

Die Europäische Privatgesellschaft als neue Gesellschaftsrechtsform

Überlegungen zur Mitgliedschaft und zum Verkehrsschutz

Sebastian Omlor

Inhalt

I. Schaffung einer supranationalen geschlossenen Kapitalgesellschaft	303
1. Stand des Rechtssetzungsverfahrens	304
2. Zielsetzungen	305
3. Typologische Einordnung	306
II. Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht	307
1. Notwendigkeit von Verkehrsschutz	307
2. Regelungsmodelle	308
3. Vorschläge aus der Entstehungsgeschichte der SPE	310
III. Kommissionsentwurf von 2008	310
1. Rechtscheinträger	311
2. Praktische Anwendung	312
3. Änderungsvorschläge des Europäischen Parlaments	312
IV. Bewertung des Kommissionsentwurfs	313
1. Attraktivität der SPE	313
2. Schaffung von Verkehrssicherheit	314
3. Tauglichkeit des Rechtscheinträgers	315
4. Regelungslücke zu dinglichen Belastungen	317
5. Primärrechtliche Grenzen	317
V. Eigener Alternativvorschlag	325
1. Öffentliches Mitgliederverzeichnis	326
2. Einreichungsbefugnisse und -kontrolle	327
3. Konstitutivität der Listeneintragung	328
4. Ausdehnung auf dingliche Belastungen	329
5. Verordnungstextentwurf	329
VI. Zusammenfassung	332

I. Schaffung einer supranationalen geschlossenen Kapitalgesellschaft

Das Vorschreiten der Integrationsbemühungen innerhalb der Europäischen Union, das sich verfassungsrechtlich zuletzt im Inkrafttreten des Ver-

trages von Lissabon manifestierte, lässt seit Jahrzehnten auch die Materie des Gesellschaftsrechts nicht unberührt. Ein „europäisches Gesellschaftsrecht“ hat sich herausgebildet, das seit der Erschaffung originär europäischer Gesellschaftsformen auch eigene Protagonisten in das Rennen um die Gunst der Gründer, Unternehmer und Übernehmer schickt. Seit Jahren in der rechtswissenschaftlichen wie politischen Debatte befindet sich ein neues Rechtsgewand für geschlossene Kapitalgesellschaften, das sich anschicken soll, den kleinen und mittleren Unternehmen den Binnenmarkt der Europäischen Union rechtstechnisch zu erschließen: die Europäische Privatgesellschaft oder *Societas Privata Europaea*, kurz: SPE.

1. Stand des Rechtssetzungsverfahrens

Die Entstehungsgeschichte der Europäischen Privatgesellschaft reicht zumindest bis in die 70er Jahre des 20. Jahrhunderts zurück, als die rechtswissenschaftliche Forschungsabteilung der Industrie- und Handelskammer Paris (CREDA) ihre Studie „*Pour une S.A.R.L. Européenne*“¹ vorstellte. Jahrzehnte vergingen, ehe die Europäische Kommission am 25. Juni 2008 einen Verordnungsentwurf (VO-E)² vorlegte. Noch ist nicht absehbar, wann die erste SPE das Licht der Welt erblicken wird. Denn der Rat der Europäischen Union in der Zusammensetzung als Wettbewerbsrat hat in seiner Sitzung vom 3. und 4. Dezember 2009 beschlossen,³ eine weitere Abstimmungsetappe einzuleiten, da in Bezug auf den Sitz der SPE und die Arbeitnehmerbeteiligung keine Einigung erzielt werden konnte.⁴ Die schwedische Ratspräsidentschaft hatte zuvor einen eigenen Entwurf vorgelegt.⁵ Als außerhalb des politischen Streitstandes kann hingegen der vom Europäischen Parlament⁶ und dem schwedischen Entwurf insoweit nicht angetastete Teil des Kommissionsentwurfs vom 25. Juni 2008⁷ in Bezug auf die Grundfragen der Mitgliedschaft in der SPE angesehen wer-

1 Besprochen bei *Fischer*, ZEuP 2004, 737 ff. Vgl. zur Entwicklungsgeschichte der SPE im Überblick *Spies*, Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt), 2010, S. 349 ff.

2 KOM(2008) 396.

3 Pressemitteilung 17076/09 des Rates der Europäischen Union, S. 24.

4 Vgl. auch die rechtspolitische und sozialstaatlich geprägte Stellungnahme zur Arbeitnehmerbeteiligung von *Koberski/Heuschmid*, RdA 2010, 207 (Kommissionsentwurf als „Schlag ins Gesicht des sozialen Europas“). Die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung fokussiert gegenwärtig hingegen eher die Frage einer verbindlichen Mehrstaatlichkeit, vgl. stellvertretend *Martinek*, in: Festschrift Peter Kreuzt, 2010, S. 747 ff.; *Spies*, Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt), 2010, S. 374 ff.

5 Hierzu *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2010, 337 ff.; *S. Jung*, BB 2010, 1233 ff.; *Freudenberg*, NZG 2010, 527 ff.

6 Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10. März 2009 (P6_TA-PROV(2009)0094).

7 KOM(2008) 396.

den. Hierzu zählt auch der in Art. 16 Abs. 5 Satz 2 VO-E enthaltene Verweis auf die Gutglaubenstatbestände des jeweiligen SPE-Sitzstaats.

