

Societas Privata Europaea (SPE)

Salzburg, 23. April 2010

Hauptthese:

Ungeachtet der bereits bestehenden Gestaltungsmöglichkeiten im Binnenmarkt besteht Bedarf für eine supranationale Rechtsform vom Zuschnitt einer GmbH. Die Societas Privata Europaea (SPE) ist für einen kleinen Gesellschafterkreis konzipiert und bietet weitreichende Vertragsfreiheit im Innenverhältnis. Sie würde insbesondere die Gründung und laufende Verwaltung eines Netzes von ausländischen Tochtergesellschaften erheblich erleichtern.

Erläuterung:

1. Die Niederlassungsfreiheit eröffnet zwar die freie Auswahl unter den nationalen Rechtsformen vieler Mitgliedstaaten. Eine sinnvolle Nutzung dieses Angebots setzt aber den fachkundigen und auf den konkreten Anwendungsfall bezogenen Vergleich der angebotenen Rechtsformen voraus. Dieser Aufwand lohnt sich erst für unternehmerische Projekte ab einer gewissen Größenordnung. Mittelständische Unternehmen sind damit regelmäßig überfordert.

2. Nationale Rechtsformen können auch durch Verlagerung des Verwaltungssitzes im Ausland eingesetzt werden (z.B. die englische Limited, mittlerweile auch die deutsche GmbH). Das Geschäftsmodell „Briefkastengesellschaft + Zweigniederlassung“ ist jedoch für den seriösen Mittelstand nicht attraktiv. Es erweckt Misstrauen bei Geschäftspartnern und Behörden, erfordert die nur wenig vorhersehbare Handhabung fremden Gesellschaftsrechts durch lokale Autoritäten und schafft die Gefahr der Doppelbesteuerung.

3. In der Praxis verfügen nicht nur Großunternehmen, sondern auch Mittelständler oft über ein breitflächiges Netz von ausländischen Tochtergesellschaften. Die Kosten für die Beherrschung vieler verschiedener Rechtsordnungen stehen in keinem sinnvollen Verhältnis zu dem häufig geringen Geschäftsvolumen solcher Tochtergesellschaften. Die Zersplitterung des Rechts der kleinen Kapitalgesellschaften wirkt daher gerade für KMU niederlassungshemmend.

4. Die SPE bietet dafür eine Lösung. Sie ist im Bereich des Gesellschaftsrechts europäisch-autonom funktionsfähig. Für das Außenverhältnis gilt zwingendes Einheitsrecht, für das Innenverhältnis Vertragsfreiheit. Dadurch können die internen Führungsstrukturen einer europaweiten Unternehmensgruppe nach Maßgabe der eigenen Bedürfnisse konsequent vereinheitlicht werden.

5. Als Regelungstechnik zur Vermeidung von Lücken im Gesellschaftsvertrag dient dem europäischen Gesetzgeber der sog. Regelungsauftrag: Er gibt den Gesellschaftern auf, was sie zu regeln haben, schreibt ihnen aber nicht vor, welchen Inhalt die Regelung haben soll (Anhang I der SPE-Verordnung). Eine Ergänzung um dispositives Recht wäre wünschenswert, rechtspolitisch aber erst nach jahrzehntelangen Beratungen vorstellbar.

5. Aktuelle rechtspolitische Stolpersteine sind: Mindestkapital, grenzüberschreitender Bezug, Sitzaufspaltung und Mitbestimmung. Keiner dieser Punkte wäre für die hier vorgesehene Einsatzmöglichkeit ein ernsthaftes Hindernis. Sie rechtfertigen es daher nicht, die Verabschiedung der Rechtsform auf unabsehbare Zeit zu blockieren.

- Die erste Seite • *Prof. Dr. Claus Luttermann*
- 97 Entwicklungslinien des brasilianischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts • *Prof. Dr. Dr. Peter Sester*
- 105 Entwicklungen im liechtensteinischen Wirtschafts- und Steuerrecht • *Jürgen Wagner*
- 111 Der Weg zur Europäischen Privatgesellschaft
Dr. Jens Bormann und Dr. David C. König
- 120 Die Societas Privata Europaea (SPE) als ausländische Tochtergesellschaft • *Prof. Dr. Christoph Teichmann*
- 127 Die Verteidigungsgüterrichtlinie der Europäischen Union
Dr. Marcus Schladebach
- 134 Neues Beweisrecht in den USA zum Vertraulichkeitsschutz zwischen Anwalt und beratenem Unternehmen
Dr. Marius E. Mann
- 139 Die aktienrechtliche Handelndenhaftung aus rechtsvergleichender Perspektive • *Dr. Arne Heller*
- 144 EuGH: Unzulässige Kündigungsfrist wegen Altersdiskriminierung – primärrechtliches Diskriminierungsverbot
- 148 EuGH: Das absolute Koppelungsverbot von Warenerwerb und Teilnahme an Gewinnspielen nach § 3 i. V. m. § 4 Nr. 6 UWG verstößt gegen Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken – „Plus“
- 164 OLG Celle: Keine Vereinbarung eines internationalen Gerichtstandes durch bloßen Verweis auf AGB im Internet
RIW-Kommentar von *Dr. Sebastian Jungemeyer*

Professor Dr. Christoph Teichmann, Würzburg

Die Societas Privata Europaea (SPE) als ausländische Tochtergesellschaft

Auch der folgende Beitrag widmet sich dem Verordnungsvorschlag für ein Statut der Europäischen Privatgesellschaft. Während *Bormann/König* (RIW 2010, 111 [in diesem Heft]) viele Regelungsansätze, die im Augenblick auf dem Tisch liegen, zurückhaltend bewerten, plädiert der vorliegende Beitrag für eine rasche Verabschiedung des Statuts mit einem Regelungsgehalt, welcher den Gesellschaftern bei der Ausgestaltung des Innenverhältnisses weitgehend freie Hand lässt.

I. Einführung

Die Europäische Kommission hat im Juni 2008 einen Verordnungsentwurf für eine neue supranationale Rechtsform vorgelegt: die Europäische Privatgesellschaft, auch Societas Privata Europaea (SPE) genannt.¹ Sie ist konzipiert als börsenferne Kapitalgesellschaft mit einem geschlossenen Kreis von Gesellschaftern.² Vertreter der Wirtschaft begrüßen diese Initiative vor allem wegen der Kosten, die derzeit bei der Gründung und Verwaltung ausländischer Tochtergesellschaften entstehen. Ungeachtet aller Fortschritte der europäischen Integration bereitet der Aufbau eines Netzes von Tochtergesellschaften im Binnenmarkt nach wie vor erhebliche Schwierigkeiten (dazu unter II.). Der Auslandsauftritt mit einer deutschen „Briefkasten-GmbH“ löst das Problem nicht (näher unter III.). Daher wäre die SPE eine sinnvolle Ergänzung zu den fortbestehenden nationalen Rechtsformen. Der Textvorschlag der Europäischen Kommission, weiterentwickelt durch einen Kompromissvorschlag der schwedischen Ratspräsidentschaft, liefert auf die Rechtsfragen, die für die Gründung und Verwaltung von Tochtergesellschaften bedeutsam sind (dazu unter IV.) weitgehend zufriedenstellende Antworten (dazu unter V.).

II. Rechtspraktische Notwendigkeit der SPE

Die praktischen Einsatzmöglichkeiten der SPE seien an einem Fallbeispiel verdeutlicht:³

Ein mittelständisches Unternehmen mit Hauptsitz in Süddeutschland⁴ wurde im Jahre 1993 gegründet und ist mit der Produktion und dem Vertrieb von chemischen Stoffen zur Oberflächenbehandlung von Metallen zügig gewachsen. 42% des Umsatzes werden im Ausland erzielt. Infolge der grenzüberschreitenden Expansion hat das deutsche Stammhaus mittlerweile 23 ausländische Tochtergesellschaften zu verwalten. Es beschäftigt in Deutschland etwa 80 Mitarbeiter, darunter einen festangestellten Jurist, der sich um alle im In- und Ausland anfallenden Rechtsfragen kümmert. An ihn wurde der dringende Wunsch der kaufmännischen Leitung herangetragen, möglichst alle ausländischen Tochtergesellschaften mit identischen Gesellschaftsverträgen auszustatten. Der kaufmännisch sinnvolle Wunsch ist – das erkennt der praktisch tätige Jurist sofort – rechtlich ein Ding der Unmöglichkeit. Denn das Recht der GmbH ist eine von der europäischen Rechtsangleichung nahezu unberührte Domäne. Allein die Kostennote der internationalen Anwaltskanzlei, die mit den entsprechenden Vorprüfungen zu

betrauen wäre, stünde in keinem vernünftigen Verhältnis zum Geschäftsvolumen der Tochtergesellschaften, deren Größenordnung man daran ermessem mag, dass sie im Durchschnitt zwischen drei und fünf Arbeitnehmer beschäftigen. Am Ende der kostspieligen Rechtsberatung stünde ohnehin vorhersehbar das Ergebnis, dass die Rechtsordnungen zu große Unterschiede aufweisen, um überall einen einheitlichen Gesellschaftsvertrag verwenden zu können.

