

mung – jenseits von Beschäftigungsfragen –²⁰ und spezieller Überwachungsorgane? Wirkt verstärkter Handlungsdruck auf Vorstandshandlungen durch verbindliche Vorgaben für die Amtsführung? In den Blick zu nehmen sind insbesondere die Regelungen zur Vorstandsvergütung und damit verbunden die Frage, wie etwa Boni-Systeme von ihrer bisher männlichen Bezugslogik entkoppelt und an eine geschlechterpolitische Verantwortung der Vorstandsmitglieder geknüpft werden können. All diese Fragen werden vertieft in Heft 4/2023 der djbZ behandelt.

Neben einer gesellschaftsrechtlichen Haftung, wie sie im Nachhaltigkeitsdiskurs zentral diskutiert wird, ist zudem an besonderen Rechtsschutz sowohl individueller als auch kollektiver Art zu denken. So sieht etwa das nationale Lieferkettensorgfaltspflichten-gesetz (LkSG) bereits besondere Formen dafür vor und statuiert auf dem Rechtsweg individuell und kollektiv durchsetzbare „neue“ Haftungstatbestände. Die vorgesehene besondere Prozessstand-schaft (§ 11 LkSG) kann als Vorbild dienen. Bei konsequenter Weiterführung dieses Ansatzes könnten hier Verbandsklagerechte ansetzen mit dem Ziel, dass Unternehmen im Rahmen ihres Unter-nehmensinteresses Gleichstellungsstrategien etablieren müssen.

(2) Sanktionen sind als ultimates Mittel sowohl in der Nach-haltigkeitsdebatte als auch in den Gleichstellungspolitiken anderer Rechtsordnungen ein zentrales Element. So gibt es staatliche Sanktionierung (Bußgelder oder Ausschluss von öffentlichen Aus-schreibungen), die natürlich empfindlich sein muss und nicht über Einpreisung weitergegeben werden darf. In dem im Januar 2023 in Kraft tretenden nationalen LkSG ist eine solche behördliche Durchsetzung der Sorgfaltspflichten durch das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) vorgesehen. Es bleibt zu beobachten, wie die Behörde ihre Kontrollaufgaben wahrnimmt.

Schon vorher setzen Anreizmechanismen an, die eine präventive Wirkung erzielen wollen, indem sie rechtstreu Verhalten belohnen und damit auf Verhaltensänderung zielen bzw. negativ sanktionieren. Dafür bietet sich die Einbeziehung von Gleichstellung bei der öffentlichen Vergabe von Aufträgen an. Die Auseinandersetzung mit diesen Möglichkeiten nehmen die Aufsätze in diesem Heft von *Jutta Henneberger, Katharina Künne* und *Anke Stelkens* auf.

(3) Die Effektivität staatlicher Einwirkungen auf die Unterneh-men in Bezug auf Anforderungen von Nachhaltigkeit und sozialem Verhalten und eben auch Diskriminierungsfreiheit setzen Kenntnisse über das Unternehmenshandeln voraus. Staatliche Regulierungen sprechen daher Transparenzverpflichtungen aus.²¹ Berichte werden – im europäischen (Vorbild Frankreich) und internationalen Ausland (Vorbild Island) – bereits in gesetzlicher Form auch für die Frage von Gleichstellung und Equal Pay angefordert.²² Auch das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (über das Risiko der Un-gleichbehandlung in Beschäftigung aufgrund von Geschlecht, § 2 II Nr. 7 LkSG) und die Entgelttransparenzregulierung²³ arbeiten mit Berichten. Angesichts der sehr hohen Anzahl der zu Transparenz verpflichteten Unternehmen und der geringen Anzahl der zur Prü-fung befähigten Personen ist die Einbeziehung digitaler Tools bei der Ermittlung von unternehmensbezogenen Handlungsbedarfen und Handlungspflichten für die Praktikabilität und Effizienz gleichstel-lungspolitischer Politiken und ihre Überprüfbarkeit unverzichtbar. Mit dieser Problemstellung setzt sich der nachfolgende Aufsatz von *Isabell Hensel* und *Jessica Tempfli* auseinander.

- 20 Dazu die Stellungnahme des djb 23-09, Zur Notwendigkeit einer Geschlechterperspektive auf unternehmerische Sorgfaltspflichten in Lieferketten, online: <https://www.djb.de/presse/stellungnahmen/detail/st23-09> (Stand: 15.06.23); auch Hensel, in: Kaltenborn/Krajewski/Rühl/Saage-Maaß (Hrsg.), Sorgfaltspflichtenrecht, erscheint im August 2023, § 2 Abs. 2 Nr. 7.
- 21 Scholz/Vitols, Co-determination: A Driving Force for Corporate Social Responsibility in German Companies?, WZB DP SP III 2018-304; Sick, Gefahr für die Balance: Say on Pay nach der Aktionärsrechterrichtlinie aus Sicht der Arbeitnehmer, in: Audit Committee Quarterly III, 2017.
- 22 Siehe bspw.: Richtlinie (EU) 2022/2464 zur Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen; zur Entwicklung statt vieler Sopp/Baumüller, Die Leitlinien der EU-Kommission für die Berichterstattung über nichtfinanzielle Informationen, in: Zeitschrift für Internationale Rechnungslegung (IRZ), 2017, S. 377.
- 23 Siehe die Länderberichte auf <https://www.fpi-lab.org/fair-pay-around-the-world/> (Stand: 15.06.23).
- 24 Richtlinie zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durch Entgelttransparenz und Durchsetzungsmechanismen (2023/970/EU).

