

Nachhaltigkeit, verantwortungsvolle Unternehmen und verantwortungsvolle Unternehmensführung:

Welche Pflichten, welche Haftung?

UFSP Forum Finanzmarktregulierung, 13. Dezember 2023

Prof. Dr. Damiano Canapa

Dr. Anne-Catherine Hahn

Was verlangen die Kläger in ESG-Haftungsfällen?

- » **Unterlassung unrichtiger / irreführender Aussagen** zu den eigenen Produkten und Leistungen (Fossilvrij NL vs. KLM; Verbraucherzentrale Baden-Württemberg vs. DWS)
- » **Ausgleich pflichtwidrig verursachter Schäden** (z.B. Indonesian Fishermen vs. Holcim; Kashef vs. BNP Paribas S.A.; Saúl Luciano Lliuya vs. RWE)
- » **Änderung der Unternehmensstrategie** (z.B. Millieudedefensie vs. Royal Dutch Shell)
- » **Verantwortlichkeitsklagen** gegen Organe (z.B. ClientEarth vs. Vorstand von Shell plc)

Worum geht es?

1. Pflichten der Unternehmen i.S. Nachhaltigkeit und ESG
2. Haftung von Unternehmen und Organpersonen
3. Effektivität der Regulierung und des rechtlichen Rahmens / Diskussion

01

Pflichten der Unternehmen in Sachen Nachhaltigkeit und ESG

Kontext / Einführung



Kontext / Einführung

» **International**

- » **Von *soft law*** (UN's Guiding Principles on Business and Human Rights [2011]; OECD's Guidelines for Multinational Enterprises [2023])...
- » **Zu *hard law*** (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz [D; 2024]; Corporate Sustainability Reporting Directive [«CSRD»; EU; 2022]; Vorschlag einer Corporate Sustainability Due Diligence Directive [«CSDDD»; EU])

» **Schweiz**

- » **Ablehnung der «Konzerninitiative» (29.11.2020)** → Indirekter Gegevorschlag des Parlaments kommt zum Zuge
 - » Transparenz über **nichtfinanzielle Belange** (Art. 964a ff OR)
 - » Sorgfaltspflichten und Transparenz bezüglich **Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit** (Art. 964j ff OR)
- » Transparenz bei **Rohstoffunternehmen** (Revision OR; Art. 964d ff OR)

CSRD / Anwendungsbereich

- » Unternehmen, die zwei der nachstehenden Grössen überschreiten (Art. 19a):
 - » Bilanzsumme > EUR 20 Millionen
 - » Umsatzerlös > EUR 40 Millionen
 - » > 250 Vollzeitstellen
- » Kotierte Unternehmen (inkl. gewisse kotierte KMUs)
- » **Drittlandunternehmen (Art. 40a)**
 - » **Nettoumsatzerlös in der EU > EUR 150 Millionen**
 - » **Mind. ein Tochterunternehmen oder Zweigniederlassung in der EU**

CSRD / Nachhaltigkeitsberichterstattung (im Lagebericht)

» **Doppelte Wesentlichkeit:**

- » **Art. 19a (1):** (1) Angaben, die für das Verständnis der **Auswirkungen der Tätigkeiten des Unternehmens auf Nachhaltigkeitsaspekte** erforderlich sind (*inside-out*) + (2) Angaben, die für das Verständnis der **Auswirkungen von Nachhaltigkeitsaspekten auf Geschäftsverlauf, Geschäftsergebnis und Lage des Unternehmens** erforderlich sind (*outside-in*)

» **Elemente des Lageberichts (Art. 19 [2], u.a.)**

- » Unternehmen's Geschäftsmodell und Strategie (Ziel: die Begrenzung der Erderwärmung auf 1,5 °C – Pariser Abkommen)
- » Beschreibung der zeitgebundenen Nachhaltigkeitsziele
- » Beschreibung der Rolle der Verwaltungs-, Leitungs- und Aufsichtsorgane im Zusammenhang mit Nachhaltigkeitsaspekten
- » Usw.

