

Betriebs
Berater

75

R&W
Fachmedien Recht und Wirtschaft

Jubiläumsmagazin

Wirtschaft und Wirtschaftsrecht der näheren Zukunft – Wagnis einer Prognose

Prof. Dr. Thomas Klindt, RA,
Partner, Noerr



Der Rückblick auf stolze, erfolgreiche 75 Jahre erlaubt uns allen noch lange keinen Zukunftsblick auf eine ebengleiche Zeitdauer. Was mag im Jahr 2096 wohl wirtschaftsrechtlich wichtig sein? Selbst 25 Jahre Zukunftsblick schienen mir vermessen, da zu viele Perspektiven, Entwicklungen, Innovationen und Nöte in sich kulminierender Geschwindigkeit zu beobachten sind: Da ist eine Vielzahl technischer Entwicklungen, wie die (überstrapazierten) Megathemen Künstliche Intelligenz, Quantencomputing und Digitalisierung, die zivilisatorische und industrielle Nutzung des erdnahen Weltraums oder das als Bio-Tuning beschreibbare Verbessern sensitiver und kognitiver Kompetenzen über Brain-Computer-Interface (BCI), leistungsstärkere Kunstorgane inklusive der medizintechnischen Entwicklungen, etwa im künstlichen Blut, in der Gentherapie und in der pränatalen Gendiagnostik. Hinzu treten gesamtgesellschaftliche Entwicklungen, wie der eigenartig aufkeimende innereuropäische Kontrast im freiheitlichen Umgang mit selbstverständlichen Lesbian-, Gay-, Bi-, Trans-, Queer- und Intersex-(LGBTQ+-)Rechten, der durch Umweltkrisen prophezeiten Klima-Migration ganzer Populationen oder die mediale Überflutung mit atomisierten Einzelinformationen auf allen Off- und Online-Kanälen rund um die Uhr. Ich möchte zuletzt geozooziologische Entwicklungen erwähnen, wie der insgesamt unverminderte Anstieg der Weltbevölkerung inklusive einer beständig anwachsenden Überalterung der Bevölkerung mit all ihren Herausforderungen für Barrierefreiheit, Rentenkonzepte, Sterbehilfe und Erbgang.

Zu zwei konkreten Entwicklungen wage ich indes hier eine konkrete Prognose. Beide werden uns – und das sich möglicherweise wechselseitig anfeuernd – in den nächsten zwei Dekaden in der Wirtschaft insgesamt massiv beschäftigen. Damit einhergehen wird eine wirtschaftsrechtliche Aufarbeitung durch Gesetzgeber, Gerichte, Wirtschaftsakteure und Wissenschaft. Es sind dies – im internationalen Jargon – der Climate Change, und es sind die Human Rights. Klimawandel und Menschenrechte werden längst nicht mehr rein national zu betrachten sein; wir sollten uns frühzeitig an die international passfähige Sprachformulierung gewöhnen.

Human Rights

Die jüngst erfolgte Veröffentlichung des (übrigens unnötig monströs titulierten) Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes (LfSG) ist

ein erster, in der Tat noch rein nationaler Höhepunkt menschenrechtlicher Argumentation um unternehmerische Obliegenheiten im globalen Kontext von mehrstufigen Lieferketten, Warenveredelungen und Wertschöpfung. Das Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ) hatte dazu übrigens erste Gesetzesinitiativen schon ergriffen, bevor überhaupt das Ergebnis einer im Koalitionsvertrag vorgesehenen (aus vielen Gründen fragwürdigen) Umfrage zur unternehmerischen Berücksichtigung der menschenrechtlichen Vor-Ort-Situation in der Lieferkette vorlag (schon früh kritisch *Wiedmann*, CB 2019, Die Erste Seite).

