

Bundesministerium der Justiz
Herrn Ministerialrat
Dr. Hans-Werner Neye
Referat III A 1
11015 Berlin

nur per E-Mail: neye-ha@bmj.bund.de

Vorschlag für eine Verordnung des Rats über das Statut einer EPG

Az: III A 1 – 3505-12-3-35 365/2008

Sehr geehrter Herr Dr. Neye,

wir bedanken uns für die Möglichkeit zu einer ersten Stellungnahme zum Kommissionsentwurf einer Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft (EPG), die wir gerne wahrnehmen. Wir möchten dabei zunächst noch einmal die Frage der Sinnhaftigkeit der EPG beleuchten, um dann im Einzelnen auf die Kritikpunkte an dem Entwurf einzugehen.

A. Eingeschränkte Bedeutung des Gesellschaftsrechts für die Erleichterung grenzüberschreitender Aktivitäten von KMU

Der Entwurf zielt auf die Einführung einer neuen haftungsbeschränkten Rechtsform, um namentlich grenzüberschreitende Aktivitäten von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) zu erleichtern und die Kosten bei der Gründung ausländischer Tochtergesellschaften zu senken.

Das Gesellschaftsrecht spielt dafür jedoch nur eine eingeschränkte Rolle. Wesentliche andere Hürden werden durch das EPG-Statut nicht beseitigt und bleiben bestehen:

- Sprachprobleme im Verkehr mit ausländischen Behörden;
- unterschiedliche Steuersysteme und Steuersätze der Mitgliedstaaten;
- unterschiedliche Rechnungslegungsstandards und Bilanzierungsregeln der Mitgliedstaaten;

- unterschiedliche verwaltungsrechtliche Genehmigungsverfahren und -erfordernisse (z. B. Bau-, Umwelt-, Gewerbe-, Immissionsschutzrecht);
- Unterschiede im Arbeitnehmerschutz.

Darüber hinaus dürften sich KMU bei grenzüberschreitender Aktivität meist auf die nach der Zweigniederlassungsrichtlinie¹ schon seit längerem mögliche Gründung von Zweigniederlassungen ohne eigene Rechtspersönlichkeit beschränken. Möchten sie ausnahmsweise weitergehend eine Tochtergesellschaft in einem Mitgliedstaat unterhalten, werden deutsche KMU nach der Reform des § 4a GmbHG durch das MoMiG in der Regel auf die bewährte und kostengünstige Rechtsform der GmbH und neuerdings auch der UG (haftungsbeschränkt) zurückgreifen oder sich der im Ausland anerkannten nationalen Gesellschaftsform bedienen. Denn Klarheit und Rechtssicherheit schont die beschränkten personellen und finanziellen Ressourcen von KMU. Nachhaltige Vereinfachungseffekte durch die EPG dürften sich erst bei einem Netz von Tochtergesellschaften in verschiedenen Mitgliedstaaten ergeben. Dann dürfte das Unternehmen aber regelmäßig eine Größe erreicht haben, für die die EPG als Organisationsform nach ihrer Zielsetzung nicht mehr einschlägig ist, sondern für die eher die Europäische Aktiengesellschaft (SE) in Betracht kommt.

B. Kritik am Kommissionsentwurf

I. Zusammenfassung

Der vermeintliche Kosteneinsparungseffekt bei der EPG dürfte zudem durch die gravierenden Schwächen des Entwurfs bei weitem aufgewogen werden. Hervorzuheben sind insbesondere folgende Kritikpunkte:

1. In wichtigen Teilbereichen enthält das EPG-Statut der Kommission nur rudimentäre Vorschriften und vertraut weitgehend auf eine Regelung in der Satzung durch die Gesellschafter, denen sog. Regelungsaufträge erteilt werden. Gerade kleinere und mittlere Unternehmen als Hauptadressaten der neuen Rechtsform dürften mit der Umsetzung dieser Regelungsaufträge regelmäßig überfordert sein. Außerdem sind Streitigkeiten durch Regelungslücken vorprogrammiert.
2. Die unzulängliche Regelungstechnik des Entwurfs ist deshalb besonders gravierend, weil bei der Gründung der EPG die Überprüfung des Gesellschaftsvertrages auf maximal eine Stelle beschränkt wird: Die Mitgliedstaaten werden vor die Wahl ge-

1 Richtlinie 89/666/EWG.

stellt, die Gründungskontrolle entweder allein dem Notar zu überlassen oder ihre Registergerichte einer Flut von ungefilterten Anträgen auszusetzen. Darüber hinaus sollen Satzungsänderungen der registerrechtlichen Überprüfung offenbar ganz entzogen werden. Unter Abkehr von anerkannten Grundsätzen des Europäischen Gesellschaftsrechts wird die Teilnahme nichtiger Kapitalgesellschaften am Rechtsverkehr erheblich erleichtert, indem das bisherige Konzept der präventiven Rechtskontrolle für die EPG zu Lasten der Sicherheit des Rechtsverkehrs ohne sachlichen Grund weitgehend aufgegeben wird. In jedem Fall ist mit erheblichen Mehrbelastungen der Justiz zu rechnen.

