Sonderausgabe 1 Jahr ESGZ

ESGZ

Die Fachzeitschrift für Nachhaltigkeit & Recht

Herausgeberkreis
Prof. Dr. Daniel Graewe
Viola C. Didier
Prof. Dr. Christina E. Bannier
Dr. Clemens Stauder
Isabelle von Bieberstein
Prof. Dr. Joachim Hennrichs
Prof. Dr. Henning Zülch

www.esg-zeitschrift.de

Der rechtliche Rahmen für Environmental Social Governance

04
ESGZ Ausgabe 2:
Klimaklagen gegen Unternehmen: „Prozessrisiken gibt es für beide Seiten“

18
ESGZ Ausgabe 3:
Betriebsrente als strategischer HR-Baustein für ESG

38
ESGZ Ausgabe 5:
So wirkt Sustainable Finance in der Mittelstandsfinanzierung

Nachhaltigkeit und Recht

Ausgewählte Beiträge aus den ersten sechs Ausgaben der ESGZ

Owlit
Suchen. Finden. Wissen.
FACHMEDIEN otto schmidt

Gekommen, um zu bleiben

Das Thema Nachhaltigkeit ist kein Modethema, das wieder vorübergeht. „ESG“ ist gekommen, um zu bleiben – wie die ESGZ. Vieles ist im Umbruch. Dabei sind Unternehmen gut beraten, die Herausforderungen anzunehmen, als Chance zur Transformation zu begreifen und aktiv mitzugestalten. Was es dafür braucht, ist Offenheit, Mut und Fehlertoleranz. Und die richtigen Begleiter. Einer dieser Begleiter ist die ESGZ.

Es erfüllt uns mit einem gewissen Stolz, dass mehr als 80 Autorinnen und Autoren in einem Jahr ihre Expertise mit uns geteilt haben. Darunter zahlreiche bekannte Persönlichkeiten der Nachhaltigkeits-Szene genauso wie erfrischende Newcomer. Vertreter aus Wissenschaft und Politik waren dabei sowie Praktiker aus Beratungen und Unternehmen. Allen gemein ist die Leidenschaft für das Thema ESG.

Die ESGZ hat es sich zur Aufgabe gemacht, umfassend und mit einer großen thematischen Breite über die Entwicklungen im Nachhaltigkeitsbereich zu informieren und Impulse für die Praxis zu geben. Viele neue Gesetze und Verordnungen, auf EU- wie auch auf nationaler Ebene, führen zu komplexen neuen Rechtsfragen, verändern die Unternehmensrealität – und werden ohne ein fundiertes Verständnis und das entsprechende Hintergrundwissen noch komplexer. Hierauf will die ESGZ Antworten geben, die Stolperfallen aufzeigen und Lösungsansätze auf den Punkt bringen.

Dass unser Ansatz in die richtige Richtung geht, zeigt auch die zunehmende Verbreitung der ESGZ sowie das positive Feedback von allen Seiten. Hierfür gebührt der besondere Dank der Herausgeber dem Verlag, den Autorinnen und Autoren, sowie nicht zuletzt, Ihnen, liebe Leserinnen und Leser. Ohne Sie als kritische Zielgruppe, Ihre vielen Anregungen und Ihre Unterstützung hätte sich das Projekt nicht so erfolgreich entwickeln können. Wir werden unser Bestes geben, Sie weiterhin aktuell und kurzweilig im Bereich Nachhaltigkeit auf dem aktuellen Stand von Wissenschaft und Praxis zu halten.

Diese Jubiläumsausgabe enthält eine kleine Auswahl von Beiträgen aus den ersten sechs Heften der ESGZ und soll Appetit machen auf mehr.

Wir wünschen Ihnen viel Freude beim Lesen dieser besonderen Ausgabe!

Viola C. Didier und Prof. Dr. Daniel Graewe

Viola C. Didier
Herausgebende Chefredakteurin der ESGZ

Viola C. Didier ist Fachjournalistin, Volljuristin und Gründerin des RES JURA Redaktionsbüros (www.resjura.de). Sie ist auf die Themen Recht, Steuern, Finanzmarkt, Wirtschaftsprüfung und Nachhaltigkeit spezialisiert und arbeitet redaktionell für Fachverlage, Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, Kanzleien und Unternehmen.

Prof. Dr. Daniel Graewe
Geschäftsführender Herausgeber der ESGZ

Prof. Dr. Daniel Graewe, LL.M. ist Rechtsanwalt und Direktor des Instituts für angewandtes Wirtschaftsrecht an der HSBA Hamburg School of Business Administration. Er ist spezialisiert auf die Beratung von Unternehmen im Bereich ESG und Autor zahlreicher Fachpublikationen. Daneben ist er als Aufsichtsrat und Herausgeber tätig.

Inhalt

ENVIRONMENT & CLIMATE

Klimaklagen gegen Unternehmen 4
Prozessrisiken gibt es für beide Seiten
Dr. Marc-Philippe Weller

Novelle des Verpackungsgesetzes: Ausweitung der Registrierungspflicht 8
Registrierung im Verpackungsregister LUCID nun für sämtliche Hersteller verpflichtend
Eva Weik

Bring Your Own Device (BYOD) 10
Rechtliche Herausforderungen und Lösungen
Ferdinand Grieger

SOCIAL & HUMAN RIGHTS

Diversity in Mittelstand und Familienunternehmen 15
Empfehlungen auf Basis einer empirischen Studie
Prof. Dr. habil. Patrick Ulrich

Betriebsrente als strategischer HR-Baustein für ESG 18
Soziale Compliance durch bAV erhöhen – spätestens ab 2023
Dr. Till Heimann

ESG-Programme und Kriterien in der Vorstandsvergütung 22
Ein praktischer Umsetzungsleitfaden
Dr. Richard Backhaus

GOVERNANCE & COMPLIANCE

Der Kampf der Stakeholder um die Unternehmensressourcen 26
Prof. Dr. Daniel Graewe

ESG und Compliance 30
Dr. Vivien Veit

Ukraine-Krieg verdeutlicht Relevanz von ESG-Kriterien 34
Viola C. Didier im Interview mit Helmut Kleebank

Statistik im Fokus 37
43
Prof. Dr. Daniel Graewe

Foto links — xijian/iStock
Foto mitte — Cecilie_Arcurs/iStock
Foto rechts — anyaberkut/iStock

SUSTAINABLE FINANCE

So wirkt Sustainable Finance in der Mittelstandsfinanzierung 38
Dr. Clemens Stauder

ESG Shareholder Activism 41
Börsennotierte Unternehmen geraten zunehmend ins Visier ESG-aktivistischer Investoren
Dr. Hilke Herchen, Dr. Richard Mayer-Uellner, Dominik von Zehmen

Sustainability-Linked Loans: Effektive Unterstützung der Nachhaltigkeits-transformation durch Kreditfinanzierung 45
Stärken und Schwächen der Integration von Nachhaltigkeitskriterien in die Fremdkapitalfinanzierung deutscher Unternehmen
Prof. Dr. Christina E. Bannier, Alix Auzepy

Foto links — lovelyday12/iStock

Impressum

Verlag
Fachmedien Otto Schmidt KG
Neumannstraße 10, 40235 Düsseldorf

Vertretungsberechtigte Gesellschafter
Prof. Dr. Felix Hey, phG, Fachmedien Otto Schmidt Geschäftsführungs-GmbH, Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln,
Geschäftsführer: Christoph Bertling, Dirk Baumann

Herausgeberkreis
Prof. Dr. Daniel Graewe
Viola C. Didier
Prof. Dr. Christina E. Bannier
Dr. Clemens Stauder
Isabelle von Bieberstein
Prof. Dr. Joachim Hennrichs
Prof. Dr. Henning Zülch

Herausgebende Chefredakteurin
Viola C. Didier (V.i.S.d.P.)

Produktmanagement
Alexandra Klein
E-Mail: a.klein@fachmedien.de

Mediaservice
Martina Kosch, Fon: 0211 210911-72, m.kosch@fachmedien.de
Wolfgang Witzel, Fon: 0211 210911-55, w.witzel@fachmedien.de
mediasales@fachmedien.de

Redaktion und Anzeigenleitung
Fachmedien Otto Schmidt KG
Büro: Neumannstraße 10, 40235 Düsseldorf

Kundenservice
Fachmedien Otto Schmidt KG
Kundenservice,
Neumannstraße 10, 40235 Düsseldorf
E-Mail: kundenservice@fachmedien.de

Inland
Fon: 0800 000-1637, Fax: 0800 000-2959

Ausland
Fon: +49 211 210911-02, Fax: +49 211 210911-92

Layout & Satz
Main-Post GmbH
Berner Straße 2, 97084 Würzburg

Erscheinungsweise
6-mal jährlich

Bezugspreise
Einzelheft
34,80 € inkl. MwSt. zzgl. Versand

Jahresabonnement
264 € inkl. MWSt. zzgl. Versand

Sonderpreis für Studenten
126 € inkl. MWSt. zzgl. Versand im Jahresabonnement

Abonnementkündigungen sind mit einer Frist von 21 Tagen zum Ende des Bezugsjahres möglich.

Druck
Grafisches Centrum Cuno GmbH & Co. KG
Gewerbering West 27, 39240 Calbe

Copyright
Alle Rechte vorbehalten. Der Inhalt dieser Publikation darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages nicht vervielfältigt oder verbreitet werden. Unter dieses Verbot fällt auch die gewerbliche Vervielfältigung per Kopie, die Aufnahme in elektronische Datenbanken sowie die Vervielfältigung auf CD-Rom.

ISSN 2748-1379

GOGREEN
Wir versenden klimafreundlich mit der Deutschen Post

PEFC
PEFC/04-31-1370

Klimaneutral
Druckprodukt
ClimatePartner.com/13493-2203-1003

INTERVIEW

Klimaklagen gegen Unternehmen: „Prozessrisiken gibt es für beide Seiten“

Was vielleicht noch vor ein paar Jahren undenkbar war, liest man heute sogar in der Boulevardpresse: Spektakuläre Klimaklagen auf nationaler und internationaler Ebene gegen Industrieunternehmen. Professor Dr. Marc-Philippe Weller, Direktor am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg, spricht im Interview mit Chefredakteurin Viola C. Didier über das Phänomen und die Klagen, die die Unternehmen derzeit beschäftigen.

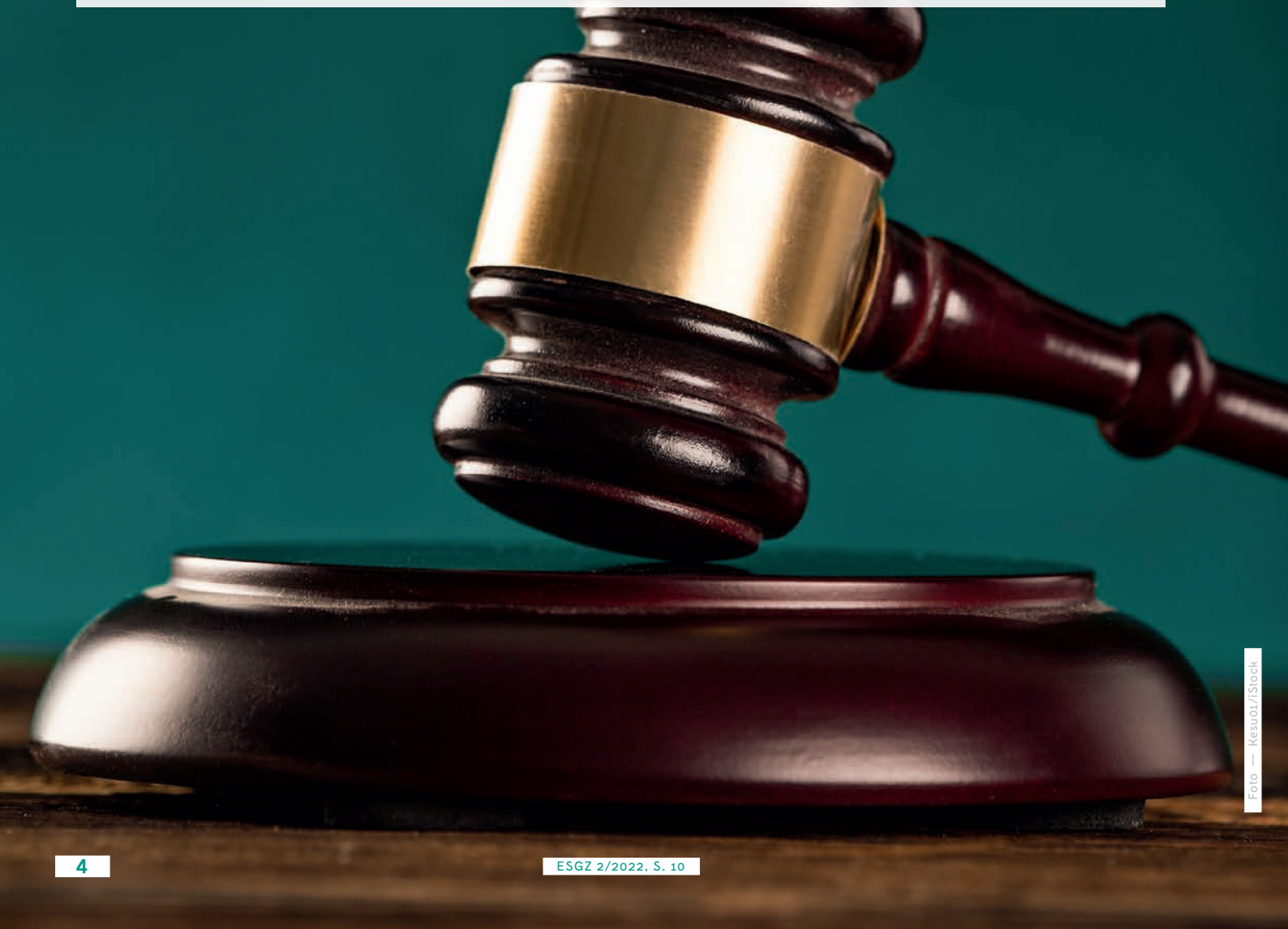


Foto — Kesu01/iStock

MPW — Professor Dr. Marc-Philippe Weller
VCD — Viola C. Didier

Prof. Dr. Marc-Philippe Weller
Direktor am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht, Universität Heidelberg.

Prof. Dr. Marc-Philippe Weller ist seit 2014 Direktor am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Heidelberg und Mitherausgeber u.a. der Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR), der Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) und zusammen mit Prof. Dr. Wolfgang Kahl Herausgeber des Handbuchs Climate Change Litigation (2021).

Viola C. Didier
Herausgebende Chefredakteurin der ESGZ

Viola C. Didier ist Fachjournalistin, Volljuristin und Gründerin des RES JURA Redaktionsbüros (www.resjura.de). Sie ist auf die Themen Recht, Steuern, Finanzmarkt, Wirtschaftsprüfung und Nachhaltigkeit spezialisiert und arbeitet redaktionell für Fachverlage, Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, Kanzleien und Unternehmen.

VCD Herr Professor Weller, man liest viel über die Klimaklagen gegen Total, BMW, Mercedes, Shell und RWE. Worum ging bzw. geht es bei diesen Klagen? Was sind die Hintergründe und Besonderheiten?

MPW Bei den Klimaklagen sind drei Kategorien zu unterscheiden: Zum einen die so genannten vertikalen Klimaklagen von NGOs gegen Staaten. Diese stützen sich typischerweise auf die Schutzpflichtdimension der Grund- und Menschenrechte. Sie zielen darauf ab, die Staaten zu einer strengeren Regulierung zu verpflichten.

Davon zu unterscheiden sind, zweitens, die so genannten horizontalen Klimaklagen. Hier klagen Private – also NGOs oder Individuen – gegen Unternehmen. Diese Klagen sind im Kern Unterlassungsklagen und zielen auf eine Reduktion der Treibhausgasemissionen der beklagten Unternehmen. Sie stützen sich auf das jeweils anwendbare Deliktsrecht und dort auf die (ungeschriebenen) Verkehrspflichten. Die Kernfrage lautet, ob der CO2-Ausstoß eine Gefahrenquelle darstellt, die aufgrund einer entsprechenden Verkehrspflicht einzudämmen ist.

Die dritte Kategorie an Klagen sind gesellschaftsrechtliche Klimaklagen. Hier klagen aktivistische „Klima-Aktionäre“ im Interesse des Klimaschutzes gegen die Leitungsorgane einer Aktiengesellschaft wegen Sorgfaltspflichtverletzung. Eine solche Klage hat in Großbritannien jüngst die NGO „Client Earth“ gegen das Board of Directors von Shell anhängig gemacht. Die klagenden Aktionäre argumentieren, das Management von Shell habe nicht hinreichend Maßnahmen zur Erreichung der Klimaneutralität ergriffen.

VCD Ist das denn so einfach mit der Haftung von Industrieunternehmen für den Klimawandel? Wie kommt man zu einer Kausalität?

MPW Mit der zweiten Klagekategorie, den horizontalen Klimaklagen von Privaten gegen Unternehmen, betritt die Klägerseite Neuland. Praktisch alle Tatbestandsvoraussetzungen der Anspruchsgrundlage aus § 1004 BGB (analog) sind komplex und streitig. Dies fängt schon bei der drohenden Rechtsgutsverletzung an. Hier muss ein absolutes subjektives Recht beeinträchtigt

> **Die Kernfrage lautet, ob der CO2-Ausstoß eine Gefahrenquelle darstellt, die aufgrund der Verkehrspflicht einzudämmen ist.**

> **Klimaneutralität kann nur über ein Gesetz und nicht über ein nur die Beklagtenseite verpflichtendes Urteil im Zwei-Parteien-Prozess geschehen.**

sein. In Frage käme der Eigentums- und Gesundheitsschutz, aber die diesbezüglichen Gefahren des Klimawandels liegen in der Zukunft und sind bislang nicht hinreichend konkret individualisierbar.
Die Kausalität ist ebenfalls problematisch. Das Ökosystem Klima ist so komplex, dass es keine einfachen Wirkungszusammenhänge gibt. Natürlich spielt CO2 für den Treibhausgaseffekt und damit die Erderwärmung eine Rolle. Aber zu welchem Anteil und inwiefern dieser Anteil auf anthropogene Faktoren zurückzuführen ist, unterliegt hochkomplexen naturwissenschaftlichen und mathematischen Erkenntnissen, Annahmen und Modellrechnungen. Es gibt hier zwar hohe Wahrscheinlichkeitsgrade, inwiefern diese aber in einem Zivilprozess für die Darlegung der vollen richterlichen Überzeugung i.S.v. § 286 ZPO ausreichen, ist offen.

VCD Von welchen Faktoren hängt der Erfolg einer solchen Klage ab?

MPW Der Klageerfolg hängt davon ab, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1004 BGB dargelegt werden können. Ich hatte schon zwei problematische Voraussetzungen – die Rechtsgutsbeeinträchtigung und die Kausalität – genannt. Es gibt aber noch weitere. So ist es auch unklar, ob es überhaupt eine Verkehrspflicht zur Reduktion von CO2 gibt. Dies würde eine entsprechende Verkehrserwartung voraussetzen, die den CO2-Ausstoß als Gefahrenquelle ansieht. Bisher sind Industrieproduktionen mit CO2-Emissionen allerdings als sozialadäquat in der Bevölkerung akzeptiert und auch durch die öffentlich-rechtlichen Regelwerke genehmigt.
In Bezug auf letztere stellt sich viertens die Frage, inwiefern sich diese Genehmigungen auch auf Treibhausgasemissionen beziehen, letztlich also um die Frage der Wechselwirkung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht.

VCD Wie entscheidet ein Gericht, in welchem Umfang ein Unternehmen Verantwortung für einen Klimaschaden und seine Folgen trägt?

MPW Unterstellt man einmal, dass die Anspruchsvoraussetzungen dargelegt werden können, stellt sich die Frage nach der Reichweite der Störer-Verantwortung. Hier geht es insbesondere um die Diskussion, ob CO2-Emittenten nicht nur für ihre eigenen Emissionen – so genannte Scope 1-Emissionen – als unmittelbare Störer, sondern auch für die so genannten Scope 2und Scope 3-Emissionen als mittelbare Störer qualifiziert werden können.
Scope 2-Emissionen sind solche Emissionen, die bei der Erzeugung der Energie anfallen, die

das beklagte Unternehmen von Energieunternehmen einkauft, zum Beispiel von den Stadtwerken. Scope 3-Emissionen sind diejenigen Emissionen, die in der Wertschöpfungs- und der Absatzkette entstehen. Es geht also um die Frage, ob Upstream-Emissionen bei Zulieferern und Subunternehmern, die bei der Herstellung eines Produktes anfallen, dem beklagten Unternehmen zugerechnet werden können. Ebenso geht es um die Downstream-Emissionen, d.h. Emissionen, die bei der Nutzung des Produkts anfallen. Man denke etwa an Fahrzeuge, die von Autofahrern über viele Jahre genutzt werden. Hier wird CO2 ausgestoßen. Kann man dieses CO2 *haftungsrechtlich* wirklich dem produzierenden Unternehmen zurechnen? Dies ist insofern problematisch, als die Kategorie der Scope 1, 2, und 3-Emissionen aus der handelsbilanziellen und ökobilanziellen Praxis kommen. Ihre Übertragung in das Haftungs- und Deliktsrecht ist alles andere als unproblematisch.

> **VCD** Blicken wir doch über den großen Teich: In den USA sind Klimaklagen ja schon weiter verbreitet als in Europa. Oft schwappen „Trends" von dort herüber...

MPW In den USA gibt es eine Reihe unterschiedlicher Klimaklagen. Allerdings wird dort bei den CO2-Reduktionsklagen oft die *political question doctrin* angewandt. D.h. Gerichte weisen die Klagen mit der Begründung ab, es sei Sache der Politik, namentlich der Regierungen und Gesetzgeber, Regelungen zum Schutz des Klimas zu erlassen. Auch in Deutschland stellen sich Fragen der Gewaltenteilung und des Vorrangs des Gesetzes.

> **VCD** Wenn alles Sache der Politik ist, müssen Unternehmen ja keine Klagewelle befürchten, oder? Wie beurteilen Sie die Prozessrisiken?

MPW Einige Unternehmen wurden bereits von NGOs verklagt. Prozessrisiken gibt es dabei für beide Seiten. Die Klägerseite muss gewärtigen, in den Verfahren zu unterliegen. Dann hätte sie die Prozesskosten – auch die der Beklagtenseite – zu tragen. Das diesbezügliche Risiko versucht die Klägerseite zu minimieren, indem sie den Streitwert relativ gering ansetzt.
Umgekehrt gibt es natürlich auch ein Verlustrisiko auf Beklagtenseite. Auch wenn die Anspruchsvoraussetzungen sehr hoch sind, kann man nicht verkennen, dass es ein gewisses Momentum zugunsten des Klimaschutzes gibt. In den Niederlanden gibt es zwei Leitentscheidungen – *Urgenda und Shell* – in denen sowohl der niederländische Staat als auch das Unternehmen Shell (letzteres allerdings nur erstinstanzlich) vor Gericht unterlegen sind. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Klima-Beschluss rechtsvergleichend auf die Urgenda-Entscheidung Bezug genommen. Es steht für die Beklagtenseite das Risiko im Raum, dass auch Gerichte in Deutschland sich rechtsvergleichend inspirieren lassen und das Recht im Sinne der Klägerseite fortzubilden erwägen.

> **VCD** Sehen Sie eine zunehmende Verrechtlichung von Klimaschutz?

MPW In der Tat gibt es eine zunehmende Verrechtlichung von Klimaschutz. Dies ist aber nichts Negatives, im Gegenteil. Bei der Transformation auf dem Weg zur Klimaneutralität müssen eine Menge Regelungen erlassen und Ausgleichsmechanismen gefunden werden. Ich erwarte noch eine Zunahme an Regulierungen, die dann möglicherweise auch die Klimaklagen entbehrlich macht, weil nämlich alle Unternehmen dann einheitlich reguliert werden.

> **VCD** Was sagt eigentlich der Koalitionsvertrag von SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP zu der Thematik?

MPW Im Koalitionsvertrag ist als Ziel zur Erreichung der Klimaneutralität u.a. vereinbart, alle Maßnahmen zu ergreifen, die notwendig sind, um eine Begrenzung der Erderwärmung auf 1,5 °C einzuhalten. Das 1,5 °C-Ziel geht auf Art. 2 des Pariser Klimaübereinkommens von 2015 zurück. Die Koalition hat dabei vor, alle wesentlichen Wirtschafts- und Industriesektoren gleichermaßen in die Pflicht zu nehmen. Dies erscheint mir auch der demokratietheoretisch legitimere und effizientere Weg zu sein, als einzelne Unternehmen in die Haftung zu nehmen. Klimaklagen haben zwar eine strategisch und gesellschaftspolitisch aufrüttelnde Bedeutung – man spricht insofern auch von *strategic litigation* – sie sollen sozusagen die anderen Akteure „antreiben". Diesen Zweck erfüllen sie bereits durch ihre medienwirksame Erhebung. Um indes ganzheitlich die Klimaneutralität zu erreichen, müssten allerdings alle Unternehmen in die Pflicht genommen werden; dies kann nur über ein allgemeingültiges Gesetz und nicht nur über ein nur die Beklagtenseite verpflichtendes Urteil im Zwei-Parteien-Prozess geschehen. Insofern ist der Gesetzgeber gefordert.