CSRD / Sanktionen

- » Verbindliche Verpflichtungen (Ende des «comply or explain» Prinzips, nach einer dreijährigen Übergangszeit; Art. 19a [3])
- » Sanktionen bleiben unverändert (Art. 51 Richtlinie 2013/34):
«Die Mitgliedstaaten legen Sanktionen für Verstöße gegen die aufgrund dieser Richtlinie erlassenen einzelstaatlichen Vorschriften fest und treffen alle erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die Sanktionen durchgesetzt werden. Die vorgesehenen Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein»

CSDDD Vorschlag / Anwendungsbereich

- » Gruppe 1: > 500 Vollzeitstellen + weltweiter Nettoumsatz > EUR 150 Millionen
- » Gruppe 2: > 250 Vollzeitstellen + weltweiter Nettoumsatz > EUR 40 Millionen + $\frac{1}{2}$ des weltweiten Nettoumsatzes wird in gewissen Sektoren erwirtschaftet (z.B.: Herstellung von Textilien, Landwirtschaft, Forstwirtschaft, mineralische Ressourcen, Metalle und Metallerze, usw.)
- » Drittlandunternehmen (Art. 2 [2])
 - » Gruppe 1: Nettoumsatz > EUR 150 Millionen
 - » Gruppe 2: Nettoumsatz > EUR 40 Millionen + $\frac{1}{2}$ weltweiten Nettoumsatz wird in den obengenannten Sektoren erwirtschaftet

» **Für Unternehmen (EU + von Drittländern)**

- » Sorgfaltspflicht in den Bereichen Menschenrechte und Umwelt (Art. 4)
→ Einbeziehung der Sorgfaltspflicht in die Unternehmenspolitik (Art. 5);
Ermittlung (Art. 6) und Vermeidung (Art. 7) tatsächlicher und potenzieller negativer Auswirkungen und Behebung solcher Auswirkungen (Art. 8)

» **Für Mitglieder der Unternehmensleitung (Art. 25, 26)**

- » Folgen der Entscheidungen für Nachhaltigkeitsaspekte berücksichtigen, inkl. die Folgen für Menschenrechte, Klimawandel und Umwelt
- » Einrichtung und Kontrolle der Massnahmen zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten nach Art. 4 und 5
- » Anpassung der Unternehmensstrategie ergreifen: tatsächliche und potenzielle negative Auswirkungen und Massnahmen (Art. 6-9) berücksichtigen
- » **«Legal duty of care»** (≠ standard of expected conduct – UNGPs)

CSDDD Vorschlag / Sanktionen

- » Sanktionen durch nationale Behörden, die «wirksam, verhältnismässig und abschreckend» sind (Art. 20)
- » Europäisches Netz der Aufsichtsbehörden (Art. 21)
- » Zivilrechtliche Haftung (Art. 22)

» **Hängt von der Transparenzpflicht ab**

- » **Art. 964a ff OR:** Gesellschaften des öffentlichen Interesses + *[allein oder zusammen mit den von ihnen kontrollierten in- oder ausländischen Unternehmen]* (1) > 500 Vollzeitstellen; (2) Bilanzsumme > Fr. 20 Millionen oder Umstatzerlös > Fr. 40 Millionen Art. 964d OR
- » **Art. 964d ff OR** → Zu einer ordentlichen Revision verpflichtete Unternehmen + selber oder durch ein von ihnen kontrolliertes Unternehmen im Bereich der Gewinnung von Mineralien, Erdöl oder Erdgas oder des Einschlags von Holz in Primärwäldern tätig
- » **Art. 964j ff OR** → Unternehmen mit Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Schweiz
 - » Import oder Bearbeitung von Zinn, Tantal, Wolfram, Gold
 - » Anbieten von Produkte oder Dienstleistungen, bei denen ein Verdacht von Kinderarbeit besteht

