



University of
Zurich^{UZH}

UFSP Finanzmarktregulierung

74. UFSP Forum FinReg: Gesellschaftsinteresse im Zeitalter von ESG – worauf soll sich der Verwaltungsrat ausrichten

Zürich, 14. Mai 2024





University of
Zurich ^{UZH}

UFSP Finanzmarktregulierung

Einleitung

Prof. Dr. iur. Aline Darbellay



Gesellschaftsinteresse im Zeitalter von ESG – worauf soll sich der Verwaltungsrat ausrichten?

Urs Schenker

Zürich, 14. Mai 2024

walderwyss rechtsanwälte

Tiefe Kosten oder...?

Die A AG kauft jedes Jahr grosse Mengen an Kakaobohnen ein. Da dies der grösste Kostenfaktor im Unternehmen ist, verlangt der Verwaltungsrat, dass der Einkauf alles unternimmt, um die Kosten zu senken. Dem Einkauf ist es im Januar tatsächlich gelungen, in Afrika einen noch billigeren Lieferanten zu lokalisieren und diesen zu grossen Preiskonzessionen zu bewegen. Der Verwaltungsrat lobte den Einsatz.

Frau B überlegt sich, ob der tiefe Preis tatsächlich einziges Kriterium der Beschaffung sein kann; Sie möchte «faire Bedingungen» für die Kakaobauern als Verkaufsargument für die Produkte der A AG verwenden und glaubt, dass das Unternehmen zugunsten der Bauern auf einen Teil seines Gewinnes verzichten sollte.

Herr C ist Rechtsanwalt und überlegt sich, was die Folgen sind, wenn sich die Gerüchte über Kinderarbeit bewahrheiten sollten. Die Gesellschaft hat zwar Zusicherungen vom Produzenten, dass keine Kinder auf der Plantage arbeiten und auch entsprechende Bestätigungen von Regierungsstellen des betreffenden Landes, was ihre Position bezüglich des Kinderarbeitsberichtes im Sinne von Art. 964j OR erleichtert. Herr C fragt sich aber dennoch, was passiert, wenn Kinderarbeit oder unmenschliche Arbeitsbedingungen bekannt würden – würde die Gesellschaft ihre Kunden verlieren oder könnten die Aktionäre gegen den VR vorgehen? Als er die Vorschläge von Frau B zur freiwilligen Reduktion des Gewinnes hört, fürchtet er allerdings, dass die Aktionäre auch bei diesem Vorgehen gegen den VR klagen könnten, weil das Unternehmen nicht mehr gewinnstrebig arbeitet.

Die Diskussion über Risiken und Vorteile der Beschaffung wird intensiv geführt; Der VR-Präsident stellt dem VR letztlich die Frage, wem man verantwortlich sei: den Aktionären oder den afrikanischen Kakaobauern. Der VR findet keine befriedigende Antwort, da nach der Ermahnung von Herrn C alle das Risiko einer PR-Katastrophe sehen.

ESG – Worum geht es?

ESG

Unter dem Begriff ESG werden die Verhaltensregeln für Unternehmen in folgenden Bereichen zusammengefasst:

- Environmental
- Social
- Governance

Bei Environmental und Social geht es darum, dass Unternehmen weltweit Mindeststandards für Umweltschutz, Menschenrechte und Arbeitnehmerrechte einhalten. Dies auch in Ländern, welche selbst tiefere Standards haben oder ihre Gesetze nicht umsetzen.

Es geht dabei um ein positives Verhalten über die gesetzlichen Erfordernisse hinaus – im Sinne nachhaltiger Wirtschaft soll das Unternehmen zu einer Verbesserung der Umwelt- sowie der Menschenrechtssituation beitragen.

«Doing what is right, not just what is legally necessary»

Normen und Standards

An welchen Normen und Standards muss sich das Unternehmen messen?