> **VCD** Vielen Dank, lieber Herr Professor Weller, für das Interview! ▪

Die Medien haben den **Klima-Beschluss** des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 24.03.2021 (1 BvR2656/18 u.a.) als "historisch", "bahnbrechend" oder "epochal" bezeichnet. Das BVerfG hat darin klargestellt, dass das Klimaschutzgesetz (KSG) teilweise verfassungswidrig ist. Das KSG belaste künftige Generationen übermäßig stark, da es keine spezifischen Regelungen zu Treibhausgasemissionen nach 2030 treffe. Demnach wäre zu befürchten, dass künftige Klimaschutzmaßnahmen Freiheitsrechte "weit drastischer beschneiden" müssen.

Novelle des Verpackungsgesetzes: Ausweitung der Registrierungspflicht

Registrierung im Verpackungsregister LUCID nun für sämtliche Hersteller verpflichtend

Der Sommer 2022 markiert im Hinblick auf das Verpackungsgesetz eine Zäsur – war das Verpackungsregister LUCID der Zentralen Stelle Verpackungsregister (ZSVR) seit dem Start im Jahr 2019 bislang nur für Hersteller systembeteiligungspflichtiger Verpackungen relevant, haben sich seit dem 01.07.2022 sämtliche Hersteller von Verpackungen in dem Register einzutragen.

Text — Eva Weik

Eva Weik
DIHK-Referatsleiterin Kreislaufwirtschaft, Umweltrecht, Rohstoffpolitik

Eva Weik, Juristin, ist seit 2019 Referatsleiterin Kreislaufwirtschaft, Umweltrecht, Rohstoffpolitik beim Deutschen Industrie- und Handelskammertag e.V. in Berlin.

Von Mehrwegpaletten über Kanister bis zum „Coffee-to-go"-Becher – für diese und sämtliche anderen Verpackungen besteht seit 01.07.2022 für alle Unternehmen, die mit Ware befüllte Verpackungen in Verkehr bringen, die Verpflichtung sich in das Verpackungsregister LUCID der Zentralen Stelle Verpackungsregister einzutragen. Der geänderte § 9 Abs. 1 S. 1 VerpackG bestimmt, dass sich alle Hersteller von mit Ware befüllten Verpackungen zu registrieren haben und gerade nicht mehr nur die Hersteller von systembeteiligungspflichtigen Verpackungen. Die Registrierung greift damit unabhängig von der Verpackungsart und betrifft neuerdings auch Hersteller im gewerblichen Bereich und von Serviceverpackungen. Dies bedeutet einen Paradigmenwechsel in der Systematik des Gesetzes.

Umsetzung von EU-Recht

Hintergrund der neuen ausgeweiteten Registrierungspflichten ist das „Gesetz zur Umsetzung von Vorgaben der Einwegkunststoffrichtlinie und der Abfallrahmenrichtlinie im Verpackungsgesetz und in anderen Gesetzen".[1] Konkret geht es um die Umsetzung von Art. 8a Abs. 5 der Abfallrahmenrichtlinie (RL 2008/98/EG) zur Verbesserung des Überwachungs- und Durchsetzungsrahmens für die Regelungen zur erweiterten Herstellerverantwortung. Die Erfassung von Daten von Herstellern im Bereich nicht systembeteiligungspflichtiger Verpackungen soll den Vollzug des Verpackungsgesetzes erleichtern, für mehr Transparenz sorgen und schließlich einen fairen Wettbewerb sicherstellen.[2] Daneben dient die Erweiterung der Registrierungspflicht der Verbesserung der Datenerhebung durch die statistischen Landesämter, die aus dem Register die zu befragenden Hersteller von Verpackungen ersehen können.[3]

1 Bundesgesetzblatt (BGBl. I, S. 169) vom 09.06.2021, veröffentlicht am 14.06.2021.
2 BT-Drucksache 19/27634 S. 25.
3 BT-Drucksache 19/27634 S. 65.

Registrierung nicht systembeteiligungspflichtiger Verpackungen

Die neue Regelung des § 9 Abs. 1 S. 1 VerpackG erweitert also die bisherige Registrierungspflicht von Herstellern von systembeteiligungspflichtigen Verpackungen auf Hersteller nicht systembeteiligungspflichtiger Verpackungen. Als Hersteller gelten nach § 3 Abs. 14 VerpackG diejenigen, die Verpackungen erstmals gewerbsmäßig in Verkehr bringen. Systembeteiligungspflichtige Verpackungen sind nach § 3 Abs. 8 VerpackG mit Ware befüllte Verpackungen, die nach Gebrauch typischerweise beim privaten Endverbraucher als Abfall anfallen. Das bedeutet eine erhebliche Ausweitung des Kreises der Hersteller, die sich im Verpackungsregister LUCID einzutragen haben.

Registrierungspflichtig ist damit nun, wer Verpackungen gem. § 15 Abs. 1 S. 1 VerpackG in Verkehr bringt. Dazu gehören

- Transportverpackungen,
- Verkaufs- und Umverpackungen, die nach Gebrauch typischerweise nicht bei privaten Endverbrauchern als Abfall anfallen,
- Verkaufs- und Umverpackungen, für die wegen Systemunverträglichkeit nach § 7 Abs. 5 eine Systembeteiligung nicht möglich ist,
- Verkaufsverpackungen schadstoffhaltiger Füllgüter,
- Mehrwegverpackungen.

Neben diesen Herstellern, welche ausschließlich im gewerblichen Bereich tätig sind, greift die Registrierungspflicht auch für Einweggetränkeverpackungen, die gem. § 31 Abs. 1 VerpackG der Pfandpflicht unterliegen.

Einschränkung der Privilegierung von Serviceverpackungen

Bei Herstellern bzw. Letztvertreibern von Serviceverpackungen handelt es sich um diejenigen, die Serviceverpackungen mit Ware befüllen. Serviceverpackungen sind Verpackungen, die erst bei Übergabe der Ware befüllt werden, etwa Coffee-to-go-Becher, Tragetaschen oder Frischhaltefolien. Diese sind gem. § 7 Abs. 2 S. 3 VerpackG seit dem 01.07.2022 ebenso registrierungspflichtig. Damit werden die bisherigen Privilegierungen der Hersteller von Serviceverpackungen eingeschränkt. Gem. § 7 Abs. 2 S. 2 VerpackG bestand bis zur Gesetzesänderung neben der Möglichkeit, die Systembeteiligungspflicht auf den Vorvertreiber zu übertragen, auch die Option gem. § 7 Abs. 2 S. 3 VerpackG, die Herstellerpflichten nach den §§ 9-11 VerpackG – und damit insbesondere auch die Registrierungspflicht auf den Vorvertreiber – zu delegieren.[4] Mit dieser Ausnahmeregelung sollten kleine und mittlere Unternehmen, die in der Regel von den Bestimmungen betroffen sind, gerade entlastet werden.[5] Dies greift nun nicht mehr in vollem Umfang, die Registrierungspflicht findet jetzt vielmehr auch hier Anwendung. Damit werden die bewusst geschaffenen Erleichterungen in diesem Bereich ein Stück weit revidiert.

Keine Mengenmeldung erforderlich

Durch die Registrierungspflicht wird für die Hersteller, die keine systembeteiligungspflichtigen Verpackungen in Verkehr bringen, keine Mengenmeldung begründet. Alle verpflichteten Unternehmen haben nach § 9 Abs. 2 VerpackG ihre Stammdaten (Adresse, Telefonnummer, E-Mail-Adresse sowie die nationale oder europäische Steuernummer) im Verpackungsregister LUCID zu hinterlegen. Darüber hinaus sind gem. § 9 Abs. 2 Nr. 6 VerpackG Angaben zur Verpackungsart, aufgeschlüsselt nach systembeteiligungspflichtigen Verpackungen, sonstigen Verpackungen und pfandpflichtigen Getränkeverpackungen einzutragen.

Hersteller, die sowohl systembeteiligungspflichtige als auch nicht systembeteiligungspflichtige Verpackungen in Verkehr bringen, haben eine sogenannte „Ergänzungsregistrierung“ vorzunehmen: Sie müssen sich ebenfalls in Bezug auf die nicht systembeteiligungspflichtigen Verpackungen registrieren.[6]

Gem. § 9 Abs. 5 S. 1 VerpackG besteht für nicht registrierte Hersteller ein Vertriebsverbot. Darüber hinaus stellen der Verstoß gegen die Registrierungspflicht oder auch unrichtige, unvollständige oder verspätete Angaben eine Ordnungswidrigkeit dar und sind nach § 36 Abs. 1 Nr. 7 und 8 bußgeldbewährt.

Fazit: Deutliche Ausweitung des Anwendungsbereichs – Mehraufwand für Hersteller

Die Erweiterung der Registrierungspflicht bedeutet eine deutliche Ausweitung des Anwendungsbereichs der Vorschrift des § 9 Abs. 1 S. 1 VerpackG. Die Ziele der gesteigerten Transparenz und eines fairen Wettbewerbs kommen für Unternehmen mit nicht unerheblichem bürokratischen Aufwand. Denn auch wenn der Registrierungsprozess selbst schlank gehalten ist, stellt die Regelung für zahlreiche Unternehmen Neuland dar. Es gilt daher Lieferketten genau zu prüfen und Verpflichtungen nach § 9 Abs. 1 S. 1 VerpackG zu identifizieren. ▪

4 BT-Drucksache 19/27634 S. 63.

5 BT-Drucksache 18/11274 S. 89.

6 BT-Drucksache 19/ 27634 S. 65.

Bring Your Own Device (BYOD)

Rechtliche Herausforderungen und Lösungen

BYOD hat die Arbeitswelt für Arbeitgeber und Arbeitnehmer grundlegend verändert. Das für Arbeitgeber kostensparende und bei Arbeitnehmern immer beliebter werdende Konzept gehört mittlerweile für Konzerne und KMU zum festen Bestandteil des Arbeitsalltags. Dennoch haben Unternehmen die vielen Rechtsfragen rund um dieses Konzept oft nicht hinreichend beachtet und gehen dadurch hohe Risiken ein.

Text — Ferdinand Grieger

Ferdinand Grieger
Chief Legal Officer (CLO)

Ferdinand Grieger ist Chief Legal Officer der DGC Switzerland AG in Zürich und Aufsichtsratsvorsitzender der DGC Germany AG in Berlin. Zuvor war er als Syndikusrechtsanwalt der Deutschen Gesellschaft für Cybersicherheit sowie als Rechtsanwalt für eine internationale Großkanzlei und ein mittelständisches Beratungsunternehmen tätig.

Einleitung

Nachhaltigkeit ist ein Megatrend und die „neue" relevante Messgröße unternehmerischen Handelns im 21. Jahrhundert.[1] Immer mehr Unternehmen haben sie als einzigen Unternehmenszweck ausgegeben oder orientieren sich hieran. Der Koalitionsvertrag der Bundesregierung rekurriert bei allen wesentlichen Politikfeldern auf diesen Leitbegriff. Im deutschen Gesetzgebungsverfahren wird die Einhaltung dieser Vorgaben auf Ebene der Gesetzesfolgenabschätzung durch „Nachhaltigkeitschecks" umgesetzt.[2] Während die globale Politik die Gesetzgebung nahezu einheitlich am Nachhaltigkeitsdogma ausrichtet, reflektieren die Finanzmärkte dieses Verhalten und fördern damit zusätzlich die Orientierung der Wirtschaft an Nachhaltigkeitsgesichtspunkten. Laut Bertelsmann beschäftigten sich im Jahr 2021 bereits 55 % der Unternehmen auf Geschäftsführer- bzw. Vorstandsebene mit diesem Thema.[3] Auch für Arbeitnehmer ist eine an Nachhaltigkeit ausgerichtete Unternehmenspolitik ein Anreiz. Laut Stepstone hat Nachhaltigkeit beim Arbeitgeber für 76 % der Beschäftigten in Deutschland einen hohen Stellenwert. In der Generation der Baby Boomer liegt die Quote sogar bei 81 %.[4] Auch unter diesem Gesichtspunkt rückt das Thema „Bring Your Own Device" (BYOD) vermehrt in den Fokus von Arbeitgebern (AG) und Arbeitnehmern (AN). In den USA hat BYOD bereits Einzug in größte Konzerne und sogar die US-Army gehal-

1 Schön, „Nachhaltigkeit" in der Unternehmensberichterstattung, ZfPW 2022, 208.

2 Dietsche, „Nachhaltigkeitsmechanismus" bei Gesetzesfolgenabschätzung, ZRP 2022, 21 ff.

3 https://www.bertelsmann-stiftung.de/de/themen/aktuelle-meldungen/2021/november/nachhaltigkeit-wird-fuer-deutsche-unternehmen-immer-wichtiger (zuletzt abgerufen am 15.10.2022).

4 https://www.stepstone.de/wissen/nachhaltigkeit/ (zuletzt abgerufen am 15.10.2022).

> **Arbeitgeber können durch ein großzügiges BYOD die seltene Kombination aus Kostenersparnissen und Mitarbeiterzufriedenheit erreichen.**

ten.[5] Es birgt neben dem positiven Effekt auf die Nachhaltigkeitsbilanz eines Unternehmens und der Anziehungskraft auf qualifizierte AN jedoch viele Risiken, die durch AG nicht richtig erkannt oder reflektiert werden. Dieser Beitrag zeigt die wesentlichen Risiken von BYOD und Lösungsalternativen auf.[6]

Erscheinungsformen

BYOD erscheint als echtes und unechtes BYOD. Bei Ersterem gestattet der AG dem AN die Nutzung seiner privater Geräte zu dienstlichen Zwecken.[7] Mithin sind sowohl die Auswahl des Geräts, des Modells, des Zubehörs, der genutzten Dienste etc. vollkommen dem AN überlassen. Als Letzteres sind die Fälle zu verstehen, in denen der AG dem AN ein Gerät zur Verfügung stellt und dabei die Privatnutzung des Gerätes erlaubt. Mit Abstand am häufigsten betrifft BYOD den Einsatz des eigenen Laptops und Smartphones des AN. Repräsentative Erhebungen, welches Modell vorherrscht, gibt es allerdings nicht.

Vorteile

Neben den Vorteilen auf Makroebene des Unternehmens bringt BYOD solche auch auf der Mikroebene der AG-AN-Beziehung. Dem AG erwachsen im Kontext von Nachhaltigkeit vor allem Vorteile im Hinblick auf die eigene Ökobilanz. Durch einen geringeren Bedarf an Hardware wird weniger Elektroschrott erzeugt. Er agiert somit umweltschonender und effizienter. Durch eine diversifizierte Auswahl an Geräten und Modellen steht ihm auch eine Vielzahl von Funktionen abseits des von ihm vorgegebenen Standards zur Verfügung. Kostenlose Open-Source-Anwendungen, die weltweit verfügbar und z.T. anwenderfreundlicher als Anwendungen/VPN-Lösungen des AG sind, sorgen für weitere Popularität von BYOD bei den AN. AN wünschen sich Individualität beim Arbeitsgerät und möchten neben den privat genutzten Geräten keine weiteren für die berufliche Tätigkeit bei sich führen müssen. Gerade jüngere AN legen hierauf großen Wert. AG können daher durch ein großzügiges BYOD die seltene Kombination aus Kostenersparnissen und Mitarbeiterzufriedenheit erreichen.

Rechtliche Herausforderungen

IT-Sicherheit

Die Unternehmensleitung ist zur Gewährleistung der Sicherheit der genutzten IT-Geräte verpflichtet. Zur Vermeidung persönlicher Inanspruchnahme[8] sind Unternehmensleitungen angehalten, BYOD in ihrer IT-Sicherheitsstrategie zu berücksichtigen. Vor allem für das gängigste BYOD, die Datenverarbeitung auf dem Smartphone, besteht eine besondere Gefährdungslage.[9] Smartphones sind handlich, leicht transportierbar (und daher diebstahlanfällig) und verarbeiten durch weiter steigende Speichervolumina auch immer größere Mengen an Daten. Zudem sind viele Log-in-Daten (bspw. zu E-Mail-Programmen) auf den Smartphones hinterlegt. Hinzukommt, dass auch Cyberkriminelle um die Popularität von Smartphones bei BYOD-Vorgängen wissen und Schadsoftware etc. vermehrt als Apps tarnen. Außerdem ist bei privat genutzten Geräten nicht auszuschließen, dass Familien- oder Hausstandsmitglieder diese verwenden und in der Folge unabsichtlich Schadsoftware auf das Gerät gelangt, wodurch wiederum die Firmen-IT angegriffen würde.

Echtes oder unechtes BYOD?
Vielfach wird die eine oder andere Form des BYOD bereits in Unternehmen praktiziert, ohne dass es hierzu eine Geschäftsführungsdoktrin, Absichtserklärung, Unternehmensrichtlinie oder Ähnliches gibt.

5 https://www.armytimes.com/news/your-army/2021/12/14/army-significantly-expanding-bring-your-own-device-pilot/ (zuletzt abgerufen am 15.10.2022).

6 Aus Vereinfachungsgründen wird hier davon ausgegangen, dass AG nicht der KRITIS-Verordnung unterfallen oder hoheitliche Aufgaben wahrnehmen.

7 Conrad/Schneider, Einsatz von „privater IT" im Unternehmen, ZD 2011, 153.

8 Für den AG-Vorstand vgl. Grieger, Haftung des AG-Vorstands bei Schäden durch Cyberangriffe, WM 2021, 8 ff., für den Aufsichtsrat vgl. ders., Haftungsfalle Cybersecurity, Der Aufsichtsrat, 6/2021, 85 ff.

9 Göpfert/Wilke, Nutzung privater Smartphones für dienstliche Zwecke, NZA 2012, 765.

Arbeitszeit und Arbeitsschutz

Eine Frage zu BYOD ist, ob und wann die Nutzung eigener IT der Arbeits- oder Freizeit zuordenbar ist. Hierneben besteht auch immer die Gefahr, dass die zulässige Höchstarbeitszeit durch die ständige Einsatzmöglichkeit beim BYOD überschritten wird. Ein klassischer Sachverhalt ist der AN, der in seiner Freizeit dienstliche E-Mails auf seinem Smartphone liest und beantwortet. Auch kann die Bestimmung von Beginn und Ende eines Arbeitstages beim BYOD Schwierigkeiten aufwerfen, zumindest für den AG unkontrollierbar werden. Wegezeiten des AN zwischen Wohnung und Arbeitsstelle gehören nicht zur Arbeitszeit.[10] Bei BYOD kann dieser Grundsatz durch die nahezu vollständige mobile Einsatzmöglichkeit des AN angezweifelt werden. Solche Sachverhalte lassen das Risiko eines buß- oder strafbewehrten Verstoßes gem. §§ 22 Abs. 1, 23 Abs. 1 ArbZG entstehen. Ein Bußgeld kann bis zu 30.000 € betragen, Freiheitsstrafen von bis zu einem Jahr können verhängt werden. Zudem ist der AG gem. §§ 3, 4 ArbSchG dazu verpflichtet, Gesundheitsgefährdungen der AN auch im psychischen Bereich entgegenzuwirken. Unter dem Stichwort „always online" erwächst dem AG auch hieraus eine Pflicht zur Berücksichtigung dieser Aspekte beim BYOD.

Compliance

Das Vorhalten eines funktionierenden Compliance-Systems ist für AG mindestens so wichtig wie das Ausrichten allen unternehmerischen Handelns an Nachhaltigkeitsaspekten. Dabei decken Compliance-Programme begangene Rechtsverletzungen des Unternehmens auf und verhindern zukünftige Rechtsverletzungen. Unabdingbare Voraussetzung ist, dass das Verhalten der Mitarbeiter eines Unternehmens einer vollständigen forensischen Analyse („compliance investigation") nachvollziehbar zugänglich ist. Neben Mitarbeitergesprächen ist jedoch vor allem die Auswertung der verwendeten IT-Struktur ein wichtiger Anhaltspunkt für Compliance-Verstöße. Sofern sie jedoch im Rahmen von BYOD auch privat genutzt wird, stößt dies auf erhebliche Probleme bei Compliance Investigations.[11]

Handels-/Steuerrecht

Steuer- und handelsrechtlich sind die Pflichten des Unternehmens zur revisionssicheren Aufbewahrung bestimmter Dokumente zu beachten. § 257 Abs. 1 HGB schreibt vor, dass jeder Kaufmann bestimmte Unterlagen wie Handelsbriefe i.S.v. § 257 Abs. 2 HGB gem. § 257 Abs. 1 Nr. 2 und 3 HGB sechs Jahre lang aufbewahren muss. Zu den Handelsbriefen gehören auch Offerten und Annahmen.[12] Benutzt ein Vertriebsmitarbeiter einen privaten Account zum Versand eines Angebots und zur Entgegennahme der Annahme, steht die Erfüllung der vorgenannten Pflicht infrage. Zumindest ist sie der Kontrolle des AG entzogen. Gleiches gilt für steuerlich relevante E-Mails, z.B. solche, die Reisekostenabrechnungen oder Warenbestellungen betreffen.[13] Hier gilt sogar eine Aufbewahrungsfrist von sechs bis zehn Jahren, § 147 Abs. 3 Satz 1 AO. Auch hier wird die Erfüllung der Aufbewahrungspflicht durch den AG beim BYOD zumindest deutlich erschwert.

Datenschutz

BYOD bringt auch im Hinblick auf datenschutzrechtliche Verpflichtungen des AG viele Herausforderungen mit sich.[14] Hier sind insbesondere die Pflichten des AG als datenschutzrechtlich Verantwortlichen (Art. 4 Nr. 7 DSGVO) zur Ergreifung technisch-organisatorischer Maßnahmen zur Einhaltung des Datenschutzrechts aus Art. 24 Abs. 1 DSGVO sowie zur Gewährleistung eines angemessenen Schutzniveaus aus Art. 32 Abs. 1 DSGVO zu nennen. Ein oft übersehener Stolperstein ist die Speicherung von Daten durch den AN. Erfolgt dies beispielsweise über einen Cloud-Dienst, dessen Server in einem Drittland verortet sind, das nicht über ein der DSGVO entsprechendes Datenschutzniveau verfügt und für das kein Angemessenheitsbeschluss oder keine Datentransferberechtigung durch die betroffene Person besteht, entstehen hieraus Verstöße gegen die DSGVO. Für Verstöße eines AN gegen die Regelungen der DSGVO bleibt der AG gegenüber betroffenen Personen und der jeweils zuständigen Aufsichtsbehörde erklärungspflichtig und haftbar. Gerade im Hinblick auf die hohen Opportunitätsaufwände und teilweise empfindlichen Bußgeldhöhen der DSGVO sowie

10 Krause, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I, 5. Aufl. 2021, § 60, Rn. 18.

11 Glöckner, Kartellrecht und Compliance, JuS 2017, 905.

12 Merkt, in: Hopt, Handelsgesetzbuch, 41. Aufl. 2022, § 257, Rn. 1.

13 Rätke, in: Klein, AO, 15. Aufl. 2020, § 147, Rn. 36.

14 Aus Vereinfachungsgründen werden hier nur Pflichten nach der DSGVO betrachtet und es wird davon ausgegangen, dass keine Daten gem. Art. 9 DSGVO beim BYOD verarbeitet werden.

die weiter zunehmende Sensibilität des Themas Datenschutz muss dieses als Gefahrenquelle beim BYOD erkannt und entsprechend klar behandelt werden.

Lizenzfragen

AN nutzen beim echten BYOD oft anwenderfreundliche und kostenlose Anwendungen. Die Anbieter dieser Anwendungen wiederum legen in ihren Lizenzbedingungen üblicherweise fest, dass die Nutzung ausschließlich zu privaten Zwecken erfolgen darf. Der gewerblichen Nutzung stehen diese Dienste (wenn überhaupt) nur gegen Bezahlung offen. Dadurch verstößt der AN beim BYOD, während er die Dienste für den AG nutzt, gegen die Lizenzbedingungen des Anbieters, was für den AG zu einem urheberrechtlichen Streit mit dem Diensteanbieter führen kann. Dem Anbieter erwüchsen in einem solchen Fall Ansprüche auf Unterlassung und Schadenersatz gem. § 97 UrhG bzw. Vernichtung, Rückruf, Überlassung gem. § 98 UrhG. Beim unechten BYOD besteht die Gefahr, dass AN die zwischen AG und Anbieter vereinbarten Volumenlizenzen- und Paketabreden durch unerlaubte Vervielfältigung und Weitergabe verletzen und sachverhaltsabhängig die Rechte des Urhebers aus §§ 19a, 69c Nr. 4 UrhG verletzen. Soweit der AG die Lizenzverstöße seiner AN in Kauf nimmt, haftet er hierfür nach den vorgenannten Normen auch selbst gem. § 99 UrhG.

