



ESG als Haftungstreiber für das Management

3. ZINSO PRAKTIKERTAGUNG

14. JUNI 2021

PROF. DR. DANIEL GRAEWE, LL.M.

ESG



ENVIRONMENT

- Umwelt- & Klimaaspekte
- Nachhaltigkeit (auch in der Lieferkette)
- Ressourcenknappheit
- Nutzung von / Investitionen in erneuerbare Energien
- Effizienter Umgang mit Energie und Rohstoffen
- Umweltverträgliche Produktion
- Geringer Verbrauch von / Emissionen in Luft und Wasser



SOCIAL

- Einhaltung von Sozialstandards
- Menschen- und zentrale Arbeitsrechte (auch in der Lieferkette)
- Anforderungen an Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz
- Faire Arbeitsbedingungen und Entlohnung
- Weiterbildungsmöglichkeiten
- Mitbestimmung im Unternehmen
- Berücksichtigung von Diversityaspekten

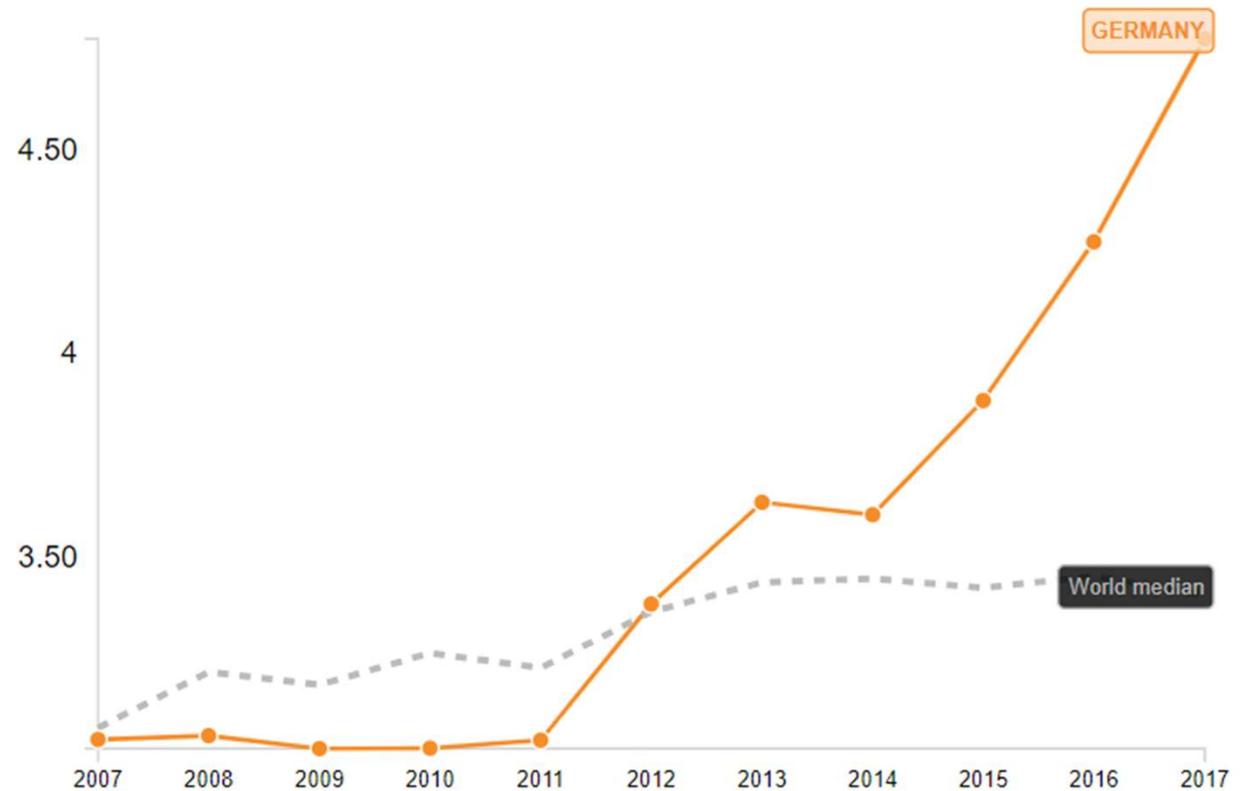


GOVERNANCE

- Transparenz
- Verhinderung von Verstößen gegen Gesetze und interne Regeln (auch im Konzern)
- Risiko- und Compliance-Management auf Vorstands- und Aufsichtsratsebene
- Vorstandsvergütung iVm. mit ESG-Zielen
- Berichterstattung, Rechnungslegung und Abschlussprüfung

„Burden of Government Regulation“-Index der Weltbank

- Deutschland liegt auf Rang 7 von 151 Ländern. Es gehört damit zu den höchstregulierten Ländern der Welt.
- In den Top 10 ist Deutschland das einzige G7-Land und neben Finnland das einzige Land der G20 und der EU.



MANAGEMENT-BLOG
 WAS TUT SICH HINTER DEN KULISSEN DER UNTERNEHMEN?
Die persönlichen Manager-Haftungsrisiken von morgen: Umwelt-, Sozial- und Governance-Themen
 6. Mai 2021, Autor: Claudia Tödtmann
 WirtschaftsWoche

Cash.ONLINE

Regulierungswut kostet Deutschland rund 165 Milliarden Euro

DERSTANDARD

Zu wenig Nachhaltigkeit kann Unternehmen Geld kosten

ESG-Kriterien, die Ökologie, Soziales und Unternehmensführung berühren, spielen in der Wirtschaftswelt eine immer wichtigere Rolle

Industrie.de

Familienunternehmen tun sich schwer mit Strategien für Nachhaltigkeit und Digitalisierung

© 10. Mai 2021 4 Minuten Lesezeit

WELT
 WIRTSCHAFT ROT-ROT-GRÜN?