- » **Art. 964a ff OR:** jährlicher Bericht über nichtfinanzielle Belange
- » **Art. 964d ff OR:** jährlicher Bericht über die Zahlungen an staatliche Stellen (Einzelzahlungen und Zahlungen in mehreren Teilbeträgen von mindestens 100 000 Franken pro Geschäftsjahr)
- » **Art. 964j ff OR:**
 - » Sorgfaltspflichten (Art. 964k OR) in der Lieferkette
 - » Jährlicher Bericht über die Erfüllung der Sorgfaltspflichten

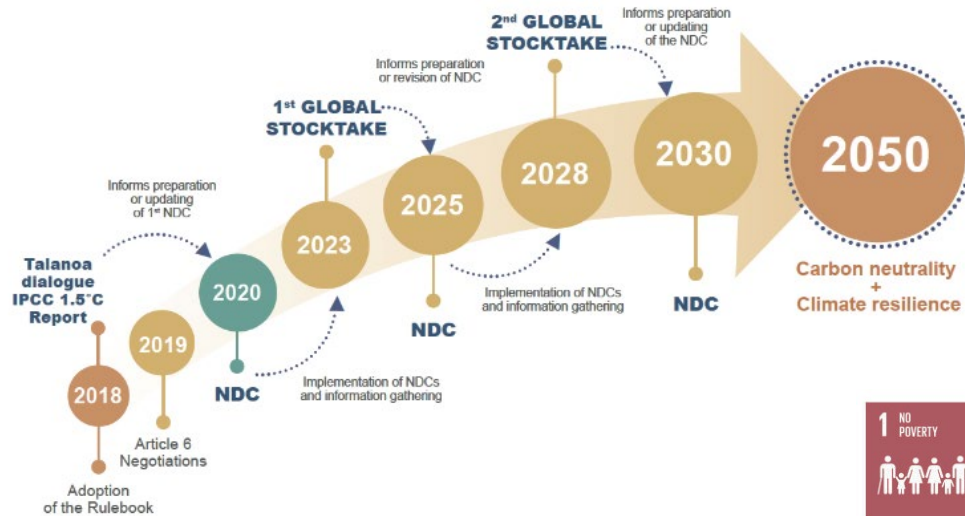
CH / Strafrechtliche Sanktionen

- » **Art. 964a ff / 964j ff OR** → Art. 325^{ter} StGB → Busse bis zu Fr. 100'000.-
- » **Art. 964d ff OR** → Art. 325^{bis} StGB → Busse bis zu Fr. 10'000.-
- » **Strafbare** Verhaltensweisen
 - » Falsche Angaben
 - » Unterlassung der Berichterstattung
 - » Unterlassung der Aufbewahrung der Berichte
- » **Nicht strafbar**
 - » Unterlassung der Sorgfaltspflichten
 - » Materieller Inhalt des Berichts (ausser der Bericht enthält falsche Angaben)

02

Haftung von Unternehmen und Organpersonen

Vom Pariser Übereinkommen und den UN Sustainable Development Goals zu zivilrechtlicher Haftung?



EU: Realwirtschaft und Finanzsektor als Akteure des Wandels

- » Förderung der **Elektrifizierung**; Ausstieg aus Verbrennungsmotoren bis 2035
- » Aktionsplan für ein **nachhaltiges Finanzwesen** (2018)
 - » Offenlegungspflichten auf Unternehmens- und Produkteebene (SFDR)
 - » einheitliches Klassifizierungssystem (EU-Taxonomie)
 - » Vorgaben für "grüne" Anlageinstrumente
- » **Berichterstattung** gemäss den Non-Financial Reporting (**NFRD**) und Corporate Sustainability Reporting (**CSRD**) Richtlinien
- » **Sorgfaltspflichten** zum Schutz von Menschenrechten und Umwelt (Art. 964j ff. OR; Loi sur le devoir de vigilance, Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, Entwurf CSDDD)
- » Entwurf einer **Green Claims Directive**

ESG als Herausforderung für Unternehmen

- » Unsicherheiten in Datenqualität, Bewertung von Auswirkungen und Reporting
 - » grosse Breite der nicht-finanziellen Berichterstattungspflichten; Bündelung verschiedener Themen
 - » unterschiedliche Standards; fehlende Bestimmtheit von Anforderungen an "gute" und "schlechte" Geschäftsentscheidungen und "relevante Auswirkungen"
 - » enorme Datenfülle, unterschiedliche Methodologien für ESG Ratings, "black boxes" in der Wertschöpfungskette



