



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

**Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer
zum Entwurf einer Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft**

**erarbeitet durch den
Ausschuss Gesellschaftsrecht**

Mitglieder:

- RA Dr. Fritz-Eckehard **Kempter**, München (Vorsitzender)
RA Rolf **Koerfer**, Düsseldorf
RA Rüdiger **Ludwig**, Hamburg
RA Dr. Dietrich **Max**, Düsseldorf
RAuN Wulf **Meinecke**, Hannover
RA Dr. Stephan **Zilles**, Köln
RA Jürgen **Wagner**, LL. M., Konstanz
RA Dr. Hans-Joachim **Fritz**, Frankfurt (Berichterstatter)
- RAin Anabel **von Preuschen**, BRAK, Berlin

**und dem Europa-Ausschuss
der Bundesrechtsanwaltskammer**

- RA JR Heinz **Weil**, Paris (Vorsitzender)
RA Dr. Martin **Abend**, LL. M., Dresden
RA Andreas Max **Haak**, Düsseldorf
RA Dr. Klaus **Heinemann**, Brüssel
RA Dr. Frank J. **Hospach**, Stuttgart
RA Stefan **Kirsch**, Frankfurt/M.
RAuN Kay-Thomas **Pohl**, Berlin
RA Dr. Hans-Michael **Pott**, Düsseldorf
RA JR Dr. Norbert **Westenberger**, Mainz
RA Dr. Thomas **Westphal**, Celle
RA Dr. Jürgen **Lauer**, Köln
RA Dr. Hans-Joachim **Fritz**, Frankfurt (Berichterstatter)
- RA Dr. Wolfgang **Eichele**, BRAK, Berlin
RAin Dr. Heike **Lörcher**, BRAK, Brüssel
RAin Mila **Otto**, BRAK, Brüssel

Oktober 2008

BRAK-Stellungnahme-Nr. 41/2008

Im Internet unter www.brak.de (Stellungnahmen)

Die Bundesrechtsanwaltskammer bedankt sich für die Gelegenheit, zu dem Entwurf einer Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft Stellung zu nehmen. Die Bundesrechtsanwaltskammer vertritt als Dachorganisation 27 regionale Rechtsanwaltskammern und die Rechtsanwaltskammer beim Bundesgerichtshof. Diese Kammern vertreten die Gesamtheit von derzeit rund 147.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten in der Bundesrepublik Deutschland.

Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt den Verordnungsvorschlag für ein Statut der Europäischen Privatgesellschaft (SPE) grundsätzlich. Sie ist zuversichtlich, dass die Einführung eines Statuts der Europäischen Privatgesellschaft kleinen und mittleren Unternehmen den Zugang zum Binnenmarkt – wie beabsichtigt - erleichtern wird. Um jedoch sowohl Bürokratie als auch Kosten der Gründung der SPE gering zu halten, sind im Verordnungsentwurf an einzelnen Stellen sinnvollerweise Änderungen vorzunehmen.

I. Systematik des Verordnungsentwurfs

1. Aufnahme von Mustersatzungen

In den Anhang der Verordnung sollten nach Auffassung der Bundesrechtsanwaltskammer Mustersatzungen mit verbindlichem Inhalt aufgenommen werden.

Begründung: Nach der Systematik des Verordnungsentwurfes gilt mitgliedstaatliches Recht gem. Art. 4 Abs. 2 VO-E, wenn eine Rechtsfrage in der Verordnung oder im Anhang überhaupt nicht angesprochen ist. In Deutschland wäre damit im Wesentlichen das Recht der Gesellschaften mit beschränkter Haftung anwendbar. Da darüber hinaus auch Fälle denkbar sind, in denen ein Punkt zwar in der Verordnung oder im Anhang angesprochen ist, im konkreten Einzelfall hierzu aber keine zufriedenstellende Lösung herbeizuführen ist, würde Art. 4 Abs. 2 VO-E den Rückgriff auf nationales Recht verwehren. Mustersatzungen könnten hierbei hilfreich sein, um eine eventuelle Lücke zu füllen. Es erscheint zu aufwendig, wenn erst im Wege der Vorabentscheidung der Europäische Gerichtshof über die Auslegung des Gemeinschaftsrechtes in einem eventuellen Rechtsstreit entscheidet.