Schweizer Gesetze

- Aktienrecht
- Nichtfinanzielles Reporting (OR 964a)
- Strafrecht / OR-Haftungsregeln

Softlaw

- UN Guiding Principles on Business and Human Rights
- OECD Guidelines for Multinational Enterprises und EU Multi-Stakeholder Forum on CSR

«Der Bundesrat erwartet, dass die Unternehmen ihre gesellschaftliche Verantwortung in der Schweiz und im Ausland – überall dort wo sie tätig sind – wahrnehmen.» (Positionspapier des Bundesrates vom 01.04.2015).

Zu wessen Vorteil arbeitet das Unternehmen?

- Shareholder Value
 - Im Zentrum steht die Steigerung des Unternehmenswertes. «The Business of Business is Business»; die Allgemeinheit profitiert durch Steuerzahlungen und sichere Arbeitsplätze. Das Unternehmen beschränkt sich darauf, die geltenden Gesetze einzuhalten.
- Stakeholder Value
 - Das Unternehmen schafft nicht nur Werte für die Aktionäre, sondern auch für weitere Stakeholder wie Arbeitnehmer, Kunden sowie die Gesellschaft im Allgemeinen, und setzt sich für eine gesunde Umwelt ein. Das Unternehmen reduziert dadurch bis zu einem gewissen Grad seine Gewinne.
- Triple Bottom Line
 - Ökonomischer Erfolg, ökologische Nachhaltigkeit, Förderung der Menschenrechte und die Sozialverträglichkeit werden als Ziele des Unternehmens definiert. Dabei werden ökologische Nachhaltigkeit sowie Menschenrechte/Sozialbelange auch quantitativ erfasst, um die Zielerfüllung zu messen und um Vorgaben für das Management nachvollziehbar zu machen.

Position von Aktionären, Stakeholdern und Verwaltungsrat bezüglich ESG-Fragen

Position der Aktionäre

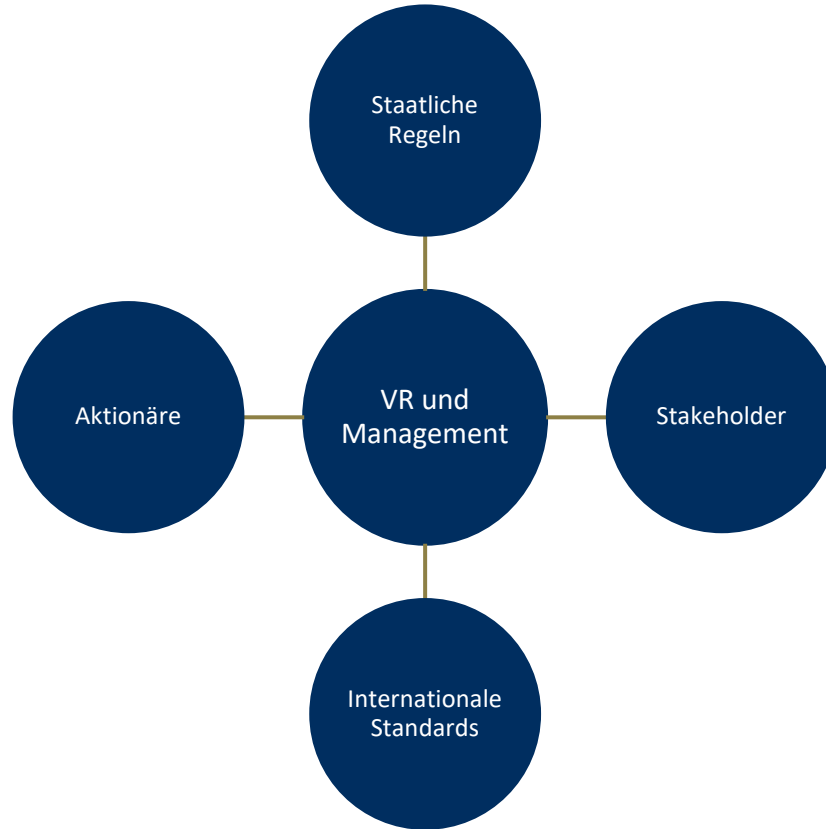
- Die Aktionäre stellen der Gesellschaft Eigenkapital zur Verfügung und tragen das Risiko
 - Anspruch auf Gewinnstrebigkeit des Unternehmens.
 - Finanzielle Ansprüche, Steigerung des Unternehmenswertes und Ausschüttungen.
 - Immer häufiger: ethische Ansprüche, die von verantwortungsvoller Geschäftstätigkeit bis zur Erwartung von «positivem Impact» reichen.
 - Breite und zum Teil sehr unterschiedliche Erwartungen der Aktionäre.
 - Einzelne Aktionäre drohen dem Verwaltungsrat mit Verantwortlichkeitsklagen, wenn er den Gewinn nicht maximiert, bzw. «unnötige Ausgaben» für andere Stakeholder macht (Spenden etc.).
 - Andere Aktionäre drohen dagegen mit Verantwortlichkeitsklagen, wenn der Verwaltungsrat den Ruf des Unternehmens und Kundenbeziehungen ruiniert, weil er in Einkauf oder Produktion Menschenrechte und ökologische Grundsätze missachtet.

