

ESG als Gegenstand von Geschäftsleiterpflichten

Dr. Christoph Louven, Rechtsanwalt
Hogan Lovells International LLP

Forum Versicherungsrecht 9. September 2024

Der „Aufstieg“ von ESG

- **Klimawandel, Menschenrechtsverletzungen, Ausbeutung und Korruption: Gefährdung der Existenz, von Wohlstand und Frieden**
- **Antwort auf Gefährdung durch Programm einer Transformation zur nachhaltigen Wirtschaft und Ausrichtung auf Nachhaltigkeitsziele**
- Ausbreitung dieses Programms unter der griffigen Abkürzung **ESG** – Environmental, Social, Governance
- Das ESG-Programm ist
 - eine der „**wirkmächtigsten Entwicklungen im Gesellschaftsrecht**“
 - mit „**Tendenz zur stetigen Verdichtung**“ (*Jens Koch*)
- Beachtliche **Konsequenzen für Geschäftsleiterpflichten** (Vorstandspflichten)
- **Fokus** auch, aber nicht nur, **auf (Rück-)Versicherungsunternehmen**
- Wenngleich Fokus auf Geschäftsleiter**p**flichten, auch punktuell Ausflüge zu darüber hinausgehenden **Best Practices** (für von der BaFin beaufsichtigte Unternehmen etwa zusammengefasst im Merkblatt zum Umgang mit Nachhaltigkeitsrisiken, Stand 13.01.2020, „**BaFin Merkblatt**“), obschon
 - durch deren Präsentation in Kombination mit den unabsehbaren Haftungsfolgen ein ungesunder Druck zur Befolgung oder gar Überfüllung erzeugt werden mag,
 - der die ungesunde Tendenz verstärkt, den Pflichtenkanon der Geschäftsleiter aus Praxisstandards abzuleiten

Gang des Vortrags

- Vor die Klammer gezogen:
 - Kurzer Überblick: Wesentliche rechtliche Grundlagen im ESG-„*Soft Law*“ und -„*Hard Law*“
 - Kurzer Überblick: Charakteristika von ESG-bezogenen Chancen und Risiken
 - Kurzer Überblick: Wesentliche gesellschaftsrechtliche Grundpfeiler
- Acht Thesen
- Fazit

ESG – Kurzer Überblick: Wesentliche rechtliche Grundlagen im ESG-„*Soft Law*“ und -„*Hard Law*“ (1)

- ESG: Die wesentlichen „rechtlichen“ Grundlagen des ESG-Programms finden sich im „**Soft Law**“ und im „**Hard Law**“
- Sie sind **vielschichtig und schillernd**, was ihre Berechtigung aber nicht in Frage stellen soll
- „*Soft Law*“ sind Regelungen in völkerrechtlichen Verträgen und Standards, die nicht unter die klassische Definition des internationalen Rechts fallen, deren Verletzung nicht gerichtlich geltend gemacht werden kann und deren Verletzung keine Folgen nach anwendbarem Recht auslösen
- „**Transmissionsriemen**“ für Relevanz des „*Soft Laws*“ im Unternehmen insbesondere:
 - **nicht-finanzielle Unternehmensberichterstattung**
 - „**Claims**“ oder „**Mission Statements**“
 - **vertragliche Vereinbarung** (etwa in Verträgen in der Lieferkette)
- „*Soft Law*“, z.B.:
 - 17 UN Sustainable Development Goals
 - Pariser Klimaschutzabkommen von 2015 mit u.a. dem 1,5°C-Ziel (Art. 2 Abs. 1: Begrenzung Temperaturanstieg auf 1,5°C über dem vorindustriellen Niveau)
 - UN Guiding Principles on Business and Human Rights/UN Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte
 - UN Global Compact
 - OECD Guidelines for Multinational Enterprises/OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen
 - ILO Core Labour Standards/Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation
 - Standards der Global Reporting Initiative

ESG – Kurzer Überblick: Wesentliche rechtliche Grundlagen im ESG-„*Soft Law*“ und -„*Hard Law*“ (2)

- Schrittweise und **immer dynamischere Überführung** des „*Soft Law*“ in „*Hard Law*“, etwa
 - § 289c HGB, § 134b AktG, §§ 234i, 239 Abs. 2 Satz 3 VAG, Offenlegungs-VO
 - Taxonomie-VO als „Kompass“ für eine ökologisch nachhaltige Wirtschaftstätigkeit
 - Klimaschutzgesetz
 - Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz („**LkSG**“)
 - Hinweisgeberschutzgesetz
- „*Soft Law*“ und „*Hard Law*“: Mix aus einerseits **generalklauselartigen Prinzipien und Zielvorgaben** und andererseits **konkreten, detaillierten Verhaltensvorgaben**
- **Kaum operationabel: Unbestimmte Rechtsbegriffe, kein geschlossenes System mit aufeinander abgestimmtem Begriffsverständnis, keine einheitliche Begriffswelt**
- **Zielkonflikte** etwa zwischen den ESG-Säulen, etwa im Hinblick auf **Umweltziele vs. Sozialziele** und innerhalb einer Säule
- Extrem **dynamischer Wandel**, etwa Einordnung der **Atomenergie**, Einschätzung von **Diesel-Motoren** oder Einschätzung der **Verteidigungsindustrie**