Lösungsmöglichkeiten

Die vorgenannten rechtlichen Probleme sind zahlreich und komplex. Dennoch sollten sie AG nicht davon abhalten, eine BYOD-Strategie im Unternehmen umzusetzen. Auch die Relation zwischen Nutzen und Aufwand stimmt in diesem Fall. Mit den sinkenden Investitions- und Verwaltungsaufwänden aufseiten des AG sowie dem höheren Flexibilitätsniveau aufseiten des AN geht jedoch höherer Regulierungsaufwand für beide einher.[15] BYOD ist keinesfalls Gegenstand des Direktionsrechts des AG i.S.v. § 106 GewO. Da Betriebsvereinbarungen in Bezug auf BYOD bestimmten Grenzen unterworfen sind,[16] bietet sich eine BYOD-Regelung im Arbeitsvertrag (bzw. dort als Anlage/Ergänzung) an. Hierbei ist es auch elementar, die Formvorschriften gem. § 2 NachwG, § 623 BGB zu beachten. Soweit ein Betriebsrat existiert, ist dieser einzubeziehen und zu beteiligen, § 87 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 6 BetrVG.

Smartphones

Das BSI hat für Smartphones bei BYOD ein Überblickspapier herausgegeben. Hier sind die wichtigsten Methoden dargestellt, um den AG beim Einsatz von Smartphones zu schützen. Das Dokument ist hier abrufbar:
https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/Verbraucherinnen-und-Verbraucher/Informationen-und-Empfehlungen/Cyber-Sicherheitsempfehlungen/Basisschutz-fuer-Computer-Mobilgeraete/Schutz-fuer-Mobilgeraete/schutz-fuer-mobilgeraete_node.htm

IT-Sicherheit

Zur Sicherung betrieblicher Inhalte, die nicht personenbezogene Daten enthalten, empfiehlt sich, den AN zur strikten Trennung privater Inhalte von dienstlichen Belangen zu verpflichten (sog. Container-Lösung). AN sollten ebenso verpflichtet werden, dienstliche Belange ausschließlich mit den vom AG zur Verfügung gestellten Programmen zu bearbeiten, BYOD-Geräte vor dem Zugriff Dritter geschützt aufzubewahren und dafür zu sorgen, dass auch im Falle eines Zugriffs durch Dritte diese keine Kenntnis von betrieblichen Inhalten erlangen. Der Zugriff auf Betriebsdaten sollte durch ein regelmäßig wechselndes Passwort gem. der AG-Passwortrichtlinie und Zwei-Faktoren-Authentifizierung geschützt werden. Sollte der AN für längere Zeit ins Ausland gehen oder in den Urlaub fahren, muss sich der AG das Recht vorbehalten, betriebliche Daten von den Geräten des AN löschen zu lassen. Sowohl eine Verleihung von Geräten aus dem BYOD-Regime als auch deren Verpfändung oder Veräußerung ist vertraglich auszuschließen. Als Ultima Ratio sollte in der arbeitsvertraglichen Zusatzvereinbarung auch eine Deaktivierung, Löschung bzw. Formatierung auf Werkseinstellung per Fernzugriff erwogen werden. Dem größten Risikofaktor „Mensch“[17] muss durch regelmäßige Mitarbeiterschulungen in Sachen BYOD Rechnung getragen werden.

15 Voigt, IT-Sicherheitsrecht, 2. Aufl. 2022, Rn. 675.
16 Conrad, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 37, Rn. 343.
17 Frisse/Glaßl/Baranowski/Duwald, BKR 2018, 178.

BYOD ist ein für Unternehmen überlebenswichtiges Konzept. Wer sich hiermit nicht beschäftigt, riskiert den Unternehmenserfolg.

Arbeitszeit und Arbeitsschutz

Zur Vermeidung von Verstößen gegen das ArbZG und ArbSchG sollte die Vereinbarung zwischen AG und AN den AN ausdrücklich verpflichten, das Gerät außerhalb der Arbeitszeit ausschließlich privat zu verwenden. Außerdem sollte ein klarstellender Zusatz aufgenommen werden, dass eine fortwährende Erreichbarkeit des AN weder vom AG erwartet noch durch den Arbeitsvertrag geschuldet ist.

Compliance; Handels-/Steuerrecht

Im Hinblick auf die rechtlichen Herausforderungen von BYOD zur Compliance sowie die handels- und steuerrechtlichen Aufbewahrungspflichten gilt das unter „Lizenzfragen" Gesagte. Durch das Zurverfügungstellen von ausschließlich für dienstliche Belange durch den AN zu verwendenden Programmen, stehen die handels- und steuerrechtlich relevanten Inhalte dem AG zur Erfüllung der handels- und steuerrechtlichen Aufbewahrungsobliegenheiten auch nach dem Ausscheiden des AN zur Verfügung.

Datenschutz

Technisch sind vor allem der Zugang zu den Geräten durch passwortbedingte Zugangssperren zu begrenzen sowie Datenverschlüsselungsmaßnahmen zu ergreifen. Im Hinblick auf ein angemessenes Datenschutzniveau ist auch die Anwendung einer Virtualisierungstechnologie zu empfehlen, um die Menge der auf den Geräten gespeicherten Daten zu minimieren. Da die Daten so primär auf dem Unternehmensserver abgelegt werden, ist im Falle des Verlusts eines Geräts nicht automatisch ein empfindlicher Datenverlust zu befürchten. Auch die zuvor schon angesprochen Containerlösung ist datenschutzrechtlich empfehlenswert. Der Gesetzgeber stellt zudem klar, dass bei einer Vermengung privater (und damit gem. Art. 2 Abs. 2 lit. c) DSGVO nicht DSGVO-relevanter) Tätigkeit mit betrieblich veranlasster Tätigkeit Letztere zur „Infektion" der ursprünglich privat genutzten Funktionen und Dienste führt und diese in der Folge vollständig der DSGVO unterfallen, sofern keine organisatorische Trennung erfolgt. Diese Lösung schützt daher sowohl AG als auch AN.

Lizenzfragen

Um Problemen rund um Softwarelizenzen und auch diversen Folgeproblemen wirksam begegnen zu können, sollte der AG eine Liste der Softwareanwendungen und lizenzbedürftigen Funktionen anfertigen und mit deren Anbietern die Lizenzen für alle AN gleichsam einkaufen. Spiegelbildlich sollte dem AN nur die Nutzung dieser Dienste bei BYOD gestattet werden. Die zwingende Einhaltung der Lizenzbedingungen muss in der Abrede mit dem AN enthalten sein. Hierfür sollten die Bedingungen klar kommuniziert und eine dementsprechende Handlungsanweisung ausgegeben werden. Eine moderne Lösung ist das Unterhalten eines eigenen App-Stores. Dieser enthält nur lizenz-, datenschutz- und sicherheitsunbedenkliche Anwendungen, aus denen sich der AN sein App-Portfolio selbst zusammenstellen kann. Da die vorgenannten Anwendungen durch den AG zur Verfügung gestellt sind und ihr Gebrauch auf betriebliche Zwecke begrenzt ist, löst dies auch die Probleme rund um steuer- und handelsrechtliche Aufbewahrungspflichten.

Fazit und Ausblick

BYOD ist ein für Unternehmen überlebenswichtiges Konzept. Wer sich hiermit nicht beschäftigt, riskiert den Unternehmenserfolg. Obwohl es zahlreiche Risiken gibt, muss sich jedes Unternehmen mit BYOD auseinandersetzen und versuchen, Wege der Umsetzung zu finden. Wegen des raschen technischen Fortschritts müssen diese Vereinbarungen fortwährend im Hinblick auf ihre Aktualität geprüft werden. Bereits bei Erlass der Richtlinien und Abschluss der entsprechenden Vereinbarungen ist der dynamische Charakter dieser Regelungen zu berücksichtigen. Abhängig von der Art und Größe des Betriebs können die Probleme und Anforderungen beim BYOD stark divergieren. In jedem Fall sollte der AG mit seinem Datenschutzbeauftragten, dem Syndikusrechtsanwalt oder externen Rechtsbeistand, dem CISO, dem Betriebsrat, der Compliance- und der IT-Abteilung die zuvor aufgezählten Aspekte beleuchten. Nach einem offen geführten Dialog mit den Vorgenannten und vor allem den AN steht der Umsetzung eines rechtlich stabilen BYOD-Konzepts nichts entgegen. ▪

Diversity in Mittelstand und Familienunternehmen

Empfehlungen auf Basis einer empirischen Studie

In der aktuellen Diskussion gewinnt neben Digitalisierung und Nachhaltigkeit auch das Thema Diversität an Bedeutung. Bereits seit einigen Jahren wird eine größere Vielfalt bei der Zusammensetzung von Leitungs- und Aufsichtsorganen gefordert. Mit dem Zweiten Führungspositionen-Gesetz (FüPoG II) sind die Anforderungen für große (kapitalmarktorientierte) Unternehmen weiter erhöht worden und könnten in der neuen Legislaturperiode noch weiter erhöht werden. Dieser Beitrag widmet sich der Diversität in Führungspositionen mittelständischer und familiengeführter Unternehmen auf der Basis einer empirischen Untersuchung von 175 Unternehmen aus dem Jahr 2021.

Text — Prof. Dr. habil. Patrick Ulrich

Im Rahmen der Forschung und Praxis der Unternehmensführung hat das Thema Vielfalt in den letzten zehn Jahren zunehmend an Bedeutung gewonnen. Obwohl sich die Diskussion leider oft auf geschlechtsspezifische Unterschiede und insbesondere auf die Unterschiede zwischen männlichen und weiblichen Führungskräften beschränkt, ist das grundlegende Konstrukt der Vielfalt viel weiter gefasst. Diversity beschreibt die Vielfalt einer sozialen oder kulturellen Einheit im Hinblick auf messbare Merkmale wie Geschlecht, Alter, kultureller Hintergrund, ethnische Zugehörigkeit, Religion und sexuelle Orientierung.

Die Diskussion hat sicherlich viele Facetten: Einerseits ist ein stärkerer Wunsch nach Vielfalt durch den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz in Artikel 3 bereits im Grundgesetz verankert. Eine stärkere gesellschaftliche Diskussion hat sich aber erst im Kontext von Corporate Social Responsibility und Nachhaltigkeit etabliert. Vielfalt ist auch ein Bestandteil der Sustainable Development Goals (SDGs) der UN.

Der deutsche Gesetzgeber hat dem gesellschaftlichen Bedürfnis nach mehr Vielfalt in Unternehmen u.a. durch die Gesetzgebungsverfahren FüPoG und FüPoG II Ausdruck verliehen. Mit dem FüPoG wurden große, kapitalmarktorientierte Unternehmen verpflichtet, mindestens 30 % der Aufsichtsratspositionen (bei mitbestimmten Unternehmen) sowohl auf Arbeitnehmer- als auch auf Arbeitgeberseite mit Frauen zu besetzen. Im FüPoG II wurde gesetzlich verankert, dass große börsennotierte Unternehmen mindestens eine Frau in den Vorstand berufen müssen.

Hinsichtlich anderer Diversity-Dimensionen wie Alter, Internationalität und Kultur gibt es bisher eine gesellschaftliche Diskussion, aber (noch) keine direkte gesetzliche Regelung. Über das CSR-Richtlinien-Umsetzungsgesetz und die neuen Anforderungen an die nichtfinanzielle Berichterstattung sind die Unternehmen aber zumindest verpflichtet, über Bereiche der Vielfalt zu berichten, die sich nicht nur auf das Thema Frauen vs. Männer beziehen. In der Praxis

Prof. Dr. habil. Patrick Ulrich
W3-Professor und Wissenschaftlicher Direktor des AAUF an der Hochschule Aalen

Prof. Dr. habil. Patrick Ulrich ist W3-Professor und Wissenschaftlicher Direktor des Aalener Instituts für Unternehmensführung (AAUF) an der Hochschule Aalen. Zudem ist er Privatdozent an der Universität Bamberg, Lehrbeauftragter an mehreren Hochschulen sowie freier Unternehmensberater in den Themenbereichen GRC, Digitalisierung, Mittelstand und Familienunternehmen.

Foto — Fotograf-IN Ricarda Hager

Wer Diversity „in Quoten“ denkt, hat die Tragweite des Themas noch nicht verstanden: Richtig eingesetzt und operationalisiert, kostet Diversity nicht mehr als es nutzt, sondern hilft dem Unternehmen, die eigenen strategischen Ziele besser zu erreichen.

wird hier neben der indirekten regulatorischen Wirkung des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) auch die Möglichkeit von Zertifizierungen wie Total-E-Quality diskutiert.

Inhaltlich geht die Diversity-Diskussion zumindest in der Corporate Governance auf die Ansätze der Board-Dynamik zurück, d.h. die Analyse der Innensicht von Boards und deren Entscheidungen. Dabei kann die Diskussion um Diversity unterschiedliche Formen annehmen. Einerseits gibt es eine inhaltliche Forschungslinie, die davon ausgeht, dass vielfältigere Vorstände besser koordinierte und ausgewogenere Entscheidungen treffen. Andererseits gibt es auch eine inhaltliche Argumentation, die sich auf die Stakeholder-Theorie stützt. Hier könnte die Vielfalt in Führungspositionen dazu führen, dass Stakeholder (z.B. Frauen und/oder internationale Kunden) eine stärkere Legitimität des Unternehmens wahrnehmen, zufriedener sind und daher bessere Leistungen erbringen (bei den Beschäftigten) oder mehr kaufen (bei den Kunden). Eine weitere Perspektive auf das Thema eröffnet die Tatsache, dass immer mehr Finanzinvestoren, Fonds und auch Banken ihre Finanzentscheidungen von der ESG-Compliance von Unternehmen abhängig machen.

Auf den ersten Blick scheinen all diese Themen nur große kapitalmarktorientierte Unternehmen zu betreffen. Nicht börsennotierte mittelständische Unternehmen und Familienunternehmen stehen hier weit weniger in der öffentlichen Diskussion. Es ist jedoch unklar, inwieweit die Vielfalt in Führungspositionen in diesen Unternehmen ein ähnliches oder ein kleineres oder größeres Problem darstellt. So gibt es Studien, die dem Mittelstand per se eine höhere Diversität zuschreiben als den Großunternehmen aufgrund ihrer Merkmale, wie z.B. Nähe zu den Eigentümern und flache Strukturen. Bei näherer Betrachtung ist dies jedoch zumindest ambivalent zu sehen, da im Mittelstand nach wie vor das Modell des Patriarchen und der männlichen Nachfolge dominiert, nicht nur in der öffentlichen Diskussion.

Der vorliegende Beitrag greift auf der Basis einer empirischen Studie[1] bewusst ein spezielles Thema innerhalb der Diversität in Führungspositionen von Mittelstands- und Familienunternehmen auf: die Berücksichtigung von Diversitätsdimensionen in Vorstand und Geschäftsführung mit dem Fokus auf Männer und Frauen. Ziel des Beitrags ist es, nicht nur den Status quo darzustellen, sondern auch einen Ausblick auf die Entwicklung der Arbeitgeberattraktivität von Mittelstands- und Familienunternehmen zu geben. Dabei wird davon ausgegangen, dass KMU durch eine stärkere Berücksichtigung der Bedürfnisse von Männern und Frauen ihre Attraktivität für Bewerber in Spitzenpositionen steigern können.

Handlungsempfehlungen auf Basis der empirischen Studie

1. Ehrliche Ist-Bestandsaufnahme zum Thema Diversity in Führungspositionen im eigenen Unternehmen

Mittelständische Unternehmen und Familienunternehmen sollten die Zukunftsbemühungen um eine Steigerung der Diversity im Unternehmen allgemein und v.a. in Führungspositionen mit einer ehrlichen, auch quantitativen Bestandsaufnahme beginnen. „Lippenbekenntnisse“ helfen hier nur bedingt. Stattdessen sollte man sich einen Status Quo der Diversity im Vergleich zur Branche und den stärksten Wettbewerbern verschaffen, um auch in Zukunft sowohl strategisch erfolgreich als auch als Arbeitgeber attraktiv zu bleiben.

2. Diversity planen und nachvollziehen

Integrativ mit einer Ist-Bestandsaufnahme ist das Thema Diversity-Planung zu verstehen. Hierzu muss neben einer Diversity-Vision auch eine Diversity-Strategie mit konkreten Maßnahmen, Budgets und Verantwortlichkeiten abgeleitet werden. Diversity ist kein Selbstzweck, so dass es besonders wichtig ist, das Thema mit den strategischen Zielen des Unternehmens zu verknüpfen.

1 https://www.stantonchase.com/wp-content/uploads/2022/02/A_Whitepaper_Studie-zu-Diversity-in-Mittelstand-und-Familienunternehmen_DE_220120.pdf

3. Diversity wirklich vielfältig verstehen

Nicht nur in der Studie, sondern ganz allgemein wird Diversity (zu) oft auf das Thema Geschlechtervielfalt verkürzt. Die Diskussionen innerhalb des Unternehmens und mit den relevanten Stakeholdern müssen auf die für das Unternehmen erfolgskritischen Diversity-Dimensionen ausgeweitet werden.

4. Diversity als Thema mit strategischem Mehrwert verstehen

Wer Diversity „in Quoten" denkt, hat die Tragweite des Themas noch nicht verstanden: Richtig eingesetzt und operationalisiert, kostet Diversity nicht mehr als es nutzt, sondern hilft dem Unternehmen, die eigenen strategischen Ziele besser zu erreichen. Diversity ist letztendlich ein Teil der immer wichtiger werdenden Suche nach den „richtigen Personen auf den richtigen Stellen" zur Neuausrichtung des Unternehmens für die Zukunft.

5. Lebenszyklusbetrachtungen anstellen

Diversity wird nicht nur eindimensional und kurzfristig, sondern statisch gedacht. Mit der Studie soll nicht angedeutet werden, dass Männer oder Frauen, Deutsche oder Ausländer besser oder schlechter für eine bestimmte Position geeignet sind. Sie will Unternehmen dazu anregen, in Lebenszyklen und Phasen zu denken. Vielleicht benötigen Unternehmen in verschiedenen Phasen (z.B. Wachstumsphase, Reifephase, Sättigungsphase, Turnaround) nicht nur unterschiedliche Führungskräfte, sondern auch ein unterschiedliches Maß an Diversity. In strategischen Neuausrichtungen wird eine Diversity sicherlich deutlich hilfreicher sein als in einer Krisenphase oder einem Turnaround, in dem schnelle Entscheidungen gefragt sind.

6. Diversity-Kriterien messbar machen und aktiv kommunizieren

Diversity wird von vielen Führungsteams, aber auch Aufsichtsräten und Gesellschaftern zu oft als rein weiches Thema verstanden. Analog zur Diversity-Planung sollten Diversity-KPIs abgeleitet und die Veränderung dieser KPIs auch aktiv nach innen und außen kommuniziert werden.

7. Diversity zur Steigerung von Nachhaltigkeit und Sinnhaftigkeit nutzen

Diversity ist kein isoliertes Thema. Eine starke Diversity kann aktiv zur Verbesserung auch in den Bereichen Nachhaltigkeit und Sinnhaftigkeit genutzt werden. Diversity ist per se ein Teil der ESG-Nachhaltigkeitsindikatoren, sie besitzt also eine interne und externe Steuerungsrelevanz und wird von Investoren immer stärker aktiv nachgefragt. Gerade Mittelstand und Familienunternehmen sollten ihre Daseinsberechtigung als „Rückgrat der Gesellschaft" aktiv nutzen, um die von Kandidat*innen für Führungspositionen wahrgenommene Sinnhaftigkeit ihres Handelns durch Diversity-Management weiter zu steigern.

8. Eine starke Diversity auch als Signal für die Employer Brand einsetzen

Viele Mittelständler und Familienunternehmen bewegen sich im B2B-Bereich. Aber nicht nur diese Unternehmen, sondern auch viele Unternehmen im B2C-Bereich haben noch kein professionelles Employer Branding als Teil ihres Personalmanagements. Eine starke Diversity sollte für die Zukunft ein aktiver Teil des Employer Branding sein, die Arbeitgebermarke nach innen und außen stärken und somit die Arbeitgeberattraktivität steigern.

9. Headhunter und Executive Searcher in die Diversity-Planung aktiv einbinden

In der Studie wurde auch thematisiert, dass Unternehmen im Rahmen der Besetzung von Führungspositionen häufig aktiv auf Headhunter und Executive Searcher zurückgreifen. Diese Partner sollten im Rahmen der Diversity-Planung aktiv eingebunden werden, um die Suchprofile entsprechend auf die geänderten Rahmenbedingungen anpassen zu können.

Fazit

Der vorliegende Beitrag widmete sich auf Basis einer empirischen Studie der Diversity in Führungspositionen in Mittelstand und Familienunternehmen. Als Fazit kann zumindest aus Sicht der Studie gesagt werden, dass die Unternehmen hier noch viel Handlungsbedarf haben. Es zeigte sich auch, dass die Besetzungsschemata in vielen Unternehmen eine Barriere für mehr Diversity darstellen. Zudem scheint zumindest die thesenartige Kontrastierung in einigen Bereichen Vorurteile zu bestätigen, z.B. dass Frauen Defizite in den bestehenden Strukturen sehen, Männern ein „zu wenig" an Diversity dem Mangel an qualifizierten Bewerberinnen zuschreiben. Ob und inwieweit diese spezielle Situation einen Vor- oder Nachteil gegenüber kapitalmarktorientierten Großunternehmen darstellt, sollte in Folgeprojekten näher untersucht werden.▪

Betriebsrente als strategischer HR-Baustein für ESG

Soziale Compliance durch bAV erhöhen – spätestens ab 2023

Nachhaltigkeitsaspekte werden ab 2023, getrieben durch die Berichtspflichten der EU-Nachhaltigkeitsberichterstattungsrichtlinie (CSRD), alternativloser Bestandteil der Unternehmensstrategie. Arbeitgeber sind bereits jetzt gut beraten, zu prüfen: Wie kann HR hier unterstützen und vorhandene Benefit-Systeme nachhaltig ausgestalten? Insbesondere die Betriebsrente kann eine wesentliche Rolle spielen.

Text — Dr. Till Heimann

Die Gewährung betrieblicher Altersversorgung („bAV") als „zweite Säule" der Altersversorgung ist schon immer stark mit Nachhaltigkeit verbunden gewesen. Sie dient zum Aufbau einer langfristigen und generationenübergreifenden Existenzsicherung und ist insb. in Zeiten grassierenden Fachkräftemangels ein starkes Instrument zur Mitarbeiterbindung. Die gesetzlichen Rahmenbedingungen waren lange Zeit vorteilhaft; im Zuge der Neugestaltung der gesetzlichen Rente 2001 wurde jedoch eine angemessene Angleichung der Betriebsrente versäumt. Dieses Problem hat der Gesetzgeber erkannt. Er hat mit dem Betriebsrentenstärkungsgesetz den Anreiz nochmals deutlich verstärkt, an einem betrieblichen Versorgungssystem teilzunehmen und so dem sinkenden gesetzlichen Rentenniveau, daraus folgenden möglichen Versorgungslücken und im schlimmsten Fall drohender Altersarmut gezielt entgegenzuwirken. Insbesondere für kleine und mittelständische Unternehmen, die häufig keine Tarifbindung aufweisen, ergibt sich hieraus mit Hilfe staatlicher Förderung ein interessantes Element, Mitarbeitende zu gewinnen und langfristig zu halten.

Das Betriebsrentenstärkungsgesetz regelt seit 2018 zum einen das so genannte Sozialpartnermodell, mit dem Arbeitgeber und Gewerkschaften ein Betriebsrentensystem mit Haftungsprivileg schaffen können, zum anderen die Pflicht des Arbeitgebers zur Bezuschussung bestehender und neuer Zusagen.

Nachhaltigkeit neu interpretiert

Nachhaltigkeitsaspekte beeinflussen die Betriebsrente nunmehr aber auch von ganz anderer, nämlich regulatorischer Seite: Zum einen steigen die gesetzgeberischen Vorgaben für Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung stetig. So müssen beispielsweise Lebensversicherer, die bAV-Leistungen erbringen, bestimmte Gruppen von Versicherten darüber informieren, ob und wie sie bei der Verwendung der eingezahlten Beiträge ethische, soziale und ökologische Belange berücksichtigen. Und seit Umsetzung der sog. EbAV-II-Richtlinie müssen die EU-Mitgliedsstaaten den Versorgungseinrichtungen gestatten, langfristigen Auswirkungen der Anlageentscheidungen auf ökologische, soziale und die Unternehmensführung betreffende Faktoren Rechnung zu tragen; gleichzeitig müssen diese erhöhten Berichtspflichten genügen (Stichwort: EU-OffenlegungsVO).

Zum anderen steht die Umsetzung der CSRD (*Corporate Sustainability Reporting Directive*) unmittelbar bevor. Diese verpflichtet eine Vielzahl an Unternehmen zur Berichterstattung über ihre Nachhaltigkeitsbemühungen anhand von

ESG-Kriterien. Betroffen sind unmittelbar alle börsennotierten Unternehmen, Banken und Versicherungsunternehmen mit mehr als 500 Mitarbeitenden, aber auch viele nicht börsennotierte Unternehmen, sofern sie bestimmte Schwellenwerte an Mitarbeitenden, Umsatz oder Bilanzsumme überschreiten. Bis 2026 wird die Berichtspflicht sukzessive ausgeweitet, sodass nach vorsichtigen Schätzungen rund 15.000 Unternehmen neu berichtspflichtig werden dürften. Sinn dahinter ist, dem Kapitalmarkt eine einheitliche Bewertungsgrundlage für Anlageentscheidungen zu geben – und Unternehmen, die sich der Nachhaltigkeit verweigern, den Zugang zu Finanzierungsmitteln mittelfristig zu erschweren, um deren Geschäftsmodelle nicht zu perpetuieren.

