

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.:** 188339**letzte Aktualisierung:** 18. Februar 2022**AktG §§ 130, 161 Abs. 1****Formbedürftigkeit einer Entsprechenserklärung; Überprüfung durch den Notar****I. Sachverhalt**

Im Rahmen der Hauptversammlung einer börsennotierten AG wird regelmäßig auch die Erklärung zur Einhaltung der Bestimmungen des Deutschen Corporate Governance Kodex i. S. d. § 161 AktG abgegeben („Entsprechenserklärung“). Die unterzeichnete Entsprechenserklärung wird dem Notar immer vorgezeigt und dies entsprechend im Protokoll vermerkt, um Anfechtungen vorzubeugen. Nun fragt die AG an, ob es notwendig ist, diese zu unterzeichnen oder ob die elektronische Veröffentlichung genügt.

II. Fragen

Es scheint h. M. zu sein, dass nur der Organvorsitzende die Entsprechenserklärung unterzeichnen muss. Ist es trotz Veröffentlichung erforderlich, dass ein vom Organvorsitzenden unterzeichnetes schriftliches Protokoll vorgelegt wird oder ist eine Dokumentation entbehrlich? Muss der Notar die Erklärung in irgendeiner Form überprüfen?

III. Zur Rechtslage**1. Form der Entsprechenserklärung nach § 161 Abs. 1 AktG**

Gem. § 161 Abs. 1 AktG „erklären“ Vorstand und Aufsichtsrat jeweils, ob den Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex gefolgt wurde oder nicht. Diese Erklärung wird gem. § 161 Abs. 2 AktG auf der Internetseite der Gesellschaft dauerhaft öffentlich zugänglich gemacht und ist zudem gem. § 325 Abs. 1 S. 2 HGB elektronisch beim Betreiber des Bundesanzeigers einzureichen.

Eine Form dieser Entsprechenserklärung ist dabei vom Gesetz nicht vorgeschrieben. Eine solche ergibt sich auch nicht aus der Einreichungspflicht zum Bundesanzeiger, anders als vor Inkrafttreten des EHUG (Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister, BGBI. I 2006, S. 2553), als die Erklärung noch (schriftlich) zum Handelsregister einzureichen war (s. dazu KölnKommAktG/Lutter, 3. Aufl. 2015, § 161 Rn. 100). Dies gilt auch für die vorgesetzten Beschlüsse von Vorstand und Aufsichtsrat. Für Organbeschlüsse des Aufsichtsrats sieht § 107 Abs. 2 AktG die Erstellung einer vom Vorsitzenden zu unterzeichnenden Niederschrift vor. Die Regelung hat allerdings

nur Beweisfunktion (BeckOGK-AktG/Spindler, 1.9.2021, § 107 Rn. 80). Die Organbeschlüsse werden in aller Regel verschriftlicht; dies ist allerdings kein Wirksamkeitserfordernis.

Überwiegend abgelehnt wird allerdings das Erfordernis der Unterzeichnung durch *sämtliche* Organmitglieder; diese wird im Wesentlichen nur in einer älteren Fundstelle verlangt, die sich an § 312 AktG (Abhängigkeitsbericht) und § 293a AktG (Bericht über den Unternehmensvertrag) orientiert (Seibt, AG 2002, 249, 253; s. dagegen z. B. K. Schmidt/Lutter/Spindler, AktG, 4. Aufl. 2020, § 161 Rn. 45; Krieger, FS Ulmer, 2003, 365, 376).

Im Übrigen ist das Meinungsbild in der Literatur nicht ganz übersichtlich. Dies kommt zum einen daher, dass z. T. darauf abgestellt wird, dass ein Schriftstück aufgrund des internen Verfahrensablaufs ohnehin vorliegen werde, zum anderen scheint der Gebrauch des Terminus „Unterzeichnung“ durch den Vorsitzenden nicht ganz einheitlich zu sein und teils als Hinzufügung des Namens (auch in einem elektronischen Dokument), teils als schriftliche Hinzufügung des Namens auf einem Papier verstanden zu werden.

Ein Teil der Literatur geht davon aus, dass die Erklärung faktisch jedenfalls zu Dokumentationszwecken stets in verschriftlicher Form *vorbereitet* wird (MünchKommAktG/W. Goette, 4. Aufl. 2018, § 161 Rn. 75; so wohl zu lesen auch Marsch-Barner, in: Marsch-Barner/Schäfer, Handbuch börsennotierte AG, 4. A. 2018, Rn. 2.72: „muss aus praktischen Gründen schriftlich verkörpert sein“); die Unterschrift des jeweiligen Organvorsitzenden auf dem Protokoll soll in diesen Fällen ausreichen, um auch die Anforderungen des § 161 Abs. 1 AktG zu erfüllen (MünchKommAktG/W. Goette, § 161 Rn. 75; KölnKommAktG/Lutter, § 161 Rn. 101; Grigoleit/Grigoleit/Zellner, 2. Aufl. 2020, AktG, § 161 Rn. 28, der explizit hervorhebt, Schriftform i. S. d. § 126 BGB sei nicht erforderlich, liege aus praktischen Gründen aber nahe).

