

## Der Aufsichtsrat in der Corona-Krise

### Checkliste und To-dos

### 2020

– von Dr. Jürgen Kunz –

*„Für Aufsichtsräte besteht in Krisenzeiten nach ständiger Rechtsprechung eine erhöhte Kontrollpflicht gegenüber dem Vorstand bzw. der Geschäftsführung. Bei Pflichtverletzungen berechnet sich der Schaden im Wege der Differenzhypothese. Es ist der Zustand herzustellen, der ohne die Pflichtverletzung bestünde. Das kann teuer werden, und sollte daher schon im Ansatz vermieden werden.“*

#### Der Autor



#### Dr. Jürgen Kunz

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Dr. Jürgen Kunz ist spezialisiert auf Aufsichtsrats-, Vorstands-, Geschäftsführungs- und Beirats-Themen. Als qualifizierter und zertifizierter Aufsichtsrat mit langjähriger Expertise ist er gefragter Vorsitzender und Mitglied von Aufsichtsgremien. Ferner berät und schult er zahlreiche Aufsichtsgremien, sowie Ausschüsse, wie Strategie-, Nominierungs- und Personal-Ausschüsse.

Dr. Kunz ist erster in Deutschland durch die Deutsche Börse AG geprüfter Aufsichtsrat, mehrfach rezertifiziert und auch Mitherausgeber von BOARD, Zeitschrift für Aufsichtsräte in Deutschland. Dr. Jürgen Kunz ist Herausgeber und Autor praxisbewährter Fachliteratur, sowie Lehrbeauftragter an der Universität zu Köln.

[www.dr-juergen-kunz.com](http://www.dr-juergen-kunz.com)

## 10 Punkte Leitfaden / Checkliste für den Aufsichtsrat in der Corona – Krise

### 1. Die gute Nachricht vorweg - keine Co-GF des AR's mit dem Vorstand:

Die in Krisen-Zeiten erforderliche **intensivere Überwachungstätigkeit** und **verstärkte Beratung** des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand geht nicht soweit, dass diese de facto

zu einer Co-Geschäftsführung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat führt. Das ist nicht die Aufgabe des Aufsichtsrats, auch nicht in Krisenzeiten. Umgekehrt sollte die Bedeutung und Verantwortung des Aufsichtsrats nicht unterschätzt werden, als Kontrollorgan und **wichtiger Impulsgeber**. Klar ist, dass sich natürlich der Aufwand, wie kürzere Sitzungsabstände in welcher Form auch immer, für alle Aufsichtsräte erhöht.

**Praxishinweis 1:**

Achten Sie darauf, dass - gerade auch bei Videokonferenzen - nur **wirksame Aufsichtsratsbeschlüsse gefasst** werden. Prüfen Sie dazu Satzung und Geschäftsordnung Ihres jeweiligen Unternehmens sowie die neue COVID-19 Gesetzgebung.

**Praxishinweis 2:**

Sorgen Sie dafür, dass eine ausreichende **Dokumentation** erfolgt.

**2. Optimierungen / Ergänzungen im Aufsichtsrat - Kompetenz der Aufsichtsmitglieder in einer extremen Krisensituation:**

Wichtig ist, dass der Aufsichtsrat in seiner Zusammensetzung das erforderliche Maß an **Qualifikation und Sachkunde** mitbringt, um seiner Kontroll- und Beratungsfunktion gegenüber dem Vorstand gerecht zu werden. Gerade in der Krise entscheidet sich, ob der Aufsichtsrat "richtig" besetzt ist.

Allerdings konnte niemand die Corona-Krise, eine Pandemie dieses Ausmaßes, vorhersehen. So kann es sein, dass ein Aufsichtsrat für normale Zeiten sehr gut besetzt war, bei der derzeitigen Situation allerdings **andere Akzente** setzen muss oder aus anderen Gründen Austauschbedarf hat. Dabei sind zahlreiche Konstellationen praxisrelevant.

Unverzichtbar für den Aufsichtsrat in Krisenzeiten sind zumindest auch Grundkenntnisse zu **arbeitsrechtlichen Themen** und Fragestellungen wie **Kurzarbeit**, Kurzarbeitergeld, Aufstockung - ggf. in Verbindung mit Weiterbildung, oder ausgewogene Personalanpassungen bei Vermeidung sozialer Schieflagen. Ist diese besonders im Krisenzeichen geforderte Kompetenz im Aufsichtsrat unterbesetzt, ist der Aufsichtsrat in dieser **zentralen Thematik** nicht in der Lage, den Vorstand bzw. die Geschäftsführung entsprechend zu überwachen und beraten zu können.

