

Stellungnahme zum Entwurf einer SES

Prof. Dr. Alexander Schall, M. Jur. (Oxford)

Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales

Privat- und Unternehmensrecht sowie Rechtsvergleichung

Leuphana Universität Lüneburg

I. Grundsätzliche Einschätzung

Ein vereintes Europa braucht ein einheitliches Zivilrecht. Auf dem Weg zu einem künftigen Code Civil Européenne bzw. EuZGB könnte die Schaffung der SES als einer wahrhaft autonomen Europäischen Privatgesellschaft ein **grandioser Meilenstein** sein. Der Entwurf ist daher prinzipiell zu begrüßen. Er ist sprachlich akkurat abgefasst und enthält gute Ansätze, z.B. das Bekenntnis zur Gestaltungsfreiheit oder die „entspannte“ Regelung der Konzernsituationen in Anlehnung die Rozenblum-Doktrin (Art. 3.1.6). Unterm Strich ist er aber in der jetzigen Form noch nicht überzeugend.

- Das Mindestkapital verspricht praktisch keinen Nutzen, schränkt aber die Attraktivität der neuen Rechtsform ein (ausf. II.1.).
- Die Rückbezüge auf nationale Gesellschaftsrechten in so zentralen Fragen wie der Gründung und der Form(freiheit) der Anteilsübertragung unterlaufen die Idee einer einheitlichen europäischen Rechtsform.
- Würde die SES planmäßig europaweit adaptiert, laden diese Unterscheide zur Umgehung durch Briefkasten-SES ein, die dann sogar mit europäischen Gütesiegel ausgestattet wären.
- Obwohl auf Kleinunternehmen ausgerichtet, orientiert sich die SES – ihrer Genese aus des SAS folgend – zu häufig an Regelungen des Aktienrechts

Die SES muss ein attraktives Angebot für Unternehmer im Binnenmarkt bieten. Sie darf nicht zu einem Ladenhüter werden, der mit überholten Konzepten aus dem 19. Jahrhundert wie dem Mindestkapital oder dem Vorbelastungsverbot Hemmnisse und Haftungsfallen für die Unternehmer des 21. Jahrhunderts hervorbringt.

II. Detailkritik

1. Mindestkapital

Das Mindestkapital macht die SES **unattraktiv für Gründer**. Seit der EuGH-Rechtsprechung von C-212/97 *Centros* bis C-167/01 *Inspire Art* ist der Zugang zur Haftungsbeschränkung ohne Mindestkapital im gesamten Binnenmarkt eröffnet, z.B. in Deutschland über die UG (§ 5a GmbHG), in Frankreich über die SAS und SARL¹, im Übrigen durch Briefkastengesellschaften wie die irische Limited. Diese Gesellschaftsformen erfreuen sich großer Beliebtheit. So gibt es 10 Jahren nach ihrer Einführung über 141.000 UG (Stand 1.11.2018).² Die nationalen Rechtsformen sind häufig grenzüberschreitend mobil. Im Übrigen stehen demnächst alle Instrumente der Mobilitätsrichtlinie 2019/2021 zur Verfügung. Es ist daher nicht anzunehmen, dass Gründer zu einer Rechtsform mit zwingenden Mindestkapital greifen.

Das Mindestkapital ist ein **altmodisches und überholtes Schutzkonzept**. Dazu nur EuGH Rs. C-171/02 *Kommission/Portugal*, Rn 55:

„Eine solche Bedingung lässt sich nicht durch Erwägungen des Gläubigerschutzes rechtfertigen, da Mittel bestehen, mit denen ein solches Ziel erreicht werden kann, die aber den freien Dienstleistungsverkehr und die Niederlassungsfreiheit weniger beschränken, wie beispielsweise die Stellung einer Garantie oder der Abschluss eines Versicherungsvertrags.“³

Effektiver **Gläubigerschutz** erfordert eine starke **Exithaftung**, keine staatliche Überprüfung der ursprünglichen Kapitalaufbringung zum Gründungstichtag.⁴ Denn

¹ Tenenbaum, in: Vicari/Schall (Hrsg.), *Company Laws of the EU*, 1. Aufl. 2020, Part 1 (France), Chapter 5: Limited Liability Companies: Foundation and Financing, Rn. 575 (SARL) und 577 (SAS).

