Universität Frankfurt, Projektgruppe Ethisch-Ökologisches Rating, em. Prof. Dr. rer. pol. Gerhard Scherhorn/
em. Prof. Dr. theol. Johannes Hoffmann, 14.02.2011

Dialogverfahren "Deutscher Nachhaltigkeitskodex"

Sehr geehrte Damen und Herren des Nachhaltigkeitsrats,

die Projektgruppe Ethisch-Ökologisches Rating an der Universität Frankfurt greift Ihre Einladung auf, sich zum Entwurf eines Deutschen Nachhaltigkeitskodex zu äußern. Wir begrüßen Ihre Initiative sehr, denken aber, dass sie in der gegenwärtigen Form zu unverbindlich sein wird. Es fehlen

- eine klare Definition des Nachhaltigkeitsziels, aus der alle spezifischen Nachhaltigkeitsanforderungen ableitbar sind, und
- eine wirksame Sanktionsmöglichkeit.

Deshalb zwei Vorschläge zum Entwurfstext:

Zeile B.8: "Die Sanktionierung erfolgt über den Markt." Kommentar: Das setzt eine Wettbewerbsordung voraus, in der als **Marktleistung** eines Wettbewerbers nur solche Preise, Qualitäten und Konditionen gelten, die **nicht** auf einer Externalisierung von Kosten beruhen. Externalisierung ist das Unterlassen von Aufwendungen zur Erhaltung oder Wiederherstellung oder zum Ersatz von Gemeingütern, die bei der Produktion oder dem Vertrieb von Gütern beansprucht worden sind, sich aber aus eigener Kraft nicht hinreichend regenerieren können. Nachhaltigkeit ist das Unterlassen von Externalisierung, d.h. die Reinvestition in die Erhaltung der genutzten Gemeingüter. Bisher schützt das Wettbewerbsrecht auch externalisierende, also nichtnachhaltige Wettbewerbshandlungen. Um das zu ändern,

- müssten in §4 UWG externalisierende Wettbewerbshandlungen als unlauter im Sinne von § 3 erklärt werden,
- müssten in § 7 GWB Verabredungen von Unternehmen, Externalisierung zu unterlassen, vom Kartellverbot ausgenommen werden, und
- müssten in § 76 (1) des Aktiengesetzes sowie in Art. 4.1.1 des Deutschen Corporate Governance Kodex die Unternehmensvorstände auf den Schutz der naturgegebenen und der gesellschaftlichen Gemeingüter verpflichtet werden. Der DCGK enthält zwar im 2. Absatz der Präambel sowie in den §§ 4.1.1 und 4.2.3 das Wort „nachhaltige Wertschöpfung“, überlässt die Definition dieses Begriffs aber dem Leser. Im Text seiner Empfehlungen deutet nichts darauf hin, dass ein Externalisierungsverbot gemeint sein könnte.

Erst dann wäre klargestellt, dass das geltende Wettbewerbsrecht **keine** Unternehmen schützt, die ihre Produkte durch Externalisierung „billiger“ oder „besser“ anbieten, weil sie Kosten auf Umwelt und Gesellschaft abwälzen und sich dadurch Vorteile gegenüber jenen Mitbewerbern verschaffen, die die genutzten Gemeingüter ebenso sorglich behandeln wie ihre privaten Produktionsmittel, indem sie sie durch Ersatzinvestition funktionsfähig erhalten. Eine vollständige Darlegung dieses Arguments findet sich in der Anlage **„Appell Nachh. Wettbewerb“**.

Zeile B.12f: Solange das Wettbewerbsrecht jede Externalisierung schützt, die nicht in einer speziellen Vorschrift verboten ist, erscheint eine rechtliche Regelung in Anlehnung an § 161 AktG allein **nicht** geeignet, dem Deutschen Nachhaltigkeitskodex Geltung zu verschaffen. Die Behauptung eines Unternehmens, dass es eine der (relativ allgemein gefassten) Empfehlungen des Nachhaltigkeitskodex anwende, muss konkret überprüfbar sein, und ihr muss konkret widersprochen werden können. Die Überprüfung kann am ehesten durch Konkurrenten geleistet werden, die die Kostenlage aus eigener Kenntnis beurteilen können, oder/und durch zivilgesellschaftliche Organisationen, die sich auf Kunden des Unternehmens berufen können.

