

Von der Initiative zur Regelsetzung: Die regulatorische „Toolbox“ des Gesetzgebers



Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

18.09.2021

Summer School der CA Unternehmensethik

Dipl.-Jur. Florian Zenner

Institut für Öffentliches Recht – Abteilung 3 (Staatsrecht)



**UNI
FREIBURG**

- Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Institut für Öffentliches Recht – Abteilung 3 (Staatsrecht) der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.
- Promotion an der Schnittstelle von Rechtstheorie, Informationstechnik und Verfassungsrecht.
- Sonstige Forschungs- und Interessengebiete: Rechtsphilosophie, Internationales Recht und Europarecht.
- Kontakt: florian.zenner@jura.uni-freiburg.de
Internet: [Florian Zenner — Institut für Öffentliches Recht - Abt. 3 \(Staatsrecht\)](#)

- I. Einführung – Was ist Regulierung?
- II. Das Vorgehen des Gesetzgebers
- III. Regulierungsinstrumente – Ein Blick in die „Regulatory Toolbox“
- IV. Die Wahl der Regulierungsstrategie – „Regulatory Choice“
- V. Vergleichender Blick zwischen LkSG und EU-Vorschlag
- VI. Zusammenfassung und Anregungen

(Mit Bezügen zum Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, LkSG)

I. Der Begriff der Regulierung



- Verschiedene Ansätze was unter „Regulierung“ zu verstehen ist.
- Insbesondere die Reichweite des Regulierungsbegriffs ist fraglich.
- Klare Konturen bietet folgende, vermittelnde Lösung:

*"Regulierung ist in einem weiten Sinne gekennzeichnet durch **staatliche Maßnahmen**, die zur **Erreichung bestimmter Ziele** ergriffen werden und dabei das Verhalten von Wirtschaftsteilnehmern **steuern**, um **die Funktionsfähigkeit des Marktes sicherzustellen.**"*

(Quarch, Regulierung des Crowdlendings, S. 21 f.)

I. Der Begriff der Regulierung



- Die drei Elemente von Regulierung:
 - **Staatliche Maßnahmen (z.B. Gesetze).**
 - **Erreichung bestimmter gesellschaftlicher Ziele/Schutzziele/Ordnungszwecke.**

„Durch dieses Gesetz werden [...] Unternehmen [...] verpflichtet, ihrer Verantwortung in der Lieferkette in Bezug auf die Achtung international anerkannter Menschenrechte [...] besser nachzukommen.“ (BT-Drucks. 19-28649, S. 2)

- **Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Marktes/Begegnung von Marktversagen.**

„Die Ergebnisse der im Rahmen des Nationalen Aktionsplans durchgeführten repräsentativen Untersuchungen vom Juli 2020 haben gezeigt, dass lediglich zwischen 13 und 17 Prozent der befragten Unternehmen die Anforderungen des Nationalen Aktionsplans erfüllen.“ (BT-Drucks. 19-28649, S. 2)

