

Sonderdruck aus

ZHR

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Mathias Habersack, Professor Dr. Karsten Schmidt,
Professor Dr. Wolfgang Schön und Professor Dr. Peter Ulmer

*Herrn Volker Gottschamel
mit herzlichem Glück
Herrn F. Hügel*

Verlag Recht und Wirtschaft Frankfurt am Main

© Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 60326 Frankfurt am Main, Mainzer Landstraße 251
Printed in Germany
Satz: Lichtsatz Michael Glaese GmbH, 69502 Hemsbach, Auf den Besenäckern 15
Offsetdruck und Verarbeitung: Wilhelm & Adam Werbe- und Verlagsdruck GmbH, 63150 Heusenstamm

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Bearbeitungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Zur Europäischen Privatgesellschaft: Internationale Aspekte, Sitzverlegung, Satzungsgestaltung und Satzungslücken

Von Hanns F. Hügel*

ZHR 173 (2009) 309–353

Die Europäische Privatgesellschaft (Societas Privata Europea – „SPE“) soll den KMU den Zugang zum Binnenmarkt erleichtern. Niedrige Kosten der Gründung, Beschlussfassung und Anteilsübertragung sowie die Möglichkeit, Sitz und Hauptniederlassung in verschiedenen Mitgliedstaaten zu platzieren und den Sitz grenzüberschreitend zu verlegen, machen sie zu einer flexiblen, mobilen und folglich vielfältig einsetzbaren Gesellschaftsform. Hinzu kommt ein liberales Organisationsrecht, das neue Satzungsgestaltungen eröffnet. Den nationalen Gesellschaftsformen erwächst dadurch eine beachtliche Konkurrentin. Der folgende Beitrag erörtert gemeinschaftsrechtliche Kompetenzfragen sowie Einsatz- und Gestaltungsmöglichkeiten der SPE und erstattet Vorschläge zur Verbesserung des Kommissions-Entwurfs für das Statut der SPE.

Inhalt

I. Einleitung	310
II. Grenzüberschreitender Bezug	310
1. Inhalt des Verordnungsentwurfs und Änderungsvorschläge	310
2. Ausschluss der SPE von nationalen Aktivitäten zur Vermeidung der Konkurrenz zwischen GmbH und SPE	312
3. Umgehungsanfälligkeit	316
4. Subsidiaritätsprinzip	319
5. Kompetenzgrundlage	320
III. Registersitz und Hauptniederlassung	321
IV. Grenzüberschreitende Sitzverlegung	325
1. Verfahren	325
2. Mitbestimmung	327
3. Vorteile gegenüber der Verlegung des Verwaltungssitzes	329
4. Steuerplanung	332
V. Satzungsgestaltung und Satzungslücken	334
1. Vorrang von Verordnungstext und Anhang – subsidiäre Geltung des nationalen GmbH-Rechts	334
2. Einpersonen-Konzerngesellschaften	334
a) Satzung	335
b) Eintragungsantrag	335
c) Gesellschafterbeschlüsse	336
d) Anteilsübertragung	337

* Dr. iur., Professor an der Universität Wien, Rechtsanwalt, Partner der Sozietät bpv Hügel Rechtsanwälte OEG, Mödling.

e) Bedeutung für die Praxis.....	337
3. Mehrpersonen-Gesellschaften	340
a) Funktionstypen	340
b) Mehrheitsmacht	340
c) Finanzierung: Nachschüsse und Bezugsrecht.....	341
d) Auskunftsrecht und Sonderprüfung	343
e) Verdrängung des nationalen GmbH-Rechts durch den Anhang	344
VI. Ergebnisse und Vorschage	351

I. Einleitung

Der Vorschlag der *Europäischen Kommission* für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft¹ („SPE-VO“) soll als Beitrag zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Unternehmen im Binnenmarkt kleinen und mittleren Unternehmen grenzüberschreitende Aktivitäten erleichtern. Die internationalen Aspekte der SPE-VO verdienen daher besonderes Interesse. Dazu zählen die Frage, ob die Gründung einer SPE einen grenzüberschreitenden Bezug voraussetzen soll (unten II.), das Verhältnis von Registersitz und Hauptniederlassung (III.) und die grenzüberschreitende Verlegung des Registersitzes (IV.). Zuletzt werden Fragen der Satzungs-gestaltung, insbesondere bei der grenzüberschreitend tätigen SPE, erörtert; dabei wird auf die Normenhierarchie des Art. 4 SPE-VO eingegangen (V.).

II. Grenzüberschreitender Bezug

1. Inhalt des Verordnungsentwurfs und nderungsvorschage

Anders als im Falle der Europäischen Gesellschaft, der Europäischen Genossenschaft und der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung soll die Gründung einer SPE keinen grenzüberschreitenden Bezug voraussetzen. Im Schrifttum wurde dies vor allem von *Hommelhoff/Teichmann* und *Krejci* kritisiert.² Beifall hat hingegen der *Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht* gespendet.³ Ablehnung kommt insbesondere vom *Bundesrat*,⁴ vom

1 KOM(2008) 396 v. 25. 6. 2008.

2 *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHHR 2008, 900f., 911; *dies.*, GmbHHR 2009, 36f.; *Hommelhoff*, GesRZ 2008, 341f.; *Krejci*, .Not.Zeit. 2008, 366; *ders.*, Societas Privata Europaea, 2008, Rdn. 43 ff.; weiters *Jung*, Arbeitspapier, www.cnue.be/fr/congres-varsovie-fr/jung.pdf; *Mayerhofer*, GeS 2008, 176.

3 *Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht*, NZG 2008, 899; ebenso *Brems/Cannive*, Der Konzern 2008, 632f.; zustimmend auch *Peters/Wüllrich*, DB 2008, 2180; vgl. auch den Konferenzbericht in AG Report 23/2008, R512. Ursprünglich haben auch *Hommelhoff/Teichmann* das Fehlen eines grenzüberschreitenden Bezugs in der SPE-VO befürwortet: vgl. DStR 2008, 928f.

4 Beschluss v. 10. 10. 2008, BR-Drs. 479/08; dazu *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHHR 2009, 36.

*Europäischen Parlament*⁵ und vom *Deutschen Anwaltverein*.⁶ Gegen das Konzept der SPE-VO werden rechtspolitische und kompetenzrechtliche Argumente vorgetragen: Da die SPE auch für ausschließlich nationale Aktivitäten offenstehe und einen weit geringeren Regulierungsgrad aufweise als die GmbH, werde sie die GmbH verdrängen. Dies bewirke eine faktische Harmonisierung der nationalen Gesellschaftsrechte und verstoße folglich gegen das Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 Abs. 2 EG). Die Gemeinschaft überschreite ihre Befugnisse aus Art. 308 EG. Der *Deutsche Anwaltverein* äußert zwar keine Einwände gegen nationale Aktivitäten einer SPE, hält aber die Statuierung eines grenzüberschreitenden Bezugs für unerlässlich, um kompetenzrechtliche Zweifel an der Gültigkeit der Verordnung auszuschließen.⁷

Meines Erachtens sprechen die besseren Gründe gegen ein grenzüberschreitendes Erfordernis:

Ziel des Entwurfs ist die Schaffung einer in allen Mitgliedstaaten weitgehend gleich ausgestalteten Gesellschaftsform für kleine und mittlere Unternehmen. Zu Recht verweist die Kommission darauf, dass die Mitgliedstaaten dieses Ziel nicht verwirklichen können.⁸ Dies kann meines Erachtens nicht ernstlich bestritten werden. Ist das Ziel einer gemeinschaftsweit gleich ausgestalteten Gesellschaftsform akzeptiert, sollten davon Aktivitäten im Mitgliedstaat der Gründer der SPE nicht ausgenommen werden. Zu einer derartigen Ausnahme soll die Statuierung eines grenzüberschreitenden Bezugs aber offenkundig führen. Dies wäre erstens angesichts des definierten Ziels nicht stimmig, wäre zweitens – wie schon mehrmals betont wurde – umgehungsanfällig und daher wenig effektiv und ist drittens auch nicht kompetenzrechtlich gefordert.

5 Vgl. Entwurf eines Berichts des Rechtsausschusses über den Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft v. 9. 9. 2008 (KOM(2008)0396 – C6-0283/2008 – 2008/0130(CNS)); Compromise Amendments 1–13 v. 24. 11. 2008 (zur selben Aktenzahl), Bericht des Europäischen Parlaments v. 4. 2. 2009 über den Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft samt Stellungnahme des Ausschusses für Wirtschaft und Währung und Stellungnahme des Ausschusses für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten (zur selben Aktenzahl); dazu Stellungnahme der Europäischen Kommission v. 25. 11. 2008, BR-Drs. 479/08; Beschluss des Europäischen Parlaments v. 10. 3. 2009; ferner NZG 2009, 217.

6 Stellungnahme des *Deutschen Anwaltvereins* durch den Handelsrechtsausschuss (unter www.anwaltverein.de).

7 Stellungnahme (Fn. 6), Rdn. 12.

8 Punkt 4 der Begründung der Kommission zum Verordnungsentwurf; ebenso Erwägungsgrund 19.

2. *Ausschluss der SPE von nationalen Aktivitäten zur Vermeidung der Konkurrenz zwischen GmbH und SPE*

Würde die Verordnung einen grenzüberschreitenden Bezug fordern, könnte eine SPE nicht für ausschließlich nationale Aktivitäten gegründet werden. Diese wären zwingend den nationalen Gesellschaftsformen vorbehalten. Vorschläge zur Eingrenzung der SPE auf grenzüberschreitende Aktivitäten werden denn auch offen damit begründet, nationale Gesellschaftsformen nicht dem Wettbewerb durch die SPE auszusetzen.⁹

Dem ist entgegenzuhalten, dass Gesellschaftsformen keinen Schutz vor ausländischer oder europäischer Konkurrenz verdienen. Wird die GmbH von der SPE verdrängt, mögen Vorlesungsmanuskripte, Aufsätze und Bücher zu Makulatur werden, wie dies der Staatsanwalt *von Kirchmann* als Beitrag zur juristischen Wissenschaftsdiskussion konstatierte; für die GmbH kann gleichwohl kein „Artenschutz“ beansprucht werden. Beachtlich wäre lediglich das Argument, die Verdrängung der GmbH bewirke, dass zwingende Schutzstandards unterlaufen werden. Ob diese Gefahr droht, wird offenkundig unterschiedlich beurteilt: Obwohl sie nunmehr die Statuierung eines grenzüberschreitenden Bezugs fordern, haben *Hommelhoff* und *Teichmann* den Verordnungsentwurf als „sympathisch liberal“ charakterisiert.¹⁰ Deutlich anders der deutsche Bundesrat: Der Verordnungsvorschlag verfolge das Ziel, eine deregulierte Form der GmbH zu schaffen. Die ausgewogenen nationalen Kompromisse zwischen der Gestaltungsfreiheit und dem Schutz der Minderheitsgesellschafter sowie zwischen Unterstützung unternehmerischen Engagements und Schutz von Gläubigern und Arbeitnehmern würden in Frage gestellt. Zu diesem Schluss kommt *cum grano salis* auch die erste umfassende Analyse der Verordnung durch meinen Wiener Institutskollegen *Heinz Krejci*.¹¹

Ob die SPE-VO – wie der Bundesrat behauptet – deregulierend wirkt, soll im Folgenden untersucht werden. M. E. ist dabei zu unterscheiden zwischen dem Abbau zwingender Schutzstandards und dem Fehlen dispositiven Rechts in der Verordnung. Doch selbst aus der Reduktion zwingender Schutzstandards folgt nicht ohne weiteres die Notwendigkeit, die SPE von nationalen Aktivitäten fernzuhalten. Eine solche Argumentation würde an die sitztheoretische Abwehrhaltung gegen den Zuzug im Ausland gegründeter Gesellschaften erinnern.¹² Dem hat der EuGH bereits in *Centros* entgegnet, der von der Sitztheorie verfolgte Schutzzweck werde auch dann nicht erreicht, wenn die *Centros Ltd.* im Vereinigten Königreich nicht nur als Briefkastengesellschaft

9 *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 900 m. w. N. in Fn. 40; *dies.*, GmbHR 2009, 36; *Hommelhoff*, GesRZ 2008, 341 f.; besonders deutlich auch *Jung* (Fn. 2).

10 GmbHR 2008, 900.

11 *Krejci* (Fn. 2), *passim*; *ö. Not. Zeit.* 2008, 362 ff.

12 Positive Stellungnahme zum Wettbewerb der Gesellschaftsrechte bei *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233, 2235 ff.; *ders.*, JZ 2004, 24.

gegründet worden wäre, sondern dort eine Geschäftstätigkeit ausübe.¹³ Auf die SPE-Problematik übertragen: Mit dem niedrigeren Schutzniveau des SPE-Rechts werden heimische Verkehrsteilnehmer in jedem Fall zurecht kommen müssen. Die Schutzwürdigkeit des nationalen Rechtsverkehrs kann nicht davon abhängen, ob die SPE von in- oder ausländischen Gesellschaftern gegründet wurde, grenzüberschreitend oder nur national tätig ist.

Freilich macht es einen Unterschied, ob der inländische Rechtsverkehr nur mit einer vergleichsweise geringen Zahl von SPE, die für grenzüberschreitende Aktivitäten gegründet wurden, konfrontiert ist, oder die GmbH, weil die SPE auch für nationale Aktivitäten eingesetzt werden kann, nach und nach zur Gänze verdrängt wird.

Ob eine derart weitgehende Verdrängung eintreten würde, ist schwer zu beurteilen. Das Prognoserisiko im Zusammenhang mit Phänomenen des gesellschaftsrechtlichen Verdrängungswettbewerbs ist erst vor Kurzem anhand des vergleichbaren Problems der Limited deutlich geworden.¹⁴ Wie groß die Verdrängungsgefahr ist, hängt naturgemäß auch von der endgültigen Fassung der SPE-Verordnung ab. Wo es den Gründern gerade auf die Vermeidung von Schutzstandards ankommt, wird sich die SPE durchsetzen. Dies betrifft vor allem die Gründung von Kleinstunternehmen, für welche die Gründer kein oder nur ein niedriges Stammkapital einsetzen wollen. Ferner ist die SPE nach dem gegenwärtigen Entwurf geeignet, Mitbestimmungsregelungen zu unterlaufen. Will man dies verhindern, muss der Verordnungsentwurf geändert werden. Die Forderung nach einem grenzüberschreitenden Bezug wäre die systematisch falsche, vor allem aber eine ineffektive Lösung. Zu beiden Punkten hat das *Europäische Parlament* in der Zwischenzeit Kompromissvorschläge erstattet:¹⁵ Mit einem Mindestkapital von 1 Euro kann die SPE nur gegründet werden, wenn die Satzung die Ausstellung einer Solvenzbescheinigung (Art. 21 SPE-VO) durch das Leitungsorgan vorsieht. Andernfalls hat das Mindestkapital 8000 Euro zu betragen. Ferner sollen die Mitgliedstaaten ermächtigt werden, im Einklang mit den gemeinschaftsrechtlichen Rechtsvorschriften geeignete Maßnahmen zu treffen, um zu verhindern, dass eine SPE dazu missbraucht wird, Arbeitnehmern Mitbestimmungsrechte zu entziehen oder vorzuenthalten. Sinnhaftigkeit und Korrekturbedürftigkeit insbesondere der zuletzt genannten Regelung können hier nicht erörtert werden. Die Verabschiedung der SPE-VO wird zumal angesichts des Einstimmigkeitserfordernisses bei der Rechtsetzung nach Art. 308 EG von der Erzielung eines Kompromisses zumindest in diesen beiden Punkten abhängen. Ein spürbares Mindestkapital sowie effektiver Schutz vor Umgehung nationaler Mitbestimmungsregelungen dürfte die Gefahr der Verdrängung der GmbH, sofern man sie überhaupt als Gefahr begreift, erheblich vermindern.

13 EuGH v. 9. 3. 1999, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-01459, Tz. 35.

14 Nachweise bei *Hommelhoff*, GesRZ 2008, 342 Fn. 48.

15 Bericht v. 4. 2. 2009 (Fn. 5).

Im übrigen wird auch nach Inkrafttreten der SPE-VO einiges dafür sprechen, bei der Rechtsformwahl insbesondere zur Gründung einer Mehrpersonen-Gesellschaft, etwa eines Joint Ventures oder Familienunternehmens, den Rat zu erteilen, aus Gründen der Rechtssicherheit nicht eine SPE, sondern eine GmbH zu wählen. Denn der Wegfall der Bibliotheken, die *von Kirchmann* angesprochen hat, ist naturgemäß nicht nur für Autoren und Verlage bedauerlich, sondern führt vor allem dazu, dass zahlreiche – für die GmbH gelöste oder zumindest eingehend aufgearbeitete – Probleme und Interessenkonflikte für die neue Rechtsform von Grund auf neu untersucht und durch Schrifttum und Judikatur geklärt werden müssten. Zu Recht wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung des EuGH ein wenig effizientes Mittel zur Herausbildung von klarendem case law wäre.¹⁶ Im Rahmen des Innenverhältnisses und folglich für die Satzungsgestaltung von Mehrpersonengesellschaften dürfte die SPE gegenüber der GmbH für einige Zeit erhebliche Nachteile aufweisen, weil der große Fundus an GmbH-rechtlicher Judikatur und Literatur zur Lösung SPE-rechtlicher Zweifelsfragen und Satzungslücken nicht oder nur beschränkt verwertbar ist. Dies sollte bei der Rechtswahl häufig zugunsten der traditionellen GmbH den Ausschlag geben. Gleichwohl, das Schicksal der GmbH wäre ungewiss. Weitgehende Verdrängung kann mittelfristig nicht ausgeschlossen werden. Schon einmal ist Vergleichbares einem Gemeinschaftsprojekt gelungen: Die Gemeinschaftsmarke boomt,¹⁷ die nationalen Markenmeldungen stagnieren.¹⁸ Aufgrund erheblicher Einnahmen-Überschüsse kündigte das Harmonisierungsamt in Alicante im November 2008 die zweite Senkung der Anmeldegebühren seit der Einführung der Gemeinschaftsmarke an.

Gegen die Statuierung eines grenzüberschreitenden Bezugs spricht aber letztlich vor allem, dass dies im Widerspruch zur Idee einer europaweit einheitlich ausgestalteten Rechtsform steht. Wer sich im Rahmen seiner europaweiten Aktivitäten der neuen Rechtsform bedient, um einheitliche Satzungen, einheitliche Organstrukturen und Corporate Governance-Regelungen zu verwenden, der wird es befremdlich finden, wenn er die heimische Konzernspitzengesellschaft und deren nationale operative Tochtergesellschaften nicht als SPE organisieren kann. Mehr noch: Die Statuierung eines grenzüberschreitenden Bezugs könnte zu einer Stigmatisierung der SPE führen. Dies zeigen die vom *Europäischen Parlament* vorgeschlagenen Kriterien:¹⁹ Lässt man die Verankerung eines grenzüberschreitenden Unternehmensgegenstands beiseite,

16 *Hommelhoff*, WM 1997, 2101, 2108; *Fischer*, ZEuP 2004, 754; *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 899.

17 OHIM Press Release: 500000th Community trade mark revealed, http://oami.europa.eu/ows/rw/resource/documents/OHIM/news/newsitem/press_release_en.pdf.

18 Vgl. etwa *österreichisches Patentamt*, Daten und Fakten 2007, <http://www.patentamt.at/geschaeftsbericht2007/frames.html>.

19 Bericht v. 4. 2. 2009 (Fn. 5).

weil dieser nicht tatsächlich ausgefüllt werden muss und daher ineffektiv bliebe (dazu unten 3.), führen alle sonst zur Diskussion stehenden grenzüberschreitenden Kriterien (eingetragener Sitz und Hauptverwaltung/Hauptniederlassung in verschiedenen Mitgliedstaaten; in einem anderen Mitgliedstaat eingetragene Muttergesellschaft) dazu, dass eine SPE typischerweise (zumindest auch) über ausländische Gesellschafter verfügt. Entgegen den Vorstellungen, die dem Verordnungsentwurf zugrunde liegen, könnte der Zusatz „SPE“ sich danach nicht zum Gütezeichen für eine europaweit einheitliche Rechtsform, sondern zum Kennzeichen einer „Ausländergesellschaft“ entwickeln.

