

Universitätsprofessor Dr. Dr. Manuel René Theisen

Ludwig Maximilians-Universität München

Entlastung des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder

Hermes Equity Ownership Services Limited had asked Professor Dr. Dr. Manuel Theisen of Ludwig Maximilians University in Munich, one of the leading authorities on corporate governance in Germany, to provide an expert opinion (Gutachten) on the concept of supervisory board discharge pursuant to the German Stock Corporation Act (Aktiengesetz) and how shareholders should approach the exercise of their voting rights regarding the discharge. The main conclusions of Professor Theisen's expert opinion can be summarised as follows:

1. A vote against the discharge of the supervisory board is an increasingly important and meaningful signal, which to date has been used too rarely by dissatisfied shareholders to communicate their concerns. This is true even though it has no immediate legal consequences.
2. However, the legal literature and commentary suggests that voting against the discharge is a sensible - though not necessary - first step, if a shareholder considers (or cannot rule out) additional legal steps in the future.
3. The discharge of the supervisory board pursuant to the German Stock Corporation Act is effectively a declaration of continued confidence and confirmation that given the passing of time the shareholders remain satisfied with the election of its members. As such, when the satisfaction of shareholders has diminished or disappeared over time, they should not be too hesitant to use a vote against the discharge to communicate their dissatisfaction.
4. When a supervisory board's discharge is approved by well below 100 per cent of the shareholders exercising their voting rights, it should regard this as considerable criticism of its work and performance and as soon as possible consider the reasons for the dissatisfaction of investors. Taking the particular situation of the company into account, they should deliberate whether further measures should be discussed.

1. Bedeutung der Entlastung

Die Entlastung ist bei der **AG** eine einseitige Erklärung der Hauptversammlung, mit der die **Tätigkeit** des Aufsichtsrats bzw. Aufsichtsratsmitglieds im Berichts- und Abrechnungszeitraum **gebilligt** wird (§ 120 Abs. 1 AktG).

Die Entlastung kann nur nach erfolgter Rechnungslegung und erstattetem Tätigkeitsbericht erfolgen, in der Regel jährlich; sie erfolgt regelmäßig als Konnexaktivität nach der Berichterstattung auf der Hauptversammlung. Die Billigung kann sich daher aber auch nur auf das beziehen, was den Anteilseignern vorgelegen wurde bzw. vorgelegen hat (§§ 171 Abs. 2, 175 AktG, § 77 Abs. 1 BetrVG 1952 i. V. m. § 171 Abs. 2 AktG und §§ 264 ff. HGB).

Die **Entlastung** bezieht sich, schon aufgrund der dabei zugrundegelegten Unterlagen, auf die **Vergangenheit**, in der Regel auf das zuletzt abgelaufene Geschäftsjahr. Vielfach - und zu Recht - wird in der Entlastung aber auch ein Vertrauensvorschuss **für die künftige Arbeit** und die Verwaltung der Gesellschaft gesehen (BGH v. 24.06.2002, AG 2002, S. 677; h. M. statt aller Hüffer, AktG, 2012, § 120 Rz. 2 mwN; Spindler in: Schmidt/Lutter, AktG, 2010, § 120 Rz. 12 sowie dazu und im Folgenden Potthoff/Treischer/Theisen, Das Aufsichtsratsmitglied, 2003, Rz. 2270-2277). „Mit der Entlastung billigen die Aktionäre das Leitungshandeln von Aufsichtsrat und Vorstand für die zurückliegende Entlastungsperiode und sprechen ihnen zugleich ihr Vertrauen in Hinblick auf die weitere Unternehmensführung aus“ (Spindler, in: Schmidt/Lutter, AktG, 2010, § 120 Rz. 31; kritisch Volhard in: Semler/Volhard/Reichert, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, 2011, § 16 Rz. 2 mit Fn 5).

Die **Verweigerung** der **Entlastung** hat **keine unmittelbaren Rechtswirkungen**, namentlich stellt sie keinen Erlassvertrag oder ein negatives Schuldanerkenntnis dar. Sie kann unter keinen Umständen als Widerruf der Bestellung ge deutet werden. Die Entlastung ist somit ein spezifisch gesellschaftsrechtliches Institut. Als solches kann sie - in unterschiedlichem Maße und Umfang - zu einer **Beeinträchtigung des Ansehens** des oder der betroffenen Organmitglieder führen.

