

Zertifizierung nachhaltiger Kapitalgesell- schaften

Herausgegeben von
Martin Burgi und
Florian Möslein



MOHR SIEBECK

Zertifizierung nachhaltiger Kapitalgesellschaften



Zertifizierung nachhaltiger Kapitalgesellschaften

„Good Companies“ im Schnittfeld von
Markt und Staat

Herausgegeben von
Martin Burgi und Florian Möslein

Mohr Siebeck

Martin Burgi ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Umwelt- und Sozialrecht sowie Direktor der Forschungsstelle für Vergaberecht und Verwaltungskooperationen an der LMU München.

Florian Möslin ist Professor für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht sowie Gründungsdirektor des Instituts für das Recht der Digitalisierung an der Philipps-Universität Marburg.

ISBN 978-3-16-160044-9 / eISBN 978-3-16-160072-2
DOI 10.1628/978-3-16-160072-2

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Stempel-Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden. Den Umschlag entwarf Uli Gleis, Tübingen.

Printed in Germany.

Vorwort

Dieses Buch dokumentiert den wissenschaftlichen Ertrag eines seit Mitte 2017 als intradisziplinäre Gemeinschaftsleistung an den Lehrstühlen der beiden Herausgeber in München und Marburg bearbeitetes Forschungsprojekt, das für die Dauer von zwei Jahren von der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) gefördert worden ist. Die von den beiden Herausgebern selbst sowie ihren wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern (*Anne-Christin Mittwoch* und *Juan Yang* in Marburg sowie *Florian Rast* in München) verfassten Abschnitte bilden dabei gleichsam das Kerngerüst. Wie von vornherein konzipiert, konnten für die Erschließung weiterer betroffener Rechtsgebiete renommierte Kolleginnen und Kollegen gewonnen werden: Für das Marken- und Lauterkeitsrecht *Jochen Glöckner*; für das Arbeitsrecht *Clemens Latzel*, für das Steuerrecht *Birgit Weitemeyer* und für das Finanzmarktrecht *Rüdiger Veil*. Mit dem Beitrag von *Bernhard Zangl* und *Anna Stetter* wird der Bogen überdies bis in die Politikwissenschaft gespannt. Das gesamte Forschungsteam hat seine Ergebnisse auf einem Workshop im Februar 2019 wechselseitig vorgestellt und diskutiert. Für die Bereitschaft hierzu und natürlich für die schriftlichen Beiträge gebührt allen Beteiligten große Anerkennung.

Die Herausgeber danken Herrn *Florian Rast*, der sich in besonderer Weise von Anfang an mit dem Projekt identifiziert und wertvolle Beiträge sowohl in inhaltlicher als auch in koordinierender Hinsicht geleistet hat. Weiterer Dank gilt den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Marburger Lehrstuhls, namentlich Frau *Lisa Beer*, die in gleichermaßen kompetenter wie zuverlässiger Manier die Abschlussredaktion besorgt haben.

München und Marburg,
November 2020

Martin Burgi
Florian Möslein

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XI
1. Teil: Gegenstand	
§ 1 Zertifizierung nachhaltiger Kapitalgesellschaften: Regimevergleich und flankierende Maßnahmen <i>Florian Möslein</i>	3
2. Teil: Begünstigungen und Beschränkungen durch den gegenwärtigen Rechtsrahmen	
§ 2 Verwendung unternehmensbezogener Zertifizierungen im Vergaberecht <i>Martin Burgi/Florian Rast</i>	31
§ 3 Die Förderung zertifizierter Unternehmen im Rahmen des EU-Beihilfenrechts <i>Florian Rast</i>	39
§ 4 Zertifizierung als Mosaikstein unternehmensrechtlicher Nachhaltigkeit <i>Anne-Christin Mittwoch</i>	51
§ 5 Der marken- und lauterkeitsrechtliche Rahmen einer Zertifizierung nachhaltiger Unternehmen <i>Jochen Glöckner</i>	75

3. Teil:	
Wechselwirkungen mit bestehenden Nachhaltigkeitsvorgaben: Friktionen, Interdependenzen und Möglichkeiten der Auflösung	
§ 6	Umweltrechtliche Vorgaben <i>Martin Burgi/Florian Rast</i> 99
§ 7	Entsprechenserklärung und Offenlegung der Förderung unternehmerischer Diversitätskonzepte <i>Juan Yang</i> 109
§ 8	Wechselwirkungen mit gesetzlich geregelten Fixquoten und Zielgrößen zur Förderung der Geschlechtergleichstellung, mit der Offenlegung und der Entsprechenserklärung unternehmerischer Diversitätskonzepte <i>Florian Rast</i> 119
§ 9	Zertifizierung „guter“ Arbeitgeber <i>Clemens Latzel</i> 145
§ 10	Nachhaltigkeitsförderung durch das Gemeinnützigkeitsrecht <i>Birgit Weitemeyer</i> 177
4. Teil:	
Funktionaler Vergleich mit bestehenden Nachhaltigkeits- mechanismen und -instrumenten	
§ 11	Globale Zertifizierungssysteme: Eine vergleichende Analyse institutioneller Erfolgsmerkmale <i>Bernhard Zangl/Anna Stetter</i> 223
§ 12	Produktbezogene Zertifizierungen <i>Florian Rast</i> 249
§ 13	Unternehmensbezogene Zertifizierungen <i>Florian Rast</i> 277
§ 14	Nachhaltigkeitsförderung durch Finanzmarktrecht <i>Rüdiger Veil</i> 319

§ 15	Offenlegung nichtfinanzieller Unternehmensinformationen <i>Florian Möslein</i>	343
§ 16	Steuerliche Begünstigung mittels Gemeinnützigkeitsstatus <i>Florian Rast</i>	373
5. Teil: Bausteine eines künftigen Rechtsrahmens		
§ 17	Strukturelle und inhaltliche Vorgaben für das Zertifizierungsregime <i>Martin Burgi/Florian Rast</i>	381
§ 18	Organisatorische und verfahrensmäßige Vorgaben für das Zertifizierungsregime <i>Martin Burgi</i>	403
§ 19	Privatrechtsfragen eines hybriden Zertifizierungsregimes <i>Florian Möslein</i>	411
	Autorenverzeichnis	429
	Stichwortregister.	431

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
a. M.	anderer Meinung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	(Die) Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AIFM	Verwalter alternativer Investmentfonds (Alternative Investment Fund Manager)
AktG	Aktiengesetz
Am. Econ. Rev.	American Economic Review
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv für öffentliches Recht
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Ausg.	Ausgabe
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online Kommentar
BeckRS	Beck'sche Rechtsprechung
Beih.	Beiheft
bes.	besonders
Beschl.	Beschluss
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKR	Bank- und Kapitalmarktrecht
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache

BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	Beziehungsweise
Cal. L. Rev.	California Law Review
CMLR	Common Market Law Review
Colum. L.Rev.	Columbia Law Review
d. h.	das heißt
DB	Der Betrieb
ders.	Derselbe
DFG	Deutsche Forschungsgemeinschaft
dies.	dieselbe/n
DJT	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Duke L.J.	Duke Law Journal
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ebda.	Ebenda
EBLR	European Business Law Review
EBOR	European Business Organization Law Review
ECFR	European Company and Financial Law Review
EG	Europäische Gemeinschaft bzw. Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (nach Artikelbezeichnung)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
engl.	englisch
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
ERCL	European Review of Contract Law
ERPL	European Review of Private Law – Revue européenne de droit privé – Europäische Zeitschrift für Privatrecht
et al.	et alii/et aliae/et alia; und andere
etc.	et cetera
EU	Europäische Union bzw. Vertrag über die Europäische Union (nach Artikelbezeichnung)
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f., ff.	folgende
FG	Festgabe
FGO	Finanzgerichtsordnung

Fn.	Fußnote
Ford. Law Rev.	Fordham Law Review
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
gem.	Gemäß
Geo. Wash. L. Rev.	George Washington Law Review
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH Rundschau
GPR	Gemeinschaftsprivatrecht
grds.	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GS	Gedächtnisschrift
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h. M.	herrschende Meinung
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hervorh. i. Orig.	Hervorhebung im Original
HGB	Handelsgesetzbuch
HKK	Historisch-kiritscher Kommentar
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Einzelnen
i. e. S.	im engeren Sinne
i. Erg.	im Ergebnis
i. H. v.	in Höhe von
i. O.	im Original
i. S.	im Sinne
i. S. d.	im Sinne der
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
insbes.	Insbesondere
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht
IPSR	International Political Science Review
J. Cons. Pol.	Journal of Consumer Policy
J. Corp. Law	Journal of Corporation Law
J. Econ. Issues	Journal of Economic Issues
J. L. Soc'y	Journal of Law & Society
J. Legal Stud.	Journal of Legal Studies
J. Evol. Econ.	Journal of Evolutionary Economics
J. Pol. Econ.	Journal of Political Economy
Jb.J.ZivRWiss.	Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler

JBl.	Juristische Blätter
JCLS	Journal of Corporate Law Studies
JherJB	Jhering Jahrbücher
JITE.	Journal of Institutional and Theoretical Economics
jur.	juristisch/e
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft
KJ	Kritische Justiz
KOM	Dokument der Europäischen Kommission
krit.	Kritisch
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
l.Sp.	linke Spalte
LAG	Landesarbeitsgericht
Lfg.	Lieferung
Ls.	Leitsatz
Ltd.	Limited
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
m.N.	mit Nachweisen
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MdB	Mitglied des Bundestags
MMR	MultiMedia und Recht
Mrd.	Milliarde(n)
n. F.	neue Fassung
N.Y.U. L.Rev.	New York University Law Review
Nachw.	Nachweise
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechung
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
Nw.U. L.Rev.	Northwestern University Law Review
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Mietrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
o.	oben
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
oHG	offene Handelsgesellschaft
ÖJT	Österreichische Juristentag
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Entscheidungen der Oberlandesgerichte
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft

OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
ProdHG	Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte
r.Sp.	rechte Spalte
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit
Reg.Begr.	Regierungsbegründung
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rs.	Rechtssache (Aktenzeichen des EuGH)
Rspr.	Rechtsprechung
RW	Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung
s./S.	siehe/Siehe; Seite; Satz
s. a.	siehe auch
s. o.	siehe oben
sc.; scil.	scilicet; das heißt; nämlich
StGB	Sozialgesetzbuch
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannte/r/s
st.	ständig(e)
Stan. L.Rev.	Stanford Law Review
Tex. L. Rev	Texas Law Review
TKG	Telekommunikationsgesetz
u.	unten; und
u. a.	unter anderem; und anderer
u.ä.	und ähnliche
U.Chi. L.Rev.	University of Chicago Law Review
U.Pa. L.Rev.	University of Pennsylvania Law Review
u.v. a.m.	und viele andere mehr
Urt.	Urteil
USA	United States of America; Vereinigte Staaten von Amerika
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v. a.	vor allem
Va.L. & Bus. Rev.	Virginia Law & Business Review
Va.L. Rev.	Virginia Law Review
Vanderbilt L. Rev.	Vanderbilt Law Review
verb. Rs.	Verbundene Rechtssachen
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
Verf.	Verfasser; Verfassung
VersR	Versicherungsrecht
Verw	Die Verwaltung
VerwArch	Verwaltungsarchiv

vgl.	vergleiche
vs.	versus
VuR	Verbraucher und Recht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechts- lehrer
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
WM	Wertpapiermitteilungen
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WTO	World Trade Organization; Welthandelsorganisation
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
Yale L.J.	Yale Law Journal
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung; Vierteljahresschrift für staatliche und kommunale Gesetzgebung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZgS	Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
zit.	Zitiert
ZJS	Zeitschrift für das juristische Studium
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR N.F.	Zeitschrift für schweizerisches Recht, neue Folge
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

1. Teil:
Gegenstand

§ 1 Zertifizierung nachhaltiger Kapitalgesellschaften: Regimevergleich und flankierende Maßnahmen

Florian Möslein

Übersicht

I. Prototypische Zertifizierung als „Certified B Corporation“ bzw. „B Corp“	5
II. Gestaltungsvarianten von Zertifizierungsregimen	8
1. Institutioneller Rahmen	9
2. Gestaltung des Verfahrens	11
3. Materielle Zertifizierungsvoraussetzungen	13
4. Rechtsfolgen	16
5. Zwischenfazit	18
III. Flankierende Maßnahmen zur Förderung nachhaltigen Unternehmertums	19
1. Einführung hybrider Gesellschaftsformen	19
2. Offenlegung nichtfinanzieller Unternehmensinformationen	22
3. Zertifizierung nachhaltiger (Finanz-)Produkte	24

Nachhaltiges unternehmerisches Handeln gewinnt in Zeiten von Klimawandel, schwindenden natürlichen Ressourcen und vielfältigen sozialen Umbrüchen rasant an Bedeutung. Wenn Politik und Regelgeber verstärkt versuchen, Anreize für solches Handeln zu setzen,¹ lassen sich die individuellen Präferenzen von Verbrauchern, Investoren und Arbeitnehmern gleichsam als Transmissionsriemen nutzbar machen. Verbraucher, die ethisch korrekt handeln wollen („political consumerism“), werden nämlich unternehmerische Anbieter präferieren, die nachhaltig produzieren;² ähnlich zielen viele Investoren nicht mehr nur auf fi-

¹ Zuletzt beispielsweise, auf europäischer Ebene: Kommission, Aktionsplan: Finanzierung nachhaltigen Wachstums, COM (2018) 97 final. Für einen breiten, rechtsvergleichenden Überblick vgl. ferner *Möslein/Sorensen*, Nudging for Corporate Long-Termism and Sustainability? Regulatory Instruments from a Comparative and Functional Perspective, Colum. J. Eur. L. 24 (2018), 393.

