Alles Überall Gleichzeitig

Erfolgreiche Aufsichtsratstätigkeit in Krisensituationen

Dr. Daniel M. Weiß, LLM (University of Chicago), Rechtsanwalt und Partner, Hengeler Mueller, Franfurt/Main

Technologische Disruption, Lieferkettenrisiken, geopolitische Instabilität, Klimawandel und andere Entwicklungen haben zu einem zunehmend komplexen und volatilen Wirtschaftsumfeld geführt. Im Zuge dessen nimmt das Risiko von Unternehmenskrisen zu. Dieser Beitrag beleuchtet die zentrale Rolle des Aufsichtsrats in der Krisenbewältigung. Er greift eine Auswahl von Themen auf, die sich in der langjährigen Beratungspraxis häufig stellen und als erfolgskritisch erwiesen haben. Orientierung vermitteln hierbei die Erfahrungswerte aus guter Marktpraxis (Best Practices).

INHALT

I. Einleitung
II. Rechtliche Rahmenparameter
III. Stakeholder- und Risikomapping
IV. Blick nach vorne: Akutes Krisenmanagement
V. Blick zurück: Aufarbeitung der Vorkommnisse
VI. Sachverhaltsermittlung des Aufsichtsrats
VII. Fazit

Keywords
Internal Investigation; Krisenmanagement; Risikomapping; Unternehmenskrise

I. Einleitung

Unter einer „Unternehmenskrise" soll im Folgenden ein breites Spektrum möglicher Szenarien außerhalb des Normalbetriebs, angefangen vom Verdacht auf Complianceverstöße, über drohende Rechtsstreitigkeiten, Vorwürfe hinsichtlich der Sicherheit oder Normkonformität der eigenen Produkte (technical compliance), Unfälle mit Personenschaden, Menschenrechtsverletzungen in der Lieferkette, Cyberangriffe bis hin zu Pflichtverletzungen des Vorstands verstanden werden. Nun mag man sich als Aufsichtsratsmitglied eines gut geführten Unternehmens die berechtigte Frage stellen, weshalb man sich gleichsam als Trockenübung mit derartigen Sondersituationen befassen sollte – wäre dies nicht im „Fall der Fälle" ausreichend, der im Übrigen hoffentlich niemals eintreten wird? Hierzu folgende Erfahrungswerte: Krisensituationen treten oftmals überraschend auf, jedenfalls auf der Ebene des Aufsichtsgremiums, und erfordern kurzfristige Entscheidungen von potenziell großer Tragweite. Wer vorab einschlägige Expertise aufgebaut hat, ist im Vorteil. Fehler in der Anfangsphase können später nur noch schwer zu korrigieren sein. Die Vielzahl möglicher Szenarien mag darauf hindeuten, dass Aufsichtsratsmitglieder deren Eintrittswahrscheinlichkeit strukturell unterschätzen. Krisensituationen lassen sich auch bei bester Unternehmensführung nicht ausschließen, wie das Beispiel der zunehmenden Cyberattacken belegt. Dies alles spricht dafür, dass sich der Aufsichtsrat eine Kompetenz für Krisensituationen aufbaut und sich regelmäßig mit potenziellen Schwachstellen, Angriffspunkten und Bedrohungslagen befasst, um die Resilienz des Unternehmens zu stärken.

II. Rechtliche Rahmenparameter

In der Krise erhöhen sich Intensität und Umfang der Überwachungs- und Beratungspflichten des Aufsichtsrats. Deren qualitative und quantitative Dimension bemisst sich nach den konkreten Erfordernissen der Krisensituation. Im Rahmen seiner Personalkompetenz hat der Aufsichtsrat außerdem sicherzustellen, dass der Vorstand funktionsfähig ist und in der Lage, die Krise zu bewältigen. Sollte dies nicht uneingeschränkt der Fall sein, wird der Aufsichtsrat personelle Veränderungen im Vorstand zu prüfen haben. Um diese Aufgaben sachgerecht erfüllen zu können, muss der Aufsichtsrat im erforderlichen Umfang von seinen Informationsrechten Gebrauch machen. Ergänzend können in bestimmten Situationen eigene Sachverhaltsermittlungen angezeigt sein (hierzu später ausführlicher).