Position von Stakeholdern / NGO's

- Stakeholder und NGO's fordern von Unternehmen die Einhaltung von Menschenrechten und Umweltstandards. Häufig versuchen sie das Unternehmen für eigene Ziele in Anspruch zu nehmen.
- NGO's und betroffene Stakeholder können eine intensive Medienpräsenz haben, die sowohl Investoren wie auch Kunden stark beeinflusst.
- Stakeholder und NGO's reichen zum Teil auch Klagen ein, die sehr öffentlichkeitswirksam inszeniert werden und schon deshalb ernst genommen werden müssen.
- Der Bundesrat stärkt diese Position, indem er in seinem Bericht von 2015 klar Unternehmen auffordert, internationale Standards einzuhalten und auf «Regulatory Arbitrage» in Drittweltländern zu verzichten.

Position des Verwaltungsrates

- Der Verwaltungsrat muss die Interessen der Gesellschaft wahren und dabei sorgfältig vorgehen (OR 717).
- Was genau ist das Interesse des Unternehmens?
 - Sicht der Aktionäre
 - Sicht der Stakeholder
 - Anforderungen von UNO / OECD?
 - Verwaltungsrat und Management müssen primär den Unternehmenswert aufrecht erhalten bzw. steigern. Sie müssen dazu aber die legitimen Interessen von Drittparteien und internationale Normen beachten, da Verletzungen dieser Interessen die Gesellschaft schädigen können.
- Der Gesetzgeber anerkennt Interessen von Stakeholdern ausserhalb des Shareholder Value.
Art. 964b OR:
«Der Bericht über nichtfinanzielle Belange gibt Rechenschaft über Umweltbelange, insbesondere die CO₂-Ziele, über Sozialbelange, Arbeitnehmerbelange, die Achtung der Menschenrechte sowie die Bekämpfung der Korruption.»



Pflichten von Verwaltungsrat und Management im EGS Bereich

Strategische Ausrichtung des Unternehmens (OR 716a Ziff. 1)

- Verwaltungsrat und Management müssen im Rahmen von Shareholder und Stakeholder Value die richtige Balance finden – «Gewinnerzielung als good corporate citizen»
- Die Vernachlässigung von Stakeholdern führt zu Reputationsschäden und gefährdet Kundenbeziehungen. Daher liegt die Vermeidung von Problemen im Interesse der Aktionäre bzw. hilft den Shareholder Value zu steigern.
- In der Praxis sind VR und Management oft in einer schwierigen Situation:
 - Zu viel «Environmental und Social» führt zum Vorwurf der Aktionäre, dass die Gewinnstrebigkeit aufgegeben wird und dass Dritte einen «free ride» haben.
 - Zu wenig «Environmental und Social» führt zu schweren Reputationsproblemen und entsprechenden Schäden, was dann ebenfalls zu Vorwürfen der Aktionäre führt.
- Optimierungsproblem im strategischen und operativen Bereich

