

Ius Communitatis

Europäisches Gesellschaftsrecht

Eine systematische Darstellung unter Einbeziehung des Europäischen Kapitalmarktrechts

von
Prof. Dr. Dr. Stefan Grundmann

2., neubearbeitete Auflage

Europäisches Gesellschaftsrecht – Grundmann

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Europäisches und Internationales Gesellschaftsrecht

C.F. Müller Heidelberg 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 8114 4420 1

d) Fragen jenseits des Gesellschaftsrechts (Art. 38, 40)

Fragen jenseits des Gesellschaftsrechts regelt das EWIV-Statut nur in einem Fall: Nicht die Vereinigung, sondern ihre Mitglieder sind für Gewinne zu **besteuern**, bei ihnen sind Verluste zu berücksichtigen (Art. 40).³⁶ **Alle anderen Fragen** regelt das nationale Recht – so ausdrücklich der 15. und 16. Erwägungsgrund, die die wichtigsten angrenzenden Gebiete auflisten. Der Zuschnitt der EWIV wurde jedoch bewusst so gewählt, dass eine **Arbeitnehmermitbestimmung** idR nicht in Betracht kommt (Rdn. 1105). 1120

5. *Auflösung und Beendigung (Art. 31-37)*

Auflösung und Beendigung regeln Art. 31-37, wiederum wird bei der Ausgestaltung auf Rechtssicherheit geachtet (bloße ex nunc Wirkung, gerichtliche oder einstimmige Entscheidung, Gutgläubensschutz) – wieder wie in der **1. Richtlinie**.³⁷ Die Abwicklung freilich wird nationalem Recht überantwortet (Art. 35 Abs. 2). Verändert hat sich das Regime bei der Insolvenz: Art. 36 ist heute so zu lesen, dass sich die Insolvenz in den von der Insolvenz-Verordnung geregelten Fragen, vor allem internationalverfahrens- und kollisionsrechtlicher Art, nach dieser und nicht (mehr) nach nationalem Recht beurteilt.³⁸ 1121

II. Geplante Europäische Privatgesellschaft (GmbH) und sonstige Europäische Rechtsformen

1. *Europäische Privatgesellschaft (GmbH)*

a) Stand der Gesetzgebungsarbeit

Das Projekt für ein Statut zu einer Europäischen Privatgesellschaft reicht zurück bis auf Vorentwürfe aus den 90er Jahren³⁹ Schon diese betrafen die GmbH, die Private Limited (daher der Begriff „Privatgesellschaft“), allgemeiner: die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, die nicht auf einen offenen Gesellschafterkreis ausgelegt oder zumindest nicht kapitalmarktfähig ist (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. d im heutigen Vorschlag bzw Art. 3 Abs. 2a des Dokumentes der Schwedischen Ratspräsidentschaft [jeweils unten] und Rdn. 14). Nachdem die – zunächst private – 1122

³⁶ Auch 14. Erwägungsgrund. Dazu Nachw. Fn. 13.

³⁷ Näher *Lemeunier*, Groupement, 225f.; *Lentner*, Gesellschaftsrecht, 140-147; *Selbherr/Manz* (Hrsg.), Kommentar, Art. 31/32, Rdn. 1-43; *van Gerven*, in: *van Gerven/Aalders*, European Economic Interest Grouping, 44.

³⁸ Anders weiterhin *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rdn. 1084, 1303; und (ohne Diskussion) *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 11 Rdn. 40.

³⁹ Abdruck in *Boucourechliev/Hommelhoff* (Hrsg.), Vorschläge, 281; dazu auch Voraufll.; zur Geschichte *Krejci*, Societas Privata Europaea, Rdn. 1 ff.; *Siems/Rosenhäger/Herzog*, Der Konzern 2008, 393 (394).