3. Die Übertragung von Geschäftsanteilen wird den Gesellschaftern allein überlassen. Die Auswechslung von Gesellschaftern ist ohne jegliche Identitätskontrolle möglich. Weil der Kreis der Anteilseigner dadurch beliebig manipulierbar ist, greifen Maßnahmen der Mitgliedstaaten zur Missbrauchsbekämpfung weitgehend ins Leere. Firmenbestattungen und Geldwäsche werden begünstigt, die Besteuerung von Dividenden und Veräußerungsgewinnen wird spürbar erschwert.
4. Der Gläubigerschutz wird vernachlässigt, da der Kommissionsentwurf auf ein nennenswertes Mindestkapital verzichtet. Zur Kapitalaufbringung schweigt sich der Kommissionsvorschlag ganz aus. Die Kapitalerhaltungsvorschriften sind schwach ausgeprägt. Namentlich kleine Gläubiger wie Handwerker oder Verbraucher drohen im Insolvenzfall leer auszugehen.
5. Gesellschaftskapital und Sitz sind keine zwingenden Satzungsbestandteile, obwohl ihnen als Strukturelement bzw. für die Bestimmung anwendbarer Rechtsvorschriften eine besondere Bedeutung zukommt und sie deshalb einschließlich jeder Änderung offengelegt werden sollten.
6. Die Möglichkeit der Aufspaltung von Satzungs- und Verwaltungssitz bringt erhebliche Schwierigkeiten mit sich und fördert die Umgehung sozialer und rechtspolitischer Schutzvorschriften der Mitgliedstaaten. So wird eine effektive Register- und Rechnungslegungspflicht in demjenigen Mitgliedstaat unterlaufen, in dem sich der Schwerpunkt der wirtschaftlichen Aktivitäten der Gesellschaft befindet. Im Übrigen lässt sich die unternehmerische Mitbestimmung für deutsche Unternehmen durch die Wahl des Sitzungssitzes in einem anderen Mitgliedstaat ohne Regelungen zur Mitbestimmung umgehen.
7. Die genannten Nachteile wiegen umso schwerer, als der Kommissionsentwurf für die EPG anders als bei der SE keinen Auslandsbezug erfordert. Die EPG soll prinzipiell

jedem inländischen Unternehmen offenstehen und ermöglicht so eine weitgehende Verdrängung nationaler Gesellschaftsformen.

II. Im Einzelnen:

1. Überforderung der Gründer durch Regelungsaufträge

In wichtigen Teilbereichen enthält das EPG-Statut nur rudimentäre Vorschriften und vertraut weitgehend auf eine Regelung in der Satzung durch die Gesellschafter, denen in Anhang I eine für den juristischen Laien verwirrende Vielfalt an „Regelungsaufträgen“ erteilt wird. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Stückelung und Ausgestaltung der Anteile, die Aufbringung und Erhaltung eines fakultativen Gesellschaftskapitals und nicht zuletzt im Hinblick auf die innere Organisation der Gesellschaft. Vor dem Hintergrund, dass kleine und mittlere Unternehmen Hauptadressaten der neuen Rechtsform sind, erscheint diese Regelungstechnik missglückt. Denn die Gründer dürften hier vielfach überfordert sein. Der weitgehende Verzicht auf dispositive Gesetzesregeln bei gleichzeitigem Ausschluss des nationalen Rechts² führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Es mangelt schon an einem Prüfungsmaßstab für getroffene Satzungsbestimmungen, da in diesem Bereich keine dispositiven Regelungen im EPG-Statut vorgesehen sind und ein Rückgriff auf das nationale Recht der Mitgliedstaaten ausgeschlossen ist. Angesichts der hohen Arbeitsbelastung des EuGH wird man – nach Ausschöpfung des nationalen Instanzenzuges – lange auf eine klärende Rechtsfortbildung im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren warten müssen. Regelungslücken dürfen wegen Art. 4 VO-E ebenfalls nicht durch nationale Regelungen ausgefüllt werden. Entgegen der Annahme der Entwurfsbegründung dürfte ein derart „flexibler Aufbau“³ nicht zu Kosteneinsparungen, sondern zu erheblichem Mehraufwand in Form von Beratung oder Gerichtsprozessen für die Beteiligten führen, weil Unsicherheiten und Streitigkeiten durch das Fehlen notwendiger Regelungen als Prüfungsmaßstab und zur Lückenausfüllung geradezu vorprogrammiert sind. Erhebliche zusätzliche Kosten werden die Folge sein.

2. Aushöhlung der Wirksamkeitskontrolle und Beeinträchtigung des nationalen Registerverfahrens

Das EPG-Statut führt in der von der Kommission vorgeschlagenen Form zu einer massiven Verringerung der Richtigkeitsgewähr und greift in erheblichem Umfang in das nationale Registerverfahren ein. Denn nach dem vorgelegten Entwurf wird nicht nur auf die Vorgabe jeglicher verbindlicher Mindeststandards für die Wirksamkeits- und

2 Vgl. Art. 4 VO-E und Begründung, S. 6.

3 Begründung, S. 7.

Richtigkeitsgewähr der Gesellschaft verzichtet. Vielmehr werden Regelungen zur Überprüfung des materiellen Inhalts der Satzung bei der Gründung eingeschränkt und bei Satzungsänderungen offenbar ganz ausgeschlossen. Der Kommissionsentwurf unterschreitet damit den durch die Richtlinie 68/151/EWG (nachfolgend „Publizitätsrichtlinie“) gewährleisteten Mindeststandard. In der Konsequenz erlaubt der Verordnungsentwurf in der jetzigen Fassung zugleich eine Umgehung mitgliedstaatlicher Vorschriften zur Sicherstellung der Besteuerung und zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung.

a) Einschränkung der Gründungskontrolle

Die Gründungskontrolle soll nach Art. 10 Abs. 4 VO-E auf maximal eine Stelle reduziert werden. Die Mitgliedstaaten werden vor die Wahl gestellt, die Kontrolle der Satzung entweder allein dem Notar zu überlassen oder ihre Registergerichte einer Flut von ungefilterten Anträgen mit erheblichem Verzögerungspotenzial durch Zwischenverfügungen aufgrund fehlerhafter Gesellschaftsverträge auszusetzen. Die in zahlreichen Mitgliedstaaten gängige arbeitsteilige Organisation der verschiedenen bei der Gründung von Kapitalgesellschaften im öffentlichen Interesse wahrzunehmenden Aufgaben – Beratung und Belehrung der Gesellschaftsgründer, Wahrung der Vorschriften zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, beweissichere Errichtung des Gründungsakts, Verlautbarung des Gründungsakts im Register, Information der Finanzbehörden – durch ein komplementäres Ineinandergreifen von Notar und Registergericht wird damit ausgeschlossen. Dabei wäre die günstige und hochwertige Beratung durch den Notar gerade bei der EPG wegen der verfehlten Regelungstechnik des EPG-Statuts (s. o. Abschnitt II.1.) besonders wichtig.