Für das Aufsichtsratsmitglied ist die Frage bedeutsam, ob die Entlastung auch den **Verzicht** auf eventuelle **Regressansprüche** der Gesellschaft aus der Amtsführung bedeutet. Bei der AG stellt die Entlastung nach seit 1965 geltendem, zwingendem Aktienrecht **keinen Verzicht auf Ersatzansprüche** der Gesellschaft dar (§ 120 Abs. 2 S. 2 AktG).

Ersatzansprüche im Sinne dieser Vorschrift sind nicht nur Regressansprüche, sondern auch Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung, sofern diese auf die Organtätigkeit zurückzuführen sind. Ein Verzicht durch die Hauptversammlung ist nur möglich, wenn die Dreijahresfrist abgelaufen ist (§ 93 Abs. 4 AktG).

Aber auch eine danach ausgesprochene Entlastung hat keine Verzichtswirkung (§ 120 AktG); das Gleiche gilt für den VVaG (§ 36 VAG).

Ein kurzer **Vergleich** mit der Situation bei der **GmbH** macht die erheblichen Unterschiede deutlich und zeigt, welche Wirkung **vor** dem AktG 1965 ein entsprechender Entlastungsbeschluss auch bei der AG hatte: Bei der **GmbH** ist für die Entlastung der Aufsichtsratsmitglieder die Gesellschafterversammlung zuständig. Die Entlastung bedeutet ebenfalls keinen generellen Verzicht, hat aber eine **Präklusionswirkung** (Nägele/Festel, Betriebs-Berater 2000, S. 1254). Damit ist für die Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer die Geltendmachung von Tatsachen ausgeschlossen (präkludiert), die innerhalb des Entlastungsbeschlusses liegen (Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 2009, § 46 Rn. 26): Eine Entlastungswirkung ergibt sich aber **nur für solche Ersatzansprüche**, die bei sorgfältiger Prüfung aller Vorlagen und erstatteten Berichte erkennbar waren. Es werden also nur die **Tatbestände** erfasst, die der Gesellschafterversammlung auf Grund der ihr unterbreiteten Unterlagen **bekannt** oder für sie **erkennbar** waren. Tatbestände, auf die sich solche Kenntnisse beziehen, können von den Betroffenen in der Regel nicht mehr vorgebracht werden (BGH-Urt. v. 20.05.1985, BGHZ 94, S. 324).

2. Entlastungsanspruch

Der Aufsichtsrat und seine Mitglieder haben **keinen Rechtsanspruch auf Entlastung**, da weder das Vertrauen in die künftige Amtsführung noch die Bestätigung für die Vergangenheit, das Organmitglied habe bisher ordnungsgemäß gehandelt, erzwingbar sind (BGH-Urt. v. 20.05.1985, BGHZ 94, S. 324; Hoffmann in: Spindler/Stilz, AktG, 2010, § 120 Rz. 35).

Wird eine Entlastung verweigert, so kann nach h. M. das Aufsichtsratsmitglied auch nicht generell sein Amt aus wichtigem Grund niederlegen (Hoffmann in: Spindler/Stilz, AktG, 2010, § 120 Rz. 38 mwN: Nur bei willkürlicher Verweigerung der Entlastung; a. M. Spindler in: Schmidt/Lutter, AktG, 2010, §

120 Rz. 48: Vertrauensentzug auch für die Zukunft rechtfertigt die Niederlegungsmöglichkeit).

Auch die Möglichkeit des Aufsichtsrats bzw. seiner Mitglieder, die Gesellschaft mit dem Ziel zu **verklagen**, um feststellen zu lassen, dass keine Regressansprüche bestehen („negative Feststellungsklage“), ist mit der h. M. abzulehnen (Hoffmann in: Spindler/Stilz, AktG, 2010, § 120 Rz. 37; Spindler in: Schmidt/Lutter, AktG, 2010, § 120 Rz. 51).