Mit ähnlichen Fragen war der EuGH in der Rechtssache *Inspire Art*²⁰ befasst. Das niederländische Gesetz gegen formale Auslandsgesellschaften ordnete nämlich nicht nur ein Kapitalerfordernis und die solidarische Haftung der Geschäftsführer von Auslandsgesellschaften an, worin der EuGH einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit erblickte, sondern auch spezifische Offenlegungspflichten. Insbesondere war die Eigenschaft als formal ausländische Gesellschaft im Handelsregister einzutragen und auf Schriftstücken anzuführen. Die britische Regierung hatte im Verfahren geltend gemacht, dass dies zu einer Stigmatisierung der Auslandsgesellschaft führt.²¹ GA Siegbert Alber²² betonte, dass die Kennzeichnung als formal ausländische Gesellschaft die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen erschweren oder zumindest weniger attraktiv machen sollen, und erblickte darin eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit. Damit musste sich der EuGH indessen nicht befassen, denn die strittige Offenlegung des Charakters als formale Auslandsgesellschaft verstieß gegen die Zweigniederlassungsrichtlinie,²³ die der EuGH als abschließende Regelung der für Zweigniederlassungen geltenden Offenlegungsvorschriften einordnete.

Auch die Statuierung eines grenzüberschreitenden Bezugs als Gründungsvoraussetzung einer SPE kann eine derartige Stigmatisierung bewirken, denn die Reservierung einer Rechtsform für grenzüberschreitende Aktivitäten, an denen typischerweise Gebietsfremde beteiligt sind, ist geeignet, die Wahl der Rechtsform zu beeinträchtigen. Um die Kennzeichnung als „Ausländergesellschaft“ zu vermeiden, werden gebietsfremde Gründer eben häufig eine Rechtsform des Ziellandes wählen. Ein Verstoß der SPE-VO gegen die Niederlassungsfreiheit dürfte gleichwohl nicht wahrscheinlich sein.²⁴

Hier zeigt sich auch ein deutlicher Unterschied gegenüber den Mehrstaatlichkeitskriterien des Art. 2 SE-VO. Abgesehen von der Verschmelzungsgründung (Art. 2 Abs. 1 SE-VO) beziehen sie sich nicht auf eine künftige

20 EuGH v. 30. 9. 2003, Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155.

21 Schlussanträge v. 30. 1. 2003, Tz. 107.

22 Schlussanträge v. 30. 1. 2003, Tz. 109.

23 RiL 89/666 EWG.

24 Zur Bindung von sekundärem Gemeinschaftsrecht an die Grundfreiheiten kann hier nicht Stellung bezogen werden. Dazu vgl. zuletzt Schön in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), SE-Kommentar (2008) Steuerrecht, Rdn. 25 ff.

grenzüberschreitende Tätigkeit der Einzelgesellschaft, sondern knüpfen an eine vor der Gründung bestehende grenzüberschreitende Unternehmens- oder Gruppenstruktur an. Die SE ist im Ergebnis solchen Unternehmen vorbehalten, die bereits vor der SE-Gründung in der Europäischen Union grenzüberschreitend tätig sind. Dies ist auf die SPE schon deswegen nicht übertragbar, weil die SPE die grenzüberschreitende Expansion von KMUs fördern und daher gerade Unternehmen, die noch nicht grenzüberschreitend tätig sind, offenstehen muss. Demgegenüber stehen die Mehrstaatlichkeitskriterien der SE-Verordnung rein nationalen Aktivitäten der SE keineswegs entgegen. Ausreichend ist zumeist, dass die Gründungs-AG über eine ausländische Tochtergesellschaft verfügt (vgl. Art. 2 Abs. 2 b), Abs. 3 b) und Abs. 4 SE-VO). Dass die Gründungs-AG selbst (durch eine ausländische Zweigniederlassung) grenzüberschreitend agiert, ist zwar eine Gründungsalternative (Art. 2 Abs. 2 b) und Abs. 3 b) SE-VO) aber keine notwendige Bedingung. Die SE-Mehrstaatlichkeitserfordernisse sind somit nicht darauf gerichtet, ausschließlich nationale Aktivitäten der nationalen Aktiengesellschaft vorzubehalten. Die SE-Verordnung legt im Gegenteil Wert darauf, dass die Mitgliedstaaten die SE nicht gegenüber der nationalen AG diskriminieren.²⁵

3. Umgehungsanfälligkeit

Steht der Ausschluss nationaler Aktivitäten vom Unternehmensgegenstand einer SPE mit dem Ziel einer europaweit einheitlich einsetzbaren Rechtsform im Widerspruch, so dürfte es überdies nicht möglich sein, einen derartigen Ausschluss effektiv zu bewirken, denn alle in Frage kommenden Kriterien eines grenzüberschreitenden Bezugs lassen sich leicht umgehen.²⁶

Der Befund ist von der Europäischen Gesellschaft bekannt. Soll das zwingende mitbestimmungsrechtliche Vorher-Nachher-Prinzip der Umwandlungs-Gründung²⁷ vermieden werden, kommt in der Praxis regelmäßig die Verschmelzungs-Gründung zum Einsatz. Weder Schrifttum noch Registerpraxis opponieren, wenn eine der Gründungs-Aktiengesellschaften unmittelbar vor der Gründung errichtet wird, zumal Art. 2 Abs. 1 SE-VO – abweichend von anderen Gründungsvorschriften (Art. 2 Abs. 2 bis 4 SE-VO) – keine Mindestdauererfordernisse aufstellt.²⁸ Das nachträgliche Wegfallen des geforderten Auslandsbezugs (etwa die Veräußerung der ausländischen Toch-

25 Erwägungsgrund 5 der SE-VO; Art. 10 SE-VO. Daraus folgt, dass die Regelungen der Ausführungsgesetze stets auf einer gemeinschaftsrechtlichen Ermächtigung beruhen müssen (Art. 9 Abs. 1 c) i SE-VO). Dies soll die Erlassung diskriminierender SE-Sonderrechte verhindern: vgl. dazu *Hügel* in: Kalss/Hügel (Hrsg.), SE-Kommentar, 2004, Vor § 17 SEG Art. 15 SE-VO Rdn. 13 m. w. N.

26 Zur Umgehungsanfälligkeit: *Hommelhoff/Teichmann*, DStR 2008, 928; *dies.*, GmbHR 2008, 900 m. w. N.; *Peters/Wüllrich*, DB 2008, 2180.

27 Art. 7 Abs. 2 a) der RiL 2001/86/EG.

28 *Teichmann*, ZGR 2002, 412; vgl. auch *Bayer* in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.) (Fn. 24), Art. 2 SE-VO Rdn. 13.

tergesellschaft oder Niederlassung) beeinträchtigt die SE-Gründung nach einhelliger Meinung nicht.²⁹ Der begrenzte Zugang zur SE wird denn auch aus diesem Grund vielfach kritisiert.³⁰

Im Falle der SPE lassen sich die Umgehungsmöglichkeiten anhand der vom Europäischen Parlament vorgeschlagenen Kriterien³¹ gut zeigen.

Nach dem Änderungsantrag 17 soll zunächst eine „grenzüberschreitende Geschäftsabsicht“ oder ein „grenzüberschreitender Gesellschaftsgegenstand“ geeignet sein, einen grenzüberschreitenden Bezug herzustellen. Es liegt auf der Hand, dass insbesondere „Absichten“ nicht überprüfbar sind. Hinzu kommt: Worin sollte die grenzüberschreitende Tätigkeit bestehen? Das *Europäische Parlament* will offenkundig keine Niederlassung im Ausland fordern. Ausreichend wäre daher die Erbringung grenzüberschreitender Lieferungen oder Leistungen. Dies wäre indessen kein abgrenzungskräftiges Kriterium; auch überwiegend national tätige Unternehmen werden gelegentlich grenzüberschreitende Geschäfte tätigen.

Bemerkenswert ist auch, in welchen Bestimmungen der SPE-VO das *Europäische Parlament* das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Gesellschaftsgegenstandes bzw. einer grenzüberschreitenden Geschäftsabsicht verankern will. Die gegenwärtige Fassung des Verordnungsentwurfs verlangt – offenkundig bewusst – nicht die Festsetzung eines Unternehmensgegenstands in der Satzung. Eine derartige Anordnung fehlt in Art. 8 Abs. 1 SPE-VO sowie im Anhang I.³² Hier dürfte sich – wie auch an anderen Stellen der SPE-VO – der Einfluss des englischen Gesellschaftsrechts bemerkbar machen: Der Companies Act 2006 hat eben erst die obligatorische Festsetzung des Unternehmensgegenstandes – der „objects of the company“ – in den articles of association der private limited company entfallen lassen.³³ Den obligatorischen Satzungsinhalt will das *Europäische Parlament* rätselhafterweise nicht um den Gesellschaftsgegenstand erweitern. Vielmehr sollen nach dem Änderungsantrag 16 die in Art. 3 Abs. 1 SPE-VO statuierten „Voraussetzungen“ einer SPE (gemeint wohl: Charakterisierung der Rechtsnatur der Gesellschaft, vergleichbar § 1 AktG) erweitert werden (ebenso Änderungsantrag 17). Im Übrigen ist unklar, warum der Änderungsantrag 16 den Unternehmensgegenstand der SPE auf den „Handel mit Waren und/oder die Erbringung von Dienstleistungen“ beschränken will. Soll die SPE-Holding tatsächlich unzulässig sein?

29 *Kalss* in: *Kalss/Hügel* (Hrsg.) (Fn. 25), Vor § 17 SEG Rdn. 5; *Bayer* in: *Lutter/Hommelhoff* (Hrsg.) (Fn. 24), Art. 2 SE-VO Rdn. 13 m. w. N.

30 *Bayer* in: *Lutter/Hommelhoff* (Hrsg.) (Fn. 24), Art. 2 SE-VO Rdn. 7 m. w. N.

31 Bericht v. 4. 2. 2009 (Fn. 5), Änderungsantrag 17 zu Art. 3 SPE-VO, Änderungsantrag 22 zu Art. 22 SPE-VO.

32 Kritik bei *Krejci* (Fn. 2), Rdn. 226; Bundesrat (Fn. 4) unter Punkt 9; ebenso nunmehr die Stellungnahme des *Deutschen Anwaltvereins* (Fn. 6), Rdn. 48.

33 Vgl. sec. 31 (1) CA 2006; dazu *Steinfeld* u. a., *The Companies Act 2006, 2007*, S. 20; *Hannigan and Prentice*, *The Companies Act 2006: A Commentary*, 2007, S. 17; *Gower and Davies*, *Principals of Modern Company Law*, 8. Aufl. 2008, Rdn. 7-2.

Nach dem Änderungsantrag 22 soll der „Gesellschaftsgegenstand einschließlich der Darlegung des grenzüberschreitenden Bezugs im Gesellschaftsgegenstand, sofern gegeben (?)“ zu den „Angaben oder Dokumenten“ zählen, die die Mitgliedstaaten für einen Antrag auf Eintragung einer SPE verlangen können. In Ermangelung eines obligatorischen Satzungserfordernisses sollen Gesellschafter und Organe offenkundig nicht gesellschaftsvertraglich, sondern unmittelbar durch die SPE-Verordnung zur Einhaltung oder Verwirklichung eines grenzüberschreitenden Bezugs verpflichtet werden.

Ineffektiv muss auch das zweite Kriterium – „die Zielvorgabe, in mehr als einem Mitgliedstaat in erheblichem Umfang tätig zu sein“ – bleiben. „Erheblicher Umfang“ erfordert offenkundig keine überwiegende Tätigkeit im „anderen“ (in welchem?) Mitgliedstaat.

Ferner nennt das *Europäische Parlament* den Fall, dass der eingetragene Sitz und die Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung der SPE in verschiedenen Mitgliedstaaten liegen (doppelt-ansässige SPE). Auch dies wird die nationale GmbH nicht vor Konkurrenz durch die SPE bewahren: Wer eine SPE für ausschließlich deutsche Aktivitäten einsetzen will, gründet sie eben in Österreich oder in einem anderen Mitgliedstaat.

Das vierte Kriterium – Tochtergesellschaften in verschiedenen Mitgliedstaaten – lässt sich durch Mantelgesellschaften leicht verwirklichen.

Das letzte Kriterium – „eine in einem anderen Mitgliedstaat eingetragene Muttergesellschaft“ – wirft zunächst die Frage auf, ob die Vorstellungen des *Europäischen Parlaments* tatsächlich die Gründung durch eine ausländische natürliche Person ausschließen wollen. Abgesehen davon könnte der ausländische Gründungsgesellschafter kurze Zeit nach der Gründung ausscheiden. Wollte man entgegen der Praxis zur SE dauerhaft Gesellschafter aus verschiedenen Staaten fordern, wäre einerseits auch dies durch Einschaltung von ausländischen Mantelgesellschaften leicht umgehbar; andererseits müsste ein derartiges Dauer-Erfordernis der Zugehörigkeit eines ausländischen Gesellschafters die Veräußerung der SPE-Anteile an einen einzigen Erwerber des Sitzstaates dauernd verhindern.³⁴

Angesichts der offenkundigen Ineffektivität seiner Vorschge, v.a. zur „grenzüberschreitenden Geschäftsabsicht“ oder „Zielvorgabe“, unternimmt das *Europäische Parlament* auch gar keinen Versuch, eine ernstzunehmende Kontrolle zu implementieren.³⁵ Als Feigenblatt dient eine Soll-Vorschrift im

34 Obwohl der *Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht* das Fehlen eines grenzüberschreitenden Bezugs im Verordnungsentwurf begrüsst, schlägt er *in eventu* das Erfordernis mindestens eines ausländischen Grndungsgesellschafters vor (NZG 2008, 899). Dies ist demselben Einwand ausgesetzt wie die vom *Europäischen Parlament* vorgeschlagene „ausländische Muttergesellschaft“.

35 Während das *Europäische Parlament* in seinem Bericht v. 4. 2. 2009 (Fn. 5) einen taxativen Katalog grenzüberschreitender Kriterien vorschlägt, will der *Deutsche Anwaltverein* in seiner Stellungnahme (Fn. 6), Rdn. 13 den Vorschlag des Europäischen Parlaments dahingehend erweitern, dass in Form einer Generalklausel jegli-

Erwägungsgrund 2a der SPE-VO. Dies zeigt, dass es dem *Europäischen Parlament* in Wahrheit nicht um die Verhinderung ausschließlich national tätiger SPE geht; vielmehr will es offenkundig ein Präjudiz für die künftige Kompetenzabgrenzung zwischen den Organen der Gemeinschaft vermeiden und nimmt dafür die Verankerung von Scheinkriterien in der SPE-VO in Kauf.

4. Subsidiaritätsprinzip

Die Idee einer europaweit einheitlichen Gesellschaftsform für KMU hat sich trotz anfänglicher Einwände³⁶ durchgesetzt.³⁷ Bei grenzüberschreitenden Aktivitäten entfällt die Qual der Rechtsformwahl: Weder muss der Investor eine ihm fremde Rechtsform des Ziellandes einsetzen, noch muss er den ausländischen Markt mit einer Rechtsform konfrontieren, die diesem fremd ist. Allgemein ist anerkannt, dass der Einsatz derselben Gesellschaftsform in allen Mitgliedstaaten zu Kosteneinsparungen führt. Die zudem unrealistische Harmonisierung der GmbH-Rechte ist keine Alternative, weil sie an der Existenz nationaler Gesellschaftsformen nichts ändern würde. Die durch das MoMiG eröffnete Wegzugsmöglichkeit mag auch die GmbH für Aktivitäten in anderen Mitgliedstaaten geeignet erscheinen lassen; auch dies ist gleichwohl keine Alternative zur SPE, weil die GmbH in anderen Staaten als ausländische Rechtsform zumindest optisch benachteiligt ist. Zu Recht machen schließlich die neuen Mitgliedstaaten geltend, dass ihre Gesellschaftsformen weit weniger internationale Akzeptanz als etwa die deutsche GmbH oder die englische Limited genießen. Nicht überraschend findet die SPE gerade bei den neuen Mitgliedstaaten Beifall.³⁸ Ferner eignet sich die SPE (wie die SE) als nicht landesspezifische Rechtsform besonders für Joint Ventures zwischen Unternehmen aus verschiedenen Mitgliedstaaten. Die SPE bietet schließlich ein „label“ für Unternehmen, die ihre grenzüberschreitenden Aktivitäten im Binnenmarkt in der Firma andeuten wollen.

Steht der „Mehrwert“³⁹ der Schaffung einer supranationalen Rechtsform gegenüber der Harmonisierung der GmbH-Rechte fest, dann ist dies ausrei-

cher „grenzüberschreitende Bezug“ als Gründungsvoraussetzung zugelassen wird. Die Kontrolle durch die Mitgliedstaaten wird nicht vorgeschlagen.

36 *Krejci* (Fn. 2), Rdn. 1 ff.; weiters *Haberer*, GesRZ 2003, 311, 219f.; *Maul*, DB 2003, 27, 31.

37 Eingehend *Krejci* (Fn. 2), Rdn. 13 ff. m.w.N.; zustimmend insbesondere *Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht*, NZG 2008, 897f.; zur Bedeutung für KMU vgl. *Steinberger*, BB 2006, Beilage zu Heft 37; auch der Bundesrat (Fn. 4) begrüßt das Regelungsanliegen der SPE-VO im Grundsatz.

38 Eingehend zu grenzüberschreitenden Unternehmensstrukturen *Hommelhoff/Teichmann*, DStR 2008, 925, 926 ff.; *dies.*, GmbHR 2008, 900.

39 *Langguth* in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, 4. Aufl., 2006, Art. 5 EGV Rdn. 35; *Streinz* in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 5 EGV Rdn. 36 ff.; *Schima* in: Mayer (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, 2005, Art. 5

chend, um dem Subsidiaritätsprinzip zu genügen, denn die Mitgliedstaaten sind naturgemäß nicht in der Lage, dieses Ziel selbst zu erreichen.⁴⁰

5. Kompetenzgrundlage

Die Kommission nimmt Art. 308 EG als Kompetenzgrundlage für die Erlassung der SPE-VO in Anspruch. Die Schaffung einer europaweit einheitlich organisierten Privatgesellschaft dient der Verwirklichung des Binnenmarktziels. Allerdings ist Art. 308 EG eine subsidiäre Handlungsermächtigung. Sie greift nur ein, wenn keine andere Vertragsbestimmung als Rechtsgrundlage herangezogen werden kann.⁴¹ Wie oben ausgeführt, wird gegen die Anwendbarkeit von Art. 308 EG geltend gemacht, infolge weitgehender Konkurrenz der SPE zu den nationalen Privatgesellschaften liege eine „faktische Harmonisierung“ vor. Einschlägig sei Art. 95 EG; dieser verdränge Art. 308 EG.

In seiner bisher einzigen Entscheidung zu kompetenzrechtlichen Fragen bei supranationalen Gesellschaftsformen hat der EuGH Art. 308 EG als Rechtsgrundlage der Verordnung über das Statut der Europäischen Genossenschaft⁴² anerkannt.⁴³ Der EuGH bestätigte, dass Art. 308 EG nur dann als Rechtsgrundlage in Betracht kommt, wenn keine andere Bestimmung des Vertrags eingreift. Die Schaffung einer neuen Rechtsform, die neben die nationalen Genossenschaftsformen trete, sei – entgegen der Klage des Europäischen Parlaments – keine Angleichungsmaßnahme im Sinne des Art. 95 EG. Ebenso wie die Einführung der Gemeinschaftsmarke, die neben die nationalen Markenrechte trete, könne die Einführung der Europäischen Genossenschaft daher auf Art. 308 EG gestützt werden. Die SCE sei überwiegend in der Verordnung geregelt. Die hilfsweise Verweisung auf nationales Genossenschaftsrecht ändere nichts daran, dass die SCE neben die nationalen Genossenschaften trete. Zwar statuiert Art. 2 SCE-VO Mehrstaatlichkeitskriterien als Gründungsvoraussetzungen, die jenen nach Art. 2 SE-VO vergleichbar sind; diese sind im Urteil aber nicht erwähnt, der EuGH hielt sie daher offenkundig nicht für entscheidend, die Anwendbarkeit von Art. 308 EG zu begründen. Auch die Zulässigkeit der Konkurrenz der SCE mit nationalen Genossenschaften kam im Verfahren nicht zur Sprache. Es existiert somit kein Anhaltspunkt dafür, dass die Konkurrenz zwischen SPE und nationalen Privatgesellschaften als „faktische Harmonisierung“, die unter Art. 95 EG fiele, die Anwendbarkeit

EGV Rdn. 29ff. – jeweils insbesondere zum „Negativtest“ und zum „Mehrwerttest“.

