

Corporate Social Responsibility

Herausgegeben von
HOLGER FLEISCHER,
SUSANNE KALSS
und HANS-UELI VOGT

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Beiträge zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

123

Mohr Siebeck

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

123

Herausgegeben vom
Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:
Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Corporate Social Responsibility

Achtes deutsch-österreichisch-schweizerisches Symposium,
Hamburg 1.-2. Juni 2017

Herausgegeben von

Holger Fleischer, Susanne Kalss und Hans-Ueli Vogt

Mohr Siebeck

Holger Fleischer ist Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

Susanne Kalss ist Universitätsprofessorin am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

Hans-Ueli Vogt ist Professor für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich.

ISBN 978-3-16-156211-2 / eISBN 978-3-16-156212-9
DOI 10.1628/978-3-16-156212-9

ISSN 0340-6709 / eISSN 2568-6577
(Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Dieses Werk ist seit 10/2023 lizenziert unter der Lizenz ‚Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International‘ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Corporate Social Responsibility: Vermessung eines Forschungsfeldes aus rechtlicher Sicht

Holger Fleischer *

I. Einführung	2
II. Aktienrechtliche Grundlagen	4
1. Traditionslinien des aktienrechtlichen Gemeinwohlpostulats	4
a) Deutschland.....	5
b) Vereinigte Staaten	7
2. Kodifizierung der Unternehmenszielbestimmung	8
a) Wandlungen der Unternehmenszielbestimmung in Deutschland und Österreich	9
b) Einführung einer Unternehmenszielbestimmung in den angelsächsischen Systemen	10
c) Vergleichende Würdigung	11
3. CSR-Satzungsklauseln	12
4. Kodex-Leitbild des Ehrbaren Kaufmanns	14
a) Fragwürdige Festschreibung	14
b) Betriebswirtschaftliche Annäherung	16
c) Aktienrechtliche Bedeutung.....	16
5. Rechtsform- oder Größenabhängigkeit von Gemeinwohlbindung und CSR	17
III. Betriebswirtschaftliche Grundlagen	20
1. Entwicklungslinien des CSR-Gedankens	20
2. Stand der Management-, Rechnungslegungs- und Finanzierungs- literatur	22
3. Zum „Business Case“ für CSR	23
4. Stakeholder Value und Shareholder Value in der Unternehmenspraxis.....	24
IV. Internationale Regel- und Standardsetzung	25
1. Vielfalt und Varianz der Verhaltensstandards	25
2. Nationaler Aktionsplan Wirtschaft und Menschenrechte.....	27
3. Haftung für Menschenrechtsverletzungen.....	27
V. CSR-Berichterstattung.....	28
1. Richtlinie und Umsetzungsgesetz	28
2. Neue Aufgaben für Vorstand und Aufsichtsrat	30
3. Ausstrahlung auf die aktienrechtliche Zielkonzeption?	30

* Dieser Beitrag ist zuerst in AG 2017, 509 erschienen.

VI. Weitere Einzelfragen der aktienrechtlichen CSR.....	32
1. Korporative Freigebigkeit	32
2. Nachhaltige Vorstandsvergütung.....	33
VII. Sonderforschungsbereiche der CSR.....	34
1. CSR und Arbeitnehmerbeteiligung.....	34
2. CSR und Wettbewerbsrecht.....	34
3. CSR und Socially Responsible Investment	35
VIII. Schaffung neuer Rechtsformen?.....	35
1. US Benefit Corporation und Società Benefit Italiana.....	35
2. Statutarische Nachbildung oder Neueinführung einer Sozialgesellschaft?.....	36
IX. Ausblick.....	37

I. Einführung

Corporate Social Responsibility, kurz CSR – es vergeht kaum ein Tag, an dem unter dieser Überschrift nicht neue Beiträge aus betriebswirtschaftlicher, soziologischer oder juristischer Sicht veröffentlicht werden. Das einschlägige SSRN eJournal enthält inzwischen mehr als 600.000 wissenschaftliche Artikel.¹ Welche gesellschaftspolitische Bedeutung dem Fragenkreis beigemessen wird, veranschaulicht die Webseite „csr-in-deutschland.de“, auf der die Bundesregierung aktuelle Informationen aufbereitet und sogar einen jährlichen CSR-Preis auslobt.² Daher ist es nicht übertrieben, Corporate Social Responsibility zu den großen Gegenwarts- und Zukunftsthemen (auch) des Aktien-, Bilanz- und Kapitalmarktrechts zu zählen. Als solches steht Corporate Social Responsibility neben Corporate Governance und Corporate Compliance, mit denen es manche Überschneidungen gibt.

Ebenso schwer fassbar wie diese beiden Wieselwörter ist der Begriff Corporate Social Responsibility, dem Betriebswirte und Soziologen ganz unterschiedliche Bedeutungen beilegen.³ Verkürzt spricht man zur Vermeidung

¹ SSRN e-Journal Corporate Social Responsibility (CSR): 621.575 Volltextbeiträge, von denen 64.154 während der letzten zwölf Monate eingestellt wurden (Stand: 1.6.2017).

² <www.csr-in-deutschland.de>, gepflegt vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales.

³ Anschaulich zu dieser Ambiguität *Carroll*, 38 *Business and Society* 268, 280(1999) unter Hinweis auf eine Beobachtung von *Votaw*: „The term is a brilliant one; it means something, but not always the same thing, to everybody. To some, it conveys the idea of legal responsibility or liability; to others, it means socially responsible behavior in an ethical sense; to still others, the meaning transmitted is that of ‚responsible for‘, in a causal mode; many simply equate it with a charitable contribution; some take it to mean socially conscious; many of those who embrace it most fervently see it as a mere synonym for ‚legitimacy‘, in the context of ‚belonging‘ or being proper or valid; a few see it as a sort of fiduciary duty imposing higher standards of behavior on businessmen than on citizens at large.“

von Missverständnissen auch von Corporate Responsibility.⁴ Eine internationale Untersuchung hat für den Zeitraum von 1953 bis 2014 insgesamt 110 Definitionen zutage gefördert und ihnen mittels Begleitwort-Analyse sechs wiederkehrende Bedeutungsschichten entnommen: ökonomisch, sozial, ethisch, Anspruchsgruppen, Nachhaltigkeit, freiwillig.⁵ Juristen bevorzugen eine Begriffsbildung anhand von Rechtstexten, doch werden sie bei ihrer Suche nach einer Legaldefinition bisher kaum fündig: In der sog. CSR-Richtlinie von 2014⁶ kommt der Begriff nur in den Erwägungsgründen vor, die ihrerseits auf die Mitteilung der EU-Kommission vom Oktober 2011 zu deren neuer CSR-Strategie verweisen. Dort definiert die Kommission CSR als „die Verantwortung von Unternehmen für ihre Auswirkungen auf die Gesellschaft“⁷. Mehr als diese deutungsoffene Basisdefinition – noch bündiger: gesellschaftliche Verantwortung von Unternehmen – hat die Rechtsordnung einstweilen nicht zu bieten.

In der Wissenschaft hat sich Corporate Social Responsibility längst als eigenes fächerübergreifendes Forschungsfeld konstituiert. Die untrüglichen Kennzeichen einer solchen Verselbständigung – CSR-Symposien, Spezialzeitschriften, Textbücher und CSR-Lehrstühle – liegen allesamt vor. Ob der Vielfalt der Fragestellungen bilden sich ständig neue Spezialbereiche heraus, die sich rasch weiter verästeln. Es ist daher höchste Zeit für eine orientierende Bestandsaufnahme. Der vorliegende Beitrag versucht die verschiedenen Entwicklungsstränge und Fachdiskurse rund um CSR zu sichten und zu systematisieren. Er konzentriert sich vor allem auf die aktien-, bilanz- und kapital-

⁴ Vgl. dazu <www.csr-in-deutschland.de>, Stichwort: Nachhaltigkeit und CSR: „Seit einigen Jahren verwenden viele Unternehmen auch häufig den Begriff Corporate Responsibility (CR) als Synonym für CSR. Manche Autoren betonen beim Konzept CR die wirtschaftliche Dimension von Nachhaltigkeit und Fragen der Unternehmensführung stärker als bei CSR, andere bevorzugen CR, um ein Missverständnis zu vermeiden: Denn das ‚social‘ in CSR wird im Deutschen oft als ‚sozial‘ missverstanden und CSR fälschlicherweise als Konzept interpretiert, das lediglich auf die soziale Dimension unternehmerischer Nachhaltigkeit abzielt.“

⁵ Vgl. *Sarkar/Searcy*, 135 *Journal of Cleaner Production* 1423 (2016): „Using co-word analysis of definitions from 1953 to 2014, the study maps how the structure of the definitions has evolved during the field’s historical development. [...] The findings suggest that, despite the profusion and definitional heterogeneity over the six decades of the development of the field, there are six recurrent, enduring dimensions that underpin the CSR concept. These dimensions are economic, social, ethical, stakeholders, sustainability and voluntary.“

⁶ Richtlinie 2014/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.10.2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen, ABl. EU L 390/1 vom 15.11.2014.

⁷ Europäische Kommission, Eine neue EU-Strategie (2011–14) für die soziale Verantwortung der Unternehmen (CSR), KOM(2011) 681 endgültig, S. 7 unter der Zwischenüberschrift „Eine neue Definition“.

marktrechtlichen Aspekte⁸, ohne die ökonomischen Hintergründe gänzlich zu vernachlässigen. Eindrucksvolle Vorarbeiten für die juristische Durchdringung von CSR stammen fast ausnahmslos von Forscherinnen: *Birgit Spießhofer* aus Berlin, die sich den globalen Entwicklungsprozessen von CSR-Regeln widmet,⁹ *Beate Sjøffjell* aus Oslo, deren Arbeiten um den Nachhaltigkeitsgedanken im Gesellschaftsrecht kreisen,¹⁰ und *Catherine Malecki* aus Paris, die neben der CSR-Berichterstattung auch die Governance- und Sanktionsseite in den Blick nimmt¹¹. Auf ihren weit ausgreifenden und tief schürfenden Studien lässt sich trefflich aufbauen.

II. Aktienrechtliche Grundlagen

1. Traditionslinien des aktienrechtlichen Gemeinwohlpostulats

So richtig es ist, die CSR-Aufmerksamkeitsspirale auch als Zugeständnis an den Zeitgeist zu deuten,¹² so falsch wäre es, sie nur als vorübergehende Modeerscheinung abzutun.¹³ Vielmehr rührt die Diskussion um soziale Verantwortung von Unternehmen an Grundfragen des Gesellschaftsrechts: Worin liegt die *raison d'être* der modernen Aktiengesellschaft? Welchen Zwecken soll sie dienen, welche Ziele darf sie verfolgen? Diese Fragen zum *corporate purpose*¹⁴

⁸ Näher dazu zuletzt *Kapoor*, Corporate Social Responsibility. Das Leitbild der nachhaltigen Entwicklung im deutschen Aktienrecht, 2016; *Roth-Mingram*, Corporate Social Responsibility in der sozialen Marktwirtschaft, 2017; *Schulte-Wintrop*, Die Leitungsmacht des Vorstands (AG) im Spannungsverhältnis von Shareholder Value und Corporate (Social) Responsibility, 2015; *Wolfmeyer*, Steuerung von Corporate Social Responsibility durch Recht, 2016; weiter ausgreifend der Sammelband von *Walden/Depping* (Hrsg.), CSR und Recht, 2015; mit engerem Zuschnitt *Deinert/Schrader/Stoll* (Hrsg.), Corporate Social Responsibility. Die Richtlinie 2014/95/EU – Chancen und Herausforderungen, 2015.

⁹ Vgl. etwa *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung. Zur Entstehung einer globalen Wirtschaftsordnung, 2017; *dies.*, in: VGR (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2016, 2017, S. 61.

¹⁰ Vgl. etwa *Sjøffjell/Richardson* (Hrsg.), Company Law and Sustainability. Legal Barriers and Opportunities, 2015.

¹¹ Vgl. etwa *Malecki*, Responsabilité sociale des entreprises. Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable, 2014.

¹² Vgl. *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl., 2016, § 76 Rn. 35: „zeitgeistige[s] Schlagwort der Corporate Social Responsibility“.

¹³ Dazu bereits *Fleischer*, ZGR 2007, 500, 508: „Umgekehrt bildet die soziale Verantwortlichkeit der Aktiengesellschaft eines jener Ewigkeitsthemen, das die Gesellschaftsrechtswissenschaft seit Walther Rathenaus berühmtem Vortrag über das Aktienwesen beschäftigt und in unserer Zeit unter dem Stichwort ‚Shareholder value versus stakeholder value‘ wiederkehrt.“

¹⁴ Aus englischer Sicht jüngst *Min Yan*, 38 Bus. L. Rev. 14 (Part I), 55 (Part II) (2017); *Zhao*, Legal Studies 37 (2017), 103; aus ökonomischer Perspektive *Mayer*, 33 Oxford

haben über Zeit- und Ländergrenzen hinweg unterschiedliche Antworten gefunden.¹⁵

a) Deutschland

Hierzulande reichen die Traditionslinien des aktienrechtlichen Gemeinwohlpostulats zurück bis zum Octroi-System des Preußischen Allgemeinen Landrechts (ALR) von 1794, nach dem rechtsfähige Korporationen eines speziellen hoheitlichen Anerkennungsaktes bedurften. § 25 II 6 ALR verlangte für die Verleihung von Korporationsrechten die Verfolgung eines fortdauernden gemeinnützigen Zwecks.¹⁶ Diese normative Gemeinwohlverpflichtung war zwar unter dem Konzessionssystem im preußischen Gesetz über Aktiengesellschaften von 1843 und im ADHGB von 1861 nicht mehr ausdrücklich vorgesehen¹⁷, wirkte aber in der Möglichkeit zum Konzessionsentzug aus Gründen des Gemeinwohls noch eine Weile fort. Als gemeinnützig galt eine Zweckverfolgung regelmäßig dann, wenn sie in einem „allgemeinen staatswirtschaftlichen Interesse“¹⁸ wurzelte. Überwunden wurde dieses Gemeinwohlpostulat erst 1870 mit dem Übergang zum Normativsystem, das mit der Genehmigungsfreiheit für die Errichtung von Aktiengesellschaften auch die wirtschaftliche Freiheit des Marktbürgers begründete.¹⁹ Ganz in diesem Sinne hielt das RG im Jahre 1904 fest: „Die Aktiengesellschaft ist kein selbstnütziges Vermögenssubjekt, ihre Bestimmung ist, für die Aktionäre zu arbeiten und diesen, während ihres Bestehens in Form des Gewinnes, nach der Auflösung durch Verteilung, das Vermögen wieder zufließen zu lassen.“²⁰ Noch präg-

Review of Economic Policy 157, 159 (2017): „It is almost impossible to pick up a management journal today without seeing reference to ‚purpose‘.“

¹⁵ Vgl. aus englischer, US-amerikanischer und indischer Sicht zuletzt *Afsharipour*, 40 Seattle L. Rev. 465, 470 f. (2017): „Questions about corporate purpose and the role and responsibilities of directors in advancing the purpose of the corporation have arisen in many different contexts and jurisdictions.“

¹⁶ Wörtlich heißt es dort: „Die Rechte der Corporationen und Gemeinden kommen nur solchen vom Staate genehmigten Gesellschaften zu, die sich zu einem fortdauernden gemeinnützigen Zwecke verbunden haben.“; dazu *Dernburg*, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reiches, Bd. 1, 3. Aufl., 1881, S. 101.

¹⁷ Vgl. Königliches Ober-Tribunal vom 18.7.1865, in: Striethorst (Hrsg.), Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königlichen Ober-Tribunals gelangt sind, Bd. 59, S. 329, 332 f.

¹⁸ Motive zu der Verordnung über Aktien-Gesellschaften vom 31.1.1840, abgedruckt bei *Baums* (Hrsg.), Gesetz über die Aktiengesellschaften für die Königlich Preußischen Staaten vom 9. November 1843, 1981, S. 54 f.; eingehend dazu *Weber*, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft, 2014, S. 28 ff. m.w.N.

¹⁹ Eindringlich dazu *Goldschmidt*, ZHR 30 (1885), 69, 75; neuestens der Materialienband von *Schubert*, Vom Konzessions- zum Normativsystem, 2017.

²⁰ RGZ 59, 423, 425.

nanter formulierte *Karl Lehmann*, die Aktiengesellschaft sei nur das „Rechtsgewand“²¹ für eine den Interessen der Mitglieder dienende Vereinigung.

