

Compliance Berater

1-2 / 2021

Betriebs-Berater Compliance

21.01.2021 | 9.Jg
Seiten 1–44

EDITORIAL

Die Stabilisierung von Regeln durch Regelbrüche | 1
Prof. Dr. Stefan Kühl

AUFSÄTZE

Anforderungen an eine nachhaltige Organvergütung und Unternehmensfinanzierung | 1
Dr. Thorsten Kuthe, RA, und Dr. Gero Lingen, RA

Haftungsrisiken bei Lagerung und Umgang mit Chemikalien – Teil 2 | 7
Dr. Malte Passarge und Sandra Scherbarth

Ethische Führung als weitere Stellschraube zur Stärkung der Compliance | 12
Alwina Neumann

Compliance-Management-System in Non-Profit-Organisationen: Ein notwendiges Übel? | 17
Dr. Stefanie Fehr

Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Realität und Regulatorik | 21
Die wesentlichen Ergebnisse der KPMG-Studie „Wirtschaftskriminalität in Deutschland 2020“
Barbara Scheben, RAin

Risikoanalyse und Geldwäsche – das Kataster | 25
Dr. Tobias Eggers, RA

RECHTSPRECHUNG

BGH: Kennzeichnung nach der Abfallverzeichnisverordnung und der Tatbestand des § 326 Abs. 1 Nr. 4a StGB in ihrer Reichweite nicht deckungsgleich | 35

BGH: Bestechlichkeit durch Inaussichtstellen der Förderung der Karriere gegen sexuelle Gefälligkeiten | 38

BGH: Pflichtwidrig unterlassenes Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen | 40

CB-BEITRAG

Dr. Thorsten Kuthe, RA, und Dr. Gero Lingen, RA

Anforderungen an eine nachhaltige Organvergütung und Unternehmensfinanzierung

Nicht nur die allgemeine öffentliche Diskussion, sondern auch das Aktien- und Kapitalmarktrecht wird seit geraumer Zeit durch das Thema „Nachhaltigkeit“ beherrscht. Durch das im Januar 2020 in Kraft getretene ARUG II und den neuen DCGK mit den darin enthaltenen Vorgaben u. a. zur Vergütung von Vorständen und Aufsichtsräten ist vor allem für börsennotierte Gesellschaften die Thematik von hoher Bedeutung. Der folgende Beitrag analysiert vor diesem Hintergrund die wichtigsten Regelungsbereiche für eine nachhaltige Organvergütung und Unternehmensfinanzierung und gibt wertvolle Praxishinweise.

I. Einleitung

Auch wenn der Begriff „Nachhaltigkeit“ bisweilen inflationär benutzt wird und nicht eindeutig definiert ist, handelt es sich seit geraumer Zeit zweifellos um einen der wichtigsten Themenbereiche auch im Aktien- und Kapitalmarktrecht. Dies lässt sich nicht nur anhand von Gesetzesreformen und privaten Initiativen, sondern auch anhand der Vielzahl an (wissenschaftlichen) Publikationen feststellen. Vor allem die Unternehmensbereiche „Organvergütung“ und „Unternehmensfinanzierung“ sind vom Komplex „Nachhaltigkeit“ besonders tangiert und werden dies künftig immer stärker sein. Der vorliegende Beitrag nimmt dies zum Anlass die wichtigsten Regelungen / Anforderungen zum Bereich „Nachhaltigkeit“ für die Organvergütung und „Unternehmensfinanzierung“ im Überblick darzustellen. Aufgrund der Regeldichte kann es sich jedoch lediglich um einen kleinen Ausschnitt handeln, sodass jedes Unternehmen anhand der Besonderheiten des Einzelfalls die konkreten individuellen Auswirkungen / Einflüsse analysieren sollte.

II. Organvergütung

1. Neue Nachhaltigkeits-Anforderungen im Rahmen der Organvergütung durch das ARUG II

Am 1.1.2020 ist – mit erheblicher Verzögerung bei der Umsetzung der europäischen Vorgaben – das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) in Kraft getreten.¹ Neu implementiert wurde hierbei die Pflicht für börsennotierte Gesellschaften (= regulierter Markt, vgl. § 3 Abs. 2 AktG) ein sog. „Vergütungssystem“ für den Vorstand und Aufsichtsrat aufzustellen sowie einen „Vergütungsbericht“ abzugeben.

a) Vergütungssystem zur Vorstandsvergütung

Durch das sog. Vergütungssystem soll *ex-ante* Transparenz bei der Organvergütung hergestellt werden. Der Aufsichtsrat hat dazu ein „klares und verständliches“ System zur Vergütung des Vorstands zu

beschließen. Während bislang gemäß § 120 AktG lediglich ein freiwilliges Votum der Hauptversammlung („HV“) über das Vergütungssystem vorgesehen ist, hat künftig die HV zwingend bei jeder wesentlichen Änderung, mindestens aber alle vier Jahre, über die Billigung des Vergütungssystems für den Vorstand zu beschließen.

Durch den Beschluss der HV werden jedoch keine Rechte und Pflichten begründet. Der Aufsichtsrat kann auch im Falle eines ablehnenden Beschlusses die Vorstandsvergütung frei festsetzen. Zwar hat der Aufsichtsrat sodann spätestens in der folgenden ordentlichen HV ein überprüfbares Vergütungssystem zur Billigung vorzulegen, muss aber auch bei einer erneuten Ablehnung rein rechtlich keine Konsequenzen ziehen. Faktisch ist aber schwer vorstellbar, dass der Aufsichtsrat den entsprechenden Aktionärswillen ignoriert.

