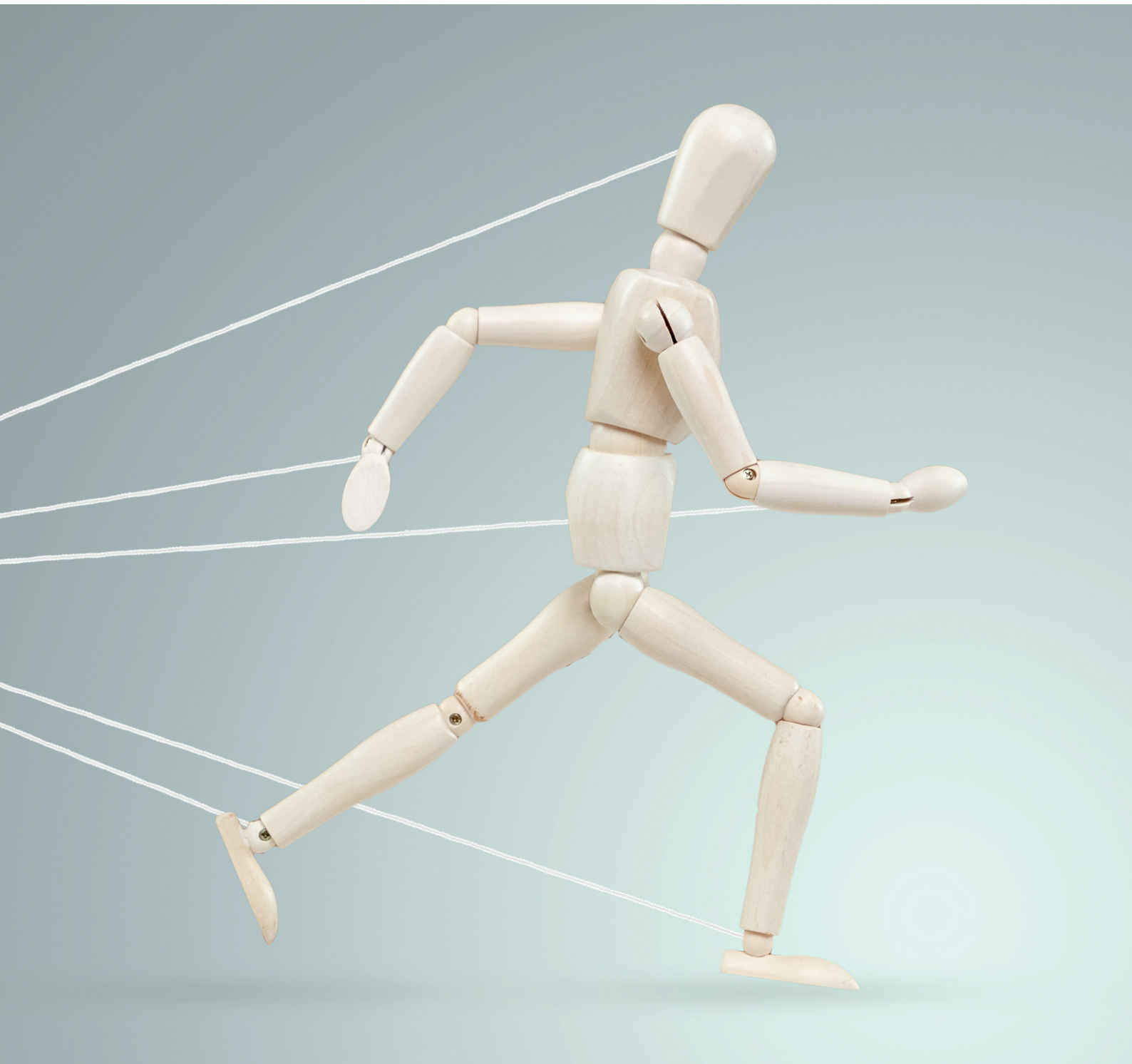




Stiftung
Familienunternehmen

Implementative Steuerung als politische Lenkung der Unternehmerfreiheit

Eine verfassungsrechtliche Analyse am Beispiel aktueller ESG-Regulierungen



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:

Univ.-Prof. Dr. Dr. Udo Di Fabio

Zitat (Vollbeleg):

Stiftung Familienunternehmen (Hrsg.): Implementative Steuerung als politische Lenkung der Unternehmerfreiheit – Eine verfassungsrechtliche Analyse am Beispiel aktueller ESG-Regulierungen, erstellt von Univ.-Prof. Dr. Dr. Udo Di Fabio, München 2025, www.familienunternehmen.de

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse.....	V
A. Rechtsentwicklung und verfassungsrechtliche Problemlage.....	1
I. Implementierung von Staatszwecken in das unternehmerische Handeln als Steuerungsidee	1
II. Verfassungsrechtliche Strukturprobleme.....	2
III. Exemplarische Rechtsvorgaben der implementativen Unternehmensregulierung	4
1. Compliance-Vorschriften, insbesondere in der Finanzwirtschaft	4
2. Verordnung zur Einstufung, Kennzeichnung und Verpackung chemischer Stoffe und Gemische (EU-CLP-Verordnung).....	5
3. Deutsches Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG)	6
4. EU-Lieferketten-Richtlinie (CSDDD)	7
5. Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM)	8
6. CSR-Richtlinie (CSRD)	8
7. Country-by-Country Reporting (CbCR)	9
8. EU-Digital-Service-Act (DSA)	10
B. Eingriffsbestimmung und Eingriffstiefe von hoheitlich vorgeschriebenen Compliance-Systemen.....	13
I. Unternehmerische Dispositionsfreiheit als Teil der Berufsfreiheit (Art. 12 GG).....	13
II. Eingriffswirkung durch Berichtspflichten (Eingriffstiefe)	17
III. Kopplung von weichen Wirkungen („name and shame“) und harten Sanktionen	18
IV. Ermittlung der Eingriffstiefe und additive Eingriffswirkung.....	19
1. Additive Eingriffsverstärkungen	19
2. Eingriffswirkung durch „Kooperationszwang“	20
C. Verhältnismäßigkeit	25
I. Eignung und Erforderlichkeit	25
II. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, insbesondere bei „Trickle-Down-Effekten“	27
D. Unbestimmtheit als Verfassungsproblem	31

I. Rechtsstaatliches und grundrechtliches Bestimmtheitsgebot	31
II. Der Due-Diligence-Ansatz als Bestimmtheitsproblem.....	32
III. Unbestimmtheit der CSDD-Richtlinie.....	33
IV. Unbestimmtheit der Pflichtenlage im Sanktionskontext: Nulla poena sine lege.....	36
V. Fazit	39
Literaturverzeichnis	41

Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

Die wichtigsten Ergebnisse der Studie lassen sich in den folgenden zentralen Thesen zusammenfassen:

1. Mit Compliance- und ESG-Vorgaben setzen der europäische und der deutsche Gesetzgeber vermehrt auf die Implementation von Gemeinwohlbelangen in die Handlungslogik und Organisationsstruktur von Unternehmen. Diese geschieht über die Formulierung neuartiger Sorgfaltspflichten (Due Diligence) oder als Anforderung an ihr Risk-Assessment.
2. Die Implementationsstrategie ist verbunden mit dem Gedanken einer nachhaltigen Entwicklung („*Sustainable Development*“). Damit sollen längerfristige Ziele wie Klimaneutralität, schonender Ressourcenverbrauch, Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen und die Achtung von Menschenrechten nicht allein ordnungsrechtlich erreicht werden, sondern mit einer regulatorisch angestoßenen Verhaltensänderung in den Unternehmen selbst. Die geforderten Verhaltensänderungen werden dabei staatlich und über die Mobilisierung zivilgesellschaftlicher Akteure kontrolliert und überwacht.
3. Der implementative Steuerungsansatz führt zu erheblichen rechtsmethodischen Problemen, wenn das grundrechtlich geforderte Schutzniveau gewahrt bleiben soll. Denn über allgemein anerkannte Gemeinwohlziele werden moralisch fundierte unbestimmte Pflichten zur Grundlage von Verhaltensanforderungen und Sanktionen gemacht, die dem klassischen Rechtsschutz seine klaren Konturen nehmen.
4. Grundrechtlich weitgehend unbedenklich sind bisher übliche freiwillige Maßnahmen von Unternehmen, die angesichts zunehmender Dichte rechtlicher Vorgaben interne Mechanismen in ihre Organisationsstruktur einbauen, um die Einhaltung von rechtlichen Vorgaben auf allen Ebenen des Unternehmens zu gewährleisten. Integrität, Redlichkeit und Geschäftsethik sind Teil solcher Compliance-Systeme wie dem Corporate Governance Kodex.
5. Die öffentliche Meinung hält diesen inzwischen gesetzlich stark erweiterten Ansatz für einen intelligenten und schonenden Weg zur unternehmerischen Nachhaltigkeit. Die Annahme geht dahin, dass auf diesem Weg Gemeinwohlziele in den strategischen Schaltstellen der Unternehmen unter Wahrung der unternehmerischen Dispositionsspielräume implementiert würden. Indes wird immer deutlicher erkennbar, dass die grundrechtlich gewährleistete Unternehmens- und Berufsfreiheit durch gesetzlich auferlegte Anforderungen etwa des Lieferkettenrechts oder durch die CSR-Richtlinie mit einem hohen inneren Verwaltungsaufwand und durch erhebliche Unsicherheit im Hinblick auf das gesetzlich geforderte Verhalten belastet und eingeschränkt wird.

6. Art. 12 GG und Art. 16 der Europäischen Grundrechte-Charta schützen die unternehmerische Freiheit, eine Wirtschafts- oder Geschäftstätigkeit im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit auszuüben sowie die Freiheit, unter Beachtung klarer Rechtsgrenzen verantwortlich über die unternehmenseigenen wirtschaftlichen, technischen und finanziellen Ressourcen verfügen zu können.
7. Ein Eingriff in die Berufs- und Unternehmensfreiheit ist bei solchen Regelungen gegeben, die unmittelbar verbindliche Vorgaben im Hinblick auf das „Ob und Wie“ einer bestimmten beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit festlegen. Das ist bei Compliance-Vorgaben, die Überwachungssysteme, Berichtspflichten oder organisatorische Vorkehrungen verlangen, ohne weiteres der Fall. Das Argument, hier handele es sich um selbstverständliche unternehmerische Sorgfaltspflichten, die im Rahmen der freien Berufsausübung ohnehin anfallen würden, überzeugt nicht, denn jede gesetzliche Vorgabe des „Ob und Wie“ engt die unternehmerische Dispositionsfreiheit ein und ist deshalb als Grundrechtseingriff zu qualifizieren.
8. Bei der Bemessung der Eingriffswirkung ist die Kumulation verschiedener direkter oder indirekter und häufig nur wenig aufeinander abgestimmte Dokumentations-, Berichts- und Organisationsvorschriften zu gewichten.
9. Als Eingriff zu behandeln (und nachfolgend entsprechend zu gewichten) ist auch ein gesetzlich herbeigeführter Kooperationszwang der vom Lieferkettenrecht betroffenen Unternehmen mit zivilgesellschaftlichen Organisationen. Ein aus Unternehmenssicht spürbarer Kooperationszwang mit Non-Governmental Organizations (NGOs) und Gewerkschaften ist konzeptionell gerade vom europäischen Gesetzgeber gewollt und wird in der Praxis faktisch unausweichlich werden. Das betrifft auch die außergesetzliche zivilgesellschaftliche Regelbildung vor allem auf der internationalen Akteursebene zur Weiterentwicklung von sozialen oder ökologischen Standards.
10. Die Prüfung der Eignung von Due-Diligence-Ansätzen ist in der üblichen verfassungsrechtlich nachvollziehbaren Weise kaum möglich. Die Auffassung des europäischen Gesetzgebers, hier würden erhebliche Beiträge etwa zur Erreichung der Klimaneutralität erzielt, lässt sich nur sehr schwer abschätzen oder gar empirisch prospektiv belegen. Das hängt bereits damit zusammen, dass nur Bemühenspflichten und keine Erfolgspflichten formuliert sind. Die Menschenrechtssituation verbessert sich erfahrungsgemäß mit dem wirtschaftlichen Erfolg einer Region, sodass der Abbruch von Geschäftsbeziehungen unter Umständen nicht nur ungeeignet, sondern sogar kontraproduktiv sein kann.

11. Eine europäische oder deutsche „Über-Regulierung“ kann im internationalen Wettbewerb und gerade auch unter veränderten geostrategischen Bedingungen sich nicht nur als ungeeignet erweisen, die legitimen Ziele des Gesetzgebers zu erreichen, sondern auch die Wettbewerbsfähigkeit der betroffenen Unternehmen verschlechtern – und das bei schwindenden technologischen und infrastrukturellen Vorteilen der EU gegenüber Konkurrenten – sogar mit einiger Eintrittswahrscheinlichkeit.
12. Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Angemessenheit/Zumutbarkeit) ist bei Sorgfalts- und Transparenzpflichten sowie bei der Nachhaltigkeitsberichterstattung zu berücksichtigen, dass für kleinere und mittlere Unternehmen die Anforderungen schneller unzumutbar oder unangemessen werden als für große Kapitalgesellschaften oder Unternehmen mit starker internationaler Marktmacht.
13. Die Freistellung kleinerer und mittlerer Unternehmen von der Berichtspflicht und von der Pflicht zur Unterhaltung von entsprechenden Systemen geht in seinem Verschonungsziel an der Wirklichkeit einer komplex verflochtenen Wirtschaftsstruktur vorbei. Insbesondere ist dabei die „Schattenwirkung“ der CSR-Richtlinie und des LkSG oder in der Sprache der Rechnungsleger der „Trickle-Down-Effekt“ zu berücksichtigen.
14. Die Eingriffsintensität ist schon allein gemessen an den Sanktionsdrohungen – etwa des LkSG – hoch. Das Sanktionsrisiko droht in Gestalt beträchtlicher Bußgelder oder durch die Schaffung zivilrechtlicher Haftungstatbestände, vor allem wenn sie an weitgehend unbestimmte Sorgfaltspflichten geknüpft sind und im Umfang unbegrenzt ausfallen. Die Kombination von gesetzlicher Unbestimmtheit mit dem Auftrag zu einer dynamischen Konkretisierung im gesetzlich angeordneten Verbund mit zivilgesellschaftlichen Organisationen erzeugt ein Klima systematischer Unsicherheit oder auch die Neigung zu einer vorsorglichen Selbstbeschränkung, deren Grund und Grenze im Normprogramm nicht hinreichend sicher ablesbar ist.
15. Je unbestimmter eine gesetzliche Anforderung ist, desto weniger darf sie mit pönalisierten Unwerturteilen und scharfen Sanktionen verbunden werden: Moralische Standards dürfen nicht ohne den Umweg über klar gesetzlich bestimmte Rechtspflichten zu individueller oder korporativer Strafbarkeit und zu materiell schwerwiegenden Haftungsrisiken führen.
16. Mit dem Inkrafttreten der europäischen Lieferketten-Richtlinie (CSDDD) hat sich im Vergleich zum deutschen LkSG das Maß der Unbestimmtheit nicht etwa verringert, sondern noch vergrößert.

17. Aus der durch die Unbestimmtheit des Due-Diligence-Ansatzes resultierenden Rechtsunsicherheit entsteht eine Tendenz zu einer aufwendigen selbstregulativen Bürokratisierung. Sie kann zur Lähmung unternehmerischer Initiative beitragen, gerade im Hinblick auf Haftungs- und Strafbarkeitsrisiken, also letztlich in einer vom Gesetz weder bestimmten noch bestimmbaren Weise die Unternehmer- und Berufsfreiheit beschränken.
18. Verfassungsrechtlich bedenklich ist es, wenn die regulative Verantwortung, also die Verantwortung für eine klare Gesetzgebung vom Staat auf eine intransparente Gemengelage von NGOs, Beratungsdienstleistern und Wirtschaftsunternehmen verlagert oder ganz allgemein auf in Quelle und Verbindlichkeit unklare „Standards“ verweisen wird. Die Leitlinien aus dem Bereich der Vereinten Nationen oder auf den im Anhang der CSDDD beigefügten Menschenrechtskatalog sind nicht ausreichend, um diese Unsicherheit zu beseitigen.
19. Die Unbestimmtheit der Pflichtenlage wirkt sich besonders intensiv aus, wenn bei (im Nachhinein) festgestellten Pflichtverstößen Sanktionen drohen. Für ein Unternehmen sind Sanktionen finanzielle Risiken und damit geht es sowohl um ertragsrelevante Reputationsschäden, um zivilrechtliche Haftung, um den Ausschluss aus dem öffentlichen Vergabesystem als auch um eine öffentlich-rechtliche Bußgeldbewährung. All diese Sanktionen sind gerade im Lieferkettenrecht, sowohl im geltenden deutschen als auch im neu erlassenen europäischen, deutlich ausgestaltet und integraler Bestandteil der politischen gewollten Implementierungsstrategie.
20. Der implementative Steuerungsansatz von Compliance- und ESG-Systemen droht insbesondere durch das deutsche LkSG und die europäische Lieferketten-Richtlinie (CSDDD) sich zu einer rechtsstaatlich und grundrechtlich nicht handhabbaren unternehmerischen Freiheitseinschränkung zu entwickeln.
21. Der deutsche und der europäische Gesetzgeber sind verpflichtet, den gewählten Ansatz durch substanzielle Entschärfung der Sanktionen oder auf ihren gänzlichen Verzicht in der Eingriffswirkung fühlbar abzumildern, wenn sie diesen gewählten Weg nicht ohnehin zugunsten einer klaren und bestimmbaren Alternative bereits konzeptionell verlassen wollen.
22. Die neue EU-Kommission möchte mit dem sogenannten Omnibuspaket die Verhältnismäßigkeit der implementativen Auflagen wiederherstellen. Das soll Änderungen an einer ganzen Reihe der in dieser Studie behandelten Sekundärrechtsakte herbeiführen, weil man die Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen in der EU erkannt hat. Ob es am Ende des Gesetzgebungsprozesses und im Blick auf kommende weitere regulative Vorgaben eine echte Umkehr ist oder nur ein halbherziges Reagieren auf lauter werdende kritische Einwände, wird die Zukunft zeigen.