Mit *Walther Rathenau*s sog. Lehre vom „Unternehmen an sich“²² kehrte in der Weimarer Republik nach Kriegswirren und Strukturwandel der Wirtschaft die Vorstellung zurück, dass Aktiengesellschaften im Dienste der Volkswirtschaft stünden und damit an den Interessen von Staat und Gesellschaft auszurichten seien.²³ In den Worten des Direktors einer Hamburger Reederei: „Der Norddeutsche Lloyd ist nicht dazu da, Dividenden zu verteilen, sondern Schifffahrt zu treiben.“²⁴ Befürworter dieser Lehre zogen aus ihr weitreichende Schlüsse für den Einbau der Aktiengesellschaft in eine gemeinwirtschaftliche Ordnung;²⁵ ihre Gegner, allen voran *Fritz Haussmann*, sahen in ihr den Versuch einer „Umformung und Abwandlung des in der AG verkörperten kapitalistischen Prinzips“²⁶, später sogar eine „zwangsläufige Vorstufe zur Sozialisierung“²⁷.

Ob sich Teilelemente der Lehre vom „Unternehmen an sich“ in der Gemeinwohlformel des Aktiengesetzes von 1937²⁸ wiederfanden, wird unterschiedlich beurteilt.²⁹ Methodisch fällt jedenfalls auf, dass der Begriff vom „Unternehmen an sich“ ebenso wie die notorische Gemeinwohlformel dazu verwendet wurde, gesamtgesellschaftliche Widersprüche und aktienrechtliche Interessengegensätze dialektisch aufzuheben oder wegzudefinieren.³⁰

²¹ *K. Lehmann*, Das Recht der Aktiengesellschaften, Bd. I, 1898, S. 242.

²² Die Bezeichnung stammt nicht von *Rathenau* selbst, sondern von seinem Kritiker *Haussmann*, JW 1927, 2953 unter der Überschrift „Die Aktiengesellschaft als ‚Unternehmen an sich‘“; näher *Riechers*, Das ‚Unternehmen an sich‘, 1996, S. 16 ff.

²³ Vgl. *Rathenau*, Vom Aktienwesen. Eine geschäftliche Betrachtung, 1917, S. 62 mit folgendem Schlusssatz: „Auch dem Wesen der Unternehmung wird nicht die Verstärkung des privatwirtschaftlichen Gedankens beschieden sein, sondern die bewußte Einordnung in die Wirtschaft der Gesamtheit, die Durchdringung mit dem Geiste der Gemeinverantwortlichkeit und des Staatswohls.“; umfassende Aufarbeitung von *Laux*, Die Lehre vom Unternehmen an sich, 1998, auch mit eingehenden Analysen zum Verhältnis von Aktiengesellschaft zu Staat und Gesellschaft, S. 39 ff.; zuletzt die ausführliche Würdigung dieses Werkes bei *Fleischer*, JZ 2017, 991 ff.

²⁴ Zitiert nach *Riechers* (Fn. 22), S. 5.

²⁵ Vgl. etwa *Netter*, FS Pinner, 1932, S. 512 ff.

²⁶ *Haussmann*, Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht, 1928, S. 46 und passim.

²⁷ *Nöll v. der Nahmer*, AG 1957, 53, 55.

²⁸ Näher zu ihr unter II.2.a).

²⁹ Verneinend *Bergmann*, ZHR 105 (1938), 1, 6; bejahend *Grossmann*, Unternehmensziele im Aktienrecht, 1980, S. 148 f.

³⁰ In diesem Sinne *Riechers* (Fn. 22), S. 167 mit dem erläuternden Zusatz: „In dieser Funktion teilt das ‚Unternehmen an sich‘ seine Verantwortung für die Erosion des Rechts mit den Gemeinwohlformeln und dem Gemeinschaftsbegriff, die ebenfalls spätestens während der Weimarer Republik die Herrschaftsideologie des Nationalsozialismus vorbereiten halfen.“

Unter der Geltung des Grundgesetzes gab und gibt es gewichtige Literaturstimmen, die eine Gemeinwohlbindung der Aktiengesellschaft aus der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie ableiten. Ihnen zufolge gebietet die Sozialpflichtigkeit des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG, dass der Vorstand auch Allgemeininteressen wahrt und aktiv fördert.³¹ Diese Sichtweise ist freilich nicht unwidersprochen geblieben; sie übersieht, dass die Sozialpflichtigkeitsklausel nur einen Regelungsauftrag an den Gesetzgeber vorsieht und keinerlei Maßstäbe für gesetzesübersteigende Gemeinwohlförderung bereithält.³²

Im aktuellen Text des Aktiengesetzes finden sich Spurenelemente des Gemeinwohlbezugs noch in § 241 Nr. 3 AktG (Nichtigkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses bei Verletzung von Vorschriften, die im öffentlichen Interesse gegeben sind) und in § 396 Abs. 1 AktG (Auflösung der Gesellschaft, wenn sie durch gesetzwidriges Verhalten ihrer Verwaltungsträger das Gemeinwohl gefährdet).³³ Die Vorgängervorschrift des § 288 Abs. 1 AktG 1937 war noch sehr viel weiter gefasst, indem sie als Auflösungsgrund auch einen Verstoß gegen die „Grundsätze verantwortungsbewußter Wirtschaftsführung“ – und damit gegen die Gemeinwohlklausel des § 70 Abs. 1 AktG 1937³⁴ – vorgesehen hatte.³⁵

b) Vereinigte Staaten

Ähnliche Wellenlinien lassen sich für die *business corporation* in den Vereinigten Staaten nachzeichnen.³⁶ Ursprünglich hatten die einzelnen Bundesstaaten spezialgesetzliche *corporate charters* fast ausschließlich für öffent-

³¹ In diesem Sinne *Baas*, Leitungsmacht und Gemeinwohlbindung der AG, 1976, S. 79 ff.; *Rittner*, FS Geßler, 1979, S. 139, 146 ff.; *Schmidt-Leithoff*, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 1989, S. 155 ff.

³² Vgl. *Empt*, Corporate Social Responsibility, 2004, S. 134 ff.; *Fleischer*, AG 2001, 171, 175; *Mülbert*, ZGR 1997, 129, 149 f.; *ders.*, AG 2009, 766, 769 f.

³³ Nach *H.P. Westermann*, AcP 175 (1975), 376, 393 sind dies „ausgesprochene Randerscheinungen, die teils auch über die Anwendung des allgemeinen Sittenwidrigkeitsurteils hätten bewältigt werden können.“; zur größeren Zahl einschlägiger Vorschriften unter dem AktG von 1937 *Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftsrechtlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 52 ff.

³⁴ Dazu Amtl. Begr. zu §§ 70, 71 AktG 1937 bei *Klausing*, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien nebst Einführungsgesetz und „Amtlicher Begründung“, 1937, S. 59: „Die Wahrung dieser Richtlinien gehört zu den Grundsätzen einer verantwortungsbewußten Wirtschaftsführung.“

³⁵ Vgl. *Danielcik*, AktG, 1937, § 70 Rn. 6: „§ 70 enthält insoweit nicht nur eine ethische Forderung, sondern eine bindende Rechtsvorschrift, deren Nichtbefolgung die Auflösung der AG. nach § 288 [...] nach sich ziehen kann.“

³⁶ Grundlegend *Hurst*, The Legitimacy of the Business Corporation in the Law of the United States, 1780–1970, 1970; neuestens *Johnson*, Corporate Law and the History of Corporate Social Responsibility, in: Wells (Hrsg.), Handbook on the History of Company and Corporate Law, 2018, S. 570 ff.

liche Zwecke im weiteren Sinne gewährt, etwa für den Bau von Straßen, Kanälen und Brücken oder die Gründung von Banken.³⁷ Dieser *public service*-Gedanke ging Mitte des 19. Jahrhunderts in dem Maße zurück, in dem die Nachfrage nach Inkorporierung während der Hochphase der Industrialisierung zunahm. Spätestens mit dem *deregulatory turn* des Korporationsrechts um die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert hatte sich die Vorstellung einer Gemeinwohlbindung der *business corporation* fast gänzlich verflüchtigt. Es bildete sich eine sog. *shareholder primacy norm* heraus, wie sie der *Michigan Supreme Court* 1919 in der Leitentscheidung *Dodge v. Ford Motor Co.*³⁸ zum Ausdruck brachte und der Ökonom *Thorstein Veblen* in dem Satz zusammenfasste, die *corporation* sei „a means of making money, not goods“³⁹.

Vor dem Hintergrund der Großen Depression forderte *Merrick Dodd* dann 1932 in einem legendären Schlagabtausch mit *Adolph Berle* mehr soziale Verantwortung der Gesellschaft und ihrer Geschäftsleiter⁴⁰ – eine Forderung, die er zehn Jahre später durch die *New Deal*-Gesetzgebung auf andere Weise als weithin erfüllt ansah.⁴¹ Hierin zeigt sich im Übrigen ein globaler Entwicklungszug von CSR: Was ursprünglich auf freiwilligem sozialen Unternehmertum beruhte – man denke an *Henry Fords* Acht-Stunden-Tag für Arbeitnehmer – ist inzwischen großenteils in gesetzlichen Schutzvorschriften aufgegangen. Insoweit ist CSR heute gleichbedeutend mit Compliance.⁴²

2. Kodifizierung der Unternehmenszielbestimmung

Der Aktiengesetzgeber kann dem Vorstand genauere Leitplanken für die Unternehmensführung vorgeben. Für eine solche Kodifizierung der Unternehmenszielbestimmung gibt es in Geschichte und Gegenwart bekannte Beispiele.⁴³

³⁷ Näher *Hurst* (Fn. 36), S. 13 ff. unter der Kapitelüberschrift „From Special Purpose to General Utility“; zusammenfassend *Johnson* (Fn. 36), S. 570: „In short, there appears to have been a correlating of corporateness with public-oriented service of a sort that did not exist with business activity more generally.“

³⁸ 170 N.W. 668, 684 (1919): „A business corporation is organized and carried on primarily for the profit of the stockholders. The powers of the directors are to be employed for that end.“; rechtsvergleichend zuletzt *Windbichler*, FS Baums, 2017, S. 1443.

³⁹ *Veblen*, Absentee Ownership and Business Enterprise in Recent Times, 1923, S. 85: „The corporation is always a business concern, not an industrial application. It is a means of making money, not goods.“

⁴⁰ Vgl. *Dodd*, 45 Harv. L. Rev. 1145 (1932) in Erwiderung auf *Berle*, 44 Harv. L. Rev. 1049 (1931).

⁴¹ Vgl. *Dodd*, 9 U. Chi. L. Rev. 538, 546 f. (1942); eingehend zur *Berle-Dodd*-Debatte *Empt* (Fn. 32), S. 41 ff.

⁴² Treffend *Windbichler* (Fn. 38), S. 1443, 1453: „Damit verschiebt sich ein Großteil des unternehmerischen ‚Engagements‘ auf die Einhaltung der einschlägigen Schutzvorschriften, also Compliance und Legalität.“

a) *Wandlungen der Unternehmenszielbestimmung in Deutschland und Österreich*

Aus deutscher Sicht kommt sofort § 70 Abs. 1 des Aktiengesetzes von 1937 in den Sinn: „Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Betriebs und seiner Gefolgschaft und der gemeine Nutzen von Volk und Reich es fordern.“ Diese Vorschrift geht auf einen Formulierungsvorschlag des Aktienrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht zurück.⁴⁴ Ursprünglich sollte sie dem Aktiengesetz von 1937 als Präambel vorangestellt werden.⁴⁵ Ins Auge fällt, dass in ihrer Aufzählung ausgerechnet jene Anspruchsgruppe fehlt, die der AG juristisches Leben eingehaucht hat: die Aktionäre. Die Amtliche Begründung widmete ihnen nur, aber immerhin einen Nebensatz.⁴⁶

Während der Beratungen zum Aktiengesetz von 1965 wogte die Diskussion um die Gemeinwohlklausel hin und her.⁴⁷ Der Referententwurf übernahm sie in einer bereinigten, erstmals auch die Aktionäre einbeziehenden Fassung: „Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Unternehmens, seiner Arbeitnehmer und Aktionäre sowie das Wohl der Allgemeinheit es erfordern.“⁴⁸ Demgegenüber hielt der Regierungsentwurf eine solche Klausel für entbehrlich.⁴⁹ In den Ausschussberatungen des Bundestages ist beantragt worden, vor § 76 AktG einen neuen § 75a AktG einzufügen und in ihm zu bestimmen, dass die Gesellschaft das Unternehmen unter Berücksichtigung des Wohls seiner Arbeitnehmer, der Aktionäre und der Allgemeinheit zu betreiben hat. Die Ausschussmehrheit sprach sich aber dagegen aus, weil sie befürchtete, dass man aus der Reihenfolge der Aufzählung schließen könne, das zuerst genannte Wohl der Arbeitnehmer habe im Zweifel Vorrang vor dem Wohl der Aktionäre und diese beiden wiederum vor dem Wohl der Allgemeinheit.⁵⁰ Gesetz geworden ist damit die – kupierte – Vorgabe des § 76 Abs. 1 AktG.

⁴³ Näher zu Folgendem *Fleischer*, ZGR 2017, 411 ff.

⁴⁴ Vgl. den Bericht des Ausschussvorsitzenden *Kißkalt*, ZAKDR 1934, 20, 30.

⁴⁵ Vgl. *Geßler*, Stenographisches Protokoll der 86. Sitzung des Rechtsausschusses des Bundestages am 11. März 1964, S. 28; angedeutet auch bei *Schlegelberger/Quassowski*, AktG, 3. Aufl., 1939, § 70 Rn. 8, wonach die Gemeinwohlklausel die „ungeschriebene Präambel des Aktiengesetzes“ sei.

⁴⁶ Vgl. Amtl. Begr. zu §§ 70, 71 AktG 1937 bei *Klausing* (Fn. 34), S. 58 f.

⁴⁷ Sorgfältig abschichtende Darstellungen des Gesetzgebungsverfahrens bei *Rittner* (Fn. 31), S. 139, 142 ff.; *Schmidt-Leithoff* (Fn. 31), S. 31 ff.

⁴⁸ § 71 Abs. 1 RefE 1958.

⁴⁹ Dazu Begr. RegE bei *Kropff*, AktG, 1965, S. 97.

⁵⁰ Vgl. Ausschussbericht bei *Kropff* (Fn. 49), S. 97.

Während der vergangenen fünf Jahrzehnte ist die Frage nach der maßgeblichen Richtschnur für das Vorstandshandeln nur selten praktisch geworden.⁵¹ Rechtsprechung und herrschende Lehre gehen von einer stillschweigenden Fortgeltung des § 70 Abs. 1 AktG 1937 aus und befürworten eine interessenpluralistische Zielkonzeption.⁵² Begrifflich verwenden sie die Figur des Unternehmensinteresses, die sich ideengeschichtlich teils aus der Lehre vom „Unternehmen an sich“ speist.⁵³ Auch in der Spruchpraxis schimmerte diese Lehre noch verschiedentlich durch.⁵⁴ Eine vordringende Gegenauffassung wirbt für ein moderates Shareholder-Value-Konzept.⁵⁵

In Österreich, wo seit 1938 das deutsche Aktiengesetz von 1937 gegolten hatte, führte der Reformgesetzgeber von 1965 folgende Neufassung des § 70 Abs. 1 öAktG ein, die bis heute gilt: „Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses es erfordert.“

b) Einführung einer Unternehmenszielbestimmung in den angelsächsischen Systemen

Im US-amerikanischen Gesellschaftsrecht haben zahlreiche Gliedstaaten in den achtziger Jahren des letzten Jahrhunderts sog. *corporate constituency statutes* eingeführt, nach denen die Direktoren einer *public corporation* bei ihren Entscheidungen neben den Aktionärsinteressen auch Belange anderer Bezugsgruppen berücksichtigen können. Den Anfang machte Pennsylvania im Jahre 1983. Repräsentativ ist der 1989 eingeführte § 717(b) des *New York Business Corporation Act*: „In taking action, [...] a director shall be entitled to consider, without limitation (1) both the long-term and the short-term interests of the corporation and its stakeholders and (2) the effects that the corporation's actions may have in the short-term or the long-term upon any of the following: (i) the prospects for potential growth, development, productivity and profitability of the corporation; (ii) the corporation's current employees; (iii) the corporation's retired employees [...]; (iv) the corporation's customers and creditors; and (v) the ability of the corporation to provide, as a going concern,

⁵¹ Für einen Überblick über den Diskussionsverlauf *Fleischer*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hrsg.), *Handbuch Corporate Governance*, 2. Auflage, 2009, S. 185, 187 ff.

⁵² Vgl. *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 12), § 76 AktG Rn. 38 ff. m.w.N.