II. Das Vorgehen des Gesetzgebers

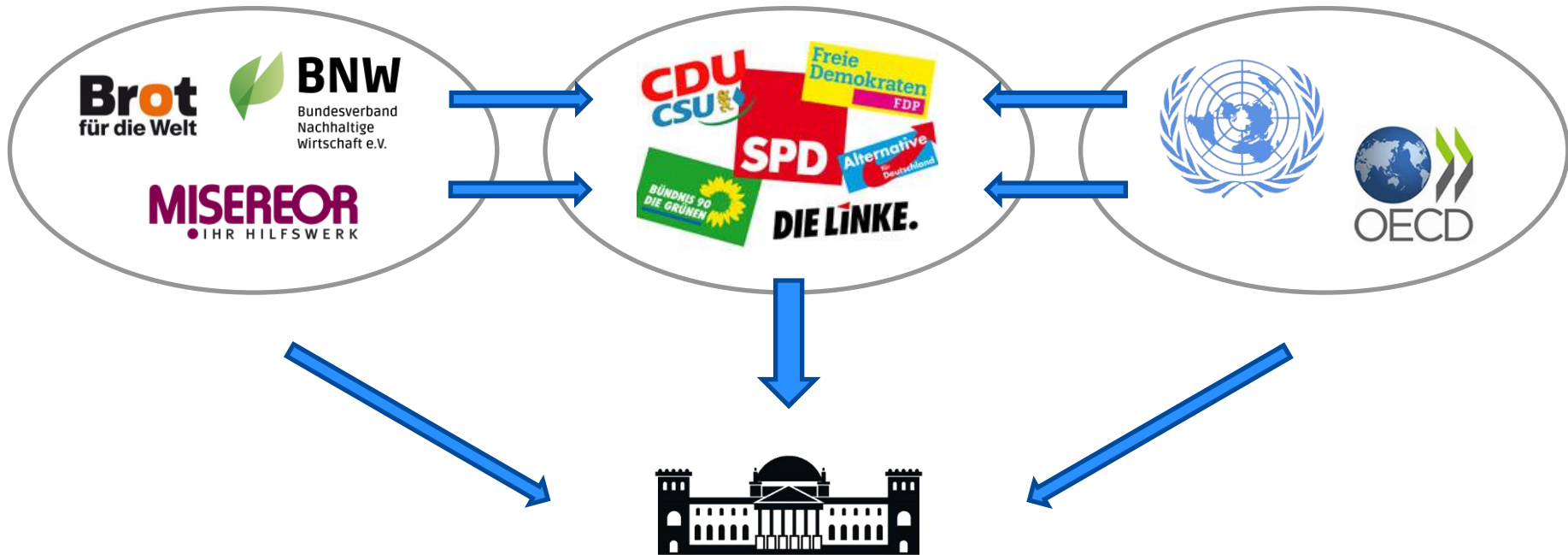


1. Problemidentifikation

(Zivil-)Gesellschaftliche Akteure

Politische Akteure

Internationale Organisationen (GO/NGO)



(Auswahl einiger Akteure)

II. Das Vorgehen des Gesetzgebers



1. Problemidentifikation

2. Festlegung des Regelungsziels

„[E]s wird von einem „Pluralismus der Regulierungsziele“ gesprochen. Entnehmen lassen sich die Ziele einer Regulierung teilweise dem regulierenden Gesetz selbst [...] oder aber Sinn und Zweck des Gesetzes [...]“ (Quarch, Regulierung des Crowdfunding, S. 26)

3. Entwicklung von Regulierungsalternativen

„Bunter Strauß von Rechtsregeln und Rechtsinstituten“ (Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System, 2004, S. 140)

4. Festlegung der Regulierungsstrategie

Kernfragen: Welche Regulierungsinstrumente gibt es? Welche davon sind (am besten) geeignet?

Deutscher Bundestag

Drucksache 19/28649

19. Wahlperiode

19.04.2021

Gesetzesentwurf
der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten

A. Problem und Ziel

Die Bundesrepublik Deutschland steht aufgrund der hohen internationalen Verankerung unter volkswirtschaftlich bedeutenden Branchen in einer besonderen Verantwortung, auf eine Verbesserung der weltweiten Menschenrechtslage entlang von Lieferketten hinzuwirken und die Globalisierung mit Blick auf die Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung sozial zu gestalten. Die zunehmende Integration deutscher Unternehmen in globale Beschaffungs- und Absatzmärkte bietet Chancen und Herausforderungen zugleich: neue Märkte und Produktionsstätten werden erschlossen und so Arbeitsplätze und Wohlstand geschaffen. Gleichzeitig können aber auch Risiken durch Intransparenz und die oft mangelhafte Durchsetzung von international anerkannten Menschenrechten in den Lieferketten von Unternehmen in der globalen Wirtschaft entstehen. Die Pflicht, die Menschenrechte des Einzelnen zu achten, zu schützen und einzuhalten, liegt bei den Staaten. Die Verantwortung von Unternehmen für die Achtung der Menschenrechte besteht unabhängig von der Fähigkeit oder Bereitschaft der Staaten, ihrer Pflicht zum Schutz der Menschenrechte nachzukommen. Macht der innerstaatliche Kontext es unmöglich, dieser Verantwortung uneingeschränkt nachzukommen, ist von Unternehmen zu erwarten, dass sie die Grundsätze der international anerkannten Menschenrechte achten, soweit es in Abwägung der Umstände möglich ist.