In der Umsetzung dieser vergleichsweise abstrakten rechtlichen Parameter haben sich in der Praxis Best Practices herausgebildet: Das Aufsichtsratsplenum ist im Regelfall zu schwerfällig, um den vorstehend beschriebenen Anforderungen gerecht zu werden. Daher empfiehlt es sich, per Beschluss des Plenums einen Sonderausschuss einzusetzen, der regelmäßig Berichte zum laufenden Krisenmanagement erhält, den Vorstand berät und dem Plenum berichtet. Hierbei kann die Frequenz der Ausschusssitzungen flexibel den situativen Anforderungen angepasst

werden. Üblich sind kleine Gremien von vier bis sechs Personen, die arbeitnehmer- und kapitalseitig paritätisch besetzt werden. Wichtig ist hierbei der Ausschluss von persönlichen Interessenskonflikten seiner Mitglieder und damit die Sicherstellung der Neutralität des Sonderausschusses. Außerdem empfiehlt es sich, im Rahmen des Plenumsbeschlusses den Ausschuss oder dessen Vorsitzenden zur Vertretung der AG bei notwendigen Rechtsgeschäften zu ermächtigen, wie beispielsweise die Mandatierung von Rechtsberatern, Forensikern oder technischen Experten. Schließlich hat es sich bewährt, eine vertrauenswürdige Führungskraft im Unternehmen mit der Rolle des Ansprechpartners auf der Arbeitsebene für das Team des Vorstands und gegebenenfalls mandatierte externe Berater zu betrauen, um die Belange des Aufsichtsrats zwischen den Sitzungen des Sonderausschusses wahrzunehmen.

III. Stakeholder- und Risikomapping

Ausgangspunkt und zentrales Element eines erfolgreichen Krisenmanagements ist die Identifizierung der aktuellen und potenziellen Stakeholder sowie der mit diesen jeweils verbundenen Interessen, Chancen und Risiken. Hierbei ergibt sich typischerweise ein breites Tableau, angefangen von Mitarbeitenden, Kunden und Lieferanten, über die einschlägigen Behörden (Regulierung, Aufsicht, Strafverfolgung), zuständige Gerichte für diverse denkbare Anspruchsgrundlagen und möglichen Klägergruppen bis hin zur Öffentlichkeit und den Medien. Die Komplexität des Risikomappings erhöht sich beträchtlich bei internationalen Sachverhalten, da hier neben unterschiedlichen Rechtsordnungen zahlreiche weitere Stakeholder hinzukommen können. Dies gilt in besonderem Maße, falls es einen Nexus zu den USA geben sollte. Das Stakeholder- und Risikomapping wiederum bildet die Grundlage für eine Situationsanalyse sowie die Identifizierung und Bewertung von Handlungsoptionen mit dem Ziel, die unter den gegebenen Umständen bestmögliche Krisenstrategie zu entwickeln.

Was als Lehrbuchwissen naheliegend und einleuchtend klingt, stellt die Beteiligten in der Praxis oftmals vor erhebliche Herausforderungen. Ein Kernproblem ist hierbei die begrenzte Visibilität hinsichtlich der zugrundeliegenden Fakten. So ist beispielsweise im Falle eines Verdachts von Straftaten im Unternehmen im Regelfall auf der Führungsebene schlicht unbekannt und auch nicht kurzfristig ermittelbar, ob an den Vorwürfen „was dran ist". Für die Entscheidungsträger mag sich dies wie ein Blindflug anfühlen. Gleichzeitig ist eine Vielzahl von Entscheidungen zu treffen. So mag es anfänglich unklar sein, ob Klagerisiken in den USA drohen. Das Unternehmen muss sich gleichwohl entscheiden, ob es frühzeitig Maßnahmen zum Schutz gegen Risiken aus einer „Discovery" ergreift. Diese Entscheidung ist nicht aufschiebbar, denn wird sie nicht positiv getroffen, ist auch der Verzicht darauf eine solche. Ein anderes typisches Beispiel ist die Frage, ob eine frühzeitige Offenlegung eines potenziellen Complianceverstoßes gegenüber (Straf-)Behörden verbunden mit einem Kooperationsangebot im Unternehmensinteresse liegt. Hierfür sind zahlreiche Aspekte bei unklarem Sachverhalt abzuwägen. Gleiches gilt für die Frage in internationalen Sachverhalten, welche Behörden mit einem Kooperationsangebot angesprochen werden sollte. Die zuständige deutsche Staatsanwaltschaft mag vordergründig zunächst als Bedrohung wahrgenommen werden. Möglicherweise kann sich aus einer proaktiven Kooperation aber auch die Chance einer sog. „Home Country Solution" ergeben, in der eine Bebußung durch die inländische Behörde eine Schutzwirkung gegen die möglicherweise deutlich bedrohlichere Verfolgung durch ausländische Behörden entfaltet, insbesondere in den USA.