DOI: 10.5771/1866-377X-2023-3-116

Prämissen einer Gleichstellungsberichterstattung

Prof. Dr. Isabell Hensel

Stellvertretende Vorsitzende der djb-Kommission Arbeits-, Gleichstellungs- und Wirtschaftsrecht, Professorin für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht in der digitalen Gesellschaft an der Universität Kassel

Jessica Tempfli

Mitglied der djb-Kommission Arbeits-, Gleichstellungs- und Wirtschaftsrecht, Doktorandin im Arbeitsrecht an der Universität Augsburg

I. Zunehmende Berichtspflichten über soziale Belange

Nationale Unternehmen werden zunehmend zur Offenlegung ihres Handelns verpflichtet, indem sie öffentlichen Stellen regelmäßig Bericht erstatten müssen. Anders als die bisher im Gesellschaftsrecht vorgesehenen Lageberichte über die wirtschaftlichen Verhältnisse und das finanzielle Risikomanagement in den Unternehmen (§ 289 HGB), sind die neuen Berichte auf soziale Aspekte gerichtet. Berichtet werden soll über nichtfinanzielle Belange, Nachhaltigkeitsrisiken, die Einhaltung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten, Gleichstellungsbelange wie künftig

über geschlechterspezifische Lohngefälle im Unternehmen.¹ Die international und europäisch geprägte Regulierung der Berichtspflichten verschärft die Anforderungen an Berichte und erhöht damit ihre Steuerungswirkung.² Es entsteht ein Anpassungsdruck auf die bisher in §§ 289b – 289e HGB umgesetzte CSR-Berichtspraxis.³ Mit der Zunahme der Berichtspflichten muss es zwangsläufig um die Qualität der Berichte gehen, damit die mit den Berichtspflichten erhoffte Wirkung erzielt werden kann. Der Blick auf diese Entwicklungen erlaubt es, die Bedingungen einer effektiven Gleichstellungsberichterstattung zu formulieren, wie sie die djb-Konzeption für ein Gleichstellungsgesetz fordert und in der Lohntransparenzrichtlinie nun für Entgelt vorgesehen ist.

II. Veränderung der rechtlichen Qualität der Berichtspflichten

Das Besondere der neuen Berichtspflichten: Die Regulierung der Wirtschaft über Berichtspflichten hat neben einer formellen vor allem prozedurale, materiellrechtliche und durchsetzungsrechtliche Komponenten.

1. Von der formalen zur inhaltlichen Verpflichtung der Unternehmen

Damit unterscheiden sie sich von der seit 2014 in das Bilanzrecht eingefügten nichtfinanziellen Berichterstattung (§ 289b ff. HGB), die auf der europäischen Corporate Social Responsibility-Richtlinie basiert. Sie zielte noch primär darauf, Informationen für die Märkte zu schaffen. Die formale Transparenzpflicht ohne inhaltliche Vorgaben ergänzte die bis dahin schon vereinzelt, aber als nicht effektiv erachteten freiwilligen Berichtsiniciativen⁴ und sollte als sog. weiches Steuerungsinstrument die Unternehmen anregen, über ihre Risiken zu berichten. Die Normierung des „comply or explain“-Ansatzes ist Ausdruck dieser laissez-faire-Regulierung. Durch die Abschlussprüfer*innen wird lediglich überprüft, ob die Berichte formell korrekt abgegeben wurden. Eine inhaltliche Überprüfung ist nach dem Gesetz freiwillig. Haftungsinstrumente wie Bußgelder und Schadensersatz werden von den Gerichten bisher sehr restriktiv gehandhabt.⁵ Mangels einheitlicher inhaltlicher Vorgaben und daher auch fehlendem einheitlichem Berichtsgehalt führen die bisherigen Berichtspflichten zu wenig fundierten und relevanten Aussagen, gelten daher als wenig effektiv und werden in der Folge mit wenig Engagement von den Unternehmen erfüllt.⁶

Mit der Unterzeichnung der sustainable development goals entstand allerdings neuer politischer Handlungsbedarf. Die begrenzte Wirkung formaler Berichtspflichten wurde mit der Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD)-Richtlinie reformiert und inhaltlich gewendet: Berichte sollten nun nicht mehr nur indirekt eine Wirkung auf das Verhalten der Unternehmen entfalten (sog. integrated thinking), sondern mit einer materiellen Verpflichtung auf die Themen der Berichte verknüpft werden.⁷ Konkret kommt dieses neue Verständnis in der doppelten Wesentlichkeitsperspektive zum Ausdruck. Danach haben Unternehmen in gleicher Weise und auch unabhängig voneinander sowohl über die Wirkungen des Umfeldes auf das Unternehmen („Outside-In“) als auch über die Wirkungen des Unternehmens auf sein Umfeld („Inside-Out“) zu berichten. Die Berichtspflicht schlägt nicht erst dann an, wenn externe Aspekte für die Unter-

nehmen relevant geworden sind, sondern setzt voraus, dass sich die Unternehmen mit den gesellschaftlichen Auswirkungen intern befasst haben. Es entsteht ein Begründungsdruck dadurch, dass die Unternehmen die Auswirkungen der eigenen Geschäftstätigkeit auf die Nachhaltigkeitsbelange darlegen und davon abgeleitet ihre Strategien, Gegenmaßnahmen und Verantwortungsstrukturen erklären und den Verbesserungsbedarf reflektieren müssen (vgl. Erwägungsgrund 26, 29 der RL). Die Berichtspflichten sind eingebunden in einen Governance-Kontext.⁸