§ 87a Abs. 1 S. 2 AktG enthält (Mindest-)Vorgaben für den Inhalt des Vergütungssystems, wie etwa eine Festlegung einer Maximalvergütung (Nr. 1), Angaben zum Anteil fester und variabler Vergütungen (Nr. 3), alle finanziellen und nichtfinanziellen Leistungskriterien für die Gewährung variabler Vergütungsbestandteile einschließlich (a) einer Erläuterung, wie diese Kriterien zur Förderung der Ziele gemäß Nummer 2 beitragen, und (b) einer Darstellung der Methoden, mit denen die Erreichung der Leistungskriterien festgestellt wird (Nr. 4).

Die Vergütungsstruktur des Vorstands ist auf nachhaltige und langfristige Entwicklung der Gesellschaft auszurichten. Durch eine redaktionelle Änderung des Wortlauts von § 87 Abs. 1 S. 2 AktG („nachhaltige und langfristige Entwicklung der Gesellschaft“) wurde klargestellt, dass der Aufsichtsrat börsennotierter Gesellschaften bei der Festsetzung der Vergütung, insbesondere der Wahl der Vergütungsanreize, auch soziale und ökologische Gesichtspunkte in den Blick zu nehmen hat und nicht nur rein zeitliche. Aufgrund der Neuregelung ist die Berücksichtigung von für die jeweilige Gesell-

¹ Siehe zu einem Überblick über die wichtigsten Inhalte *Zipperle/Lingen*, BB 2020, 131 ff.

schaft relevanten nichtfinanziellen Leistungsindikatoren bei der Vorstandsvergütung verpflichtend. Der Aufsichtsrat darf sich also bei der Festlegung der Vorstandsvergütung nicht mehr allein an finanziellen Zielen orientieren, sondern muss auch nichtfinanzielle, namentlich soziale und ökologische Leistungsindikatoren berücksichtigen.² Es ist zwar zu erwarten, dass auch künftig variable Vergütungen mehrheitlich nach finanziellen Leistungskriterien bemessen werden.³ Aber man kann davon ausgehen, dass – nicht zuletzt auch aufgrund der öffentlichen Diskussion und des Drucks von Stimmrechtsberatern – der Anteil nichtfinanzieller Kriterien stetig an Relevanz gewinnen wird.

Praxishinweis:

Nachhaltige (variable) Vergütungen können sich verstärkt an Umweltzielen orientieren. Als Erfolgsparameter kommen hierbei beispielsweise das Volumen des CO₂-Ausstoßes oder der Umfang der CO₂-Reduktion im abgelaufenen Geschäftsjahr in Betracht.⁴ Eine gute Möglichkeit zur Gewährung variabler Vergütungen stellen Aktienoptionspläne dar, welche vom Erreichen frei wählbarer Erfolgsziele (§ 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG) abhängig gemacht werden können. Zu beachten ist hierbei, dass die Erfolgsziele sowie auch weitere Angaben wie etwa der Kreis der Bezugsberechtigten; der Ausgabebetrag oder die Grundlagen, nach denen dieser Betrag errechnet wird, sowie die Aufteilung der Bezugsrechte auf Mitglieder der Geschäftsführungen und Arbeitnehmer, Erwerbs- und Ausübungszeiträume und Wartezeit für die erstmalige Ausübung (mindestens vier Jahre) im Rahmen des Hauptversammlungsbeschlusses festzusetzen sind (§ 193 Abs. 2 AktG). Die Aktienoptionen können dann später von der Gesellschaft flexibel aus bedingtem Kapital (Regelfall), Genehmigtem Kapital oder auch eigenen Aktien bedient werden.

Jüngst hat die Deutsche Bank bekannt gegeben, dass sich die Vergütung der Vorstände ab 2021 an der Erreichung konkreter Nachhaltigkeitsziele orientieren sollen. Der Erfolg werde künftig daran gemessen, dass die Bank das jährliche Volumenziel an nachhaltigen Finanzierungen und ESG-Anlagen erreiche, sowie Fortschritte bei Nachhaltigkeits-Ratings von fünf führenden Rating-Agenturen mache. Darüber hinaus werde auch ein Nachhaltigkeitskomitee eingerichtet, welches vom CEO, Christian Sewing geleitet werde.⁵ Die Kürzel „ESG“ beschreiben dabei drei Verantwortungsbereiche und stehen für Umwelt (Environment), Soziales wie Gesundheitsschutz und Diversity (Social) sowie nachhaltige Unternehmensführung (Governance).

b) Vergütungsbericht

Der durch das ARUG II neu eingeführte „Vergütungsbericht“ (§ 162 AktG) soll nachträglich Transparenz hinsichtlich der individuellen Vergütung der Mitglieder der Unternehmensleitung schaffen. Erreicht werden soll dies dadurch, dass die konkrete Vergütung jedes einzelnen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieds der Gesellschaft im letzten Geschäftsjahr anzugeben ist, inklusive etwaiger gewährter variabler Vergütungen für das Erreichen / Einhalten von Nachhaltigkeitszielen. Einzubeziehen sind nicht nur die unmittelbar von der Gesellschaft selbst gewährten Leistungen, sondern auch von Gesellschaften desselben Konzerns oder von sonstigen Dritten gewährte oder geschuldete Vergütungen / Leistungen.

Der Vergütungsbericht wird gemäß § 162 Abs. 3 AktG vom Abschlussprüfer formell geprüft und mit einem Vermerk versehen.

Praxishinweis:

Ein sogenannter „Opt-out“ und damit die Befreiung von der Offenlegungspflicht der individuellen Vorstandsvergütung durch HV-Beschluss ist nicht mehr möglich, da §§ 286 Abs. 5, 314 Abs. 3 S. 1 HGB ersatzlos gestrichen wurden.