Die Nichterfüllung der Nachhaltigkeitsberichterstattungspflichten löst sowohl administrative (öffentliche Benennung und ggf. Aufforderung zur Einstellung der Pflichtverstöße) als auch wirtschaftliche (Bußgelder) Konsequenzen aus. Da Unternehmen, wenn sie nicht vollständig compliant sind, in ihrer Berichterstattung auch – vereinfacht gesagt – erklären müssen, warum genau sie nicht compliant sind, ergibt sich in Konsequenz ein starker Anreiz dafür, ESG-Compliance sicherzustellen (und darüber auch adäquat zu berichten).

Die EFRAG hat im Auftrag der Europäischen Kommission einen ersten Entwurf von Reportingstandards erstellt[1] und führt seit Ende April 2022 hierzu ein Konsultationsverfahren durch. Die Entwürfe beinhalten auch Informationen zu den Berichtspflichten hinsichtlich der Einhaltung von Sozialstandards – und als Teil derselben müssen Unternehmen beispielsweise zu Fragen der Entgeltgestaltung, Fairness der Entgeltfindung sowie etwaigen Entgeltungerechtigkeiten im Unternehmen berichten. In diesem Rahmen kommen dann auch Nebenleistungen wie die Betriebsrente zum Tragen.

Förderung von ESG mittels Betriebsrente

Wie kann eine Betriebsrente nun ausgestaltet werden, so dass sie im Idealfall gleich dreifach auf die Erfüllung von ESG-Kriterien einzahlt?

Um **Umweltkriterien** („E“) zu bedienen, kann etwa berücksichtigt werden, ob die Versorgungseinrichtung im Rahmen ihrer Anlagestrategie Umweltaspekte berücksichtigen muss (oder dies freiwillig tut). Ebenfalls können Aspekte wie etwa eine digitalisierte Verwaltung der Versorgungsverpflichtungen (Reduzierung von Papier für den Schriftverkehr, Nutzung digitaler Portale für die Versorgungsberechtigten usw.) relevant werden.

Bei den **sozialen Aspekten** („S“) wird es vor allem darum gehen, dass die Betriebsrente ein zusätzliches Level an Teilhabe sowie Schutz für die Mitarbeitenden bietet gegen Tod, Berufsunfähigkeit sowie Altersarmut bei Erreichung der Regelaltersgrenze. Bietet das Unternehmen seinen Mitarbeitenden aktiv eine betriebliche Altersversorgung an, oder erfüllt es „nur“ seine gesetzlichen Pflichten, wenn eine Entgeltumwandlung eingefordert wird? Wie hilft der Arbeitgeber beim Aufbau einer auskömmlichen Altersversorgung? Werden im Rahmen der Vergütungspolitik besondere Anreize für eine private Vorsorge geschaffen?

Auch im Rahmen der Anlagestrategie kommen soziale Aspekte zum Tragen. Tätigt die Versorgeeinrichtung zur Ausfinanzierung der Versorgungsverpflichtungen Investments etwa in Unternehmen, die Kriegswaffen herstellen – oder gar besonders zerstörerische Formen derselben, wie z. B. Streu- oder Phosphorbomben? Wird in Länder investiert, in denen Frauenrechte missachtet werden, Kinderarbeit die Norm ist und/oder Vergabeentscheidungen durch korrupte Entscheidungsträger erfolgen? Wie sieht es mit Investments in fossile Energieträger (z.B. Kohle), gesundheitsschädliche Produkte (z.B. Tabak), sonstige verpönte Rohstoffe (z.B. Palmöl) aus? Und geht es bei der Anlagestrategie eher um eine Vermeidung kritischer Investments, eine konkrete Orientierung an Nachhaltigkeitsaspekten oder um echte „Impact Investments“ (d.h. Kapitalanlage in Aktivitäten und Prozesse, die unmittelbar positive Auswirkungen auf Umwelt und Gesellschaft haben)? Viele Versicherer und sonstige Versorgungseinrichtungen arbeiten hier mittlerweile mit Positiv- und Negativlisten, anhand derer sie erläutern, welche Länder, Sektoren/Geschäftszweige und Unternehmen sie prinzipiell ausschließen oder berücksichtigen. Der Markt und die eingesetzten Standards qua Selbstverpflichtung können schnell unübersichtlich werden. Etwas Orientierung geben Selbstverpflichtungen auf international einheitliche Standards, wie etwa die United Nations Supported Principles for Responsible Investment (UN PRI).[2]

Die European Financial Reporting Advisory Group (EFRAG) ist eine Non-Profit-Organisation, die im Wege der Beauftragung durch die EU-Kommission (Delegation) mit der Erarbeitung technischer Standards beauftragt ist.

1 Alle Entwürfe zu Reportingstandards, einschließlich der ESRS S 1-4 zu Sozialaspekten, sind abrufbar unter https://www.efrag.org/lab3 (zuletzt abgerufen am 30.05.2022).

2 https://www.unpri.org/ (zuletzt abgerufen am 24.05.2022).

Schließlich spielt die Betriebsrente auch für die **Unternehmensführung** an sich („G“) eine maßgebliche Rolle: Hier ist die Einbindung in die gesamthafte Personalstrategie (Gewinnung und Binden von qualifizierten Mitarbeitenden, Gestaltung der Haupt- und Nebenleistungen der Vergütung (der „richtige Mix“)) relevant und entsprechend zu dokumentieren.

Sehr weitgehende Gestaltungsmöglichkeiten ergeben sich für Unternehmen, die kraft ihres Geschäftsmodells selbst Kapitalanlagen anbieten. Diese könnten sich damit auseinandersetzen, bAV nicht mehr zu externalisieren, sondern den Beschäftigten vielmehr Investitionen in eigene nachhaltige Finanzprodukte zu ermöglichen und somit zwei Fliegen mit einer Klappe zu schlagen: Sowohl tragen die Mitarbeitenden zum Unternehmenserfolg bei, als auch sorgt das Unternehmen für (gesichert) nachhaltige Anlage der Mittel zur Ausfinanzierung der bAV.

Arbeitsrechtliche Herausforderungen bei Veränderungen

Unterstellt, ein Unternehmen hat nunmehr identifiziert, warum und welche bAV-Elemente es zur Stärkung seiner ESG-Strategie einsetzen möchte, darf bei der Einführung und Umgestaltung von Regelungen das Arbeitsrecht nicht vernachlässigt werden. Denn allein die Tatsache, dass hier „billigenswerte“ Ziele wie Nachhaltigkeit verfolgt werden, gibt noch keinen Freifahrschein für Regelungen. Insbesondere dort, wo es schon eine (wie auch immer ausgestaltete) bAV gibt, bestehen je nach Rechtsgrundlage und dem gewählten Durchführungsweg nur begrenzte – und von Fall zu Fall unterschiedliche – Möglichkeiten zur Anpassung.

Zu unterscheiden sind insoweit zunächst hinsichtlich des Geltungsgrundes einzelvertragliche Zusagen und kollektive Zusagen. „Echte“ einzelvertragliche Zusagen in diesem Sinne sind nur individuelle Zusagen an einen einzelnen Mitarbeitenden. Alle weiteren Formen, d.h.

- betriebliche Einheitsregelungen, bei denen alle Mitarbeitenden eine gleichförmige individuelle Zusage erhalten (z.B. durch einheitlich formulierte Arbeitsverträge),
- betriebliche Übungen, bei denen ein gleichförmiges Verhalten des Arbeitgebers den Mitarbeitenden den berechtigten Eindruck eines Bindungswillens verschafft, sowie
- Gesamtzusagen (Zusagen an die Gesamtbelegschaft als Kollektiv),

stellen vertragliche Regelungen mit sog. kollektivem Bezug dar, der weitergehende Ablösungsmöglichkeiten eröffnet. Schließlich gibt es noch „echte“ kollektive Zusagen, namentlich solche auf Grundlage einer Betriebsvereinbarung oder eines Tarifvertrages.

Individuelle Zusagen können nur mit den Mitteln eines Änderungsvertrags oder einer Änderungskündigung angepasst werden. Jedoch hat die Rechtsprechung extrem hohe Anforderungen für betriebsbedingte Kündigungen zur Absenkung der Vergütung gestellt: Abgesehen von echten Sanierungsfällen wird ein einseitiger Eingriff regelmäßig ausscheiden. Gibt es daher keine Änderungsvorbehalte o. Ä., bleibt häufig nur der Versuch, Anpassungen einvernehmlich herbeizuführen.

Vertragliche Regelungen mit kollektivem Bezug können hingegen unter bestimmten Voraussetzungen auch auf kollektivrechtlicher Ebene, insb. durch Betriebsvereinbarung, abgeändert werden. Das gilt etwa, wenn eine Versorgungszusage von vorneherein einem entsprechenden Änderungsvorbehalt unterliegt („betriebsvereinbarungsoffene Zusage“). Dann können regelmäßig auch verschlechternde Abänderungen in Betracht kommen. In der Neuregelung muss ein Ablösungswille der Betriebsparteien zum Ausdruck kommen – also idealerweise ein ausdrücklicher Hinweis auf Ablösung der Altregelung. Aber auch in Fällen nicht betriebsvereinbarungsoffener Zusagen kann eine Umgestaltung möglich sein, wenn die Neuregelung zwar kollektiv (gegenüber der Belegschaft insgesamt) günstiger ist, in Einzelfällen jedoch ungünstiger („kollektives Günstigkeitsprinzip“).

Bei echten Kollektivvereinbarungen gilt grds.: Eine spätere Regelung löst die frühere ab, eine speziellere die allgemeinere. Speziell bei Regelungen der betrieblichen Altersversorgung ist besonderes Augenmerk darauf zu legen, dass Eingriffe verhältnismäßig ausgestaltet werden, d.h. insbesondere, dass rückwirkende Eingriffe vermieden werden, Besitzstands- und Übergangsregelungen für Altfälle aufgenommen werden und Härtefallregelungen Berücksichtigung finden. Hinsichtlich der Regelungsebene ist sowohl eine Ablösung „von Gleichem mit Gleichem“, d.h. von Tarifverträgen durch neue Tarifverträge und von Betriebsvereinbarungen durch Betriebsvereinbarungen, zulässig. Soll eine Ablösung von Regelungen „über Kreuz“ erfolgen, was grds. denkbar ist, darf diese nicht gegen den Grundsatz

Tabelle 1: Checkliste

bAV nachhaltig(er) gestalten	
1.	**Analysephase**
1.1.	Wird bereits eine bAV (flächendeckend) für die Mitarbeitenden angeboten?
1.2.	Wenn ja, auf welcher rechtlichen Grundlage?
1.3.	Bestehen bereits unverfallbare oder verfallbare Anwartschaften auf Betriebsrente auf dieser Grundlage?
1.4.	Inwieweit berücksichtigt die angebotene bAV Nachhaltigkeitskriterien in ihrer Anlagestrategie?
1.5.	Reflektiert die bAV die Nachhaltigkeitsstrategie des Unternehmens und ist in diese eingebettet oder besteht Anpassungsbedarf?
1.6.	Besteht eine rechtliche Anpassungsmöglichkeit, und wenn ja, für welche Gruppen von Mitarbeitenden (alle, nur zukunftsgerichtet, auch noch verfallbare Anwartschaften?)
2.	**Umsetzungsphase**
2.1	Festlegung der rechtlichen Gestaltungsebene für die Neuregelung
2.2.	Definition einer Strategie für den Umgang mit nicht erreichbaren Anpassungen (z.B. fehlende Zustimmung von Arbeitnehmern zu Vertragsänderungen)
2.3.	Soweit erforderlich: Verhandlung der entsprechenden Anpassungsvereinbarungen bzw. Ausübung einseitiger Anpassungsrechte
2.4.	Reflektion der veränderten bAV-Grundlagen im HR- und Nachhaltigkeitsreporting
3.	**Nachhaltigkeitscontrolling**
3.1.	Fortlaufende Evaluation, ob angepasste bAV den gewünschten Effekt erzielt
3.2	Ggf. weitere Anpassungen bei Fehlsteuerungseffekten

des Tarifvorrangs verstoßen. Typischerweise bedeutet das, dass nur dort eine Überkreuzablösung möglich ist, wo die Tarifregelung eine Öffnungsklausel für Betriebsvereinbarungen enthält und sich diese Betriebsvereinbarung auf die Gegenstände zwingender Mitbestimmung beschränkt.

Hinsichtlich des Durchführungswegs werden insb. Abfindungsmöglichkeiten für sog. „Bagatellanwartschaften" sowie etwaige satzungsgemäße Beschränkungen einzelner Versorgungsträger von Relevanz sein.

Fazit

Der Mega-Trend Nachhaltigkeit kann und sollte auch im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung reflektiert werden. Durch entsprechende Angebote stärken Arbeitgeber die soziale Sicherheit und befördern bei entsprechenden Anlagestrategien alle drei Kriterien von ESG. Damit erfüllen sie nicht nur ihre gesetzlichen Verpflichtungen und erhalten sich auch zukünftig den wichtigen Zugang zum Kapitalmarkt, sondern können sich auch darüber hinaus als attraktiver Arbeitgeber positionieren und Fachkräfte binden. Jedoch sollte bei aller Begeisterung über diese Erkenntnis nicht vergessen werden, die Neu- bzw. Umgestaltung der bAV arbeitsrechtlich auf sichere Füße zu stellen. ▪

Dr. Till Heimann
Partner, Fachanwalt für Arbeitsrecht

Till Heimann ist Partner im Frankfurter Büro von KLIEMT.Arbeitsrecht und Co-Head der Fokusgruppe ESG der Kanzlei. Er berät Unternehmen zur Umsetzung von Umstrukturierungs- und Transformationsprozessen, unter anderem mit Blick auf agile Arbeitsweisen, Digitalisierung und HR-Nachhaltigkeits-Compliance.

ESG-Programme und Kriterien in der Vorstandsvergütung

Ein praktischer Umsetzungsleitfaden

Vor dem Hintergrund der Überarbeitung des DCGK und des Entwurfs einer EU Corporate Sustainability Due Diligence Richtlinie zeigt dieser Beitrag, wie Unternehmen ESG-Programme und Kriterien sinnvoll in der Vorstandsvergütung berücksichtigen können. Auch die Entwicklung des ESG-Programms sollte der Aufsichtsrat eng begleiten und sich für die Auswahl von ESG-Kriterien daran orientieren.

Text — Dr. Richard Backhaus

Abbildung 1: Entwicklung eines ESG-Programms

Auch wenn selbst in der börsennotierten Aktiengesellschaft keine rechtliche Pflicht besteht, ESG-Kriterien in der Vorstandsvergütung zu berücksichtigen, sprechen gute Gründe dafür.[1]

Die Berücksichtigung von ESG-Kriterien in der Vorstandsvergütung ist aber erst zweiter, nachgelagerter Schritt nach der Entwicklung eines eigenen, konkret-unternehmensindividuellen ESG-Programms. Sie kann aber eine nicht zu unterschätzende Signalwirkung nach innen und außen haben, in dem sie einen sichtbaren Interessengleichlauf herstellt und damit dem ESG-Programm zusätzliche Glaubwürdigkeit verleiht.

Im Einzelnen verlangt eine solche abgestimmte Berücksichtigung von ESG-Kriterien in der Vorstandsvergütung vier Schritte:

- die Entwicklung eines ESG-Programms,
- die Festlegung von darauf bezogenen ESG-Kriterien für die Vorstandsvergütung,
- die Berücksichtigung im Vergütungssystem des Vorstands gemäß § 87a AktG bei der börsennotierten Aktiengesellschaft und
- die Festlegung der Vergütung (§ 87 Abs. 1 AktG) und die Regelung in den Vorstandsdienstverträgen (§ 112 AktG).

1 Dazu und zum Folgenden kürzlich Backhaus, ESGZ 1/2022, S. 15 ff., 18.

Diese werden im Folgenden näher dargestellt.

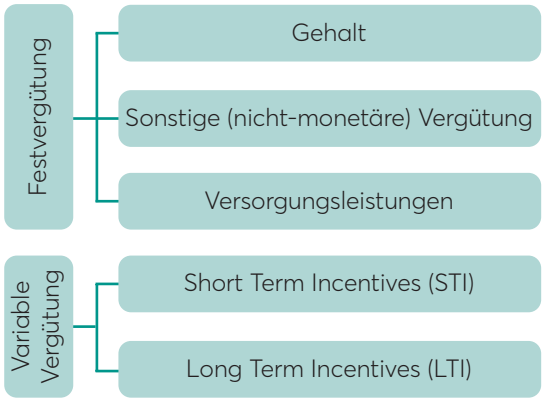
Schritt 1: Entwicklung eines ESG-Programms

Die Entwicklung eines ESG-Programms ist als Leitungs- und Geschäftsführungsaufgabe Sache des Vorstands (§§ 76, 76 AktG), die im Rahmen seiner Überwachungs- und zukunftsgerichteter Beratungstätigkeit[2] vom Aufsichtsrat eng begleitet werden sollte. Diese Begleitung ist nicht nur der Bedeutung des Themas angemessen, sondern auch für die Berücksichtigung von ESG-Kriterien in der Vorstandsvergütung durch den Aufsichtsrat essentiell. Signal- und Anreizsetzung erfordern eine Harmonisierung, da ansonsten die Anreizstruktur der Vorstandsvergütung und das ESG-Programm einander torpedieren können.

Schritt 2: Festlegung der darauf bezogenen ESG-Kriterien für die Vorstandsvergütung

Das Vergütungssystem beinhaltet typischerweise die folgenden Strukturelemente:

Abbildung 2: Vergütungsstruktur



ESG-Kriterien können dabei in der variablen Vergütung berücksichtigt werden.

Auswahl und Festlegung einzelner ESG-Kriterien

Für ihre Entwicklung ist eine Orientierung am ESG-Programm angezeigt. Hier geraten das nichtfinanzielle Reporting des § 289b HGB und die dafür herangezogenen Rahmenwerke (§ 289d HGB) in den Blick, um einen Interessengleichlauf herzustellen, Parallelstrukturen und Mehraufwand zu vermeiden und auf eine – nach der Novelle der CSR-Richtlinie zukünftig auch durch den Abschlussprüfer zu prüfende – Grundlage für die Messung zurückgreifen zu können. Als Alternative kommen ggf. für die Fremdkapital-Finanzierung erforderliche Ratings und externe Zertifizierungen in Betracht.

Die einzelnen so vom Aufsichtsrat ausgewählten ESG-Kriterien beziehen sich dann sinnvollerweise auf die ESG-Strategie und deren Implementierung. Sie sollten konkret-unternehmensindividuell ausgewählt werden, und zwar danach, inwiefern sie die ESG-Strategie und deren Implementierung incentivieren und gleichzeitig messen können. Dabei muss der Aufsichtsrat entscheiden, ob das ESG-Kriterium besser in einem Stichtagswert oder einer Flussgröße zu messen ist.

Der Aufsichtsrat sollte ebenfalls bedenken, dass ESG-Kriterien einen unterschiedlichen Härtegrad aufweisen. Dort wo ESG-Kriterien bereits durch Rechtsvorschriften auskonturiert sind, ergibt sich die Pflicht zur Einhaltung schon aus der Legalitäts- und Legalitätsorganisationspflicht, also die Gesellschaft so zu organisieren, dass das geltende Recht eingehalten wird.[3] Zwar bleibt im Bereich der Legalitätsorganisationspflicht eine variable Zusatzvergütung möglich, der Aufsichtsrat muss sich aber bei Auswahl und Gewichtung fragen, ob er etwas, was ohnehin geschuldet ist und damit nicht überobligatorisch sein kann, besonders incentivieren möchte.

Typische ESG-Säulenkriterien sind u.a. die in Abb. 3 aufgelisteten Elemente.

Daneben kommen darüber hinaus auch Querschnittskriterien, wie z.B. ESG-Ratings für die Berücksichtigung in der Vorstandsvergütung in Betracht.

Die Auswahl geeigneter ESG-Kriterien ist untrennbar mit der Frage der Feststellung der Zielerreichung verbunden. Der Aufsichtsrat muss entscheiden, wie er diese feststellen und welches Ermessen er behalten möchte. Größeres Ermessen ermöglicht größere Flexibilität, hat aber eine geringere Steuerungs- und Signalwirkung nach innen und außen und birgt Feststellungskonflikte zwischen Vorstand und Aufsichtsrat. Auch muss sich der Aufsichtsrat fragen, warum ein Ermessen bei der Vorstandsvergütung erforderlich ist, wenn die Unternehmenspraxis mit Zielen nach der SMART-Methode[4] arbeiten kann. Hier ist zu erwarten, dass mit der fortschreitenden Verfei

Dr. Richard Backhaus, LL.M. (Edin.)
Head of Legal der Drägerwerk AG & Co. KGaA

Dr. Richard Backhaus ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht und Head of Legal der Drägerwerk AG & Co. KGaA in Lübeck. Seine Tätigkeitsschwerpunkte sind Fragen des Handels- und Gesellschaftsrechts und der Corporate Governance, zu denen er regelmäßig Beiträge veröffentlicht. Er ist Mitherausgeber eines Kommentars zum Recht des Aufsichtsrats. Der Beitrag gibt seine persönliche Auffassung wieder. Alle Internetquellen wurden zuletzt am 22.02.2022 besucht.

2 Dazu statt vieler Habersack, in: Münch. Komm. z. BGB, 5. Aufl. 2019, § 111 Rn. 12; E. Vetter, in: Marsch-Barner/Schäfer, Hdb. börsennotierte AG, 5. Aufl. 2022, Rn. 27.15 f.

3 Vgl. dazu Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 15. Aufl. 2022, § 76 Rn. 11; Seibt, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl. 2020, § 76 Rn. 22 mit abweichender Terminologie.

4 SMART steht für spezifisch, messbar, angemessen, realistisch und terminiert.

Abbildung 3: Auswahl von ESG-Kriterien

Environmental (Umwelt)	Social (Soziales)	Governance (Unternehmensführung)
- Ressourcenverbrauch (z. B. CO2, Strom, Wasser, Rohstoffe) - Imissionen (z. B. CO2, Abwasser) - Abfallverursachung - Energiemix - Recycling - Artenschutz	- Mitarbeiterzufriedenheit - Kundenzufriedenheit - Diversität - Inklusion - Arbeitssicherheit und -gesundheit - Weiterbildung und soziale Angebote für Mitarbeiter oder Anwohner der Gemeinde - Ermöglichung ehrenamtlichen Engagements - Spenden	- Compliance - Korruptionsvermeidung - Risikomanagement - Berichterstattung, Transparenz und Kommunikation

nerung der nichtfinanziellen Berichterstattung als verpflichtender Teil des Lageberichts und ihrer bevorstehenden Prüfungspflicht einerseits und der externen ESG-Ratings andererseits mess- und prüfbare Kriterien in den Vordergrund rücken werden. Die Anknüpfung an die nichtfinanzielle Berichterstattung stellt dann auch den Gleichlauf mit der Anknüpfung von finanziellen Zielen an die geprüfte finanzielle Rechnungslegung dar und wird durch die damit verbundene zusätzliche Kontrolle durch den Abschlussprüfer zusätzliches Vertrauen genießen.

Festlegung des Beeinflussungsmechanismus

Auch bei der Festlegung, wie ESG-Kriterien die Vorstandsvergütung beeinflussen sollen, hat der Aufsichtsrat weite Freiräume. Möglich ist es zunächst, ESG-Kriterien einen eigenen, von anderen Zielen unabhängigen Bestandteil der variablen Vergütung zuzuweisen. Überwiegend werden aber in der bisherigen Praxis ESG-Kriterien mit finanziellen (wie Gewinnkennzahlen) oder operativen Zielen verknüpft. Das ist insofern sinnvoll, weil es auch bei ESG-Kriterien, wie oben dargestellt, um das Austarieren von *Stakeholder*-Interessen geht.

Dabei finden sich praktisch sowohl Bonus-Ansätze, die zu einer zusätzlichen variablen Vergütung bei Erreichung von ESG-Zielen führen können, als auch Multiplikationslösungen, die durch das Anlegen eines Faktors (z.B. 0,8-1,2) zu einer Erhöhung, aber auch Absenkung der variablen Vergütung insgesamt führen können. Möglich, allerdings unüblich, ist auch eine Kombination von Bonus und Malus für das Nichterreichen.

Für die Entscheidung muss sich der Aufsichtsrat fragen, ob er den ESG-Zielen eine eigenständige und gewichtige Bedeutung geben möchte, auch wenn die Orientierung an finanziellen oder operativen Zielen zu keiner und nur einer geringfügigen variablen Vergütung führen würde und der sich aus den ESG-Kriterien ergebende Faktor im Ergebnis nur wenig ins Gewicht fallen würde.