Rechtshistorisch wird er horizontal in eine Ebene mit ebenfalls nationalen Regelungen wie dem Modern Slavery Act Großbritanniens (2015) oder das Loi de vigilance Frankreichs (2017) gestellt. Vertikal zieht sich ein verdichteter Strang vom viel beachteten *Ruggie*-Bericht über die 2011 verabschiedeten UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte bis zum deutschen Nationalen Aktionsplan (NAP) 2016–2020. Aus der damaligen BMZ-Umfrage ergab sich, dass zu wenige Unternehmen jenen NAP berücksichtigen, ja überhaupt nur kennen; dies galt als rechtspolitische Begründung gescheiterter Selbstverpflichtungsbemühungen. Richtig ist natürlich, dass sich die Bundespolitik über eine mangelnde Beachtung des NAP dann nicht wundern darf, wenn er – wie schon zuvor international die erwähnten UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte – unter allenfalls dürftigster Beteiligung jener adressierten Wirtschaft zustande kam. Bei Lichte betrachtet zieht sich seit 2011 bei diesem Thema eine Art Überstülpung, eine UN-völkerrechtliche Leitlinie zuzulasten Dritter durch die Geschichte. Richtig ist leider auch, dass der Bundestag im LkSG völkerrechtliche International-Labour-Organization-(ILO-)Abkommen zuzulasten der Wirtschaft in Bezug nimmt, von denen China nur vier und die USA überhaupt nur zwei eigenständig akzeptiert haben. Wie schließlich deutsche Wirtschaftsunternehmen in ihrer Wertschöpfungskette auf die Nicht-Einhaltung staatlicher Schutzvorschriften bei just dezidierten Staatsbetrieben etwa in China reagieren sollen, bleibt das maliziöse Geheimnis des parlamentarischen Gesetzgebers.

Ein vom Europäischen Parlament im März 2021 vorgelegter Legislativbericht zur Empfehlung einer thematisch entsprechenden EU-Richtlinie zeigt, dass die Thematik vom nationalen Gesetzgeber weg- und zum europäischen Gesetzgeber hinwandert. Ob und wann dann die Kommission einen solchen eigenen Regelungsentwurf vorlegt, ist noch offen. Der Legislativbericht des EU-Parlaments hat jedenfalls im Mai 2021 in erfreulicher Deutlichkeit schneidende Kritik durch den Regulatory Scrutiny Board der Kommission erfahren: zu wenig Belege für die Wirksamkeit, zu wenig Beweis für den Regelungsbedarf, zu dürftige Begründung des Ansatzes, zu einseitig und zu unverhältnismäßig – die chirurgisch formulierten Ohrfeigen waren schallend und eigentlich bis nach Berlin zu hören. Denn vergleichbarer Kritik muss sich natürlich auch das LfSG aussetzen, das von vorne bis hinten handwerklich desolate Unbestimmtheiten zu einem Kompositum appellativer Moralpolitik und beeindruckender Ignoranz eigener außenpolitischer Insuffizienz vermischt. Man sah sich in Berlin menschenrechtlich nicht einmal in der Lage, den Unternehmen eine Positiv-Liste akzeptabler oder eine Negativ-Liste inakzept-

tabler Jurisdiktionen anzubieten – ein Trauerspiel. Umso mehr wird abzuwarten sein, ob überhaupt und mit welchem Inhalt die EU eigene Regelungen generieren wird.