Aufsicht und Compliance (OR 716a Ziff. 5)

- Der Verwaltungsrat muss *«die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsleitung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen»* wahrnehmen.
- Der Verwaltungsrat muss ein System zur Instruktion und Kontrolle der Mitarbeitenden entwickeln und dem Management entsprechende Anweisungen zur Umsetzung geben. Dadurch wird auch das Management für Compliance verantwortlich.
- Die Compliance-Verpflichtung bezieht sich primär auf schweizerische Vorschriften, bei Auslandstätigkeit aber auch auf ausländische Regeln.
- Da auch Softlaw-Vorschriften bzw. UN und OECD-Standards mindestens für die Reputation des Unternehmens entscheidend sind, bezieht sich die Compliance-Verpflichtung auch auf diese.
- Der Verwaltungsrat darf sich zur Verfolgung der Gewinnziele nicht von rechtlichen Regeln lösen, sondern muss diese konsequent im Unternehmen durchsetzen: Compliance geht vor Gewinn.

Riskmanagement (OR 716a Ziff. 3)

- Der Verwaltungsrat hat im Rahmen seiner Aufsichtskompetenz auch die Pflicht für ein Risikomanagement zu sorgen und existenzielle Risiken des Unternehmens selbst zu überwachen (gemäss OR 961c muss der Lagebericht Angaben über die Durchführung der Risikobeurteilung enthalten). Durch Delegation wird das Risk Management auch zur Aufgabe der Geschäftsleitung.
- Verstösse gegen Recht sowie ethische Standards sind Risiken, die für das Unternehmen von grosser Bedeutung sind – der VR und Management müssen sich damit auseinandersetzen. Dies bedeutet:
 - Risiko erfassen
 - Massnahmen zur Eindämmung des Risikos treffen
 - Auf Geschäfte verzichten, bei denen das Risiko zu gross ist und nicht kontrolliert werden kann
- Der Verwaltungsrat muss ein System zur Risikokontrolle entwickeln, das auch ESG-Risiken umfasst, und sich bei seinen Entscheiden selbst auch an diese Grundsätze halten.

Nichtfinanzielle Berichts- und Sorgfaltspflichten (OR 964a ff.)

- Mit der Revision des Aktienrechts wurden per 01.01.2023 verschiedene Berichtspflichten eingeführt.
- Allgemeiner CSR-Bericht für kotierte Gesellschaften und Unternehmen im Finanzsektor, soweit sie mehr als 500 FTE beschäftigen und mindestens CHF 20 Mio. Bilanzsumme oder CHF 20 Mio. Umsatz aufweisen. Die Gesellschaft muss über Umweltbelange (CO₂-Ziele) und Arbeitnehmer sowie allgemeine Sozialbelange, Menschenrechte und Korruptionsbekämpfung rapportieren und Konzepte und Massnahmen zur Einhaltung der entsprechenden Vorschriften vorlegen. Diese Berichtspflicht zeigt aber auch andere Unternehmen auf, welche Interessen zu berücksichtigen sind.
- Sämtliche Unternehmen, bei denen Verdacht auf Kinderarbeit in der vorgelagerten Wertschöpfungskette besteht, müssen eine Lieferkettenpolitik entwickeln, um alle wesentlichen Lieferanten zu überprüfen, und ein effizientes Risikomanagement einrichten. Der Bericht über Kinderarbeit muss über die Policy, ihre Durchsetzung, Erfolge und Misserfolge rapportieren.