Würde man auf die öffentliche Beurkundung von Gesellschaftsvertrag und Satzungsänderungen verzichten, dürften sich die Registergerichte – falls man im Interesse der Sicherheit und Transparenz des Rechtsverkehrs an einer registergerichtlichen Kontrolle festhält – mit einer Vielzahl unwirksamer Satzungsbestimmungen konfrontiert sehen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass das EPG-Statut weitgehend auf dispositive Gesetzesbestimmungen verzichtet und den Gesellschaftern Regelungsaufträge im Umfang von nicht weniger als drei Seiten erteilt. Ohne die ordnende Funktion der notariellen Beurkundung ist hier in der Praxis zwangsläufig mit einer Vielzahl von Satzungsfehlern zu rechnen.

Ferner spricht der Entwurf lediglich von einer „Beglaubigung“⁴ als Alternative zur Rechtmäßigkeitskontrolle durch Justiz- oder Verwaltungsbehörden. Die (Unterschriften-) Beglaubigung ist jedoch nicht nur im deutschen Recht grundsätzlich auf eine bloße Kontrolle der Identität der Gründer beschränkt. Eine inhaltliche Überprüfung der Erklärungen der Gründer findet anders als bei der öffentlichen Beurkundung nicht statt.

Außerdem besteht in Deutschland bei einer bloßen (Unterschriften-) Beglaubigung anders als bei der Beurkundung keine Vollzugspflicht des Notars. Der Notar ist daher bei der bloßen Beglaubigung nicht zum elektronischen Registervollzug und zur Einreichung von XML-Strukturdaten verpflichtet, die vom Registerrichter per Mausklick übernommen und in eine Handelsregistereintragung umgewandelt werden können. Der mit der Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs zum 1. Januar 2007 verbundene Entlastungs- und Beschleunigungseffekt geht verloren. Die Justiz wird erneut mit erheblichem Erfassungsaufwand belastet.

b) Wegfall der Rechtmäßigkeitskontrolle von Satzungsänderungen

Für Satzungsänderungen scheint das EPG-Statut in Art. 8 Abs. 2 und 3 VO-E von der Möglichkeit zur privatschriftlichen Vornahme auszugehen. Denn nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 8 Abs. 3 lit. (a) VO-E werden Satzungsänderungen bereits mit der privatschriftlichen Beschlussfassung durch die Gesellschafter wirksam. Außerdem scheint zur Wirksamkeit keine Eintragung mehr im Register erforderlich zu sein. Lediglich gegenüber Dritten soll sich die Gesellschaft auf die Satzungsänderung erst nach der Bekanntmachung im jeweiligen Amtsblatt⁵ berufen können (Art. 8 Abs. 3 lit. [b] VO-E). Anders als bei der Gründung (Art. 9 Abs. 1 und 2 VO-E) ist eine konstitutive Wirkung der Eintragung bei der Satzungsänderung damit offenbar ausgeschlossen.

Ob die Mitgliedstaaten überhaupt an einer irgendwie gearteten inhaltlichen Kontrolle von Satzungsänderungen durch Registergericht oder Notar festhalten dürfen, ist mehr als zweifelhaft. Denn der Verordnungsentwurf will die Rechtsverhältnisse der EPG abschließend regeln und lässt keinen Raum für zusätzliche mitgliedstaatliche Anforderungen, sofern nicht ausdrücklich auf das nationale Recht verwiesen wird.⁶ Anders als für die Bestimmung des Registers (Art. 9 Abs. 1 VO-E) und für die Bekanntmachung von Satzungsänderungen (Art. 8 Abs. 3 lit. [b] VO-E) ist ein allgemeiner Verweis auf das nationale Recht für die Wirksamkeitskontrolle von Satzungsbestimmungen nicht vorgesehen.

4 Art. 10 Abs. 4 lit. (b) VO-E.

5 In Deutschland im elektronischen Bundesanzeiger.

6 Art. 4 VO-E und Begründung, S. 6.

c) Abkehr von anerkannten Grundsätzen des Europäischen Gesellschaftsrechts

Die Einschränkung der Überprüfung des Gesellschaftsvertrages und der Ausschluss der Kontrolle von Satzungsänderungen stellen einen fundamentalen Bruch mit den bisherigen Grundsätzen des Europäischen Gesellschaftsrechts dar. Bislang schreibt Art. 10 Publizitätsrichtlinie für Kapitalgesellschaften vor, dass die Satzung und jede ihrer Änderungen entweder öffentlich beurkundet oder von der Registerbehörde inhaltlich überprüft werden müssen. Deutschland sieht mit zahlreichen anderen Mitgliedstaaten zur Erhöhung der Richtigkeitsgewähr und zur Entlastung der registerführenden Stelle kumulativ öffentliche Beurkundung und registergerichtliche Kontrolle vor. Diese Regelung gilt über den Verweis auf die nationalen Umsetzungsvorschriften zur Publizitätsrichtlinie auch für die SE (Art. 15 und 13 SE-VO⁷). Hintergrund dieser Regelung ist, dass nur wirksame Gesellschaften am Rechtsverkehr teilnehmen sollen.

