

Berlin, Februar 2009
Stellungnahme Nr. 17/2009
abrufbar unter www.anwaltverein.de

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Handelsrechtsausschuss

zum

Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft

Mitglieder des Ausschusses:

Prof. Dr. Michael Hoffmann-Becking (Vorsitzender und Berichterstatter)

Dr. Christian Decher

Dr. Hans Friedrich Gelhausen

Dr. Wilhelm Happ

Dr. Peter Hemeling

Dr. Georg Hohner

Dr. Hans-Christoph Ihrig (Berichterstatter)

Prof. Dr. Gerd Krieger

Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer (Berichterstatter)

Prof. Dr. Reinhard Marsch-Barner

Dr. Welf Müller (Berichterstatter)

Dr. Andreas Pentz

Prof. Dr. Arndt Raupach

Dr. Bodo Riegger (Berichterstatter)

Prof. Dr. Johannes Semler

Prof. Dr. Walter Sigle

Prof. Dr. Frank A. Schäfer

Dr. Martin Winter

Zuständiger DAV-Geschäftsführer:

Rechtsanwalt Jens Wagener

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz
 Bundesministerium der Finanzen
 Vorsitzender des Rechtsausschusses des Bundestages
 Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
 Landesgruppen und -verbände des DAV
 Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des DAV
 Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des DAV
 Handelsrechtsausschuss des DAV
 Bundesrechtsanwaltskammer
 Bundesnotarkammer
 Deutscher Notarverein
 Institut der Wirtschaftsprüfer (IdW)
 Deutscher Richterbund
 Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)
 Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz (DSW)
 Deutscher Steuerberaterverband
 Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)
 Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK)
 Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft
 Bundesverband Deutscher Banken
 Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger e.V. (SdK) - Die Aktionärsvereinigung –
 Die Aktiengesellschaft
 GmbH-Rundschau
 NZG Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
 WM Wertpapiermitteilungen
 ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
 Börsenzeitung
 Handelsblatt
 Frankfurter Allgemeine Zeitung
 Financial Times Deutschland

Europa:

Kommission der Europäischen Gemeinschaften
 - Generaldirektion Binnenmarkt und Dienstleistungen
 Europäisches Parlament
 - Rechtsausschuss
 - Ausschuss Wirtschaft und Währung
 - Ausschuss Beschäftigung und soziale Angelegenheiten
 Rat der Europäischen Union
 Ständige Vertretung der Bundesrepublik Deutschland bei der EU
 Justizreferenten der Landesvertretungen
 Rat der Europäischen Anwaltschaften (CCBE)
 Vertreter der Freien Berufe in Brüssel

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

- 1 Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat am 25. Juni 2008 ihren Vorschlag für eine Verordnung über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft (Societas Privata Europaea – SPE) vorgelegt. Der Handelsrechtsausschuss des DAV nimmt dazu wie folgt Stellung.

I. Allgemeines

- 2 Die vorgeschlagene neue europäische Gesellschaftsform
- soll kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) ohne großen Aufwand ermöglichen, in verschiedenen Mitgliedstaaten in haftungsbeschränkter Form unternehmerische Tätigkeit zu entfalten oder sich in einem einzelnen Mitgliedstaat in einer Rechtsform zu organisieren, die im gesamten Raum der EU bekannt und anerkannt ist und deshalb den Geschäftsverkehr mit Angehörigen anderer Mitgliedstaaten erleichtert, und
 - soll Großunternehmen ermöglichen, in mehreren oder allen Mitgliedstaaten der EU Tochtergesellschaften gleicher Rechtsform und gleicher Struktur zu errichten und zu betreiben.
- 3 Ein Vorhaben mit dieser Zielsetzung wird vom DAV begrüßt. Eine Verordnung ist auch das richtige Rechtsinstrument für die Einführung einer solchen Gesellschaftsform. Der vorliegende Entwurf bedarf aber in vielfacher Hinsicht der Änderung oder Ergänzung, um dieses Ziel zu erreichen. Dabei ist vor allem darauf zu achten, dass:
- die in dem Entwurf vorgesehene Flexibilität erhalten bleibt,
 - andererseits der Beratungsbedarf bei Gründung und Betreiben einer SPE in vertretbaren Grenzen bleibt,
 - einem Missbrauch der Form in geeigneter Weise vorgebeugt wird,
 - insbesondere dem Schutz des Rechtsverkehrs und der Gläubiger sowie der Verhinderung von Geldwäsche angemessen Rechnung getragen wird,

- für Geschäftsleiter und Gesellschafter unübersehbare Haftungsrisiken vermieden und die Vermeidung von Haftungsrisiken nicht an schwer zu beurteilende Voraussetzungen (mit der Folge hoher Beratungskosten) geknüpft wird.

Auf diese Punkte ist im Zusammenhang mit den einzelnen Vorschriften näher einzugehen.

II. Zu den einzelnen Vorschriften des Entwurfs (VO-E)

Kapitel I: Allgemeine Bestimmungen

1. Zu Artikel 2: Begriffsbestimmungen

- 4 In Absatz 1 Buchst. (b) sollte entsprechend dem Entwurf eines Berichts des Abgeordneten Lehne klargestellt werden, dass eine Ausschüttung nicht vorliegt, wenn die Gesellschaft eine vollwertige Gegenleistung oder einen vollwertigen Rückgewähranspruch hat. Außerdem ist eine Ausschüttung nicht beschränkt auf die Übertragung von Geld oder Immobilien. Gemeint ist jeder Vermögenswert. Demgemäß sollte dieser Absatz (teilweise abweichend von dem Vorschlag in dem Berichtsentwurf Lehne) wie folgt gefasst werden:

"Ausschüttung" ist jeder finanzielle Vorteil, den ein Anteilseigner auf Grund der von ihm gehaltenen Anteile direkt oder indirekt aus der SPE zieht, einschließlich *der Übertragung von Geld oder sonstigen Vermögenswerten sowie der Eingehung einer Schuld durch die SPE, soweit der finanzielle Vorteil nicht durch eine Gegenleistung oder einen vollwertigen Anspruch auf Gegenleistung oder Rückgewähr ausgeglichen ist*“.

- 5 In Absatz 1 Buchst. (f) und (g) werden für die Sitzverlegung die Begriffe "Herkunftsmitgliedstaat" und "Aufnahmemitgliedstaat" verwendet. Diese Begriffe werden in verschiedenen Rechtsakten der EU in anderem Sinn verwendet. Das gilt erst recht für die im englischen Text verwendeten Begriffe "home Member State" und "host Member State". Richtiger wäre die Begriffsbildung "Wegzugstaat" und "Zuzugstaat".
- 6 In Absatz 2 wird der Begriff der Ausschüttungen dadurch konkretisiert, dass er „durch Immobilienerwerb, durch Rücknahme von Anteilen oder durch eine andere Art des Anteilserwerbs sowie auf jedem anderen beliebigen Wege erfolgen“ könne. Die Verengung auf "Immobilien" ist unsachgemäß (und entspricht nicht dem Wortlaut in anderen Fassungen). Abgesehen davon vermengt dieser Absatz verschiedene Dinge:

- 7 - Dass die Ausschüttung durch den Erwerb von Vermögenswerten erfolgen kann, ergibt sich bereits aus der Definition in Absatz 1 Buchst. (b): Ein solcher Erwerb ist dann eine Ausschüttung, wenn die gezahlte Gegenleistung überhöht ist. Die Ausschüttung liegt dann jedoch nicht in dem Erwerb, sondern in der Zahlung der überhöhten Gegenleistung. All dies ergibt sich schon aus Nr. 1 Buchst. (b). Dieser Teil sollte ersatzlos gestrichen werden.
- 8 - Der eigentliche Kern der Bestimmung liegt darin, dass auch die Rücknahme oder der sonstige Erwerb von Anteilen eine Ausschüttung ist. Dies sollte entsprechend gesagt werden und dabei auch klargestellt werden, dass es dafür nicht auf den Wert des Anteils ankommt, also auch der Erwerb zum angemessenen Preis eine Ausschüttung ist.

2. Zu Artikel 3: Voraussetzungen für die Gründung einer SPE

- 9 Nach Absatz 1 Buchst. (b) haften die Anteilseigner "nur bis zur Höhe des Kapitals, das sie gezeichnet haben *oder zu dessen Zeichnung sie sich bereiterklärt habe*". Der zweite Teil sollte gestrichen werden. Eine Haftung besteht nur aus der Zeichnung. Eine Verpflichtung zur Zeichnung (auch wenn sie gegenüber der Gesellschaft eingegangen wurde) begründet keine unmittelbare Haftung, sondern zunächst einmal die übernommene Verpflichtung, eben diejenige zur Zeichnung. Jedenfalls müsste das Wort "bereiterklärt" durch "verpflichtet" ersetzt werden.
- 10 Nach Absatz 1 Buchst. (d) ist es Voraussetzung der SPE, dass ihre Anteile weder öffentlich angeboten noch öffentlich gehandelt werden. Es ist unklar, welche Folgen eintreten, wenn diese Voraussetzung von vornherein oder später nicht mehr erfüllt ist. Soll dann die SPE erlöschen oder sich in eine andere (welche?) Rechtsform verwandeln? Oder ist hier lediglich ein Verbot ausgesprochen? Letzteres dürfte gemeint sein. Das müsste dann aber entsprechend formuliert werden.
- 11 Das öffentliche Angebot ist in Artikel 3 Absatz 2 VO-E definiert. Danach liegt ein öffentliches Angebot vor, wenn hinreichende Informationen "in beliebiger Form und auf beliebigem Wege ... an Personen gerichtet" werden. Es müsste hier jedenfalls ergänzt werden "an einen unbestimmten Personenkreis". Ohne eine solche Klarstellung läge ein öffentliches Angebot auch dann vor, wenn ein konkretes Verkaufsangebot über einen Anteil an eine einzelne Person unterbreitet wird. Da öffentliche Angebote unzulässig sein sollen (siehe vorstehend Rdn. 10) wäre ein solches individuelles Verkaufsangebot unzulässig.
- 12 Als weitere Voraussetzung sollte – ähnlich wie in dem Entwurfsbericht Lehne vorgeschlagen – ein grenzüberschreitendes Element als Gründungsvoraussetzung vorgesehen werden. Dies erscheint unerlässlich, um die bereits ausgesprochenen Kompetenzzweifel zu beseitigen. Da

die Rechtsform der SPE durch Verordnung geschaffen werden soll, wäre es unerträglich, wenn die Gültigkeit der Verordnung wegen Zweifeln an der Kompetenz unsicher wäre. In einer gewissen Erweiterung gegenüber dem Vorschlag im Bericht Lehne sollte als weitere Voraussetzung angeführt werden:

- 13 *"Sie weist einen grenzüberschreitenden Bezug auf, sei es z.B. durch einen entsprechenden Gesellschaftsgegenstand oder dadurch, dass ein Gründungsmitglied seinen Sitz oder Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat hat als die Gesellschaft oder ein anderes Gründungsmitglied, oder dadurch, dass sich der Sitz der SPE und ihre Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in unterschiedlichen Mitgliedstaaten befinden."*

3. Zu Artikel 4: Auf eine SPE anwendbare Bestimmungen

- 14 Nach dieser Vorschrift gelten für die SPE die Bestimmungen der Verordnung und für die in Anhang I genannten Punkte die Bestimmungen ihrer Satzung. Im Übrigen soll für sie das nationale Recht ihres Sitzes gelten. Der Anhang I enthält eine umfangreiche Liste von Punkten, die in der Satzung geregelt werden müssen, wobei die Verordnung keine näheren Vorgaben zum Inhalt der Regelung dieser Punkte macht, soweit sich nähere Anforderungen nicht aus den folgenden Artikeln der Verordnung ergeben. Dieses Regelungskonzept wirft sowohl grundsätzliche Probleme auf als auch solche der Praktikabilität.

a) Probleme des anwendbaren Rechts

- 15 Während die SE-Verordnung eine Normenhierarchie von insgesamt fünf Ebenen hat, soll die SPE-Verordnung mit drei Regelungsebenen auskommen. Die fünf Regelungsebenen in der Normenhierarchie der SE sind:

- die Verordnung,
- die Satzung, soweit die Verordnung Abweichungen der Satzung von der Verordnung zulässt,
- das nationale SE-Ausführungsrecht,
- das nationale Aktienrecht,
- die Satzung, soweit das nationale Aktienrecht Abweichungen oder Ergänzungen durch die Satzung gestattet.