5. Teil *Supranationale Rechtsformen*

Initiative anfangs primär nur von der Wirtschaft befürwortet,⁴⁰ jedoch auch in der Wissenschaft als eines der innovativsten im gesellschaftsrechtlichen Kernbereich eingestuft worden war, traf es lange Zeit in der Kommission auf erhebliche Vorbehalte.⁴¹ Dennoch wurde eine Machbarkeitsstudie in Auftrag gegeben.⁴² Sie unterschied zwischen verschiedenen Ansätzen für die Regulierung von KMU's in den Mitgliedstaaten und erörterte verschiedene Optionen für das weitere Vorgehen (Harmonisierung ohne Statut versus Statuten mit unterschiedlichem Grad gesetzgeberischer „Dichte“). Auf dieser Basis kündigte Kommissar McCreevy am 3. 10. 2007 einen Vorschlag an, führte die Kommission dann ab Ende 2007 Anhörungen und Konsultationen durch, um den Bedarf an einer Initiative in diesem Bereich auszuloten, und erarbeitete – nach breit positivem Ausgang dieser Konsultation – bis Mitte 2008 den derzeit vorliegenden **Vorschlag** für das Statut einer Europäischen Privatesellschaft / Société Privée Européenne (**EPG- bzw. SPE-VO [V]**)⁴³ In der Folge wurde mit einer Verabschiedung jedenfalls bis zum 1. 7. 2010 gerechnet, kam es jedoch wegen grundlegender Kritik – vor allem in Sachen anwendbares Recht, Mindestkapital und Mitbestimmung – zu umfangreichen Verhandlungen, einer legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10. 3. 2009⁴⁴ und mehreren Kompromissvorschlägen der Ratspräsidentenschaft, zuletzt maßgeblich derjenigen der **Schwedischen Ratspräsidentenschaft** vom 27. 11. 2009 (**EPG- bzw. SPE-VO [V-RP]**),⁴⁵ deren Verabschiedung freilich auch ein Jahr später noch nicht absehbar war. Da das Statut auf Art. 352 AEUV (früher Art. 308 EG) gestützt ist, hat die Verabschiedung einstimmig zu erfolgen.⁴⁶

1123 Begründet wird die Initiative mit **Marktbedürfnissen**. Analysiert wurde, in welchen Fallgruppen neben SE (und EWIV) Bedürfnisse zur grenzüberschreitenden Zusammenarbeit fortbestehen, d. h. noch nicht bedient werden. Dies wurde vor allem für KMU angenommen, außer-

40 *Hopt*, ZIP 1998, 96 (103f.); Pressemitteilung des Europäischen Industrie- und Arbeitgeberverbands UNICE vom 9. 4. 1999, www.buinessurope.eu; auch positives Votum des Wirtschafts- und Sozialausschusses in der Stellungnahme vom 21. 3. 2002, ABl. 2002 C 125/100; überwiegend positive Reaktionen vermeldete dann der Bericht der *High Level Group II*, 127 und 127f. (eigenes zurückhaltend positives Urteil, Machbarkeitsstudie anregend); reserviert noch *Ehricke*, in: *Hommelhoff/Helms* (Hrsg.), *Neue Wege*, 17; *Witz*, FS Schlechtriem 1999, 27 (37-40).

41 Vgl. etwa *van Hulle*, in: *Hommelhoff/Helms* (Hrsg.), *Neue Wege*, VII. Teils kritischer gesehen wurde die allgemeine Öffnung (ohne Internationalitätsvoraussetzung), desgleichen die Anknüpfungsleiter und weite Vertragsfreiheit (zu allem sogleich).

42 KOM(2003) 284 endg., 21-22, der High level Group (oben) folgend.

43 Vorschlag vom 26. 6. 2008 für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatesellschaft [SPE-Verordnung], KOM (2008) 396 endg

44 KOM(2008)0396 – C6-0283/2008 – 2008/0130(CNS); dazu etwa *Teichmann*, ECL 4 (2007), 122; auch *Teichmann/Limmer*, GmbHR 2009, 537.

45 16115/09 DRS 71 SOC 711, mit (im Folgenden angesprochenen) Kompromissvorschlägen vor allem in den drei genannten Problembereichen.

46 Dazu dass diese Kompetenz grundsätzlich eröffnet ist: EuGH Rs. C-436/03 (*Parlament/Rat*), Slg. 2006, I-3754. Gewisse Zweifel wirft freilich der Umstand auf, dass die EPG ohne Internationalitätselement gegründet werden kann (unten c). Dennoch dürfte auch dies nicht die Kompetenz ausschließen, da die Dimension einer nachfolgenden Internationalisierung der EPG-Struktur wohl mitzubedenken ist: vgl. zu diesen Kompetenzfragen und dem genannten Argument etwa *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145 (152); *Hommelhoff/Teichmann*, DStR 2008, 925 (928f.); *Siems/Rosenhäger/Herzog*, Der Konzern 2008, 393 (396f.); aA *Krejci*, Societas Privata Europaea, Rdn. 49. Inhaltlich ist der Kompetenzfrage viel von ihrer Brisanz genommen, seit der Akt auch der Zustimmung durch das Europäischen Parlaments (und nicht mehr nur dessen Konsultation) bedarf (so erstmals Art. 352 AEUV, also der Vertrag von Lissabon).

