

Zusammenfassende Gedanken

zum Streitgespräch zwischen Dr. Ole Schröder und Prof. Dr. Julia Redenius-Hövermann

Einführend stellte Prof. Dr. Julia Redenius-Hövermann Dr. Ole Schröder kurz vor.

Dr. Ole Schröder hat nach dem Abitur und Wehrdienst bei der Luftwaffe Rechtswissenschaft in Hamburg studiert. Er hat in Südafrika einen LL. M. erworben und an der Universität Hamburg promoviert. Er war nach dem 2. Staatsexamen von 2001-2009 Rechtsanwalt in einer Großkanzlei in Hamburg, von 2002 bis 2017 Mitglied des Bundestages und von 2009-2018 Parlamentarischer Staatssekretär beim Bundesminister des Innern. Nach seinem Rückzug aus der Politik war er als Berater tätig und ist seit 1.1.2020 Mitglied des Vorstands der Schufa. Außerdem ist er Gastdozent an der Frankfurt School of Finance & Management.

Ein Streitgespräch im klassischen Sinne, wie man es von Kindern kennt, war es sicher nicht, sondern eine kontroverse Diskussion, in der viele Gedanken geteilt und Denkanstöße an den Gesetzgeber formuliert wurden.

Die Kernfrage der Diskussion, die beide Diskussionsteilnehmer versuchen wollten zu beantworten, lautete: Wie eng wird das Regulierungsnetz für Unternehmen?

Anhand von drei Themenbereichen sollte sich der Fragestellung genähert werden.

Zunächst ging es um das sog. **Lieferkettengesetz**.

Kein anderes Thema ist emotional so aufgeladen wie das Thema Lieferkettengesetz. Hinter diesem nüchternen Namen steht die Frage, wie Unternehmen haften sollen, wenn Geschäftspartner im Ausland gegen Menschenrechte verstoßen. Zweifelsfrei ist, dass Großkonzerne nicht über soziale Missstände hinwegsehen dürfen. Tragödien, wie beispielsweise der Brand einer Textilfabrik in Indien oder die immer noch gängige Praxis der Kinderarbeit von über 70 Mio. Kindern sind nur die offensichtlichsten Belege für die Notwendigkeit global tätige Unternehmen in Verantwortung zu nehmen. Dabei darf das Thema nicht zu einer populistischen Polemik abgleiten, die die Realität verkennt: die globalisierte Wirtschaft ist nicht nur förderlich für die westliche Welt, sondern auch ärmere Regionen, die Wohlstandsgewinne und Lohnzuwächse ermöglichen, die ohne die internationale Arbeitsteilung so nicht zu erreichen wäre.

Dazu kommt, dass die Überprüfung des Aktionsplans Wirtschaft und Menschenrechte 2020 (NAP) zu dem Ergebnis gekommen ist, dass zu wenige der geprüften Unternehmen die Kernelemente menschenrechtlicher Sorgfalt erfüllen.

Ohne Frage: Das Lieferkettengesetz wird kommen. Fraglich ist aber in welcher Form? Ist ein deutscher Weg die richtige Lösung? Kann der europäische Flickenteppich mit einer europäisch einheitlichen Regelung „repariert“ werden? Kann die deutsche EU-Präsidentschaft das Vorhaben vorantreiben, obwohl es schon in Berlin keinen Konsens zu dieser Fragestellung gibt? Viele Fragen... Bevor aber Herr Dr. Schröder zu seinen Eindrücken zu diesem Gesetzesvorhaben befragt wurde, fasste Frau Prof. Redenius die Eckpunkte des „Sorgfaltspflichtengesetzes“ kurz zusammen. Darin sollen:

- Pflichten definiert werden, die Unternehmen beim Schutz von Menschenrechten haben und wie Unternehmen diesen in ihren Lieferketten nachkommen können.
- Unternehmen dazu verpflichtet werden, über ihre Anstrengungen Bericht zu erstatten.
- die Rechte von Arbeiterinnen und Arbeitern vor Gericht gestärkt und einen Weg eröffnet werden, Schadensersatzansprüche in Deutschland geltend zu machen.