2. Berichtspflichten als Teil eines Sorgfaltspflichten-systems

Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz und das bald in Kraft tretende europäische Pendant buchstabieren diese „Inside-Out“-Perspektive weiter aus und binden die Berichtspflichten nach § 10 LkSG in ein materielles menschenrechtliches Sorgfaltspflichten-system ein. Für die Schutzbereiche werden konkrete Handlungspflichten wie etwa die Risikoanalyse, Prävention und Abhilfe normiert. Auch wenn durch den Gesetzgeber keine Erfolgspflicht gesetzt wurde, ist ein Tun geschuldet, denn die Unternehmen müssen sich so organisieren, dass sie in der Lage sind, Risiken in ihrem Einflussbereich zu vermeiden. Dazu müssen sie ein Risikomanagementsystem aufbauen, in dem sie Risiken identifizieren und beheben können. Damit ändert sich die Berichtspflicht und wird selbst zur verbindlichen, sanktionierbaren Sorgfaltspflicht. Grundlage der Berichte ist die abgegebene Grundsatzerklärung, die die unternehmensspezifischen Strategien zur Erfüllung der Pflichten darlegt. Die Berichtspflichten nach dem LkSG sind also gerade dadurch gekennzeichnet, dass sie nicht als reine Berichtspflichten ausgestaltet sind, sondern mit materiellen und prozeduralen Sorgfaltspflichten verknüpft sind. Die Unternehmen müssen sowohl dem Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) durch Einreichung nach den Bestimmungen des §§ 12f. LkSG als auch der Öffentlichkeit durch plausible und frei zugängliche Darstellung auf der Internetseite offenlegen, inwieweit sie ihre Pflichten erfüllen. Tun sie das nicht oder nicht richtig, drohen Sanktionen wie empfindliche Bußgelder und vergaberechtliche Konsequenzen. Erfüllen die Berichte nicht die vorgegebenen Standards, kann die BAFA zudem Nachbesserung verlangen.

- 1 Siehe Corporate-Social-Responsibility-RL(2014/95/EU); Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD), (2022/71/EU); Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) (2019/1937/EU); Richtlinie zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durch Entgelttransparenz und Durchsetzungsmechanismen (2023/970/EU, „Lohntransparenzrichtlinie“).
- 2 Vgl. VN-Leitprinzip Nr. 21; California Transparency in Supply Chains Act (2010); UK Modern Slavery Act 2015; US Dodd-Frank Act.
- 3 Zur begrenzten sozialen Wirkung etwa Schmotz/Schwedler/Barckow, Drei Jahre CSR-RUG, Der Betrieb 2021, S. 797.
- 4 Zur Kritik statt vieler: Rühmkorf, Corporate Social Responsibility, Private Law and Global Supply Chains 2015, S. 55.
- 5 Dazu umfassend Asmussen, Haftung für CSR, 2020, S. 77 ff.
- 6 Kritisch zur Wirksamkeit reiner Berichtspflichten statt vieler: Schmotz/Schwedler/Barckow (Fn. 3), S. 804; Mittwoch, Nachhaltigkeit und Unternehmensrecht, 2022, S. 183 f.
- 7 Vgl. Baumüller, Nichtfinanzielle Berichtspflichten, Wien, 2020, S. 7 ff.
- 8 Müller/Scheid/Baumüller, Kommissionsvorschlag zur Corporate Sustainability Reporting Directive, Betriebs-Berater, S. 201, 1323 ff., 1326.

3. Regulierungstheorien und Unternehmensverantwortung

Die gravierendste Veränderung dieser materiell gewendeten Berichtspflicht ist, dass der Fokus auf den Prozess der Erstellung der Berichte gelegt wird, der nicht mehr dem Ermessen der Unternehmen obliegt. Kern der Pflicht ist, dass sich die Unternehmen mit den jeweiligen sozialen Belangen im Unternehmenskontext befassen müssen. Entsprechend betont die Gesetzesbegründung zum LkSG, dass die Unternehmen in den Berichten ihr eigenes Tun nicht nur darlegen, sondern dieses erläutern und hinsichtlich der Auswirkungen bewerten müssen.⁹ Der Verschriftlichung zwangsnotwendig vorgeschaltet ist die Erhebung und Analyse des eigenen Tuns. Ziel des Verschriftlichungsprozesses ist nicht lediglich die Beschreibung der Analyseergebnisse, sondern die Auseinandersetzung mit ihren Methoden und Ergebnissen – um zukunftsgerichtet die Wirksamkeit bisheriger Maßnahmen zu verbessern. In der Literatur wird vom „Erziehungscharakter“¹⁰ der Berichtspflichten gesprochen. Berichtspflichten sind ein prozedurales Mittel, das nicht nur Transparenz und damit externe Kontrollmöglichkeiten schafft, sondern in diesem komplexen Zusammenspiel der Sichtbarmachung interne Reflexions- und Diskussionsprozesse auslöst. Insofern sollte nicht verkürzt von Offenlegungspflichten gesprochen werden. Denn über eine Publizität oder Verlautbarung gegenüber Wirtschaftsakteur*innen hinaus geht es um den immanenten Rechtfertigungsmodus, weil in den Berichten die Angemessenheit der unternehmerischen Maßnahmen zum Ausdruck kommen muss.¹¹ Nur an diesen Rechenschaftsmodus kann wirksame behördliche Kontrolle anknüpfen.¹² Erst eine solche Ausgestaltung als Sorgfaltspflicht entspricht dem Konzept einer regulierten Selbstregulierung und löst sich von der liberalen Idee transparenter Selbstregulierung.