Warum die Kommission nunmehr in Abkehr von den bisherigen Grundprinzipien des Gemeinschaftsrechts die Teilnahme nichtiger Kapitalgesellschaften am Rechtsverkehr erleichtern möchte, ist nicht nachvollziehbar. Möglicherweise will die Kommission dem Umstand Rechnung tragen, dass England unter Verletzung seiner gemeinschaftsrechtlichen Pflichten die Vorgabe einer inhaltlichen Kontrolle der Satzung in Art. 10 Publizitätsrichtlinie bislang nicht vollständig umgesetzt hat. Dort ist die Prüfung des *Registrars* beim *Companies House* auf die Vollständigkeit der Unterlagen, die Richtigkeit der Firma und die Zulässigkeit des Gesellschaftszwecks beschränkt.⁸ Das in Art. 10 Publizitätsrichtlinie niedergelegte Konzept der präventiven Rechtskontrolle ist einem Modell ohne inhaltliche Prüfung wie in England jedoch nicht zuletzt auch unter dem Gesichtspunkt der Transaktionskosten überlegen. Die rechtliche Kontrolle durch registergerichtliche Prüfung und öffentliche Beurkundung gewährleistet zusammen mit der beweiskräftigen Niederlegung der gesellschaftsrechtlichen Vereinbarungen Rechtssicherheit und Rechtsfrieden und vermeidet später teure gerichtliche Auseinandersetzungen. Sachliche Gründe für eine Abkehr von diesem Konzept der präventiven Rechtskontrolle sind nicht ersichtlich und werden von der Kommission auch nicht dargelegt.

d) Erleichterung von Firmenbestattungen und Geldwäsche durch Wegfall der Identitäts- und Authentizitätsprüfung

Der Verordnungsentwurf schreibt für die Gründung einer EPG in Art. 10 Abs. 1 Satz 2 die Möglichkeit zur Online-Anmeldung vor. Dies steht grundsätzlich im Einklang mit Art. 3 Abs. 2 Publizitätsrichtlinie, wonach Anmeldungen zum Handelsregister

⁷ Verordnung (EG) Nr. 2157/2001.

⁸ Näher Knechtel/Reichelt/Zib, Europäisches Handelsregister, Wien 2000, S. 103.

elektronisch möglich sein müssen. Während nach der Publizitätsrichtlinie besondere Anforderungen der Mitgliedstaaten zur Gewährleistung der Authentizität der Registeranmeldungen jedoch ausdrücklich zulässig sind,⁹ äußert sich der Verordnungsentwurf hierzu nicht.

In Deutschland und in vielen anderen kontinentaleuropäischen Mitgliedstaaten wird bislang durch eine öffentliche Beglaubigung der Handelsregisteranmeldung sichergestellt, dass nur berechtigte Personen Eintragungen im Register veranlassen können. Eine sichere Identifizierung der Gesellschafter und Geschäftsführer scheidet bei Online-Anmeldungen ohne eine Überprüfung der Person des Anmeldenden jedoch aus. Firmenbestattern wird Tür und Tor geöffnet. Durch Anmeldung fiktiver Geschäftsführer und Gesellschafter können Zustellungen wesentlich verzögert und erschwert werden. Insolvenzantragspflichten laufen ebenfalls leer, wenn keine Antragspflichtigen greifbar sind. Mangels Identifizierung der hinter der Gesellschaft stehenden Personen wäre die EPG auch für Geldwäschezwecke besonders geeignet. Jedes Kreditkartenunternehmen stellt an die Identifizierung seiner Kunden höhere Anforderungen als der Kommissionsentwurf.

e) Gefährdung der Registerpublizität

Die Erfahrungen aus England zeigen, dass bei Online-Anmeldungen ohne Identitätskontrolle erhebliche Probleme mit sog. „*Company Hijacking*“ bestehen. So warnt das englische *Companies House* auf seiner Homepage (www.companieshouse.gov.uk) farblich herausgehoben an prominenter Stelle vor sog. „*Identity Fraud*“. Damit wird das in England mittlerweile geläufige Phänomen bezeichnet, dass sich Nichtberechtigte als Geschäftsführer einer Gesellschaft zum Register anmelden, um dann für diese Geschäfte abzuschließen. Vom Anspruch der Richtigkeitsgewähr hat man sich in England längst verabschiedet.¹⁰ Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass die Registerpublizität in England kaum Bedeutung hat.¹¹

Demgegenüber weist das Handelsregister in Deutschland und zahlreichen anderen kontinentaleuropäischen Mitgliedstaaten weit reichende Publizitätswirkungen auf. Geschäftspartner können sich hierzulande gegenüber der Gesellschaft regelmäßig auf die im Register verlautbarten Angaben zu Vertretungsverhältnissen und Haftungsverfassung berufen, selbst wenn diese nicht zutreffen. Damit wird ein umfassender Schutz des Rechtsverkehrs erreicht. Diese Wirkung rechtfertigt sich daraus, dass die Angaben im deutschen

9 Siehe Erwägungsgrund 6 der Richtlinie 2003/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.07.2003 zur Änderung der Richtlinie 68/151/EWG, ABl. Nr. L 221 vom 4.9.2003, S. 13. Danach trifft die Pflicht zur Ermöglichung der elektronischen Anmeldung die Mitgliedstaaten lediglich „unbeschadet der grundlegenden Anforderungen und vorgeschriebenen Formalitäten des einzelstaatlichen Rechts“.

10 Bezeichnenderweise empfiehlt das *Companies House* den Geschäftsführern zur Bekämpfung von *Identity Fraud*, im Wege der Selbstkontrolle regelmäßig einen Blick auf die Registereintragungen der eigenen Gesellschaft zu werfen.

11 Näher *Bormann/Apfelbaum*, ZIP 2007, 946, 948.

Handelsregister eine hohe Richtigkeitsgewähr aufweisen. Die Richtigkeitsgewähr beruht auch auf der notariellen Identitäts- und Authentizitätsprüfung und auf der „Input-Kontrolle“ des Notars bei den eingereichten Gründungsurkunden, die den Registergerichten ein wesentliches Stück Arbeit abnimmt. Dieses System des kontinental-europäischen Registerrechts vereinfacht Transaktionen erheblich, weil zeit- und kostenintensive Nachforschungen über die Gesellschaft, ihre Organe und ihre Vertretungsverhältnisse im Gegensatz zu England und anderen Ländern mit niedrigeren Standards nicht erforderlich sind.