Der Vergütungsbericht ist erstmals für das nach dem 31.12.2020 beginnende Geschäftsjahr zu erstellen und der HV bis zum Ablauf der ersten ordentlichen HV in dem darauffolgenden Geschäftsjahr zur Billigung vorzulegen. Für börsennotierte KMUs i. S. d. § 267 Abs. 1, 2 HGB besteht eine Erleichterung, da diese die Möglichkeit erhalten – anstelle einer Abstimmung über den Vergütungsbericht – lediglich eine Erörterung in der HV vorzusehen⁶.

c) Aufsichtsratsvergütung

Über das neu durch das ARUG II eingeführte System der Aufsichtsratsvergütung hat die HV künftig ebenfalls mindestens alle vier Jahre zu beschließen, wobei – wie bei der Vorstandsvergütung – gemäß § 120a Abs. 1 S. 4 AktG auch eine bloße Bestätigung erfolgen kann. Die Inhalte des Vergütungssystems nach § 87a Abs. 1 S. 2 AktG sollen sinngemäß angewendet werden, sodass auch für den Aufsichtsrat eine teilweise variable, an Nachhaltigkeitskriterien orientierte Vergütung möglich ist. Zu beachten ist aber, dass die variable Vergütung so ausgestaltet ist, dass sie die Aufsichtsratsmitglieder im Unternehmensinteresse zur ordnungsgemäßen Überwachung anreizt. Feste und variable Vergütungsbestandteile müssen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.⁷ Es scheiden damit regelmäßig wohl (Nachhaltigkeits-)Kriterien aus, die an Faktoren anknüpfen, die nicht mit dem Unternehmenserfolg in Zusammenhang stehen (wie etwa die Ölpreisentwicklung).⁸

Neben einer Festlegung der Vergütung durch die HV kann eine solche auch – wie vielfach üblich – durch Satzungsregelung erfolgen.

2. „Nachhaltigkeit“ im neuen DCGK

Am 20.3.2020 ist der von der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex am 16.12.2019 beschlossene neue Deutsche Corporate Governance Kodex im Bundesanzeiger veröffentlicht worden und damit unmittelbar in Kraft getreten. Der neue DCGK ersetzt damit den zuvor geltenden Kodex in der Fassung vom 7.2.2017. Nachdem zuvor am 1.1.2020 das ARUG II in Kraft getreten ist, wurde der DCGK noch final hierauf abgestimmt. Der neue Kodex gilt unmittelbar nur für im regulierten Markt börsennotierte Gesellschaften und Gesellschaften mit Kapitalmarktzugang i. S. d. § 161

2 *Fleischer*, in: BeckOK AktG, § 87 Rn. 38 m. w. N.

3 *Velte*, NZG 2020, 12, 14.

4 Siehe hierzu *Mutter*, AG 2019, R340; *Lutter/Krieger/Verse*, in: dies., Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 6. Aufl. 2014, § 7 Bestellung und Anstellung des Vorstands und die Organisation der Vorstandstätigkeit, Rn. 402; *Zipperle/Lingen*, BB 2020, 131, 133; *Velte/Stern*, IRZ 2020, 389.

5 Siehe Handelsblatt, „Deutsche Bank koppelt Vorstandsgehälter an Öko-Ziele“, abrufbar unter: www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/nachhaltigkeit-deutsche-bank-koppelt-vorstandsgehaelter-an-oeko-ziele/26692002.html?share=linkedin&ticket=ST-10152321-fVTG40g0UrfCfOivLSfa-ap6 (zuletzt abgerufen am 9.12.2020).

6 Siehe zu Vorstehendem und zu einer Übersicht zu den Neuregelungen durch das ARUG II auch *Zipperle/Lingen*, BB 2020, 131.

7 *Spindler*, in: BeckOK AktG, § 113 Rn. 53 m. w. N. und mit Vorschlägen von maximalen variablen Quoten von ca. 20–30%.

8 Vgl. hierzu *Spindler*, in BeckOK AktG, § 113 Rn. 53 unter Verweis auf *Gehling*, ZIP 2005, 549, 553.

AktG. Gleichwohl können laut der Präambel die Empfehlungen und Anregungen des DCGK auch nicht kapitalmarktorientierten Gesellschaften zur Orientierung für eine gute Unternehmensführung dienen. Hinsichtlich der variablen Vergütung empfiehlt der Kodex, dass der Anteil der langfristig variablen Vergütungsbestandteile den Anteil der kurzfristig variablen Vergütungsbestandteile übersteigen soll und möglichst nicht Bargeld, sondern Aktien der Gesellschaft gewährt werden sollen. Entsprechend der neuen Vorgaben durch das ARUG II soll die Vorstandsvergütung zudem einen Anreiz zur Umsetzung strategischer Maßnahmen als Beitrag zur nachhaltigen (= sozialen / ökologischen) und langfristigen Unternehmensentwicklung schaffen (Grundsatz 23).

Wie eine nachhaltige Vergütung i. S. d. § 87 Abs. 1 S. 2 AktG bzw. DCGK konkret auszusehen hat, lässt das Gesetz offen. Als Orientierungshilfe können – wie zum Teil vorgeschlagen wird – auch bereits existente Ideen dienen, wie z. B. die „Leitlinien für eine nachhaltige Vorstandsvergütung“, welche 2018 von einem privaten Arbeitskreis aus Aufsichtsratsvorsitzenden, Investoren, Wissenschaftlern und Corporate Governance Experten, entwickelt wurden.⁹ Ein geeignetes Instrument, welches sowohl in § 87a Abs. 1 Nr. 6 AktG als auch im DCGK (Empfehlung G.11) genannt wird, können auch sog. „Claw-Back“-Klauseln sein, die ein (teilweises) Rückforderungsrecht von bereits geleisteten variablen Vergütungen bei Nichteinhaltung von Nachhaltigkeitszielen vorsehen.¹⁰

Praxishinweis:

Da die neuen ARUG II-Vorgaben zur Vorstandsvergütung nicht auf bestehende Vorstandsverträge anwendbar sind (Altverträge), müssen auch die Änderungen des Kodex nicht in laufenden Vorstandsverträgen berücksichtigt werden. Die neuen DCGK-Anforderungen sind damit erstmals bei einer Vertragsverlängerung oder Neuabschlüssen zu berücksichtigen. Folglich können die Neuregelungen gegebenenfalls noch für einen mehrjährigen Zeitraum keine Anwendung finden, ohne dass dies durch eine entsprechende Erklärung gemäß § 161 AktG erklärt werden müsste.¹¹

3. Neue Anforderungen an „Nachhaltigkeit“ durch Stimmrechtsberater

Insbesondere für große börsennotierte Unternehmen ist in den letzten Jahren die Bedeutung und der Einfluss von großen Stimmrechtsberatern stark gestiegen. Hiermit geht ein hoher „faktischer“ Druck auf Unternehmen und ihre Leitungsorgane einher, sich an den Abstimmungsrichtlinien der Stimmrechtsberater zu orientieren. Das Thema „Nachhaltigkeit“ nimmt innerhalb der Richtlinien stetig an Relevanz zu. So hat etwa jüngst der große internationale Stimmrechtsberater *Institutional Shareholder Services* (ISS) seine aktualisierten Abstimmungsrichtlinien für die Hauptversammlungssaison 2021 publiziert.¹² Hierin ist erstmals vorgesehen, dass ESG-Versäumnisse, wie zum Beispiel Überwachungsversäumnisse in Umwelt- und sozialen Angelegenheiten, einschließlich Klimawandel, einen Ablehnungsgrund für Aufsichtsratskandidaten darstellen.¹³ ISS kündigt an, sich künftig bei schwerwiegenden Versäumnissen bei der Risikoüberwachung in den Bereichen von Umwelt- (insbesondere Klimaänderung) und sozialen Angelegenheiten und guter Unternehmensführung („ESG-Kriterien“) gegen einen Aufsichtsratskandidaten zu positionieren.

Praxishinweis:

Gesellschaften sollten im Vorfeld ihrer jeweiligen Hauptversammlung fortlaufend sondieren, welche Stimmrechtsberater vertreten

sein werden und sich sorgfältig mit den jeweiligen Inhalten der Abstimmungsrichtlinien auseinandersetzen, um mögliche Beschlussinhalte ggf. nochmals zu überdenken und / oder auf kritische Fragen im Rahmen der Hauptversammlung gut vorbereitet zu sein. Dies gilt auch für kleinere Aktiengesellschaften, da in den letzten Jahren auch hier eine immer stärker werdende Einflussnahme (nationaler) Stimmrechtsberater zu beobachten ist.

Insbesondere größere Gesellschaften (v. a. Dax-Unternehmen) sollten zudem beachten, dass auch Vermögensverwalter (z. B. ETF-Anbieter) verstärkt auf Nachhaltigkeitsaspekte achten. So gab etwa der internationale Vermögensverwalter *BlackRock* Anfang 2020 bekannt, dass man zunehmend geneigt sei, Vorständen und Aufsichtsräten die Entlastung zu verweigern, wenn ihre Unternehmen beim Thema Nachhaltigkeit keine ausreichenden Fortschritte machten.¹⁴

III. Unternehmensfinanzierung

1. Steigende Bedeutung von „Nachhaltigkeit“ bei Investoren und Vermögensverwaltern

Im Januar 2020 gab der CEO des global tätigen Vermögensverwalters *BlackRock*, Larry Fink, bekannt, dass aktiv verwaltete Portfolios bis Mitte 2020 auf deren Klimaverträglichkeit hin geprüft und gegebenenfalls schädliche Investments, wie etwa Wertpapiere von Kohleproduzenten, beseitigt würden. Künftig würde eine Nachhaltigkeit nach ESG-Kriterien, welche Umwelt-, Sozial- und Governance-Standards umfasst, ein relevantes Entscheidungskriterium für *BlackRock*'s Investitionen werden.¹⁵ Dies ist nur ein Beispiel, welches zeigt, dass private Investoren verstärkt auf das Thema Nachhaltigkeit schauen und Anlageentscheidungen hiervon abhängig machen.

Kapitalmarktorientierte Gesellschaften können vor diesem Hintergrund vor allem die sog. nichtfinanzielle Erklärung gemäß § 289b HGB (Teil des Lageberichts) dazu nutzen, um jährlich transparent und umfassend über die Einhaltung von Nachhaltigkeitsaspekten im Unternehmen zu berichten. Die nichtfinanzielle Erklärung bezieht sich gem. § 289c Abs. AktG zumindest auf folgende Aspekte: Umweltbelange, Arbeitnehmerbelange, Sozialbelange, die Achtung der Menschenrechte und die Bekämpfung von Korruption und Bestechung. Möglich erscheint, dass es auch künftig in Bezug auf die nichtfinan-

9 www.leitlinien-vorstandsverguetung.de (zuletzt abgerufen am 9.12.2020); dazu *Strenger/Wolff*, AR 2018, 170 ff.; als Orientierungshilfe vorgeschlagen von *Bachmann*, in: *Kremer u. a.*, Deutscher Corporate Governance Kodex, 8. Auflage 2021, G 23 Rn. 52.

10 Vgl. *Schwennicke*, in: *Grigoleit*, Aktiengesetz, 2. Auflage, 2020, § 87 Rn. 21 m. w. N.; ausführlich zu Claw-Back-Klauseln in Vorstandsverträgen *Seyfarth*, WM 2019, 521 und *Seyfarth*, WM 2019, 569.

11 *Johannsen-Roth*, in *Johannsen-Roth/Illert/Ghassemi-Tabar*, DCGK, 2020, Grundsatz 23 Rn. 6.

12 www.issgovernance.com/file/policy/latest/emea/Europe-Voting-Guidelines.pdf; www.issgovernance.com/file/policy/latest/updates/EMEA-Policy-Updates.pdf

13 <https://www.issgovernance.com/file/policy/latest/updates/EMEA-Policy-Updates.pdf>, S. 5.

