

Wenn das CMS bei ESG-Vorschriften versagt – Grenzen der D&O-Versicherung



Karin Baumeier, LL.M.,
Rechtsanwältin,
Kanzlei Baumeier

ESG-Risiken können durch ein fehlerhaftes bzw. fehlendes Compliance Management System (CMS) zu hohen, teils unkalkulierbaren finanziellen Schäden beim Unternehmen führen. Der nachfolgende Beitrag fasst die Grenzen des D&O-Versicherungsschutzes in der gebotenen Kürze zusammen.

1. Einführung

„Leben, arbeiten und wirtschaften mit der Natur und nicht mehr länger gegen die Natur ist unser großer Lernprozess.“ lautet ein Zitat vom Dalai Lama, der damit eine Definition für Nachhaltigkeit geschaffen hat. Nachhaltigkeit baut auf den drei Säulen E – S – G auf. ESG steht für Environmental – Social – Governance (Umwelt – Soziales – faire Unternehmensführung).

Die UN-Agenda 2030 soll die Basis für weltweiten wirtschaftlichen Fortschritt schaffen, das im Einklang mit sozialer Gerechtigkeit und im Rahmen der ökologischen Grenzen der Erde steht. Sie betont dabei die gemeinsame Verantwortung von Politik, Wirtschaft, Wissenschaft und Bevölkerung. Die Verantwortung der Wirtschaft für mehr Nachhaltigkeit wird als Corporate Social Responsibility bezeichnet (CSR). Laut der

EU-Kommission erfüllen Unternehmen diese gesellschaftliche Verantwortung, wenn sie das geltende Recht einhalten sowie soziale und ökologische Verbraucher- und Menschenrechtsbelange in ihre Unternehmensstrategie und Geschäftstätigkeit integrieren.

ESG-Vorschriften nehmen kontinuierlich zu. Parallel dazu steigt auch das Haftungsrisiko der Unternehmensleiter. Denn bei einem Verstoß gegen ESG-Regeln drohen in erster Linie der Gesellschaft unterschiedliche rechtliche Konsequenzen, für die wiederum die Unternehmensleitung verantwortlich gemacht werden kann.

Daher sind Unternehmensleiter verpflichtet, ein Compliance Management System (kurz: CMS) zu integrieren, welches das rechtmäßige Verhalten des Unternehmens selbst, seiner Organmitglieder und seiner Mitarbeiter im Hinblick auf alle gesetzlichen Ge- und Verbote sowie nicht-normierter Vorgaben (soft law) gewährleisten soll. Erschwerend kommt hinzu, dass der Gesetzgeber keine klaren Vorgaben für die Ausgestaltung gemacht hat, was zu einer weiteren Erhöhung des Haftungsrisikos führt. Beim CMS handelt es sich um einen kontinuierlichen Prozess, denn nach der Errichtung ist dieses zu überwachen und es ist zu dokumentieren, ob das Veranlasste auch umgesetzt wird. Diese Pflicht ergibt sich entweder aus § 91 Absatz 2 AktG, soweit das „den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen“ früh erkannt werden soll. Nach der Intention des Gesetzgebers ist § 91 Absatz 2 AktG auch auf Unternehmensleiter anderer Gesellschaftsformen anwendbar und geht von einer Gesamtverantwortung aus. Bei einer Ressortaufteilung haben die nicht zuständigen Unternehmensleiter Überwachungspflichten. Soweit nicht auf die bestandsgefährdende Entwicklung abgestellt wird, ergibt sich die Pflicht einer Compliance-Organisation aus den allgemeinen Anspruchsgrundlagen wie § 93 Abs. 2 AktG und § 43 Abs. 2 GmbHG.

2. Verstoß gegen ESG-Regeln und Grenzen des D&O-Versicherungsschutzes

Im Rahmen der D&O-Versicherung besteht Versicherungsschutz für den Fall, dass ein Unternehmensleiter als versicherte Person in seiner Eigenschaft als Organ für die Gesellschaft als Versicherungsnehmerin gegen ESG-Regeln verstößt, welche eine Pflichtverletzung darstellt und wodurch der Gesellschaft (oder einem Dritten) ein Vermögensschaden entstanden ist und keine Ausschlussklausel greift.

2.1 Environmental – Klimaklagen

Prominentes Beispiel ist die aktuelle Klage eines peruanischen Kleinbauern gegen den Energiekonzern RWE. RWE wird vorgeworfen, durch CO₂-Emissionen für den Klimawandel und damit für die Gletscherschmelze in den Anden mitverantwortlich zu sei. Daher soll RWE Schadensersatz in Höhe von 0,47% für die Schutzmaßnahmen am Haus des Klägers und seinem Dorf bezahlen.