Der hohe kontinentaleuropäische Standard sollte nicht durch die EPG verwässert werden. Bei einer „Infizierung“ des Registerinhalts durch Verzicht auf eine Identitäts- und Authentizitätsprüfung müssten die weitreichenden Publizitätswirkungen des deutschen Handelsregisters sonst neu überdacht werden. Das Handelsregister als zuverlässige und billige Informationsquelle wäre in Frage gestellt. Zur Freude der rechts- und wirtschaftsberatenden Berufe dürfte sich dann auch hierzulande mittelfristig ein Markt für kosten-trächtige „*Legal Opinions*“ zur Existenz und Vertretungsberechtigung von Gesellschaften herausbilden.

f) Keine Offenlegung der Vertretungsverhältnisse

Im Zusammenhang mit den Vertretungsverhältnissen bei der EPG sieht der Kommissionsentwurf im Gegensatz zur Publizitätsrichtlinie keine Offenlegung vor (vgl. Art. 33 VO-E). Damit wird der bislang durch Art. 2 Abs. 1 lit. d) Publizitätsrichtlinie geprägte *acquis* hinsichtlich der Reichweite der Registerpublizität massiv unterschritten und der Rechtsverkehr mit ggf. aufwendigen Nachforschungen zur Vertretungsberechtigung der handelnden Gesellschaftsorgane belastet.

g) Abhilfe

Richtigerweise sollte für den Gründungsvorgang, für Kapitalmaßnahmen und für sonstige Satzungsänderungen auf die in Umsetzung von Art. 10 Publizitätsrichtlinie ergangenen mitgliedstaatlichen Vorschriften für nationale Kapitalgesellschaften verwiesen werden. Für das Registerverfahren sollte eine umfassende Verweisung auf die zur Umsetzung der Einreichungs- und Offenlegungsvorgaben nach Art. 3 Publizitätsrichtlinie ergangenen mitgliedstaatlichen Vorschriften erfolgen. Auf diese Weise lässt sich den anerkannten gemeinschaftsrechtlichen Standards für die Wirksamkeitsgewähr und die Registerpublizität von Kapitalgesellschaften ohne zusätzlichen Gesetzgebungsaufwand ganz einfach Rechnung tragen. Außerdem werden Brüche innerhalb der nationalen Registersysteme vermieden. Ferner müssen sich Geschäftspartner der EPG entsprechend den Vorgaben von Art. 2 Abs. 1 lit. d) Publizitätsrichtlinie verlässlich über die Vertretungsverhältnisse

der Gesellschaft informieren können. Auch insoweit sollte der Einfachheit halber auf die bereits bestehenden nationalen Umsetzungsvorschriften für die Offenlegung zurückgegriffen werden.

3. Fehlende Transparenz bei Anteilsveräußerungen

Die Übertragung von Geschäftsanteilen wird den Gesellschaftern nach dem EPG-Statut allein überlassen. Art. 16 Abs. 2 VO-E sieht vor, dass Anteilsübertragungen lediglich der Schriftform bedürfen. Damit wird sowohl eine Registrierung des Gesellschafterwechsels im Handelsregister als auch eine Vorfeldkontrolle der Wirksamkeit und Rechtmäßigkeit des Übertragungsakts durch öffentliche Beurkundung ausgeschlossen.

a) Mangelnde Überprüfbarkeit der Beteiligungsverhältnisse und deren negative Folgen

Die Auswechslung von Gesellschaftern ist nach dem Kommissionsentwurf ohne jegliche Identitätskontrolle möglich. Eine Überprüfung der Wirksamkeit des Übertragungsakts durch ein öffentliches Rechtspflegeorgan findet nicht statt. Zwar schreibt das EPG-Statut eine Aufnahme des neuen Gesellschafter in die Liste der Anteilseigner vor (Art. 16 Abs. 3 und 4 VO-E). Diese ist jedoch von der Gesellschaft zu führen und deshalb beliebig manipulierbar. Darüber hinaus dürfte eine solche Liste nicht allgemein zugänglich, sondern nur am Ort der Hauptverwaltung einsehbar sein.

Ohne einfache und sichere Feststellbarkeit der Beteiligungsverhältnisse werden Firmenbestattungen jedoch massiv erleichtert, weil bei Abtauchen der Geschäftsführer weder für Zustellungszwecke noch für die Insolvenzantragspflicht auf die Gesellschafter zurückgegriffen werden kann. Dagegen fördert die fehlende Überprüfung der Identität der Gesellschafter den Missbrauch der EPG für Geldwäschezwecke, weil sich einfach und ohne großen Aufwand verschleiern lässt, wer hinter der Gesellschaft steht. Mangels Dokumentation und Wirksamkeitskontrolle bei Abtretungsvorgängen müssen Erwerber von Geschäftsanteilen überdies erst im Rahmen ggf. kostspieliger Nachforschungen klären, ob dem Veräußerer der Anteil auch wirklich zusteht.

Mangels Einschaltung eines öffentlichen Rechtspflegeorgans bestehen anders als beispielsweise bei der GmbH auch keine steuerlichen Mitteilungspflichten¹², so dass die Finanzbehörden bei der EPG nach dem Kommissionsentwurf keine Kenntnis von dem Veräußerungsvorgang erhalten würden. Das dürfte die Besteuerung von Dividenden und Veräußerungsgewinnen erheblich erschweren. Insbesondere Vereinbarungen über die

12 Vgl. § 54 EStDV.

Gegenleistung oder über den Zeitpunkt der Vornahme der Anteilsübertragung sind beliebig manipulierbar und werden nicht mehr rechtssicher und beweiskräftig festgehalten. Sofern die Finanzbehörden danach überhaupt von dem Veräußerungsvorgang Kenntnis erhalten, müssen die der Anteilsübertragung zugrunde liegenden Vereinbarungen erst mühsam und zeitaufwendig beschafft werden. Die Effizienz des Besteuerungsverfahrens wird massiv beeinträchtigt.

b) Abhilfe

Das EPG-Statut sollte den Mitgliedstaaten für die Anteilsabtretung die Registrierung im Handelsregister oder die öffentliche Beurkundung als Alternativen vorgeben oder für die Formalitäten der Abtretung auf das nationale Recht verweisen. Es sollte den Mitgliedstaaten offenstehen, ein öffentliches Rechtspflegeorgan in den Übertragungsvorgang einzuschalten oder die Registrierung der Anteilsübertragung im Handelsregister vorzusehen.

