

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.

Diskussion

zu den Referaten von
Holger Fleischer, Daniel Häusermann und Eva Micheler

Elena Dubovitskaya

Die von *Susanne Kalss* geleitete Diskussion zu den Referaten von *Holger Fleischer, Daniel Häusermann und Eva Micheler* befasste sich mit den unterschiedlichsten Grundsatzaspekten der CSR von den Handlungsvorgaben für die Unternehmensleitung bis hin zu Fragen der Rechtsvergleichung und der Rechtspolitik.

I.

Einige in der Diskussion aufgeworfene Fragen drehten sich um das Verhältnis zwischen CSR, Gewinnerorientierung und Gesellschaftszweck sowie um die daraus resultierenden Handlungsmaximen und Haftungsrisiken für die Unternehmensleitung. Ein Teilnehmer fragte, ob es aus der Sicht des Gesellschaftszwecks einen Unterschied mache, in welchem konkreten Tätigkeitsbereich (etwa Investmentbereich einerseits, Sponsoring andererseits) die jeweilige CSR-Maßnahme stattfinde. Darauf antwortete *Häusermann*, dass es zumindest im Außenverhältnis keinen Unterschied gebe, solange die Maßnahme im Hinblick auf den Gesellschaftszweck nicht ausgeschlossen sei. Was das Innenverhältnis angehe, sei es denkbar, dass in den CSR-nahen Tätigkeitsbereichen die Voraussetzungen der Business Judgement Rule durch eine CSR-Maßnahme leichter erfüllt werden könnten.

Ein österreichischer Diskutant wies auf das Problem unterschiedlicher Interessen hin, die ein Vorstand bei der Leitung der Aktiengesellschaft nach § 70 AktG zu berücksichtigen habe. Es sei bisher nicht gelungen, aus dieser Vorschrift etwas Subsumtionsfähiges abzuleiten. Am Schluss habe der Vorstand alle Interessen zu berücksichtigen, was zugleich seine Verantwortung eliminiere, da es immer ein Interesse gebe, mit dem er sich rechtfertigen könne. Der Teilnehmer fügte hinzu, dass CSR auch ein Verfassungsproblem sei, weil eine Regelung, die z.B. die Verwendung von 1 oder 2 % des Unternehmensgewinns für CSR-Maßnahmen vorsehe, womöglich in das Eigentum der Aktionäre eingreife. Er fragte nach verfassungsrechtlichen Gegenargumenten.

Fleischer stimmte dem Befund zur fehlenden Verantwortlichkeit des Vorstands im System der Interessenpluralität zu: Ein Diener zweier Herren sei niemandem verantwortlich. Zur zweiten Frage bemerkte *Micheler*, dass sich bei solchen CSR-Regelungen ähnliche verfassungsrechtliche Fragen stellten wie bei einer Steuer, was den Rückgriff auf die entsprechenden Lösungen erlaube.

Ein deutscher Teilnehmer griff die Bemerkung *Fleischers* auf, ein großes Unternehmen habe die Züge einer Anstalt. In der Tat sei es manchmal rätselhaft, warum ein und dasselbe Unternehmen einerseits Geld für CSR-Maßnahmen ausgabe, andererseits Steuerminimierung betreibe. Eine Erklärung könne lauten, dass es im Unternehmen zwei Abteilungen gebe, eine für CSR, die andere für Steueroptimierung, die unabhängig voneinander agierten. In diesem Fall sei CSR vielleicht gar nicht die Frage der Organkompetenz, sondern eine Frage, die auf der Abteilungsebene entschieden werde. Ein weiterer Diskutant unterstrich die Bedeutung der Gewinnorientierung für die Unternehmensverwaltung und fragte nach dem Verhältnis zwischen Gewinnorientierung und CSR: Darf CSR ein Selbstzweck sein oder handelt es sich lediglich um ein Mittel zur Gewinnsteigerung (CSR als Teil des Reputationsmanagements und Marketings)? *Häusermann* schlug insoweit eine differenzierte Lösung vor: Im Innenverhältnis müsse die grundsätzliche Gewinnorientierung des Unternehmens beachtet werden, im Außenverhältnis sei aber eine CSR-Maßnahme nicht schon deshalb rechtswidrig, weil sie den Gewinn mindere. Ähnlich differenzierte er bei der Frage, ob es sich bei CSR um eine Zweck- bzw. Gegenstandsänderung des Unternehmens handele: Im Außenverhältnis liege keine Zweckänderung vor; eine gegenteilige Annahme verbiete sich aus den Gründen des Verkehrsschutzes. Im Innenverhältnis könnten dagegen nicht sanktionierte CSR-Maßnahmen eine Zweckänderung darstellen, so dass die Verwaltung bei solchen Maßnahmen ein Haftungsrisiko eingehe.