2. Zielsetzungen

Die Bestrebungen der Union, das europäische Gesellschaftsrecht um eine geschlossene Kapitalgesellschaft zu erweitern, zielen vor allem auf die Gruppe der kleinen und mittleren Unternehmen („KMU“). Damit erklärt sich auch die Einrahmung der SPE-Initiative in den Aktionsplan „*Small Business Act*“ der Kommission aus dem Juni 2008, mit der die Tätigkeit der KMU auf vielfältige Weise gefördert werden sollte.⁸ Während die bisherigen europäischen Rechtsformen die breite Masse entweder wegen einer eingeschränkten Einsetzbarkeit – so der Fall bei der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV)⁹ und der Europäischen Genossenschaft (*Societas Cooperativa Europaea*, SCE)¹⁰ – oder wegen eines hohen Kapitalbedarfs – so bei der *Societas Europaea*¹¹ – verfehlte, soll nunmehr ein Universalinstrument geschaffen werden, das sich einzig die Einschränkung der Kapitalmärkte gefallen lassen muss. Nach den Vorstellungen der Kommission soll die SPE nicht nur für die KMU-Klientel, sondern auch für „große“ Unternehmen attraktiv sein.¹²

Als Anreiz für diese durchaus weit angelegte Zielgruppe sieht der Vorschlag die Erleichterung der Niederlassung und Tätigkeit im grenzüberschreitenden Binnenmarkt durch ein Rechtsgewand, das jenseits nationaler Besonderheiten angesiedelt ist.¹³ Ein „hohes Maß an Einheitlichkeit“¹⁴ wird angestrebt. An die Stelle der einzelnen Gesellschaftsrechtsordnungen der Mitgliedstaaten soll eine europäische treten, die sowohl für den spanischen Malermeister als auch für den polnischen Dachdecker einheitliche Anwendung für ihre Niederlassungen in Frankreich findet. Die rechtlichen Unsicherheiten bei der Gründung ausländischer Gesellschaften für den Mittelstand, der typischerweise weder eine eigene fachkundige Rechtsabteilung unterhält noch Zugang zu sonstigem qualifiziertem Rechtsrat für einzelne ausländische Rechtsordnungen finanzieren kann, sollen möglichst weitgehend beseitigt werden. Es gilt, faktische Binnenmarkthindernisse

8 KOM(2008) 394, S. 5; KOM(2009) 680, S. 2 (Umsetzungsbericht).

9 Die Beschränkungen folgen aus Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 (ABl. EG Nr. L 199 vom 31. 7. 1985, S. 1).

10 Der eingeschränkte Genossenschaftszweck ist in Art. 1 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 (ABl. EG Nr. L 207 vom 18. 8. 2003, S. 1) festgeschrieben.

11 Nach Art. 4 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 (ABl. EG Nr. L 294 vom 10. 11. 2001, S. 1) beträgt das gezeichnete Kapital mindestens 120.000 Euro.

12 KOM(2008) 396, S. 2.

13 KOM(2008) 396, S. 2.

14 Erwägungsgrund Nr. 6, KOM(2008) 396, S. 13.

durch fehlende Rechtskenntnisse oder hohe Rechtsberatungskosten abzubauen.¹⁵

3. Typologische Einordnung

Die Europäische Privatgesellschaft ist in Abgrenzung insbesondere zur *Societas Europaea* als kapitalmarktferne Kapitalgesellschaft konzipiert.¹⁶ Normativer Ansatzpunkt ist Art. 3 Abs. 1 lit. d, Abs. 2 VO-E, der zumindest einen Börsenhandel ausschließt. Zu diesem Textbefund treten drei Aspekte: Die Kapitalmarktferne folgt erstens aus ihrem Charakter als (prognostisch) typischerweise geschlossener Gesellschaft.¹⁷ Die Satzung kann die Anteilsübertragung an zusätzliche Erfordernisse knüpfen (Vinkulierung), wie sich aus Art. 16 Abs. 1 VO-E ergibt.¹⁸ Zwar gilt dies auch für Namensaktien nach § 68 Abs. 2 AktG, der über Art. 5 der SE-Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 auch auf die *Societas Europaea* anwendbar ist.¹⁹ Jedoch ist die Vinkulierung rechtstatsächlich insbesondere bei Gesellschaften der „GmbH-Familie“, zu der sich auch die Europäische Privatgesellschaft zählt, dominant. Der Kreis der Gesellschafter ist damit kontrollierbar, weshalb sich die SPE-Anteile häufig einem Börsenhandel entziehen dürften. Zweitens kennt die Europäische Privatgesellschaft kein dem aktienrechtlichen Grundsatz der Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG) entsprechendes Äquivalent, das eine Vergleichbarkeit des in der Mitgliedschaft verschiedener Gesellschaften enthaltenen Rechtspakets für die Marktteilnehmer sicherstellen könnte.²⁰ Drittens tritt schließlich das Schriftformerfordernis des Art. 16 Abs. 2 VO-E hinzu, das zumindest einen Börsenhandel mittelbar ausschließt. Diese Verortung im Rechtsformgefüge erlangt Bedeutung bei der Wahl des sachgerechten Verkehrsschutzmodells.

15 Vgl. zu den weiteren Zielsetzungen *Helms*, Die Europäische Privatgesellschaft, 1998, S. 4 ff.; *Kretschmer*, Die Europäische Privatgesellschaft, 2005, S. 6 ff.; *Krejci*, Societas Privata Europaea – SPE, 2008, Rdnr. 13 ff.

16 *Hommelhoff/Teichmann*, DStR 2008, 925, 929; einschränkend *Bormann/König*, RIW 2010, 111. Die übrigen Wesensmerkmale der Europäischen Privatgesellschaft (vgl. hierzu *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 146 ff.) sind für die Verkehrsschutzfragen nicht relevant.

17 Ebenso zu diesem Kriterium *Hommelhoff/Teichmann*, DStR 2008, 925, 929.

18 Vgl. zu diesem Abgrenzungskriterien für geschlossene Gesellschaften *Guyon*, in: Boucoureliev/Hommelhoff (Hrsg.), Vorschläge für eine Europäische Privatgesellschaft, 1999, S. 43 ff., 52.

