versorgungssicherheit) zu nutzen, bedeutete das bei einem business as usual-Fall umso drastischere Maßnahmen in der Zukunft an anderer Stelle. Dies wäre mit der Wertentscheidung des Art. 20a GG nicht vereinbar.

Die konsequente Ausrichtung des Konzerns an der Transition und einer postfossilen Wirtschaft dürfte insoweit auch nochmals weniger einschneidend wirken, da

⁷⁶ BVerfG, Beschl. v. 30.6.2020 – 1 BvR 1679/17, 1 BvR 2190/17, Rn. 106.

⁷⁷ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021, 1 BvR 2656/18 u.a., Rn. 198; s.a. Burgi, NVwZ 2021, 1401, 1407.

⁷⁸ BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021, 1 BvR 2656/18 u.a., Rn. 187.

der Konzern diese grundlegende Strategieentscheidung offenbar schon gefällt hat (s.o.). Das dürfte hier zu einer konsequenten Pflicht zur höchsten Ambition führen.

Dagegen steht auch nicht die Tatsache, dass das BVerfG eine sich auf Art. 20a GG berufende Verfassungsbeschwerde nicht angenommen hat. Das Gericht konstatierte, dass Art. 20a GG keine subjektive Wirkung für die Beanstandung einzelner Klimaschutzmaßnahmen vermittele. Dies hat für den vorliegenden Gegenstand jedoch keine Bedeutung, da die objektive Klimaschutzpflicht davon unberührt bleibt.

Weitere Belange, die den Bund an der Implementierung dieser Unternehmensausrichtung hindern können, sind nicht ersichtlich. Insofern ist also zu folgern, dass der Bund bei der Führung des Unternehmens Uniper SE seine Mittel zur Dekarbonisierung des Unternehmens nicht nur nutzen darf, sondern auch muss.

4. Bestehende Verträge und vertragliche Ausstiegsmöglichkeiten

Der im September 2022 geschlossene Langzeitvertrag mit Woodside Energy Trading Singapore Pte Ltd (Woodside) enthält relevante Klauseln für den Umfang und die Dauer der Gaslieferung, und möglicherweise auch konkrete Bestimmungen zur Herkunft von Gas.⁷⁹ Eine Auswertung im Rahmen dieses Gutachtens ist nicht möglich. Die Verträge sind nicht öffentlich einsehbar.

V. Bewertung und Fazit

Mit der Leitung des Unternehmens Uniper SE kommt dem Bund auch wegen Art. 20a GG eine neuartige Aufgabe zu: Durch den Staat „gerettete“ Unternehmen mit einem erheblichen⁸⁰ CO₂ bzw. Methanfußabdruck können wegen des Gewichts des Klimaschutzgebotes nicht nur schlicht stabilisiert werden, sondern müssen jedenfalls hinsichtlich ihrer klimaschädlichen Auswirkungen auch so gestaltet werden, dass ihre Geschäftstätigkeit sich an einem Paris-kompatiblen Reduktionspfad ausrichtet. Auch soweit das Unternehmen unverzüglich nach der Stabilisierung reprivatisiert werden soll, kann der Bund nicht sehenden Auges vermeidbare Freiheitsbeschränkungen zulassen, mögen sich diese auch nach der Reprivatisierung realisieren.

Selbst wenn man eine gesetzlich zulässige Stabilisierung des Unternehmens nach dem EnSiG eng und ausschließlich der (Wieder-) Herstellung der positiven Fortbestehensprognose dienend ansehen mag, so wird die Dekarbonisierung angesichts der anstehenden Transformation jedenfalls mit diesem Ziel überlappen und erst recht, wenn das Unternehmen ein Großemittent ist – wie Uniper SE.

Daneben ist zudem zu beachten: Der Bund hat mit seinen Befugnissen die Chance,

⁷⁹ <https://www.uniper.energy/news/de/uniper-und-woodside-unterzeichnen-vertrag-ueber-lng-lieferungen-nach-europa> (17.11.2022).

⁸⁰ vgl. zur Schwelle *Verheyen/Peters*, [Fn. 23], 401 S. 409 f.

die Machbarkeit der Dekarbonisierung eines Unternehmens zu demonstrieren. Das noch wenig klimaregulierte Privatrecht überlässt die Dekarbonisierung derzeit weitgehend der Eigenverantwortung von Unternehmen und der Nachbesserung durch Gerichte. Teilweise wird dieser Eigenverantwortung nicht nachgekommen, weil Unternehmen sich überfordert wähnen oder auf eine Abschwächung der Transition hoffen, die allerdings aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht kommen wird bzw. jedenfalls nicht kommen darf. Der Bund kann damit auch seiner Vorbildfunktion nachkommen, die der Gesetzgeber im Titel des 5. Abschnittes des KSG für diesen vorgesehen hat; ebenso wird er hierdurch die vom BVerfG geforderten Anreize setzen können.⁸¹

Dies gilt noch einmal mehr, soweit durch diese Dekarbonisierung andere Interessen des Bundes mitverwirklicht werden. Die Umformung von Uniper SE und Investitionen in erneuerbare Energien machen die BRD unabhängig von autokratischen gasliefernden Staaten. Angesichts der wohl anhaltend angespannten Lage auf dem fossilen Energiemarkt und auch in Ansehung möglicher weiterer Krisen in der Zukunft ist eine Ausrichtung der Uniper SE an erneuerbaren Energien auch aus diesem Grunde dem eigenen betriebswirtschaftlichen Interesse des Unternehmens dienlich.

