

Unternehmerische und haftungsrechtliche Konsequenzen bei Nichtbeachtung von ESG-Anforderungen



Julian Opp
Rechtsanwalt, Partner
Achsnick Pape Opp
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

Das Thema „ESG“ ist in aller Munde und drängt mehr und mehr in das Bewusstsein von Verbrauchern, aber auch auf die Agenda von Unternehmensleitern. Aber was bedeutet ESG konkret, insbesondere für mittelständische Unternehmen, und welche Konsequenzen drohen, wenn sich Unternehmen und Geschäftsführer nicht mit den Anforderungen von ESG beschäftigen. Der vorliegende Beitrag soll hierzu Denkanstöße liefern.

I. Einleitung

Unternehmen sehen sich, nicht zuletzt auf europäische Initiative hin, verstärkt mit legislativen Akten konfrontiert, die auf eine nachhaltigere Unternehmensführung in Bezug auf Mensch und Umwelt hinwirken sollen.

Zu nennen sind etwa das viel zitierte Lieferkettensorgfaltspflichten-gesetz¹, das ab 1. Januar 2024 Unternehmen mit mehr als 1.000 Mitarbeitern zur Einhaltung und Überwachung von menschenrechtlichen und umweltbezogenen Sorgfaltspflichten in ihrer Lieferkette verpflichtet und durch das geplante europäische Lieferkettengesetz² in verschärfter Form auch auf kleinere Unternehmen mit 500 oder gar 250 Mitarbeitern zukommen könnte, das Hinweisgeberschutzgesetz³, das seit Dezember 2023 Unternehmen mit mindestens 50 Mitarbeitern zur Einrichtung einer Meldestelle für Hinweisgeber (Whistle-blower) verpflichtet, die Bemühungen der Bundesregierung, neben den bereits existierenden landesrechtlichen Regelungen auch auf Bundesebene ein Tarifreuegesetz für öffentliche Auftragsvergaben zu etablieren oder der Richtlinien-vorschlag der EU-Kommission zur Bekämpfung von „Greenwashing“ (Green Claims Directive)⁴.

Unmittelbare Auswirkungen auf größere mittelständische Unternehmen wird auch die Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) – die Richtlinie zur Änderung der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen⁵ – haben.

Bereits seit 2017 müssen nach der Non-Financial Reporting Directive (NFRD)⁶ große Banken, Versicherungen und kapitalmarktorientierte Unternehmen eine nichtfinanzielle Berichterstattung zu ESG-Faktoren etablieren. In Deutschland wurde die Richtlinie in §§ 289b ff. HGB umgesetzt und betraf Schätzungen zufolge EU-weit ca. 11.700 Unternehmen, davon ca. 500 Unternehmen in Deutschland. Die CSRD weitet diese Pflicht zur Nachhaltigkeitsberichterstattung nun sukzessive aus. Bereits für alle Geschäftsjahre mit Beginn ab dem 01.01.2025 sind auch alle übrigen im bilanzrechtlichen Sinne großen Unternehmen zur Erstattung eines Nachhaltigkeitsberichts verpflichtet. Dies betrifft unabhängig von einer Börsennotierung alle Unternehmen, die mindestens zwei der drei folgenden Größenmerkmale überschreiten: (1) Bilanzsumme: 20,0 Mio. EUR, (2) Umsatzerlöse: 40,0 Mio. EUR, (3) Anzahl an Arbeitnehmern: 250. Schätzungen zufolge werden damit künftig EU-weit rd. 50.000 Unternehmen berichtspflichtig sein, davon ca. 15.000 Unternehmen in Deutschland. Damit dürfe die Pflicht zur Nachhaltigkeitsberichterstattung bald große Teile des Mittelstandes treffen.

¹ BGBl. I 2021, S. 2959

² Procedure 2022/0051 (COD)

³ BGBl. 2023 I Nr. 140

⁴ Procedure 2023/0085/COD

⁵ Richtlinie (EU) 2022/2465

⁶ Richtlinie 2014/95/EU

II. Unternehmerische Risiken bei der Missachtung von ESG-Anforderungen

Was bedeuten all diese regulatorischen Änderungen nun aber wirtschaftlich für die betroffenen Unternehmen?