A. Rechtsentwicklung und verfassungsrechtliche Problemlage

I. Implementierung von Staatszwecken in das unternehmerische Handeln als Steuerungsidee

Hinter Begriffen wie „ESG“ und Compliance steht ein vergleichsweise neues, vor allem aus den USA und von den Vereinten Nationen aufgegriffenes Steuerungskonzept, das an die Eigenverantwortung von Wirtschaftsakteuren und die Fähigkeit von Unternehmen zur Selbstüberwachung adressiert ist. Organisations- und verhaltenssoziologisch steht dahinter die Idee, politisch definierte Gemeinwohlziele in die Handlungswelt marktwirtschaftlicher Akteure (Unternehmen) so zu implementieren, dass sie als Teil des eigenen Unternehmenszwecks („Purpose“) angesehen werden und die Unternehmen sie strategisch als eigene Ziele verfolgen.¹

*Politisch definierte
Gemeinwohlziele
als strategischer
Unternehmenszweck
und -ziel*

Verbunden ist diese Implementationsstrategie mit dem Gedanken einer nachhaltigen Entwicklung („Sustainable development“)². Längerfristige Ziele wie Beiträge zur Klimaneutralität, ein schonender Ressourcenverbrauch, Orientierung am Ziel der Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen und zuvörderst die Achtung von Menschenrechten bei Produktion und Distribution könne – so ein gängiges Argument – nicht allein ordnungsrechtlich erreicht werden, sondern erfordere neue wirksame und auch marktgerechte Steuerungsstrategien. Diese Strategien wollen strukturell ansetzen, sie zielen auf eine tieferreichende Beeinflussung marktwirtschaftlicher Prozesse, bis hinein in die Vertretungs- und Führungsmodalitäten von Unternehmen („Governance“).

Die implementative Steuerungsidee unterscheidet sich vom sogenannten Ordnungsrecht bereits im Ansatz: Das tradierte Verwaltungsrecht als Polizei- und Ordnungsrecht zieht mit Geboten und Verboten, mit Genehmigungsvorbehalten und mit der laufenden Gewerbeaufsicht Grenzen für grundrechtliche Freiheiten. Diese Grenzen werden vom Staat auf der Grundlage von Parlamentsgesetzen gezogen und im Einzelfall durch Verwaltungsakt konkretisiert. Dieses System einer vorrangigen, grundsätzlichen individuellen Entfaltungsfreiheit und einer demokratisch von der Mehrheit gesetzten Begrenzung dieser Freiheit ist kennzeichnend für den modernen Verfassungsstaat und erlaubt klare, das heißt bestimmte und vorhersehbare Zuordnungen von Freiheit, Verantwortung und Haftung.³

*Die implementative
Steuerungsidee
unterscheidet sich
bereits im Ansatz
vom Ordnungsrecht*

1 In Deutschland etwa einflussreich rezipiert von Renate Mayntz, Implementation von regulativer Politik, in: Dies. (Hg.), Implementation politischer Programme II, 1983, S. 50 ff.

2 Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015 Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n15/291/89/pdf/n1529189.pdf>.

3 Udo Di Fabio, Metamorphosen der Zurechnung, JZ 2020, 1073 ff.

II. Verfassungsrechtliche Strukturprobleme

In klassischer Lesart erhofft der freiheitliche Verfassungsstaat von seinen Bürgern *moralisches* Verhalten, und zwar über die üblichen verbindlichen Rechtsvorgaben hinaus. Er verlangt das aber nicht, wenn er es nicht in rechtsverbindlicher Weise autoritativ vorschreibt. Der Rechtsstaat erwartet die Beachtung jenes Gesetzesrechts, das als Schranke der persönlichen oder unternehmerischen Entfaltungsfreiheit gesetzt ist – gesetzt durch den parlamentarischen Mehrheitsbeschluss im förmlichen Gesetzgebungsverfahren.

Dieser klassische Steuerungsansatz besteht selbstredend fort und ist in vielen Bereichen nach wie vor der unentbehrliche ordnungspolitische Rahmen für unternehmerisches Handeln. Doch das sogenannte Ordnungsrecht wird inzwischen erheblich überlagert durch eine *implementative* Steuerungsstrategie, die auch die Grenze zwischen politisch definierter Moral und einem rechtlich verbindlichen, für den Adressaten hinreichend bestimmten Ordnungsrecht zu verflüssigen droht.

Bei dem implementativen Steuerungsansatz geht es darum, die erst politisch formulierten und dann durch das Gesetz verbindlich gemachten Gemeinwohlvorgaben als übergreifende, gemeinsame Ziele in die Strukturen und Prozessabläufe eines Unternehmens einzubauen.⁴ Während das Kooperationsprinzip im Umweltrecht zunächst als eine Pflicht des Staates gesehen wurde, die rechtsunterworfenen Bürger und Wirtschaftssubjekte unter Wahrung ihrer grundrechtlichen Freiheitspositionen in den Gesetzesvollzug schonend miteinzubeziehen, sogar vertraglich mit ihnen die Durchsetzung von Gemeinwohlzielen auszuhandeln⁵, hat sich bis heute diese Sichtweise in Einzelschritten kaum merklich, aber letztlich folgenreich zulasten der grundrechtlichen Freiheit verschoben. Die scharfe sektorale Grenze zwischen hoheitlich agierendem Staat und den sich grundrechtlich geschützt frei entfaltenden Akteuren der Gesellschaft wird fluide gemacht durch eine deklamierte Gemeinsamkeit.

„Dem Kooperationsprinzip zufolge bildet Umweltschutz die Aufgabe aller gesellschaftlichen Kräfte, nicht allein diejenige des Staates.“⁶

Würde man das für andere öffentliche Aufgaben auch so formulieren, bei der Gewährleistung öffentlicher Sicherheit, der Strafverfolgung, der medizinischen Versorgung der Bevölkerung? Die grundrechtliche konstruktive Spannungslage zwischen dem Anspruch auf Selbstentfaltung

4 Im amerikanischen Raum wegweisend: Jeffrey L. Pressman/Aaron Wildavsky, *Implementation*, 3. Aufl. 1984.

5 Sibylle Roggencamp, *Public Private Partnership. Entstehung und Funktionsweise kooperativer Arrangements zwischen öffentlichem Sektor und Privatwirtschaft*, Frankfurt a. M. u. a. 1999; Udo Di Fabio, *Vertrag statt Gesetz? – Gesetzesvertretende und gesetzesauffüllende Verwaltungsverträge im Natur- und Landschaftsschutz* –, in: DVBl. 1990, S. 338 ff.

6 Sabine Schlacke, *Umweltrecht*, 9. Aufl. 2023, § 3 Rn. 17.

Die Grenze zwischen politisch definierter Moral und rechtlich verbindlichem Ordnungsrecht droht zu verflüssigen.

auf der einen Seite und dem politischen Gestaltungsmandat des Gesetzgebers auf der anderen Seite wird nicht selten durch eine neue *integrative Semantik* zumindest überlagert – alle werden auf ein Gemeinwohlziel eingeschworen, „alle packen mit an“:

„Marktakteure, Gesetzgeber und Zivilgesellschaft sind sich einig: Unternehmen sind zentrale Akteure der weltweiten Nachhaltigkeitstransformation.“⁷

Bezeichnend dabei ist zudem die eingebaute Unschärfe des Konzepts: Aus Richtlinien, die eine Aufgabe nur grob in der Richtung umschreiben, soll im Unternehmen „etwas“ gemacht werden. Eine vom Gesetzgeber noch nicht genau vorhersehbare oder nicht exakt vorgegebene Zielvorgabe soll im Rahmen einer unternehmerischen Gestaltungsfreiheit konkretisiert werden als Erfüllung eines bewusst vage gehaltenen Auftrags.⁸ Das kann Unsicherheiten erzeugen; und Unsicherheiten erzeugen entweder eine freiheitsrechtlich problematische Tendenz zur Übererfüllung oder eine rechtsstaatlich bedenkliche Tendenz zur Missachtung des Vorgegebenen.

*Eingebaute
Unschärfe im
Konzept der
implementativen
Steuerung*

Erste Schritte zur implementativen Steuerung

Der Weg in die implementative Steuerungstechnik, die politisch definierte Ziele in die Verfahren und die Organisationslogik des Unternehmens gleichsam einpflanzen will, begann mit Compliance-Systemen. In den USA wurden sie 1977 als eine von mehreren Antikorrupptionsmaßnahmen auf den Weg gebracht⁹ oder in Deutschland mit dem Corporate Governance Kodex (DCGK), einem freiwilligen Regelwerk, das vor allem Empfehlungen und Anregungen für börsennotierte Unternehmen zur guten Unternehmensführung formuliert. Die im Auftrag des Bundesjustizministeriums im September 2001 eingerichtete Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex – die so genannte Kodex-Kommission – bestand aus hochrangigen Vertretern der Wirtschaft, zusätzlich aus wissenschaftlichen Sachverständigen und einem Vertreter des Deutschen Gewerkschaftsbundes.¹⁰ Das Ziel der Arbeit war es, einen Verhaltenskodex für börsennotierte Gesellschaften zu entwickeln.

7 Anne-Christin Mittwoch/Leah Wetenkamp/Annika Bleier, Unternehmerische Nachhaltigkeit und ESG, NJW 2022, 3601.

8 Michael Hill, The Public Policy Process, 4. Aufl. 2005, S. 176.

9 Der „Foreign Corrupt Practices Act“ of 1977, as amended, 15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq. („FCPA“), „was enacted for the purpose of making it unlawful for certain classes of persons and entities to make payments to foreign government officials to assist in obtaining or retaining business. Specifically, the anti-bribery provisions of the FCPA prohibit the willful use of the mails or any means of instrumentality of interstate commerce corruptly in furtherance of any offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of money or anything of value to any person, while knowing that all or a portion of such money or thing of value will be offered, given or promised, directly or indirectly, to a foreign official to influence the foreign official in his or her official capacity, induce the foreign official to do or omit to do an act in violation of his or her lawful duty, or to secure any improper advantage in order to assist in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person.“ <https://www.justice.gov/criminal/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>.

10 Näher zur Zusammensetzung der Kommission und zu Ihrer Vorgeschichte: Ulrich Seibert, Im Blickpunkt: Der deutsche Corporate Governance Kodex ist da, BB 2002, 581 f.

Dabei ging es im ersten Schritt – und verfassungsrechtlich weitgehend unbedenklich – darum, dass Unternehmen angesichts zunehmender Dichte rechtlicher Vorgaben interne Mechanismen in ihre Organisationsstruktur einbauen, um die Einhaltung von rechtlichen Vorgaben auf allen Ebenen des Unternehmens zu gewährleisten. Integrität, Redlichkeit und Geschäftsethik sollen aber ebenfalls Teil des Compliance-Systems sein. So sieht die Präambel des aktuellen DCGK (2022) vor:

„Der Kodex verdeutlicht 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). Diese Prinzipien verlangen nicht nur Legalität, sondern auch ethisch fundiertes, eigenverantwortliches Verhalten (Leitbild des Ehrbaren Kaufmanns).“¹¹

*Hoheitliche
Anregungen und
Rechtsfolgen
relativieren
die eigentliche
Freiwilligkeit*

Der steuernde Mechanismus ist politisch so angelegt, dass die Freiwilligkeit bereits durch die hoheitliche Anregung und die Verknüpfung von günstigen oder ungünstigen Rechtsfolgen bei der Teilnahme oder Nichtteilnahme an solchen Systemen der Regelbildung relativiert sein kann.

III. Exemplarische Rechtsvorgaben der implementativen Unternehmensregulierung

1. Compliance-Vorschriften, insbesondere in der Finanzwirtschaft

Je nach Rechtsform des Unternehmens werden Systeme der Selbstüberwachung und eines Risikomanagements vorgeschrieben (wie die etwa durch § 91 Abs. 2 und Abs. 3 AktG oder im Kreditwesen mit § 25a KWG der Fall ist) oder im transnationalen Geschäftsverkehr erwartet.

„In Deutschland ist die Bedeutung von unternehmensinternen Compliance-Strukturen in den letzten Jahren erheblich gestiegen. Internationale Unternehmen verlangen vor etwaigen Vertragsabschlüssen vielfach einen Nachweis von ihrem Vertragspartner über die Einhaltung von ‚Compliance-Standards‘.“¹²

Wertpapierdienstleistungsunternehmen gemäß § 80 Abs. 1 WpHG und Versicherungsunternehmen gemäß § 29 Abs. 1 VAG müssen über ein internes Kontrollsystem (IKS) verfügen,

11 Deutscher Corporate Governance Kodex (in der Fassung v. 28.04.2022), https://www.dcgk.de/files/dcgk/usercontent/de/download/kodex/220627_Deutscher_Corporate_Governance_Kodex_2022.pdf.

12 Ulrich Koch, in: Schaub/Koch, Arbeitsrecht, 28. Aufl. 2024, Stichwort Compliance.

das eine Compliance-Funktion enthält. Die EU-Geldwäscherichtlinien sowie das Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz/GwG) verlangen von verpflichteten Unternehmen die Prüfung von Geschäftspartnern als Bestandteil des Compliance Managements. Als Phänotypen treten heute hervor die Investitionslenkung im Sinne des Green Finance als Lenkung von Kapitalströmen, Organisationsvorgaben über Beauftragte und Governance-Erfordernisse und die Sorgfaltsregulation der Liefer- und Aktivitätskettenregulierung.

2. Verordnung zur Einstufung, Kennzeichnung und Verpackung chemischer Stoffe und Gemische (EU-CLP-Verordnung)

Zu den seit den neunziger Jahren längst gängigen Verfahren einer Produktharmonisierung im EU-Binnenmarkt gehört ein System der Selbstdeklarierung und -zertifizierung, die an die Stelle mitgliedstaatlicher Produkthanforderungen etwa durch europäisierte technische Normung getreten sind.¹³ Mit diesen Systemen ist die Wirtschaft ursprünglich gut zurechtgekommen, schließlich eröffneten diese Ansätze einen in der Regel einfachen Weg, Hindernisse für die Warenverkehrsfreiheit im EU-Binnenmarkt abzubauen. Aber inzwischen ist an die Stelle von mitunter kleinteiligen und paternalistischen mitgliedstaatlichen Vorschriften ein immer dichter werdendes Geflecht unionsrechtlicher Vorgaben getreten, wie dies beispielsweise im Stoffrecht nach Maßgabe der REACH-Verordnung entstanden ist. So ist die Einstufung und Kennzeichnung von Stoffen durch die CLP-Verordnung von 2008¹⁴ geregelt. Hersteller oder Einführer sind danach verpflichtet, Stoffe und Zubereitungen vor dem Inverkehrbringen einzustufen. Verstöße können als Straftat geahndet werden. Chemikalien zu bewerten, kann äußerst komplex und mit hohen Beurteilungsunsicherheiten behaftet sein. Das Ziel wird jeder vernünftig Denkende teilen. Wenn immer neue Stoffe und Zubereitungen in Verkehr gebracht werden, können für menschliche Gesundheit und Umwelt Gefahren entstehen, die zu Schädigungen und irreversiblen Auswirkungen führen. Deshalb will das EU-Stoffrecht, das seinerseits das auf UN-Recht basierende GHS-Systems (Globally Harmonized System) umsetzt, hier ein System der präventiven Risikoerkennung und -minderung schaffen, ohne dass die EU oder die Staaten selbst im Einzelfall wissenschaftlich urteilen müssen. „Für die mehr als 100.000 chemischen Stoffe, die derzeit innerhalb der Europäischen Union gehandelt und genutzt werden, gibt es keine detaillierten Vorgaben und normativen Einstufungen. Daher gilt das in Art. 4 CLPVO normierte Selbstdefinitionsprinzip.“¹⁵ Stoffe, für die keine Legaleinstufung vorliegt (oder deren Legaleinstufung sich nur auf bestimmte Gefahrenklassen beschränkt), sind vom Unternehmer eigenverantwortlich zu bewerten und einzustufen, ebenso wie Gemische, die regelmäßig der Selbsteinstufung unterfallen.

An die Stelle von mitgliedstaatlichen Vorschriften ist ein immer dichter werdendes Geflecht unionsrechtlicher Vorgaben getreten

13 Udo Di Fabio, Produktharmonisierung durch Normung und Selbstüberwachung, 1996.

14 (EG) Nr. 1272/2008.

15 Wolfhard Kohle, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2: Individualarbeitsrecht II, 6. Aufl. 2024, § 179 Rn. 39.