Die **Entlastung** wird grundsätzlich für alle Aufsichtsratsmitglieder **gemeinsam** beantragt und ausgesprochen, soweit der Vorsitzende nicht kraft eigenem Ermessen oder auf abweichenden Antrag eines Aktionärs (h. M. dazu Scholz, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 2009, S. 688) Einzelentlastung beschließt. Ein entsprechendes Antragsrecht haben bei der AG darüber hinaus Anteilseigner, deren Anteil entweder 10 % des Grundkapitals oder den Nennbetrag von 1 Mio. € erreicht (§ 120 Abs. 1 AktG).

Jedes Aufsichtsratsmitglied hat ein Recht, seine **Entlastung** zu **beantragen**. Es darf bei der Entscheidung über die eigene Entlastung in der Hauptversammlung als Aktionär aber nicht mitstimmen (§ 136 AktG, § 47 Abs. 4 GmbHG, § 36 VAG). Eine Klage gegen die Gesellschaft auf Erteilung der Entlastung besteht aber - wie vorstehend bereits ausgeführt - nach h. M. nicht (statt aller Hüffer, AktG, 2012, § 120 Rz. 18; Hoffmann in: Spindler/Stilz, AktG, 2010, § 120 Rz. 35): Es genügt für die Verweigerung der Entlastung mangelndes Vertrauen, und Vertrauen kann man nicht einklagen“ (Scholz, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 2009, S. 687).

3. Verweigerung der Entlastung

Die **Entlastung** der Aufsichtsratsmitglieder erfolgt durch einen mit **einfacher Mehrheit** zu fassenden Beschluss der Hauptversammlung (§ 133 AktG). In einem mehrheitlich abgelehnten, auf Entlastung gerichteten Beschluss sieht die h. M. die Verweigerung der Entlastung. Da die Hauptversammlung verpflichtet ist, eine Entscheidung zu treffen, die zumindest zu einer Entlastung führen könnte, genügt allerdings „ein negativ auf Verweigerung der Entlastung gerichteter Antrag .. dem nicht, da mit der Ablehnung des Antrags keine Entlastung verbunden wäre“ (Hoffmann in: Spindler/Stilz, AktG, 2010, § 120 Rz. 6).

Eine (befristete) Alternative zur unmittelbaren Verweigerung der Entlastung kann die **Vertagung** der entsprechenden Entscheidung darstellen. Da die

Entlastung entweder für das gesamte Organ oder aber für jedes einzelne Mitglied beantragt und entsprechend beschlossen werden kann, kann im Einzelfall die Vertagung bis zur **abschließenden Klärung** eines umstrittenen Sachverhalts oder Verwaltungshandeln Einzelner oder eines Einzelnen zielführend vertagt werden: da aber nur **einheitlich** und **unbedingt** über die Entlastung von Verwaltungsmittgliedern **beschlossen** werden kann, ist eine partielle oder unter Auflagen erteilte (Teil-)Entlastung für zurückliegende (auch frühere) Zeiträume nicht zulässig (h. M., dazu Spindler in: Schmidt/Lutter, AktG, 2010, § 120 Rz. 41 f.).

4. Bedeutung einer verweigten Entlastung

Die **Entlastung** der Aufsichtsratsmitglieder bzw. deren Verweigerung kann **differenziert** vorgenommen werden: Entgegen dem Kollegialprinzip und der Organhaftung macht dieses Verfahren deutlich, dass jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied **periodisch** vor der Hauptversammlung und damit gegenüber hat (zur Einzelentlastung: Spindler in: Schmidt/Lutter, AktG, 2010, § 120 Rz. 23-30): Die Entscheidung über die individuelle Entlastung für das jeweils zurückliegende den Aktionären **Rechnung zu legen** und sich ggf. zu rechtfertigen Geschäftsjahr ist also in Sonderheit geeignet, **individuelles Fehlverhalten zu sanktionieren**.

Der Entlastung, so der Rechtswissenschaftler G. Spindler, kommt „vor allem in größeren börsennotierten Gesellschaften eine erhebliche Außenwirkung zu, so dass dieser Tagesordnungspunkt oftmals die Plattform für generelle Meinungskundgabe der Aktionäre bildet und in dessen Zusammenhang Verwaltungshandeln angegriffen werden kann“ (Spindler in: Schmidt/Lutter, AktG, 2010, § 120 Rz. 4).