19 *Oechsler*, in: MünchKomm AktG, 2. Auflage 2006, Art. 5 SE-VO Rdnr. 36.

20 Zu diesem rechtspolitisch umstrittenen Regelungsanliegen vgl. das Gutachten von *Bayer*, in: Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages, 2008, S. E27 ff. sowie hierzu *Schäfer*, NJW 2008, 2536 ff.; *Grunewald*, NZG 2009, 967, 969; Nachweise bei *Pentz*, in: MünchKomm AktG, 3. Auflage 2008, § 23 Rdnr. 150; einschränkend aus angloamerikanischer Sicht *Bormann/König*, RIW 2010, 111, 112.

II. Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht

1. Notwendigkeit von Verkehrsschutz

Art. 16 VO-E geht wie selbstverständlich von der rechtsgeschäftlichen Übertragbarkeit der SPE-Anteile aus.²¹ Mangels besonderer Regelung in der Verordnung selbst und in ihrem Anhang findet nach Art. 4 VO-E das nationale Recht des Sitzstaats auf die Abtretung von Anteilen Anwendung. Für Gesellschaften mit Sitz in Deutschland sind somit die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts, genauer die §§ 413, 398 ff. BGB, heranzuziehen. Aus dieser normativen Grundlage resultierte bereits für die deutsche GmbH bis zur MoMiG-Reform das durch § 16 Abs. 3 GmbHG teilweise behobene Verkehrsschutzdefizit. Denn über §§ 413, 405 BGB lässt sich kein Schutz des Rechtsverkehrs bei der rechtsgeschäftlichen Singularsukzession in Geschäftsanteile herstellen.²² Es bedarf somit einer besonderen gesetzlichen Regelung, die sich an den zumindest in Kontinentaleuropa anerkannten Regelungen zum Erwerb vom Nichtberechtigten orientiert.²³ Schadensersatzrechtliche Ansätze oder ein Ausgleich zwischen Berechtigtem und Erwerber durch ein Lösungsrecht haben sich nicht als taugliche Alternativen entpuppt. Erstere lassen die dingliche Ebene der sachenrechtlichen Güterzuordnung außer Acht; letzteres wird nicht nur in Deutschland lediglich für eingeschränkte Spezialkonstellationen fruchtbar gemacht.²⁴

Ohne eine verkehrsschützende Regelung setzte sich ein Fehler bei der Anteilsabtretung unheilbar bei allen nachfolgenden fort. Die römisch-rechtliche Parömie „*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*“²⁵ behielt uneingeschränkte Geltung. Neben den allgemeinen Wirksamkeitsmängeln wie etwa unzureichende Geschäftsfähigkeit, Anfechtung oder Formverstoß, die jedem Rechtsgeschäft anhaften können, werden übersehene oder inhaltlich verkannte Vinkulierungsklauseln relevant. Folge eines unzureichenden Verkehrsschutzes sind umfangreiche, zeit- wie kostenintensive *Legal Due Diligence*-Prüfungen, die allerdings keine absolute Rechtssicherheit gewährleisten können.

21 Zur Entwicklung von der Doppelvertragstheorie über die Vertragsübernahmelehre zur heutigen Verfügungslehre vgl. *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 119 ff.

22 § 413 BGB ist für die Anteilsübertragung entsprechend einschränkend auszulegen, vgl. *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 245; i. E. ebenso *Reymann*, WM 2008, 2095, 2096.

23 Der *Common Law*-Rechtskreis steht dem Erwerb vom Nichtberechtigten traditionell skeptisch bis ablehnend gegenüber und gewichtet das Beharrungsinteresse des Berechtigten höher als Umlaufinteresse des Verkehrs. Der *estoppel*-Schutz stellt eine begrenzte Ausnahme dar (siehe hierzu *Dreyer*, Der gutgläubige rechtsgeschäftliche Erwerb beweglicher Sachen im englischen Recht, 1995, S. 27 ff.; *Harding/Rowell*, *International and Comparative Law Quarterly* 26 (1977), 354, 366 ff.).

24 *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 51 ff., 62 ff.

25 Ulp. D. 50, 17, 54.

2. Regelungsmodelle

Für die deutsche GmbH wurden klassischerweise drei zu unterscheidende Verkehrsschutzmodelle diskutiert. Der Erwerberschutz könnte durch eine Eintragung der Gesellschafter mit ihren jeweiligen Anteilen in das Handelsregister hergestellt werden (nachfolgend, sub a). Inspiriert von dem typisch aktienrechtlichen Verkehrsschutzansatz könnte eine Verbriefung der SPE-Anteile in Wertpapieren vorgeschrieben oder zumindest zugelassen werden (nachfolgend, sub b). Schließlich kennt das Gesellschaftsrecht die Institution spezifischer Mitgliederverzeichnisse, die prinzipiell vergleichbar mit dem Handelsregister als künstliche Rechtsscheinträger taugen könnten (nachfolgend, sub c).

a) Verkehrsschutz durch das Handelsregister

Vorbild für eine auf dem Inhalt des Handelsregisters basierende Lösung könnte die österreichische Rechtslage sein. Infolge der Anmeldepflicht des § 26 Abs. 1 österreichisches GmbHG (öGmbHG) werden die Gesellschafter der österreichischen GmbH in das Firmenbuch, das Funktionsäquivalent zum deutschen Handelsregister, eingetragen. Eine an diese Eintragung anknüpfende Publizität des Firmenbuchs ordnet § 15 österreichisches Unternehmensgesetzbuch (öUGB) an. Allerdings wird ein gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen über § 15 öUGB überwiegend und mit guten Gründen abgelehnt.²⁶ Die Regelung ist letztlich nicht auf einen sachenrechtlichen Verkehrsschutz zugeschnitten.²⁷ Zudem ist in Deutschland bereits die Vorfrage der Eintragungsfähigkeit von Gesellschaftern rechtspolitisch umstritten.²⁸ Da die allgemeinen Publizitätsvorschriften somit nicht eingriffen, wäre eine gesellschaftsrechtliche Sonderregelung notwendig.