² <https://www.rewi.uni-jena.de/fakult%C3%A4/institute/institut+f%C3%BCr+rechtstatsachenforschung/forschungsprojekt+unternehmergesellschaft>.

³ Offenlassend noch EuGH Rs. C-167/01 *Inspire Art*, Rn. 135: „...ohne weitere Prüfung, ob die Vorschriften über das Mindestkapital als solche einen geeigneten Schutzmechanismus bilden...“

⁴ Ulrich Haas, Gutachten E zum 66. DJT 2006; Hirte, Referat zum 66. DJT 2006, Band II/1, 2007, P 29 ff.; Schön, EBOR 2006, 181 ff; Schall, *Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz*, 2009, S. 43 f., 66 ff. Die Frage ist nicht deckungsgleich mit dem (einstweilen erschlafte Streit) um die Sinnhaftigkeit des festen Nennkapitals unter der Kapitalrichtlinie, dazu z.B. John Armour, *Legal Capital – an Outdated Concept*, EBOR 2006, 5; Courier/Le Nabasque, *Quel Avenir pour le capital social*, 2004; Lutter, *Das Kapital der AG in Europa*, ZGR-Sonderheft 17, 2006; Schutte-Veenstra/Boschma/Lennarts, *Alternative Systems for Capital Protection*, 2005. zusammenfassend Schall, *Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz*, 2009, S. 37 ff.

das Kapital darf anschließend frei verwirtschaftet werden. Es ist keine „Haftungsreserve“ für die Gläubiger. Daher ist auch nicht nötig, dass die Einbringung von Dienstleistungen verboten wird (so aber Art. 2.1.3. (2) im Gegensatz zur Rechtslage bei SAS und SARL⁵) – es sei denn, man wolle durch diese Maßnahme eine Pfändung bei der SES bereits am Tag ihrer Eintragung sicherstellen. Diese Erkenntnis wird durch die Entwicklungen der letzten beiden Jahrzehnte in Frankreich und Deutschland bestätigt.

- Frankreich verfügt über eine starke Exithaftung mit der *action en comblement du passif*. Daher haben die meisten Gründer nach 2004 freiwillig 3.000 EUR statt vorher zwingend 7.000 EUR Startkapital aufgebracht und dieses in der Folge rasch aufgestockt.⁶
- Auch der deutsche Gesetzgeber hat mit dem MoMiG 2008 im Anschluss an das Gutachten Haas die UG eingeführt, die Kapitalaufbringung erheblich abgerüstet und im Gegenzug die strenge Exithaftung um die Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO) weiter gestärkt. Den 141.000 UG, die im Jahr 2018 existierten, standen laut Statistischem Bundesamt 2000 UG-Insolvenzen gegenüber. Eine Quote von 1,5% ist kein Anzeichen dafür, dass es sich hier nicht um eine „vertrauenswürdige“ Rechtsform handelt. Auch die SARL oder die SAS werden nicht so empfunden.

Das Mindestkapital wird auch **nicht** als **zwingende Seriositätsschwelle** benötigt.⁷ Eine Seriositätsschwelle für haftungsbeschränktes Wirtschaften erscheint angesichts der geringen Gründerquote in vielen Ländern der EU (z.B. Deutschland: 5,3%; Frankreich: 3,9%) und der verbreiteten „Gründerangst“ (Deutschland: 42%; Frankreich: 38%; Griechenland sogar: 72%) nicht erforderlich. Gründer sind im Allgemeinen nicht leichtfertig, erkennen die nötige Finanzierung und wägen die ihnen drohenden Risiken sorgfältig ab. Natürlich braucht eine Unternehmung Kapital – aber kein zwingendes Mindestkapital.