Darüber hinaus ist unter **Berücksichtigung** der durch den Gesetzgeber so wie die einschlägige Rechtsprechung in der jüngeren Vergangenheit präzisierten und modifizierten **Sorgfaltsvorschriften** der §§ 93, 116 AktG zu bedenken, dass eine verweigte Entlastung eines Aufsichtsratsmitglieds oder eines gesamten Aufsichtsrats als ein **Ausdruck** der Beschließenden aufgefasst werden kann, dass dieses Mitglied bzw. Organ sein Amt „nicht im Einklang mit diesen Anforderungen wahrgenommen“ hat (Scholz, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 2009, S. 686).

Auch wenn keine unmittelbaren Rechtsfolgen mit einer verweigten Entlastung verbunden sind, kann im Einzelfall eine solche Verweigerung - z. B. im Falle einer späteren **Schadenersatzklage** gegen ein Aufsichtsrats- oder Vorstandsmitglied - zumindest **potenziell** eine **indizielle Wirkung** bei der

Gesamtwürdigung durch das zur Entscheidung angerufene Gericht nicht ausgeschlossen werden (abwägend Kubis in: Kropff/Semler, MünchKommAktG 2004, § 120 Rz. 34); zumindest kann davon ausgegangen werden, dass in einem solchen Fall eine vorher durch die Hauptversammlung erteilte Entlastung thematisiert wird und ggf. erklärungsbedürftig erscheint. „Trotz fehlender Verzichtswirkung des Entlastungsbeschlusses .. bietet die (verweigte) Entlastung den häufigsten Anlass für gerichtliche Auseinandersetzungen rund um die Hauptversammlung“ (Kubis in: Kropff/Semler, MünchKommAktG 2004, § 120 Rz. 2).

Wird eine **Entlastung** mit einer **deutlich unter 100 %** der Stimmen liegenden **Quote** zwar erteilt, aber zumindest von einem Teil der Aktionäre verweigert, bedeutet dies keine teilweise eingeschränkte Zufriedenheit mit der Leistung des Aufsichtsrats, sondern eine deutliche Kritik eines Teils der Aktionäre an dem Überwachungshandeln oder der Aufsichtsratsperformance Einzelner. Daher sollten - möglichst noch in der Hauptversammlung - die Hauptthemen der Unzufriedenheit mit dem Aufsichtsrat (oder einzelnen seiner Mitglieder) thematisiert werden. Darüber hinaus aber ist in jedem Einzelfall unternehmensspezifisch abzuwägen, ob weitere Maßnahmen, von einem intensiveren einzufordernden Dialog über häufigere Investorengespräche bis hin zu aufsichtsratsinternen Maßnahmen wie einer Effektivierung der regelmäßig durchzuführenden DCGK-angeregten Aufsichtsrats-Evaluierung, diskutiert werden sollten bzw. müssten.

5. Handlungsempfehlungen zum Entlastungsbeschluss

Die Entlastung der Aufsichtsratsmitglieder, wurde in der Vergangenheit meist als Gesamtentlastung - für Aufsichtsrat und Vorstand allerdings zwingend getrennt - vorgenommen und regelmäßig auch erteilt. Die Verweigerung einer Entlastung war daher in der Regel nicht als isoliertes **Sanktionsmittel**, sondern häufig in Zusammenhang mit einer bereits erfolgten Amtsniederlegung oder zumindest einer ausgeschlossenen Wiederwahl zu beobachten. Dieses traditionelle Vorgehen lässt sich u. a. auch damit begründen, dass in der Vergangenheit die rückwärts gewandte **Kontrolle** über das zurückliegende Geschäftsjahr historisch das Aufsichtsratsdenken und -handeln dominiert hat.