*Mit der
Modernisierung wird
der „unternehmens-
bürokratische“
Aufwand weiter
erhöht*

Durch die delegierte Verordnung (EU) 2023/707 der Kommission zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1272/2008 wurden für noch nicht abgedeckte gefährliche Eigenschaften neue Gefahrenklassen für Stoffe und Gemische eingeführt und die Kriterien für die Einstufung, Kennzeichnung und Verpackung von Stoffen und Gemischen verändert. Solche Veränderungen sollen regelmäßig das Schutzniveau erhöhen und „Defizite“ beseitigen: Defizite, die häufig durch eine zahlenmäßig sehr schmal geschnittene Fachöffentlichkeit und von NGO-Vertretern benannt werden. In diese Richtung zielt auch die neue Verordnung (EU) 2024/2865 vom 20. November 2024, mit der die CLP-VO „modernisiert“ werden soll. Mit der Modernisierung wird aber nicht etwa der „unternehmensbürokratische“ Aufwand eingeschränkt, sondern bislang regelmäßig weiter erhöht und in einer sektoral verengten Brille konzeptionell nicht genügend auf andere Pflichtenbereiche abgestimmt. Zu welchen Belastungswirkungen und Innovationsbremsen das im Einzelfall führt, zeigt ein Pressebericht, bei dem eine mittelständische Firma wochenlang damit beschäftigt war, Aufkleber mit Herkunftsbezeichnungen auf Stifte zu kleben. Der betroffene Unternehmer kommentiert die Kumulierung unbestimmter Due-Diligence- und Deklarierungspflichten wie folgt:

„Ich glaube, diejenigen, die das beschließen, haben hehre Ziele, aber unterschätzen total, welchen Aufwand es bedeutet, das umzusetzen. Ministerialbeamte in Brüssel geben einen globalen Goldstandard vor. Ein deutscher Beamter will es in deutscher Pflichterfüllung besonders genau machen und schafft einen Platinstandard – vielleicht auch aus Misstrauen gegenüber deutschen Unternehmern.“¹⁶

3. Deutsches Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG)

Mit dem deutschen Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) wurde der implementative Due-Diligence-Ansatz im Wirtschaftsbereich verallgemeinert, zunächst auf größere Unternehmen beschränkt, aber mit Folgewirkungen praktisch für das gesamte unternehmerische Tätigkeitsfeld. Mitunter wird eine solche Gesetzgebung sogar als Erfüllung einer völkerrechtlichen Pflicht, als unausweichlicher Gesetzgebungsauftrag, verstanden.

„Vor diesem Hintergrund geht der Ausschuss nach dem IPwskR davon aus, dass Staaten den Unternehmen Sorgfaltspflichten hinsichtlich von Menschenrechtsverletzungen durch ihre Partner auferlegen und angemessene Überwachungsverfahren und Verantwortlichkeitsmaßstäbe sowie Berichtspflichten als Prozessstandards etablieren müssen.“¹⁷

16 So wird der Unternehmer *Christopher Holtz-Kathan* zitiert bei *Philipp Krohn*, Ein Unternehmer am Rande des Wahnsinns, FAZ v. 07.01.2025, <https://zeitung.faz.net/faz/wirtschaft/2025-01-07/2ba989b1e61041ca3ee9cf8b5bb89364/>.

17 *Andreas Zimmermann/Norman Weiss*, Völker- und verfassungsrechtliche Parameter eines deutschen Lieferkettengesetzes, ArchVR 2020, 424 (427 f.). IPwskR steht für „Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966“.

Aus der „Gesamtschau der in Betracht kommenden, die Bundesrepublik Deutschland bindenden Übereinkommen“ soll sich „kraft Völkerrechts jedenfalls eine grundsätzliche Verpflichtung zum Erlass eines Lieferkettengesetzes“ ergeben.¹⁸ Eine Gesetzgebungspflicht zum Erlass des LkSG mit seinem implementativen Steuerungsansatz wird man indes weder völkerrechtlich noch verfassungsrechtlich über die Schutzdimension von Grundrechten ableiten können, weil es völlig offen bleibt, wie und vor allem mit welchen Mitteln die Staaten entsprechende Schutzzwecke erreichen wollen.

4. EU-Lieferketten-Richtlinie (CSDDD)

Inzwischen ist der regulative Lieferkettenansatz mit der Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD), der EU-Lieferketten-Richtlinie, unionsweit ab 2026 verpflichtend ins Werk gesetzt.¹⁹ Betroffen von der Lieferketten-Richtlinie sind (entlang der Aktivitätsketten/„chain of activities“) praktisch alle Unternehmen, auch die, die nicht die Schwellenwerte erreichen, weil und sofern sie Vertragspartner der unmittelbar verpflichteten Unternehmen sind. Von den größeren deutschen Familienunternehmen sind indes ein großer Teil direkt im Anwendungsbereich der Lieferketten-Richtlinie, weil nach Art. 2 CSDD-Richtlinie Unternehmen mit mehr als 1.000 Beschäftigten und einem weltweiten Jahresnettoumsatz von 450 Millionen Euro erfasst sind (ab 2029). Die Aktivitätskette umfasst Tätigkeiten der vorgelagerten und Teile der nachgelagerten Wertschöpfungskette mitsamt Transport, Lagerung und Vertrieb bei direkten Geschäftsbeziehungen. Sie haben mögliche negative Auswirkungen ihrer Handlungen auf die Menschenrechte und die Umwelt, einschließlich Sklaverei, Kinderarbeit, Ausbeutung von Arbeitskräften, Verlust der biologischen Vielfalt, Umweltverschmutzung und Zerstörung des Naturerbes zu ermitteln. Es ist darzulegen wie die Unternehmen mit den tatsächlichen und auch nur potenziellen negativen Auswirkungen auf die Menschen und die Umwelt im Zusammenhang mit ihrer Geschäftstätigkeit umzugehen gedenken oder wie sie solche Auswirkungen verhindern oder mindern wollen. Unternehmen sind zudem verpflichtet einen „Climate Transition Plan“ zu verabschieden, der sicherstellt, dass ihr Geschäftsmodell und die Strategie vereinbar sind mit der Begrenzung der globalen Erwärmung nach Maßgabe des vom Pariser Klimaschutzübereinkommen angestrebten 1,5-Grad-Zieles.

Dabei stellt die EU-Lieferketten-Richtlinie CSDDD noch deutlicher als das deutsche LkSG die Unternehmen unter „zivilgesellschaftliche“ Aufsicht. Gewerkschaften und Organisationen der Zivilgesellschaft (NGOs) können Ansprüche gegen Unternehmen geltend machen, fungieren praktisch als eine Kontrollinstanz, die ihre Ansprüche an Unternehmen auch gerichtlich

*Gewerkschaften und
NGOs fungieren
praktisch als
Kontrollinstanz.*

18 Andreas Zimmermann/Norman Weiss, Völker- und verfassungsrechtliche Parameter eines deutschen Lieferkettengesetzes, ArchVR 2020, 424 (433).

19 Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937, angenommen am 24.04.2024 durch das Europäische Parlament, European Parliament legislative resolution of 24 April 2024 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 (COM(2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD)).

durchsetzen kann. Den von der Richtlinie erfassten Unternehmen obliegt nicht nur die Einrichtung eines Risk-Management-Systems, sondern auch die Implementierung eines Melde- und Beschwerdeverfahrens sowie eine Veröffentlichung über die Erfüllung der Sorgfaltspflichten. Unternehmen, die die vorgeschriebenen (ebenso wie im deutschen Recht bisher weitgehend unbestimmten) Sorgfaltspflichten nicht einhalten, drohen „Strafen“ von bis zu 5 Prozent ihres weltweiten Nettoumsatzes. Nach nationalem Recht können zusätzlich zivilrechtliche Haftungstatbestände bei vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstößen vorgesehen werden.

5. Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM)

In den Belastungswirkungen zumindest hinsichtlich der Dokumentationspflichten ähnlich wirkt auch ein neues Instrument, das eigentlich zum Schutz der europäischen Unternehmen vor unfairer Konkurrenz zu dienen bestimmt ist: Der „Carbon Border Adjustment Mechanism“ (CBAM) soll auf faire Bedingungen im Welthandel hinwirken, wenn es Angaben von außereuropäischen Unternehmen verlangt, die in höherem Maße als in der EU fossile Stoffe verbrauchen. Aber um diesen auf Vorteilsausgleich zielenden Vergleich anstellen zu können, sind die Importeure von Eisen und Stahl, Eisenerz, Aluminium, Zement, Ammoniak, Kaliumnitrat, Wasserstoff und Elektrizität verpflichtet, Angaben über den CO₂-Fußabdruck *der von ihnen eingeführten Waren* zu machen. „Darunter fallen auch weiterverarbeitete Waren wie Schrauben oder Aluminiumfolie.“²⁰

6. CSR-Richtlinie (CSRD)

Anfang Januar 2023 trat die Richtlinie (EU) 2022/2464 über die Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen in Kraft. Die CSR-Richtlinie (Corporate Sustainability Reporting Directive/CSRD) hat Auswirkungen auf die Abschlussprüferverordnung, die Transparenzrichtlinie, die Abschlussprüfungsrichtlinie sowie die Bilanzrichtlinie der EU.²¹ Auch hier findet sich die Entwicklung des oben beschriebenen Ansatzes einer *Moralisierung* der unternehmerischen Handlungsfreiheit, die sich schrittweise und scheinbar unaufhaltsam entwickelt hat:

„In ihrer Mitteilung *Eine neue EU-Strategie (2011-2014) für die soziale Verantwortung der Unternehmen* vom 25. Oktober 2011 legte die EU-Kommission jedoch eine *neue Definition* vor, wonach CSR „die Verantwortung von Unternehmen für ihre Auswirkungen auf die Gesellschaft“ ist. Diese, die Bezeichnung „Definition“ nicht erfüllende politische Zielvorgabe wird weiter konkretisiert: Die Einhaltung geltenden Rechts (Compliance) soll das Minimum unternehmerischer Verantwortung sein. Um ihrer Verantwortung vollumfänglich gerecht zu werden, sollen Unternehmen

*Integration sozialer,
ökologischer,
wirtschaftsethischer,
menschenrechtlicher
und verbraucher-
orientierter Prozesse
in unternehmerische
Aktivitäten*

²⁰ FAZ v. 06.08.2024, S. 17.

²¹ Jonas Dickel/Jens Schütte, Nachhaltigkeitsberichterstattung in KMU: Einordnung der Konsultationsentwürfe der EFRAG, DStR 2024, 1322.

darüber hinaus Prozesse einführen, die soziale, ökologische, wirtschaftsethische, menschenrechtliche und Verbraucherbelange in enger Zusammenarbeit mit ihren Stakeholdern in ihre Strategie und ihre Aktivitäten integrieren.“²²

Mit der CSR-Richtlinie werden bereits bestehende Regeln zur nicht-finanziellen Berichterstattung noch einmal erheblich ausgedehnt. Die an einem EU-regulierten Markt notierten Unternehmen (unter Ausnahme nur von Kleinstunternehmen) sind von der neuen Berichtspflicht erfasst. Die CSRD verlangt Angaben zu Nachhaltigkeitszielen, den wichtigsten nachteiligen Wirkungen des Unternehmens, zu noch nicht bilanzierten immateriellen Ressourcen sowie zur Rolle von Vorstand und Aufsichtsrat. Das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Nuklearsicherheit und Verbraucherschutz (BMUV) fasst die diesbezüglichen Pflichten wie folgt zusammen:

„Unternehmen müssen nicht nur berichten, wie sich Nachhaltigkeitsbelange auf ihre wirtschaftlichen Aktivitäten auswirken, sondern auch umgekehrt, wie ihre wirtschaftlichen Aktivitäten sich auf Nachhaltigkeitsbelange auswirken. Im Umweltbereich sind das Informationen über: (1) Klimaschutz, auch in Bezug auf Scope-1- (direkte Emissionen von Aktivitäten des Unternehmens), Scope-2- (indirekte Emissionen des Unternehmens, bspw. aus der Herstellung von Strom und Wärme) und gegebenenfalls – das heißt dort, wo dies relevant ist – Scope-3- (indirekte Emissionen in der Liefer- und Wertschöpfungskette, bspw. bei der Herstellung von Vorprodukten oder dem Gebrauch des Endprodukts) Treibhausgasemissionen; (2) Anpassung an den Klimawandel; (3) Wasser- und Meeresressourcen; (4) Ressourcennutzung und die Kreislaufwirtschaft; (5) Verschmutzung; (6) Biodiversität und Ökosysteme.“²³

7. Country-by-Country Reporting (CbCR)

Weitere Transparenz- und Berichtspflichten können sich aus dem Anliegen des Gesetzgebers ergeben, multinational operierende Unternehmen in ihren jeweiligen Steuerpflichtbeziehungen kenntlich zu machen. Das deutsche Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2021/2101 schreibt (bußgeldbewehrt) die Offenlegung von Ertragsteuerinformationen durch bestimmte Unternehmen und Zweigniederlassungen vor („Country-by-Country Reporting“).²⁴ Die Vorschriften finden auf multinational agierende und vergleichsweise umsatzstarke (Umsatzgrenze bei 750 Mio. €) Unternehmen Anwendung – sowohl auf unverbundene als auch verbundene

22 Birgit Spießhofer, Compliance und Corporate Social Responsibility, NZG 2018, 441.

23 BMUV, CSR-Richtlinie, <https://www.bmuv.de/themen/nachhaltigkeit/wirtschaft/lieferketten/csr-richtlinie>.

24 Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2021/2101 im Hinblick auf die Offenlegung von Ertragsteuerinformationen durch bestimmte Unternehmen und Zweigniederlassungen sowie zur Änderung des Verbraucherstreitbeilegungsgesetzes und des Pflichtversicherungsgesetzes, BGBl. 2023 I Nr. 154 v. 21.06.2023.

Unternehmen, sowie inländische Zweigniederlassungen unverbundener und verbundener Unternehmen mit Sitz in einem Drittstaat.

8. EU-Digital-Service-Act (DSA)

Im digitalen Bereich, den jedes Unternehmen im Blick haben muss, schreiben sowohl der EU-Digital-Service-Act (DSA) als auch die ältere E-Commerce-Richtlinie zwar keine in der Breite angelegte Systeme der Überwachung vor, erzeugen aber mit Haftungsregelungen auch hier häufig vergleichbare Unsicherheiten:

„Die vorstehenden Haftungsregelungen des DSA begründen gemäß Art. 8 DSA – ebenso wie die entsprechenden Regelungen der E-Commerce-Richtlinie – keine Pflicht zur allgemeinen Überwachung. Auch wenn bei Vorliegen von Umständen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hindeuten, eine Reaktion geboten sein kann, besteht keine Pflicht zur aktiven Suche und Nachforschung hinsichtlich konkreter Tatsachen. Dies schließt es allerdings nicht aus, dass in Einzelfällen eine spezifische Überwachung erfolgen muss: In Erwgr. 30 S. 2 DSA ist klargestellt, dass insbesondere als Folge von Anordnungen von Behörden im Einzelfall spezifische Überwachungspflichten begründet werden können. Daher können Gerichte den Diensteanbietern etwa Anordnungen auferlegen, den Zugang zu gespeicherten rechtswidrigen (und sinngleichen) Informationen zu sperren oder diese zu entfernen. Weiterhin sind spezifische Überwachungspflichten einer jeden Abmahnung oder Unterlassungsklage immanent.“²⁵

*Der implementative
Ansatz zur Selbst-
und Fremdüber-
wachung schärft
Sorgfaltsmaßstäbe
und beschränkt die
unternehmerische
Dispositions-
freiheit in kaum
einschätzbarer
Belastungswirkung*

Der implementative Ansatz zur Selbst- und Fremdüberwachung wirkt überall dort, wo Sorgfaltsmaßstäbe („Due Diligence“) entsprechend geschärft werden und lenkt die unternehmerische Dispositionsfreiheit in einer häufig in seiner Belastungswirkung nur ganz schwer einschätzbaren Weise. Umgekehrt wird die Freistellung oder Begrenzung von Haftung gerade auch „im Tausch“ gegen die Einführung von Compliance-Systemen vom Gesetzgeber erstrebt.

„Ausgangspunkt der Sorgfaltspflichten im DSA ist die Erkenntnis, dass sich das Problem der illegalen Inhalte und Tätigkeiten im Internet nicht allein durch Haftungsvorschriften für die Intermediäre bewältigen lässt (Erwgr. 26 DSA). Die neuen Sorgfaltspflichten sollen die negativen Externalitäten von Vermittlungsdiensten – insbesondere die Verbreitung von illegalen Waren, Fake News und Hate Speech

²⁵ Torsten Kraul/Jens Peter Schmidt, Plattformregulierung 2.0 – Digital Services Act und Digital Markets Act als Herausforderung für die Compliance-Organisation, CCZ 2023, 177 (179).