40 So Punkt 4 der Begründung zur SPE-VO sowie Erwägungsgrund 19; ebenso früher *Hommelhoff/Teichmann*, DStR 2008, 928f.

41 *Bitterlich* in: Lenz/Borchardt (Hrsg.) (Fn. 39), Art. 308 Rdn. 2f.; eingehend *Streinz* in: Streinz (Hrsg.) (Fn. 39), Art. 308 EGV Rdn. 28ff.; *Stöger* in: Mayer (Hrsg.) (Fn. 39), Art. 308 EGV Rdn. 1ff.

42 VO (EG) Nr. 1435/2003 des Rates v. 22. 7. 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE).

43 EuGH v. 2. 5. 2006, Rs. C-436/03, Slg 2006, I-3733 ff.

der subsidiären Handlungsermächtigung des Art. 308 EG ausschließt. Abgesehen davon sprechen, wie oben ausgeführt, erhebliche Gründe für die Annahme, dass die SPE die GmbH nicht zur Gänze verdrängen wird.

Im Falle der SCE-VO hatte das *Europäische Parlament* den EuGH angerufen. Der Grund bestand offenkundig darin, dass dem *Europäischen Parlament* im Verfahren nach Art. 308 EG nur Anhörungsrechte zukommen – und nicht weitergehende Mitwirkungsrechte wie im Verfahren zur Erlassung von Rechtsangleichungsmaßnahmen nach Art. 95 EG. Indessen dürfte die Kommission derartige Schritte im Zusammenhang mit der SPE-VO kaum zu befürchten haben, weil das *Europäische Parlament* die Kommission gerade unter Hinweis auf die Kompetenzgrundlage des Art. 308 EG zur Ausarbeitung der SPE-Verordnung aufgefordert hatte.⁴⁴ Ob das Parlament seinen Standpunkt revidiert, sollte die Kommission den geforderten grenzüberschreitenden Bezug nicht in die SPE-Verordnung aufnehmen, bleibt abzuwarten. Freilich wäre eine Nichtigkeitsklage des *Europäischen Parlaments* bemerkenswert, hatte das Parlament doch noch im Jahre 2007 der Kommission wegen zögerlicher Vorgangsweise beim SPE-Projekt eine Untätigkeitsklage angedroht.

Eine Klage eines Mitgliedstaats dürfte jedenfalls kaum zu befürchten sein, denn aufgrund der in Art. 308 EG geforderten Einstimmigkeit im Rat setzt die Erlassung der Verordnung *de facto* die Zustimmung aller Mitgliedstaaten voraus.⁴⁵ Dies verdeutlicht die rechtspolitische Grundsatzfrage: Jeder Mitgliedstaat muss entscheiden, ob er eine europaweit einheitlich ausgestaltete Privatgesellschaft will. Entscheiden sich alle Mitgliedstaaten für die Europäische Privatgesellschaft, bedeutet dies gleichzeitig die Entscheidung für ein zumindest partielles Zurückdrängen der nationalen Privatgesellschaften. Die Mitgliedstaaten sollten der Versuchung widerstehen, Letzteres durch den Ausschluss der SPE von nationalen Aktivitäten im jeweiligen Sitzstaat zu beschränken. Wollen sie das Unterlaufen bestimmter nationaler Schutzstandards verhindern, sollte dies durch Einflussnahme auf den Inhalt der SPE-Verordnung geschehen. Das Einstimmigkeitserfordernis des Art. 308 EG ermöglicht dies.

III. Registersitz und Hauptniederlassung

Gemäß Art. 7 SPE-VO hat die SPE sowohl Sitz (Satzungssitz, Registersitz)⁴⁶ als auch Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Gemein-

44 Bericht des *Europäischen Parlaments* v. 29. 11. 2006 mit Empfehlungen an die Kommission zum Statut der Europäischen Privatgesellschaft (2006/2013 (INI)); vgl. auch Rdn. 41 der Stellungnahme des *Deutschen Anwaltvereins* (Fn. 6).

45 Nicht auszuschließen ist indes eine Überprüfung der Kompetenzgrundlage aufgrund eines Vorabentscheidungsersuchens gemäß Art. 234 Abs. 1 b) EG.

46 Nach dem Änderungsantrag 19 des Berichts des Europäischen Parlaments v. 14. 2. 2009 (Fn. 4) ist der eingetragene Sitz „die Anschrift, unter der alle die SPE betreffenden Schriftstücke zuzustellen sind“. Vgl. sec. 86 Companies Act 2006: „A com-

schaft. Zumal das subsidiär anwendbare Recht gemäß Art. 4 Abs. 2 SPE-VO nach dem Sitz der SPE zu bestimmen ist, sollte der Sitz zum obligatorischen Satzungsinhalt zählen.⁴⁷ Dies ist gegenwärtig weder in Art. 8 SPE-VO noch im Anhang I gefordert. Die Mitgliedstaaten können aber verlangen, dass die „Anschrift des Sitzes“ der SPE zum Inhalt der Gründungsdokumente zählt (Art. 10 Abs. 2 a) SPE-VO). Auch hier dürfte sich der Einfluss des englischen Gesellschaftsrechts bemerkbar machen. Auch der Companies Act 2006 verlangt nicht die Angabe des Sitzes in den articles of association, sondern bloß die Mitteilung des „registered office“ an den „registrar“ des Companies House.⁴⁸

Gemäß Art. 7 Abs. 2 SPE-VO muss sich die Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung einer SPE nicht im gleichen Mitgliedstaat befinden wie ihr Sitz.⁴⁹ Diese Abweichung gegenüber der SE-Verordnung wird überwiegend begrüßt.⁵⁰

Andernfalls wäre die SPE gegenüber den nationalen Gesellschaftsformen, erheblich benachteiligt. Bekanntlich ist der Zuzug ausländischer Gesellschaften seit *Centros*⁵¹, *Überseering*⁵² und *Inspire Art*⁵³ durch die Niederlassungsfreiheit gewährleistet. Der Wegzug wird von den Gründungstheorie-Staaten seit jeher erlaubt. Der deutschen GmbH ist er seit dem MoMiG eröffnet.⁵⁴ Die SPE ist somit mobiler als die Europäische Gesellschaft. Ihr bleibt folglich auch die Diskussion um Art. 7 S. 1 SE-VO erspart, die in dem Zwang zur Identität von Sitz und Hauptverwaltung entweder eine Primärrechtswidrigkeit der SE-VO erblickt oder das der SE eingeräumte Sitzverlegungsverfahren als ausreichende Rechtfertigung der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit einordnet.⁵⁵ Allerdings würde das Recht, den Sitz außerhalb des Mitgliedstaats der Hauptniederlassung zu platzieren, im Zusammenhang mit Art. 34

pany must at all times have a registered office to which all communications and notices may be addressed.“

47 Dies ist gegenwärtig weder in Art. 8 SPE-VO noch im Anhang I vorgesehen. Kritik durch den Bundesrat (Fn. 4) unter Punkt 9 sowie den *Deutschen Anwaltverein* (Fn. 6), Rdn. 40.

48 Sec. (5) (a) (b) und sec. 87 Companies Act 2006.

49 Wie an mehreren Stellen der SPE-VO ist auch hier die deutsche Übersetzung unpräzise: Während die englische Fassung in beiden Absätzen des Art. 7 vom „registered office“ spricht, ist in der deutschen Fassung in Abs. 1 vom „Sitz“ und in Abs. 2 vom „eingetragenen Sitz“ die Rede.

50 *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 901; *Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht*, NZG 2008, 899; kritisch hingegen *Krejci*, ö.Not.Zeit. 2008, 367.

51 EuGH v. 9. 3. 1999, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459.

52 EuGH v. 5. 11. 2002, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919.

53 EuGH v. 30. 9. 2003, Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155.

54 Dazu und zur noch erforderlichen Klärung der kollisionsrechtlichen Lage vgl. zuletzt *Heckschen*, DStR 2009, 166, 168f. m. w. N.

55 Zur Diskussion vgl. *Greda* in: Kalss/Hügel (Hrsg.) (Fn. 25), § 5 SEG Rdn. 12 ff.; *Zimmer/Ringe* in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.) (Fn. 24), Art. 7 SE-VO Rdn. 21; *MünchKommAktG/Oechsler*, Bd. 9/2, 2. Aufl. 2006, SE-VO, Art. 7 Rdn. 2.

Abs. 1 SPE-VO die Anwendbarkeit der Mitbestimmungsregelung des Registerstaats zur Folge haben. Die Wahl des Registersitzes außerhalb des Tätigkeitsstaats, in einem Mitgliedstaat ohne Mitbestimmung, würde die Umgehung der Mitbestimmungsregelung des Tätigkeitsstaats ermöglichen.⁵⁶ Zu überdenken ist aber diese Anknüpfung der Mitbestimmungsregelung, nicht die Verschiedenheit von Registersitz- und Hauptniederlassungs-Staat.⁵⁷

Im Übrigen hält der *Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht*⁵⁸ es für ausreichend, dass sich der Registersitz in einem Mitgliedstaat befindet. Hingegen soll es zulässig sein, dass der Verwaltungssitz außerhalb der Gemeinschaft liegt. Andernfalls wäre die SPE weniger mobil als die deutsche GmbH seit dem MoMiG.⁵⁹

Allerdings wäre es empfehlenswert, die Eintragung des Ortes der Hauptniederlassung im Handelsregister anzuordnen.⁶⁰ So ist etwa in Österreich seit Einführung des bundesweiten EDV-Firmenbuchs im Jahr 1991 die Eintragung der Geschäftsadresse des registrierten Rechtsträgers obligatorisch. Überhaupt sollte die Verschiedenheit von Register- und Verwaltungssitz zu Publizitätspflichten führen, die im Staat des Verwaltungssitzes bzw. im Tätigkeitsstaat effektiv sind. In seinem Bericht vom 4. 2. 2009⁶¹ schlägt das *Europäische Parlament* eine Verpflichtung der SPE vor, das Register des Mitgliedstaats der Hauptniederlassung über die Verschiedenheit von Registersitz und Hauptniederlassung zu informieren. Alternativ soll die Einreichung der entsprechenden Unterlagen bei einem gleichfalls vom *Europäischen Parlament* vorgeschlagenen europäischen Zentralregister ausreichend sein.⁶²

Gleichartige Publizitätszwecke verfolgt Art. 46 Abs. 2 SPE-VO. Danach haben die nationalen Registerbehörden zusammenzuarbeiten um sicherzustellen, dass jene Unterlagen und Angaben, die nach Art. 10 Abs. 2 SPE-VO Eintragungsgrundlagen sind, auch über die Register aller anderen Mitgliedstaaten zugänglich werden. Hier wird offenkundig der erste Schritt zu einer Verkettung der nationalen Register gesetzt, die später zu einem europäischen Handelsregister führen könnte.

56 Zuletzt *Hommelhoff/Krause/Teichmann*, GmbHR 2008, 1193 f.

57 *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 910; *Hommelhoff/Krause/Teichmann*, GmbHR 2008, 1193.

58 NZG 2008, 899.

59 Zwar stimmt § 5 Abs. 2 S. 1 öGmbHG seit dem Handelsrechts-Änderungsgesetz 2005 (öBGBI. I 2005/120) mit § 4a Abs. 2 dGmbHG in der Fassung vor dem MoMiG überein; von dieser Regelung kann gemäß § 5 Abs. 2 S. 2 öGmbHG aber aus wichtigem Grund abgewichen werden. Die Wahl eines Verwaltungssitzes außerhalb von Österreich soll in Abweichung vom traditionellen Verständnis der Sitztheorie nach neuerer Ansicht indessen nicht zur Auflösung oder gar Aberkennung der Rechtspersönlichkeit führen: vgl. *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, 3. Aufl. 2007, Allg. Einl. Rdn. 18 m. w. N.; a. A. *Reich-Robrwig*, GmbH-Recht, 2. Aufl. I 1997, Rdn. 1/158.

60 So auch der *Bundesrat* (Fn. 4) unter Punkt 14.

61 Vgl. Fn. 5.

62 Änderungsanträge 5 und 18 des Berichts v. 4. 2. 2009 (Fn. 5).

Ist die Zulässigkeit der Verschiedenheit von Sitz und Hauptniederlassung positiv zu bewerten, so wird sie bei Gründung der SPE dennoch die Ausnahme bleiben. Zwar könnte es die Gründung mehrerer Auslandsgesellschaften erleichtern, wenn die Errichtung der Satzungen und die Registereintragungen allesamt im Sitzstaat der Muttergesellschaft stattfinden. Ich bezweifle aber, dass dieser Weg oft beschritten wird. Die Entscheidung für eine Tochtergesellschaft und gegen eine Zweigniederlassung des ausländischen Stammhauses hat nicht selten auch den Grund, lokalen Geschäftspartnern und Behörden einen inländischen Registerauszug vorlegen zu können. Dies wäre bei Gründung im Sitzstaat der Muttergesellschaft nicht der Fall.

Interessanter ist die doppelt-ansässige SPE für Zwecke der Steuerplanung. Eine doppelt-ansässige Körperschaft liegt vor, wenn sich Sitz und Verwaltungssitz (steuerrechtlich gesprochen: der Ort der Geschäftsleitung⁶³) in verschiedenen Mitgliedstaaten befinden.⁶⁴ Die Körperschaft ist dann in zwei verschiedenen Staaten unbeschränkt steuerpflichtig. Nur selten ist es indessen sinnvoll, den Registersitz von Anbeginn außerhalb des Geschäftsleitungsstaats zu platzieren. Denn jedenfalls innerhalb der Gemeinschaft bestimmt sich die Ansässigkeit von Körperschaften mit unterschiedlichem Sitz und Geschäftsleitungsort nach dem Letzteren. Dies folgt aus den *Tie breaker*-Regelungen der OECD-konformen Doppelbesteuerungsabkommen, wie sie regelmäßig zwischen den Mitgliedstaaten bestehen (Art. 4 Abs. 3 OECD-MA). Richten sich die Besteuerungsfolgen aber ohnehin weitgehend nach dem Recht des Geschäftsleitungsstaats, macht es bei der Gründung keinen Sinn, Sitz und Geschäftsleitungsort in zwei verschiedenen Staaten zu platzieren.

Doppelt ansässige Gesellschaften werden in der Steuerplanung demgemäß vor allem zur Änderung der Steueransässigkeit eingesetzt. Die Verlegung des Geschäftsleitungsorts dient hier als Ersatz für die grenzüberschreitende Registersitzverlegung.⁶⁵ Da die 14. RiL⁶⁶ nicht weiter verfolgt wurde, existieren

63 Die gesellschaftsrechtlichen Begriffe Verwaltungssitz bzw. Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung (vgl. Art. 7 des Verordnungsentwurfs) stimmen im Kernbereich mit den steuerrechtlichen Begriffen des Mittelpunkts der geschäftlichen Oberleitung (§ 10 AO; § 27 Abs. 2 öBAO: Ort der Geschäftsleitung) bzw. des Orts der Geschäftsleitung im DBA-rechtlichen Sinne (vgl. Art. 4 OECD-MA) überein; zu den *in praxi* wenig relevanten Unterschieden vgl. Schön in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.) (Fn. 24), Steuerrecht Rdn. 47 ff.; Hügel, ZGR 1999, 75 ff.

64 Dazu vgl. etwa Schön in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.) (Fn. 24), Steuerrecht Rdn. 53 ff.; monographisch Staringer, Besteuerung doppelt ansässiger Kapitalgesellschaften, 1999.

65 Vgl. zuletzt Hein/Geeb, DStR 2008, 2293 zu den steuerrechtlichen Konsequenzen der Verwaltungssitzverlegung einer GmbH nach dem MoMiG; im Kontext der SE-Sitzverlegung: Schön in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.) (Fn. 24), Steuerrecht Rdn. 125 ff.; früher Hügel, ZGR 1999, 71 ff.

66 Vorentwurf für eine vierzehnte RiL des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat mit Wechsel des für die Gesellschaft maßgebenden Rechts v. 20. 4. 1997; abgedruckt in

keine allgemeinen Verfahrensvorschriften zur identitätswahrenden Verlegung von Registersitz und Geschäftsleitungsort.⁶⁷ Der Wechsel zur Europäischen Gesellschaft, die ihren Registersitz grenzüberschreitend verlegen kann, ist vielfach zu aufwändig. Gerade für KMU bietet sich daher die grenzüberschreitende Verlegung bloß des Verwaltungssitzes bzw. des Geschäftsleitungsorts als Mittel zum Wechsel der Steueransässigkeit an.

War diese Maßnahme bei der deutschen GmbH vor dem MoMiG mit der Zwangsauflösung bedroht,⁶⁸ so ist die SPE aufgrund von Art. 7 SPE-VO frei von derartigen Risiken. Sie weist folglich gegenüber der österreichischen GmbH, bei welcher die grenzüberschreitende Verlegung des Verwaltungssitzes noch nicht gesetzlich abgesichert ist,⁶⁹ einen erheblichen Vorteil auf. Dies mag auch für andere Sitztheorie-Staaten gelten. Die Mobilität der SPE geht jedoch noch einen Schritt weiter.

IV. Grenzüberschreitende Sitzverlegung

Die SPE soll – ebenso wie die Europäische Gesellschaft (Art. 8 SE-VO) – auch ihren (Satzungs- bzw. Register-) Sitz grenzüberschreitend verlegen können. Nach Art. 35 Abs. 3 S. 2 SPE-VO wechselt das auf die SPE gemäß Art. 4 Abs. 2 SPE-VO subsidiär anwendbare Recht im Zeitpunkt der Eintragung der Verlegung. Im Übrigen lässt die Sitzverlegung Identität und Rechtsform der SPE unberührt. Dazu stellt Art. 35 Abs. 1 S. 3 SPE-VO klar, dass die Verlegung Rechte und Verpflichtungen aus Vertragsverhältnissen der SPE nicht beeinträchtigt.

1. Verfahren

Auf den ersten Blick gleicht das Verlegungsverfahren weitgehend jenem nach Art. 8 der SE-VO. Dennoch bestehen einige bemerkenswerte Unterschiede:

Der Verlegungsplan⁷⁰ ist bekannt zu machen. Entsprechend dem Charakter als Privatgesellschaft tritt zur Veröffentlichung die individuelle Übermittlung der Verlegungsunterlagen hinzu. Verlegungsplan und Verlegungsbericht sind den Gesellschaftern und den Arbeitnehmervertretern, sofern solche nicht vor-

ZIP 1997, 1721 ff. und ZGR 1999, 157 ff. Dazu die Beiträge von *di Marco, Neye, K. Schmidt, Priester, Heinze, Hügel, Rajak, Wymeersch* und *Timmerman*, ZGR 1999, 1 ff.

67 Vgl. demgegenüber Art. 161 bis 163 des schweizerischen IPRG.

68 Vgl. *Ulmer/Behrens*, GmbHG, 8. Aufl. 2002, Einl. B 115 ff. m. w. N.

69 Zum Meinungsstand in Österreich: *Koppensteiner/Rüffler* (Fn. 59), Allg. Einl. Rdn. 18 m. w. N.; *Reich-Rohrwig* (Fn. 59), Rdn. 1/158.

70 Im Interesse einheitlicher Terminologie im Europäischen Gesellschaftsrecht sollte der in der SE-VO und im Vorentwurf der 14. RiL (vgl. ZGR 1999, 157 ff.) verwendete Begriff „Verlegungsplan“ anstatt des (zumal umständlichen) Begriffs „Vorschlag für eine Verlegung“ verwendet werden.

handen sind, den Arbeitnehmern zu übermitteln, der Verlegungsplan – nicht der Bericht – zusätzlich noch den Gläubigern (Art. 36 Abs. 2 und 3 SPE-VO).⁷¹

Der Verlegungsbeschluss kann frühestens einen Monat nach Bekanntmachung und Übermittlung des Verlegungsplans gefasst werden (Art. 36 Abs. 2 SPE-VO). Demgegenüber beträgt die vergleichbare „Vorlaufzeit“ bei der SE zwei Monate (Art. 8 Abs. 6 SE-VO).