Die weitere vom Aufsichtsrat zu treffende Entscheidung betrifft die Frage der Gewichtung der ESG-Kriterien. Diese beeinflusst maßgeblich den Steuerungseffekt der ESG-Kriterien. Bislang spielen diese in der Vergütungspraxis eine untergeordnete Rolle. Üblich sind Gestaltungen, die 20-30 % der variablen Vergütung beeinflussen.[1] Damit liegt bei einem durchschnittlichen Anteil der variablen Vergütung im DAX von 60 % der Anteil an der erzielbaren Gesamtvergütung bei 12-18 %,[2] während Befürworter der Berücksichtigung von ESG-Kriterien in der Vorstandsvergütung eher 20-30 % der Gesamtvergütung fordern.[3]

Denkbar, aber ebenfalls unüblich, ist die Unterschreitung gewisser Mindestanforderungen mit

1 Vgl. dazu v. Zehmen, Der Aufsichtsrat 2021, 124, 125.
2 Anders Arnold/Herzberg/Zeh, AG 2021, 141 Rn. 27: 5-10 %.
3 Vgl. Arbeitskreis Leitlinien für eine nachhaltige Vorstandsvergütung, Whitepaper Best-Practice Empfehlungen und deren Kontext (http://www.leitlinien-vorstandsverguetung.de/wp-content/uploads/2021/09/whitepaper_esg.pdf), Empfehlung Nr. 2, S. 4; Sustainable-Finance-Beirat der Bundesregierung, Shifting the Trillions – Ein nachhaltiges Finanzsytem für die Große Transformation (https://sustainable-finance-beirat.de/wp-content/uploads/2021/02/210224_SFB_-Abschlussbericht-2021_Druckversion.pdf), S. 94.

einer Rückforderung bereits erstatteter Vergütung als eine Art Nachhaltigkeits- oder ESG-*Clawback* vorzusehen.[4]

Zuordnung zu STI bzw. LTI

Auch für die Berücksichtigung von ESG-Kriterien im Bereich der variablen Vergütung gelten die schon bislang bekannten Rahmenparameter: Bei der börsennotierten Gesellschaft soll (nicht muss) die variable Vergütung schon aktienrechtlich eine mehrjährige, also mindestens zweijährige Bemessungsgrundlage haben (§ 87 Abs. 1 S. 3 AktG).[5] Der DCGK stellt in G.6-11 insofern weitere Empfehlungen auf, insbesondere, dass die langfristige variable Vergütung die kurzfristige variable Vergütung im Hinblick auf den erreichbaren Betrag übersteigen soll (G.6 DCGK), für die der Grundsatz des *comply or explain* des § 161 Abs. 1 AktG gilt.

Der Aufsichtsrat muss auf dieser Basis entscheiden, welche ESG-Kriterien sinnvollerweise im Rahmen des *Short Term Incentives (STI)* und im Rahmen des *Long Term Incentives (LTI)* Berücksichtigung finden. Dabei ist die Anreizwirkung von STI und LTI in den Blick zu nehmen. Kurzfristige ESG-Kriterien können ebenso wie ökonomische Kriterien Fehlanreize und Strohfeuer erzeugen und damit nicht langfristig und nachhaltig sein. Umgekehrt erlauben sie einen stärkeren Fokus und eine höhere Agilität. LTI haben vor allem dann den auch vom Gesetzgeber intendierten Effekt, wenn sie originär an langfristige und ggf. nicht nur stichtagsbezogene Ergebnisse anknüpfen und sich nicht nur kumulativ nur aus STI ergeben. Denn LTI sollen langfristig im Feuer stehen und ist dieses nur ein Strohfeuer, zu Asche zerfallen.[6] Dieses Erfordernis erfüllt eine reine Kumulation von STI nicht, wie sich aus einer einfachen Überlegung ergibt: Jedes Ziel ist erst bezogen auf die Zukunft, morgen bezogen auf die Gegenwart und übermorgen Vergangenheit. Damit besteht bei einer reinen Kumulation von STI nach Hälfte der Laufzeit des Vorstandsvertrages ein überwiegender Vergangenheitsbezug. Dieser kann zudem einen unerwünschten Doppelincentivierungseffekt haben, was durch klare alternative Zuordnung von ESG-Kriterien zu STI oder LTI vermieden werden kann.[7]

Schritt 3: Berücksichtigung im Vergütungssystem gemäß § 87a AktG

Schließlich müssen die ESG-Kriterien bei börsennotierten Gesellschaften im Vergütungssystem gemäß § 87a AktG berücksichtigt werden, was auf zwei Arten erfolgen kann: durch konkrete Festlegung eben dort oder durch bloße Anlage im Vergütungssystem, ggf. unter Nennung möglicher ESG-Kriterien, und späterer Auswahl und Konkretisierung durch den Aufsichtsrat im Einzelnen. Letzteres bietet mehr Flexibilität und erlaubt eine über den Bestellungszeitraum des Vorstandsmitglieds passgenaue Schwerpunktsetzung. Das entspricht der Empfehlung in G.7 DCGK für die variable Vergütung im Allgemeinen,[8] die maßgeblichen Leistungskriterien jährlich vor Beginn des neuen Geschäftsjahres festzulegen und ist damit praktisch regelmäßig vorzugswürdig.

Anschließend ist das Vergütungssystem der Hauptversammlung vorzulegen. Das gesetzliche Regelungskonzept sieht folgendes Wechselspiel vor: Der Aufsichtsrat beschließt das Vergütungssystem bzw. seine Änderungen, legt diese der Hauptversammlung zur Zustimmung vor (§ 120a Abs. 1 AktG) und ist dann grundsätzlich an dieses gebunden (§ 87a Abs. 2 AktG) und berichtet darüber im Vergütungsbericht (§ 162 AktG), der dann wiederum der Hauptversammlung zur Billigung vorgelegt wird (§ 120a Abs. 4 AktG).

Schritt 4: Festlegung der Vergütung (§ 87 Abs. 1 AktG) und die Regelung in den Vorstandsdienstverträgen (§ 112 AktG)

Folglich ist die Festlegung der Vergütung durch den Aufsichtsrat (§ 87 Abs. 1 AktG) Vereinbarung in den Vorstandsdienstverträgen (§ 112 AktG) in dem Rahmen, den das vorgelegte Vergütungssystem setzt, der Schlussakt der Berücksichtigung von ESG-Kriterien in der Vorstandsvergütung.

Fazit

Zur Berücksichtigung von ESG-Programmen und -Kriterien in der Vorstandsvergütung steht die Entwicklung eines konkret-unternehmensindividuellen ESG-Programms am Anfang. Dessen Einführung sollte vom Aufsichtsrat eng beratend begleitet werden. Die anschließende Berücksichtigung von ESG-Kriterien in der Vorstandsvergütung orientiert sich sinnvollerweise am ESG-Programm und an den bestehenden Berichtsstrukturen, um einen Interessengleichlauf herzustellen sowie Parallelstrukturen und Mehraufwand zu vermeiden. ▪

4 Clawback Klauseln sind durch § 87a Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 AktG gesetzlich anerkannt, zur zulässigen Ausgestaltung Seibt, in: K. Schmidt/Lutter, AktG; 4. Aufl. 2020, § 87 Rn. 27; Poelzig NZG 2020, 41.

5 Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 87 Rn. 30; Seibt, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl. 2020, § 87 Rn. 24 beide mit dem Hinweis, dass sich drei bis vier Jahre eher eignen.

6 Vgl. dazu, dass die Vorstandsvergütung unternehmerische Strohfeuer verhindern soll Fleischer, NZG 2009, 801, 802; Backhaus, ESGZ 2022, 15, 16.

7 Vgl. v. Zehmen, BB 2021, 628, 633.

8 So auch Arnold/Herzberg/Zeh, AG 2021, 141 Rn. 24 ff.; Johannsen-Roth/Kießling, DB 2021, Beilage 2 (Governance), 31, 32.

Der Kampf der Stakeholder um die Unternehmens-ressourcen

Viele der wichtigsten natürlichen Ressourcen der Welt sind begrenzt. Das Gleiche gilt auch für die Ressourcen der Unternehmen. In der Folge kämpfen die Stakeholder mit zunehmender Intensität um das Interesse der Geschäftsleitung – zugunsten ihrer jeweils eigenen Themen, aber auch in Sachen ESG. Manager müssen sich vor diesem Hintergrund immer häufiger entscheiden, welchen Stakeholdern und welchen Themen sie ihre begrenzte Aufmerksamkeit schenken – und damit auch (in welchem Umfang) Unternehmensressourcen zubilligen.

Text — Prof. Dr. Daniel Graewe

Unter Stakeholdern kann man alle Anspruchsgruppen verstehen, die Einfluss auf die Erreichung der Ziele des Unternehmens nehmen oder durch diese beeinflusst werden können. Als Stakeholder eines Unternehmens können daher neben den Gesellschaftern als Anteilseigner auch Fremdkapitalgeber, Mitarbeiter, Kunden, Zulieferer, die öffentliche Hand, Gewerkschaften, Medien oder Verbände gezählt werden.[1]

Die Umwelt als Stakeholder?

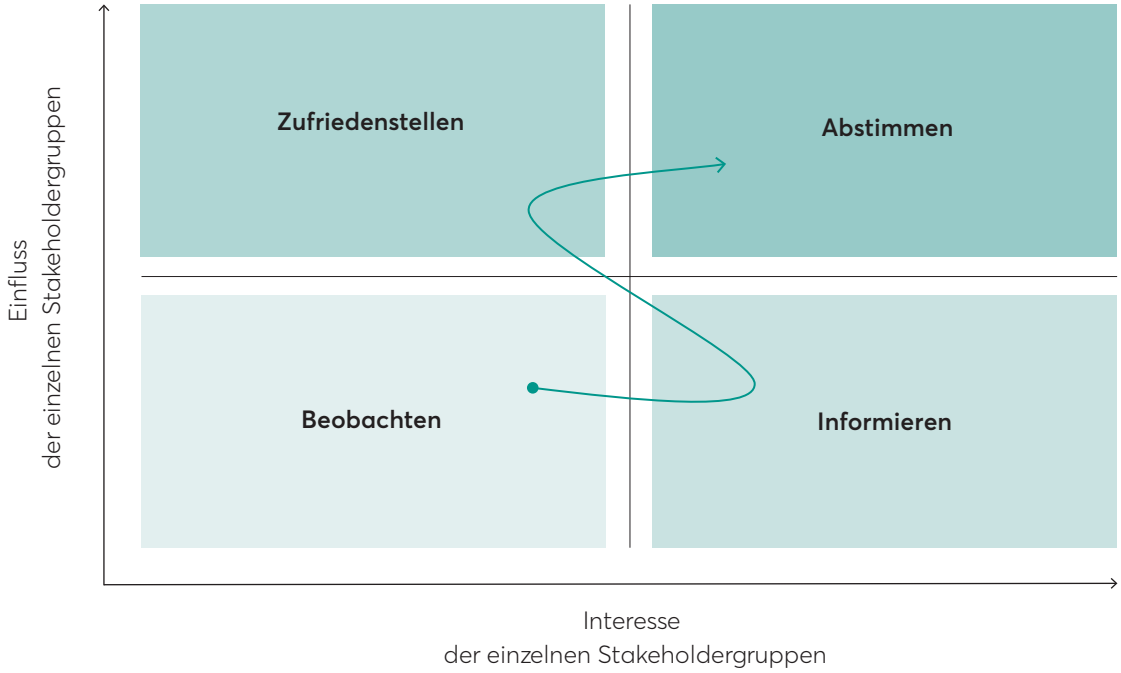
Aber schon bei der Frage, ob „die Umwelt" auch ein Stakeholder sein kann, gehen die Meinungen auseinander. Während die einen darin kein Problem erkennen wollen, gehen andere davon aus, dass nur handelnde Akteure eine solche Rolle ausfüllen könnten. Richtigerweise wird man davon ausgehen müssen, dass die Umwelt selbst kein Stakeholder eines Unternehmens sein kann, aber durch andere Anspruchsgruppen (Umweltverbände, Arbeitnehmer, Kunden, Medien etc.) mit berücksichtigt wird.[2]

1 Gerum, Corporate Governance, gesellschaftliche Verantwortung der Unternehmensführung und Kodices, in: Budäus (Hrsg.): Governance von Profit- und Nonprofit–Organisationen in gesellschaftlicher Verantwortung, 2005, S. 15, 22.

2 Phillips/Reichart, The environment as a stakeholder? A fairness-based approach. Journal of Business Ethics, 23(2)/2000, S. 185 ff.

Foto — iStock-wernerimages

Abbildung 1: Managementhaltung in Bezug auf die verschiedenen Stakeholdergruppen



Die obengenannten verschiedenen Stakeholdergruppen kann man allgemein nach ihrer Art der Beziehung zum Unternehmen klassifizieren, also zum Beispiel, ob sie zum Innenbereich (Gesellschafter, Management, Mitarbeiter, Kunden, Zulieferer etc.) oder Außenbereich (Staat, Medien, Verbände etc.) des Unternehmens gehören, oder danach, wie groß ihr Einfluss im Unternehmen bzw. ihr Interesse daran ist.

Stakeholder-Value-Ansatz

Die Berücksichtigung der verschiedenen Anspruchsgruppen im Rahmen der Corporate Governance, der sog. Stakeholder-Value-Ansatz,[3] stellt dabei eine Erweiterung des klassischen Shareholder-Value-Ansatzes dar. Letzter positioniert die Gesellschafter des Unternehmens in das Zentrum des Interesses, wobei der Stakeholder- Value-Ansatz um die oben bereits genannten Anspruchsgruppen als weitere Prinzipale – neben den Gesellschaftern – erweitert ist. Allen Anspruchsgruppen gemein ist dabei die Erwartung, durch die Investition ihrer spezifischen Ressourcen in das Unternehmen ihren jeweiligen Nutzen maximieren zu können.[4]

Das Unternehmen wiederum muss diversen Anforderungen seines gesellschaftlichen Umfelds und seiner Stakeholder gerecht werden, um sich am Markt behaupten zu können.[5] Die Aufgabe des Managements ist es dabei, die Organisation des Unternehmens so zu gestalten, dass ihr durch die Stakeholder einerseits keine wesentlichen Ressourcen entzogen werden und dass andererseits das Interesse der Stakeholder am Unternehmen erhalten bleibt.[6]

Heterogenität der Stakeholder

Ein wesentliches Problem des Stakeholder -Value-Ansatzes besteht dabei darin, dass viele unterschiedliche Stakeholdergruppen in Abhängigkeit ihrer individuellen Nutzenmaximierung auch unterschiedliche Vorstellungen von den Zielen „ihres“ Unternehmens haben. Und selbst innerhalb der verschiedenen Stakeholdergruppen herrschen diesbezüglich unterschiedliche Vorstellungen.[7] Betrachtet man etwa die Frage der Ergebnisverwendung des Unternehmens, so dürften die Stakeholderinteressen von einer vollständigen Ausschüttung des Gewinns (im Falle

3 Clarke, Introduction: Theories of Governance – Reconceptualizing Corporate Governance Theory after the Enron Experience, in: Clarke (Hrsg.): Theories of Corporate Governance – The Theoretical Foundations, 2004, S. 1, 10 f.

4 Littger, Deutscher Corporate Governance Kodex – Funktionen und Verwendungschancen, 2006, S. 36.

5 Schreyögg, Organisation. Grundlagen moderner Organisationsgestaltung, 4. Aufl. 2003, S. 86 ff.

6 Nippa, Alternative Konzepte für eine effiziente Corporate Governance. Von Trugbildern, Machtansprüchen und vernachlässigten Ideen, in: Nippa/Petzold/Kürsten (Hrsg.): Corporate Governance. Herausforderungen und Lösungsansätze, 2002, S. 3, 16.

7 Witt, Die Außenbeziehungen von und Corporate Governance Fragen in wirtschaftlich tätigen Nonprofit-Organisationen, 2006, S. 112.

von Aktionären mit kurzfristigem Investitionshorizont) bis hin zur gesamten Reinvestition in das Unternehmen (im Falle von Arbeitnehmern, die von Restrukturierungsmaßnahmen betroffen sind) reichen.[8] Innerhalb der Arbeitnehmergruppe bestehen dann, in Abhängigkeit ihrer Tätigkeit (kaufmännischer oder produzierender Bereich) oder ihres Beschäftigungsortes wiederum teilweise ganz unterschiedliche Ansprüche an das Unternehmen, etwa welche Betriebe zu erhalten oder zu schließen sind.

Forderungen nach mehr Nachhaltigkeit

Die wichtigsten Grundsätze einer nachhaltigen Entwicklung sind ökologische Integrität, soziale Gerechtigkeit und wirtschaftlicher Wohlstand.[9] Ein nachhaltiges Unternehmen ist daher ein Unternehmen, das zu einer nachhaltigen Entwicklung beiträgt, indem es gleichzeitig wirtschaftliche, soziale und ökologische Vorteile bietet – die so genannte „Triple Bottom Line".[10] In den letzten Jahren haben vor diesem Hintergrund viele Stakeholder ein größeres Interesse an den ESG-Praktiken der Unternehmen gezeigt. So waren etwa traditionell die Faktoren, die für Kunden bei der Meinungsbildung über ein Unternehmen am wichtigsten waren, die Produktqualität und das Preis-Leistungs-Verhältnis. Heute beziehen sich die am häufigsten genannten Faktoren – jedenfalls was die Endverbraucher angeht – auf die Nachhaltigkeit.[11] Dabei divergieren die Interessen der verschiedenen Stakeholder auch im Bereich ESG. Während Gewerkschaften beispielsweise in erster Linie Wert auf das Wohlergehen der Arbeitnehmer legen, kommt es dem Kunden vielleicht auf eine höhere Umweltverträglichkeit der hergestellten Produkte an; beides erfordert signifikante Investitionen des Unternehmens, die vermutlich nur selten in gleichem Umfang parallel getätigt werden können.

Da Stakeholder im Kern aber nach wie vor eigennützig handeln und heterogen sind, sieht sich das Management immer noch mit einer eher begrenzten Anzahl von (gleichgerichteten) Forderungen nach Nachhaltigkeit konfrontiert, gemessen an der Gesamtheit der Forderungen, die die Stakeholder an das Unternehmen stellen. Aber auch in den Fällen, in denen Stakeholder ihren Einfluss in Richtung Nachhaltigkeit einsetzen, sind Unternehmen möglicherweise nicht in der Lage, diese Interessen zu erfüllen. Denn viele Nachhaltigkeitsprobleme sind komplex, d.h. sie beinhalten Ungewissheit und Uneinigkeit über Einfluss, Ausmaß, Umfang und Zeitrahmen der Lösung und bedürfen der Zusammenarbeit vieler Akteure mit ggf. auch gegenläufigen Interessen; das macht diese Probleme schwerer lösbar.[12]

Managementprobleme

In der Praxis liegen die Ziele der jeweiligen Stakeholder damit durchaus weit auseinander[13] — selbst im Bereich der Nachhaltigkeit. Aufgrund der Unterschiedlichkeit und Vielgestaltigkeit der Anspruchsgruppen eines Unternehmens besteht damit – neben der Komplexität im Nachhaltigkeitsbereich – die Gefahr, dass das Management vor ein Loyalitätsproblem gestellt wird: Welchen der unterschiedlichen Stakeholderinteressen soll die Unternehmensleitung im Falle einer Interessenkollision – und unter Berücksichtigung der begrenzten Ressourcen des Unternehmens – den Vorzug geben?[14] Die Literatur zum Stakeholder-Value-Ansatz vertritt hier ganz unterschiedliche Standpunkte. Während einige eine axiomatische Ansicht vertreten, wonach alle Stakeholderinteressen ohne Begründung gleich berücksichtigt werden sollen, wollen andere die Interessengruppen in Abhängigkeit nach ihrem Einflussgrad oder nach der Art ihres Einflusses beteiligen.[15] Wieder andere machen den Umfang einer Beteiligung von der Begründung individueller Rechte abhängig.[16]

Hier liegt auch der größte Kritikpunkt am aktiven Stakeholder-Management: die Unternehmensführung ist versucht, eine (zu) enge Beziehung zu ihren Anspruchsgruppen aufzubauen und tendiert dabei dazu, mehr Ressourcen einzusetzen, um die Bedürfnisse und Forderungen der Stakeholder zu befriedigen, als es notwendig wäre, um lediglich ihre willentliche Beteiligung an den Aktivitäten des Unternehmens zu erhalten.[17] Wertvolle Managementkapazitäten werden durch rein akademische Dialoge gebunden[18] und stehen in diesem Umfang nicht zu einer raschen und fundierten Entscheidungsfindung zur Verfügung.

8 Graewe, Leitung und Kontrolle – der Deutsche Corporate Governance Kodex und Non-Profit Organisationen, 2011, S. 134.
9 Vgl. Elkington, Cannibals with Forks: the Triple Bottom Line of 21st Century Business, 1998.
10 Hart/Milstein, Creating sustainable value. Academy of Management Executive, 17(2)/2003, S. 56.
11 Dawkins/Lewis, CSR in stakeholder expectations and their implication for company strategy. Journal of Business Ethics, 44(2)/2003, S. 185.
12 Barnett/Henriques/Husted, Governing the void between stakeholder management and sustainability, Advances in Strategic Management, 2018.
13 Albach, ZfB 2002, 449, 451; Pape, BB 2000, 711, 712.
14 Teubner, ZHR 1984, 470.
15 Schmid, WISU 1998, 1062.
16 Evan/Freemann, A stakeholder theory of the modern corporation: Kantian capitalism, in: Beauchamp/Bowie (Hrsg.): Ethical theory and business, 3. Aufl. 1995, S. 75, 97.
17 Harrison/Bosse/Phillips, Managing for stakeholders, stakeholder utility functions, and competitive advantage. Strategic Management Journal, 31(1)/2010, S. 58.
18 Harrison/Wicks, Stakeholder theory, value, and firm performance. Business Ethics Quarterly, 23(1)/2013, S. 97.

Für welchen Ansatz man sich auch entscheiden mag, die zu verwendenden Governancestrukturen müssen jedenfalls eine Vielzahl von Stakeholderinteressen (auch im ESG-Bereich) im komplexen Organisationsgefüge des Unternehmens in Einklang bringen und am Ende muss eine unternehmerische Entscheidung zur Gewichtung der verschiedenen Interessen getroffen werden.[19] Dabei ist festzustellen, dass die Stakeholder über eine bestimmte Stakeholdermacht im Unternehmen verfügen, die sich entweder als Entscheidungsmacht (Voting Power), wirtschaftliche Macht (Economic Power) oder politische Macht (Political Power) beschreiben lässt.[20] Und je stärker die Macht einer spezifischen Stakeholdergruppe ist, desto stärker wird das Management auch deren Interessen im Rahmen seiner begrenzten Ressourcen berücksichtigen; im Regelfall sind dies (noch) die Anteilseigner.

Die Lösung: Stakeholder Management

Schon *Freemann* formulierte: *"Great companies endure because they manage to get stakeholder interests aligned in the same direction"*.[21] Das Management der Stakeholder eines Unternehmens gehört also zu den wichtigsten Aufgaben der Unternehmensleitung. Das ist aber einfacher gesagt als getan, denn schon das (einfachere) Shareholder-Value-Konzept bietet zahlreiche Konfliktpotenziale – und das nur innerhalb einer einzigen Stakeholdergruppe. So ist es auch kein Wunder, dass sich diese Probleme im weitaus komplexeren Stakeholder-Modell nochmals potenzieren. Daher zeigen auch Studien,[22] dass Unternehmen, die in ihren Leitbildern ausdrücklich multiple Ziele für ihre verschiedenen Stakeholder formulieren, häufiger Uneinigkeiten innerhalb der Gruppe der Anteilseigner aufweisen, an einer größeren Politisierung leiden, intern mehr Machtkämpfe verzeichnen und eine schlechtere Gesamtleistung als vergleichbare Unternehmen abliefern.

Die Lösung könnte insofern in einer Rückbesinnung auf den Shareholder-Value-Ansatz liegen, allerdings mit einer Modifikation. Danach würden grundsätzlich die Interessen der Anteilseigner bei unternehmerischen Entscheidungen (wieder) bevorzugt berücksichtigt. Vom Shareholder Value abweichende Entscheidungen wären aber dann sinnvoll und notwendig, wenn sie mit einer klaren sozialen oder ökologischen Wertschöpfung für das Unternehmen einhergehen, die eine andere Ressourcenallokation rechtfertigt.[23] Damit müsste das Management nicht mehr die Stakeholder um der Stakeholder Willen berücksichtigen (weil dies als nachhaltig angesehen wird), sondern der Gedanke der Wertschöpfung würde den Ausschlag geben, Ressourcen weg von der Leitlinie des Shareholder Value zu verteilen. Der Ball läge dann wieder bei den Stakeholdern, die ihre Ansprüche mit konkreten Vorteilen für das Unternehmen unterlegen müssten, um das Management für ihre Anliegen zu interessieren. ▪

19 Hill, Die Unternehmung 1996, 411, 416 f.
20 v. Schnurbein, Nonprofit Governance in Verbänden. Theorie und Umsetzung am Beispiel von Schweizer Wirtschaftsverbänden, 2008, S. 71.
21 Freeman, Strategic management: A stakeholder approach, 2010.
22 Karpoff/Rice, Organizational form, share transferability, and firm performance: Evidence from the ANCSA corporations, Journal of Financial Economics 24(1)/1989, S. 69.
23 Vgl. den "Double Bottom Line"-Ansatz, z.B. bei Karpoff, On a stakeholder model of corporate governance, 2021.