Die unbefriedigende Rechtslage zeigt sich an der praktischen Erfahrung des Juristen im genannten Beispiel: Er verwendet bei Gründungen im Ausland einen Muster-Gesellschaftsvertrag, muss dann aber wegen vielfältiger Rechtsunterschiede regelmäßig die Hälfte der Klauseln an die lokale Rechtslage anpassen. Dadurch bietet die Unternehmensgruppe im Innenverhältnis zu ihren Auslandstöchtern ein gesellschaftsrechtlich heterogenes Bild, das der betriebswirtschaftlich gewünschten stringenten Unternehmensführung große Stolpersteine in den Weg legt.

Das Beispiel ist kein Einzelfall, sondern die Regel. Vergleichbare Praxisberichte haben die Bemühungen um die Einführung der Europäischen Privatgesellschaft immer wieder vorangetrieben.⁵ Gerade die kleinen und mittleren Unternehmen konzentrieren sich typischerweise auf eine enge Nische, in der sie sich dank ihrer Beweglichkeit und Qualitätsorientierung auch gegenüber Großunternehmen behaupten können; wer aber ein hoch spezialisiertes Produkt herstellt, wie etwa Bohrkern für den Tunnelbau oder Türklinke für Bürogebäude, dem ist der deutsche Markt zu klein. Sehr schnell entsteht so ein dichtes Netz von ausländischen Service- und Vertriebsgesellschaften, um auf den Absatzmärkten europa- oder gar weltweit präsent zu sein. Dabei sind Mittelständler typischerweise nicht groß genug, um eine eigene Rechtsabteilung zu unterhalten oder ständig mit einer international tätigen Anwaltskanzlei zusammenzuarbeiten. So steht der Beratungsaufwand für die Gründung und Verwaltung ausländischer Tochtergesellschaften aus ih-

1 Das entsprechende Dokument KOM (2008) 396 ist abrufbar unter: www.europeanprivatecompany.eu.

2 Zum Begriff der geschlossenen Gesellschaft: *Guyon*, in: *Boucourech-liev/Hommelhoff*, Vorschläge für eine EPG, 1999, S. 43 ff.; *Helms*, Die Europäische Privatgesellschaft, 1998, S. 105 ff.; *Bachmann*, ZGR 2001, 351, 352.

3 Vgl. dazu bereits *Teichmann*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (VGR), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2008, 2009, S. 55 f.

4 Das betreffende Unternehmen, die *Surface Technology* mit Sitz in Zwingenberg/Bergstraße, wartet sehnhlichst auf die Einführung der SPE und begrüßt daher ausdrücklich die Fallstudie an seinem Beispiel.

5 Vgl. stellvertretend für den Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau (VDMA) die Stellungnahme von *Kristina Schunk* für die schwäbische Schunk GmbH&Co. KG vor dem Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments; veröffentlicht in englischer Sprache in: *European Company Law (ECL) 2006*, 275. Siehe auch *Kuck/Weiss*, Konzern 2007, 498, 499, zu den Vorüberlegungen des Europäischen Parlaments, die im Jahre 2007 in eine Resolution mündeten, in der von der Kommission die Vorlage eines EPG-Statuts gefordert wird. Einige Jahre zuvor hatte der VDMA ähnliche Rückmeldungen bei einer internen Umfrage unter seinen Mitgliedern erhalten, über die *Hommelhoff*, in: FS Doralt, 2004, S. 199, 201 f. berichtet. Aktuell die Stellungnahme des VDMA-Justitiars *Steinberger*, BB 2008, S. M. 1. In die gleiche Richtung weisen die Stellungnahmen von DIHK und BDI zum SPE-Entwurf, abrufbar als „work-ing papers“ unter: www.europeanprivatecompany.eu.

rer Sicht in keinem vernünftigen Verhältnis zu der Größenordnung, die eine solche Tochtergesellschaft aufweist.⁶

Das vorrangige Problem ist dabei nicht etwa die unterschiedliche Qualität ausländischer Rechtssysteme, sondern die Unterschiedlichkeit selbst: Dadurch entstehen für jede neue Tochtergesellschaft dieselben Beratungskosten zu denselben Themen. Die Kosten wachsen weiter bei der laufenden Verwaltung der Unternehmensgruppe. Für jeden Mitgliedstaat müssen aktuelle Rechtentwicklungen verfolgt und für jede gesellschaftsrechtliche Maßnahme (Gesellschafterbeschlüsse, Ausschüttungen an Gesellschafter, Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern) muss gegebenenfalls ausländischer Rechtsrat eingeholt werden.

III. Zum Vergleich: Die deutsche GmbH mit Verwaltungssitz im Ausland

Auf die Sorgen und Nöte der exportorientierten Wirtschaft antwortet die deutsche Rechtspolitik gerne mit dem Hinweis, man könne doch seit der GmbH-Reform die heimische Rechtsform auch im Ausland einsetzen.⁷ Der neue § 4a GmbHG eröffne schließlich die Möglichkeit, den Verwaltungssitz einer GmbH ins Ausland zu verlegen. So könne ein deutsches Unternehmen ein Netz von Tochtergesellschaften allein aus GmbHs aufbauen und deren Verwaltungssitz jeweils in den gewünschten ausländischen Staat verlegen.⁸ Diese im politischen Raum verbreiteten Vorstellungen werden von Praktikern kaum geteilt. Sie rechnen nicht mit einer breitflächigen Verwendung der deutschen GmbH als ausländischem Konzernbaustein.⁹ Dafür sind folgende Gründe maßgeblich:

1. Kollisionsrechtliche Unwägbarkeiten

Zunächst besteht keineswegs Rechtssicherheit, dass die deutsche GmbH ihren Verwaltungssitz tatsächlich ins Ausland verlegen und dabei Gesellschaft deutschen Rechts bleiben kann. Hierzu müssten das deutsche Recht und diejenige Rechtsordnung, in deren Bereich der Verwaltungssitz verlegt wird, einhellig der Gründungstheorie folgen.¹⁰ Nun ist schon zum deutschen Recht streitig, ob § 4a GmbHG tatsächlich einen Wechsel zur Gründungstheorie statuiert. Auf den ersten Blick regelt die Vorschrift allein den Inhalt des Gesellschaftsvertrages, nicht die Frage des anwendbaren Rechts.¹¹ Das Kollisionsrecht sollte auch nicht im GmbH-Gesetz geregelt werden, sondern im Einführungsgesetz zum BGB, für das parallel zur GmbH-Reform ein Reformvorschlag entwickelt wurde.¹² Diese Änderung des EGBGB wurde aber bis heute nicht verabschiedet. Bei einer systematischen Betrachtung lässt sich daher die Auffassung vertreten, es gelte für die deutsche GmbH immer noch die Sitztheorie.¹³ Der BGH sieht mit Blick auf die vorrangige Entscheidungshoheit des Gesetzgebers davon ab, richterrechtlich mehr als europarechtlich geboten in das überkommene System des Internationalen Gesellschaftsrechts einzugreifen. Für Drittstaaten außerhalb der Europäischen Gemeinschaft hält er ausdrücklich an der Sitztheorie fest.¹⁴ Man mag das kritisieren;¹⁵ die Rechtspraxis wird sich jedoch darauf einzustellen haben, dass die Gerichte auch bei der Entscheidung über das Internationale Gesellschaftsrecht der GmbH auf den Gedanken kommen könnten, in dieser Frage sei die abschließende Entscheidung des Gesetzgebers noch nicht gefallen.

Die Anwendung deutschen GmbH-Rechts auf eine im Ausland residierende GmbH ist sodann mit Blick auf das Kollisionsrecht anderer Staaten keineswegs ein Selbstläufer. Bis zum heutigen Tage folgt eine erhebliche Zahl von EU-Mitgliedstaaten der einen oder anderen Variante der Sitztheorie.¹⁶ Dabei dürfte es sich zwar um mildere Formen handeln als die klassische deutsche Sitztheorie, die einer zuziehenden Gesellschaft die Rechtsfähigkeit aberkannte. Die EuGH-Rechtsprechung wird aber nicht überall so interpretiert, dass sie zwingend und zu allen Aspekten des Gesellschaftsrechts eine Einführung der Gründungstheorie erfordert.¹⁷ Auch hier gilt: Man mag das rechtsdogmatisch für angreifbar halten, die Rechtspraxis wird sich aber auf holprige Wege beim Export der deutschen GmbH einstellen müssen. Das Interesse der exportorientierten deutschen Wirtschaft, Rechtsunsicherheit und Rechtsberatungskosten zu senken, wird nicht erreicht.