Die Nachhaltigkeitsberichtserstattung hat nunmehr zwingend in einem gesonderten Abschnitt im Lagebericht zu erfolgen und unterliegt künftig einer sukzessiv schärfer werdenden Prüfungspflicht. Die Nachhaltigkeitsberichterstattung wird somit über kurz oder lang der Finanzberichterstattung gleichgestellt werden und muss im Unternehmen entsprechend behandelt werden. Die Missachtung der Pflicht zur Nachhaltigkeitsberichterstattung oder eine unzureichende Berichterstattung können zur Einschränkung oder gar Versagung des Bestätigungsvermerks führen, was wiederum Einfluss auf das Rating oder den Zugang zu Kreditmitteln und Aufträgen haben kann.

Aber auch mittelbar werden Unternehmen gezwungen sein, sich mit Nachhaltigkeitsgesichtspunkten zu beschäftigen und sukzessive (messbare) Verbesserungen in den einzelnen Teilbereichen herbeizuführen.

Namentlich müssen EU-Banken ab 2024 den Anteil ihrer finanzierten nachhaltigen (taxonomiekonformen) Wirtschaftsaktivitäten in Relation zum Gesamtgeschäftsvolumen berichten (Green Asset Ratio – GAR). Eine aktuelle Analyse ergab zwar, dass Unternehmen bei speziellen ESG-linked Krediten, die nicht explizit der Finanzierung einer nachhaltigen Aktivität dienen, aber im Kreditvertrag gewisse Nachhaltigkeitsvorgaben machen, aktuell nur Zinsvorteile von gerade einmal 0,025 bis 0,05% erwarten können⁷. Es ist aber zu erwarten, dass die Märkte die GAR genau beobachten werden und die „soft power“ durch Aktionäre, Mitarbeiter, Politik oder Interessenverbände die Banken über kurz oder lang zu einer stärkeren Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsgesichtspunkten in der Kreditvergabepaxis anhalten wird. So gaben in einer Studie 1/5 der befragten Banken an, ESG-Faktoren bereits bei der Kreditvergabe zu berücksichtigen, weitere 75% der Institute bereiten die Einbeziehung von ESG-Faktoren in die Kreditvergabeentscheidung aktuell vor⁸. Viele (Groß-)Banken haben einzelne Branchen wie die Energieerzeugung aus Atom- oder Kohlekraft bereits auf „schwarze“ Listen gesetzt oder mit

erheblichen Prüfkriterien hinsichtlich der Kreditvergabe versehen, z. B. dass bestimmte restriktive Schwellenwerte fossiler Produktion nicht überschritten werden dürfen, um für eine Kreditvergabe in Frage zu kommen.

Vor diesem Hintergrund dürften Unternehmen, die sich nicht intensiv mit ESG-Faktoren, insbesondere der Implementierung nachvollziehbarer KPI's zur Messung von Umweltfaktoren wie den Treibhausgasemissionen beschäftigen, künftig spürbar schwerer an Kredite gelangen oder diese jedenfalls mit höheren Zinsen bezahlen müssen.

Aber nicht nur für den Zugang zu Krediten, sondern auch für den Zugang zu Aufträgen ist ein Nachhaltigkeitsmanagement zunehmend von Bedeutung. Im öffentlichen Vergaberecht sieht § 127 Abs. 1 GWB schon heute vor, dass qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte bei der Zuschlagserteilung berücksichtigt werden können. Nicht anders sieht es im privatwirtschaftlichen Sektor aus, wo nicht nur die großen Automobilhersteller ihre Lieferketten auf Nachhaltigkeit trimmen⁹, zumal sie die Umweltauswirkungen in ihrer Lieferkette in ihre eigene Berichterstattung einbeziehen müssen. Kann ein Zulieferer hierzu keine Daten liefern oder verfolgt keine konsistente Nachhaltigkeitsstrategie zur Eindämmung von Umweltauswirkungen und Ungleichbehandlung, droht der Ausschluss von künftigen Auftragsvergaben. Der Umsatz kann ohne glaubwürdige Nachhaltigkeitsstrategie allerdings auch schlicht durch den öffentlichen Reputationsverlust leiden; man denke nur an die vielen Shitstorms, die durch falsche Werbeaussagen (Greenwashing) ausgelöst werden und zur Ächtung durch die Kunden führen können.