Der Verlegungsbeschluss erfordert dieselbe Stimmenmehrheit wie Satzungsänderungen (Art. 36 Abs. 4 SPE-VO⁷²). Erforderlich sind somit 2/3 der Stimmen, sofern die Satzung nicht ein höheres Mehrheitserfordernis statuiert (Art. 27 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 p) SPE-VO). Art. 36 Abs. 4 SPE-VO könnte den (wohl nicht beabsichtigten) Eindruck erwecken, dass die Satzung für Satzungsänderungen und die Sitzverlegung keine unterschiedlichen Mehrheitserfordernisse anordnen kann. Richtigerweise soll das Mehrheitserfordernis gemäß Art. 27 Abs. 2 SPE-VO wohl nur bei Fehlen einer für die Sitzverlegung geltenden Spezialregelung eingreifen. Das 2/3-Erfordernis des Art. 27 Abs. 2 S. 2 SPE-VO ist aber auch bei der Sitzverlegung die Untergrenze.

Art. 36 Abs. 6 SPE-VO bestimmt, dass der Schutz von Minderheitsgesellschaftern, die sich der Verlegung widersetzen, und von Gläubigern unter die Rechtsvorschriften des Herkunftsmitgliedstaats „fällt“. Man beachte die Formulierung! Dies ist keine Ermächtigung zur Einführung SPE-spezifischer nationaler Vorschriften,⁷³ sondern eine Verweisung auf das GmbH-Recht des Sitzstaates. Ganz anders Art. 8 Abs. 5 SE-VO: Danach können die Mitgliedstaaten „Vorschriften erlassen, um einen angemessenen Schutz der Minderheitsaktionäre, die sich gegen die Verlegung ausgesprochen haben, zu gewährleisten“. Die deutschen und österreichischen Ausführungsgesetze haben dies genutzt, um ein Recht der Minderheitsgesellschafter auf Austritt gegen Barabfindung (§ 12 SEAG, § 12 öSEG) sowie vorgeschaltete Sicherheitsleistungsansprüche (§ 13 SEAG, § 14 öSEG) zu statuieren.⁷⁴

71 Der *Deutsche Anwaltverein* hält die Verständigung der Gläubiger für kaum praktikabel (Fn. 6, Rdn. 126), erkennt aber im Rahmen der *in eventu* vorgeschlagenen Klarstellung der Verständigung „bekannter“ Gläubiger zutreffend die Parallele zu §§ 58 Abs. 1 Nr. 1, 65 Abs. 2 GmbHG.

72 Berechtigte Kritik am sprachlich erheblich missglückten Wortlaut in der Stellungnahme des *Deutschen Anwaltvereins* (Fn. 6) Rdn. 128.

73 Auch sonst enthält der SPE-Verordnungsentwurf – anders als die SE-VO – in aller Regel keine Ermächtigung zur Erlassung von Ausführungsbestimmungen. Anders etwa das Staatenwahlrecht in Art. 10 Abs. 2 SPE-VO im Zusammenhang mit der Rechtmäßigkeitskontrolle (Gerichts- bzw. Behördenkontrolle oder Beurkundung der Gründungsdokumente). Auch die in Art. 43 SPE-VO enthaltene Ermächtigung, alle geeigneten Vorkehrungen um das Wirksamwerden der Verordnung zu gewährleisten, zu erlassen, schafft keine Generalkompetenz zu einem Ausführungsgesetz.

74 Bedenken im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit (Art. 43, 48 EG) und die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 EG) bei *Hügel* in: Kalss/Hügel (Hrsg.) (Fn. 25), § 17 SEG Rdn. 26 und § 23 SEG Rdn. 8.

Die Verweisung auf nationales Recht geht jedenfalls in Deutschland und Österreich ins Leere. Da beide GmbH-Rechte die grenzüberschreitende Sitzverlegung nicht regeln, fehlen Vorschriften zum Schutze von Gläubigern und Minderheitsgesellschaftern. Dies ist eine beträchtliche, für die Gestaltungspraxis wichtige Erleichterung gegenüber der SE-Sitzverlegung.

Im Übrigen bestehen keine wesentlichen Unterschiede zwischen Art. 8 SE-VO und den Art. 34 bis 37 SPE-VO: Die zuständige Behörde des Herkunftsmitgliedstaats überprüft die Rechtmäßigkeit der „Formalitäten“⁷⁵ des Verlegungsverfahrens im Herkunftsmitgliedstaat“ und stellt darüber eine Bescheinigung aus (Art. 37 Abs. 2 SPE-VO), die binnen einem Monat der zuständigen Behörde des Aufnahmemitgliedstaats gemeinsam mit der von den Gesellschaftern genehmigten (neuen) Satzung sowie dem von den Gesellschaftern genehmigten Verlegungsplan vorzulegen ist (Art. 37 Abs. 3 SPE-VO). Dieser Behörde ist für die Prüfung (offenkundig nicht für die Eintragung) eine 14-tägige Frist gesetzt (Art. 37 Abs. 4 SPE-VO).

2. Mitbestimmung

Nach Art. 34 Abs. 1 SPE-VO unterliegt die SPE dem Mitbestimmungsstatut des Mitgliedstaats, in welchem sie ihren Registersitz hat. Da Registersitz und Hauptniederlassung (Verwaltungssitz) in verschiedenen Mitgliedstaaten liegen können (Art. 7 SPE-VO), ermöglicht diese Anknüpfung die Umgehung nationaler Mitbestimmungsvorschriften: Eine SPE mit deutschem Betrieb wählt ihren Registersitz in einem mitbestimmungsfreien Mitgliedstaat. Dies hat erhebliche Kritik erfahren. Die Verabschiedung der SPE-VO dürfte daher von der Änderung des Art. 34 SPE-VO abhängen.⁷⁶

Zur Mitbestimmung bei der Sitzverlegung enthält Art. 38 SPE-VO eine an die 10. RiL⁷⁷ zwar systematisch angelehnte, im Einzelnen aber deutlich abweichende Regelung: Zunächst kommt wie nach Art. 16 Abs. 1 der 10. RiL grundsätzlich das Mitbestimmungsstatut des Aufnahmemitgliedstaats zur Anwendung (Art. 38 Abs. 1 SPE-VO⁷⁸). Während die Verhandlungslösung nach Art. 16 Abs. 2 der 10. RiL eingreift, wenn mindestens eine an der Verschmelzung beteiligte Gesellschaft mitbestimmt ist und sie durchschnittlich mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt, ist dies nach Art. 38 Abs. 2 SPE-VO der Fall, wenn die Arbeitnehmer der SPE im Herkunftsmitgliedstaat mindestens ein Drittel der Gesamtarbeitnehmer der SPE einschließlich Tochtergesell-

75 Eine unkorrekte Übersetzung von „requirements“.

76 Zur Mitbestimmungsproblematik des Entwurfs vgl. *Hommelhoff/Krause/Teichmann*, GmbHR 2008, 1193; Beschluss des Bundesrates v. 10. 10. 2008 (Fn. 4), Punkt 14; vgl. Änderungsanträge 3 und 55 im Bericht des *Europäischen Parlaments* v. 4. 2. 2009 (Fn. 5).

77 Im Zusammenhang mit der grenzübergreifenden Verschmelzung einer SPE verweist Art. 34 SPE-VO unmittelbar auf die 10. RiL 2005/56/EG.

78 Missverständlich ist von „arrangements for the participation of employees“ bzw. „Vereinbarungen über die Mitbestimmung von Arbeitnehmern“ die Rede.

schaften oder Zweigniederlassungen der SPE in einem anderen Mitgliedstaat⁷⁹ ausmachen.

Unabhängig von der 500-Arbeitnehmer-Grenze besteht Mitbestimmungsschutz nach der 10. RiL, wenn der Mitbestimmungs-Standard des Art. 16 Abs. 2 a) oder b) der 10. RiL unterschritten wird; dies ist meist der Fall, weil nationale Mitbestimmungsregime ausländischen Arbeitnehmern in aller Regel keine gleichen Rechte einräumen.⁸⁰ Hingegen sind nach Art. 38 Abs. 2 SPE-VO die Drittel-Grenze und der Mitbestimmungs-Standard nach der Sitzverlegung kumulative Kriterien.⁸¹ Dies kann mangels einer an eine absolute Arbeitnehmerzahl anknüpfenden quantitativen Grenze auch bei großen Unternehmen zur Reduktion oder zum Wegfall der Mitbestimmung führen.

Die Unterschiede zwischen dem SPE-Wegzug und der grenzüberschreitenden Verschmelzung sollen anhand von Beispielen erläutert werden:

1. Die SPE verfügt in Deutschland über 400 Arbeitnehmer. Beschäftigt sie einschließlich Tochtergesellschaften und Zweigniederlassungen im Ausland weniger als 800 Arbeitnehmer (ohne Mitbestimmung), kommt der Mitbestimmungsschutz nach Art. 38 SPE-VO (Mitbestimmungsvereinbarung oder Fortgeltung des deutschen Mitbestimmungsstatuts) zur Anwendung. Bei grenzüberschreitender Verschmelzung auf eine ausländische Gesellschaft wird der Mitbestimmungsschutz nach Art. 16 Abs. 3. der 10. RiL – obwohl die 500 Arbeitnehmer-Grenze nicht überschritten ist – in der Regel wegen Unterschreiten des Mitbestimmungs-Standards nach Art. 16 Abs. 2 a) oder b) der 10. RiL eingreifen.
2. Die SPE beschäftigt in Deutschland 2500 Arbeitnehmer. Mitbestimmungsschutz nach Art. 38 SPE-VO greift nicht ein, wenn im Ausland mehr als 5000 Arbeitnehmer beschäftigt sind, selbst wenn der Mitbestimmungsstandard gemäß Art. 38 Abs. 2 a) und/oder b) SPE-VO nicht erfüllt ist. Die Verhandlungslösung nach Art. 16 der 10. RiL greift hingegen unabhängig von der Anzahl der ausländischen Arbeitnehmer ein.

Nicht überraschend schlägt der *Ausschuss für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten des Europäischen Parlaments* die Beseitigung des 1/3-Kriteriums vor.⁸²

Der relevante Mitbestimmungsstandard gemäß Art. 38 Abs. 2 SPE-VO gleicht jenem nach Art. 16 der 10. RiL. Maßgeblich ist der Anteil der im Ver-

79 Hier liegt ein Redaktionsversehen vor: Naturgemäß muss die Gesamtanzahl der Arbeitnehmer auch die Arbeitnehmer von Tochtergesellschaften und Zweigniederlassungen der SPE im Herkunftsmitgliedstaat (und nicht nur in einem anderen Mitgliedstaat) umfassen.

80 Brandes, ZIP 2008, 2193, 2195.

81 Darin liegt keine versehentliche Abweichung von der 10. RiL: vgl. S. 10f. der „Begründung“ zur SPE-VO.

82 Änderungsanträge 29ff. des Ausschusses für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten, Bericht des *Europäischen Parlaments* v. 4. 2. 2009 (Fn. 5).

waltungs- oder Aufsichtsorgan vertretenen Arbeitnehmer sowie die Einräumung gleicher Mitbestimmungsrechte an die ausländischen Arbeitnehmer.

Wie nach Art. 16 Abs. 3 der 10. RiL umfasst die Mitbestimmungsvereinbarung nur die Unternehmensmitbestimmung, nicht die Unterrichts- und Anhörungsrechte (vgl. demgegenüber Art. 4 Abs. 2 f) SE-RiL⁸³); insoweit bleibt es bei den nationalen Regelungen des jeweiligen Betriebs-Lagestaates.⁸⁴ Auch dies soll indessen nach den Vorschlägen des *Ausschusses für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten des Europäischen Parlaments* geändert werden. Der Ausschuss will auch Regelungen über das besondere Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer in die SPE-VO aufnehmen sowie die Mitgliedstaaten zur Erlassung von Anti-Missbrauchs-Bestimmungen ermächtigen.

Anders als Art. 16 Abs. 4 a) SE-RiL sieht Art. 38 SPE-VO allerdings keinen einseitigen Verzicht der Geschäftsführung auf die Führung von Verhandlungen, die mindestens sechs Monate dauern sollen, vor.⁸⁵ Scheitern die Verhandlungen, kommt keine Auffangregelung zur Anwendung; vielmehr gilt das Mitbestimmungsstatut des Herkunftsmitgliedstaats (Art. 38 Abs. 6 SPE-VO).

3. Vorteile gegenüber der Verlegung des Verwaltungssitzes

Die Verlegung des Satzungs- bzw. Registersitzes gemäß Art. 35 ff. SPE-VO hat gegenüber der Verlegung des Verwaltungssitzes einer GmbH vor allem den Vorteil, dass die grenzüberschreitende Sitzverlegung europaweit positivrechtlich abgesichert wird. Von Bedeutung ist dies zunächst für Mitgliedstaaten, in denen – wie etwa in Österreich⁸⁶ – der Wegzug von Kapitalgesellschaften nicht gesetzlich zugelassen ist. Die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit versagt, wie seit dem EuGH-Urteil v. 16. 12. 2008 in der Rechtssache *Cartesio*⁸⁷ wohl definitiv hingenommen werden muss. Als Ausweg kommt der Formwechsel der wegzugswilligen Kapitalgesellschaft in eine SPE (Art. 5 Abs. 1 b) SPE-VO) und deren Sitzverlegung (Art. 35 ff. SPE-VO) in Betracht.

Trotz Änderung des § 4a GmbHG durch das MoMiG ist auch der Wegzug einer deutschen GmbH nicht problemfrei. Denn die Neuregelung sichert die Akzeptanz der grenzüberschreitenden Sitzverlegung nur in Deutschland.⁸⁸ Demgegenüber wird im Zielland die positivrechtliche Anerkennung des Zuzugs einer ausländischen GmbH häufig fehlen; dann muss sich die GmbH im Eintragungsantrag an das ausländische Registergericht auf das EuGH-Urteil in der Rechtssache *Centros* sowie den Anwendungsvorrang des Gemein-

83 2001/86/EG.

84 Vgl. *Oetker* in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.) (Fn. 24), Vor § 1 SEBG, Rdn. 26.

85 Dazu eingehend *Brandes*, ZIP 2008, 2196.

86 Vgl. die Nachweise oben in Fn. 69.

87 EuGH v. 16. 12. 2008, Rs. C-210/06, BB 2009, 11 = ZIP 2009, 24. Dazu *Goette*, DStR 2009, 128; *Knof/Mock*, ZIP 2009, 30; *Leible/Hoffmann*, BB 2009, 58; *Paefgen*, WM 2009, 223; *Zimmer/Naendrup*, NJW 2009, 545.

88 Zu offenen kollisionsrechtlichen Fragen vgl. wiederum *Heckschen*, DStR 2009, 166, 168 f. m. w. N.

schaftsrechts berufen. Dies kann langwierig und unsicher sein. Selbst wenn dieses Vorgehen erfolgreich ist, führt es aber nicht zur Verlegung des Registersitzes, sondern nur zur Verlegung des Verwaltungssitzes. Mehr als die Eintragung einer Zweigniederlassung ist durch die Berufung auf das *Centros*-Urteil nicht zu erreichen. Dieses betraf die Eintragung einer Zweigniederlassung, nicht die Eintragung der Hauptniederlassung in das dänische Handelsregister, obwohl *Centros* in Großbritannien keinerlei Aktivitäten entfaltete. Den tatsächlichen Verhältnissen hätte es entsprochen, im Vereinigten Königreich den Satzungssitz und in Dänemark die Hauptniederlassung einzutragen.⁸⁹ Das *Centros*-Modell ist angesichts der Funktion des Handelsregisters, die tatsächlichen Verhältnisse zutreffend wiederzugeben, somit unter Umständen nicht optimal.

Vor dem Hintergrund dieser rechtlichen Unsicherheiten und praktischen Schwierigkeiten bringt das Sitzverlegungsverfahren der SPE-VO erhebliche Fortschritte:

Als supranationale Gesellschaftsform lässt die Sitzverlegung das Gesellschaftsstatut, von dem in Art. 4 Abs. 1 S. 2 SPE-VO zugelassenen, geringfügigen „nationalen Unterbau“ abgesehen (dazu unten V.), unberührt. Darin liegt auch ein Vorteil gegenüber der Sitzverlegung unter Annahme einer Rechtsform des Zuzugsstaats, die in dem *obiter dictum* im *Cartesio*-Urteil niederlassungsrechtlich garantiert wurde, denn hier bleibt das Gesellschaftsstatut unverändert. Beim *Centros*-Modell hingegen findet zwar kein Rechtsformwechsel statt; dafür werden die Geschäftspartner im Zuzugsstaat mit einer fremden Gesellschaftsform konfrontiert. Dies ist bei der SPE-Sitzverlegung nicht der Fall.

Das EuGH-Urteil in der Rechtssache *Cartesio* hat die *Daily Mail*- und *Überseering*-Judikatur bestätigt. Danach verbrieft die Niederlassungsfreiheit nicht die grenzüberschreitende Verwaltungssitzverlegung (die Verlegung des „operativen Sitzes“⁹⁰) unter Beibehaltung des Grundungsstatuts. Nach unveränderter Ansicht des EuGH ist der Gründungsstaat nicht nur frei, die Voraussetzungen der Anwendung seines Gesellschaftsrechts zu statuieren; er ist vielmehr auch frei, jene Voraussetzungen festzusetzen, die für den Erhalt der Anwendbarkeit des Grundungsstatuts gegeben sein müssen. Doch der EuGH hat

89 So wohl auch *Koppensteiner*, FS Lutter, 2000, S. 141, 142.

90 Wie den Tz. 2 und 22 der Schlussanträge des *GA Poyares Maduro* zu entnehmen ist, beantragte *Cartesio* beim ungarischen Registergericht die Eintragung der Verlegung des „operativen Geschäftssitzes“ an eine Adresse in Italien, somit nicht die Verlegung des Satzungs- bzw. Registersitzes, die zur Löschung im ungarischen Handelsregister führen müsste. Der EuGH meint mit dem Begriff „Sitz“, den er offenkundig im Anschluss an die Terminologie des vorliegenden Gerichts verwendet, somit den Verwaltungssitz, dessen Verlegung nach den Ausführungen des EuGH nicht zur Änderung des Gesellschaftsstatuts führt. Davon unterscheidet der EuGH, Tz. 117, die Verlegung des „satzungsmäßigen Sitzes“ bzw. „wahren Sitzes“ mit Statutenwechsel.

gleichzeitig eine andere Form des Umzugs von Gesellschaften aufgezeigt, der durch die Niederlassungsfreiheit garantiert ist: die Verlegung des Sitzes in einen anderen Mitgliedstaat unter gleichzeitiger Änderung des anwendbaren nationalen Rechts, anders formuliert: die Sitzverlegung unter Formwechsel in eine Gesellschaft des Rechts des Zuzugsstaates. In einem *obiter dictum* verkündet der EuGH in *Cartesio*, dass der Wegzugsstaat eine Gesellschaft aufgrund der Niederlassungsfreiheit nicht daran hindern darf, sich in eine Gesellschaft nach dem nationalen Recht des Zuzugsstaates umzuwandeln. Dies soll aber nur dann gelten, wenn das Recht des Zuzugsstaates den Formwechsel durch grenzüberschreitende Sitzverlegung zulässt. Ob der Zuzugsstaat aufgrund der Niederlassungsfreiheit aber verpflichtet ist, den grenzüberschreitenden Formwechsel ebenso zu ermöglichen wie eine grenzüberschreitende Verschmelzung (*SEVIC*), darüber findet sich in *Cartesio* kein Wort.