⁵³ Näher *Riechers* (Fn. 22), S. 175 ff. unter der Zwischenüberschrift „Das ‚Unternehmen an sich‘ als Vorläufer des Unternehmensinteresses.“; aus systemtheoretischer Sicht *Teubner*, ZHR 149 (1985) 470: „Das Unternehmensinteresse ist das gesellschaftliche Interesse des Unternehmens an sich.“

⁵⁴ Vgl. etwa BGHZ 15, 71, 78: „Die Pflichten der Vorstandsmitglieder erschöpfen sich nicht darin, allein die Belange des Unternehmens als solchen wahrzunehmen; sie haben sich auch den Aktionären gegenüber loyal zu verhalten.“

⁵⁵ Vgl. *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, *AktG*, 3. Aufl., 2015, § 76 Rn. 22 ff., 36 ff. m.w.N.

goods, services, employment opportunities and employee benefits and otherwise to contribute to the communities in which it does business.“ Keine Ermächtigung zur Berücksichtigung von Stakeholder-Interessen enthalten jedoch bis heute das *Delaware General Corporation Law*⁵⁶ und der *Model Business Corporation Act*.

Das englische *common law* hatte die Direktoren einer *company* seit jeher angehalten, ihr Verwaltungshandeln am Interesse der Gesellschaft auszurichten. Im Zuge der Gesellschaftsrechtsreform von 2006 entschied sich der Gesetzgeber zu einer Kodifizierung der Unternehmenszielbestimmung. Nach langen Beratungen votierte er für einen sogenannten *enlightened shareholder value*-Ansatz, der seinen Niederschlag in s. 172(1) des *Companies Act 2006* gefunden hat:

„A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to (a) the likely consequences of any decisions in the long term, (b) the interests of the company’s employees, (c) the need to foster the company’s business relationship with suppliers, customers and others, (d) the interest of the company’s operations on the community and the environment, (e) the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and (f) the need to act fairly as between members of the company.“

c) Vergleichende Würdigung

Einzelheiten dieser recht unterschiedlichen Vorschriften können hier nicht behandelt werden.⁵⁷ Zwei Hauptbefunde verdienen aber Hervorhebung:

Erstens war die gesetzliche Konkretisierung der Zielvorgaben in den genannten Fällen von ganz unterschiedlichen Motiven getragen: § 70 Abs. 1 AktG 1937 hatte den nationalsozialistischen Grundsatz Gemeinnutz vor Eigennutz – Punkt 24 des Parteiprogramms der NSDAP vom Februar 1920⁵⁸ – in Gesetzesform gegossen.⁵⁹ Die aktienrechtlichen Reformgesetze in Deutschland und Österreich von 1965 zielten im Vorstandsrecht auf eine Reinigung von nationalsozialistischen Formelresten;⁶⁰ der österreichische Gesetzgeber rückte zudem die Bedeutung des Faktors Kapital stärker ins Bewusstsein.⁶¹

⁵⁶ Vgl. etwa *ebay Domestic Holdings, Inc. v. Newmark*, 16 A.3d 1, 33 (Del. 2010): „Promoting, protecting, or pursuing nonstockholder considerations must lead at some point to value for stockholders.“

⁵⁷ Näher hierzu *Fleischer*, ZGR 2017, 411, 421 ff.

⁵⁸ Eingehend dazu *Stolleis*, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, 1974, S. 76 ff.

⁵⁹ So etwa *Danielcik* (Fn. 35), § 70 AktG Rn. 6.

⁶⁰ Vgl. für Deutschland *Kropff*, in: *Fleischer/Koch/Kropff/Lutter* (Hrsg.), 50 Jahre Aktiengesetz, 2016, S. 1, 2 f.; für Österreich *Kastner*, JBl 1965, 392, 393 f.

⁶¹ Vgl. *Kastner*, JBl 1965, 392, 394.

In den Vereinigten Staaten bildeten die *corporate constituency statutes* eine gesetzgeberische Antwort auf die mächtige Bugwelle feindlicher Übernahmen seit Beginn der 1980er Jahre. Für ihre Einführung machten sich vor allem die Manager börsennotierter Unternehmen stark⁶² und fanden dabei in den Gewerkschaften wichtige Verbündete⁶³. In England war die Einführung einer gesetzlichen Unternehmenszielbestimmung Teil einer größeren Reform, die sich die Kodifizierung der *directors' duties* zum Ziel gesetzt hatte.⁶⁴

Zweitens hat die Einführung gesetzlicher Unternehmenszielbestimmungen in keiner der untersuchten Rechtsordnungen zu großen Veränderungen geführt und kaum Gerichtsentscheidungen hervorgebracht.⁶⁵ Kurz: Viel Lärm um Wenig!⁶⁶ Dafür gibt es zwei Gründe: Zum einen steht den Geschäftsleitern allerorten ein breiter Ermessensspielraum bei der Abwägung von Aktionärs- und Nichtaktionärsinteressen zu.⁶⁷ Zum anderen – und vielleicht noch wichtiger – verfügen Nichtaktionäre über kein eigenes Klagerecht zur Durchsetzung von Stakeholder-Interessen gegenüber der Gesellschaft.⁶⁸ Wer mit der Kodifizierung von Unternehmenszielbestimmungen einen besseren Stakeholder-Schutz erreichen will, muss Nichtaktionären wohl eine direkte oder derivative Klagebefugnis einräumen.⁶⁹ Diese Büchse der Pandora hat bisher aber – aus guten Gründen – keine der genannten Rechtsordnungen zu öffnen gewagt. International gibt es dafür, soweit ersichtlich, nur einen schmalen Anhalt im *Canadian Business Corporation Act* von 1985.⁷⁰

3. CSR-Satzungsklauseln

Ist die gesetzliche Ausgangslage ermittelt, stellt sich die Folgefrage nach den Möglichkeiten und Grenzen privatautonomer Feinsteuerung durch die Satzung: Kann eine Aktiengesellschaft eine CSR-Klausel in ihr Statut aufnehmen?

⁶² Vgl. *Macey*, 21 *Stetson L. Rev.* 23, 26 (1991).

⁶³ Vgl. *Orts*, 51 *Geo. Wash. L. Rev.* 14, 24 ff. (1992).

⁶⁴ Dazu *Mayson/French/Ryan*, *Company Law*, 33. Aufl., 2016, S. 477 f. unter der Überschrift „Codification of Directors' General Duties“.

⁶⁵ *International Ventrizzo/Conac/Goto/Mock/Notari/Reisberg*, *Comparative Corporate Law*, 2015, S. 279: „This discussion is both interesting and relevant, but sometimes it might be quite theoretical, and it does not always have a significant practical impact on the life of the corporation.“

⁶⁶ In Anlehnung an *Keay*, 22 *EBLR* 1 (2011).

⁶⁷ Vgl. für Deutschland *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz* (Fn. 55), § 76 AktG Rn. 44.

⁶⁸ Vgl. aus US-amerikanischer Sicht *Geczy/Jeffers/Musto/Tucker*, 5 *Harv. Bus. L. Rev.* 73, 114 (2015); aus englischer Sicht *Keay/Zhang*, *ECFR* 2011, 445, 470.

⁶⁹ So die Vertreter der sog. *Progressive Corporate Law*-Schule in den Vereinigten Staaten, etwa *Millon*, 24 *Ind. L. Rev.* 223, 248 (1991); aus englischer Perspektive *Keay/Zhang*, *ECFR* 2011, 445, 471.

⁷⁰ Vgl. s. 238(d); näher dazu *Vasudev*, 45 *Ottawa L. Rev.* 135 ff. (2013).

In der Ursprungssatzung stehen dem keine prinzipiellen Bedenken entgegen: Als Allzweckmöbel darf eine AG nach allgemeiner Ansicht gemeinnützig tätig werden;⁷¹ *a maiore ad minus* müssen dann auch weniger weitreichende Gemeinwohlbindungen und Misch- oder Mehrfachzwecke möglich sein.⁷² Außerdem können die Aktionäre als „Herren der Gesellschaft“⁷³ Grundprinzipien der Unternehmensführung statutarisch festlegen.⁷⁴ Dies wird für eine satzungsmäßige Verankerung des Shareholder-Value-Konzepts überwiegend anerkannt⁷⁵ und muss gleichermaßen für den spiegelbildlichen Fall des Stakeholder-Value-Konzepts gelten.⁷⁶ Eine äußere Grenze zieht der Grundsatz der aktienrechtlichen Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG) nur, aber immerhin dort, wo eine allzu engmaschige CSR-Klausel die Leitungsautonomie des Vorstands (§ 76 Abs. 1 AktG) auszuhöhlen droht.⁷⁷

Größeres Kopfzerbrechen bereitet die Frage nach dem erforderlichen Quorum für die nachträgliche Einführung einer CSR-Klausel. Verschiedene Literaturstimmen verlangen hierfür entsprechend § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB eine Zustimmung aller Aktionäre, weil der Wechsel von erwerbswirtschaftlicher zu gemeinnütziger Tätigkeit eine Zweckänderung darstelle.⁷⁸ Letzteres trifft zwar zu,⁷⁹ doch erscheint es zweifelhaft, ob mit einer CSR-Klausel stets eine zweckändernde Wirkung verbunden ist.⁸⁰ Richtigerweise stellt sie die erwerbswirtschaftliche Ausrichtung der Gesellschaft nicht in Frage. Vielmehr handelt es sich regelmäßig um eine statutarische Ermächtigung an den Vorstand, im Rahmen des Angemessenen soziale Aktivitäten zu entfalten. Hierin liegt eine behutsame Konkretisierung der Zielvorgaben des § 76 Abs. 1 AktG, aber typischerweise keine „Veränderung der faktischen Geschäftsgrundlage des

⁷¹ Vgl. *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl., 2016, § 9 Rn. 9; monographisch *Weber*, Die gemeinnützige Aktiengesellschaft, 2014.

⁷² Wie hier *Kort*, NZG 2011, 929, 931; *ders.*, NZG 2012, 926, 930; früher schon *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, § 6 III 2 b cc, S. 340 f.

⁷³ *Wiedemann*, Organverantwortung und Gesellschafterklagen in der Aktiengesellschaft, 1989, S. 33: „Die Aktionäre sind Herren der Gründung, Änderung oder der Auflösung der Gesellschaft; dafür schulden sie niemand Rechenschaft.“

⁷⁴ Vgl. *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz* (Fn. 55), § 76 AktG Rn. 39; *Mülbert*, FS Röhrich, 2005, S. 421, 440.

⁷⁵ Vgl. *Birke*, Das Formalziel der Aktiengesellschaft, 2005, S. 219 f.; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz* (Fn. 55), § 76 AktG Rn. 39; *Groh*, DB 2000, 2153, 2158; *Ulmer*, AcP 202 (2002), 143, 159.

⁷⁶ Für die Zulässigkeit einer CSR-Klausel auch *Mülbert*, AG 2009, 766, 772; *Müller-Michaels/Ringel*, AG 2011, 101, 111; *Spindler*, FS Hommelhoff, 2012, S. 1133, 1140; abw. *Säcker*, BB 2009, 282, 283 mit Fn. 98.

⁷⁷ Allgemein zu dieser Grenze OLG Stuttgart NZG 2006, 790; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz* (Fn. 55), § 76 AktG Rn. 60.

⁷⁸ So etwa *Mülbert*, AG 2009, 766, 772; *Spindler* (Fn. 76), S. 1133, 1141 f.

⁷⁹ Dazu etwa *Koch*, in: *Hüffer/Koch* (Fn. 12), § 23 AktG Rn. 22.

⁸⁰ Wie hier *Müller-Michaels/Ringel*, AG 2011, 101, 111 f.

Zusammenschlusses der Gesellschafter⁸¹ im Sinne des § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB. Folgerichtig genügt für die nachträgliche Einführung einer CSR-Klausel vielfach die Mehrheit von drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals gemäß § 179 Abs. 2 Satz 1 AktG.

4. *Kodex-Leitbild des Ehrbaren Kaufmanns*

Einsprengsel des CSR-Gedankens finden sich seit einiger Zeit auch im Deutschen Corporate Governance Kodex. Als Reaktion auf die Kapitalismuskritik im Gefolge der Finanzmarktkrise heißt es dort seit 2009 in Abs. 2 der Präambel: „Der Kodex verdeutlicht die Verpflichtung von Vorstand und Aufsichtsrat, im Einklang mit den Prinzipien der sozialen Marktwirtschaft für den Bestand des Unternehmens und seine nachhaltige Wertschöpfung zu sorgen (Unternehmensinteresse).“ Um dem abermaligen Vertrauensverlust der Öffentlichkeit in die Managementeliten nach den jüngsten Unternehmensskandalen entgegenzuwirken, hat die Regierungskommission den Kodex kürzlich um den Zusatz ergänzt: „Diese Prinzipien verlangen nicht nur Legalität, sondern auch ethisch fundiertes, eigenverantwortliches Verhalten (Leitbild des Ehrbaren Kaufmanns).“⁸²

Nach eigenem Bekunden erblickt die Regierungskommission hierin eine „deutliche Leitbotschaft zum Thema ethisches Verhalten“⁸³: Kapitalgesellschaften sollten so geführt werden, dass durch sie ein betriebswirtschaftlicher wie gesamtwirtschaftlicher Nutzen entstehe. Marktwirtschaft sei ein auf Freiheit gegründetes, wertebasiertes System, dessen Funktionsfähigkeit auf dem Vertrauen beruhe, dass allgemein anerkannte ethische Grundsätze im Wirtschaftsleben beachtet würden.⁸⁴ Dies sei letztlich das Verhalten ehrbarer Kaufleute, die auch ohne gesetzliche oder festgelegte Regelungen wüssten, was man tun dürfe und was nicht. Der Ehrbare Kaufmann werde dabei als Leitbild verstanden, das sich fortlaufend weiterentwickle.⁸⁵

a) *Fragwürdige Festschreibung*

Als Lokalpatriot müsste man dieser Ergänzung an sich begeistert zustimmen. Hier gibt es den Verein „Versammlung eines Ehrbaren Kaufmanns zu Hamburg e.V.“, dessen Tradition bis 1517 zurückreicht.⁸⁶ Dennoch wirkt der Rückgriff

⁸¹ So die Definition einer Zweckänderung der Aktiengesellschaft durch das Kammergericht NZG 2005, 88, 89.

⁸² Bekanntmachung der Neufassung im BAnz vom 24.4.2017; ausführlicher dazu und zur Figur des Ehrbaren Kaufmanns *Fleischer*, DB 2017, 2015 ff.

⁸³ *Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex*, Erläuterungen der Änderungsvorschläge aus der Plenarsitzung vom 13. Oktober 2016, S. 1.

⁸⁴ So *Regierungskommission* (Fn. 83), S. 1.

⁸⁵ Vgl. *Regierungskommission* (Fn. 83), S. 1.

⁸⁶ Näher *Baasch*, Zur Geschichte des Ehrbaren Kaufmanns in Hamburg, 1899.

auf dieses altehrwürdige Leitbild eher wie ein letzter Rettungsanker, der von zunehmender Ratlosigkeit der Regelgeber zeugt. So sehr Unternehmenslenker einen moralischen Kompass benötigen, so fragwürdig erscheint seine Festbeschreibung im Kodex: (1) *Dogmatisch* beginnen die Ungereimtheiten damit, dass Vorstandsmitglieder selbst gar keine Kaufleute sind;⁸⁷ die Kaufmannseigenschaft kommt nach § 3 Abs. 1 AktG nur der Aktiengesellschaft zu. Als angestellte Manager verwalten die Vorstandsmitglieder typischerweise auch kein eigenes, sondern fremdes Vermögen. (2) *Sachlich* ist vor allem einzuwenden, dass die Präambel mit großem Aplomb ein Leitprinzip vorgibt, ohne sich im Mindesten um seine Konkretisierung zu bemühen. Konsenssichere Maßstäbe für ein ethisch fundiertes Geschäftsgebaren fehlen; über die Legitimität von Leitungsentscheidungen lässt sich nicht selten trefflich streiten.⁸⁸ Diese Bewertungsschwierigkeiten erhöhen sich noch, wenn ein Unternehmen in verschiedenen Ländern mit unterschiedlichen Wertesystemen tätig ist oder wenn der Unternehmensgegenstand selbst manchen als anrühlich gilt (z.B. Waffen- oder Zigarettenindustrie). An alledem vermag auch der Hinweis auf das Konzept des Ehrbaren Kaufmanns in § 1 Abs. 1 IHK-Gesetz⁸⁹ nichts zu ändern. Vielmehr droht aufgrund unterschiedlicher ethischer Bewertungsmaßstäbe eine Erwartungslücke beim Anlegerpublikum, weil manche Erwartungen unweigerlich enttäuscht werden. Das viel berufene Vertrauen der Öffentlichkeit wird so im Zweifel nicht gestärkt, sondern geschwächt. (3) *Konzeptionell* fügt sich die Neuregelung kaum in das bisherige Regelungsgefüge des Kodex ein: Sie ist weder Anregung noch Empfehlung und beschreibt ebenso wenig das geltende Recht, weil Leitungsentscheidungen aktienrechtlich nicht am Maßstab moralischer Legitimität gemessen werden.⁹⁰ (4) *Systematisch* vermisst man eine Abstimmung mit den neuen gesetzlichen CSR-Regelungen, die sich gemäß § 289b Abs. 1 HGB in Berichtspflichten erschöpfen und gerade keine inhaltlichen Vorgaben enthalten.⁹¹ (5) *International* ist das Leitbild des Ehrbaren Kaufmanns in hohem Maße erläuterungsbedürftig und nur schwer ins Englische zu übersetzen.⁹²

⁸⁷ Vgl. BGH NJW 1996, 1467, 1468 (GmbH-Geschäftsführer); K. Schmidt, in: MünchKommHGB, 4. Aufl., 2016, § 1 Rn. 66.