- 16 Demgegenüber soll bei der SPE die Satzungsebene hinsichtlich der in dem Regelungsauftrag des Anhangs I bestimmten Themen Vorrang vor dem nationalen Recht haben und dieses vollständig verdrängen. Sonderbestimmungen des nationalen Rechts für SPE sind nicht vorgesehen; vielmehr soll in dem verbliebenen Raum das nationale Recht für Privatgesellschaften mit beschränkter Haftung maßgeblich sein. Bei den der Satzung zugewiesenen Themen ist wichtig, was gilt, wenn die Satzung das jeweilige Thema nicht vollständig regelt. Soll es dann bei den Bestimmungen der Satzung (ggf. in ergänzender Auslegung) verbleiben oder soll dann subsidiär nationales Recht gelten? Hält man sich an Artikel 4, so ist der Rückgriff auf nationales Recht zur Lückenfüllung ausgeschlossen, denn das nationale Recht ist nach Artikel 4 nur für die Themen berufen ist, die weder in dem VO-E geregelt, noch in dem Katalog der der Satzung zugewiesenen Themen aufgeführt sind.
- 17 Dabei wäre auch zu klären, wie weit die Satzungsregelung gehen kann und inwieweit das nationale Gesellschaftsrecht noch anwendbar ist oder sein kann. Unklar ist ferner, inwieweit der VO-E außerhalb der Themen, die in der Satzung geregelt werden sollen, das nationale Recht für entsprechende Gesellschaftsformen (in Deutschland: GmbH) verdrängt.
- 18 Einige Beispiele mögen dies verdeutlichen. Diese Beispiele können sicherlich konkret durch entsprechende Ergänzungen in dem VO-E oder dem Katalog der in der Satzung zu regelnden Materien befriedigend gelöst werden. Die Beispiele können und sollen jedoch nur das allgemeine Problem verdeutlichen. Weitere Beispiele werden unten im jeweiligen Regelungskontext angesprochen:
- 19 Der Entwurf sieht in Artikel 27 Abs. 3 vor, dass Beschlüsse der Anteilseigner in Versammlungen ("Hauptversammlungen") oder außerhalb von Versammlungen gefasst werden können. Was soll gelten, wenn die Satzung nur exakt die Punkte regelt, die bzgl. der Hauptversammlung in Anhang I Kapitel V angesprochen sind? Was soll für all die anderen Fragen bzgl. einer "Hauptversammlung" gelten, die die Satzung nicht regelt? Zu solchen Fragen können z.B. folgende Punkte gehören:
- formelle Anforderungen an einen Beschluss der Versammlung (beispielsweise das Erfordernis einer förmlichen Beschlussfeststellung)
 - Gründe, aus denen die Rechtmäßigkeit oder Wirksamkeit eines Beschlusses angegriffen werden können, und das Verfahren hierfür
 - Teilnahmerecht von Inhabern nicht stimmberechtigter Anteile

20 Artikel 17 des Entwurfs sieht ein Verfahren zum Ausschluss von Anteilseignern durch gerichtliche Klage vor. Außerdem kann nach Anhang I Kapitel III in der Satzung ein Recht der Anteilseigner vorgesehen werden, von anderen die Veräußerung ihrer Anteile zu verlangen. Sollen dies die einzigen Möglichkeiten sein, einen Gesellschafter hinauszudrängen? Oder soll die Satzung – wie beispielsweise nach deutschem Recht – vorsehen können, dass ein Geschäftsanteil unter genau festgelegten Voraussetzungen eingezogen, d.h. vernichtet werden kann? Immerhin ist in Artikel 23 Absatz 4 von einer "Löschung" von Anteilen die Rede. Ein solcher Einziehungsbeschluss würde unmittelbar wirken und nicht voraussetzen, dass ein gerichtliches Urteil (nach der dafür normalerweise erforderlichen Zeit) ergangen ist. Ob die Voraussetzungen für die Einziehung vorlagen, kann danach in einem gerichtlichen Verfahren geklärt werden. Die Frage nach der Möglichkeit einer solchen Satzungsbestimmung bedeutet im Einzelnen:

- Kann die Satzung ohne ausdrücklichen Vorbehalt (wie er etwa in Artikel 27 Absatz 1 vorgesehen ist) das in Artikel 17 geregelte Verfahren der Ausschließung ändern?
- Oder kann die Satzung ein solches Einziehungsrecht (anstelle einer Kaufoption, wie sie in Anhang I Kapitel III vorgesehen ist) bestimmen?
- Wenn ein solches Ausschließungsrecht nicht als Alternative zu der Option durch den Regelungsauftrag in Anhang I Kapitel III gedeckt ist: Ist dem Anhang I Kapitel III i.V.m. Artikel 17 des Entwurfs zu entnehmen, dass dies die beiden einzigen Möglichkeiten sind, einen Gesellschafter hinauszudrängen, oder besteht insoweit Gestaltungsfreiheit nach dem nationalen Recht, weil es ein Thema ist, welches von dem Regelungsauftrag in Anhang I Kapitel III nicht abgedeckt ist?

21 Eine weitere Frage betrifft die inhaltlichen Grenzen der im Rahmen der Regelungsaufträge gegebenen Gestaltungsmöglichkeiten. Um bei dem Beispiel des Hinausdrängens durch eine Kaufoption der anderen Anteilseigner zu bleiben: Kann die Satzung bestimmen, dass eine solche Option ohne konkretisierte Voraussetzungen, beispielsweise allein aufgrund Mehrheitsbeschlusses, für eine weit unter dem Wert liegende Gegenleistung begründet werden kann? Wenn es hier Grenzen geben soll: Welche Rechtsordnung bestimmt diese Grenzen? Der Verordnungsentwurf selbst sieht Grenzen nicht vor. Es ist auch nicht erkennbar, dass allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts irgendwelche Maßstäbe für solche Grenzen gäben. Wenn deshalb die allgemeinen Grundsätze des nationalen Rechts zur Anwendung kommen sollen: Sind diese für eine solche Option nicht gerade durch den Regelungsauftrag verdrängt?

22 Eine ganze Reihe von Fragen ergibt sich hinsichtlich der Abtretbarkeit und Verkehrsfähigkeit der Anteile:

23 Gemäß Art. 16 Absatz 2 VO-E bedürfen "Vereinbarungen über die Übertragung von Anteilen" der Schriftform. Nach deutschem Recht bedarf die Übertragung von Anteilen an einer GmbH der notariellen Beurkundung. Aus einem Gespräch zwischen Frau Corinna Ullrich von der Generaldirektion Binnenmarkt und Dienstleistungen – freier Kapitalverkehr, Gesellschaftsrecht und Unternehmensführung – und Vertretern des Deutschen Anwaltvereins ergab sich, dass Frau Ullrich in dieser Vorschrift lediglich eine Mindestanforderung sieht, sodass es für eine SPE mit Sitz in Deutschland bei dem Erfordernis der notariellen Beurkundung bleiben könne. Dies wird aus der Vorschrift selbst jedenfalls nicht deutlich.

24 Für die Möglichkeiten eines gutgläubigen Erwerbs von Anteilen soll das nationale Recht maßgeblich sein (Art. 16 Absatz 5 S. 2 VO-E). Nach deutschem Recht ist ein gutgläubiger Erwerb unter gewissen Voraussetzungen möglich, wenn der Veräußerer unrichtig in der beim Handelsregister liegenden Gesellschafterliste eingetragen ist. Nach dem VO-E wird die Gesellschafterliste nicht bei einem Register sondern bei der Gesellschaft selbst geführt. Das wirft folgende Fragen auf (dazu noch unten Rdn. 65, 78):

- Kann das nationale Recht zusätzlich vorschreiben, dass eine Gesellschafterliste, auch etwa zur Erhöhung der Transparenz der Beteiligungsverhältnisse, bei einem Register einzureichen ist?
- Wenn diese Frage verneint wird: Ist dann bei einer SPE mit Sitz in Deutschland ein gutgläubiger Erwerb von Anteilen nicht möglich, weil es eine beim Handelsregister ausliegende Gesellschafterliste nicht gibt, oder muss das nationale Recht bzgl. eines gutgläubigen Erwerbs die bei der Gesellschaft geführte Gesellschafterliste wie die beim Handelsregister (für eine deutsche GmbH) geführte Liste behandeln?
- Im letzteren Fall bestehen erhebliche Unterschiede: die Gesellschafterliste einer deutschen GmbH wird zwar nicht vom Handelsregister erstellt, aber bei ihm geführt. Nachdem sie einmal eingereicht ist, kann sie nicht vernichtet oder geändert werden. Insofern sind die Grundlagen des Gutgläubenserwerbs unveränderlich. Dies ist bei einer vom Leitungsorgan der Gesellschaft geführten Liste naturgemäß anders.
- Kann das nationale Recht wegen dieser Unterschiede vorsehen, dass ein gutgläubiger Erwerb von Anteilen an einer SPE nicht möglich ist, während ein

solcher Erwerb bei Anteilen an einer Gesellschaft der nationalen Rechtsform möglich ist?

25 Der VO-E behandelt nur die Abtretung von Anteilen, nicht aber die Belastung von Anteilen (beispielsweise mit einem Pfandrecht oder einem Nießbrauchsrecht). Dazu stellen sich folgende Fragen:

- Bestimmt das nationale Recht, welche Art von Rechten an einem Anteil bestehen können?
- Bestimmt das nationale Recht die Art, wie solche Rechte zu begründen sind? Nach deutschem Recht ist dafür dieselbe Form erforderlich wie für die Abtretung.

26 Zu vielen der vorgenannten Fragen und auch zu den Themen, die nach dem Katalog des Anhangs in der Satzung zu regeln sind, gibt es umfangreiche nationale gesetzliche Regelungen und/oder Rechtsprechung, die Einzelheiten ausführen und Grenzen festlegen. Eine Satzung wäre überfrachtet, wenn sie all diese Einzelheiten regeln sollte. Sie müsste dann nämlich einem Kompendium des Gesellschaftsrechts gleichen. Nach dem Wortlaut des Artikel 4 gilt für unregelte Punkte innerhalb der Themen, die in Anhang I aufgeführt sind, weder der VO-E (der insoweit keine Bestimmungen enthält) noch das nationale Recht. Soll die Entscheidung solcher Fragen dann allein aufgrund einer Auslegung der Satzung entwickelt werden? Soll die Auslegung ggf. nach Grundsätzen des nationalen Rechts oder des Gemeinschaftsrechts erfolgen? Gemeinschaftsrechtliche Prinzipien der Satzungsauslegung müssten erst noch entwickelt werden.

b) Praktische Probleme

27 Die gewählte Regelungsmethode mit der langen Liste der Punkte, die in der Satzung geregelt werden müssen, gefährdet das Ziel einer kostengünstigen Rechtsform. Denn sie zwingt die Gründer zu umfangreichen Satzungstexten, die sie ohne Rechtsberatung (und entsprechende Kosten) nicht sachgerecht werden erstellen können.

28 Die vielfach geforderte Mustersatzung könnte dem zum Teil abhelfen. Sie könnte aber nicht die Frage beantworten, inwieweit andere Gestaltungen möglich und wirksam sind. Zumindest müsste die Mustersatzung die Gewähr dafür bieten, dass eine Satzung, die sich eng an der Mustersatzung orientiert, den Anforderungen in jedem Fall entspricht und nicht mit irgendeiner Begründung für unzureichend erklärt werden kann. Deshalb sollte der Text einer Mustersatzung als weiterer Anhang der Verordnung beigelegt werden.

29 Das Regelungssystem des Entwurfs belastet nicht nur die Gründer, sondern auch diejenigen, die mit der Gesellschaft in Beziehung treten wollen (sei es als Geschäftspartner oder auch als mögliche Gesellschafter). Um sich über die Struktur der Gesellschaft zu informieren, müssten sie nämlich immer die gesamte umfangreiche Satzung lesen. Effizienter ist es, wenn die Verordnung eine einheitliche „Normalstruktur“ festlegt. Für die Feststellung der konkreten Struktur einer Gesellschaft genügt dann – jedenfalls für den Kenner der Normalstruktur – die Lektüre einer (voraussichtlich kurzen) Satzung, in der bestimmt ist, worin die Satzung unter Ausnutzung der Dispositivität der Vorschriften von dem Normalstatut abweicht.

c) Vorschlag: Mehr – dispositive - Regelungen

30 Auch wenn es grundsätzlich bei dem gewählten Ansatz des VO-E bleibt, sollte die VO wesentlich mehr selbst regeln als nach dem bisherigen Entwurf. Dabei sollte das in dem VO-E vorgesehene Prinzip der weitreichenden Flexibilität beibehalten werden. Die weiteren Vorschriften der Verordnung sollten deshalb nicht zwingend, sondern dispositiv ausgestaltet werden und bestimmen, wo die Grenzen ihrer Abdingbarkeit liegen. Mit der – weitgehend dispositiven – Regelung vieler der in Anhang I genannten Punkte würden sich die oben genannten Probleme erledigen.

31 Optimal wäre es, wenn es für die Satzung genüge, die individualisierenden Elemente der einzelnen SPE festzulegen (Firma, Sitz, Kapital, Gesellschafter, Gegenstand des Unternehmens, Geschäftsjahr). Darüber hinaus könnten dann in der Satzung diejenigen Regelungen getroffen werden, in denen von dem Normalstatut abgewichen werden oder ergänzende Bestimmungen getroffen werden sollen.

d) Weitere Regelungsmaterien

32 Folgt eine Verordnung dem hier vorgeschlagenen System, so sollte sie (weitgehend dispositiv) weitere Materien regeln als nach dem bisherigen Entwurf und den im Anhang aufgeführten Punkten vorgesehen ist. Es bedürfte dazu der Sichtung desjenigen, was in den Gesellschaftsrechten der Mitgliedstaaten für Privatgesellschaften mit beschränkter Haftung geregelt ist. Der Rückgriff auf nationale Rechte sollte so weit wie möglich vermieden werden, um eine wirklich einheitliche Rechtsform zu schaffen. Im Folgenden werden einige Themen genannt, die ggf. in der Verordnung geregelt werden sollten:

- Verfahren, wenn gezeichnete Anteile nicht gezahlt werden (Kaduzierung des Anteils, Haftung der anderen Gesellschafter),

- Haftung der Mitgesellschafter im Falle unzulässiger Ausschüttungen an einzelne Gesellschafter,
- Möglichkeit anderer Verfahren zum Ausschluss eines Gesellschafters (ohne Gericht, Festlegung der Ausschließungsgründe durch die Satzung),
- Möglichkeit eines genehmigten Kapitals,
- Möglichkeit einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (Umwandlung von Rücklagen in Nenn-Kapital).

Je mehr dieser Themen dem anwendbaren nationalen Recht überlassen werden, desto uneinheitlicher wird die Rechtsform.

e) Sprachfassung des Art. 4 VO-E

33

Schließlich sei auf eine Diskrepanz in den verschiedenen Fassungen des Art. 4 VO-E hingewiesen: Nimmt man die englische Fassung als Originaltext, so müsste in der letzten Zeile der Begriff "anwendbares *nationales* Recht" gewählt werden. Weiterhin ist im französischen Text im zweiten Absatz von Art. 4 Abs. 1 gesagt, dass das anwendbare nationale Recht gilt, soweit ein Punkt nicht *durch die Satzung* ("les statuts") (statt: die Artikel dieser Verordnung) oder den Anhang I behandelt ist. Das anwendbare nationale Recht soll sich nach der deutschen Fassung des Entwurfs nach dem Sitz der SPE richten. Entsprechend dem französischen und englischen Text sollte klargestellt werden, dass hier der Satzungssitz gemeint ist.