² Dazu etwa *Micheletti*, Political Virtue and Shopping: Individuals, Consumerism, and Collective Action (2003).

nanzielle Renditen, sondern berücksichtigen auch ökologische und soziale Kriterien („impact investing“).³

Effektive, nachfragebasierte Anreize für unternehmerische Nachhaltigkeit erfordern jedoch nicht nur, dass die betreffenden Unternehmen untereinander auf Märkten in Wettbewerb stehen, auf denen entsprechende Präferenzen herrschen. Sie erfordern zudem, dass die jeweilige Marktgegenseite, besonders Konsumenten oder Investoren, die Nachhaltigkeit der unternehmerischen Tätigkeit als Qualitäts- und Beschaffenheitsmerkmal, auf das es ihnen ankommt, zielgenau und unaufwändig selbst feststellen können. Die unternehmensinterne Ausgestaltung von Produktionsprozessen, Ressourcennutzung und Arbeitsverhältnissen lässt sich jedoch für Außenstehende meist nur schlecht nachvollziehen. Die Nachhaltigkeit unternehmerischen Handelns zählt zu den verdeckten Eigenschaften (*hidden characteristics*), deren Qualität Konsumenten und Investoren ex ante nicht oder nur schwer beurteilen können.⁴

Solche Informationsdefizite, die Gefahren adverser Selektion bergen,⁵ lassen sich durch die Zertifizierung nachhaltiger Kapitalgesellschaften überwinden. Voraussetzung ist jedoch, dass die Marktgegenseite die Zertifizierung als glaubwürdiges Indiz für das tatsächliche Vorliegen nachhaltiger Unternehmenstätigkeit wahrnimmt, also buchstäblich als ein Gütesiegel.⁶ Als Sonderform des *Signalling*, die nicht vom Anbieter selbst, sondern von Dritten durchgeführt wird,⁷ verspricht Zertifizierung eine wirksame Vorbeugung gegen Marktversagen, das ansonsten droht. Die Akzeptanz der Zertifizierung setzt ihrerseits – neben der Glaubwürdigkeit der Zertifizierungsstelle⁸ – voraus, dass die Zertifizierungsvoraussetzungen objektiv zumindest teilweise denjenigen Kriterien entsprechen, nach denen die Marktteilnehmer entscheiden; zudem müssen diese das Zertifikate auch subjektiv mit jenen Anforderungen in Zusammenhang bringen.⁹

³ Clark/Emerson/Thornley, *The Impact Investor: Lessons in Leadership and Strategy for Collaborative Capitalism* (2014); Rodin/Brandenburg, *The Power of Impact Investing: Putting Markets to Work for Profit and Global Good* (2014).

⁴ Näher Möslein, Europäische Zertifizierung mitgliedstaatlichen GmbH-Rechts, ZHR 176 (2012), 470, 483 f.

⁵ Zur daraus resultierenden Gefahr eines „market for lemons“ grundlegend Akerlof, *The Market for ‚Lemons‘: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, Q. J. Econ. 84 (1970), 488; vgl. außerdem Stiglitz, *Markets, Market Failures, and Development*, American Econ. Rev. 79 (1989), 197.

⁶ Möslein, ZHR 176 (2012), 470, 485–487.

⁷ Sog. third-party certifiers, vgl. Deaton, *A Theoretical Framework for Examining the Role of Third Party Certifiers*, Food Control 15 (2004), 615; ähnlich OECD, *Fisheries and Aquaculture Certification* (2011), S. 15.

⁸ Hierzu (auch zu potentiellen Anreizkonflikten) mit Blick auf B Lab: Brakman Reiser, *Blended Enterprise and the Dual Mission Dilemma*, Vt. L. Rev. 35 (2010), 105, 115 f.

⁹ Vgl. nochmals Möslein, ZHR 176 (2012), 470, 485–487. Insgesamt sind die Voraussetzungen, von denen die Glaubwürdigkeit von Zertifizierungen abhängt, ökonomisch erstaunlich wenig erforscht; zu ersten Ansätzen vgl. jedoch Jahn/Schramm/Spiller, *The Reliability of*

Für die effektive Förderung unternehmerischer Nachhaltigkeit ist daher die spezifische prozedurale wie auch inhaltliche Ausgestaltung der Zertifizierung nachhaltiger Kapitalgesellschaften von maßgeblicher Bedeutung. Auf europäischer Ebene wird derzeit über die Einführung eines spezifischen Statuts für sozial orientierte Unternehmen diskutiert; dieses Statut soll maßgeblich auf Zertifizierungsmechanismen basieren, deren Ausgestaltung vorerst allerdings noch völlig offen ist.¹⁰ Die Zertifizierungsregime, die derzeit bereits existieren, zeichnen sich durch große Gestaltungsvielfalt aus. Diese Vielfalt lässt sich am besten illustrieren, indem nachfolgend zunächst ein besonders erfolgreiches, US-amerikanisches Regime als Prototyp skizziert wird (unter I.), um anschließend die Gestaltungsvarianten weiterer, alternativer Zertifizierungsregime überblicksweise zu entfächern (unter II.). Zu Zwecken der Abgrenzung, aber auch der funktionalen Bewertung sind der Zertifizierung nachhaltiger Kapitalgesellschaften sodann andere, flankierende Maßnahmen zur Förderung nachhaltigen Unternehmertums gegenüberzustellen (unter III.).

I. Prototypische Zertifizierung als „Certified B Corporation“ bzw. „B Corp“

Ein besonders erfolgreiches und weit verbreitetes Zertifizierungsregime hat sich in den USA etabliert. Für die Entwicklung und Durchführung zeichnet B Lab verantwortlich, eine gemeinnützige Organisation privaten Rechts, die im Jahr 2006 in Pennsylvania mit Unterstützung zahlreicher Sponsoren, unter anderem der *Rockefeller Foundation*, gegründet worden ist.¹¹ Die Zertifizierung basiert auf dem sog. „B Impact Assessment“, nach dessen erfolgreicher Absolvierung der Status einer „Certified B Corporation“ (nachfolgend: B Corp) verliehen wird. Die Bewertungskriterien wurden immer weiter ausdifferenziert: Abhän-

Certification: Quality Labels as a Consumer Policy Tool, *Journal of Consumer Policy* 28 (2005), 53.

¹⁰ Beschluss des Europäischen Parlaments vom 5. Juli 2018 mit Empfehlung zur Einführung eines Statuts für soziale und solidaritätsbasierte Unternehmen, abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2018-0317+0+DOC+PDF+V0//EN>.

¹¹ Vgl. dazu <https://www.bcorporation.net/>; s. ferner, auch zum Folgenden, *Brakman Reiser*, Benefit Corporations – A Sustainable Form of Organization?, *Wake Forest L. Rev.* 46 (2011), 591, 594; *Esposito*, The Social Enterprise Revolution in Corporate Law, *Wm. & Mary Bus. L. Rev.* 4 (2013), 639, 695; *Mösllein/Mittwoch*, Soziales Unternehmertum im US-amerikanischen Gesellschaftsrecht – Benefit Corporations und Certified B Corporations, *RabelsZ* 80 (2016), 399, 406–411; *Murray*, Choose Your Own Master: Social Enterprise, Certifications and Benefit Corporation Statutes, *Am. U. Bus. L. Rev.* 2 (2012), 1, 21 f.; *Munch*, Improving the Benefit Corporation: How Traditional Governance Mechanisms Can Enhance the Innovative New Business Form, *Northwestern Journal of Law & Social Policy* 7 (2012), 170, 183; *Engsig Sorensen/Neville*, Social Enterprises: How Should Company Law Balance Flexibility and Credibility, *EBOR* 15 (2014), 267, 280 f.

gig von Unternehmensgröße, geographischem Heimatmarkt (*developed vs. emerging markets*) und Branchensektor (*service, wholesale/retail, manufacturing, agriculture*) umfasst das Impact Assessment inzwischen 72 unterschiedliche Varianten.¹² Um die Zertifizierung zu erlangen, müssen die Unternehmen in jedem Fall einen umfangreichen Fragebogen online beantworten und mindestens 80 von 200 Punkten erreichen; ggf. müssen sie zudem ihre Satzung anpassen und ein Überprüfungsverfahren durchlaufen.

Die inhaltlichen Kriterien, die im Rahmen der Zertifizierung abgefragt werden, beziehen sich einerseits auf die Auswirkungen des Unternehmens auf bestimmte Interessengruppen, andererseits auf die Unternehmensverfassung. Zu den relevanten Interessengruppen (*stakeholder*) zählen Arbeitnehmer, Verbraucher, Zivilgesellschaft, und Umwelt: Mit Blick auf die Arbeitnehmer werden insbesondere finanzielle Entlohnung (Vergütung und Beteiligungsmöglichkeiten), nicht-finanzielle Vorteile (Ausbildung und Arbeitsflexibilität), soziale Dimension (Kommunikation zwischen der Geschäftsführung und den Arbeitnehmern sowie Gesellschaftskultur) und Arbeitsumwelt (Gesundheit- sowie Sicherheitspraxis) beurteilt. Aus Perspektive der Verbraucher stehen die Auswirkungen der Produkte und Dienstleistungen auf Anwender im Vordergrund, zählt aber beispielsweise auch die Förderung benachteiligter Bevölkerungsgruppen. In Sachen Zivilgesellschaft stehen unter anderem das Engagement des Unternehmens für Diversität, die regionale Verankerung sowie das wohltätige Engagement auf dem Prüfstand. In der Kategorie Umwelt fallen insbesondere Verbesserungen im Produktionsprozess (Reduzierung von Emissionen, Ressourcen- und Energieverbrauch) ins Gewicht, aber auch die Frage, ob das Unternehmen mit den von ihm angebotenen Produkten bzw. der Dienstleistungen spezifische ökologische Probleme löst.¹³

Andererseits werden in einer gesamthafteren Betrachtung des Unternehmens die institutionellen, auch gesellschaftsrechtlichen Grundlagen nachhaltiger Unternehmensführung überprüft, weil diese Einfluss darauf haben, in welchem Maße die unternehmerische Verfolgung von Gemeinwohlbelangen zulässig und dauerhaft verbürgt ist.¹⁴ Hier geht es beispielsweise um die Verankerung und Durchsetzung sozialer und ökologischer Unternehmensleitbilder (*mission statements*), um die Einhaltung von Compliance-Regeln und um Strukturen, Zuständigkeiten und Besetzung der Leitungsorgane (etwa mit unabhängigen Direktoren und Interessenvertretern).¹⁵ Da Unternehmen unterschiedlichster

¹² Dorff, *Assessing the Assessment: B Lab's Efforts to Measure Companies' Benevolence*, Seattle U. L. Rev. 40 (2017), 515, 523.

¹³ The Complete Guide to B Corp Certification for Small to Medium-Sized Enterprise, abrufbar unter <https://bcorporation.net/certification>; vgl. außerdem Möslein/Mittwoch, *RabelsZ* 80 (2016), 399, 409.

¹⁴ Dorff, *Seattle U. L. Rev.* 40 (2017), 515, 523.

¹⁵ Näher Möslein/Mittwoch, *RabelsZ* 80 (2016), 399, 409.

Rechtsform die Zertifizierung erlangen können, bedarf es regelmäßig entsprechender Satzungsgestaltung.¹⁶ Die Zertifizierung erfordert deshalb – zusätzlich zur Erreichung der erforderlichen Bewertungspunkte – zwingend bestimmte Satzungsinhalte: Einerseits müssen Gemeinwohlbelange im Unternehmenszweck verankert sein, so dass auch im Fall von Kontrollwechseln oder personellen Veränderungen in Leitungsorganen Abweichungen nicht ohne Weiteres möglich sind; andererseits sind Handlungsmaximen festzulegen, so dass bei Ausübung des Leitungsermessens nicht alleine die Gewinnerzielung Priorität hat, sondern Stakeholderinteressen Berücksichtigung finden können.¹⁷ Um die Ermessensausübung nicht zu stark einzuschränken, braucht jedoch keine spezifische Rangordnung der Einzelbelange vorgesehen werden. So kann das Leitungsorgan nach eigener Abwägung entscheiden, ohne eine spätere Anfechtung durch abgeleitete Aktionärsklagen (*derivative suits*) befürchten zu müssen.¹⁸

Zur Überprüfung der Unternehmensdaten sieht B Lab eine Reihe von Kontrollinstrumenten vor.¹⁹ Zunächst sind Antworten zu bestimmten Fragen mit entsprechenden Dokumenten zu belegen. Die Veröffentlichung des Unternehmensprofils, der Bewertung und des Impact Reports (d. h. des vom B Lab erstellten Gutachtens) soll zudem für ein öffentliches Monitoring sorgen. Weiterhin werden jährlich zehn Prozent aller zertifizierten Unternehmen im Rahmen einer Begehung vor Ort überprüft; außerdem ist alle drei Jahre eine Re-Zertifizierung erforderlich. Auf diese Weise soll die Validität und Verlässlichkeit der Zertifizierung sichergestellt werden.