Arbeitgeber warnen vor „Feuerwerk von neuen Belastungen und Regulierungen“

Stand: 18.05.2021 | Lesedauer: 5 Minuten

UMFRAGE UNTER INSTITUTIONELLEN INVESTOREN
ESG-Kriterien sind bei Managerauswahl wichtig

Ob es um die CO2-Intensität des Portfolios geht, die Auswahl von Managern oder um Performance: Die Bedeutung von ESG für institutionelle Investoren ist weiter gestiegen.

private banking
 magazin

Handelsblatt Inside

Die Faktoren E, S und G müssen gemeinsam betrachtet werden

Das E in ESG spielt noch immer die größte Rolle, doch die drei Faktoren stehen untereinander und mit der Wirtschaft in ziemlich starker Wechselwirkung.

ESG-Regulierung: „Viele derzeit noch offene Fragen“

3.01.2021 - Lesezeit 3 min

Bestandsaufnahme

- In den letzten vier Jahren gab es in der EU und Deutschland über 170 Regulierungsmaßnahmen für Unternehmen im Bereich ESG, die auch teilweise interferieren
- Unternehmen können die zahlreichen Regulierungsvorgaben immer schwieriger
 - in der aktuellen Entwicklung verfolgen,
 - am Ende korrekt im Unternehmen umsetzenund finden mit ihren Interessen und Bedürfnissen nicht ausreichend Berücksichtigung in den politischen Entscheidungsprozessen
- Insbesondere im Mittelstand droht damit ein Zustand der latenten Rechtsunsicherheit

Haftung

- Ausgangspunkt: Business Judgment Rule (BJR), vgl. § 93 I 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 Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“*
- Darin inkludiert: sog. „Legal Judgment Rule“ (LJR) = Legalitätspflicht des Vorstands

Haftung

- Zweiteilung der Haftungsgefahr
 - „Hard Risks“
 - „Legal Judgment Rule“ = Legalitätspflicht des Vorstands
 - „Soft Risks“
 - Handeln auf Basis einer angemessenen Informationsgrundlage

Haftung

- „Hard Risks“
 - „Legal Judgment Rule“ = Legalitätspflicht des Vorstands
 - Satzung
 - Dienstvertrag
 - Weisungen des Kontrollorgans bzw. der Gesellschafter
 - Geschäftsordnung
 - Sonstige interne Vorschriften des Unternehmens (Kodices etc.)