2. Weitere Stolpersteine

Wer das Modell der GmbH-Briefkastengesellschaft mit ausländischem Verwaltungssitz dennoch erproben will, muss nach Überwindung der kollisionsrechtlichen Hürde weitere Stolpersteine gewärtigen. Das beginnt im Steuerrecht, dem für die Praxis wichtigsten Gestaltungsfaktor. Bei einer Aufspaltung von Registersitz und Hauptverwaltung entgeht die Gesellschaft nur über zwischenstaatliche Doppelbesteuerungsabkommen der Gefahr, dass am Registersitz und am Verwaltungssitz jeweils der Fiskus vor der Tür steht.¹⁸ Für jeden Staat, in den die Hauptverwaltung einer GmbH verlegt werden soll, muss daher vorab das bilaterale Doppelbesteue-

6 Vgl. die Studie der Anwaltskanzlei Baker&McKenzie, abrufbar als „working paper“ unter: www.europeanprivatecompany.eu, die schon für die Kosten der Gründungsberatung erhebliches Einsparungspotenzial ermittelt. Die in der Summe deutlich höher liegenden Kosten der laufenden Verwaltung wurden nicht untersucht, weil sie schwieriger zu quantifizieren sind.

7 Exemplarisch die Stellungnahme des Deutschen Bundesrates (Quelle: BR-Drucks. 354/07 v. 6. 7. 2007; kritisch dazu bereits *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2009, 36). Auf der Linie des Bundesrates hingegen die Stellungnahme des Deutschen Notarvereins, abgedruckt in: Teichmann (Hrsg.), *Europa und der Mittelstand*, 2010, S. 83 ff.

8 Gemäß § 4a GmbHG und § 5 AktG in der seit dem 1. 11. 2008 geltenden Fassung. Die Gesetzesbegründung betont ausdrücklich, dass damit deutschen Gesellschaften die Möglichkeit eröffnet werden solle, ihre Hauptverwaltung unter fortbestehender Anwendbarkeit deutschen Gesellschaftsrechts ins Ausland verlegen zu können (Begr. RegE zu § 4a GmbHG, BT-Drs. 16/6140, S. 29).

9 *Brems/Cannivé*, Der Konzern 2008, 629.

10 Siehe zum Folgenden auch *Teichmann*, in: Teichmann, *Aktuelle Entwicklungen im Gesellschaftsrecht*, 2009, S. 52, 63 ff.

11 Zu den kollisionsrechtlichen Implikationen der Norm ausführlich *Hoffmann*, ZIP 2007, 1581.

12 Referentenentwurf vom 7. 1. 2009 (dazu *Schneider*, BB 2008, 566), basierend auf Vorarbeiten des Deutschen Rates für IPR (dazu *Sonnenberger/Bauer*, Beilage 1 zu RIW 2006/Heft 4, S. 1 ff.).

13 In diesem Sinne *Werner*, GmbHR 2009, 191. Andere Autoren vertreten die Auffassung, für die GmbH sei bereits mit § 4a GmbHG der Übergang zur Gründungstheorie vollzogen worden; siehe etwa *Franz/Laeger*, BB 2008, 678.

14 „Trabrennbahn-Entscheidung“, BGH v. 27. 10. 2008, NJW 2009, 289 m. Anm. *Kieninger* = RIW 2009, 79; bestätigt in: BGH v. 8. 10. 2009, AG 2010, 79.

15 Siehe etwa die in Fn. 14 zitierte Anmerkung von *Kieninger*.

16 Vgl. den Überblick bei *Kindler* in: MK-BGB, Int. GesR, 4. Aufl. 2006, Rdnr. 486 ff. sowie die Übersicht in: *status:recht*, 2008, 71.

17 Siehe nur für das belgische Recht *Vestraten*, *status:recht* 2008, 70: „Im Gegensatz zu dem, was in der Rechtslehre und Rechtsprechung bestimmter Mitgliedstaaten der EU angenommen wird, nimmt die Mehrheitsauffassung in Belgien an, dass Art. 48 EG-Vertrag keinen expliziten oder impliziten Vorzug für die Gründungslehre beinhaltet.“

18 Zu den vielfältigen steuerrechtlichen Schwierigkeiten, die bei einer „doppelt ansässigen“ Gesellschaft zu bewältigen sind und in Deutschland insbesondere anlässlich der häufigen Verwendung der englischen Limited in den Vordergrund treten, siehe nur *Kaminski/Strunk*, IStR 2007, 189; *Kußmaul/Ruiner*, IStR 2007, 696; *Kollruss*, IStR 2008, 316; *Haase*, IStR 2008, 695.

rungsabkommen geprüft werden. Da diese Abkommen inhaltlich weitgehend gleich laufen, wird das Ergebnis in der Regel eine Besteuerung der Gesellschaft im Staat der Hauptverwaltung sein. Ist das geklärt, muss allerdings neben der deutschen Handelsbilanz eine ausländische Steuerbilanz nach den dort geltenden Regeln erstellt werden. Auch hier gilt: Wer den Unternehmen zur Vereinfachung der internen Abläufe den Einsatz der GmbH im Ausland empfiehlt, gibt in Wirklichkeit Steine statt Brot.

Gegen die Verwendung der GmbH sprechen schließlich psychologische Barrieren. Die in Deutschland registrierte Gesellschaft wird im Ausland als „Briefkastengesellschaft“ wahrgenommen. Bei Geschäftspartnern und Behörden steht immer unausgesprochen die Frage im Raum, warum man sich nicht mit einer vor Ort registrierten Gesellschaft auf dem dortigen Markt bewegen wolle. Mit welchen Haken und Ösen die nationalen Behörden und Gerichte derartigen Konstruktionen begegnen, konnte man in Deutschland mit Blick auf die Limited gut beobachten.¹⁹ Bei alledem ist der Registrierungsantrag ohnehin derselbe, denn auf Basis der europäischen Rechtsangleichung sind die Publizitätspflichten für Kapitalgesellschaften²⁰ und ihre ausländischen Zweigniederlassungen²¹ weitgehend identisch.²² Auch hier winken keinerlei Kosteneinsparungen im Vergleich zur Registrierung einer Gesellschaft vor Ort.

Schließlich ist auf Ebene der Gemeinschaft auch die besondere Situation der Mitgliedstaaten zu bedenken, die erst vor wenigen Jahren beigetreten sind. Ihnen gegenüber kommt der Hinweis, man möge doch die eigenen nationalen Rechtsformen verwenden, einer mittelbaren Diskriminierung gleich. Das europäische Ausland kennt die englische *Limited* und die deutsche *GmbH* – aber kaum einer kennt die *Sp. z o.o.* (Polen), die *s.r.o.* (Tschechien) oder die *Kft.* (Ungarn).²³ Der Umgang mit dieser und anderen Rechtsformen bereitet dem Ausländer schon sprachlich Probleme. Der Wettbewerbsvorsprung der englischen Limited dürfte daher zu einem nicht geringen Anteil darauf beruhen, dass die meisten Geschäftsleute der englischen Sprache mächtig sind. Dass es im übrigen Europa noch einige andere Staaten gibt, deren Kapitalgesellschaften kein Mindestkapital verlangen oder aus anderen Gründen attraktiv sein mögen, ist unter deutschen Unternehmern nicht bekannt. Und so schafft erst die SPE ein „level playing field“ im europäischen Binnenmarkt: Die anwendbaren Rechtsregeln werden in einer europäischen Verordnung in allen Amtssprachen zur Verfügung stehen und gegebenenfalls durch den Europäischen Gerichtshof einer zentralen Auslegung unterzogen. Jedermann wird diese Rechtsform kennen, gleichgültig, in welchem Land sie auftritt und aus welchem Land sie kommt.