Insgesamt wird der deutsche Gesetzgeber sehr sorgfältig vorgehen müssen, um die in Frankreich durch die Loi de vigilance entstandene Situation zu vermeiden. Dort wurde ein Gesetz zur verbindlichen Verankerung der unternehmerischen Sorgfaltspflicht für Menschenrechte verabschiedet. Französische Unternehmen sind nunmehr verpflichtet, menschenrechtliche Risiken auch in Tochterunternehmen und entlang der Lieferkette zu identifizieren und zu verhindern. Das zentrale Problem ist aber, dass die Sorgfaltspflichten der Unternehmen viel zu unpräzise formuliert wurden.

Daran anschließend äußerte Herr Dr Schröder seinen Gesamteindruck. Er erläuterte ob und wie die Unternehmen diese Sorgfaltspflichten gewährleisten können. Einen Schwerpunkt bildete dabei die Frage, ob das Lieferkettengesetz die richtigen Adressaten hat oder ob es sich nicht vielmehr um eine primäre Aufgabe des Staates handelt in dem Sinne, dass der Staat dafür Sorge leisten müsste in welchen Ländern Geschäfte getätigt werden dürfen und in welchen mit Blick auf die Wahrung der Menschenrechte nicht. Derzeit folgt der Staat die Tendenz, diese eigentlich außenpolitische staatliche Aufgabe auf die Unternehmen zu verlagern mit der Folge, dass insbesondere kleinere und mittelständige Unternehmen oder auch Start-ups schon aufgrund der organisatorischen und strukturellen Anforderungen in der Regel nicht in der Lage sein werden den nach dem Lieferkettengesetz auferlegten Pflichten nachzukommen. Eine weitere Wettbewerbsverzerrung wäre die Folge.

Sodann besprachen die Diskutanten den zweiten Themenbereich: **die Verbandshaftung bzw. das Verbandssanktionengesetz.**

Prof. Redenius-Hövermann fasste den Stand und das Gesetzesvorhaben zunächst kurz zusammen.

Ausgehend von dem Grundsatz, dass Strafen der Prävention dienen, d.h. die Rechtstreue (Compliance) erhöhen sollen, hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz am 22. 4. 2020 einen

Entwurf für ein „Gesetz zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität“ und darin insbesondere ein „Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten“ (Verbandssanktionengesetz) vorgelegt. Die Bundesregierung hat diesen am 16.6.2020 beschlossen. Im Bundesrat am 18. September 2020 wurde der Regierungsentwurf nicht beschlossen. Das Gesetz war folglich zum Zeitpunkt der Konferenz immer noch schwebend.

Zusammenfassend werden im Verbandssanktionengesetz juristische Personen („Verbände“ = Unternehmen) u. a. mit drastischen Geldbußen für Straftaten belegt, die Geschäftsleiter und leitende Angestellte begehen. Ob das Gesetz tatsächlich die Unternehmens-Compliance stärkt, hängt wesentlich von den tatsächlichen Sanktionen ab.

Prof. Redenius-Hövermann erläutert, dass die Ziele des Gesetzesentwurfs aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive, nämlich die Stärkung der Integrität der Wirtschaft grundsätzlich zu begrüßen sind, die darin enthaltenen Lösungsansätze aber kritisch gesehen werden müssen. Sie greift einige heraus:

Das Ziel des Gesetzes kann nach Ansicht von Prof. Redenius-Hövermann nur durch einen Regressanspruch gegen die verantwortlichen Organmitglieder erreicht werden. Im Verbandssanktionengesetz sollen nur die Unternehmen (und damit letztlich die Anteilseigner), nicht aber die verantwortlichen Organmitglieder sanktioniert werden. Die aktienrechtliche Organhaftung läuft durch die seit langem als kaum tauglich erwiesenen Verfolgungs-Wege (wie der Antrag auf Sonderprüfung) de facto ins Leere und kann nicht als Lösungsansatz dienen. Zudem verweigern die Gerichte einen gesellschaftsrechtlichen Regressanspruch mit dem Argument, Unternehmensbußgelder seien auf das Unternehmen zugeschnitten und daher nicht auf die verantwortlichen Personen, d.h. die Organmitglieder abzuwälzen. Eine verhaltenssteuernde Wirkung würde das Gesetz aber nur dann entfalten, wenn ein Regressanspruch gegen die verursachenden Organmitglieder besteht, der allerdings angemessen festzulegen ist (z. B. in Form einer Haftungshöchstgrenze).