Haftung

- „Hard Risks“
 - „Legal Judgment Rule“ = Legalitätspflicht des Vorstands
 - **Gesetze und Rechtsprechung**
 - **Status (nicht auf ESG beschränkt) - juris, 03.06.2021**
 - **4.731 Bundesgesetze und -verordnungen**
 - **Zwischen 44.000 (Sachsen-Anhalt) und 115.000 (Bayern) Landesgesetze und -verordnungen**
 - **1.608.081 Rechtsprechungsdokumente (Urteile, Beschlüsse etc.)**
 - **Aktuelle Beispiele im Bereich ESG:**
 - **E = KSG, EU-Taxonomie**
 - **S = LieferkettenG, BetriebsrModG**
 - **G = FISG, FÜPoGII**

Haftung

- „Hard Risks“
 - „Legal Judgment Rule“ = Legalitätspflicht des Vorstands
 - Jedes einzelne Vorstandsmitglied muss dafür Sorge tragen, dass das Unternehmen so organisiert und beaufsichtigt wird, dass keine Gesetzesverletzungen stattfinden; andernfalls handelt es pflichtwidrig (Compliancepflicht) (vgl. LG München I, Urt. v. 10.12.2013 - 5 HKO 1387/10, *Siemens-Neubürger*)
 - Organisationsverschulden bei inadäquater Delegation; Wissenszurechnung
 - Bei Unsicherheit/Unklarheit: Einholung von Rechtsrat (Ziel: „unvermeidlicher Verbotsirrtum“)
 - Unabhängigkeit des Beraters? (Rechtsabteilung, externer Anwalt)
 - Qualifikation des Beraters? (Berufserfahrung, Fachanwalt)
 - Plausibilitätskontrolle
 - Rechtliche Vertretbarkeit reicht aus (sicherster Weg muss nicht gewählt werden)
- Fazit: LJR im Bereich ESG zu erfüllen ist aufwändig, kann man aber als Vorstand hinbekommen
(zunehmend problematisch aber bei KMU!)

Haftung

- „Soft Risks“
 - Handeln auf Basis einer angemessenen Informationsgrundlage
 - Theorie
 - Abwägung des erforderlichen Informationsbedarfs und der Eilbedürftigkeit
 - Schaffung einer angemessenen Tatsachenbasis durch Heranziehung aller unter Kosten-/Nutzenaspekten zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen
 - Vernünftiges Annehmen der Angemessenheit der Tatsachenbasis aus subjektiver nachvollziehbarer Sicht eines verständigen Vorstands

Haftung

- „Soft Risks“
 - Handeln auf Basis einer angemessenen Informationsgrundlage
 - BDAI-Nutzungspflicht?
 - „Besteht die Möglichkeit, eine umfassende Datenmenge (Big Data) mittels Algorithmen zu sichten und hierdurch die Ermessensentscheidungen stützen zu können, ist der Vorstand schon aufgrund seiner Sorgfaltspflicht hierzu verpflichtet.“ (MüKo/Spindler, AktG, 5. Aufl. 2019, § 93, Rn. 56; ähnlich Möslein, ZIP 2018, 204)