– durch Organisations- und Verfahrensanforderungen minimieren und die gesellschaftlichen Kosten bei den Anbietern internalisieren, ohne dafür das scharfe Schwert der Haftung zu ziehen.“²⁶

26 *Torsten Kraul/Jens Peter Schmidt, Plattformregulierung 2.0 – Digital Services Act und Digital Markets Act als Herausforderung für die Compliance-Organisation, CCZ 2023, 177 (179 f.).*

B. Eingriffsbestimmung und Eingriffstiefe von hoheitlich vorgeschriebenen Compliance-Systemen

Bislang hielten große Teile der Rechtswissenschaft und die öffentliche Meinung den implementativen Ansatz für einen intelligenten und schonenden Weg zur unternehmerischen Nachhaltigkeit. Es herrschte die Auffassung vor, dass hier Gemeinwohlziele in den strategischen Schaltstellen der Unternehmen einerseits tief und wirksam verankert würden und andererseits das Ganze in einer die Freiheit nicht übermäßig beschränkenden Weise geschehe, unter Wahrung der Dispositionsspielräume. Es konnte sogar der Eindruck entstehen, dass hier im Grunde gar kein Grundrechtseingriff bestehe, weil ja nur dasjenige gefordert würde, was jeder vernünftig Denkende als moralisches Gebot ohnehin erkennen müsse.

Ob solche pauschalen und theoretisch ansetzenden Wertungen auch in der Wirklichkeit tragfähig sind, lässt sich nur bei einer näheren Betrachtung der grundrechtsspezifischen Eingriffslagen und aus der Bestimmung der Eingriffstiefe beurteilen. Dabei muss berücksichtigt werden, dass – wie die Skizzierung des geltenden Rechts bereits gezeigt hat – eine sukzessive Erweiterung, Verdichtung und wachsende Pflichten-Interdependenz entstanden ist. Die in den hier dargestellten, exemplarischen Bereichen klar erkennbare Tendenz zu einer „Bürokratisierung des privatautonomen Entfaltungsraums“²⁷ hat inzwischen ein erhebliches, in manchen Bereichen die unternehmerischen Aktivitäten stark belastendes Niveau erreicht und wird vermutlich noch weiter anwachsen.

*Sukzessive
Erweiterung,
Verdichtung und
wachsende Pflichten-
Interdependenz*

I. Unternehmerische Dispositionsfreiheit als Teil der Berufsfreiheit (Art. 12 GG)

Art. 12 Abs. 1 garantiert allen Deutschen das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Geschützt ist neben der Berufswahl auch die Berufsausübungsfreiheit, die durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden kann. Die verfassungsrechtlich gewährleistete Berufsfreiheit schützt jede auf Dauer angelegte Tätigkeit, die der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient. Gewerbliche und unternehmerische Tätigkeiten sind selbstverständlicher Teil der Berufsfreiheit, die ihrem Wesen nach auch für juristische Personen anwendbar ist (Art. 19 Abs. 3 GG).²⁸ Im deutschen Verfassungsrecht hat man anfänglich nur verhalten die Unternehmerfreiheit als Teil von Art. 12 GG akzeptiert, heute ist eine solche Reserve in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) allerdings nicht mehr

²⁷ Udo Di Fabio, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Vermögenssteuern und Vermögensabgaben, 2023, S. 48.

²⁸ Vgl. dazu BVerfGE 106, 275 (298).

gegeben. So wurde jüngst kurz und bündig der Auslegungsstand ständiger Rechtsprechung resümiert:

„Eine Ausprägung der Berufsfreiheit ist die „Unternehmensfreiheit“ im Sinne freier Gründung und Führung von Unternehmen, welche die Freiheit umfasst, die unternehmerische Berufstätigkeit organisatorisch und vertraglich zu gestalten (vgl. BVerfGE 50, 290 <363 ff.>; 123, 186 <238 f.>; 138, 261 <284 f.>; 161, 63 <89 Rn. 43>; stRspr).“²⁹

Damit korrespondiert Art. 16 der EU-Grundrechtecharta (GRCh), die die „unternehmerische Freiheit“ „nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ anerkennt. Art. 16 der Charta schützt die unternehmerische Freiheit, „eine Wirtschafts- oder Geschäftstätigkeit auszuüben, die Freiheit, in den Grenzen der unternehmerischen Verantwortlichkeit für die eigenen Handlungen über die unternehmenseigenen wirtschaftlichen, technischen und finanziellen Ressourcen verfügen zu können“ sowie „die Vertragsfreiheit“.³⁰

Art. 12 Abs. 1 GG schützt zwar primär vor solchen Beeinträchtigungen, die von Gesetzgeber und Exekutive unmittelbar auf die berufliche Betätigung zielen, indem sie eine Berufstätigkeit unterbinden oder beschränken.³¹ Auch hier gilt: Geschützt ist die unternehmerische Freiheit, eine Wirtschafts- oder Geschäftstätigkeit im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit auszuüben sowie die Freiheit, unter Beachtung klarer Rechtsgrenzen verantwortlich über die unternehmenseigenen wirtschaftlichen, technischen und finanziellen Ressourcen verfügen zu können.

Wenn man den Schutzbereich eng fasste, hieße das, als Eingriffe in die Berufsfreiheit nur solche Maßnahmen anzusehen, „die eine berufliche Tätigkeit grundsätzlich verbieten und nur unter dem Vorbehalt behördlicher Einzelzulassung erlauben“.³² Ein solches Verständnis, dass sich zudem nur auf die Freiheit der Berufswahl beschränkt, wäre aber grundrechtsdogmatisch in gravierender Weise untypisch und geradezu dysfunktional den garantierten Schutzbereich betreffend. Die Berufsfreiheit schützt gewiss nicht schon gegen jede Regelung, die Rahmenbedingungen der unternehmerischen Tätigkeit *irgendwie beeinflusst*³³, wohl aber

Art. 12 GG schützt die Freiheit, unter Beachtung klarer Rechtsgrenzen verantwortlich über die unternehmenseigenen Ressourcen verfügen zu können.

29 BVerfG Urteil v. 28.11.2024 – 1 BvR 460/23, 1 BvR 611/23 – Rn. 66.

30 EuGH, Urteil (Siebte Kammer) v. 27.06.2024, Gestore dei Servizi Energetici SpA, Rs. C 148/23, Rn. 62; Urteil v. 15.04.2021, Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche [Anie] u. a., Rs. C 798/18 und C 799/18, Rn. 56 und 62.

31 BVerfGE 113, 29 (48); stRspr.

32 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats v. 23.03.2022 – 1 BvR 1187/17 –, Rn. 46 unter Verweis auf BVerfGE 8, 71 (76); 145, 20 (70 f. Rn. 129).

33 BVerfGE 148, 40 (50 f. Rn. 27).

gegen Maßnahmen, die entweder von der *Intention* oder aber vom *Gewicht* her eine objektiv berufsregelnde Tendenz haben.³⁴

„Auch die Inanspruchnahme Privater zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe ist ein Eingriff in die freie wirtschaftliche Betätigung im Sinne einer Berufsausübungsregel.“³⁵

Das BVerfG schließt die Berufsfreiheit – wenngleich in einer berufsfreiheitsrechtlich besonderen Sprache – praktisch an die Dogmatik vom mittelbaren (faktischen) Grundrechtseingriff an, wonach jede nicht unerhebliche Einwirkung des Staates in ein grundrechtliches Schutzgut gegen den Willen des Grundrechtsträgers als Eingriff in Betracht kommt.³⁶

Auch wer diese Einordnung als zu weit gefasst empfindet, wird mit dem Bundesverfassungsgericht aber von Folgendem ausgehen müssen: Ab einer bestimmten, fühlbaren „Schwere“ oder bei einer grundrechtsregelnden Absicht des Gesetzgebers kann jedenfalls keine bloße Reflexwirkung auf den grundrechtlichen Schutzbereich mehr angenommen werden. Stattdessen muss in solchen Fällen ein Eingriff bejaht werden. Entweder entsteht die Eingriffslage bereits durch die Intensität der Wirkung auf das Grundrecht („Schwere“) oder aber durch das gezielte Wollen des Staates, dem betroffenen Adressaten eine Pflicht aufzuerlegen.³⁷ Nur durch diese Betrachtungsweise kann verhindert werden, dass die Wirkung der Grundrechte gegenüber modernen Steuerungsstrategien und Marktgestaltungen leer läuft.

„Die Grundrechtsbindung aus Art. 12 Abs. 1 GG besteht jedoch dann, wenn Normen, die zwar selbst die Berufstätigkeit nicht unmittelbar berühren, aber Rahmenbedingungen der Berufsausübung verändern, in ihrer Zielsetzung und ihren mittelbar-faktischen Wirkungen einem Eingriff als funktionales Äquivalent gleichkommen (vgl. BVerfGE 105, 252 <273>; 105, 279 <303>; 110, 177 <191>; 113, 63 <76>; 116, 135 <153>; 116, 202 <222>; 118, 1 <20>; s. auch BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 25. Juli 2007 – 1 BvR 1031/07 –, juris, Rn. 32), die mittelbaren Folgen also kein bloßer Reflex einer nicht entsprechend ausgerichteten gesetzlichen Regelung sind (vgl. BVerfGE 106, 275 <299>; BVerfGE 116, 202 <222> m. w. N.).“³⁸

34 BVerfGE 113, 29 (48); 155, 238 (277 f. Rn. 97); stRspr.

35 BVerfGE 114, 196 (Rn. 235); 68, 155 <170 f.>; 95, 173 (187).

36 So zusammenfassend wenngleich mit dem Soupçon möglicher grundrechtsdogmatischer Aufweichungstendenzen: *Herbert Bethge*, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998), S. 7 (40).

37 Dazu den auch gegenwärtig geltenden herrschenden Meinungsstand wiedergebend: *Beatrice Weber-Dürler*, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998), S. 57 (85 f.).

38 BVerfGE 148, 40 (Rn. 28); s. dazu: *Christian Paul Starke*, Die Lehre vom mittelbar-faktischen Grundrechtseingriff im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, DVBl. 2018, 1469 ff.

Compliance-Vorgaben, die das „Ob und Wie“ einer gewerblichen Tätigkeit festlegen, stellen einen Eingriff in die Berufsfreiheit dar

Berichtspflichten und das Verlangen organisatorischer Vorkehrungen als Grundrechtseingriff

Ein Eingriff in die Berufsfreiheit ist deshalb bei solchen Regelungen gegeben, die unmittelbar verbindliche Vorgaben im Hinblick auf das „Ob und Wie“ einer bestimmten beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit festlegen. Das ist bei Compliance-Vorgaben, die Überwachungssysteme, Berichtspflichten oder organisatorische Vorkehrungen verlangen, ohne weiteres der Fall. Das Argument, hier handele es sich um selbstverständliche unternehmerische Sorgfaltspflichten, die im Rahmen der freien Berufsausübung „ohnehin anfallen würden“, überzeugt nicht; denn jede gesetzliche Vorgabe des „Ob und Wie“ engt die unternehmerische Dispositionsfreiheit, wie die exemplarischen Regelungsbereiche deutlich gezeigt haben, erheblich ein und ist deshalb bereits unter dem Gesichtspunkt der „Schwere“ als Grundrechtseingriff zu qualifizieren. Aber auch die Finalität implementativer Steuerungsstrategien zeigt eine klare berufsregelnde Tendenz, wenn Unternehmen für politisch und gesetzgeberisch definierte Gemeinwohlzwecke in Dienst genommen werden. Das hat das BVerfG aktuell noch einmal für die Indienstnahme Privater bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben klargestellt:

„Die Berufsfreiheit umfasst auch ein Abwehrrecht gegen Mitwirkungspflichten bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben wie Ermittlungs-, Auskunfts-, Berichts- und Dokumentationspflichten, die unmittelbar an eine berufliche Tätigkeit anknüpfen und mit spürbaren administrativen Lasten verbunden sind (vgl. zur Indienstnahme Privater für öffentliche Aufgaben BVerfGE 22, 380 <383 f.>; 30, 292 <312 ff.>; 68, 155 <170 ff.>; 114, 196 <244>; 161, 1 <34 ff. Rn. 71 ff.>).“³⁹

Das Kernproblem bei der Beurteilung implementativer Steuerungsansätze liegt darin, dass mit der Compliance-Semantik eine Eingriffslage verdeckt werden kann, die tatsächlich der „Indienstnahme Privater zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben“ entspricht. Bei hoheitlich als Rechtssätze erlassenen ESG-Managementvorgaben zum Umwelt- oder Menschenrechtsschutz oder bei gesetzlich auferlegten Berichtspflichten zur Aufdeckung von Schwarzgeld-Transaktionen oder entsprechenden Haftungserweiterungen handelt es sich nicht lediglich um eine bloße Verdeutlichung der sittlich geschuldeten Bindung eines Grundrechtsträger im Rahmen seiner ureigenen Freiheitsbetätigung. Vielmehr stellen diese gesetzlich begründeten Pflichten eine hoheitliche Anordnung zur Mitwirkung bei der Erfüllung einer gesetzlich festgelegten Gemeinwohlaufgabe dar. Die Rhetorik des „Wir packen alle an“ hat im allgemeinen politischen Raum gewiss ihre Berechtigung, sie darf aber nicht auf eine methodische Grundrechtsanwendung durchschlagen, indem die Eingriffsqualität implementativer Steuerungsstrategien entweder verneint oder ins Nebensächliche abgedrängt wird.

Eingriffsqualität implementativer Steuerungen nicht ins Nebensächliche abdrängen

39 BVerfG Urteil v. 28.11.2024 – 1 BvR 460/23, 1 BvR 611/23 – Rn. 67.

II. Eingriffswirkung durch Berichtspflichten (Eingriffstiefe)

Berichtspflichten und Begründungsauflagen wirken prima vista deshalb als milde Eingriffe, weil sie das Handeln nicht im Ergebnis zu beschränken scheinen, sondern lediglich die Umstände des Handelns transparent machen sollen. Der mittelbare Lenkungseffekt wird bei einer solchen Betrachtungsweise allerdings ausgeblendet: Denn der Niederlegungs- und Begründungsaufwand macht eine dergestalt teilweise aufwendig zu dokumentierende Entscheidung bereits unwahrscheinlicher als eine solche, die einen solchen Ermittlungs- oder Begründungsaufwand nicht erfordert. Hier kann beispielsweise das Nichthandeln, die Untätigkeit „günstiger“ sein als ein Handeln, das protokolliert werden muss. Insbesondere im Blick auf die Nachhaltigkeitsberichterstattung ist die Einschränkung der unternehmerischen Dispositions- und Handlungsfreiheit bereits thematisiert worden.⁴⁰

*Mittelbarer
Lenkungseffekt*

Eine wirtschaftliche Analyse der Kosten etwa für das von der Bilanz-Richtlinie geforderte Country-by-Country Reporting und deren Publikation im Netz haben den steigenden personellen und sächlichen Aufwand für Erhebung von Daten, deren Aufbereitung, Zusammenstellung, Publikation und Umgang mit Reaktionen aus den Steuer- und Public-Relations-Abteilungen der Unternehmen zu berücksichtigen.⁴¹

Dabei steigen solche Kosten nicht proportional zur Größe oder zum Jahresumsatz eines Unternehmens, sondern belasten kleinere Unternehmen stärker als größere Unternehmen. Die politisch gebräuchlichen Begriffe von „klein“ und „groß“ sind vor diesem Hintergrund einer asymmetrischen Belastungswirkung mit einer gewissen Vorsicht zu benutzen, weil der deutsche Gesetzgeber Unternehmen mit 750 Millionen Euro Jahresumsatz bereits für „groß“ (und damit auch im Sinne von „leistungsfähig“ betreffend auferlegter Dokumentationspflichten) hält, der europäische Gesetzgeber sogar Unternehmen von nur 450 Millionen Euro Jahresnettoumsatz.⁴² Das kann aber zu einer fehlerhaften Einschätzung führen, weil viele Unternehmen, die in Deutschland zum Mittelstand rechnen, dabei in der Kategorie „groß“ rangieren, obwohl der Gesetzgeber womöglich an weitaus leistungsfähigere DAX-Unternehmen gedacht hat. Von den 500 umsatzstärksten deutschen Familienunternehmen liegt rund ein Drittel im Bereich zwischen 750 Millionen und 2 Milliarden Euro Jahresumsatz. Sie werden deshalb bei identischer Pflichtenlage im Ergebnis vergleichsweise stärker belastet werden als DAX-Konzerne, deren Umsätze bezogen auf das Jahr 2017 zwischen 2,3 Milliarden und 217,3 Milliarden Euro liegen.⁴³

40 Georg Lanfermann/Josef Baumüller, Die Endfassung der Corporate Sustainability Direktive (CSRD) – Darstellung und Würdigung der neuen Anforderungen an die Nachhaltigkeitsberichterstattung europäischer Unternehmen, Der Betrieb 2022, 2745 ff.

41 Verena Dutt/Christoph Spengel/Heiko Vay, Der EU-Vorschlag zum Country-by-Country Reporting im Internet. Kosten, Nutzen, Konsequenzen, 2017, S. 16.

42 S. o. A.III.4 zur CSDDD.

43 Verena Dutt/Christoph Spengel/Heiko Vay, Der EU-Vorschlag zum Country-by-Country Reporting im Internet. Kosten, Nutzen, Konsequenzen, 2017, S. 17.

Die Zahlen dürften inzwischen noch signifikanter ausfallen, weil mehr Familienunternehmen über die Umsatzschwelle von 750 Millionen Euro (resp. 450 Millionen Euro nach der CSDDD) gelangt sind.