Eine deutsche Teilnehmerin äußerte Hoffnung, dass über die Hintertür der CSR-Richtlinie und der CSR-Berichterstattung die bisher wenig geklärte Frage der Zulässigkeit von Sponsoring mehr Aufmerksamkeit bekäme. Denn wenn CSR-Maßnahmen berichtspflichtig seien, könnten sie nicht schlichtweg verboten sein. Sie bewertete die Entwicklung insgesamt positiv, einschließlich der von *Fleischer* angesprochenen Verpflichtung zur Schaffung gemeinnütziger Rechtsformen oder Zwischenformen, die For-Profit- und Non-Profit-Aspekte miteinander verbinden würden. Dass das Thema wieder im „großen“ Gesellschaftsrecht angekommen sei, verspreche eine tiefere Auseinandersetzung mit den wichtigen praktischen Fragen, die damit verbunden seien.

Mehrere Teilnehmer unterstrichen die Bedeutung der CSR für das Image des Unternehmens. Sowohl die Öffentlichkeit als auch die Medien würden sozial verantwortliches Handeln positiv bewerten. Umgekehrt führe die Vernachlässigung von CSR zu negativen Reaktionen, was insbesondere der Ausstieg der Pensionsfonds aus sozial unverantwortlichen Anlagen sowie die dramatische Berichterstattung über die Ereignisse in Bangladesch zeige. Vor

diesem Hintergrund könne CSR als Marketing-Instrument eingesetzt werden, etwa um Anleger zu gewinnen. Ein anderer Diskutant äußerte in diesem Zusammenhang Zweifel an *Häusermanns* These, Organhaftung setze Anreiz, CSR-Maßnahmen zu unterlassen. So könnten Geschäftsleiter darauf verweisen, dass diese Maßnahmen gut für die Reputation des Unternehmens seien und damit den Shareholder-Value steigern würden. *Fleischer* und *Häusermann* stimmten zu, dass CSR ein Marketingtool sei. *Fleischer* ergänzte, dass es in den USA bereits private CSR-Zertifizierungssysteme gebe. *Häusermann* relativierte die These, dass CSR immer gut für die Reputation von Unternehmen sei, in zweifacher Hinsicht. Erstens müsse das auch so kommuniziert werden, was nicht immer geschehe. Es gebe eine Lehrmeinung in der Schweiz, dass altruistische Spenden stets eine Pflichtverletzung seien, wenn sie nicht kommuniziert werden. Zweitens müsse die Information qualitativ gut sein, um zum positiven Image beizutragen. Marketing und Public Relations könnten helfen, dies einzuschätzen.

II.

Eine große Rolle spielte in der Diskussion die Frage, welche Unternehmensmerkmale als Anknüpfung für CSR-Normen dienen sollen. Ein Teilnehmer gab zu bedenken, dass neben der Tätigkeit auch die Rechtsform des Unternehmens und dessen Größe wichtig seien. So verfolgten Genossenschaften typischerweise soziale Zwecke; unter Kapitalgesellschaften sei wiederum die GmbH bei CSR-Maßnahmen etwas freier als die Aktiengesellschaft. Ein weiterer Diskutant äußerte den umgekehrten Eindruck, dass es weniger auf die Rechtsform und Größe als auf allgemeine Überlegungen ankomme. Ein kleiner Betrieb in der Rechtsform der AG bleibe „private Veranstaltung“. Die Frage sei, an welche Merkmale stattdessen angeknüpft werden solle. Häufig würden als Anknüpfungskriterien für staatliche Regulierung etwa die Inanspruchnahme des Kapitalmarkts oder die Anzahl von Mitarbeitern gewählt. Es sei indes zweifelhaft, ob es richtig sei, Unternehmen anhand dieser Kriterien sozialpolitische Verantwortung aufzubürden, die zu den bereits bestehenden, etwa kapitalmarkt- und arbeitsrechtlichen Pflichten hinzukomme.