dem aber auch für Joint Ventures, Holdings und Konzerne, gerade auch unter Beteiligung von Großunternehmen.⁴⁷ Schon von der Zahl der erfassten Gesellschaften her, jedoch auch von der intensiven Bedarfsanalyse her erschien (und erscheint) die EPG-VO (V) als das Projekt, bei dem die Bedürfnisprüfung am positivsten ausfällt. Dennoch ist die Verabschiedung noch immer **ungewiss** und insbesondere auch, **welche Gestaltung in zentralen Punkten** zu erwarten ist. **Nach Verabschiedung** würden **weitere zwei Jahre** vergehen, bis die Verordnung der Praxis zur Verfügung steht (Art. 49 EPG-VO [V-RP]). Diskussionsschwerpunkte im Inhaltlichen betreffen die Frage nach dem anwendbaren Recht, einschließlich Satzung (unten b), die Kapitalausstattung (unten d) und die Mitbestimmung (unten f). Umfangreicher geregelt sind jedoch auch die Gründungsvoraussetzungen (unten c) und die Struktur (unten e).

b) Anwendbares Recht (mit Satzung)

1124

Beim anwendbaren Recht wird auf einer ersten Stufe (1.) **zwischen Gesellschaftsrecht und sonstigen Rechtsgebieten unterschieden**, die wieder nicht einbezogen wurden und dem nationalen Recht überantwortet blieben.⁴⁸ Auch für die Rechnungslegung, obwohl gesellschaftsrechtlicher Kernbestand, wird das Rad nicht ein zweites Mal erfunden und auf den EG-Regelungsbestand (in der Fassung der jeweiligen Umsetzung) verwiesen (Art. 25 EPG-VO [V], Art. 26 EPG-VO [V-RP]). Und auch beim Insolvenzrecht handelt es sich zwar genuin um den Schlusspunkt eines Gesellschaftsrechts,⁴⁹ erscheint es jedoch realistisch, nicht gerade in der EPG-VO den ersten Harmonisierungs- oder Vereinheitlichungsvorschlag zu machen. Gerade gegenüber dem Insolvenzrecht ist die Abgrenzung freilich schwierig, etwa bei der Insolvenzverschleppungshaftung. Diese Schwierigkeit wirkt sich allerdings meist wohl nur theoretisch aus, obwohl bei insolvenzrechtlicher Qualifikation das abgestufte Regelanwendungssystem des Gesellschaftsrechts (unten (2.)) nicht zur Anwendung kommt, denn gerade auch für das gesellschaftsrechtliche Haftungsregime wird für die Ausgestaltung im Einzelnen direkt auf nationales Recht verwiesen (wie im Insolvenzrecht allgemein).⁵⁰

47 Vgl. etwa *Brems/Cannivé*, Der Konzern 2008, 629; *Maul/Röhrich*, BB 2008, 1574 (1578f.); und aus der Zeit vor dem Kommissionsvorschlag: *Bisacre*, (1999) 10 EBLR 340 (342f.); *Drury*, 1998) 9 EBLR 24 (25); und ausführlich zum Bedarf einer EPG: *Drury/Hicks*, (1999) JBL 429 (430-436); *Boucourechliev/Hommelhoff* (Hrsg.), Vorschläge, 285f.; *Ehrlicke*, in: *Hommelhoff/Helms* (Hrsg.), Neue Wege, 17 (31-68); *Hommelhoff/Helms*, ebenda, 3 (3-8); für einen Vergleich SE / EPG: *Siems/Rosenhäger/Herzog*, Der Konzern 2008, 393; und monographisch *Schröder*, Perspektiven der Europäisierung des GmbH-Rechts.

48 Art. 4 EPG-VO [V/V-RP] und 6. Erwägungsgrund; in Reaktion hierauf etwa *Maul/Röhrich*, BB 2008, 1574 (1574); *Saifee/Makowicz*, 30 The Company Lawyer 8 (2009), 227, 229; und schon vor 2008 etwa *Boucourechliev/Hommelhoff* (Hrsg.), Vorschläge, 287 und 310-313; allerdings ist seit 2008 die Mitbestimmung einbezogen, anders noch vorher, vgl. etwa *Helms*, Europäische Privatgesellschaft, 69-96; *Hommelhoff*, WM 1997, 2101 (2105), *Teichmann*, 4 ECL 3 (2007), 122, 122f.

49 Vgl. Rdn. 133, mit Nachw. auch zur Insolvenz-Verordnung. Verweis in Art. 40 Abs. 3 EPG-VO [V] (auch 6. Erwägungsgrund) bzw. Art. 41 Abs. 2 EPG-VO [V-RP]; ausführlich *Mock*, Der Konzern 2008, 539.