Um ihrer Verantwortung zum Schutz der Menschenrechte gerecht zu werden, setzt die Bundesregierung die Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte der Vereinten Nationen mit dem Nationalen Aktionsplan für Wirtschaft und Menschenrechte von 2016 (Nationaler Aktionsplan) an der Bundesrepublik Deutschland um. Dort ist die Erwartung an Unternehmen formuliert, mit Bezug auf ihre Größe, Branche und Position in der Lieferkette in angemessener Weise die menschenrechtlichen Risiken in ihren Liefer- und Wertschöpfungsketten zu ermitteln, ihnen zu begegnen, darüber zu berichten und Beschwerdeverfahren zu ermöglichen.

Der Nationale Aktionsplan ist ein wichtiger erster Schritt. Zentral für seine erfolgreiche Umsetzung sind ein einheitliches Verständnis von Inhalt und Umfang der menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten und deren breite Verankerung in unternehmensinternen Prozessen. Die Ergebnisse der im Rahmen des Nationalen Aktionsplans durchgeführten repräsentativen Untersuchungen vom Juli 2020 haben

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

II. Das Vorgehen des Gesetzgebers



Exkurs: Der Weg zum LkSG



2011

Verabschiedung der UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte durch den UN-Menschenrechtsrat.



2015

Eine [Studie der Universität Maastricht](#) zeigt, dass gegen in der BRD ansässige Unternehmen weltweit die fünftmeisten Beschwerden wegen Menschenrechtsverletzungen eingereicht werden – nur sehr knapp hinter China auf Platz 4.



12/2016

Verabschiedung des Nationalen Aktionsplans für Wirtschaft und Menschenrechte (Prinzip: Freiwillige Selbstverpflichtungen).

(Auswahl zentraler Ereignisse)

II. Das Vorgehen des Gesetzgebers



Exkurs: Der Weg zum LkSG



12/2016

Menschenrechts- und Umweltschutzorganisationen veröffentlichen den Kommentar "Kein Mut zu mehr Verbindlichkeit".



2/2017

Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD: „falls die wirksame und umfassende Überprüfung des NAP 2020 zu dem Ergebnis kommt, dass die freiwillige Selbstverpflichtung der Unternehmen nicht ausreicht, werden wir national gesetzlich tätig und uns für eine EU-weite Regelung einsetzen.“



7/2020

Repräsentative Untersuchungen im Rahmen des NAP zeigen, dass lediglich zwischen 13 und 17 Prozent der befragten Unternehmen die Anforderungen des NAP erfüllen.



Die Bundesregierung sieht gem. den Vereinbarungen im Koalitionsvertrag gesetzgeberischen Handlungsbedarf.

(Auswahl zentraler Ereignisse)

II. Das Vorgehen des Gesetzgebers



Exkurs: Der Weg zum LkSG



3/2021

Wirtschaftsverbände kritisieren Teile des geplanten LkSG und nehmen [Einfluss auf den Ausarbeitungsprozess](#).



16.7.2021

Der Deutsche Bundestag erlässt das LkSG, das zum 1. Januar 2023 in Kraft tritt.