Sicherlich begegnet die grenzüberschreitende Niederlassung auch noch anderen Hindernissen: Steuerrecht, Arbeitsrecht oder Sozialrecht sind keineswegs zufriedenstellend harmonisiert oder gar vereinheitlicht und daher immer noch eine Belastung für die grenzüberschreitende Niederlassung. Das ist indessen kein Grund, den Unternehmen die erwünschte Erleichterung im Gesellschaftsrecht zu verwehren, zumal sich hier der Mangel am leichtesten beheben lässt. Denn nur im Gesellschaftsrecht lässt sich die Situation schlicht dadurch verbessern, dass eine zusätzliche Rechtsform angeboten wird. Die supranationale Gesellschaft bringt keine Eingriffe in das mitgliedstaatliche Recht und kann dennoch ein europaweit einheitliches Regime anbieten. Aus binnenmarkttheoretischer Sicht ist die SPE daher

kein Widerspruch zum Wettbewerb der Rechtsordnungen, sondern eine systemkonforme Ergänzung.²⁴

IV. Anforderungsprofil einer „kleinen“ supranationalen Kapitalgesellschaft

Im Lichte der vorstehenden Überlegungen hat sich gerade der exportorientierte Mittelstand immer wieder für die SPE eingesetzt.²⁵ Ausgangspunkt der Überlegungen ist der Fall einer deutschen Muttergesellschaft mit zahlreichen Auslandsstöchern, die typischerweise in der lokal verfügbaren kleinen Kapitalgesellschaftsform organisiert sind. Am Beispiel des eingangs erwähnten Mittelständlers mit 23 ausländischen Tochtergesellschaften ergibt sich folgende Struktur, wobei – stark vereinfachend – nur die Gesellschaften in Großbritannien, den Niederlanden, Frankreich, Rumänien, Dänemark und Polen betrachtet werden:

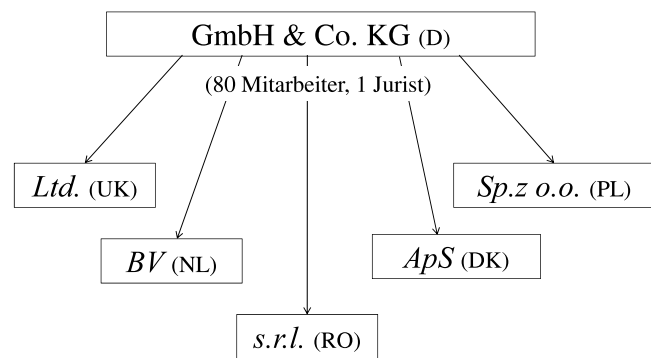


Abb. 1: Mittelständliche Unternehmensgruppe mit nationalen Gesellschaften

Die Effizienz dieser Konzernstruktur ist an den folgenden praktischen Anforderungen zu messen, die bei Gründung und Leitung ausländischer Tochtergesellschaften typischerweise im Vordergrund stehen:²⁶

(1) Ein einheimischer Geschäftsführer soll das Unternehmen im ausländischen Markt repräsentieren. Gesellschaftsrechtlich ist das Verfahren für die Bestellung und Abberufung bedeutsam. Wünschenswert ist das Recht, einen in Ungnade gefallenen Geschäftsführer zügig abberufen zu können.

19 Ernst zu nehmen ist der Hinweis von Just, Die englische Limited in der Praxis, 3. Aufl. 2008, S. VI: „Als ausländische Kapitalgesellschaft stellt die englische Limited zunächst einmal einen Fremdkörper im deutschen Rechtssystem dar.“

20 Erste gesellschaftsrechtliche Richtlinie (68/151/EWG).

21 Elfte gesellschaftsrechtliche Richtlinie (89/666/EWG).

22 Es ist eine bemerkenswerte Fußnote des europäischen Gesellschaftsrechts, dass gerade die deutsche Wirtschaft seinerzeit die Einführung der Zweigniederlassungsrichtlinie als überflüssige Bürokratie brandmarkte (vgl. Wiesner, GmbHR 1987, 103) und nun die deutsche Rechtspolitik die Verdoppelung dieser Bürokratie durch Registrierung in Deutschland und Zweigniederlassung im Ausland als den Königsweg der Niederlassung im Binnenmarkt propagiert.

23 Auf diesen Wettbewerbsnachteil weisen Autoren aus den neuen Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit der SPE nachdrücklich hin: Oplustil, in: Teichmann (Fn. 7), S. 113, 121 f.; Radwan, EBLR 2007, 769, 771.

24 Dazu bereits Teichmann, in: Bartman, European Company Law in Accelerated Progress, 2006, S. 145 ff., weiterhin ders., in: VGR (Fn. 3), S. 55, 58 ff.

25 Vgl. dazu aus der bisherigen Diskussion Hommelhoff/Teichmann, DStR 2008, 925; Maul/Röhricht, BB 2008, 1574, 1578 f.; Vossius, EWS 2007, 438, 439; vergleichbare Überlegungen gelten im Übrigen auch für außereuropäische Investoren, die eine europaweit gängige Rechtsform suchen: Drury, EBOR 2008, 125, 127.

26 Die Auswahl stützt sich auf Gespräche mit dem Justitiar des in Fn. 4 genannten Unternehmens.

(2) Die Kompetenzverteilung im Innenverhältnis sollte sicherstellen, dass der Geschäftsführer den Weisungen der Zentrale Folge leistet. Das dient der grenzüberschreitend kohärenten Geschäftspolitik. Außerdem muss es möglich sein, die rechtlichen Kompetenzen des Geschäftsführers flexibel zu verändern. Beispielsweise kann ihm nach einer gewissen Einarbeitungszeit die Befugnis erteilt werden, Verträge bis zu einer bestimmten Höhe auch ohne Zustimmung der Muttergesellschaft abzuschließen.

(3) Mitunter wird dem Geschäftsführer der Tochtergesellschaft ein Geschäftsanteil übertragen. Dies fördert die Identifikation mit dem Unternehmen. Die Gestaltung des Gesellschaftsvertrages muss dann der Tatsache Rechnung tragen, dass der Geschäftsführer als Minderheitsgesellschafter beteiligt ist. Die Vertragsgestaltung muss sicherstellen, dass er seinen Anteil nicht gegen den Willen der Muttergesellschaft an Dritte überträgt.

(4) Wichtig ist schließlich Rechtssicherheit für wirtschaftliche Transaktionen zwischen Mutterhaus und Tochtergesellschaft. Die Zusammenarbeit in der Unternehmensgruppe führt häufig zu Lieferbeziehungen oder Dienstverträgen zwischen den Gesellschaften. In der heimischen Zentrale hätte man gerne Klarheit über den Rechtsrahmen solcher Transaktionen.

Im oben genannten Modell der Unternehmensgruppe mit nationalen Tochtergesellschaften müssen all diese Fragen nach dem Recht von Großbritannien, den Niederlanden, Rumänien, Dänemark und Polen fachgerecht untersucht werden. Der damit verbundene Zeit- und Kostenaufwand lässt sich weitgehend einsparen, wenn man die SPE als Konzernbaustein verwendet:

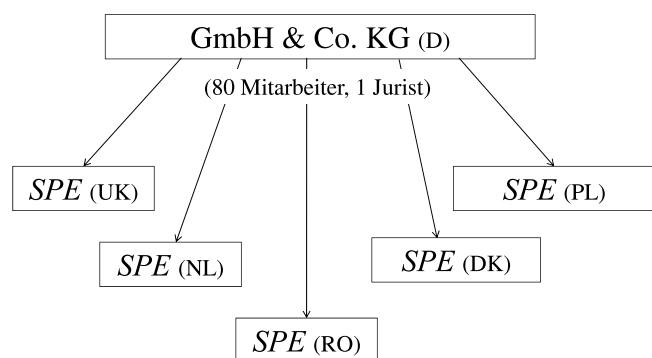


Abb. 2: Mittelständische Unternehmensgruppe mit mehreren SPE

Bei dieser Konzernstruktur ist für alle genannten Rechtsfragen in erster Linie die europäische SPE-Verordnung zu befragen. Auf der Basis des Entwurfes, den die Europäische Kommission vorgelegt und die schwedische Ratspräsidentschaft weiter entwickelt hat,²⁷ soll nachfolgend untersucht werden, inwieweit die SPE den konkreten Anforderungen an eine effiziente grenzüberschreitende Konzernstruktur gerecht werden kann.

V. Errichtung von Auslandstöchtern nach dem SPE-Verordnungsvorschlag

1. Privatautonomie im Innenverhältnis

Soll mit Verwendung der SPE eine grenzüberschreitend homogene Konzernstruktur erreicht werden, muss der europäische Rechtstext die oben genannten Rechtsfragen autonom, d. h. ohne Rückgriff auf nationales Recht regeln. Dabei ist kaum anzunehmen, dass 27 Mitgliedstaaten mit unterschiedlichen Rechtstraditionen sich in allen Einzelheiten

auf ein gemeinsames Regelungsmodell einigen.²⁸ Bei einer geschlossenen Gesellschaft, deren Gesellschafter sich typischerweise durch vertragliche Vorsorge eigenverantwortlich selbst schützen können, ist das aber auch nicht erforderlich.²⁹ Für die Konzeption der SPE wurde daher von Beginn an unterschieden, ob eine Frage das Außenverhältnis betrifft und daher zwingend im europäischen Rechtstext geregelt sein sollte (insbesondere: Gläubigerschutz), oder ob sie zum Innenverhältnis gehört und weitgehend der Gestaltung durch Gesellschaftsvertrag überlassen bleiben kann (Beispiel: Formalien der Gesellschafterversammlung).³⁰

So gewährt der Vorschlag der Europäischen Kommission vom Juni 2008 weitgehend Gestaltungsfreiheit im Innenverhältnis und schließt zugleich für diesen Bereich eine Anwendung nationalen Gesellschaftsrechts aus.³¹ Dem Bedürfnis nach einheitlicher Strukturierung der internen Rechtsverhältnisse in einem Netz von Auslandstöchtern kommt das sehr entgegen. Auch der Kompromissvorschlag der schwedischen Ratspräsidentschaft vom Dezember 2009 bleibt diesen Ansatz treu, modifiziert ihn aber in gewisser Weise. Anders als im Kommissionstext soll das nationale Recht immer dann zur Lückenfüllung herangezogen werden, wenn der Gesellschaftsvertrag eine Rechtsfrage nicht oder nur teilweise regelt.³² Damit bleibt den SPE-Gründern die Möglichkeit, durch sorgfältige Vertragsgestaltung das Eindringen nationalen Rechts zu vermeiden.