Danach umfasst die Niederlassungsfreiheit die zwei Formen der grenzüberschreitenden Sitzverlegung auf folgende verwirrende Weise: Der Zuzugsstaat muss die Herein-Verlegung des Verwaltungssitzes der Statut-fremd bleibenden Gesellschaft akzeptieren (*Centros*, *Überseering*, *Inspire Art*); der Gründungsstaat muss „seinen“ Gesellschaften den Statut-wahrenden Wegzug aber nicht ermöglichen (*Daily Mail*, *Überseering*, *Cartesio*). Gerade umgekehrt bei der zweiten Verlegungsform: Der Wegzugsstaat muss die Sitzverlegung unter Formwechsel in eine Gesellschaft des Zuzugsstaates ermöglichen, aber nur dann, wenn das Gesellschaftsrecht des Zuzugsstaates die grenzüberschreitende Umwandlung zulässt (*Cartesio*). Ob aber der Zuzugsstaat verpflichtet ist, in diesem Sinne mitzuspielen, ist offen.⁹¹ *Cartesio* unterstreicht somit im Ergebnis die Notwendigkeit der 14. RiL, denn dadurch würde der grenzüberschreitende Formwechsel in beiden beteiligten Staaten institutionalisiert.

Gegenüber der Verwaltungssitzverlegung hat die Satzungs- und Registersitzverlegung gemäß Art. 35 ff. SPE-VO ferner den Vorteil der Rechtssicherheit und Raschheit, der sich aus der Existenz positiv rechtlicher Verfahrensvorschriften ergibt. Kurz gesagt: Der Registerrichter kann einfach in der Verordnung nachlesen. Er ist nicht auf die mühsame Lektüre von EuGH-Entscheidungen verwiesen, die im Ausland – anders als in Deutschland – zudem nicht durch mehr als hundert wissenschaftliche Veröffentlichungen zu *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* „erleichtert“ wird.⁹²

Anders als das *Centros*-Konzept führt die SPE-Sitzverlegung schließlich ohne weiteres zur Registereintragung im Zuzugsstaat und zur Löschung im Register des Wegzugsstaats. Letzteres ist im Sinne der Informationsfunktion des Registers erwünscht, weil die Verlegung des Registersitzes in aller Regel mit der Verlegung des Verwaltungssitzes verbunden sein wird. Dass der Verordnungsentwurf zur gleichzeitigen Verlegung des Verwaltungssitzes aber nicht zwingt (vgl. Art. 7 S. 2, Art. 36 Abs. 1 g) SPE-VO), unterstreicht den be-

91 Dazu *Leible/Hoffmann*, BB 2009, 58, 60ff.; *Zimmer/Naendrup*, NJW 2009, 549.

92 Angaben nach *K. Schmidt*, ZHR 168 (2004), 494.

reits früher gemachten Vorschlag, neben der Eintragung des Sitzungssitzes auch die Eintragung der Hauptniederlassung bzw. des Verwaltungssitzes anzuordnen.

4. Steuerplanung

Die grenzüberschreitende Sitzverlegung bietet sich für Steuerplanungsmaßnahmen an. Es liegt im Wesen von Hochsteuerländern, Anreize zum Verlassen des Landes zu bieten. Wie bekannt, ist in Österreich der steuermotivierte Zuzug, zuletzt auch von Körperschaften, zu verzeichnen, obwohl ich Österreich – entgegen einer Äußerung des deutschen Finanzministers – aus eigener leidvoller Erfahrung nicht zu den Steueroasen zähle. Die ministerielle Einordnung wird im Übrigen durch § 8 Abs. 3 AStG widerlegt. Danach zählt Österreich eindeutig nicht zu den Niedrigsteuerländern.

Der mit dem Wegzug verbundene Wechsel der Steueransässigkeit von Körperschaften kann im Einzelfall vorteilhaft sein: So hat die Erfassung der Gewinne ausländischer Tochtergesellschaften im Wege der Hinzurechnungsbesteuerung nach den §§ 7 ff. AStG zur Voraussetzung, dass die Muttergesellschaft, bei der die Besteuerung erfolgt, in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtig ist (§ 7 Abs. 1 AStG). Dies lässt sich durch Verlegung von (Satzungs-) Sitz und Geschäftsleitungsort (§ 1 Abs. 1 S. 1 KStG) ändern. Der Wegfall der unbeschränkten Steuerpflicht kann auch zu anderen Vorteilen führen.

Freilich sind auch die Steuerbelastungen des Wegzugs von Körperschaften zu bedenken: Die Verlegung des Sitzes und des Geschäftsleitungsorts führt zu einem Wechsel von der unbeschränkten zur beschränkten Steuerpflicht. Da im Inland belegenes Betriebsvermögen nicht der Besteuerung entzogen wird, kommt es häufig nicht zur Schlussbesteuerung nach § 12 Abs. 1 KStG.⁹³ Mit der Einbeziehung der SPE in die gegenwärtig nur für die Europäische Gesellschaft und die Europäische Genossenschaft geltende Sitzverlegungsregelung der Fusionsbesteuerungsrichtlinie („FRL“)⁹⁴ ist zu rechnen.⁹⁵ Danach unterbleibt die Besteuerung der stillen Reserven aber nur im Falle der Zugehörigkeit der Wirtschaftsgüter zu einer Betriebsstätte im Wegzugsstaat (Art. 4 Abs. 1 FRL). Verfügt die wegziehende Gesellschaft nur über nicht-betriebliches Vermögen, steht die FRL der Schlussbesteuerung nach § 12 KStG nicht entgegen. Bedeutung hat dies insbesondere für Holding-Gesellschaften. Nach Art. 13 Abs. 5 OECD-Musterabkommen verliert der Wegzugsstaat das Besteuerungsrecht; dieses wächst dem Zuzugsstaat zu.⁹⁶ Allerdings dürfte der

93 Vgl. Schön in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.) (Fn. 24), Steuerrecht, Rdn. 100 ff.

94 RiL 90/434/EWG, zuletzt geändert durch die RiL 2006/98/EG.

95 Vgl. Punkt 2 der „Begründung“ der Kommission zum Verordnungsentwurf.

96 Die meisten von Deutschland mit anderen Mitgliedstaaten abgeschlossenen DBA entsprechen Art. 13 Abs. 5 OECD-MA. Danach steht das Besteuerungsrecht an Körperschafts-Anteilen dem Ansässigkeitsstaat des veräußernden Gesellschafters zu. Anders aber Art. 13 DBA-Bulgarien und Art. 13 DBA-Tschechische Republik:

Wegzugsstaat aufgrund der EuGH-Urteile in den Rechtssachen *Hughes de Lasteyrie du Saillant*⁹⁷ und *Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Alelo*⁹⁸ zur Gewährung eines Besteuerungsaufschubs im Falle nichtbetrieblichen Vermögens, insbesondere beim Wegzug von Holding-Gesellschaften, verpflichtet sein.⁹⁹ Österreich gewährt diesen Besteuerungsaufschub bei allen faktischen und rechtlichen Exporttatbeständen: beim Wegzug natürlicher und juristischer Personen, bei der grenzüberschreitenden Verbringung von Wirtschaftsgütern und bei Hinaus-Umwandlungen.

Da der Vorentwurf der 14. RiL¹⁰⁰ nicht weiter verfolgt wurde, ist die grenzüberschreitende Verlegung des Registersitzes gegenwärtig im Wesentlichen¹⁰¹ der Europäischen Gesellschaft vorbehalten, sieht man von einer Verlegung unter Berufung auf das *Cartesio*-Urteil ab. Wegen der Gründungsbeschränkungen und des Grundkapitalerfordernisses von 120 000 Euro ist der Weg der SE-Sitzverlegung aber aufwändig und beschwerlich. Die SPE wird kleinen und mittleren Unternehmen die Steuerplanung mittels grenzüberschreitender Sitzverlegung erleichtern.

Dem könnte entgegengehalten werden, dass der Wechsel der Steueransässigkeit nicht die Verlegung des Registersitzes erfordert. Wie ausgeführt, reicht dafür die Verlegung des Orts der Geschäftsleitung. Worin liegt also der Fortschritt der grenzüberschreitenden Registersitzverlegung?

Zunächst ist zu beachten, dass die Verlegung des Geschäftsleitungsortes nur die DBA-rechtliche Steueransässigkeit verändert (Art. 4 Abs. 3 OECD-MA). Erfolgt die Verlegung in ein Land, mit dem kein DBA besteht, bleibt das deutsche Besteuerungsrecht aufgrund des Satzungssitzes aufrecht (§ 1 Abs. 1 S. 1 KStG). Für die Erfassung der Gewinne von Auslandsgesellschaften im Wege der Hinzurechnungsbesteuerung reicht stets der Satzungssitz im Inland. Dass Deutschland die Gewinne bei einem mit dem Ansässigkeitsstaat der Tochtergesellschaft bestehenden DBA eigentlich freistellen müsste, wird durch den *treaty override* nach § 20 Abs. 1 AStG verdrängt. Oft genügt somit die Verlegung bloß des Geschäftsleitungsortes nicht, um deutsche Besteuerungsrechte zu beenden.

Die Eintragung der Hauptniederlassung im Zuzugsstaat und die Löschung im Register des Wegzugsstaats kann auch sonst in der Steuerplanung von Be-

Zuteilung des Besteuerungsrechts an den Ansässigkeitsstaat der Körperschaft als Quellenstaat: vgl. die Übersicht bei *Vogel/Lehner*, DBA, 5. Aufl. 2008, Art. 13 Rdn. 225. Zum Wechsel des Besteuerungsrechts bei der Sitzverlegung von Holding-Gesellschaften: vgl. *Hügel*, ZGR 1999, 101 ff.; zuletzt *Hein/Suchan/Geeb*, DStR 2008, 2293 f.

97 EuGH v. 11. 3. 2004, Rs. C-9/02, Slg. 2004, I-02409.

98 EuGH v. 7. 9. 2006, Rs. C-470/04, Slg. 2006, I-07409.

99 Dazu *Schön* in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.) (Fn. 24), Steuerrecht, Rdn. 106 ff.

100 Vgl. dazu insbesondere die Beiträge von *di Marco* u. a., ZGR 1999, 3 ff.

101 Die grenzüberschreitende Sitzverlegung steht auch der Europäischen Genossenschaft sowie der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung offen.

deutung sein. Zwar ist der Wechsel der Steueransässigkeit bei Bestehen eines DBA nicht von der Registereintragung abhängig. In der Auseinandersetzung mit den Finanzbehörden kommt einer aussagekräftigen Dokumentation aber eine wichtige Beweisfunktion zu. Der bloße Wechsel des Geschäftsleitungsorts ist, zumal bei kleinen Unternehmen, oft nicht leicht zu dokumentieren. Die Registereintragung ist neben dem Ort der Geschäftsführersitzungen ein weiteres Element, das das Bild der Hauptniederlassung bzw. des Sitzes mosaikartig ergänzt.

V. Satzungsgestaltung und Satzungslücken

1. Vorrang von Verordnungstext und Anhang – subsidiäre Geltung des nationalen GmbH-Rechts

Zuletzt wende ich mich Fragen der Satzungsgestaltung zu. Einerseits ist von Interesse, welche Gestaltungsmöglichkeiten die SPE-VO im Vergleich zum GmbH-Recht bietet. Andererseits stellt sich die Frage, was gilt, wenn die Satzung zu einem bestimmten Punkt schweigt.

Beide Bereiche werden durch die Normenhierarchie des Art. 4 SPE-VO determiniert. Angesichts der Vorreferate kann ich mich hier kurz fassen: Dass die Normen der SPE-VO nationales Recht verdrängen, ist ein von der SE-VO her bekanntes Regelungskonzept. Neu ist hingegen, dass das nationale Recht auch für jene Punkte nicht maßgeblich sein soll, die der Verordnungstext nicht regelt, die aber Gegenstand der Regelungsaufträge und Regelungsermächtigungen des Anhangs¹⁰² sind. Hier geht es nicht um die Verdrängung nationalen Rechts durch konkrete gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen, denn die Letzteren liefert der Anhang gerade nicht; zumindest bietet der Anhang keine inhaltlichen Anordnungen. Nationales Recht wird vielmehr mit Wirkung für jene Inhalte verdrängt, die nach dem Anhang durch den Gesellschaftsvertrag geregelt werden müssen und zu deren Regelung der Anhang „anregt“. Der erste Satz des Anhangs stellt klar, dass weitergehende Regelungen im Gesellschaftsvertrag zulässig sind („Die Satzung einer SPE muss zumindest Folgendes regeln:“).

2. Einpersonen-Konzerngesellschaften

Nicht alle Gesellschaften weisen gleiche Gestaltungserfordernisse auf. Will man die Gestaltungsmöglichkeiten des kommenden SPE-Rechts ausloten, ist zweckmäßigerweise nach Funktionstypen zu unterscheiden. Entsprechend der Zielsetzung, grenzüberschreitende Aktivitäten von KMU zu erleichtern, dürfte die SPE häufig als Einpersonen-Konzerngesellschaft eingesetzt werden. Dass sie sich dafür gut eignet, ist leicht zu zeigen. Vor allem die hohe Liberalität, die viele Bestimmungen der Verordnung durchweht, ermöglicht

102 Im Folgenden ist nur vom „Anhang“ die Rede.

dort formlose und daher rasch durchzuführende Rechtsakte, wo Schutzstandards zugunsten der Gesellschafter entbehrlich sind.

a) Satzung

Dies beginnt bei der Gründung: Für die Satzung genügt die Schriftform (Art. 8 Abs. 2 SPE-VO). Als Rechtmäßigkeits- bzw. Eintragungskontrolle lässt Art. 10 Abs. 4 SPE-VO nur die Überprüfung durch das Registergericht¹⁰³ oder die Beurkundung¹⁰⁴ der Dokumente und Angaben der SPE, also in Deutschland wohl die Prüfung durch einen Notar aus Anlass der notariellen Beurkundung der Satzung zu.¹⁰⁵ Dies ähnelt Art. 10 der Publizitäts-RiL,¹⁰⁶ der beide Kontrollvarianten zulässt, die Mitgliedstaaten aber nicht zwingt, nur eine von beiden zu implementieren.

b) Eintragungsantrag

Vorschriften zur Beglaubigung der Unterschriften auf dem Eintragungsantrag (Art. 10 Abs. 1 SPE-VO) fehlen. Eine ausreichende Identitätsprüfung findet bei der Beurkundungsvariante statt. Da die Satzung zu beurkunden ist, wird die Identität der Gründer geprüft. Da die Gründer – und nicht die Direktoren¹⁰⁷ – den Eintragungsantrag stellen (Art. 10 Abs. 1 SPE-VO), ist jedenfalls hier das Handeln Unbefugter ausgeschlossen. Entscheidet sich ein Mitgliedstaat indessen gegen die Beurkundungsvariante und für die Kontrolle durch das Gericht, fehlt die Identitätsprüfung, zumal die Antragstellung elektronisch erfolgen kann (Art. 10 Abs. 1 S. 2 SPE-VO). Auch der Companies Act 2006 fordert grundsätzlich keine Identitätsprüfung bei Anmeldungen zur Eintragung durch den *registrar* des Companies House (secc. 7 ff. Companies Act 2006).¹⁰⁸ Wie bereits mehrmals angemerkt, dürften manche für den deutschen oder österreichischen Juristen überraschende Elemente der SPE-VO auf den Einfluss des englischen Gesellschaftsrechts zurückzuführen sein.

103 Zugelassen ist die „Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Dokumente und Angaben der SPE durch eine Justiz- oder Verwaltungsbehörde.

104 Hier findet sich einer der zahlreichen Übersetzungsfehler im deutschen Text: „certification“ ist im deutschen Text unrichtig mit „Beglaubigung“ (statt „Beurkundung“) übersetzt (Art. 10 Abs. 4 b) SPE-VO).

105 Unklar ist, ob es sich um ein Wahlrecht der Gründer oder um ein – im Wege einer Ausführungsgesetzgebung auszunützendes – Staatenwahlrecht handelt; dazu *Krejci* (Fn. 2), Rdn. 189 ff., der ein Staatenwahlrecht annimmt; ebenso wohl *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 900. Das Wahlrecht ist offenkundig ein Kompromiss zwischen den verschiedenen Systemen der Mitgliedstaaten.

106 68/151/EWG.

107 Warum „directors“ nicht mit „Direktoren“ oder – noch besser – mit „Geschäftsführer“, sondern mit dem umständlichen Begriff „Mitglieder der Unternehmensleitung“ übersetzt wird, ist unklar.

108 Der *registrar* kann aber die „authentication“ von eingereichten Dokumenten verlangen: vgl. sec. 1068 (3) Companies Act 2006.

Bemerkenswerterweise sollen die ohnehin sehr sparsamen Kontrollregelungen des Art. 10 Abs. 4 SPE-VO nicht für die Änderung der eingetragenen Tatsachen und die Änderung der Gründungsdokumente gelten. Danach hat es den Anschein, dass eine Satzungsänderung weder durch das Gericht zu prüfen ist, noch beurkundet werden muss (Art. 10 Abs. 5 SPE-VO).¹⁰⁹ Gleiches gilt für den Wechsel der Vertretungsorgane (Art. 10 Abs. 2 b), Art. 33 SPE-VO). Nur die Bekanntmachung ist angeordnet (Art. 27 Abs. 7 b) SPE-VO). Wie der Bundesrat zutreffend betont, steht das Fehlen von Kontrollregelungen für Satzungsänderungen mit Art. 10 der Publizitäts-RiL im Widerspruch.¹¹⁰

Das Fehlen jeglicher Identitätsprüfung bei der Eintragung von Änderungstatsachen stünde mit den Prinzipien des deutschen Registerrechts im Widerspruch.¹¹¹ Jedoch käme § 12 HGB, der die öffentliche Beglaubigung der Unterschriften auf Handelsregisteranmeldungen vorsieht, auf die SPE zur Anwendung: Zwar will Art. 10 Abs. 4 SPE-VO die Bedingungen der Eintragung zweifellos abschließend aufzählen. Dies hat aber nach dem Erwägungsgrund 8 den Zweck, aus Gründen der Kostenökonomie nur eine einzige Prüfung zuzulassen. Die Details der Prüfung werden durch Art. 10 Abs. 4 SPE-VO hingegen nicht normiert. Insoweit kommt gemäß Art. 4 Abs. 1 S. 2 SPE-VO – je nachdem, für welche Kontrollvariante des Art. 10 Abs. 4 SPE-VO sich der Mitgliedstaat entscheidet – das nationale Register- oder Beurkundungsrecht zur Anwendung.

c) Gesellschafterbeschlüsse

Auch die Regelungen betreffend die Fassung von Gesellschafterbeschlüssen sind liberaler als das GmbH-Recht. Sämtliche Beschlüsse, auch solche über Satzungsänderungen, können außerhalb von Gesellschafterversammlungen gefasst werden (Art. 27 Abs. 3 SPE-VO). Die Zustimmung der einzelnen Gesellschafter zum schriftlichen Beschlussverfahren ist nicht erforderlich. Dies gilt selbst für satzungsändernde Beschlüsse (Art. 27 Abs. 2 S. 1 SPE-VO). Demgegenüber kommt nach herrschender Ansicht und Praxis zur GmbH die Beschlussfassung gemäß § 48 Abs. 2 GmbHG bei Satzungsänderungen und einigen anderen Beschlussgegenständen nicht in Betracht.¹¹² Auch diese Abweichungen gegenüber dem deutschen (und österreichischen) GmbH-Recht dürften auf dem Einfluss des englischen Gesellschaftsrechts beruhen. Durch den Companies Act 2006 wurde die obligatorische jährliche Gesellschafter-

109 Vgl. dazu die Kritik des Bundesrats (Fn. 4) unter Punkt 9 sowie die Stellungnahme des *Deutschen Anwaltvereins* (Fn. 6), Rdn. 45. Satzungsänderungen sollen offenkundig nicht erst aufgrund der Registereintragung wirksam werden: vgl. Art. 8 Abs. 3 SPE-VO. Dazu die Stellungnahme des *Deutschen Anwaltvereins* (Fn. 6).

110 Auch der Bericht des *Europäischen Parlaments* v. 4. 2. 2009 (Fn. 5) fordert im Änderungsantrag 22 die Anwendbarkeit der Kontrollregelung des Art. 10 Abs. 4 SPE-VO.