Eine solche neue Ausrichtung von Uniper SE widerspricht auch nicht den aktuellen Entwürfen der neuen Kfw Sektorleitlinie Öl und Erdgas. Denn die Kfw als staatliche Förderbank will bei ihrer Kreditvergabe nur den kommenden zwei Jahren die Pariser Klimaziele bzw. die Vorgaben des Glasgow Pact aussetzen,⁸² sich danach aber an den vorgegebenen Pfad halten. Ob die Rechtfertigung hält bzw. die Leitlinien final so beschlossen werden, ist bei Abschluss dieses Gutachtens offen.

Nach allem ist eine Rechtfertigung eines „weiter so“ in der Unternehmensführung im Hinblick auf die folgenden Maßnahmen nur schwer denkbar. Der Bund kann daher seinen Einfluss nutzen, um Uniper SE faktisch auf einen Paris verträglichen Pfad einzuschwenken:

Im Einklang mit dem Glasgow Pact und den unternehmensrechtlichen Klimaschutzpflichten hat der Bund jede Unterstützung neuer fossiler Gasprojekte auszuschließen. Insoweit Lieferverträge wie konkret „der Großteil der LNG-Versorgung ab 2025 (...) an eine endgültige Investitionsentscheidung zur Erschließung des Scarborough-Gasvorkommens vor der Küste Westaustraliens geknüpft“⁸³ ist, liegt ggf. ansonsten ein Verstoß gegen den Glasgow Pact vor.

⁸¹ BVerfG Klimabeschluss Rn. 248.

⁸² https://www.zeit.de/wirtschaft/2022-12/kfw-pariser-klimaziele-oel-gas-afrika?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F

⁸³ s. [Fn. 10].

Zudem hat der Bund den von Uniper SE im September 2022 geschlossenen Langzeitvertrag mit Woodside Energy Trading Singapore Pte Ltd (Woodside) jedenfalls über das Datum von 2035 hinaus grundsätzlich abzuwickeln. Nach Eigendarstellung existieren hier Flexibilisierungen im Vertragswerk hinsichtlich Kapazitätsbuchungen für Lieferungen ab September 2031.⁸⁴ Diese sind soweit wie möglich zu nutzen.

Stehen Vertragsbedingungen einer Abwicklung entgegen und führten zu Schadensersatzforderungen, ist im Wege eines Güterausgleiches ebenfalls zu prüfen, ob derartige Zahlungen verfassungsrechtlich in Kauf zu nehmen sind. Dabei wird sich der Klimaschutz voraussichtlich auch bei hohen Ausgleichsbeträgen gegenüber dem Vertragsbestand durchsetzen.

Vor dem Hintergrund des oben dargestellten erscheint auch das öffentlich erwogene Fallenlassen der Klage gegen die Niederlande wegen dem frühzeitigen Kohleausstieg als rechtlich nicht zu beanstanden.

Zu bedenken ist im Hinblick auf die Assoziation mit dem Projekt Scarborough auch folgendes: Unternehmen in staatlicher Hand sind in besonderem Maße angehalten, auf dem Staatsgebiet anderer Staaten Gesetze und Rechtsprechung zu achten. Jüngst hat das Landgericht Queensland seine Rechtsauffassung ausgesprochen, dass eine Genehmigung zum Betrieb einer weiteren Kohlemine rechtswidrig aus Klimaschutzgründen ist.⁸⁵ Entscheidende Wertungen lassen sich durchaus auf das Scarborough-Gasfeld übertragen.⁸⁶ Hier ist eine besonders strenge Überprüfung angezeigt, zumal mehrere Gerichtsverfahren anhängig (siehe oben I.).

Im Hinblick auf das zur Verfügung stehende Instrumentarium gilt:

Neben der gesellschaftsrechtlichen Ausübung des dem Bund zustehenden Einflusses sollte dieser seine Möglichkeit nutzen und nach § 29 Abs. 1 EnSiG einen die Konzernausrichtung sichernden öffentlich-rechtlichen Vertrag mit dem Unternehmen abschließen oder entsprechende Verwaltungsakte erlassen. Die Nutzung von gesellschaftsrechtlichen Weisungen oder Einfluss über die Stimmenmehrheit ist ggf. sinnvoll für die kurzfristige Geschäftsführungsbestimmung. Nach einer Reprivatisierung könnten diese Entscheidungen so jedoch rückgängig gemacht werden. Dieser Gefahr muss der Bund mit einem wirksamen Sicherungsmittel begegnen, auch um seinen EU-rechtlichen Verpflichtungen hinsichtlich einer nachhaltigen Umstrukturierung nachzukommen.

⁸⁴ <https://www.uniper.energy/news/de/uniper-und-woodside-unterzeichnen-vertrag-ueber-lng-lieferungen-nach-europa> (17.11.2022).

⁸⁵ s. die Entscheidung unter <https://archive.sclqld.org.au/qjudgment/2022/QLC22-021.pdf> (07.12.2022).

⁸⁶ vgl. bspw. auch der englischsprachige Bericht unter <https://theconversation.com/this-case-has-made-legal-history-young-australians-just-won-a-human-rights-case-against-an-enormous-coal-mine-195350> (07.12.2022).