⁸⁸ Allgemein dazu Schmitz/Schneider, NZG 2016, 561, 563 ff.

⁸⁹ Wörtlich heißt es dort: „Die Industrie- und Handelskammern haben [...] die Aufgabe, das Gesamtinteresse der ihnen zugehörigen gewerbetreibenden ihres Bezirkes wahrzunehmen [...]; dabei obliegt es ihnen insbesondere [...] für Wahrung von Anstand und Sitte des ehrbaren Kaufmanns zu wirken.“; eingehend dazu Stober, NJW 2010, 1573.

⁹⁰ So auch DAV-Handelsrechtsausschuss, NZG 2017, 57.

⁹¹ Dazu auch Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, AG 2017, 1, 2.

⁹² Vgl. etwa die Eingabe von *International Corporate Governance Network* vom 16.12.2016, S. 3: „[...] how to interpret this new language relating to ethics, legitimacy and the ‚Leitbild des Ehrbaren Kaufmanns‘ (Honorable Business Person). In this context the Commission may wish to provide some additional guidance on what practical changes

b) Betriebswirtschaftliche Annäherung

Dies alles spricht selbstverständlich nicht gegen eine weitere Vergewisserung der Betriebswirtschaftslehre über den Begriff des Ehrbaren Kaufmanns⁹³ und die richtige Rolle einer – eigenständigen oder integrierten – Unternehmensethik⁹⁴. Instrukтив sind ferner institutionenökonomische Studien darüber, wie aus ehrbarer unternehmerischer Tätigkeit Reputation entsteht, die sich dann zur Erlangung strategischer Wettbewerbsvorteile einsetzen lässt.⁹⁵ Ganz in diesem Sinne hat man den modernen Unternehmer neuerdings (auch) als „Reputator“ konzipiert und verstanden.⁹⁶

c) Aktienrechtliche Bedeutung

§ 161 AktG erspart Vorstand und Aufsichtsrat einer börsennotierten Gesellschaft die Verlegenheit, sich zu ihrem eigenen ethischen Verhalten zu äußern, weil die „comply-or-explain“-Erklärung Programmsätze der Präambel nicht einschließt.⁹⁷ Ebenso wenig wird die Maßfigur des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters in § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG fortan durch den Ehrbaren Kaufmann ersetzt.⁹⁸ Ungeachtet des neuen Kodex-Leitbildes gehört es weiterhin nicht zu den „harten“ gesetzlichen Vorstandspflichten, die anerkannten Grundsätze der Geschäftsmoral einzuhalten.⁹⁹ Solche Verhaltensstandards sind inhaltlich kaum fassbar, und selbst dort, wo sie ausnahmsweise einmal in ausformulierter Form vorliegen, genießen sie – über die §§ 138, 242 BGB hinaus – keine gesetzliche Dignität.¹⁰⁰ Mit dieser kategorialen Trennung von Legalität und Moralität im *Kantschen* Sinne, von juridischem und ethischem Imperativ¹⁰¹ ist die deutsche Privatrechtsordnung bisher gut gefahren; sie

might be expected by this embrace of this more aspirational wording. Observers from outside of Germany might also appreciate a clearer understanding of what is meant by the ‚Leitbild des Ehrbaren Kaufmanns‘; [...] it is important to appreciate what this term means in a German context.“

⁹³ Näher dazu *Schwalbach*, zfwu 17 (2016), 216 ff. m.w.N.; eingehend auch *Klink*, ZfB-Special Issue 3/2008, 57 ff.

⁹⁴ Vgl. etwa den Sammelband von Albach (Hrsg.), Unternehmensethik und Unternehmenspraxis, ZfB-Special Issue 5/2005.

⁹⁵ Näher dazu *Gerbaulet*, Der Unternehmer als Reputator, 2016, S. 132 ff. m.w.N.

⁹⁶ Monographisch *Gerbaulet* (Fn. 95), S. 136 ff. und passim.

⁹⁷ Dazu auch v. *Werder/Bartz*, DB 2017, 769, 770.

⁹⁸ Vorsichtig fragend, aber im Zusammenhang mit einem entschuldbaren Rechtsirrtum *Florstedt*, NZG 2017, 601, 609.

⁹⁹ Vgl. *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Fn. 55), § 93 AktG Rn. 25; *Habersack*, NZG 2016, 321, 324; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, 5. Aufl., 2015, § 93 Rn. 149 f., abw. *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, 3. Aufl., 2010, § 93 Rn. 71; *U. Schmidt*, in: Heidel (Hrsg.), Aktien- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl., 2015, § 93 AktG Rn. 11.

¹⁰⁰ Dazu bereits *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 144.

¹⁰¹ Näher dazu *Geismann*, Jahrbuch für Recht und Ethik 14 (2006), 3 ff. m.w.N.

ausgerechnet im Aktienrecht mit seinem ausgeprägten Rechtssicherheitsbedürfnis aufzugeben, besteht kein Anlass.¹⁰² Zulässig ist es aber, den Vorstand im Anstellungsvertrag auf die Einhaltung bestimmter CSR-Konzepte zu verpflichten. Dann werden diese unverbindlichen Verhaltensempfehlungen zum Bestandteil der Organpflichten und damit zu verbindlichen gesellschaftsinternen Verhaltensregeln.

Unabhängig davon ruft der Bedeutungsaufschwung von CSR in Erinnerung, dass manche Geschäftsführungsmaßnahmen im Hinblick auf die Reputation der Gesellschaft einer besonders sorgfältigen Prüfung bedürfen.¹⁰³ Ins aktienrechtliche Rampenlicht rückt damit das Reputationsmanagement, das immer mehr zu einer Leitungsaufgabe des Vorstands wird.¹⁰⁴ Seine rechtssatzförmige Verdichtung steht allerdings noch aus.¹⁰⁵

5. Rechtsform- oder Größenabhängigkeit von Gemeinwohlbindung und CSR

Ob die Grundaussagen der herrschenden Meinung zur interessenpluralistischen Zielkonzeption im Rahmen des § 76 Abs. 1 AktG auch für andere Gesellschaftsformen gelten, wird bisher wenig diskutiert. Historisch war der Gemeinwohlgedanke ganz auf Großunternehmen zugeschnitten: Die Aktiengesellschaft bildete im 19. und frühen 20. Jahrhundert *die* typische Rechtsform für Großunternehmen,¹⁰⁶ als solche wurde ihr eine weitreichende Bedeutung für Staat und Gesellschaft zugeschrieben.¹⁰⁷ Trefflich eingefangen wurde

¹⁰² Ähnlich *DAV-Handelsrechtsausschuss*, NZG 2017, 57: „Gerade vor dem Hintergrund der internationalen Diskussion um Corporate Social Responsibility erscheint eine klare Trennung zwischen rechtlich verbindlichen Handlungspflichten der Unternehmensleitung einerseits und ethisch sowie moralisch verantwortlichem unternehmerischen Handeln andererseits geboten.“

¹⁰³ Vgl. dazu schon *Flume*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. I/2, Die juristische Person, 1983, § 2 VIII 3, S. 60: „Wenn aber die öffentliche Meinung solche Geschäfte mißbilligt, so muß der Vorstand dies beachten, und wenn er der Ansicht ist, daß der Abschluß des – für sich genommen lukrativen – Geschäfts in der Rückwirkung auf die öffentliche Meinung für das Unternehmen und damit für die Gesellschaft nachteilig ist, muß er das Geschäft unterlassen.“

¹⁰⁴ Nachdrücklich dazu schon *Seibt*, DB 2015, 171, 174 ff., *ders.*, DB 2016, 2707.

¹⁰⁵ Grundlegende Vorarbeiten bei *Klöhn/Schmolke*, NZG 2015, 689.

¹⁰⁶ Vgl. aus dem zeitgenössischen Schrifttum *Passow*, Strukturwandel der Aktiengesellschaft, 1930, S. 1; rückblickend *Reich*, in: Horn/Kocka (Hrsg.), Recht und Entwicklung der Großunternehmen im 19. und frühen 20. Jahrhundert, 1979, S. 255, 263 f., wonach „die Aktiengesellschaft *die typische Rechtsform von Großunternehmen* ist und eigentlich nur von ihnen bewältigt und in Anspruch genommen werden kann“.

¹⁰⁷ Vgl. *Rathenau* (Fn. 23), S. 38 f.: „[D]ie Großunternehmung ist heute überhaupt nicht mehr lediglich ein Gebilde privatrechtlicher Interessen, sie ist vielmehr, sowohl einzeln wie in ihrer Gesamtzahl, ein nationalwirtschaftlicher, der Gesamtheit angehöriger Faktor, der zwar aus seiner Herkunft, zu Recht oder zu Unrecht, noch die privatrechtlichen Züge des reinen Erwerbsunternehmens trägt, während er längst und in steigendem Maße öffent-

dieses öffentliche Interesse an Wachstum und Wohlergehen der Aktiengesellschaft in *Rathenau* berühmtem Beispiel über die Deutsche Bank: Würden deren Generalversammlung durch Beschluss mit Dreiviertelmehrheit die Liquidation der Bank beschließen, so sei der Beschluss zwar privatrechtlich unantastbar; gleichwohl bleibe dem preußischen Staat oder der Reichsregierung keine andere Wahl, als umgehend ein Sondergesetz zu erlassen, das den Beschluss rückgängig mache.¹⁰⁸ Auch die schon zitierte Gemeinwohlklausel des § 70 Abs. 1 AktG 1937 traf praktisch allein Großunternehmen, weil der Mindestbetrag des Grundkapitals gemäß § 7 Abs. 1 AktG 1937 500.000 Reichsmark betrug.

Einen bisher wenig bekannten Versuch, die aktienrechtliche Gemeinwohlklausel auf die GmbH zu erstrecken, machte der Entwurf des Reichsjustizministeriums zu einem Gesetz über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung von 1939, der in seinem § 2 wörtlich bestimmte: „Die Gesellschaft ist so zu leiten, wie das Wohl des Betriebs und seiner Gefolgschaft und der gemeine Nutzen von Volk und Reich es fordern.“¹⁰⁹ Ausweislich der Amtlichen Begründung beruhte diese Vorschrift auf der Erwägung, dass jedes Unternehmen seine Daseinsberechtigung erst durch die Eingliederung in die Volkswirtschaft erhalte, und brachte damit eine Forderung zum Ausdruck, die in sozial- und wirtschaftspolitischer Hinsicht wie an jedes andere Unternehmen so auch an die Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu stellen sei.¹¹⁰ Bezeichnenderweise hat diese Gemeinwohlklausel im Regierungsentwurf eines GmbH-Gesetzes von 1973, der sich in Aufbau und Inhalt stark am Entwurf von 1939 orientierte, keine Berücksichtigung mehr gefunden.¹¹¹ Bei aller Vorsicht gegenüber interpretatorischen Rückschlüssen aus dem Untätigbleiben des Gesetzgebers wird man diese Entwicklung nur dahin verstehen können, dass der Reformgesetzgeber den Gedanken einer Gemeinwohlbindung der GmbH mit Stillschweigen abgewiesen und seither nicht wieder aufgegriffen hat.¹¹²

lichen Interessen dienstbar geworden ist und hierdurch sich ein neues Daseinsrecht geschaffen hat.“

¹⁰⁸ So *Rathenau* (Fn. 23), S. 39.

¹⁰⁹ Abgedruckt bei *Schubert* (Hrsg.), Entwurf des Reichsjustizministeriums zu einem Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung von 1939, 1985, S. 94; zeitgeschichtliche Einordnung bei *Fleischer*, in: *MünchKomm GmbHG*, 3. Aufl., 2017, Einl. Rn. 94 ff.

¹¹⁰ Abgedruckt bei *Schubert* (Fn. 109), S. 153 mit dem Zusatz: „Wenn der Entwurf diese Vorschrift an die Spitze des Gesetzes rückt, so trägt er damit ihrer besonderen Bedeutung für das gesamte Dasein der Gesellschaft Rechnung und stellt klar, daß die in ihr enthaltene Verpflichtung für alle mit der Gesellschaft befassten Verwaltungsträger verbindlich ist.“

¹¹¹ Näher *Fleischer* in *MünchKomm GmbHG* (Fn. 109), Einl. Rn. 99.

¹¹² Dazu bereits *Fleischer*, *GmbHR* 2010, 1307, 1309; ähnlich *Flume* (Fn. 103), § 2 VIII 3, S. 61: „Wenn auch das Unternehmen als Wirkungseinheit in der GmbH als juristi-

Wenn überhaupt, so könnte man allenfalls erwägen, die interessenpluralistische Zielkonzeption des Aktienrechts auf eine *große* GmbH anzuwenden.¹¹³ Hierzu passt, dass die neue Pflicht zur CSR-Berichterstattung gemäß § 289b Abs. 1 HGB auch kapitalmarktorientierte GmbHs trifft, welche die (Größen-) Merkmale des § 267 Abs. 3 HGB erfüllen und im Jahresdurchschnitt mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen. Die Gemeinwohlbindung würde dann nicht rechtsform-, sondern größenabhängig angeknüpft. In die Pflicht genommen würde gleichsam ein „Großunternehmen an sich“¹¹⁴ als wirtschaftliche und soziale Organisation wegen seiner umfassenden volkswirtschaftlichen und gesellschaftlichen Bedeutung. Dass ein solcher Sonderstatus für Großunternehmen *sub specie* „überprivater Erheblichkeit“¹¹⁵ schon seit längerem der öffentlichen Wahrnehmung und Erwartungshaltung entspricht,¹¹⁶ lässt sich kaum leugnen. Der Gesetzgeber hat dem etwa durch größenabhängige Sondervorschriften im Publizitätsgesetz von 1969¹¹⁷ und im Mitbestimmungsgesetz von 1976 Rechnung getragen.¹¹⁸ Er muss allerdings bei jeder weiteren Indienstnahme von Großunternehmen für das Gemeinwohl im Auge behalten, dass mit ihr eine zunehmende Erosion mitgliedschaftlicher Strukturen und privatrechtlicher Ordnungsprinzipien einhergeht.¹¹⁹ Das „Großunternehmen

scher Person verselbständigt ist, bestimmen doch wie bei der Personengesellschaft die Gesellschafter nach ihren Interessen über das Unternehmensinteresse.“; mit ausführlicher Begründung auch *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung für interne Einflußnahme im Recht der GmbH, 2006, S. 332 ff.

¹¹³ So aus österreichischer Sicht *P. Doralt/M. Doralt*, in: Kalss/Frotz/Schörghofer (Hrsg.), Handbuch für den Vorstand, 2017, § 2 Rn. 16 mit Fn. 11: „Zu erwägen ist daher uE eine vorsichtige analoge Anwendung der Zielvorgabe des § 70 AktG auf große GmbHs. Interessanterweise hat aber der NS-Gesetzgeber diese aus damaliger ideologischer Sicht naheliegende Analogie nicht verfolgt.“ Der letzte Satz übersieht freilich § 2 GmbHG-E 1939.

¹¹⁴ Dazu schon die Beobachtung von *Potthoff*, WWI-Mitteilungen 7 (1954), 97, 99: „[Die] große Aktiengesellschaft ist in der Tat ein *Unternehmen an sich* geworden.“; ferner *ders.*, DB 1957, 49, 50: „Die große Aktiengesellschaft als Unternehmen von besonderer gesamtwirtschaftlicher Bedeutung“.

¹¹⁵ Begriff: *Krüger*, öffentlich-rechtliche Elemente der Unternehmensverfassung, in: *Planung V* (1971), S. 21; adaptiert von *H.P. Westermann*, AcP 175 (1975), 376, 396.

¹¹⁶ Zum Großunternehmen „als öffentliche Veranstaltung“ *Wiedemann* (Fn. 72), § 6 II 2 b, S. 318; ferner *Kübler/Assmann*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., 2006, § 14 III 2 e cc, S. 183.

¹¹⁷ Dazu Begr. RegE, BT-Drucks. V/3197, S. 13 ff.

¹¹⁸ Zu diesen Sonderregelungen für Großunternehmen *Ballerstedt*, FS Duden, 1977, S. 15, 27; *Kunze*, FS Robert Fischer, 1979, S. 365 ff.; allgemeiner *Förster*, Die Dimension des Unternehmens, 2003.