b) Wertpapierrechtliche Lösung

Grundmodell zur Gewährleistung von Verkehrsschutz bei der Übertragung von nicht-gegenständlichen Rechten ist ihre Verbriefung in Wertpapieren. Im Kontext der deutschen GmbH-Reform wurde der Vorschlag unterbreitet, im GmbHG die Ausstellung eines auf den Namen des Gesellschafters lautenden Anteilsbriefs zuzulassen und die Verfügung über Geschäftsanteile an ein Indossament in notarieller Form zu binden.²⁹ Damit sollte ein inter-

26 Überblick und Nachweise bei *Schauer*, in: Kalss/Schauer, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, 2006, S. 740 ff.

27 Vgl. im Einzelnen *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 137 ff. m. w. N.

28 Kritisch unter anderem *Marx*, Die Publizität des GmbH-Gesellschafters, 2002, S. 162; *Windbichler*, CR 1988, 447, 452.

29 *Gehling*, in: Grunewald/Gehling/Rodewig, ZIP 2006, 685, 689; *Ziemons*, BB-Special 7/2006, S. 9, 12 f.

national anerkanntes Verkehrsschutzmodell verwendet werden, das Verzögerungen bei der Listen- oder Registerführung vermeidet. Der deutsche Reformgesetzgeber ist diesem Vorschlag nicht gefolgt.

Neben den Verbriefungskosten für kleine und mittlere Unternehmen und der Legitimationsvielfalt im Zusammenspiel mit dem Anteilsregister nach Art. 15 VO-E spricht gegen diese „wertpapierrechtliche Lösung“ insbesondere der europäische Rechtsvergleich. Die kapitalmarktfernen und typischerweise geschlossenen Kapitalgesellschaften kennen ganz überwiegend keine Anteilsverbriefung. Deutschland, Frankreich, Österreich, Italien, Spanien, Belgien, die Niederlande, Luxemburg und Griechenland schließen jegliche Verbriefung aus.³⁰ Dänemark hat sie bereits 1983 wieder abgeschafft. Das reformierte GmbH-Recht der Schweiz lässt zwar eine Verbriefung in Namenpapieren nach Art. 784 Abs. 1 OR zu. Allerdings richtet sich die Übertragung bei schweizerischen Namenpapieren nach Zessions- und nicht nach Wertpapierrecht. Ein gutgläubiger Anteilserwerb scheidet daher aus.³¹ Auch in England ist unter Geltung des *Companies Act* 2006 (CA 2006) kein wertpapierrechtlicher Verkehrsschutz gegeben, da wegen s. 112(2) CA 2006 ein absolut wirksamer Erwerb außerhalb des *register of members* ausscheidet. Eine Ausnahme bildet hingegen Liechtenstein; dort können die Gesellschaften m.b.H. eine Verbriefung in Wertpapieren wählen. Von dieser Möglichkeit hatte Ende 2007 aber keine einzige liechtensteinische GmbH Gebrauch gemacht. Die Anteilsübertragung nach wertpapierrechtlichen Grundsätzen kann daher für die nationalen SPE-Äquivalente als in Europa nicht anerkannt eingestuft werden.

c) Anknüpfung an ein Mitgliederverzeichnis

Im Kapitalgesellschaftsrecht existieren traditionell besondere Publizitätsinstrumente, die allerdings vor allem nach innen gerichtet waren: die Mitgliederverzeichnisse. Ihr Fokus lag bislang auf der Herstellung von Rechtssicherheit für die Gesellschaft hinsichtlich des Gesellschafterkreises, indem sie wie etwa das deutsche Aktienregister (§ 67 Abs. 2 Satz 1 AktG)³² und die deutsche Gesellschafterliste (§ 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG)³³ eine relative Gesellschafterstellung des Eingetragenen begründen. Wie das englische *register of members* (s. 113(1) CA 2006) werden diese Verzeichnisse häufig von der Gesellschaft selbst, also „privat“, geführt. Die deutsche GmbH-Reform des Jahres 2008 hat durch § 16 Abs. 3 GmbHG die Gesellschafterliste als Mitgliederverzeichnis der GmbH zum Rechtsscheinträger

30 Nachweise bei *Albertz*, Die Verbriefung des GmbH-Geschäftsanteils in Deutschland und den EU-Staaten, 1996, S. 202 ff.; *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 155 f.

31 *Meier-Hayoz/von der Crone*, Wertpapierrecht, 2000, S. 113.