50 Art. 31 Abs. 5 EPG-VO [V] und Erwägungsgrund 14a EPG-VO [V-RP]. Bei einer EPG mit Sitz und Hauptverwaltung in dem selben Mitgliedstaat (so der Regelfall) hat dann dieses nationale Recht Regelungsfreiheit – im Insolvenz- ebenso wie im gesellschaftsrechtlichen Haftungsrecht. Daher das Gewicht der Abgrenzungsfrage überbewertend etwa *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145 (153f.). Nur wenn Satzungssitz und Hauptverwaltungssitz einmal auseinanderfallen, ist das Recht des Satzungssitzes für gesellschaftsrechtliche Fragen berufen, während der Hauptverwaltungssitz idR den „Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen“ bilden wird und damit auch den insolvenzrechtlichen Anknüpfungspunkt idV Art. 3 EU-Insolvenz-VO. Zur Frage gesellschafts- oder aber insolvenzrechtliche Anknüpfung, die für Fragen der Nieder-

5. Teil *Supranationale Rechtsformen*

Und nicht zuletzt sind an dieser Stelle auch die Regeln für besondere Branchen („Geschäfte“) zu nennen, etwa Bankaufsichtsrecht, die wieder nationalem Recht entnommen werden (Art. 4 Abs. 4 EPG-VO [V-RP]). Recht weitgehend Europäisch zugeschnitten ist dann (2.) auf der zweiten Stufe die **Anwendungsregel für den gesellschaftsrechtlichen Bestand** selbst. Vorgeschlagen wird in Art. 4 EPG-VO [V/V-RP], soweit nicht (i) das **Statut (VO)** greift, vorrangig (ii) auf den **Gesellschaftsvertrag** zu rekurrieren und erst subsidiär (iii) auf nationales Recht. Dies erinnert auf den ersten Blick an die Regelung in Art. 9 der SE-VO (Rdn. 1042f.), das Ergebnis ist jedoch ein signifikant anderes. Denn schon der (gesellschaftsrechtliche) Normbestand der EPG-VO ist ungleich breiter als derjenige der SE-VO, vor allem jedoch wird dem Satzungsgeber eine ungleich breitere Regelungsfreiheit eröffnet: Breit ist die Auflistung derjenigen Gegenstände in Anhang I, die ihm überantwortet wurden. Nach dem Vorschlag der Kommission *mussten* die Gründer diesem Regelungsauftrag zu allen aufgelisteten Punkten sogar nachkommen,⁵¹ während es jetzt der Vorschlag der Schwedischen Ratspräsidentschaft dem Satzungsgeber überlässt, ob er eine solche Regelung treffen will. Nationales Recht wird solchermaßen freilich doch wieder umfangreicher zum dispositiven Recht bei Schweigen der Satzung (ausdrücklich Art. 4 Abs. 3 EPG-VO [V-RP]). Zugleich jedoch sollen Mitgliedstaaten Mustersatzungen bereitstellen können (8a. Erwägungsgrund EPG-VO [V-RP]), und auch private Regelsetzer werden solche bereitstellen (vgl. etwa www.europeanprivatecompany.eu). Damit will der Rat einem der gewichtigsten Kritikpunkte am Vorschlag Rechnung tragen, nämlich dem, dass in puncto Einheitlichkeit des auf die EPG anwendbaren Rechts doch erhebliche Abstriche gemacht worden seien,⁵² während umgekehrt jedoch ein umfangreicher Regelungszwang für den Satzungsgeber – vor allem KMU – auch belastend wirkt.⁵³ Jedenfalls in einem Punkt ist die Anknüpfungsleiter in der Tat weniger „progressiv“ als ursprünglich geplant: Schon im Kommissionsvorschlag wurde (nach erheblichen Rechtssicherheitsbedenken, umgekehrt jedoch auch vielfacher Unterstützung) der Ansatz verworfen, bei Schweigen der Satzung auf der dritten Stufe nicht auf nationales Recht zu rekurrieren, sondern auf Prinzipien, die aus dem Statut (VO), hilfsweise dem Europäischen Gesellschaftsrecht (*lex lata*) und nochmals hilfsweise aus gemeinsamen Prinzipien der nationalen Gesellschaftsrechte herzuleiten gewesen

lassungsfreiheit umfangreich diskutiert wurde (und dort auch von größerer praktischer Bedeutung ist, weil es sich dann immer um grenzüberschreitende Fälle handelt), vgl. etwa *Goette* DStR 2005, 197 (200f.); *Hommelhoff/Teichmann*, DStR 2008, 925 (932f.); und Nachw. vorige Fn., jedoch str.