Berichtspflichten müssen als sog. harte Steuerungsinstrumente ausgestaltet und mit Handlungspflichten verknüpft werden, weil sie das entscheidende Schlüsselstück sind, um die Regulierung in den Unternehmen steuern zu können.

4. Horizontales Verantwortungskonzept aus den Grund- und Menschenrechten

Die Leitidee der „Due Diligence“, der sog. Sorgfaltspflichten privater Unternehmen hat ihren Ursprung bereits im internationalen Recht und formiert sich hier als Ausdruck der Menschenrechte. Maßstabbildend sind die VN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte von 2011 und der Nationale Aktionsplan für Wirtschaft und Menschenrechte (NAP) von 2016. Während sich das nationale Verfassungsrecht noch um die Fragen zankt, ob private Akteur*innen direkt oder indirekt an Grundrechte gebunden sein sollen (sog. Drittwirkungsdebatte), hat das internationale Recht längst die unternehmerische Verantwortung konkretisiert. Der Menschenrechtsschutz wird im indirekten Steuerungsmodell der regulierten Selbstregulierung prozeduralisiert, wo direkte politische Interventionen scheitern müssen. Staaten erfüllen ihre Schutzpflichten, indem sie Sorgfaltspflichten formulieren und damit sicherstellen, dass sich private Akteure menschenrechts- und verfassungskonform verhalten, so der Grundtenor der internationalen Spruchpraxis.¹³ Bereits in internationalen Abkommen, wie etwa in VN-Leitprinzip Nr. 21 oder in den OECD-Leitsätzen

für multinationale Unternehmen wird die Bedeutung externer Berichtspflichten als Teil dieses Sorgfaltspflichtensystems betont.¹⁴ Auch wenn im internationalen Kontext zunächst mit der Global Reporting Initiative und den GRI Standards for Sustainability Reporting nur formale Berichtserstattungspflichten formuliert wurden,¹⁵ werden internationale Berichtsstandards nicht nur zunehmend weiterentwickelt und im Rahmen des Global Compact verbindlicher gestellt,¹⁶ sondern sind entscheidender Motor für die Weiterentwicklung des Sorgfaltspflichtensystems.¹⁷

III. Berichtspflichten zur Gleichstellung: ein neuer Regulierungsansatz

Auch Gleichstellungspolitik sucht zunehmend neue Regulierungswege, wenn freiwillige Selbstregulierung, wie am Führungspositionengesetz gesehen,¹⁸ versagt und individualrechtliche Rechtsdurchsetzung (insbesondere im Kontext des hierarchischen Arbeitsverhältnisses) an strukturellen Hürden scheitert.¹⁹ In den „neuen“ Regulierungsinitiativen der Unternehmensberichterstattung sowie des LkSG haben auch gleichstellungsrechtliche Aspekte eine Verwirklichungschance. Bspw. wird mit der Reformierung der CSDR der Bericht über Diversitätskonzepte gem. § 289 f Abs. 2 Nr. 6 HGB nun in neuer Weise verbindlich. Und nach dem LkSG umfasst der Bericht über das interne Risikomanagement auch Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts und anderer persönlicher Merkmale (§ 2 Nr. 7 LkSG).

Länder wie Island,²⁰ Frankreich, aber auch Schweden und Finnland sind Vorreiterinnen einer spezifischen Gleichstellungsregulierung, indem sie verbindliche innerbetriebliche Audit-Verfahren vorschreiben, die Unternehmen verpflichten, ihre Entgeltsysteme zu untersuchen, zu bewerten, zu verbessern und darüber zu berichten.²¹ Dies steht in scharfem Kontrast zur fehlenden Steuerungswirkung der deutschen Regelung nach den §§ 17 EntgTranspG, die freiwillige, auf Anreize setzenden Vorgaben für eine betriebliche

9 BT-Drs. 19/28649, S. 52.

10 So Bauer/Günther/Romero, Offene Fragen des Entgelttransparenzgesetzes, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZAR) 2017, S. 809, 813.

11 So etwa Landau, Human Rights Due Diligence and the Risk of Cosmetic Compliance, Melbourne J Intl, 2019, S. 221, 237.

12 Vgl. so auch BT-Drs. 19/28649, S. 52.

13 Statt vieler: SK-Ausschuss, E/C.12/GC/24, 10.08.2017, Rn. 25 ff.

14 Vgl. etwa VN-Leitprinzip Nr. 21, inkl. Kommentar, S. 27 f., online: <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/266624/b51c16faf1b3424d7efa060e8aaa8130/un-leitprinzipien-de-data.pdf>; NAP, online: <https://www.csr-in-deutschland.de/DE/Wirtschaft-Menschenrechte/NAP/Ueber-den-NAP/Originalfassung-des-NAP/originalfassung-des-nap.html>, OECD-Guidelines for Multinational Enterprises, 2020, S. 35 f.

15 Kritisch dazu bereits Barkemeyer/Preuss/Lee, On the effectiveness of private transnational governance regimes, Journal of World Business, 2015, S. 312.

16 Vgl. Krajewski, Legitimationsfragen internationaler Rahmenwerke für die CSR-Berichterstattung, ZGR, 2018, S. 271 ff.

17 Vgl. Ruggie, Mandatory Human Rights Due Diligence and Director's duties, 2021.

18 Vgl. etwa Evaluationsgutachtens, in: BMFSFJ (Hg.), Evaluation des FüPoG in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst, 2020, S. 54.