In jedem Fall ist zu überprüfen, ob der Aufsichtsrat in seiner Gesamtheit **aktuell** optimal besetzt ist. Gegebenenfalls sind - auch aus Haftungsgründen, die zur Zeit leider nicht nur theoretisch sind, geeignete Persönlichkeiten anzusprechen, um **Optimierungen** vorzunehmen zu können.

**Beispiele:**

*(1) In dem Aufsichtsrat eines großen Krankenhauses sind überwiegend "Interessenvertreter". Ein Teil von diesen erfüllte schon vor der Corona-Krise nicht die vom Bundesgerichtshof für erforderlich angesehenen Mindestkenntnisse.*

(2) In einem anderen Unternehmen fehlt es an dem richtigen Mix an Kompetenzen. Denkbar ist, dass die eine oder andere Kompetenz überwiegt bzw. die Zusammensetzung des Aufsichtsrats der aktuellen kritischen Situation aufgrund der Corona-Krise nicht gerecht wird.

(3) Möglicherweise fehlen ganz einfach die erforderlichen Spezialisten / Ressourcen im Aufsichtsrat zur Krisenbewältigung.

**Praxishinweis:**

Das Haftungsrisiko ist für den Aufsichtsrat umso höher, je geringer die "richtige" Kompetenz im Aufsichtsrat abgebildet ist. Das ist riskant. Nicht ausreichende **Kompetenz** und **Haftung** bedingen einander (vgl. Dr. Jürgen Kunz in: BOARD 2014,100).

### 3. Hinzuziehung externer Kompetenzen durch den Aufsichtsrat:

Damit der Aufsichtsrat in - außergewöhnlichen - Krisenzeiten wie Corona schnell handeln kann, drängt sich - neben der etwaigen Neubesetzung / Ergänzung im Aufsichtsrat - auf, **externe Kompetenzen** für nicht vorhersehbare Themen / Fragestellungen / Schulungen hinzuzuziehen. Dies kann nicht nur sinnvoll, sondern sogar erforderlich sein, und ist zulässig.

Auch wenn das Aufsichtsrats-Mandat ein höchstpersönliches Mandat ist, und jedes Aufsichtsratsmitglied selbstverständlich die Kompetenzanforderungen erfüllen muss, so liegt hier gleichwohl eine **außergewöhnliche Situation** vor, in der nicht erwartet werden kann, dass die Aufsichtsratsmitglieder die jeweiligen Maßnahmen des Vorstands in komplexen Fragestellungen stets selbst genau einschätzen können.

Wenn dies der Fall ist, sollte jedes Aufsichtsratsmitglied auf die Hinzuziehung externer Kompetenzen durch den Aufsichtsrat hinwirken, um eine **sachgemäße Entscheidung** treffen zu können.

**Beispiele:**

(1) In der ein oder anderen AG oder GmbH mag es Aufsichtsräte geben, denen die Kernregelungen der am 28.3.2020 in Kraft getretenen **Corona-Notfall-Gesetzgebung** nicht hinreichend bekannt sind. Diese Kenntnis dürfte indes unverzichtbar sein, um dem Aufsichtsratsmandat gerecht zu werden.

(2) Aufgrund der Corona-Krise hatte es bisher für den Aufsichtsrat noch keine Möglichkeit gegeben, im Detail davon Kenntnis zu nehmen, dass am 20.3.2020 der **neue Corporate Governance Kodex** mit seinen Empfehlungen in Kraft getreten ist, und welche Bedeutung diese Empfehlungen für das zu beaufsichtigende Unternehmen hat.

(3) Das sogenannte **ARUG II** Gesetz 2020 mit seinen gesetzlichen Vorgaben ist im Aufsichtsrat möglicherweise nur rudimentär bekannt.

#### 4. Bildung eines Krisenausschusses des Aufsichtsrats

Kleine bewegliche Schiffe können im Einzelfall bekanntermaßen schneller und beweglicher sein als ein großes Schiff. Insofern ist zu überlegen, ob die Einrichtung eines **Krisenausschusses des Aufsichtsrates** bei Wahrung der Gesamtverantwortlichkeit des Aufsichtsratsplenums sinnvoll sein kann.

##### **Praxishinweis:**

Der Krisenausschuss könnte bei Bedarf schnell und effektiv mit externen Kompetenzen zusammenarbeiten (**Kombi-Lösung**).

#### 5. Zusammensetzung des Vorstands - eine Kern-Aufgabe des Aufsichtsrats

Die möglichst optimale Zusammensetzung des Vorstands ist auch in Krisenzeiten eine Kernaufgabe des Aufsichtsrats. Erkennt der Aufsichtsrat, dass der **Vorstand** oder einzelne Vorstandsmitglieder mit der Situation in der Krise **überfordert** ist, besteht unmittelbarer **Handlungsbedarf**. Jedes Aufsichtsratsmitglied ist gefordert.