Einen weiteren wichtigen Stakeholder herausgreifend: Von Anbeginn sollten die Belange der Belegschaft berücksichtigt und deren Vertreter eingebunden werden. Hierbei werden häufig nachvollziehbare Besorgnisse geäußert, etwa mit Blick auf die Einbeziehung persönlicher Daten in die interne Untersuchung oder die Sorge vor einem Generalverdacht gegenüber Mitarbeitenden. Eine offene und transparente Kommunikation mit deren Vertretern in den zuständigen Betriebsräten und im Konzernbetriebsrat, mit dem Datenschutzbeauftragten und der Arbeitnehmerseite im Aufsichtsrat bildet Vertrauen. Wichtig ist auch ein faires Vorgehen gegenüber verdächtigen Mitarbeitenden, insbesondere bei Befragungen im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung, sowie das Angebot eines persönlichen Rechtsbeistands auf Kosten des Unternehmens. All dies dient der reibungslosen Zusammenarbeit mit der Arbeitnehmerseite, kann sich hilfreich bei notwendigen Mitwirkungen wie z.B. einer Anpassung der Konzernbetriebsvereinbarung zur Ermöglichung eines E-Mailscreenings auswirken und kann insgesamt erfolgskritisch für die Krisenbewältigung sein.

Wenngleich die Federführung für diese Themen beim Vorstand im Rahmen seiner Geschäftsführungsbefugnis liegt, sollte der Aufsichtsrat auf ein frühzeitiges Tätigwerden des Vorstands hinwirken und sich eingehend mit dessen Stakeholder- und Risikomapping befassen. Je nach Sachlage mag eine kritische Plausibilisierung genügen, in komplexeren Fällen kann eine weitergehende, beratende Unterstützung des Aufsichtsrats angezeigt sein. Eine besondere Rolle kommt dem Aufsichtsrat auch dann zu, wenn eine eigene Betroffenheit des Vorstands nicht ausgeschlossen werden kann. In der Praxis ist dies bereits deshalb häufig zu bejahen, weil jenseits der (seltenen) Fälle einer vorsätzlichen Pflichtverletzung von Vorstandsmitgliedern im Rahmen der Krisenbewältigung die Frage zu klären sein wird, ob die vom Vorstand zu

verantwortender Unternehmensorganisation im Hinblick auf die einschlägigen Krisenursachen adäquat war.

IV. Blick nach vorne: Akutes Krisenmanagement

Im akuten Krisenfall entspricht es dem natürlichen Impuls, zunächst dessen Ursachen zu erforschen. Dies ist richtig und wichtig. Zeitlich prioritär ist es jedoch, den Blick nach vorne zu richten und der Leitfrage nachzugehen, ob ein vergleichbarer Vorfall nochmals geschehen könnte. Mit anderen Worten: Die Abklärung von Maßnahmen zur künftigen Schadensabwehr sollte zunächst im Vordergrund stehen. Diese Thematik hat insoweit eine besondere rechtliche Brisanz, als ein schadensbegründendes Ereignis den Organmitgliedern positiv bekannt ist und im Falle einer Wiederholung einem untätigen Organmitglied der Vorwurf zivil- oder gar strafrechtlicher Haftung gemacht werden könnte. Der Aufsichtsrat hat in diesem Zusammenhang die Aufgabe sicherzustellen, dass der Vorstand die notwendigen Maßnahmen ergreift, und diesem mit Rat und Tat zur Seite zu stehen.

Zunächst ist abzuklären, ob sich das konkrete Krisenereignis in ähnlicher Form wiederholen könnte. Geht es um eine Schädigung des Unternehmens wie z.B. durch einen Complianceverstoß, stehen Sofortmaßnahmen zur Vermeidung ähnlicher Fälle im Vordergrund. Sind hingegen Dritte geschädigt, beispielsweise bei einem Arbeitsunfall mit Personenschäden, ist zu prüfen, ob kurzfristig weitere Schutzmaßnahmen angezeigt sein könnten, um die entsprechenden Gefahrenquellen einzudämmen.

Treten im Rahmen des Schadensereignisses Zweifel an der Normkonformität der eigenen Produkte oder Dienstleistungen auf, ist eine rechtliche Bewertung notwendig. Wie sich im Zuge der Dieselkrise gezeigt hat, können insbesondere produktbezogene technische Normen eine wichtige Rolle spielen. Eine Abklärung der Legalität kann komplexe technische und juristische Fragestellungen aufwerfen, zumal die betreffenden technischen Normen im Zweifel den hinzugezogenen Juristen gänzlich unbekannt und nur nach einem intensiven Austausch mit technischen Experten verständlich sein dürften. In einer derartigen Situation haben die Organmitglieder die schwierige Entscheidung zu treffen, ob im Falle einer Erhärtung von Legalitätszweifeln ein vorsorglicher Lieferstopp mit den damit verbundenen wirtschaftlichen Nachteilen angeordnet werden sollte.