Dies gilt erst recht vor dem Hintergrund, dass gemäß Art. 16 Abs. 5 Satz 2 VO-E ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten nach den mitgliedstaatlichen Vorschriften möglich sein soll. Das setzt nach kontinentaleuropäischem Verständnis zum Schutz des wahren Berechtigten vor einem Rechtsverlust die Existenz eines zuverlässigen öffentlichen Rechtsscheinträgers in Form einer Registrierung im Handelsregister oder einer öffentlichen Urkunde voraus. Ist der Rechtsscheinträger hingegen wie nach dem Kommissionsentwurf beliebig manipulierbar, darf es einen gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten nicht geben.

4. Vernachlässigung des Gläubigerschutzes

Der Kommissionsentwurf stellt eine Abkehr vom bewährten System der Aufbringung eines nennenswerten Mindestkapitals bei Gründung der Gesellschaft dar. Praktisch noch bedeutsamer dürfte aber das weitgehende Fehlen von Kapitalerhaltungsregeln sein. Eine EPG, die ohne Gesellschaftskapital gegründet werden kann und bei der zudem im Kapitalaufbringungsbereich keine Pflicht zur Thesaurierung etwaiger Gewinne und zur Bildung von Rücklagen besteht, wird den Mindestanforderungen an den Schutz von Gesellschaftsgläubigern nicht gerecht und lädt zugleich zu einem Missbrauch der EPG für illegale Zwecke ein.

a) Abkehr vom Prinzip der Aufbringung eines nennenswerten Mindestkapitals

Die Kommission sieht die Existenz eines Mindesthaftungsfonds anders als die Mehrheit der Mitgliedstaaten¹³ offenbar nicht als gläubigerschützend an. Die EPG kann deshalb bereits mit einem Gesellschaftskapital von nur einem Euro gegründet werden (Art. 19 Abs. 4 VO-E). Obwohl die EPG damit praktisch ohne Gesellschaftskapital existieren kann, besteht anders als bei der durch das MoMiG eingeführten UG (haftungsbeschränkt) im Kapitalaufbringungsbereich keine Pflicht zur Thesaurierung etwaiger Gewinne und zur Bildung von Rücklagen. Außerdem wird der Rechtsverkehr bei kapitallosen EPGs anders als bei der UG (haftungsbeschränkt) nicht gesondert auf die Haftungsbeschränkung hingewiesen.

Die Kommission verkennt damit die Funktion des Mindestkapitals als Seriositätsschwelle, Korrelat zur Haftungsbeschränkung und Verlustpuffer in der wirtschaftlich oft schwierigen Startphase. Der Kapitaleinsatz hat überdies eine verhaltenssteuernde Wirkung, da der Gesellschafter ein Interesse am Erhalt seiner aus dem Eigenvermögen geleisteten Einlage hat. Denn je höher das unternehmerische Risiko ist, desto größer wird der Antrieb sein, wirtschaftlich zu arbeiten. Ein Mindestmaß an Kapitalaufbringung ist gerade im Interesse kleiner Gläubiger (insbesondere Verbraucher und Arbeitnehmer) geboten. Das angelsächsische Modell, das kein Mindestkapital kennt, will den Gläubigerschutz durch privatautonom geschlossene Vereinbarungen über Personal- oder Real sicherheiten bzw. über Einflussrechte auf die Geschäftsführung (*covenants*) sicherstellen. Von diesem Modell geht offenbar auch die Kommission aus. Dabei ist ihr anscheinend jedoch nicht bewusst, dass dieses Modell bei kleineren Gläubigern regelmäßig versagt, da diesen eine entsprechende Verhandlungsmacht üblicherweise nicht zukommt. Handwerker und andere kleine Gläubiger (wie z. B. Verbraucher bei Mängelansprüchen) gehen im Vollstreckungs- oder Insolvenzfall regelmäßig leer aus, weil sie – anders als etwa Banken – keine besondere Absicherung ihrer Ansprüche durchsetzen können. Nicht ohne Grund hatte das Europäische Parlament deshalb in seiner Entschließung vom 29.11.2006 zum Statut einer Europäischen Privatgesellschaft gegenüber der Kommission ein Mindestkapital von EUR 10.000 gefordert.

b) Unzureichende Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsregeln

Der Kommissionsentwurf verzichtet ferner weitgehend auf effektive Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsregeln. So müssen die Gesellschafter zwar „das vereinbarte

¹³ Auf das Prinzip der Aufbringung eines nennenswerten Mindestkapitals verzichten von den Mitgliedstaaten der Europäischen Union nur das Vereinigte Königreich, Irland, Frankreich und Zypern. Eine gemeinschaftsrechtliche Verankerung des Mindestkapitalprinzips findet sich zudem in Art. 4 Abs. 2 SE-VO und in Art. 6 Abs. 1 der Zweiten Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie 77/91/EWG.

Entgelt“ für ihre Anteile entrichten, dies jedoch nur „im Einklang mit der Satzung“ (Art. 20 Abs. 1 VO-E). Ausschüttungen an die Gesellschafter sind solange zulässig, wie keine Überschuldung eintritt („Bilanztest“). Sperrfristen bei Kapitalherabsetzungen sind nicht vorgesehen. Anders als bei der deutschen GmbH kann der Gegenstand einer Sacheinlage auch in Dienstleistungen der Gesellschafter bestehen, was erhebliches Täuschungspotenzial zu Lasten des Rechtsverkehrs eröffnet. Die Festlegung der Bewertungsmaßstäbe für Sacheinlagen wird darüber hinaus allein den Gesellschaftern überlassen. Ein Sachgründungsbericht ist nicht vorgesehen. Eine registergerichtliche Kontrolle der Werthaltigkeit der Sacheinlage scheint ausgeschlossen zu sein.¹⁴

c) Abhilfe

Im EPG-Statut sollte jedenfalls ein angemessenes Mindestkapital vorgesehen werden, das nicht ausgeschüttet werden darf.