Der Widerspruch setzt wirksame Sanktionsmöglichkeiten voraus. Individuelle oder öffentliche Kritik wird dafür meist nicht ausreichen. In solchen Fällen würde dem Nachhaltigkeitskodex Nachdruck verschafft, wenn externalisierende Unternehmen unter Berufung auf einen ergänzten § 4 UWG (s.o.) von betroffenen Konkurrenten bzw. von der Zentralstelle zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs sowie von zivilgesellschaftlichen Organisationen auf Unterlassung und ggf. Schadensersatz verklagt werden könnten.

Mit freundlichen Grüßen

em. Prof. Dr. theol. Johannes Hoffmann
em. Prof. Dr. rer. pol. Gerhard Scherhorn
Prof. Dr. Gerhard Scherhorn
Otto Beck-Straße 50
68165 Mannheim
Tel. 0621 418 52 08, Fax 09

Appell: Nachhaltige Entwicklung braucht Gesetze für Nachhaltigen Wettbewerb! *(Entwurf 31.1.2011)*[1]

Einführung

Wir leben von den Gemeingütern...

Wir leben und arbeiten *mit* Privatgütern (die Wohnung, das Auto, das Büro, die Produktionshalle, die Werkzeuge und Maschinen sind im Privateigentum), aber *von* Gemeingütern, denn Atemluft, Artenvielfalt, Bodenfruchtbarkeit, Bodenschätze, Fischreichtum, Klimasystem, Wasserreinheit usw. sind *Gemeingüter*. Das Privateigentum ermöglicht es uns, auf sie zuzugreifen. Doch das sollte verantwortungsvoll geschehen.

... aber wir übernutzen sie!

Emission von Schadgasen wie Kohlendioxid, Lachgas, Methan belasten das *Klimasystem*. Die *Weltmeere* werden überfischt. Intensiver Landbau lässt fruchtbaren *Boden* erodieren. Giftige Inhaltsstoffe und Emissionen schaden der *Gesundheit* von Mensch und Tier. So *übernutzen* wir die Gemeingüter. Niemand hindert uns daran, denn Nutzungsbeschränkungen zu ihrem Schutz fehlen oder sind unzureichend, und Aufwendungen zu ihrer Erhaltung oder ihrem Ersatz dürfen unterlassen werden.

Externalisierung ist Substanzverzehr...

Betriebswirtschaftlich gesehen spart die Unterlassung Kosten, volkswirtschaftlich gesehen werden die eingesparten Kosten aber auf die Gemeingüter abgewälzt *(externalisiert)*. Man spricht von Externalisierung, wenn Gemeingüter über ihre Regenerationsfähigkeit hinaus belastet werden und diese Belastung *nicht* durch Nutzungsbeschränkung (z.B. Fangquoten in der Fischerei, Grenzwerte für die Emission von Schadstoffen) vermieden oder durch Reinvestition (z.B. in erneuerbare Energie) ausgeglichen wird. Die durch Externalisierung eingesparten Kosten und die dadurch überhöhten Gewinne werden volkswirtschaftlich mit *Substanzverzehr* erkauft.

... doch Substanzverzehr gilt als Marktleistung...

Das geltende *Wettbewerbsrecht* schützt Wettbewerber auch dann, wenn sie ihre Produkte durch Externalisierung „billiger" oder „besser" anbieten und sich dadurch Vorteile gegenüber jenen Mitbewerbern verschaffen, die z.B. im ökologischen Landbau gesündere und