III. Kopplung von weichen Wirkungen („name and shame“) und harten Sanktionen

Bereits im Zusammenhang mit dem Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK)⁴⁴ ist über die Eingriffswirkung von Compliance-Ansätzen in einer hinsichtlich der Eingriffsintensität schwer bestimmbaren Kombination von unverbindlichem Soft Law und harten Sanktionen etwa auf Haftungsebene gesprochen worden. Schon die Annahme, bestimmte Maßnahmen seien als Soft Law grundrechtlich unproblematisch, erweist sich als irrig:

Die Eingriffsintensität der Kombination von Soft Law und harten Sanktionen ist schwer bestimmbar

„Bereits beim DCGK zeigt sich, dass auch mit anderen als gesetzlichen Instrumentarien eine Verbindlichkeit erzeugt werden kann, die in ihrer Bindungswirkung von der binären Kategorie rechtsverbindlich/freiwillig nicht erfasst wird. Diese Instrumente werden meist in der „Verlegenheitskategorie“ „Soft Law“ gesammelt. Die Regierungskommission DCGK ist unterhalb der Ebene der Rechtsverpflichtung normativ steuernd tätig mit den Instrumenten der Empfehlung („Soll-Bestimmung“) und der Anregung („Sollte-Bestimmung“), deren Befolgung mit dem Begriff „freiwillig“ nicht angemessen adressiert würde. Vielmehr findet sich eine abgestufte Bindungsintensität mit einem differenzierten Durchsetzungsmechanismus. Die Empfehlungen entfalten über den Transmissionsriemen des § 161 AktG „Sprengkraft“. § 161 AktG verpflichtet börsennotierte Aktiengesellschaften, eine jährliche Erklärung abzugeben und auf ihrer Website zu veröffentlichen, dass den Empfehlungen der Regierungskommission DCGK entsprochen wurde und wird oder welche Empfehlungen nicht angewendet werden oder wurden und warum nicht („comply or explain“). Über „name and shame“ und gesetzliche Sanktionierung wird eine „annähernd gesetzegleiche Bindungswirkung“ erzeugt.“⁴⁵

Erst recht ist ein häufig gekoppeltes Sanktionsregime nicht nur ersichtlich ein Grundrechtseingriff, sondern häufig auch ein schwerwiegender Grundrechtseingriff:

⁴⁴ S. o. A.II.1.

⁴⁵ Birgit Spießhofer, Compliance und Corporate Social Responsibility, NZG 2018, 441 (442 f.). S. a. Melanie Katharina Krause, Die Auswirkungen von Compliance-Maßnahmen auf die Sanktionierung von Verbänden, 2022.

„Nicht nur die Nichtabgabe einer Entsprechungserklärung, sondern auch eine falsche Angabe in der Entsprechungserklärung stellt einen Gesetzesverstoß dar. DCGK-Soft Law ist gekoppelt mit gesetzlichen „hard sanctions“.“⁴⁶

IV. Ermittlung der Eingriffstiefe und additive Eingriffswirkung

1. Additive Eingriffsverstärkungen

Bei der Bemessung der Eingriffswirkung darf nicht die Kumulation verschiedener direkter oder indirekter und häufig nur wenig aufeinander abgestimmter Dokumentations-, Berichts- und Organisationsvorschriften unbeachtet gelassen werden. Mit jedem weiteren Gesetzgebungsschritt und jedem Versuch, einer in der Zielverwirklichung „noch perfekteren“ oder doch jedenfalls verbesserten Steuerungswirkung steigt der „firmenbürokratische“ Aufwand um ein kleines Stück. Das mag für sich genommen relativ wenig Eingriffswirkung haben, aber muss an irgendeiner Stelle der Grundrechtsprüfung doch summiert oder addiert werden, um nicht am Ende des Tages den Kern der grundrechtlichen Freiheitsgewährleistung zu beschädigen – gleichsam unbemerkt, weil scheinbar erfolgreich und verfassungsrechtlich ungeprüft. Insofern wurde seit längerem der kumulative oder additive Grundrechtseingriff diskutiert und in neueren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auch (wenngleich vorsichtig) zur Anwendung gebracht.⁴⁷

„Grundsätzlich ist es möglich, dass verschiedene einzelne, für sich betrachtet geringfügige Eingriffe in grundrechtlich geschützte Bereiche in ihrer Gesamtwirkung zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung führen, die das Maß der rechtsstaatlich hinnehmbaren Eingriffsintensität überschreitet (...).“⁴⁸

Des Weiteren ist für das Maß der Eingriffsintensität der die Dispositionsfreiheit schmälernde „freiwillige“ Aufwand an Sorgfaltsvorkehrungen und Kooperation zu gewichten, die dem Konzept von Compliance und ESG immanent sind. Das gilt schon deshalb, weil große und angesehene Unternehmen gegenüber dem Kapitalmarkt sich im Blick auf Investoren und Kunden hier keine Reputationsrisiken leisten können. Zudem muss gesehen werden, dass der als „freiwillig“ angesehene Aufwand an Compliance und Sorgfaltspflichterfüllung schrittweise in eine immer engere Beziehung zur Überwachungsbehörde, dem Bundesamt für Ausfuhrkontrolle (BAFA) führt. Die praktische Überwachung der Sorgfaltspflichten durch das BAFA mag zunächst großzügig ausfallen. Doch jede Behörde hat bislang im Laufe der Zeit regelmäßig mehr und intensiver überprüft und nach und nach mehr lenkende Vorgaben gemacht. Das geschieht gewiss auch in der guten Absicht, die erhebliche Rechtsunsicherheit zu mindern.

*Kumulativer
beziehungsweise
additiver
Grundrechtseingriff*

*Komplexe
Gewichtung:
Einschränkung der
unternehmerischen
Handlungsfreiheit
durch „freiwillige“
Sorgfaltsvorkehrungen
und Kooperation*

⁴⁶ Birgit Spießhofer, Compliance und Corporate Social Responsibility, NZG 2018, 441 (443).

⁴⁷ BVerfGE 112, 304 (319 f.); 130, 372 (392).

⁴⁸ BVerfGE 123, 186 Rn. 239; 112, 304 (319 f.); 114, 196 (247).

Doch ist auch durch eine administrative Konkretisierung eines gesetzlich unbestimmten Normprogramms (die im Zivilrecht an sich als „Mandat zur richterlichen Rechtsgestaltung“ verstanden wird⁴⁹), deren Entwicklung an sich den Unternehmen im Sinne einer Verminderung von Beurteilungsunsicherheit zugeordnet ist, ein Problem: Das Problem besteht sowohl für die Reichweite des parlamentarischen Gesetzesvorbehalts, wenn es um die Programmierung von Verwaltungshandeln geht, als auch für die Autonomie des implementativ eingebundenen Grundrechtsträgers. Denn mit einer untergesetzlich durch das BAFA verdichteten Maßstabbildung der unternehmerischen Due Diligence werden allmählich die dem selbstregulativen Ansatz entweder zugeschriebenen oder tatsächlich innewohnenden Vorteile vermindert.⁵⁰

2. Eingriffswirkung durch „Kooperationszwang“

Als Eingriff zu behandeln und zu gewichten ist auch ein gesetzlich herbeigeführter „Kooperationszwang“, wenn etwa vom Lieferkettenrecht betroffene Unternehmen nicht nur mit dem BAFA, sondern in der Praxis auch mit zivilgesellschaftlichen Organisationen zusammenarbeiten müssen, um entweder von einer allgemeinen Norm-Konkretisierungsentwicklung nicht abgekoppelt zu werden oder aber um reputationsschädliche Klagen entsprechender Verbände zu vermeiden.

Ein aus Unternehmenssicht spürbarer Kooperationszwang mit NGOs und Gewerkschaften ist konzeptionell gerade vom europäischen Gesetzgeber gewollt und in der Praxis faktisch unausweichlich. Das betrifft zunächst die außergesetzliche zivilgesellschaftliche Regelbildung vor allem auf der internationalen Akteursebene zur Weiterentwicklung von sozialen oder ökologischen Standards.⁵¹ Während hier das deutsche LkSG weniger Anlass zur Kritik bietet, ist die EU-Gesetzgebung einem anderen Ansatz gefolgt:

„Anders als das LkSG wird der EU-Rechtsakt zudem verstärkte Beteiligungsrechte von NGOs, Bürgervereinigungen und Gewerkschaften vorsehen. Unternehmen müssen in einen Austausch mit Interessenvertretern treten und mit diesen Präventionsaktionspläne zur Vermeidung potenzieller negativer Auswirkungen auf die geschützten Rechtspositionen beziehungsweise Korrekturmaßnahmepläne für die Behebung tatsächlicher negativer Auswirkungen erarbeiten.“⁵²

49 Anne Röthel, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 161.

50 Stefan Bartz/Falko Schmidt/Jacqueline Weber, Die wichtigsten Entwicklungen im Lieferkettenrecht im ersten Halbjahr 2024, CCZ 2024, 172 (172 f.).

51 Ferdinand Gärditz, Verfassungsfragen zivilrechtlicher Klagen zur Durchsetzung von Klimaschutzzielen, ZEUPR 2022, 45 ff.

52 Lothar Harings/Franziska Zegula, Die „Lieferkette“ als Anknüpfungspunkt der Compliance-Verpflichtungen nach dem LkSG, CCZ 2022, 165 (167).

Art. 5 CSDDD verpflichtet die Mitgliedstaaten unter anderem, Maßnahmen zur „Durchführung einer sinnvollen Einbeziehung von Interessengruppen gemäß Artikel 13“ zu ergreifen. Dieser Artikel lautet in seinen Absätzen 2 bis 4:

„(2) Unbeschadet der Richtlinie (EU) 2016/943 stellen die Unternehmen bei der Konsultation von Interessengruppen diesen gegebenenfalls relevante und umfassende Informationen zur Verfügung, um wirksame und transparente Konsultationen durchzuführen. Unbeschadet der Richtlinie (EU) 2016/943 wird den konsultierten Interessengruppen die Möglichkeit eingeräumt, einen begründeten Antrag auf relevante zusätzliche Informationen zu stellen, die das Unternehmen innerhalb eines angemessenen Zeitraums und in einem geeigneten und verständlichen Format bereitstellt. Lehnt das Unternehmen ein Ersuchen um zusätzliche Informationen ab, haben die konsultierten Interessengruppen Anspruch auf eine schriftliche Begründung für diese Ablehnung.

(3) Die Konsultation der Interessengruppen findet in den folgenden Phasen des Due-Diligence-Prozesses statt:

(a) bei der Sammlung der erforderlichen Informationen über tatsächliche oder potenzielle negative Auswirkungen, um die negativen Auswirkungen gemäß den Artikeln 8 und 9 zu ermitteln, zu bewerten und zu priorisieren;

(b) bei der Ausarbeitung von Präventions- und Korrekturmaßnahmenplänen gemäß Artikel 10 Absatz 2 und Artikel 11 Absatz 3 sowie bei der Ausarbeitung erweiterter Präventions- und Korrekturmaßnahmenpläne gemäß Artikel 10 Absatz 6 und Artikel 11 Absatz 7;

(c) bei der Entscheidung über die Beendigung oder Aussetzung einer Geschäftsbeziehung gemäß Artikel 10 Absatz 6 und Artikel 11 Absatz 7;

(d) bei der Verabschiedung geeigneter Maßnahmen zur Behebung nachteiliger Auswirkungen gemäß Artikel 12;

(e) gegebenenfalls bei der Entwicklung qualitativer und quantitativer Indikatoren für die in Artikel 15 geforderte Überwachung.

(4) Ist eine wirksame Einbeziehung der Interessengruppen in dem für die Erfüllung der Anforderungen dieser RICHTLINIE erforderlichen Umfang nach vernünftigem

Erkennen nicht möglich, konsultieren die Unternehmen zusätzlich Sachverständige, die glaubwürdige Einblicke in tatsächliche oder potenzielle nachteilige Auswirkungen geben können.“

Diese politisch gelenkte „Kooperation“ hat demnach mehrere Facetten. Die Lenkung in Richtung einer nahegelegten Zusammenarbeit reicht über diese Einzelvorschrift und ihren Transparenzvorgaben hinaus, wenn es um ein Meldesystem, über die Eröffnung von weitgehenden Rechtsschutzmöglichkeiten im Hinblick auf behauptete Sorgfaltsverstöße in der Lieferkette bis zu einer dynamischen Regelbildung unter Beteiligung zivilgesellschaftlicher Akteure wie NGOs geht. Auch wenn das als „Hilfe“ für Unternehmen ausgeflaggt wird, so ist doch zu erwarten, dass gesellschaftliche Regelbildungen im Ergebnis Inhalt und Ausmaß von Sorgfaltspflichten (mit)bestimmen werden und somit die Unternehmen sukzessive, aber unweigerlich, in den Einflussbereich entsprechend interessierter Organisationen gelangen und sich mit ihnen arrangieren müssen.

*Unternehmen
geraten sukzessive
in den Einflussbereich
von NGOs und
müssen sich mit
ihnen arrangieren.*

„Um den Unternehmen Instrumente an die Hand zu geben, die ihnen dabei helfen, ihre Sorgfaltspflichten über ihre gesamte Tätigkeitskette hinweg zu erfüllen, sollte die Kommission in Absprache mit den Mitgliedstaaten und den Interessengruppen Leitlinien für Mustervertragsklauseln bereitstellen, die von den Unternehmen freiwillig als Hilfsmittel zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen gemäß Artikel 10 und 11 verwendet werden können.“⁵³

Leitlinien werden aber nicht nur von der EU-Kommission (unter Mitwirkung von NGOs) oder staatlichen Stellen wie dem BAFA formuliert, sondern auch im internationalen und gesellschaftspolitischen Raum. Das Konzept der „regulierten Selbstregulierung“ verdient besondere Aufmerksamkeit bezüglich seiner Wirkungen. Dies gilt sowohl für Compliance-Regelungen als auch für die Sorgfaltspflichten in der Lieferkettenverantwortung von Unternehmen. Der implementative Steuerungsansatz folgt hier einer klaren gesetzgeberischen Leitidee: Die Unternehmen erhalten den Auftrag, sich selbst durch autonom formulierte Regeln zu binden. Diese selbst gesetzten Regeln müssen dabei gleichzeitig für den Einfluss politischer Organisationen wie NGOs offen sein (vgl. Art. 13 CSDDD). Solche Vorschriften zur Selbstüberwachung, die gesetzlich nicht auf einer operativ handhabbaren Konkretisierungsebene vorgegeben sind, stärken zivilgesellschaftlich auftretende Verbände, die speziell auf unternehmerisches Handeln fokussiert sind. Sie eröffnen ihnen insofern nicht unerheblichen Einfluss bis hin zu einem faktischen Mitwirkungsrecht, weil ein Unternehmen die von der Zivilgesellschaft (mit) formulierten Standards nicht ohne weiteres ignorieren können.

*Wirkungen der
„regulierten
Selbstregulierung“*

*Faktisches
Mitwirkungsrecht
zivilgesellschaftlicher
Verbände*

⁵³ CSDD-Erwägungsgrund 67.

Das Maß an Unbestimmtheit der auferlegten Unternehmenspflichten und die Abhängigkeit von nichtstaatlicher Regelbildung im internationalen oder zivilgesellschaftlichen Aktionsraum steht in einer unmittelbaren und auch so gewollten Beziehung. Wenn der Staat unbestimmte Pflichten gesetzlich vorgibt, entsteht ein fluider Raum der Ungewissheit, den jeder Akteur mit Gemeinwohlintention zu füllen vermag und damit im Ergebnis ein Unternehmen nötigt zu erklären, warum es (rechtlich unverbindlichen) NGO-, Gewerkschafts- oder UN-Standards in ihrer eigenen ESG- oder Compliance-Policy nicht zu folgen bereit ist. Unternehmen dagegen, die gleichsam proaktiv solche Kollisionslagen vermeiden wollen, werden sich bemühen, mit den entsprechenden Organisationen Kontakt herzustellen und ihre Sicht bei der Regelbildung einzubringen. Hieraus ist bereits oder wird in Zukunft ein faktischer Kooperationszwang erwachsen.

Der Kooperationszwang wird auch dadurch begründet, dass „Rechtsbehelfe als Politikerzwingungshebel“⁵⁴ eingesetzt werden und zur Vermeidung von reputationsschädlichen Klagen Gesprächs- und Anpassungsbereitschaft der Unternehmen gefördert wird. So sieht die CSDDD vor:

Faktischer Kooperationszwang

„Die Mitgliedstaaten sollten die angemessenen Bedingungen vorsehen, unter denen jeder mutmaßliche Geschädigte eine Gewerkschaft, eine nichtstaatliche Menschenrechts- oder Umweltorganisation oder eine andere Nichtregierungsorganisation sowie – im Einklang mit dem nationalen Recht – nationale Menschenrechtseinrichtungen mit Sitz in einem beliebigen Mitgliedstaat ermächtigen können sollte zivilrechtliche Haftungsklagen zur Durchsetzung der Rechte der Opfer erheben können, wenn diese Einrichtungen die im nationalen Recht festgelegten Anforderungen erfüllen, beispielsweise wenn sie eine eigene ständige Niederlassung unterhalten und gemäß ihrer Satzung nicht gewerbsmäßig und nicht nur vorübergehend an der Verwirklichung der durch diese Richtlinie oder die entsprechenden Rechte im nationalen Recht geschützten Rechte beteiligt sind.“⁵⁵

Nicht nur Haftungsklagen sollen hier konzeptionell als Hebel gegen vorgeblich nicht nachhaltig agierende Unternehmen zivilgesellschaftlichen Akteuren wie NGOs in die Hand gegeben werden: Das Instrumentarium soll bis hin zu Unterlassungsklagen auf die Direktionsbefugnis der Managementebene reichen:

54 Ferdinand Gärditz, Verfassungsfragen zivilrechtlicher Klagen zur Durchsetzung von Klimaschutzziele, ZEUPR 2022, 45.

55 CSDDD-Erwägungsgrund 84.

„Um den Rechtsschutz zu gewährleisten, sollten die Kläger die Möglichkeit haben, Unterlassungsmaßnahmen in Form einer endgültigen oder einstweiligen Maßnahme zu beantragen, um Verstöße gegen die zur Umsetzung dieser Richtlinie erlassenen einzelstaatlichen Rechtsvorschriften durch Vornahme einer Handlung oder Einstellung eines Verhaltens zu unterbinden.“⁵⁶

Auch hier wird in einem Umfeld höchst unbestimmter Pflichtenvorgaben jedes Unternehmen, das nicht Ziel einer NGO-Kampagne mit entsprechenden Klagen werden will, „gut beraten“ sein, bereits im Vorfeld und möglichst dauerhaft mit den großen und einflussreichen NGOs oder Gewerkschaften im Umwelt-, Arbeits- und Menschenrechtsbereich zusammenzuarbeiten – im Ergebnis handelt es sich so um einen hoheitlich herbeigeführten und gewollten faktischen Kooperationszwang, der die Eingriffsvoraussetzungen gerade bei Berücksichtigung des gesamten Regelungskontextes auch in dieser Hinsicht erfüllt.