111 Beschluss des Bundesrats (Fn. 4) unter Punkt 10.

112 *Ulmer/Hüffer*, GmbHG (Fn. 68), § 48 Rdn. 56f.

versammlung („AGM“) abgeschafft. Gesellschafterbeschlüsse müssen nicht in Gesellschafterversammlungen gefasst werden.¹¹³

d) Anteilsübertragung

Schließlich gilt auch für die Anteilsübertragung die Schriftform (Art. 16 Abs. 2 SPE-VE). Der Erwerber ist in das Anteilseignerverzeichnis einzutragen (Art. 15, 16 SPE-VO). Dieses wird – anders als die GmbH-rechtliche Gesellschafterliste – nicht zum Registergericht eingereicht, Anteilseigner und Dritte haben aber ein Einsichtsrecht (Art. 15 Abs. 3 SPE-VO). An der fehlenden Transparenz wird Kritik geübt.¹¹⁴

e) Bedeutung für die Praxis

Welche praktischen Konsequenzen haben diese Erleichterungen für das Handling des grenzüberschreitenden KMU-Konzerns? Müssen ausländische Rechtsberater mit Geschäftsrückgang rechnen, weil die Rechtsabteilung der deutschen Konzernmutter von der Gründung, über Satzungsänderung, Anteilsübertragung im Konzern und Liquidation der ausländischen Tochter alles im Schriftweg bzw. durch elektronische Anmeldung erledigt? Ich glaube das nicht. Sieht man von Deutschland und Österreich ab, wo gewisse Gemeinsamkeiten festzustellen sind, wird dies schon die Sprachbarriere verhindern. Dass die Register der Mitgliedstaaten Schriftstücke und Anmeldungen in englischer Sprache akzeptieren müssen, dazu konnte sich nicht einmal der überaus liberale und ersichtlich vom englischen Gesellschaftsrecht beeinflusste Verordnungsentwurf durchringen (vgl. Art. 10 Abs. 3 SPE-VO). Die Beauftragung eines lokalen Beraters ist ohnehin wegen Fragen der Gewerbeberechtigung, arbeits- und grundstücks- und mietrechtlichen Fragen der Niederlassung sowie steuerrechtlichen Fragen unvermeidlich. Der lokale Berater wird somit auch Hilfestellung bei der Abfassung der Gründungsdokumente in der Landessprache geben müssen. Selbst wenn die deutsche Konzernspitze über eine Standard-Satzung für SPE verfügt, muss sie übersetzt werden. Zumal die Satzung einer Einpersonen-Konzerngesellschaft wenig Raum für Kreativität lässt, bezweifle ich, dass die schlanken Gründungsvoraussetzungen zu namhaften Einsparungen führen werden.¹¹⁵ Allerdings kann der Gang zum Notar

113 Vgl. secc. 288ff. Companies Act 2006. Der Companies Act 2006 hat bei *private companies* das obligatorische *annual general meeting* der Gesellschafter beseitigt; dazu *Steinfeld et al.*, *The Companies Act 2006/2007*, 72ff.; *Gower and Davies*, *Principals of Modern Company Law*, 8. Aufl. 2008, 15-3.

114 *Krejci* (Fn. 2), Rdn. 264ff.; Bundesrat (Fn. 4) unter Punkt 13; Änderungsantrag 22 im Bericht des Europäischen Parlaments (Fn. 5); Stellungnahme des *Deutschen Anwaltvereins* (Fn. 6), Rdn. 65.

115 Anders beurteilt dies eine Studie von *Baker & McKenzie*. Diese wird auch von der Kommission zitiert: siehe Impact Assessment, Commission Staff Working Document accompanying the Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European Private Company (SPE), COM(2008) 396, SEC(2008) 2099, Abschnitt

unterbleiben, wenn das Zielland sich nicht für die Beurkundungsvariante, sondern für die Kontrolle durch die Registerbehörde entschieden hat. Dann entfällt die Beurkundung im Zusammenhang mit den Gründungsdokumenten, möglicherweise auch Beglaubigung und Überbeglaubigung von Vollmachten. Der Berater im Gründungsstaat übermittelt die Dokumente, die der Gründer einfach unterfertigen und zurücksenden kann.

Dass die Satzung nicht notariell zu beurkunden ist, hat der Bundesrat kritisiert.¹¹⁶ Das Schrifttum hingegen hat an dem Wegfall des notariellen Beurkundungserfordernisses keinen Anstoß genommen.¹¹⁷ Dies überrascht nicht, zumal nur etwa die Hälfte der Mitgliedstaaten bei Gründung und Anteilsübertragung die inhaltliche Mitwirkung von Notaren – durch Beurkundung oder Notariatsakt – verlangen.

Die Beratung und Beurkundung durch einen Notar bei Gründung und Geschäftsanteilsübertragung fehlt etwa vollständig im Vereinigten Königreich,¹¹⁸ ferner aber auch in Bulgarien,¹¹⁹ Dänemark,¹²⁰ Finnland,¹²¹ Frank-

3.3.2. Die *Baker & McKenzie*-Studie ist abrufbar unter http://www.europeanprivatecompany.eu/working_papers.

116 Beschluss des Bundesrats (Fn. 4) unter Punkt 9.

117 Ohne Stellungnahme *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897; ebenso die Stellungnahmen des *Arbeitskreises Europäisches Unternehmensrecht* NZG 2008, 897 und des *Deutschen Anwaltvereins* (Fn. 6); *Peters/Wüllrich*, NZG 2008, 807 konstatieren lediglich den Widerspruch zur rechtspolitischen Tendenz des MoMiG; *Krejci*, ö.Not.Zeit. 2008, 367 verlangt im Interesse der Beweis- und Rechtssicherheit im Geschäftsverkehr die Feststellung der Identität der Gründungsgesellschafter, des Inhalts der Satzung sowie des Zeitpunktes des Vertragsabschlusses, was in ausreichendem Maße wohl auch durch eine öffentliche Unterschriftsbeglaubigung geleistet wird, konstatiert aber in der Folge, dass Gerichte und Behörden „nicht zwingend an Vorarbeiten öffentlicher Urkundspersonen gebunden sein“ sollten. Tendenziell anders aber *Krejci* (Fn. 2), Rdn. 196. Für das notarielle Beurkundungserfordernis *Peters/Wüllrich*, DB 2008, 2180.

118 Dies wäre angesichts der schwergewichtigen ganz anderen Aufgaben des englischen *notary*, die mit einer wesentlich geringeren Zahl englischer Notare einhergeht, auch gar nicht möglich: In England, Schottland und Wales existieren nur etwas mehr als 1 000 Notare gegenüber rund 11 000 Notaren in Deutschland (Angaben lt. *Eylmann/Vaasen*, Bundesnotarordnung Beurkundungsgesetz, 2. Aufl. 2004, § 3 BNotO Rdn. 22).

119 Süß/Wachter (Hrsg.), Hdb. des int. GmbH-Rechts, 2006, S. 444, 452: Schriftform mit Unterschriftenbeglaubigung.

120 Süß/Wachter (Hrsg.) (Fn. 119), S. 498, 508: ohne Hinweise auf Mitwirkung eines Notars.

121 Süß/Wachter (Hrsg.) (Fn. 119), S. 763, 770, 781 (zur privaten Aktiengesellschaft).

reich,¹²² Litauen,¹²³ Rumänien,¹²⁴ Schweden,¹²⁵ Slowakei¹²⁶ und Slowenien.¹²⁷

Die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrags sowie der Anteilsübertragung wird in Deutschland (§ 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG), Österreich (§ 4 Abs. 3 S. 1 öGmbHG: „Notariatsakt“), Belgien¹²⁸, Estland¹²⁹, Griechenland,¹³⁰ Italien,¹³¹ Luxemburg,¹³² Niederlande,¹³³ Polen,¹³⁴ Portugal,¹³⁵ Spanien,¹³⁶ Tschechische Republik,¹³⁷ Ungarn¹³⁸ gefordert.

Untragbare Wertungswidersprüche innerhalb des deutschen oder österreichischen Gesellschaftsrechts wird das bloße Schriftformerfordernis des SPE-Rechts sicher nicht verursachen. Wer die Beratungsfunktion der notariellen Beurkundung im GmbH-Recht betont, der ist daran zu erinnern, dass die bei weitem gefährlichste Gesellschaftsform die Offene Handelsgesellschaft ist. Das Eingehen der unbeschränkten persönlichen Haftung, die das gesamte Privatvermögen umfasst und allein durch die Vertretungshandlung eines jeden Mitgesellschafters realisiert werden kann, bedarf keiner Form, ja ist sogar durch stillschweigenden Vertragsabschluss möglich,¹³⁹ ohne dass Belehrung

122 Süß/Wachter (Hrsg.) (Fn. 119), S. 803, 822 (ohne Hinweis auf die Mitwirkung eines Notars).

123 Süß/Wachter (Hrsg.) (Fn. 119), S. 1037: Beglaubigung, S. 1042.

124 Süß/Wachter (Hrsg.) (Fn. 119), S. 1291, 1306.

125 Süß/Wachter (Hrsg.) (Fn. 119), S. 1354, 1356, 1365: keine Erwähnung notarieller Erfordernisse bei der Privat-Aktiengesellschaft.

126 Süß/Wachter (Hrsg.) (Fn. 119), S. 1498 (Gesellschaftsvertrag) und S. 1507 (Anteilsübertragung) mit Unterschriftenbeglaubigung.

127 Süß/Wachter (Hrsg.) (Fn. 119), S. 1526, 1534: Anteilsübertragung durch Notariatsakt.

128 Süß/Wachter (Hrsg.) (Fn. 119), S. 388, 395: Anteilsübertragung formfrei.

129 Süß/Wachter (Hrsg.) (Fn. 119), S. 733, 743, 745.

130 Süß/Wachter (Hrsg.) (Fn. 119), S. 851, 866.

131 Süß/Wachter (Hrsg.) (Fn. 119), S. 889, 905.

132 Süß/Wachter (Hrsg.) (Fn. 119), S. 1070, 1075, 1083: Schriftform für Anteilsübertragung.

133 Süß/Wachter (Hrsg.) (Fn. 119), S. 1116, 1129f.

134 Süß/Wachter (Hrsg.) (Fn. 119), S. 1230, 1238: Schriftform der Anteilsübertragung mit Unterschriftenbeglaubigung.

135 Süß/Wachter (Hrsg.) (Fn. 119), S. 1261, 1276: Anteilsübertragung mit notarieller Beurkundung.

136 Süß/Wachter (Hrsg.) (Fn. 119), S. 1560, 1575.

137 Süß/Wachter (Hrsg.) (Fn. 119), S. 1720, 1725: Anteilsübertragung mit Unterschriftenbeglaubigung.

138 Süß/Wachter (Hrsg.) (Fn. 119), S. 1788: Mitwirkung eines Rechtsanwalts oder Notars; S. 1804: Anteilsübertragung in Schriftform.

139 Nach § 123 Abs. 1 des österreichischen Unternehmensgesetzbuchs, das an die Stelle des öHGB getreten ist, entsteht die offene Gesellschaft mit der Eintragung in das Firmenbuch. Die Entstehung im Außenverhältnis aufgrund eines (auch nur stillschweigend abgeschlossenen) Gesellschaftsvertrags (vgl. § 123 Abs. 2 HGB)

und Rat eines Notars zu behutsamen Vorgehen anhalten. Gleiches gilt für den Erwerb eines OHG-Anteils.

3. Mehrpersonen-Gesellschaften

a) Funktionstypen

Bei der Einpersonen-Gesellschaft existieren keine widerstreitenden Gesellschafterinteressen; insbesondere der Schutz von Minderheitsgesellschaftern ist kein Thema. Spannender sind die Mehrpersonen-Gesellschaften.

Auch hier existieren verschiedene Funktionstypen.

Zunächst gibt es Gesellschaften mit Gesellschaftern gleicher wirtschaftlicher Stellung und grundsätzlich gleichen Interessen. Dazu zählen Partnerschaften, aber auch Familiengesellschaften. Wegen der oft großen Zahl von Gesellschaftern, die nicht nur als Anteilseigner fungieren, sondern gleichzeitig unternehmerisch tätig sind, werfen Anwaltssozietäten und ähnliche berufliche Zusammenschlüsse Sonderprobleme auf. Für sie dürfte die SPE jedenfalls in Deutschland aus steuerrechtlichen Gründen kaum Bedeutung entfalten: Die SPE ist eine Kapitalgesellschaft und wegen der zwingenden Gewerbesteuerpflicht (§ 2 Abs. 2 GewStG) für freie Berufe nicht attraktiv.¹⁴⁰

Solchen horizontalen Gesellschafterstrukturen stehen Gesellschaften mit ungleichen Partnern gegenüber: Joint Ventures, Venture Capital-Gesellschaften, Mitarbeiterbeteiligungen, also Gesellschaften, bei denen einzelne physische Gesellschafter gleichzeitig als Geschäftsführer fungieren oder einer juristischen Person (Gesellschaft) die operative Führung zukommt und der andere Gesellschafter das Schwergewicht der Finanzierung übernimmt oder die Beteiligung schlicht aus strategischen Gründen hält.

Fragt man hier nach den neuen Satzungsgestaltungen, die das SPE-Recht ermöglichen wird, muss man naturgemäß den Unterschieden zwischen der SPE-VO und dem GmbHG nachgehen. Relevant sind hier nur die Abweichungen von zwingendem GmbH-Recht. Da die meisten Vorschriften – sieht man vom Kapitalschutz und dem Außenverhältnis der GmbH ab – dispositiv sind, halten sich die neuen Gestaltungsmöglichkeiten in Grenzen.

b) Mehrheitsmacht

Zunächst können Satzungsänderungen und Umwandlungen mit 2/3-Stimmenmehrheit beschlossen werden (Art. 27 Abs. 1 und Abs. 2 SPE-VO). Wird dies den Konflikt von Mehrheitsmacht und Minderheitenschutz kaum steigern, so könnte dies dadurch bewirkt werden, dass die SPE-VO keine dem § 53 Abs. 3 GmbHG vergleichbare Vorschrift enthält. Danach könnte es den Anschein haben, dass Individualverpflichtungen auch gegen den Willen der

kommt in Österreich somit nicht mehr in Betracht. Der konkludente Anteilserwerb ist indessen möglich.

140 Anders in Österreich, wo die Gewerbesteuer im Jahr 1993 abgeschafft wurde.

belasteten Gesellschafter durch Mehrheitsbeschluss eingeführt werden können. Doch stößt dies an die Schranke des bürgerlich-rechtlichen Verbots des Vertrags zu Lasten Dritter, zumal der Rechtsgeschäftscharakter von Gesellschafterbeschlüssen heute anerkannt ist.¹⁴¹ Bürgerliches Recht wird durch SPE-Recht nicht verdrängt. Möglicherweise steht dies aber mit einer Regelungsermächtigung des Anhangs zur SPE-VO im Widerspruch: Danach soll es möglich sein, die mit den Anteilen verbundenen Rechte und Verpflichtungen nach Gründung der SPE zu ändern.¹⁴² Die Verweisung auf Art. 14 Abs. 3 SPE-VO spricht dafür, dass die in der Regelungsermächtigung ausdrücklich erwähnte „Änderung der ... Verpflichtungen“ mit der in Art. 14 Abs. 3 SPE-VO genannten 2/3-Stimmenmehrheit zulässig sein soll. Demgegenüber regelt Art. 14 Abs. 3 SPE-VO selbst nur die Änderung der „mit einer Anteilsklasse verbundenen Rechte“. Die Aufnahme einer § 53 Abs. 3 GmbHG vergleichbaren Vorschrift in die SPE-VO oder eine Einschränkung der genannten Regelungsermächtigung erscheint notwendig.

c) Finanzierung: Nachschüsse und Bezugsrecht

Von erheblicher praktischer Bedeutung ist, dass die SPE-VO keine Beschränkung von Nachschussverpflichtungen vorsieht und kein Bezugsrecht bei Kapitalerhöhungen statuiert. Dies könnte die Satzungsgestaltung bei Joint Venture- und Venture Capital-Gesellschaften erleichtern, ferner bei Private Equity-finanzierten Gesellschaften und Mitarbeiterbeteiligungen. Ein Schwergewicht der hier zu treffenden Regelungen betrifft die künftige Finanzierung des Unternehmens. Im Rahmen eines SPE-Gesellschaftsvertrags wird es möglich sein, unbeschränkte Nachschüsse festzusetzen, denen sich der Gesellschafter nicht durch Preisgabe seines Anteils (§ 27 GmbHG) entziehen kann. Zulässig ist auch die Vereinbarung ungleicher Nachschüsse, die § 26 Abs. 2 GmbHG ausschließt. Von Bedeutung wäre dies bei Joint Venture-Partnern mit unterschiedlicher Finanzkraft. Bei Private Equity-finanzierten und Venture Capital-Gesellschaften ist dies regelmäßig der Fall. Gelegentlich ist an einem Joint-Venture auch das lokale Management beteiligt; auch hier bietet die Verordnung höhere Flexibilität im Zusammenhang mit Finanzierungsverpflichtungen.

Hat ein Investor überproportional Finanzierungsleistungen erbracht, muss er dafür einen Ausgleich erhalten. Ein Nachschuss, der die Beteiligungsverhältnisse unverändert lässt, kann etwa mit einem Vorweggewinn oder einem Vorzug im Veräußerungs- und Liquidationsfall abgegolten werden.

Sollen zusätzliche Finanzierungsleistungen hingegen zu einer Verschiebung der Beteiligungsverhältnisse zugunsten des finanzierenden Partners führen, kommt der Satzungsgestaltung zugute, dass die SPE-VO kein Bezugsrecht

141 Ulmer/Hüffer, GmbHG (Fn. 68), § 47 Rdn. 3; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 1997, § 15 I 2 a.

142 Kapitel III 5. Spiegelstrich.

vorsieht. Somit kann die Finanzierungsverpflichtung des Gesellschafters mit einem vorrangigen Anspruch auf neue Anteile verbunden werden.¹⁴³

Gegenwärtig werden ungleiche Finanzierungsverpflichtungen und Ansprüche auf Zuteilung von neuen Anteilen außerhalb der Satzung, in Gesellschaftervereinbarungen, geregelt. Doch hier sind sie mit der nur *inter partes* gegebenen Durchsetzbarkeit bloß schuldrechtlich wirkender Stimmbindungen belastet.¹⁴⁴ Ferner tritt der Erwerber eines Gesellschaftersanteils nicht ohne weiteres in die Gesellschaftervereinbarung ein.¹⁴⁵ In Mitgliedstaaten mit jüngeren Gesellschaftsrechtsordnungen bestehen vielfach geringere oder keine Erfahrungen mit Stimmbindungen. Die SPE-VO ermöglicht hier durch Satzungsregelung ein stabileres Fundament als eine schuldrechtliche Gesellschaftervereinbarung.

Anhand des Bezugsrechts lässt sich im Übrigen die gesteigerte Beratungsintensität der SPE, auf die schon öfter hingewiesen wurde,¹⁴⁶ gut zeigen. Der Anhang nennt den Regelungsgegenstand „etwaige Bezugsrechte“. Somit liegt eine Regelungsermächtigung, kein Regelungsauftrag vor. Wird der Punkt nicht geregelt, besteht kein Bezugsrecht, denn die Regelungsermächtigung des Anhangs verdrängt das Bezugsrecht nach deutschem GmbH-Recht. Übernimmt ein Dritter – oder der Mehrheitsgesellschafter – die neuen Anteile, wird die Beteiligungsquote der Minderheit verwässert. Die in Deutschland intensiv aufgearbeitete Problematik des so ermöglichten „Teilausschlusses“¹⁴⁷ kann bei der Verfassung der SPE-Satzung leicht übersehen werden.¹⁴⁸ Hinzu

143 Anders als § 52 Abs. 3 öGmbHG enthält das deutsche GmbHG keine positiviertete Bezugsrechtsregelung. Gleichwohl wird aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz und der Treuepflicht ein zwingendes Bezugsrecht abgeleitet: grundlegend *Priester*, DB 1980, 1925 zum Bezugsrecht als Bestandteil der Mitgliedschaft (zustimmend öOGH 16. 12. 1980, GesRZ 1981, 44); vgl. weiters *Ulmer/Ulmer*, GmbHG (Fn. 68), § 55 Rdn. 44 ff.; *Michalski/Herrmanns*, GmbHG, 2008, § 55 Rdn. 38 ff. (Rdn. 39: „unentziehbares Recht“); *Scholz/Priester*, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 55 Rdn. 41 ff. (Letzterer allerdings ohne Stellungnahme zum zwingenden Charakter des Bezugsrechts); gegen den zwingenden Charakter des Bezugsrechts: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 55 Rdn. 18; gegen die Analogie zum AktG *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Zimmermann*, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 55 Rdn. 29. Gemäß § 52 Abs. 3 öGmbHG kann das Bezugsrecht im Gesellschaftsvertrag abbedungen werden. Auch die ungleichmäßige Einräumung des Bezugsrechts an die Gesellschafter ist im Gründungsvertrag zulässig; vgl. *Koppensteiner/Rüffler* (Fn. 59), § 52 Rdn. 13.