Kapitel II: Gründung

4. Zu Artikel 5: Gründungsmöglichkeiten

a) Gründung der SPE gemäß der Verordnung

34

Artikel 5 Absatz 1 führt vier Möglichkeiten auf, wie eine SPE gegründet werden kann. Dazu gehört nach Buchst. (a) der Aufzählung "die Gründung einer SPE gemäß dieser Verordnung", also die in den Erwägungsgründen sogenannte Gründung *ex nihilo*. Ihr stehen die in Artikel 5 Absatz 1 Buchst. (b) bis (d) genannten Möglichkeiten einer SPE-Gründung durch umwandlungsrechtliche Vorgänge gegenüber. Während für die Gründung der SPE durch Umwandlung gemäß Artikel 5 Absatz 2 das innerstaatliche Recht gilt, das auf die sich umwandelnde Gesellschaft anwendbar ist, soll die Gründung *ex nihilo* gemäß Artikel 5 Absatz 1 Buchst. (a) "gemäß dieser Verordnung"

erfolgen. Allerdings finden sich im Verordnungsvorschlag keine Vorschriften, die speziell die Gründung *ex nihilo* zum Gegenstand haben. Namentlich gelten die Regelungen zur Eintragung in Artikel 9 und zu den hierfür erforderlichen Formalitäten in Artikel 10 für sämtliche der in Artikel 5 Absatz 1 aufgeführten Gründungsmöglichkeiten. Die Verordnung sollte deshalb um eine Bestimmung ergänzt werden, worin der Errichtungsakt im Falle der Gründung einer SPE gemäß der Verordnung liegen soll. Dafür könnte auf die Unterzeichnung der Satzung durch die Gründungsgesellschafter (Art. 8 Absatz 2) abgestellt werden.

b) Gründung einer SPE durch Formwechsel einer bestehenden Gesellschaft

35 Gemäß Artikel 5 Absatz 1 Buchst. (b) müssen die Mitgliedstaaten die Gründung einer SPE durch "Umwandlung einer bestehenden Gesellschaft" zulassen. Damit ist in den Begrifflichkeiten des deutschen Umwandlungsrechts der Formwechsel einer bestehenden Gesellschaft in eine SPE gemeint. Es empfiehlt sich deshalb, in der deutschen Fassung der Verordnung statt "Umwandlung" den Begriff "Formwechsel" zu verwenden.

c) Gründung einer SPE durch Verschmelzung oder Spaltung einer bestehenden Gesellschaft

36 Artikel 5 Absatz 1 Buchst. (c) und (d) sehen die Möglichkeit vor, eine SPE durch Verschmelzung oder Spaltung einer bestehenden Gesellschaft zu gründen. Dabei soll gemäß Artikel 5 Absatz 2 Satz 1 das innerstaatliche Recht gelten, das auf jede der verschmelzenden Gesellschaften bzw. auf die sich spaltende Gesellschaft anwendbar ist. Im Falle einer Verschmelzung durch Neugründung oder einer Spaltung zur Neugründung bedeutet dies, dass die neu gegründete Gesellschaft mit Eintragung der Verschmelzung bzw. Spaltung als SPE entsteht. Im Falle einer Verschmelzung durch oder Spaltung zur Aufnahme soll gemäß Artikel 9 Absatz 3 die aufnehmende Gesellschaft an dem Tag, an dem die Verschmelzung bzw. Spaltung eingetragen wird, die Form einer SPE annehmen. Das bedeutet, dass mit dem Verschmelzungs- bzw. Spaltungsvorgang zugleich der Formwechsel der aufnehmenden Gesellschaft in eine SPE verbunden ist. Diese Konzeption stammt aus der SE-Verordnung. Ein Bedürfnis für die Errichtung einer SPE im Wege der Verschmelzung oder Spaltung zur Aufnahme ist indessen nicht erkennbar.

d) Mögliche Gründungsgesellschaften

37 Artikel 5 Absatz 3 bestimmt, dass für "die Zwecke der Absätze 1 und 2 ... eine 'Gesellschaft' jede Form von Gesellschaft, die nach innerstaatlichem Recht der Mitgliedstaaten gegründet werden kann, eine europäische Gesellschaft oder

gegebenenfalls eine SPE" ist. Das bedeutet, dass sich diese Gesellschaften an einer SPE-Gründung durch Formwechsel, Verschmelzung oder Spaltung einer bzw. mehrerer bestehender Gesellschaften beteiligen können. Anders als in Artikel 3 Absatz 3 erwähnt Artikel 5 Absatz 3 weder die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) noch die Europäische Genossenschaft (SCE), so dass sich Rechtsträger in einer dieser Rechtsformen an der Gründung einer SPE durch Formwechsel, Verschmelzung oder Spaltung nicht beteiligen könnten. Für diese Differenzierung gibt es keinen überzeugenden Grund. Sie sollte deshalb beseitigt werden, indem EWIV und SCE auch in Artikel 3 Absatz 3 genannt werden.

5. Zu Artikel 6: Name der Gesellschaft

38 Artikel 6 regelt einen einheitlichen Rechtsformzusatz, den die Firma einer SPE enthalten soll, und bestimmt die Exklusivität dieses Zusatzes für die SPE. An dieser Regelung kann festgehalten werden, auch wenn die Haftungsbeschränkung zugunsten der Gesellschafter einer SPE aus dem Rechtsformzusatz nicht ausdrücklich hervorgeht.

6. Zu Artikel 7: Gesellschaftssitz

39 Artikel 7 enthält einzelne Regelungen zum Sitz einer SPE und stellt u.a. im Sinne des Centros-Urteils des EuGH klar, dass sich die Hauptverwaltung einer SPE nicht im gleichen Mitgliedstaat befinden muss wie ihr eingetragener Sitz.

a) Bestimmung des Sitzes

40 Nicht näher geregelt wird hingegen, wie der eingetragene Sitz zu bestimmen ist. Insbesondere sieht der Entwurf nicht vor, dass der Sitz der SPE in der Satzung zu bestimmen ist. Das ist nicht sachgerecht. Angesichts der Bedeutung, die der Sitz sowohl im Innenverhältnis (nach dem Sitz richtet sich das subsidiär anwendbare innerstaatliche Recht; nach dem Sitz bestimmt sich in der Regel zudem der Gerichtsstand für Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis) und im Außenverhältnis (der allgemeine Gerichtsstand der Gesellschaft als beklagte Partei bestimmt sich nach ihrem Sitz) hat, erscheint es geboten, dass sich die Gründer der SPE im Gründungsgeschäft über den Sitz einigen. Das legt es nahe, die Bestimmung des Sitzes in der Satzung zu verlangen.

b) Anschrift des Sitzes

41 Der Entwurf spricht an mehreren Stellen (Artikel 10 Absatz 2 Buchst. (a), Artikel 11 Absatz 2 Buchst. (b) und Artikel 36 Absatz 1 Buchst. (a) und (b)) von der "Anschrift ihres Sitzes". Danach hat die SPE beispielsweise beim Eintragungsverfahren und auf

Schriftstücken die "Anschrift des Sitzes" anzugeben. Das ist – die Offenlegung dieser Anschrift auch über das Register unterstellt – im Interesse des Gläubigerschutzes zu begrüßen, wenn zugleich gewährleistet wird, dass unter dieser Anschrift gerichtliche und außergerichtliche Dokumente wirksam zugestellt werden können. Allerdings ist unklar, was konkret mit der "Anschrift ihres Sitzes" gemeint ist und welche Voraussetzungen an diese zu stellen sind bzw. welche Bedeutung diese Anschrift im Rechtsverkehr haben soll. Es empfiehlt sich, dies klarzustellen.

7. Zu Artikel 8: Satzung

a) Umfang der Satzung

42 Die SPE soll nach Artikel 8 Absatz 1 über eine Satzung verfügen, in der die Gesellschafter die in Anhang I zur Verordnung genannten Punkte regeln müssen. Die über 40 dort aufgeführten Punkte haben zur Folge, dass die Satzung einer SPE erheblich umfangreicher sein wird, als dies für die Satzung einer deutschen GmbH in aller Regel der Fall ist. Die weitgehende Satzungsautonomie, die den Gesellschaftern einer SPE im Entwurf zuerkannt wird, ist zwar grundsätzlich zu begrüßen. Gerade kleine und mittlere Unternehmen, für die die SPE zugeschnitten sein soll, werden aber mit der Abfassung einer so komplexen Satzung, wie sie der Entwurf verlangt, nicht selten überfordert sein. Es wird deshalb angeregt, dass entweder der europäische Gesetzgeber selbst eine Mustersatzung entwirft (dazu schon oben Rdn. 28) oder den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern die Abfassung einer Musterfassung für SPE mit Sitz in dem jeweiligen Mitgliedstaat aufgibt. In letzterem Fall sollte in der Verordnung zugleich bestimmt werden, dass eine der vom mitgliedstaatlichen Gesetzgeber vorgegebenen Mustersatzung entsprechende Satzung als im Einklang mit der Verordnung stehend anzusehen ist. Etwaige Verstöße der Mustersatzung gegen Verordnungsvorschriften sollten also allein gegenüber dem betreffenden Mitgliedsstaat, nicht aber gegenüber der Gesellschaft, für die die Mustersatzung Verwendung gefunden hat, geltend gemacht werden können.

b) Rechtsfolge bei lückenhafter Satzung

43 Nach dem Entwurf (vgl. Artikel 44 Satz 1) müssen die Mitgliedstaaten zwar sicherstellen, dass in der Satzung einer SPE sämtliche der in Anhang I der Verordnung genannten Punkte geregelt werden. Dennoch kann es vorkommen, dass eine SPE zur Eintragung gelangt, deren Satzung nicht sämtliche der im Anhang I zur Verordnung genannten Punkte regelt, oder dass im Rahmen einer Satzungsänderung eine Regelung ersatzlos wegfällt. Die praktische Gefahr, dass die Satzung nicht oder nicht mehr alle der in Anhang I genannten Punkte vollständig regelt, ist zumal deshalb besonders hoch, weil die Satzungsänderung nach Artikel 8 Absatz 3 zu ihrer Wirksamkeit nicht

der Eintragung bedarf, also keine registergerichtliche oder sonstige Rechtmäßigkeitskontrolle stattfindet. Die Verordnung sollte deshalb ausdrücklich regeln, was gilt, wenn die Satzung lückenhaft ist. Nach Artikel 4 des Entwurfs ist in diesem Fall kein Rückgriff auf das nationale Recht des Mitgliedstaats möglich (s. schon oben Rdn. 16, 26). Aber weder der Entwurf der Verordnung noch andere Rechtsquellen der EU regeln die betroffenen Themen. Die Gerichte in den Mitgliedstaaten werden, wenn sie eine solche Lücke feststellen, nicht umhin können, die Regeln heranzuziehen, die in ihrem Mitgliedstaat für die betreffenden Themen bei einer Privatgesellschaft mit beschränkter Haftung, in Deutschland also einer GmbH, gelten. Das sollte deshalb schon aus Gründen der Praktikabilität in der VO auch ausdrücklich zugelassen und vorgeschrieben werden.

c) Keine notarielle Beurkundung der Satzung

44 Artikel 8 Absatz 2 lässt es genügen, wenn die Satzung der SPE in schriftlicher Form vorliegt. Wenn diese Regelung abschließenden Charakter hat, kann vom nationalen Gesetzgeber eine notarielle Beurkundung der Satzung nicht verlangt werden. Allerdings gehört die Satzung zu den nach Artikel 10 Absatz 2 einzureichenden Dokumenten, für die gemäß Artikel 10 Absatz 4 Buchst. (b) die „Beglaubigung“ vorgeschrieben werden kann. Wenn damit in Wirklichkeit die Beurkundung gemeint ist (dazu unter Rdn. 53), ist der Entwurf widersprüchlich, zumindest aber unklar.

d) Wirksamwerden von Satzungsänderungen

45 Das Wirksamwerden einer Satzungsänderung bei der SPE soll gemäß Artikel 8 Absatz 3 nicht von einer Registereintragung abhängig sein. Vielmehr soll die "Annahme der Satzungsänderung" – womit der satzungsändernde Beschluss der Gesellschafter gemeint sein dürfte – ausreichen. Der Entwurf sieht des weiteren vor, dass die Satzungsänderung im Innenverhältnis "ab dem Tag ihrer Unterzeichnung bzw. Annahme" wirkt, während sie gegenüber Dritten nur nach Maßgabe der innerstaatlichen Rechtsvorschriften geltend gemacht werden kann, die zur Umsetzung von Artikel 3 Absatz 5, 6 und 7 der Publizitätsrichtlinie erlassen wurden. Eine solche Regelung wäre der bei der OHG geltenden Rechtslage vergleichbar. Demgegenüber wäre es sachgerechter, wie im Recht der deutschen GmbH für die Wirksamkeit der Satzungsänderung auf die Eintragung abzustellen. Dies hätte nicht nur den Vorteil, dass das Wirksamwerden der Satzungsänderung von einer registergerichtlichen Prüfung abhängig gemacht werden kann, sondern würde auch die ansonsten bestehende Diskrepanz zwischen Innen- und Außenverhältnis weitgehend ausschließen.