Die Eignung und Überzeugungskraft der inhaltlichen Zertifizierungsvoraussetzungen soll einerseits durch Unabhängigkeit, andererseits durch dynamische Fortentwicklung gesichert werden. Zum einen werden diese Kriterien nämlich nicht von B Lab selbst formuliert, sondern von einem Standards Advisory Council, das größtenteils aus unabhängigen Experten und Vertretern verschiedener Interessengruppen besteht, um potentielle Einflussmöglichkeiten von B Lab oder den zu zertifizierenden Unternehmen auf ein Minimum zu reduzieren.²⁰ Zum anderen werden die Kriterien fortlaufend weiterentwickelt, insbesondere auf Grundlage regelmäßig abgefragter Feedbacks von Anwendern

¹⁶ Die Zertifizierung kreiert allerdings eine Art Rechtsformzwang, weil sie darauf abzielt, dass sich zertifizierte Unternehmen möglichst in die Rechtsform einer sog. Benefit Corporation umwandeln. Zu dieser Rechtsform noch unten S. 19 ff.; zum Zusammenspiel mit der Kodifizierung ausführlicher *Möslein/Mittwoch*, *RabelsZ* 80 (2016), 399, 410 f.

¹⁷ Die spezifischen Anforderungen einschließlich vorformulierter Satzungsklauseln lassen sich (je nach Rechtsordnung und -form) mit einem „Legal Requirement Tool“ abfragen, vgl. unter <https://bcorporation.net/certification/legal-requirements>.

¹⁸ Zu diesem, besonders in den USA erheblichen Risiko näher: *Möslein/Mittwoch*, *RabelsZ* 80 (2016), 399, 424–426.

¹⁹ Näher *Honeyman*, *The B Corp Handbook* (2014), S. 162 f.; vgl. ferner <https://bcorporation.net/certification> (unter „verification & transparency“) sowie wiederum *Möslein/Mittwoch*, *RabelsZ* 80 (2016), 399, 410.

²⁰ Zur Zusammensetzung s. <https://bcorporation.net/about-b-lab/standards-and-gover->

und Interessengruppen, aber auch im Zusammenspiel mit anderen Standardisierungsorganisationen.²¹ Dieses Zusammenspiel zielt insbesondere auf Kompatibilität mit dem Global Impact Investing Rating System (GIIRS), das für die Kapitalbeschaffung der zertifizierten Unternehmen von großer Bedeutung ist, weil es Anlegern weltweit als Grundlage für die Bewertung der sozialen und ökologischen Auswirkungen ihrer Investments dient.²² Der Bedarf an dynamischer Fortentwicklung und Ausdifferenzierung der Zertifizierungskriterien zeigt sich namentlich am Beispiel multinationaler Unternehmen. Der ursprüngliche Fokus des Impact Assessment auf kleine und mittelständische Unternehmen hatte nämlich zur Folge, dass die Vernetzung mit lokalen Lieferanten, Verbrauchern und Organisationen sowie Beiträge zur lokalen Wirtschaftsentwicklung bei der Zertifizierung bis dato stark ins Gewicht gefallen sind.²³ Da ebendiese Indikatoren für global agierende Unternehmen jedoch offensichtlich unpassend sind, wird derzeit ein neuer Anforderungskatalog speziell für diese Zielgruppe entwickelt und getestet.²⁴

II. Gestaltungsvarianten von Zertifizierungsregimen

Das skizzierte, im Ursprung US-amerikanische Zertifizierungsregime der „Certified B Corporations“, das die Nachhaltigkeit von Unternehmen auf messbare Weise zu überprüfen sucht, hat sich rasant und inzwischen über den gesamten Globus verbreitet: Heute sind bereits über 2500 Unternehmen weltweit in mehr als 50 Ländern entsprechend zertifiziert.²⁵ Ungeachtet dieser großen Verbreitung existieren daneben jedoch zahlreiche weitere Zertifizierungsregime, unter anderem in Deutschland die Zertifizierung „Nachhaltige Unterneh-

nance; vgl. ferner *Dorff*, Seattle U. L. Rev. 40 (2017), 515, 522; *Gale*, The Political Economy of Sustainability (2018), S. 151 ff.

²¹ *Hamermesh/Houlahan/Alexander/Osusky*, A Conversation with B Lab, Seattle U. L. Rev. 40 (2017), 321, 335.

²² *Brakman Reiser/Dean*, Social Enterprise Law (2017), S. 130f.; *Rodin/Brandenburg*, The Power of Impact Investing (2014), S. 60; *Stüttgen*, Ethik von Banken und Finanzen (2017), S. 89. Beispielsweise benutzen im Rahmen des US-amerikanischen, staatlich geförderten Programmes „Small Business Investment Company“ etwa die Hälfte der Impact Fonds dieses Rating, um ihre Berichtspflichten zu erfüllen; vgl. US Small Business Administration, SBA Announces New Initiative with GIIRS Rating System for Private Funds and Companies v. 21. Januar 2017, abrufbar unter <https://www.sba.gov/about-sba/sba-newsroom/press-releases-media-advisories/sba-announces-new-initiative-giirs-rating-system-private-funds-and-companies>.

²³ Zu diesen Indikatoren vgl. *Dorff*, Seattle U. L. Rev. 40 (2017), 515, 524.

²⁴ B Lab, Recommendations on B Corp Certification for Large Multinationals (2018); vgl. außerdem *Freiburg*, Advisory Council Seeks Feedback on Recommendations for Multinational Certification, beides abrufbar unter <https://bcorporation.net/news/advisory-council-seeks-feedback-recommendations-multinational-certification>.

²⁵ <https://bcorporation.net/about-b-corps>.

mensführung“ des TÜV Rheinland, das Audit des Internationalen Vereins zur Förderung der Gemeinwohl-Ökonomie e.V. sowie das „PHINEO Wirkt!“-Siegel,²⁶ in Großbritannien das „Social Enterprise Mark“ sowie das „Certified Social Enterprise Badge“, in Frankreich das zweistufige ESS/ESUS-Zertifizierungssystem (qualité d’entreprise de l’économie sociale et solidaire bzw. agrément entreprise solidaire d’utilité social) und in Südkorea die „Social Enterprises Certification“.²⁷ In vier verschiedenen Dimensionen unterscheiden sich diese Zertifizierungsregime untereinander bzw. von B Lab, nämlich hinsichtlich ihres institutionellen Rahmens, ihrer formellen Ausgestaltung, ihrer materiellen Zertifizierungsvoraussetzungen und ihrer spezifischen Rechtsfolgen.²⁸

1. Institutioneller Rahmen

Als grundlegend unterschiedlich erweisen sich die Zertifizierungsregime bereits hinsichtlich ihres institutionellen Rahmens, weil sie teils öffentlich-rechtlich operieren (etwa in Frankreich und Südkorea), teils jedoch – ebenso wie B Lab – rein privater Natur sind. Die öffentlichen Regime werden von staatlichen Einrichtungen auf gesetzlicher Grundlage betrieben. Diese Regime sind teils stärker politischer Natur, wenn die Besetzung der Zertifizierungseinrichtungen beispielsweise durch Ministerien erfolgt (in Südkorea),²⁹ teils eher administrativer Natur, wenn die Zertifizierung durch Behörden erfolgt und zusätzlich eng mit dem Handelsregister verzahnt ist (in Frankreich).³⁰ Allgemein spricht für diese öffentlich-rechtliche Ausgestaltung, dass die effizienzsteigernde Kor-

²⁶ Nähere Informationen abrufbar unter <https://www.phineo.org/wirkt-siegel>; unter <https://web.ecogood.org/de/unsere-arbeit/gemeinwohl-bilanz/unternehmen/4-gemeinwohl-bericht-audit/> bzw. unter <https://www.tuv.com/content-media-files/germany/pdfs/0397-tuv-rheinland-bsci-auditing/tuv-rheinland-broschuere-nachhaltige-unternehmensfuehrung-de.pdf>.

²⁷ Überblicksweise zu diesen und weiteren (Europäischen) Regimen: Europäische Kommission (Hrsg.), *A Map of Social Enterprises and their Eco-Systems in Europe – Synthesis Report* (2015), S. 79–86; ferner *Triponel/Agapitova*, *Legal Frameworks for Social Enterprise* (2016); zu dem neueren französischen Regime: *Lasserre Capdeville*, *Financement alternatif relevant des principes de l’économie sociale et solidaire*, in: Moulin (Hrsg.), *Droit de la Finance Alternative* (2017), S. 33, 47–50; zum südkoreanischen Regime *Bidet/Eum*, *Social enterprise in South Korea: History and Diversity*, *Social Enterprise Journal* 7 (2011), 69, 77 ff.

²⁸ Ausführlich, auch zum Folgenden: *Möslein*, *Certifying ‚Good‘ Companies: A Comparative Study of Regulatory Design*, in: Sjäffjell/Bruner (Hrsg.), *Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability* (2020), S. 669 ff.

²⁹ Vgl. Art. 4 Social Enterprise Promotion Act, erlassen durch Act No. 8217 vom 3. Januar 2007, geändert durch Act No. 8361 vom 11. April 2007; englischsprachige Fassung abrufbar unter <http://www.icnl.org/research/library/files/South%20Korea/socent.pdf>.

³⁰ S. im Einzelnen: Loi n.2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l’économie sociale et solidaire, JORF n. 176 du 1 août 2014, S. 12666; Arrêté du 5 août 2015 fixant la composition du dossier de demande d’agrément ‚entreprise solidaire d’utilité sociale‘, JORF n. 185 du 12 août 2015, S. 14004; sowie Décret du 23 juin 2015 relatif à l’agrément ‚entreprise solidaire d’utilité

rektur von Marktversagen, wie sie durch die Zertifizierung nachhaltiger Kapitalgesellschaften erreicht werden soll, traditionell als wichtige Aufgabe der Gesetzgebung gilt.³¹ Zudem internalisieren Unternehmen, die auch Gemeinwohlbelangen dienen, im Gegensatz zu rein profitorientierten Unternehmen Kosten, die ansonsten von staatlicher Seite zu tragen wären. Der Staat hat daher ein ureigenes Interesse an einer funktionsfähigen und zuverlässigen Zertifizierung solcher Unternehmen und an der Vermeidung des sog. „Greenwashing“.³² Teilweise gleicht der Staat die von diesen Unternehmen internalisierten Kosten umgekehrt durch staatliche Förderung aus, etwa durch Zuschüsse oder durch Steuervorteile.³³

Private Zertifizierungsregime operieren demgegenüber ohne spezifische gesetzliche Grundlage und überwiegend ohne Einschaltung staatlicher Institutionen.³⁴ Diese Regime entstehen alleine auf privatautonomer Grundlage; die Zertifizierung wird von privatrechtlich organisierten Stellen, etwa von Vereinen oder Stiftungen wie B Lab, auf vertraglicher Basis übernommen. Diese Stellen finanzieren sich teilweise über Lizenzentnahmen, werden teils jedoch auch (zusätzlich) von privaten Trägern finanziert.³⁵ Sie können mehr oder weniger stark mit staatlichen Institutionen verschränkt sein, etwa durch inhaltliche Anknüpfung an hoheitlich vorgesehene Zertifizierungskriterien, über ihre Trägerschaft oder über ihre personelle Besetzung. Die Governancestrukturen der privaten Zertifizierungsinstitutionen unterscheiden sich untereinander erheblich: Sie sind zum Teil stark formalisiert und ähneln fast schon staatlicher Gewaltenteilung, etwa durch die Aufteilung regulatorischer und administrativer Aufgaben wie beispielsweise im US-amerikanischen Regime (Standard Advisory Council und B Lab) oder auch beim deutschen PHINEO-Siegel (mit unabhängiger Empfehlungskommission).³⁶ Andere Zertifizierungsregime sind dagegen sehr viel informeller organisiert, beispielsweise bei Social Enterprise UK,³⁷ wo es

sociale' régi par l'article L. 3332-17-1 du code du travail, JORF n. 145 du 25 juin 2015, S. 10676; alle drei Texte abrufbar unter <https://www.legifrance.gouv.fr>.