Kurzer Überblick: Charakteristika von ESG-bezogenen Chancen und Risiken

Ähnlich schwer zu greifen: ESG-bezogene Chancen und Risiken

- ESG-Ziele und ESG-Risiken sind ähnlich vielschichtig und schillernd, entwickeln sich **dynamisch** weiter und verursachen zumindest in der Übergangszeit (Transition) **Unsicherheit**
- **Unsicherheit** besteht insbesondere über den genauen **Zeithorizont** (auch wegen **politischer Dimension**)
- Erfolg unternehmerischer Maßnahmen zur Erreichung von ESG-Zielen oder Vermeidung von ESG-Risiken braucht oft **erheblichen zeitlichen Vorlauf, für den wegen unsicheren Zeithorizonts oft kein Raum ist**
- Potenzial negativen Einflusses **auf alle Geschäftsbereiche** und **Risikoarten**, z.B. in der Versicherungswirtschaft
 - Abwertung Kapitalanlagen, soweit in nicht nachhaltig operierende Unternehmen investiert (Markt(preis)risiko)
 - Unzureichende Berücksichtigung der Intensität und/oder Häufigkeit von Sturmschäden, Hagelschäden etc. bei der Bewertung versicherungstechnischer Rückstellungen oder des Prämienrisikos (Versicherungstechnisches Risiko)
 - Verkauf von nur vermeintlich nachhaltigen Produkten führt zu Reputationsrisiken (Reputationsrisiko)
- Über **das potenzielle Ausmaß des Risikos** kann **erhebliche Unsicherheit** bestehen
- Ausmaß kann gravierend sein, insbesondere bei **soq. Transitionsrisiken** (drohende Bestandsgefährdung oder drohender Wertverlust aufgrund weittragender regulatorischer Änderungen oder Entwicklungen sowie sich verändernden Kundenpräferenzen) und **Reputationsrisiken**
- **Unzureichende** historische **Datengrundlage** zur Beurteilung künftig relevant werdender ESG-bezogener Risiken (und Chancen)
- Nicht selten **fehlende Umwelt- und soziale Expertise in Unternehmen**

Kurzer Überblick: Wesentliche gesellschaftsrechtliche Grundpfeiler – AktG (1)

- In den Grundpfeilern „**stabiles**“ **Normengerüst** des Aktienrechts ...:
 - *„Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten.“ (§ 76 Abs. 1 AktG)*
 - *„Der Vorstand hat geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden.“*

Der Vorstand einer börsennotierten Gesellschaft hat darüber hinaus ein im Hinblick auf den Umfang der Geschäftstätigkeit und die Risikolage des Unternehmens angemessenes und wirksames internes Kontrollsystem und Risikomanagementsystem einzurichten.“ (§ 91 Abs. (2) und (3) AktG)

 - *„Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“ (§ 93 Abs. (1) Sätze 1 und 2 AktG)*
- ...aber **Anpassungsdruck**:
 - Nachhaltigkeitspostulate des Sustainable Finance-Beirats der Bundesregierung haben aber bislang nicht zu einer ESG-bezogenen Anpassung der §§ 76 Abs. (1), 91 Abs. (2) und (3) und 93 Abs. (1) AktG geführt.
 - **Vorschlag des Arbeitskreises Aktienrechtsreform** der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung („**VGR**“) für eine gesetzliche Klarstellung des § 76 Abs. (1) AktG („...unter angemessener Berücksichtigung von Umwelt- und Gemeinwohlbelangen“)
 - Vorschlag **Weller-Gutachten DJT** zur Einführung eines neuen § 76a AktG (praktisch Umsetzung Art. 22 CSDD und Verpflichtung für börsennotierte und mitbestimmte Aktiengesellschaften, einen Klimatransformationsplan aufzustellen und eine Jahreszielgröße zur Verringerung der Treibhausgasemissionen festzulegen)

Kurzer Überblick: Wesentliche gesellschaftsrechtliche Grundpfeiler – DCGK (2)

- Dynamik auch im DCGK:
 - Für börsennotierte Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit Kapitalmarktzugang, § 161 AktG: **Comply or explain**
 - Auf nicht börsennotierte Gesellschaften **Ausstrahlungswirkung**
 - „Der Vorstand soll die **mit den Sozial- und Umweltfaktoren verbundenen Risiken und Chancen** für das Unternehmen sowie die **ökologischen und sozialen Auswirkungen der Unternehmenstätigkeit** systematisch identifizieren und bewerten.“ (Empfehlung A.1 Satz 1 DCGK 2022)
 - „In der Unternehmensstrategie sollen neben den langfristigen wirtschaftlichen Zielen **auch ökologische und soziale Ziele** angemessen berücksichtigt werden.“ (Empfehlung A. 1 Satz 2 DCGK 2022)
 - „Die Unternehmensplanung soll entsprechende finanzielle **und nachhaltigkeitsbezogene Ziele** umfassen.“ (Empfehlung A. 1 Satz 3 DCGK 2022)
 - „Das interne Kontrollsystem und das Risikomanagementsystem sollen, soweit nicht bereits gesetzlich geboten, **auch nachhaltigkeitsbezogene Ziele** abdecken. Dies soll die **Prozesse und Systeme zur Erfassung und Verarbeitung nachhaltigkeitsbezogener Daten** mit einschließen.“ (Empfehlung A.3 DCGK 2022)

Kurzer Überblick: Wesentliche gesellschaftsrechtliche Grundpfeiler – CSDDD (3)

- Größere, zuletzt aber gedämpfte Dynamik auch auf Ebene der EU
- Article 22 EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive (vormals Draft Art 15): **Transition plan for climate change mitigation** (Klimatransformationsplan), **time-bound emission reduction targets** (Zielgrößen zur Verringerung der Treibhausgasemissionen) und **„best efforts“**

„Combating climate change

1. *Member States shall ensure that companies...adopt and put into effect a **transition plan for climate change mitigation which aims to ensure, through best efforts, that the business model and strategy of the company are compatible with the transition to a sustainable economy and with the limiting of the global warming to 1.5°C in line with the Paris Agreement and the objective of achieving climate neutrality as established in the Regulation (EU) 2021/1119, including its intermediate and 2050 climate neutrality targets, and where relevant, the exposure of the company to coal-, oil-, and gas-related activities.... [..].***

The design of the transition plan for climate change mitigation referred to in the first subparagraph shall contain:

*(a) **time-bound targets related to climate change** for 2030 and in five-year steps up to 2050 based on conclusive scientific evidence and, where appropriate, **absolute emission reduction targets for greenhouse gas** for scope 1, scope 2, scope 3 greenhouse gas emissions for each significant category;*

(b) [..]