Schließlich ist Nachhaltigkeit in Zeiten des Fachkräftemangels auch ein gewichtiger Faktor bei der Mitarbeitergewinnung und -bindung. Das S in ESG steht schließlich für Social und damit nicht zuletzt für Themen wie Mitarbeiterentwicklung und Arbeitskultur, menschwürdige Arbeitsbedingungen und faire Entlohnung. Aber auch Transformation und Engagement für Umwelt- und Klimaschutz kann zum entscheidenden Vorteil im Ringen um qualifizierte Beschäftigte und deren langfristige Bindung werden:

⁷ Englert/Glang/Mahlendorf, „Was bringt's? Der Effekt einer positiven ESG-Darstellung bei der klassischen Bankfinanzierung“, DB 2023, 337

⁸ EY Kreditmarktstudie 2023, S. 22 ff.

⁹ Roland Berger, Mittelstandsstudie Automotive 2022



So gaben bei einer Befragung von Stepstone und dem Handelsblatt Research Institute 70 Prozent der Befragten an, dass sie sich eher bewerben oder ein Jobangebot annehmen würden, wenn das Unternehmen Wert auf Nachhaltigkeit legt. Bei der Neuauflage der Befragung im Juni 2023 stieg dieser Wert sogar auf 75%, während 58% der Befragten angaben, sogar gezielt nach Stellen bei nachhaltigen Unternehmen zu suchen¹⁰. Umgekehrt glauben einer weiteren Studie zufolge 1/3 der befragten Beschäftigten, dass ihr Unternehmen ohne Transformation in 10 Jahren nicht mehr überlebensfähig („economically viable“) sein wird¹¹; unter Befragten der Gen-Z glaubten dies sogar 49%. Wohl auch deswegen plante rd. 1/4 der befragten Beschäftigten in den nächsten 12 Monaten den Job zu wechseln; unter Befragten der Gen-Z belief sich der Anteil der wechselwilligen Beschäftigten sogar auf 35%. Auch hier gilt also: Wer neue Mitarbeiter sucht oder gute Mitarbeiter halten will, hat mit einer glaubwürdigen Nachhaltigkeitsstrategie deutlich bessere Karten.

III. Haftungsrisiken bei Nichtbeachtung von ESG-Anforderungen

Gibt es, wie aufgezeigt, genug handfeste unternehmerische Gründe, das Thema Nachhaltigkeit ganz nach oben auf die Prioritätenliste des Managements zu setzen, dürfen auch die Sanktionen und Haftungsrisiken bei Verstößen nicht aus dem Blick geraten.

Mit Blick auf die verschiedenen Ausprägungen der Geschäftsführerpflichten nach § 43 GmbHG lassen sich im ESG-Kontext grob vielleicht zwei unterschiedliche Stoßrichtungen unterscheiden: Zum einen die Pflicht zur Risikoüberwachung und -vermeidung und zum anderen die allgemeine Unternehmensleitungspflicht.

Während in § 91 Abs. 2 und Abs. 3 AktG nur für die Aktiengesellschaft explizit die Pflicht des Vorstandes zur Implementierung eines Risikoüberwachungssystems normiert ist, ist dennoch seit jeher anerkannt, dass § 91 Abs. 2 AktG Ausstrahlungswirkung auch auf die GmbH hat¹² und es zu den allgemeinen Geschäftsführerpflichten nach § 43 Abs. 1 GmbHG gehört, Risiken zu überwachen und beim Erkennen von Risiken nötigenfalls Gegenmaßnahmen einzuleiten, um Schaden von der Gesellschaft abzuwenden. Ergänzend wurde in § 1 des Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetzes (StaRUG) zum 1. Januar 2021 – wohl eher deklaratorisch – nochmals eine rechtsformunabhängige Pflicht der Unternehmensleiter normiert, bestandsgefährdende Entwicklungen fortlaufend zu überwachen. Eine spezialgesetzliche Risikoüberwachungspflicht findet sich daneben z. B. in § 4 Abs. 1 des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes.

Mit Blick auf Nachhaltigkeitsaspekte bedeutet dies, dass Geschäftsführer Risiken, die sich z. B. aus geopolitischen Spannungen, Arbeitsbedingungen, Menschenrechtsverletzungen oder Umweltkatastrophen für die Lieferkette, Produktionsstandorte oder Absatzmärkte ergeben können, überwachen und managen müssen. Gleiches gilt für die Einhaltung von Recht und Gesetz (Legalitätspflicht). Das OLG Nürnberg hat die Haftung eines Geschäftsführers jüngst bejaht, weil dieser keine ausreichenden organisatorischen Vorkehrungen (Compliance Management System) getroffen hatte, um Rechtsverstöße durch die Gesellschaft oder ihre Mitarbeiter zu verhindern¹³.