Zivilrechtliche Haftung und strafrechtliche Sanktionen

Haftung gegenüber betroffenen Dritten

- Für Unternehmen stellt sich die Frage, ob sie gegenüber Dritten haften
- OR 41: unerlaubte Handlung
 - Setzt Verletzung rechtlicher Vorschriften bzw. absoluter Rechte voraus (Leib, Leben, Eigentum) oder bei Vermögensschaden, die Verletzung einer Schutznorm
 - Dies ergibt bei der eigenen Geschäftstätigkeit der Gesellschaft eine klare Haftungsgrundlage. Bei Tochtergesellschaften und Lieferkettenproblemen dürfte die Kausalität nicht gegeben sein.
- OR 41: Sittenwidrigkeit
 - Unklar, ob UN und OECD-Regeln Sittenwidrigkeit begründen können. Falls dies zutrifft, kann dies zur Haftung gegenüber Geschädigten führen
- Allgemeine Klimaklagen dürften äusserst schwierig sein. Klagen aufgrund konkreter Umweltprobleme und Menschenrechtsverletzungen sind nicht chancenlos. Der Reputationsschaden des Unternehmens und die individuell betroffenen VR- und GL-Mitglieder tritt aber bereits mit der Klage ein.

Haftung von VR und GL gegenüber Aktionären und Unternehmen

- Zu hoher Aufwand für Umwelt- und Sozialfragen
 - Verantwortlichkeitsklage gegen Verwaltungsrat / Geschäftsleitung (OR 754) aufgrund unnötiger Ausgaben (Spenden und Sponsoringfälle)
- Zu geringe Beachtung von Umwelt- und Sozialproblemen mit negativen Konsequenzen für das Unternehmen
 - Verantwortlichkeitsklage gegen Verwaltungsrat / Geschäftsleitung (OR 754) wegen Verletzung der Sorgfaltspflicht und entsprechender Schädigung des Unternehmens

Strafrechtliche Sanktionen

- Unechte Unterlassungsdelikte: Tätigkeitsdelikte, wie insbesondere fahrlässige Körperverletzung und Tötung etc. können gemäss StGB 11 auch als Unterlassungsdelikte begangen werden, wenn eine Person die Verpflichtung hat, derartige Delikte zu verhindern (Garantenstellung). Der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung haben aufgrund ihrer Compliance-Verpflichtung eine Garantenstellung gegenüber den ihnen direkt und indirekt unterstellten Personen. Sie können daher bei Straftaten dieser Personen in Rechenschaft gezogen werden, wenn sie ihrer Compliance Verpflichtung nicht nachgekommen sind und keine/ungenügende Anstrengungen unternommen haben, um die Organisation zur Erfüllung ihrer Pflichten anzuhalten. Bei schwerer Verletzung der Compliance- oder Aufsichtspflicht ist es möglich, dass Verwaltungsrat und Geschäftsleitung bestraft werden, weil Dritte Körperverletzungen erlitten haben oder sogar getötet wurden.
- Verletzung der Berichtspflicht: Bussen für die verantwortlichen Personen, wenn die nichtfinanziellen Berichte (allgemeiner CSR-Bericht oder Kinderarbeitsbericht) nicht erstellt werden, sowie bei falschen und irreführenden Angaben in diesen Berichten.

Tiefe Kosten oder...?

Die A AG kauft jedes Jahr sehr viele Kakaobohnen ein. Da dies der grösste Kostenfaktor im Unternehmen ist, verlangt der Verwaltungsrat, dass der Einkauf alles unternimmt, um die Kosten zu senken. Dem Einkauf ist es im Januar tatsächlich gelungen, in Afrika einen noch billigeren Lieferanten zu lokalisieren und diesen zu grossen Preiskonkzessionen zu bewegen. Der Verwaltungsrat lobte den Einsatz.

Frau A überlegt sich, ob der tiefe Preis tatsächlich einziges Kriterium der Beschaffung sein kann; Sie möchte «faire Bedingungen» für die Kakaobauern als Verkaufsargument für die Produkte der A AG verwenden und glaubt, dass das Unternehmen zugunsten der Bauern auf einen Teil seines Gewinnes verzichten sollte.