Auch sieht Prof. Redenius-Hövermann sehr kritisch, dass das Verbandssanktionengesetz das konzernrechtliche Trennungsprinzip missachtet. Eine Anknüpfungstat sollte weiterhin nur der juristischen Einheit zugerechnet werden, in der der Anknüpfungstäter unmittelbar tätig war, um die erforderliche Rechtsicherheit zu gewährleisten.

Das vorgelegte Verbandssanktionengesetz sieht ein striktes Legalitätsprinzip vor, sodass ein Ermessen der Behörden über eine Strafverfolgung nicht mehr bestehen würde. Schon angesichts der dann erheblich steigenden Zahl der Fälle muss die fachliche Expertise durch Schwerpunkt-Staatsanwaltschaften gewährleistet werden. Weiterhin ist zu bedenken, dass die Sanktionierung und die Angemessenheit der Strafhöhe sachbezogener durch eine Behörde wie die BaFin oder BKartA erfolgen würde, als nur gelegentlich damit befasste Strafgerichte. Eine solche Übertragung an eine

Verwaltungsbehörde würde im Einklang mit dem OWiG stehen und sollte zur Verringerung des in der Vergangenheit häufig bemängelte „Nord-Süd-Gefälles“ führen.

Herr Dr. Schröder konnte dem Gesagten nur zustimmen und unterstrich, dass das Verbandssanktionengesetz aus seiner Sicht die Falschen trifft und es eines solchen Gesetzes nicht bedurft hätte. Vielmehr hätte eine Anpassung des OWiG genügt.

Die Diskutanten kamen noch auf den Fall Wirecard zu sprechen. Die rhetorische Frage, ob das Verbandssanktionengesetz diesen hätten verhindern können, beantworteten beide negativ, da im konkreten Fall ungeahnte kriminelle Energie seitens der Organmitglieder zu Tage trat, die kein Gesetz hätte verhindern können. Hierin zeigt sich das große Manko des Verbandssanktionengesetzes, das nur das Unternehmen, nicht aber die Organmitglieder sanktioniert.

Wirecard hat auch große Defizite der Corporate Governance aufgezeigt, nämlich, dass insbesondere die Kontroll- und Beratungsfunktionen vollkommen außer Kraft gesetzt wurden, es zu einem vollkommenen Missverhältnis zwischen Vorstand und Aufsichtsrat kam.

Die Diskutanten leiteten zum letzten Themenkomplex über: **die Corporate Governance** und widmeten sich der Frage, wo im letzten Jahr Aspekte der Corporate Governance reguliert wurden, zunächst der Frage der Online Hauptversammlung und ihrer Herausforderungen.

Die COVID 19-Pandemie fiel mit ihren Versammlungs- und Reisebeschränkungen mitten in die Hauptversammlungssaison deutscher Aktiengesellschaften. Der Gesetzgeber reagierte darauf in rekordverdächtiger Zeit mit dem Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID 19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht (COVAbmildG): Seit Ende März 2020 galten fortan die Regelungen zur Abhaltung einer virtuellen Hauptversammlung, was auch Eingriffe in die Aktionärsrechte mit sich brachte, so wurde den Aktionären z. B. nur noch ein Fragerecht zugesprochen. Das Auskunftsrecht der Aktionäre entfiel durch das COVGesMG, da der Vorstand Fragen nun nicht mehr beantworten musste, sondern nach freiem Ermessen entscheiden konnte, welche Fragen er in welcher Form beantwortet. Weiterhin konnte der Vorstand mit Zustimmung des Aufsichtsrats gem. § 1 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 COVGesMG bestimmen, dass die Fragen bis zwei Tage vor der Hauptversammlung eingereicht werden müssen. Auch letzteres stellte einen Eingriff in die Aktionärsrechte dar, denn die Aktionäre haben keine Möglichkeit, auf die Antworten des Vorstands und Aufsichtsrats zu reagieren, außer dagegen während der Hauptversammlung Widerspruch zu Protokoll zu geben. Ein Rederecht bestand damit auch nicht mehr. Das COVGesMG wurde per Verordnung verlängert.