- 51 Vgl. hierzu und dazu, dass nationales Recht gerade nicht mehr als dispositives Recht fungieren sollte: *Dorresteijn/Uziahu-Sanctross*, 5 ECL 6 (2008), 277, 281 f.; *Maul/Röhricht*, BB 2008, 1574 (1574f.); *Teichmann*, 4 ECL 3 (2007), 122, 122f.; der obligatorische Regelungsauftrag wurde erstmals 1997 als Regelungsinstrument vorgeschlagen, vgl. *Hommelhoff/Helms*, GmbH 1999, 53 (55f.).
- 52 *Krejci*, *Societas Privata Europaea*, Rdn. 86ff., 215ff., 570ff.; *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145 (passim); *Saifee/Makowicz*, 30 *The Company Lawyer* 8 (2009), 227, 229; kritisch *Vossius*, EWS 2007, 438 (441f.).
- 53 *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145 (153); *Hommelhoff/Teichmann*, DStR 2008, 925 (930); *Makowicz/Saifee*, 30 *The Company Lawyer* 8 (2009), 227, 229; *Steinberger*, BB Beilage 2006/7, 27 (30); *Vossius*, EWS 2007, 438 (442); auch *Maul/Röhricht*, BB 2008, 1574 (1575, 1579).

wären.⁵⁴ Gerade darauf hatte sich die genannte Kritik in puncto erreichter Einheitlichkeit bezogen. In der Tat: Das Einheitlichkeitsinteresse wurde doch besonders unterstrichen, weil gerade Einheitlichkeit für KMUs von besonderer Bedeutung sei, etwa wenn sie mit verschiedenen EPGs ein Netz von Tochtergesellschaften errichten wollten.⁵⁵ Und in der Tat ist es eines, auf schwer zu eruiierende allgemeine Prinzipien zu verweisen, wenn diese weit gehend zwingend gelten (Satzungsstrenge, so im Bereich der SE), und ein anderes, auf sie um einer Europäischen Entwicklungsperspektive willen zu verweisen, wenn es praktisch umfassend in den Händen der Betroffenen liegt, Abhilfe zu schaffen, und sie dabei auch noch mit dem Vorschlag von Mustersatzungen tatkräftig unterstützt werden. Eine letzte Stufe ist zu bedenken und dies reduziert die Einheitlichkeit noch weiter: Auch unter den gesellschaftsrechtlichen Materien findet sich (iv) eine nicht unerhebliche Zahl, für die das Statut ausdrücklich auf nationales Recht verweist, offenbar auch unter Vorrang gegenüber der Satzung, etwa für die Haftung (vgl. bereits oben).

c) Gründung und Gründungsvoraussetzungen

1125

Relativ unumstritten erscheinen derzeit die Gründungsvoraussetzungen (jenseits der Kapitalausstattung, unten d). Das betrifft vor allem die Anforderungen an den Gesellschafterkreis. Hier optierte man für eine **breite Öffnung**. Dies gilt zunächst für den Kreis der Gründer. Ausdrücklich zugelassen sind auch natürliche Personen und allgemeiner eine Gründung **ex nihilo** (Art. 5 und 10 EPG-VO [V] bzw. Art. 5 und 9 EPG-VO [V-RP] und jeweils 7. Erwägungsgrund). Auch die Umwandlung in eine EPG wird umfassend zugelassen, jedenfalls von GmbHs, jedoch auch anderer juristischer Personen, soweit diese nach dem anwendbaren Recht in eine nationale GmbH umgewandelt werden könnten (Art. 5 bzw. 5b EPG-VO [V/V-RP]).⁵⁶ Der Vorschlag der Schwedischen Ratspräsidentschaft folgt dem und stellt nur klar, dass dies das Mitbestimmungsregime nicht mindern können soll und dass daher eine (grenzüberschreitende) Sitzverlegung gesondert durchgeführt werden müsste (vgl. dort auch Erwägungsgrund 7a). Er gestaltet gerade die Umwandlung, die sich für die SE als so zentral erwiesen hat, auch gezielter aus. Schon bei der Gründung ex nihilo waren lange Zeit größere Bedenken seitens der Mitgliedstaaten erwartet worden, desgleichen beim **Internationalitätselement**: Auf ein solches wird – während dies die sonstigen Statuten für supranationale Rechtsformen fordern (vgl. Rdn. 1047f., 1109) – verzichtet, auch noch im Vorschlag der