46 Sollte es bei der jetzigen Regelung von Artikel 8 Absatz 3 bleiben, so sollte diese zumindest präzisiert und die Worte "dem Tag" gestrichen werden. Die jetzige Formulierung lässt den genauen Zeitpunkt, ab dem die Satzungsänderung im Innenverhältnis Wirksamkeit beanspruchen soll, nicht hinreichend deutlich werden.

e) **Sitz**

47 Siehe die Anmerkung zu Artikel 7 (oben Rdn. 40).

f) **Unternehmensgegenstand**

48 Der Entwurf fordert für die Gründung und Eintragung einer SPE nicht, dass der Gegenstand des Unternehmens bestimmt sein muss. Der Unternehmensgegenstand hat aber im Innenverhältnis wie im Außenverhältnis wesentliche Bedeutung. Es ist deshalb geboten, dass sich die Gesellschafter über den Gegenstand des Unternehmens einigen müssen. Deshalb sollte die Verordnung verlangen, dass der Gegenstand des Unternehmens in der Satzung festgelegt wird.

g) **Zeichnung der Anteile durch die Gründungsgesellschafter**

49 Der Entwurf enthält keine Bestimmung, dass die Eintragung der SPE die vollständige Zeichnung des in der Gründungssatzung festgesetzten Gesellschaftskapitals voraussetzt. Zwar bestimmt Artikel 19 Absatz 2, dass das Kapital der SPE in vollem Umfang gezeichnet wird. Der Bestimmung lässt sich aber nicht entnehmen, in welcher Form dies geschieht und zu welchem Zeitpunkt. Anhang I mit den erforderlichen Satzungsbestimmungen sieht für die Gründungssatzung die Angabe der von den Anteilseignern "gehaltenen" Anteile vor. Es sollte klargestellt werden, dass damit die von den Gründungsgesellschaftern mit Unterzeichnung der Gründungssatzung "übernommenen" Anteile gemeint sind.

8. Zu Artikel 9: Eintragung

50 Die SPE erlangt gemäß Artikel 9 Absatz 2 "ihre Rechtspersönlichkeit am Tag ihrer Eintragung in das Register". Die Worte "am Tag" sollten durch das Wort "mit" ersetzt werden, um etwaige Unklarheiten hinsichtlich des genauen Zeitpunkts des Erwerbs der Rechtspersönlichkeit auszuschließen.

51 Zu Artikel 9 Absatz 3 vgl. die Anmerkung zu Artikel 5 (Rdn. 36). Im Übrigen sollten die Worte "an dem Tag, an dem die Verschmelzung eingetragen wird, " bzw. " an dem Tag, an dem die Spaltung eingetragen wird," durch "mit Eintragung der Verschmelzung im Register

der aufnehmenden Gesellschaft" bzw. "mit Eintragung der Spaltung im Register der übernehmenden Gesellschaft" ersetzt werden.

9. Zu Artikel 10: Formalitäten für die Eintragung

52 Artikel 10 legt einige Formalitäten für das zur Eintragung führende Registerverfahren fest, die nach der Begründung der Kommission dazu dienen sollen, die Gründung einer SPE einfacher und kostengünstiger zu gestalten. Der von der Kommission gewählte Ansatz ist im Grundsatz zu begrüßen.

53 Artikel 10 Absatz 4 sieht vor, dass die Eintragung der SPE nur "geknüpft" (gemeint ist "abhängig gemacht") werden kann entweder an (a) die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Dokumente und Angaben der SPE durch eine Justiz- oder Verwaltungsbehörde, also an die in Deutschland praktizierte registergerichtliche Prüfung, oder (b) die Beglaubigung der Dokumente und Angaben der SPE. Insoweit ist unklar, was mit "Beglaubigung der Dokumente" gemeint ist. Falls nur eine notarielle Beglaubigung und nicht eine notarielle Beurkundung gemeint ist, sollte dies deutlicher zum Ausdruck gebracht werden. Im Übrigen sollte klargelegt werden, dass im Falle der Gründung einer SPE durch einen umwandlungsrechtlichen Vorgang gemäß Artikel 5 Absatz 1 Buchst. (b) bis (d) eine nach dem innerstaatlichen Recht erforderliche notarielle Beurkundung des Umwandlungsvertrages und/oder -beschlusses dem von einem Mitgliedstaat vorgesehenen Erfordernis einer Rechtmäßigkeitskontrolle durch eine Justiz- oder Verwaltungsbehörde gemäß Artikel 7 Absatz 4 Buchst. (a) nicht entgegensteht.

10. Zu Artikel 11: Publikationspflichten

54 Artikel 11 greift auf die Publizitätsrichtlinie (Richtlinie 68/151/EWG) zurück und verweist für die Veröffentlichung der "nach dieser Verordnung offenzulegenden Dokumente und Angaben" auf die innerstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung von Artikel 3 dieser Richtlinie. Das ist im Grundsatz sachgerecht. Allerdings lässt der Verordnungsvorschlag offen, welche im Zusammenhang mit der Gründung stehenden Dokumente und Angaben nach der Verordnung der Offenlegung bedürfen. Artikel 10 Absatz 2 regelt nur, welche Dokumente und Angaben der Mitgliedstaat für die Eintragung verlangen kann, ordnet aber nicht die Offenlegung dieser Dokumente und Angaben an. Der Entwurf enthält auch nicht etwa einen Verweis auf Artikel 2 der Publizitätsrichtlinie. Diese Lücke sollte geschlossen werden. Für die Angaben auf Briefbögen und Bestellformularen enthält Artikel 11 in Absatz 2 eine eigenständige Regelung, die den aktuellen Artikel 4 der Publizitätsrichtlinie in leicht abgewandelter Form wiedergibt. Diese Regelung erscheint sachgerecht.

11. Zu Artikel 12: Haftung für Handlungen vor Eintragung einer SPE

55 Wurden vor der Eintragung einer SPE in ihrem Namen Handlungen ausgeführt, so soll die SPE gemäß Artikel 12 Satz 1 die aus diesen Handlungen resultierenden Verpflichtungen übernehmen können. Hier bleibt unklar, ab welchem Zeitpunkt es möglich sein soll, Handlungen im Namen der SPE vorzunehmen, aus denen Verpflichtungen resultieren, die von der SPE übernommen werden können. Es dürfte sich insoweit anbieten, auf den Zeitpunkt der Unterzeichnung der Satzung abzustellen und im Übrigen klarzustellen, dass die Vorschrift allein für die Gründung ex nihilo gilt. Darüber hinaus sollte Satz 1 um den Teilsatz "ohne dass es der Zustimmung der Gläubiger bedarf" ergänzt werden. Offen ist, ob die Möglichkeit einer Übernahme der Verpflichtung zeitlich befristet sein soll. Dies sollte, da Gläubigerbelange berührt sind, in der Verordnung bestimmt werden, z. Bsp. entsprechend § 41 Absatz 2 AktG.

Kapitel III: Anteile

12. Zu Artikel 14: Anteile

56 Die Verordnung sollte zur Vermeidung ungerader Beträge vorschreiben, dass die Nennbeträge der Anteile jeweils auf volle Euro lauten müssen. Im übrigen sollte zumindest in der Satzung die Durchnummerierung der Anteile vorgesehen werden, um Unklarheiten insbesondere infolge gutgläubigen Erwerbs zu vermeiden.

57 Der Entwurf enthält keine Angaben darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen die Teilung oder Zusammenlegung von Anteilen möglich ist. Stattdessen sind diese Themen nach dem Regelungsauftrag des Anhangs I in der Satzung zu regeln (Kapitel III 1. Spiegelstrich). Besser wäre es, wenn sie dispositiv in der Verordnung selbst geregelt würden.

58 Die Regelung in Absatz 2 bringt zum Ausdruck, dass die Anteile an der SPE mit unterschiedlichen Rechten und Pflichten ausgestattet sein können. Nach Anhang I Kapitel III zweiter Spiegelstrich müssen die mit den Anteilen einer "Kategorie" (gemeint ist: Gattung) verbundenen Rechte und Pflichten, insbesondere die Gewinn- und Vermögensbeteiligung sowie die Stimmrechte, in der Satzung geregelt werden. Dies ermöglicht den Anteilseignern eine flexible Handhabung und ist zu begrüßen. Allerdings wäre es hilfreich, wenn die Verordnung die mangels abweichender Satzungsregelung bestehenden Rechte und Pflichten selbst regeln würde.

59 Aus Absatz 3 in Verbindung mit Artikel 27 Absatz 1 Buchst. (a) und Absatz 2 ergibt sich, dass es zur Änderung der mit einer Anteilskategorie verbundenen Rechte eines mit einer Mehrheit von mindestens zwei Dritteln aller Stimmrechte gefassten Beschlusses bedarf, dem außerdem zwei Drittel der Stimmrechte aus den betroffenen Anteilen zustimmen müssen. Das

Verfahren zur Genehmigung etwaiger Änderungen der an die Anteile gebundenen Rechte und Pflichten sowie die erforderliche Mehrheit der Stimmrechte sind nach Anhang I Kapitel III fünfter Spiegelstrich "vorbehaltlich Artikel 14 Absatz 3" in der Satzung zu regeln. Die erforderliche Mehrheit kann somit nur herauf-, nicht aber unter die erforderliche Zweidrittelmehrheit herabgesetzt werden.

60 Im deutschen GmbH-Recht bedarf die Aufhebung von Sonderrechten der Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter. Gegen die im VO-E vorgesehene Möglichkeit, die Rechte von Anteilskategorien durch Mehrheitsbeschluss zu ändern, bestehen aber keine Bedenken, weil die Satzung auch eine höhere Zustimmungsquote verlangen und die betroffenen Anteilseigner dadurch schützen kann.

61 Nicht im Entwurf geregelt ist die Änderung der mit einer "Anteilskategorie" verbundenen Pflichten. Die Verordnung sollte klarstellen, dass eine Erhöhung der mit einer "Anteilskategorie" verbundenen Pflichten neben einem qualifizierten Mehrheitsbeschluss der Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter bedarf, wie dies in Artikel 16 Absatz 1 für die Vinkulierung von Anteilen vorgesehen ist. Für die Herabsetzung der mit einer "Anteilskategorie" verbundenen Pflichten kann dagegen ein qualifizierter Mehrheitsbeschluss ausreichen.

62 Absatz 4 regelt die Behandlung von Miteigentum an Anteilen, und zwar sowohl von Miteigentum nach Bruchteilen als auch von gesamthänderisch gebundenem Miteigentum. Dazu werden zwei Klarstellungen angeregt. Zum einen sollte klargestellt werden, dass die gesamtschuldnerische Haftung nur für mit dem Anteil verbundene Pflichten gegenüber der Gesellschaft gilt. Zum anderen sollte klargestellt werden, dass der gemeinsame Vertreter nicht nur die Rechte der Anteilseigner wahrnimmt, sondern dass auch die Gesellschaft dem gemeinsamen Vertreter gegenüber Rechtshandlungen mit Wirkung für und gegen die gemeinsamen Anteilseigner vornehmen kann. Die Regelung ist dem deutschen GmbH-Recht im Übrigen nicht fremd, weil § 18 GmbHG eine ähnliche Regelung enthält.

13. Zu Artikel 15: Verzeichnis der Anteilseigner

63 Es ist davon auszugehen, dass das Anteilseignerverzeichnis eine widerlegliche Vermutung für die Richtigkeit der darin enthaltenen Angaben begründen soll. Es muss demgemäß in Zeile 1 (wie im Berichtsentwurf Lehne vorgeschlagen) "Richtigkeit" statt "Echtheit" heißen.

64 Das Anteilseignerverzeichnis wird vom Leitungsorgan aufbewahrt. Anders als für die Gesellschafterliste nach deutschem GmbH-Recht ist keine Einreichung zum Handelsregister vorgesehen. Dies reduziert die Transparenz der Beteiligungsverhältnisse, weil das bei der Gesellschaft verwahrte Anteilseignerverzeichnis nicht in gleicher Weise zu jeder Uhrzeit einsehbar ist wie dies bei der in das Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste der

Fall ist. Das Anteilseignerverzeichnis kann jedoch "von den Anteilseignern oder Dritten auf Verlangen überprüft werden". Aufgrund dieser Formulierung ist davon auszugehen, dass dieses Verlangen unabhängig davon gestellt werden kann, ob der Verlangende ein rechtliches Interesse daran hat und nachweist.

65 Es wird empfohlen, in der Verordnung die Einreichung des Verzeichnisses zu dem gemäß Artikel 9 zuständigen Register vorzuschreiben. Dadurch können nicht nur Verzögerungen und Schwierigkeiten bei der Einsichtnahme vermieden werden, sondern es wird auch eine bessere Grundlage für den gutgläubigen Anteilserwerb geschaffen, der sich gemäß Artikel 16 Absatz 5 nach nationalem Recht bestimmt und im Fall einer deutschen GmbH gemäß § 16 Absatz 3 GmbHG an die zum Handelsregister eingereichte Gesellschafterliste anknüpft. Das Leitungsorgan ist zwar unabhängig vom Ort der Verwahrung des Verzeichnisses zur Erstellung und Aktualisierung des Verzeichnisses verpflichtet, aber ein zum Register eingereichtes Verzeichnis bietet eine höhere Richtigkeitsgewähr.

14. Zu Artikel 16: Übertragung von Anteilen

66 Für die Einführung oder Änderung einer Beschränkung oder eines Verbots der Übertragung von Anteilen bedarf es nach Artikel 16 Absatz 1 der Zustimmung aller von der Einschränkung oder dem Verbot betroffenen Anteilseigner. Zur Vermeidung von Missverständnissen sollte es auch in Zeile 3 "Beschränkung" statt "Einschränkung" heißen. Die gewählte Formulierung ist wohl so zu verstehen, dass das Zustimmungserfordernis nur für diejenigen Anteilseigner gilt, die von der Änderung der Übertragbarkeit ihrer Anteile unmittelbar betroffen sind, nicht dagegen für diejenigen, die von der Änderung der Übertragbarkeit der Anteile anderer Anteilseigner nur mittelbar berührt werden. Dies könnte durch die Einfügung des Wortes "unmittelbar" vor "betroffene Anteilseigner" klargestellt werden.