Dieser zu erwartenden Unsicherheit im Umgang mit eventuellen Zweifelsfragen könnte mit der Aufnahme von Mustersatzungen begegnet werden. Es entspricht auch der Entwicklung der meisten westeuropäischen Rechtsordnungen, wenn dort - neben Frankreich und Spa-

nien nun auch in Deutschland (vgl. § 2 Abs. 1a GmbHG n.F.) - Mustersatzungen unter anderem für den gesamten Gründungsvorgang bereitgestellt werden.

Kleine und mittlere Unternehmen werden zudem hinsichtlich der Kosten bei der Gründung entlastet und der Eintragungsvorgang könnte beschleunigt werden. Damit wäre einem besonderen Ziel des Verordnungsentwurfes, gerade in der Startphase den Zugang zum Binnenmarkt zu verbessern, ausreichend Rechnung getragen.

2. Terminologie

Der Entwurf ist hinsichtlich einzelner Begriffsbestimmungen überarbeitungsbedürftig. Einzelne Begriffe sollten frei von Missverständnissen sowie von Unterschieden zu anderen supranationalen Gesellschaftsformen festgelegt werden.

Begründung: Beispielhaft ist an dieser Stelle zu erwähnen, dass der Begriff „Leitungsorgan“ (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. d VO-E) durch den Begriff „Geschäftsleitungsorgan“ ersetzt werden sollte. Im Zusammenhang mit anderen Rechtsvorschriften, z.B. aus der Verordnung zur Europäischen Aktiengesellschaft (Art. 38 SE-VO), wird unter „Leitungsorgan“ nur das geschäftsführende Organ im dualistischen System verstanden. Im Verordnungsentwurf soll jedoch sowohl das monistische wie auch das dualistische System erfasst werden.

Auch der Begriff „Ausschüttung“ (Art. 2 Abs. 1 lit. b und Abs. 2) ist weit gefasst. Darunter fallen nicht allein Zahlungen der SPE an ihre Anteilseigner, sondern alle finanziellen Vorteile, die ein Gesellschafter aus seiner Beteiligung an der SPE zieht. Dies ist zu weitgehend, wenn der Leistung eine werthaltige Gegenleistung des Gesellschafters an die SPE entspricht. Die Begriffsbestimmung könnte insofern eingeschränkt werden, dass solche Leistungen nicht als „Ausschüttung“ erfasst sind, soweit ein finanzieller Vorteil durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch ausgeglichen ist.

II. Gründung der SPE

1. Grenzüberschreitender Bezug

Der Verordnungsentwurf verlangt für die Gründung der SPE - anders als die bisherigen supranationalen Rechtsformen (z.B. für die SE: Art. 2 SE-VO) - keinen grenzüberschreitenden Bezug. Im Hinblick auf die Schaffung einer attraktiven Rechtsform für kleine und mittlere Unternehmen ist diese liberale Fassung des Entwurfes zu begrüßen. Wenn die SPE eine not-

wendige Ergänzung zum Wettbewerb der Gesellschaftsformen in der Europäischen Union sein soll, darf dieses Ziel nicht durch das Erfordernis einer grenzüberschreitenden Tätigkeit bei Gründung eingeengt werden. Damit würde die SPE von vornherein aus dem Kanon möglicher nur national tätiger Gesellschaften ausgeklammert. Zumindest eine weitere Gründungsvoraussetzung ist jedoch erforderlich, um die Rechtsform der SPE entsprechend den Zielen des Ordnungsgebers attraktiv und nicht beliebig zu machen. Dazu wird im Folgenden zum Erfordernis des Mindestkapitals und zur präventiven Eintragungskontrolle Stellung genommen. (vgl. II.2. und IV.1. im Folgenden).

2. Präventive Eintragungskontrolle

Es sollte klargestellt werden, dass die Rechtmäßigkeit der nach Art. 10 Abs. 2 VO-E vorzulegenden Dokumente und Angaben vor Eintragung der SPE zu prüfen sind.