54 So noch Art. 12 EPG-VO-Vorentwurf, der dadurch die Einheitlichkeit der Anwendung (ohne Rekurs auf das nationale Recht in den gesellschaftsrechtlichen Verweisen) verbürgen wollte. Hierzu Antwort *Hommelhoff/Helms*, in: *Hommelhoff/Helms* (Hrsg.), *Neue Wege*, 3 (12f.); ausführlich *Völter*, *Lückenschluss*; siehe auch *Drury*, (1998) 9 EBLR 24 (27) (der ein paralleles Vorgehen wie nach Art. 18 des Rom-Übereinkommens vorschlug); *Drury/Hicks*, (1999) JBL 429 (448-450); und *Wooldridge*, (2004) 25 *The Company Lawyer*, 121 (121) (besserer Ansatz als der mit der SE-VO verfolgte); auch *Bachmann*, ZGR 2001, 351 (373-378) („Das Ergebnis ist nur scheinbar paradox: Die Einführung der supranationalen Rechtsform (SFE) muss nicht – wie teilweise gefordert – am Ende, sondern am Anfang des Rechtsfortbildungsprozesses stehen“). Zur erheblichen Kritik etwa: *Ehrlicke*, *RabelsZ* 64 (2000) 497 (512-515); w.Nachw. bei *Dejmek*, NZG 2001, 878 (881). Zuletzt noch *Wulfers*, GPR 2006, 106. Ähnlich die Gesetzgebungsgeschichte der SE, wo solch ein Verweis ebenfalls ursprünglich geplant war (Unterschiede sieht der Kommentar zu Art. 12 EPG-VO-Vorentwurf) und später verworfen wurde.

55 3. Erwägungsgrund EPG-VO [V]; *Hommelhoff/Teichmann*, DSr 2008, 925 (925f.); *Maul/Röhricht*, BB 2008, 1574 (1578f.); *Radwan*, EBLR 2007, 769 (770); *Vossius*, EWS 2007, 438 (439); *Wicke*, GmbHR 2006, 356 (356f.).

56 Hierzu etwa *Maul/Röhricht*, BB 2008, 1574 (1575); ausführlich zum Regime nach dem Kompromissvorschlag der Schwedischen Ratspräsidentschaft: *Hommelhoff/Teichmann*, FS Hopt 2010, 849.

5. Teil *Supranationale Rechtsformen*

Schwedischen Ratspräsidentschaft. Da damit die EPG auch für den rein innerstaatlichen Verkehr zur Verfügung stünde, würde der Wettbewerb zwischen Europäischen Rechtsformen und nationalen uneingeschränkt eröffnet.⁵⁷ Zeitweise war als Alternative noch vorgeschlagen worden, zwar auf die Implantation der Gründer in zumindest zwei Mitgliedstaaten zu verzichten, aber grenzüberschreitende Tätigkeit in nennenswertem Umfang zu fordern.⁵⁸ Solch ein Kompromiss ist – wenn sich nicht doch noch Bedenken seitens der Mitgliedstaaten erheben – nicht mehr nötig. Das eigentliche **Verfahren** ist ansonsten wenig spektakulär, folgt es doch den Bahnen, die durch die erste Richtlinie vorgezeichnet waren (Publizitätsregime, § 8, und Handelndenhaftung, Rdn. 208-210). Konstitutiv ist die Eintragung im Register am Sitz (vgl. Art. 9 und 11 bzw. 10 EPG-VO [V/V-RP]), für die gemeinschaftsweite Verbreitung wird nicht mehr auf eine Veröffentlichung im Amtsblatt gesetzt, sondern das System der Zusammenfassung nationaler Register im sog. Europäischen Handelsregister (Rdn. 263). Nur in einem Punkt ging insoweit der Kommissions-Vorschlag neue Wege: **Satzungssitz und Hauptverwaltungssitz** durften danach – anders als noch nach Art. 7f., 64 SE-VO (Rdn. 1092f.) – getrennt werden (solange nur beide in der Union liegen, vgl. Art. 7 EPG-VO [V]). Das hätte – entsprechend der Gründungstheorie – noch weiter zur Rechtswahlfreiheit beigetragen.⁵⁹ Freilich traf gerade diese Regelung auf erhebliche Bedenken seitens einiger Mitgliedstaaten und sucht daher der Vorschlag der Schwedischen Ratspräsidentschaft (Art. 7) nach Kompromissformeln, möglicherweise in Form von Übergangsregeln.