⁵ Tenenbaum, in: Vicari/Schall (Hrsg.), *Company Laws of the EU*, 1. Aufl. 2020, Part 1 (France), Chapter 5: Limited Liability Companies: Foundation and Financing, Rn. 582 (SARL) und 583 (SAS).

⁶ Isabelle Urbain-Parléani, ZGR-Sonderheft 17, 2006, S. 575, 580

⁷ Für diesen Begründungsansatz namentlich Kleindiek, Referat zum 66. DJT 2006, Band II/1, 2007, P 45 ff.

Das vorgesehene Mindestkapital der SES ist ohnehin **keine geeignete Seriositätsschwelle**, da es sehr **leicht zu umgehen** ist. Der Entwurf enthält keinen effektiven Umgehungsschutz, um die reale Kapitalaufbringung abzusichern:

- Der Gründer kann 12.000 EUR für eine Bargründung einzahlen und diese Summe in der Folgezeit komplett als **Geschäftsführergehalt** an sich zurückzahlen (vgl. BGHZ 180, 7 – Qivive zur GmbH). Das ist sogar naheliegend. Denn in Privatgesellschaften profitieren Gesellschafter *nicht* von Dividenden, sondern von Gehältern.
- Der Gründer könnte die Geldsumme sofort nach der Anmeldung komplett als „Darlehen“ an sich zurückzahlen und dieses in der Folgezeit mit seinen Gehältern oder anderen Zahlungen verrechnen (in Deutschland möglich nach Maßgabe des § 19 Abs. 5 GmbHG).
- Schließlich kann die scharfe Sacheinlagenhaftung nach Art. 2.1.3 (7) leicht umgangen werden, in dem der Gründer eine Bareinlage erbringt und die Gesellschaft ihm mit diesen Mitteln in der Folge entsprechende Sachwerte abkauft (in Deutschland verboten gemäß § 19 IV 1 GmbHG). Diese Form der Umgehung liegt bei der SES aus zwei Gründen besonders nahe, denn:
 - Gründer kleinerer Unternehmen bringen typischerweise ihren Geschäftsbetrieb ein, was eine Sacheinlage erfordert. Eine Unternehmensbewertung ist aber aufwendig und kostspielig.
 - Art. 2.1.3. zwingt zu einer **teuren Gründungsprüfung** durch einen WP, weil andernfalls eine **Doppelhaftung** ohne Anrechnung der tatsächlich zugeführten Vermögenswerte droht. Der deutsche Gesetzgeber hat die Gefahr einer Doppelhaftung dagegen als unangemessen empfunden und mit dem MoMiG 2008 die Anrechnungslösung nach § 19 IV 3 GmbHG, § 27 III 3 AktG eingeführt.

Um das Mindestkapital der SES zu einer wirklich respektablen Eintrittshürde auszubauen, wäre also **massiver** und **engmaschiger Umgehungsschutz** erforderlich, wie er in allen deutschen Kapitalgesellschaften mit dem grundsätzlichen **Verbot des Hin- und Herzählens**,⁸ der **Sanktionierung verdeckter Sacheinlagen** (§ 19 IV 1 GmbHG; § 27 III 1 AktG) und dem Richterrecht zur

⁸ BGHZ 165, 113.

„**wirtschaftlichen Neugründung**“ bei Verwendung von Mantel- oder Vorratsgesellschaften⁹ entwickelt worden ist. Solche Regeln fehlen im Entwurf komplett.

Führte man derartigen Umgehungsschutz ein, ginge das aber **auf Kosten der Praktikabilität** der SES. Das gilt vor allem für ihre Verwendung als Konzerngesellschaft, da Umgehungsschutz die Einrichtung herkömmlicher **Cash Pools im Konzern behindert**. Auch dieser Effekt ist aus der Praxis des deutschen Gesellschaftsrechts gut bekannt. Der deutsche Gesetzgeber hat daher mit dem MoMiG 2008 nicht bloß die UG geschaffen, um kapitalschwachen Gründer die Haftungsbeschränkung zu eröffnen, sondern im gleichen Zug auch das strenge Kapitalsystem der regulären GmbH durch Zulassung des Hin- und Herzählens (§ 19 V GmbHG; § 27 IV AktG) und Abmilderung der Folgen verdeckter Sacheinlagen (§ 19 IV 3 und 4 GmbHG; § 27 III 3 und 4 AktG¹⁰) dereguliert. Das geschah auf Druck aus der Wirtschaft, um den Cash Pool zu legalisieren. Maßgebliche Impulse setzte das DJT-Referat von Jochen Vetter, Partner in der führenden deutschen Wirtschaftskanzlei Hengeler Mueller.¹¹