Begründung: Nach der Erwägung Nr. 8 im Verordnungsentwurf (Seite 13) soll die Gültigkeit der bei Gründung einer SPE vorzulegenden Dokumente einer einzigen Prüfung unterzogen werden, die vor oder nach der Eintragung stattfinden kann. Würde die Prüfung der Rechtmäßigkeit, die in Art. 10 Abs. 4 VO-E geregelt ist, nach der Eintragung vorgenommen werden, können sich im Falle der Verneinung der Rechtmäßigkeit erhebliche Rechtsunsicherheit und Folgeprobleme ergeben. Die Rückabwicklung von Verträgen, die mit einer noch nicht eingetragenen Gesellschaft vorzunehmen wäre, ist in der Rechtsordnung eines jeden Mitgliedstaates ein schwieriges Unterfangen.

3. Formwechsel

Die Gründungsmöglichkeiten nach Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 VO-E sollten auf Kapitalgesellschaften beschränkt werden; in Art. 5 Abs. 3 VO-E sollte die Fassung „jede Form von Gesellschaft“ durch „jede Form von Kapitalgesellschaft“ ersetzt werden.

Begründung: Nach der jetzigen Fassung könnte unter Gesellschaft auch die Personengesellschaft verstanden werden. Der Wechsel von einer Personengesellschaft mit persönlich haftenden Gesellschaftern in eine SPE, bei der noch das Gesellschaftsvermögen haftet, bedarf einer systematisch durchdachten Regelung, die nach Auffassung mehrerer Experten in vielen Mitgliedstaaten nicht existiert.

4. Festlegen eines Unternehmens- oder Gesellschaftsgegenstandes

Im Hinblick auf die Ziele des Verordnungsentwurfes soll die mehrfach geäußerte Auffassung der Festlegung eines Unternehmensgegenstandes - ggf. als weiteres Erfordernis für die Gründung - entfallen. Seit der ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (68/151/EWG des Rates vom 09.03.1968 - sog. Publizitätsrichtlinie) ist jede Außenwirkung des Zwecks abgeschafft worden. Sollten Bindungen im Innenverhältnis unter Bezugnahme auf einen bestimmten Unternehmensgegenstand geschaffen werden, lässt sich dies auch bei einer SPE durch den Beschluss der Anteilseigner gem. Art. 27 Abs. 1 lit. p VO-E lösen (vgl. auch unter Ziffer V.1.).

III. Anteile/Anteilseigner

1. Führen der Anteilseignerliste

Im Verzeichnis der Anteilseigner sollten die Anteile der SPE „durchnummeriert“ sein (Ergänzung von Art. 14 Abs. 1 VO-E). Zusätzlich sollte es bei der Register führenden Stelle des Mitgliedsstaates (Ergänzung von Art. 15 Abs. 3 VO-E) hinterlegt werden.

Begründung: Im Falle der Führungslosigkeit der SPE oder im Insolvenzfall soll durch die Gläubiger rasch Rückgriff auf die zuletzt benannten Anteilseigner genommen werden können.

2. Austrittsrecht

In Art. 18 Abs. 1 VO-E ist zumindest eine Generalklausel aufzunehmen, wonach auch in anderen Fällen als den in Art. 18 Abs. 1 lit. a bis d VO-E genannten dem Anteilseigner ein Recht zum Ausscheiden aus der SPE zusteht, wenn seine „Interessen schwer geschädigt“ wurden.

Begründung: Die in Art. 18 Abs. 1 lit. a bis d VO-E aufgeführten Fälle mögen die schwere Schädigung indizieren, müssen es jedoch nicht zwingend; im Falle der Sitzverlegung in einen anderen Mitgliedstaat ist dies aus sich selbst heraus nicht verständlich. Jedoch ist festzustellen, dass auch andere Fälle zu einer schweren Schädigung der Interessen des Anteilseigners führen können, so dass es sich empfiehlt, die aufgeführten Fälle als beispielhafte Aufzählung zu verstehen. Alternativ könnte statt einer Generalklausel auch eine Klarstellung durch die Aufnahme des Wortes „insbesondere“ erfolgen.

IV. Aufbringen und Erhalten des Kapitals der SPE

1. Erfordernis von Mindestkapital in Höhe von EUR 10.000

In Art. 19 Abs. 4 VO-E ist ein Mindestkapital in Höhe von EUR 10.000 als zusätzliches Erfordernis der Gründung einzufügen.