144 Vgl. nur *Ulmer/Hüffer*, GmbHG (Fn. 68), § 47 Rdn. 65 ff. m. w. N.

145 *Ulmer/Ulmer*, GmbHG (Fn. 68), § 3 Rdn. 116.

146 *Krejci* (Fn. 2), Rdn. 220 ff.; *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2009, 37; vgl. auch die Stellungnahme des *Deutschen Anwaltvereins* (Fn. 6), Rdn. 27.

147 Noch immer grundlegend *Hirte*, Bezugsrechtsausschluss und Konzernbildung (1986); weiters *KölnKommAktG/Lutter*, 2. Aufl. 1995, § 186 Rdn. 7; *GroßKommAktG/Wiedemann*, 4. Aufl. 2006, § 186 Rdn. 1 ff.

148 Die von der Kommission ausgearbeitete, als Entwurf zirkulierende Mustersatzung enthält in Part 2 Nr. 11 einen Vorschlag für eine Bezugsrechtsregelung. Wird das

kommt: Zwar unterliegt die Kapitalerhöhung der Beschlussfassung der Gesellschafter (Art. 27 Abs. 1 SPE-VO) mit einfacher (!) Mehrheit (Art. 27 Abs. 2 SPE-VO); die Kompetenz zur Zuteilung der neuen Anteile ist indessen weder im Verordnungstext geregelt noch im Anhang erwähnt. Zwar enthält der Anhang die Ermächtigung zur Regelung „etwaiger Bezugsrechte“; er regt aber nicht zur Verankerung der Zuteilungskompetenz an. Unterbleibt diese, kommt die Kompetenz nach der kontinental-europäischen Standards widersprechenden Generalklausel des Art. 26 Abs. 1 S. 2 SPE-VO dem Leitungsorgan zu.¹⁴⁹

In Österreich ist die Problematik noch erheblich verschärft, weil der Squeeze-out auch bei GmbHs möglich ist und die ausschussfähige Beteiligungsquote von 10 % gerade durch eine Verwässerung im Wege einer Kapitalerhöhung gezielt herbeigeführt werden könnte.¹⁵⁰

d) Auskunftsrecht und Sonderprüfung

Noch in einem anderen Punkt steht das Innenverhältnis der SPE in einem deutlichen Gegensatz zum GmbH-Recht: Der Verordnungsentwurf enthält zwar ein Auskunftsrecht der Gesellschafter (Art. 28 SPE-VO), nicht aber ein Einsichtsrecht.¹⁵¹ Dass hier der zwingende § 51a GmbHG nicht einspringen kann, folgt aus der Verdrängungswirkung des Anhangs (Art. 4 Abs. 1 S. 2 SPE-VO). Danach ist in der Satzung zu regeln, wie die Gesellschafter Informationen und Zugang zu den Unterlagen der SPE erhalten können. Dieser Regelungsauftrag zwingt aber nicht zur Verankerung einer Verpflichtung zur Vorlage von Unterlagen.¹⁵²

Folgerichtig substituiert die Verordnung das Einsichtsrecht durch ein Sonderprüfungsrecht (Art. 29 Abs. 2 SPE-VO).¹⁵³ Dieses kann von einer mindes-

Bezugsrecht nicht ausgeübt, soll nach dem Entwurf der Mustersatzung entweder das Leitungsorgan oder der Aufsichtsrat über die Zuteilung der neuen Anteile entscheiden. Obwohl der Entwurf der Mustersatzung zu vielen Punkten Alternativ-Regelungen enthält, fehlt ein Vorschlag einer Zuteilungsregelung bei Fehlen eines satzungsmäßigen Bezugsrechts. Gerade hier ist die Regelung der Zuteilungskompetenz aber besonders notwendig!

149 Obwohl der Companies Act 2006 die Kompetenzverteilung zwischen directors und members weitgehend der Regelung durch die Gesellschafter überlässt, ist der board of directors in der Praxis dennoch „the most important decision-making body within the company“; so *Gower/Davis, Principals of Modern Company Law*, 8. Aufl. 2008, 14-1.

150 Vgl. § 1 Abs. 1 und Abs. 2 Gesellschafterausschlussgesetz, öBGBI. I 2006/75.

151 Vgl. auch Stellungnahme des *Deutschen Anwaltvereins* (Fn. 6), Rdn. 111.

152 Zweifelnd der *Deutsche Anwaltverein* (Fn. 6), Rdn. 111.

153 Dies wird vom *Deutschen Anwaltverein* (Fn. 6), Rdn. 113, als „überdimensioniert“ für eine SPE kritisiert. Demgegenüber enthalten die §§ 45 ff. öGmbHG ein gleichartiges Minderheitenrecht, das allerdings (anders als die aktienrechtliche Sonderprüfung) auf die Prüfung des letzten Jahresabschlusses durch „sachverständige Revisoren“ beschränkt ist. In den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage

tens 5 %igen Minderheit bei Verdacht auf einen schwerwiegenden Verstoß gegen Rechtsvorschriften oder die Satzung geltend gemacht werden. Nach Art. 29 Abs. 3 SPE-VO kann dieses Recht einer geringeren als 5 %igen Minderheit eingeräumt werden. Daraus kann *e contrario* auf den zwingenden Charakter des Minderheitenrechts geschlossen werden und im Wege eines Größenschlusses wohl auch auf den zwingenden Charakter des Auskunftsrechts. Zu Recht hat der *Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht* gefordert, die SPE-VO möge klar zwischen zwingendem und dispositivem Recht unterscheiden. Dass die SPE-VO kein zwingendes Einsichtsrecht statuiert, wird angesichts der berechtigten Kritik an § 51a GmbHG¹⁵⁴ zumindest in Deutschland¹⁵⁵ wohl niemand beanstanden.

e) Verdrängung des nationalen GmbH-Rechts durch den Anhang

Wie bereits erwähnt, wird nationales GmbH-Recht gemäß Art. 4 Abs. 1 S. 2 SPE-VO in Punkten, die zwar im Verordnungstext nicht erwähnt werden, die aber Gegenstand der Regelungsaufträge und Regelungsermächtigungen des Anhangs sind, verdrängt. Hier geht es somit nicht um die Verdrängung nationalen Rechts durch konkrete gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen, denn solche konkreten Regelungen liefert der Anhang gerade nicht. Nationales Recht wird vielmehr verdrängt durch Aufträge und Ermächtigungen¹⁵⁶ zur privatautonomen Regelung durch die Gesellschafter.

Wie später zu behandeln ist, kann dies vor allem dann fatale Folgen haben, wenn der Regelungsauftrag unerfüllt bleibt. Denn dann fehlt dispositives Recht zur Lückenfüllung.

Der Vorrang der Regelungsaufträge des Anhangs vor nationalem Recht wird einige Fragen aufwerfen. Bei der SE-VO hat sich gezeigt, dass die Konkurrenz von europäischem und nationalem Sachrecht zu erheblichen Interpretationsproblemen führt.

Ein für die Praxis besonders prekäres Beispiel zur Verdeutlichung: Nach Art. 57 SE-VO erfordern Hauptversammlungsbeschlüsse die einfache Mehrheit der Stimmen. Allerdings existiert eine Öffnungsklausel: Die einfache Mehrheit wird verdrängt, wenn das Aktienrecht des Sitzstaats eine „größere Mehrheit“ vorschreibt. Umstritten ist: Gilt als „größere Mehrheit“ nur eine größere Stimmenmehrheit, oder gilt die Öffnungsklausel auch für die qualifi-

des öGmbHG 1906 wird dies mit den vergleichbaren Rechten des Kommanditisten und des stillen Gesellschafters begründet: vgl. *Škerlj*, GmbH, 2. Aufl. 1909, S. 65.

154 Vgl. Ulmer/Hüffer, GmbHG (Fn. 68), § 51a Rdn. 4 m. w. N.

155 Zum Meinungsstand in Österreich, wo die Judikatur des OGH – obwohl eine § 51a GmbHG entsprechende Regelung fehlt – inhaltlich vergleichbare Informations- und Einsichtsansprüche bejaht, vgl. *Koppensteiner/Rüffler* (Fn. 59), § 22 Rdn. 36 ff.

156 Wenn im Folgenden vom „Regelungsauftrag“ die Rede ist, ist die Regelungsermächtigung mitgemeint, sofern sich aus dem Zusammenhang nichts Abweichendes ergibt.

zierten Kapitalerfordernisse?¹⁵⁷ Die auf den ersten Blick überraschende Lösung der herrschenden Meinung besteht darin, die qualifizierten Kapitalerfordernisse in qualifizierte Stimmenmehrheitserfordernisse umzudeuten.

Hat sich bei der Europäischen Gesellschaft gezeigt, dass die Abgrenzung zweier Normen erhebliche Fragen aufwerfen kann, so liegt auf der Hand, dass der Verdrängungswettbewerb zwischen einer nationalen Norm und einem nur mit wenigen Worten – vielfach schlagwortartig – umschriebenen Regelungsgegenstand im Anhang der SPE-VO erhebliche Unsicherheiten erzeugen kann.

Dazu zwei Beispiele zur Fassung von Gesellschafterbeschlüssen:

Wie bereits erwähnt, können gemäß Art. 27 Abs. 3 SPE-VO alle Gesellschafterbeschlüsse außerhalb von Gesellschafterversammlungen gefasst werden.¹⁵⁸ Allerdings kann die Satzung Gesellschafterversammlungen vorsehen. Im Zusammenhang mit der Fassung von Gesellschafterbeschlüssen trägt der Anhang weiters auf, die Methode zur Annahme von Beschlüssen, die Beschlussfähigkeit und die erforderlichen Stimmenmehrheiten in der Satzung zu regeln. Umfasst dieser Regelungsauftrag auch Fragen der ungültigen Stimmabgabe und des Stimmverbots gemäß § 47 Abs. 4 GmbHG? Ich bin geneigt, dies zu bejahen, denn die Stimmzählung gehört wohl – ich zitiere den Anhang – zur „Methode der Annahme von Beschlüssen“. Doch selbstverständlich ist dies nicht. Hinzu kommt: Derartige Fragen werden in GmbH-Satzungen üblicherweise nicht geregelt. Dass eine Regelung notwendig ist, kann leicht übersehen werden. Auch der von der Kommission erstellte Entwurf der

157 Zum Streitstand vgl. *Spindler* in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.) (Fn. 24), Art. 57 SE-VO Rdn. 13 m. w. N.

158 Wie auch an anderen Stellen ist der Verordnungstext hier durch eine wenig juristische Übersetzung und zusätzlich durch unpräzise Formulierungen belastet: Zunächst sollte „adoption of resolutions“ mit „Fassung von Gesellschafterbeschlüssen“ übersetzt werden. Ferner geht es nicht darum, die Fassung von Beschlüssen nicht an die „Einberufung einer Hauptversammlung“ zu binden. Die Kernaussage ist vielmehr, dass Gesellschafterbeschlüsse (offenkundig ohne Beschränkungen) außerhalb von Gesellschafterversammlungen gefasst werden können. Zusätzlich ist Art. 27 Abs. 3 SPE-VO mit einem inhaltlichen Problem behaftet: Die negative Anordnung erweckt den Eindruck, dass auch dann, wenn die Satzung – entsprechend der Regelungsermächtigung im Anhang I – Gesellschafterversammlungen vorsieht, ein Recht auf Beschlussfassung außerhalb von Gesellschafterversammlungen besteht. Während sich aus § 48 GmbHG der Vorrang der Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung ergibt, sodass bei fehlender Einigung i. S. v. § 48 Abs. 2 GmbHG die schriftliche Beschlussfassung ausscheidet, fehlt eine derartige Anordnung im Verordnungstext. Mehr noch: Die normative Fassung des § 27 Abs. 3 SPE-VO könnte sogar für den Vorrang der schriftlichen Beschlussfassung sprechen. Jedenfalls regelt die SPE-VO nicht, wie vorzugehen ist, wenn ein Teil der Gesellschafter den Beschlussgegenstand in einer Gesellschafterversammlung abhandeln will, ein anderer Teil aber – etwa aus Zeitgründen – die schriftliche Beschlussfassung vorzieht. Ein expliziter Regelungsauftrag fehlt im Anhang I. Die Frage ist auch im Entwurf der Mustersatzung (Fn. 148) nicht geregelt.

Mustersatzung regelt diese Fragen nicht. Wer die Regelungsnotwendigkeit nicht erkennt und diese Fragen ungeregelt lässt, kann nicht auf die Stimmverbotsregelung des § 47 Abs. 4 GmbHG pochen, etwa dann, wenn ein Vertrag der SPE mit dem Mehrheitsgesellschafter mit dessen Stimmen genehmigt oder die Einbringung einer Klage gegen den Mehrheitsgesellschafter verhindert wird. Wie werden Stimmenthaltungen berücksichtigt? Werden sie – wie im GmbH-Recht¹⁵⁹ – nicht gezählt, oder gelten sie – wie bei der Gesellschaft nach bürgerlichem Recht¹⁶⁰ – als Nein-Stimmen? Häufig wird dies zu unbeabsichtigten Lücken in der Satzung führen, die durch dispositives nationales GmbH-Recht nicht geschlossen werden können, weil dies durch die SPE-VO und die Regelungsaufträge des Anhangs verdrängt wird.

Dies zeigt, dass im Rahmen der Normenhierarchie des Art. 4 SPE-VO zwei Funktionen des Anhangs unterschieden werden müssen, die auch unterschiedlich zu bewerten sind. Selbst wenn der Verordnungstext in einzelnen Punkten ergänzt werden sollte, besteht kein grundsätzlicher Einwand dagegen, dass die Verordnung bestimmte Bereiche ungeregelt lässt und sie im Wege der Regelungsaufträge des Anhangs der Regelungsverantwortung der Gesellschafter überlässt.¹⁶¹ Davon zu trennen ist die Frage, was gilt, wenn ein Regelungsauftrag nicht oder nur unvollständig erfüllt wird. Im Bestreben, möglichst wenig nationales Recht zum Zug kommen zu lassen, sollen die Regelungsaufträge das nationale Recht verdrängen. Diese zweite Funktion des Anhangs – die Verdrängung des nationalen Rechts – erscheint mir nicht sachgerecht.¹⁶²

Dabei muss man sich zunächst vergegenwärtigen, dass – ungeachtet des Lippenbekenntnisses zur weitgehenden Zurückdrängung des nationalen Rechts – dem Recht des jeweiligen Sitzstaates der SPE erhebliche Bedeutung zukommt: Die SPE-VO verweist nicht nur in Art. 4 hinsichtlich der ungeregelten Punkte auf nationales GmbH-Recht. Zusätzlich verweist sie an mehreren Stellen¹⁶³ zu verschiedenen konkret bezeichneten Regelungsgegenständen auf nationales Recht.

159 Ulmer/Hüffer, GmbHG (Fn. 68), § 47 Rdn. 14.

160 MünchKommBGB/Ulmer, 5. Aufl. 2009, § 709 Rdn. 96.

161 So im Grundsatz *Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht*, NZG 2008, 898; *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHG 2008, 898; Stellungnahme des *Deutschen Anwaltvereins* (Fn. 6) Rdn. 30, mit der Forderung nach mehr dispositiven Verordnungsregelungen.

162 Tendenziell ähnlicher Befund bei *Krejci* (Fn. 2), Rdn. 572 sowie *ö.Not.Zeit.* 2008, 366; ferner Diskussionsbeitrag von *Maier-Reimer* bei der 11. VGR-Jahrestagung am 14. 11. 2008.

163 Dies betrifft: Art. 5 Abs. 2: Umwandlungsrecht; Art. 8 Abs. 3 b) und Art. 11 Abs. 1: Veröffentlichung; Art. 16 Abs. 5: Gutgläubenserwerb von Anteilen; Art. 20 Abs. 3: Einlageverpflichtung; Art. 23 Abs. 6: Einziehung („Löschung“) von Anteilen; Art. 25: Jahresabschlüsse und Buchführung; Art. 27 Abs. 4: Beschlussanfechtung; Art. 36 Abs. 6: Schutz von Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern bei der Sitzverlegung; Art. 40 Abs. 2: Auflösung; Art. 40 Abs. 3: Liquidation, Insolvenz etc.; Art. 41: Ungültigkeit der SPE.

Auch wenn dieses Verweisungssystem in einzelnen Punkten, insbesondere bei Fragen des Außenverhältnisses (Gläubigerschutz), nicht überzeugt,¹⁶⁴ dürfte es generell von der zutreffenden Überlegung getragen sein, dass bestimmte Regelungsbereiche dem nationalen Recht überlassen werden können, ohne die europaweite Einheitlichkeit der SPE in jenen Bereichen, die für die operative Tätigkeit grenzüberschreitend investierender KMU relevant sind, zu beeinträchtigen. Aus diesem Grund fehlen wohl Vorschriften zu Beschlussanfechtung, Nichtigkeit der Gesellschaft, Auflösung und Liquidation.

Erkennt man, dass unterschiedliche Regelungsbereiche in unterschiedlicher Intensität für die europaweite Einheitlichkeit der SPE entscheidend sind, wird auch der Blick darauf frei, dass eine derartige Grenze zwischen zwingendem und dispositivem Gesellschaftsrecht verläuft. Einheitlichkeit ist vor allem anzustreben im Zusammenhang mit der Kapitalverfassung und den Regelungen des Außenverhältnisses. Da es um Verkehrs- und Gläubigerschutz geht, handelt es sich durchwegs um zwingendes Recht. Hier muss das SPE-Recht europaweit einheitlich sein.

Demgegenüber würde niemand auf die Idee kommen, aus dem Ziel der europaweiten Einheitlichkeit der SPE die Forderung nach einheitlich gestalteten Gesellschaftsverträgen abzuleiten. Hier hat Vertragsfreiheit Vorrang. In gleicher Weise muss das dispositive Recht des Innenverhältnisses nicht einheitlich sein, denn es greift nur dort ein, wo die Gesellschafter eine Frage – beabsichtigt oder unbeabsichtigt – ungeregelt lassen. Dispositives Innenrecht dient nicht zwingendem Gesellschafterschutz, sondern nur der Lückenfüllung. Ob sich die SPE-Satzungen in satzungsdispositiven Punkten aufgrund unterschiedlicher Satzungsregelungen oder aufgrund unterschiedlicher dispositiver Normen unterscheiden, ist im Hinblick auf das Ziel europaweit einheitlichen SPE-Rechts aber irrelevant.¹⁶⁵

Die Normenhierarchie des Art. 4 SPE-VO sollte daher wie folgt modifiziert werden: Ist ein satzungsdispositiver Punkt weder in der Verordnung noch in der Satzung geregelt, greift das dispositive Recht des Sitzstaates ein. Die Funktion des Anhangs beschränkt sich auf die Erteilung von Regelungsaufträgen und Regelungsermächtigungen. Der Anhang verdrängt aber nicht nationales dispositives Recht. Ist die Satzung – entgegen einem Regelungsauftrag – lückenhaft, oder wird eine Regelungsermächtigung nicht ausgeübt, würde es nicht an Lückenfüllungsmaterial fehlen. Das Motto lautet simpel: Lückenfüllung durch nationales Recht ist besser als gar keine Lückenfüllung.¹⁶⁶ Die landauf landab erhobene Forderung, die SPE-VO solle so weit wie möglich nicht auf nationales Recht verweisen, ist nämlich nur bei Existenz eines Vollstatuts schlüssig. Verdrängung des nationalen Rechts ist nur erstrebenswert,

164 *Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht*, NZG 2008, 898.

165 A. A. *Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht*, NZG 2008, 898 Punkt 11.

166 Allerdings kommt Lückenfüllung durch ergänzende Vertragsauslegung in Betracht. Zur Rangfolge vgl. Ulmer/*Ulmer*, GmbHG (Fn. 68), § 45 Rdn. 12.

wo die Verordnung selbst eine Regelung bietet. Indem Art. 4 SPE-VO nicht nur den Ordnungsregelungen, sondern auch dem Anhang Verdrängungswirkung zuerkennt, würde Lücken fullendes nationales Recht bei Schweigen der Satzung durch eine bewusst in Kauf genommene Gesetzeslücke verdrängt.