1126

d) Kapitalausstattung und Gläubigerschutz

Ein erster Regelungskomplex zum Eigenkapital, den der Kommissionsvorschlag noch dicht ausgestaltet hatte, betraf die **Anteilsrechte**, insbesondere deren freie Übertragbarkeit (mit Gutglaubensschutz), den Abbau der Formerfordernisse auf eine bloße Schriftform und die Fragen des Ausschlusses bzw. der Kündigung von Anteilshabern aus wichtigem Grunde (einschließlich Abfindungsfragen, vgl. Art. 16-18 EPG-VO [V]). Nur der allererste Punkt blieb im Vorschlag der Schwedischen Ratspräsidentschaft erhalten (Art. 16 Abs. 2 EPG-[V-RP]), an die Stelle der vereinheitlichten Regelung trat für alle sonstigen Fragen ein ausdrücklicher Verweis auf nationales Recht, jedenfalls für die Fragen der Anteilsübertragung (Art. 16 Abs. 1 EPG-[V-RP]). Das bedeutet zwar einen Abbau von Einheitlichkeit, lebhaft umstritten ist dieser Komplex jedoch nicht. Dies ist anders bei den **Fragen der Kapitalausstattung** und des damit verbundenen Gläubigerschutzes. In der insoweit vor allem umstrittenen Frage von Mindestkapital und Kapitalschutz war ursprünglich (aus Wissenschaft und Praxis) das kontinentaleuropäische System vorgeschlagen worden (auch unter Zustimmung zweier britischer Befürworter).⁶⁰ Der Kommissionsvorschlag verzichtete dann auf ein Mindestkapital (nur 1,- €, vgl. Art. 19 Abs 4 EPG-VO [V]). Das führte konsequent dazu, dass auch bei der Ausschüttung (und etwa für Fragen des Umfangs des Erwerbs eigener Aktien, Art. 23 EPG-

57 Hierzu Hommelhoff, FS Priester 2007, 245 (250); Maul/Röhrich, BB 2008, 1574 (1575); sowie ausführlich Hommelhoff, GesRZ 2008, 337; Wicke, GmbHR 2006, 356. Zu den hieraus resultierenden Kompetenzfragen vgl. oben Fn. 46. Die Kommission hatte, solange sie noch nicht auf das Internationalitätselement verzichten wollte, durchaus Kompetenzgründe angeführt und auch Zweifel an der politischen Durchsetzbarkeit: referierend Dejmek, NZG 2001, 878 (879); ausführlich, Kompetenzprobleme selbst eher gering einschätzend Müller-Graff, in: Hommelhoff/Helms (Hrsg.), Neue Wege, 289; Simon, Revue des sociétés 2000, 263 (269); auch Bachmann, ZGR 2001, 351 (373) (Flucht aus dem nationalen Recht sei seit Centros ja schon Tatsache).

58 High Level Group II, 127f.; kritisch hierzu (rechtsunsicher und die Geschäftsdynamik ausblendend): Arbeitsgruppe Europäisches Gesellschaftsrecht, ZIP 2003, 863 (879).

59 4. und 5. Erwägungsgrund EPG-VO [V]; „grenzenlose Flexibilität“ nach Peters/Wüllrich, NZG 2008, 807 (bes. 809-911 zur Sitzverlegung).

60 Drury/Hicks, in: Boucourechliev/Hommelhoff (Hrsg.), Vorschläge, 69 (109-113); Drury/Hicks, (1999) JBL 429 (440-443); vgl. näher Voraufgabe. Damals freilich auch schon Kompromissvorschlag von Bachmann, ZGR 2001, 351 (365-368) (Wahlrecht zwischen „EPG“ und „EPG ohne Mindestkapital“); abgelehnt etwa von Drury/Hicks, (1999) JBL 429 (440-443).

VO [V]) die Grenze niedrig angesetzt wurde: In Übereinstimmung mit dem Grundansatz im angloamerikanischen Recht (und dem nach *Centros* und *Inspire Art* für den grenzüberschreitenden Binnenmarktverkehr von GmbHs maßgeblichen Rechtszustand) wurde vorgeschlagen, allein darauf abzustellen, ob die Verbindlichkeiten die Aktiva überstiegen (Art. 21 EPG-VO [V]), nicht ob die Ausschüttungen das gezeichnete Kapital angreifen („kleiner“ Bilanztest).⁶¹ Zusätzlich sollte die Satzung als Ausschüttungsvoraussetzung einen Solvenztest (Prognose für das der Ausschüttung folgende Jahr) vorsehen können (ebenda).⁶² Damit waren, weil insoweit ein Verweis auf nationales Recht fehlte, wohl auch solche Institute wie die Haftung für Unterkapitalisierung, verdeckte Sacheinlage etc. ausgeschlossen.⁶³ Dies soll hier nicht vertieft werden, da die Diskussion noch im Fluss ist: Bisher hat der Kompromissvorschlag der Schwedischen Ratpräsidentschaft allein ein Mitgliedstaatenwahlrecht angefügt und zwar dahin gehend, ein Mindestkapital von 8.000,- € vorzusehen (Art. 19 Abs. 3, 3a EPG-VO [V-RP]). Dies hätte indirekt jedenfalls die Folge, dass alle Kapitalschutzmechanismen kontinentaleuropäischen Zuschnitts wieder in den Blick zu nehmen wären (vgl. Regelung in Art. 21 EPG-VO und 20 Abs. 1a [V-RP], Solvenztest jetzt Mitgliedstaatenwahlrecht). Mindestens ebenso wichtig – und diese Tendenz bestärkend – ist der ausdrückliche Verweis auf nationales Recht in Fragen der Haftung (Art. 4 Abs. 3 und Erwägungsgrund 14a EPG-VO [V-RP]). Insgesamt würde dadurch die EPG in dieser durchaus zentralen Frage für das Verhältnis zu den Gläubigern wieder eine „nationalen Rechts“ – mit erheblichen Rechtsunterschieden.⁶⁴ Es erscheint freilich sogar denkbar, dass die Diskussion nochmals aufbricht, ob nicht überhaupt ein kontinentaleuropäischer Kapitalschutz (in eher moderater Höhe) europaeinheitlich vorgeschrieben werden sollte.