2. Gründungsphase (Artt. 2.1.6. und 2.1.7.):

Die Regelung der Gründungsphase ist nicht überzeugend, da sie an Widersprüchen leidet und Fragen offenlässt, die im deutschen Gesellschaftsrecht zu hundert Jahren voll von Streit und Rechtsfortbildungen geführt haben. Das Grundproblem ist Folgendes:

Die SES soll ausweislich des Art. 2.1.6. (8) **erst mit Eintragung** entstehen– wie kann sie dann aber **vorher die Einlagen erwerben**, was Art. 2.1.3. (4) fordert?

Aus genau dieser Problematik hat die deutsche Jurisprudenz die Existenz einer Vorgesellschaft abgeleitet und über Jahrzehnte hinweg durch verschiedene

⁹ BGHZ 192, 341; BGHZ 155, 318.

¹⁰ Die noch in § 19 Abs. 4 RefE-GmbHG vorgesehene vollständige Legalisierung verdeckter Sacheinlagen wurde dagegen am Ende abgelehnt, weil sie die besonderen Sacheinlageregeln überflüssig machen würde, vgl. Schall, Gläubigerschutz, 2009, S. 115 f.

Das Gleiche wäre gegen den Entwurf der SES einzuwenden, wenn man das Mindestkapitalkonzept ernst nehmen und beibehalten wollte.

¹¹ Vgl. Jochen Vetter, Referat zum 66. DJT 2006, Band II/1, 2007, P 75 ff.

Rechtsfortbildungen ein begleitendes Haftungssystem ausgearbeitet. Der Entwurf muss widerspruchsfrei erklären, ob auch bei der SES mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags eine sogenannte „**Vorgesellschaft**“ („**Vor-SES**“) als Rechtsträger entsteht oder wie sich sonst die Einlageerbringung vollziehen soll.

Das von Art. 2.1.7. statuierte Konzept eines **Vorbelastungsverbots** mit **Handelndenhaftung** liegt zwar (immer noch) Art.7 der Gesellschaftsrechterichtlinie 1132/2017 zugrunde, gilt aber in Deutschland vor dem eben erläuterten Hintergrund seit längerem als **überholt**.¹² Es leidet an diversen Unklarheiten und konzeptionellen Schwächen:

- Bei der Handelndenhaftung galt einst ein **weiter Handelndebegriff**. Danach haftete *jeder Gründer*, der der vorzeitigen Eröffnung des Geschäftsbetriebs zugestimmt hatte, für die Geschäfte in der Gründungsphase. Das traf praktisch immer alle Gründer, was gerecht erschien, da sie ja auch alle von den Geschäften profitieren sollten.
- Der Entwurf sieht dagegen einen **engen Handelndebegriff** vor, wie er in Deutschland seit BGHZ 47, 25 gilt. Dieser wird in Deutschland aber flankiert durch ein ausgefeiltes System der **Vorbelastungs- und Verlustdeckungshaftung**,¹³ eine Innenhaftung **aller Gründer**. Dieses Haftungssystem wurde sukzessive eingeführt, um nach erfolgter Aufgabe des Vorbelastungsverbots,¹⁴ welches die Gründungsphase extrem behinderte, entstandene Vorbelastungen zu kompensieren und die Kapitalaufbringung zum Eintragungstichtag zu sichern. Diese zentrale Haftung **fehlt** aber im Entwurf. Das ist mit einem zwingenden Mindestkapital nicht vereinbar. Daher ist dann auch der vorgesehene Wegfall der Haftung nach Art. 2.1.7. (4) bei Adaption der Schulden **nicht** gerechtfertigt.
- Die Handelndenhaftung soll nach dem Konzept des Entwurfs explizit auch **vor** Unterzeichnung der Satzung eingreifen (vgl. Art 2.1.7. (3)). Das weicht vom deutschen Recht ab und führt zu Friktionen mit dem hierzulande geltenden Konzept einer „**Vorgründungsgesellschaft**“, d.h. einer BGB-