¹¹⁹ Vgl. *Raiser/Veil* (Fn. 71), § 6 Rn. 2, welche die Ziele der Lehre vom Unternehmensrecht wie folgt zusammenfassen: „Zunächst ging es darum, wirtschaftliche Unternehmen nicht mehr allein als Veranstaltung der Anteilseigner zu ihrem privaten Nutzen zu begreifen, sondern als Institutionen, welche die Allgemeinheit mit wirtschaftlichen Gütern versorgen, von deren Produktivität der Volkswohlstand abhängt und die als privatrechtliche Machtzentren öffentlichen und privaten Einfluss ausüben.“

an sich“ trägt unverkennbar anstaltsähnliche Züge. Daher wäre es ordnungspolitisch fatal und rechtssystematisch verfehlt, Sonderregelungen für Großunternehmen allmählich auf Unternehmen geringer Größe und Bedeutung auszudehnen: „Das mittelständische Familienunternehmen und erst recht der Kiosk um die Ecke sind private Veranstaltungen und sollen es bleiben.“¹²⁰

III. Betriebswirtschaftliche Grundlagen

1. Entwicklungslinien des CSR-Gedankens

Die Anfänge der CSR-Bewegung reichen zurück bis in die fünfziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts.¹²¹ Als ihr geistiger Vater gilt vielen *Howard Bowen*, der mit seinem Buch „Social Responsibilities of the Businessman“ 1953 die Grundlagen für eine wissenschaftliche Beschäftigung mit CSR in der Managementliteratur legte.¹²² Weitere Schlüsselveröffentlichungen steuerte *Keith Davis* bei, der in den sechziger Jahren erstmals Überlegungen anstellte, die später unter dem Stichwort „Business Case for CSR“ bekannt wurden.¹²³ Von ihm stammt auch das sog. *Iron Law of Responsibility*, nach dem die soziale Verantwortung von Unternehmen ihrer sozialen Macht entsprechen müsse, wenn es langfristig nicht zu einer Erosion der sozialen Macht kommen solle.¹²⁴

Die zweite Phase von CSR begann 1970 mit *Milton Friedmans* publizistischem Paukenschlag für die ausschließliche Profitorientierung von Unternehmen.¹²⁵ Der *Friedman-Doktrin* zufolge besteht die einzige Verantwortung von Managern in einem marktwirtschaftlichen System darin, den Wünschen der Anteilseigner nachzukommen und den Unternehmensgewinn zu erhöhen – freilich nur im Rahmen der Gesetze und der ethischen Grundregeln der Gesellschaft.¹²⁶ In einer verkürzten und nicht zweifelsfrei nachweisbaren Ver-

¹²⁰ *Wiedemann* (Fn. 72), § 6 II 2 b, S. 318; gleichsinnig *Rehbinder*, FS Baums, 2017, S. 959, 966: „Für kleine und mittlere Unternehmen sollte es jedenfalls bei dem gegenwärtig praktizierten Konzept reiner Freiwilligkeit bleiben.“

¹²¹ Für eine Zusammenstellung von Schlüsseltexten mit einer instruktiven Einleitung *Cragg/Schwartz/Weitzman* (Hrsg.), *Corporate Social Responsibility*, 2009.

¹²² *Bowen*, *Social Responsibilities of the Businessman*, 1953; Neuauflage 2013 mit leistungswürdiger Einleitung von *Gond* und einem Vorwort von *Bowens* ältestem Sohn.

¹²³ Vgl. *Davis*, 11 *California Management Review* 70 (1960).

¹²⁴ Vgl. *Davis*, 1 *Academy of Management Journal* 312 (1973).

¹²⁵ *Friedman*, *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*, *The New York Times Magazine*, 13.9.1970.

¹²⁶ *Friedman* (Fn. 125): „In a free-enterprise, private-property system, a corporate executive is an employee of the owners of the business. He has direct responsibility to his employers. That responsibility is to conduct the business in accordance with their desires,

sion: „The business of business is business“. Mit ähnlicher Stoßrichtung hatte zuvor schon *Friedrich August von Hayek* davor gewarnt, dass soziale Erwägungen von Unternehmensleitern am Ende wahrscheinlich höchst unerwünschte Ergebnisse hervorbrächten.¹²⁷

In Auseinandersetzung mit der *Friedman*-Doktrin gingen führende Vertreter der Management-Lehre in den achtziger Jahren daran, den CSR-Gedanken zu verfeinern und auf eine stabile konzeptionelle Grundlage zu stellen. *Edward Freeman* legte mit seinem 1984 veröffentlichten Buch „Strategic Management: A Stakeholder Approach“ den Grundstein für eine neue Art der strategischen Unternehmensführung, in deren Mittelpunkt das Management von Stakeholder-Beziehungen steht.¹²⁸ *Peter Drucker* argumentierte im selben Jahr ganz handfest, dass sich die soziale Verantwortung von Unternehmen in Geschäftsgelegenheiten und Gewinn ummünzen lasse.¹²⁹ Und *Archie Carroll* entwickelte in Fortführung früherer Arbeiten¹³⁰ die heute weit verbreitete CSR-Pyramide, die von unten nach oben vier Stufen enthält: „The CSR firm should strive to make a profit, obey the law, be ethical, and be a good corporate citizen.“¹³¹

Aktuelle Beiträge nähern sich dem Thema bisweilen von der entgegengesetzten Seite und fragen nach den Gründen für und Mitteln gegen sozial unverantwortliches Verhalten von Unternehmen.¹³² Ein Ratschlag lautet, die Unternehmen sollten ihre Bemühungen um Corporate Social Responsibility zuvörderst daran ausrichten, Corporate Social Irresponsibility zu minimieren.¹³³ Auf diese Weise vergrößern sich die Schnittflächen von CSR und Compliance.

which generally will be to make as much money as possible, while conforming to the basic rules of the society, both those embodied in law and those in ethical custom.“

¹²⁷ Vgl. *Hayek*, *The Constitution of Liberty*, 1960, S. 78 f.; *ders.*, *The Corporation in a Democratic Society*, 1960, wieder abgedruckt in *ders.* (Hrsg.), *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, 1967, S. 300 ff.; eingehend dazu jüngst *Kusunoki*, *27 Constitutional Political Economy* 93 (2016).

¹²⁸ *Freeman*, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, 1984.

¹²⁹ *Drucker*, *California Management Review* 26 (1984), Nr. 2, S. 53, 62: „The proper responsibility of business is to tame the dragon, that is to turn a social problem into economic opportunity and economic benefit, into productive capacity, into human competence, into well paid jobs, and into wealth.“

¹³⁰ Vgl. insbesondere *Carroll*, 4 Nr. 1 *Academy of Management Review* 497, 500 (1979): „The social responsibility of business encompasses the economic, legal, ethical, and discretionary expectations that society has of organizations at a given point in time.“

¹³¹ *Carroll*, *Business Horizons*, Juli/August 1991, S. 39, 43.

¹³² Vgl. *Alexander*, *Corporate Social Irresponsibility*, 2015; ferner die Beiträge in Heft 2 des 33 *Oxford Review of Economic Policy* 157–354 (2017) unter dem Generalthema „Responsible Business“.

¹³³ Vgl. *Kleinau/Kretzmann/Zülch*, 10 *Global Journal of Business Research* 71 (2016): „The paper turns traditional ideas about the responsibilities of corporations upside down by

2. Stand der Management-, Rechnungslegungs- und Finanzierungsliteratur

Heute füllt die stark fragmentierte CSR-Literatur¹³⁴ ganze Bibliotheken. Für einen orientierenden Überblick ist es hilfreich, sie nach Einzelfächern zu sortieren. In den internationalen Top-Journals finden sich CSR-Beiträge vor allem in den Bereichen Management, Accounting und Finance.¹³⁵ Von der überreichen Management-Literatur und ihrer Entwicklung über mehr als sechs Dekaden war gerade schon die Rede.¹³⁶ Methodisch handelt es sich zumeist um qualitative Studien, denen bestimmte normative Leitbilder zugrunde liegen. Weit verbreitet ist auch der Brückenschlag zur Unternehmensethik, wie er schon im Titel des 1982 gegründeten *Journal of Business Ethics* zum Ausdruck kommt. In der Rechnungslegungs-Literatur hat eine breitere Auseinandersetzung mit CSR erst seit der Jahrtausendwende stattgefunden, beginnend mit empirischen und theoretischen Arbeiten zur CSR-Berichterstattung.¹³⁷ Einen weiteren Forschungsschwerpunkt bildet die Bewertung und bilanzielle Abbildung von Human- und Sozialkapital, natürlichem und intellektuellem Kapital. Zunehmend geht es auch um Fragen des sog. *Integrated Reporting*.¹³⁸ Die noch recht schmale Finanzierungs-Literatur behandelt etwa Kapitalkosten und CSR, Philanthropie und Firmenwert, CSR und Steuerumgehung. Einem aktuellen Beitrag zufolge haben Unternehmen aus *common law*-Ländern niedrigere CSR-Ratings als solche aus *civil law*-Ländern. Seine Autoren leiten hieraus eine „legal origin“-Erklärung für CSR-Aktivitäten ab.¹³⁹

arguing that it is not conducive to maximize corporate social responsibility (CSR). Instead, corporations should embrace their social responsibility by working to minimize corporate social irresponsibility (CSI).“; zuvor schon *Lin-Hi/Müller*, 66 *Journal of Business Research* 1928 (2013) unter der Überschrift „The CSR bottom line: Preventing corporate social irresponsibility“.

¹³⁴ Dazu *Aguinis/Glavas*, 38 *Journal of Management* 932, 933 (2012): „In spite of the reviews published thus far, the CSR literature remains highly fragmented.“

¹³⁵ Für eine solche Einzelaufschlüsselung zuletzt *Malik*, 127 *Journal of Business Ethics* 419 (2015).

¹³⁶ Einen informativen Literaturüberblick bieten *Aguinis/Glavas*, 38 *Journal of Management* 932 (2012).

¹³⁷ Für einen Literaturüberblick *Huang/Watson*, 34 *Journal of Accounting Literature* 1 (2015).

¹³⁸ Zusammenfassend *de Villiers/Rinaldi/Unerman*, 27 *Accounting, Auditing and Accountability Journal* 1042 (2014).

¹³⁹ Vgl. *Liang/Renneboog*, 72 *Journal of Finance* 853, 896 (2017): „This is consistent with demand-side arguments that CSR reflects social preferences for good corporate behavior and a stakeholder orientation, and that such social preferences are more embedded in rule-based mechanisms that restrict firm behavior ex ante, mechanisms that are more prevalent in civil law countries.“

3. Zum „Business Case“ für CSR

Eine Schlüsselfrage der CSR-Debatte lautet über alle Fachgrenzen hinweg, ob sich soziale Verantwortung und Profitabilität vereinbaren lassen:¹⁴⁰ „Zählt es sich aus, Gutes zu tun?“¹⁴¹, wie es eine Meta-Studie aus dem Jahre 2009 formuliert hat. Eine endgültige Antwort darauf steht noch aus, und vielleicht wird es sie nie geben.¹⁴² Immerhin gelangt die Mehrzahl der bisherigen Studien zu dem Ergebnis, dass zwischen CSR und finanzieller Unternehmensperformance ein – wenn auch kleiner – positiver Zusammenhang besteht.¹⁴³

Dabei darf man allerdings nicht übersehen, dass eine solche positive Korrelation nicht zwingend den Schluss zulässt, dass Unternehmen *wegen* ihrer CSR-Aktivitäten wirtschaftlich erfolgreicher seien. Vielmehr kann es sich auch genau umgekehrt verhalten, dass wirtschaftlich erfolgreiche Unternehmen mehr Geld für Corporate Social Responsibility ausgeben können.¹⁴⁴ Ursache und Wirkung sind hier – wie auch sonst – nur schwer bestimmbar.¹⁴⁵

Schließlich sollte nicht unerwähnt bleiben, dass die Strategie des „Doing well by doing good“ nicht die einzig erfolversprechende ist. Wie verschie-

¹⁴⁰ Vgl. zuletzt *Zülch/Kreutzmann*, DB 2017, 677, die selbst empfehlen, CSR als strategische Investition in den Aufbau von Wettbewerbsvorteilen und als Instrument der Wertschöpfung zu begreifen; eingehend einschließlich einer Zusammenstellung aller gängigen Argumente für und gegen CSR *Carroll/Shabana*, 12 *International Journal of Management Reviews* 85 (2010).

¹⁴¹ *Margolis/Elfenbein/Walsh*, Does it Pay to Be Good ... And Does it Matter? A Meta-Analysis of the Relationship between Corporate Social and Financial Performance, <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1866371>>.

¹⁴² *Skeptisch Mayer*, 33 *Oxford Review of Economic Policy* 157, 164 (2017): „A decisive study of a relation between responsibility and performance is the Holy Grail to which the business and financial academic community is working frenetically. But like the quest for the Holy Grail, it is proving a bit more elusive than might have been hoped. [...] So not only is theory less than conclusive, so too is the empirical evidence. And there is probably a very good reason why neither is decisive and that is that there is no right answer. There is not a single right way of doing business.“

¹⁴³ Vgl. den Befund der Meta-Studie von *Margolis/Elfenbein/Walsh* (Fn. 141), S. 28: „After 35 years of research and over 200 studies, there is a conclusive if perhaps unsatisfying answer to the question of whether companies benefit financially from social performance. The effect of CSP on CFP is small, positive, and significant. CSP does not destroy shareholder value, even if its effect on shareholder value is not large. Although a small positive relationship pleases neither proponents nor opponents of CSP, the number and breadth of studies, their stability over the past decade, and our file-drawer analysis suggest that ongoing inquiry will not turn up vastly different findings.“

¹⁴⁴ Dazu *Huang/Watson*, 34 *Journal of Accounting Literature* 1, 7 (2015): „One key issue for studies of CSR and financial performance to consider is reverse causality; that is, CSR is a product of financial performance.“; ferner *Fifka*, *Corporate Citizenship in Deutschland und den USA*, 2012, S. 32.

¹⁴⁵ Zum „Doing good by doing well“ *Liang/Renneboog*, 72 *Journal of Finance* 853, 854 (2017) m.w.N.

dene Studien zeigen, lässt sich mit Investitionen in „sündige“ Aktien (z.B. Zigaretten-, Glücksspiel- oder Waffenindustrie) ebenfalls eine stattliche Rendite erwirtschaften:¹⁴⁶ „Doing well by doing bad.“¹⁴⁷

4. Stakeholder Value und Shareholder Value in der Unternehmenspraxis

Viele Unternehmen sprechen heute in ihren Selbstdarstellungen die Sprache des Stakeholder-Value-Ansatzes, auch wenn sie ihn keineswegs immer praktizieren. Wie unterschiedlich die widerstreitenden Erwartungen von Stakeholdern und Anteilseignern tatsächlich ausbalanciert werden, hat eine Kolumne des *Economist* kürzlich auf den Punkt gebracht. Sie unterscheidet aus Shareholder-Value-Sicht sechs verschiedene Phänotypen von Unternehmen: (a) *corporate fundamentalists*, die nach sofortiger Gewinn- und Aktienkurssteigerung streben, (b) *corporate toilers*, die den Aktionärsinteressen ebenfalls Vorrang einräumen, sich aber in zeitlicher Hinsicht geduldiger zeigen, (c) *corporate oracles*, die ihren Gewinn innerhalb des rechtlich Zulässigen maximieren wollen, aber gleichzeitig überzeugt sind, dass sich die Rechtsordnung in Richtung der öffentlichen Meinung fortentwickeln wird, und daher schon heute tun, was morgen verpflichtend sein wird, (d) *corporate kings*, die den Shareholder Value so erfolgreich mehren, dass sie sich erlauben können, ihn gelegentlich zu ignorieren, (e) *corporate socialists*, kontrolliert vom Staat, Unternehmerfamilien oder dominierenden Managern, die ihren außenstehenden Aktionären gerade so viel Gewinn zubilligen, um eine Revolte zu verhindern, und (f) *corporate apostates*, die als Aktiengesellschaft organisiert sind, ohne sich im Geringsten um ihre Anteilseigner zu scheren.¹⁴⁸ Die Kolumne schließt mit der Einsicht, dass es im Ringen zwischen Stakeholdern und Anteilseignern keine endgültigen Siege, sondern nur stetige pragmatische Anpassungen gebe. Welcher Weg der richtige sei, könnten und müssten die einzelnen Unternehmen grundsätzlich selbst entscheiden. Dies trifft sich mit empirischen Beobachtungen, nach denen es über Branchengrenzen hinweg, aber auch innerhalb eines Wirtschaftszweiges erhebliche Unterschiede in den CSR-Aktivitäten gibt, ohne dass die Gründe hierfür schon vollständig erforscht wären.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Vgl. etwa *Hong/Kacperczyk*, 83 *Journal of Financial Economics* 15 (2009).