2. Steuerung der Vertragsgestaltung durch Regelungsaufträge

Der SPE-Vorschlag gewährt nicht nur Gestaltungsfreiheit im Innenverhältnis. Er verzichtet auch weitgehend auf dispositives Recht, das zur Lückenfüllung des Gesellschaftsvertrages herangezogen werden könnte. Der SPE-Vorschlag steuert das Innenrecht auf andere Weise: Er enthält in Anhang I eine lange Liste von „Regelungsaufträgen“. Diese geben an, zu welchen Rechtsfragen der Gesellschaftsvertrag eine Regelung enthalten sollte, ohne den Inhalt dieser Regelung vorzugeben. Darin liegt eine sinnvolle Anleitung zum verantwortungsvollen Gebrauch der Gestaltungsfreiheit.³³ Die Gründer können auf diese Weise zu den Fragen, die ein Gesellschaftsvertrag typischerweise regeln sollte, eigene Klauseln entwickeln und damit den Rückgriff auf nationales Recht vermeiden. Zusätzlich hat die von der Europäischen

27 Vorschlag der Europäischen Kommission vom Juni 2008 und Text der schwedischen Ratspräsidentschaft vom Dezember 2009, beide abrufbar unter: www.europeanprivatecompany.eu/legal_texts.

28 Zutreffend Hügél, ZHR 173 (2009), 309, 349: „Die Aufstockung des Entwurfs auf ein Vollstatut würde die Fertigstellung auf unbestimmte Zeit verschieben.“

29 Hier liegt ein wesentlicher Unterschied zu den Schwierigkeiten, die bei der Ausgestaltung der Societas Europaea – einer Aktiengesellschaft – aufgetreten sind. Der Regelungsbedarf für eine geschlossene Kapitalgesellschaft ist geringer, weshalb die Erfahrungen aus den langjährigen Verhandlungen über das SE-Statut (ausführlich dazu: *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 21 ff.; *Edwards*, CML Rev. 2003, 443; *Schwarz*, Kommentar zu SE-VO, 2006, Einleitung, Rdnr. 2 ff.) nicht „eins zu eins“ auf die SPE übertragen werden können.

30 Zusammenfassend dazu *Teichmann*, Stellungnahme auf der Brüsseler SPE-Konferenz vom 10. 3. 2008, abrufbar als „working paper“ unter: www.europeanprivatecompany.eu.

31 Näher unten bei Fn. 38.

32 Vgl. Art. 4 Abs. 2 des schwedischen Vorschlags: „Unbeschadet des Absatzes 1 gilt für die in Anhang I genannten Bereiche [Anm. d. Verf.: Das sind die Regelungsaufträge für den Gesellschaftsvertrag, dazu sogleich im Text] das maßgebende innerstaatliche Recht, sofern diese Bereiche nicht oder nur teilweise in der Satzung der SPE geregelt sind.“

33 Siehe die Monographie von *Beier*, Der Regelungsauftrag als Gesetzgebungsinstrument im Gesellschaftsrecht, 2002; weiterhin *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 898.

Kommission eingesetzte Advisory Group on Corporate Governance and Company Law eine Mustersatzung erarbeitet, die bei der Abfassung des Gesellschaftsvertrages als Orientierung dienen kann.³⁴ Dieser Gedanke einer offiziell bereit gestellten Mustersatzung hat auch die Sympathie des Europäischen Parlaments gefunden;³⁵ ob er sich durchsetzen kann, ist noch offen. Der schwedische Vorschlag sieht vor, dass die Mitgliedstaaten selbst Mustersatzungen entwerfen können.³⁶ Zumindest aber wird sich die rechtsberatende Praxis schnell auf die neue Rechtsform einstellen und entsprechende Muster anbieten.

Innerhalb der Regelungsaufträge lassen sich obligatorische und fakultative Aufträge unterscheiden.³⁷ Zu den obligatorischen Aufträgen muss der Gesellschaftsvertrag eine Regelung enthalten; bei den fakultativen Aufträgen liegt es im Ermessen der Gesellschafter, ob sie dazu eine Regelung in ihren Vertrag aufnehmen. Beispielsweise kann gemäß Anhang I in der Satzung geregelt werden, ob die Übertragbarkeit der SPE-Anteile eingeschränkt werden soll. Die Gesellschafter können also im Vertrag die Abtretung des Geschäftsanteils von der Zustimmung der anderen Gesellschafter abhängig machen. Auch bei der inneren Organisation genießen sie Gestaltungsfreiheit. So ist z. B. das Verfahren für die Fassung von Gesellschafterbeschlüssen nach Anhang I ein Bereich, der in der Satzung ausgestaltet werden kann.

Auf diese Weise erreicht der europäische Gesetzgeber sein Ziel, nationales Gesellschaftsrecht von der Anwendung auf die SPE möglichst auszuschließen: Entweder ist eine Sachfrage in der europäischen Verordnung geregelt oder sie wird in Form eines Regelungsauftrages an den Satzungsgeber delegiert. In all diesen Bereichen bleibt das nationale Recht ausgeschlossen.³⁸ Diese Regelungstechnik hängt funktional mit der Einsatzmöglichkeit der SPE im Binnenmarkt zusammen. Der Einsatz als Tochtergesellschaft im Ausland wird wesentlich erleichtert durch den Umstand, dass ein Unternehmen für all seine SPE-Tochtergesellschaften denselben Satzungstext verwenden kann. Gegenüber der europäisch gewährten Gestaltungsfreiheit kann kein nationaler Richter einzelne Satzungsbestimmungen mit dem Argument für unwirksam erklären, derartige Klauseln kenne das nationale GmbH-Recht nicht.³⁹

Dennoch wird im Schrifttum vielfach gefordert, die SPE-Verordnung mit dispositivem Recht anzureichern.⁴⁰ Die jetzige Konzeption hat teilweise harsche Kritik erfahren. Von „Schlechterfüllung der Aufgaben eines Gesetzgebers“⁴¹ und „Überforderung der Satzungsautonomie“⁴² ist die Rede.⁴³ Von österreichischer Seite wird die Qualität der kontinentaleuropäischen Regelungstradition hervorgehoben, bei der man sich des Gesetzes im Sinne einer „Goldgrube“ dispositiven Rechts bedienen könne.⁴⁴ Für das deutsche GmbH-Gesetz lässt sich dieses Loblied kaum singen. Dort finden sich für das vertraglich auszugestaltenden Innenverhältnis der Gesellschafter als gesetzliches Auffangnetz ganze fünf Paragraphen (§§ 46–49 GmbHG). Praktiker sind sich daher einig: Jede GmbH, die aus mehr als einer Person besteht, sollte sich tunlichst einen maßgeschneiderten Gesellschaftsvertrag zulegen.⁴⁴ Allein auf dispositives Recht ist kein Verlass. Die SPE-Regelungstechnik bietet nun den unschätzbaren Vorteil, dass man – flankiert von europäisch garantierter Vertragsfreiheit – die gewohnten Gestaltungen des eigenen GmbH-Systems in die SPE-Satzung übernehmen und europaweit gleichförmig für jede SPE-Gründung verwenden kann. Wer stattdessen ein umfassendes dispositives SPE-

Verordnungsrecht fordert, läutet damit gewollt oder ungewollt die Totenglocke für das SPE-Projekt. Denn der rechtspolitische Anspruch, den Entwurf auf ein Vollstatut aufzustoßen, würde, wie *Hügel* zu Recht feststellt, die Fertigstellung auf unbestimmte Zeit verschieben.⁴⁵ Wie die leidvolle Entstehungsgeschichte der SE zeigt, würde dadurch auch keineswegs eine höhere Qualität des Rechtstextes erreicht. Deren in mehr als dreißig Jahren ausverhandeltes kompliziertes Regelungsgeflecht hat „keinen Vorbildcharakter“, so bringen *Siems/Rosenhäger/Herzog* die Lehren aus der SE-Erfahrung zutreffend auf den Punkt.⁴⁶

3. Die praktischen Gestaltungsbedürfnisse im Einzelnen

a) Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern

Betrachtet man im Einzelnen die oben genannten Gestaltungsbedürfnisse, so findet sich für die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern im SPE-Vorschlag folgende Kompetenzregelung:

„... zumindest die folgenden Fragen [werden] durch einen Mehrheitsbeschluss der Anteilseigner – so wie in der Satzung der SPE festgelegt – geregelt: ... j) Ernennung und Entlassung von Mitgliedern der Unternehmensleitung und ihre Mandatszeit.“⁴⁷

34 Der Text der Mustersatzung ist abrufbar im Internet (Quelle: s. oben Fn. 27). Auch eine Arbeitsgruppe aus Rechtswissenschaftlern und Notaren befasst sich unter dem Dach des Würzburger Instituts für Notarrecht derzeit mit der Frage, ob und mit welchem Inhalt die praktische Verwendung der SPE durch Musterverträge unterstützt werden kann.