14 Vgl. „Blackrock will mehr auf Nachhaltigkeit drängen“, in: www.faz.net/aktuell/finanzen/finanzmarkt/brief-an-unternehmen-blackrock-will-mehr-auf-nachhaltigkeit-draengen-16580517.html (zuletzt abgerufen am 7.12.2020).

15 Vgl. „Blackrock will mehr auf Nachhaltigkeit drängen“, in: www.faz.net/aktuell/finanzen/finanzmarkt/brief-an-unternehmen-blackrock-will-mehr-auf-nachhaltigkeit-draengen-16580517.html (zuletzt abgerufen am 7.12.2020).

zielle Erklärung zu einer gesetzlichen Ausweitung der inhaltlichen Pflichten kommen wird. Denn von Seiten der EU-Kommission wurde bereits Kritik laut, dass die Qualität der nichtfinanziellen Berichte, vor allem in Bezug auf die klimabezogenen Unternehmensinformationen, verbesserungswürdig sei.¹⁶ Daher werden derzeit folgende Maßnahmen diskutiert: eine Ausweitung des Anwenderkreises der nichtfinanziellen Erklärung gem. § 289b HGB, eine Präzisierung der Inhaltskomponenten, eine Verpflichtung zur Anwendung eines bestimmten Rahmenwerks (z. B. der GRI-Standards) und die Einführung einer (materiellen) Prüfungspflicht durch einen unabhängigen Dritten (z. B. Wirtschaftsprüfer).¹⁷

Für die Aufstellung der nichtfinanziellen Erklärung ist der Vorstand zuständig. Der Aufsichtsrat (als Gesamtorgan) hat die Pflicht, die nichtfinanzielle Erklärung sowie den Jahresabschluss und Lagebericht zu prüfen. Anders als für den Abschluss- und Lagebericht, ist keine gesetzliche Pflicht zur inhaltlichen Prüfung der nichtfinanziellen Erklärung durch den Abschlussprüfer vorgesehen (§ 317 Abs. 2 S. 4 HGB).¹⁸ Der Aufsichtsrat hat somit den Inhalt der nichtfinanziellen Erklärung selbst zu prüfen oder gemäß § 111 Abs. 2 S. 2 AktG eine externe inhaltliche Überprüfung in Auftrag zu geben.¹⁹

Unrichtige Darstellungen in der nichtfinanziellen Erklärung (§ 331 Nr. 1 HGB) können, genau wie Gesetzesverstöße gegen die Vorschriften zur Aufstellung der nichtfinanziellen Erklärung (§ 334 Abs. 1 Nr. 3 HGB), zu Schadensersatzansprüchen gegen die Vorstände und Aufsichtsräte führen. Außerdem kommt eine Geldbuße gegen die Gesellschaft gemäß § 30 OWiG in Betracht.

2. „Green Bonds“ als interessante Finanzierungsoption

Einen großen Trend bei der Fremdfinanzierung stellen seit einiger Zeit Emissionen von sog. „Green Bonds“ dar. Für Emittenten besteht hierbei die Möglichkeit, freiwillig einen oder mehrere grüne Bond-Standards, die Investoren das Erkennen und Vergleichen nachhaltiger Investitionen erleichtern sollen, einzuhalten.

Zwar fehlt es bislang an einem einheitlichen, verbindlichen Standard. In Europa haben sich aber vor allem die Green Bond Principles, der Climate Bonds Standard und der geplante EU Green Bond Standard als wesentlich herausgestellt.²⁰

Charakteristisch für Green Bonds ist die zweckgebundene Mittelverwendung.²¹ Die Emissionserlöse von Green Bonds müssen ausschließlich zur anteiligen oder vollständigen (Re-)Finanzierung geeigneter grüner Projekte verwendet werden (z. B. Erneuerbare Energien, Energieeffizienz, Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung, Nachhaltige Bewirtschaftung der lebenden natürlichen Ressourcen, Sauberer Verkehr etc.). Die Zwecke des Green Bonds müssen allerdings nicht von vorneherein exakt feststehen. Emittenten haben jedoch zumindest vor der Emission ihre übergeordneten Ziele, die Strategie, Politik und / oder Verfahren in Bezug auf die ökologische Nachhaltigkeit sowie alle grünen Standards oder Zertifizierungen, die für die Projektauswahl relevant sind, offenzulegen.²²

Im Hinblick auf die (fortlaufende) Compliance ist zu beachten, dass sämtliche vorgenannten Green Bonds Standards verpflichtend sowohl eine Berichterstattung über die Zuordnung und Verwendung der Emissionserlöse aus dem Green Bond („Allocation Reporting“) als auch eine Berichterstattung über die Umweltauswirkungen („Impact Report“), die durch Verwendung der Mittel aus der grünen Anleihe erzielt wurden, voraussetzen. Zwischen den einzelnen Standards gibt es hier lediglich marginale Unterschiede im Inhalt und dem Grad der Verbindlichkeit.²³

Praxishinweis:

Aus dieser Form der Unternehmensfinanzierung ergibt sich dann auch eine Rückkoppelung auf die vorstehend dargelegten Nachhaltigkeitsanforderungen bei der Vorstandsvergütung: Emittenten, die Green Bonds begeben, zeigen selber nach außen, dass sie das Unternehmen – jedenfalls in bestimmten Bereichen – nachhaltig aufstellen. Dann ist es naheliegend, für diese Emittenten auch die nichtfinanziellen Leistungskennzahlen (etwa Einhaltung der Green Bond Standards) in der Vorstandsvergütung zu berücksichtigen.