32 Vgl. *Bayer*, in: MünchKomm AktG, 3. Auflage 2008, § 67 Rdnr. 36 ff.

33 Vgl. *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Auflage 2010, § 16 Rdnr. 3 ff.

für den Anteilserwerb vom Nichtberechtigten erhoben. Zugleich wurde die objektive Richtigkeitsgewähr des Verzeichnisses durch eine ausgeprägte notarielle Zuständigkeit für die Listenführung (§ 40 Abs. 2 GmbHG) verbessert. Zudem handelt es sich bei der Gesellschafterliste um kein privates Verzeichnis, da es zum Handelsregister eingereicht wird und damit einer Kontrolle des Registergerichts unterliegt.³⁴

3. Vorschläge aus der Entstehungsgeschichte der SPE

Der rechtspolitische wie wissenschaftliche Diskurs der vergangenen Jahrzehnte thematisierte den Erwerberschutz bei der Abtretung von SPE-Anteilen allenfalls peripher. Die Schützengraben verliefen eher zwischen anglo-amerikanischen und kontinentaleuropäischen Gläubigerschutzkonzeptionen.³⁵ Im Jahre 1999 veröffentlichte die CREDA einen Verordnungsentwurf zur SPE³⁶, in dem weder ein Mitgliederverzeichnis noch eine Regelung zum gutgläubigen Erwerb enthalten waren. Art. 20 Abs. 1 des CREDA-Entwurfs mit der Überschrift „Anteilsübertragung“ betraf lediglich die Vinkulierung von Anteilen. Mangels besonderer Regelung müssten sodann auf die Anteilsabtretung nach Art. 12 Abs. 2 des CREDA-Entwurfs in dieser Reihenfolge „die allgemeinen Prinzipien dieser Verordnung“ und sodann „die allgemeinen Prinzipien des Gesellschaftsrechts der Gemeinschaft und die allgemeinen Prinzipien, die den nationalen Rechtsordnungen gemeinsam sind“ Anwendung finden. Das nationale Gesellschaftsrecht des Sitzstaats soll nach Art. 12 Abs. 3 des CREDA-Entwurfs nur bei einem ausdrücklichen Verweis in der Verordnung herangezogen werden dürfen, welcher insofern fehlte. Ein allgemeines Prinzip der Verordnung oder des EU-Gesellschaftsrechts betreffend den Verkehrsschutz bei der Abtretung kann nicht ausgemacht werden. Ebenso ist ein solches den nationalen Rechtsordnungen zumindest bei Geschäftsanteilen nicht gemeinsam. Auch die einige Jahre später vorlegten Änderungsvorschläge zum CREDA-Entwurf³⁷ behandeln den Gutgläubensschutz nicht.

III. Kommissionsentwurf von 2008

Der Entwurf der Kommission vom 25. Juni 2008 stellt vor dem Hintergrund dieser Entwicklungslinien einen bedeutsamen (Erkenntnis-)Fortschritt dar.

34 So die inzwischen überwiegende Auffassung, vgl. OLG München MittBayNot 2010, 64 mit Anm. von Omlor; MittBayNot 2010, 68; OLG Jena ZIP 2010, 831; Wachter, NZG 2009, 1001, 1002 f.

35 Spies, *Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)*, 2010, S. 363, 370 f.; Freudenberg, NZG 2010, 527 ff.

36 Boucourechliev/Hommelhoff (Hrsg.), *Vorschläge für eine Europäische Privatgesellschaft*, 1999, S. 281 ff.

37 Kretschmer, *Die Europäische Privatgesellschaft*, 2005, S. 19, 22.

Erstmals findet sich im europäischen Gesellschaftsrecht eine Regelung zum Anteilserwerb vom Nichtberechtigten. Art. 16 VO-E behandelt die Übertragung von Anteilen. In dessen Absatz 5 Satz 2 findet sich folgender Verweis:

„Es gelten die Bestimmungen der anwendbaren innerstaatlichen Rechtsvorschriften zum Schutz von Personen, die Anteile in gutem Glauben erwerben.“

1. Rechtsscheinträger

In der Folge ist die Frage aufgeworfen, wie weit dieser Verweis auf die nationalen Rechtsordnungen reicht. Die „anwendbaren innerstaatlichen Vorschriften“ sind nach Art. 4 VO-E die Bestimmungen des jeweiligen Sitzstaats für Privatgesellschaften mit beschränkter Haftung. Angewendet auf eine SPE mit Sitzstaat Deutschland müsste daher § 16 Abs. 3 GmbHG gelten. Diese Norm benennt aber als Rechtsscheinträger ausschließlich die deutsche Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG, die speziell für den Berechtigtenschutz im Zuge der GmbH-Reform deutlich aufgewertet wurde. Neben der weitreichenden Notarzuständigkeit (§ 40 Abs. 2 GmbHG) und der öffentlichen Führung beim Registergericht ist die signifikante Haftungsbewehrung (§ 40 Abs. 3 GmbHG) wesensbestimmend. Andererseits könnte auch das in Art. 15 VO-E vorgesehene Verzeichnis der Anteilseigner als Rechtsscheinträger herangezogen werden.³⁸

a) Nationaler Rechtsscheinträger des Sitzstaats

Für einen umfassenden Verweis auch auf den Rechtsscheinträger des Sitzstaats spricht der weite Wortlaut des Art. 16 Abs. 5 Satz 2 VO-E, der nicht einmal einschränkend eine lediglich „entsprechende“ Anwendung der nationalen Vorschriften vorsieht. Systematisch befindet sich der Satz zudem nicht in Art. 15 VO-E, der Führung und Inhalt des Verzeichnisses der Anteilseigner regelt. Vielmehr ist der Verweis derjenigen Vorschrift angefügt, die allein die Modalitäten der Anteilsübertragung beinhaltet.

b) Europäisches Verzeichnis der Anteilseigner

Gegen eine Heranziehung der nationalen Rechtsscheinträger spricht hingegen die gesetzgeberische Zielsetzung, wie er in den Erwägungsgründen 5 und 6 des VO-E zum Ausdruck kommt. Die SPE soll in möglichst geringem Umfang vom nationalen Recht des Sitzstaates abhängig sein. Der Charme einer wirklich europäischen Gesellschaftsform verflöge im Wind, existierten – analog zur *Societas Europaea* – 27 unterschiedliche SPE-Typen. Der Erwerber eines SPE-Anteils mit Sitzstaat Slowenien müsste sich höchst-

³⁸ So BR-Drs. 479/08, S. 13; *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 151; *Ries*, NZG 2009, 1052, 1053; *Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins*, Stellungnahme Nr. 17/2009, Rdnr. 78.

wahrscheinlich externen und aufwändigen Rechtsrat einholen, ob dort überhaupt Gutgläubensvorschriften für SPE-vergleichbare Gesellschaften bestehen und welchen Rechtsscheinträger sie vorsehen. Dem steht auch nicht entgegen, dass in Erwägungsgrund 6 ausdrücklich eine Anwendung nationalen Rechts aufgrund Verweises zugelassen wird. Der Anwendungsbereich nationalen Rechts beginnt nämlich nach Art. 4 VO-E erst dort, wo die Verordnung keine Regelung enthält; ein (potentieller) Rechtsscheinträger findet sich aber mit dem Verzeichnis der Anteilseigner in Art. 15 VO-E.