Bei Klimaklagen sind also neben Unterlassungsansprüchen auch Schadensersatzansprüche möglich.

Soweit der D&O-Versicherungsschutz nicht bereits wegen des Umweltausschlusses per se scheidet, stellt sich zunächst die Frage, ob überhaupt eine Pflichtverletzung des Unternehmensleiters vorliegt. Denn die CO₂-Emissionen wurden in aller Regel mit behördlicher Erlaubnis produziert. In diesem Zusammenhang empfehlen Wirtschaftsexperten, dass Unternehmen den jeweiligen zuständigen öffentlichen Aufgabenträger sämtliche Informationen zur Verfügung stellen, damit die Auswirkungen auf die Treibhausemission im Rahmen von Genehmigungsverfahren bzw. Betriebserlaubnissen ausreichend ermittelt werden kann. Dieses Ergebnis sollte dann in die unternehmensinterne Entscheidung mitberücksichtigt und dokumentiert werden.



Selbst wenn eine Pflichtverletzung anzunehmen wäre, ist der Nachweis der Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem Umweltschaden in der Regel außerordentlich schwierig und langwierig, was – je nach Höhe der Versicherungssumme – zu einem vorzeitigen Verbrauch der Versicherungssumme für die Abwehrkosten bedeuten kann.

Ebenfalls maßgeblich dürfte der Begriff des Vermögensschadens im Rahmen der jeweiligen Versicherungsbedingungen sein. Bei einer engen Auslegung liegt ein Vermögensschaden nur dann vor, wenn kein Personen- oder Sachschaden gegeben ist und – je nach Bedingungsmerkmal kann dieser Zusatz stark variieren – sich nicht daraus ableitet. Umweltschäden sind aber Sachschäden.

Selbst wenn die Voraussetzungen für den Versicherungsfall vorliegen, dürfte ein wesentliches Problem das Fehlen einer ausreichenden Versicherungssumme sein. Der entstandene Schaden kann bei Umweltschäden unermessliche Höhen erreichen, soweit dieser überhaupt beziffert werden kann. Wird ein Unternehmen auf Schadensersatz verurteilt, dann dürfte bei einem entsprechenden Regressanspruch

von vornherein nicht genug Versicherungssumme zur Verfügung stehen, um den Schaden auch nur ansatzweise auszugleichen. Allein die zu erwartenden Abwehrkosten dürften die Versicherungssumme bereits in der Verteidigungsphase größtenteils aufzehren, wie oben angesprochen. Der VW-Dieselskandal gab einen kleinen Vorgeschmack: Ex-Chef Winterkorn wurde auf über eine Milliarde Euro in Anspruch genommen.

2.2 Social – Lieferkettengesetz

Nach dem Lieferkettengesetz müssen Unternehmen von der Gewinnung der Rohstoffe bis zur Lieferung an den Endverbraucher Menschenrechtsstandards und Umweltvorgaben beachten und einhalten. Damit werden auch unmittelbare und mittelbare Zulieferer von Unternehmen, auf die das Gesetz aufgrund ihrer Betriebsgröße Anwendung finden wird, ausgeweitet.

Die Sorgfaltspflicht ist eine Bemühenspflicht. Eine Pflichtverletzung liegt vor, wenn sich Unternehmen nicht ausreichend bemüht haben, im Rahmen ihrer tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten angemessene Schritte zu unternehmen, um Menschenrechte und Umwelt zu schützen.

Betroffene Menschen können auch mit Hilfe von Gewerkschaften und Nichtregierungsorganisationen Schadensersatz von Unternehmen fordern. Es können Bußgelder gegen Unternehmen und die Unternehmensleiter persönlich verhängt werden. Bei schwerwiegenden Verstößen droht sogar der Ausschluss von öffentlichen Ausschreibungen für drei Jahre. Selbst Unternehmensleiter von unmittelbaren und mittelbaren Zuliefer-Firmen haben sich „zu bemühen“ im Sinne des Lieferkettengesetzes, ansonsten drohen Vertragsstrafen und Schäden durch Beendigung von Geschäftsbeziehungen.

Das Gesetz soll u. a. Wettbewerbsnachteile abbauen. Bei Vorhandensein eines Ausschlusses von Haftpflichtansprüchen wegen Wettbewerbsbeschränkungen könnte der D&O-Versicherungsschutz deshalb bereits abgelehnt werden.

Soweit es sich um Schäden handelt, die durch Umwelteinwirkungen entstanden sein sollen, könnte der Versicherungsschutz wegen eines Umwelt-Ausschlusses abgelehnt werden. Wenn es keinen entsprechenden Ausschluss gibt, spielt die Definition des Vermögensschadensbegriffs eine wichtige Rolle, ob auch

Vermögensschäden, die sich aus Sachschäden ableiten, versichert sind.