---

[1] Urheber des Textes ist die Projektgruppe Ethisch-ökologisches Rating an der Johann Wolfgang Goethe Universität in Frankfurt am Main (www.ethisches-consulting.de). Sie wird geleitet von Prof. em. Dr. theol. Johannes Hoffmann und Prof. em. Dr. rer. pol. Gerhard Scherhorn. Federführend für diesen Entwurf ist Gerhard Scherhorn, Otto-Beck-Str. 50, 68165 Mannheim <gerhard.scherhorn@wupperinst.org>. Prof. Dr. Thomas Raiser, Berlin, und Dr. Peter H. Grassmann, München, haben wertvolle Anregungen beigesteuert. Der Text konkretisiert Vorstellungen, die in dem wissenschaftlichen Kolloquium der Projektgruppe über „Politische Leitplanken für nachhaltige Märkte und nachhaltigen Wettbewerb" Ende Mai 2008 in Frankfurt diskutiert wurden, vgl. das abschließende Kommuniqué in: J. Hoffmann & G. Scherhorn (Hg.), *Eine Politik für Nachhaltigkeit. Neuordnung der Finanz- und Gütermärkte.* Erkelenz 2009: Altius Verlag.

klimafreundlichere, aber teurere Nahrungsmittel produzieren oder in der Automobilbranche Fahrzeuge mit weniger CO_2-Emissionen, aber auch weniger Größe, Gewicht, Geschwindigkeit und Komfort anbieten. Denn die bisherige Wettbewerbsordnung interessiert sich nicht dafür, ob ein Produkt wegen nachhaltiger oder wegen externalisierender Produktion am Markt erfolgreich ist. Sie schützt den „freien" Wettbewerb, nicht den nachhaltigen.

...und Wachstum geht zu Lasten der Gemeingüter!

Solange wir uns von einer Wirtschaftstheorie leiten lassen, die nichts dabei findet, dass Substanzverzehr als Marktleistung gilt, und von einer Wirtschaftsordnung, die das nicht verhindert, so lange wird die Wirtschaftspolitik ein Wachstum fördern, das auf dem Verzehr der Gemeingüter beruht. Das ändert sich erst, wenn unsere Gesetze nur noch den nachhaltigen Wettbewerb schützen, den externalisierenden aber verhindern. Deshalb muss die Externalisierung zum *unlauteren Wettbewerb* erklärt und müssen die Unternehmen zu nachhaltigem Wirtschaften verpflichtet werden. Die Gesetzesänderungen, die dafür nötig sind, werden die überhöhten Gewinne eliminieren, die Kapitalrenditen am Substanzerhalt orientieren und so dazu beitragen, dass die Marktwirtschaft für die Nachhaltige Entwicklung fit wird.

Vorschläge für Gesetzesänderungen

BGB: Die beliebige Verfügung über das Privateigentum nach § 903 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sollte ausdrücklich unter den Vorbehalt gestellt werden, dass der Eigentümer keine Kosten auf die Gemeingüter abwälzt. § 903 BGB sollte etwa folgendermaßen gefasst werden: „Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz, Rechte Dritter oder zwingende Erfordernisse des Schutzes der natürlichen Gemeingüter oder der Volksgesundheit entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen."

UWG: Externalisierung sollte in die verbotenen Wettbewerbshandlungen nach §§ 3-4 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb aufgenommen werden. Das UWG soll ja verhindern, dass Unternehmen die Nachfrager durch eine bloß vorgespiegelte Überlegenheit ihrer Marktleistungen für sich gewinnen. Ein durch Schädigung von Gemeingütern erreichter Vorsprung ist in diesem Sinn nicht weniger unlauter – und dem Allgemeinwohl sogar noch abträglicher – als z.B. Täuschung durch irreführende Werbung oder Ausnutzung von Unerfahrenheit.

Deshalb sollte ein neuer Absatz 12 in § 4 UWG bestimmen, dass auch derjenige unlauter handelt, der sich durch Abwälzung von Kosten auf Umwelt und Gesellschaft Vorteile gegenüber Mitbewerbern verschafft. § 4 könnte etwa wie folgt ergänzt werden: „Unlauter im Sinne von § 3 handelt (und deshalb auch von einem Wettbewerber auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann) insbesondere, wer ... 12. sich dadurch einen Wettbewerbsvorteil verschafft, das er ‚zwingende' (oder auch anerkannte) Erfordernisse des Schutzes der natürlichen Gemeingüter oder der Volksgesundheit missachtet." [2] Wenn Externalisierung als unlauter gilt, können zuwiderhandelnde Unternehmen etwa mit Hilfe der

[2] Ein entsprechendes Verbot der Externalisierung gehört auch in die „Schwarze Liste" der Richtlinie 2005/29/EU über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarktverkehr.