Zu den aufgeworfenen Fragen nahmen *Häusermann* und *Fleischer* Stellung. *Häusermann* stellte klar, dass sich seine These, es komme auf die Tätigkeit des Unternehmens an, auf staatliche Eingriffe in Form der Anordnung verschiedener CSR-Maßnahmen bezogen habe. Davon zu unterscheiden sei die Freiheit der Zwecksetzung in der Gesellschaft. Bei der Wahl der Anknüpfung komme es im Allgemeinen auf das Rechtssetzungsziel an, das man mit CSR-Maßnahmen verwirklichen wolle. Die Anknüpfung soll einerseits auf dieses Ziel, andererseits auf das Regelungsinstrument abgestimmt sein.

Fleischer stützte sich insbesondere auf eine historische Analyse der Einbruchstellen der Gemeinnützigkeit in das Gesellschaftsrecht. Sowohl im 19. Jahrhundert als auch später seien dies in Deutschland Aktiengesellschaften, also große Unternehmen gewesen. Man müsse bedenken, dass etwa das AktG von 1937 für die AG ein Mindestkapital von 500.000 Reichsmark vorgeschrieben habe. Auch die Diskussion der 1970er Jahre, in der es um Publizität und Mitbestimmung gegangen sei, konzentrierte sich auf große Unternehmen. Deshalb schlage er vor, verpflichtende CSR-Normen auf große Unternehmen zu beschränken; für andere Gesellschaften solle CSR freiwillig bleiben. Ein absolut schlüssiges System sei ohnehin unerreichbar: Egal, welche Anknüpfungskriterien man wähle, sie blieben immer arbiträr.

III.

Auch Fragen der Rechtsvergleichung wurden von den Diskussionsteilnehmern oft angesprochen. So wurde auf eine Studie verwiesen, die eine Abhängigkeit der CSR-Aktivität börsennotierter Unternehmen von deren rechtlicher Herkunft festgestellt habe. Civil-Law-Unternehmen würden sich insofern mehr engagieren als ihre Counterparts aus dem Common-Law-Kreis; am aktivsten seien dabei skandinavische Unternehmen. Daraus folgerte ein Diskutant, man müsse dies bei der Rechtsvergleichung beachten und dürfe nicht einzelne CSR-Aspekte aus dem gesamten institutionellen Arrangement herauslösen. Dieser allgemeine Grundsatz der Rechtsvergleichung sei hier besonders wichtig, weil der Staat bei der Regelung der CSR einen Teil seiner Verantwortung den Unternehmen auferlege. Bezeichnend sei das im Referat von *Fleischer* genannte indische Beispiel, das einen starken Eindruck erwecke, der Staat belaste die Unternehmen, die von der Globalisierung besonders profitiert hätten, mit einer Sondersteuer. *Fleischer* bestätigte diesen Eindruck und erläuterte, dass die indische Regelung ihre Herkunft im Recht von Mauritius habe, wo es eine solche Steuer gebe. Auch der Hinweis auf den kulturellen Hintergrund sei völlig richtig, denn die Regelung in Indien habe eine religiöse Prägung.

Ein deutscher Teilnehmer hob die Rolle von Satzungsklauseln bei CSR-Maßnahmen hervor: Solche Klauseln seien neben dem Hauptversammlungsbeschluss die einzige Legitimationsgrundlage für CSR, ansonsten bleibe es bei ausschließlicher Gewinnerorientierung. Er fragte nach empirischen Daten aus anderen Ländern, insbesondere ob es dort Satzungsklauseln bzw. Hauptversammlungsbeschlüsse zur CSR gebe, wenn ja, wie viele, und wenn nicht, warum. Zudem beklagte er, dass das deutsche Verfassungsrecht stets auf den wirtschaftlichen Eigentümer und nicht auf die juristische Person abstelle, obwohl diese Rechtsfigur in der Verfassung genannt werde. Dabei blieben