¹⁴⁷ Näher dazu *Mayer*, 33 *Oxford Review of Economic Policy* 157, 164 (2017) unter der Zwischenüberschrift „Doing well by doing good and bad“.

¹⁴⁸ *Schumpeter*, *Businesses can and will adapt to the age of populism*, *Economist*, 21.1.2017.

¹⁴⁹ Zusammenfassend *Huang/Watson*, 34 *Journal of Accounting Literature* 1, 4 (2015): „Despite the widespread popularity of CSR, there remains significant variation in the observed levels of CSR activity and disclosure both across and within industries. The line of research on determinants of CSR provides explanations for why such variation exists.“

IV. Internationale Regel- und Standardsetzung

Jüngerer Datums sind CSR-Standards auf internationaler Ebene, die darauf abzielen, einen globalen Ordnungsrahmen für globales Wirtschaften zu errichten.¹⁵⁰ Dieser Ordnungsrahmen soll *governance gaps* schließen, welche in einer weltweit vernetzten Wirtschaft durch den territorial begrenzten Wirkungsradius nationaler oder supranationaler Regeln entstehen¹⁵¹: „CSR is, essentially, a product of globalization.“¹⁵² Dabei dominieren bisher Instrumente des *soft law*, die in ihrem Formenreichtum eine neue Regelungsschicht des Internationalen Wirtschaftsrechts bilden¹⁵³ und konzeptionell wie begrifflich unter dem Dach der *Transnational Economic Governance* zusammengefasst werden.¹⁵⁴ Allmählich beobachtet man bei den CSR-Standards und ihrer Durchsetzung aber eine „gleitende Skala von Verbindlichkeit“,¹⁵⁵ die auch harte Sanktionen einschließt.¹⁵⁶ Hiergegen regt sich indes rechtspolitischer Widerstand.¹⁵⁷

1. Vielfalt und Varianz der Verhaltensstandards

Um der Vielfalt globaler CSR-Initiativen Herr zu werden, bietet sich eine akteurzentrierte Annäherung an.¹⁵⁸ Die wichtigsten Akteure sind die Vereinten Nationen (UN), die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) und die Internationale Organisation für Normung (ISO).

¹⁵⁰ So der Untertitel des Beitrags von *Spießhofer*, AnwBl 2016, 366: „Wie ein globaler Ordnungsrahmen für globales Wirtschaften entsteht“.

¹⁵¹ Vgl. *Spießhofer*, FS Kirchhof, 2013, § 113 Rn. 3: „Die mit zunehmender Intensität geführte Diskussion über das Thema Corporate Social Responsibility (CSR) ist eine Reaktion auf die ‚governance gaps‘, die nicht nur durch Skandale wie Enron, Worldcom, Siemens und die Subprime-Krise offenbar wurden, sondern auch durch Berichte über Korruption und sozial und ökologisch untragbare Wirtschaftsweisen in weniger entwickelten Ländern.“

¹⁵² *Amstutz*, SZW 2016, 189.

¹⁵³ So der Untertitel des Zeitschriftenbeitrags von *Kaltenborn/Norpoth*, RIW 2014, 402: „CSR Leitlinien als neue Regelungsebenen des Internationalen Wirtschaftsrechts“; aus der Lehrbuchliteratur *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, 10. Aufl., 2014, § 4 Rn. 61 ff.

¹⁵⁴ Monographisch *Hale/Held* (Hrsg.), Handbook of Transnational Governance, 2011; *Tietje/Brouder* (Hrsg.), Handbook Transnational Economic Governance Regimes, 2009.

¹⁵⁵ *Spießhofer*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler (Hrsg.), Corporate Compliance, 3. Aufl., 2016, § 11 Rn. 8.

¹⁵⁶ Vgl. *Spießhofer* (Fn. 9), S. 61, 64: „Soft Law with Hard Sanctions“.

¹⁵⁷ Kritisch aus schweizerischer Sicht etwa *Bohrer*, GesKR 2016, 273, 275 f., der fünf Erfolgsbedingungen für CSR benennt: (1) Voluntary engagement, (2) Global standards of soft law, not hard law, (3) Incentives and market forces as part of a smart mix, (4) Knowing and showing rather than naming and shaming, (5) Remedy through mediation, not litigation.

¹⁵⁸ Ähnlich die Gliederungen von *Kaltenborn/Norpoth*, RIW 2014, 402, 403 f.; *Spießhofer* (Fn. 155), § 11 Rn. 10 ff.

Bei den Vereinten Nationen nahm die Entwicklung im Jahre 2000 ihren Anfang mit dem UN Global Compact, der zehn Grundprinzipien in den Bereichen Menschenrechte, Arbeitsschutz, Umwelt und Antikorruption aufstellt. Im Jahre 2011 sind die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte hinzugetreten, die auf einem Bericht des UN-Sonderberichterstatters *John Ruggie* beruhen und daher auch *Ruggie-Prinzipien* genannt werden.¹⁵⁹ Sie ruhen auf drei Säulen: die staatliche Verpflichtung zum Schutz der Menschenrechte („Schutz“), die unternehmerische Verantwortung zur Achtung der Menschenrechte („Achtung“) und die Verpflichtung zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes („Abhilfe“). Der Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen hat diese Leitprinzipien in seiner Resolution 17/4 förmlich befürwortet.

Viel beachtet werden des Weiteren die OECD-Leitlinien für Multinationale Unternehmen von 2011, die sich als Empfehlungen für verantwortungsbewusstes Geschäftsverhalten im globalen Kontext verstehen.¹⁶⁰ Sie nehmen in ihrem Kapitel IV (Menschenrechte) Bezug auf die UN-Leitprinzipien. Auch wenn sie als nicht rechtsverbindlich konzipiert sind, verlangen sie von den OECD-Mitgliedern die Einrichtung einer Nationalen Kontaktstelle, die bei allfälligen Beschwerden ein unparteiliches Verfahren einleitet und mit einer Stellungnahme abschließt.¹⁶¹ Diese Stellungnahmen sind Teil der Staatenpraxis und der völkerrechtlichen Überzeugungsbildung.¹⁶²

Außerdem hat die Internationale Organisation für Normung im Jahre 2010 mit ISO 26 000 einen Leitfadensatz zur gesellschaftlichen Verantwortung von Organisationen vorgelegt, der unverändert in die deutsche DIN ISO 26 000: 2011-01 übernommen wurde. Diese ISO-Verantwortungskonzeption soll nach ihrem Selbstverständnis aber weder Ausdruck von Völkergewohnheitsrecht sein noch sonst als Grundlage für rechtliche Aktivitäten dienen und stellt auch keine zertifizierbare Managementsystem-Norm dar.

Hinzu kommen zahlreiche weitere sektoren-, themen- und instrumentenspezifische CSR-Ansätze, die hier nicht im Einzelnen vorgestellt werden können.¹⁶³ Wissenschaftlich unterbelichtet ist nach wie vor die Frage der demokratischen Legitimation der zahlreichen Standardsetzer.¹⁶⁴ Sie wird umso

¹⁵⁹ Dazu etwa *Kasolowski/Voland*, AnwBl 2014, 388; *Spießhofer* (Fn. 155), § 11 Rn. 14 ff.

¹⁶⁰ Dazu etwa *Hardeck*, IStR 2011, 933; *Krajewski/Bozorgzad/Heß*, ZaöRV 2016, 309; monographisch *Weidmann*, Der Beitrag der OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen zum Schutz der Menschenrechte, 2014.

¹⁶¹ Näher dazu *Kasolowski/Voland*, NZG 2014, 1288; für einen Überblick über die einschlägigen Verfahren der deutschen Nationalen Kontaktstelle *Krajewski/Bozorgzad/Heß*, ZaöRV 2016, 309, 311 ff.

¹⁶² Dazu *Herdegen* (Fn. 153), § 4 Rn. 69.

¹⁶³ Näher *Spießhofer* (Fn. 155), § 11 Rn. 30 ff.

¹⁶⁴ Dazu etwa *Spießhofer*, NJW 2014, 2473, 2476.

drängender, je stärker der nationale Gesetzgeber diese Standards in Bezug nimmt, jüngst etwa in § 289d HGB.¹⁶⁵

2. Nationaler Aktionsplan Wirtschaft und Menschenrechte

Die Umsetzung der UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte soll durch Nationale Aktionspläne für Wirtschaft und Menschenrechte erfolgen. In verschiedenen europäischen Ländern ist dies schon geschehen.¹⁶⁶ Hierzulande hat die Bundesregierung im Dezember 2016 ihren Nationalen Aktionsplan vorgelegt, der die UN-Leitprinzipien für alle Akteure praktisch anwendbar machen, Pflichten bzw. Verantwortlichkeiten für Staat und Wirtschaft aufzeigen, Politikkohärenz gewährleisten und sicherstellen soll, dass die deutsche Wirtschaft zukunfts- und wettbewerbsfähig bleibt.¹⁶⁷ Er erläutert die Erwartungshaltung der Bundesregierung an die unternehmerische Sorgfalt in der Achtung der Menschenrechte und kündigt weitere Maßnahmen mit unterschiedlichem Verbindlichkeitsgrad auf verschiedenen Handlungsfeldern an. Ergänzend werden Anreize und Unterstützungsangebote für die Unternehmen geschaffen.

3. Haftung für Menschenrechtsverletzungen

Aus privatrechtlicher Sicht hat in jüngster Zeit die Haftung inländischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen von Tochtergesellschaften oder Zulieferern im Ausland besondere Aufmerksamkeit gefunden.¹⁶⁸ Dabei geht es zunächst um Fragen des Gerichtsstandes und des anwendbaren Rechts,¹⁶⁹ aber auch um die Reichweite konzernrechtlicher Haftungstatbestände, seien sie nun speziell-gesellschaftsrechtlicher oder allgemein-deliktsrechtlicher Natur.¹⁷⁰ Erste wegweisende Gerichtsentscheidungen aus England¹⁷¹ und den

¹⁶⁵ Vgl. *Spießhofer* (Fn. 9), S. 61, 71: „Mit der dynamischen Verweisung auf private und internationale Standards wird ein wesentlicher Teil der normativen *Definition unternehmerischer Verantwortung*, die ansonsten dem Gesetzgeber obliegt, auf diese Organisationen *delegiert*, denen, jedenfalls soweit sie privatrechtlich organisiert sind, jede demokratische Legitimation fehlt.“

¹⁶⁶ Dazu *Wernicke/Stöbener de Mora*, AnwBl 2016, 375, 377.

¹⁶⁷ So Nationaler Aktionsplan. Umsetzung der VN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte, 2016 – 2020, 21.12.2016, S. 4.

¹⁶⁸ Dazu aus deutscher Sicht *Thomale/Hübner*, JZ 2017, 385; *Wagner*, RabelsZ 80 (2016), 717; *Weller/Kaller/Schulz*, AcP 216 (2016), 387; monographisch *Güngör*, Sorgfaltspflichten für Unternehmen in transnationalen Menschenrechtsfällen, 2016.

¹⁶⁹ Vgl. *Thomale/Hübner*, JZ 2017, 385, 389 ff.; *Weller/Kaller/Schulz*, AcP 216 (2016), 387, 391 ff.

¹⁷⁰ Vgl. aus deutscher Sicht *Wagner*, RabelsZ 80 (2016), 717, 750 ff., 762 ff.; aus schweizerischer Sicht *Kaufmann*, SZW 2016, 45; *Weber/Baisch*, EBLR 2016, 669, 684 ff.

¹⁷¹ Vgl. *Chandler v Cape* [2012] EWCA Civ 525; dazu etwa *Sanger*, [2012] Cambridge L.J. 478; *Petrin*, [2013] Mod. L. Rev. 603.

Niederlanden¹⁷² liegen bereits vor. In Deutschland ist eine Klage gegen den Textildiscounter K&M in erster Instanz anhängig.¹⁷³ Vereinzelt gibt es auch schon Reformanstrengungen des Gesetzgebers, namentlich in Frankreich das Gesetz vom 21.2.2017 betreffend die Überwachungspflicht von großen Aktiengesellschaften mit 5.000 Beschäftigten in Frankreich oder 10.000 Beschäftigten weltweit.¹⁷⁴ In der Schweiz hat sich mit ähnlicher Stoßrichtung eine sog. Konzernverantwortungsinitiative formiert, um einen Volksentscheid zu erwirken.¹⁷⁵ Speziell mit Blick auf die Bekämpfung von Menschenhandel und Zwangsarbeit in Lieferketten von Unternehmen ist zudem der *UK Modern Slavery Act* von 2015 zu nennen¹⁷⁶, der seinerseits am *California Transparency in Supply Chains Act* von 2010 Maß genommen hat.¹⁷⁷

V. CSR-Berichterstattung

1. Richtlinie und Umsetzungsgesetz

Die stärkste normative Verfestigung hat das CSR-Konzept kürzlich durch die CSR-Richtlinie vom Oktober 2014¹⁷⁸ und das CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz vom Mai 2017¹⁷⁹ erfahren. Die Richtlinie ist eine Frucht der schon erwähnten neuen EU-Strategie für die soziale Verantwortung von Unternehmen von 2011.¹⁸⁰ Sie führt für bestimmte große Unternehmen eine Mindestharmonisierung der verpflichtenden Berichterstattung über nichtfinanzielle Informationen ein und verlässt damit endgültig¹⁸¹ den Boden eines auf Freiwilligkeit basierenden CSR-Konzepts. Begründet wird dies nicht etwa mit

¹⁷² Vgl. Rechtbank Den Haag, 30.1.2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9845; dazu *Wagner*, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 720 f.

¹⁷³ Vgl. LG Dortmund, Az. 7 O 95/15; dazu *Thomale/Hübner*, *JZ* 2017, 385, 386.

¹⁷⁴ Vgl. Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre; dazu etwa *Malecki*, *BJS* 2017, 298; *Schiller*, *JCP E*, 2017, 1193. Einzelne Bestimmungen über die Verhängung einer Geldbuße sind inzwischen vom *Conseil constitutionnel* wegen ihrer Unbestimmtheit als verfassungswidrig verworfen worden, vgl. *Conseil*, n° 2017-750 DC, 23.3.2017, *JORF* 28.3.2017.

¹⁷⁵ Eidgenössische Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt“, *BBl* 2015 3245 (Konzerninitiative, KVI).

¹⁷⁶ Dazu aus deutscher Sicht *Gernand*, *CCZ* 2016, 102; *Zimmer/Doris*, *BB* 2016, 181.

¹⁷⁷ Hierzu aus deutscher Sicht *Determann/Mühling*, *CCZ* 2012, 117; umfassend und rechtsvergleichend *Fleischer/Hahn*, *RIW* 2018, Heft 7.

¹⁷⁸ Fn. 6; monographisch dazu *Szabó*, *Mandatory Corporate Social Responsibility Reporting in the EU*, 2015.

¹⁷⁹ *BGBI*. I, 802.

¹⁸⁰ Fn. 7.

¹⁸¹ Vgl. bereits § 289 Abs. 3 HGB; dazu *Baumbach/Hopt/Merkt*, *HGB*, 37. Aufl., 2016, § 289 Rn. 3 m.w.N.

einem *Business Case* für CSR,¹⁸² sondern ganz unverhohlen mit dem gesellschaftspolitischen Ziel, den Übergang zu einer nachhaltigen globalen Wirtschaft zu ermöglichen, die langfristige Rentabilität mit sozialer Gerechtigkeit und Umweltschutz verbindet.¹⁸³ In diesem Zusammenhang soll die Angabe nichtfinanzieller Informationen dabei helfen, das Geschäftsergebnis von Unternehmen und deren Auswirkungen auf die Gesellschaft zu messen, zu überwachen und zu handhaben.¹⁸⁴

International waren Frankreich (2001) und Dänemark (2009) Vorreiter in Sachen verpflichtender CSR-Berichterstattung.¹⁸⁵ Der deutsche Gesetzgeber hat die unionsrechtlichen Vorgaben jüngst – verspätet – in nationales Recht überführt und sich dabei in den §§ 289b–289e, 315b–315d HGB auf eine 1:1-Umsetzung beschränkt.¹⁸⁶ Regelungsadressaten der neuen Pflicht zur nichtfinanziellen Erklärung sind kapitalmarktorientierte Kapitalgesellschaften, Genossenschaften, haftungsbeschränkte Personenhandelsgesellschaften sowie Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen, welche die Merkmale des § 267 Abs. 3 HGB erfüllen und im Jahresdurchschnitt mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen. Schätzungen zufolge sind dies insgesamt etwa 550 Unternehmen in Deutschland.¹⁸⁷ Diese müssen ihren Lagebericht für Geschäftsjahre, die nach dem 31.12.2016 beginnen, um eine nichtfinanzielle Erklärung ergänzen. In dieser Erklärung ist nach § 289c Abs. 1 HGB das Geschäftsmodell der betreffenden Gesellschaft kurz zu erläutern. Darüber hinaus bezieht sich die Erklärung gemäß § 289c Abs. 2 Nr. 1–5 HGB zumindest auf folgende Aspekte: Umweltbelange, Arbeitnehmerbelange, Sozialbelange, Achtung der Menschenrechte sowie Bekämpfung von Korruption und Bestechung. Zu allen diesen fünf Aspekten ist nach § 289c Abs. 3 Nr. 1 HGB eine Beschreibung der von der Gesellschaft verfolgten Konzepte einschließlich der von ihr angewandten Due-Diligence-Prozesse erforderlich. Wenn die berichtspflichtige Gesellschaft in Bezug auf einen oder mehrere dieser Aspekte kein Konzept verfolgt, hat sie dies in ihrer nichtfinanziellen Erklärung gemäß § 289c Abs. 4 HGB klar und begründet zu erläutern. Hervorhebung verdient schließlich, dass die Gesellschaft nach § 289d Satz 1 HGB für die Erstellung der Erklärung nationale, europäische oder internationale Rahmenwerke nutzen

¹⁸² Darauf hinweisend auch Szabó/Sörensen, ECFR 2015, 307, 315 mit dem Zusatz: „In comparison, the Danish legislator relied on the business case when it introduced the disclosure requirement in 2009.“

¹⁸³ So Richtlinie 2014/95/EU (Fn. 6), Erwägungsgrund 3.