e) Struktur

1127

Die Regeln zur Struktur sind geprägt durch ein Zusammenspiel zwischen großer Flexibilität – vor allem auch einem Wahlrecht zwischen monistischer und dualistischer Struktur des Leitungsorgans (Art. 2 Abs. 1 lit. d, 26 Abs. 2 EPG-VO [V] bzw. Art. 2 Abs. 1 lit. e EPG-VO [V-RP]) – und einigen wichtigen europaeinheitlich festgeschriebenen Minderheiten- und Gläubigerschutzregeln (ausdrücklich so 13. Erwägungsgrund EPG-VO [V/V-RP]). Dies gilt für den Kommissionsvorschlag ebenso wie für den Kompromissvorschlag der Schwedischen Ratpräsidentschaft, beide unterscheiden sich nur recht unerheblich in Einzelfragen. Die **innere Struktur** bleibt ganz der Satzung überantwortet (Art. 4 und 26ff. bzw. 27ff. und Anhang I EPG-VO [V/V-RP]), wobei eine ausdrückliche Regelung der Sorgfalts- und der Interessenwahrungspflicht und die Festlegung allein auf eine Innenhaftung herausstach (Art. 31 Abs. 1 und 4 EPG-VO [V], im V-RP entfallen) – ebenso wie im Kompromissvorschlag der Schwedischen Ratpräsidentschaft die ausdrückliche Festlegung, dass die Gesellschafterversammlung das maßgebliche Organ bildet (Art. 27 Abs. 1a EPG-VO [V-RP]). Das Regime der Vertretungsmacht folgt – nahe liegend – demjenigen in der 1. Richtlinie (Art. 33 bzw. 34 EPG-VO [V/V-RP]). Begründet wird die Vertragsfreiheit auch mit Flexibilitätsbedürfnissen, die sich aus der Verschiedenartigkeit der bedienten Funktionen ergeben. Unterstützt wurde die ziel-

61 Vgl. Erwägungsgrund 11 EPG-VO [V]; *Lanfermann/Richard*, BB 2008, 1610; *Maul/Röhricht*, BB 2008, 1574 (1576); *Mock*, Der Konzern 2008, 539; *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145 (147); aA *Krejci*, Societas Privata Europaea, Rdn. 445, 522ff. (gesamter Schutz des gezeichneten Kapitals); breiter zur Unternehmensfinanzierung der EPG *Hommelhoff*, ZHR 173 (2009), 255; monographisch noch zum Regime vor dem Kommissionsvorschlag *Bürger*, Kapitalaufbringung in der Europäischen Privatgesellschaft. Für die Rechnungslegung selbst, die auch für den bloßen Überschuldungstest die Basis bildet, wurde nach dem Gesagten schon im Kommissionsvorschlag auf nationales Recht verwiesen (Art. 25 EPG-VO [V]).

62 Vgl. Erwägungsgrund 11 EPG-VO [V]; *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145 (148); ausführlich *Greulich/Rau*, DB 2008, 2691.

63 Vgl. dazu etwa *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145 (151f., 153f.); *Maul/Röhricht*, BB 2008, 1574 (1576f.); ausführlich zum Verhältnis Gesellschafts- und Insolvenzrecht in diesem Zusammenhang: *Mock*, Der Konzern 2008, 539.

64 Etwa *Hommelhoff/Teichmann*, DStR 2008, 925 (932f.); *Maul/Röhricht*, BB 2008, 1574 (1577).