Wird die Gesellschaft wegen Rechtsverstößen mit Bußgeldern belegt, etwa nach dem Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, dem Hinweisgeberschutzgesetz, wegen Kartellverstößen oder Korruption (nach § 30 OWiG Bußgelder bis zu 10,0 Mio. EUR!), können diese unter Umständen bei dem Geschäftsführer regressiert werden, wenn mit dem Rechtsverstoß eine Pflichtverletzung des Geschäftsführers einhergeht¹⁴, etwa die unterlassene Einrichtung eines wirksamen

¹⁰ <https://www.thestepstonegroup.com/de/press/press-releases/the-stepstone-group-studie-drei-von-vier-beschaeftigten-wurden-sich-eher-bei-nachhaltigen-unternehmen-bewerben/>

¹¹ PWC, Global Workforce Hopes and Fears Survey 2023

¹² BR-Drucks. 892/97, S. 37

¹³ OLG Nürnberg, Urt. v. 30.03.2022 – 12 U 1520/19

¹⁴ vgl. für ein Kartellbußgeld: LG Dortmund, Hinweisbeschluss v. 14.08.2023 – 8 O 5/22 (Kart)

Compliance Management Systems. Umgekehrt kann die Einrichtung eines Compliance Management Systems sich mindernd auf die Höhe einer Geldbuße und damit auf den potenziellen Regressbetrag auswirken¹⁵.

Neben der Pflicht zur Überwachung von Risiken, die sich zunehmend auch aus Nachhaltigkeitsaspekten ergeben können, steht die allgemeine Unternehmensleitungspflicht des Geschäftsführers nach § 43 Abs. 1 GmbHG, in der sich die Pflichten zur Planung, Organisation und Kontrolle der Unternehmenstätigkeit kumulieren¹⁶. Das Unternehmen ist in betrieblicher und personeller Hinsicht so zu organisieren, dass der Gesellschaftszweck – im Zweifel die dauerhafte und nachhaltige Erzielung von Gewinn – am besten gefördert wird¹⁷.

Nach der Business Judgement Rule hat der Geschäftsleiter bei unternehmerischen Entscheidungen grundsätzlich einen weiten unternehmerischen Ermessensspielraum und bleibt haftungsfrei, wenn er auf angemessener Informationsgrundlage unter Abwägung aller Vor- und Nachteile davon ausgehen durfte, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Dies bedeutet aber auch, dass Geschäftsführer mit Blick auf die oben aufgezeigten unternehmerischen Nachteile, die aus der Nichtbeachtung von ESG-Anforderungen resultieren können, künftig auch Umwelt- und soziale Aspekte in ihrer Entscheidungsfindung berücksichtigen müssen und – zu Exkulpationszwecken – dokumentieren sollten.

Denn auch wenn sich ein Wettbewerbsnachteil, etwa bei der Mitarbeitersuche, womöglich nicht immer in Geld bemessen lassen wird, ist ein messbarer und damit nachweisbarer Vermögensschaden allemal gegeben, wenn Aufträge verloren gehen oder schlechtere Kreditkonditionen akzeptiert werden müssen.

IV. Fazit

Unternehmen sehen sich durch ESG mit erheblichen Herausforderungen konfrontiert, die auch keinen geringen Umsetzungsaufwand mit sich bringen. Dennoch kann nur davor gewarnt werden, den „Kopf in den Sand zu stecken“ und die Herausforderungen nicht anzugehen, denn es drohen zunehmend deutliche Wettbewerbsnachteile, die bei spürbaren Vermögenseinbußen der Gesellschaft oder gar Rechtsverletzungen auch schnell in eine persönliche Haftung der Geschäftsführer münden können. ■



¹⁵ BGH, Urt. v. 27.04.2022 – 5 StR 278/21; BGH, Urt. v. 09.05.2017 – 1 StR 265/16

¹⁶ Verse in: Scholz, GmbHG, Bd. II (§§35-52), 12. Aufl. 2021, § 43 Rd.-Nr. 61 ff.

¹⁷ inwieweit neben dem Gewinnziel auch Arbeitnehmer- und Gemeinwohlbelange (interessenpluralistischer Ansatz) bei der Unternehmensführung zu berücksichtigen sind, ist in der juristischen Literatur seit langem umstritten, vgl. zum Meinungsstand: Verse in: Scholz, GmbHG, Bd. II (§§35-52), 12. Aufl. 2021, § 43 Rd.-Nr. 51 ff.