Machen betroffene Personen gegen das Unternehmen Ansprüche wegen Körper- und/oder Gesundheitsverletzungen geltend, kommt es ebenfalls mitunter maßgeblich auf die Definition des Vermögensschadens an, ob sich der Vermögensschaden aus einem Personenschaden ableiten darf bzw. wie die konkrete Inanspruchnahme gegenüber dem Unternehmensleiter formuliert ist.

Der Regress von Unternehmens-Bußgeldern ist grundsätzlich im Rahmen der D&O-Versicherung mitversichert. Die gegen den Unternehmensleiter persönlich verhängte Geldbuße ist hingegen vom Versicherungsschutz ausgeschlossen. Teilweise werden jedoch Abwehrkosten gewährt.

Bei einem Ausschluss von öffentlichen Ausschreibungen könnte sich der Versicherungsschutz auf die Anspruchs-Abwehr beschränken. Denn der Nachweis eines hypothetischen Zuschlags im Rahmen einer Ausschreibung und den dadurch angeblich entstandenen Vermögensschaden wird regelmäßig nicht möglich sein.

Der Regress von Vertragsstrafen ist in der Regel vom Versicherungsschutz ausgeschlossen.

Teilweise gewähren Versicherer Versicherungsschutz für den Regress von Vertragsstrafen, „soweit kein gesetzliches Verbot entgegensteht“.

Als Ultima Ratio wird bei schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen der Abbruch von Geschäftsbeziehungen gefordert. Der Versicherungsschutz könnte wegen wissentlicher Pflichtverletzung des Unternehmensleiters der betroffenen Zulieferer-Firma jedoch ausgeschlossen sein.

2.3 Governance – Hinweisgeberschutzgesetz

Mit dem Hinweisgeberschutzgesetz sollen Personen, die Missstände wie zum Beispiel Korruption oder Umweltverstöße



an unternehmensinterne Stellen, Behörden oder gegenüber der Öffentlichkeit melden, vor Repressalien wie Kündigung oder Versetzung geschützt werden. Damit sollen Verstöße gegen EU-Recht effektiv aufgedeckt und unterbunden werden. Am 27.07.2022 hat das Bundeskabinett einen Regierungsentwurf des Hinweisgeberschutzgesetzes verabschiedet und damit das Gesetzgebungsverfahren eingeleitet. Es wird damit gerechnet, dass das Hinweisgeberschutzgesetz ab 2023 in Kraft tritt.

Bei einem Verstoß drohen der Gesellschaft Reputationsschäden, Bußgelder und Schadensersatzzahlungen z.B. wegen einer unzulässigen Kündigung. Durch den Hinweis können auch Verstöße anderer Gesetze aufgedeckt werden wie z.B. eine Verletzung der DSGVO, die ihrerseits weitere rechtliche Konsequenzen nach sich zieht wie die Anwendung eines hohen Bußgeldrahmens.

Der D&O-Versicherungsschutz könnte bei einem Verstoß gegen das Hinweisgeberschutzgesetz wegen der wissentlichen Pflichtverletzung des Unternehmensleiters ausgeschlossen sein.

Der Regressanspruch der Gesellschaft auf Schadensersatz wegen Reputationsschäden gegenüber dem Unternehmensleiter könnte erst Jahre später erhoben

werden, wenn der Schaden beziffert werden kann.

Der Regress von Unternehmensgeldbußen dürfte im Rahmen der D&O-Versicherung bis zur Höhe der Versicherungssumme abgesichert sein. Je nach Höhe des Bußgeldes droht bei fehlender Kapazität eine persönliche Haftung des Unternehmensleiters für den nicht ausgeglichenen Schaden.

3. Fazit

Ein Unternehmen ist „compliant“, wenn die innere Organisation ein rechtskonformes Verhalten gewährleistet. Wird gegen eine ESG-Regel verstoßen, hat das CMS in der Regel versagt, für das die Unternehmensleitung die Verantwortung trägt. Wird die Gesellschaft daraufhin bestraft bzw. verurteilt, drohen dem Unternehmensleiter Regressansprüche. Die Grenzen des D&O-Versicherungsschutzes offenbaren sich im konkreten Schadenfall. Die Erhöhung der Versicherungssumme, Streichung von Ausschlüssen und Aufnahme von Deckungserweiterungen ist dann nicht mehr möglich. Der Appell, sich rechtzeitig um ausreichenden Versicherungsschutz zu kümmern, kann nicht oft genug wiederholt werden. Weitere Versicherungen wie Vertrauensschaden- oder Strafrechtsschutzversicherungen müssen in Betracht gezogen und ebenfalls auf Optimierungsmöglichkeiten geprüft werden. ■