(c) [..].“

- Draft Article 25 para 1 EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive (aber nicht umgesetzt):

„Member States shall ensure that, when fulfilling their duty to act in the best interest of the company, directors of companies ... take into account the consequences of their decisions for sustainability matters, including, where applicable, human rights, climate change and environmental consequences, including the short, medium and long term.“

Die wesentlichen Quellen der Geschäftsleiterpflichten aus dem AktG als Orientierungspunkte und acht Thesen

- **Leitungsverantwortung** im Sinne von **§ 76 Abs. (1) AktG**
- **Sorgfaltspflichten** im Sinne von **§ 93 Abs. (1) AktG** (inkl. Legalitäts- und Legalitätskontrollpflicht)
- Pflicht zur **Früherkennung** und zum **Risikomanagement**, § 91 Abs. (2) und (3) AktG
- Dogmatische Verankerung spezifischer Geschäftsleiterpflichten lässt sich **nicht immer trennscharf abgrenzen**, kann aber durchaus Relevanz haben (die hier ausgeblendet werden soll)
- **Acht Thesen**

Leitungsverantwortung und Unternehmensinteresse (1)

- Zentraler Grundpfeiler der Geschäftsleiterpflichten: **Leitungsverantwortung des Vorstands** nach § 76 Abs. (1) AktG
- Zur **Leitung** im Sinne von § 76 Abs. (1) AktG gehört, was:
 - für Bestand und Zukunft des Unternehmens von unmittelbarer Bedeutung ist,
 - nur aus dem Unternehmensganzen heraus bewältigt werden kann und
 - obschon delegierbar, im Interesse des Unternehmens nicht delegiert werden sollte
- Leitungsverantwortung im Sinne von § 76 Abs. (1) AktG schließt ein:
 - Unternehmensplanung (einschließlich **Unternehmenspolitik und -strategie**), Unternehmenskoordination, **Unternehmenskontrolle (einschließlich Risiko(früh)erkennung)**, Besetzung der Führungsstellen und Corporate Compliance – nicht aber die (bloße) Geschäftsführung
- Leitungsentscheidungen trifft zwingend Vorstand (als Gesamtorgan ohne Delegationsmöglichkeit) nach eigenem **(Leistungs-)Ermessen**
- **Schranken** der Ermessensausübung:
 - Pflicht der Geschäftsleitung, geltende rechtliche Regeln zu beachten und für deren Beachtung Sorge zu tragen (Legalitäts(kontroll)pflicht)
 - Pflicht der Geschäftsleitung, für den Bestand des Unternehmens zu sorgen
 - (Damit auch) Pflicht der Geschäftsleitung, für deren dauerhafte Rentabilität zu sorgen

Leitungsverantwortung und Unternehmensinteresse (2)

Haben sich durch den „Aufstieg von ESG“ die Grundparameter für die Ausübung des Leitungsermessens grundlegend geändert? Etwa dergestalt, dass ESG bei der Abwägung vorrangig zu berücksichtigen wäre?

These 1: Bei der Ausübung des Leitungsermessens des Vorstands gibt es keinen materiellen Gewichtungsvorrang von ESG-Belangen, sondern es gilt unverändert die interessenplurale Zielkonzeption

- Die inhaltlichen Vorgaben für die Ausübung des Leitungsermessens waren schon immer umstritten:
 - h.M.: **Interessenplurale** Zielkonzeption, sog. Stakeholder-Ansatz: Sachgerechte Wahrnehmung der in der Gesellschaft und ihrem Unternehmen zusammentreffenden Interessen, deren Träger die Aktionäre, Arbeitnehmer und die Öffentlichkeit sind
 - **Shareholder Value-Ansatz**: Dem am Gewinnziel bemessenen Aktionärsinteresse soll deutlicher Vorrang vor anderen Belangen eingeräumt werden (im Einzelnen streitig)
 - Mit dem „Aufstieg von ESG“ ist der Meinungsstreit wieder virulent geworden und kreist um die Frage: **Materieller Gewichtungsvorrang für ESG-Belange** (*Hommelhoff, Weller/Fischer*), **prozedurale Berücksichtigungspflicht** (*Harbarth*) oder **Berücksichtigungsrecht**?
 - Denkbar abstrakt gehaltener Wortlaut der §§ 76 Abs. (1) und 93 Abs. (1) S. 1 AktG
 - Daher enthält sich das AktG bei der Frage, welches Gewicht welche konkreten Interessen haben
 - daher zu Recht h.M.: ESG-Belange erweitern und konkretisieren die Interessen der Stakeholder im Rahmen der interessenpluralen Zielkonzeption (so wohl auch der VGR-Vorschlag zu § 76 Abs. (1) AktG), haben aber keinen Geltungsvorrang
- Nicht nur abstrakter Meinungsstreit, sondern durchaus praktisch relevant für **Ausübung Leitungsermessens** und bei sonstigen **unternehmerischen Entscheidungen** (außerhalb Kernbereich Leitungsverantwortung)

Leitungsverantwortung und Unternehmensinteresse (3)

These 2: Auch wenn es keinen ESG-Gewichtungsvorrang gibt, legen es das Interesse des Unternehmens und die besonderen Charakteristika von ESG-bezogenen Chancen und Risiken zumindest nahe, (i) eine eigene ESG-Strategie zu entwickeln, (ii) eine bestehende Unternehmensstrategie anzupassen und fortlaufend zu überprüfen sowie (iii) ESG-bezogene Risiken fortlaufend zu identifizieren, zu beurteilen, zu steuern und zu überwachen

- Grundsätzlich **keine Verpflichtung** (Leitungsermessen, kein Gewichtungsvorrang ESG), aber je nach Risikoexposition und zur Nutzung geschäftlicher Chancen **empfehlenswert**:
- (1) Entwicklung eigener **ESG-Strategie** (Merkblatt BaFin, S. 19 ff.; Empfehlung A.1 Sätze 2 und 3 DCGK 2022)
- (2) Anpassung und fortlaufende Überprüfung der **Unternehmensstrategie** (Merkblatt BaFin, S. 19 ff.; Empfehlung A.1 Sätze 2 und 3 DCGK 2022), z.B.:
 - Sind Geschäftsbereiche transitorischen Risiken ausgesetzt? Ist das Risiko erheblich? Sollen die Geschäftsbereiche fortgeführt, eingeschränkt oder umgestaltet werden?
 - Erfordert stärkeres Nachhaltigkeitsbewusstsein von Investoren oder Vertragspartnern Anpassungen des Geschäftsmodells? Sollen nachhaltige Produkte angeboten werden?
 - Stehen ausreichende Ressourcen für die Bewältigung der ESG-bezogenen Chancen und Risiken zur Verfügung?
- (3) Fortlaufende Identifizierung, Beurteilung, Steuerung und Überwachung **ESG-bezogener Risiken** etwa mit Hilfe sog. *ESG-Heatmaps* (Merkblatt BaFin, S. 19 ff. und 33; Empfehlung A.1 Satz 1, Empfehlung A. 3 DCGK 2022), z.B.:
 - Analyse Vertragspartner- und Geschäftsverbindungen
 - Analyse neuartiger Risiken in Verbindung mit dem Klimawandel (etwa Haftpflichtrisiken auf Grund gesetzlicher Änderungen oder in Folge von Rechtsprechungsänderungen)
- Unter den Voraussetzungen des § 91 Abs. (2) AktG (bestandsgefährdende Risiken) sogar Vorstandspflicht (etwa im Hinblick auf Transitionsrisiken) und nicht bloß Empfehlung; hinsichtlich **rechtlicher** ESG-Risiken grundsätzlich Vorstandspflicht (Legalitäts(kontroll)pflcht)
- **Vorstands-„Obliegenheit“** zur Haftungsvermeidung wegen Best Practices und unwägbarem, potenziell gravierendem Risiko (Transition, Reputation) mit unwägbaren Haftungsfolgen?