Mögliche Anspruchsgrundlagen nach Schweizer Recht

- » vertragliche Pflichten und Zusicherungen
- » deliktische Pflichten / Art. 41 und 55 OR
- » Regeln zur Organhaftpflicht (Art. 754 ff. OR)

(Vorfrage: Anwendbarkeit des Schweizer Rechts (vgl. insbes. Art. 117, Art. 133 Abs. 2, Art. 155 lit. h IPRG))



Vertragliche Pflichten und Zusicherungen

Welche Pflichten?	<ul style="list-style-type: none">• vertragliche Versprechen, z.B. zu Arbeitsbedingungen oder zur Klimaverträglichkeit von Produkten oder Leistungen• z.B. Nachhaltigkeitserwartungen in der Anlageberatung (SFDR / MIFID II)• Zusicherungen oder Offenlegungspflichten in Finanzierungsverträgen• Zusagen gegenüber Investoren (M&A Verträge, Investment Stewardship)
Welche Rechtsbehelfe?	<ul style="list-style-type: none">• abhängig vom jeweiligen Vertragsinhalt• Minderung oder Schadenersatz (falls Schaden nachweisbar)• Konventionalstrafen; Bonus-Malus-Systeme (z.B. in Kreditverträgen)

Ausservertragliche Haftung (Art. 41 und 55 OR) de lege lata

Schutz individueller Rechtspositionen	<ul style="list-style-type: none">• absolut geschützte Rechtsgüter (körperliche Integrität, Persönlichkeit, Eigentum, etc.)• Vermögen nur bei Vorliegen einer "Verhaltensnorm, die dem Schutz [des jeweiligen Klägers] vor solchen Schädigungen dient" (BGE 141 III 527, E. 3.2)
Haftung für Verschulden	<ul style="list-style-type: none">• eigenes Handeln / Unterlassen• mangelnde Auswahl, Instruktion oder Beaufsichtigung von Hilfspersonen
Schaden und Kausalität	<ul style="list-style-type: none">• Kausalzusammenhang zwischen konkreten Pflichtverletzungen und einer ungewollten Vermögensverminderung für die jeweiligen Kläger

Organhaftungsansprüche (Art. 754 ff. OR)

Pflichtverletzung	<ul style="list-style-type: none">• Treue- und Sorgfaltspflicht (Art. 717 OR): Verpflichtung auf das Gesellschaftsinteresse• Art. 717 OR ≠ Schutznorm im Hinblick auf Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen von Aktionären oder Gläubigern• beschränkte Überprüfbarkeit von Geschäftsentscheiden aufgrund der Business Judgment Rule
Wer kann klagen?	<ul style="list-style-type: none">• Gesellschaft oder Aktionäre, auf Leistung an die Gesellschaft (indirekter Schaden, Art. 756 OR)• Aktionäre und Gläubiger auf Leistung an sich selbst: nur bei Vorliegen eines Direktschaden und Verletzung einer Schutznorm