Hinzu kommt, dass der Verweis systemoffen ausgestaltet ist, also etwa auch einen mitgliedstaatlichen Verkehrsschutz durch wertpapierrechtliche Verbriefung zuließe. In diesen Fällen käme es zu einer Legitimationsvielfalt. Denn nach Art. 16 Abs. 4 VO-E wird eine Abtretung gegenüber der Gesellschaft erst durch Mitteilung (lit. a) und in Bezug auf Dritte mit Eintragung in das Verzeichnis der Anteilseigner (lit. b) wirksam. Das Wertpapier wäre insofern in seiner Bedeutung degradiert, als allein die Beachtung der wertpapierrechtlichen Übertragungserfordernisse noch nicht die Ausübung der Gesellschafterstellung ermöglicht. Die Auslegung des Art. 16 Abs. 5 Satz 2 VO-E legt daher nahe, als Rechtsscheinträger auf das unionsweit einheitliche Verzeichnis der Anteilseigner abzustellen.

2. Praktische Anwendung

Der VO-E äußert sich mit keiner Silbe zu den weiteren Erfordernissen eines gutgläubigen Erwerbs, sondern überlässt diese gänzlich den nationalen Vorschriften. Diese sind jedoch, sofern überhaupt existent, nicht auf diesen Verweis von europäischer Seite ausgerichtet.³⁹ Beispielsweise sieht der deutsche § 16 Abs. 3 Satz 2 GmbHG einen spezifischen Ausnahmetatbestand bei fehlendem Zeitablauf und mangelnder Zurechnung der Listenunrichtigkeit vor. Auch kann der gutgläubige Erwerb mit einem Widerspruch nach § 16 Abs. 3 Satz 3 GmbHG verhindert werden. Liest man § 16 Abs. 3 GmbHG nun durch die sekundärrechtliche Brille des Art. 16 Abs. 5 Satz 2 VO-E und ersetzt „Gesellschafterliste“ mit „Verzeichnis der Anteilseigner“, so müssten auch diese Instrumente auf die SPE übertragen werden.⁴⁰

3. Änderungsvorschläge des Europäischen Parlaments

In seiner Sitzung vom 10. März 2009 hat das Europäische Parlament zahlreiche Änderungen des Kommissionsentwurfs angemahnt.⁴¹ Der für den

39 Ebenso *Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins*, Stellungnahme Nr. 17/2009, Rdnr. 24.

40 Ähnlich auch *Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins*, Stellungnahme Nr. 17/2009, Rdnr. 78.

41 Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10. März 2009 (P6_TA-PROV(2009)0094).

gutgläubigen Anteilserwerb zentrale Art. 16 Abs. 5 Satz 2 VO-E blieb interessanterweise unberücksichtigt. Das Europäische Parlament sah im vorliegenden Zusammenhang Verbesserungsdruck im Bereich der Registerpublizität. Daher sollte insbesondere Art. 10 VO-E dahingehend geändert werden, dass das Verzeichnis der Anteilseigner und jede seiner Änderungen in das Unternehmensregister aufzunehmen ist (Art. 10 Abs. 2 lit. ca, Abs. 5 des Änderungsvorschlags). Eine zwingende Rechtmäßigkeitskontrolle der Eintragung durch eine Justiz- oder Verwaltungsbehörde oder eine notarielle Mitwirkung ist nur bei der erstmaligen Eintragung der SPE vorgesehen. Das Verzeichnis der Anteilseigner soll zudem wie nach der Konzeption der Kommission durch das Geschäftsleitungsorgan und damit von einer gesellschaftsinternen Stelle erstellt und eingereicht werden.

IV. Bewertung des Kommissionsentwurfs

Bereits die ersten Auslegungsversuche zu Art. 16 Abs. 5 Satz 2 VO-E zeigen die durch die Norm provozierten Rechtsanwendungsprobleme. Die Regelung erscheint nicht hinreichend zu Ende gedacht. Die Herausforderungen, die bei einem einseitig verordneten Zusammenwirken von Unionsrecht und 27 verschiedenen nationalen Gesellschaftsrechtsordnungen entstehen, werden unterschätzt.

1. Attraktivität der SPE

Das SPE-Projekt wurde ins Leben gerufen, um kleinen und mittleren Unternehmen das wirtschaftliche Tätigwerden im gemeinsamen Binnenmarkt zu erleichtern. Die Rechtsberatungskosten sollten sinken, indem für die Gründung einer im Zielland bekannten und anerkannten Rechtsform auf ein einheitliches europäisches Gebilde zurückgegriffen werden kann. Der häufig juristisch nicht hinreichend geschulte Mittelständler sollte sich nicht mit gesellschaftsrechtlichen Untiefen des jeweiligen Mitgliedstaats auseinandersetzen müssen. Genau dieses Ziel wird vollständig verfehlt, wenn keine unionsrechtliche Gutgläubenschutzvorschrift geschaffen wird.⁴² Der Subsidiaritätsgedanke (Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 EUV) vermag die regulative Zurückhaltung in diesem Fall nicht zu rechtfertigen, da das Verkehrsschutzziel aus den genannten Gründen gerade nicht ausreichend von den Mitgliedstaaten verwirklicht werden kann.