19 Statt vieler: Wank, Das EntgTranspG – Prämissen und Umsetzung, RdA, 2018, S. 34, 43 f.

20 Siehe z.B. Art. 19 Act on Equal Status and Equal Rights of Women and Men No. 10/2008.

21 Bericht der Kommission über die Anwendung der Richtlinie 2006/54/EG v. 06.12.2013, (2013/861/EU), S. 10.

Prüfpflicht normieren. Dies führt insbesondere dazu, dass bisher in der Praxis vor allem Umgehungsstrategien für betriebliche Bestandsaufnahmen gesucht werden.²² Deswegen ist die europäische Lohntransparenz-Richtlinie zu begrüßen, die gezielt kollektive Instrumente stärken will. Zeigt sich nämlich bei der unternehmensinternen Analyse ein ungerechtfertigtes geschlechtsspezifisches Lohngefälle von mindestens fünf Prozent, müssen Defizite und Gegenmaßnahmen in Berichten erläutert werden.

Die djb-Konzeption für ein Gleichstellungsgesetz in der Privatwirtschaft verbindet die horizontale Selbstregulierung in den Unternehmen in eben dieser Weise mit Berichtspflichten. Die Unternehmen sollen über ihre verbindlich gesetzten Gleichstellungsstrategien und die Umsetzungsergebnisse nicht nur im Bereich Entgelt, sondern auch Personalgewinnung, Arbeitsbedingungen und Arbeitszeit berichten. Werden Mängel auf den verschiedenen Stufen der Selbstregulierung, etwa die unzureichende Erfassung der Gleichstellungssituation durch das Unternehmen, eine unplausible Gleichstellungsstrategie, Umsetzungsbarrieren oder eine unzureichende interne Evaluation sichtbar, müssen durch staatliche Maßnahmen die Blockaden gelöst werden. Sanktionen wie die Versagung von bestimmten vergaberechtlichen Privilegierungen oder empfindliche Bußgelder können so zielgerichtet eingesetzt werden und – noch entscheidender – mit Unterstützungsangeboten einhergehen. Ziel der Berichtspflichten nach der Konzeption ist es, den Selbstregulierungsprozess in Gang zu setzen und zu halten.

IV. Anforderungen an die neuen Berichte

Sollen Berichte eine solche Funktion in einem neuartigen Regulierungsmodell haben, sind besondere Anforderungen an sie zu stellen, die ihre Formalisierung und Umgehung verhindern und ihre Effektivität sichern. Folgerichtig liegt ein Fokus und maßgeblicher Anknüpfungspunkt für Sanktionen und Haftungsfolgen auf der Qualität und der Darstellung der Berichte.²³ Die Richtigkeit der Datengrundlage ist in dreifacher Richtung relevant:

(1) *Sicherung der Plausibilität und Verständlichkeit der Berichte*

Damit eine Inhaltskontrolle von außen insbesondere durch die Behörden effektiv ist, müssen die berichteten Daten bestimmte inhaltliche Kriterien erfüllen.²⁴ Die CSRD-Neuerungen zielen in diesem Sinn ganz wesentlich darauf, dass die Unternehmen gute Daten erzeugen und bereitstellen. Dazu wird derzeit die Standardisierung der Berichtspflichten vorangetrieben. Die Europäische Kommission hat jüngst die von der „European Financial Reporting Advisory Group“ (EFRAG) unter Beteiligung wichtiger zivilgesellschaftlicher Akteur*innen erarbeiteten Reporting-Standards verabschiedet.²⁵ Es sollen sektor- und KMU-spezifische Konkretisierungen folgen. Im Zentrum stehen Vorgaben zu den ökologischen, sozialen und institutionellen Themenbereichen, in denen unter „sozial“ Gleichberechtigung und Arbeitsbedingungen aufgezählt werden. Berichtet werden soll konkret, wie die Unternehmen intern mit diesen Themen umgehen, also über Strategieentwicklung, Maßnahmen und die Art der Informationserlangung. Zudem werden als Mindestqualitätskriterien für Daten definiert, dass sie verständlich, relevant, nachprüfbar, repräsentativ und vergleichbar sein müssen.

Das LkSG bleibt diesbezüglich hinter der CSRD zurück und überlässt die Gestaltung der Berichte weitgehend den Unternehmen. Es sind lediglich zu sämtlichen Schritten der Risikoanalyse inhaltliche Mindestangaben gem. § 10 Abs. 2 Nr. 1-4 LkSG anzugeben. Hier sind beispielsweise die identifizierten Risiken, die Maßnahmen, die dagegen ergriffen wurden, die Bewertung der Wirkung der Maßnahmen und die Schlussfolgerungen für zukünftige Maßnahmenplanung zu nennen. Bezüglich der Qualität wird nur normiert, dass die Angaben nachvollziehbar sein müssen. Die Gesetzesbegründung ergänzt dies durch die Vorgabe, dass zu einer Plausibilitätskontrolle der Behörden die Daten zudem „inhaltlich richtig und so ausführlich sein“ müssten.²⁶ Praktische Handlungsempfehlungen u.a. der BAFA und ein Berichtsfragenkatalog mit verpflichtenden und freiwilligen Fragen sollen die Unternehmen anleiten. Die „vollständige und wahrheitsgemäße Beantwortung“ des Fragebogens soll nach der BAFA die Berichtspflichten erfüllen.²⁷ Der Katalog übersetze die gesetzlichen Vorgaben in verständliche Fragen, gebe so Rechtssicherheit und vereinfache die Pflichtenerfüllung.²⁸ Die verpflichtende elektronische Einreichung nach § 12 I LkSG ist geeignet, den Zugang und die Hemmschwelle zur Ausfüllung und nicht zuletzt den Aufwand der Unternehmen beim Ausfüllen zu senken.²⁹

In der noch nicht abgeschlossenen Standardisierung der verschiedenen Berichtspflichten werden zwei Stoßrichtungen sichtbar. Zum einen sollen gute Daten ganz konkret die behördlichen Kontrollen effektiver machen, indem sie inhaltlich die wesentlichen Einblicke in die Unternehmensprozesse geben, in verständlicher Weise die Unternehmensprozesse für die Behörden aufbereiten, einfach und ressourcenschonend von den Behörden verarbeitet werden können und den Vergleich zwischen verschiedenen Unternehmen sowie Entwicklungsphasen ermöglichen, also objektive Kontrollkriterien bilden.