Zentralstelle zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs von Mitbewerbern verklagt werden, die Kosten aufwenden, um die Schädigung der betroffenen Gemeingüter zu vermeiden, und sich benachteiligt fühlen, weil der externalisierende Mitbewerber den Nachfragern vorspiegelt, dass sein Kosten- oder Qualitätsvorsprung auf besserer Marktleistung beruht. Auch zivilgesellschaftliche Organisationen müssen Unternehmen nach dem neuen § 4 Abs. 12 UWG auf Unterlassung verklagen können.

GWB: Flankierend sollten Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die einander eine Internalisierung bestimmter von ihnen bisher abgewälzter Kosten zusichern, vom Kartellverbot ausgenommen werden. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen soll ja Vereinbarungen zur Ausschaltung von Preisunter- und Qualitätsüberbietung verhindern. Es nimmt aber Verabredungen zur Verbesserung der Produktion bzw. des Angebots vom Kartellverbot aus. Eine Ausnahme muss deshalb auch für Verabredungen gelten, externalisierte Kosten künftig selbst zu tragen. § 7 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB, Sonstige Kartelle) – und Art. 81 (3) des EU-Vertrags analog dazu – sollte etwa wie folgt ergänzt werden: „(3) Vereinbarungen und Beschlüsse, in denen sich Unternehmen zusichern, dass sie im Interesse der nachhaltigen Entwicklung Kosten aufwenden werden, um zur Erhaltung oder Wiederherstellung oder Substitution eines bei der Produktion oder dem Vertrieb genutzten Gemeinguts (z.B. Rohstoff, Boden- oder Luftqualität, Klima, Fischbestand, Artenvielfalt ...) beizutragen, können auf Vorschlag des Bundesumweltministeriums vom Verbot des § 1 für begrenzte Zeit freigestellt werden."

Akt G: In § 76 (1) des Aktiengesetzes sowie in Art. 4.1.1 des Deutschen Corporate Governance Kodex[3] sollten die Unternehmensvorstände auf den Schutz der naturgegebenen und der gesellschaftlichen Gemeingüter verpflichtet werden, die unsere Lebens- und Produktionsgrundlagen bilden - des Natur- und Sozialkapitals.[4]. Dabei muss sichergestellt sein, dass die „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters" (§ 93.1) *nicht* verletzt wird, wenn er Umweltschutzinvestitionen anordnet, die Arbeitsbedingungen verbessert oder durch Arbeitszeitverkürzung Entlassungen vermeidet. Sicher bedarf das weiterer, spezifischer Gesetze, doch sollte in § 93.1 die Sorgfalt des Geschäftsleiters durch den Einsatz für das Wohl des Unternehmens, das Vermögen der Kapitaleigner und die Erhaltung der Gemeingüter, die die Lebens- und Produktionsgrundlagen bilden, definiert werden. § 93

---

[3] In der geltenden Fassung lautet Art. 4.1.1 „Der Vorstand leitet das Unternehmen in eigener Verantwortung im Unternehmensinteresse, also unter Beru cksichtigung der Belange der Aktionäre, seiner Arbeitnehmer und der sonstigen dem Unternehmen verbundenen Gruppen (Stakeholder) mit dem Ziel nachhaltiger Wertschöpfung." Die Worte „nachhaltige Wertschöpfung" erlauben aber immer noch die Auslegung, dass der Vorstand allein auf permanente Steigerung des Unternehmenswertes verpflichtet ist; denn ohne nähere Definition kann der Begriff „nachhaltig" auch im Sinn von „andauernd" verstanden werden. Als Definition des Nachhaltigkeitsziels reicht die Bezugnahme auf die Stakeholder nicht aus; denn sie überlässt es der Entscheidung der damit gemeinten gesellschaftlichen Gruppen, ob sie das Unternehmen auf Externalisierungshandlungen kritisch hinweisen wollen oder nicht.