Ein Vorteil der Emission von Green Bonds ist derzeit vor allem der hiermit verbundene Imagegewinn für den Emittenten, ohne dass signifikante Zusatzkosten im Vergleich zu einer „normalen“ Anleiheemission entstehen. Eine erhöhte Aufmerksamkeit / Reputation kann zudem erreicht werden, wenn die Green Bonds in den Handel von speziellen Segmenten, wie etwa dem Green Bond Segment der Frankfurter Wertpapierbörse (dort aktuell 260 Bonds) einbezogen werden.²⁴ Nachteilig können jedoch für kleinere Emittenten unter Umständen die laufenden Compliance-Kosten sein, die möglicherweise nicht durch geringere Kupons aufgrund der „Green Bonds-Qualifikation“ ausgeglichen werden.²⁵ Es sollte daher im Vorfeld eine sorgsame Emissionsplanung unter Einschaltung qualifizierter Kapitalmarktberater erfolgen.

3. Finanzierung durch Nachhaltigkeitsdarlehen

Ähnlich wie im Bereich von Green Bonds haben sich auch bei Kreditfinanzierungen bereits erste Standards für Nachhaltigkeitsdarlehen herausgebildet. Eine wesentliche Grundlage bilden hierbei die im Mai 2020 von den wichtigsten Kreditmarktverbänden Europas, den USA und Asiens (APLMA, LMA, LSTA) zusammen herausgegebenen aktualisierten Nachhaltigkeitsprinzipien für Darlehensverträge (Sustainability Linked Loan Principles – SLLP).²⁶

Die SLLP verfolgen jedoch einen etwas anderen Ansatz, als die Rahmenwerke der Green Bonds. Ziel und Besonderheit der SLLP ist es, dass nicht nur umweltspezifische Aspekte, sondern auch andere Ziele des Themenbereichs „Environmental, Social and Governance“ (ESG) gefördert werden. Die SLLP stellen konkret nicht ausschließlich auf die Finanzierung nachhaltiger Projekte ab, sondern richten sich vielmehr potentiell an jeden Darlehensnehmer, der seine Nachhaltigkeitsperformance verbessern möchte.²⁷ Ziel der SLLP ist es, die Unternehmen als Darlehensnehmer zu mehr Nachhaltigkeit zu motivieren und das Nachhaltigkeitsprofil des Darlehensnehmers zu verbessern, sodass eine Darlehensfinanzierung nach den SLLP grundsätzlich allen Unternehmen der Realwirtschaft offensteht.²⁸ Erreicht

16 Hierzu *Velte/Stern*, IRZ 2020, 389, 390 m. w. N.

17 *Velte/Stern*, IRZ 2020, 389, 390.

18 *Klinger*, in: MüKo HGB, 4. Auflage 2020, § 334 Rn. 44.

19 *Klinger*, in: MüKo HGB, 4. Auflage 2020, § 334 Rn. 44; *Hennrichs/Pöschke*, NZG 2017, 121, 125 ff.; *Lanfermann*, BB 2017, 747, 749 f.

20 Ausführlich zu den einzelnen Standards *Kuthe/Dresler-Lenz*, CB 2020, 369.

21 *Veil*, WM 2020, 1093, 1095.

22 Zu den sog. Green Bond Principles *Kuthe/Dresler-Lenz*, CB 2020, 369, 371.

23 Ausführlich hierzu *Kuthe/Dresler-Lenz*, CB 2020, 369, 372 f.

24 Vgl. www.boerse-frankfurt.de/anleihen/green-bonds (zuletzt abgerufen am 11.12.2020); hierzu *Gajo*, AG 2018, R360.

25 Siehe auch *Kuthe/Dresler-Lenz*, CB 2020, 369, 373.

26 Abrufbar unter www.lsta.org/content/sustainability-linked-loan-principles-sllp/

27 *Arlt*, BKR 2019, 477.

28 Vgl. SLLP „Target Setting“; *Arlt*, BKR 2019, 483.

werden soll die Verbesserung des Nachhaltigkeitsprofils des Darlehensnehmers, indem die Darlehensbedingungen an die Leistung des Darlehensnehmers im Vergleich zu vorher festgelegten Benchmarks (Sustainability Performance Targets (SPT)) ausgerichtet werden. Durch die Bindung der Darlehensbedingungen an die Nachhaltigkeitsleistung des Darlehensnehmers, werden den Darlehensnehmern Anreize geboten, ihr Nachhaltigkeitsprofil während der Laufzeit des Darlehens zu verbessern. Die SPT sollten sinnvoll gesetzt und während der gesamten Laufzeit des Darlehens angewandt werden. Ein Vorteil der SLLP ist, dass die Darlehensverträge je nach Transaktion flexibel ausgerichtet werden können und keinem starren Regulierungskorsett unterliegen.

Praxishinweis:

In der Praxis haben im Rahmen der Kreditvertragsdokumentation die SLLP-Leitlinien insbesondere folgende Auswirkungen: Es müssen im Vorfeld des Darlehensvertragsschlusses SPT festgelegt werden, wobei genau sicherzustellen ist, wie diese spezifischen Leistungskriterien messbar sein sollen. Daneben muss die Zielerreichungsverpflichtung durch entsprechende Covenants (SPT Covenants) festgesetzt und eine regelmäßige Berichterstattungspflicht (Information and Reporting) vertraglich implementiert werden. Außerdem kann möglicherweise eine Kontrolle durch (externe) Prüfer empfehlenswert sein. Zwar muss nach den SLLP eine fehlende Erreichung der SPT (= fehlende Zielerreichung) nicht zwingend ein Kündigungsrecht des Darlehensgebers begründen.²⁹ In der Praxis wird allerdings neben Zinsanpassungen auch ein Kündigungsrecht bei Nichterreichung als Sanktion üblich sein, um nicht den nachhaltigen Finanzierungszweck leerlaufen zu lassen. Zudem wird zu Recht empfohlen, dass es überlegenswert ist das vom Kreditnehmer verfolgte Nachhaltigkeitskonzept zum Beispiel in die Präambel des jeweiligen Kreditvertrags aufzunehmen, da auf diese Weise ein gemeinsames Verständnis der Vertragsparteien zugrunde gelegt werden kann, welches unter Umständen auch bei der Auslegung der materiellen Vertragsbestimmungen von Relevanz sein kann.³⁰