67 Auch im deutschen GmbH-Recht bedarf die Einführung oder Erschwerung einer Vinkulierung nach herrschender Meinung der Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter; die Erleichterung oder Aufhebung ist dagegen regelmäßig mit den gesetzlich oder im Gesellschaftsvertrag vorgeschriebenen Mehrheiten möglich, wenn nicht allen oder einzelnen Gesellschaftern hinsichtlich der Zustimmung ein Sonderrecht eingeräumt wurde. Es wird angeregt, in der Verordnung die Möglichkeit vorzusehen, dass die Satzung für die Erleichterung oder Aufhebung einer Vinkulierung das erforderliche Zustimmungsquorum herabsetzen kann.

68 Es ist fraglich, ob die Schriftform im Sinne von Artikel 16 Absatz 2 der Schriftform im Sinne des § 126 BGB entspricht. Um Unklarheiten zu vermeiden sollte daher in der Verordnung selbst definiert werden, was Schriftform bedeutet.

69 Aus dem Wortlaut "Alle Vereinbarungen über die Übertragung..." ist wohl zu folgern, dass das Schriftformerfordernis nur für das dingliche Geschäft, nicht dagegen für das der Übertragung zugrunde liegende obligatorische Geschäft gilt. Eine besondere Form für das obligatorische Geschäft sollte in der Verordnung nicht vorgeschrieben werden, auch nicht dispositiv. Ob der nationale Gesetzgeber die notarielle Beurkundung der dinglichen Übertragung verlangen könnte, ist unklar (s. oben Rdn. 23).

70 Fraglich ist, welche Anforderungen nach Absatz 3 an den "angemessenen Nachweis" des Eigentums zu stellen sind. Dafür dürfte insbesondere eine beglaubigte Abschrift der Übertragungsvereinbarung in Betracht kommen. Vermutlich sind hier ähnliche Maßstäbe anzulegen wie bisher im deutschen GmbH-Recht, das nach § 16 Absatz 1 GmbHG a.F. die Anmeldung des Erwerbs "unter Nachweis des Übergangs" verlangte. Nach der Rechtsprechung des BGH war dafür erforderlich, dass das Vertretungsorgan der Gesellschaft von dem Rechtsübergang überzeugend unterrichtet wird (BGH GmbHR 1997, 165 f.).

71 In Absatz 3 Satz 1 könnte schon zu Anfang des Satzes klargestellt werden, dass die Übertragung dem Leitungsorgan durch den neuen Anteilseigner mitgeteilt wird (ähnlich auch im Berichtsentwurf Lehne vorgeschlagen). Diesen trifft nach der Formulierung am Ende des Satzes jedenfalls die Verpflichtung zum Nachweis seiner Anteilseignerstellung.

72 Absatz 4 regelt die Wirksamkeit von Anteilsübertragungen gegenüber der Gesellschaft und gegenüber Dritten. Im Hinblick auf die Wirksamkeit gegenüber der Gesellschaft kann die Formulierung in Buchst. (a) so verstanden werden, dass allein die Mitteilung für die Wirksamkeit der Übertragung ausreichen soll. Diese Auslegung widerspräche aber der Bestimmung in Absatz 5, wonach eine Anteilsübertragung nur gültig ist, wenn sie mit der Verordnung und der Satzung im Einklang steht. Auch für die Aufnahme des neuen Anteilseigners in das Anteilseignerverzeichnis ist es erforderlich, dass die Übertragung nach Maßgabe der Verordnung und der Satzung erfolgt ist und der Erwerber seinen Anteilserwerb angemessen nachweist. Daraus folgt, dass die Übertragung auch der Gesellschaft gegenüber nur wirksam ist, wenn sie mit der Verordnung und der Satzung im Einklang steht. Damit die Gesellschaft dies prüfen kann, bedarf es auch hier eines Nachweises. Dies sollte in Absatz 4 Buchst. (a) klargestellt werden, indem nach dem Wort "mitteilt" angefügt wird: "sofern diese Übertragung nach Maßgabe dieser Verordnung und der Satzung erfolgt ist und der Anteilseigner zusammen mit der Mitteilung angemessen nachweist, dass er der rechtmäßige Eigentümer des Anteils ist."

73 Zwischen den Parteien wird die Übertragung (je nach Formulierung der Übertragungsvereinbarung) sofort wirksam, gegenüber Dritten gemäß Absatz 4 Buchst. (b) erst mit der Eintragung des Erwerbers in das Anteilseignerverzeichnis. Der Zeitpunkt des Wirksamwerdens gegenüber Dritten ist dabei unabhängig davon, ob diese zuvor bereits Kenntnis von der Übertragung erlangt haben.

- 74 Im Hinblick auf die Wirksamkeit gegenüber Dritten enthält das deutsche GmbH-Recht keine vergleichbare Regelung. Die im Entwurf vorgesehene Regelung kann in der Praxis zu Rechtsunsicherheit führen, weil sich z.B. der Erwerber Dritten gegenüber erst auf die Übertragung stützen kann, wenn der Geschäftsführer das Anteilseignerverzeichnis entsprechend geändert hat. Um dies zu erfahren, muss der Erwerber nach dem Entwurf notfalls mehrfach bei der Gesellschaft Einsicht in das Verzeichnis verlangen. Dennoch ist die Regelung dem deutschen Recht nicht fremd. Auch bei der Übertragung von Grundstücken kommt es für den Eigentumsübergang auf die Eintragung im Grundbuch an.
- 75 Der Entwurf enthält keine Regelung darüber, was im Fall des Todes eines Anteilseigners mit seinem Anteil geschieht. Aus Anhang I Kapitel III siebter Spiegelstrich ergibt sich nur, dass der Entwurf davon ausgeht, dass die Vererblichkeit ausgeschlossen werden kann. In der Verordnung sollte klargestellt werden, dass Anteile vererblich sind, wenn nicht in der Satzung etwas anderes geregelt ist. Die Erbfolge sollte sich nach dem jeweils anwendbaren nationalen Recht bestimmen.
- 76 Es sollte auch klargestellt werden, dass die Regelungen zur Wirksamkeit der Übertragung auch beim Übergang eines Anteils kraft Gesetzes gelten, so dass z.B. im Erbfall der Übergang gegenüber der Gesellschaft erst wirksam wird, wenn er ihr mitgeteilt und nachgewiesen wird, und gegenüber Dritten erst, wenn der Erbe in das Verzeichnis aufgenommen wird.
- 77 Der Entwurf enthält auch keine Regelung zur Belastung von Anteilen. Insoweit stellt sich die Frage, ob insbesondere die Verpfändung von Anteilen oder die Bestellung eines Nießbrauchs möglich sein soll oder ob lediglich eine Sicherungsübereignung als Sicherungsmittel in Betracht kommt. Es sollte klargestellt werden, dass eine Belastung von Anteilen möglich ist und dass die für die Übertragung geltenden Regelungen des Artikels 16 für Belastungen entsprechend Anwendung finden.
- 78 Durch den Verweis in Artikel 16 Absatz 5 Satz 2 werden die nationalen Regelungen zum gutgläubigen Anteilswerb auch auf die SPE für anwendbar erklärt. Anstatt auf die zum Handelsregister eingereichte Gesellschafterliste will der Entwurf bei der SPE, wie bereits erwähnt, als Träger für den Gutgläubenschutz auf das bei der Gesellschaft verwahrte Verzeichnis abstellen. Wenn der vorstehenden Empfehlung (Rdn. 65), die Einreichung des Verzeichnisses zum Handelsregister vorzuschreiben, nicht gefolgt wird, stellt sich die Frage, wie die Regelung des § 16 Absatz 3 GmbHG im Einzelnen auf die SPE anzuwenden ist. Da es entscheidend auf die Eintragung des Veräußerers in das bei der Gesellschaft verwahrt Anteilseignerverzeichnis ankommt, ist davon auszugehen, dass auch ein Widerspruch aufgrund einer einstweiligen Verfügung oder Bewilligung diesem Verzeichnis zuzuordnen ist.

15. Zu Artikel 17: Ausschluss eines Anteilseigners

79 Die Vorschrift regelt den Ausschluss eines Anteilseigners durch Gerichtsentscheidung. Es wird angeregt, die Formulierung in Absatz 1 Satz 1 dahingehend zu erweitern, dass nach dem Wort "SPE" die Worte „aus wichtigem Grund in der Person des Anteilseigners“ sowie nach dem Wort "anordnen," das Wort "insbesondere" ergänzt werden. Der für den Ausschlussantrag erforderliche Beschluss der Anteilseigner bedarf der qualifizierten Mehrheit gemäß Art. 27 Absatz 1 Buchst. (b). Nach Anhang I Kapitel III neunter Spiegelstrich muss die Satzung Angaben darüber enthalten, ob die Anteilseigner über Artikel 17 hinaus das Recht haben, von anderen Anteilseignern die Veräußerung ihrer Anteile zu verlangen und etwaige anwendbare Bestimmungen. Ist das so zu verstehen, dass in der Satzung auch die Möglichkeit vorgesehen werden kann, einen Anteilseigner unmittelbar durch Beschluss der Anteilseigner auszuschließen, d.h. seinen Anteil auf einen Dritten zu übertragen oder zu "löschen" (einzuziehen)? Vgl. dazu schon oben Rdn. 20.

80 Die Regelung in Absatz 2 enthält relativ weitgehende Rechte des Gerichts, die Rechte des auszuschließenden Anteilseigners bereits vor einer Entscheidung und vor Zahlung einer Abfindung einzuschränken. Die Entscheidung des Gerichts über solche vorläufigen Maßnahmen sollte davon abhängig gemacht werden, dass die anderen Anteilseigner einen entsprechenden Antrag stellen.

81 Der Entwurf gibt keine Anhaltspunkte dafür, wie das Gericht den Preis der Anteile bestimmen soll. Es sollte in der VO klargestellt werden, dass die Satzung einen angemessenen Preis festlegen kann, um eine Beurteilung nach eventuell unterschiedlichen nationalen Rechten zu vermeiden.

82 Die Regelung sieht in Absatz 3 weiter vor, dass das Gericht auch darüber entscheidet, ob die SPE oder die übrigen Anteilseigner die Anteile des Ausgeschlossenen übernehmen sollen. Die VO sollte ergänzend bestimmen, dass die übrigen Anteilseigner auch hierzu einen Antrag stellen müssen und das Gericht nur im Rahmen des Antrags entscheiden kann. Auch zu dieser Frage könnte im Übrigen eine Regelung in die Satzung aufgenommen werden.

16. Zu Artikel 18: Ausscheiden eines Anteilseigners

83 Aus Anhang I Kapitel III letzter Spiegelstrich ergibt sich, dass den Anteilseignern auch über die in Artikel 18 Absatz 1 festgelegten Gründe hinaus das Recht zustehen kann, ihre Anteile an die SPE oder andere Anteilseigner zu übertragen. Die in Artikel 18 festgelegten Gründe sind somit nicht abschließend. Dies sollte auch im Wortlaut des Artikel 18 zum Ausdruck gebracht werden, indem in Absatz 1 Zeile 1 nach dem Wort "Recht," die Worte "aus wichtigem Grund" und nach dem Wort "auszuscheiden," das Wort "insbesondere" ergänzt werden. Die vorgesehenen Regelungen zum Ausscheiden eines Anteilseigners sind auch im

deutschen Recht umsetzbar, das ebenfalls das Recht vorsieht, aus wichtigem Grund aus der GmbH auszuschneiden.

84 Die in Artikel 18 Absatz 1 aufgezählten Gründe werden typischerweise mehrere Anteilseigner und nicht nur einen zum Ausscheiden berechtigen. Absatz 3 sollte deshalb dahingehend ergänzt werden, dass statt der Übernahme der Anteile durch die SPE oder die anderen Anteilseigner auch die Auflösung der SPE beschlossen werden kann, mit der Folge, dass auch der Anteilseigner, der das Ausscheiden verlangt, ebenso wie die anderen Anteilseigner (nur) an der Liquidation teilnimmt.

85 Ebenso wie zu Artikel 17 wird angeregt, auch für den Fall des Ausscheidens eines Anteilseigners klarzustellen, dass die Satzung einen angemessenen Preis festsetzen kann.

Kapitel IV: Kapital

17. Zu Artikel 19: Gesellschaftskapital

86 Nach Artikel 19 Absatz 3 müssen Anteile der SPE bei Ausgabe nicht in voller Höhe eingezahlt werden. Bei einem Mindestkapital von nur Euro 1 macht das keinen Sinn. Zwar hat das Kapital keine Bedeutung für den Gläubigerschutz; insofern könnte das Kapital auch Euro 0 betragen oder nur in Forderungen an die Gesellschafter bestehen. Dennoch sollten zur Sicherstellung einer Mindestseriosität die Anteile voll einbezahlt werden, jedenfalls bei Gesellschaften, deren Gesellschaftskapital einen bestimmten Betrag (z.B. Euro 20.000) nicht überschreitet. Auch dann sollte aber festgelegt werden, dass ein bestimmter Mindestbetrag (z.B. ein Viertel) bei Ausgabe einbezahlt sein muss.

87 Zur Vermeidung von Auslegungsschwierigkeiten sollte der Begriff "Ausgabe" präzisiert werden. Ist damit die Aufnahme in das Verzeichnis der Anteilseigner i.S.v. Artikel 14 Absatz 1 oder die Antragstellung zur Eintragung (Artikel 10 Absatz 1) gemeint? Sinnvoll wäre wohl die Antragstellung zur Eintragung.