42 Allgemein zur Verweisungstechnik ebenso *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145, 153; *Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht*, NZG 2008, 897, 898 (These 8); *Bormann/König*, RIW 2010, 111, 113; *Krejci*, NZ 2008, 362, 365; *ders.*, *Societas Privata Europaea – SPE*, 2008, Rdnr. 34 ff.; *ders.*, in: *Bachner/Cierpial/Lemanska/Liebscher* (Hrsg.), *Aktuelle Entwicklungen im polnischen, deutschen und österreichischen Privatrecht*, 2010, S. 59, 60 f.; für eine Vollregelung jüngst auch *Spies*, *Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)*, 2010, S. 373 f.

Nicht auszugleichen ist dieser Nachteil durch die positiven Effekte, die durch einen „Wettbewerb“ der Sitzstaaten entstehen könnten. Die in Art. 16 Abs. 5 Satz 2 VO-E vorgesehene Verweisungsregel führte zu einem Standortvorteil derjenigen Europäischen Privatgesellschaften, die ihren Sitz in einem Staat mit einer effektiven Verkehrsschutzregelung haben. Da eine solche in vielen Mitgliedstaaten wie unter anderem Österreich fehlt oder wie in England⁴³ nur schwach ausgeprägt ist, begünstigt dies Sitzstaaten wie Deutschland, die einen gutgläubigen Anteilserwerb kennen. Allerdings verträgt sich dieser Effekt nicht mit dem angestrebten Wesen der SPE als genuin unionsrechtlicher Gesellschaft, die eine Loslösung von nationalen Besonderheiten bedingt. Standortvorteile durch eine Erleichterung der *Legal Due Diligence* müssen auf die jeweiligen nationalen Rechtsformen beschränkt bleiben.

2. Schaffung von Verkehrssicherheit

Das Prinzip des Verkehrsschutzes ist Binnendifferenzierungen zugänglich. Unter dem Gesichtspunkt der zu erzielenden Wirkungen stehen sich die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs als zu einem gewissen Grad gegensätzliche Zielsetzungen gegenüber.⁴⁴ Verkehrssicherheit ist nach einer gängigen Definition die den rechtsgeschäftlichen Verkehr umfassende besondere Ausprägung der Rechtssicherheit und damit die Rechtssicherheit im Rechtsverkehr.⁴⁵ Kurzum soll es um die Möglichkeit des Einzelnen gehen, sein rechtsgeschäftliches Verhalten danach auszurichten, welche Rechtsfolgen an einen bestimmten Tatbestand geknüpft werden.⁴⁶ Die Erkennbarkeit des Tatbestands ist sachgesetzliche Voraussetzung der Verkehrssicherheit.

Auf nationalstaatlicher Ebene bezieht sich diese Offenheit der Voraussetzungen und Voraussehbarkeit der Rechtsfolgen vor allem auf die Komplexität der gesetzlichen Regelung und die Klarheit des Rechtsscheinträgers. Bei einer supranationalen Gesellschaftsform setzt die Verkehrssicherheit bereits eine Stufe zuvor an. Der Einzelne kann sein rechtsgeschäftliches Verhalten nur an einer gesetzlichen Regelung ausrichten, die er überhaupt als solche erkennen kann. Der systemoffene Verweis auf bis zu 27 unterschiedliche mitgliedstaatliche Verkehrsschutzkonzeptionen lässt eine sol-

43 Vgl. hierzu *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 224 ff.

44 A. A. *Leuschner*, Verkehrsinteresse und Verfassungsrecht, 2005, S. 63, der „keine eigenständige Bedeutung“ der Verkehrssicherheit anerkennt; dagegen *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 38 f.

45 Statt vieler *Scholz*, Die Rechtssicherheit, 1955, S. 40; *F. Bydliński*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, 1967, S. 131; speziell zum gutgläubigen Erwerb *Hachenburg*, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1900, S. 130 ff.

46 *F. Bydliński*, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S. 325 ff.

che Voraussicht nicht zu. Eine gewisse Abhilfe wäre geschaffen, wenn im Amtsblatt der Union in regelmäßigen Abständen veröffentlicht würde, ob in den jeweiligen Sitzstaaten verkehrsschützende Regelungen bestehen und welche dies sind. Allerdings wäre damit nur ein hinkendes Vehikel zur Herstellung von Verkehrssicherheit geschaffen. Denn naturgemäß verbleiben Übergangszeiträume zwischen einer Normänderung und ihrer Erfassung. Zudem befreit dies den Rechtsverkehr noch nicht von seiner Obliegenheit, sich mit bis zu 27 verschiedenen nationalen Regelungen auseinanderzusetzen. Ein Verweis, wie ihn Art. 16 Abs. 5 Satz 2 VO-E vorsieht, ist somit der Verkehrssicherheit nachhaltig abträglich und kann daher kaum effektiven Verkehrsschutz gewährleisten.