4. Auswirkungen des BaFin Merkblatts zu Nachhaltigkeitsrisiken

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht („BaFin“) hat am 20.12.2019 ein Merkblatt zum Umgang mit Nachhaltigkeitsrisiken in der Finanzbranche veröffentlicht.³¹ Dieses Merkblatt soll den von der BaFin beaufsichtigten Unternehmen (vor allem Banken) als Orientierungshilfe bzw. als Kompendium unverbindlicher Verfahrensweisen (Good-Practice-Ansätze) dienen. Daneben soll hierdurch eine Hilfestellung im Hinblick auf den aufsichtsrechtlichen Überprüfungs- und Bewertungsprozess gegeben werden.

Die BaFin fasst den Begriff „Nachhaltigkeit“ i. S. d. „ESG – Environmental, Social, Governance“ sehr weit. Umfasst werden die drei Oberaspekte Umwelt, Soziales und Unternehmensführung. Diese werden dann ihrerseits in zahlreiche weitere Unterbereiche wie Klimaschutz, Schutz der biologischen Vielfalt, nachhaltige Nutzung von Ressourcen, Einhaltung anerkannter arbeitsrechtlicher Standards (z. B. keine Kinderarbeit und keine Diskriminierung), Einhaltung der Arbeitssicherheit des Gesundheitsschutzes, faire Arbeitsbedingungen, Diversität, Gewährleistung einer ausreichenden Produktsicherheit, gleiche Anforderungen an Unternehmen in der Lieferkette, Rücksichtnahme auf die Belange von Gemeinden und sozialen Minderheiten, Steuerehrlichkeit, Maßnahmen zur Korruptionsverhinde-

rung, Vorstandsvergütung in Abhängig von Nachhaltigkeit, Ermöglichung von Whistleblowing, Gewährleistung von Arbeitnehmerrechten und des Datenschutzes und mehr unterteilt.³²

Bemerkenswert ist hierbei, mit welcher Nachdrücklichkeit auch die BaFin das Thema betont und von den Unternehmen zwingend eine Auseinandersetzung mit Nachhaltigkeitsrisiken einschließlich entsprechender Dokumentation erwartet. Zwar sind Unternehmen der Realwirtschaft, die nicht von der BaFin beaufsichtigt werden, nicht Adressat des Merkblatts. Gleichwohl ist zu erwarten, dass es in der nächsten Zeit zu einer (mittelbaren) „Ausstrahlungswirkung“ kommen wird, sofern Banken / Versicherungen ihre Prozesse (vor allem bei der Kundenprüfung) im Hinblick auf Nachhaltigkeitsrisiken standardisieren.

Denn die BaFin erwartet von Unternehmen der Finanzbranche zwingend eine dokumentierte Auseinandersetzung mit Nachhaltigkeitsrisiken, wobei die Nachhaltigkeitsrisiken der Realwirtschaft Einfluss in die generellen Risikomanagementanforderungen der Finanzbranche finden müssen. Vor diesem Hintergrund kann allein schon der Umstand, sich nicht bewusst zu ESG zu bekennen und ESG-konform zu handeln, ein Risiko für ein beaufsichtigtes Unternehmen darstellen. Auf diese Weise wird ein faktischer Druck auf beaufsichtigte Unternehmen ausgeübt, das Thema „Nachhaltigkeit“ in den Fokus ihres geschäftlichen Handels zu stellen.³³

Praxishinweis:

Unternehmen, die künftig nicht mehr sicherstellen, dass in ihrer Lieferkette (siehe unten) zum Beispiel der Gesundheitsschutz von Arbeitnehmern beachtet wird, laufen Gefahr, keine (großvolumige) Finanzierung oder Versicherung mehr zu erhalten, weil dies ein Reputationsrisiko für die finanzierende Bank darstellen kann. Es ist daher zu empfehlen, sich mit Nachhaltigkeitsrisiken spätestens ab jetzt zu beschäftigen und entsprechende Prozesse nach und nach einzuführen, um zu vermeiden, künftig in eine Situation zu kommen, in der die Geschäftstätigkeit negativ beeinflusst wird, weil dokumentierte Nachhaltigkeitsstandards fehlen.³⁴ Dies gilt auch nicht nur bei Fremdfinanzierung durch Banken. Vielmehr ist auch bei Privatinvestoren damit zu rechnen, dass im Rahmen von Due Diligence Prüfungen verstärkt auch Nachhaltigkeitsaspekte eine wesentliche Rolle spielen.³⁵

5. Verstärkte Compliance-Anforderungen auch in der Lieferkette

Bereits jetzt scheint absehbar, dass sich Unternehmen künftig beim Umgang mit Nachhaltigkeitsrisiken nicht lediglich auf ihr eigenes

29 SLLP: „As mentioned above, sustainability linked loans look to improve the borrower’s sustainability profile. They do so by aligning loan terms to the borrower’s performance against pre-determined SPT benchmarks. For example, the margin under the relevant loan agreement may be reduced where the borrower satisfies a pre-determined SPT threshold or vice versa.“

30 Kropf, WM 2020, 1103, 1106; Arlt, BKR 2019, 477, 480.

31 BaFin, Merkblatt zum Umgang mit Nachhaltigkeitsrisiken, abrufbar unter: www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Merkblatt/dl_mb_Nachhaltigkeitsrisiken.pdf?sessionId=B089A446DB645CF1BCE3760B52E3484F.1_cid393?__blob=publicationFile&v=9 (zuletzt abgerufen am 7.12.2020).