¹⁸⁴ Vgl. Richtlinie 2014/95/EU (Fn. 6), Erwägungsgrund 3.

¹⁸⁵ Näher Szabó/Sörensen, ECFR 2015, 307, 313 f.; ferner Böcking/Althoff, Der Konzern 2017, 246, 252 f.

¹⁸⁶ Vgl. etwa Böcking/Althoff, Der Konzern 2017, 246; Meeh-Bunse/Hermeling/Schomaker, DStR 2017, 1127; Richter/Johne/König, WPg 2017, 566.

¹⁸⁷ Vgl. Begr. RegE CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz, BT-Drucks. 18/9982, S. 41.

kann. Damit wird die private Normsetzung durch die in Erwägungsgrund 9 der Richtlinie genannten Standardgeber praktisch akzeptiert.¹⁸⁸

2. Neue Aufgaben für Vorstand und Aufsichtsrat

Mit der verpflichtenden CSR-Berichterstattung kommen auf Vorstand und Aufsichtsrat der betroffenen Gesellschaften künftig neue Aufgaben zu. Die Pflicht zur Aufstellung des Lageberichts mitsamt der nichtfinanziellen Erklärung liegt nach § 264 Abs. 1 Satz 1 und 3 HGB i.V.m. § 78 Abs. 1 Satz 1 AktG beim Vorstand.¹⁸⁹ Er muss sich im Wege einer CSR-Inventur vergewissern, inwieweit die genannten fünf Belange in seinem Unternehmen eine Rolle spielen, und hierauf aufbauend für eine schlüssige CSR-Strategie sorgen. Wie für Compliance gilt auch hier: CSR ist Chefsache!¹⁹⁰ Die grundlegenden Entscheidungen muss der Vorstand selbst treffen. Hiervon unberührt bleibt seine Möglichkeit, Vorbereitungs- und Ausführungsmaßnahmen nach allgemeinen Grundsätzen zu delegieren.

Der Aufsichtsrat muss den vom Vorstand aufgestellten Lagebericht mitsamt der nichtfinanziellen Erklärung gemäß § 171 Abs. 1 AktG prüfen.¹⁹¹ Eine inhaltliche Prüfung der nichtfinanziellen Erklärung durch den Abschlussprüfer ist dagegen – anders als etwa in Dänemark und Frankreich – nicht zwingend vorgeschrieben.¹⁹² Durch eine Ergänzung des § 111 Abs. 2 AktG wird dem Aufsichtsrat aber ausdrücklich gestattet, eine externe inhaltliche Prüfung der Erklärung in Auftrag zu geben.¹⁹³

Zu alledem und möglichen Sanktionen bei Verstößen gegen die neue CSR-Berichtspflicht wird eine intensive Diskussion im Schrifttum nicht lange auf sich warten lassen.¹⁹⁴

3. Ausstrahlung auf die aktienrechtliche Zielkonzeption?

Eine prominente Literaturstimme hat schon bald nach Verabschiedung der CSR-Richtlinie die These aufgestellt, dass die CSR-Berichtspflicht über das

¹⁸⁸ So auch *Rehbinder* (Fn. 120), S. 959, 972.

¹⁸⁹ Vgl. *Hennrichs/Pöschke*, NZG 2017, 121, 123; *Roth-Mingram*, NZG 2015, 1341, 1343; *Seibt*, DB 2016, 2707, 2708.

¹⁹⁰ *Fleischer*, Der Aufsichtsrat 2017, 65.

¹⁹¹ Vgl. *Böcking/Althoff*, Der Konzern 2017, 246, 250 f.; *Hennrichs/Pöschke*, NZG 2017, 121, 123 ff.; *Langfermann*, BB 2017, 747. Zum Ermessen des Aufsichtsrats hinsichtlich der Prüfungsdichte und des Prüfungsumfangs: Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucks. 18/11450, S. 47.

¹⁹² Vgl. *Böcking/Althoff*, Der Konzern 2017, 246, 250.

¹⁹³ Zu den Gründen für diese Vorschrift Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucks. 18/11450, S. 47.

¹⁹⁴ Erste Beiträge bei *Roth-Mingram*, NZG 2015, 1341, 1343 ff.; *Seibt*, DB 2016, 2707, 2714 f.

Bilanzrecht hinaus weit in die Unternehmensverfassung ausgreife, den Unternehmenszweck der betroffenen Gesellschaften in seinem Kern verändere und die Handlungspflichten von Vorstand und Aufsichtsrat ausweite.¹⁹⁵ Insbesondere treffe den Vorstand künftig die Pflicht, die ihm vorgegebenen nichtfinanziellen Unternehmensziele im Rahmen seines unternehmerischen Ermessens mit dem Gewinnziel der Gesellschaft abwägend zum Ausgleich zu bringen.¹⁹⁶ Richtig hieran ist, dass die EU-Kommission danach trachtet, kapitalmarkt-orientierte Großunternehmen zu sozial verantwortlichem Verhalten zu erziehen.¹⁹⁷ Und mit Händen zu greifen ist ebenso, dass der *comply-or-explain*-Mechanismus der CSR-Richtlinie die betroffenen Unternehmen zu keiner Abweichungskultur ermuntern,¹⁹⁸ sondern sie bei Nichtbefolgen gerade umgekehrt in Erklärungsnot bringen will.¹⁹⁹ Weiter reichende Schlussfolgerungen sind aber nicht gerechtfertigt.²⁰⁰ Vielmehr hat es die CSR-Richtlinie – ungeachtet aller Doppeldeutigkeiten und *nudging*-Tendenzen²⁰¹ – bei einer bloßen Berichtspflicht belassen. Davon ist auch der deutsche Umsetzungs-gesetzgeber in § 289c Abs. 4 HGB ausgegangen, indem er – anders als von Teilen der Literatur gefordert²⁰² – die materiellen Kernvorschriften der §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG gerade nicht angetastet hat. Zudem kann man ihm kaum unterstellen, die berichtspflichtigen Gesellschaften gleichsam unter der Hand in *public benefit corporations* US-amerikanischen Zuschnitts²⁰³ verwandelt zu haben.²⁰⁴

¹⁹⁵ So namentlich *Hommelhoff*, FS Kübler, 2015, S. 291 f.; zuvor schon *ders.*, FS v. Hoyningen-Huene, 2014, S. 137, 140 ff.; *ders.*, NZG 2015, 1329, 1330.

¹⁹⁶ Vgl. *Hommelhoff* (Fn. 195), S. 291, 298.

¹⁹⁷ Vgl. *Müller-Graff*, ZHR 177 (2013) 564, 574, der von einem „persuasiven Weg zur Durchsetzung heteronomer politischer Detailvorstellungen und politikverträglicher Erziehung von Unternehmen“ spricht.

¹⁹⁸ Dazu *Fleischer*, Der Aufsichtsrat 2017, 65.

¹⁹⁹ Dazu *Schön*, ZHR 180 (2016) 279, 283.

²⁰⁰ Wie hier *Schön*, ZHR 180 (2016) 279, 285 ff.; *Spießhofer* (Fn. 9), S. 61, 70.

²⁰¹ Näher *Möslein/Sorensen*, *Nudging for Corporate Long-termism and Sustainability*, <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2958655>>, S. 22: „In any event, the directive’s regulatory approach constitutes a prime example of nudging, meaning that it is consequently subject to a similar criticism that is represented in libertarian paternalism in general.“

²⁰² Vgl. etwa *Hommelhoff* (Fn. 195), S. 137, 144.

²⁰³ Zu ihnen unter VIII.1.

²⁰⁴ Ebenso *Spießhofer* (Fn. 9), S. 61, 70.

VI. Weitere Einzelfragen der aktienrechtlichen CSR

Neben den großen Entwicklungsbögen gibt es auch eine Reihe kleinerer Fragen mit CSR-Bezug. Außerhalb des aktienrechtlichen Bezugsrahmens gehören hierzu etwa steuerliche Aspekte der CSR von Unternehmen²⁰⁵ und die Vereinbarung von CSR-Klauseln in der Lieferkette mitsamt ihrer AGB-Problematik²⁰⁶. Im Aktienrecht selbst geht es vor allem um Zulässigkeit und Grenzen von Unternehmensspenden sowie um die Vorstandsvergütung.

1. Korporative Freigebigkeit

Hinsichtlich der externen CSR²⁰⁷ spielen Zweifelsfragen der korporativen Freigebigkeit eine prominente Rolle.²⁰⁸ Sie geben immer wieder Anlass zu Gerichtsentscheidungen, zuletzt etwa im Zusammenhang mit Spenden aus Gesellschaftsmitteln ohne hinreichenden Unternehmensbezug²⁰⁹ oder Sponsoring in der Unternehmenskrise²¹⁰. International ist vereinzelt sogar der Reformgesetzgeber vorgeprescht. Große Beachtung hat eine Bestimmung im indischen *Companies Act 2013* gefunden, nach der Kapitalgesellschaften ab einer bestimmten Größenordnung jährlich mindestens 2 % ihres Reingewinns in CSR-Projekte stecken müssen.²¹¹ Sie folgt einem steuerrechtlichen Vorbild aus Mauritius und wurde von dort in das indische Recht übernommen.²¹²

²⁰⁵ Vgl. *Hüttemann*, FS Schaumburg, 2009, S. 405; *Herrmann*, in: Walden/Depping (Fn. 8), S. 213.

²⁰⁶ Vgl. *Depping*, in: Walden/Depping (Fn. 8), S. 125; *Spießhofer/v. Westphalen*, BB 2015, 75.

²⁰⁷ Zur externen CSR: EU-Kommission, Grünbuch vom 18.7.2001 KOM(2001) 366 endg., Rn. 42.

²⁰⁸ Dazu bereits *Fleischer*, AG 2001, 171 mit umfangreichen rechtsvergleichenden Nachweisen.

²⁰⁹ Vgl. LG Essen 44 O 164/10, juris Rn. 987: geschenkte Festschrift; dazu *Fleischer*, FS Meincke, 2015, S. 101.

²¹⁰ Vgl. LG Essen 44 O 164/10, juris Rn. 1013: Zuwendung an die Said Business School der Universität Oxford; dazu *Fleischer/Bauer*, ZIP 2015, 1901, 1909 f.

²¹¹ Vgl. s. 135 Indian Companies Act 2013 (Corporate Social Responsibility): „(1) Every company having net worth of rupees five hundred crore or more, or turnover of rupees one thousand crore or more or a net profit of rupees five crore or more during any financial year shall constitute a Corporate Social Responsibility Committee of the Board consisting of three or more directors, out of which at least one director shall be an independent director. [...] (5) The Board of every company referred to in sub-section (1), shall ensure that the company spend, in every financial year, at least two per cent of the average net profit of the company made during the three immediately preceding financial years in pursuance of its Corporate Social Responsibility Policy.“

²¹² Vgl. *Zhan*, 37 Legal Studies 103, 127 (2017): „The idea of a mandatory contribution based on a certain percentage requirement of net profit was first proposed by Rama Krihna Sithanen, the Minister of Finance of Mauritius at that time. [...] The Mauritian government

Im Rampenlicht stehen außerdem politische Spenden von Unternehmen, für die national und international ganz unterschiedliche gesellschaftsrechtliche Regelungen gelten. Hierzulande erstreckt sich die grundsätzliche Statthaftigkeit von Unternehmensspenden nach ganz h.M. auch auf unentgeltliche Zuwendungen an politische Parteien.²¹³ Dabei steht es dem Vorstand als zuständigem Organ frei, eine bestimmte politische Richtung im Rahmen seines unternehmerischen Ermessens zu unterstützen, sofern dies im wohlverstandenen Unternehmensinteresse liegt. Für eine Entscheidungszuständigkeit der Hauptversammlung gibt es keinen Anhalt im Gesetz.²¹⁴ Gegenteilig hat der englische Reformgesetzgeber durch den *Political Parties, Election and Referendum Act 2000* entschieden, der eine Zustimmung der Hauptversammlung zu einer korporativen Spendenpolitik vorsieht und einer Aktionärsminderheit von 5 % ein Klagerecht bei *unauthorised political expenditure* einräumt.²¹⁵ Unter dem indischen *Companies Act 2013* gelten Spenden an politische Parteien nicht als taugliche CSR-Projekte.²¹⁶ In den Vereinigten Staaten hat der *Supreme Court* im Jahre 2010 entschieden, dass eine Spendenobergrenze für die *business corporation* gegen die verfassungsrechtliche Meinungsfreiheit verstößt.²¹⁷

2. Nachhaltige Vorstandsvergütung

Einen CSR-Bezug weist ferner die Managervergütung auf, die hierzulande für börsennotierte Gesellschaften gemäß § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung auszurichten ist. Hiermit ist aber nicht das *Sustainable-Development-Konzept* gemeint, das eine ökologische Neuausrichtung der Unternehmensführung anstrebt.²¹⁸ Vielmehr geht es um eine Orientierung der Vergütungsstruktur am dauerhaften, also jedenfalls periodenübergreifenden Erfolg.²¹⁹ Hiervon losgelöst ist die Frage, inwieweit sich die CSR-Performance eines Unternehmens in der Vorstandsvergütung widerspiegeln soll.²²⁰

amended this; instead of company law, they used the Income Tax Act 1995 by virtue of the Finance Act 2015 to make CSR mandatory. [...] Directly transplanted from the Mauritian legislation, this 2 % requirement was also introduced in the Indian Companies Act 2013.“

²¹³ Vgl. *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Fn. 55), § 76 AktG Rn. 50.

²¹⁴ Näher *Fleischer*, AG 2001, 171, 179 ff.

²¹⁵ Vgl. *Gower/Davies/Worthington*, Principles of Modern Company Law, 10. Aufl., 2016, Rn. 16–85 und 17–29.

²¹⁶ Vgl. *Companies Act 2013*, s. 1235, sch. VII, r. 4.

²¹⁷ Vgl. *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

²¹⁸ Vgl. *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Fn. 55), § 87 AktG Rn. 27 m.w.N.

²¹⁹ Vgl. *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 12), § 87 AktG Rn. 10.

²²⁰ Näher dazu *Kapoor* (Fn. 8), S. 254 ff.; *Pacher/Wagner/v. Preen/Siemer*, in: Walden/Depping (Fn. 8), S. 83 ff.; *Seibt*, DB 2016, 2707, 2709.

VII. Sonderforschungsbereiche der CSR

Jenseits des Aktienrechts lassen sich (mindestens) drei Sonderforschungsbereiche der CSR identifizieren: im Arbeits-, Wettbewerbs- und Kapitalmarktrecht.