3. Tauglichkeit des Rechtsscheinträgers

Neben diese zugleich rechtspolitischen Bedenken treten zivilrechtsdogmatische. Maßgebliches Eignungskriterium eines Rechtsscheinträgers ist seine objektive Verlässlichkeit. Ein künstlicher Rechtsscheinträger wie beispielsweise ein Mitgliederverzeichnis ist daran zu messen, ob aufgrund der Ausgestaltung des Verfahrens und der Auswahl der an seiner Führung beteiligten Personen eine hinreichende Gewährleistung dafür besteht, dass sein Inhalt in den allermeisten Fällen mit der tatsächlichen Rechtslage in Einklang steht. Das Auseinanderfallen von (Rechts-)Schein und (Rechts-)Sein muss eine schwerlich vermeidbare Ausnahme bleiben. Ansonsten ist ein Rechtsverlust des Berechtigten nicht zu rechtfertigen. Dieser darf nur soweit erfolgen, als es das Verkehrsinteresse erfordert. Ein gutgläubiger Erwerb ohne hinreichenden Berechtigtenschutz führte zu einer Fehlge-
wichtung von Beharrungs- und Erwerbsinteresse im bipolaren Verhältnis von Berechtigtem und Erwerber. Der Rechtsscheintheoretiker *Hermann Ramdohr* formulierte das Anforderungsprofil an Rechtsscheinträger im Jahre 1900 wie folgt:

„Es soll durch dasselbe [sc. das Rechtsscheinprinzip] thunlichst verhütet werden, daß die Rechtsgenossen in Folge ihrer natürlichen Unfähigkeit, in kritischen Augenblicken die für ihr Handeln ausschlaggebende Rechtslage klar und vollständig zu überblicken, in Schaden gerathen. Zu diesem Behufe sind in allen den Fällen, in welchen die Rechtsordnung die Beilegung eines besonderen Schutzes für angezeigt erachtete, diejenigen Vorbedingungen bestimmt, bei deren Vorhandensein mit Sicherheit auf die Existenz gewisser Rechtsformationen geschlossen werden kann, und zwar selbst dann, wenn letztere mit der wahren Sachlage nicht im Einklang stehen sollten. Auf einer derartigen Basis darf der Interessent ohne jede Gefahr seine Rechtshandlungen vornehmen, ...“⁴⁷

⁴⁷ *Ramdohr*, Gruchot 44 (1900), 115, 129.

An diesen Maßstäben ist das Verzeichnis der Anteilseigner zu messen. Bereits eine erste entscheidende Weichenstellung wirft Zweifel auf: Das Verzeichnis ist nach Art. 15 Abs. 1 Satz 1 VO-E ein privates, vom Leitungsorgan der Gesellschaft geführtes. Eine registergerichtliche Kontrolle ist daher ausgeschlossen. Auch der Parlamentsentwurf sieht eine solche allenfalls bei der erstmaligen Eintragung der SPE vor.⁴⁸ Die Führung des Rechtscheinträgers durch das Leitungsorgan der Gesellschaft ohne prüfende Mitwirkung Dritter eröffnet ein bedeutendes Missbrauchspotential.⁴⁹ Denn das Leitungsorgan ist, wie nicht zuletzt aus Art. 27 Abs. 7 lit. a VO-E folgt, gegenüber den Gesellschaftern weisungsgebunden.⁵⁰ Das Leitungsorgan ist arbeitsvertraglich abhängig von der Gesellschaft und damit konstitutionell anfällig für tatsächlichen oder empfundenen Druck von Mehrheitsgesellschaftern. Anders als der Notar (vgl. § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO) unterliegt das Leitungsorgan keinem Neutralitätsgebot, denn es stellt kein richterähnliches Organ der vorsorgenden Rechtspflege dar. Die Mitglieder des Leitungsorgans können jederzeit und grundsätzlich frei, d. h. ohne das Vorliegen von Gründen, aus ihrer Organstellung abberufen werden (vgl. Art. 27 Abs. 1 lit. j VO-E). Da es an einer entsprechenden Regelung in dem Verordnungsentwurf fehlt, dürfte wegen Art. 4 VO-E zumindest bei einer SPE mit Sitz in Deutschland eine Verkoppelung von Anstellungsvertrag und Organstellung zulässig sein.⁵¹ In der Folge stiege die Abhängigkeit der Mitglieder des Leitungsorgans von der Gesellschaft und ihren Mehrheitseignern noch weiter an, da bei Eintritt der auflösenden Bedingung der Dienstvertrag mit der Abberufung aus dem Organverhältnis endet. Hinzu tritt, dass es dem Leitungsorgan gerade in kleinen und mittleren Unternehmen häufig an hinreichendem juristischen Fachwissen mangelt. Selbst Notare mit ausgewiesener gesellschaftsrechtlicher Expertise können nicht in allen Fällen rechtsicher die Wirksamkeit von Anteilsabtretungen und in der Folge die tatsächlichen Beteiligungsverhältnisse rekonstruieren; einem juristischen Laien ist dies trotz aller unternehmerischer Erfahrung nicht zuzumuten.

Das Verzeichnis der Anteilseigner entbehrt daher einer hinreichenden Richtigkeitsgewähr und ist als Rechtsscheinträger ungeeignet.⁵² Ein Berechtigtenschutz findet allenfalls in vagen Ansätzen statt. Das Erwerberinteresse wird ohne Sachgrund deutlich übergewichtet.

48 Vgl. oben, sub III 3.

49 Ebenso BR-Drs. 479/08, S. 14; *Krejci*, NZ 2008, 362, 368; *ders.*, in: Bachner/Cierpial/Lemanska/Liebscher (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im polnischen, deutschen und österreichischen Privatrecht, 2010, S. 59, 64; *Bormann/König*, RIW 2010, 111, 116.

50 I.E. ebenso *Hadding/Kiefling*, WM 2009, 145, 149.

51 Zur Zulässigkeit bei der GmbH vgl. BGH NJW 1999, 3263, 3264; *Drinkuth*, NJW 2006, 410, 411.

52 I.E. ebenso *Teichmann/Limmer*, GmbH 2009, 537, 538f.; *Bormann/König*, RIW 2010, 111, 116.