Die Eingriffe in die Aktionärsrechte, so die Meinung von Frau Prof. Redenius-Hövermann, waren im März 2020 aufgrund der Notwendigkeit nach schnellen Maßnahmen noch vertretbar, die Verlängerung im November 2020 dagegen verfassungsmäßig doch sehr kritisch zu sehen.

Prof. Redenius-Hövermann merkte auch noch an, dass es ihrer Meinung nach einer Reform des Aktienrechts dahin bedarf, dass es zu einer Angleichung von physischer Präsenzhauptversammlung und Online-Hauptversammlung kommt und damit die erheblichen Eingriffe in die Aktionärsrechte durch die Regelungen des COVGesMG behoben werden.

Dr. Schröder konnte nur zustimmen und wandte noch ein, dass aus seiner Sicht die technischen Gegebenheiten bestehen, um eine solch „vollwertige“ Online-Hauptversammlung durchführen zu können.

Die Diskutanten schnitten nochmals das Thema Wirecard aus Corporate Governance-Perspektive an, insbesondere mit Blick auf die Frage der Professionalisierung des Aufsichtsrats, die Frage der Unabhängigkeit der Abschlussprüfer und des aktienrechtlichen Haftungsrechts der Organmitglieder.

Beide unterstrichen die Notwendigkeit die Professionalisierung des Aufsichtsrats weiter voranzutreiben und nannten als Stichworte die Unabhängigkeit, die Mandatshöchstgrenzen und die Begrenzung der Mandatslänge. Auch diskutierten sie die Frage an, ob dem Abschlussprüfer nicht zu viel zugemutet wird, er als eine Art Oberkontrolleur gesehen wird, obwohl die Rolle des Aufsichtshabenden dem Aufsichtsrat zufallen muss. Der Abschlussprüfer sollte dagegen als Sparringpartner des Aufsichtsrates dienen.

Schließlich warfen die Diskutanten die Frage auf, ob nicht ganz grundsätzlich über eine Gesamtreform des aktienrechtlichen Haftungsrechts nachgedacht werden muss, und zwar nicht unbedingt über den Weg der Regulierung, sondern vielleicht auch den der Deregulierung, beispielweise im Rahmen von Haftungshöchstgrenzen.

Zum Abschluss stellte Prof. Redenius-Hövermann nochmals die Eingangsfrage in den Raum: **Wie eng wird das Netz an Regulierung für Unternehmen?** Ergänzte sie mit der Frage: Wie muss effektive Regulierung für Unternehmen ausgestaltet sein?

Mit Blick auf die drei besprochenen Themenbereiche geht es darum Verhalten zu steuern. Besinnt man sich darauf zurück, dass ein regulatorischer Eingriff grundsätzlich erst bei nachgewiesenem Marktversagen legitimiert ist und damit an die klassische Taxonomie des Vorhandenseins von Marktversagensgründen, nämlich öffentliche Güter, externe Effekte, Informationsasymmetrien und Marktmacht, so stellt sich die Frage, wo Marktversagen qualifiziert werden kann. Anders formuliert: Inwieweit rechtfertigt diese Verhaltenssteuerung eine rechtliche Intervention in Form eines regulierenden Eingriffs? Kann diese Frage mit einen „zusätzlichen, eigenständigen ‚Interventionsgrund‘

für den Staat“ im Sinne von *behavioral market failures* beantwortet werden? Im Ergebnis bleibt es eine rechts- und wirtschaftspolitische Entscheidung, ob und wo der Gesetzgeber einen Interventionsgrund als Ziel der Rechtsordnung anerkennt.

Wenn das „Ob“ beantwortet ist, stellt sich die Frage des „Wie“ der Regulierung.

Aus Sicht von Prof. Redenius-Hövermann wird zu häufig nur auf Skandale reagiert, statt im Wege eines sachlichen Diskurses proaktiv zu agieren. Würde man den *modus operandi* hier ändern, wäre sicherlich nicht unbedingt der Weg der zwingenden Regulierung zur normativen Korrektur notwendig...

Dr. Schröder fügte noch, dass neue Regelungen nicht die bestehenden Anwendungs- und Vollzugsdefizite beheben.