1. CSR und Arbeitnehmerbeteiligung

Die Zusammenhänge zwischen gesellschaftlicher Verantwortung von Unternehmen und Arbeitnehmermitbestimmung reichen zurück bis in die Weimarer Republik. Es nimmt daher nicht Wunder, dass die Arbeitnehmer als gesellschaftsrechtliche Bezugsgruppe in § 70 Abs. 1 AktG 1937 („Betrieb und seiner Gefolgschaft“) und später in den Unternehmenszielbestimmungen des österreichischen, englischen und US-amerikanischen Rechts ausdrücklich erwähnt werden. Hierzulande hat man den gedanklichen Faden mit dem Mitbestimmungsgesetz von 1976 fortgesponnen, das prominente Stimmen in die Tradition der Lehre vom „Unternehmen an sich“ eingeordnet haben.²²¹

In jüngerer Zeit werden die CSR-Debatte einerseits und die Diskussion um Arbeitnehmerbeteiligung andererseits von Arbeitsrechtlern als zwei verschiedene Diskurse wahrgenommen. Dies überrascht insofern, als die Trilaterale Grundsatzklärung der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) in der CSR-Richtlinie als internationales Rahmenwerk genannt wird²²² und die CSR-Berichtspflicht gemäß § 289c Abs. 2 Nr. 2 HGB Arbeitnehmerbelange ausdrücklich einschließt.²²³ Auch die *International Framework Agreements* hat man treffend als ein „Instrument demonstrierter Corporate Social Responsibility“²²⁴ bezeichnet. Vieles spricht dafür, dass diese Schnittstellen im arbeitsrechtlichen Schrifttum künftig größere Aufmerksamkeit finden werden.²²⁵

2. CSR und Wettbewerbsrecht

Berührungspunkte zwischen CSR und Wettbewerbsrecht bestehen vor allem dann, wenn CSR gezielt als Mittel der kommerziellen Absatzförderung eingesetzt wird.²²⁶ Hier gilt es, ein sog. *Greenwashing* der Unternehmen mit den Instrumenten des Lauterkeitsrechts zu unterbinden. Konkret geht es um irreführende CSR-Werbung,²²⁷ die Nichteinhaltung von CSR-Standards entgegen

²²¹ Vgl. etwa *Ulmer*, Der Einfluß des Mitbestimmungsgesetzes auf die Struktur von AG und GmbH, 1979, S. 14 und S. 33 ff.; ferner *Ballerstedt*, ZHR 135 (1971), 479, 493.

²²² Vgl. Erwägungsgrund 9 der Richtlinie 2014/95/EU.

²²³ Darauf hinweisend auch *Sommer*, RdA 2016, 291, 292 f.

²²⁴ *Thüsing*, RdA 2010, 78, 92.

²²⁵ Für einen ersten Beitrag zum Thema CSR-Richtlinie und Betriebsverfassung *Sommer*, RdA 2016, 291; ferner *Wolf*, in: *Walden/Depping* (Fn. 8), S. 143.

²²⁶ Umfassend der Sammelband von *Hilty/Henning-Bodewig* (Hrsg.), *Corporate Social Responsibility. Verbindliche Standards des Wettbewerbsrechts*, 2014.

einer unternehmerischen Selbstverpflichtung²²⁸ sowie um Zulässigkeit und Grenzen des sog. *Cause-related-Marketing*²²⁹.

3. CSR und Socially Responsible Investment

An Bedeutung gewinnen dürften künftig auch Rechtsfragen rund um ethisch orientierte Aktienanlagen, grüne Fonds und *Socially Responsible Investments*.²³⁰ Erste monographische Abhandlungen hierzu liegen schon vor.²³¹ Zudem verpflichtet die gerade reformierte Aktionärsrechte-Richtlinie die Vermögensverwalter, institutionellen Anlegern gegenüber offenzulegen, ob und ggf. wie sie Anlageentscheidungen auf Grundlage einer Beurteilung der mittel- bis langfristigen Entwicklung der Leistung, einschließlich der nichtfinanziellen Leistung, der Gesellschaft treffen, in die investiert wurde.²³² Ausweislich der Erwägungsgründe eignen sich diese Informationen besonders als Hinweis darauf, ob der Vermögensverwalter ökologische, soziale und Governance-Faktoren berücksichtigt.²³³

VIII. Schaffung neuer Rechtsformen?

Zu guter Letzt sei noch die Frage aufgeworfen, ob es sich zur besseren Verwirklichung der CSR-Idee empfiehlt, das Tableau der verfügbaren Gesellschaftsformen zu erweitern. Anlass dazu bietet die jüngere Rechtsentwicklung in den Vereinigten Staaten und in Italien.

1. US Benefit Corporation und Società Benefit Italiana

Beginnend mit Maryland im Jahre 2010 haben in den USA mehr als 30 Bundesstaaten auf der Grundlage eines Modellgesetzes (*Model Benefit Corporation Legislation*) die sog. *benefit corporation* eingeführt, die gleichermaßen auf Gemeinwohl und Gewinnerzielung geeicht ist.²³⁴ Sie bildet eine eigenstän-

²²⁷ Vgl. *Henning-Bodewig*, WRP 2011, 1014.

²²⁸ Vgl. *Augsburger*, MMR 2014, 427; *Birk*, GRUR 2011, 196.

²²⁹ Vgl. BGH GRUR 2007, 247 – Regenwaldprojekt I.

²³⁰ Zu den wirtschaftlichen Grundlagen schon früh der Sammelband des *Deutsches Aktieninstituts* (Hrsg.), *Ethisch orientierte Aktienanlage – Nische oder Wachstumsmarkt?*, 2002.

²³¹ Vgl. *Richardson*, *Socially Responsible Investment Law*, 2008; *Scharlau*, *Socially Responsible Investment. Die deutschen und europarechtlichen Rahmenbedingungen*, 2009.

²³² Richtlinie (EU) 2017/828 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 17.5.2017, ABl. EU L 132/1, Art. 3i Abs. 1 Satz 2.

²³³ Vgl. Richtlinie 2017/828 Erwägungsgrund 22.

²³⁴ Für einen Überblick über die *benefit corporation* und verwandte neue Organisationsformen *Murray*, in: *Hillman/Loewenstein* (Hrsg.), *Research Handbook on Partnerships, LLC and Alternative Forms of Business Organization*, 2015, S. 252; rechtsvergleichend *Möslein/Mittwoch*, *RabelsZ* 80 (2016), 399.

dige Rechtsform, auf die subsidiär allerdings die allgemeinen Regeln der *corporation* Anwendung finden. Strukturell zeichnet sie sich durch folgende Merkmale aus²³⁵: (1) Zunächst muss ihre Satzung die Gesellschaft generell (auch) auf das Gemeinwohl verpflichten und kann zusätzlich spezielle Gemeinwohlbelange vorgeben. (2) Ihren Geschäftsleitern obliegt die Pflicht, Aktionärsinteressen und Gemeinwohlbelange ohne vorgegebene Rangordnung gegeneinander abzuwägen. (3) Ein sog. *benefit director* im Leitungsgremium soll die Berücksichtigung der Gemeinwohlbelange sicherstellen. (4) Weitere Durchsetzungsinstrumente sind ein sog. *benefit report*, der von privaten Normierungseinrichtungen geprüft wird, und erweiterte Klagebefugnisse der Aktionäre, die sog. *benefit enforcement proceedings*. Sonstige Stakeholder sind nicht klagebefugt.

Diesseits des Atlantiks hat Italien durch die §§ 376–382 der *Legge di Stabilità* vom Dezember 2015 die *società benefit* eingeführt.²³⁶ Sie lehnt sich in verschiedener Hinsicht an das US-amerikanische Vorbild an,²³⁷ beschreitet konzeptionell aber auch eigene Wege. Insbesondere bildet sie keine eigenständige neue Rechtsform, sondern steht gemäß § 377 Satz 2 der *Legge di Stabilità* allen vorhandenen Rechtsformen bei entsprechender Ausgestaltung offen.²³⁸

2. Statutarische Nachbildung oder Neueinführung einer Sozialgesellschaft?

Hierzulande regt der rechtsvergleichende Rundblick zu rechtspolitischen Reformüberlegungen an:²³⁹ Gibt es bei Gesellschaftsgründern, Anlegern oder Kunden ein Bedürfnis zur Schaffung einer neuen Sozialgesellschaft, bei der es sich mangels Gewinnausschüttungssperren nicht um eine gemeinnützige AG oder GmbH handelt?²⁴⁰ Inwieweit lässt sich ein solches *Profit & Purpose*²⁴¹-Unternehmen ggf. schon im Rahmen des geltenden Aktien- oder GmbH-Rechtsatzungsmäßig nachbilden? Bedarf es eines sog. Vierten Sektors mit eigenen Gesellschaftsformen, um soziales Unternehmertum besser zu fördern? Oder wäre dies aus einer CSR-Gesamtsicht womöglich sogar kontraproduktiv, weil eine „ghettoization of corporate responsibility within benefit corporations“²⁴² die Folge wäre?²⁴³

²³⁵ Eingehend *Möslein/Mittwoch*, RabelsZ 80 (2016), 399, 411 ff.

²³⁶ Legge 28.12.2015, n. 208; näher dazu *Corso*, NLCC 2016, 995 ff.; *Sicleri*, RTDE 2016, 36 ff.

²³⁷ Dazu *Corso*, NLCC 2016, 995, 1011 unter der Zwischenüberschrift: „Il modello straniero di riferimento: le Benefit corporation (B-corps) di diritto statunitense“.

²³⁸ Wörtlich heißt es dort: „Le finalità possono essere perseguite da ciascuna delle società di cui al libro V, titoli V e VI, del codice civile, nel rispetto della relativa disciplina.“

²³⁹ Knapp *Möslein/Mittwoch*, RabelsZ 80 (2016) 399, 428 ff.; ausführlicher *Momberger*, Social Entrepreneurship, 2015, S. 312 ff.

²⁴⁰ Befürwortend *Momberger* (Fn. 239), S. 312 mit ausformuliertem Gesetzesvorschlag.

²⁴¹ *Westaway*, Profit & Purpose, 2014.

IX. Ausblick

Die CSR-Berichtspflicht für kapitalmarktorientierte Großunternehmen bildet einen ersten Brückenkopf des CSR-Konzepts im Aktien- und Bilanzrecht.²⁴⁴ Es steht zu erwarten, dass es hierbei nicht bleiben wird. International schwirren bereits kühne Vorschläge durch die Literatur, wie man das CSR-Konzept in der gesellschaftsrechtlichen Gesamtarchitektur noch fester verankern kann.²⁴⁵ Nicht anders als sonst ist allerdings auch im Rahmen der CSR bei *legal transplants* eine gewisse Vorsicht geboten. Soziale Präferenzen und Pfadabhängigkeiten spielen hier traditionell eine große Rolle.²⁴⁶ Dessen ungeachtet muss man bei einem Blick in die aktienrechtliche Kristallkugel hierzulande über kurz oder lang mit Folgendem rechnen:

(1) die Verankerung des CSR-Konzepts in der gesetzlichen Unternehmenszielbestimmung (§ 76 AktG), wie es ein aktueller SPD-Entwurf vorsieht,²⁴⁷ oder in dem Pflichtenkatalog der Organmitglieder (§ 93 AktG), wie es *Bündnis 90/Die Grünen* vorgeschlagen haben;²⁴⁸

(2) eine Pflicht zur Einrichtung eines CSR-Ausschusses im Verwaltungsorgan nach dem Muster der US-amerikanischen *benefit director* oder des *CSR committee* im indischen *Companies Act 2013*²⁴⁹ oder sogar eine Beteiligung von Vertretern des öffentlichen Interesses im Aufsichtsrat von Großunternehmen nach dem Drei-Bänke-Modell des Verordnungsentwurfs für eine Europäische

²⁴² Johnson, 10 U. St. Thomas L.J. 974, 975 (2013).

²⁴³ Für eine Zusammenstellung weiterer Gegenargumente Murray, 75 Md. L. Rev. 541, 548 ff. (2016).

²⁴⁴ Treffend Spießhofer (Fn. 9), S. 61: „Corporate Social Responsibility (CSR) ist auf dem Radar des deutschen Wirtschaftsrechts angekommen.“

²⁴⁵ Vgl. jüngst aus englischer Sicht Zhao, 37 Legal Studies 103, 124ff. (2017); aus australischer Sicht du Plessis, 35 C&SLJ 30, 39 ff. (2017); aus US-amerikanischer Sicht Gopalan/Kamalnath, 10 Nw. J.L. & Soc. Pol’y 34, 100 ff. (2015).

²⁴⁶ Zutreffend herausgestellt bei Zhao, 37 Legal Studies 103, 124f. (2017) 103, 124 f.; aus ökonomischer Sicht auch Liang/Renneboog, 77 Journal of Finance 853 (2017) 853.

²⁴⁷ Vgl. den Gesetzesentwurf der Fraktion der SPD-Fraktion zur Angemessenheit von Vorstandsvergütungen und zur Beschränkung der steuerlichen Absetzbarkeit, Stand: 20.2.2017, S. 6.

²⁴⁸ Vgl. den Gesetzesentwurf der Fraktion *Bündnis 90/Die Grünen* zur Änderung des Aktiengesetzes vom 28.11.2012, BT-Drucks. 17/11686; rechtsvergleichend Möslein/Sorensen (Fn. 201), S. 6 ff.

²⁴⁹ Hierzu Afsharipour/Rana, 14 U.C. Davis Bus. L.J. 175, 217 ff. (2014); dies für das englische Recht erwägend Zhao, 37 Legal Studies 103, 132 (2017): „It might also be valuable to attend to the reasonableness of considering effectiveness and fairness by including a Chief Sustainability Officer, and forming a CSR committee within the board of directors [...]“; s. auch Möslein/Sorensen (Fn. 201), S. 42.

Aktiengesellschaft von 1975²⁵⁰, also ein unternehmensverfassungsrechtlicher CSR-Ansatz;

(3) eine obligatorische Verwendung von Teilen des Unternehmensgewinns für CSR-Projekte nach indischem Vorbild,²⁵¹ das im Schrifttum als *Ultra Mandatory Corporate Governance Model*²⁵² bezeichnet wird;

(4) eigenständige Klagerechte für Nichtaktionäre zur Durchsetzung von CSR-Zielen nach kanadischem Muster;²⁵³

(5) eine Einführung neuer Gesellschaftsformen, die Gewinnerzielung und Gemeinwohlorientierung miteinander verbinden, wie die *benefit corporation* und die *società benefit*;

(6) eine soziale Konzession (*grant of society*²⁵⁴) für Unternehmen in Form ihres Gemeinwohlversprechen als *quid pro quo* für die Verleihung der juristischen Persönlichkeit.²⁵⁵

Vieles von dem wäre nicht erstrebenswert, manches immerhin bedenkenswert. Aufgabe der rechtswissenschaftlichen CSR-Forschung ist es, die gegenwärtige Diskussion in einen größeren historischen und internationalen Kontext einzuordnen sowie künftige Reformvorschläge kritisch und wohlinformiert zu begleiten. Die Fragen sind zu wichtig, als dass man sie allein unseren Nachbardisziplinen überlassen könnte.²⁵⁶

²⁵⁰ Vgl. Art. 74a des Geänderten Verordnungsvorschlags vom 30.4.1975, Beilage 4/75 Bulletin EG; dazu etwa *Mertens*, in: Lutter (Hrsg.), *Die Europäische Aktiengesellschaft*, 1976, S. 115, 117 ff.

²⁵¹ Dies für die Vereinigten Staaten vorschlagend *Gopalan/Kamalnath*, 10 Nw. J. L. & Soc. Pol'y 34, 100 ff. (2015) mit folgenden Kernsätzen auf S. 102: „This proposal suggests mandatory CSR by U.S. corporations modelled after the Companies Act 2013 provisions, with some important modifications. First, firms with an annual turnover of less than \$100 million, regardless of the number of employees, will be exempt. All firms meeting this threshold will be required to spend 1 % of their net profit averaged over the previous three years on designated CSR activities, including those aimed at reducing inequality.“

²⁵² So die Zwischenüberschrift bei *du Plessis*, 35 C&SLJ 30, 42 (2017) mit folgender Schlusserwägung auf S. 43: „[...] the Indian example is one that should possibly be considered for implementation in other jurisdictions.“

²⁵³ Befürwortend aus australischer Sicht *du Plessis*, 35 C&SLJ 30, 41 (2017): „In this regard, Canada can serve as an example for law reform in Australia.“

²⁵⁴ *Dine*, *Companies, International Trade and Human Rights*, 2005, S. 233 f.

²⁵⁵ Kritisch *Förster*, *RIW* 2008, 833, 835: „Aus rechtshistorischer Sicht verursacht diese Idee gewisses Unbehagen, erinnert sie doch an das überholte Konzessionssystem gegen Ende des 19. Jahrhunderts [...]; *Fleischer*, *Der Aufsichtsrat* 2017, 65: „Privatrechtlich organisierte Großunternehmen mutieren auf diese Weise wieder vom ‚private agent‘ zum ‚public actor‘ wie zu Zeiten des Konzessionssystems.“

²⁵⁶ Dazu auch *Amstutz*, *SZW* 2016, 189, 198: „While up until the 1970s, CSR was seen primarily as a subject for economics, business management, sociology and, to a certain extent, political science, it has since that time also come to be recognized as a potential subject for law, as well.“, gleichsinnig *Spießhofer* (Fn. 9), S. 61 f.