Ein Krisenereignis in einem bestimmten Geschäftsfeld wirft außerdem die Frage nach der Existenz von anderen, im Hinblick auf das Chancen-Risikoprofil strukturell gleichgelagerten anderen Geschäftsfeldern auf. Mit dem Wissen aus dem konkreten Schadensereignis mag sich die Bewertung der Risiken weiterer Produkte oder Dienstleistungen ändern mit der Folge, dass die Frage weiterer Schutzmaßnahmen zur Risikovorsorge zu prüfen ist.

V. Blick zurück: Aufarbeitung der Vorkommnisse

Die Aufarbeitung einer Krisensituation erfolgt in verschiedenen Phasen. Am Beginn steht die Ermittlung des Sachverhalts („Internal Investigation“), einschließlich einer Ermittlung der Krisenursachen („Root-Cause-Analysis“). Auf dieser Grundlage erfolgt eine Bewertung, insbesondere mit Blick auf eine Fortentwicklung der Geschäftsorganisation zur Stärkung der Krisenresilienz und des Risikomanagements. Außerdem sind die rechtlichen Implikationen wie etwa das Bestehen von Regressansprüchen zu prüfen. Schließlich wird es oftmals notwendig sein, das Unternehmen gegenüber Dritten zu verteidigen, sei es im Rahmen von zivilrechtlichen Klagen im In- und Ausland oder behördlichen Ermittlungen gegen das Unternehmen bzw. Mitarbeitende.

Der Aufsichtsrat spielt hierbei eine wichtige Rolle bei der Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Projektaufsatzes des Vorstands im wohlverstandenen Unternehmensinteresse und im Einklang mit den Best Practices. Eine zentrale Anforderung, mit der sich der Aufsichtsrat selbst beschäftigen sollte, ist die sorgfältige Überprüfung der Unabhängigkeit der Sachverhaltsermittlung sowie der hierzu ergriffenen organisatorischen Maßnahmen. Mit anderen Worten: Es ist zu klären, ob die maßgeblichen Beteiligten frei von persönlichen Interessenskonflikten agieren und Vorkehrungen für einen angemessenen Umgang mit später auftretenden oder erkannten Interessenskonflikten getroffen worden sind. Dies kann insbesondere mit Blick auf die Vorstandsmitglieder ein delikates Unterfangen sein, da deren Verantwortung für die Angemessenheit der Geschäftsorganisation im Raum steht. Hier hat es sich bewährt, der Projektleitung für die interne Untersuchung oder dem externen Anwalt die Befugnis einzuräumen, im Falle eines Interessenskonflikts oder eines sonstigen Untersuchungshemmnisses an den Aufsichtsrat zu eskalieren. Fehlt dieses Element, kann sich die Sachverhaltsaufklärung im Nachhinein als nicht belastbar und untauglich für eine tragfähige Behördenkooperation erweisen.

Ein weiteres zentrales Thema für den Aufsichtsrat bei der Überwachung und Sicherstellung eines angemessenen Projektaufsatzes des Vorstands ist die Beurteilung von Scoping und Methodik der Sachverhaltsermittlung, die den Best Practices für Internal Investigations folgen sollte. Außerdem sollte der Aufsichtsrat die Qualifikation der zentralen internen und externen Beteiligten validieren. Er sollte darauf achten, ob Klagerisiken identifiziert und bewertet sowie gegebenenfalls angemessene Schutzvorkehrungen getroffen worden sind. Falls diesbezüglich Risiken in den USA bestehen, wäre die Sicherstellung des „Legal Privilege“ als Schutz gegen umfangreiche Dokumentenherausgabe-

pflichten gegenüber Zivilklägern und Behörden von zentraler Bedeutung. Wichtig sind außerdem Kommunikationsregeln, um einen angemessenen Schutz vor Informationslecks an die Presse bzw. Öffentlichkeit zu gewährleisten.

Schließlich sollte der Aufsichtsrat die fortlaufende Entwicklung der Sachverhaltserkenntnisse mit Blick auf Anhaltspunkte für Pflichtverletzungen des Vorstands im Blick behalten. Aufgrund der gesetzlichen Verjährungsfristen sowie möglichen Obliegenheiten unter der D&O Versicherung können auch vor Abschluss der Sachverhaltsermittlungen Maßnahmen des Aufsichtsrats wie z.B. eine Umstandsmeldung an die Versicherung oder eine Vereinbarung zur Verjährungsunterbrechung notwendig sein, um die Interessen der Gesellschaft zu wahren.