Damit werden für die Unternehmen zentrale Fragen verbunden sein, für die sich der Betriebs-Berater als zentraler Diskussionsort mehr als empfiehlt: europarechtliche Fragen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, internationale Fragen des IPR, staatlicher Behördenvollzug samt Bußgeldbewehrung und deliktsrechtliche Fragen einer zivilrechtlichen Unternehmensehaftung (dazu *Kramer*, RIW 2020, 96) drängen sich gewiss als Erstes auf. Im IPR etwa müssen wir mit komplexen Rechtsgutachten nach § 293 ZPO rechnen, weil beispielsweise ein anwendbares pakistanisches Recht über Art. 268 Abs. 1 der pakistanischen Verfassung das englische Common Law auch nach 1947 für anwendbar erklärt (dazu *Thiede/Bell*, RIW 2017, 263). Wir werden eine Flut von Human Rights Litigation an verschiedenen Gerichtsständen sehen, was internationales Zivilprozessrecht, internationales Zustellungsrecht und internationales Vollstreckungsrecht mobilisieren wird. Diese Litigation läuft über gewerkschaftliche oder Non-Governmental-Organizations-(NGO-)Prozess-Standschaften gesteuert und soll absehbar im Campaigning auch nachgerade orchestriert werden, was schon andere prognostiziert haben (*Lutz-Bachmann/Vorbeck/Wengenroth*, BB 2021, 906): Die Ankündigung des European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR) eines Investigative Commons als Hub zur KI-basierten Auswertung von Google Earth, YouTube-Clips und SocialMedia-Postings zeigt die höchst moderne, intelligente und organisierte Litigation-Vorbereitung schon heute. Im Fahrwasser der zu erwartenden Human Rights Litigation, aber auch brachialer Bußgeldmöglichkeiten werden wir dann als Folge Organhaftungsklagen der Equity-Seite gegenüber verantwortlichen Vorständen und Geschäftsführern sehen. Das wiederum muss gewaltige Auswirkungen auf die gesamte Directors&Officers-(D&O-)Versicherungsszene haben. Zugleich tut sich hier ein weites, brisantes Tätigkeitsgebiet der Litigation-PR und der betrieblichen Krisenkommunikation auf.

Zur Diskussion um die Menschenrechte gehört seit langem auch die Diskussion um eine lebenswerte, mindestens lebensfähige Umwelt, was mich zum Klimaschutz bringt.

Climate Change

Noch gewaltiger wird der Klimawandel uns Juristen beschäftigen – global, europäisch und eben auch hier im Rechtsraum Bundesrepublik Deutschland. Das liegt an seiner umfassenden Präsenz, der niemand entgehen kann. Und es liegt an seiner brutalen Wirkung, die niemand mehr leugnen kann: Trockenere Landschaften in großen Dürreperioden führen zu unfruchtbaren Böden bei gleichzeitig erhöhter Brandgefahr, atmosphärische Jetstream-Abbremsungen führen zu geostationär längerfristigen Wetterlagen mit Starkregen oder Starkhitze, steigende Meeresspiegel schließlich führen zu höheren Küstenpegeln, mithin zu Überflutungen besiedelter Gebiete, bewirtschafteter Flächen oder für die CO₂-Speicherung notwendiger, bewaldeter Regionen. Parallel ist die Biodiversität seit langem unter Druck geraten, die Flächenversiegelung ungebremst und die globale Wasserverwärmung furchteinflößend. Diese Gemengelage wiederum wird eine dramatische Flucht und Migration unzähliger Menschen auslösen, was bei den europäischen Mittelmeer-Anrainerstaaten zudem durch die EU-Niederlassungsfreiheit europarechtlich schlicht gar nicht zulässig verhindert werden könnte. Schon jetzt ist Carbon Compliance ein zentraler Baustein internationaler Investment-Entscheidungen