¹² Siehe etwa Kaiser, Die Europäische Privatgesellschaft und die Spanische Sociedad de Responsabilidad Limitada, 2008, S. 70 ff.

¹³ BGHZ 134, 333 in Abkehr von BGHZ 80, 182, wo noch eine beschränkte Außenhaftung angenommen wurde.

¹⁴ BGHZ 80, 129 unter Aufgabe von BGHZ 65, 383. Dazu Priester, ZIP 1982, 1141.

Außengesellschaft, die in der Phase vor dem Abschluss des Gesellschaftsvertrag angenommen wird.¹⁵

- Wenn der Handelnde (wie üblich) zugleich Gründer ist, wird die vorgesehene **Adaption der Verbindlichkeiten** durch die Gesellschafterversammlung nach 2.1.7. (3) dritter Stern wegen der damit verbundenen Enthftung des Gründers häufig zu einer **verbotenen Einlagenrückgewähr** führen (vgl. BGHZ 190, 7 – Telekom III)
- Die **Adaption der Rechtsakte** ist nach dem Wortlaut des Art, 2.1.7.(3) [„Verpflichtungen“, die im Namen und für Rechnung der Gesellschaft eingegangen worden sind] auf Gesellschaftsschulden beschränkt. Erworbene **Vermögenswerte** sind offenbar **nicht** adaptierbar, sondern erfordern gesonderte Einbringungsakte – dies konnte in Deutschland mit dem Konzept der Vorgesellschaft vermieden werden.

3. Kapitalerhaltung

Die Kapitalerhaltung nach Art. 4.1.1. (1) ist nach deutschem Vorbild weit gefasst und erfasst mittelbare Ausschüttungen. Das weicht vom engen Ausschüttungsbegriff ab, der in Frankreich und anderen europäischen Ländern gilt, und führt in Konzernsituationen zu Konflikten mit der Rozenblum-Doktrin.¹⁶

Beispiel Konzernverrechnungspreise: Der Geschäftsleiter wäre nach Art. 3.1.6 haftungsfrei, obwohl nach 4.1.1.(1) eine verbotene Ausschüttung vorliegen könnte.

Dem lässt sich nicht entgehen, dass Art. 3.1.6. nur im Innenverhältnis gelten soll, nicht aber die Haftung für Kapitalverstöße zu Lasten der Gläubiger beseitigen soll. Denn die originale „Rozenblum-Doktrin“ aus Frankreich¹⁷ wirkt gerade als Verteidigung gegen den Vorwurf des *abus de biens sociaux* (Art. L. 241-3, n°4 sowie Art. L. 242-6 n° 4 C.Com). Sie schützt daher im Außenverhältnis gegenüber Dritten – und muss das auch, um sinnvoll zu sein.

¹⁵ BGHZ 91, 148.

¹⁶ Zu dieser Problematik unter der vormaligen Kapitalrichtlinie schon Schall, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, 2009, S. 31 ff.

¹⁷ Cass. Crim., 4. Februar 1985, Recueil Dalloz 1985, 478; Schiller/Barsan, in: Vicari/Schall, Company Laws of the EU, 1. Aufl. 2020, Part 1 (France), Chapter 7 – Groups of Companies, Rn. 833 ff.