Begriffe wie Konzern und Eigentum sehr schwammig. Es würde ihn interessieren, wie die Lage in anderen Rechtsordnungen aussehe. Zu Satzungsklauseln erklärte *Häusermann* in Bezug auf die Schweiz, dass etwa Stiftungen derartige Klauseln kraft Gesetzes haben müssten; Genossenschaften verfügten ebenfalls manchmal über solche Klauseln; bei Gesellschaften seien ihm aber keine entsprechenden Klauseln bekannt. *Fleischer* stimmte zu, dass das Verfassungsrecht ein Feld sei, das dringend der Bearbeitung bedürfe. So spielten CSR-Fragen in der Rechtsprechung des Supreme Court eine enorme Rolle, etwa in der Citizen-United-Entscheidung aus dem Jahr 2010 zur Höhe von Unternehmensspenden oder im Hobby-Lobby-Urteil, in dem es darum gegangen sei, ob sich Unternehmen auf Religionsfreiheit berufen dürfen.

Ein anderer deutscher Teilnehmer fragte, warum die Diskussion zur CSR in UK und USA zum Teil sehr unterschiedlich verlaufe. *Micheler* erklärte dies mit den Besonderheiten des englischen Finanzsystems. Die letzte Studie des Innovation Center habe gezeigt, dass der englische Finanzmarkt wesentlich stärker „dispersed“ sei als der amerikanische. Die Gesellschaft werde damit zum Spielball des Finanzsystems, was den Menschen Angst mache. Daher dränge das Thema der CSR viel stärker in den Vordergrund.

IV.

Rechtspolitisch wurde die Frage aufgeworfen, wann der Gesetzgeber im Bereich des Gesellschaftsrechts CSR-Normen schaffen solle. Ein Schweizer Teilnehmer wies darauf hin, dass die (ökonomisch oder historisch) vorgegebenen Zwecke des Gesellschaftsrechts die Politik in der Praxis nicht daran hinderten, zur Verwirklichung ihrer Zielvorstellungen auf das Gesellschaftsrecht zuzugreifen. Die Frage sei vor allem, wann und auf welche Art sie zuzugreifen solle, denn das Gesellschaftsrecht zeichne sich durch bestimmte Eigenheiten aus; insbesondere müssten die ultimative Entscheidungsmacht der Eigenkapitalgeber und das Mehrheitsprinzip respektiert werden. *Micheler* replizierte, die Entscheidung hänge überspitzt formuliert davon ab, ob man Kapitalist oder Sozialist sei, es sei also eine politische Entscheidung. Die Finanzkrise habe gezeigt, dass das Gesellschaftsrecht, verbunden mit einer bestimmten Organisation des Kapitalmarkts, sich volkswirtschaftlich schädlich ausgewirkt habe. Das Gesellschaftsrecht habe sich zu einem Werkzeug entwickelt, das den Großteil der Bevölkerung nicht bedient. Es entstehe ein politisches Vakuum, das der Gesetzgeber behandeln müsse. *Häusermann* meinte dagegen, die Politik solle auf das Gesellschaftsrecht nie zu anderen Zwecken als zur Effizienzsteigerung zugreifen. Er fügte hinzu, dass man auch anderer Auffassung sein könne.

Ein Diskutant fragte nach, woher *Häusermanns* These komme, dass das Ziel des Gesellschaftsrechts die Allokationseffizienz sei: Wird dies aus den einzelnen Normen abgeleitet oder handelt es sich um eine philosophische Vorstellung, die von außen an das Privatrecht herangetragen wird? *Häusermann* stellte klar, dass sich seine These nicht auf das Privatrecht insgesamt, sondern nur auf das Handels- und Gesellschaftsrecht bezogen habe. Anknüpfungspunkte für eine Umverteilungsfunktion gebe es dort nicht, vor allem nicht im Aktienrecht. Bei Umverteilung entstünden Effizienzverluste und Verzerrungseffekte. Ein Beispiel dafür seien Steuern, bei denen der Verzerrungseffekt umso größer sei, je schmaler die Steuerberechnungsbasis sei. Eine Umverteilung, die mit großen Effizienzverlusten einhergehe, sei impraktikabel.