##### **Praxishinweis:**

Erkennt ein Aufsichtsratsmitglied den konkreten Handlungsbedarf deshalb, weil das Aufsichtsratsmitglied über beruflich erworbene Spezialkenntnisse zu der Thematik verfügt, so unterliegt dieses Aufsichtsratsmitglied einem **erhöhten Sorgfaltsmaßstab**.

#### 6. Vergütung des Vorstands / der Geschäftsführung in Corona-Zeiten

Die Vergütung des Vorstands bzw. der Geschäftsführung ist schon in Nicht-Krisenzeiten ein recht komplexes Thema für den Aufsichtsrat, in Krisenzeiten ist das Thema nicht leichter. In Normalzeiten gilt es, die Vergütungsanreize für den **Vorstand** so zu gestalten, dass diese mit den für die Strategie zugrunde gelegten **Kennzahlen**, mit denen das Unternehmen gesteuert wird, eine größtmögliche Deckung erreichen. Die Anreizwirkung für den Vorstand sollte mit der Steuerung des Unternehmens korrelieren.

Da niemand die Corona-Pandemie vorhergesehen hat, dürften zahlreiche

**Vergütungssysteme** in der aktuellen Situation **nicht mehr „passen“**.

**Praxishinweis 1:**

Die Aufgabe des Aufsichtsrats ist es, sich mit der Thematik zu beschäftigen.

**Praxishinweis 2:**

Der Aufsichtsrat sollte bei seinen Überlegungen auch eine **wichtige gesetzliche Vorgabe** kennen, die normalerweise keine wesentliche Rolle spielt, aber jetzt Bedeutung erlangt. Denn ist es so, dass sich die Lage der Gesellschaft nach der Festsetzung der Gesamtbezüge des Vorstandes so verschlechtert, dass die Weitergewährung der **Bezüge** unbillig für die Gesellschaft wäre, so soll der Aufsichtsrat die Bezüge auf die angemessene Höhe **herabsetzen**.

## 7. Überwachung der operativen Stellschrauben durch den Aufsichtsrat

Entscheidend ist, dass die Aufsichtsräte das operative Geschäft des Unternehmens, das zu überwachen ist, möglichst gut kennen. Dies kann im Einzelfall recht unterschiedlich und unter Umständen auch schwierig sein, wenn gerade erst eine Reihe von Neuwahlen zum Aufsichtsrat stattgefunden haben, und die vertiefte Einarbeitung noch Zeit braucht.

Jeder Aufsichtsrat muss jedoch stets wissen (**Transparenz**), nach welchen Kennzahlen und Parametern sein Unternehmen gesteuert wird, um seiner Überwachungs- und Beratungsaufgabe gerecht zu werden.

Der Aufsichtsrat muss immer ein aktuelles, klares und **umfassendes Bild von der Lage** haben.

**Praxishinweis:**

In der Krise hat der Aufsichtsrat insbesondere das **Krisenmanagement** des Vorstands zu überwachen, d.h.:

Welche **kurzfristigen Maßnahmen** für den operativen Betrieb hat der Vorstand bzw. die Geschäftsführung getroffen?

Welche **mittelfristigen Maßnahmen** plant der Vorstand mit Blick beispielsweise auf das Wiederanlaufen der Produktion

Gelingt es dem Vorstand, das Unternehmen mit Blick in die Zukunft auf die **zukünftigen Herausforderungen** und die "neue Normalität" auszurichten?

## 8. Liquidität sichern / Rettungsschirm / KfW

In Krisenzeiten hat die **Liquidität** vorrangige Bedeutung, da sie für die Überlebensfähigkeit des Unternehmens je nach Unternehmen und Einzelfall entscheidend sein kann. Alternative **Szenarien** zu **rechnen**, kann sinnvoll und ein "Muss" sein, dazu gehört eine **Ergebnisprognose** und die etwaige Nutzung des **Rettungsschirms** der Bundesregierung. Die Sicherstellung der Liquidität durch den Vorstand ist Teil der operativen Krisenbewältigung.

### **Praxishinweis 1:**

Die Sicherstellung der Liquidität durch den Vorstand hat der Aufsichtsrat genau im Auge zu behalten.

### **Praxishinweis 2:**

Je nach Situation des Unternehmens empfiehlt es sich, das von der Bundesregierung initiierte **KfW Sonderprogramm 2020** (Kredite zur Aufrechterhaltung der Liquidität) zu kennen, um dies mit dem Vorstand zu diskutieren.

## 9. Katalog zustimmungspflichtiger Rechtsgeschäfte

Ein besonders wichtiges Steuerungsinstrument des Aufsichtsrats ist der Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte. Dabei geht es in der Krise insbesondere um den **Inhalt** und die **Grenzen** der Festlegung von Zustimmungsvorbehalten. Es besteht ein **Ermessensspielraum** des Aufsichtsrats, der sich einerseits zwischen dem Pflichtinhalt und andererseits dem Übermaßverbot bewegt.