Das Management der Stakeholder eines Unternehmens gehört zu den wichtigsten Aufgaben der Unternehmensleitung.

Prof. Dr. Daniel Graewe
Geschäftsführender Herausgeber der ESGZ

Prof. Dr. Daniel Graewe, LL.M. ist Rechtsanwalt und Direktor des Instituts für angewandtes Wirtschaftsrecht an der HSBA Hamburg School of Business Administration. Er ist spezialisiert auf die Beratung von Unternehmen im Bereich ESG und Autor zahlreicher Fachpublikationen. Daneben ist er als Aufsichtsrat und Herausgeber tätig.

ESG und Compliance

Wie können sich Unternehmen der (anstehenden) Regelungsflut sinnvoll nähern?

Fridays for Future und Greta Thunberg haben das Thema in die Mitte der Gesellschaft gebracht, inzwischen kommen auch Politik und Wirtschaft nicht mehr daran vorbei: Social Responsibility und Nachhaltigkeit. Unter dem Schlagwort „Environmental Social Governance“, kurz „ESG“, wird unter dem Dach der Corporate Social Responsibility nun auch vom Gesetzgeber zunehmend mehr Nachhaltigkeit verlangt. Die Regelungsdichte ist hoch, die Themen sind vielfältig – es besteht die Gefahr, den Überblick zu verlieren.

Text — Dr. Vivien Veit

Dr. Vivien Veit
Rechtsanwältin, Expertin für Compliance und Interne Ermittlungen

Dr. Veit verteidigt und begleitet Unternehmer*innen und Unternehmen in strafrechtlichen Krisensituationen, insbesondere in strafrechtlichen Ermittlungsverfahren. Sie berät außerdem präventiv zu allen Fragen der Criminal Compliance.

Was bisher vor allem Unternehmen vorbehalten war, die Nachhaltigkeit als Geschäftsmodell oder Marketingstrategie erkannt hatten, ist insbesondere vom europäischen Gesetzgeber ganz oben auf die Agenda gehoben worden. Allein in den letzten Jahren hat es über 100 neue Regelungen im Bereich der Environmental Social Governance gegeben. Den größten Bekanntheitsgrad hat wohl das „Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten“ (sog. Lieferkettengesetz) erlangt. Das Gesetz weist produzierenden Unternehmen eine klare Verantwortung für die Achtung der Menschen- und Umweltrechte entlang der Lieferkette zu. Die in den Blick genommenen Probleme sind zahlreich. Dazu zählen Kinderarbeit, Ausbeutung, Diskriminierung und fehlende Arbeitsrechte. Im Umweltbereich illegale Abholzung, Pestizidausstoß, Wasser- und Luftverschmutzung.[1] Das Gesetz soll gleichzeitig Wettbewerbsnachteile für Unternehmen ausgleichen, die bereits freiwillig in ein nachhaltiges Lieferkettenmanagement investiert haben. Im Jahre 2023 gilt das Gesetz in Deutschland verbindlich für Unternehmen mit mindestens 3000 Mitarbeitenden, ab 2024 auch für solche mit mindestens 1000 Mitarbeitenden. Kleinere Unternehmen sind derzeit nicht adressiert, sollten aber damit rechnen, dass sie – soweit sie Teil der Lieferkette sind – von ihren Geschäftspartnern zur Einhaltung der definierten Standards angehalten werden.

Weites und unübersichtliches Themenfeld

So weit wie der Begriff der Nachhaltigkeit, so groß sind auch die damit in Verbindung zu bringenden

1 www.bundesregierung.de/breg-de/suche/lieferkettengesetz

Themenfelder. Viele Bereiche sind derzeit lediglich durch sog. „Soft Laws“ geregelt – es gibt also Handreichungen, Richtlinien und Empfehlungen, jedoch keine verbindlichen Regelungen. Dabei liegt der Schwerpunkt der ESG als Ausprägung des Prinzips der Nachhaltigkeit vor allem auf der nachhaltigen Ressourcenwirtschaft und damit auf ökologischen, sozialen und gesellschaftlichen Aspekten.[2] Teilweise werden in den Bereich ESG und CSR sogar alle „nicht finanziellen Faktoren“ eingeschlossen. Die erste Herausforderung eines Unternehmens liegt damit regelmäßig darin, sich einen Überblick zu verschaffen, in welchen Bereichen unternehmerische Sozialverantwortung für sinnvoll erachtet oder sogar erwartet wird und welche dieser Themen überhaupt relevant sind.

UN-Katalog: Ziele für nachhaltige Entwicklung

Einen guten Überblick geben die „Ziele für nachhaltige Entwicklung“ (Sustainable Development Goals) der UN.[3] Hier sind 17 Ziele formuliert, die der Bekämpfung der größten Probleme der Welt dienen sollen. Diese lauten: Keine Armut, kein Hunger, Gesundheit und Wohlergehen, hochwertige Bildung, Geschlechtergleichheit, sauberes Wasser und Sanitäreinrichtungen, bezahlbare und saubere Energie, menschenwürdige Arbeit und Wirtschaftswachstum, Industrie, Innovation und Infrastruktur, weniger Ungleichheiten, nachhaltige Städte und Gemeinden, nachhaltiger Konsum und Produktion, Maßnahmen zum Klimaschutz, Leben unter Wasser, Leben an Land, Frieden, Gerechtigkeit und starke Institutionen, Partnerschaften und Erreichung der Ziele. Die Vereinten Nationen rufen die Welt auf, sich für die genannten Nachhaltigkeitsziele zu engagieren. Hinter den Zielen liegt kein bindendes Recht, sie dürften aber eine gute Richtlinie für Unternehmen darstellen, die sich einmal einen Überblick über den Bereich von CSR und ESG verschaffen wollen. Auch andere Organisationen wie z.B. die sog. Big Four der Unternehmensberatungen haben Listen mit relevanten Themen erstellt, über die sich Unternehmen dem Komplex nähern können. Ökonomie, Ökologie, eigene Belegschaft und soziale Verantwortung sind die regelmäßig wiederkehrenden Orientierungspunkte.[4]

> **Da „Compliance“ letztlich nichts anderes bedeutet als „Regeltreue“, sind die hierzu entwickelten Organisationsansätze und Prozesse ebenso einschlägig, wenn es um Nachhaltigkeitsthemen geht.**

Eine entscheidende Rolle spielen außerdem die Größe und Organisationsform des Unternehmens, der Geschäftszweck, die Branche und die Frage der internationalen Ausrichtung.[5]

EU-Taxonomieverordnung

Eine geeignete Richtschnur bietet auch die EU-Taxonomieverordnung.[6] Sie richtet sich an Anbieter von Finanzmarktprodukten und Unternehmen, die zu einer nichtfinanziellen Erklärung verpflichtet sind (§ 289 Abs. 3 i.V.m. § 267 Abs. 3 HGB). Orientierung bieten sechs Klima- und Umweltschutzziele, zu denen die identifizierte Wirtschaftsaktivität einen wesentlichen Beitrag leisten muss und diese im Übrigen nicht beeinträchtigen darf. Namentlich sind dies: Klimaschutz, Anpassung an den Klimawandel, nachhaltige Nutzung und Schutz von Wasser- und Meeresressourcen, Übergang zu einer Kreislaufwirtschaft, Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung und Schutz und Wiederherstellung der Biodiversität und der Ökosys-

2 Eine gute Zusammenfassung der Ansätze bietet das „Institut für Compliance & Environmental Social Governance“ (ICESG) der Hochschule Trier unter www.icesg.de.
3 https://sdgs.un.org/goals.
4 Vgl. WEF-IBC Initiative (2020): Principles of Governance, Planet, People, Prosperity.
5 Siehe bereits LG München I, Urt. v. 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10.
6 Verordnung (EU) 2020/852 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen (...).

teme.[7] Aus der Verordnung folgt eine erweiterte Nachhaltigkeitsberichterstattung, die die Transparenz von (nachhaltigen) Wirtschaftsaktivitäten erhöhen und sog. „Greenwashing" verhindern soll. Die definierten Ziele sind dabei ausdrücklich auch für nicht von der Verordnung erfasste Unternehmen relevant, da „Nachhaltigkeit und der Übergang zu einer sicheren, klimaneutralen, klimaresilienten, ressourceneffizienteren und stärker kreislauforientierten Wirtschaft von zentraler Bedeutung für die Sicherung der langfristigen Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft in der Union" seien.[8] Auch nicht durch die Verordnung adressierte Unternehmen seien eingeladen, sich veranlasst zu sehen, „auf ihrer Internetseite freiwillig Informationen über ihre ökologisch nachhaltigen Wirtschaftstätigkeiten zu veröffentlichen und offenzulegen".[9]

§ 289 HGB

In § 289 Abs. 3** HGB hat der deutsche Gesetzgeber die Verpflichtung für bestimmte Kapitalgesellschaften normiert, den Lagebericht um eine nichtfinanzielle Erklärung zu erweitern. Ziel ist die Wahrung von Umwelt-, Tier- und Menschenrechten. Adressaten sind Großunternehmen mit einer Beschäftigtenzahl von mehr als 500 Arbeitnehmern. Gem. § 289c HGB sind neben der Erläuterung des Geschäftsmodells der adressierten Kapitalgesellschaft folgende Aspekte einzubeziehen: Umweltbelange (wie Treibhausgasemissionen, Wasserverbrauch etc.), Arbeitnehmerbelange (wie beispielsweise Geschlechtergleichstellung, allg. Arbeitsbedingungen, Gesundheitsschutz, Sicherheit am Arbeitsplatz), Sozialbelange, Achtung der Menschenrechte, Bekämpfung von Korruption und Bestechung. Eine fehlerhafte Wiedergabe oder Verschleierungen im Rahmen der nichtfinanziellen Erklärung kann den Tatbestand des § 331 Abs. 1 Nr. 1 HGB erfüllen und stellt damit eine Ordnungswidrigkeit oder sogar Straftat dar.

Rechtliche Regelungen vorhanden?

Soweit Kapitalgesellschaften zu einer nichtfinanziellen Erklärung verpflichtet sind, gelten die vorstehend dargestellten Verpflichtungen für sie direkt. Für alle anderen Unternehmen stellen sie eine geeignete Möglichkeit dar, die eigene Ausrichtung zu hinterfragen und zu prüfen, ob alle Regelungsbereiche gesehen und adressiert

7 Ziff. 23 der Verordnung EU 2020/852.
8 Ziff. 4 der Verordnung EU 2020/852.
9 Ziff. 15 der Verordnung EU 2020/852.

Illustration — matdesign24/iStock

wurden. Hat das Unternehmen für sich definiert, welche Bereiche prioritär zutreffend sind oder sein könnten, so gilt es, sich einen Überblick über die regulatorische Situation zu verschaffen. Gibt es rechtlich bindende Vorgaben? Sind diese vielleicht sogar bußgeld- oder strafbewehrt (wie z.B. das Lieferkettengesetz oder Regelungen zum Arbeitsschutz)? Sodann ist im Rahmen einer Risikoanalyse die Eintrittswahrscheinlichkeit mit den zu erwartenden Konsequenzen eines Regelverstoßes in Beziehung zu setzen.[10] Entsprechende Prozesse sollten auch kleineren Unternehmen bereits aus dem Bereich der Compliance bekannt sein.

Risikoanalyse als zentrales Compliance-Instrument

Eine sorgsame Risikoanalyse ist das Herzstück jeglicher, ernst gemeinter Compliance-Bemühungen. Da „Compliance" letztlich nichts anderes bedeutet als „Regeltreue", sind die hierzu entwickelten Organisationsansätze und Prozesse ebenso einschlägig, wenn es um Nachhaltigkeitsthemen geht. Dabei ist zunächst eine Bestandsaufnahme ratsam. Wie sieht es mit der Geschlechtergleichheit im Unternehmen aus? Sind eventuelle Quotenregelungen eingehalten? Wie steht es um die Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz? Gibt es ausreichendes Sicherheitsequipment und werden alle regulatorischen Anforderungen eingehalten? Findet das Lieferkettengesetz Anwendung und wird es eingehalten? Existieren Antikorruptionsrichtlinien im Unternehmen, ist die Belegschaft entsprechend geschult und wird die Einhaltung überprüft? Ist sichergestellt, dass Investments auf ihre Nachhaltigkeit überprüft werden und gibt es ausreichende Umwelt- und Klimaschutzmaßnahmen?

Fazit: Compliance als zentraler Faktor

Auch beim Thema ESG geht es – wie regelmäßig im Rahmen der Corporate Governance – um Verantwortung und die Einhaltung von Regeln. Dabei sind zwei Stoßrichtungen auszumachen: zunächst ist das generelle Maß der nachhaltigen Ausrichtung des Unternehmens zu bestimmen. Dabei ist zu beachten, dass derzeit – jedenfalls bei Unternehmen, die nicht zu einer nichtfinanziellen Berichterstattung verpflichtet sind – der freiwillige Beitrag der Wirtschaft regelmäßig noch über die gesetzlichen Anforderungen hinausgeht. Es zeichnet sich jedoch ab, dass das Thema der Nachhaltigkeit insbesondere im Umwelt- und Sozialbereich in den nächsten Jahren eine immer größere Rolle spielen wird. Hat das Unternehmen für sich die Bereiche besonderer Relevanz identifiziert, so gilt es in einem zweiten Schritt, zu überprüfen, ob möglicherweise verbindliche Regelungen für einen Einzelbereich bereits getroffen wurden. Dabei verlangen die bisher bekannten Gesetze und Verordnungen nichts, was den Unternehmen nicht aus dem Compliance-Management in anderer Hinsicht bereits bekannt sein sollte (Risikoanalyse, Bereitstellung personeller Ressourcen, Regeltreue sowie regelmäßige Sensibilisierung von Mitarbeitenden und Überprüfung der entsprechenden Prozesse). Die Verpflichtungen werden lediglich auf weitere Themenfelder ausgedehnt, wie z.B. Menschen- und Umweltrechte. ▪

10 Veit, Compliance und interne Ermittlungen, 2. Auflage 2022, Rn. 198.

Es zeichnet sich ab, dass das Thema der Nachhaltigkeit insbesondere im Umwelt- und Sozialbereich eine immer größere Rolle spielen wird.

TITELINTERVIEW

Ukraine-Krieg verdeutlicht Relevanz von ESG-Kriterien

Der Angriff auf die Ukraine wird langfristige Auswirkungen auf zahlreiche Branchen haben. Sicherheitsaspekte gehen nun vor – heißt das, dass ESG-Themen nun womöglich hintenanstehen müssen? Wird der Wandel zur Nachhaltigkeit ausgebremst – oder bekommt das Thema vor dem Hintergrund der Angst vor der Versorgungssicherheit aus Russland einen größeren Schub? Helmut Kleebank erklärt Zusammenhänge und zeigt, dass die Energiewende jetzt stärker denn je in der Macht der Unternehmen steht.

Foto — jaochainoi/iStock

HK — Helmut Kleebank
VCD — Viola C. Didier

VCD Herr Kleebank, die Problematik des Klimawandels könnte vor dem Hintergrund der akuten militärischen Bedrohung an politischer Dringlichkeit verlieren. Ist diese Sorge gerechtfertigt?

HK Natürlich ist der Klimawandel in der medialen Berichterstattung vor allem zu Beginn des russischen Angriffskriegs etwas in den Hintergrund getreten. Auf bundespolitischer Ebene machen wir indes weiter Tempo bei der Energiewende. An den Klimaschutzsofortmaßnahmen, auf die wir uns im Koalitionsvertrag geeinigt haben, halten wir unverändert fest. So durchläuft das sog. „Osterpaket" derzeit wie geplant das parlamentarische Verfahren und wir sind optimistisch, dass wir hier noch vor der parlamentarischen Sommerpause zu einem Abschluss kommen. Hiermit stellen wir die Weichen für einen schnellen Ausbau der erneuerbaren Energien.
Zugleich zeigt uns der russische Angriffskrieg, wie wichtig eine schnelle und konsequente Energiewende ist. Denn nur, wenn wir künftig Strom aus Wind und Sonne bereitstellen, können wir uns unabhängig machen von Importen fossiler Energien aus Russland.

VCD Das heißt, der kriegsbedingte Energie-Preisschock und die Angst vor der Versorgungssicherheit aus Russland erleichtern sogar das Vorankommen des Green Deals der EU?

HK Genauso wie auf Bundesebene erfordert diese neue Situation auch auf EU-Ebene weitreichende Reaktionen. Dabei haben die schnell und geschlossen abgestimmten und beschlossenen Sanktionspakete gezeigt: Wenn es darauf ankommt, dann steht die Europäische Union eng zusammen. Dies muss nun auch beim Kampf gegen den Klimawandel gelten.

VCD Also klimapolitische Lichtblicke?

HK Ja – und optimistisch stimmt mich hierbei das im Mai durch die EU-Kommission vorgestellte Paket zur Beschleunigung der Energiewende. Hiermit sollen in den kommenden acht Jahren bis zu 300 Mrd. € zur Verfügung gestellt werden – und das zusätzlich zu den Initiativen des Klimapakets „Fit for 55". Bis 2030 sollen somit 45 % der Energie aus Wind-, Solar- und Wasserkraft erzeugt werden. Allein in den nächsten drei Jahren soll die Zahl der Solaranlagen verdoppelt werden. Auch ist es wichtig, dass auf EU-Ebene Beihilferegelungen vereinfacht werden sollen. Denn nur so wird es uns gelingen, eine schlagkräftige und funktionierende europäische Solarindustrie aufzubauen. Diese wird dringend nötig sein, um das anvisierte Tempo beim Ausbau einzuhalten. Ich denke also durchaus, dass wir uns mit dem Europäischen Green Deal auf einem guten Weg befinden und die neuen Vorschläge hier zusätzliches Tempo erzeugen können.

VCD Blicken wir mal in die Wirtschaft: Unternehmen mit russischen Vermögenswerten treffen derzeit tiefgreifende Entscheidungen: BP gibt seine Beteiligung an Rosneft auf, Shell kündigt die Joint Ventures mit Gazprom. Bestimmte Unternehmen landen auf ESG-verhaltensbasierten Ausschlusslisten. Allerdings gibt es kein gemeinsames Verständnis darüber, was nachhaltig ist und wie man es misst …

HK Genau und deshalb gilt es aktiv daran zu arbeiten, ein messbares Verständnis von Nachhaltigkeit zu entwickeln. Auch und zuvorderst, um überhaupt eine ganzheitliche Beschreibung des „Ist-Zustands" der deutschen, europäischen und globalen (Finanz-)Wirtschaft zu erhalten und sodann konkrete Handlungsbedarfe auszumachen. Der Schlüssel hierfür sind ESG-Daten, die im Rahmen der Berichterstattung von Unternehmen offengelegt werden.
Nach einer Umfrage von „Duff & Phelps, A Kroll Business" sehen allerdings 45 % der befragten Bewertungsexpert*innen den Mangel an standardisierten und anerkannten Richtlinien für die Messung ESG-Kriterien als das größte Hindernis für eine effektive Berichterstattung.
Eine gute Nachricht in diesem Zusammenhang gab es auf dem Klimagipfel in Glasgow Anfang November 2021. Hier hat die International Financial Reporting Standards (IFRS) Foundation die Gründung des International Sustainability Standards Boards (ISSB) bekannt gegeben. Dieses internationale Gremium soll künftig für weltweit einheitliche Vorgaben bei der Veröffentlichung von Nachhaltigkeitsinformationen sorgen. Dies ist aus meiner Sicht ein wichtiger Schritt in Richtung einheitlicher Standards für die Unternehmensberichterstattung zu ESG-Aspekten.

VCD Aber Unternehmen in ihren ESG-Bemühungen vergleichen zu wollen, ist doch praktisch ein Ding der Unmöglichkeit?

HK Eine Vergleichbarkeit herzustellen, die gleichzeitig für Investor*innen sowie eine interessierte Öffentlichkeit nachvollziehbar bleibt, stellt natürlich eine Herausforderung dar. Zudem ist es wichtig, dass sich solche Standards nicht nur auf Klimaaspekte fokussieren. Neben der Offenlegung von CO2-Emissionen müssen insb. soziale Aspekte eine wichtige Rolle spielen, etwa die Gesundheit und Arbeitsbedingungen der Mitarbeiter*innen oder Inklusion und Diversität.
Aktuell allerdings ist das schiere Volumen freiwilliger Anleitungen rund um ESG-Offenlegungen komplex und verwirrend. Trotz vielerorts

Helmut Kleebank
Mitglied des Deutschen Bundestages

MdB Helmut Kleebank ist seit Oktober 2021 Mitglied des Deutschen Bundestags. Zuvor war er seit 2011 Bezirksbürgermeister des Berliner Bezirks Spandau. Er ist Vorsitzender des Parlamentarischen Beirats für nachhaltige Entwicklung sowie Mitglied im Umweltausschuss und im Ausschuss für Klimaschutz und Energie.

Viola C. Didier
Herausgebende Chefredakteurin der ESGZ

Viola C. Didier ist Fachjournalistin, Volljuristin und Gründerin des RES JURA Redaktionsbüros (www.resjura.de). Sie ist auf die Themen Recht, Steuern, Finanzmarkt, Wirtschaftsprüfung und Nachhaltigkeit spezialisiert und arbeitet redaktionell für Fachverlage, Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, Kanzleien und Unternehmen.

bestmöglicher Absichten wird die ESG-Berichterstattung für Unternehmen, aber auch für Anleger*innen aufgrund der momentan verfügbaren Vorgaben eher undurchsichtig.
Dass nun durch das ISSB bereits zwei Prototypen für eine Standardisierung veröffentlicht wurden, – einer zur klimabezogenen Berichterstattung und ein zweiter zu allgemeinen Anforderungen an die Offenlegung von Nachhaltigkeitsinformationen – zeigt, dass eine Vergleichbarkeit grundsätzlich machbar erscheint. Ich hoffe nun sehr, dass es wie angekündigt gelingt, bereits in der zweiten Jahreshälfte 2022 den ersten Klimastandard zu veröffentlichen.

Ich hoffe nun sehr, dass es wie angekündigt gelingt, bereits in der zweiten Jahreshälfte 2022 den ersten Klimastandard zu veröffentlichen.

> **VCD** Das FTI Resilience Barometers 2022, für welches 3.314 Unternehmen aus den G20-Staaten befragt wurden, kommt zum Schluss, dass zwei Drittel der Unternehmen den Umgang mit dem Klimawandel und die sich daraus ableitenden ESG-Maßnahmen als große Herausforderung betrachten. Ist diese Herausforderung jetzt nicht noch größer?

HK Die Herausforderungen sind zweifelsfrei deutlich größer geworden. Schon der Klimawandel zwingt uns, vieles grundsätzlich zu überdenken. Ein gutes Beispiel hierfür ist natürlich unsere Energieerzeugung. Schon vor dem russischen Angriffskrieg waren die Herausforderungen enorm. Nun muss es uns neben dem schnellen Ausbau der Erneuerbaren Energien gelingen, kurzfristig unabhängig von russischen Energieimporten zu werden. Die daraus resultierenden steigenden Energiepreise können nicht nur für Verbraucher*innen zum Problem werden, sondern auch für viele Unternehmen.
Ein „business as usual" darf und kann es in dieser Situation somit nicht geben. Es braucht daher viele innovative und kluge Lösungen, beispielsweise durch Energieeinsparungen oder nachhaltigere Produktionsprozesse, um auch in dieser Situation zu bestehen. Klar ist in jedem Fall: Wir müssen in vielen Bereichen hin zu einer nachhaltigeren und damit auch klimafreundlicheren Art des Wirtschaftens kommen.

> **VCD** Das Thema ESG beschäftigt Unternehmen nun schon einige Zeit und viele haben bereits entsprechende Investitionen getätigt. Waren dieses Investitionen vor dem aktuellen weltpolitischen Hintergrund also sogar sehr sinnvoll?

HK Dies lässt sich natürlich so pauschal nicht beantworten. Wir standen und stehen vor multiplen Krisen, die jeweils unterschiedliche Reaktionen und Handlungen erfordern. Leider – und auch das zeigt die von Ihnen angeführte Studie – reagieren noch viel zu viele Unternehmen bei ESG-Themen zu abwartend.
Ganz grundsätzlich zeigt sich aber in der aktuellen Situation, wie wichtig ESG-Kriterien für Unternehmensentscheidungen sein können. Sie sind schon lange kein reines Mittel mehr, um sich nach außen hin als besonders nachhaltig zu präsentieren, sondern können über Erfolg und Misserfolg von Unternehmen entscheiden.
Wenn Unternehmen bereits vor der Krise nachhaltige Lieferketten aufgebaut haben, profitieren sie heute enorm. Künftig wird es noch wichtiger werden, die Herkunft von Waren und Bauteilen entlang der Lieferketten zu hinterfragen. Auch unter welchen Bedingen dort produziert wird, muss hier fester Bestandteil von Überlegungen werden.