Ein anderer Teilnehmer warf die Frage nach dem Verhältnis zwischen der exogenen und der intrinsischen Steuerung in der Corporate Governance auf. Er plädierte dabei für die Stärkung intrinsischer Steuerung, vor allem durch die Aufwertung der Rolle interner Unternehmensbeauftragter. *Fleischer* räumte ein, dass ein unternehmensverfassungsrechtlicher Ansatz auch den Unternehmensbeauftragten erfassen würde, in einer *benefit corporation* also nicht nur den *benefit director*, sondern auch den *benefit officer*. Diskutiert wurde ferner über die neuerliche Wiederbelebung der Rechtsfigur des „ehrbaren Kaufmanns“ im DCGK, zu der sich *Fleischer* in seinem Referat kritisch äußerte. Ein deutscher Diskutant verteidigte die Regelung und meinte, das Leitbild des ehrbaren Kaufmanns habe eine Appellfunktion, die angesichts von Unternehmensmissständen sehr wichtig sei. *Fleischer* entgegnete, trotz Appellfunktion sehe er die Gefahr, dass durch Verrechtlichung moralischer Kategorien die bereits von *Kant* begründete Unterscheidung zwischen Moralität und Legalität verloren gehen könne.

V.

Diskutiert wurde schließlich auch über kurzfristiges Denken sowie über ökonomische und soziologische Analyse der CSR. Ein Teilnehmer fragte *Micheler*, ob ihre Anmerkung zu Law and Economics eine grundsätzliche Wegbewegung von der insgesamt eher ideengeschichtlichen Ausrichtung des Vortrags sei oder sich vielmehr auf einzelne Positionen beziehe. Ein anderer Diskutant wollte wissen, wie sich CSR zum Short-Termism verhalte. Beim Short-Termism werde eine kurzfristige Option gewählt, obwohl eine langfristige besser wäre. Das Ergebnis sei eine Selbstschädigung der Gesellschaft bzw. der Aktionäre. Handelt es sich dabei um etwas anderes als CSR oder um einen Teil davon? Ferner fragte er, inwieweit CSR überhaupt ein gesellschaftsrechtliches Thema sei. Die diesbezügliche Literatur kombiniere öko-

nomische, verhaltenspsychologische und soziologische Methoden in Form von Fallstudien. Auch das Papier des *Financial Reporting Counsel* ziele darauf ab, Bewusstsein für CSR zu schaffen statt rechtliche Vorgaben zu machen. Unter diesen Gesichtspunkten könne man das Thema vielleicht der Organisationssoziologie und der Betriebswirtschaft überlassen.

Micheler entgegnete, Short-Termism sei nicht als Selbstschädigung der Gesellschaft zu begreifen, da die Gesellschaft kein eigenes Interesse habe. Das Gesellschaftsinteresse sei im englischen System vielmehr die Summe der Interessen einzelner Gesellschafter. Daher seien Aktionäre, die kurzfristige Gewinne machen wollen, legitimiert, dies auch zu tun. Werden dabei langfristige Risiken außer Acht gelassen, liege keine Selbstschädigung der Gesellschaft, sondern eine Schädigung der Volkswirtschaft vor, die Handlungsbedarf auf politischer Ebene hervorrufe. Im Übrigen unterstrich die Referentin die Bedeutung der Soziologie gegenüber Law and Economics. Die ökonomische Analyse mit ihrem *Incentive*-Ansatz fokussiere darauf, welche Anreize nötig seien, damit individuelle Akteure richtige Entscheidungen treffen. Die Soziologie dagegen richte ihren Blick auf die Entscheidungsprozesse selbst. So könne die Qualität des Risikomanagements durch die räumliche Positionierung der Verantwortlichen beeinflusst werden. Würden z.B. die Risikomanager auf demselben Flur wie die Trader sitzen, könne dies zu häufigen persönlichen Kontakten zwischen den beiden Gruppen und im Ergebnis dazu führen, dass die Risikomanager die Trader schlechter überwachten, als wenn sie räumlich von ihnen getrennt wären. Bei der Analyse der CSR sei es lohnenswert, den Blick mehr auf Prozesse im Unternehmen zu richten als auf individuelle Anreize.