Legalitäts- und Legalitätskontrollpflicht (1)

- **Legalitäts- und Legalitätskontrollpflicht:** Pflicht zur **eigenen Rechtstreue** und **Sorge für rechtskonformes Verhalten der Gesellschaft**, aber auch von abhängigen Gesellschaften (i.S.v. § 17 AktG)
- Geschäftsleiterentscheidungen können:
 - **(rechtlich) gebundene Entscheidungen** (Legalitäts(kontroll)pflcht)
 - **unternehmerische Ermessensentscheidungen** (Business Judgment Rule, „**BJR**“) sein
- Unterscheidung wegen Haftungsregimes wichtig:
 - **Privileg der BJR nur bei unternehmerischen Entscheidungen**
- Zur Veranschaulichung: Responsibility-Pyramide von *Archie B. Carroll*



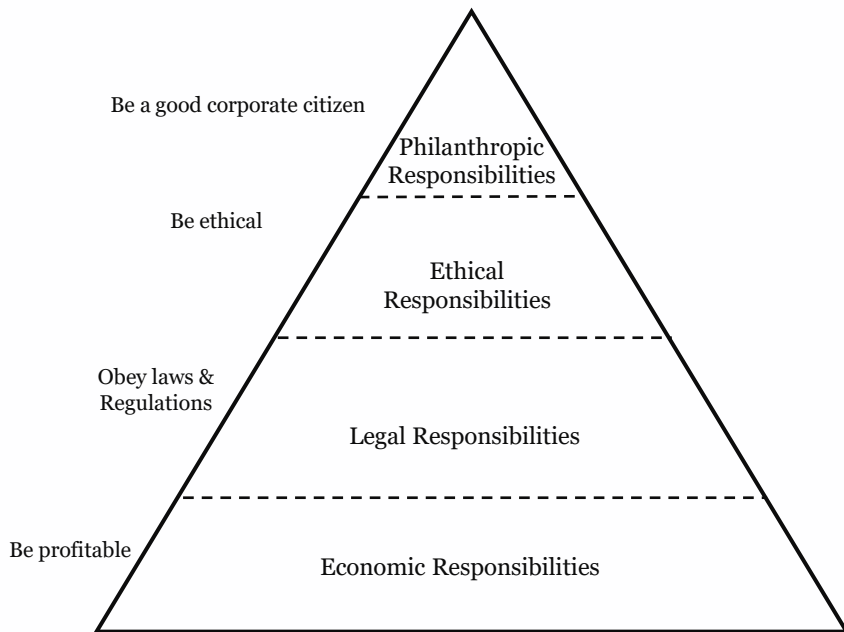
Responsibility-Pyramide von *Archie B. Carroll*

Inwieweit verändert der „Aufstieg von ESG“ den Aufbau der Pyramide?

Legalitäts- und Legalitätskontrollpflicht (2)

- **These 3: ESG führt zu einer wachsenden Umschichtung von Geschäftsleiterentscheidungen aus dem Bereich unternehmerischer Entscheidungen einerseits und (ehemals) ethisch und/oder philanthropisch geprägter Entscheidungen andererseits in die Kategorie der rechtlich gebundenen Entscheidungen (Legalitäts(kontroll)pflcht)**

- Deutliche Veränderung des Pyramidenaufbaus durch den „Aufstieg von ESG“:



- Von Stufe 3 auf Stufe 2:
- Sachverhalte, die früher Stufe 3 (*Ethical Responsibilities*) zugeordnet wurden, sind **Gegenstand einer sich stetig verdichtenden Regulierung geworden**, also auf Stufe 2 (*Legal Responsibilities*).
- An die Stelle eines vorwiegend von ethischen Gesichtspunkten geleiteten **Ermessens** ist die **Legalitäts(kontroll)pflcht** des Vorstands getreten (*Nietch*)

Legalitäts- und Legalitätskontrollpflicht (3)

- Stufe 3:
 - Für auf Stufe 3 (*Ethical Responsibility*) verbleibende Sachverhalte:
 - Zwar eignen sich ethische Verhaltensstandards wegen ihrer großen Unbestimmtheit und Diversität nicht als Richtmaß für die aktienrechtliche **Leitungssorgfalt**
 - Dennoch: Auch hinsichtlich der Sachverhalte auf Stufe 3 (*Ethical Responsibility*) nicht mehr nur von ethischen Gesichtspunkten geleitetes Ermessen, sondern fortlaufend kritisch zu würdigender „Pool“ von Sachverhalten,
 - **die infolge der sich stetig verdichtenden Regulierung auf Stufe 2 (Legalitäts(kontroll)pflcht) und damit durchaus in den Bereich der aktienrechtlichen Leistungssorgfalt rücken können** oder
 - sich infolge eines **stetigen gesellschaftlichen Wertewandels und der politischen Dimension** rückblickend als problematisch erweisen können, insbesondere indem sie **Anlass für Nachhaltigkeitsklagen mit Haftungsrisiken** (derzeit ohne materielle Rechtsgrundlage aber künftig sich mglw. wandelndes Deliktsrecht?) geben können
 - Zudem: Entscheidungen mit Bezug zur Stufe 3 **Quelle erheblicher Reputationsrisiken**
 - Auch bei legalen unternehmerischen Entscheidungen muss – im Hinblick auf die Legalitäts(kontroll)pflcht – immer das Risiko berücksichtigt werden, dass geschäftliche Aktivitäten künftig rechtlich „neu“ bewertet und so „rückwirkend“ Legalitäts(kontroll)pflchten „neu“ begründet werden können (dazu sogleich auf S. 19)
- Auch deshalb bestimmen die **Legalitäts- und die Legalitätskontrollpflicht** nur das **Mindestmaß** einer gebotenen Beachtung von ESG-Belangen.