³¹ Vgl. etwa *Posner*, *Economics, Politics, and the Reading of Statutes and the Constitution*, *U. Chi. L. Rev.* 49 (1982), 263, 265.

³² Dazu ausführlich *Lauffer*, *Social Accountability and Corporate Greenwashing*, *Journal of Business Ethics* 43 (2003), 253; *Parguel/Benoit-Moureau/Larceneux*, *How Sustainability Ratings Might Deter 'Greenwashing'*, *Journal of Business Ethics* 102 (2011), 15.

³³ Zur staatlichen Förderung in Südkorea vgl. *Bidet/Eum*, *Social Enterprise Journal* 7 (2011), 69, 78.

³⁴ Näher *Möslein* (Fn. 28), S. 671 f.

³⁵ So wird beispielsweise das britische Social Enterprise Mark Scheme von einer Gesellschaft betrieben, deren Aktien vom RISE Legacy Trust gehalten werden, näher *Ridley-Duff/Southcombe*, *The Social Enterprise Mark: a critical review of its conceptual dimensions*, *Social Enterprise Journal* 8 (2012), 178.

³⁶ Vgl. PHINEO Jahresbericht 2016, S. 18–22 (Governancestruktur) und 29 (Empfehlungskommission), abrufbar unter <https://www.phineo.org/publikationen/ueber-phineo>.

³⁷ S. dazu www.socialenterprise.org.uk, sowie die Übersicht in *Social Enterprise UK, Impact Report 2016–2017* (2017), S. 29 f.

freilich schon deshalb keiner unabhängigen Standardsetzung bedarf, weil die inhaltlichen Zertifizierungskriterien buchstabengetreu an eine staatliche Vorgabe anknüpfen, nämlich an die begriffliche Definition sozialer Unternehmen des britischen Handels- und Industrieministeriums.³⁸ Insgesamt spricht für die private Gestaltungsform, dass auch andere Informationsintermediäre wie beispielsweise Ratingagenturen entsprechend organisiert sind, dass ein Wettbewerb zwischen verschiedenen Zertifizierern die Suche nach besseren Lösungen, etwa passgenaueren Zertifizierungskriterien, erleichtern kann, und dass in freizeichlichen Wirtschaftsordnungen privatautonomer Gestaltung Vorrang gebührt, solange zwingende Gründe für eine staatliche Regulierung fehlen.

2. Gestaltung des Verfahrens

Sehr unterschiedlich ausgestaltet sind weiterhin die Verfahren, die zur Erlangung einer Zertifizierung zu durchlaufen sind. Auch insoweit unterscheidet sich der Grad der Formalisierung erheblich, wobei jedoch die privaten Zertifizierungsregime nicht notwendig in jeder Hinsicht weniger formal operieren als ihre öffentlich-rechtlichen Pendanten. Diese prozeduralen Unterschiede haben zwar keine Auswirkung auf das inhaltliche Verständnis von Nachhaltigkeit, beeinflussen aber durchaus die Verlässlichkeit und Glaubwürdigkeit der Zertifizierung.

Der grundlegende Verfahrensunterschied betrifft die Frage, ob die Zertifizierungsstelle eine inhaltliche Überprüfung der Nachhaltigkeitskriterien vornimmt, oder ob die Unternehmen ihre Nachhaltigkeit ausschliesslich selbst einschätzen. Während die Zertifizierung in den öffentlich-rechtlichen Regimen typischerweise eine Genehmigung der zuständigen Behörde erfordert, die erst nach inhaltlicher Prüfung erteilt wird, werden die Unternehmen auch in den meisten privaten Regimen von den Zertifizierungsstellen überprüft, zumindest in Stichproben wie im Falle von B Lab.³⁹ Die Überprüfungsdichte unterscheidet sich größtenteils kaum von öffentlich-rechtlichen Regimen. Es gibt jedoch auch einzelne private Zertifizierungsregime, die sich mit einer bloßen Selbsteinschätzung zufrieden geben. So verlangt beispielsweise Social Enterprise UK von den Unternehmen lediglich, eine Erklärung über die Erreichung einiger grundlegender Nachhaltigkeitskriterien zu unterschreiben.⁴⁰ Wird die Richtigkeit der

³⁸ Grundlegend UK Department of Trade and Industry, *Social Enterprise: A Strategy for Success* (2002), S. 13; weiter ausdifferenziert beispielsweise in: Department for Business, Innovation & Skills, *Small Business Survey 2014: SME employers* (BIS Research Paper No. 214, 2015), S. 35.

³⁹ Ausführlicher *Möslein* (Fn. 28), S. 673 f.

⁴⁰ S. den Mitgliedsantrag, der unter <https://www.socialenterprise.org.uk/> abrufbar ist und lediglich die Unterzeichnung einer kurzen Bestätigung mit den relevanten Kriterien erfordert.

Unternehmensangaben überhaupt nicht geprüft, scheint allerdings überaus fraglich, ob entsprechende Zertifikate tatsächlich belegen können, was sie behaupten. Zudem fällt die Überprüfung umso schwerer, je allgemeiner und pauschaler die Kriterien der (Selbst-)Einschätzung formuliert sind. Ob sich Informationsasymmetrien reduzieren lassen, wenn Intermediäre die fragliche Information nicht einmal stichhaltig prüfen, darf jedenfalls bezweifelt werden.⁴¹

Ein weiterer verfahrensmäßiger Unterschied betrifft die Gültigkeitsdauer der Zertifikate. Auch insoweit finden sich ganz unterschiedliche Ausgestaltungen. Die meisten Zertifizierungsregime sehen entweder eine Befristung der Gültigkeit der Zertifikate vor (etwa B Lab in USA, aber auch die Zertifizierungsregime in Großbritannien und Frankreich) oder verlangen von den zertifizierten Unternehmen zumindest periodische Berichte, um nachprüfen zu können, ob die Zertifizierungsvoraussetzungen weiterhin erfüllt sind (so etwa in Südkorea).⁴² In einzelnen Regimen, insbesondere beim deutschen PHINEO-Siegel, gilt die Zertifizierung hingegen unbegrenzt und wird auch nicht periodisch überprüft.⁴³ Soweit sich die Zertifizierung nicht auf zeitlich begrenzte Nachhaltigkeitsprojekte beschränkt, sondern auch Gesellschaften umfasst, die auf unbestimmte Zeit gegründet sind, erscheint diese Ausgestaltung problematisch, weil die Voraussetzungen der Zertifizierung im Zeitablauf Veränderungen unterliegen und mithin nicht gewährleistet ist, dass ein ursprünglich zu Recht zertifiziertes Unternehmen auch nach längerer Zeit noch den Zertifizierungskriterien entspricht. In diesem Fall liefert das Zertifikat veraltete Informationen und sendet dem Markt dadurch fehlerhafte Signale.

Schließlich unterscheiden sich die verschiedenen Regime erheblich hinsichtlich der Gebühren, die für die Zertifizierung anfallen. Während bei den öffentlich-rechtlichen Regimen in Südkorea und in Frankreich für die Zertifizierung keine oder nur geringe Verwaltungsgebühren anfallen,⁴⁴ verlangen viele private Zertifizierungsstellen teils erhebliche Gebühren. Sie sind zumeist nach dem Umsatz des zu zertifizierenden Unternehmens gestaffelt; im Fall von B Lab können sie bis zu 50.000 US-Dollar betragen.⁴⁵ Lediglich das deutsche PHINEO-Siegel ist gebührenfrei. Während PHINEO ausschließlich über die Bei-

⁴¹ Allgemein zur Relevanz und Ausgestaltung entsprechender Prüfungsstandards vgl. Berg, Legitimation durch Informationsintermediäre mit Nachhaltigkeitsbezug (2017), S. 128–130.

⁴² Hierzu im Einzelnen, mit zahlreichen Nachweisen Möslein (Fn. 28), S. 674.

⁴³ So ausdrücklich („keine Gültigkeitsdauer“ – „trägt [...] Datum [...] und gibt somit Auskunft über die Aktualität der Analyse“): Phineo gAG, Alles zum WIRKT-Siegel, Das PHINEO-Spendensiegel im Überblick, abrufbar unter <https://www.phineo.org/wirkt-siegel?p=wirkt-siegel>.

⁴⁴ Für Südkorea vgl. die Angaben unter <http://www.socialenterprise.or.kr>. In Frankreich fällt für die ESS Registrierung eine Gebühr in Höhe von 89,80 Euro an (während die ESUS Genehmigung offenbar gebührenfrei zu erlangen ist).

⁴⁵ Näher, auch zu den weiteren Regimen, Möslein (Fn. 28), S. 674.

träge der Träger finanziert wird, sind die übrigen privaten Zertifizierungsstellen darauf angewiesen, zumindest einen Teil ihre laufenden Kosten über die vereinnahmten Gebühren zu decken. Solche Gebührenmodelle bergen die Gefahr, dass „Gefälligkeitszertifikate“ erteilt werden, wenn Zertifizierungsstellen zum Zwecke der Gewinnmaximierung möglichst viele Unternehmen akquirieren wollen. Rechtlich ist der Zertifizierungsvertrag indessen ein Dienstvertrag, der die Zertifizierungsstelle lediglich zur Durchführung des Zertifizierungsverfahrens verpflichtet, nicht zur Erteilung des Zertifikats.⁴⁶ Insofern müssen die Unternehmen damit rechnen, dass sie bei negativer Bewertung kein Zertifikat erlangen. Ökonomisch wird der Interessenkonflikt, der die Unbefangenheit privater Zertifizierungsstellen in Frage stellen mag, zudem dadurch entschärft, dass diese Stellen in hohem Maße auf Reputation angewiesen sind. Je höher Zuverlässigkeit und Informationsqualität der erteilten Zertifikate ausfallen, desto attraktiver wird das Zertifikat und damit auch die Nachfrage.⁴⁷

3. Materielle Zertifizierungsvoraussetzungen

Die inhaltliche Ausformung der Zertifizierungskriterien determiniert die entscheidenden Voraussetzungen für die Erlangung der Zertifizierung. Auch in dieser Hinsicht unterscheiden sich die einzelnen Zertifizierungsregime erheblich. Die Vielfalt möglicher Zertifizierungskriterien wurde am Beispiel B Lab bereits deutlich.⁴⁸ Methodisch werden die einzelnen Kriterien auf zwei unterschiedliche Arten miteinander kombiniert: Einige Zertifizierungsregime sind starr ausgestaltet und erfordern kumulatives Vorliegen aller abgefragten Kriterien (so etwa in Frankreich und Südkorea),⁴⁹ während andere Regime nach US-amerikanischem Vorbild flexibler sind und lediglich gesamthaft eine Mindestpunktzahl verlangen, so dass sich Defizite bei Einzelkriterien kompensieren lassen.⁵⁰ Inhaltlich lassen sich zu Klassifikationszwecken vergrößernd vier Kategorien inhaltlicher Kriterien unterscheiden; diese beziehen sich (1.) auf das unternehmerische Geschäftsmodell, (2.) auf die Rechtsform der Kapitalgesellschaft, (3.) auf deren spezifische Unternehmensverfassung und (4.) auf deren Finanzverfassung.

⁴⁶ Vgl. *Yang*, Contract Law Aspects of Sustainable Companies' Certification in the Global Value Chain, ERCL 15 (2019), 31.

⁴⁷ *Dorff*, Seattle U. L. Rev. 40 (2017), 515, 550ff.

⁴⁸ Vgl. oben S. 5 ff.

⁴⁹ Die Vorschriften in Art. L. 3332-17-1 Code du Travail in geänderter Fassung durch Art. 11 Loi n. 2014-856 vom 31. Juli 2014 (Fn. 30) sowie in Art. 8 Abs. 1 Social Enterprise Promotion Act (Fn. 29) enthalten beide enumerative Aufzählungen von Kriterien, die kumulativ erfüllt sein müssen („conditions cumulatives“).

⁵⁰ Für ein Beispiel vgl. <https://bimpactassessment.net/how-it-works/compare-your-impact#see-sample-report>.