35 Vgl. legislative Entschließung vom 10. 3. 2009, Art. 43a eines geänderten SPE-Verordnungsvorschlages, Quelle im Internet: vgl. oben Fn. 27.

36 Gemäß Erwägungsgrund 8a können die Mitgliedstaaten „Modellsatzungen“ entwerfen, die von Unternehmern bei der Gründung ihrer Gesellschaft als Beispiel herangezogen werden könnten.

37 Der Anregung, diese Unterscheidung in der Formulierung der Regelungsaufträge noch deutlicher hervorzuheben (*Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht*, NZG 2008, 897, These 12), kommt der schwedische Entwurf entgegen, indem er die zwingenden Satzungsinhalte in Art. 8 der Verordnung aufnimmt.

38 Vgl. Art. 4 Satz 1 SPE-VO: „Für eine SPE gelten die Bestimmungen dieser Verordnung und für die in Anhang I genannten Punkte die Bestimmungen ihrer Satzung.“ Nur wenn eine Frage weder in der Verordnung geregelt noch von Anhang I abgedeckt ist, kann auf nationales Recht zurückgegriffen werden. Der schwedische Textvorschlag erweitert allerdings den potenziellen Anwendungsbereich des nationalen Rechts, indem er in den neu eingefügten Art. 4 Abs. 2 und 3 SPE-VOE auch dort auf nationales Recht verweist, wo Verordnung oder Satzung eine Rechtsfrage „nur teilweise“ geregelt haben.

39 Fragen der gerichtlichen Inhaltskontrolle und der ergänzenden Vertragsauslegung regelt der SPE-Vorschlag nicht. *Hügel*, ZHR 173 (2009), 309, 347, plädiert dafür, eine Lückenfüllung durch nationales Recht zuzulassen. Dies ließe sich ergänzen durch eine Rechtswahlklausel im Gesellschaftsvertrag; dann könnten Auslegung und Lückenfüllung im internationalen Konzern einheitlich erfolgen, dazu demnächst *Teichmann*, in: ECFR (7) 2010.

40 Siehe nur *Vossius*, EWS 2007, 438, 442, *Wicke*, GmbH 2006, 356, 358, *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 153, und *Krejci*, Societas Privata Europaea, 2008, S. 115. Zurückhaltender *Handelsrechtsausschuss des DAJ*, Beilage zu NZG 2009/Heft 7, S. 1, 3, der sich jedenfalls „mehr“ dispositive Regelungen wünscht.

41 *Vossius*, EWS 2007, 438, 441.

42 *Krejci* (Fn. 40), S. 115, Rdnr. 570.

43 Vgl. *Krejci* (Fn. 40), S. 115 f., Rdnr. 572.

44 Siehe nur *Langenfeld*, GmbH-Vertragspraxis, 6. Aufl. 2009, S. 15, Rdnr. 51, der für die Mehrpersonengründung dringend einen „ausführlichen und maßgeschneiderten Gesellschaftsvertrag“ empfiehlt.

45 *Hügel*, ZHR 173 (2009), 309, 349.

46 *Siems/Rosenhäger/Herzog*, Der Konzern 2008, 393, 396. Auch *Ehricke*, KSzW 2010, 6, 8, hält im Ergebnis das System der Regelungsaufträge für erfolgversprechender.

47 Art. 27 des Kommissionsvorschlags. Im schwedischen Text hat sich die Nummerierung geändert; eine inhaltlich gleich lautende Regelung findet sich dort in Art. 28 Abs. 1 lit. i SPE-VO.

Zuständig ist also die Gesellschafterversammlung. In welcher Form und nach welchem Verfahren sie ihren Beschluss fasst, sagt die Verordnung nicht. Dazu findet sich in Anhang I jedoch ein Regelungsauftrag:

„Die Satzung der SPE muss zumindest Folgendes regeln: ... Angabe des Verfahrens für die Bestellung und Abberufung von Mitgliedern der Unternehmensleitung.“⁴⁸

Die Muttergesellschaft, die entweder Alleingesellschafterin ist oder in der Tochtergesellschaft jedenfalls die Mehrheit der Anteile hält, kann folglich autonom festlegen, nach welchem Verfahren und unter welchen Voraussetzungen ein Geschäftsführer bestellt und abberufen wird. Der Vorschlag der Mustersatzung dazu lautet:⁴⁹

„The procedure for appointing directors is that any director may be appointed by a shareholder decision of more than 50% of the eligible votes. Each director may be removed (i) by a shareholder decision of more than 50% of the eligible votes, or (ii) on being required to resign by the administrative board.“

Eine deutsche Muttergesellschaft wird sich bei der Vertragsgestaltung für ihre ausländischen SPE-Tochtergesellschaften in Inhalt und Sprache näher am eigenen bekannten GmbH-Recht orientieren. Denkbar wäre folgende Klausel:

„Geschäftsführer können durch Beschluss der Gesellschafterversammlung jederzeit abberufen werden.“⁵⁰

b) Kompetenzverteilung im Innenverhältnis

Die Kompetenzverteilung zwischen den Gesellschaftern und den Geschäftsführern ist in ihren Grundzügen in der SPE-Verordnung geregelt. Gemäß Art. 26 hat die SPE ein Leitungsorgan mit umfassenden Kompetenzen:

„Die SPE verfügt über ein Leitungsorgan, das für die Leitung der SPE verantwortlich ist. Das Leitungsorgan kann alle Befugnisse der SPE ausüben, sofern diese Verordnung oder die Satzung nicht vorschreiben, dass sie von den Anteilseignern auszuüben sind.“⁵¹

Daraus ergibt sich allerdings ein Regel-Ausnahme-Verhältnis, das den Interessen eines Mehrheitsgesellschafters tendenziell zuwiderläuft. Offenbar soll das Leitungsorgan Allzuständigkeit genießen, soweit nicht ausdrücklich die Verordnung oder der Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmen. Ob die Satzung dieses Verhältnis in dem Sinne umkehren könnte, dass die Gesellschafter aus eigener Kompetenz jede Entscheidung über Geschäftsführungsmaßnahmen an sich ziehen können, ist unklar.⁵² Im deutschen GmbH-Recht ist es zwar eine Selbstverständlichkeit, dass die Gesellschafter das letzte Wort haben. Der Geschäftsführer besitzt einerseits im Außenverhältnis unbeschränkte Vertretungsmacht, muss aber im Innenverhältnis Gesellschafterbeschlüsse beachten.⁵³ Das englische Recht, an das sich der SPE-Vorschlag hier anlehnt,⁵⁴ sieht das jedoch anders. Dort ist man der Auffassung, dass die Satzung zwar den Kompetenzbereich der Geschäftsführer festlegt, innerhalb dieses Kompetenzbereiches aber kein Weisungsrecht der Gesellschafter besteht.⁵⁵ Soll eine Weisung der Gesellschafter bindende Wirkung haben, muss sie mit satzungsändernder Mehrheit gefasst werden.⁵⁶

Die Regelungsaufträge lassen immerhin zu, neben den ausdrücklich in der Verordnung genannten Gegenständen auch andere Themen zum Gegenstand von Gesellschafterbeschlüssen zu machen und damit der Zuständigkeit der Geschäftsführer zu entziehen:

„... Angabe der von den Anteilseignern zu verabschiedenden Beschlüsse (zusätzlich zu den in Art. 27 Abs. 1 genannten), der

Beschlussfähigkeit und der erforderlichen Stimmrechtsmehrheit.“⁵⁷

Ungeachtet dessen wäre eine Klarstellung im Text der SPE-Verordnung wünschenswert, wie sie das Europäische Parlament in seinem Beschluss vom 10. 3. 2009⁵⁸ anregt, wonach Art. 26 des SPE-Vorschlags um folgenden Satz ergänzt werden sollte:

„Gesellschafterbeschlüsse binden das Geschäftsleitungsorgan im Innenverhältnis.“

c) Abtretung von Geschäftsanteilen

Soweit eine ausländische Muttergesellschaft den inländischen Geschäftsführer ihrer Tochter-SPE an der Gesellschaft beteiligen will, entsteht Gestaltungsbedarf mit Blick auf eine denkbare Übertragung des Anteils an außenstehende Dritte. Die Abtretung von Geschäftsanteilen ist nach den Vorschriften des SPE-Vorschlags keinen Beschränkungen unterworfen. Für die Abtretungsvereinbarung genügt die Schriftform (Art. 16 Abs. 2). Die Übertragung wird in Bezug auf die SPE an dem Tag wirksam, an dem der Anteilseigner der SPE die Übertragung mitteilt; Drittwirkung erlangt sie an dem Tag, an dem der Anteilseigner in das Verzeichnis der Gesellschafter aufgenommen wird (Art. 16 Abs. 4). Der Entwurf der schwedischen Ratspräsidentschaft verweist für die Formalien der Anteilsabtretung auf nationales Recht, will jedoch weiterhin die Geltendmachung der Gesellschafterrechte an die Eintragung in der Gesellschafterliste knüpfen.⁵⁹

Beide Textvorschläge gestatten Satzungsregelungen, die eine Übertragung der Anteile an die Zustimmung der SPE oder der Anteilseigner binden und bieten damit für den hier betrachteten Anwendungsfall die nötige Gestaltungsfreiheit.⁶⁰ Die Mustersatzung enthält zu diesen freiwilligen Satzungsregelungen ausführliche Formulierungsbeispiele, die daran ansetzen, dass die Geschäftsleitung den Anteilserwer-

48 Im schwedischen Textvorschlag sind die Regelungsaufträge in Anhang I nur noch fakultative Satzungsbestandteile. Das ändert nichts an der hier interessierenden Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter.

49 Er wird hier gemäß der Originalfassung des Textes in englischer Sprache zitiert.

50 Dabei wird unterstellt, dass Einberufung und Beschlussverfahren der Gesellschafterversammlung an anderer Stelle des Gesellschaftsvertrages geregelt werden, eine ausdrückliche Regelung des Mehrheitsanfordernisses daher an dieser Stelle nicht nötig ist.

51 Im schwedischen Textvorschlag findet sich eine inhaltlich gleiche Regelung in Art. 27 Abs. 1 c SPE-VO.

52 Im Schrifttum ist die Einschätzung uneinheitlich, jedenfalls wird vielfach eine Klarstellung im Text der Verordnung angeregt: *Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht*, NZG 2008, 897, 900; *Bücker*, ZHR 173 (2009), 281, 292; *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 149; *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 902 f.

53 Vgl. § 37 Abs. 1 GmbH-Gesetz: „Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, welche für den Umfang ihrer Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, durch den Gesellschaftsvertrag oder, soweit dieser nicht ein anderes bestimmt, durch die Beschlüsse der Gesellschafter festgesetzt sind.“

54 Siehe *The Companies (Model Articles) Regulations 2008*, Schedule I, Part II No 3: „Subject to the articles, the directors are responsible for the management of the company's business, for which purpose they may exercise all the powers of the company.“ No. 4 regelt dann, dass die Gesellschafter zwar Weisungen erteilen können, dafür aber einen satzungsändernden Beschluss fassen müssen.

55 *Howard Smith Lt. v Ampol Petroleum Ltd.* (1974) AC 821.

56 *Gower and Davies*, *Principles of Modern Company Law*, 8th edition, 2008, S. 371; rechtsvergleichend *Christ*, *Englische Private Limited und französische SARL*, 2008, S. 56 ff.

57 Im schwedischen Entwurf findet sich ein vergleichbarer fakultativer Regelungsauftrag in Anhang I.

58 Quelle: vgl. Fn. 27.

59 Vgl. Art. 15 Abs. 1 und Art. 16 Abs. 1 des Kompromissvorschlags der schwedischen Ratspräsidentschaft.

60 Vgl. die Regelungsaufträge in Anhang I der Textvorschläge.

ber nicht in die Liste der Anteilseigner übernimmt, wenn die nötige Zustimmung der Geschäftsleitung oder der Gesellschafterversammlung nicht vorliegt. Eine am deutschen GmbH-Recht orientierte Gestaltung könnte als eine der gängigen Klauseln folgende Formulierung verwenden:

„Die Abtretung eines Geschäftsanteils oder von Teilen eines Geschäftsanteils und jede andere Verfügung über den Geschäftsanteil bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der Gesellschafterversammlung mit einer Mehrheit von ... der abgegebenen Stimmen.“⁶¹

Um zu verhindern, dass ein Gesellschafter dadurch in der Gesellschaft „eingemauert“ wird, wäre ein Austrittsrecht sinnvoll. Der Kommissionsentwurf enthielt eine Regelung für den Austritt (Art. 18) und ließ bei gewichtigen Gründen einen Ausschluss zu (Art. 17). Im schwedischen Ratsvorschlag sind diese beiden Vorschriften entfallen. In die Endfassung der Verordnung sollte zumindest ein fakultativer Regelungsauftrag aufgenommen werden, damit Parteien, die entsprechend vorausschauend planen, ihre Angelegenheiten auch in diesem Bereich autonom regeln können.

d) Ausschüttungen an Gesellschafter

Die vierte für das Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft wichtige Frage verlässt den Bereich des Innenverhältnisses. Wirtschaftliche Transaktionen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft berühren, wenn sie zu Vermögensverlagerungen führen, auch die Interessen der Gläubiger, die möglicherweise bei der Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Tochtergesellschaft keine nennenswerten Vermögenswerte mehr vorfinden, weil alles an die Muttergesellschaft abgefließen ist. Der SPE-Vorschlag setzt gläubigerschützend daher nicht ohne Grund bei der Ausschüttung an die Gesellschafter an. Sie soll nur zulässig sein, wenn das Vermögen der Gesellschaft auch nach der Ausschüttung noch ausreicht, um die Verbindlichkeiten zu decken (Art. 21).⁶² Leistungen an Gesellschafter können allerdings auch durch Austauschverträge kaschiert werden, etwa indem ein wertvoller Vermögensgegenstand zu einem geringen Preis an die Muttergesellschaft verkauft wird. Um solche verdeckten Ausschüttungen zu vermeiden, verfolgt der SPE-Vorschlag einen weiten Ausschüttungsbegriff: Jeder finanzielle Vorteil, den ein Gesellschafter aufgrund der von ihm gehaltenen Anteile erlangt, ist eine Ausschüttung, gleichgültig, auf welchem Wege der Vermögenstransfer erfolgt (Art. 2 Abs. 1 lit. b und Abs. 2); zudem setzt jede Ausschüttung einen Gesellschafterbeschluss voraus (Art. 27 Abs. 1 lit. e).⁶³

Im Interesse eines umfassenden Gläubigerschutzes ist diese weite Fassung zwar zu begrüßen.⁶⁴ In der Unternehmensgruppe wirft sie allerdings die Frage auf, ob und inwieweit auch konzerninterne Transaktionen unter den Begriff der Ausschüttung fallen. Es wäre nicht sinnvoll, Vermögensverschiebungen unter den Ausschüttungsbegriff zu fassen, denen ein adäquater Gegenwert gegenübersteht. Erstens sind die Gläubiger in einem solchen Fall nicht gefährdet. Zweitens wäre mit der Subsumtion unter den Ausschüttungsbegriff nicht nur die Ausschüttungssperre des Art. 21 SPE-VO verbunden, sondern auch die Pflicht, hierüber einen Gesellschafterbeschluss zu fassen (Art. 27 Abs. 1 lit. e SPE-VO). Das würde mit Blick auf alltägliche Austauschbeziehungen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft, aber auch für ein *Cash Pooling* im Konzern einen völlig überzogenen bürokratischen Aufwand verursachen.

Im Sinne der Rechtssicherheit ist folgende Klarstellung durch den europäischen Gesetzgeber wünschenswert: Ein Vermögenstransfer an Gesellschafter fällt nicht unter den Begriff der Ausschüttung, wenn ihm eine gleichwertige Gegenleistung oder ein vollwertiger Rückzahlungsanspruch gegenübersteht.⁶⁵ Sollte es dazu nicht kommen, lässt sich das hier vertretene Ergebnis dem Rechtstext aber auch im Wege der Auslegung entnehmen. Denn eine Leistung, die dem Gesellschafter zu marktüblichen Konditionen gewährt wird bzw. für welche die Gesellschaft eine angemessene Gegenleistung erhält, ist kein „finanzieller Vorteil“ und wird darüber hinaus dem Gesellschafter nicht *causa societatis* („auf Grund der von ihm gehaltenen Anteile“) gewährt.⁶⁶

VI. Zusammenfassung und Ausblick

Für die Gründung und Verwaltung ausländischer Tochtergesellschaften ist die SPE in ihrer derzeitigen Konzeption gut geeignet. Das Verhältnis der ausländischen Muttergesellschaft zu einem vor Ort tätigen Geschäftsführer kann auf Basis der Gestaltungsfreiheit der SPE-VO zufriedenstellend ausgestaltet werden, wenn auch die Weisungsbefugnis der Gesellschafter noch der Klarstellung im Verordnungstext harrt. Ebenso könnte die rechtliche Behandlung konzerninterner Transaktionen eine Klarstellung vertragen; es lässt sich aber auch im Wege der Auslegung ermitteln, dass Vermögensverschiebungen, die von einer gleichwertigen Gegenleistung gedeckt sind, nicht als Ausschüttungen zu qualifizieren sind.