Auch Hölters verlangt die Unterzeichnung durch den jeweiligen Organvorsitzenden, hält aber ebenfalls fest, dass keine bestimmte Form vorgeschrieben sei (Hölters/Hölters, 3. Aufl. 2017, AktG, § 161 Rn. 33), was sich u. E. so lesen lässt, dass in dem elektronischen Dokument der Namenszusatz des Organvorsitzenden eingefügt werden muss, ohne dass eine explizite Unterschrift erforderlich ist. Von dem Erfordernis der „Unterzeichnung des Vorsitzenden“ grenzt sich eine neuere Auffassung in der Literatur dadurch ab, dass sie auch eine Unterzeichnung durch den Organvorsitzenden nicht mehr verlangen will (BeckOGK-AktG/Bayer/Scholz, 1.9.2021, § 161 Rn. 102; Bürgers/Körber/Hemeling, 5. A. 2021, § 161 Rn. 34; K. Schmidt/Lutter/Spindler, Rn. 45; Hüffer/Koch, 15. Aufl. 2021, AktG, § 161 Rn. 22; Hoffmann-Becking, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, 5. Aufl. 2020, § 34 Rn. 23).

Im Ergebnis – und um die Frage zu beantworten – lässt sich damit u. E. die weit überwiegende Anzahl der Stellungnahmen im Schrifttum so lesen, dass die Hinzufügung des Namens des Vorsitzenden in einem elektronischen Dokument ausreicht und die Unterzeichnung i. e. S., nämlich eines Schriftstücks, zwar aus verfahrenstechnisch-praktischen Gründen regelmäßig vorliegen und auch ratsam sein dürfte, jedoch kein Wirksamkeits erfordernis ist. Dies ist u. E. auch angesichts der fehlenden Formvorschrift überzeugend. Die Frage ist allerdings nach unserer Kenntnis noch nicht gerichtlich entschieden. Die Entscheidung, ob es nicht der pragmatischere Weg wäre, die Erklärung vorsorglich und zu Dokumentationszwecken auszudrucken und unterschreiben zu lassen, ist dem Notar bzw. der Gesellschaft überlassen.

2. Prüfpflichten des Notars bei der Betreuung der Hauptversammlung

Der Notar soll bei der Hauptversammlung nicht nur zur Protokollierung der Beschlüsse, sondern darüber hinaus auch in gewissem Umfang zur Prüfung verpflichtet sein. Im Einzelnen ist freilich vieles umstritten. Im Ausgangspunkt ist klar, dass **keine Belehrungspflicht nach § 17 BeurkG** besteht, da diese nur für die Beurkundung von Willenserklärungen einschlägig ist (OLG Düsseldorf WM 2003, 1266, 1270; Pöschke/Vogel, in: Reichert, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, 5. Aufl. 2021, § 13 Rn. 26; GroßkommAktG/Mülbert, 5. Aufl. 2017, § 130 Rn. 42 ff.); die Pflicht des Notars wird vielmehr mit Blick auf seine allgemeinen Amtspflichten nach § 1 BNotO begründet. Zudem soll die Pflicht zur Prüfung grundsätzlich auf eine **Evidenzkontrolle** beschränkt sein und die Intensität der Prüfung vom Einzelfall abhängen, insbesondere vom Vorhandensein einer professionellen Organisation bei der Aktiengesellschaft (z. B. sog. „HV-Dienstleister“) oder von konkreten Hinweisen (etwa auf Ablehnungsgründe betreffend den Versammlungsleiter; vgl. zur Intensität der Prüfungspflicht Reul, in: Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl. 2018, Teil 5 Kap. 4 Rn. 479; Noack/Zetsche, in: KölnKommAktG, 3. Aufl. 2021, § 130 Rn. 45 f.). Die Prüfungspflicht umfasst dabei grundsätzlich nur die Beschlüsse und die Versammlung (unter Einschluss des Einberufungsverfahrens; vgl. zu den konkret diskutierten Aufgaben etwa Pöschke/Vogel, § 13 Rn. 28; Reul, Teil 5 Kap. 4 Rn. 479; GroßkommAktG/Mülbert, 5. Aufl. 2017, § 130 Rn. 45 ff.).

Auch wenn die Entsprechenserklärung von der Hauptversammlung grds. unabhängig ist, kann das Fehlen die Anfechtbarkeit von Entlastungsbeschlüssen begründen (Reul, Teil 5 Kap. 4 Rn. 494). Wenngleich die Frage in der Literatur nach unserer Kenntnis nicht explizit erörtert wird, mag sich hieraus (auch wenn dies nicht zwingend sein dürfte) eine Prüfung durch den Notar begründen lassen; diese muss dann u. E. aber auf eine Evidenzkontrolle beschränkt sein. Angesichts der unter 1. dargestellten Auffassung halten wir jedenfalls einen evidenten Verstoß für nicht gegeben.

In der konkret geäußerten Bitte um Überprüfung kann allerdings auch ein Antrag auf ein besonderes (und ggf. gesondert zu vergütendes, vgl. § 120 GNotKG: Beratung bei einer Haupt- oder Gesellschafterversammlung) Notariatsgeschäft neben der Beurkundung liegen, das der Notar auch konkludent annehmen kann (vgl. Pöschke/Vogel, § 13 Rn. 27 für den Fall, dass z. B. um Hilfe beim Entwurf oder die Überprüfung der Einberufung gebeten wird). In einem solchen Fall bestehen entsprechend uneingeschränkte Prüfungs- und Beratungspflichten für den Notar.