Zentrale Bedeutung hat vor allem das unternehmerische Geschäftsmodell. Allgemein formuliert ist die Zertifizierung sozial geprägten Unternehmen vorbehalten, die nicht nur nach Gewinnerzielung streben, sondern auch Gemeinwohlbelange berücksichtigen, beispielsweise die Integration benachteiligter Personen oder den Schutz der Umwelt. Die eigentliche Schwierigkeit besteht indessen darin, die vagen Begriffe des sozialen Unternehmertums und der Nachhaltigkeit konkreter zu definieren, so dass sie sich im Rahmen einer Zertifizierung sinnhaft überprüfen lassen. Methodisch sind zwei Anknüpfungspunkte denkbar: Die Prüfung kann entweder abstrakt auf die im Unternehmenszweck verkörperte Geschäftspolitik abstellen, oder sie kann die konkreten Auswirkungen der Unternehmenstätigkeit messen. Namentlich die öffentlich-rechtlichen Regime folgen überwiegend dem erstgenannten Weg.⁵¹ Da insoweit lediglich unternehmensinterne Dokumente (Satzung, Beschlüsse oder auch betriebliche Richtlinien) zu prüfen sind, ist der Prüfungsaufwand vergleichsweise gering. Um konkrete Auswirkungen zu überprüfen, etwa Umweltemissionen, bedarf es dagegen intensiver Begehung und Messungen sowie spezifischen, teils sehr technischen Fachwissens. Die privaten Regime verfolgen demgegenüber zwar überwiegend einen breiteren Ansatz, sind dabei allerdings häufig ebenfalls wenig spezifisch. PHINEO stellt beispielsweise pauschal auf die „soziale Wirkung“ ab, während Social Enterprise UK überprüft, ob sich Unternehmen durch eine „clear social or environmental mission that is set out in its governing documents“ auszeichnen.⁵² Demgegenüber erscheint der oben skizzierte Kriterienkatalog des B Impact Assessments zugleich ausdifferenzierter als auch tiefgreifender, weil er neben der Zwecksetzung die konkrete Unternehmenspolitik hinsichtlich sehr spezifischer Einzelpunkte in den Blick nimmt.⁵³

Hinsichtlich der Rechtsform beschränkt sich kein Zertifizierungsregime auf eine einzige, spezifische Gesellschaftsform; vielmehr sind die betreffenden Zertifizierungen für Unternehmen unterschiedlicher Rechtsform verfügbar. Allerdings zielen fast alle Regime auf Handelsunternehmen, auch wenn einige von ihnen stärker auf Non-Profit-Organisationen fokussiert sind oder waren.⁵⁴ So war beispielsweise das französische ESS-Regime bis 2014 nur für Vereine, Stiftungen und Genossenschaften zugänglich, wurde seither aber ausgeweitet;⁵⁵ PHINEO dagegen scheint weiterhin auf nicht gewinnorientierte Unter-

⁵¹ Dazu im Einzelnen *Möslein* (Fn. 28), S. 675 f.

⁵² Vgl. www.socialenterprise.org.uk (Antragsformular), bzw. <https://www.phineo.org/themen> („Soziale Wirkung“).

⁵³ Dazu außerdem ausführlich *Honeyman* (Fn. 19), S. 118 f.; *Möslein/Mittwoch*, *RabelsZ* 80 (2016), 399, 409.

⁵⁴ S. dazu auch *Möslein* (Fn. 28), S. 675 f.

⁵⁵ Für einen Überblick zur historischen Entwicklung s. *Blein/Fasquelle*, *Rapport d’information sur la mise en application de la loi n 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l’économie sociale et solidaire* (Assemblée nationale, 2016), S. 9.

nehmen fokussiert zu sein.⁵⁶ Ganz anders demgegenüber das B Impact Assessment, das Stiftungen und Non-Profit-Organisationen nicht durchlaufen können, sondern nur genossenschaftliche und gewinnorientierte Unternehmen.⁵⁷ Ähnliche Einschränkungen sehen auch die beiden britischen Zertifizierungsregime vor.⁵⁸ Bemerkenswert ist schließlich, dass sich die öffentlich-rechtlichen Regime territorial auf Unternehmen ihrer jeweiligen Jurisdiktion beschränken (müssen), während die privaten Regime keiner vergleichbaren Begrenzung unterliegen; deshalb ist beispielsweise das B Impact Assessment verfügbar „to any business in the world, regardless of its existing legal structure or location of incorporation“.⁵⁹

Die Unternehmensverfassung hat vor allem als institutionelle Grundlage für die Verwirklichung des Unternehmenszwecks Bedeutung. Die meisten Zertifizierungsregime fordern eine Beteiligung unterschiedlicher Interessengruppen am Prozess der unternehmerischen Entscheidungsfindung, allerdings in unterschiedlichem Ausmaß: Besonders die öffentlich-rechtlichen Zertifizierungsregime machen insoweit sehr konkrete Vorgaben, während umgekehrt die privaten Regime größtenteils sehr pauschal sind.⁶⁰ Grundsätzlich kommen zwei Modelle der Beteiligung in Betracht. Entweder lässt sich eine Entsendung von Vertretern der verschiedenen Interessengruppen in die jeweiligen Leitungsorgane fordern, was allerdings zu Interessenkonflikten führen kann und möglicherweise auch Abstriche bei der fachlichen Qualifikation befürchten lässt.⁶¹ Weniger eingriffsintensiv ist demgegenüber das zweite Beteiligungsmodell, das den Vertretern der Interessengruppen lediglich Informations- und Konsultationsrechte einräumt.⁶²

Schließlich zählt auch die Finanzverfassung zu den Kriterien, die bei der Zertifizierung häufig abgefragt werden. Zahlreiche Zertifizierungsregime enthalten Ausschüttungsbegrenzungen für Dividenden an Investoren oder Beschränkungen für die Verteilung des Restvermögens bei einer Unternehmensauflösung.⁶³ Auf diese Weise sollen Sozialunternehmen die Möglichkeit haben, ihren Gewinn bzw. ihr Vermögen zu einem substanziellen Teil für die Förderung der jeweiligen Gemeinwohlzwecke einzusetzen. Lediglich das PHINEO-Regime

⁵⁶ Die Informationsmaterialien sprechen lediglich von „Projekten“, vgl. etwa https://www.phineo.org/downloads/?filename=PHINEO_Hintergrund_Methode_05.pdf.

⁵⁷ Näher *Honeyman* (Fn. 19), S. 175.

⁵⁸ Dort wird jeweils gefordert, dass mehr als die Hälfte der Einkünfte aus Handelstätigkeiten stammen müssen, vgl. *Möslein* (Fn. 28), S. 675, m. w. N.

⁵⁹ *Honeyman* (Fn. 19), S. 5. Zur territorialen Begrenzung der öffentlich-rechtlichen Regime vgl. außerdem *Möslein* (Fn. 28), S. 675, m. w. N.

⁶⁰ Dazu näher *Möslein* (Fn. 28), S. 676 f., m. w. N.

⁶¹ Vgl. *Murray*, Adopting Stakeholder Advisory Boards, *American Business Law Journal* 54 (2017), 61, 89.

⁶² *Murray*, a. a. O. schlägt vor, eine Beratungskommission aus Vertretern der Interessengruppen zu errichten.

⁶³ Ausführlich wiederum *Möslein* (Fn. 28), S. 677.

verzichtet auf eine entsprechende Anforderung, hat allerdings ohnehin nicht-gewinnorientierte Unternehmen im Fokus.⁶⁴ Bei den anderen Regimen schwanken die Anforderungen zwischen 50% und 66%; lediglich das US-amerikanische Regime des Benefit Impact Assessment ist deutlich flexibler und fordert lediglich eine Rücklage in Höhe von 20% der jährlichen Gewinne bzw. 2% des Umsatzes.⁶⁵ In diesen Zahlen kommt ein grundlegend unterschiedliches Verständnis von sozialem Unternehmertum zum Ausdruck.⁶⁶ Strenge Restriktionen erscheinen gerechtfertigt, wenn die fraglichen Unternehmen Sondervorteile, etwa Subventionen oder steuerliche Vergünstigungen genießen. Jedoch machen sie die Zertifizierung für Wirtschaftsunternehmen potenziell unattraktiv und erschweren es den zertifizierten Unternehmen, auf dem Finanzmarkt Eigenkapital einzuwerben.⁶⁷ Soweit Impact Investment neben positiven sozialen und ökonomischen Auswirkungen auch wirtschaftliche Vorteile generieren soll, bedarf es insoweit auch außerhalb der USA größerer Flexibilität.

4. Rechtsfolgen

Unternehmen, die das jeweilige Zertifizierungsverfahren erfolgreich durchlaufen haben, dürfen bestimmte Symbole und Bezeichnungen im Geschäftsverkehr exklusiv nutzen, um ihre Nachhaltigkeit bzw. soziale Ausrichtung möglichst deutlich zum Ausdruck zu bringen. Die Ausschließlichkeit der Nutzung dieser Symbole und Bezeichnungen lässt sich rechtlich allerdings auf ganz unterschiedliche Weise schützen. Anders als bei der Verfahrensgestaltung und den materiellen Zertifizierungsvoraussetzungen lässt sich in dieser Hinsicht ein diametraler Unterschied zwischen öffentlich-rechtlichen und privaten Zertifizierungsregimen konstatieren: Während der Schutz im ersten Fall von Gesetzes wegen erfolgt,⁶⁸ beruht er im zweiten Fall auf privatautonomer Gestaltung. Bei den privaten Zertifizierungsregimen finden sich hierfür zweierlei unterschied-

⁶⁴ Für die vergleichsweise großzügigen Anforderungen vgl. https://www.phineo.org/downloads/?filename=PHINEO_Hintergrund_Methode_05.pdf, S. 2 f. („Quellen und Verwendung von Geldern nachvollziehbar“; „langfristige Stabilität der Organisation“).

⁶⁵ *Honeyman* (Fn. 19), S. 139.

⁶⁶ Dieser konzeptionelle Unterschied wird beispielsweise auch bei der Ausgestaltung spezifischer Rechtsformen für nachhaltige Unternehmen deutlich, vgl. *Defourny/Nyssens*, „Conceptions of Social Enterprise and Social Entrepreneurship in Europe and the United States: Convergences and Divergences“, *Journal of Social Entrepreneurship* 1 (2010), 32; s. außerdem *Möslein/Mittwoch*, *RabelsZ* 80 (2016), 399, 426–431.

⁶⁷ In diesem Sinne auch *Thirion*, *Statute for social and solidarity based enterprises – European Added Value Assessment* (2017), S. 26, abrufbar unter http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/611030/EPRS_STU%282017%29611030_EN.pdf.

⁶⁸ Vgl. Art. 19 (Nutzungsbeschränkung) und Art. 21 Abs. 1 n. 2 (Sanktionierung) *Social Enterprise Promotion Act* (Fn. 29); sowie Art. 1 Abs. 3 *Loi n. 2014-856 du 31 juillet 2014* (Fn. 30).

liche Varianten: Teils erfolgt der Schutz auf markenrechtlichem Wege, indem die Symbole und Bezeichnungen, die Zertifikate nach außen darstellen, entsprechend eingetragen sind (so insbesondere die Zertifizierung als B Corp sowie das UK Social Enterprise Mark).⁶⁹ Bei anderen Zertifizierungsregimen, bei denen eine markenrechtliche Absicherung fehlt (so offenbar im Falle von PHINEO sowie bei Social Enterprise UK), greifen immerhin wettbewerbsrechtliche Schutzmechanismen, insbesondere das Verbot irreführender Werbung.⁷⁰

Neben jenen Nutzungsrechten können sich an die Zertifizierung weitere Rechtsfolgen knüpfen, die als zusätzliche Anreize dienen sollen, um Zertifizierungsverfahren zu durchlaufen und sich den Zertifizierungsvoraussetzungen zu unterwerfen – kurz: um nachhaltiges Verhalten zu fördern. Da nachhaltig wirtschaftende Sozialunternehmen Gemeinwohlbelangen dienen und dadurch Kosten, die ansonsten der Gemeinschaft entstehen würden, internalisieren, erfahren sie teils finanzielle Förderung, um im Wettbewerb mit rein gewinnorientierten Unternehmen bestehen zu können. In den öffentlich-rechtlichen Regimen erfahren zertifizierte Unternehmen staatliche Unterstützung beispielsweise in Form von Subventionen, Steuerbegünstigungen oder auch von Vorteilen bei öffentlichen Vergabeverfahren.⁷¹ Ob die langfristige Wettbewerbsfähigkeit durch solche Fördermaßnahmen tatsächlich gesteigert wird, mag man allerdings angesichts hoher Insolvenzraten beispielsweise in Südkorea bezweifeln.⁷² Selbst bei privaten Zertifizierungsregimen sind vergleichbare Privilegien nicht von vornherein ausgeschlossen. Das englische Vergaberecht beispielsweise knüpft an die (private) Zertifizierung nach allgemeiner Ansicht gewisse Vorteile; die Anknüpfung erfolgt allerdings nicht explizit, sondern ist allgemein formuliert, so dass die Zertifizierung lediglich Indizwirkung entfaltet.⁷³ Der Europäische Fonds

⁶⁹ Vgl. die jeweiligen Vereinbarungen, die unter <https://www.bcorporation.net> abrufbar sind.

⁷⁰ Allgemein zum wettbewerbsrechtlichen Schutz von Erklärungen zur Corporate Social Responsibility vgl. die Beiträge in: R. Hilty/F. Henning-Bodewig (Hrsg.), *Corporate Social Responsibility – Verbindliche Standards des Wettbewerbsrechts?* (2014).