Wer gleichwohl glaubt, der Verweis auf nationales Recht sei der Sündenfall im Paradies des einheitlichen SPE-Rechts, dem halte ich entgegen: Der vorsichtige Satzungsverfasser könnte das Luckenproblem nicht anders anpacken. Da er – bei realistischer oder jedenfalls vorsichtiger Beurteilung – nicht die Lückenlosigkeit der Satzung unterstellen darf, ist er gut beraten, das fehlende dispositive Ordnungsrecht durch einen Verweis in der Satzung auf das GmbH-Recht des Sitzstaates zu ersetzen.¹⁶⁷ Daran kann ihn die Verordnung nicht hindern.

Wie oben ausgeführt, macht es für den Rechtsverkehr im Hinblick auf das Ziel des europaweit möglichst einheitlichen SPE-Rechts keinen Unterschied, ob sich die SPE durch divergierende Satzungsregelungen oder – in Ermangelung solcher Regelungen – durch ergänzend eingreifende divergierende nationale Gesetzesregelungen unterscheiden. Aber auch die Gründer können sich über die Schließung der Satzungs-lücke durch nationales Recht nicht beschweren, denn sie haben im fraglichen Punkt nicht auf europaweit einheitliches SPE-Recht vertraut, sondern schlicht eine Regelungsnotwendigkeit übersehen. Sie haben daher auch nicht darauf vertraut, dass mangels Ordnungsregelung keine Lückenfüllung eingreift. Liegen die Dinge bei der absichtlichen Lücke anders? Dies könnte der Fall sein: Wer bewusst kein Stimmverbot in die Satzung aufnimmt, vertraut möglicherweise darauf, dass bei allen „seinen“ SPEs in allen Mitgliedstaaten kein Stimmverbot gilt. Vielleicht geht er aber auch in Unkenntnis des Schweigens der SPE-VO vom Eingreifen eines Stimmverbots aus. In beiden Fallkonstellationen wird sein Vertrauen durch das Eingreifen unterschiedlicher nationaler Regelungen enttäuscht. Den Ausschlag gibt, dass der Verweis auf nationales Recht jedenfalls bei unbeabsichtigter Lücke dem Unterbleiben der Lückenfüllung vorzuziehen ist, denn derjenige, der das Regelungsproblem erkennt und dennoch keine interessengerechte Satzungsregelung trifft, ist weniger schutzwürdig als jener, der das Problem übersieht.

Selbstverständlich ist der Verweis auf nationales Recht nur die zweitbeste Lösung. Vorzuziehen wäre naturgemäß die Regelung der offenen Themen im Verordnungstext selbst. Doch ein Vollstatut im Sinne eines umfassenden SPE-Gesetzes dürfte Utopie sein.¹⁶⁸ Dazu ein grober quantitativer Vergleich: Das ohnehin relativ schlanke deutsche GmbHG hat unter Einrechnung der mit Buchstaben bezeichneten Zwischenparagrafen etwas weniger als 110 Para-

167 Zur Möglichkeit der Satzungsverweisung auf nationales Recht auch *Krejci*, .Not. Zeit. 2008, 365.

168 *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2009, 37; tendenziell anders *Krejci*, .Not. Zeit. 2008, 366.

graphen, das österreichische GmbHG etwa 135 Paragraphen. Der Verordnungsentwurf ist demgegenüber weniger als halb so lang, er besteht nur aus 48 Artikeln. Die Aufstockung des Entwurfs auf ein Vollstatut würde die Fertigstellung auf unbestimmte Zeit verschieben. Angesichts in erheblichem Umfang divergierender nationaler GmbH-Regelungen¹⁶⁹ dürfte es in vielen Fällen kaum möglich sein, inhaltliche Übereinstimmung zu erzielen.¹⁷⁰ Dies indizieren auch die jahrzehntelangen Bemühungen um Konsens zu dem mehr als 280 Artikel umfassenden SE-Vollstatut vom 30. 4. 1975¹⁷¹ innerhalb einer damals noch weit kleineren Gemeinschaft.

Kann der Ordnungsgeber somit einen erheblichen Teil der Regelungsaufgaben nicht erfüllen, so hilft das Abschieben der Regelungsaufgabe auf den Satzungsgeber dort nicht, wo der Satzungsgeber den Regelungsauftrag missachtet, zu eng interpretiert oder eine lückenhafte Satzungsregelung trifft. Die Lückenfüllung durch nationales Recht sollte daher durch eine Änderung des Art. 4 SPE-VO eröffnet werden.

Zuletzt noch einige Bemerkungen zur deutschen Übersetzung der Verordnung. Wie insbesondere auch der *Deutsche Anwaltverein* angemerkt hat,¹⁷² bedarf der deutsche Verordnungstext einer intensiven Überarbeitung:

Im Interesse einheitlicher Terminologie im europäischen Gesellschaftsrecht sollte „transfer proposal“ wie in der SE-Verordnung und im Vorentwurf der 14. RiL mit „Verlegungsplan“ und nicht mit „Vorschlag für eine Verlegung“ (z.B. Art. 36 Abs. 1 SPE-VO) übersetzt werden.

Auch die englische Fassung gibt gelegentlich terminologische Rätsel auf: Da „bookkeeping“ in Art. 25 SPE-VO zweifelsfrei die „Buchführung“ meint, spricht einiges dafür, dass „accounts“ in derselben Regelung nicht mit „Konten“, sondern tatsächlich mit „Abschlüsse“ zu übersetzen ist. Worin besteht aber der Unterschied zu den „annual accounts“ bzw. „Jahresabschlüssen“ in Art. 27 SPE-VO?

Deutsche und Österreicher sollten darauf dringen, dass in „ihrer“ deutschen Übersetzung wenigstens ihre übereinstimmenden gesellschaftsrechtlichen Termini gewahrt bleiben:

Anteile sollten daher „eingezogen“ und nicht „annulliert“ werden (Anhang Kapitel IV Spiegelstrich 9), Beschlüsse sollten „gefasst“ und nicht altmodisch „verabschiedet“ werden (Anhang Kapitel V Spiegelstr. 6), „directors“ sind „Geschäftsführer“ und nicht umständliche „Mitglieder der Unternehmensleitung“. Die SPE sollte nicht eine „Hauptversammlung“, sondern eine „Gesell-

169 So kennen die GmbH-Regelungen der neuen Mitgliedstaaten häufig (dispositive) Vinkulierungs- und Vorkaufsrechtsregelungen.

170 Ebenso *Hommelhoff/Teichmann*, DStR 2008, 930.

171 *Lutter*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1984, S. 363 ff.

172 Stellungnahme (Fn. 6), nach Rdn. 144: „Die sprachliche Qualität des deutschen Textes wird mit Recht heftig kritisiert.“ Die vom *Deutschen Anwaltverein* aufgezeigten Kritikpunkte werden in diesem Beitrag nicht wiederholt.

schafterversammlung“ haben, in der „Gesellschafter“ und nicht „Anteilseigner“ sitzen.¹⁷³ Das Gesellschafterverzeichnis, kann natürlich nicht den (widerlegbaren) „Nachweis der Echtheit“ der Angaben (Art. 15 Abs. 2 SPE-VO), sondern bestenfalls die „Vermutung der Richtigkeit“ dieser Angaben begründen. „Geldliche und ungeldliche Rechte“ (Anhang Kapitel III) sind eine zu wörtliche Übersetzung, ebenso wie „Anteilseigner“ für „shareholders“ und der Satz, dass die Mitglieder der Unternehmensleitung „gegenüber der SPE in der Pflicht stehen“ (Art. 31 Abs. 2 SPE-VO). Zur Charakterisierung der Sachdividende sollte im englischen Text nicht „property“, sondern „assets“ (Art. 2 Abs. (b) SPE-VO) verwendet werden; die Übersetzung als „Immobilien“ ist jedenfalls falsch. Auch sonst sind einige Übersetzungen schlicht unrichtig: „Objects of the SPE“ bedeutet nicht „Gegenstände der SPE“ (Art. 33 Abs. 1 SPE-VO), sondern „Unternehmensgegenstand“, „certification“ meint wohl „Beurkundung“, aber sicher nicht „Beglaubigung“ (Art. 10 Abs. 4 SPE-VO), die Überprüfung der „legality of the transfer“ (Art. 37 SPE-VO) ist nicht die Überprüfung der Rechtsgültigkeit, sondern jene der Rechtmäßigkeit der Sitzverlegung und das „Recht auf erste Ablehnung“ (Anhang Kapitel III) heißt in deutschsprachigen Landen schlicht „Vorkaufsrecht“ und beweist endgültig, dass die Übersetzung von Nicht-Juristen stammt und folglich von Juristen überarbeitet werden muss.

Sollte ich zuletzt bissig gewirkt haben, so beeile ich mich klarzustellen, dass ich nicht nur – wie die meisten – das SPE-Projekt befürworte, sondern auch seine Grundzüge gutheiße. Auch ich finde den Verordnungsentwurf „sympathisch liberal“. Stichworte: Schriftform bei Gründung und Anteilsübertragung, Beschlüsse im schriftlichen Verfahren, keine Nachschussbeschränkungen, kein zwingendes Einsichtsrecht der Gesellschafter, Sitzverlegung, Verschiedenheit von Satzungs- und Verwaltungssitz. Das ist positive Deregulierung, keinesfalls sind es umwälzende Änderungen. Die „weißen Flecken“ im Verordnungstext sowie die umfangreichen Regelungsaufträge des Anhangs werden dafür sorgen, dass die SPE beratungsintensiver ist als die GmbH – sofern nicht doch Lückenfüllung mit nationalem Recht zugelassen wird. Da und dort besteht Verbesserungsbedarf. Die Stolpersteine sind die Mitbestimmung und das Mindestkapital. Wird hier Einigung erzielt, ist die SPE nicht nur als europaweit einheitliche Gesellschaftsform zu begrüßen. Vielmehr besteht dann auch kein Grund, sie von nationalen Aktivitäten fernzuhalten.

173 Im Gegensatz zu dieser zu wörtlichen Übersetzung wird „founding shareholders“ in Art. 10 Abs. 1 SPE-VO mit „Gründungsgesellschafter“ übersetzt.

VI. Ergebnisse und Vorschläge

1. Grenzüberschreitender Bezug

a) Die Gründung der SPE sollte nicht an einen grenzüberschreitenden Unternehmensgegenstand oder eine grenzüberschreitende Beteiligungsstruktur gebunden werden. Der andernfalls bewirkte Ausschluss der SPE von nationalen Aktivitäten im Sitzstaat der Gründer stünde mit der Idee einer europaweit einsetzbaren, einheitlichen Gesellschaftsform in Widerspruch. International tätige Unternehmen müssten für in- und ausländische Gruppengesellschaften unterschiedliche Rechtsformen verwenden.

b) Zudem können die in Betracht kommenden Kriterien entweder bereits bei der Gründung oder jedenfalls danach leicht umgangen werden. Die Forderung nach einem ausländischen Gesellschafter würde die spätere Veräußerung der SPE behindern.

c) Soweit Mitgliedstaaten die Anhebung von Schutzstandards wünschen (z. B. Mindestkapital, Mitbestimmung), können sie dies aufgrund des Einstimmigkeitsprinzips des Art. 308 EG durchsetzen. Inhaltliche Einwendungen gegen die SPE-Verordnung sollten hingegen nicht dazu führen, die nationalen Privatgesellschaften (GmbH) durch Beschränkung der SPE auf grenzüberschreitende Tätigkeiten vom Wettbewerb durch die SPE abzuschirmen.

d) Die SPE bietet grenzüberschreitend tätigen Unternehmen die Möglichkeit, europaweit in einer gesellschaftsrechtlich weitgehend einheitlich ausgestalteten Rechtsform aufzutreten. Das Gründungs-Unternehmen ist nicht mehr vor die Wahl gestellt, entweder eine ihm fremde Rechtsform des Ziellandes zu wählen oder die Geschäftspartner im Zielland mit einer ausländischen Rechtsform zu konfrontieren. Dieser „Mehrwert“ der SPE kann durch die Mitgliedstaaten nicht verwirklicht werden. Folglich ist das Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 EG) nicht verletzt.

e) Da die SPE als supranationale Gesellschaftsform dem Binnenmarktziel dient und neben die nationalen Rechtsformen tritt, kann die Erlassung der SPE-VO auf die subsidiäre Handlungsermächtigung des Art. 308 EG gestützt werden.

2. Sitz und Hauptniederlassung

a) Zu begrüßen ist, dass Satzungs-(Register-) Sitz und Hauptniederlassung der SPE sich in verschiedenen Staaten befinden können. Der Verordnungsentwurf sollte dahingehend geändert werden, dass nur der Registersitz, nicht aber die Hauptniederlassung in einem Mitgliedstaat liegen muss.

b) Der vom Registersitz abweichende Ort der Hauptniederlassung ist im Handelsregister offen zu legen.

3. *Grenzüberschreitende Sitzverlegung*

a) Die SPE wird den KMU die grenzüberschreitende Verlegung des Satzungs-(Register-) Sitzes ermöglichen, die bisher der SE vorbehalten war. Angesichts des Steuerwettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten gewinnt die grenzüberschreitende Sitzverlegung in der Steuerplanung an Bedeutung.

b) Gegenüber der durch das MoMiG eröffneten Verlegung des Verwaltungssitzes bietet die SPE-Sitzverlegung folgende Vorteile: Zunächst gelangt im Zuzugsstaat eine europäische Gesellschaftsform und nicht eine ausländische Gesellschaftsform zum Einsatz. Ferner sorgt die SPE-VO für die Anerkennung der Sitzverlegung sowohl im Wegzugs- als auch im Zuzugsstaat und implementiert Verfahrensvorschriften sowie die Offenlegung in den Registern der beteiligten Staaten.

c) Die SPE-Sitzverlegung kann als Ersatz für die grenzüberschreitende (Register-) Sitzverlegung nationaler Kapitalgesellschaften unter Annahme der Rechtsform des Zuzugsstaats dienen: Zu diesem Zweck wandelt sich die nationale Kapitalgesellschaft in eine SPE um, die danach grenzüberschreitend ihren Sitz verlegt.

4. *Satzungsgestaltung – Normenhierarchie des Art. 4 SPE-VO*

a) Vor allem bei Einpersonen-Konzerngesellschaften fällt ins Gewicht: Für Gründung, Satzungsänderung und Anteilsübertragung reicht die Schriftform. Die notarielle Beurkundung ist nicht obligatorisch. Alle – auch satzungsändernde – Gesellschafterbeschlüsse können schriftlich gefasst werden. Dies wird bei Einpersonen-Konzerngesellschaften die Abwicklung gesellschaftsrechtlicher Vorgänge durch die Rechtsabteilung der ausländischen Konzernspitze erleichtern. Die Beauftragung lokaler Berater wird wegen der Sprachbarriere (und weiteren Beratungsbedarfs im Zusammenhang mit der Niederlassungsgründung) gleichwohl in der Regel unvermeidlich bleiben. Kostensparnisse aufgrund der europaweiten Einheitlichkeit des SPE-Rechts und dem Fehlen notarieller Formerfordernisse werden sich daher in Grenzen halten.

b) Bei Mehrpersonen-Gesellschaften führt die SPE-VO zu einigen – wenigen – neuen Möglichkeiten der Satzungsgestaltung: Satzungs- und Strukturänderungen können mit 2/3-Stimmenmehrheit beschlossen werden. Da die SPE-Verordnung keine Nachschussbeschränkungen (§§ 26ff. GmbHG) und kein gesetzliches Bezugsrecht kennt, kann die Satzung in flexibler Weise die künftige Finanzierung sowie damit zusammenhängende Änderungen der Beteiligungsverhältnisse regeln (z. B. bei Joint Ventures, Private Equity-finanzierten Gesellschaften, Venture Capital, Mitarbeiterbeteiligungen). Der Verordnungsentwurf kennt ferner kein zwingendes Einsichtsrecht der Gesellschafter (§ 51a GmbHG), stattdessen aber das Recht einer mindestens 5%igen Minderheit, eine Sonderprüfung zu verlangen.

c) Da die Regelungsaufträge und Regelungsermächtigungen des Anhangs I zur SPE-VO nicht nur auf Regelungsbedarf in der Satzung hinweisen, sondern

auch nationales Recht verdrängen sollen, fehlen Normen zur Füllung von Satzungs-lücken. Da die Ideallösung eines umfassenden Statuts offenkundig nicht oder nicht kurzfristig erzielbar ist, wird als zweitbeste Lösung vorgeschlagen, Art. 4 SPE-VO dahingehend zu ändern, dass der Anhang nationales dispositives Recht nicht verdrängt. Die europaweite Einheitlichkeit des SPE-Rechts erfordert nur die Verdrängung zwingenden nationalen Rechts, nicht des dispositiven Rechts, das nur bei Satzungs-lücken eingreift. Zudem sind die Gründer nicht gehindert, durch Satzungsbestimmung die Anwendbarkeit nationalen Rechts zur Schließung von Lücken anzuordnen.

d) Die Liberalität des Verordnungsentwurfs ist im Grundsatz zu begrüßen. Allerdings ist der Inhalt des Entwurfs an einigen Stellen verbesserungsbedürftig. Die deutsche Übersetzung muss eingehend überarbeitet werden.

DISKUSSIONSBERICHT

zu den Referaten von Hommelhoff, Bückler und Hügel
(Diskussionsleitung Professor Dr. Mathias Habersack)

Die Diskussion beschäftigte sich mit dem Zugang zur Rechtsform der Societas Privata Europaea (SPE) (I.), mit der Ausfüllung von in der SPE-VO¹ bzw. der Satzung auftretenden Regelungslücken und der damit eng verknüpften Frage einer Inhaltskontrolle statutarischer Klauseln (II.) sowie mit Fragen der Finanzierung (III.). Daneben wurden verschiedene Einzelaspekte erörtert (IV.).

I. Kontrovers war zum einen, ob der Zugang zur Rechtsform der SPE einen grenzüberschreitenden Bezug voraussetzen sollte (1.) oder ob die SPE nicht ohnehin faktisch allenfalls für konzernintegrierte Tochterunternehmen in Betracht komme (2.). Zum anderen wurde diskutiert, ob sich mit dem Kriterium des transnationalen Bezugs überhaupt eine praktisch relevante Zugangshürde verbinde (3.).

1. Sowohl aus der Beratungspraxis als auch aus Sicht des österreichischen Justizministeriums wurde gefordert, die SPE nur bei Bestehen eines transnationalen Bezugs verfügbar zu machen. Das ursprüngliche Konzept hinter der Gesetzgebungsinitiative sei das einer einheitlichen Organisation von Tochtergesellschaften in Europa gewesen. Man habe vor diesem Hintergrund einen Statutsentwurf ausschließlich für Joint-Ventures und Konzerngesellschaften erwartet. Die nunmehr drohende, flächendeckende Konkurrenz zur nationalen GmbH sei nicht wünschenswert. Es bestehe die große Sorge, dass die SPE das nationale Recht und die mit dessen ausdifferenzierter Durchdringung verbundene Rechtssicherheit ausheble. Man beharre daher auf dem Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezugs. In diesem Zusammenhang wies ein Berater darauf hin, dass das von Wissenschaft, Rechtsprechung und Kautelarpraxis hoch entwickelte GmbH-Recht einen „unschätzbaren Wert“ darstelle, den man nicht leichtfertig zu Grabe tragen sollte. *Hommelhoff* bezog auch die ebenfalls einen „Schatz“ darstellende Expertise der im Umgang mit den nationalen Rechtsformen versierten Berater ein. Es sei deshalb aufmerksam zu beobachten, ob es tatsächlich bei dem derzeitigen Verzicht auf notarielle Mitwirkung in der SPE-VO bleibe, was hoch umstritten sei.

Ein Diskutant war zudem der Meinung, die angestrebte Regelung sei bei rein nationalem Einsatz viel zu liberal. Dies gelte insbesondere für die Bestimmungen zur Kapitalausstattung. Dies stelle insbesondere in Deutschland ein Problem dar, da hierzulande eine angemessene Kapitalausstattung ohne gesetzlich garantiertes Mindestkapital keinesfalls selbstverständlich sei.

1 *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft, KOM (2008) 396.