(Auswahl zentraler Ereignisse)

III. Regulierungsinstrumente – Ein Blick in die „Regulatory Toolbox“



Süddeutsche Zeitung Nr. 210, Samstag/Sonntag, 11./12. September 2021

Die Politik hat zwei Werkzeugkästen mit Instrumentarien, um auf Wirtschaft und Gesellschaft Einfluss zu nehmen: Auf dem ersten Werkzeugkasten steht „Geld“, auf dem zweiten Werkzeugkasten steht „Recht“. Mit der Zufuhr oder dem Entzug von Geld kann die Politik ein erwünschtes Verhalten anregen und steuern. Mit dem Erlass und der Aufhebung von Gesetzen geht das auch; Rechtsetzung ist Steuerungspolitik.

- Finanzielle Anreize (Subventionierung)
- Normative Vorgaben für das Verhalten der Marktteilnehmer
- (Daneben: „Nullregulierung“; Aufsichtsrecht)

Heribert Prantl, Verbotspolitik, Süddeutsche Zeitung vom 11./12.09.2021, S. 5.

➔ Schwerpunkt dieser Darstellung sind die **normativen Vorgaben** des Gesetzgebers und die damit **verbundenen aufsichtsrechtlichen Maßnahmen**.

| Anlässlich des Lokführerstreiks

Arbeitsministerium sieht keinen Änderungsbedarf für das Tarifeinheitsgesetz

LTO-Meldung vom 03.09.2021

03.09.2021

III. Regulierungsinstrumente – Ein Blick in die „Regulatory Toolbox“



1. Normative Vorgaben

a) Selbstverpflichtungen

Beispiel:

- Vereinbarung der Mobilfunkanbieter zur Verbesserung des Verbraucherschutzes und der Verbraucherkommunikation.
- Vereinbarung der Abfallwirtschaft und der Druckindustrie zum gesteigerten Einsatz von altpapierhaltigem Papier.

Eine [Zusammenstellung freiwilliger Selbstverpflichtungen](#) hat der Wissenschaftliche Dienst 5 des Bundestags erstellt.
(Az. WD 5 – 3000 – 079/16)



Bisheriger Regulierungsansatz beim Thema Wirtschaft und Menschenrechte.

b) Soft-Law

Grundsätze, Empfehlungen oder Verhaltensregeln, deren Nichtbeachtung keine **unmittelbaren rechtlichen** Folgen hat.



Mögliche Durchsetzungsmechanismen: „*comply or explain*“; „*name and shame*“.



Hinweis: Soft-Law und die beiden genannten Prinzipien werden vor allem zur internationalen Finanzmarktregulierung verwendet.

III. Regulierungsinstrumente – Ein Blick in die „Regulatory Toolbox“



1. Normative Vorgaben

a) Selbstverpflichtungen

b) Soft-Law

c) Verbindliche Standards für Marktteilnehmer

- Sorgfaltspflichten für Unternehmen (LkSG)
- Produktbezogene Regelungen
- Gesellschaftsrechtliche Instrumente ([EU Vorschlag](#))

 Verpflichtung von Vorstand und Aufsichtsrat, die Interessen aller Stakeholder auszugleichen (*Stakeholder vs. Shareholder Value*).

Eingriffsintensität in die unternehmerische Freiheit steigt an.

III. Regulierungsinstrumente – Ein Blick in die „Regulatory Toolbox“



1. Normative Vorgaben

2. Aufsicht

„Gesamtheit staatlicher Handlungen, die zum Zwecke haben, das Verhalten der dem Staat Unterstellten in Übereinstimmung mit einem feststehenden Richtmaß zu setzen oder zu erhalten.“ (Triepel, Die Reichsaufsicht, 1917, S. 121)

a) Staatliche Aufsicht

- Präventive Aufsicht (Verhütung von Verstößen)
- Repressive Aufsicht (Sanktionierung durch Bußgelder, Strafandrohungen etc.)

§ 22

Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge

(1) Von der Teilnahme an einem Verfahren über die Vergabe eines Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsauftrags der in den §§ 99 und 100 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen genannten Auftraggeber sollen Unternehmen bis zur nachgewiesenen Selbstreinigung nach § 125 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausgeschlossen werden, die wegen eines rechtskräftig festgestellten Verstoßes nach § 24 Absatz 1 mit einer Geldbuße nach Maßgabe von Absatz 2 belegt worden sind. Der Ausschluss nach Satz 1 darf nur für einen angemessenen Zeitraum von bis zu drei Jahren erfolgen.