> **VCD** Und damit führt uns der Krieg doch vor Augen, dass wir künftig ESG noch viel intensiver als Steuerungsinstrument für nachhaltiges Wirtschaften begreifen müssen. Immerhin sagen 88 % der von FTI befragten Unternehmen, ESG nicht nur als bloßes Regulatorik-Risiko und finanzielle Belastung zu sehen...

HK Es ist essenziell, dass sich ein neues Verständnis von nachhaltigem Wirtschaften etabliert. Wie gesagt müssen ESG-Kriterien weniger als Risiko oder Belastung begriffen werden, sondern als Chance, um langfristig erfolgreich zu wirtschaften.
Die Aufgabe als Politik muss es dabei sein, klare Spielregeln zu etablieren und dafür zu sorgen, dass das Innovationspotenzial der vielen Unternehmen voll ausgeschöpft werden kann. Denn nur so können Klimaschutz und Nachhaltigkeit zielführend vorangetrieben werden. Das ist essenziell, um die Wettbewerbsfähigkeit unserer Wirtschaft langfristig zu sichern!

> **VCD** Lieber Herr Kleebank, ich danke Ihnen für das interessante Gespräch! ▪

Statistik im Fokus

43

So viele explizite „Anti-ESG"-Beschlussanträge wurden in der U.S.-amerikanischen Hauptversammlungssaison 2022 laut Informationsdienstleister Morningstar gezählt. Damit kam es auch im Jahr 2022 zu einer weiteren Zunahme von Anti-ESG-Anträgen durch Aktionäre in den USA.

Die „Anti-ESG"-Bewegung hatte im Jahr 2021 viel Aufmerksamkeit erregt, weil insbesondere prominente US-Politiker wie Mike Pence, Ron DeSantis und Gregg Abbott diese aktiv in der Öffentlichkeit unterstützen (die ESGZ berichtete). Nicht wenige Analysten sehen diesen Trend als nächste Stufe eines zunehmenden Kulturkampfes zwischen Republikanern und Demokraten in den USA, der sich insbesondere an der „Wokeness Culture" entzündet, die ein „erwachtes" (woke) Bewusstsein für mangelnde soziale Gerechtigkeit und Rassismus beschreibt.

Die meisten dieser Anträge fanden – mit durchschnittlich 7 % „Ja-Stimmen" – aber keine große Unterstützung auf den Hauptversammlungen. Ein Grund für die geringe Unterstützung wird überwiegend darin gesehen, dass Anti-ESG-Themen (die auch als „Anti-Woke"-Anträge bezeichnet werden) von den Aktionären und ihren Shareholder Value als nicht relevant betrachtet werden. Sie sind oftmals politisch motiviert und werden aus einem Gefühl der Verärgerung heraus gestellt. Dies bestätigen auch Umfragen unter den großen Vermögensverwaltern: Nachhaltigkeit steht dort weiterhin hoch im Kurs.

Inzwischen haben auch zahlreiche Analysten die Anti-ESG-Anträge und deren Wirkmechanismen untersucht. Interessant ist dabei die Erkenntnis, dass offenbar klar formulierte Anti-ESG-Anträge in der Regel noch weniger Zustimmung erfahren, als solche Anträge, die verklausuliert sind und nur indirekt gegen Nachhaltigkeitsthemen gerichtet sind. Daraus hat sich in der aktuellen Hauptversammlungssaison in den USA eine Unsicherheit für viele nicht-institutionelle Aktionäre ergeben, solche Anträge und das dahinter stehende Kalkül zu durchschauen. So kann durchaus ein Antrag, der auf den ersten Blick eine größere Transparenz bei gemeinnützigen Spenden, eine bessere Unternehmensführung oder mehr Vielfalt zu fordern scheint, in Wirklichkeit dazu dienen, die Aufmerksamkeit auf eine mögliche Unterstützung des betreffenden Unternehmens für „Wokeness" zu lenken.

Ein Ziel dürften die Kritiker von ESG mit ihren Anträgen aber bereits erreicht haben: Auch wenn die meisten Anträge abgelehnt worden sind, ist das Thema in der Finanzwelt breit diskutiert worden und hat damit eine große mediale Aufmerksamkeit erreicht. Dies dürfte einer Zusammenführung der politischen Lager allerdings nur wenig geholfen haben. ▪

Prof. Dr. Daniel Graewe
Geschäftsführender Herausgeber der ESGZ

Prof. Dr. Daniel Graewe, LL.M. ist Rechtsanwalt und Direktor des Instituts für angewandtes Wirtschaftsrecht an der HSBA Hamburg School of Business Administration. Er ist spezialisiert auf die Beratung von Unternehmen im Bereich ESG und Autor zahlreicher Fachpublikationen. Daneben ist er als Aufsichtsrat und Herausgeber tätig.

Im Fokus:
So wirkt Sustainable Finance in der Mittelstandsfinanzierung

Foto — olm26250/iStock

Der Finanzbranche kommt bei der Umsetzung von Nachhaltigkeitszielen und des EU Green Deals eine bedeutsame Rolle zu. Bereits heute müssen Kreditinstitute unterschiedlichen gesetzlichen Vorgaben entsprechen, um die Nachhaltigkeitsauswirkungen einzelner Finanzdienstleistungen zu belegen. Unternehmen – insbesondere kleine und mittlere (KMU) – sind derzeit zwar noch nicht unmittelbar betroffen, doch auch sie müssen sich auf zusätzliche Anforderungen einstellen. Neben der Regulatorik ist der Markt wesentlicher Treiber von Nachhaltigkeitsanforderungen.

Beziehung Bank – Kunde

Bank und Unternehmenskunde teilen das Interesse an einer langfristigen und vertrauensvollen Geschäftsbeziehung. Beide sind deshalb darauf angewiesen, dass Vorgaben und Erwartungen transparent ausgestaltet sind. Datenanforderungen zur Nachhaltigkeit sollten deshalb einfach, praktikabel und mit wenig bürokratischem Aufwand verbunden sein. Zugleich sollten sie sich an einheitlichen Standards orientieren. Mittelständische Unternehmen, die ihre Investitionen mit Krediten über die Hausbank finanzieren, werden ihre Aktivitäten in Sachen Nachhaltigkeit künftig nachweisen müssen. Gerade für KMU stellt diese Verpflichtung eine besondere Herausforderung dar. Um die Belastungen so gering wie möglich zu halten, muss bei Umsetzung der Vorgaben auf die Wahrung der Verhältnismäßigkeit geachtet werden. Deshalb ist es entscheidend, dass sich KMU frühzeitig auf die steigenden Anforderungen vorbereiten. Banken, Verbänden und Kammern fällt die Aufgabe zu, umfassend zu informieren und im Einzelfall zu beraten.

Kreditvergabe

Bei der Kreditvergabe greifen Banken verstärkt auf interne und externe Nachhaltigkeitsbewertungen zurück. Bereitstellung und Auswertung der gelieferten Daten kommt dabei größte Bedeutung zu, bilden diese doch die Grundlage für die Bewertung einer jeden Geschäftstätigkeit. Zur Ausrichtung eines nachhaltigen Kunden- bzw. Kreditportfolios ist es entscheidend zu wissen, wie hoch etwa der CO_2-Ausstoß eines Unternehmens ist. Bislang fehlt es zwar noch an einem einheitlichen Standard für solche Nachhaltigkeitskennzahlen, allerdings ist dies wohl lediglich eine Frage der Zeit. ESG-Kriterien haben momentan noch keinen direkten Einfluss auf Ratings, die Erfüllung selbiger wird künftig dennoch eine zentrale Rolle bei der Kreditentscheidung spielen. Schlechte ESG-Werte werden in die Kreditentscheidung Eingang finden und interne Ratings ergänzen. Damit wird das Thema „Sustainable Finance" den Bereich der Kreditvergabe, der heute schon stark standardisiert ist und in weiten Teilen automatisiert erfolgt, nachhaltig prägen.

Förder- und Bürgschaftsbanken

Förderbanken spielen bei der Finanzierung von KMU und der Transformation zur klimaneutralen Gesellschaft eine entscheidende Rolle. Obschon zum Thema „Nachhaltigkeitsfinanzierung" bereits heute eine Vielzahl an Angeboten existiert, will die KfW künftig gar alle Finanzierungen daran orientieren, die Erderwärmung auf deutlich unter zwei Grad Celsius im Vergleich zur vorindustriellen Zeit zu beschränken. Deshalb wurde damit begonnen, Leitlinien für bestimmte Sektoren zu implementieren, die Mindestanforderungen an die Klimafreundlichkeit definieren. Ergänzt wird diese Förderung durch Angebote der Landesförderanstalten und Bürgschaftsbanken, aber auch mittelständischen Beteiligungsgesellschaften, die den KMU bei der Finanzierung zur Seite stehen. Wiewohl derzeit alle Förderangebote auf spezifische Investitionsvorhaben abzielen, finden sich zweckungebundene Angebote hin zu mehr Nachhaltigkeit im Angebot der Förderbanken bislang noch nicht.

Dr. Clemens Stauder
Head of Corporate Banking Legal & Service Provider Management, Santander Deutschland

Dr. Clemens Stauder ist Rechtsanwalt (Syndikusanwalt) und Mediator. Neben seiner Tätigkeit bei Santander Deutschland ist er Lehrbeauftragter der Frankfurt School of Finance, Mitherausgeber der ESGZ und Autor zahlreicher Fachpublikationen.

Foto — arthon meekodong/iStock

ESG Shareholder Activism

Börsennotierte Unternehmen geraten zunehmend ins Visier ESG-aktivistischer Investoren

Aktivistische Investoren nutzen zunehmend Nachhaltigkeitsaspekte bzw. ESG-Themen als Angriffsfelder, um ihre Ziele zu erreichen. Börsennotierte Unternehmen werden hierdurch vor besondere Herausforderungen gestellt.

Text — Dr. Hilke Herchen, Dr. Richard Mayer-Uellner, Dominik von Zehmen

Börsennotierte Unternehmen geraten zunehmend ins Visier von ESG-aktivistischen Investoren. Begünstigt wird diese Entwicklung durch die zahlreichen rechtlichen Neuregelungen und Regelungsvorhaben mit Nachhaltigkeitsbezug sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene.

ESG-aktivistische Investoren auf dem Vormarsch

Durch die von der EU-Kommission angekündigte Corporate Sustainability Reporting Directive wird sich der Druck zur „Sustainability Transformation“ weiter verstärken.

> **Trotz ESG-Trend: Das Vorgehen der „ESG-aktivistischen Investoren“ und die von ihnen eingesetzten Mittel zur Einflussnahme auf Unternehmen sind nicht neu.**

Nachhaltigkeitsaspekte beeinflussen nicht nur zunehmend die Geschäftsaktivitäten börsennotierter Unternehmen, sondern auch deren Finanzierbarkeit durch Eigenkapital- und Fremdkapitalgeber sowie die Entscheidungen von Investoren und Stimmrechtsberatern bei der Ausübung von Stimmrechten in der Hauptversammlung. Inzwischen haben auch aktivistische Investoren ESG-Themen als Angriffsfelder für sich (neu) entdeckt.

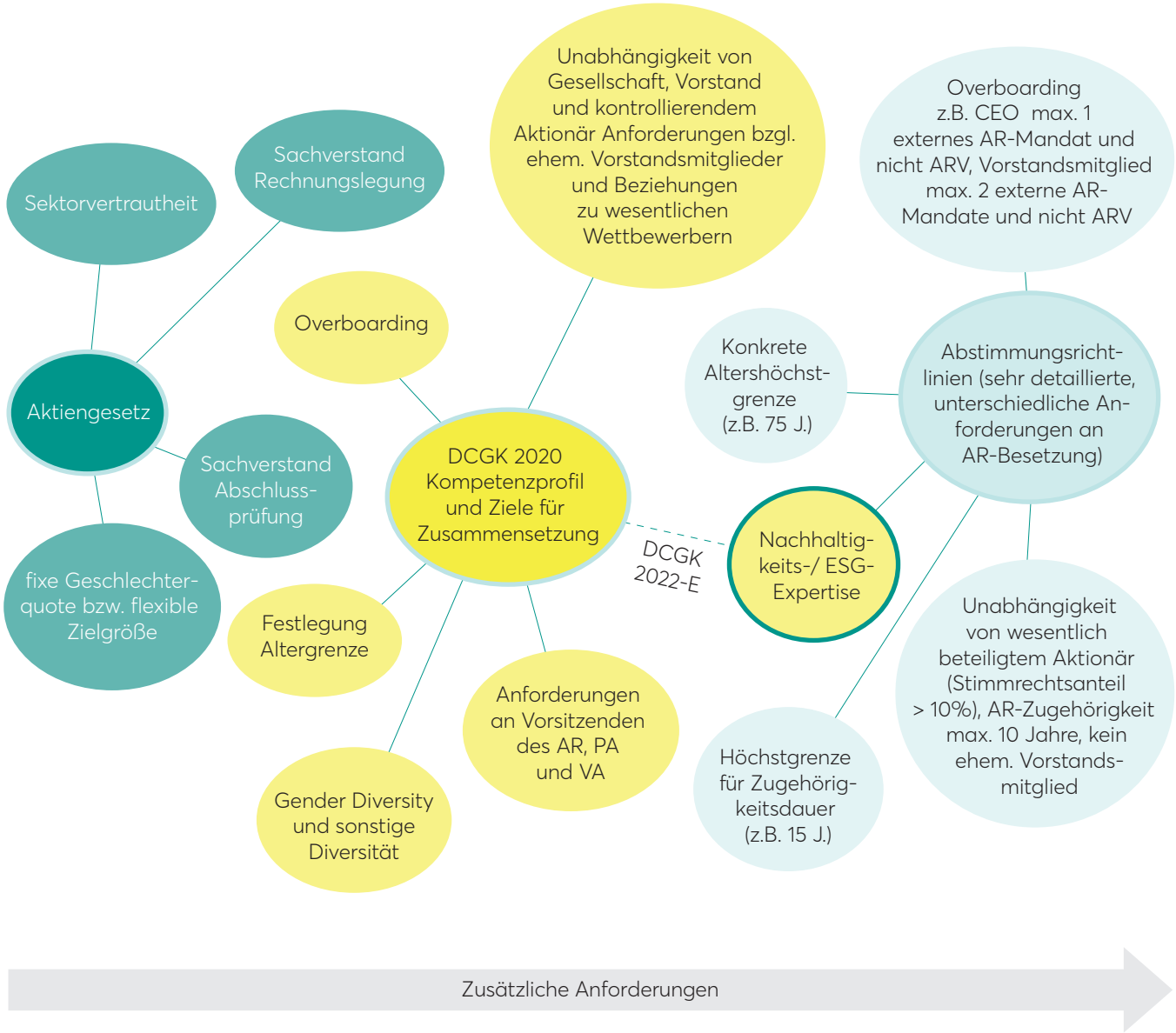
Ein Beispiel bietet die derzeit vom Investor Enkraft Impact (vormals Enkraft Capital) geführte öffentliche Kampagne gegen die Verwaltung der RWE AG. Enkraft Impact kritisiert die Unternehmensstrategie des Energieversorgers und fordert die kurzfristige Abtrennung der Braunkohleaktivitäten. Nachdem Vorstand und Aufsichtsrat der Forderung nicht nachkamen, stellte Enkraft Impact in einem öffentlichen Brief die Zusammensetzung der Gremien infrage und kritisierte die angeblich mangelnde Nachhaltigkeitsexpertise im Aufsichtsrat sowie dessen vermeintlich mangelndes Engagement in Strategiefragen. In Bezug auf die für den 28. April 2022 einberufene Hauptversammlung der RWE AG hat der Investor jüngst die Ergänzung der Tagesordnung um eine Beschlussfassung zur Vorbereitung einer Abspaltung der Braukohleaktivitäten, die in der RWE Power AG gebündelt sind, verlangt und darüber hinaus einen Wahlvorschlag mit einem Gegenkandidaten für die angekündigte Nachwahl zum Aufsichtsrat gemacht.

Bekannte Ziele und Methoden in neuem (ESG-)Gewand

Die Ziele aktivistischer Investoren haben sich im Kern nicht geändert. Durch Einflussnahme auf das Unternehmen – etwa im Hinblick auf die Strategie, bestimmte Geschäftsführungs- oder Strukturmaßnahmen (z.B. Änderung der Dividendenpolitik, Veräußerung eines Unternehmensbereichs), die Zusammensetzung der Verwaltungsorgane oder die Vergütung der Organmitglieder – versuchen sie, den Wert ihrer Aktienbeteiligung zu steigern. Geändert hat sich allerdings, dass die Forderungen aktivistischer Investoren nunmehr häufiger auch einen Nachhaltigkeitsbezug aufweisen. So verlangen sie regelmäßig, dass die Strategie insgesamt stärker auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung auszurichten sei (etwa durch Einbeziehung von unternehmensrelevanten ESG-Aspekten) oder durch bestimmte Maßnahmen ambitionierter umgesetzt werden müsse (z.B. Erwerb oder Veräußerung weniger nachhaltiger Unternehmensbereiche). Dies wird häufig begleitet von Forderungen nach einer anderen Besetzung der Verwaltungsorgane (v.a. mit mehr Nachhaltigkeitsexpertise), einer Änderung der Vorstandsvergütung (durch stärkere Einbeziehung von ESG-Zielen) und einer aussagekräftigen, strategiekonsistenten Nachhaltigkeitsberichterstattung.

Auch wenn sich ein neuer Trend zu ESG-Themen abzeichnet: Das Vorgehen der „ESG-aktivistischen Investoren“ und die von ihnen eingesetzten Mittel zur Einflussnahme auf Unternehmen sind nicht neu. In der ersten Phase versucht der aktivistische Investor, informell auf das Unternehmen einzuwirken, indem er mit dem Vorstand Kontakt aufnimmt und ihm seine Forderungen unterbreitet. Kommt der Vorstand den Forderungen nicht nach, sucht der aktivistische Investor die Öffentlichkeit, um durch medienwirksame Kritik an der Unternehmensführung seinen Forderungen Nachdruck zu verleihen und andere Aktionäre von seiner Einschätzung zu überzeugen. Hierzu wird regelmäßig eine Medienkampagne gestartet sowie der direkte Austausch mit bestimmten (Groß-)Aktionären, insbesondere institutionellen Investoren und Vermögensverwaltern, sowie Stimmrechtsberatern gesucht;

Abbildung 1: Herausforderung Aufsichtsratsbesetzung



auch Stimmrechtsvollmachten werden regelmäßig eingeworben („Proxy Solicitation"). In der zweiten Phase versuchen aktivistische Investoren, ihre Ziele durch Ausübung ihrer Aktionärsrechte im Rahmen der Hauptversammlung durchzusetzen. Zu nennen sind hier insbesondere das Einberufungs- und das Tagesordnungsergänzungsverlangen (§ 122 AktG), z.B. mit Beschlussvorschlägen zur Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern (§ 103 Abs. 1 AktG) einschließlich entsprechender Neuwahlen oder zum Vertrauensentzug gegenüber Vorstandsmitgliedern (§ 84 Abs. 3 S. 2 AktG), Gegenanträge (§ 126 AktG), Wahlvorschläge zu Aufsichtsratswahlen (§ 127 AktG) ggf. verbunden mit dem Antrag, hierüber vorrangig abzustimmen (§ 137 AktG), Sonderprüfungsanträge (§§ 142 ff. AktG) sowie das Frage- und Rederecht in der Hauptversammlung (§ 131 AktG).

ESG-Forderungen mit höherer Durchschlagskraft

Vor diesem Hintergrund müssen die Verwaltungsorgane aktivistische Forderungen mit Nachhaltigkeitsbezug besonders im Blick haben. Denn Nachhaltigkeitsaspekte bzw. ESG-Themen stehen mittlerweile nicht nur im Mittelpunkt des gesellschaftlichen Diskurses, sondern beeinflussen auch erheblich die Entscheidungen von Investoren und Stimmrechtsberatern bei ihren Stimmrechtsausübungen in der Hauptversammlung. Deren Abstimmungsricht-

linien stellen im zunehmenden Umfang und Detailierungsgrad ESG-Anforderungen an die Verwaltungsorgane, die für die Hauptversammlungsbeschlüsse über die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat, Aufsichtsratswahlen und Vorstandsvergütung (Vergütungssystem und -bericht) von erheblicher Relevanz sind.

Einfallstor Aufsichtsratswahlen

Neuerdings enthalten manche Abstimmungsrichtlinien auch die konkrete Forderung nach ESG-Expertise im Aufsichtsrat, die es neben zahlreichen weiteren Anforderungen an die Zusammensetzung und das Kompetenzprofil des Aufsichtsrats – insbesondere aufgrund gesetzlicher Vorschriften (z.B. zu Geschlechterquote, Sektorvertrautheit, Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung und Abschlussprüfung) oder der Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex (z.B. zu Unabhängigkeit, Overboarding, Altersgrenze, Gender Diversity und sonstiger Diversität) – zu berücksichtigen gilt (siehe obige Abbildung). Nach dem derzeit konsultierten Kodexänderungsentwurf der Regierungskommission sollen Empfehlungen ergänzt werden, wonach der Aufsichtsrat über eine Expertise im Hinblick sowohl auf unternehmensrelevante Nachhaltigkeitsaspekte als auch die Nachhaltigkeitsberichterstattung verfügen soll. Eine solche Nachhaltigkeitsexpertise werden aktivistische Investoren bei Aufsichtsratswahlen in Frage stellen und womöglich Aufsichtsräte mit eigenen Kandidatenvorschlägen herausfordern. Stehen Aufsichtsratswahlen an, sollte deshalb auf Nachhaltigkeitsexpertise im Aufsichtsrat geachtet werden, die von Investoren und Stimmrechtsberatern auch an der Qualität der nichtfinanziellen Berichterstattung gemessen wird.

Fazit

ESG-aktivistische Investoren versuchen, die vor allem auch regulatorisch getriebenen Transitionsanforderungen gegenüber den Unternehmen („Sustainability Transformation") gezielt auszunutzen. Dabei sind aktivistische Forderungen mit Nachhaltigkeitsbezug für die Verwaltungsorgane besonders gefährlich, da über ESG-Themen leichter ein Öffentlichkeitsdruck erzeugt und die Unterstützung von institutionellen Investoren und Stimmrechtsberatern eher gewonnen werden kann. Börsennotierte Unternehmen müssen sich daher auf einen zunehmenden ESG Shareholder Activism einstellen und vorbereiten. ▪

Dabei sind aktivistische Forderungen mit Nachhaltigkeitsbezug für die Verwaltungsorgane besonders gefährlich, da über ESG-Themen leichter ein Öffentlichkeitsdruck erzeugt und die Unterstützung von institutionellen Investoren und Stimmrechtsberatern eher gewonnen werden kann.

Dr. Hilke Herchen
Rechtsanwältin bei der internationalen Wirtschaftskanzlei CMS Hasche Sigle

Dr. Hilke Herchen ist spezialisiert auf die Transaktionsberatung sowie die aktien- und konzernrechtliche Beratung.

Dr. Richard Mayer-Uellner
Rechtsanwalt bei der internationalen Wirtschaftskanzlei CMS Hasche Sigle

Dr. Richard Mayer-Uellner ist auf Unternehmensübernahmen (Private und Public M&A) sowie auf Aktien- und Kapitalmarktrecht spezialisiert.

Dominik von Zehmen
Rechtsanwalt bei der internationalen Wirtschaftskanzlei CMS Hasche Sigle

Dominik von Zehmen berät börsennotierte Unternehmen in allen Fragen des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts mit Fokus auf Aktienrecht und Corporate Governance.

Sustainability-Linked Loans: Effektive Unterstützung der Nachhaltigkeitstransformation durch Kreditfinanzierung

Stärken und Schwächen der Integration von Nachhaltigkeitskriterien in die Fremdkapitalfinanzierung deutscher Unternehmen

Sustainability-Linked Loans sind ein besonders effektives Instrument, um die Nachhaltigkeitstransformation von börsennotierten wie mittelständischen Unternehmen zu finanzieren. Um diesen Prozess bestmöglich zu unterstützen und Greenwashing-Risiken zu vermeiden, ist ein aktives Zusammenwirken der Unternehmen mit den Kreditinstituten – insbesondere in der Auswahl der Nachhaltigkeitsziele und der entsprechenden Datenverarbeitung – notwendig.

Text — Prof. Dr. Christina E. Bannier, Alix Auzepy

Im Dezember 2018 vereinbarte Henkel als erstes deutsches Unternehmen einen sogenannten *Sustainability-Linked Loan* (SLL) mit einem Konsortium aus 15 internationalen Banken. Damit schloss Henkel sich einer wachsenden Liste von Unternehmen weltweit an, die Nachhaltigkeitskriterien in ihre Kreditverträge integrieren und sich damit gegenüber ihren finanzierenden Banken zu nachhaltigeren Geschäftspraktiken verpflichten.