⁷¹ Zur Förderung in Südkorea vgl. *Bidet/Eum*, *Social Enterprise Journal* Vol. 7 (2011), 77, 78; ausführlich ferner *Kim Insun*, *Institutional Development of Social Economy: A Case of Korea's Social Enterprise Promotion Act*, in: *Science of Science and Management of Science and Technology* (2016), S. 38, 41. Zu Frankreich vgl. die Mitteilung des Conseil National des Chambres Régionales de l'Économie Sociale et Solidaire: https://www.cress-pdl.org/wp-content/uploads/CNCRESS-Note_Societes_commerciales_ESS_Oct2016-1.pdf, S. 3.

⁷² Laut einer Studie von 2014 gingen 58,6% der zertifizierten Unternehmen nach dem Auslaufen der öffentlichen Zuschüsse insolvent, wurden in normale Unternehmen umgewandelt oder haben Arbeitsplätze abgebaut, vgl. *Kim Insun*, *Institutional Development of Social Economy: A Case of Korea's Social Enterprise Promotion Act*, in: *Science of Science and Management of Science and Technology* (2016), S. 38, 43.

⁷³ Art. 1 Abs. 3 des Public Services (Social Value) Act 2011 sieht nämlich vor, Vergabeentscheidungen sollten "consider (a) how what is proposed to be procured might improve the economic, social and environmental well-being of the relevant area, and (b) how, in conducting the process of procurement, it might act with a view to securing that improvement". Vgl.

für soziales Unternehmertum und die Initiative der Europäischen Kommission für soziales Unternehmertum operieren auf ähnliche Weise.⁷⁴ Zertifizierung dient auch in diesen Fällen lediglich als indizielles Näherungskriterium für Fördermaßnahmen, nicht als notwendige Voraussetzung. Insgesamt erscheint die Verknüpfung mit staatlichen Fördermaßnahmen deshalb zumindest deutlich weniger intensiv als bei öffentlich-rechtlichen Zertifizierungsregimen. Gleichwohl unterscheiden sich beide Zertifizierungsregime hinsichtlich der Rechtsfolgen zwar in der spezifischen rechtlichen Ausgestaltung, aber keineswegs prinzipiell – angesichts des Fehlens gesetzlicher Grundlagen bei den erstgenannten Regimen eine durchaus bemerkenswerte Ähnlichkeit.

5. Zwischenfazit

Die Unterschiede zwischen privaten und öffentlich-rechtlichen Zertifizierungsregimen sind geringer als angesichts der grundlegenden institutionellen Unterschiede zu vermuten wäre. Gleichwohl haben öffentlich-rechtliche Regime gewisse Vorteile. Sie lassen insbesondere ein Mehr an Neutralität erwarten, weil die Umsetzung durch Behörden erfolgt, die allenfalls geringe Verwaltungsgebühren verlangen, von denen ihre Finanzierung nicht abhängt. Zudem kann der demokratisch legitimierte Gesetzgeber die Zertifizierungskriterien festlegen und dadurch die zu erwartenden Steuerungseffekte determinieren. Nicht zuletzt lässt sich die Verknüpfung mit staatlichen Fördermaßnahmen bei öffentlich-rechtlichen Zertifizierungsregimen leichter rechtfertigen.

Private Zertifizierungsregime unterliegen demgegenüber zwar stärker den Gefahren des „Greenwashing“, insbesondere infolge ihrer Finanzierung durch Zertifizierungsgebühren. Andererseits können sie branchen-, unternehmens- und marktspezifische Zertifizierungskriterien auf Grund ihrer größeren Sachnähe oft besser abbilden und dynamisch fortentwickeln als staatliche Behörden. Zudem können sie Impulse liefern, um die herkömmliche, in den Typologien staatlicher Gesellschaftsrechte abgebildete Unterscheidung zwischen gewinnorientierten und gemeinnützigen Rechtsformen zu überwinden. In den USA dienten „Certified B Corporations“ jedenfalls als entscheidende Triebfeder für die breitflächige Einführung neuer, hybrider Gesellschaftsformen.⁷⁵

dazu beispielsweise *Barraket/Keast/Furneaux*, *Social Procurement and New Public Governance* (2016), S. 115: „The Social Enterprise Mark makes it easy for commissioners and procurement managers to identify when social value is being delivered“.

⁷⁴ Vgl. Verordnung (EU) Nr. 346/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2013 über Europäische Fonds für soziales Unternehmertum, ABl. EU 2013 L 115/18, und Mitteilung der Europäischen Kommission, Initiative für soziales Unternehmertum: Schaffung eines „Ökosystems“ zur Förderung der Sozialunternehmen als Schlüsselakteure der Sozialwirtschaft und der sozialen Innovation, KOM (2011) 682 endg.

⁷⁵ Näher sogleich S. 19ff.

Möglicherweise lassen sich private und öffentlich-rechtliche Elemente bei der Gestaltung von Zertifizierungsregimen so miteinander kombinieren, dass sich die Vorzüge beider Welten gleichermaßen erreichen lassen. In einzelnen Zertifizierungsregimen finden sich bereits gewisse Ansätze solcher Verknüpfungen, etwa bei Social Enterprise UK, dessen inhaltliche Zertifizierungskriterien buchstabengetreu an staatliche Vorgaben anknüpfen. Ähnlich wurde kürzlich in den USA ein gesetzlicher Rahmen für private Zertifizierung geschaffen: Der Bundesstaat Delaware führte Rahmenregeln zur Nachhaltigkeitszertifizierung ein, die zwar keine Zertifizierung und auch keine spezifischen Zertifizierungsregime vorschreiben, aber von in Delaware registrierten, eine Zertifizierung anstrebenden Gesellschaften verlangen, dass diese Zertifizierung zwingend formal zu beschließen und auf höchster Unternehmensebene zu bewerten und zu überwachen ist.⁷⁶

III. Flankierende Maßnahmen zur Förderung nachhaltigen Unternehmertums

Bei der Gestaltung von Zertifizierungsregimen ist schließlich der institutionelle Rahmen bestehender Maßnahmen zu bedenken, die zwar nicht selbst auf die Zertifizierung nachhaltiger Kapitalgesellschaften abzielen, aber gleichermaßen der Förderung nachhaltigen Unternehmertums dienen und insofern mit jener Zertifizierung interagieren. Unter den äußerst vielfältigen und facettenreichen staatlichen Aktivitäten zur Nachhaltigkeitsförderung stechen vor allem dreierlei Maßnahmen heraus, deren Wesensverwandtschaften und Bezüge mit der hier diskutierten Zertifizierung nachhaltiger Kapitalgesellschaften besonders eng sind, nämlich (1.) die Einführung neuer, nachhaltigkeitsorientierter Gesellschaftsformen, (2.) die Offenlegung nichtfinanzieller Unternehmensinformationen und (3.) die Zertifizierung nachhaltiger (Finanz-)Produkte.

1. Einführung hybrider Gesellschaftsformen

Eine zusätzliche, spezifisch gesellschaftsrechtliche Entwicklungslinie ergänzt die privaten Zertifizierungsregime, wird zugleich jedoch auch durch diese befördert. So haben „Certified B Corporations“ in den USA maßgeblich zum Siegeszug einer neuen Gesellschaftsform beigetragen: Die sog. „Benefit Corporation“ ist inzwischen in fast allen US-amerikanischen Bundesstaaten verfügbar.⁷⁷

⁷⁶ Vgl. Certification of Adoption of Sustainability and Transparency Standards Act, House Bill No. 310, available at <http://legis.delaware.gov/json/BillDetail/GenerateHtmlDocument?legislationId=26304&legislationTypeId=1&docTypeId=2&legislationName=HB310>.

⁷⁷ Aktuelle Übersicht über die geltenden Gesetzeswerke und deren In-Kraft-Treten bei

Jene Zertifizierung und diese Rechtsform sind eng miteinander verknüpft, weil die als „Certified B Corporations“ zertifizierten Unternehmen die vertragliche Verpflichtung eingehen, sich in Benefit Corporations umzuwandeln bzw. deren legislatorische Einführung rechtspolitisch zu unterstützen, sofern eine solche Rechtsform in der betreffenden Gesellschaftsrechtsordnung noch nicht verfügbar ist.⁷⁸ Zudem basieren die Neuregelungen jeweils auf der Blaupause eines Modellgesetzes,⁷⁹ das zahlreiche Praktiker auf Initiative von B Lab entworfen haben.⁸⁰ Zusätzlich zur Benefit Corporation sind in den USA noch zahlreiche weitere, ähnlich hybride Rechtsformen entstanden, namentlich die sog. L3C (Low-Profit Limited Liability Company) als kleinere, geschlossene Gesellschaftsform⁸¹ sowie die sog. FPC (Flexible Purpose Corporation) bzw. SPC (Social Purpose Corporation), die ebenso wie Benefit Corporations auf der Grundform der Aktiengesellschaft basiert, aber mangels Gemeinwohlverpflichtung flexibler ist und teils geringeren Offenlegungspflichten unterliegt.⁸² Zahlreiche europäische Nachbarstaaten haben über die letzten 15 Jahre ebenfalls vielgestaltige Rechtsformen eingeführt, die soziales Unternehmertum und nachhaltige Unternehmenstätigkeit befördern sollen: So sind in Italien inzwischen ebenfalls Benefit Corporations verfügbar, in Großbritannien gibt es die in

Geczy/Jeffers/Musto/Tucker, When Shareholders Are Not Supreme, Harv. Bus. L. Rev. 5 (2015), 73, 138f. (Appendix D); vgl. ferner den „State by State Status“ unter www.benefitcorp.net. Benefit Corporations sind jeweils als eigene Rechtsform, nicht als Sonderform der Aktiengesellschaft konzipiert; gleichwohl finden subsidiär die allgemeinen aktienrechtlichen Regeln Anwendung, vgl. *Brakman Reiser*, Wake Forest L. Rev. 46 (2011), 591, 595f.; *Westaway/Sampsel*, The Benefit Corporation: An Economic Analysis with Recommendations to Courts, Boards, and Legislatures, Emory L. J. 62 (2013), 999, 1033f. (auch zu Nachteilen dieser Regelungstechnik).

⁷⁸ Näher *Möslein/Mittwoch*, *RabelsZ* 80 (2016), 399, 410f. („kollusiver Rechtsform-zwang“).

⁷⁹ B Lab empfiehlt auf seiner Webseite (den Gesetzgebern!) lapidar die Nutzung des Modellgesetzes als „basis of any new legislation“; vgl. www.benefitcorp.net/attorneys/model-legislation.

⁸⁰ Model Benefit Corporation Legislation, aktuelle Fassung vom 17. April 2017 abrufbar unter https://benefitcorp.net/sites/default/files/Model%20benefit%20corp%20legislation%20_4_17_17.pdf.

⁸¹ Diese Rechtsform ist bislang in zehn Einzelstaaten eingeführt und in zahlreichen weiteren geplant; näher (und kontrovers) vor allem *Callison/Vestal*, The L3C Illusion: Why Low-Profit Limited Liability Companies Will Not Stimulate Socially Optimal Private Foundation Investment in Entrepreneurial Ventures, Vt. L. Rev. 35 (2010), 273; *Bishop*, The Low-Profit LLC (L3C): Program Related Investment by Proxy or Perversion, Ark. L. Rev. 63 (2010), 243; *Kleinberger*, A Myth Deconstructed: The „Emperor’s New Clothes“ on the Low-Profit Limited Liability Company, Del. J. Corp. L. 35 (2010), 879.