[4] Gewiss ist es weiterhin berechtigt, dass dem Vorstand (und natürlich auch dem Aufsichtsrat) die Pflicht zugewiesen ist, die Kapitaleigner vor Vermögensschaden zu bewahren. Nicht mehr zeitgemäß ist es dagegen, dass an keiner Stelle des AktG (und ebensowenig des GmbHG) eine Verpflichtung aufscheint, die Allgemeinheit vor einer Schädigung der natur- und sozial gegebenen Produktionsgrundlagen zu bewahren. Sicher muss der spezifische Schutz eines Gemeinguts in einem spezifischen Gesetz geregelt werden. Aber das Gesellschaftsrecht darf keine Handhabe dafür bieten, dass Kapitaleigner den Vorstand zwingen können, den Gewinn dort durch Externalisierung von Kosten zu steigern, wo diese noch nicht durch Gesetz eindeutig verboten ist. Selbst das Aufsteigen aus einer Verlustzone darf keine Externalisierung rechtfertigen.

AktG sollte etwa um den Satz ergänzt werden: „Zu den Sorgfaltspflichten eines Vorstandsmitgliedes gehört es auch, sich über zwingende Erfordernisse der Gemeinverträglichkeit seiner Entscheidungen oder ihrer Auswirkungen auf die Volksgesundheit hinreichend zu informieren und sie zu beachten.“ So bekäme der Vorstand eine Rechtsgrundlage für entsprechende Aufwendungen, und die Zivilgesellschaft gewänne eine Chance, das Unternehmen daran zu erinnern, dass es auf nachhaltige Entwicklung verpflichtet ist.

IHK: Das Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern gibt den Kammern in § 1 u.a. die Aufgabe, „für die Wahrung von Anstand und Sitte des ehrbaren Kaufmanns zu wirken.“ Hier sollte ein Zusatz eingefügt werden, der die Kammern auch auf die Nachhaltige Entwicklung verpflichtet. Entsprechende Verpflichtungen sollten auch für andere berufsständische Körperschaften des Öffentlichen Rechts wie die Handwerkskammern und Architektenkammern eingeführt werden.

KWG und **InvG:** Ins Kreditwesengesetz und ins Investmentgesetz muss die Verpflichtung zu einer zertifizierten Anlageberatung aufgenommen werden, so dass Banken und Investmentfonds die Kapitalanleger darüber informieren müssen, inwieweit ihre Anlageprodukte natur- und sozialverträglich sind. Zusammen mit den bisher genannten Gesetzesänderungen enthielte diese Information für die Kapitaleigner den Anreiz, sich für nachhaltige Finanzprodukte zu entscheiden und die Unternehmen, an denen sie beteiligt sind, in der Beachtung der Nachhaltigkeitskriterien zu bestärken. Eine mögliche Formulierung: „Bei der Wertpapierberatung ist es die Pflicht der Unternehmensleiter und der Anlageberater, auch über bekannte gemeinschädliche oder gesundheitsschädliche Folgen der Produktionsmethoden, welche das die Anlagepapiere ausgebende Unternehmen anwendet, sowie über alternative Anlagemöglichkeiten zu informieren.“

Darüber hinaus sollten die Kapitalanlagegesellschaften in Abschnitt 2 § 9 des Investmentgesetzes zu nachhaltiger Geldanlage verpflichtet werden. Dazu müsste Abs. 2 Ziff. 1 etwa wie folgt geändert werden: „Die Kapitalanlagegesellschaft ist verpflichtet, 1. bei der Ausübung ihrer Tätigkeit im Interesse ihrer Anleger, der Integrität des Marktes und der Erhaltung der naturgegebenen Gemeingüter zu handeln. Sie muss sich bei der Anlage der verwalteten Investmentvermögen an den Nachhaltigkeitsbewertungen (Ratings) der staatlich anerkannten Ratingagenturen orientieren.“