Neben grünen Anleihen (*Green Bonds*), grünen Krediten (*Green Loans*) und ihren Pendants im sozialen Bereich (*Social Bonds und Social Loans*) sind SLLs eine der jüngsten Innovationen im Bereich der nachhaltigen Unternehmensfinanzierungen. Gemäß den *Sustainability-Linked Loan Principles* der Loan Market Association (LMA) handelt es sich bei SLLs um „alle Arten von Kreditinstrumenten und/oder Kreditfazilitäten (wie Garantielinien oder Akkreditive), die Anreize für das Erreichen ehrgeiziger, vorab festgelegter Nachhaltigkeitsziele durch den Kreditnehmer schaffen".[1]

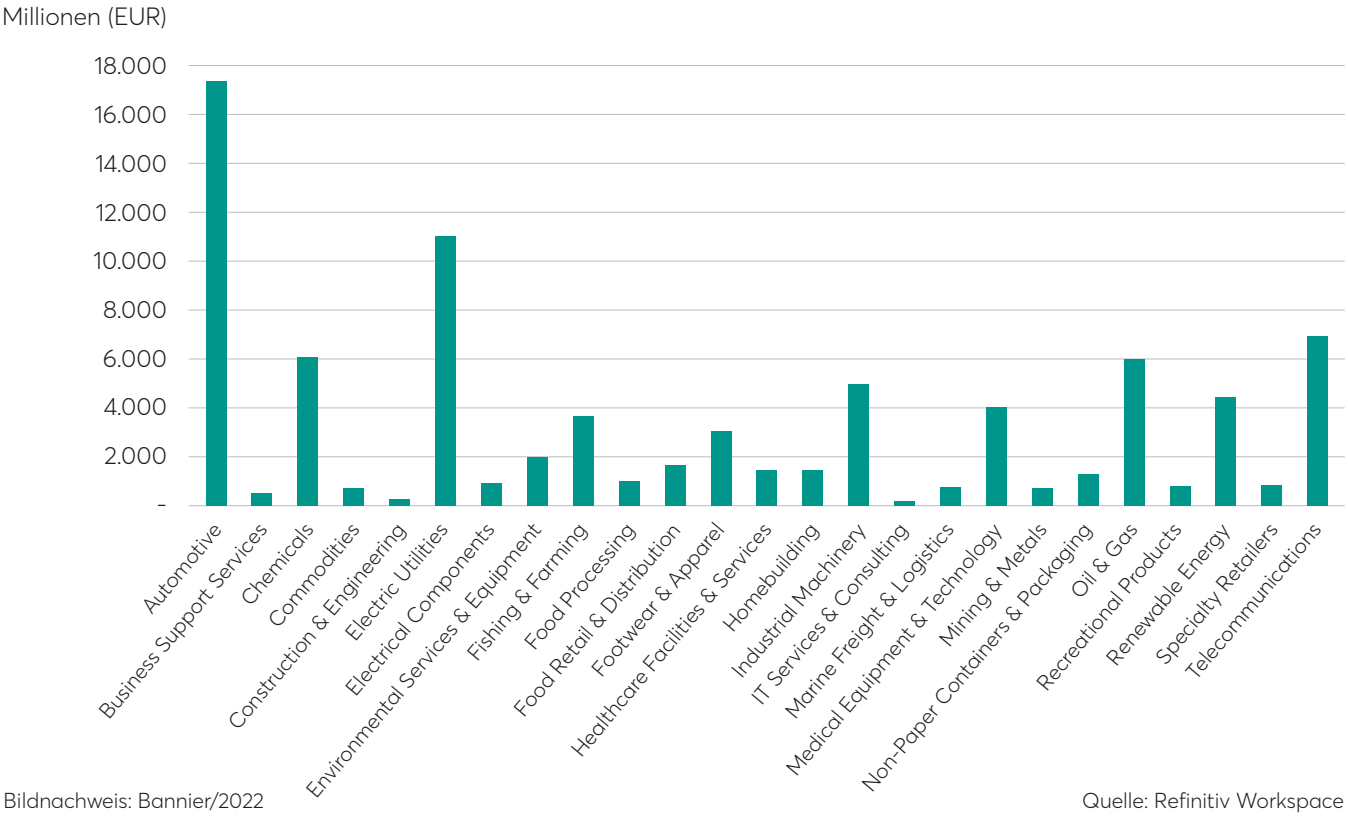
Ein wesentliches Merkmal der SLLs ist, dass die Höhe des Kreditzinses an Nachhaltigkeitskriterien (Key Performance Indicators, KPIs) in den Bereichen Umwelt, Soziales und/oder Unternehmensführung geknüpft ist. Erreicht das Unternehmen die im Kreditvertrag festgelegten Nachhaltigkeitsziele, wird es mit niedrigeren Zinssätzen belohnt. Eine Nichterreichung hat dagegen Zinsaufschläge zur Folge.

Im Gegensatz zu grünen oder sozialen Anleihen und Krediten, deren Verwendung an Umwelt- und/oder sozialverträgliche Projekte gebunden ist, handelt es sich bei SLLs in der Regel um General Purpose Loans. Diese Art von Kredit ist nicht zweckgebunden und dient der allgemeinen Unternehmensfinanzierung. Die Vergabe eines SLL ist also nicht von der Finanzierung eines „grünen" Projekts (zum Beispiel eines Windparks) abhängig, sondern zielt vielmehr darauf ab, das Nachhaltigkeitsprofil des Kreditnehmers insgesamt während der Kreditlaufzeit zu verbessern.

Diese Abkehr von einem eng gefassten Verwendungszweck stellt eine Chance dar, die nachhaltige Unternehmensfinanzierung für solche Kreditnehmer zu öffnen, die ihre Nachhaltigkeitstransformation in einem generellen Sinne

1 LMA März 2022, Sustainability-Linked-Loan Principles, S. 2, https://www.lsta.org/content/sustainability-linked-loan-principles-sllp/

Abbildung 1: Volumen der zugesagten SLL Fazilitäten nach Industriesektoren seit 2018



Bildnachweis: Bannier/2022

Quelle: Refinitiv Workspace

starten oder verstärken wollen. Somit sind SLLs für alle Unternehmen geeignet, unabhängig davon, an welchem Punkt des Transformationspfades sich die Kreditnehmer befinden. Zudem vermeiden SLLs die häufig an Green Bonds geübte Kritik, dass Unternehmen lediglich eine Umstrukturierung ihrer Investitionen vornehmen, um so bspw. grüne Projekte, die sie sowieso getätigt hätten, gesondert auszuweisen und mittels Green Bonds günstiger zu finanzieren. Das Finanzierungsinstrument der SLLs entwickelt seine Anreizwirkung dagegen erst dadurch, dass das gesamte Unternehmen – anhand unterschiedlicher, vorab vereinbarter Kriterien – nachhaltiger wird, also tatsächlich eine Transformationsleistung stattfindet.

Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über den deutschen Markt für SLLs und skizziert die wesentlichen Nachhaltigkeitsmerkmale solcher Kreditinstrumente. Darüber hinaus beleuchtet der Artikel die Gründe, warum sich SLLs für Unternehmen und Kreditinstitute lohnen.

Der Markt für Sustainability-Linked Loans in Deutschland

Die Nachfrage deutscher Unternehmen nach SLLs hat in den letzten Jahren stark zugenommen. Dabei setzen nicht nur kapitalmarktorientierte Unternehmen, sondern auch nicht-börsennotierte Gesellschaften und Mittelständler inzwischen auf dieses Finanzierungsinstrument.

Zwischen 2018 und Anfang 2022 hat mehr als ein Viertel der DAX-Unternehmen mindestens einen SLL abgeschlossen. Neben den DAX-Unternehmen lässt sich ein ähnlicher Trend auch bei den MDAX- und SDAX-Unternehmen beobachten: Rund 20 % der MDAX-Unternehmen und 5 % der SDAX-Unternehmen haben seit 2018 mindestens einen SLL abgeschlossen. Insgesamt belief sich das Gesamtvolumen der zugesagten SLL Fazilitäten im betrachteten Zeitraum auf 79 Mrd. EUR. Davon entfielen die größten Zusagen auf die Industriesektoren „Automotive“, „Electric Utilities“, „Telecommunications“ und „Chemicals“ an (siehe Abb. 1).

Insgesamt waren rund 60 % der deutschen Unternehmen, die zwischen 2018 und Anfang 2022 einen SLL abgeschlossen haben, kapitalmarktorientierte Unternehmen (s. Beispiele in Abb. 2, 3, 4). Dies ist nicht verwunderlich, da Nachhaltigkeitsaktivitäten auch für die Investoren am Kapitalmarkt eine immer wichtigere Rolle spielen. Einerseits suchen die Investoren zunehmend nach nachhaltigen Anlagemöglichkeiten. Andererseits berücksichtigen sie Nachhaltigkeitskriterien auch zunehmend im Rahmen ihrer Unternehmensbewertungen. SLLs haben somit eine wichtige Signalfunktion für kapitalmarktorientierte Unternehmen.

Doch auch nicht-börsennotierte Unternehmen wie bspw. Edeka, Gunvor Deutschland und die Stadtwerke München haben SLLs abgeschlossen. Ein Grund für die Attraktivität

Abbildung 2: Beispiele für DAX-Unternehmen, die SLLs abgeschlossen haben (in chronologischer Reihenfolge)

Unternehmen	Industrie	Datum der Bekanntmachung	Gesamtvolumen der Fazilität (EUR, Millionen)
Volkswagen	Automotive	01.12.2021	1.800,00
Fresenius Medical Care AG	Medical Equipment	02.07.2021	2.000,00
RWE	Electric Utilities	18.05.2021	5.000,00
Symrise	Specialty Retailers	05.05.2021	500,00
Covestro	Chemicals	17.03.2020	2.500,00
E.ON	Electric Utilities	24.10.2019	3.500,00
Henkel	Chemicals	14.12.2018	1.500,00

Bildnachweis: Bannier/2022 Quelle: Refinitiv Workspace

Abbildung 3: Beispiele für MDAX-Unternehmen, die SLLs abgeschlossen haben (in chronologischer Reihenfolge)

Unternehmen	Industrie	Datum der Bekanntmachung	Gesamtvolumen der Fazilität (EUR, Millionen)
Aurubris	Mining & Metals	01.02.2022	350,00
Kion Group	Industrial Machinery	04.10.2021	1.000,00
Varta	Electrical Components	04.06.2021	235,00
Wacker Chemie	Chemicals	15.12.2020	290,00
Telefónica Deutschland	Telecommunications	17.12.2019	750,00
Lanxess	Chemicals	02.12.2019	1.000,00
Dürr	Industrial Machinery	25.07.2019	750,00

Bildnachweis: Bannier/2022 Quelle: Refinitiv Workspace

Die Glaubwürdigkeit der im Kredit eingesetzten Nachhaltigkeitskriterien spielt eine zentrale Rolle, um zu vermeiden, dass SLLs als Greenwashing-Instrumente wahrgenommen werden.

dieses Kreditinstruments für Mittelständler liegt sicherlich auch in der für sie regulatorisch zunehmenden Bedeutung der Nachhaltigkeitsberichterstattung. Denn nach der neuen CSR-Richtlinie[2] müssen künftig auch große, nicht kapitalmarktorientierte Unternehmen (ab 250 Mitarbeitern) in ihren Lageberichten über nichtfinanzielle Aktivitäten Auskunft geben. Da die Unternehmen somit zukünftig gezwungen sind, entspre-

2 Die EU-Kommission veröffentlichte im April 2021 einen Entwurf, der eine Änderung der europäischen Richtlinie 2014/95/EU vorsieht. 2017 wurde die CSR-Richtlinie von 2014 in nationales Recht umgesetzt (§ 289b ff. HGB). Die neue CSR-Richtlinie soll nach dem bisherigen Zeitplan bis Ende 2022 in nationales Recht umgesetzt werden und ab Januar 2024 für das Geschäftsjahr 2023 gelten.

Abbildung 4: Beispiele für SDAX-Unternehmen, die SLLs abgeschlossen haben (in chronologischer Reihenfolge)

Unternehmen	Industrie	Datum der Bekanntmachung	Gesamtvolumen der Fazilität (EUR, Millionen)
Encavis	Electric Utilities	12.08.2021	125,00
Traton	Automotive	28.07.2020	3.750,00
Nordex	Renewable Energy Equipment	09.04.2020	1.210,00
Norma Group	Industrial Machinery	22.11.2019	300,00

Bildnachweis: Bannier/2022 Quelle: Refinitiv Workspace

Abbildung 5: Beispiele für nicht-börsennotierte Unternehmen, die SLLs abgeschlossen haben (in chronologischer Reihenfolge)

Unternehmen	Industrie	Datum der Bekanntmachung	Gesamtvolumen der Fazilität (EUR, Millionen)
PreZero Stiftung & Co	Environmental Services	21.02.2022	150,00
Edeka Südwest	Food Retail & Distribution	09.09.2021	300,00
Gunvor Deutschland	Commodities	08.06.2020	450,00
Stadtwerke München	Electric Utilities	15.04.2019	500,00

Bildnachweis: Bannier/2022 Quelle: Refinitiv Workspace

chende Nachhaltigkeitsdaten zu erheben, können sie daraus abgeleitete Kriterien unmittelbar in ihre Finanzierungsprozesse einbeziehen. Der Abschluss eines SLL stellt zudem eine Möglichkeit für die Unternehmen dar, ihr Engagement im Bereich Nachhaltigkeit öffentlichkeitswirksam zu unterstreichen. Unternehmen begründen ihre Wahl eines SLL daher häufig damit, dass dies eine „logische Weiterentwicklung“[3] und Stärkung ihrer Nachhaltigkeitsstrategie darstellt.

Dabei spielt die Glaubwürdigkeit der im Kredit eingesetzten Nachhaltigkeitskriterien eine zentrale Rolle, um zu vermeiden, dass SLLs als Greenwashing-Instrumente wahrgenommen werden. Die LMA betont daher, dass die Nachhaltigkeitsziele der SLLs für die zentrale Nachhaltigkeits- und Geschäftsstrategie des Kreditnehmers von Relevanz sein sollten. Zudem unterstreicht sie, dass diese Ziele relevante ökologische, soziale und/oder Governance-Herausforderungen der entsprechenden Industrie adressieren sollten.[4]

Darüber hinaus empfiehlt die LMA, vor dem Abschluss eine Stellungnahme von externen Prüfern (oft handelt es sich um eine Nachhaltigkeitsagentur wie bspw. Sustainalytics) zur Angemessenheit ihrer KPIs einzuholen – eine sogenannte Second Party Opinion. Insbesondere werden die Prüfer angehalten, die Relevanz, die Methodik und das Anspruchsniveau der ausgewählten Nachhaltigkeitskriterien zu bewerten.

Die nachstehende Tabelle fasst verschiedene Arten von Nachhaltigkeitskriterien zusammen, die in bisherigen SLLs deutscher Unternehmen zu beobachten sind. Die Beispiele verdeutlichen nicht nur die große Vielfalt an Kriterien, sondern zeigen auch, dass sich gewisse Kriterien-Gruppen zu etablieren scheinen: Während einige SLLs an übergeordneten KPIs festmachen wie

3 Edeka-Verbund, 16.11.2021, EDEKA Südwest bindet Nachhaltigkeitsstrategie in Konzernfinanzierung ein. https://verbund.edeka/presse/pressemeldungen/edeka-s%C3%BCdwest-bindet-nachhaltigkeitsstrategie-in-konzernfinanzierung-ein.html

4 LMA März 2022, Sustainability-Linked-Loan Principles, S. 3, https://www.lsta.org/content/sustainability-linked-loan-principles-sllp/

Abbildung 6: Die Nachhaltigkeitskriterien der Sustainability-linked Loans: Zinsmerkmale und Beispiele

Zinsmerkmale	Beispiele
Der Zinssatz ist an ein oder mehrere ESG-Ratings geknüpft, die von externen Agenturen vergeben werden.	**Henkel:** Der Zinssatz der Kreditfazilität wird auf Basis einer positiven Veränderung der Ratings von Sustainalytics, EcoVadis und ISS-oekom angepasst.
Der Zinssatz ist an ein oder mehrere Ziele im Bereich Umwelt, Soziales und Unternehmensführung gekoppelt.	**Continental:** Der Zinssatz ist an verschiedene Bedingungen geknüpft: die Umstellung des externen Strombezugs auf regenerative Quellen, die Steigerung des Anteils von weiblichen Führungspositionen, die Senkung der Unfall- und Krankheitsrate sowie die Steigerung des Anteils recycelten Abfalls.
Der Zinssatz ist an mehrere Umweltziele gekoppelt.	**RWE:** Der Zinssatz der Kredittranche ist an drei Bedingungen geknüpft: den Anteil des RWE-Erneuerbaren-Portfolios am Erzeugungspark, die Reduzierung der CO2-Intensität des RWE-Anlagenportfolios sowie den Anteil der nachhaltigen Investitionen an den Gesamtinvestitionen gemäß den Taxonomie-Kriterien der EU-Kommission.
Der Zinssatz ist an eine Verringerung des CO2-Fußabdrucks gekoppelt.	**Wacker Chemie:** Der Zinssatz ist an das Ziel gebunden, die CO2-Emissionen bis 2030 um 33% zu senken.

Bildnachweis: Bannier/2022

Quelle: Henkel, Continental, RWE, Wacker Chemie

bspw. ESG-Ratings, fokussieren sich andere auf eine Mischung von KPIs aus allen drei Nachhaltigkeitsbereichen (Umwelt, Soziales und Governance) oder berücksichtigen ausschließlich KPIs aus dem Umwelt-Bereich. Somit lassen SLLs – ebenso wie grüne Anleihen oder grüne Kredite – einen besonderen Schwerpunkt auf eine klimabezogene Nachhaltigkeitstransformation durchaus zu, beziehen diese jedoch auf das Gesamtunternehmen und nicht nur auf ausgewählte, abgegrenzte Projekte.

Die Vor- und Nachteile von SLLs für Kreditinstitute

Mittels SLLs sind Kreditinstitute in der Lage, über eine Variation des Kreditzinses Anreize für das nachhaltige Wirtschaften ihrer Kunden zu schaffen und so auch das Nachhaltigkeitsprofil ihres eigenen Portfolios zu beeinflussen. Auf diese Weise können sie potenzielle Nachhaltigkeitsrisiken mitigieren und zugleich ein entsprechendes Signal an Investoren sowie Regulatoren senden.

SLLs verursachen den Kreditinstituten jedoch auch einen gewissen zusätzlichen Aufwand, der sich insbesondere aus der Neuartigkeit des Instruments ergibt und daher mit zunehmender Erfahrung mit dieser speziellen Kreditart sinken sollte. Dabei stellt vor allem die Festlegung und das Monitoring der Nachhaltigkeits-KPIs die Banken vor neue Herausforderungen. Zwar werden diese Kriterien in den meisten Fällen von den Kreditnehmern selbst vorgeschlagen und auch für das Einholen der Second Party Opinion zur Bestätigung der Relevanz und des Anspruchs der Nachhaltigkeitsziele sind üblicherweise die Kreditnehmer verantwortlich. Allerdings setzt ein passives Akzeptieren der vorgeschlagenen KPIs die Banken zunehmend einem potenziellen Greenwashing-Risiko aus – oder zumindest der Kritik, diesem nicht engagiert genug entgegenzutreten.

Es ist somit für die Zukunft davon auszugehen, dass die Kreditinstitute in der Auswahl der Nachhaltigkeitsziele für die SLLs eine aktivere Rolle spielen und auch die Zeithorizonte der KPIs stärker individuell steuern werden. Dabei erschließt das dauerhafte Monitoring dieser Nachhaltigkeitsziele den Banken zudem die Möglichkeit, ihre eigene Datenbasis im Nachhaltigkeitsbe-

reich zu ergänzen und somit auch ihre Expertise hinsichtlich der Beurteilung von wesentlichen Nachhaltigkeitskriterien in unterschiedlichen Branchen zu untermauern. Nicht zuletzt erlaubt dies den Banken auch, ihren eigenen Informationspflichten im Nachhaltigkeitsbereich besser nachzukommen.

Eine nicht zu unterschätzende Schwierigkeit aus Sicht der Kreditinstitute liegt auch in der Festlegung des Zinses in Abhängigkeit von den vereinbarten Nachhaltigkeits-KPIs. Derzeit ist zu beobachten, dass der Zinsvorteil durch das Erreichen der Nachhaltigkeitsziele oft noch relativ gering ist. In der Regel liegt er zwischen 5 % und 10 % der Basis-Marge – oft mit einer Obergrenze von 15 Basispunkten.[5] Dies impliziert zwar einerseits eine nur geringe Ertragssensitivität der Banken durch die Vergabe von SLLs, andererseits jedoch auch nur eine schwache Anreizwirkung durch eine erfolgreiche Nachhaltigkeitstransformation bei den Kreditnehmern. Auch dies könnte potenziellen Greenwashing-Vorwürfen Vorschub leisten, so dass für die Zukunft von einer sensitiveren Bepreisung dieses Kreditinstruments auszugehen ist.

Nicht zuletzt sehen sich die Kreditinstitute einem zunehmenden regulatorischen Druck ausgesetzt, ihr Portfolio nachhaltiger zu gestalten. Dies zeigt Art. 8 der Taxonomie-Verordnung (EU) 2020/852, spezifiziert durch den Delegierten Rechtsakt (EU) 2021/4987, welche von den Banken verlangen, ab 2024 den Anteil ihres klimafreundlichen Geschäfts durch die Ermittlung einer *Green Asset Ratio* offenzulegen. Hier ist allerdings zu konstatieren, dass derzeit noch nicht vollständig klar ist, ob SLLs tatsächlich als grüne (oder nachhaltige) Assets im Sinne der EU-Taxonomie angesehen werden können. Die Schwierigkeit ergibt sich aus der Logik der EU-Taxonomie, deren Klassifikation an nachhaltigen Aktivitäten festmacht, so dass Kredite entsprechend ihres Verwendungszwecks bewertet werden müssten. Da es jedoch gerade diese fehlende Zweckbindung ist, die SLLs zu einer besonders effektiven Unterstützung der Nachhaltigkeitstransformation werden lässt, wäre eine derart erschwerte Einordnung nach der Taxonomie deutlich kontraproduktiv und sollte in der zukünftigen Entwicklung der EU-Regulatorik adressiert werden.

Fazit

Zu einer ganzheitlichen Implementierung einer Nachhaltigkeitsstrategie zählt auch ihre Einbindung in die unternehmerische Finanzierungspolitik. SLLs bieten dabei eine effektive Möglichkeit, die Nachhaltigkeitstransformation von Unternehmen – unabhängig von deren aktueller Position auf dem Transformationspfad – zu unterstützen. Dazu ist eine klare Identifikation von Nachhaltigkeitszielen nach Relevanz und Ambitionsniveau nötig, sowie die Erhebung der entsprechenden Nachhaltigkeitsdaten in den kreditnehmenden Unternehmen. Kreditinstitute können diesen Prozess begleiten und so auch über ihr Portfolio zur Nachhaltigkeitstransformation der Wirtschaft beitragen und Nachhaltigkeitsrisiken im Finanzsystem reduzieren. ▪

Da es jedoch gerade diese fehlende Zweckbindung ist, die SLLs zu einer besonders effektiven Unterstützung der Nachhaltigkeitstransformation werden lässt, wäre eine derart erschwerte Einordnung nach der Taxonomie deutlich kontraproduktiv und sollte in der zukünftigen Entwicklung der EU-Regulatorik adressiert werden.

Prof. Dr. Christina E. Bannier

Christina Bannier ist Professorin für Banking & Finance an der Justus-Liebig-Universität Gießen, Leiterin des Sustainable Governance Labs, Aufsichtsrätin der Clearstream Banking AG, Sprecherin des Nachhaltigkeitsbeirates der Evangelischen Bank und Mitherausgeberin der ESGZ.

Alix Auzepy, M.Sc. & MPP

Alix Auzepy ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Professur für Banking & Finance, Justus-Liebig-Universität Gießen. Sie forscht zu den Themen Klimarisiken, Nachhaltigkeitsberichterstattung und Sustainable Finance Literacy.

5 S&P Global, 28.04.2021, Environmental, Social and Governance: How sustainability-linked debt has become a new asset class, https://www.spglobal.com/ratings/en/research/articles/210428-how-sustainability-linked-debt-has-become-a-new-asset-class-11930349.

Die neue Fachzeitschrift für Nachhaltigkeit & Recht

Der rechtliche Rahmen für Environmental Social Governance

ESGZ verbindet Nachhaltigkeit und Recht:

- ESGZ lichtet den Dschungel an Gesetzesvorhaben, -vorgaben und Regularien.
- ESGZ nimmt das Thema Nachhaltigkeit mit allen Facetten in den Fokus.
- ESGZ gibt wirkungsvolle Impulse für die Umsetzung.
- ESGZ bietet Fachbeiträge namhafter Autor(inn)en zur Nachhaltigkeitsdebatte.
- ESGZ gibt konkrete Antworten und zeigt Lösungen aus der Praxis.
- ESGZ ist Fachzeitschrift und Magazin zugleich.

Jetzt GRATIS-Paket bestellen: www.esg-zeitschrift.de

FACHMEDIEN otto schmidt