88 Nach Artikel 19 Absatz 4 beträgt das Gesellschaftskapital mindestens Euro 1. Nachdem maßgebliche EU-Mitgliedstaaten die haftungsbeschränkte Kapitalgesellschaft mit einem (symbolischen) Gesellschaftskapital von 1 Euro zugelassen haben, besteht kein Anlass mehr, bei der SPE anders zu verfahren. Rechtspolitisch bedeutet dies, dass die Haftungsbeschränkung praktisch ohne Einsatz zu erhalten ist. Der Frage, ob dies wünschenswert ist, soll hier nicht nachgegangen werden.

18. Zu Artikel 20: Für die Anteile zu entrichtendes Entgelt

89 Nach Artikel 20 Absatz 1 müssen die Anteilseigner das vereinbarte Entgelt entweder bar entrichten oder die vereinbarte Sacheinlage leisten. Es fehlt eine Bestimmung, wann das zu erfolgen hat. Nach Artikel 19 Absatz 3 brauchen Anteile bei Ausgabe nicht voll bezahlt zu werden. Das steht in gewissem Widerspruch zu Artikel 20 Absatz 1, aus dem man schließen könnte, dass sofort bezahlt werden muss.

90 In Artikel 20 Absatz 3 wird für die Einzahlungsverpflichtung der Anteilseigner auf das innerstaatliche Recht verwiesen. Das erscheint höchst unglücklich: Vorzuziehen wäre, wie an anderen Stellen auch, eine Regelung in der VO. Verankert man wichtige Regelungsbereiche – wie hier die Einzahlungsverpflichtung – im innerstaatlichen Recht, so ist kein ausreichender Bedarf für die SPE zu erkennen, weil die nationalen Rechtsordnungen in der EU inzwischen genügend ähnliche Rechtsformen zur Verfügung stellen und damit der Konflikt mit dem Subsidiaritätsprinzip offensichtlich wird. Auch können sich vermeidbare Auslegungsschwierigkeiten ergeben: Was gehört z.B. alles zur "Verpflichtung der Anteilseigner für das gezahlte Entgelt"? Soll in Deutschland z.B. die Vierteileinzahlung nach § 7 Absatz 2 oder die Volleinzahlung nach § 5a Absatz 2 GmbHG gelten? Sollen auch die höchst komplizierten Kaduzierungsvorschriften der §§ 21 – 25 GmbHG zur Anwendung kommen? Damit sollte eine SPE keinesfalls belastet werden, zumal für sie dann wiederum 27 Rechtsordnungen zum Zuge kämen.

19. Zu Artikel 21: Ausschüttungen

91 Mit der Ausschüttungsregelung betritt Artikel 21 Neuland: Nach Absatz 1 können an die Anteilseigner alle Vermögenswerte ausgeschüttet werden bis auf diejenigen, die erforderlich sind, um die Schulden abzudecken. Ein Bezug zu einem erwirtschafteten Überschuss (Jahresüberschuss, Gewinnvortrag, Gewinnrücklagen) besteht nicht. Auch ein irgendwie geartetes Kapitalpolster braucht weder gebildet noch erhalten zu werden (es sei denn, die Satzung bestimmt Abweichendes).

92 Das ist letztlich konsequent, wenn mit 1 Euro Mindestkapital ein Kapitalpolster von Anfang an nicht vorhanden sein muss, zeigt aber doch, dass die Gesellschaftsform erhebliche Seriositätsfragen aufwirft. Das vorgeschlagene Ausschüttungskonzept ähnelt sehr stark den Entnahmebefugnissen bei der Personengesellschaft, bei der aber die persönliche Haftung das entsprechende Pendant ist.

93 In Absatz 2 wird ein Solvenzttest optional eingeführt und von einer entsprechenden Satzungsanordnung abhängig gemacht. Wenn man schon das weite Ausschüttungs- (Entnahme-) Verständnis des Absatz 1 verwirklichen will, dann sollte mindestens ein Solvenzttest zur Pflicht gemacht werden. Absatz 1 und Absatz 2 sind im Übrigen auch nicht konsistent: Während Absatz 1 offensichtlich auf das Schuldendeckungspotential im Zeitpunkt der Ausschüttung abstellt, behandelt Absatz 2 das Schuldendeckungspotential des auf die

Ausschüttung folgenden Geschäftsjahres. Auch wegen dieses weiterreichenden Zeithorizonts eines Solvenztests sollte dieser zur Pflicht gemacht werden.

- 94 Die Einführung einer "Solvenzbescheinigung" (fakultativ durch die Satzung) ist zwar hilfreich. Die Sanktionierung einer falschen Solvenzbescheinigung sollte aber nicht innerstaatlichem nationalen Recht überlassen werden (Artikel 44). Das wäre nur im Wege eines nationalen Ausführungsgesetzes möglich, da die Verweisungstechnik mangels entsprechender Tatbestände im nationalen Recht nicht fruchtbar gemacht werden kann. Unterschiedliche Sanktionen in 27 nationalen Rechten können aber nicht der Idee einer SPE entsprechen.

20. Zu Artikel 22: Rückforderung von Ausschüttungen

- 95 Die Vorschrift über die Rückerstattungspflicht unrechtmäßiger Ausschüttungen ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings muss sie im Interesse des Gläubigerschutzes erweitert werden: Ein Gutglaubensschutz an die Berechtigung zum Empfang kann dann nicht greifen, wenn und soweit Beträge zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich sind. Das ist das Mindeste, was man als Gläubigerschutz erwarten muss. Darüber hinaus sollte für den Fall einer unrechtmäßigen Ausschüttung *expressis verbis* die Haftung des Leitungsorgans (auch gegenüber geschädigten Gläubigern) vorgesehen werden.

- 96 In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass mit Ausnahme der Regelung in Artikel 24 Absatz 2 bis 4 der Gläubigerschutz aus dem VO-E mehr oder weniger vollständig ausgeklammert und damit wohl innerstaatlichem Recht vorbehalten bleiben soll. Ein EU-weiter Gläubigerschutz wäre aber ebenso wichtig wie das Angebot einer EU-weiten Rechtsform für Unternehmen und Anteilseigner. Einen Ansatz dafür vermisst man im Entwurf. Umso wichtiger erscheint es, die Gläubiger wenigstens bei unrechtmäßigen Ausschüttungen zu schützen.

- 97 Zeitlich sollte die Haftung der Anteilseigner durch eine Verjährungsvorschrift ergänzt werden. In Anlehnung an § 31 Absatz 3 GmbHG wäre z.B. an eine dreijährige Verjährung seit Auszahlung zu denken.

21. Zu Artikel 23: Eigene Anteile

- 98 Durch den Verweis in Absatz 2 auf Artikel 21 wird sichergestellt, dass die SPE eigene Anteile nur aus vorhandenem Eigenkapital erwerben darf. Das ist zu begrüßen. Nach Satz 3 muss die SPE stets über mindestens einen „begebenen Anteil“ verfügen. Gemeint ist wohl: mindestens einem Anteil, der einem Gesellschafter gehört. Das sollte klargestellt werden, denn auch eigene Anteile sind einmal "begeben" (im Sinne von "ausgegeben") worden.

99 Aus Absatz 3 ist zu entnehmen, dass für eigene Anteile das Stimmrecht und andere "nicht geldliche Rechte" aus den Anteilen ruhen. Das ist sicherlich korrekt; richtigerweise ruhen aber "alle" Rechte – auch die geldlichen, was immer das sein mag. Diese Rechte würden nämlich, wenn sie überhaupt entstehen könnten, sofort durch Konfusion wieder untergehen.

100 Für die "Löschung" der Anteile (sie soll wohl der Einziehung im Verständnis des deutschen Gesellschaftsrechts entsprechen) wird in Absatz 6 auf innerstaatliches Recht verwiesen Vgl. dazu schon oben Rdn. 20, 79). Die Löschung sollte abschließend in der VO geregelt werden. Dabei wäre auch die Zuständigkeit der Anteilseignerversammlung (Art. 27) vorzusehen.

22. Zu Artikel 24: Kapitalherabsetzung

101 Der Entwurf sieht Regelungsbedarf für die Kapitalherabsetzung, nicht aber für die Kapitalerhöhung. Für die Kapitalerhöhung wird nur die Beschlusszuständigkeit der Anteilseigner in Artikel 27 Absatz 1 Buchst. h) und die Bekanntmachungspflicht nach Artikel 27 Absatz 6 geregelt. Alles Übrige wird in die Satzungszuständigkeit verwiesen. Das erscheint nicht ausreichend. Zumindest wird man eine Eintragung der Kapitalerhöhung im Register nach Artikel 10 verlangen müssen, um die damit verbundene Rechtsmäßigkeitkontrolle sicherzustellen (Artikel 10 Absatz 4 lit. a)). Darüber hinaus sollten für die Einlageverpflichtung Artikel 20 und ggf. auch Artikel 19 Absatz 3 entsprechende Anwendung finden. Zu prüfen wäre weiterhin, ob Regelungsbedarf für eine Kapitalerhöhung durch Umwandlung von Rücklagen (Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln) besteht.

102 Absatz 2 enthält für den Fall der Kapitalherabsetzung eine Gläubigerschutzvorschrift, wonach Gläubiger, deren Forderungen vor Bekanntgabe des Kapitalherabsetzungsbeschlusses bestanden haben, innerhalb von 30 Tagen nach Bekanntgabe des Beschlusses durch gerichtliche Anordnung Sicherheit verlangen können. Das ist zu begrüßen; es entspricht der deutschen Regelung in § 58 Absatz 1 GmbHG. Absatz 5 sieht die Kapitalherabsetzung zum Ausgleich von Verlusten vor (vereinfachte Kapitalherabsetzung). Da eine Ausschüttung in diesem Falle nicht stattfinden darf, wäre klarzustellen, dass die Vorschriften für die ordentliche Kapitalherabsetzung (Artikel 24 Absatz 2 bis 4) nicht zum Zuge kommen.

23. Zu Artikel 25: Abschlüsse

103 Für die Rechnungslegung sollen die Vorschriften des innerstaatlichen Rechts gelten. Gerade hier ist aber zu bedenken, ob nicht im Interesse der EU-Konformität, der Mobilität der SPE (Artikel 35 ff.) und der Vergleichbarkeit der Abschlüsse die internationalen Rechnungslegungsgrundsätze (IFRS) wenigstens wahlweise zur Anwendung kommen sollten. Dies gilt umso mehr, als die Jahresabschlüsse nach der Konzeption des Artikels 21 keine Ausschüttungsbemessungs- oder Ausschüttungssperrfunktion haben. Für die Ausschüttung soll es vielmehr auf einen Vermögensstatus im Zeitpunkt der Ausschüttung ankommen. Dafür

wäre allerdings zu regeln, nach welchen Grundsätzen Vermögenswerte und Schulden in einem solchen Status anzusetzen sind (fortgeführte Anschaffungskosten oder beizulegender Zeitwert).

Für die Prüfung und Veröffentlichung der Abschlüsse kann es hingegen bei dem innerstaatlichen Recht bleiben, das in der EU weitgehend harmonisiert ist.

Kapitel V: Organisation der SPE

24. Zu Artikel 26: Allgemeine Bestimmungen

104 Absatz 1 verlangt ein "Leitungsorgan", das für die "Leitung" der SPE verantwortlich ist und alle Befugnisse ausüben kann, sofern nicht die Verordnung oder die Satzung vorschreibt, dass sie von den Anteilseignern auszuüben sind. Der Begriff "Leitung" ist hier – anders als in § 76 AktG – als Geschäftsführung im weiten Sinne zu verstehen. In der deutschen Gesetzessprache handelt es sich um das gesetzliche Vertretungsorgan.

105 Nach Absatz 2 legen die Anteilseigner die Organisation der SPE vorbehaltlich der Bestimmungen der Verordnung fest. Daraus folgt, dass ein Aufsichtsorgan weder vorgeschrieben noch verboten ist. Auch eine monistische Organisation mit einem Verwaltungsrat als Leitungsorgan und "Direktoren", welche die laufenden Geschäfte nach Weisung des Verwaltungsrats führen, ist zulässig. Allerdings muss dem Verwaltungsrat der SPE – anders als dem Verwaltungsrat der monistisch verfassten deutschen SE – die umfassende gesetzliche Vertretungsmacht zustehen.

106 Anhang I nennt in Kapitel V zahlreiche Themen, die zwingend in der Satzung geregelt werden müssen. Dazu gehören auch Themen, die insbesondere bei Gemeinschaftsunternehmen gern in Konsortialvereinbarungen statt in der über das Register öffentlich zugänglichen Satzung geregelt werden, z.B. Auswahlkriterien für Mitglieder der Unternehmensleitung. Wegen des zwingenden Regelungsauftrags in Anhang I wäre es unzulässig, solche Themen nur außerhalb der Satzung zu regeln, aber das schließt nicht aus, dass die Gesellschafter konsortialiter zusätzliche Regelungen vereinbaren, deren Wirksamkeit im übrigen nach nationalem Recht zu beurteilen wäre.

25. Zu Artikel 27: Beschlüsse der Anteilseigner

107 Absatz 1 listet die Gegenstände auf, über die zwingend durch die Anteilseigner zu entscheiden ist. Die deutsche Fassung der einleitenden Formulierung ist missverständlich; der Zusatz "so wie in der Satzung der SPE festgelegt" bezieht sich nicht auf Anteilseigner“, sondern auf "Mehrheitsbeschluss".

108 Es fehlt eine ausdrückliche Regelung des Weisungsrechts der Gesellschafter gegenüber dem Leitungsorgan. Artikel 31 Absatz 4 Satz 2 scheint dieses Weisungsrecht vorauszusetzen. Es muss aber ausdrücklich geregelt werden, und zwar als dispositives Recht.

109 Hält man sich an den Wortlaut von Absatz 1, so ist eine Delegation der Entscheidungskompetenz über einzelne Gegenstände des Katalogs auf einen Gesellschafterausschuss, Beirat oder Aufsichtsrat ausgeschlossen. Es muss aber möglich sein, zum Beispiel die Beschlüsse zu Buchst. d (Genehmigung des Jahresabschlusses), j (Bestellung von Mitgliedern der Unternehmensleitung) und k (Bestellung des Abschlussprüfers) auf ein von den Gesellschaftern eingesetztes drittes Organ der Gesellschaft zu delegieren.