⁸² Näher *Brakman Reiser*, The Next Big Thing: Flexible Purpose Corporations, Am. U. Bus. L. Rev. 2 (2012), 55; *Clarke*, California’s Flexible Purpose Corporation: A Step Forward, a Step Back, or No Step at All?, J. Bus. Entrepreneurship & L. 5 (2012), 301. Kalifornien, das ursprünglich als einziger Staat die FPC eingeführt hatte, änderte die Bezeichnung kürzlich in SPC; ebenso lautet (von Anfang an) die Bezeichnung in den Bundesstaaten Florida, Texas und Washington.

vielelei Hinsicht vergleichbare Community Interest Company, und auch die Sozialgenossenschaften, die unter anderem in Frankreich und Italien eingeführt worden sind, dienen ganz ähnlichen Zwecken.⁸³

Die Gemeinsamkeit all dieser neuen Gesellschaftsformen besteht darin, dass sie entgegen der herkömmlichen Zweiteilung (rein) gewinnorientierter und (rein) gemeinnütziger Organisationsformen eine neue, übergreifende Kategorie hybrider Unternehmen ermöglichen wollen. Ähnlich wie bei der Zertifizierung gelten Gemeinwohlorientierung und Gewinnerzielung nicht mehr als unvereinbare Alternativen, sondern sollen miteinander in Einklang gebracht werden.⁸⁴ Treffend spricht man von „Profit & Purpose“-Unternehmen.⁸⁵ In den USA findet dieser hybride Charakter vor allem darin seinen rechtlichen Ausdruck, dass Benefit Corporations bereits bei der Gewinnerzielung, also der eigentlichen Unternehmenstätigkeit, gemeinwohlorientiert agieren sollen, umgekehrt jedoch nicht in ihrer Gewinnausschüttung begrenzt werden. Diese Konzeption steht in diametralem Gegensatz zu dem Gemeinnützigkeitsverständnis, das in Europa und vor allem in Deutschland bislang vorherrscht.⁸⁶

Ob im deutschen Gesellschaftsrecht Notwendigkeit für vergleichbare Rechtsformen besteht, mag man bezweifeln, weil Unternehmensleiter deutscher Aktiengesellschaften nicht primär dem „shareholder value“ verpflichtet sind, sondern dem (breiteren) Unternehmensinteresse zu dienen haben; sie genießen deshalb von vorneherein größeres Ermessen, auch Stakeholder-Interessen bei ihren unternehmerischen Entscheidungen zu berücksichtigen.⁸⁷ Zudem werden in Deutschland gewinn- und gemeinwohlorientierte Gesellschaftsformen oftmals in einer Art Konzernverbund miteinander kombiniert, so dass zumindest auf Konzernebene ohnehin hybride Organisationsformen bestehen.⁸⁸ Umge-

⁸³ Vgl. Social Impact Investment Taskforce, Impact Investment: The Invisible Heart of Markets, Abschlussbericht vom 15. September 2014, abrufbar unter https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/user_upload/Impact_Investment_Report.pdf, S. 39 (Italien) und 41 f. (Frankreich); *Sorensen/Neville*, EBOR 15 (2014), 267, 277 (Großbritannien) und 279 f. (Dänemark); *Defourny/Nyssens*, Social Enterprise in Europe; Recent Trends and Developments, Journal of Social Entrepreneurship 4 (2008), 202, 206 (Belgien); für einen breiteren rechtsvergleichenden Überblick vgl. *Momberger*, Social Entrepreneurship – im Spannungsfeld zwischen Gesellschafts- und Gemeinnützigkeitsrecht (2015), S. 233–300; ferner auch *Fici*, A European Statute for Social and Solidarity-Based Enterprises – Study for the JURY Committee (2017), available at [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583123/IPOL_STU\(2017\)583123_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583123/IPOL_STU(2017)583123_EN.pdf), S. 17–20.

⁸⁴ Vgl. dazu *Möslein/Mittwoch*, *RabelsZ* 80 (2016), 399, 404–406.

⁸⁵ S. vor allem *Westaway*, *Profit & Purpose* (2014).

⁸⁶ Ähnlich, auch im Vergleich zu neueren hybriden Rechtsformen im englischen und dänischen Gesellschaftsrecht: *Sorensen/Neville*, EBOR 15 (2014), 267, 298 („radically different approach“).

⁸⁷ Überblicksweise vgl. statt aller: *Spindler/Stilz/Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), *Kommentar zum AktG* (3. Aufl. 2015), § 76 Rn. 36–39, mit zahlreichen Nachweisen.

⁸⁸ Dazu ausführlich *Leuschner*, *Das Konzernrecht des Vereins* (2011). Zur Ausgründung wirtschaftlicher Tätigkeiten auf eigenständige Tochtergesellschaften vgl. außerdem BGHZ

kehrt lässt sich jedoch argumentieren, dass spezifische Rechtsformen nach ausländischem Vorbild helfen können, den hybriden Charakter nicht lediglich auf Leitungsebene, sondern in der Unternehmensverfassung selbst zu verankern und ihn somit ungleich stärker zu einem unternehmerischen Leitbild zu erheben. Spezifische Rechtsformen entfalten zudem, ähnlich wie die Zertifizierung, wichtige Signalwirkung: Nachhaltigkeit, die bereits in der Rechtsform ihren Ausdruck findet, wird für Unternehmen attraktiver, weil sie sich (erst) aufgrund dieser Signalwirkung zur Preisdifferenzierung auf Produkt-, Kapital- und Arbeitsmärkten nutzen lässt.

2. Offenlegung nichtfinanzieller Unternehmensinformationen

Enge funktionale Bezüge bestehen weiterhin zwischen der Zertifizierung nachhaltiger Kapitalgesellschaften und der Offenlegung nichtfinanzieller Unternehmensinformationen, weil beide Instrumente gleichermaßen dem Abbau von Informationsasymmetrien dienen und überdies ähnliche, im weitesten Sinne nachhaltigkeitsbezogene Informationen zum Inhalt haben. Zugleich liefert und verbürgt die Offenlegung vielfach erst jene Informationen, die als Grundlage für die Zertifizierung dienen, so dass beide Instrumente operativ eng ineinander greifen. Im Gegensatz zur Zertifizierung verdichtet die Offenlegung die fraglichen Informationen jedoch nicht auf ein prägnantes Zertifikat. Ihre Signalwirkung mag daher geringer sein; umgekehrt ist ihr Aussagegehalt nicht lediglich binär und deshalb nuancierter.

Auf europäischer Ebene verpflichtet die CSR-Richtlinie große Unternehmen von öffentlichem Interesse zur nichtfinanziellen Berichterstattung über ökologische, soziale und organisatorische Aspekte der Unternehmenstätigkeit.⁸⁹ Ihre deutsche Umsetzung, die sich im Wesentlichen auf eine Übernahme der in der Richtlinie aufgestellten Mindeststandards beschränkt, sieht vor, dass Unternehmen ihren Lagebericht bzw. Konzernlagebericht um eine nichtfinanzielle Erklärung zu erweitern haben, wenn sie als große Kapitalgesellschaften i. S. v.

85, 84 (ADAC-Urteil) sowie bspw. *Winbeller*, Kindergärten sind Unternehmen! Warum die Rechtsform des „e.V.“ für zweckbetriebsorientierte NPOs nicht taugt und Alternativen (gGmbH, e.G.) gefragt sind, DStR 2012, 1562, 1564; die Notwendigkeit entsprechender Konstrukte ist indessen seit dem sog. Kita-Beschluss erheblich gesunken, vgl. BGH, NJW 2017, 1943 und dazu etwa *Leuschner*, Der Zweck heiligt doch die Mittel! – Vereinsklassenabgrenzung ab dem Kita-Beschluss des BGH, NJW 2017, 1919; *Hüttemann*, Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, Beschluss vom 16.05.2017 (II ZB 7/16) – Zur Anerkennung eines Vereins als gemeinnützig im Sinne der §§ 51 ff. AO, JZ 2017, 897.

⁸⁹ Richtlinie 2014/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen, ABl. L 330/1 vom 15.11.2014.

§ 267 Abs. 3 HGB kapitalmarktorientiert i. S. v. § 264d HGB agieren und im Jahresdurchschnitt mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen.⁹⁰ Inhaltlich besteht gem. § 289c HGB die Verpflichtung, über die kurze Beschreibung des Geschäftsmodells der jeweiligen Kapitalgesellschaft hinaus zumindest auf die Belange der Umwelt und Arbeitnehmer, soziale Aspekte, Achtung der Menschenrechte und die Bekämpfung von Korruption durch das Unternehmen einzugehen.⁹¹

Bislang fehlen jedoch verbindliche unionsrechtliche Bestimmungen dazu, wie diese inhaltlichen Vorgaben prozedural umzusetzen sind. Ohne einen unionsweiten Standard betreffend Aufbereitung und Präsentation der Informationen mangelt es indes an deren Vergleichbarkeit,⁹² was wiederum der erwünschten Signalwirkung abträglich ist. Zwar hat die Kommission gem. Art. 2 der CSR-Richtlinie zur Orientierung der Unternehmen Leitlinien für die nichtfinanzielle Berichterstattung veröffentlicht; diese sind jedoch unverbindlich und daher mangels Rechtsaktsqualität nicht geeignet, die nötige Harmonisierungswirkung herbeizuführen.⁹³ Insoweit überrascht es nicht, dass die Kommission mit der geplanten Überarbeitung des Rechnungslegungs-Acquis die Zweckdienlichkeit der Anforderungen an die öffentliche Berichterstattung in den Blick nimmt und Verfahrensaspekte der Nachhaltigkeitsberichterstattung verbessern will.⁹⁴ Dazu zählt die Kommission auch die Aussichten für eine digitalisierte Berichterstattung, die Änderung der (nicht verbindlichen) Leitlinien für nichtfinanzielle Informationen⁹⁵ sowie die Einrichtung eines Forums für den Austausch bewährter Verfahren für die Nachhaltigkeitsberichterstattung durch Unternehmen und Investoren (sog. „European Corporate Reporting Lab“) als

⁹⁰ Sog. CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz vom 11.4.2017, BGBl. I 2017, 802 v. 18.4.2017. Überblick bei *Kajüter*, Nichtfinanzielle Berichterstattung nach dem CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz, DB 2017, 617; *Rubner/Leuring*, Das CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz, NJW-Spezial 2017, 719; *Hecker/Bröcker*, Die CSR-Berichtspflicht in der Hauptversammlungssaison 2018, AG 2017, 761.

⁹¹ Die CSR-Richtlinie betont damit anders als der Aktionsplan zur Finanzierung nachhaltigen Wachstums neben der ökologischen Dimension der Nachhaltigkeit auch ihre soziale Zielsetzung; vgl. dazu *Möslein/Mittwoch*, Der Europäische Aktionsplan zur Finanzierung nachhaltigen Wachstums, WM 2019, 481.

⁹² *Spießhofer*, Die neue europäische Richtlinie über Offenlegung nichtfinanzieller Informationen – Paradigmenwechsel oder Papiertiger?, NZG 2014, 1281, 1285; *Eickenjäger*, Möglichkeiten der Förderung einer nachhaltigen Entwicklung durch nichtfinanzielle Berichterstattung, in: *Rühmkorf* (Hrsg.), Möglichkeiten und Grenzen der Förderung nachhaltiger Entwicklung im deutschen Recht (2018), S. 111, 116.

⁹³ Mitteilung der Kommission: Leitlinien für die Berichterstattung über nichtfinanzielle Information, ABl. C 215/1 vom 05.07.2017.

⁹⁴ Dazu *Mühlbauer/Müller*, Fitness-Check der EU-Kommission zur öffentlichen Berichterstattung von Unternehmen, DB 2018, 1482 sowie die „Roadmap“ der Kommission, Evaluation and Fitness Check Roadmap – Ares (2018)744988, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2018-744988>.

⁹⁵ Vgl. Nachweise vorherige Fußnote.

Teil der Europäischen Beratergruppe für Rechnungslegung (EFRAG).⁹⁶ Konkrete Legislativvorschläge fehlen bislang, derzeit findet jedoch eine entsprechende öffentliche Konsultation statt, deren Ergebnisse im zweiten Quartal 2019 veröffentlicht werden und als Grundlage für künftige Legislativvorschläge dienen sollen.⁹⁷ Insgesamt steht damit deutlich die Verbesserung von Methode und Verfahren der Berichterstattung im Fokus, weil die hybride Ausgestaltung der nichtfinanziellen Berichtspflichten, deren Inhalt unionsrechtlich determiniert ist, deren prozedurale Erfüllung sich jedoch an unverbindlichen nationalen und internationalen Standards orientiert, das Potenzial, das die Kommission der Nachhaltigkeitsberichterstattung für die Förderung nachhaltigen Wachstums zuerkennt, noch nicht vollständig ausschöpft.⁹⁸ Bei den anstehenden Reformschritten wird jedoch auch zu bedenken sein, welche Rolle die Zertifizierung nachhaltiger Kapitalgesellschaften künftig im Zusammenspiel mit der Nachhaltigkeitsberichterstattung spielen kann, vermag doch gerade diese Zertifizierung die fraglichen Informationen prägnant „auf den Punkt“ zu bringen.

3. Zertifizierung nachhaltiger (Finanz-)Produkte

Während die Zertifizierung nachhaltiger Kapitalgesellschaften in Deutschland und Europa weitgehend Neuland ist, finden sich in anderen Regelungsbereichen bereits seit längerem verschiedene Formen der Zertifizierung, etwa im Bildungsbereich, im Produktsicherheitsrecht sowie für Umweltverträglichkeit.⁹⁹ Ähnlich wie bei der Zertifizierung nachhaltiger Kapitalgesellschaften geht es auch bei diesen Zertifizierungsregimen um Qualitätskontrolle, genauer um die Überprüfung und Offenlegung ansonsten verdeckter Produkteigenschaften. Ein grundlegender Unterschied besteht jedoch hinsichtlich des Gegenstands der Zertifizierung, der bei jenen anderen Regimen tatsächliche Produkte und Dienstleistungen betrifft, im hiesigen Fall dagegen Kapitalgesellschaften als immaterielle Rechtsprodukte. Engere Verwandtschaft besteht in dieser Hinsicht zur Zertifizierung nachhaltiger Finanzprodukte, wie sie die Europäische Kommission kürzlich in ihrem „Aktionsplan zur Finanzierung nachhaltigen Wach-

⁹⁶ Aktionsplan, S. 13.

⁹⁷ Aktionsplan, S. 12.