32 BaFin, Merkblatt zum Umgang mit Nachhaltigkeitsrisiken, S. 13; zu Vorstehendem Zipperle/Kuthe, DB 2020, 438, 439.

33 Zipperle/Kuthe, DB 2020, 438.

34 Zipperle/Kuthe, DB 2020, 438, 439.

35 Siehe für den M&A Markt auch: „Warum ESG so stark die M&A-Preise beeinflusst“, www.finance-magazin.de/deals/ma/warum-esg-so-stark-die-m-a-preise-beeinflusst-2070011/ (zuletzt abgerufen am 7.12.2020).

wirtschaftliches Handeln beschränken können, sondern dass auch zunehmend unternehmerische Sorgfaltspflichten und Compliance-Herausforderungen innerhalb von Lieferketten bestehen werden. Erkennbar wird diese Entwicklung vor allem durch das geplante (nationale) Sorgfaltspflichtengesetz (zum Teil auch als „Lieferketten-gesetz“ bezeichnet). Dieses soll für in Deutschland ansässige Unternehmen mit mehr als 500 Arbeitnehmern gelten, wobei die Arbeitnehmer konzernangehöriger Gesellschaften bei der Konzernmutter miteinbezogen würden.

Ziel des Gesetzes ist es Unternehmen darin zu bestärken, mit Zulieferern oder innerhalb der Branche nach Lösungen für einen besseren Schutz von Mensch und Umwelt zu suchen. Hierbei verhält sich sorgfältig, wer für die folgenden fünf Schritte Prozesse im Unternehmen etabliert:

- Menschenrechts- und Umweltrisiken in der Lieferkette ermitteln;
- Besondere Verfahren verankern, um Risiken zu analysieren und zu bewerten;
- Gegenmaßnahmen ergreifen, um negativen Auswirkungen vorzubeugen;
- Wirksamkeit der Maßnahmen kontrollieren;
- Verletzungen durch ein internes Beschwerdeverfahren frühzeitig identifizieren;
- Jährliche transparente und öffentliche Berichterstattung an die zuständige Behörde.

Zwar erscheint derzeit offen, ob es noch (zeitnah) zu einer Verabschiedung eines nationalen Sorgfaltspflichtengesetzts kommt. Die Tatsache, dass es mittelfristig auf europäischer und / oder nationaler Ebene zu entsprechenden Regulierungsmaßnahmen in diesem Bereich kommen wird, scheint jedoch so gut wie sicher. Dies gilt umso mehr, als es in einzelnen europäischen Ländern, wie etwa Frankreich, bereits erste (nationale) Gesetze gibt, die als Vorbild dienen und in denen menschenrechtliche Sorgfaltspflichten niedergelegt sind, deren Verletzung eine allgemeine Deliktshaftung auslösen kann.³⁶ Unternehmen sollten daher die weitere Entwicklung der Gesetzgebungsverfahren genau im Auge behalten, um rechtzeitig geeignete interne Compliance-Strukturen schaffen zu können.

IV. Fazit

Insbesondere – aber nicht nur – im regulierten Markt börsennotierte Gesellschaften werden sich künftig immer häufiger bei der Ausgestaltung der Organvergütung und der Unternehmensfinanzierung Aspekten der „Nachhaltigkeit“ gegenübersehen. Dies folgt überwiegend – jedoch nicht alleine – aus gesetzlichen Pflichten, wie den Neuregelungen zur Organvergütung durch das ARUG II. Ebenso sind nämlich

bereits schon jetzt klare Hinweise auf strengere Beobachtung von Nachhaltigkeitsaspekten durch Stimmrechtsberater, vor allem im Rahmen von Entlastungs- und Personalentscheidungen (Kandidaten-vorschlägen für Aufsichtsratsmandate), zu vernehmen.

Unternehmen, die sich nicht hinreichend um das Thema Nachhaltigkeit in ihrem Unternehmen sowie der Lieferkette beschäftigen, müssen künftig mit steigenden Finanzierungskosten oder sogar im schlimmsten Fall mit der Ablehnung von Fremdfinanzierungen durch Banken und privaten Investoren rechnen. Daher sollten sich die Leitungsorgane frühzeitig mit den vielseitigen und derzeit sich stark im Wandel befindlichen Rahmenbedingungen beschäftigen und gegebenenfalls auch personelle Verantwortlichkeiten klar definieren. Aus heutiger Sicht erscheint nämlich nicht fernliegend, dass sich in ein paar Jahren ein „Nachhaltigkeits-Officer“ – ähnlich wie vor ein paar Jahren ein Compliance-Beauftragter – von einer zunächst neuartigen und begründungsbedürftigen Person hin zu einer Schlüsselposition im Unternehmen entwickelt hat.³⁷

AUTOREN



Dr. Thorsten Kuthe ist Rechtsanwalt und Partner bei Heuking Kühn Lüer Wojtek in Köln. Seine Kernkompetenzen liegen im Kapitalmarkt- und Gesellschaftsrecht/Public M&A. Ein Schwerpunkt seiner Arbeit ist dabei die kapitalmarktbezogene Compliance-Beratung von Unternehmen.



Dr. Gero Lingen ist Rechtsanwalt bei Heuking Kühn Lüer Wojtek in Köln. Seine Kernkompetenzen liegen im Kapitalmarkt- und Gesellschaftsrecht/Public M&A. Ein Schwerpunkt seiner Arbeit ist dabei die kapitalmarktbezogene Compliance-Beratung von Unternehmen.

³⁶ Vgl. Wagner, in: MüKo-BGB, 8. Auflage 2020, § 823 Rn. 118 mit Verweis auf Art. L 225-102-5 Code de commerce idF des „Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères e les entreprises donneuses d'ordre (no. 2017 - 399)“, v. 23.7.2017.

³⁷ So ausdrücklich auch Lange, BKR 2002, 261, 271.