110 Absatz 3 enthält rudimentäre Regelungen zum Verfahren der Beschlussfassung, die aufgrund der Regelungsaufträge im Anhang I durch die Satzung zu ergänzen sind. Unklar ist, inwieweit es sich um zwingende Wirksamkeitsvoraussetzungen handeln soll, zum Beispiel bei der in Absatz 3 geforderten schriftlichen Aufzeichnung und der in Absatz 6 verlangten "Bekanntmachung" der Beschlüsse. Da Absatz 4 für die Anfechtung von Beschlüssen auf das nationale Recht verweist, ist für die SPE mit Sitz in Deutschland zwischen anfechtbaren und nichtigen Beschlüssen zu unterscheiden, ohne dass die Verordnung Anhaltspunkte für die Einordnung der Beschlussmängel in die beiden Kategorien liefern würde.

26. Zu Artikel 28: Informationsrechte der Anteilseigner

111 Die Informationsrechte der Gesellschafter sind in Abs. 1 ziemlich unscharf geregelt und gehen nicht so weit wie die Rechte der GmbH-Gesellschafter nach § 51a GmbHG, insbesondere besteht kein Einsichtsrecht der Gesellschafter. Allerdings heißt es in Anhang I Kapitel V, dass u.a. die "Gewährung des Zugangs zu Unterlagen der SPE" in der Satzung zu regeln ist. Unklar ist, ob daraus auf ein zwingendes Einsichtsrecht geschlossen werden muss.

27. Zu Artikel 29: Rechte auf Beantragung eines Beschlusses und auf Bestellung eines unabhängigen Sachverständigen

112 Das in Absatz 1 zwingend vorgesehene Recht einer Minderheit von 5% der Anteilseigner, eine Beschlussvorlage des Leitungsorgans zu verlangen oder im Falle der Verweigerung selbst eine Beschlussvorlage übermitteln zu können, ähnelt dem Minderheitenrecht in § 50 Abs. 2 und 3 GmbHG, dass dort allerdings nur einer Minderheit von 10% eingeräumt ist. Es ist nicht recht ersichtlich, warum der Entwurf der Verordnung der Satzung nicht erlaubt, das Minderheitsquorum höher festzusetzen.

- 113 Die zwingende Regelung des Rechts einer Minderheit von 5% auf Beantragung einer Sonderprüfung nach Absatz 2 geht über das hinaus, was in der Verordnung geregelt werden sollte. Die Regelung ist "überdimensioniert" für eine SPE.

28. Zu Artikel 30: Mitglieder der Unternehmensleitung

- 114 Es ist zu begrüßen, dass nur eine natürliche Person Mitglied der Unternehmensleitung sein kann. Das in Artikel 47 der SE-VO vorgesehene Wahlrecht der Mitgliedstaaten, auch eine juristische Person als Organmitglied der SE zuzulassen, will die Kommission mit Recht nicht für die SPE übernehmen.
- 115 Die Gleichstellung eines "faktischen" mit einem ordnungsgemäß bestellten Mitglied der Unternehmensleitung in Absatz 2 im Hinblick auf seine Pflichten und seine Haftung entspricht der vor allem aus dem französischen Rechtskreis bekannten Rechtslage und ist auch für eine SPE mit Sitz in Deutschland akzeptabel.
- 116 Die in Absatz 3 bestimmten Bestellungshindernisse gehen nicht so weit wie nach § 6 Abs. 2 GmbHG, da sie in jenem Falle einen Ausspruch der mangelnden Eignung zur Geschäftsführung durch eine Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung voraussetzen. Es genügt also nicht die Verurteilung wegen einer Straftat nach den §§ 283-283d StGB. Diese Divergenz wird man hinnehmen können.

29. Zu Artikel 31: Allgemeine Pflichten und allgemeine Verantwortung von Mitgliedern der Unternehmensleitung

- 117 Der Sorgfaltsmaßstab in Absatz 1 dürfte im Ergebnis den Anforderungen an den Geschäftsführer einer deutschen GmbH gleichkommen. Allerdings verlangt Absatz 1 Satz 2 neben der Sorgfalt auch die "Eignung", die vernünftigerweise für die Ausübung der Tätigkeit gefordert werden kann. Mangelnde Eignung würde nach deutschem Recht nicht zur Begründung der Haftung genügen. Am besten sollte dieser Zusatz gestrichen werden. Im übrigen passt die Übersetzung "Eignung" auch nicht ganz zu dem Wort "skills" in der englischen Fassung.
- 118 Die Haftungsnorm in Absatz 4 deckt sich im Ergebnis mit den Voraussetzungen für die Haftung eines GmbH-Geschäftsführers nach § 43 GmbHG. Sehr zu begrüßen ist insbesondere, dass der Entwurf für die SPE europaweit eine gesamtschuldnerische Haftung aller betreffenden Mitglieder der Unternehmensleitung vorschreibt.
- 119 Absatz 1 Satz 2 und Absatz 2 Satz 2 verbieten in Übereinstimmung mit dem für deutsche Kapitalgesellschaften geltenden Grundsatz jede externe Beschränkung der Vertretungsmacht

des Leitungsorgans. Diese Absage an ultra vires-Regeln ist zu begrüßen. Zulässig ist nur die in der Satzung vorzunehmende Unterscheidung zwischen Einzel- und Gesamtvertretungsmacht der Mitglieder des Leitungsorgans.

120 Unklar ist die Bedeutung von Absatz 3. Danach können die Mitglieder der Unternehmensleitung das Recht auf Vertretung der SPE "im Sinne der Satzung entsprechend delegieren". Möglicherweise ist hier an eine Delegation auf Direktoren im monistischen Modell der Unternehmensleitung gedacht. Das würde aber der Grundregel in Artikel 26 Absatz 1 Satz 2 des Entwurfs widersprechen, wonach das Leitungsorgan alle Befugnisse der SPE ausüben kann, sofern diese nicht den Anteilseignern zugewiesen sind. Unproblematisch ist naturgemäß die Erteilung von rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht durch das gesetzliche Vertretungsorgan. Aber in Absatz 3 geht es vermutlich gerade um die gesetzliche, d.h. organschaftliche Vertretungsmacht.

121 Unklar ist insbesondere, ob gesetzliche Vertretungsmacht auch auf ein Aufsichtsorgan "delegiert" werden kann. Wenn die Gesellschaft gegenüber Mitgliedern der Unternehmensleitung (also: Geschäftsführern) durch einen Aufsichtsrat oder Beirat vertreten werden soll, handelt es sich um eine organschaftliche Vertretung, zu der das Aufsichtsorgan allerdings nicht durch die Geschäftsführung, sondern nur durch die Gesellschafter in der Satzung ermächtigt werden kann.

Kapitel VI: Arbeitnehmermitbestimmung

30. Zu Artikel 34: Allgemeine Bestimmungen

122 Der Entwurf stellt in Absatz 1 für die Mitbestimmung auf die Regeln des Mitgliedstaats ab, in dem die SPE ihren "eingetragenen Sitz" hat. Für den Fall der grenzüberschreitenden Verschmelzung einer SPE verweist Absatz 3 auf die dazu inzwischen in den Mitgliedstaaten getroffenen Regelungen in Umsetzung der Richtlinie 2005/56/EG.

123 Dieses Konzept ist inzwischen rechtspolitisch heftig umstritten, ohne dass die Diskussion hier im einzelnen dargelegt werden soll. Es bleibt abzuwarten, ob sich die Mitbestimmung als nicht überwindbares Hindernis für die Einführung der SPE erweist.

Kapitel VII: Verlegung des eingetragenen Sitzes der SPE

31. Zu Artikel 35: Allgemeine Bestimmungen

124 Es ist zu begrüßen, dass der SPE die Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung innerhalb der Gemeinschaft eingeräumt wird. Die hierzu in Artikel 35 getroffenen Regelungen sind sachgerecht.

32. Zu Artikel 36: Verlegungsverfahren

a) Inhalt des Vorschlags für eine Verlegung

125 Das Leitungsorgan einer SPE soll nach Artikel 36 Abs. 1 einen "Vorschlag für eine Verlegung" aufstellen, der zumindest die in dieser Vorschrift genannten Angaben enthält. Die dort geforderten Angaben erscheinen weitgehend sachgerecht. Zweifelhaft ist aber, welchen Informationswert die nach Artikel 36 Absatz 1 Buchst. (g) geforderte Angabe "detaillierter Informationen über die Verlegung der Hauptverwaltung oder der Hauptniederlassung der SPE" haben soll, zumal eine Verlegung der Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung auch unabhängig von einer Verlegung des Sitzes erfolgen kann. Soweit durch eine Verlegung der Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung im Zusammenhang mit einer Sitzverlegung besondere Folgen für die Arbeitnehmer eintreten, sind diese bereits nach Artikel 36 Absatz 1 Buchst. (f) anzugeben. Buchst. (g) sollte deshalb ersatzlos gestrichen werden.

b) Vorlage des Vorschlags für eine Verlegung zur Prüfung

126 Artikel 36 Absatz 2 Buchst. (a) bestimmt, dass der "Vorschlag für eine Verlegung" einen Monat vor der Fassung des Verlegungsbeschlusses "den Anteilseignern und den Arbeitnehmervertretern bzw. für den Fall, dass derlei Vertreter nicht vorhanden sind, den Arbeitnehmern und den Gläubigern der SPE ... zur Prüfung" vorzulegen ist. Die Vorlage des "Vorschlags für eine Verlegung" gegenüber den Gläubigern erscheint kaum praktikabel. Den Gläubigern sollte deshalb allenfalls entsprechend Artikel 8 Absatz 4 der SE-Verordnung das Recht gewährt werden, den "Vorschlag für eine Verlegung" und den Verlegungsbericht am Sitz der SPE einzusehen und die unentgeltliche Aushändigung von Abschriften dieser Unterlagen zu verlangen. Dasselbe ist zu empfehlen, soweit auf Arbeitnehmerseite keine Vertretung zur Verfügung steht und deshalb allen Arbeitnehmern der Zugang zu dem "Vorschlag für eine Verlegung" ermöglicht werden soll.

127 Sollte die Kommission an einer Vorlage des "Vorschlags für eine Verlegung" gegenüber den Gläubigern festhalten wollen, so sollte diese auf die "bekannten

Gläubiger" beschränkt werden. Im Übrigen sollte klargestellt werden, dass die geforderte Ermöglichung einer "Prüfung" nicht bedeutet, dass die Arbeitnehmersvertreter bzw. Arbeitnehmer oder die Gläubiger der SPE der Sitzverlegung zustimmen müssen.

c) Beschluss der Gesellschafter

128 Artikel 36 Absatz 4 bestimmt, dass der Vorschlag für die Verlegung den Anteilseignern "gemäß den Bestimmungen der Satzung der SPE betreffend die Änderung der Satzung zur Genehmigung vorgelegt" wird. Gemeint ist hiermit offenbar, dass die Anteilseigner der Verlegung des Sitzes gemäß den Bestimmungen der Satzung, die für die Änderung der Satzung gelten, zustimmen müssen. Dies sollte auch mit Blick auf die Überprüfung der Rechtsgültigkeit der Verlegung gemäß Artikel 37 klargestellt werden.

d) Zustimmung der Anteilseigner zur Vereinbarung über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer

129 Wird in der SPE eine Form der Arbeitnehmermitbestimmung praktiziert, können sich die Anteilseigner nach Artikel 36 Absatz 5 das Recht vorbehalten, die Durchführung der Verlegung an ihre ausdrückliche "Verabschiedung" der Vereinbarung über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufnahmemitgliedstaat zu knüpfen. Gemeint ist hier offenbar die Zustimmung der Anteilseigner zu der mit den Arbeitnehmern getroffenen Vereinbarung. Dies und wie diese Zustimmung zu erfolgen hat, sollte klargestellt werden. Sachgerecht erscheint, insoweit auf einen Beschluss der Anteilseigner abzustellen.