III. Regulierungsinstrumente – Ein Blick in die „Regulatory Toolbox“



1. Normative Vorgaben

2. Aufsicht

a) Staatliche Aufsicht

b) Private Enforcement

- Zivilrechtliche Haftung für (Menschen-)Rechtsverletzungen

➡ Betroffene klagen **selbst**.

- Klagerechte für NGOs

➡ NGO klagt **selbst** ohne Geltendmachung einer Rechtsverletzung.

- Möglichkeit der Prozessstandschaft

➡ NGO führt Prozess um Rechte der Betroffenen in eigenem Namen

ZEIT  ONLINE

Suche



Politik **Gesellschaft** Wirtschaft Kultur • Wissen Gesundheit • Digital Campus • Green Arbeit ZEITmagazin • mehr •



Menschenrechte

NGO verklagt deutsche Firmen wegen mutmaßlicher Zwangsarbeit in China

China zwingt laut Menschenrechtlern die Uiguren zur Arbeit in der Textilindustrie. Dort produzierende deutsche Unternehmen wie Hugo Boss und Lidl widersprechen.

6. September 2021, 0:37 Uhr / Quelle: ZEIT ONLINE, [kzi.as](#) / 185 Kommentare / 

Eine gute Übersicht über einige Verfahren bietet der Reader "[Unternehmen zur Verantwortung ziehen - Erfahrungen aus transnationalen Menschenrechtsklagen](#)"

LkSG sieht nur dieses Modell vor.

IV. Die Wahl der Regulierungsstrategie – „Regulatory Choice“



1. Ausgangspunkt

Auswahl der Regulierungsmittel obliegt dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber und ist damit (auch) rechtspolitischer Natur.

2. Bewertungsmethoden

Interdisziplinäre Vorgehensweise, die seit 2000 in Form der Gesetzesfolgenabschätzung (GFA) Einzug in das deutsche Recht gefunden hat:

§ 44 Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien

*(1) Unter Gesetzesfolgen sind die wesentlichen Auswirkungen des Gesetzes zu verstehen. Sie umfassen die beabsichtigten Wirkungen und die unbeabsichtigten Nebenwirkungen. Die Darstellung der voraussichtlichen Gesetzesfolgen muss **im Benehmen mit den jeweils fachlich zuständigen Bundesministerien** erfolgen und hinsichtlich der finanziellen Auswirkungen erkennen lassen, worauf die Berechnungen oder die Annahmen beruhen. **Es ist darzustellen, ob die Wirkungen des Vorhabens einer nachhaltigen Entwicklung entsprechen, insbesondere welche langfristigen Wirkungen das Vorhaben hat.** Das Bundesministerium des Innern kann zur Ermittlung von Gesetzesfolgen Empfehlungen geben.*

IV. Die Wahl der Regulierungsstrategie – „Regulatory Choice“



1. Ausgangspunkt

2. Bewertungsmethoden

3. Entscheidungsparameter

Grundsätzlich bleibt es bei der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Zweckmäßige Parameter sind aber Effizienz, Effektivität und Durchsetzbarkeit der Maßnahmen.

Äußerste Grenzen: Grundrechte des Grundgesetzes (GG) und der Europäischen Grundrechtecharte (GrCh)

Art. 12 GG - Berufsfreiheit

Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.

Art. 16 GrCh – Unternehmerische Freiheit

Die unternehmerische Freiheit wird nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt.