5. Zwingende Satzungsbestandteile

Die Höhe des jeweils maßgebenden Gesellschaftskapitals ist nach dem Entwurf der Kommission offenbar kein zwingender Satzungsbestandteil der EPG, da sie in Anhang I, Kapitel IV (Kapital) nicht genannt ist. Als eines der für den Rechtsverkehr maßgebenden Strukturelemente einer Kapitalgesellschaft sollte die Höhe des Kapitals jedoch notwendiger Bestandteil der Satzung sein und damit zugleich an den für die Satzung und ihre Änderung maßgebenden rechtlichen Kontroll- und Publizitätsvorschriften teilnehmen. Der Entwurf sieht derzeit nur für das Gründungskapital die Aufnahme in die Satzung vor. Eine unterschiedliche Behandlung des Gründungskapitals und späterer Änderungen ist jedoch sachlich nicht gerechtfertigt.

Auch der Sitz der Gesellschaft muss zwingender Satzungsbestandteil sein, da der satzungsmäßige Sitz zentrale Bedeutung für das Registerverfahren und für das anwendbare Recht in den durch die Verordnung nicht geregelten Bereichen (wie z. B. Arbeits-, Insolvenz-, Steuer- und Mitbestimmungsrecht) besitzt.

6. Möglichkeit der Aufspaltung von Satzungs- und Verwaltungssitz

Art. 7 Abs. 2 VO-E sieht die Möglichkeit der Aufspaltung von Satzungs- und Verwaltungssitz vor. Eine solche Aufspaltung birgt jedoch erhebliche Missbrauchsgefahren

¹⁴ Art. 10 Abs. 4 lit. (a) VO-E beschränkt die Überprüfung ausdrücklich auf die Rechtmäßigkeit der „Dokumente und Angaben“ der EPG. Eine Kontrolle der tatsächlichen Werthaltigkeit von Sacheinlagen (wie z. B. anhand eines Werthaltigkeitsgutachtens) ist dagegen nach dem Wortlaut des Entwurfs nicht vorgesehen.

zum Nachteil der Gesellschaftsgläubiger und ermöglicht die Umgehung sozialer und rechtspolitischer Schutzvorschriften der Mitgliedstaaten.

a) Unterlaufen der Rechnungslegungs- und Registerpublizität

Kernstück der Transparenz im Gesellschaftsrecht ist das öffentliche Handels- bzw. Unternehmensregister, das die Mitgliedstaaten nach Maßgabe der Publizitätsrichtlinie zu führen haben. Es dokumentiert als zentraler Bestandteil der Unternehmenspublizität die Existenz eines Unternehmens, die Handlungsbefugnis seiner Vertreter sowie das hinter dem Unternehmen stehende Haftungskapital bzw. die haftenden Personen. Darüber hinaus wird durch die Offenlegung des Jahresabschlusses ein gewisses Bild von der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens vermittelt.

Bei Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz ist am Ort der Hauptverwaltung lediglich eine Zweigniederlassung anzumelden. Offengelegt wird bei dieser Zweigniederlassung nach Maßgabe von Art. 2 Richtlinie 89/666/EWG ein auf deren Geschäftsbetrieb beschränkter Registerbestand. Im Übrigen wird auf den Registerbestand des Satzungssitzes verwiesen. Der Jahresabschluss ist meist nur in der Sprache und nach den Bilanzierungsregeln des Satzungssitzes verfügbar. Eine effektive Information der Gläubiger über die rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft findet in dem Mitgliedstaat, in dem das Zentrum der geschäftlichen Aktivitäten liegt, folglich nicht statt.

Bisherige Erfahrungen zeigen zudem, dass Anteilseigner und Geschäftsführer die Eintragung einer Zweigniederlassung am Verwaltungssitz der Gesellschaft häufig ganz unterlassen. Weil die Haftungsbeschränkung bei Kapitalgesellschaften regelmäßig schon mit der Eintragung in das Register am Ort des Satzungssitzes eintritt, besteht für sie oft kein Anreiz mehr, am Ort der Hauptverwaltung überhaupt noch eine „Zweigniederlassung“ anzumelden. Zwar verstoßen sie damit gegen registerrechtliche Vorschriften. Die Sanktionsmöglichkeiten der Registerbehörden am Ort des Verwaltungssitzes sind aber regelmäßig schwach, weil sie meist nicht einmal Kenntnis von der Existenz der Gesellschaft erlangen. Umgekehrt haben die Registerbehörden am Ort des Satzungssitzes bei Gesellschaften mit Verwaltungssitz im Ausland vielfach kein Interesse an einer effektiven Überwachung der Offenlegungspflichten, weil der Geschäftsverkehr im eigenen Land von Unstimmigkeiten normalerweise nicht betroffen ist.

b) Umgehung der unternehmerischen Mitbestimmung

Eine weitere Konsequenz der Aufspaltbarkeit von Satzungs- und Verwaltungssitz ist die Möglichkeit zur Umgehung der unternehmerischen Mitbestimmung. Zwar scheint der

Entwurf den Arbeitnehmerinteressen auf den ersten Blick durchaus Rechnung zu tragen, wenn er für die Konstellation der grenzüberschreitenden Verschmelzung und für die Konstellation der Verlegung des Satzungssitzes Schutzvorschriften zum Erhalt des bestehenden Mitbestimmungsniveaus nach dem Vorbild der SE-Verordnung oder der Verschmelzungsrichtlinie vorsieht (Art. 34 Abs. 2 und 3, Art. 38 VO-E).