Legalitäts- und Legalitätskontrollpflicht (4)

Was genau verlangt, im Hinblick auf ESG, die Legalitäts(kontroll)pflcht?

These 4: ESG erweist sich aus Geschäftsleitersicht als problematischer Gegenstand von Legalitäts(kontroll)pflchten, denn der Pflichtenkreis wird ständig größer, unterliegt stetiger Veränderung, der Pflichteninhalt ist oft generalklauselartig unscharf, konturenlos und mit Zielkonflikten behaftet, und es droht eine rückwirkende Haftungsverschärfung

- Welche ESG-bezogenen Pflichten folgen aus der Legalitäts- und Legalitätskontrollpflicht, oder kurz: Welche ESG-Legalitäts(kontroll)pflchten bestehen?
 - **Beachtung relevanter Vorschriften** z.B. des Klimaschutz-, Umwelt- und Arbeitsrechts
 - **Sorge für rechtskonformes Verhalten** der Gesellschaft und ggf. des Konzerns
 - Identifizierung, Beurteilung, Steuerung und Überwachung potenzieller **rechtlicher ESG-Risiken** (einschließlich des Risikos haftungsauslösender ESG-Verstöße)
 - Regelmäßig (aber im Einzelfall abhängig von Risikoexposition) Pflicht zur Einrichtung, Überwachung und stetigen Überprüfung eines **Compliance-Management-Systems**, mit dem im hier relevanten Kontext ESG-Risiken effektiv identifiziert, minimiert und abgestellt werden sollen
 - Auch für mittlere oder kleinere Gesellschaften relevant (OLG Nürnberg vom 30.3.2022 – 12 U 1520/19)
 - Entscheidung über „**Ob**“ **gebunden**, hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung, das „**Wie**“, besteht **Ermessen**

Legalitäts- und Legalitätskontrollpflicht (5)

- Welche besonderen Herausforderungen hält die ESG-bezogene Legalitäts(kontroll)pflcht bereit?
 - **Herausforderung (1): Nachvollzug der zunehmenden Tendenz, „Soft Law“ in „Hard Law“ „umzuwandeln“**
 - **Herausforderung (2): Rechtsanwendung, Umgang mit Zielkonflikten und Vermeidung von „Rückschafehlern“**
 - Pflichten oft konturenlos, generalklauselartig und wenig operationabel formuliert – Einfallstore für die Berücksichtigung eines fortschreitenden gesellschaftlichen Wertewandels
 - Zielkonflikte innerhalb von ESG-Zielen, die Rechtsanwendung erschweren
 - Gefahr von „Rückschafehlern“, dass mithin Konturierung, Ausdifferenzierung und Fortbildung der Legalitätskontrollpflichten durch die Gerichte „rückwirkend“ und, wegen langer Verjährungsfrist haftungsträchtig, mit erheblichem zeitlichem Nachlauf, erfolgt – **Kein Verbot der Sanktionierung von „Rückschafehlern“ bei Verstößen gegen die Legalitäts(kontroll)pflcht**
 - **Herausforderung (3): Technische Expertise und hinreichende Datengrundlage („Nachhaltigkeitsdaten“), um z.B. „technisch/naturwissenschaftlich“ ausgeprägte Regelungen oder Bestimmungen, die auf die Herkunft von Produkten oder Produktbestandteilen abstellen, richtig anzuwenden und Einhaltung zu überwachen**
 - **Herausforderung (4): Nachvollzug, besser fortlaufende Prognose gesellschaftlichen Wertewandels, die zum Auslöser für sich „rückwirkend“ materialisierende negative Haftungsfolgen und Reputationsschäden („Rückschafehler“) sein können:**

Legalitäts- und Legalitätskontrollpflicht (6)

Herausforderung (4) (Fortsetzung):

- Nicht seltene unternehmerische Aktivitäten und Entscheidungen in der Grauzone
- **Geschäftsleiterverantwortung: Rechtsverstöße des Unternehmens mit nachteiligen Haftungsfolgen zu vermeiden**
- Problem: **Dynamische Neubewertung solcher Aktivitäten und Entscheidungen durch Gerichte („Rückschafehler“):**
 - derzeit legal, aber in Zukunft wegen negativer Auswirkungen, insbesondere unter dem Eindruck Jahre oder Jahrzehnte später erkannter Risiken oder eintretender Folgen (Einnahme von Opioiden, CO2-Emissionen, etc.) von Gerichten zu Lasten des Unternehmens als schädlich wahrgenommen und qua Rechtsfortbildung als „**Delikt**“ (Unternehmensebene) oder „**Rückschafehler**“ (Geschäftsleiter Ebene) qualifiziert
- **Einfallstore** für sich „rückwirkend“ materialisierende negative Haftungsfolgen („Rückschafehler“):
 - Gefahr sich mglw. **wandelnden Deliktsrechts** (z.B. The Hague District Court: *Royal Dutch Shell/Milieudéfense*)
 - wachsende Bedeutung „**neuer**“ **schutzwürdiger Rechtsgüter** (früher in den Bereich „Ethik“ fallende Positionen werden zu Rechtsgütern, z.B. LG Erfurt v. 2.8.2024 – 8 O 1373/21: **Eigenrechte der Natur**) und „neuer“ Pflichten („**menschenrechtliche Verkehrssicherungspflicht**“)
 - sich neu bildender **Betroffenengruppen** (als potenzielle Kläger)
 - „**Claims**“ und „**Mission Statements**“ in eigener Unternehmenskommunikation/nicht-finanzieller Berichterstattung (freiwillige Bindung an „*Soft Law*“-Standards) – hier könnte ein sich wandelndes Deliktsrecht das Unternehmen „beim Wort nehmen“

Legalitäts- und Legalitätskontrollpflicht (7)