VI. Sachverhaltsermittlung des Aufsichtsrats

Wenngleich die Sachverhaltsaufklärung grundsätzlich in der Zuständigkeit des Vorstands liegt, kann in bestimmten Konstellationen auch eine diesbezügliche Pflicht des Aufsichtsrats bestehen. Dies ist zunächst dann der Fall, wenn ein Pflichtverstoß des Vorstands im Raum steht. Hierbei wird es im Regelfall nicht um ein vorsätzliches Fehlverhalten des Vorstands wie beispielsweise eine eigene Mitwirkung an Complianceverstößen gehen. Häufiger anzutreffen sind Defizite bei der Aufklärung eines Compliance- bzw. sonstigen Krisensachverhaltes oder dem angemessenen Umgang mit der Krise. Am häufigsten schließlich stellt sich die Frage, ob die Geschäftsorganisation unzulänglich war und dieser Umstand den Eintritt des Krisenfalls begünstigte.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird der Aufsichtsrat außerdem auch dann in der Pflicht zur Ermittlung des Sachverhalts gesehen, wenn eine schwerwiegende Gefahr für das Wohl der Gesellschaft besteht. Dies wird an der Erheblichkeit der Gefahr und der Wahrscheinlichkeit deren Realisierung festgemacht. Hierbei kommen neben der Gefahr von Vermögens- auch Reputationsschäden in Betracht, etwa im Bereich ESG oder allgemein der Geschäftsethik. Als Beispiel mag der Fall des Minenunternehmens Rio Tinto in Australien dienen. Obgleich Presseberichten zufolge das Unternehmen vollständig legal Sprengungen vornahm, führten diese aufgrund der damit verbundenen Zerstörung eines einem indigenen Volk heiligen Ortes zu öffentlicher Kritik und schlussendlich zum Ausscheiden des CEO und weiterer Führungskräfte.

Wird die Notwendigkeit einer eigenen Sachverhaltsermittlung durch den Aufsichtsrat festgestellt, bedeutet dies nicht notwendigerweise, dass dieser eine vollständige internal Investigation nach allen Regeln der Kunst durchführen muss. Vielmehr sollte geprüft werden, ob der Aufsichtsrat ganz oder teilweise die Ergebnisse der Sachverhaltsermittlung des Vorstands übernehmen kann. Damit dies gelingt, sollte sich der Aufsichtsrat von Anbeginn der Vorstandsuntersuchung vergewissern und laufend überwachen, dass diese unabhängig durchgeführt wird und auch im Übrigen den Best Practices entspricht. Ist dies der Fall, kann der Aufsichtsrat deren Ergebnisse nach sorgfältiger Plausibilisierung übernehmen. In diesem Fall können sich eigene Untersuchungshandlungen des Aufsichtsrats auf die für seine Beurteilungsgegenstände relevanten zusätzlichen Sachverhalte beschränken, die nicht vom Umfang der Vorstandsuntersuchung erfasst waren.

VII. Fazit

In einem zunehmend komplexen und volatilen Umfeld steigt tendenziell das Risiko von Unternehmenskrisen unterschiedlichster Art. Im Falle einer Krise erhöhen sich Intensität und Umfang der Überwachungs- und Beratungspflichten des Aufsichtsrats. Gleichzeitig ist der Aufsichtsrat mit außergewöhnlichen Themenstellungen jenseits seiner Komfortzone konfrontiert. Im Vorfeld aufgebaute Expertise kann daher für die erfolgreiche Krisenbewältigung entscheidend sein. In der Praxis haben sich Best Practices herausgebildet, die dem Aufsichtsrat als Orientierungspunkte bei einer Vielzahl zu treffenden Entscheidungen dienen können.

Sind Sie bereit für die Nachhaltigkeitsberichterstattung?

Mit der Forderung, Ihren Nachhaltigkeitsbericht nach den neuen EU-Standards auszuzeichnen und in das amtliche Format zur Offenlegung zu konvertieren, kommen neue Herausforderungen auf Sie zu! Um dieser gerecht zu werden, bietet die Bundesanzeiger Verlag GmbH zwei Services. Zum einen eine Softwarelösung (Bolt-On) für das eigenständige Tagging und Konvertieren Ihres Berichts sowie eine Full-Service-Lösung, bestehend aus der Taggingdienstleistung und der Konvertierung.

Mehr Infos unter
www.esg-service.eu

Bundesanzeiger Verlag