The screenshot shows a news article header from the website 'WELT'. The header includes the 'WELT' logo, a 'Ticker' icon, and a search icon labeled 'Suche'. The main headline reads 'Deshalb bestellt nun auch Hapag-Lloyd Riesenschiffe'. Below the headline, it states 'Veröffentlicht am 23.12.2020 | Lesedauer: 4 Minuten'. The first paragraph of the article text is: 'Deutschlands führende Reederei ordert sechs Frachter mit je 23.500 Containereinheiten, die zu den größten der Welt zählen – und revidiert damit ihre bisherige Strategie.' The second paragraph begins with: '„Zudem reduzieren wir die Umweltbelastung, die wir verursachen.“'

Haftung

- „Soft Risks“
 - Handeln auf Basis einer angemessenen Informationsgrundlage
 - Theorie
 - Tatsachenbasis (insb. in Bezug auf Risiken)
 - Ermittlung der individuellen Risiken des Unternehmens:
 - Qualitative Erfassung, aber auch Quantifizierung notwendig (zuletzt *Nickert*, KTS 2021, 183)
 - Art des Unternehmens, Größe, Branche, Ort und Vorkommnisse in der Vergangenheit
 - Kategorisierung, Gewichtung, Verflechtung, Schadenshöhe und Eintrittswahrscheinlichkeit der Risiken
 - Soll / Ist-Auswertung des Risikomanagements im Unternehmen
 - Regelmäßige Wiederholung der Risikoanalyse und ggf. Einleitung anpassender Maßnahmen

Haftung

- „Soft Risks“
 - Handeln auf Basis einer angemessenen Informationsgrundlage
 - Theorie
 - Quantifizierung von Risiken
 - Expected Shortfall: Schadenshöhe x Eintrittswahrscheinlichkeit
 - Risiko: drohende negative Abweichung vom Expected Shortfall
 - Risikomaß: Messgröße, mit der das Risiko einer negativen Abweichung gemessen wird
 - Problem: Auswertung historischer Kennzahlen für Zukunftsprognosen im Bereich ESG nicht vorhanden
 - Alternative: Sog. Monte-Carlo-Simulation, die alle Chancen und Risiken zu einem Erwartungswert aggregiert

Haftung

- „Soft Risks“
 - Handeln auf Basis einer angemessenen Informationsgrundlage
 - Theorie
 - Quantifizierung von Risiken
 - Problem: Beurteilungsspielraum
 - Planungs- und Prognosehoheit liegt beim Unternehmen, soweit Ermittlung vertretbar ist (Recht auf Irrtum)
 - Grenze: unzutreffende Informationen oder unrealistische Annahmen (insb. historische Auswertung, Zugrundelegung von Best Case-Szenarien, Sonderplanungen nur für bestimmte Risiken, unbewusste Wahrnehmungsverzerrungen)
 - Folge: Pflichtverletzung des Managements und damit Haftungsgefahr
 - Prognoseschwankungen sind aber zulässig (Streuung)



Haftung

- „Soft Risks“
 - Handeln auf Basis einer angemessenen Informationsgrundlage
 - Praxis



Weitere Auswirkungen

- Persönliche Konsequenzen
 - Empörungswellen (Shitstorms) gegen Manager
 - Bsp. Kaeser (Lieber Kopftuchmädel als Bund deutscher Mädels), Tönnies (Afrikaner sollen aufhören wenn's dunkel ist, Kinder zu produzieren) etc.
- Seit HV-Saison 2019: Entlastungsverweigerungen nehmen zu (Startschuss: Baumann/Bayer)
- Auch Aufsichtsräte zunehmend unter Beschuss (zuletzt Aareal Bank)
 - Beides getrieben durch Professionelle Investoren und Stimmrechtsberater aus den USA
- Noch keine Vertrauensentzüge (§ 84 III AktG)
- Durch Politisierung im Bereich E+S wird auch dies wahrscheinlicher

Vielen Dank!

Prof. Dr. Daniel Graewe, LL.M.

GRAEWE Legal
Alter Wall 32
D-20457 Hamburg

T +49 (40) 80 90 319-116
F +49 (40) 80 90 319-150
M +49 (177) 75 144 25
E daniel.graewe@graewe.legal

FRAGEN?