Ausdehnung der Verantwortlichkeit durch die neuen Regeln

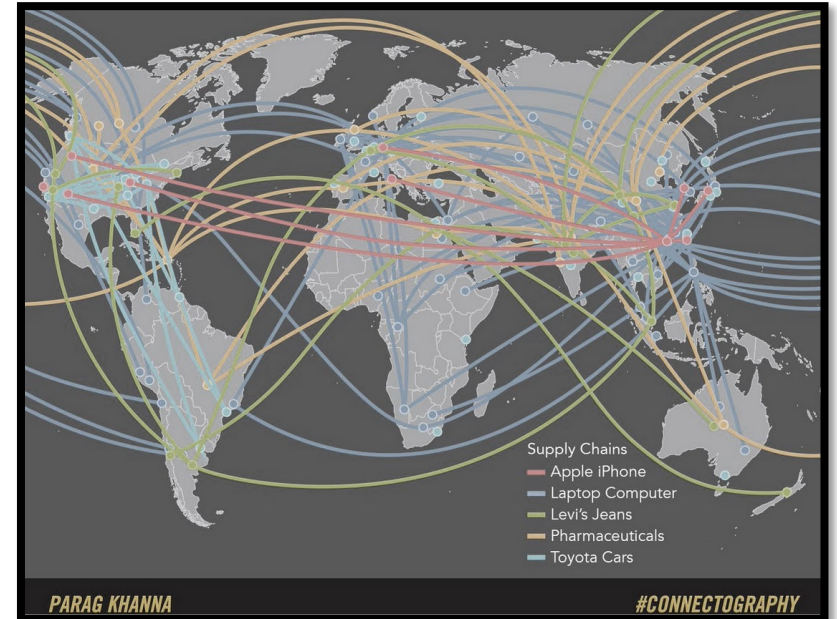
In sachlicher Hinsicht	<ul style="list-style-type: none">• bisher: Schutz fremder Rechtsgüter und – bei Vorliegen einer Schutznorm – individueller Vermögensinteressen• neu: Kontrolle von Auswirkungen der zurechenbaren Geschäftstätigkeit auf Menschenrechte und Umwelt• neue, umfassende Transparenz- und Berichterstattungsanforderungen
In personeller Hinsicht	Verantwortung für <ul style="list-style-type: none">• Tochtergesellschaften• "alle vorgelagerten Wirtschaftsbeteiligten" (vgl. Art. 964j OR und Art. 2 Abs. 1 lit. b VSoTr)• etablierte Geschäftspartner in der gesamten Wertschöpfungskette (Art. 22 CSDDD)

Mögliche Schutznormen im ESG-Kontext

Art. 3 lit. b UWG	<ul style="list-style-type: none">• unrichtige / irreführende Angaben zum eigenen Unternehmen / zu Produkten und Leistungen
Prospekthaftung nach Art. 69 FIDLEG; Art. 12 KAG	<ul style="list-style-type: none">• Verbot irreführender oder den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechender Angaben (und gesetzliche Haftung gegenüber Erwerbern)• Täuschungsverbot im Kollektivanlagebereich
Finanzberichterstattung	<ul style="list-style-type: none">• unterlassene Offenlegung von das Unternehmen direkt betreffenden ESG-Risiken und -Verpflichtungen
nicht-finanzielle Berichterstattung / Transparenz (Art. 964b OR / Art. 964d ff. OR)	<ul style="list-style-type: none">• Marktschutz durch Transparenz ("level playing field")• Schutznormcharakter i.S.v. Art. 41 OR?
Sorgfaltspflichten	<ul style="list-style-type: none">• unterschiedliche Relevanz für direkt Betroffene und Dritte / Öffentlichkeit

Weitere offene Fragen

- » Nachweisbarkeit eines konkreten Schadens
- » Nachweis eines ausreichenden Kausalzusammenhangs zwischen Pflichtverletzung und Schaden
- » Koordination unter einer Vielzahl potenziell haftpflichtiger Personen / Unternehmen / Staaten



03

Effektivität der Regulierung

ESG-Litigation: Politische Zielkonflikte vor Gericht?

- » Was hilft, die Nachhaltigkeitsziele zu realisieren: Sorgfalt, Berichterstattung, beides oder anderes?
- » Europa vs. Rest der Welt?
 - » Risiko der indirekten Diskriminierung und Schwächung der EU-Wirtschaft?
- » Druck zur Erzielung kurzfristiger Fortschritte vs. langfristige Sicherung von Ressourcen
 - » Auswirkungen der Elektrifizierung auf Abbaugelände (Energie, Sozialstandards, Governance)
- » Transition zu nachhaltig erfolgreichen Geschäftsmodellen als Aufgabe für Unternehmen und Gesellschaft – Reputation?
 - » Verantwortung der Wirtschaft vs. Rolle der Konsumenten / Gesellschaft