Begründung: Die SPE haftet nur beschränkt mit ihrem Gesellschaftsvermögen. Als Seriositätsschwelle sollte deshalb ein Mindestkapital festgelegt werden. Dieser Kapitalbeitrag, der somit den erleichterten Zugang zur Nutzung einer haftungsbeschränkten Rechtsform für Hardeure und potentielle Pleitiers beschränkt, wird eine ernsthafte Gründungsplanung nicht behindern. Gleichzeitig könnte den von der Kommission erwünschten Einsatzmöglichkeiten der SPE (vgl insbesondere Erwägungen Nr. 3 - 6 des Verordnungsentwurfes, Seite 13) hohe Akzeptanz verschafft werden.

Alternativ lässt sich vorstellen, dass die reale Kapitalausstattung der Gesellschaft auf dem Geschäftsbrief angegeben werden könnte, was von einzelnen Experten vorgeschlagen wird, um ein Warnsignal an den Rechtsverkehr bei geringer Kapitalausstattung geben zu können. Insgesamt würde hierdurch die Akzeptanz dieser flexiblen und kostengünstigen, supranationalen Rechtsform eher gesteigert denn gesenkt, da mit Angabe der Kapitalausstattung ein Gutgläubenschutz erzeugt würde.

2. System der Kapitalerhaltung

Die Möglichkeit des Einholens einer zusätzlichen „Insolvenzbescheinigung“ nach Art. 21 Abs. 2 VO-E sollte in folgenden Punkten nachgebessert werden:

- In der Zahlungsfähigkeitsprognose sind alle vorhersehbaren, auch längerfristigen, Verbindlichkeiten zu berücksichtigen.
- Eine Rückforderung von Ausschüttungen nach Art. 22 VO-E sollte im Falle einer Solvenzbescheinigung unabhängig von der Frage des Kennens oder Kennenmüssens des Anteilseigners möglich sein.

Begründung:

1. Änderung: Unabhängig von der Frage, ob zur Prüfung der Kapitalerhaltung bei einer beabsichtigten Ausschüttung an die Anteilseigner der obligatorische Bilanztest nach Art. 21

Abs. 1 VO-E oder der freiwillige Solvenzttest nach Art. 21 Abs. 2 VO-E das überlegenere Verfahren darstellt, sind die vorgeschlagenen Korrekturen sinnvoll, um bilanziell eine Überschuldung zu vermeiden.

Für die Prognose der Zahlungsfähigkeit ist der Zeitraum von einem Jahr nach der Ausschüttung eher zu knapp bemessen. Es sollten vielmehr alle Auszahlungsverpflichtungen, die im Zeitpunkt der Ausschüttung vorhersehbar sind, berücksichtigt werden, um ein umfassendes Bild über die Zahlungsfähigkeit der SPE zu erhalten. Zu solchen längerfristigen Auszahlungsverpflichtungen gehören z.B. Pensionsverpflichtungen.

2. Änderung: Das liberale System der SPE hinsichtlich der Kapitalausstattung sollte nicht zu großzügig angelegt sein, wenn sich nach einer Ausschüttung herausstellt, dass sie nicht hätte vorgenommen werden dürfen. Eine Beschränkung auf Bösgläubigkeit oder fahrlässige Unkenntnis des Anteilseigners ist zu weitgehend. Ein solches System der Ausgleichshaftung stellt eine Privilegierung des Anteilseigners zu Lasten des Gesellschaftsvermögens dar. Anders als bei Aktiengesellschaften ist die SPE nicht börsenfern (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. d VO-E) und ist auf einen potentiell geschlossenen Gesellschafterkreis konzipiert (vgl. Art. 16 Abs. 1 VO-E). Da insofern regelmäßig die Anteilseigner dem Geschehen in ihrer Gesellschaft - zumindest bei typisierender Betrachtung - nahe stehen, selbst wenn die Geschäfte von Dritten geführt werden, stellt es keine unangemessene Benachteiligung dar, wenn in diesem Fall eine Privilegierung entfällt. Insofern sollte *jede* nach Art. 21 VO-E unzulässige Ausschüttung zu einer Rückerstattungspflicht des Anteilseigners führen.