⁹⁸ Mit Blick insbesondere auf die fehlenden effektiven Durchsetzungsmechanismen *Eickenjäger*, Möglichkeiten der Förderung einer nachhaltigen Entwicklung durch nichtfinanzielle Berichterstattung, in: Rühmkorf (Hrsg.), Möglichkeiten und Grenzen der Förderung nachhaltiger Entwicklung im deutschen Recht (2018), S. 111, 135 f.

⁹⁹ Zu diesen drei Bereichen jeweils ausführlich: *Clement et al.* (Hrsg.), Standardisierung und Zertifizierung beruflicher Qualifikationen in Europa (2006); *Röhl*, Akkreditierung und Zertifizierung im Produktsicherheitsrecht (2000); *Leifer*, Das europäische Umweltmanagementsystem EMAS als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung (2007), S. 143–184.

tums“ vorgeschlagen hat.¹⁰⁰ Der Aktionsplan sieht nicht nur eine einheitliches Klassifikationsschema vor, das dem Nachhaltigkeitsbegriff präzisere Konturen verleihen soll, sondern zielt auch auf entsprechende Kennzeichnung umweltfreundlicher Finanzprodukte.¹⁰¹ Bezugspunkt sind dort jedoch (spezifische) unternehmerische Aktivitäten, nicht der Unternehmensträger als Ganzes.

Insgesamt gilt als entscheidender Vorzug des Regelungsansatzes, dass auf Verbote von Produkten, die den Zertifizierungskriterien nicht entsprechen, bewusst verzichtet wird: Zertifizierung, so heißt es deshalb, sei ein besonders marktwirtschaftliches Steuerungskonzept, weil anstelle direkter staatlicher Eingriffe lediglich ein Anreiz geschaffen werde, auf bestimmte Qualitätskriterien zu setzen.¹⁰² Welcher Akteur die Qualitätskontrolle durchführt, ist auch bei diesen anderen Zertifizierungsregimen äußerst unterschiedlich. Zwar wird Zertifizierung häufig als nicht-staatliches Instrument verstanden, weil besonders auf globaler Ebene wirkmächtige Zertifizierungsregime privater Natur sind, etwa im Umwelt- und Forstbereich.¹⁰³ Auf europäischer Ebene wird aber jedenfalls die Akkreditierung von Produkten durch die entsprechende Rahmenverordnung hoheitlich definiert und an konkrete Bedingungen geknüpft.¹⁰⁴ Die Akkreditierungsstellen selbst brauchen hingegen nicht zwingend staatliche Behörden zu sein.¹⁰⁵ Überdies gibt es auf europäischer Ebene veritable staatliche Gütesiegel, etwa das Bio-Siegel im Lebensmittelbereich, dessen Voraussetzungen und Kontrollierung in der EG-Öko-Verordnung hoheitlich festgelegt sind, auch wenn die eigentliche Kontrolle wiederum durch private, aber staatlich zugelassene Kontrollstellen erfolgen kann.¹⁰⁶ Allgemein wirken staatliche

¹⁰⁰ Aktionsplan der Kommission: Finanzierung nachhaltigen Wachstums, COM(2018) 97 final vom 18.03.2018; Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen, COM(2018) 353 final vom 24.05.2018.

¹⁰¹ Ausführlich *Möslein/Mittwoch*, WM 2019, 481.

¹⁰² *Mühlenbruch/Buchner*, Kosten und Nutzen der (Nicht-)Prävention durch Recht – Prävention durch Recht, Rechtsgutachten im Auftrag der Bertelsmann Stiftung (2007), abrufbar unter <http://www.igmr.uni-bremen.de/deutsch/projekte/praevention.pdf>, S. 41.

¹⁰³ *Guéneau*, Certification as a new private global forest governance system: the regulatory potential of the forest stewardship council, in: Peters et al. (Hrsg.), Non-State Actors as Standard-Setters (2009), S. 379; *Gupta*, The Role of Non-State Actors in International Environmental Affairs, ZaöRV 63 (2003), 459, 470f.; monographisch *Gulbrandsen*, Transnational Environmental Governance – The Emergence and Effects of the Certification of Forests and Fisheries (2010).

¹⁰⁴ Verordnung (EG) Nr. 765/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Juli 2008 über die Vorschriften für die Akkreditierung und Marktüberwachung im Zusammenhang mit der Vermarktung von Produkten und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 339793 des Rates, Abl. Nr. L 218, S. 30; dazu näher *Kapoor/Klindt*, Die Reform des Akkreditierungswesens im Europäischen Produktsicherheitsrecht, EuZW 2009, 134; *Schroeder*, Gegenseitige Anerkennung im Lebensmittelsektor, Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht (ZLR) 2009, 279.

¹⁰⁵ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 11 sowie Art. 8 der Verordnung.

¹⁰⁶ Verordnung (EG) Nr. 834/2007 des Rates vom 28. Juni 2007 über die ökologische/bio-

und private Akteure bei vielen Zertifizierungsregimen zusammen, häufig in ganz unterschiedlicher Rollenverteilung.¹⁰⁷ Zertifizierung gilt zunehmend als „supranational regulierte Selbstregulierung“.¹⁰⁸ Auch wenn sich Zertifizierung demnach nicht maßgeblich durch ihre staatliche oder private Natur auszeichnet, hängt die Vertrauenswürdigkeit von Gütesiegeln durchaus von der institutionellen Ausgestaltung ab. Die Nachfrager müssen sich nämlich darauf verlassen können, dass die Zertifizierungskriterien von einer seriösen und unabhängigen Stelle vorgegeben und kontrolliert werden.¹⁰⁹

Das zentrale Charakteristikum von Zertifizierungsregimen ist in jedem Fall ihre Funktion als Instrument der Qualitätskontrolle:¹¹⁰ Weil jeweils bestimmte inhaltliche Anforderungen statuiert werden, von deren Vorliegen die Zertifizierung abhängt, übermitteln die entsprechenden Gütesiegel Nachfragern „auf einen Blick eine Vielzahl von Produktinformationen, die regelmäßig zugleich eine besondere Qualität des Produkts versprechen“.¹¹¹ So signalisiert beispielsweise das europäische Bio-Siegel, dass Zutaten landwirtschaftlichen Ursprungs zu mindestens 95 Prozent aus ökologischem Landbau stammen, der sich unter anderem durch Verzicht auf Gentechnik, auf Pflanzenschutz mit chemisch-synthetischen Mitteln und auf Verwendung leicht löslicher mineralischer Düngemittel, aber auch durch abwechslungsreiche, weite Fruchtfolgen und durch aus-

logische Produktion und die Kennzeichnung von ökologischen/biologischen Erzeugnissen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 2092/91, ABl. Nr. L 189, S. 1; dazu ausführlich *Alemanno*, Regulating organic farming in the European Union – Balancing Consumer Preferences an Free Movement Imperatives, *European Consumer Law Journal/ Revue européenne de droit de la consommation (R.E.D.C.)* 1 (2009), 87, 103–106; *Härtel*, Biologische Vielfalt zwischen Nachhaltigkeit und Nutzung – der Beitrag des ökologischen Landbaus in seiner rechtlichen Ausgestaltung, *Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR)* 2008, 233, 236–238; *Kopp*, EU-Öko-Verordnungen als Instrument zur Stärkung der Lauterkeit des Marktes?, *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht (ZLR)* 2012, 171.

¹⁰⁷ In diesem Sinne *Pünder*, *ZHR* 170 (2006), 567, 593–596; vgl. außerdem die Beispiele bei *Bieback*, *Zertifizierung und Akkreditierung – Das Zusammenwirken staatlicher und nicht-staatlicher Akteure in gestuften Prüfsystemen* (2008), S. 36–185, mit zusammenfassender Bewertung auf S. 189.

¹⁰⁸ *Dimitropoulos*, *Zertifizierung und Akkreditierung im Internationalen Verwaltungsverbund* (2012), S. 128.

¹⁰⁹ Dazu ausführlich *Möslein*, *ZHR* 176 (2012), 470, 485 ff. (unter III.3.).

¹¹⁰ *Bieback* (Fn. 107), S. 199–201 („Instrument der Qualitätssicherung“); *Pünder*, *ZHR* 170 (2006), 567, 589–593 („Qualitätssicherungsverfahren“); ähnlich auch *Dimitropoulos*, *Zertifizierung und Akkreditierung im Internationalen Verwaltungsverbund* (2012), S. 233 („formelle Bestätigung über die Erfüllung der festgelegten Anforderungen“); *Niebling*, *Rechtsfragen der Zertifizierung und Akkreditierung*, *WiB* 1995, 737, 737 (Bewertung der „Übereinstimmung eines Erzeugnisses, eines Verfahrens oder einer Dienstleistung mit vorgegebenen Anforderungen“). Mit Blick auf Produktakkreditierung ferner Erwägungsgrund Nr. 8 der Verordnung (EG) Nr. 765/2008 (Fn. 40): „Bestandteil eines Gesamtsystems, zu dem die Konformitätsbewertung und die Marktüberwachung gehören, und dessen Zweck in der Bewertung und Gewährleistung der Konformität mit den geltenden Anforderungen besteht“.

¹¹¹ *Mühlenbruch/Buchner* (Fn. 102), S. 41.

geprägte Humuswirtschaft auszeichnen muss.¹¹² Indem die Erfüllung solcher Zertifizierungskriterien für Nachfrager transparent gemacht wird, schafft Zertifizierung zugleich auch Anreize für Produzenten, diese Vorgaben zu erfüllen. Zumindest indirekt führen Gütesiegel insofern zu einer Standardisierung und gegenseitigen Angleichung mitgliedstaatlicher Vorgaben. Zertifizierung ist keineswegs nur ein Instrument der Qualitätssicherung, sondern zugleich auch ein Modus sozialer Regulierung.¹¹³

¹¹² Vgl. den Kriterienkatalog unter <http://www.bio-siegel.de/infos-fuer-verbraucher/das-staatliche-bio-siegel/>.

¹¹³ *Bartley*, in: Levi-Faur (Hrsg.), *Handbook on the Politics of Regulation* (2011), S. 441 (unter dem Titel "Certification as a Mode of Social Regulation"); ähnlich ferner *Bieback* (Fn. 107), S. 201 („Beitrag zur Bildung von Qualitätsmaßstäben“).

2. Teil: Begünstigungen und Beschränkungen durch den gegenwärtigen Rechtsrahmen

Eine Zertifizierung ist in den Rahmen des staatlichen Rechts eingebettet: Sie kann einerseits nur Kriterien einfordern, die von der Rechtsordnung erlaubt sind, und sie zeitigt andererseits Rechtsfolgen, die wiederum von der Rechtsordnung vorgegeben sind. Aufgrund dieser doppelten Rückbindung kann die Rechtsordnung Zertifizierungsregime und auch die Verwendung der erlangten Zertifikate („Gütesiegel“) fördern oder beschränken. Um den Gestaltungsspielraum entsprechender Zertifizierungsregime abschätzen zu können, ist daher der Rechtsrahmen, in den jene Zertifizierung eingebettet ist, in vielfältige Richtungen auszuloten. Dabei ist durchaus denkbar, dass eine Zertifizierung in verschiedenen Rechtsordnungen in ganz unterschiedlichem Maße begünstigt oder beschränkt wird, so dass sich Untersuchungen insbesondere zum US-amerikanischen Recht nicht ohne Weiteres auf das deutsche und europäische Recht übertragen lassen.

Zwei aus der Perspektive der Förderung des Zertifizierungsregimes besonders vielversprechende und explizit staatlich getragene Anknüpfungsmechanismen könnten das Vergaberecht und das Subventionsrecht bieten. Können insoweit B Corps bevorzugt behandelt werden, weil sie einen bestimmten Nachhaltigkeitsbeitrag bereits nachgewiesen haben? Lässt sich eine solche Anknüpfung mit den primär wettbewerblichen Determinanten jener beiden Rechtsgebiete vereinbaren oder handelt es sich hierbei um eine Verfolgung wettbewerbs- (insbesondere mittelstandsbeeinträchtigender) bzw. „vergabefremder“ Zwecke? Konkret im Zuge der EU-Vergaberechtsreform seit 2014, die sich explizit einer verstärkt strategischen Nutzung der öffentlichen Beschaffungstätigkeit zur „Unterstützung gemeinsamer gesellschaftlicher Ziele“ (Erwägungsgrund 2 der EU-Richtlinie 2014/24 über die öffentliche Auftragsvergabe) verschrieben hat, sind hier die veränderten Anforderungen an „Gütezeichen“ (vgl. Art. 43 der Richtlinie) zu entfalten. Diesen Fragen gehen die §§ 2 und 3 nach.

Auch stellt sich die Frage, ob das Zertifizierungsregime durch die bestehenden Mechanismen des Marken- und Wettbewerbsrechts bei unberechtigter Nutzung einer Zertifizierung geschützt werden kann oder ob diese Rechtsmaterien, die der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs dienen sollen, der Verfolgung nicht-wettbewerblicher Ziele, wie sie den auf das Gemeinwohl ausgerich-