von institutionellen Anlegern, Fonds, Versicherungen und Pensionskassen aller Provenienz. Die Kapitalmarkterwartungen äußern sich mehr als vernehmlich: Sie artikulieren nicht nur im US-Raum laut und deutlich ein signifikantes Interesse an Klimarisiken, deren Bepreisung und Verminderung. Umgekehrt werden solche Risiken das Bilanzierungsrecht auch ohne jeden Investment-Zusammenhang weiter fordern. Besonders beachtenswert ist in diesem Zusammenhang das Berücksichtigungsgebot in § 13 des Bundes-Klimaschutzgesetzes (KSG): Die Träger öffentlicher Aufgaben haben danach bei all ihren Planungen und Entscheidungen die gesetzlich verankerten Ziele zu berücksichtigen. Zudem muss der Bund bei Planung, Auswahl und Durchführung von Investitionen sowie bei seinen Beschaffungen prüfen, wie damit jeweils zum Erreichen der gesetzlichen Klimaschutzziele beigetragen werden kann. Kommen mehrere Möglichkeiten bei der Planung, Auswahl und Durchführung von Investitionen und bei der Beschaffung in Frage, dann ist – so sagt es § 13 Abs. 2 KSG – in Abwägung mit anderen relevanten Kriterien mit Bezug zum Zweck der Investition solchen der Vorzug zu geben, mit denen das Ziel der Minderung von Treibhausgasemissionen über die gesamte Nutzungsdauer des Investitionsguts oder Beschaffungsguts zu den geringsten Kosten erreicht werden kann! Und weiter: Bei der Anwendung von Wirtschaftlichkeitskriterien sind bei vergleichenden Betrachtungen die Kosten und Einsparungen über die jeweilige gesamte Nutzungsdauer der Investition oder Beschaffung zugrunde zu legen. Die zu erwartenden volkswirtschaftlichen Kosten für den Klimaschutz sind auf geeignete Weise zu berücksichtigen. Man darf die gewaltige Steuerungswirkung dieses öffentlich-rechtlichen Berücksichtigungsgebots in § 13 KSG nicht unterschätzen: Der gesamte Staat in all seinen diversen Trägerschaften im Allgemeinen wie auch der Bund im Besonderen sind mit ihrer Nachfragemacht im Beschaffungswesen und in ihrer Investitionswucht potente Entscheider, also für potentielle Auftragnehmer bzw. Investitionsobjekte relevante Vorgaben der integrierten Klimaschutz-Programmatik.

Mit diesem Bündel erhöht sich der Druck auf eine Transformation der industriellen Energieversorgung und ihrer Netze. Zugleich steigt ein vergleichbarer Druck auf die gesellschaftliche Akzeptanz der aktiven Unternehmen als Arbeitgeber und als Ausbildungsstätte; nachfolgende Generationen werden hier förmlich mit den Füßen abstimmen und das unternehmerische Desinteresse am eigenen Krisenbeitrag als puren Ausschlussgrund wahrnehmen. Schließlich wächst der Druck auf die Besteuerung, Versicherbarkeit und Beihilfefähigkeit des betrieblichen Alltags, ja des etablierten Geschäftsmodells überhaupt.

Um Fragen der Klimakrise und der einzelnen Verantwortungsbeiträge für die globale Erwärmung wird bereits jetzt vielfach vor Gerichten gestritten und geklagt: Die Datenbank des Sabin Center for Climate Change Law der Universität Columbia (NY) monitort schon jetzt über 1000 Gerichtsverfahren weltweit. Und es klagen alle gegen alle, manche strategisch klug, manche verzweifelt wütend. Wer diese Entwicklung zum Private Enforcement vertiefen möchte, sei auf die beeindruckende rechtsvergleichende Studie von *Weller/Tran* in ZEuP 2021, 573 ff., hingewiesen. Neben den privaten Klägern und/oder NGO stellen aber auch die Kommunen weltweit immer erschrockener fest, dass sie einen Großteil der Bürden und finanziellen Konsequenzen aus der globalen Klimakrise zu tragen. Deshalb beginnen sie, sich zu wehren; auch die Kommunen ziehen vor Gericht. Spektakulär war die Klage der Städte Paris, Brüssel und Madrid gegen die EU-Kommission vor dem EuG (vgl. EWS 2019, 53f.). Sie wird aber nicht die letzte bleiben, so dass neben das Private Enforcement vor Zivilgerichten zunehmend auch verwaltungsgerichtliche Streitigkeiten

ten treten werden. Überhaupt wird man einen Anstieg von Prozessen der – im weitesten Sinne – hoheitlichen Entscheidungsträger gegeneinander und untereinander prognostizieren dürfen.