- **Praktische Empfehlungen:**

- Fortlaufende Identifikation **neuen „Hard Laws“**
- Systematische Schaffung **angemessenen Datenbestands bezogen auf ESG-Belange** („Nachhaltigkeitsdaten“)
- Bei unklarer Rechtslage: **Einholung Rechtsrat** und **Dokumentation der Entscheidung**
- Bei wegen unzureichender technischer Expertise und unzureichender Datengrundlage (z.B. technisch/naturwissenschaftliche Informationen oder Informationen zur Herkunft von Produkten oder Produktbestandteilen) schwer zu bestimmender Rechtslage: **Einholung technischer Expertise** bei Dritten und **Dokumentation der Entscheidung**
- Risiko von **Nachhaltigkeitsklagen** und **sich ändernden Deliktsrechts** ernst nehmen, daher fortlaufendes **Monitoring**:
 - der relevanten Stakeholdergruppen
 - deren Erwartungshaltung und Interessen
 - des Wandels gesellschaftlicher Werte und deren künftiger Entwicklung

um **Risiko einer dynamischen Neubewertung** mit **Sanktionierung eines „Rückschafehlers“** besser einschätzen zu können

- Bei derzeit legalen, aber ethisch sensiblen Geschäftsaktivitäten: fortlaufende Identifizierung und Abschätzung möglicher Folgen zukünftiger negativer Haftungsfolgen, fortlaufende Neubewertung des Geschäftsbetriebs („*ESG-Heat-Mapping*“)

Das LkSG (1)

These 5: Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz ist derzeit die bedeutendste Quelle gesetzlich geregelter Legalitäts(kontroll)-pflichten

- Einschlägig ab Erreichen oder Überschreiten des **Arbeitnehmerschwellenwerts von 1.000**
- Grds. **kein Ermessen**, da auf Grund bindenden Rechts konkretes Handeln bzw. Unterlassen geboten (Legalitäts(kontroll)pflcht)
- Pflicht, für Verankerung und Überwachung eines angemessenen und wirksamen **Risikomanagements**, das auf das Handeln entlang der Lieferkette ausgerichtet ist, zu sorgen
- **Konzerngesellschaft kann bei bestimmendem Einfluss der Obergesellschaft zum eigenen Geschäftsbereich der Obergesellschaft zählen** (§ 2 Abs. 6 S. 3 LkSG)
- Unter dieser Voraussetzung auch ausländische Tochtergesellschaft, unabhängig davon, ob sie in Deutschland Geschäft betreibt oder nach Deutschland exportiert
- Pflicht, für Festlegung von Zuständigkeiten für ein solches Risikomanagement zu sorgen
- Pflicht zur Einrichtung und Überwachung eines funktionsfähigen Beschwerdemechanismus
- Pflicht, für die Erstellung und öffentliche Zugänglichmachung eines Berichts über die Erfüllung seiner Sorgfaltspflichten im vergangenen Jahr zu sorgen
- Bei Verstößen, Bußgelder und Ausschluss von öffentlichen Vergabeverfahren
- Zivilrechtliche Haftung derzeit (noch) unwahrscheinlich, aber künftig nicht ausgeschlossen („menschenrechtliche Verkehrssicherungspflicht“, § 823 Abs. (1) BGB)

Das LkSG (2)

- Risikobasierte Aufsicht durch das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle („BAFA“), daneben und unberührt: Versicherungsaufsicht durch die BaFin und deren regulatorische Mindestanforderungen, z.B. durch die MaRisk und die MaGo.
- **Versicherungspolicen mit Kunden sind kein Teil der Lieferkette** (vgl. auch 4.2 Handreichung BAFA)
- **Kapitalanlage fällt nicht unter das LkSG** (vgl. auch 4.2 Handreichung BAFA)
- Leistungserbringungen im Versicherungsfall sind keine Produkte und keine Dienstleistungen der VU's und fallen nicht unter das LkSG (vgl. auch 4.2 Handreichung BAFA)
- Ausgliederungen können unter das LkSG fallen, sofern die Tätigkeit des Dienstleisters für die Erbringung der Finanzdienstleistung notwendig i.S.v. § 2 Abs. 7 oder 8 LkSG ist (vgl. auch 4.2 Handreichung BAFA)
- **Rückversicherungsverträge fallen unter das LkSG**, wenn die **Rückversicherung für die Erbringung der Dienstleistung erforderlich ist**, d.h., wenn ein VU die konkrete Versicherungsdienstleistung ohne die Rückversicherung nicht anbieten würde (vgl. auch 4.2 Handreichung BAFA) [BAFA: Sieht sich das Erst-VU nur mit einer Rückversicherung in der Lage, ein bestimmtes Risiko zu versichern?]

Unternehmerische Ermessensentscheidungen (1)

These 6: Unternehmerische Geschäftsleiterentscheidungen werden weniger und werden im Hinblick auf ESG zunehmend komplexer

- Auch durch ESG **rasant zunehmende Zahl rechtlicher Vorgaben** („*Hard Law*“) immer bedeutsamer werdende Vorfrage, ob zu treffende Entscheidung:
 - **unternehmerische Entscheidung** mit **Haftungsprivileg der BJR** oder ob
 - konkrete Handlungs- oder Unterlassungspflicht aufgrund bestimmter **ESG-Legalitätspflichten?**
- **Beispiele** unternehmerischer Entscheidungen mit sich aufdrängendem ESG-Bezug:
 - Akquisition/Divestment/Carve-out: **Verkauf** risikoträchtiger Geschäftsbereiche/Sparten/Tochtergesellschaften (etwa zur Vermeidung von Transitionsrisiken), **Abspaltung**
 - Veränderung **Produkte**/Produktangebote („Aufgabe eines erfolgreichen Produkts“)
 - **Standortauswahl** (international) („Zwang zum Exit aus einem für die Profitabilität wichtigem Markt?“)
 - **Geschäftspartnerauswahl** („Pflicht zum Abbruch von profitablen Vertragsbeziehungen?“)
 - **Geschäftsmodell**

Unternehmerische Ermessensentscheidungen (2)