### **Praxishinweis:**

In der aktuellen Krisensituation hat der Aufsichtsrat die Pflicht zu überprüfen, ob **weitere Zustimmungsvorbehalte** zu implementieren sind.

## 10. Virtuelle Hauptversammlung / Fristen / Gewinnverwendung

Die gewohnten **Präsenz Hauptversammlungen** / **Gesellschafterversammlungen** können während der Corona-Pandemie aufgrund der Schutzmaßnahmen nicht wie bisher stattfinden. Der Gesetzgeber hat - zunächst begrenzt auf das Jahr 2020 mit gegebenenfalls Verlängerung für ein Jahr - umfassende Regelungen und

Lösungsmöglichkeiten mit seiner **Notfallgesetzgebung** vorgegeben. Die genaue Kenntnis ist für Aufsichtsräte unverzichtbar.

Von der Notfallgesetzgebung ist für Aufsichtsräte insbesondere **wichtig**, dass der Vorstand für die Entscheidungen zur virtuellen Hauptversammlung, zum Abhalten der Hauptversammlung bis zum Ende des Geschäftsjahres und zu einer etwaigen Abschlagszahlung auf dem Bilanzgewinn der **Zustimmung des Aufsichtsrats** bedarf.

**Praxishinweis:**

"**Online**" bedeutete nicht "virtuell". Eine solche Gleichsetzung für Hauptversammlungen ist ein immer wieder genannter **Irrtum**.

Die Möglichkeit zur online-Teilnahme von Aktionären an der Hauptversammlung gibt es bereits seit 2009, wurde allerdings wenig genutzt. Diese Möglichkeit der online-Teilnahme hat nichts mit der im Rahmen der **Notfallgesetzgebung 2020** eingeführten virtuellen Hauptversammlung zu tun.

**FAZIT:**

Werden die vorgenannten Punkte der Checkliste beachtet, ist eine **entscheidende Weichenstellung** für eine erfolgreiche Aufsichtsrats-Tätigkeit in der Corona-Krise erfolgt. Unabhängig davon wünsche ich allen Kollegen/innen im Aufsichtsrat auch **stets eine glückliche Hand** bei allen Entscheidungen.

Dr. Jürgen Kunz

**Vertiefungshinweise:**

BOARD - Zeitschrift für Aufsichtsräte in Deutschland, Reguvis / Bundesanzeiger Verlag, Mit-Herausgeber Dr. Jürgen Kunz, fortlaufend 2020 ff.

Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27. März 2020, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2020 Teil I Nr. 14, ausgegeben am 27. März 2020

Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld vom 13. März 2020, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2020 Teil I Nr. 12, ausgegeben am 14. März 2020

Verordnung über die Bezugsdauer für das Kurzarbeitergeld vom 16. April 2020, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2020 Teil I Nr. 18, ausgegeben am 20. April 2020

Deutscher Corporate Governance Kodex 2020 in der Fassung vom 16. Dezember 2019, veröffentlicht am 20. März 2020

Gesetz zur Umsetzung der 2. Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) vom 12. Dezember 2019, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2019 Teil I Nummer 50, ausgegeben am 19. Dezember 2019

Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) vom 30. Juli 2009, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2009 Teil I Nummer 50, ausgegeben am 4. August 2009

Dr. Jürgen Kunz, Professor Dr. Martin Henssler, Dr. Jürgen Brand, Dr. Martin Nebeling, (Hrsg.), Praxis des Arbeitsrechts, Deutscher Anwaltverlag, Kapitel 16 Rdn. 513 ff., Vertragstypen, Verträge mit *Vorstandsmitgliedern von Aktiengesellschaften*

Dr. Jürgen Kunz, Professor Dr. Martin Henssler, Dr. Jürgen Brand, Dr. Martin Nebeling, (Hrsg.), Praxis des Arbeitsrechts, Deutscher Anwaltverlag, Kapitel 16 Rdn. 673 ff., Vertragstypen, Verträge mit *Vorstandsmitgliedern von Genossenschaften*

Dr. Jürgen Kunz, Professor Dr. Martin Henssler, Dr. Jürgen Brand, Dr. Martin Nebeling, (Hrsg.), Praxis des Arbeitsrechts, Deutscher Anwaltverlag, Kapitel 27 Rdn. 1 ff., *Aufhebungsvereinbarungen/-Verträge, Abwicklungsverträge Arbeitsgerichtliche vergleiche*

Aufsichtsrat-Studie 2017 der Hochschule Landshut zu den Anforderungen und Qualitätswahrnehmung von Aufsichtsräten in börsennotierten Aktiengesellschaften in Deutschland, Einbringung von Forschungsergebnissen von Dr. Jürgen Kunz