Herr B ist Rechtsanwalt und überlegt sich, was die Folgen sind, wenn die Gerüchte über Kinderarbeit sich bewahrheiten sollten. Die Gesellschaft hat zwar Zusicherungen vom Produzenten, dass keine Kinder auf der Plantage arbeiten und auch entsprechende Bestätigungen von Regierungsstellen des betreffenden Landes, was ihre Position bezüglich des Kinderarbeitsberichtes im Sinne von Art. 964j OR erleichtert. Herr B fragt sich, was passiert, wenn Kinderarbeit oder unmenschliche Arbeitsbedingungen bekannt würden – würde die Gesellschaft ihre Kunden verlieren oder könnten die Aktionäre gegen die Gesellschaft vorgehen? Er fürchtet allerdings auch, dass die Aktionäre gegen den VR vorgehen könnten. Als er die Vorschläge von Frau A zur freiwilligen Reduktion des Gewinnes hört, fürchtet er allerdings, dass die Aktionäre auch bei diesem Vorgehen gegen den VR klagen könnten.

Die Diskussion über Risiken und Vorteile der Beschaffung wird intensiv geführt; Der VR-Präsident stellt dem VR letztlich die Frage, wem man verantwortlich sei: den Aktionären oder den afrikanischen Kakaobauern. Der VR findet keine befriedigende Antwort, da nach der Ermahnung von Herrn B alle das Risiko einer PR-Katastrophe sehen.

- Wie sehen Sie die Situation des Verwaltungsrates?
- Wie würden Sie entscheiden?

Schlussfolgerungen

- Der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung sind zentrale Organe für die Erfüllung von ESG-Aufgaben.
- Der Verwaltungsrat muss sich auf strategischer Ebene klar sein, wo er die Balance zwischen Shareholder Value und Stakeholder Value findet und wie er ethische Gesichtspunkte bei Umwelt- und Sozialfragen umsetzt. Das Management muss dieses Optimierungsproblem auf operativer Ebene lösen.
- Der Verwaltungsrat muss ein klares Aufsichts-, Compliance- und Risikomanagement-Konzept haben und dies durch entsprechende Weisungen an die Geschäftsleitung umsetzen. Das Management setzt diese Konzepte um und übernimmt für diese Aufgaben die Verantwortung.
- Der Verwaltungsrat muss den nichtfinanziellen Berichterstattungspflichten nachkommen. Bei grossen Unternehmen muss er einen allgemeinen CSR-Bericht erstatten. Bei allen Unternehmen, bei denen Verdacht auf Kinderarbeit in der Lieferkette besteht, muss er die Sorgfalts- und Berichtspflicht bezüglich Kinderarbeit wahrnehmen.



University of
Zurich ^{UZH}

UFSP Finanzmarktregulierung

Diskussion





University of
Zurich ^{UZH}

UFSP Finanzmarktregulierung

Schlusswort

Prof. Dr. iur. Aline Darbellay





University of
Zurich ^{UZH}

UFSP Finanzmarktregulierung

Ende der Veranstaltung





Universität
Zürich ^{UZH}

UFSP Finanzmarktregulierung

11. Jahrestagung UFSP Finanzmarktregulierung

Thema: Nature-related Risks for Financial Markets

Datum: Donnerstag, 12. September 2024 (ganztags)

Ort: Universität Zürich, Rämistrasse 74, 8001 Zürich

The background of the bottom half of the slide is a blurred image of a financial market chart and a data table. The chart shows a blue line with several peaks and troughs, representing price movements over time. The data table below it contains various numerical values, some in red and some in green, typical of a stock market ticker or financial report. The text 'www.finreg.uzh.ch/events' is overlaid in a large, bold, teal font across the center of this background.

www.finreg.uzh.ch/events