Im Hinblick auf die Wirkung additiver Eingriffsverstärkungen gilt es, das gesamte regulative System zu gewichten und dabei auch Publizitätseffekte zu würdigen. Die nach Art. 16 CSDDD abzugebende jährliche Erklärung wird als Ausgangspunkt für weitergehende Auskunftersuchen ebenso eine Rolle spielen, wie sie die Eignung aufweist, durch unterkomplexe Wahrnehmung Missdeutungen und Fehlverständnisse zu fördern, wenn nicht gleichzeitig eine aufwendige Kommunikationsstrategie des Unternehmens und kooperative Verständigungen mit maßgeblich tätigen menschenrechtlichen oder umweltpolitischen Vereinigungen gesucht wird.

⁵⁶ CSDDD-Erwägungsgrund 86.

C. Verhältnismäßigkeit

I. Eignung und Erforderlichkeit

Eingriffe in die Berufsfreiheit erfordern eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage, wobei dieses Gesetz seinerseits in formeller und materieller Hinsicht verfassungsgemäß sein muss. Um dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu genügen, müssen Grundrechtseingriffe „einen legitimen Zweck verfolgen und zur Erreichung des Zwecks geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein“.⁵⁷ Wie streng die Verhältnismäßigkeitsanforderungen im Einzelnen ausfallen, „bestimmt sich nach dem jeweiligen Eingriffsgewicht“.⁵⁸ Auch nach Art. 52 Abs. 1 Satz 2 der EU-GRCh kommen als Zweck der Einschränkung von Grundrechten nur dem Gemeinwohl dienende Zielsetzungen oder die Erfordernisse des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer in Betracht. Auch damit ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aufgerufen.⁵⁹

Die Prüfung der Eignung erweist sich ebenso wie die der Erforderlichkeit bei implementativen Rechtsakten als außerordentlich schwierig. Das hängt bereits damit zusammen, dass der Due-Diligence-Steuerungsansatz nur Bemühenspflichten und keine Erfolgspflichten formuliert. Die Auffassung der Gesetzgeber, hier würden erhebliche Beiträge etwa zur Erreichung der Klimaneutralität erzielt,⁶⁰ lässt sich nur sehr schwer abschätzen oder gar prospektiv belegen. Hier gibt es wenig empirisch gesichertes Wissen und auch kaum praktische Erfahrungen, zumal die ergriffenen Maßnahmen unter Umständen auch gerade gegenläufige Effekte im Vergleich zu den intendierten erzielen können.

Wenn beispielsweise europäische Unternehmen künftig weitaus stärker als bisher auf Einhaltung der Sorgfaltsstandards bei außereuropäischen Vertragspartnern drängten und dabei aber erfolglos blieben, müssten sie Geschäftsbeziehungen abbrechen und entsprechende Produkte oder Dienstleistungen durch im Wettbewerb nachteiligere, kostengünstigere Verträge ersetzen. Wenn sie dann über solche Folgewirkungen im internationalen Wettbewerb Marktanteile verlören oder gar ausscheiden müssten – etwa zu Gunsten asiatischer Unternehmen – dann wäre natürlich überhaupt nicht gesagt, ob diese außereuropäischen Wettbewerber mit ihren Geschäftsbedingungen den Zielen der Nachhaltigkeit, des Klimaschutzes, der sozial gerechten Entlohnung und der Wahrung der Menschenrechte besser dienen würden als die aus dem Wettbewerb gedrängten europäischen Unternehmen. Die Menschenrechtssituation verbessert sich erfahrungsgemäß mit dem allgemeinen wirtschaftlichen Erfolg einer Region, sodass der Abbruch von Geschäftsbeziehungen gerade mit technologisch oder im Hinblick auf die Stärke

*Tatsächliche
Eignung des
Steuerungsansatzes
schwer abzuschätzen*

⁵⁷ BVerfGE 162, 1 (Rn. 149); 67, 157 (173); 120, 378 (427); 154, 152 (239 f./Rn. 141).

⁵⁸ BVerfGE 162, 1 (Rn. 174); 141, 220 (269/Rn. 105); 155, 119 (178/Rn. 128).

⁵⁹ Kritisch insofern *Peter Hommelhoff*, Primärrechtlich begründete Mängel im CSRD-Vorschlag und deren Beseitigung, in: *Der Betrieb* 2021, S. 2437 (2438).

⁶⁰ CSDDD-Erwägungsgründe 10 und 11.

im Wettbewerb führenden Unternehmen unter Umständen nicht nur ungeeignet, sondern sogar kontraproduktiv sein kann.

Am weitesten geht dabei die Kritik des wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium der Finanzen, der infrage stellt, ob ESG-Finanzinstrumente überhaupt dazu beitragen können, *die realwirtschaftliche Investitionstätigkeit im Sinne der Nachhaltigkeitsziele tatsächlich zu steigern*.⁶¹ Eine andere Kritik geht dahin, dass hier eine Begriffskosmetik und eine aufwendige Regulierungskulisse geschaffen werde, die letztlich Green-Washing-Praktiken fördere und keine messbaren Effekte hervorbringe.

Mit anderen Worten: Eine europäische oder deutsche „Über-Regulierung“ kann im internationalen Wettbewerb und gerade auch unter den gravierend veränderten geostrategischen Bedingungen sich nicht nur als ungeeignet erweisen, die legitimen Ziele des Gesetzgebers zu erreichen, sondern auch die Wettbewerbsfähigkeit der betroffenen Unternehmen verschlechtern und das – bei schwindenden technologischen und infrastrukturellen Vorteilen der EU gegenüber Konkurrenten – sogar mit einiger Eintrittswahrscheinlichkeit.⁶²

Die positive Eignung (oder die angesprochenen kontraproduktiven Folgewirkungen) abzuschätzen, ist bei implementativen Steuerungsstrategien naturgemäß besonders schwierig, muss aber bei der rechtlichen Beurteilung dann jedenfalls an anderer Stelle mitberücksichtigt werden. Hier darf zum einen nicht alles einer legislativen Einschätzungsprärogative überlassen werden. Die mangelnde Vorausehbarkeit von implementativen Steuerungseffekten bei der Grundrechtskontrolle zu berücksichtigen bedeutet vor allem, dass bei den weiteren Stufen der Verhältnismäßigkeitsprüfung strengere Maßstäbe für eine schonende und grundrechtlich unbedenkliche Ausgestaltung angelegt werden müssen. Dies gilt insbesondere bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Andernfalls könnte der regulatorische Ansatz bereits auf der Eignungsstufe buchstäblich „nach hinten losgehen“. Ein solches Scheitern würde eintreten, wenn europäische Unternehmen durch Kostenbelastungen und schlechtere Rentabilitätsbedingungen aus dem Markt gedrängt würden. In diesem Fall wäre jeder Eignungsabschätzung – vergleichbar mit einem Wegfall der Geschäftsgrundlage – der Boden entzogen.

61 Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen, Grüne Finanzierung und Grüne Staatsanleihen – geeignete Instrumente für eine wirksame Umweltpolitik?, Gutachten 01/2021, v. 29.04.2021, S. 3.

62 Vgl. Clemens Fuest, Der europäische Green Deal und die Wirtschaftspolitik: Bürokratie begrenzen, Übersteuerung vermeiden, in: Jahresheft des Wissenschaftlichen Beirats der Stiftung Familienunternehmen, 2021, S. 55 (59).

*Worst case-Szenario:
Überregulierung mit
kontraproduktiver
und standortschwä-
chender Wirkung*

*Mangelnde
Vorhersehbarkeit
implementativer
Steuerungseffekte*

II. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, insbesondere bei „Trickle-Down-Effekten“

Ein Eingriff ist angemessen, wenn bei der Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs, dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt wird.⁶³

Nachhaltigkeitsberichtserstattung und Transparenzpflichten führen zu der entscheidenden Frage, ob ethische Sorgfaltspflichten überhaupt staatlich verpflichtend als Transparenz und Berichtspflichten ausgestaltet werden dürfen. Jedenfalls gilt hier ein strengerer Verhältnismäßigkeitsmaßstab als üblicherweise angelegt, wenn es „nur“ um Berichtspflichten des unternehmerischen Tuns und nicht um eine materielle Beschränkung unternehmerischer Dispositionsfreiheit geht. Die Gesetzgeber sowohl in Deutschland als auch der EU sind überzeugt, durch die pauschale Freistellung kleinerer und mittlerer Unternehmen von der Berichtspflicht und der Pflicht zur Unterhaltung von entsprechenden Systemen in jedem Fall auf der sicheren Seite zu sein. Demgegenüber ist in der Literatur zutreffend festgestellt worden, dass diese Annahme an der Wirklichkeit einer komplex verflochtenen Wirtschaftsstruktur vorbeigeht. Insbesondere ist dabei die „Schattenwirkung“ der CSRD oder in der Sprache der Rechnungsleger der „Trickle-Down-Effekt“ zu berücksichtigen.⁶⁴ So wird der unionalen Gesetzgebung zur CSRD das Ziel entnommen, nur große Kapitalgesellschaften berichtspflichtig zu stellen:

„Nach Erwägungsgrund 18 sollen sie zum einen wegen der Auswirkungen ihrer Aktivitäten auf die Gemeinwohlüter berichtspflichtig gestellt werden und zum anderen wegen ihrer öffentlichen Rechenschaftspflicht für ihr Tun einschließlich jenes in Wertschöpfungsketten. Im Umkehrschluss schätzt der Unionsgesetzgeber offenbar die Auswirkungen, die von kapitalmarktfernen KMU ausgehen, als nicht schwerwiegend genug ein und will darüber hinaus diese Unternehmen, zumindest vorerst (arg. Art. 6 Abs. 1 lit. c CSRD), nicht in öffentliche Verantwortung nehmen lassen. Dass der Gesetzgeber diesen KMU die drückenden Belastungen aus einer umfang- und detailreichen Nachhaltigkeitsberichterstattung ersparen wollte, klingt in den Erwägungsgründen zur CSRD, wenn überhaupt, nur verhalten an.“⁶⁵

Die EU-Kommission hatte im Vorfeld des Richtlinienentwurfs im Rahmen einer Folgenabschätzung bei Einbeziehung von kleinen und mittleren Unternehmen vor unverhältnismäßigen Lasten gewarnt, die als administrative Mehrkosten in Höhe von EU-weit 145 Milliarden Euro

*Bei materiellen
Beschränkungen
unternehmerischer
Dispositionsfreiheit
gilt ein strengerer
Verhältnismäßig-
keitsmaßstab*

*CSRD: EU-weit
145 Milliarden Euro
administrative
Mehrkosten*

⁶³ BVerfGE 141, 82 (100 f.).

⁶⁴ Peter Hommelhoff/Sina Allgeier, Zum EFRAG-Entwurf für einen VSME ESRS, IRZ 2024, 205 (205 f.).

⁶⁵ Peter Hommelhoff/Sina Allgeier, Zum EFRAG-Entwurf für einen VSME ESRS, IRZ 2024, 205.

beziffert worden waren.⁶⁶ In der Abwägung wurde auf der anderen Seite von der Kommission angenommen, dass für diesen Wirtschaftssektor kein entsprechendes Informationsbedürfnis bestehe.⁶⁷ Es kommt hier entscheidend darauf an, ob diese gewiss zutreffende Einschätzung der Kommission denn auch bei der Anwendung der Richtlinie im Sinne der Verschonungsabsicht tatsächlich die gewünschte Wirkung einer Nichtbelastung entfaltet. Der Unionsgesetzgeber hat schon in den CSDDD-Erwägungsgründen die mittelbare Einbeziehung kleinerer und mittlerer Unternehmen (KMU) durchaus nicht ausgeschlossen und sogar als wünschenswert angesehen, ebenso wie deren „Hilfsbedürftigkeit“ unterstellt:

„Obwohl die KMU nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallen, könnten sie als Auftragnehmer oder Unterauftragnehmer von Unternehmen, die in den Anwendungsbereich fallen, von den Bestimmungen der Richtlinie betroffen sein. Ziel ist es jedoch, die finanzielle und administrative Belastung der KMU zu verringern, von denen viele bereits mit der globalen Wirtschafts- und Gesundheitskrise zu kämpfen haben. Zur Unterstützung der KMU sollten die Mitgliedstaaten mit Unterstützung der Kommission entweder einzeln oder gemeinsam spezielle benutzerfreundliche Websites, Portale oder Plattformen einrichten und betreiben, um den Unternehmen Informationen und Unterstützung zu bieten; die Mitgliedstaaten könnten die KMU auch finanziell unterstützen und ihnen beim Aufbau von Kapazitäten helfen.“⁶⁸

Fraglich ist gewiss, ob die Verpflichtung, die Menschenrechtssituation beim Rohstofflieferanten des Zulieferers von Büromaterialien zu prüfen, überhaupt geeignet und erforderlich für die Erreichung des legitimen Zwecks ist. Vor allem aber ist sie nicht angemessen im engeren Sinn – und zwar weder für Unternehmen, die in den Anwendungsbereich des LkSG (oder der CSDDD) fallen noch für die nur mittelbar betroffenen anderen Unternehmen. Hier kommt es darauf an, etwa bei der Anwendung des LkSG oder bei der Umsetzung des CSDDD restriktiv im Sinne einer Entlastung vorzugehen:

„Es würde den operativen Aufwand und bestehende Rechtsunsicherheiten aber deutlich reduzieren, wenn Hilfs- und Betriebsmittel bereits per se aus dem Anwendungsbereich des LkSG ausgenommen wären.“⁶⁹

Die Unternehmen würden andernfalls – zu Ende gedacht – praktisch zu Unmöglichem oder jedenfalls im Blick auf den erforderlichen Ressourceneinsatz zu einem unverhältnismäßigen

*Unternehmen würden
zu unmöglichem,
zumindest aber zu
unverhältnismäßigem
Aufwand gezwungen*

⁶⁶ Peter Hommelhoff/Sina Allgeier, Zum EFRAG-Entwurf für einen VSME ESRS, IRZ 2024, 205 (206).

⁶⁷ Peter Hommelhoff/Sina Allgeier, Zum EFRAG-Entwurf für einen VSME ESRS, IRZ 2024, 205 (206).

⁶⁸ CSDDD-Erwägungsgrund 69.

⁶⁹ Lothar Harings/Franziska Zegula, Die „Lieferkette“ als Anknüpfungspunkt der Compliance-Verpflichtungen nach dem LkSG, CCZ 2022, 165 (170).

Aufwand gezwungen, wenn ihr Risikomanagement mit einer unüberschaubaren und in der weiteren Entwicklung auch hochdynamischen Vielzahl von Überprüfungen und Monitoring-Maßnahmen bis in den Betriebsmittelbereich konfrontiert wäre. Eine Rückverfolgung aller Hilfsmaterialien bis hin zu den Rohstoffen einschließlich einer Überprüfung der menschenrechtlichen Situation für Unternehmen ist kaum möglich und wird bei dem hohen Vernetzungsgrad einer globalisierten Wirtschaft immer wieder und zwangsläufig zu öffentlich kritisierbaren Ergebnissen führen. Und erst dann, wenn man bestimmte Lieferketten oder Unternehmensbereiche für die LkSG-unterworfenen Unternehmen ausnimmt, wird auch der ansonsten weitergegebene Druck auf kleine und mittlere Unternehmen milder und somit verhältnismäßig ausfallen können. Soweit das nicht der Fall ist, müsste jedenfalls die Anstrengung des BAFA darauf gerichtet werden, den unternehmensinternen Nachhaltigkeitsaufwand substantiell durch Vereinfachung zu mindern, etwa über eine Flexibilisierung der Nachweis- und Dokumentationspflichten.⁷⁰ Weit gefasste Sorgfaltspflichten *bei nur entfernten mittelbaren Leistungen aus der gesamten Liefer- beziehungsweise Aktivitätskette* eines Unternehmens dürften in den meisten Fällen sich als unverhältnismäßig im engeren Sinne erweisen.