Für den praktisch ungleich wichtigeren Fall der Neugründung einer EPG erklärt Art. 34 Abs. 1 VO-E jedoch ganz lapidar die Mitbestimmungsregeln des Satzungssitzes für anwendbar. Sind solche nicht vorhanden, bleibt die EPG mitbestimmungsfrei. Jedes in der Rechtsform einer EPG organisierte Unternehmen in Deutschland kann also die unternehmerische Mitbestimmung ganz einfach dadurch ausschalten, dass es als Satzungssitz z. B. London wählt, weil etwa in Großbritannien keine Mitbestimmung existiert. Anders als bei Scheinauslandsgesellschaften, wo dem einzelnen Mitgliedstaat in den von der Niederlassungsfreiheit gezogenen Grenzen wenigstens prinzipiell noch die Möglichkeit zur Erstreckung der eigenen Mitbestimmungsregeln auf fremde Gesellschaftsformen verbleibt, ist dies bei der EPG wegen des abschließenden Charakters des Statuts (vgl. Art. 4 VO-E) ausgeschlossen. Auch bei Verschmelzungen gilt der Schutz des bestehenden Mitbestimmungsniveaus nach dem Wortlaut des Art. 34 Abs. 3 VO-E nur dann, wenn eine der beteiligten Ausgangsgesellschaften eine EPG ist. Werden zwei Gesellschaften nationaler Rechtsform zu einer EPG verschmolzen, besteht offenbar die gleiche Situation wie bei einer Neugründung. So kann z. B. eine deutsche GmbH durch Verschmelzung mit einer extra für diesen Zweck gegründeten englischen Limited offenbar jederzeit zu einer mitbestimmungsfreien EPG mit Sitz in London verschmolzen werden.

Schon heute beruht die Beliebtheit der SE hierzulande nicht zuletzt darauf, dass sich mit ihr eine „Versteinerung“ eines niedrigeren Mitbestimmungsniveaus erreichen lässt. So wandeln sich deutsche Unternehmen durch Verschmelzung mit einem ausländischen Umwandlungsvehikel immer häufiger in eine SE um, bevor sie die Schwelle zur paritätischen Mitbestimmung überschreiten. Bedenkt man, dass die Kommission auch bei der SE den bisherigen Gleichlauf von Satzungs- und Verwaltungssitz aufgeben möchte,¹⁵ wäre die Mitbestimmung sowohl für börsennotierte als auch für nicht börsennotierte Kapitalgesellschaften europäischer Rechtsform weitgehend beseitigt. Eine derart weitreichende Abkehr von der Mitbestimmung dürfte die politische Akzeptanz der EPG erheblich vermindern.

¹⁵ Vgl. Mitteilung der Kommission über ein vereinfachtes Unternehmensumfeld in den Bereichen Gesellschaftsrecht, Rechnungslegung und Abschlussprüfung vom 10. Juli 2007, KOM(2007) 394 endg., Anhang 3.2.

c) Bankruptcy Shopping

In diesem Zusammenhang sei auf die in der Fachpresse erhobene Forderung hingewiesen, das anwendbare Insolvenzrecht an den Ort des Satzungssitzes anzuknüpfen.¹⁶ Dies würde den Unternehmern ein „bankruptcy shopping“ in dem Sinne ermöglichen, dass sie sich bei drohender Zahlungsunfähigkeit durch die einfache Verlegung des Satzungssitzes noch schnell das für sie günstigste Insolvenzrecht „aussuchen“ könnten. Es liegt auf der Hand, dass hierdurch der Gläubigerschutz und dabei auch der Arbeitnehmerschutz empfindlich beeinträchtigt würden. Hinsichtlich des anwendbaren Insolvenzrechtes muss daher – entsprechend der gegenwärtigen Rechtslage bei anderen Kapitalgesellschaften – auf den Verwaltungssitz und nicht auf den Satzungssitz abgestellt werden.

d) Abhilfe

Vermeiden lassen sich die vorgenannten Problembereiche dagegen ganz einfach mit einem Gleichlauf von Satzungs- und Verwaltungssitz.

7. Fehlen eines grenzüberschreitenden Bezuges

Die geschilderten Nachteile wiegen umso schwerer, als nach dem Entwurf ein grenzüberschreitender Bezug für die Gründung einer EPG nicht erforderlich ist. Vielmehr soll die EPG grundsätzlich jedem inländischen Unternehmen als Rechtsform offenstehen und ermöglicht auf diese Weise eine weitgehende Verdrängung nationaler Gesellschaftsformen.

Zwar mag man die mit derartigen Projekten zwangsläufig verbundenen regelungstechnischen Unzulänglichkeiten bei grenzüberschreitendem Bezug angesichts der möglichen Vereinfachung der Gründung von Tochtergesellschaften im Ausland für hinnehmbar halten. Eine Öffnung der EPG für Inlandssachverhalte erscheint vor diesem Hintergrund jedoch zweifelhaft. Im Übrigen ist die gemeinschaftsrechtliche Regelung von Inlandssachverhalten auch im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip des EG-Vertrages problematisch.

Richtigerweise sollte deshalb schon aus kompetenzrechtlichen Gründen ein grenzüberschreitender Bezug festgelegt werden, der nicht ohne weiteres umgangen werden kann. Als Konsequenz sollte beispielsweise verlangt werden, dass mindestens ein Anteilseigner mit signifikantem Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft (z. B. mit der nach

¹⁶ Vgl. *Teichmann*, Status:Recht 2008, 228, 229.

Art. 27 Abs. 2 UAbs. 2 VO-E vorgesehenen Sperrminorität von über 1/3 der Stimmrechte) seinen Wohn- bzw. Sitzungssitz in einem anderen Mitgliedstaat hat als die EPG.

Wir würden uns freuen, wenn unsere Anmerkungen in den Stellungnahmen der Bundesregierung und in den weiteren Beratungen im Rat Berücksichtigung fänden, und stehen Ihnen für Rückfragen gerne jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

gez.

(Dr. Jens Bormann)
Hauptgeschäftsführer