Zum anderen sollen die Vorgaben den Unternehmen helfen, gute Daten abzuliefern, indem sie die Inhalte sowie Art und Weise der Berichte konkretisieren, Handlungsanleitungen für die Erstellung bieten, durch Instrumente wie Kataloge spezifisch abfragen und damit nicht nur die Fehleranfälligkeit der Berichte reduzieren, sondern auch den Umfang der Pflicht rechtssicher und bestimmbar machen. Die Vereinfachung der Zugänge sichert die Realisierung der Berichtspflichten. Diese Umsetzungshilfen sind gerade deswegen entscheidend, weil die Zahl der Berichtspflichten für die Unternehmen gravierend zunehmen wird und auch KMU verpflichtet werden. Auch der Berater*innenmarkt wird sich danach ausrichten

22 Siehe BT-Drs. 19/11470, Bericht der Bundesregierung zur Wirksamkeit des Gesetzes zur Förderung der Entgelttransparenz, Evaluationsgutachten Kienbaum, S. 6 ff.

23 So ausdrücklich: für das LkSG BT-Drs. 19/28649, 52; für das Finanzwesen die Entschließung des EP (2018/2007(INI)).

24 BT-Drs. 19/28649, S. 52.

25 Online: <https://www.corporatecomplianceinsights.com/eu-sustainability-reporting/>.

26 BT-Drucksache 19/28649, S. 52.

27 Siehe dazu: https://www.bafa.de/DE/Lieferketten/Berichtspflicht/berichtspflicht_node.html;jsessionid=1A8C0A76D79E18EB8966BE D20EA54AB8.internet272.

28 Dazu BAFA, LkSG: Fragebogen zur Berichterstattung gemäß § 10 Abs. 2 LkSG, Vorwort.

29 In diese Richtung BT-Drs. 19/28649, S. 53.

ten. Zudem sind solche klaren, verbindlichen, einschätzbaren und erfüllbaren Regelungen die Voraussetzung für Sanktionsfolgen.

Diese Ziele werden allerdings nur erreicht, wenn die Vorgaben für alle Berichtspflichten einheitliche Maßstäbe setzen und eine rechtsunsichere Fragmentierung verhindern. Mit Zunahme der Berichtspflichten wird es dringend, sich darüber zu verständigen, wie die Berichte zusammenhängen und ggf. angeglichen und harmonisiert werden bzw. im Lagebericht dargestellt werden können. Die Europäische Kommission strebt eine solche Konnektivität der Berichte vor allem mit der Taxonomie- und der Offenlegungsverordnung an und will dazu einheitliche Standards entwickeln. Die EFRAG nimmt zudem ausdrücklich Bezug auf bestehende globale Standards zur Nachhaltigkeitsberichterstattung sowie laufende Standardsetzungsprozesse, was insbesondere die Handhabung für weltweit agierende Unternehmen erleichtern würde.³⁰

(2) Erfassung der tatsächlichen Unternehmensrealitäten

Die berichteten Daten müssen die realen Geschehnisse in den Unternehmen (und entlang der Lieferkette) abbilden. Es sind also besondere Anforderungen an ihre Erhebung und Erfassung zu stellen. § 4 Abs. 2 LkSG sieht dazu etwa vor, dass von den Unternehmen Maßnahmen zu treffen sind, „die es ermöglichen, menschenrechtliche und umweltbezogene Risiken zu erkennen“. Deren Analyse soll „angemessen“ erfolgen, § 5 Abs. 1 LkSG. Es liegt also in der Verantwortung der Unternehmen, innerhalb ihrer Compliance-Systeme die Fähigkeit und den Sachverstand auszubilden, die notwendig sind, um die internen Verhältnisse sowie die Auswirkungen nach außen erkennen und verstehen zu können. Gefragt sind spezifische Methoden sowie angemessene Erfassungsinstrumente. Bislang fehlten solche Voraussetzungen für die Berichterstattung in den Unternehmen.³¹ Es wird von der Gefahr eines „Disclosure Overload“ gesprochen, also dass aufgrund der Fülle der Informationen die wesentlichen Informationen verloren gehen. Es ist aber zu erwarten, dass sich hier ein großer Markt entwickeln wird, der Analyse-Tools verschiedener Art bereitstellt. Dies ist schon jetzt im Bereich der Entgeltanalyse- und Berichtstools zu beobachten.