In Art 4.1.1.(2) ist der laut Entwurfsbegründung vorgesehene **Solvenzttest nicht heraus zu lesen**. Der Wortlaut („sofern das Aktivvermögen der Gesellschaft nach dieser Ausschüttung weiterhin die Verbindlichkeiten und das Stammkapital deckt“) definiert nur einen rein statischen Bilanztest nach Vorbild des § 30 I GmbHG. Um die nicht bilanzierbaren Auszahlungen aus schwebenden Dauerbeschaffungsgeschäften wie Löhne, Gehälter oder Mieten zu erfassen,¹⁸ müsste auf den „Erhalt der Zahlungsfähigkeit“ die Deckung von „in absehbarer Zeit auflaufenden Zahlungspflichten“ abgestellt werden.

Es fragt sich aber ohnehin, ob ein solcher **Solvenzttest** zusätzlich zur bilanziellen Kapitalerhaltung bei einer weit gefassten Ausschüttungssperre **überhaupt sinnvoll** wäre. Denn er führt zu großer Belastung der Geschäftsleiter bei Situationen häufigen Hin- und Herzählens zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, wie sie namentlich im Konzern beim internen Austausch von Leistungs- oder Zahlungsströmen (Cash-Pool) vorkommen. **Vorzugswürdig** erscheint eine **mittelbare** Pflicht bzw. **Obliegenheit** zur Durchführung eines Solvenzttests, wie sie durch eine effektive Exithaftung wie die *action en comblement du passif* oder das erweiterte Zahlungsverbot (jetzt § 15b V 1 InsO) i.V.m. der Existenzvernichtungshaftung nach BGHZ 173, 246 – Trihotel verankert wird. Sie führt mit weniger formalisierten Aufwand zum gleichen Ziel (Beachtung der künftigen Zahlungsverpflichtungen).

Erst recht schiene im Übrigen ein **reiner Solvenzttest** für die SES **nicht ratsam**. Denn er ist gerade bei kleinen Unternehmen fehleranfällig. Das liegt an der Unzuverlässigkeit des Zahlenmaterials ebenso wie an dem „sunshine-bias“ aufgrund der engen persönlichen Betroffenheit der Geschäftsleiter in der Privatgesellschaft.¹⁹ Demgegenüber ist der **Bilanztest leicht durchführbar** durch jederzeit tagesaktuell über SAP o.ä. aufrufbare Stichtags-Bilanzen. Er ist im Grundsatz ohnehin **unentbehrlich**, da die „Nulllinie“ bei Ausschüttungen immer zu wahren ist. Er ist auch deshalb **sinnvoll**, da die Ausschüttung von Kapital (anders als die von Gewinnen) als unentgeltliche Leistung in vielen Ländern einer weiten Insolvenzanfechtung unterliegen würde (vgl. § 134 InsO; *action Paulienne*, Art. 1341-2 C.Civ.).²⁰

¹⁸ Vgl. Schubert, in: BeckBilKo, 12. Aufl. 2020, § 249 HGB Rn. 77.

¹⁹ Schall, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, 2009, S. 47 ff, 49.

²⁰ Schall, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, 2009, S. 54 ff.

4. Form der Gründung/Anteilsübertragung (Art. 2.1.1.(3) und Art. 3.1.14.):

Die Form der Gründung bzw. Anteilsübertragung folgt nach Absatz 1 den nationalen Referenzrechten. Das führt zu unterschiedlichen Hürden (notarielle Beurkundung!). Das ist politisch zwar nachvollziehbar, aber konzeptionell nicht vertretbar, da der Verweis auf nationales Recht in so entscheidenden Fragen die angestrebte europäische Identität der SES torpediert.

Überdies sind höhere **nationale Formerfordernisse** (bei Gründung wie Anteilsübertragung) nach Einführung der SES **mit Leichtigkeit zu umgehen**, da Art. 2.1.5.(2) Sitzspaltungen ausdrücklich erlaubt. Eine irische Briefkasten-SES könnte ohne Weiteres ohne Notar gegründet werden, ihren *siège réel* in Frankreich oder Deutschland haben und ihre Anteile vollkommen formfrei übertragen. Umgehungsschutz wäre nach der EuGH-Rechtsprechung in C-212/97 *Centros* und C-106/16 *Polbud* nicht möglich, da die Gründer nur ihre Wahlfreiheit ausüben. Dabei käme die SES sogar noch mit einem europäischem Gütesiegel.