- In **materieller** Hinsicht hier erneut relevant („...zum Wohle der Gesellschaft...“): Gewichtungsvorgang der ESG-Belange?
- h.M.: Interessenplurale Zielkonzeption, bei der ESG-Belange die Interessen der Stakeholder im Rahmen der interessenpluralen Zielkonzeption (so wohl auch der VGR-Vorschlag zu § 76 Abs. (1) AktG) erweitern und konkretisieren
- Aber: Auch bei interessenpluraler Zielkonzeption, **höhere Komplexität**:
 - Weitere **Zunahme von zu berücksichtigenden Aspekten** und sehr oft **schwierige Abwägungsentscheidungen**:
 - **soziale, ökologische oder ethisch kritische Aspekte**
 - **und zwar nicht nur „inward impact“ (langfristige Auswirkung auf eigenes Unternehmen) sondern auch „outward impact“ (Auswirkungen für die Allgemeinheit), sofern er mittelbar zu einem „inward impact“ führen kann**
 - BGH „Schloss Eller“ (BGH NZG 2018, 1189): Auch ein wirtschaftlich kurzfristig nachteiliges Geschäft kann von der BJR gedeckt sein, wenn dadurch **vernünftigerweise langfristige Vorteile** für das Unternehmen zu erwarten sind
 - **Vorgaben eigener ESG-Strategie, eigener Unternehmenskommunikation und eigener Aussagen in der nicht-finanziellen Berichterstattung**
 - sonstige **ESG-Risiken einschließlich sog. Transitionsrisiken**, siehe auch BaFin-Merkblatt
 - **Erweiterung gerechtfertigter Ermessensentscheidungen**, z.B. kurzfristig wirtschaftlich nachteilige Entscheidung durch vorrangig gewichtete ESG-Belange
 - **Großes Potenzial von Fehlentscheidungen** (z.B. „Übersehen“ sozialer, ökologischer oder ethisch kritischer Aspekte, die den Erfolg der Gesellschaft schmälern und/oder die Reputation der Gesellschaft schädigen können; falsche Einschätzung neuer Technologien; falsche Einschätzung Verhalten von Marktteilnehmern; falsche Einschätzung langfristiger Vorteile)

Unternehmerische Ermessensentscheidungen (3)

Im Zusammenhang mit den hinzukommenden ESG-bezogenen Aspekten, die in der unternehmerischen Entscheidung **materiell** zu berücksichtigen sein können (Slide 24), können besonders relevant werden:

- Herausforderung, Chancen und Risiken aus gesellschaftlichem Wertewandel und veränderter Erwartungshaltung der **Marktteilnehmer**, also etwa Investoren (bei börsennotierten Versicherungsunternehmen), Banken, Kunden, Mitarbeitern und Bewerbern und **deren dynamische Weiterentwicklung richtig zu prognostizieren**
- Herausforderung, Chancen und Risiken aus der **politischen Dimension** des ESG-Ziels oder -Risikos mit **unwägbarem Planungshorizont** (z.B. „Atomkraft“) richtig einzuschätzen
- Herausforderung, Chancen und Risiken aus **Erweiterungen und Veränderungen des Stakeholder-Kreises** mit zum Teil entgegengesetzten Interessen und neuen Durchsetzungswegen richtig einzuschätzen:
 - Vielzahl von NGO's (z.B. WWF, Amnesty International, Deutsche Umwelthilfe, Transparency International, Greenpeace) und verbandsklagebefugten Gewerkschaften
 - Große Bandbreite der Interessen (von Erwirtschaftung von Erträgen über angemessenes Lohnniveau, „gerechte“ Preise bis zu „De-Growth“ und „Null-Wachstum“), die nicht einmal mehr langfristige Rentabilität als gemeinsamen Nenner kennen
- Herausforderungen aus Entscheidungsasymmetrie zwischen **gut einschätzbaren kurzfristigen Nachteilen** und **schwer prognostizierbaren Vorteilen für die langfristige Rentabilität** (z.B. wie wird sich die Erwartungshaltung von Marktteilnehmern entwickeln, welche Folgen hat das für ihr Konsumverhalten, (wie) verbessert oder verschlechtert sich die Reputation, wie und wann wird das messbare Folgen haben?)
- Herausforderungen aus Schwierigkeiten, **Machbarkeit sowie Chancen und Risiken neuer Technologien einzuschätzen**

Unternehmerische Ermessensentscheidungen (4)

- **Formal** bei unternehmerischen Entscheidungen aus ESG-Perspektive zu beachten:
 - ESG-relevante Informationen in die Entscheidungsfindung hinreichend (§ 93 (Abs. (1) S. 2 AktG: „...auf der Grundlage angemessener Informationen...“; BGH: „...in der konkreten Entscheidungssituation alle verfügbaren Informationsquellen“....) einbezogen?
 - Sustainable Finance Board: Angemessene Entscheidungsgrundlage nur bei „angemessener Identifizierung und Abschätzung aller ökologischer und sozialer Nachhaltigkeitsrisiken“
 - h.M.: Vorstand muss auf Basis aller **in der konkreten Entscheidungssituation verfügbaren** Informationen auch alle relevanten **sozialen und ökologischen Aspekte** ermitteln, d.h.
 - den aus externen sozialen und ökologischen Faktoren resultierenden „originären“ sog. **inward impact** auf das eigene Unternehmen und
 - den sog. **outward impact** des Unternehmens in sozialer und ökologischer Hinsicht, soweit er mittelbar zu einem *inward impact* auf das eigene Unternehmen führen kann
 - Herausforderung: **Unzureichende Datengrundlage** für die zu berücksichtigen Aspekte (Verfügbarkeit, Tiefe, Richtigkeit, Nachprüfbarkeit), die sich aber zunehmend, auch als Folge der gesetzlichen Offenlegungspflichten, langfristig verbessern sollte, z.B.:
 - Ermittlung **Kundenverhalten**: Marktstudien? Aber: Spiegelt sich Nachhaltigkeitsbewusstsein bei Kunden auch im Kaufverhalten wider (Preis)?
 - Ermittlung **Vertragspartnerintegrität**: ESG-Ratings? Nicht-finanzielle Berichterstattung? Aber: Unterschiedliche Standards, Gefahr von „Black Boxes“
 - Ermittlung **Folgen für Reputation**: Wie Kausalität feststellbar? Wie abgrenzbar zu anderen möglichen Ursachen? Wie messbar?
 - Ermittlung **Machbarkeit, Chancen und Risiken neuer Technologien**: Durch wen? Auf welcher Grundlage?