Dabei dürfte die Erhebung und Erfassung geschlechtsspezifischer Daten und Risiken eine besondere Herausforderung für die Unternehmen sein, z.B. weil bestimmte Daten wie die Art der ausgeübten Tätigkeiten aller Beschäftigten für die Frage der Entgeltgleichheit nötig werden oder weil die Unsichtbarkeit struktureller Diskriminierungslagen zum Problem wird und sich Unternehmen auf numerische und formale Gleichheitsaspekte zurückziehen drohen. Weiterhin wäre auch die intersektionale Dimension geschlechtsspezifischer Risiken und Ungleichheiten zu erfassen und dürfte eine gesteigerte Ermittlungspflicht der Unternehmen begründen. Diese ist anzunehmen, je anfälliger statistisch eine Geschäftstätigkeit für geschlechtsspezifische Ungleichheiten oder deren Kumulierung ist. Zudem darf auch die Datenerhebung und -auswertung nicht selbst Diskriminierungseffekte aufweisen. Hier ist darauf zu achten, dass sensibilisierte Indikatoren entwickelt und eingesetzt werden,³² die verhindern, dass Stereotype und Rollen von Frauen verfestigt und dagegen ihre vielfältigen Bedarfe in der Erwerbsarbeit nicht gesehen werden.³³

Zwei weitere Regelungselemente der EU-Richtlinie zur Nachhaltigkeitsberichterstattung versprechen zudem, die Qualität der Erfassungs- und Analyseprozesse zu verbessern und methodische Ansätze zu liefern: Zum einen die Forderung nach einer digitalen Taxonomie, die auf die Entwicklung allgemein geteilter Indikatoren bzgl. nachhaltiger Wirtschaftstätigkeit gerichtet ist. Zum anderen die Vorgabe, dass die Nachhaltigkeitsinformationen anders als bisher direkt in den Lagebericht zu integrieren sind (Erwägungsgrund 50 f.). Damit wird ihre Relevanz sowie ihre Verknüpfung mit der Wirtschaftlichkeit der Unternehmen zum Ausdruck gebracht. Die Unternehmen sind durch dieses „Integrated Reporting“ aufgefordert, die verschiedenen Informationen zu verknüpfen und damit in ihrer Wechselwirkung (und damit strukturell) zu erfassen.

Die Frage ist, ob und wie digitale Erhebungsinstrumente für eine authentische Datenlage und eine adäquate Auswertung förderlich sind. Sie müssten darauf gerichtet sein, Diskriminierungspotenziale sowie deren Ursachen und Wirkungszusammenhänge datenbasiert zu erkennen und unverzerrt darzustellen. Sie könnten auf die gesetzten Standards programmiert werden und so für die Unternehmen Praktikabilität und nach außen bessere Überprüfbarkeit sichern. Beim Einsatz von algorithmischen Erhebungs- und Analyseinstrumenten ist aber deren diskriminierungsfreie Ausgestaltung ein besonderes Problem.³⁴

(3) Manipulationsfestigkeit und Verifizierbarkeit der Berichte

Schwachstelle der bisherigen nichtfinanziellen Berichterstattung ist nicht nur ihre mangelnde Durchsetzungsfähigkeit, sondern auch die daraus folgende Anfälligkeit für Instrumentalisierung. Gerade wegen fehlender verbindlicher Inhaltsvorgaben dienen sie nicht selten als Schablone für Green- und Socialwashing, ohne dass von außen nachvollziehbar wäre, ob die getätigten Angaben und die berichteten Aktivitäten den tatsächlichen Gegebenheiten im Unternehmen entsprechen.³⁵ Damit wird die nichtfinanzielle Berichterstattung zum wirtschaftsstrategischen Spielball.

Aber auch mit Erhöhung der Verbindlichkeit durch Inhalts- und Verfahrensvorgaben ist die Verifizierung der Berichte ein Schlüsselproblem. Damit die Berichtspflicht den oben beschriebenen Prozesscharakter erzeugt, müssen die Berichte sowie ihre Datenlagen authentisch sein. Neben einer adäquaten Erfassung ist damit vor allem die Sicherstellung der Manipulationsfestigkeit zum einen der Verfahren, aber auch der Berichte selbst zu

30 So European Reporting Lab @ EFRAG, Final Report: Proposal for a relevant and dynamic EU Sustainability Reporting Standard-Setting, 2021, Rn. 128 ff.

31 Vgl. DRSC, CSR-Studie – Abschlussbericht, 2021, online: https://www.drsc.de/app/uploads/2021/02/210211_CSR-Studie_DRSC_final.pdf, Rn. 113 ff.

32 DIHR, Human Rights Impact Assessment, Guidance and Toolbox, 2020, S. 65; UN Women/ILO, Handbook on Addressing violence and harassment against women in the world of work, 2019, S. 59.

33 Vorbildcharakter haben etwa die Women's Empowerment Principles oder die Initiative Gender Equality European & International Standard, abrufbar unter: <https://embracedifference.eu/case-studies/geeis-an-international-certification-in-diversity/>.

34 Zur Debatte siehe die Konzeption eines Gleichstellungsgesetzes für die Privatwirtschaft des djb: https://www.djb.de/fileadmin/user_upload/Konzeption_Gleichstellungsgesetz_Langfassung_djb.pdf, S. 21, 33.

35 Zum Problem bereits Eickenjäger, Menschenrechtsberichterstattung durch Unternehmen, 2017, S. 109.

sichern. Während individuelles Fehlverhalten über die Organisationsdisziplin verhindert werden muss, können strukturelle Manipulationsrisiken nur durch externe Kontrollen abgewendet werden. Diskutiert – und im Rahmen des LkSG schon vorgeschrieben – werden Formen der öffentlichen Kontrolle durch eine Veröffentlichungspflicht auf Unternehmenswebseiten oder in öffentlichen Registern. Unternehmensentwicklungen aber auch der Wahrheitsgehalt der Berichte sollen damit nach außen nachvollziehbar sowie zivilgesellschaftlich und wissenschaftlich diskutierbar werden. So kann Druck auf die Unternehmen ausgeübt und die Reputationsinteressen der Unternehmen genutzt werden. Allerdings werden bestimmte Manipulationen nach außen nur schwer erkennbar oder nachweisbar sein, wie z.B. die Verzerrung der Datenlage, das Weglassen von Informationen, aber auch Fehler aufgrund der Unwissenheit der Unternehmen hinsichtlich bestimmter sozialer Belange. Um so entscheidender kommt es darauf an, den Berichtsprozess selbst zu schützen.