Auch der deutsche Gesetzgeber kann und muss im Rahmen seines ihm offen stehenden Umsetzungsspielraums dafür Sorge tragen, die drohende Disproportionalität wenn schon nicht beim unmittelbaren Sanktionsregime, das durch die CSDD-Richtlinie selbst festgelegt ist, dann doch durch eine substantielle Begrenzung der nationalen Haftungsregelung vorzunehmen.

70 Moritz Schumacher, Flexible(re) Nachweisformen zur Entlastung von Nachhaltigkeitsbürokratie ESG 2023, 66 ff.

D. Unbestimmtheit als Verfassungsproblem

I. Rechtsstaatliches und grundrechtliches Bestimmtheitsgebot

Jedes Gesetz, das eine formelle Grundlage für Beschränkungen der Freiheit sein will, muss hinreichend bestimmt dasjenige verdeutlichen, was der Rechtsunterworfenen als Achtung der Rechte anderer und von Belangen der Gemeinschaft schuldet. Man kann hinreichende Bestimmtheit dahingehend definieren, dass der konkrete Konflikt zwischen individuellen Freiheitsanspruch und legitimen Gemeinschaftszweck der Beschränkung in der Normstruktur „adäquat abgebildet“ wird.⁷¹ Das Bestimmtheitsgebot ist nicht nur Teil des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3, Art. 28 Abs. 1 GG), sondern findet in dem jeweils betroffenen Grundrecht seine verfassungsrechtliche Anknüpfung. Das Bestimmtheitsgebot „soll sicherstellen, dass die gesetzesausführende Verwaltung für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfindet und dass die Gerichte die Rechtskontrolle durchführen können; ferner erlauben die Bestimmtheit und Klarheit der Norm, dass der betroffene Bürger sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen kann“⁷².

„Der Anlass, der Zweck und die Grenzen des Eingriffs müssen in der Ermächtigung grundsätzlich bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgelegt werden.“⁷³

Dabei gilt, dass die Anforderungen an die Bestimmtheit der Norm steigen, wenn das Gewicht des Grundrechtseingriffs hoch ist.⁷⁴

Die Compliance- und ESG-Systeme des hier behandelten implementativen Steuerungstyps sind bei weitem nicht so schonend, wie bei oberflächlicher Betrachtung angenommen wird. Die Eingriffstiefe ist allein gemessen an den Sanktionsdrohungen etwa des LkSG hoch. Wenn Sanktionen als beträchtliche Bußgelder oder wenn zivilrechtlich weitgehend unbestimmte oder sogar im Umfang unbegrenzte Haftungstatbestände an vage, selbst oder im gesetzlich angeordneten Verbund mit zivilgesellschaftlichen Organisationen zu konkretisierende Sorgfaltspflichten geknüpft werden, so erzeugt das ein Klima systematischer Unsicherheit oder auch die Neigung zu einer vorsorglichen Selbstbeschränkung, deren Grund und Grenze im Normprogramm indes nicht ablesbar ist. In der Literatur ist zu Recht angemerkt worden:

Je höher das Gewicht des Grundrechtseingriffs, desto höher die Bestimmtheitsanforderungen an die Norm

Die Compliance- und ESG-Systeme des implementativen Steuerungstyps sind nicht so schonend, wie angenommen wird.

71 Ferdinand Gärditz, Verfassungsfragen zivilrechtlicher Klagen zur Durchsetzung von Klimaschutzziele, ZEUPR 2022, 45 (63).

72 BVerfGE 118, 168 (Rn. 94).

73 BVerfGE 118, 168 (Rn. 94); 110, 33 (52 ff.); 113, 348 (375 ff.).

74 BVerfGE 48, (222); 56, 1 (13); Ferdinand Gärditz, Verfassungsfragen zivilrechtlicher Klagen zur Durchsetzung von Klimaschutzziele, ZEUPR 2022, 45 (63).

„Die internationalen CSR-Normen wie der UN Global Compact, die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte, die OECD-Leitsätze für Multinationale Unternehmen und ISO 26000 Leitfaden zur gesellschaftlichen Verantwortung, aber auch die sektorspezifischen Ansätze enthalten meist eher *prinzipiell* gefasste Vorgaben, die einer weiteren Konkretisierung bedürfen. So verlangen beispielsweise die UN-Leitprinzipien als „standard of expected behaviour“, dass Unternehmen „alle international anerkannten Menschenrechte respektieren“ sollen. Sie sollen durch Due Diligence vermeiden, dass sie „negative Auswirkungen“ auf die Menschenrechte verursachen, zu ihnen beitragen oder mit ihnen durch ihre Produkte oder Geschäftspartner unmittelbar verbunden sind. Sollten bereits negative Auswirkungen eingetreten sein, sollen sie Wiedergutmachung leisten.“⁷⁵

Aber wie sollen Menschenrechte für jedes Land im Niveau und konkreten Anwendungsfall ermittelt werden? Man denke nur an wichtige Geschäftspartner in Saudi-Arabien, in China oder Vietnam.

II. Der Due-Diligence-Ansatz als Bestimmtheitsproblem

*Erhebliche
Unbestimmtheit
schon beim
Compliance-Begriff*

Diese pauschale positive Einschätzung bedarf einer näheren Betrachtung unter Anlegung grundrechtlicher Maßstäbe. Die vom Gesetz geforderten Systeme können sich in der Praxis nicht nur als aufwendig, teuer und impraktikabel erweisen, sie zeichnen sich auch durch eine erhebliche *Unbestimmtheit* des vom Unternehmen rechtlich Geforderten aus. Bereits der Compliance-Begriff selbst gilt als nicht eindeutig.⁷⁶

*Inzwischen hat die
Unbestimmtheit
der Pflichten ein
bedenkliches Maß
angenommen.*

Inzwischen jedoch hat die Unbestimmtheit der Pflichten ein bedenkliches Maß angenommen. Ist es ein Verstoß gegen Bestimmtheitsgrundsatz, die Sorgfaltspflichten von Unternehmen auf sämtliche Hilfs- oder Betriebsmittel zu beziehen, die lediglich dem allgemeinen Bürobetrieb dienen, aber keinen konkreten Eingang in das Produkt oder die Dienstleistung des Unternehmens finden?

Das wirft grundsätzliche Fragen auf, etwa zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die *Bestimmtheit, Eignung und Verhältnismäßigkeit* für freiheitslenkende und freiheitsbeschränkende Regelungen. Stichworte für grundrechtliche Gefährdungslagen sind (vom Gesetzgeber unbeabsichtigte) Folgewirkungen der „*Unterdeterminierung*“ gesetzlicher Pflichten verbunden mit einer „*Überdeterminierung*“ (Verhältnismäßigkeitsproblem) organisatorischer Auflagen.

⁷⁵ Birgit Spießhofer, Compliance und Corporate Social Responsibility, NZG 2018, 441 (S. 441-447).

⁷⁶ Birgit Spießhofer, Compliance und Corporate Social Responsibility, NZG 2018, 441 (S. 441-447).

§ 3 Abs. 1 LkSG verpflichtet Unternehmen dazu, in ihren Lieferketten menschenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflichten in angemessener Weise zu beachten mit dem Ziel, menschenrechtlichen oder umweltbezogenen Risiken vorzubeugen oder sie zu minimieren oder die Verletzung menschenrechtsbezogener oder umweltbezogener Pflichten zu beenden. In der Legaldefinition des Gesetzes (§ 2 Abs. 5 LkSG) meint der Begriff der Lieferkette alle Produkte und Dienstleistungen eines Unternehmens, wobei alle Schritte im In- und Ausland, die zur Herstellung der Produkte und zur Erbringung der Dienstleistungen erforderlich sind, angefangen von der Gewinnung der Rohstoffe bis zu der Lieferung an den Endkunden als Teil der Lieferkette gelten und sowohl das Handeln eines Unternehmens im eigenen Geschäftsreich, als auch das Handeln unmittelbarer wie mittelbarer Zulieferer erfasst ist.

III. Unbestimmtheit der CSDD-Richtlinie

Mit dem Inkrafttreten der CSDD-Richtlinie hat sich das Maß der Unbestimmtheit nicht etwa verringert, sondern noch vergrößert. Schon die Erwägungsgründe lassen erahnen, wie weit und unbestimmt sanktionsbewährte Sorgfaltspflichten reichen:

„Diese Richtlinie zielt darauf ab, die Menschenrechte umfassend abzudecken, einschließlich aller fünf grundlegenden Prinzipien und Rechte bei der Arbeit, wie sie in der IAO-Erklärung über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit von 1998 definiert sind. Um einen sinnvollen Beitrag zum Übergang zur Nachhaltigkeit zu leisten, sollte die Sorgfaltspflicht im Rahmen dieser RICHTLINIE im Hinblick auf nachteilige Auswirkungen auf die Menschenrechte von Personen durchgeführt werden, die sich aus dem Missbrauch eines der Rechte ergeben, die in den in Teil I, Abschnitt 1 des Anhangs dieser Richtlinie aufgeführten internationalen Instrumenten verankert sind. Der Begriff „Missbrauch“ sollte im Einklang mit den internationalen Menschenrechtsnormen ausgelegt werden. Um eine umfassende Erfassung der Menschenrechte zu gewährleisten, sollte ein Missbrauch eines nicht ausdrücklich in Teil I Abschnitt 1 des Anhangs zu dieser RICHTLINIE aufgeführten Menschenrechts, der von einem Unternehmen oder einer juristischen Person begangen werden kann und der ein in den in Teil I Abschnitt 2 des Anhangs zu dieser RICHTLINIE aufgeführten Menschenrechtsinstrumenten geschütztes Rechtsgut unmittelbar beeinträchtigt, ebenfalls zu den von dieser RICHTLINIE erfassten nachteiligen Auswirkungen auf die Menschenrechte gehören, vorausgesetzt, dass das betreffende Unternehmen das Risiko eines solchen Menschenrechtsverstoßes unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls, einschließlich der Art und des Umfangs der Geschäftstätigkeit des Unternehmens und seiner Tätigkeitskette, des Wirtschaftssektors und

des geografischen und betrieblichen Umfelds, vernünftigerweise hätte vorhersehen können.“⁷⁷

Im nachfolgenden Erwägungsgrund wird eine noch weitergreifende unbestimmte Pflichten-dimension eröffnet:

„Je nach den Umständen müssen die Unternehmen möglicherweise zusätzliche Standards berücksichtigen. Zum Beispiel die Berücksichtigung spezifischer Kontexte oder sich überschneidender Faktoren wie Geschlecht, Alter, Ethnie, Klasse, Kaste, Bildung, Migrationsstatus, Behinderung sowie sozialer und wirtschaftlicher Status als Teil eines geschlechts- und kultursensiblen Ansatzes für die Sorgfaltspflicht.“⁷⁸

Was bedeutet denn „je nach den Umständen“? Welche „Standards“ sind gemeint? Was sind „spezifische Kontexte“ und was meint „Überschneidungen“? Und wie soll beurteilt werden, was in einer bestimmten Kultur üblich oder nach anderen (universellen?) Maßstäben aber verwerflich ist, wenn man etwa an das Kastenwesen in Indien denkt? Was wäre denn unter dem geschlechts- und kultursensiblen Ansatz („as part of a gender- and culturally responsive approach“) zu „berücksichtigen“, wenn in Deutschland ein Akku aus China verwendet wird, wobei ein chinesischer Lieferant Batteriezellen mit Lithium herstellt, das in einem fundamental-muslimischen Gebiet Afrikas gewonnen wurde, eigene weitgehend rechtlose Wanderarbeiter in der Produktion eingesetzt und Kunststoff aus Bangladesch importiert hat? Was wäre denn ein „gerechter Lohn“ und ein „angemessener existenzsichernder Lohn für abhängig Beschäftigte und was ist ein angemessenes existenzsicherndes Einkommen für Selbstständige und Kleinbauern“⁷⁹ in Ländern wie Vietnam ohne Koalitionsrecht, im Kongo oder in Bangladesch? Wer ermittelt das maßgebliche Niveau des jeweiligen Arbeitsstandortes? Das Recht auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen, einschließlich dessen, was Arbeitnehmer „als Gegenleistung für ihre Arbeit und Produktion erhalten, eines angemessenen Lebensunterhalts, sicherer und gesunder Arbeitsbedingungen und einer angemessenen Begrenzung der Arbeitszeit, ausgelegt im Einklang mit Artikel 7 und 11 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte“: Wann ist dieses Rechtebündel von Zulieferern und ihren Zulieferern gewahrt und wie muss von Deutschland oder Frankreich aus kontrolliert werden, ob entsprechende vertragliche Zusagen auch eingehalten sind?

Der europäische Richtliniengeber selbst meint womöglich, bereits durch die Anhänge der CSDDD die nötige Bestimmtheit und Rechtssicherheit herzustellen. Dies wird man bei den

77 CSDDD-Erwägungsgrund 32.

78 CSDDD-Erwägungsgrund 33.

79 Nr. 6 des 1. Anhangs der CSDD-Richtlinie.

umweltrechtlichen Instrumenten des Teils 2 der Anhänge, soweit sie sich auf völkerrechtlich verbindliche Verbotstatbestände beziehen, womöglich bestätigen können. Aber das gilt nicht, wenn in Teil 1 die in internationalen Menschenrechtsinstrumenten enthaltenen Rechte und Pflichten wie in einem Grundrechtskatalog aufgeführt werden. Denn was bedeutet das beispielsweise in Nr. 4 aufgelistete „Verbot willkürlicher oder rechtswidriger Eingriffe in das Privatleben, die Familie, die Wohnung oder die Korrespondenz einer Person und rechtswidriger Angriffe auf ihre Ehre oder ihren Ruf, ausgelegt im Einklang mit Artikel 17 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte“ oder das in Nr. 5 aufgeführte „Verbot von Eingriffen in die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit, das im Einklang mit Artikel 18 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte ausgelegt wird“ denn in der Praxis für Geschäftsbeziehungen oder Niederlassungen in der Volksrepublik China? Soll hier ein Privatunternehmen vom chinesischen Geschäftspartner die Einhaltung von Grundrechten verlangen, die der Staat ersichtlich nicht gewährleistet?

Aus der durch die Unbestimmtheit des Due-Diligence-Ansatzes resultierenden Rechtsunsicherheit entsteht eine Tendenz zu einer aufwändigen selbstregulativen Bürokratisierung; sie kann zur Lähmung unternehmerischer Initiative beitragen, gerade im Hinblick auf Haftungs- und Strafbarkeitsrisiken, also in einer letztlich nicht vom Gesetz weder so bestimmten noch bestimmbaren Weise die Unternehmer- und Berufsfreiheit beschränken.

*Tendenz zu einer
aufwändigen
selbstregulativen
Bürokratisierung*

Manche Unternehmen könnten dabei in einem Klima des zunehmenden Neo-Protektionismus nach der Devise handeln: Lieber ein De-Coupling als das Risiko eines Verstoßes gegen Sorgfaltspflichten. Dabei gilt sowohl nach deutschem Verfassungsrecht wie auch unter Anlegung der europäischen Grundrechte-Charta: Je unbestimmter eine gesetzliche Anforderung ist, desto weniger darf sie mit pönalisierten Unwerturteilen und scharfen Sanktionen verbunden werden: Moralische Standards dürfen nicht ohne den Umweg über klar gesetzlich bestimmte Rechtspflichten zu individueller Strafbarkeit und zu materiell schwerwiegenden Haftungsrisiken führen.

Problematisch ist verfassungsrechtlich auch, dass auf diesem Wege die regulative Verantwortung, also die Verantwortung für eine klare Gesetzgebung vom Staat auf eine intransparente Gemengelage von NGOs, Beratungsdienstleistern und Wirtschaftsunternehmen verlagert wird, wenn ganz allgemein auf in Quelle und Verbindlichkeit unklare „Standards“ verwiesen wird. Die Leitlinien aus dem Bereich der Vereinten Nationen⁸⁰ sind nicht ausreichend, um diese Unsicherheit zu beseitigen. Es drohen dabei in einer grundrechtsdogmatisch bedeutsamen

⁸⁰ In den CSDDD Erwägungsgründen (37) ist allerdings, aber eben nur beispielhaft von dem UN Guiding Principles Reporting Framework und dem Interpretive Guide „The corporate responsibility to respect human rights“ die Rede, und das auch nur für die Bewertung negativer Auswirkungen auf die Menschenrechte. S. a. CSDDD-Erwägungsgrund 62.

und die Voraussetzungen selbstbestimmter Freiheitsausübung gefährdenden Weise die Grenze zwischen Staat und Gesellschaft als auch die Grenze zwischen Recht und Moral zu verwischen.

IV. Unbestimmtheit der Pflichtenlage im Sanktionskontext: Nulla poena sine lege

Die systembedingte Unbestimmtheit implementativer Steuerungsansätze, – und dazu gehört vor allem der im Lieferkettenrecht vorherrschende Due-Diligence-Ansatz – hat Konsequenzen für die Grundrechtsprüfung. Zur Sicherung des erforderlichen grundrechtlichen Schutzniveaus ist eine grundrechtsschonende Gesetzesauslegung gleichsam als Ausgleich der Unbestimmtheit geboten. In der Literatur wird hier ganz zurecht zur Vermeidung eines Verfassungsverstößes angemahnt, beispielsweise den Begriff der Lieferkette jedenfalls restriktiv zu verstehen:

„In Anbetracht der gravierenden Folgen von Verstößen gegen die Vorgaben des LkSG, insbesondere der hohen Bußgeldandrohungen, und der Notwendigkeit, die Anforderungen des Gesetzes in die unternehmensinternen Compliance-Systeme zu übernehmen, ist eine Einschränkung des Begriffs „Lieferkette“ dringend erforderlich.“⁸¹

Die Unbestimmtheit der Pflichtenlage wirkt sich besonders intensiv aus, wenn bei nachträglich festgestellten Pflichtverstößen Sanktionen drohen.