Über die SPE wird in Brüssel mittlerweile seit über einem Jahr intensiv verhandelt. Zustimmung findet das Projekt dem Vernehmen nach insbesondere bei den neuen Mitgliedstaaten, Kritik kommt zuletzt aus Österreich und Deutschland. Zu den zentralen Streitfragen gehören das grenzüberschreitende Element und das Mindestkapital.⁶⁷ Beides sind aus Sicht der mittelständischen exportorientierten Wirtschaft keine Themen, die auf die Verwendbarkeit der SPE spürbaren Einfluss hätten. Ein Startkapital braucht man ohnehin, und der grenzüberschreitende Bezug ist bei der Verwendung als ausländische Tochtergesellschaft offenkundig. Soweit noch um Fragen des anwendbaren Rechts gerungen wird, sollte bedacht werden, dass der spezifische Nutzen der SPE damit steht und fällt, dass nationales Recht weitestgehend ausgeschlossen bleibt. Zumindest sollten die Gesellschafter durch einen entsprechenden Regelungsauftrag immer die Möglichkeit erhalten, eine im europäischen Rechtstext fehlende Regelung selbst zu treffen.

Darüber hinaus ist gerade für Deutschland die Mitbestimmung der Arbeitnehmer ein wichtiges Anliegen. Der Vor-

61 Vgl. das Muster von *Stephan*, in: Beck'sches Formularbuch, Bürgerliches Handels- und Wirtschaftsrecht, 9. Aufl. 2006, S. 1581.

62 Sog. Bilanztest; dazu *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 906; *Lanfermann/Richard*, BB 2008, 1610.

63 Im schwedischen Textvorschlag finden sich die Definition in Art. 2 Abs. 1 lit. c und der Gesellschafterbeschluss in Art. 28 Abs. 1 lit. e.

64 Ebenso *Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht*, NZG 2008, 897, These 27.

65 In diesem Sinne der Vorschlag des *Arbeitskreises Europäisches Unternehmensrecht*, NZG 2008, 897, These 27. In der Sache gleich lautend auch ein Änderungsvorschlag des Europäischen Parlaments (vgl. oben Fn. 35).

66 Siehe *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 906 f.

67 Kompromissvorschläge der schwedischen Ratspräsidentschaft dazu in deren Text (Quelle: oben Fn. 27) in Art. 3 Abs. 3 (grenzüberschreitender Bezug insbesondere, wenn ein oder mehrere Gesellschafter ihren Sitz in einem anderen Staat haben als die SPE) und in Art. 19 Abs. 3 (Mindestkapital legen die Mitgliedstaaten fest, es darf jedoch 8000 Euro nicht überschreiten).

schlag der EU-Kommission öffnet der Mitbestimmungsvermeidung Tür und Tor. Er gestattet der SPE, Satzungssitz und Hauptverwaltung in verschiedenen EU-Staaten anzusiedeln (Art. 7), und verweist für die Mitbestimmung auf das Recht des Staates, in dem die SPE ihren Registersitz hat (Art. 34 Abs. 1). Man könnte also eine SPE in England registrieren, deren Hauptverwaltung in Deutschland liegt, und schon wäre die deutsche Mitbestimmung nicht mehr anwendbar, selbst wenn es sich, wirtschaftlich betrachtet, um eine rein deutsche Unternehmung handelt. Deutschland und andere Staaten mit langer Mitbestimmungstradition werden dem nicht zustimmen können. Indessen besteht an Kompromisslösungen kein Mangel.⁶⁸ Rechtspolitisch ist bemerkenswert, dass im Europäischen Parlament ein brauchbarer Kompromissvorschlag fraktionsübergreifend verabschiedet werden konnte.⁶⁹ Nach alledem sollte auch in diesem Bereich eine Lösung in greifbare Nähe gerückt sein. Der deutsche Mittelstand, der die SPE für die Organisation seiner Auslandstätigkeiten dringend herbeisehnt, wird es danken.



Professor Dr. Christoph Teichmann

Seit 2007 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Handels- und Gesellschaftsrecht an der Universität Würzburg. Schwerpunkte: deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht, Arbeitnehmermitbestimmung, Methodik der Vertragsgestaltung. Studium der Rechtswissenschaften in Saarbrücken, Exeter und Heidelberg. Zweijährige Tätigkeit als wirtschaftsberatender Rechtsanwalt. Habilitation an der Universität Heidelberg.

68 Ausführlich dazu: *Hommelhoff/Krause/Teichmann*, GmbHR 2008, 1193.

69 Vgl. die Änderungen zu Art. 34 SPE-VO im Parlamentsbeschluss vom 10. 3. 2009 (Quelle: oben Fn. 27). Das Modell besteht im Kern daraus, dass beim Überschreiten bestimmter Arbeitnehmerzahlen in einem Mitgliedstaat, der Mitbestimmung kennt, in der SPE Verhandlungen nach dem Muster der SE-Richtlinie eingeleitet werden müssen. Einem vergleichbaren Modell folgt der Vorschlag der schwedischen Ratspräsidentschaft (dort Art. 35 Abs. 1 a).

Dr. Marcus Schladebach, LL.M., Berlin*

Die Verteidigungsgüterrichtlinie der Europäischen Union

Zum Umsetzungsbedarf im deutschen Außenwirtschaftsrecht

Mit dem „EU-Verteidigungspaket“ von 2007 will die Europäische Union die europäische Verteidigungsindustrie stärken. Sie hat dazu mit der EU-Verteidigungsgüterrichtlinie und der EU-Beschaffungsrichtlinie zwei Rechtsakte erlassen, die erhebliche wirtschaftliche Relevanz besitzen. Der folgende Beitrag stellt die EU-Verteidigungsgüterrichtlinie vom 6. 5. 2009 vor und prüft deren Umsetzungsbedarf im deutschen Außenwirtschaftsrecht.

I. Einleitung

Verteidigungs- und Sicherheitsfragen waren mehr als 40 Jahre von der europäischen Integration ausgenommen. Die Verteidigungsmärkte blieben faktisch vom Binnenmarkt ausgeschlossen und deshalb national zersplittert. Diese überwiegend nationale Organisation der europäischen Verteidigungswirtschaft behindert Innovation, Wettbewerbsfähigkeit und Effizienz. Sie führt zu einem übermäßig hohen bürokratischen Aufwand, einem verschwenderischen Umgang mit Verteidigungsausgaben und schwächt die gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik (GSVP, Art. 42 ff. EUV).¹

Die Kommission will die bestehende Zersplitterung überwinden und die Entwicklung eines gemeinsamen europäischen Markts für Verteidigungsgüter fördern. Angesichts der politischen Sensibilität dieses Bereichs kommt den Mitgliedstaaten bei dieser Aufgabe die führende Rolle zu. Die Kommission kann diese Bemühungen jedoch durch einen einheitlichen Rechtsrahmen unterstützen. Deswegen hat sie 2007 – unter Anknüpfung an frühere Strategiepapiere² – ein „EU-Verteidigungspaket“³ vorgelegt, das 2009 zum Erlass

der EU-Verteidigungsgüterrichtlinie⁴, der EU-Beschaffungsrichtlinie⁵ sowie einer Mitteilung mit Empfehlungen führte. Der nachfolgende Beitrag untersucht den Umsetzungsbedarf der EU-Verteidigungsgüterrichtlinie (VG-RL) im deutschen Außenwirtschaftsrecht.

II. Die EU-Verteidigungsgüterrichtlinie

1. Hintergrund und Ziele

Der Handel mit Verteidigungsgütern innerhalb des europäischen Binnenmarktes wird bislang durch uneinheitliche und überzogene einzelstaatliche Genehmigungsverfahren behindert. Selbst wenn Unternehmen der Verteidigungsindustrie nur Einzelteile zwischen ihren in mehreren Mitgliedstaaten ansässigen Tochtergesellschaften austauschen möchten, müssen sie Genehmigungsverfahren einhalten, die sich im Hinblick auf ihren Umfang, die zuständigen Behör-

* Der Autor ist Referent im Bundesministerium der Justiz und gibt in diesem Beitrag ausschließlich seine persönliche Auffassung wieder.

1 Zur GSVP *Dietrich*, ZaöRV 66 (2006), 663; *Graf Kielmansegg*, EuR 2006, 182.

2 KOM (2003) 113.

3 KOM (2007) 764–766.

4 Richtlinie 2009/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. 5. 2009 zur Vereinfachung der Bedingungen für die innergemeinschaftliche Verbringung von Verteidigungsgütern, ABl. EU 2009 L 146, S. 1.

5 Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. 7. 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG, ABl. EU 2009 L 216, S. 76.