33. Zu Artikel 37: Überprüfung der Rechtsgültigkeit der Verlegung

a) Prüfung der Voraussetzungen der Verlegung

130 Gemäß Artikel 37 Absatz 2 soll die zuständige Behörde des Herkunftsmitgliedstaats unverzüglich prüfen, "ob die Bestimmungen von Artikel 36 eingehalten wurden". Wie bereits zu Artikel 36 angemerkt, muss aus der Verordnung hinreichend deutlich werden, dass es eines entsprechenden Verlegungsbeschlusses bedarf. In diesem Zusammenhang sollte in Artikel 37 Absatz 2 klargestellt werden, dass die zuständige Behörde des Herkunftsmitgliedstaats auch prüfen kann, ob der Verlegungsbeschluss wirksam gefasst worden ist. Darüber hinaus sollte im Hinblick auf Art. 36 Abs. 6 klargestellt werden, dass sich die Prüfung auch auf die Einhaltung der Bestimmungen zum Schutz der Minderheitsanteilseigner und der Gläubiger der SPE bezieht.

b) Prüfungsfrist

131 Der Verordnungsvorschlag sieht in Artikel 37 Absatz 4 vor, dass die zuständige Behörde des Aufnahmemitgliedstaats für die Überprüfung der inhaltlichen und formalen Bedingungen für die Verlegung des eingetragenen Sitzes eine Frist von 14 Kalendertagen hat. Eine entsprechende Frist ist für die erstmalige Eintragung der SPE nicht vorgesehen. Es ist zu erwägen, ob eine solche Fristsetzung auch hinsichtlich der Ersteintragung einer SPE angebracht ist. Im Übrigen sollte in jedem Fall die Frist nicht nur für die Überprüfung der Unterlagen gelten, sondern es sollte angeordnet werden, dass innerhalb dieser Frist auch die Eintragung der SPE bzw. der Sitzverlegung zu erfolgen hat. Gegenwärtig ist lediglich vorgesehen, dass die zuständige Behörde nach Ablauf der Frist die zur Eintragung der SPE erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen hat. Dann kann sich aber die Eintragung auf unbestimmte Zeit verzögern.

c) Gründe für die Verweigerung der Eintragung

132 Gemäß Artikel 37 Absatz 5 kann die zuständige Behörde des Aufnahmemitgliedstaats die Eintragung einer SPE nur dann verweigern, wenn die SPE nicht alle "inhaltlichen oder formalen Bedingungen im Sinne dieses Kapitels" erfüllt. Die SPE kann danach nur eingetragen werden, "wenn sie alle in diesem Kapitel genannten Bedingungen erfüllt hat". Um eine Doppelprüfung auszuschließen, sollte die Verordnung klarstellen, dass sich die Prüfung der zuständigen Behörde des Aufnahmemitgliedsstaats nicht auf die Einhaltung der Bestimmungen von Art. 36 erstreckt, die nach Art. 37 Abs. 2 der Prüfung durch die zuständige Behörde des Herkunftsmitgliedstaats unterliegen. Insoweit muss sich die Prüfung der zuständigen Behörde des Aufnahmemitgliedsstaats auf die Vorlage der in Art. 37 Abs. 2 genannten Bescheinigung beschränken, die für die Behörde des Aufnahmemitgliedsstaats bindend sein sollte.

d) Offenlegung des Verlegungsbeschlusses

133 Der Verordnungsvorschlag sieht vor, dass die zuständige Behörde des Aufnahmemitgliedstaats der für die Streichung der SPE aus dem Herkunftslandsregister zuständigen Behörde die Eintragung der SPE im Aufnahmemitgliedstaat zu melden hat. Anschließend soll auf Grundlage der erhaltenen Meldung die Streichung der SPE im Register des Herkunftsmitgliedstaats erfolgen. Es sollte vorgeschrieben werden, dass die Beschlussfassung der Anteilseigner über die Verlegung des Sitzes im Herkunftsmitgliedstaat in geeigneter Weise offen gelegt werden muss, so dass Gläubiger rechtzeitig hiervon erfahren.

34. Zu Artikel 38: Vereinbarungen über die Mitbestimmung von Arbeitnehmern

- 134 Der Verordnungsvorschlag sieht für die Regelung zur Mitbestimmung von Arbeitnehmern im Falle der Sitzverlegung eine an die Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten (Richtlinie 2005/56/EG) angelehnte, allerdings wesentlich kürzer gefasste Bestimmung vor, die im Grundsatz sachgerecht ist.
- 135 In Artikel 38 Absatz 1 heißt es als Grundregel, dass in Bezug "auf Vereinbarungen über die Mitbestimmung von Arbeitnehmern" die SPE ab dem Zeitpunkt ihrer Eintragung den geltenden Bestimmungen im Aufnahmemitgliedstaat unterliegt. Insoweit sollte es anstelle von "Vereinbarungen" richtigerweise "die Regelungen" heißen.
- 136 Soweit gemäß Artikel 38 Absatz 2 abweichend von Artikel 38 Absatz 1 eine Verhandlungslösung über die Mitbestimmung von Arbeitnehmern angestrebt werden muss, sollte der SPE die Möglichkeit eingeräumt werden, auf Verhandlungen mit den Arbeitnehmern zu verzichten, falls man die bestehenden Mitbestimmungsregelungen beibehalten will.

Kapitel VIII: Umstrukturierung, Auflösung und Ungültigkeit

35. Zu Artikel 39: Umstrukturierung

- 137 Nach dieser Vorschrift sollen Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen der SPE dem anwendbaren nationalen Recht unterliegen. Das nationale Recht bestimmt also, ob eine Umwandlung, Verschmelzung oder Spaltung zulässig ist, und wie diese ggf. zu erfolgen hat. Allerdings gilt auch insoweit nicht ausschließlich nationales Recht: Soweit eine SPE durch Verschmelzung oder Spaltung entstehen soll (also bei Verschmelzung oder Spaltung jeweils zur Neugründung) muss diese gemäß Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 VO-E zugelassen werden. Denn es geht dann gleichzeitig um die Gründung einer SPE.
- 138 Artikel 10 Absatz 2 VO-E bestimmt Höchststandards für die Voraussetzungen der Eintragung der SPE bei ihrer Gründung (einschließlich der Gründung durch Umwandlung, Verschmelzung oder Spaltung). Diese Höchststandards gelten nur für die entstehende SPE. Weiterreichende Anforderungen für die übertragende SPE (also diejenige, die bei einer Verschmelzung oder Spaltung zur Neugründung übertragender Rechtsträger ist) bleiben davon unberührt. Insoweit verbleibt es bei der Maßgeblichkeit des anwendbaren nationalen Rechts gemäß Artikel 39 VO-E.

139 Auch soweit ein Umstrukturierungsvorgang nicht mit der Gründung einer SPE verbunden ist, kann es zu Kollisionen zwischen dem dann ausschließlich anwendbaren nationalen Recht und der Verordnung kommen, so wenn für eine Abspaltung eine Kapitalherabsetzung erforderlich ist. Beispielsweise nach dem deutschen Umwandlungsgesetz (§§ 139, 145 UmwG) kann in diesem Fall die Kapitalherabsetzung in vereinfachter Form durchgeführt werden. Nach Artikel 24 VO-E ist eine solche Vereinfachung nicht vorgesehen.

Daraus ergeben sich widersprüchliche Anforderungen und Voraussetzungen:

- Nach Artikel 24 Absatz 4 VO-E kann die Kapitalherabsetzung erst wirksam werden, wenn Gläubiger, deren Forderungen durch die Kapitalherabsetzung in Gefahr geraten, Sicherheiten erhalten haben. Dies betrifft Gläubiger, deren Forderungen vor Bekanntgabe des Kapitalherabsetzungsbeschlusses bestanden haben (Artikel 24 Absatz 2 VO-E).
- Nach deutschem Spaltungsrecht wird ein weiterer Kreis von Gläubigern geschützt, nämlich diejenigen, deren Rechte vor dem *Wirksamwerden* der Spaltung *begründet* waren (auch wenn die Rechte erst deutlich später entstehen). Die Sicherheit braucht nicht vor der Spaltung geleistet zu werden, sondern kann danach geleistet werden (§§ 22 i.V.m. 133 Abs. 1 S. 2 UmwG).
- Die Spaltung nach deutschem Spaltungsrecht kann nicht wirksam werden, bevor die Kapitalherabsetzung – in vereinfachter Form – eingetragen worden ist (§ 139 S. 2 und § 145 S. 2 UmwG); die Gläubigersicherung knüpft also an einen Zeitpunkt nach der Kapitalherabsetzung an und kann erst danach erfolgen, während sie nach Artikel 24 Absatz 4 VO-E vor der Kapitalherabsetzung und damit vor der Spaltung erfolgen müsste.

Der allgemeine Verweis auf die Vorschriften des anwendbaren nationalen Rechts führt also zu Unstimmigkeiten und Widersprüchen. Diese sollten ausgeräumt werden.

36. Zu Artikel 40: Auflösung

140 Zu Artikel 40 ist lediglich eine redaktionelle Anmerkung angezeigt. Es muss in Absatz 1 heißen "die SPE *wird* bei Eintreten der folgenden Umstände aufgelöst" (statt „kann ... aufgelöst werden“).

37. Zu Artikel 41: Ungültigkeit

141 Nach dieser Vorschrift soll für die Nichtigkeit das nationale Recht, welches "Art. 11 Abs. 1 Buchstaben a, b, c und e" der Publizitätsrichtlinie (68/151/EWG) umsetzt, gelten. Richtig müsste die Verweisung lauten: "Artikel 11 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 Buchstaben a, b, c und e".

38. Zu Artikel: 44 Sanktionen

142 Nach dieser Vorschrift sollen die Mitgliedstaaten Sanktionen für Verstöße festlegen, welche "wirksam, verhältnismäßig und abschreckend" sein müssen. Diese Vorschrift ist in einer Verordnung (im Gegensatz zu einer Richtlinie) nicht angebracht. Der VO-E sieht zum Teil bereits Sanktionen vor (Art. 12, 22 VO-E). Die VO gibt ein Statut für eine Organisationsform eines Unternehmens. Sie sollte jedenfalls bestimmen, welche Bestimmungen in welcher Weise sanktioniert werden sollen. Anderes könnte gelten, wenn in dem Definitionsmerkmal in Artikel 3 Nummer 1 Buchst. (d), dass die Anteile weder öffentlich angeboten noch öffentlich gehandelt werden, in Wirklichkeit ein Verbot zu sehen wäre (siehe dazu oben Rdn. 10). Dies sollte dann, wie bemerkt, als Verbot formuliert werden, damit deutlich wird, welche Verbote gemäß Artikel 44 sanktioniert werden sollen.

39. Zu Artikel 46: Verpflichtung der für die Register zuständigen Behörden

143 Nach dieser Vorschrift sollen die Register jeweils bis zum 31. März eines Jahres die im Vorjahr neu eingetragenen und gelöschten SPE mit Namen, Sitz und Registernummer mitteilen, sowie "die Gesamtzahl der eingetragenen SPE". Es sollte klargestellt werden, dass die Gesamtzahl zum Jahresende maßgebend ist.

40. Zu Artikel 48

144 Die Verordnung soll ab 1. Juli 2010 gelten. Da sie vorerst nicht verabschiedet ist, würde dies eine Übergangszeit von weniger als zwei Jahren bedeuten. Das ist zu kurz. In Kraft treten soll die Verordnung 20 Tage nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt. Mit der Unterscheidung zwischen Inkrafttreten und Geltung ist offenbar eine dazwischen laufende Umsetzungsfrist gemeint. Da es keiner Umsetzung, sondern allenfalls der Anpassung nationaler Rechtsvorschriften bedarf, sollte die Differenzierung zwischen Inkrafttreten und Geltung vermieden werden. Die Verordnung sollte – z.B. – am 1. Tag des 25. auf ihre Veröffentlichung folgenden Kalendermonats in Kraft treten.

III. Kritik am deutschen Text des Entwurfs

Die sprachliche Qualität des deutschen Textes wird mit Recht heftig kritisiert. Das zeigen die folgenden Beispiele:

1. Terminologisches

- Artikel 2 Nummer 1 Buchst. (b) und Absatz 2: "Immobilien" statt "Vermögensgegenstände"
- Artikel 3 Abs. 1 Buchst. (b): "bereiterklärt" statt "verpflichtet"
- In Artikel 9 wird die "Verschmelzung/Spaltung zur Aufnahme" einmal mit "Aufnahme", das andere Mal mit "Übernahme" bezeichnet.
- Artikel 10 Abs. 2 Buchst. (d) und Artikel 14 Abs. 3: "Anteilkategorien" statt "Gattungen"; in demselben Absatz wird jeweils dann auch noch von "Klassen" gesprochen, womit ersichtlich dasselbe gemeint ist.
- Artikel 23 Abs. 4: "Löschung" statt "Einziehung"
- Artikel 24 Abs. 3: "Lieferung von Sicherheiten" statt "Leistung von Sicherheiten"

2. Satzbau, Sprachgebrauch

Häufig übersetzt der Entwurf das englische "shall" mit dem "indikativischen Imperativ". Das ist grundsätzlich in Ordnung, passt aber nicht immer.

- Es passt nicht in Artikel 8 Abs. 2, Artikel 10 Abs. 3 (der aber auch unabhängig davon sprachlich verunglückt ist), Artikel 17 Abs. 1 Satz 2, Artikel 18 Abs. 2, Artikel 19 Abs. 2.
- In einem Fall führt diese Ausdrucksweise sogar dazu, dass die Bestimmung das Gegenteil von dem sagt, was sie will, nämlich in Artikel 27 Abs. 4 Satz 1. Danach "stehen Beschlüsse mit dieser Verordnung und der Satzung im Einklang".

Statt "haben" verwendet der Entwurf gespreizt die Formulierung "verfügt über". Das ist deplaziert und zum Teil schlicht irreführend.

- Es ist deplaziert in Artikel 8 Abs. 1, Artikel 26 Abs. 1.

- Es ist irreführend in Artikel 23 Abs. 2 Satz 2: Es muss immer mindestens einen Anteil geben, über den die SPE *nicht* verfügt, weil er von einem Gesellschafter gehalten wird.

Schlicht falsch ist der Text in Artikel 37 Abs. 3 letzter Satz: "shall be deemed to be sufficient" ist übersetzt mit: "dürften ... ausreichend sein". Der Normbefehl im Potentialis!

3. Sonstiges

- Artikel 10 Abs. 5 Satz 2: "ungekürzter Wortlaut" statt "vollständiger Wortlaut" (im Zusammenhang besagt das etwas ganz anderes).
- Artikel 11 Abs. 1: Der Entwurf verwendet die Präposition „gemäß“ entsprechend einer sich leider verbreitenden Unsitte mit Genitiv statt mit Dativ.
- Artikel 15 Abs. 2: "sofern diese nicht anderweitig nachgewiesen ist". Das sagt etwas ganz anderes als der englische Text, der etwa sagt "sofern nicht das Gegenteil bewiesen ist".
- Artikel 15 Abs. 3: "überprüft" statt "eingesehen".
- Artikel 16 Abs. 4 Buchst. (a) und (b): "in Bezug auf" statt "im Verhältnis zu" (ebenso in Artikel 27 Abs. 7).
- Artikel 18 1 Buchst. (b): "verlagert" statt "verlegt".
- Artikel 18 Abs. 2: "teilt sein Ausscheiden ... mit" statt "erklärt sein Ausscheiden".