Aufsehen erregte jüngst die Niederlage der Firma Shell vor einem Gericht in Den Haag (zuständig als Hauptsitz-Gerichtsstand) und der dort erfolgten Verurteilung, seine Emission bis 2030 im Vergleich zu 2019 um 45 % zu verringern. Dabei ging es nicht um eine Schadensersatzhaftung, sondern vielmehr um einen justiziablen Unterlassungsanspruch. Das Unternehmen hat selbstredend Rechtsmittel eingelegt; bis zu einer finalen Entscheidung dürften noch Jahre vergehen. Die Logik der Entscheidungsbegründung hat mich nicht überzeugt, aber sie zeigt die betriebliche Exposition gegenüber dem Risiko individueller Verantwortlichkeit für generelle Probleme. Allerdings stellt sich gerade für uns Juristen doch eine Vielzahl dogmatischer Fragen, die noch nicht ansatzweise als gerichtlich geklärt bezeichnet werden dürften, auch wenn etwa das „Waldsterben“-Urteil des BGH aus dem Jahr 1987 schon beachtliche Jahrzehnte zurückliegt. In der notwendigen rechtswissenschaftlichen Präzision gelangt jedenfalls das deutsche Recht mangels Proportionalhaftung nicht über pro-rata-Zuweisungen oder eine Market Share Liability zu einer individualisierbaren Schadensersatzhaftung. Wir kommen vielmehr aus einer Rechtstradition des Verursachungsprinzips, der Kausalitätsnotwendigkeit, der Pflichtwidrigkeit und der Zurechnung (lesenswert zu Treibhausgas-

Emission *Keller/Kapoor*, BB 2019, 706f.). Dass wir mit diesen rechtsdogmatischen Instrumenten allerdings scheitern könnten, will ich nicht ausschließen.

Wie ein juristischer Paukenschlag hat dann in Deutschland das BVerfG mit seinem Urteil zum deutschen KlimaschutzG aus dem Jahr 2019 dem Thema gerichtlicher Auseinandersetzungen um Klimawandel Fragen Aufmerksamkeit verschafft (aus EU-Perspektive kritisch dazu *Frenz*, EWS 2021, Die Erste Seite). Diese bahnbrechende Entscheidung mit ihrer in jeder Zeile lesenswerten Begründung hat unseren Blick auf die verfassungsrechtlichen und vor allem die grundrechtlichen Implikationen verschärft. Waren bisher vor allem völkerrechtliche Prozesse in der Klimabeeinflussung sichtbar, zeigt sich also bereits die Tendenz, individuelle juristische Entitäten in die Verantwortung nehmen zu wollen. Hier wird der BB in Zukunft ein geeigneter Raum zum Diskutieren sein; und diskussionswürdig ist daran eigentlich alles: Auf welcher Anspruchsgrundlage sollen solche Prozesse gegründet werden? Gibt es finanzielle Limitierungen? Lassen sich Haftungsgemeinschaften, Gesamtschuldnerschaft oder Mitverschuldenseinwände denken? Werden Prozessfinanzierer dieses Segment aufbauen wollen? Wie stellt sich die Versicherungs- und Rückversicherungssituation dar? Zudem wird Climate Change Litigation ebenfalls für die Litigation-PR und betriebliche Krisenkommunikation eine große Herausforderung darstellen.

Jubiläumsfeier 75 Jahre BB und RuW am 10.9.2021 im Hilton Frankfurt City Centre



Fotos S. 11–15: © Thomas Fedra. Die abgebildeten Personen sind jeweils von links nach rechts aufgeführt.

- 1 Tobias Rößler, dfv Mediengruppe; Thomas Gramespacher, Uta Wichering, beide TGRAMESPACHER
- 2 Dr. Anette Schunder-Hartung, aHa Strategische Kanzleientwicklung; Dr. Roland Abele, Marion Gertzen, Dr. Christian Pelke, alle dfv Mediengruppe
- 3 Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Graf von Westphalen; Dr. Barbara Mayer, FRIEDRICH GRAF VON WESTPHALEN & PARTNER; Dr. Friedrich Klinkert, Klinkert
- 4 Dipl.-Ök. Gabriele Bourgon, Prof. Dr. Jens M. Schmittmann, Dr. Martina Koster, Dr. Roland Abele, Marion Gertzen, Dr. Christian Pelke, Prof. Dr. Michael Stahlschmidt, alle dfv Mediengruppe
- 5 Dipl.-Ök. Gabriele Bourgon, dfv Mediengruppe; Dr. Jens Freiberg, BDO
- 6 Sonja Baur, Tanja Brücker, Nadine Grüttner, alle dfv Mediengruppe