IV. Die Wahl der Regulierungsstrategie – „Regulatory Choice“



1. Ausgangspunkt

2. Bewertungsmethoden

3. Entscheidungsparameter

Staatliche Maßnahmen greifen regelmäßig in Grundrechte der Betroffenen ein. Solche Eingriffe können aber unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt sein. Ein besonders wichtiges juristisches Instrument stellt dabei die **Verhältnismäßigkeitsprüfung** dar:

- a) Verfolgt die Maßnahme ein **legitimes Ziel**? Siehe Gesetzesbegründung.
- b) Ist die Maßnahme **geeignet**, die Erreichung des Ziels zumindest zu fördern?
- c) Ist die Maßnahme **erforderlich** oder existieren gleich geeignete und weniger eingriffsintensive Alternativen?

 Weniger eingriffsintensive Maßnahmen haben sich nicht als gleich geeignet erwiesen.

- d) Ist die Maßnahme **angemessen** bzw. Verhältnismäßig im engeren Sinne?

 Umfassende Abwägung der sich gegenüberstehenden Grundrechtspositionen.

Die unterschiedlichen „Tools“ in der Praxis:

	<u>Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz</u>	<u>Richtlinienempfehlung des EP</u>
Kreis der Verpflichteten	Ab 2023: dt. Unternehmen ab 3.000 Mitarbeitern Ab 2024: dt. Unternehmen ab 1.000 Mitarbeitern	„Große Unternehmen“ eines Mitgliedsstaats, mit Niederlassung in einem solchen oder Unternehmen, die Waren und/oder Dienstleistungen in der EU anbieten
Reichweite der Verpflichtung	Abgestufte Verantwortung; in erster Linie eigenes Unternehmen und unmittelbarer Zulieferer	Lieferanten und Subunternehmen in der gesamten Lieferkette
Gesellschaftsrechtliche Vorgaben	Das Unternehmen muss geeignete Präventionsmaßnahmen treffen	Einbeziehung von „Interessenträgern“ in die Menschenrechtsarbeit der Unternehmen
Zivilrechtliche Haftung/ Private Enforcement	<p>„Das Gesetz begründet eine Bemühenspflicht, aber weder eine Erfolgspflicht noch eine Garantiehafnung“</p> <p>„Die geltenden Regeln des Internationalen Privatrechts bleiben von der Möglichkeit der Prozessstandschaft unberührt.“</p>	Mitgliedsstaaten werden verpflichtet, eine Haftung <i>nach ihrem Recht</i> einzuführen.



VI. Zusammenfassung und Anregungen



- Dem Gesetzgeber stehen zur Regulierung eine Reihe von Instrumenten und Durchsetzungsmechanismen zur Verfügung, die sich in Intensität und Wirkungsweise stark voneinander unterscheiden.
- Damit ist aber nichts über die Effektivität dieser Instrumente und Mechanismen gesagt. Es muss vielmehr geprüft werden, welches Vorgehen im betroffenen Regulierungsfeld am meisten Erfolg verspricht.
- Dabei sind gerade beim LkSG neben (völker-)rechtlichen auch wirtschaftliche und Innen- wie Außenpolitische Gesichtspunkte zu beachten.
- Der deutsche Gesetzgeber wählte einen Kurs, der weniger eingriffsintensiv ist als der Vorschlag des Europäischen Parlaments. Sollte das LkSG überarbeitet werden oder genügen die gegebenen Regeln, um ein vergleichbares/besseres Ergebnis zu erzielen?
- Auf der Entstehung des LkSG liegt der lange Schatten erheblicher Einflussnahme auf den Gesetzgebungsprozess. Sollte der Gesetzgeber Vorkehrungen treffen, um zu gewährleisten, dass die „Regulatory Choice“ bei den Volksvertretern verbleibt?

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



„Noch nicht am Ziel, aber endlich am Start.“

(Misereor)

„Kinder gehören in Schulen und nicht in Minen. Das

Lieferkettengesetz setzt klare Standards.“ (Hubertus Heil)

„Für die Wirtschaft derart schädlich“

(Hauptgeschäftsführer des BDA)

„Zahnloser Papiertiger“

(Fraktion die Linke im Bundestag)