Neben externen Monitoring-Instrumenten, die aber immense staatliche Ressourcen verschlingen und in privater Hand selbst hohes Manipulationspotential haben,³⁶ könnte gerade der Umstand des vermehrten Einsatzes digitaler Erhebungs- und Berichtstools genutzt werden. Denn eine Zertifizierung der zur Erhebung und Analyse der sozialen Situation in den Unternehmen eingesetzten digitalen Tools könnte Abhilfe schaffen. Solche Prüfverfahren könnten nicht nur untersuchen, ob die eingesetzten

digitalen Tools den festgeschriebenen Standards entsprechen und damit richtige Daten im oben beschriebenen Sinn erzeugen, sondern auch, ob sie manipulationssicher gestaltet sind.

Die Verwendung zertifizierter Berichtstools könnte als Siegel dienen und die Grundlage für staatliche Kontrollen sein. Mit Blick auf die Zielrichtung der Regulierungsinitiativen kann argumentiert werden, dass eine solche prozedurale Absicherung des Berichtspflichtenprozesses Teil des staatlichen Schutzpflichtenauftrages und damit unumgänglich ist. Hinweise für eine dahingehende staatliche Gestaltungspflicht finden sich auch in den Erwägungsgründen 13 und 60 der europäischen CSRD.

Der Gesetzgeber ist nun gefragt, auch die Gleichstellungsberichterstattung in diesem Sinn voranzutreiben. Die Prämissen für ihre Wirksamkeit sind dank der Erfahrungswerte aus der Nachhaltigkeitsberichterstattung offensichtlich. Es bedarf bindender und umfangreicher gesetzlicher Regelungen und rechtssicherer Standardisierungen, die die Datengrundlage der Berichte sichern und so die entscheidenden innerbetrieblichen Reflexionsprozesse über die Gleichstellungssituationen auslösen können. Bei der Umsetzung der Lohntransparenzrichtlinie in deutsches Recht können diese Prämissen mit Blick auf gleichstellungspolitische Besonderheiten erprobt werden.

36 European Center for Constitutional and Human Rights u.a., Menschenrechtsfitness von Audits und Zertifizierern?, 2021.

DOI: 10.5771/1866-377X-2023-3-121

Gleichstellungspolitische Aspekte und Vergaberecht – kein Widerspruch

Jutta Henneberger

Regierungsdirektorin im Hessischen Ministerium der Finanzen, Wiesbaden¹

Öffentliche Auftraggeber² haben eine enorme Marktmacht. Für das erste Halbjahr 2021 liefern das Statistische Bundesamt³ und der Bericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK)⁴ nunmehr transparente und valide Zahlen zum Beschaffungsvolumen in Deutschland: Öffentliche Auftraggeber, Sektorauftraggeber- und Konzessionsgeber erreichen in nur sechs Monaten bei über 86.000 Vergaben ein Beschaffungsvolumen von etwa 53 Milliarden Euro in der Oberschwelle und im Unterschwellenbereich.⁵ Die EU-Kommission schätzt, dass das Beschaffungsvolumen aller öffentlichen Auftraggeber in der EU etwa 14 Prozent des Bruttoinlandsprodukts beträgt.⁶

Als maßgeblicher Wirtschaftsfaktor kommt der öffentlichen Beschaffung damit entscheidende Bedeutung zur Umsetzung politisch-strategischer Ziele zu. Einfallstor zur Umsetzung vieler dieser Ziele sind Nachhaltigkeitsaspekte, die in vergaberechtlichen Regelungen an diversen Stellen verankert sind.⁷ Dazu zählen

neben den umweltbezogenen Kriterien auch soziale Kriterien, darunter auch gleichstellungspolitische Aspekte.

- 1 Der Beitrag spiegelt die persönliche Ansicht der Autorin wider.
- 2 § 98 GWB: Auftraggeber im Sinne des 4. Teils des GWB sind öffentliche Auftraggeber (§ 99 GWB), Sektorauftraggeber (§ 100 GWB) und Konzessionsgeber (§ 101 GWB).
- 3 online: Vergabestatistik – Statistisches Bundesamt (destatis.de) (Zugriff für alle Links: 30.05.2023).
- 4 Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (im Folgenden BMWK): Vergabestatistik – Bericht für das erste Halbjahr 2021, Oktober 2022, S. 10 Nr. 1.1, online: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Dossier/oeffentliche-auftraege-und-vergabe.html>.
- 5 Oberschwellenwerte vgl. § 106 Abs. 2 GWB.
- 6 European Commission: SME needs analysis in public procurement, final report, February 2021, executive summary, online: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/ee874832-decc-11eb-895a-01aa75ed71a1/language-en>. Mitteilung der Europäischen Kommission „Sozialorientierte Beschaffung – ein Leitfadens für die Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (2. Ausgabe)“ vom 26. Mai 2021, C(2021) 3573 final.
- 7 Einen guten Überblick geben Lausen/Pustal: Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien im Vergaberecht, NZBau 2022, S. 3 ff.; Beneke: Nachhaltige Beschaffung als ganzheitlicher Ansatz, VergabeR 2018, S. 227 ff.