5. Satzungsautonomie (Art. 3.1.1.)

Das Bekenntnis der SES zur Privatautonomie ist löblich. Eindringlich zu warnen ist jedoch vor dem Konzept einer „Vorab-Governance“ durch einen **verabsolutierten Primat der Satzung** (Art. 3.1.1.). Die Satzung ist immer ein unvollständiger Vertrag im Sinn der „*incomplete contract theory*“ (Oliver Hart). Alle Versuche, durch die Satzung vorab verbindlich die Fragen des künftigen Gesellschaftslebens zu regeln, sind daher zum Scheitern verurteilt. Das bestätigt unter anderem die Aufgabe des sog. „Bestimmtheitsgrundsatzes“ im deutschen Personengesellschaftsrecht.²¹ Daran kann auch eine angebotene Mustersatzung nichts ändern. Nötig ist vielmehr die Festschreibung der **Allzuständigkeit der GV** als oberstes Gesellschaftsorgan als satzungsdispositive Grundregel. Andernfalls drohen erhebliche Friktionen, z.B.:

- Nach Art. 3.1.7 (1) Satz 2 scheinen grundsätzlich keine Ad-hoc-Beschlüsse der Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten möglich (z.B. zur Verfolgen

²¹ Endgültig durch BGHZ 203, 77.

einer Nachhaltigkeitspolitik der Gesellschaft). Erforderlich ist, dass sie sich als konkrete Weisung formulieren lassen (dann gilt Art. 3.1.2.(4)).

- Der Ausschluss eines Gesellschafters kann nicht auf in der Satzung festgelegte Gründe beschränkt sein. Der Ausschluss aus wichtigem Grund muss in einer Privatgesellschaft **immer** kraft Gesetzes möglich sein (anders aber Art. 3.1.15: „nur gemäß den in der Satzung geregelten Voraussetzungen und Verfahren“). Umgekehrt darf in einer Privatgesellschaft auch die **Auflösungsklage aus wichtigem Grund** als bedeutender Notbehelf des Minderheitsgesellschafters nicht fehlen (vgl. § 61 GmbHG). Der Verzicht auf dieser Schutzinstrumente erscheint nur für anonyme Aktiengesellschaften vertretbar

6. Beschlussmängel und Anfechtungsklage

Beschlussmängel und Anfechtungsklage sollten aufgrund ihrer eminenten Bedeutung für die Corporate Governance sowie angesichts der vielen Detailunterschiede in den europäischen Rechtsordnungen unmittelbar und **einheitlich für alle SES** kodifiziert werden. Dabei ist insbesondere auch eine grundsätzliche, durchaus auch nur generische, Regelung zur **Treuepflicht** bzw. zum *abus de majorité/minorité* zu treffen, da es das entscheidende Minderheitsschutzinstrument in jeder Privatgesellschaft ist.

Der Schaffung einer europarechtlichen Anfechtungsklage für die SES stehen die unterschiedlichen Prozessrechte der MS dabei nicht zwingend entgegen. Selbst das ganz eigenartige englische Recht kennt in seltenen Ausnahmefällen eine Beschlussanfechtungsklage (siehe z.B. s.98 CA 2006 – application to court to cancel resolution). Die einzelstaatlichen Gerichte werden mit einer vorgegebenen Klage umgehen können (und müssen).

7. Informationsrecht (Art. 3.1.9)

Die Begrenzung des Informationsrechts auf die Gesellschafterversammlung erscheint für Privatgesellschaften viel zu eng (vgl. § 51a GmbHG). Das Konzept passt nur für Aktiengesellschaften, wo die Anteilseigner jenseits der jährlichen Hauptversammlung keinen Zugriff auf die Geschäftsleiter haben sollen.

Wenn man insoweit dennoch dem französischen Vorbild folgen wollte, muss dies aber konsequent und vollständig übernommen werden. Jedenfalls ist daher die dort wie auch im deutschen Aktienrecht bestehende Möglichkeit der Sonderprüfung zu eröffnen (vgl. Art. L 223-37 C.Com).