Im Übrigen steht diese Empfehlung in Übereinstimmung mit der Ergänzung zur Begriffsbestimmung der Ausschüttung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 VO-E (vgl. oben Ziffer I.2.), wonach sog. ausgleichsfähige, vollwertige Gegenleistungs- oder Rückgewähransprüche berücksichtigt werden sollen.

V. Organisation der SPE

1. Weisungsbeschlüsse

In Art. 26 VO-E ist klarzustellen, dass die Gesellschafterbeschlüsse im Innenverhältnis für das Geschäftsleitungsorgan bindend sind. Im Anhang 1 sollte diese Weisungskompetenz näher ausgestaltet werden.

Begründung: Mittels Satzung können die Anteilseigner auf der Grundlage des Art. 26 Abs. 2 VO-E die Kompetenzstruktur zwischen Geschäftsleitungsorgan und Anteilseignern umkehren. Der Entwurf hat zumindest für den Fall der grenzüberschreitenden Betätigung Tochtergesellschaften von Konzernmüttern als Leitbild vor Augen. Gerade für diese dürfte diese Kompetenzstruktur genutzt werden. Ad-hoc-Weisungen der Anteilseigner gegenüber ihrer Geschäftsführung zu konkreten Verfahren sollten nur mit entsprechender Bindungswirkung im Innenverhältnis möglich sein. Art. 33 Abs. 2 VO-E lässt zwar solche Weisungen zu, beschränkt jedoch die Thematik auf das Außenverhältnis, wonach - richtigerweise - interne Kompetenzschränken dem Geschäftsverkehr nicht entgegen gehalten werden können.

2. Vertretung der SPE gegenüber Dritten

Der Begriff „Unternehmensleitung“ ist durch den Begriff „Geschäftsleitungsorgan“ zu ersetzen.

Begründung: Wie bereits oben unter Ziffer I.2. zu Art. 2 Abs. 1 lit. c und d VO-E ausgeführt, haben Mitglieder des Aufsichtsorgans im dualistischen System grundsätzlich nach dem Leitgedanken der internen Kompetenzverteilung grundsätzlich keine Vertretungsbefugnis. Die Vertretung obliegt allein dem Geschäftsleitungsorgan. Im Falle des Art. 33 Abs. 1 VO-E ist eine Korrektur unabhängig von der Änderung der Begriffsbestimmung angezeigt, da ansonsten eine solche Vertretungsbefugnis zu einer Überforderung des Rechtsverkehrs führen könnte, wenn auch das Aufsichtsorgan Vertretungsbefugnis für die SPE haben sollte.

3. Verlegung des eingetragenen Sitzes

Art. 35 und 36 VO-E sollte zugunsten des Gläubigerschutzes dahin ergänzt werden, dass eine Sitzverlegung entweder nur durch vorherige Sicherheitsleistung oder erst nach Abschluss anhängiger Vollstreckungsverfahren möglich ist. Alternativ sollte eine Sitzverlegung in Anlehnung an die Regelung über den Solvenztest nach Art. 21 Abs. 2 VO-E davon abhängig gemacht werden, dass die Gesellschaft die Summe der den Vollstreckungstiteln zu Grunde liegenden Forderungen „im Rahmen der normalen Geschäftstätigkeit“ nachweislich erfüllen kann.

Begründung: Im liberalen System der Ausgleichshaftung sind dahingehend Grenzen zu setzen, als sich eventuelle Vollstreckungen von Forderungen in anderen Mitgliedstaaten nach Sitzverlegung der SPE trotz europäischer Verordnungen in der Praxis weiterhin als

problematisch und aufwendig darstellen. Die für die Societas Europaea geltende Regelung des § 13 SEAG verlangt zumindest eine Sicherheitsleistung, bevor der Sitz verlegt werden kann. Dies könnte auch als Vorbild für die SPE herangezogen werden.

VI. Mitbestimmung

Trotz der Möglichkeit zur Umgehung sollte es bei der von der Kommission im Verordnungsentwurf vorgeschlagenen Regelung des Art. 34 Abs. 1 VO-E bleiben, wonach die Regelungen des Mitgliedstaates für die Arbeitnehmermitbestimmung anwendbar sind, in dem die SPE ihren eingetragenen Sitz hat.

* * *