Unternehmerische Ermessensentscheidungen (5)

- Praktische Empfehlung für angemessene Vorsorge:
 - Fortlaufendes **Monitoring**:
 - der relevanten **Stakeholdergruppen**
 - deren **Interessen**
 - des **Wandels gesellschaftlicher Werte** und deren künftiger Entwicklung
 - sich neu entwickelnder oder neu entstehender **ESG-Risiken** einschließlich Transitions- und Reputationsrisiken (und damit fortlaufende Neubewertung der Geschäftsbereiche) („*ESG- Heat-Mapping*“)
 - Schaffung **angemessener Datengrundlage** für ESG-Belange bei unternehmerischen Entscheidungen, und zwar nicht nur für den jeweiligen Einzelfall sondern auch **systematisch**
 - Vorsorglich und standardisiert: Im Zweifel Prüfung der Berücksichtigung von ESG-Belangen bei sämtlichen unternehmerischen Entscheidungen
 - Sorgfältige **Dokumentation** der der unternehmerischen Entscheidung zu Grunde liegenden Gesichtspunkte und ihrer Abwägung

These 7: Das deutsche Gesellschaftsrecht räumt einem Geschäftsleiter einen grundsätzlich weiten Ermessensspielraum ein, die Gesellschaft mit sozialen Kosten zu belasten

- Insbesondere relevant für **zulässige Förderungen von Gemeinwohlbelangen** auf Stufe 4 (*Philanthropic Responsibilities*) der Pyramide?
- Kriterium BGH: Mit Verwendung des Gesellschaftsvermögens das Unternehmensinteresse in angemessener Form gefördert, wobei der Vorstand weiten Ermessensspielraum hat? (BGH NZG 2021, 1466); kritisch:
 - Unverhältnismäßigkeit im Hinblick auf Vermögens- und Ertragslage
 - Persönlicher materieller oder immaterieller Vorteil einzelner Vorstandsmitglieder
 - Verschleierung im Innenverhältnis
 - Verheimlichung nach außen
- Praktische Empfehlung:
 - Herbeiführung Kollegialentscheidung
 - Zutreffende buchhalterische Erfassung, keine Barleistungen
 - Herstellung von Öffentlichkeit

These 8: Reputationsmanagement wird zu einer immer wichtigeren Säule der Vorsorge

- ESG-Belange sind in besonderem Maße **reputationsrelevant**
 - Positiv: ESG-Ziele
 - Negativ: Sich materialisierende ESG-Risiken
- Pflicht zum Reputationsmanagement?
 - Pflicht zum Reputationsmanagement als **Ausprägung der aktienrechtlichen Leitungsverantwortung**, § 76 Abs. (1) AktG
 - Unabhängig von der Risikoexposition: Im Rahmen unternehmerischer Entscheidungen, Prüfung der Auswirkung von Geschäften und Maßnahmen (unternehmerischen Entscheidungen) auf die Unternehmensreputation und Abwägung der Vorteile gegen mögliche Reputationsschäden
 - Bei höherer Risikoexposition: In Bezug auf ESG strategische Daueraufgabe, nicht nur Krisenmanagement
 - Daher insbesondere:
 - Fortlaufende Identifikation problematischer Geschäfte
 - Fortlaufende Identifikation und Abstellung problematischer Vorfälle
 - Fortlaufende Identifikation problematischer Geschäftsbeziehungen bzw. Lieferketten

Fazit

- Keine grundstürzenden Änderungen, aber ESG-bezogene **Neujustierung der Geschäftsleiterpflichten**
- Kein ESG-Gewichtungsvorrang bei der Ausübung des Leitungsermessens, aber
 - **Entwicklung eigener ESG-Strategie,**
 - Fortlaufende **ESG-bezogene Überprüfung der Unternehmensstrategie**
 - Fortlaufende **ESG-bezogene Überprüfung des eigenen Geschäftsmodells**
 - Fortlaufende **Identifizierung, Beurteilung, Steuerung und Überwachung der ESG-bezogenen Risiken**

empfehlenswert

- **Wachsende Bedeutung der Legalitäts(kontroll)pflichten** und beachtliches **Risiko von „Rückschaufehlern“**
- **„Aushöhlung“ der BJR** und wachsende **Komplexität unternehmerischer Entscheidungen**, auch wegen **Unwägbarkeiten aus politischer Dimension** und **noch unzureichender Datengrundlagen**

Kontakt

Dr. Christoph Louven



+49 211 1368-418
christoph.louven@hoganlovells.com



Global legal services

Americas

- | | | |
|------------------|-------------|-------------------|
| Baltimore | Louisville | Northern Virginia |
| Boston | Mexico City | Philadelphia |
| Colorado Springs | Miami | San Francisco |
| Denver | Minneapolis | São Paulo |
| Houston | Monterrey | Silicon Valley |
| Los Angeles | New York | Washington, D.C. |

EMEA

- | | | | |
|------------|--------------|------------|--------|
| Alicante | Dubai | London | Riyadh |
| Amsterdam | Dublin | Luxembourg | Rome |
| Berlin | Dusseldorf | Madrid | Warsaw |
| Birmingham | Frankfurt | Milan | |
| Brussels | Hamburg | Munich | |
| Budapest | Johannesburg | Paris | |

Asia

- | | |
|------------------|--------------|
| Beijing | Shanghai FTZ |
| Hanoi | Singapore |
| Ho Chi Minh City | Sydney |
| Hong Kong | Tokyo |
| Jakarta | |
| Shanghai | |

The logo consists of the words "Hogan Lovells" in a dark green, serif font, stacked vertically. The text is centered within a light green square background.

Hogan
Lovells

[hoganlovells.com](https://www.hoganlovells.com)

"Hogan Lovells" or the "firm" is an international legal practice that includes Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP and their affiliated businesses.

The word "partner" is used to describe a partner or member of Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP or any of their affiliated entities or any employee or consultant with equivalent standing. Certain individuals, who are designated as partners, but who are not members of Hogan Lovells International LLP, do not hold qualifications equivalent to members.

For more information about Hogan Lovells, the partners and their qualifications, see www.hoganlovells.com.

Where case studies are included, results achieved do not guarantee similar outcomes for other clients. Attorney advertising. Images of people may feature current or former lawyers and employees at Hogan Lovells or models not connected with the firm.

© Hogan Lovells 2024. All rights reserved.