8. Geschäftsleiter

Die Geschäftsleiter könnten wie in Frankreich als „**Präsidenten**“ bezeichnet werden. Das hätte in Deutschland den Neuigkeitsfaktor für sich und könnte die Attraktivität auf dem Markt der Unternehmensformen steigern. Unternehmer folgen nicht immer rein rationalen Motiven. Ein nicht unerheblicher Treiber zur Konzernbildung durch Ausgliederung von Betriebsabteilungen auf Töchter soll dem Vernehmen nach der Ansehensgewinn sein, der mit dem Aufstieg vom „Abteilungsleiter“ zum „Geschäftsführer“ einhergeht. Im Übrigen stellen sich zu diesem insgesamt gut gelungenen Regelungskomplex des SES-Entwurfs nur noch wenige grundsätzliche Fragen:

- Ist das „Interesse der SES“ in der Generalklausel des Art. 3.1.5.(1) nach dem „stakeholder approach“ oder „shareholder approach“ zu bestimmen?
- Gibt es ein sog „shifting of fiduciary duties“ zum Gläubigerinteresse in Insolvenznähe?
- Ist die **Business Judgement Rule** in Art. 3.1.5.(2) überhaupt erforderlich angesichts der Satzungsfreiheit, aus der die Möglichkeit privatautonomer Haftungsbeschränkungen hervorgeht.
- Wenn ja, müsste dann in Anbetracht der seit Jahren diskutierten Problematik des „legal judgement“ nicht auch eine Regelung zu Compliancefällen erfolgen?
- Wenn ja, warum soll bei Wahrung aller Voraussetzungen der Business Judgement Rule lediglich eine „widerlegliche Vermutung“ pflichtgemäßen Verhaltens greifen? Was sollte denn dann doch noch zur Haftung führen können? Würde damit nicht am Ende nur wieder dem „second guessing“ und „hindsight bias“ des Richters die Tür geöffnet, welchen die Business Judgement Rule doch gerade aussperren sollte.

III. Abschließende Petita

Abschließend sind aus Sicht des Verfassers die folgenden Petita für eine erfolgreiche SES in stichpunktartiger Form zu stellen:

- **Die SES ist als einheitliche europäische Rechtsform ohne nationale Varianten zu schaffen**
- Sie darf **kein Mindestkapital** erfordern.
- Eine **widerspruchsfreie Regelung der Gründungsphase** ist notwendig.
- **Gründung und Übertragbarkeit der Anteile** müssen **ohne** größere Hürden durch Formerfordernisse (**notarielle Beurkundung**) erfolgen. Dabei muss aber auch die Sicherheit elektronischer Identifikation gewährleistet sein, um die Verifikationsbedürfnisse des Rechtsverkehrs zu erfüllen.
- Eine einheitliche **Kodifikation** zentraler Fragen, namentlich von Treuepflicht bzw. abus de majorité/minorité, **Anfechtungsklage**, Gesellschafterausschluss, Inhabilität, ist um der europäischen Identität willen geboten.

- **Mittelfristig ist die Schaffung eines (zentralen) europäischen Gesellschaftsregisters anzustreben**
 - Anmeldung erfolgt mit Registersitz innerhalb EU.
 - Tatsächliche Verwaltungssitze können überall innerhalb 8und ggf. auch außerhalb) der EU liegen. Sie sind als Zweigniederlassungen anzumelden.

- **National anzuknüpfen bleiben danach nur:**
 - Das Insolvenzrecht samt Exit-Haftung.
 - Die unternehmerische Mitbestimmung. (Die Regeln hierfür sollten für jede SES nach ihrem tatsächlichen Verwaltungssitz anzuknüpfen sein.²²)
 - Das allgemeine Haftungs- bzw. Deliktsrecht.

²² Dafür überzeugend Kindler ZHR 179 (2015), 330, 374 ff; Weller/Harms/Rentsch/Thomale ZGR 2015, 361, 372 f.