Mit der zunehmend stärkeren Ausrichtung des Überwachungsauftrags des Aufsichtsrats nach modernerer Interpretation sowie der diesbezüglichen auch deutlichen Forderungen der Rechtsprechung, sollte dem zweiten Element des Entlastungsbeschlusses, die damit verbundene **Vertrauenserklärung** der Hauptversammlung in ein ordnungsgemäßes Handeln des Aufsichtsrats in der Zukunft mindestens auch eine angemessene Gewichtung verliehen werden,

wenn über die Erteilung der Entlastung im Einzelfall zu entscheiden ist. Hinsichtlich der damit vollzogenen Würdigung der Zweckmäßigkeit der Verwaltung sowie der Vertrauensbekundung steht der Hauptversammlung ein **uneingeschränktes, freies Ermessen** zu; soweit über Gesetzes- und Satzungskonformität in diesem Zusammenhang (mit-)entschieden werden soll, ist dieses Ermessen eingeschränkt (Hoffmann in: Spindler/Stilz, AktG, 2010, § 120 Rz. 26).

Der **besondere Charakter** des Entlastungsbeschlusses als „spezielles gesellschaftsrechtliches Institut“ lässt es geboten erscheinen, dieses **begrenzte Sanktionspotenzial** der Hauptversammlung entsprechend einzusetzen und ggf. zukünftig stärker als solches zu **effektivieren**. Durch den Ausschluss unmittelbarer Rechtsfolgen für den oder die Betroffenen einerseits sowie die Gesellschaft andererseits erscheint die - verantwortungsbewusst und mit Augenmaß - angedrohte bzw. im Einzelfall auch tatsächlich verweigerte Entlastung als ein probates Mittel, seitens der Aktionäre eine Eintrübung oder **Störung des Vertrauensverhältnisses** gegenüber dem Aufsichtsrat oder/und dem Vorstand rechtzeitig, aber auch mit einer gewissen Öffentlichkeitswirksamkeit, **zu indizieren**: „Die Verweigerung der Entlastung ... lenkt das öffentliche Interesse und die Aufmerksamkeit der Medien stark auf sich und verursacht damit einen hohen psychologischen Druck für Vorstand und Aufsichtsrat“ (Drinhausen in: Hölter, AktG, 2011, § 120 Rz. 5).

6. Fazit

Eine verweigerte Entlastung, auch wenn sie rechtlich im ersten Schritt nur eher symbolisches Gewicht hat, halte ich zunehmend für ein wichtiges und bedeutsames Signal, das bisher (viel) zu selten als Hinweis auf und Zeichen für aufmerksame, aber unzufriedene Aktionäre genutzt wird; daher verlassen sich auch (zu) viele Aufsichtsräte auf die traditionell eher ritualhafte periodische Erteilung der Entlastung. Allerdings ist man in der Literatur und Kommentierung der (überzeugenden) Meinung, dass, wenn man weitere Schritte auch nur erwägt (oder nicht ausschließen will), eine solche Entlastungsverweigerung die - wenn auch nicht rechtlich zwingende - gebotene erste Voraussetzung ist; oder umgekehrt: wenn man die Entlastung erteilt hat, kann man zwar auch zu einem späteren Zeitpunkt anderer Meinung sein und z. B. Schadenersatzansprüche geltend machen, aber man wird dann den Vorwurf nicht ausschließen können, dass man erst entlastet (und vielleicht zu sehr nur gesamtheitlich die Vorgänge gewürdigt) hat und dann später erst zu neuerer Einsicht gekommen ist.

Entlastung ist also nach deutschem Recht eine **fortgesetzte Vertrauenserklärung**, dass die Aktionäre als Wahlkörper mit ihrer

Aufsichtsrats-Wahl auch im Zeitablauf weiter zufrieden ist: Vor diesem Hintergrund aber sollte man nicht zu zögerlich sein, wenn eben in diesem Zeitablauf Tatsachen vorliegen, die die bisher vorhandene Zufriedenheit absenken und (zumindest partiell) verschwinden lassen, dieses **Signal** nicht auch zu **nutzen**. Andererseits ist es in erster Linie eben auch nur ein **Appell** - zumindest isoliert - dass der Aufsichtsrat und seine Mitglieder über eine Rückkehr auf den geschätzten Weg, jeder persönlich für sich und als Organ nachdenken sollten.

(© Prof. Theisen, LMU München)