Die Unbestimmtheit der Pflichtenlage wirkt sich besonders intensiv aus, wenn bei wie immer nachträglich festgestellten Pflichtverstößen Sanktionen drohen. Für ein Unternehmen sind Sanktionen finanzielle Risiken. Damit geht es sowohl um ertragsrelevante Reputationsschäden, um zivilrechtliche Haftung, um den Ausschluss aus dem öffentlichen Vergabesystem⁸² als auch um eine öffentlich-rechtliche Bußgeldbewährung. Die Geldbußen für Sorgfaltspflichtverletzungen können auf den weltweiten Nettoumsatz bezogen bis zu 5 Prozent betragen und sich damit je nach Rendite des Unternehmens ganz erheblich auf das Unternehmen und seine Liquidität auswirken. Was im deutschen Recht zunächst ausgeschlossen schien, wird jetzt durch die CSDDD eröffnet, nämlich eine zivilrechtliche Haftung für Verletzung bestimmter Sorgfaltspflichten im mitgliedstaatlichen Recht vorzusehen.

All diese Sanktionen sind gerade im Lieferkettenrecht, sowohl im geltenden deutschen als auch im neu erlassenen europäischen, deutlich ausgestaltet und integraler Bestandteil der politisch gewollten Implementierungsstrategie.

81 Lothar Harings/Franziska Zegula, Die „Lieferkette“ als Anknüpfungspunkt der Compliance-Verpflichtungen nach dem LkSG, CCZ 2022, 165 (166).

82 Öffentliche Auftraggeber und Vergabestellen können Wirtschaftsteilnehmer unter Umständen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren, gegebenenfalls auch an einem Konzessionsvergabeverfahren ausschließen. CSDDD-Erwägungsgrund 92.

„Um sicherzustellen, dass die Opfer negativer Auswirkungen einen wirksamen Zugang zu Gerichten und Schadenersatz erhalten, sollten die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, Vorschriften für die zivilrechtliche Haftung von Unternehmen für Schäden, die einer natürlichen oder juristischen Person zugefügt wurden, festzulegen, sofern das Unternehmen es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, potenzielle negative Auswirkungen zu verhindern oder zu mindern oder tatsächliche Auswirkungen zu beenden oder ihr Ausmaß zu minimieren, und der natürlichen oder juristischen Person infolge dieses Versäumnisses ein Schaden entstanden ist.“⁸³

Wenn man das ganze Regelungskonzept im Hinblick auf das Maß der Unbestimmtheit im Verhältnis zu den drohenden Sanktionen nicht als Verstoß gegen das Grundrecht der Unternehmerfreiheit respektive der Berufsfreiheit verstehen will, dann wird man aber zumindest eine verfassungsrechtliche Pflicht zur grundrechtsschonenden Auslegung und Anwendung des Gesetzes erkennen müssen. Soweit die Mitgliedstaaten im Rahmen des Lieferkettenrechts über Umsetzungsspielräume verfügen, etwa bei der Frage, wie sie das konkrete Haftungsrecht im Hinblick auf die Beweislast ausgestalten,⁸⁴ sind sie nach deutschem Verfassungsrecht verpflichtet, hier kompensatorisch der Unbestimmtheit der Pflichtenvorgaben entgegenzuwirken. Das kann als Aufgabe dem parlamentarischen Gesetzgeber obliegen⁸⁵ oder im Rahmen der Rechtsanwendung im Zusammenhang mit der verfassungskonformen Auslegung eine Rolle spielen.

Der implementative Steuerungsansatz von Compliance- und ESG-Systemen droht insbesondere durch das deutsche LkSG und die europäische Lieferketten-Richtlinie CSDDD sich zu einer rechtsstaatlich und grundrechtlich nicht handhabbaren unternehmerischen Freiheitseinschränkung zu entwickeln.

Der deutsche und der europäische Gesetzgeber sind verpflichtet, wenn sie diesen gewählten Weg nicht ohnehin zugunsten einer klaren und bestimmbaren Alternative bereits konzeptionell verlassen wollen, den gewählten Ansatz durch substanzielle Entschärfung der Sanktionen oder gänzlichen Verzicht darauf in der Eingriffswirkung fühlbar abzumildern. Dem deutschen Gesetzgeber, aber auch der Bundesregierung im Rahmen ihrer Integrationsverantwortung bei der Mitwirkung an der europäischen Gesetzgebung, obliegt bei sich kumulativ verstärkenden

*Der Gesetzgeber
muss der
Unbestimmtheit
von Vorgaben
kompensatorisch
entgegenwirken*

83 CSDDD-Erwägungsgrund 79.

84 „Die Haftungsregelung regelt nicht, wer das Vorliegen der Haftungsvoraussetzungen unter den gegebenen Umständen zu beweisen hat oder unter welchen Voraussetzungen ein Zivilverfahren eingeleitet werden kann; diese Fragen bleiben daher dem nationalen Recht überlassen.“ CSDDD-Erwägungsgrund 81.

85 So sieht das BVerfG einen Wesentlichkeitsvorbehalt für das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit und damit eine Regelungspflicht des Gesetzgebers: „Das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG steht zwar Vorgaben zur Qualitätssicherung von Studienangeboten grundsätzlich nicht entgegen. Wesentliche Entscheidungen zur Akkreditierung darf der Gesetzgeber jedoch nicht weitgehend anderen Akteuren überlassen, sondern muss sie unter Beachtung der Eigenrationalität der Wissenschaft selbst treffen.“ BVerfGE 141, 143 Ls.; s. a. *Martin Burgi* in: *Burgi/Habersack Unternehmens ÖffR-HdB*, 2023, § 7 Schutz des privatwirtschaftlichen Unternehmens unter dem Grundgesetz Rn. 33 ff.

Grundrechtseingriffen oder bei experimentellen Steuerungsansätzen, deren Eingriffsintensität sich erst später und durch das Zusammenwirken mit Marktkräften im Wettbewerb zeigt, eine verfassungsrechtliche Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht. Im Krankenversicherungsrecht wurde diesbezüglich zum Schutz der Versicherten bei schwer abschätzbaren Marktauswirkungen festgestellt:

„Den Gesetzgeber trifft jedoch eine Beobachtungspflicht. Denn die Vorschriften über den Basistarif, die Portabilität und die erweiterte Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung könnten zu Prämiensteigerungen für Versicherte in den Normaltarifen und dadurch zu erheblichen Wechselbewegungen in den Basistarif mit seinen begrenzten Prämien führen. Der Vorteil der Versicherungsnehmer im Basistarif könnte zum Nachteil der übrigen Versicherungsnehmer in den Normaltarifen werden. Denn je mehr Personen sich im Basistarif versichern und je mehr Verluste dieser verursacht, desto mehr steigt der Preis der Normaltarife und die Belastung der in diesen Tarifen Versicherten. Dies könnte letztlich eine Auszehrung des eigentlichen Hauptgeschäfts der privaten Krankenversicherungen bewirken, sodass die gesetzlichen Regelungen einer erneuten Prüfung bedürften. Weist der Gesetzgeber den privaten Krankenversicherungen durch die Einführung der Versicherungspflicht und den Kontrahierungszwang im Basistarif in verfassungsrechtlich zulässiger Weise die Aufgabe zu, im Rahmen eines privatwirtschaftlich organisierten Marktes für den bei ihr versicherten Personenkreis einen Basisschutz bereitzustellen, muss er auch im Interesse der Versicherten darauf achten, dass dies keine unzumutbaren Folgen für Versicherungsunternehmen und die bei ihnen Versicherten hat.“⁸⁶

Der Sinn des Gesetzesvorbehalts und der Wesentlichkeitsanforderung liegt ja gerade darin, dass der Gesetzgeber wissen können muss, ob und wie eine Maßnahme die gewünschten Wirkungen hervorruft und ob sich kontrainduktive Wirkungen oder ob sich unvorhergesehen die Grundrechtsausübung weit stärker belastende „Nebeneffekte“ ergeben, die die Maßnahme, was ursprünglich nicht sicher abschätzbar war, als unzumutbar erscheinen lassen. In solchen Fällen kann der Gesetzgeber das Gesetz nicht verabschieden und sich damit zugleich vom Thema lösen, er muss sich vielmehr periodisch die Frage vorlegen, ob die Verhältnismäßigkeit eines solchen offenen Steuerungskonzepts noch besteht und gegebenenfalls nachfassen oder umsteuern. Diese Konstellation trifft nach der hier vorgelegten Analyse den Fall von ESG- und Compliance-Vorgaben in geradezu exemplarischer Weise.

Die neue EU-Kommission hat das Problem zumindest teilweise erkannt. Mit einem vorgeschlagenen Gesetzespaket soll die Verhältnismäßigkeit der implementativen Auflagen

⁸⁶ BVerfGE 123, 186 (266).

wiederhergestellt werden. Das sogenannte Omnibuspaket zielt auf Änderungen an einer ganzen Reihe der in dieser Studie behandelten Sekundärrechtsakte wie die Richtlinie über die Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen (Corporate Sustainability Reporting Directive, CSRD), die Richtlinie über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit (Corporate Sustainability Due Diligence Directive, CSDDD) oder das CO₂-Grenzausgleichssystem (Carbon Adjustment Mechanism, CBAM). „Ziel ist es, die Bemühungen der EU um einen nachhaltigen Übergang mit einer Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen in der EU in Einklang zu bringen.“⁸⁷

Das könnte ein Anfang sein in Richtung Entlastung und Deregulierung zugunsten der unternehmerischen Entfaltungsfreiheit. Ob es am Ende des Gesetzgebungsprozesses und im Blick auf kommende weitere regulative Vorgaben eine echte Umkehr ist oder nur ein halbherziges Reagieren auf lauter werdende kritische Einwände, wird die Zukunft zeigen.

V. Fazit

Der politische Kampf um eine Richtungsänderung der Wirtschaftspolitik hat gerade erst begonnen. Angesichts der geopolitischen Verschiebungen und einer bedrohlichen agonalen Konstellation ist die gesellschaftliche Forderung nach Deregulierung weder ein Evergreen der Staatskritik noch ein populistisches Argument zur Delegitimierung des modernen Rechtsstaats im europäischen Mehrebenensystem. Es geht vielmehr darum, die innovativen Kräfte der Marktwirtschaft wieder zu wecken und an die Stelle einer über Jahrzehnte eingeübten Mechanik des Misstrauens eine neue Kultur des Vertrauens zu setzen. Der ordnungspolitische Rahmen für Unternehmen soll klar und bestimmt sein. Das implementative Experiment muss aber im Blick auf die messbare Wirkung und dem vertretbaren Aufwand an vielen Stellen als gescheitert gelten und sollte zurückgebaut werden, wenn die EU nicht den Anschluss an dynamische Weltregionen verlieren will.

87 Pressemitteilung Kommission zum Omnibus-Paket zur Nachhaltigkeitsberichterstattung v. 26.02.2025, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/qanda_25_615.

Literaturverzeichnis

- Bartz, Stefan, Falko Schmidt und Jacqueline Weber: Die wichtigsten Entwicklungen im Lieferkettenrecht im ersten Halbjahr 2024, Corporate Compliance Zeitschrift 2024, S. 172-178.
- Bethge, Herbert: Der Grundrechtseingriff, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 57 (1998), S. 7-56.
- Burgi, Martin: § 7 Schutz des privatwirtschaftlichen Unternehmens unter dem Grundgesetz in: ders./ Matthias Habersack (Hg.), Öffentliches Recht des Unternehmens, München 2023.
- Dickel, Jonas und Jens Schütte: Nachhaltigkeitsberichterstattung in KMU: Einordnung der Konsultationsentwürfe der EFRAG, Deutsches Steuerrecht 2024, S. 1322-1327.
- Di Fabio, Udo: Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Vermögenssteuern und Vermögensabgaben, Baden-Baden 2023.
- Di Fabio, Udo: Metamorphosen der Zurechnung, Juristenzeitung 2020, S. 1073-1079.
- Di Fabio, Udo: Produktharmonisierung durch Normung und Selbstüberwachung, Köln 1996.
- Di Fabio, Udo: Vertrag statt Gesetz? – Gesetzesvertretende und gesetzesausfüllende Verwaltungsverträge im Natur- und Landschaftsschutz, Deutsches Verwaltungsblatt 1990, S. 338 ff.
- Dutt, Verena, Christoph Spengel und Heiko Vay: Der EU-Vorschlag zum Country-by-Country Reporting im Internet. Kosten, Nutzen, Konsequenzen, Stiftung Familienunternehmen, München 2017.
- Fuest, Clemens: Der europäische Green Deal und die Wirtschaftspolitik: Bürokratie begrenzen, Übersteuerung vermeiden, Jahresheft des Wissenschaftlichen Beirats der Stiftung Familienunternehmen, München 2021, S. 55-72.
- Gärditz, Klaus Ferdinand: Verfassungsfragen zivilrechtlicher Klagen zur Durchsetzung von Klimaschutzziele, Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht 2022, S. 45-73.
- Harings, Lothar und Franziska Zegula: Die „Lieferkette“ als Anknüpfungspunkt der Compliance-Verpflichtungen nach dem LkSG, Corporate Compliance Zeitschrift 2022, S. 165-171.
- Hill, Michael: The Public Policy Process, 4. Auflage, New York 2005.
- Hommelhoff, Peter: Primärrechtlich begründete Mängel im CSRD-Vorschlag und deren Beseitigung, Der Betrieb 2021, S. 2437-2447.

- Hommelhoff, Peter und Sina Allgeier: Zum EFRAG-Entwurf für einen VSME ESRS. Der Unionsgesetzgeber ist gefordert!, Zeitschrift für Internationale Rechnungslegung 2024, S. 205-210.
- Koch, Ulrich: Compliance, in: Günter Schaub und Ulrich Koch, Arbeitsrecht. Verständlich, übersichtlich, klar, 28. Auflage, München 2024.
- Kohte, Wolfhard: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2: Individualarbeitsrecht II, 6. Auflage, München 2024, § 179.
- Kraul, Torsten und Jens Peter Schmidt: Plattformregulierung 2.0 – Digital Services Act und Digital Markets Act als Herausforderung für die Compliance-Organisation, Corporate Compliance Zeitschrift 2023, S. 177-190.
- Krause, Melanie Katharina: Die Auswirkungen von Compliance-Maßnahmen auf die Sanktionierung von Verbänden, Hamburg 2022.
- Lanfermann, Georg und Josef Baumüller: Die Endfassung der Corporate Sustainability Directive (CSRD) – Darstellung und Würdigung der neuen Anforderungen an die Nachhaltigkeitsberichterstattung europäischer Unternehmen, Der Betrieb 2022, S. 2745-2755.
- Mayntz, Renate: Implementation von regulativer Politik, in: dies. (Hg.), Implementation politischer Programme II, 1983, S. 50 ff.
- Mittwoch, Anne-Christin, Leah Wetenkamp und Annika Bleier: Unternehmerische Nachhaltigkeit und ESG, Neue Juristische Wochenschrift 2022, S. 3601-3605.
- Pressman, Jeffrey L. und Aaron Wildavsky: Implementation. How Great Expectations in Washington Are Dashed in Oakland; Or, Why It's Amazing that Federal Programs Work at All, This Being a Saga of the Economic Development Administration as Told by Two Sympathetic Observers Who Seek to Build Morals on a Foundation, 3. Auflage, Berkeley u. A. 1984.
- Roggencamp, Sibylle: Public Private Partnership. Entstehung und Funktionsweise kooperativer Arrangements zwischen öffentlichem Sektor und Privatwirtschaft, Frankfurt a. M. u. a. 1999.
- Röthel, Anne: Normkonkretisierung im Privatrecht, Tübingen 2004.
- Schumacher, Moritz: Flexible(re) Nachweisformen zur Entlastung von Nachhaltigkeitsbürokratie, ESG Zeitschrift für nachhaltige Unternehmensführung 2023, S. 66-73.
- Seibert, Ulrich: Im Blickpunkt: Der deutsche Corporate Government Kodex ist da, Betriebsberater 2002, S. 581-584.
- Schlacke, Sabine: Umweltrecht, 9. Auflage, Baden-Baden 2023.

- Spießhofer, Birgit: Compliance und Corporate Social Responsibility, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2018, 441-447.
- Starke, Christian Paul: Die Lehre vom mittelbar-faktischen Grundrechtseingriff im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Deutsches Verwaltungsblatt 2018, S. 1469-1472.
- Weber-Dübler, Beatrice: Der Grundrechtseingriff, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 57 (1998), S. 57-95.
- Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen: Grüne Finanzierung und Grüne Staatsanleihen – geeignete Instrumente für eine wirksame Umweltpolitik?, Gutachten 01/2021, v. 29.04.2021.
- Zimmermann, Andreas und Norman Weiss: Völker- und verfassungsrechtliche Parameter eines deutschen Lieferkettengesetzes, Archiv des Völkerrechts 2020, S. 424-463.



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: 978-3-948850-62-3