

Berlin, den 12. Oktober 2007

Mitteilung der Kommission KOM(2007) 394 endgültig

Der Deutsche Notarverein dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme zur Mitteilung KOM(2007) 394 endg. (nachfolgend »Mitteilung«).

Der Deutsche Notarverein ist der Bundesverband der deutschen hauptberuflichen Notare. Die deutschen Notare sind umfangreich bei Gründung und Strukturänderung von Kapitalgesellschaften tätig und verfügen daher über gesellschaftsrechtliche Expertise.

1. Bestehender *acquis communautaire* im Überblick – Ziele der bisherigen Maßnahmen

Die Kommission beschreibt in der Mitteilung den gesellschaftsrechtlichen *acquis communautaire*. Dieser dient zusammenfassend den Zielen eines gesellschaftsrechtlichen *level playing field* in den Bereichen:

- Aussagekraft von Handelsregistern für den Rechtsverkehr;
- Mindeststandards für Gläubiger- und Anlegerschutz bei Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung von Aktiengesellschaften;
- Mindeststandards für Gläubiger- und Minderheitenschutz bei Umstrukturierungen (Verschmelzungen, Spaltungen) einschließlich vereinheitlichter Rechtswirkungen;
- Mindeststandards im Markt für Unternehmenskontrolle;
- Schaffung einzelner supranationaler Rechtsformen;
- Mindeststandards für die Publizität der Jahresabschlüsse;
- Sonderprobleme wie Zweigniederlassungen und Einpersonengesellschaften.

Daneben gibt es einen nennenswerten und in der Mitteilung nicht erwähnten *acquis communautaire* in Fragen der kapitalmarktrechtlichen Publizität, so etwa in folgenden Rechtsakten der Gemeinschaft:

- Richtlinie 2003/6/EG vom 06. Januar 2003, ABl. L 096 vom 12.04.2003, S. 16.
- Richtlinie 2004/109/EG vom 15.12.2004, ABl. L 390 vom 31.12.2004, S. 38.

Ziel dieser Maßnahmen ist stets der Schutz des Rechtsverkehrs, vor allem in Gestalt der Gläubiger und der Minderheitsaktionäre der Gesellschaft. Für diese sollen erstens einheitli-

che Informationsstandards die Kosten der Informationsbeschaffung senken (durch Publizitätsanforderungen und einheitliche Standards). Zweitens werden einheitliche Verfahrensgarantien geschaffen (z.B. durch Gläubigerschutz bei der Kapitalaufbringung, -erhaltung sowie bei Verschmelzungen und Spaltungen) Drittens sorgen einheitliche Rechtsfolgen für Rechtssicherheit (z.B. Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge bei Verschmelzung und Spaltung).

Die so geschaffenen Standards nützen aber auch den betroffenen Unternehmen selbst, da hierdurch die Begründung von und die Verfügung über Rechte(n) und Rechtsverhältnissen durch Rechtsträger in Form der juristischen Person erheblich erleichtert, wenn nicht gar erst ermöglicht wird.

So gesehen dienen die genannten Subziele dem Hauptziel der Union, der Schaffung eines einheitlichen Binnenmarkts, der auch ein Raum des Rechts sein muss und nicht der Rechtsunsicherheit und der Willkür werden darf.

2. Einzelne Maßnahmen Æ heute schon Erreichtes

Dem deutschen Notarverein ist durchaus bewusst, dass die Arbeit an diesen Zielen für die Kommission nicht immer einfach ist, die Aufgabe mag manchmal gar einer Sysyphosarbeit gleichkommen. Ein Beispiel ist etwa die Diskussion über die Richtlinie 2005/56/EG, die sich an der Frage der Mitbestimmung der Arbeitnehmer derart festfuhr, dass wichtige Themen wie die internationalprivatrechtliche Behandlung sich widersprechender Regelungen über den Schutz von Minderheitsgesellschaftern, Gläubigern oder Inhabern von Wandelschuldverschreibungen leider nur noch etwas stiefmütterlich behandelt werden konnten (siehe hier Stellungnahme des Deutschen Notarvereins zum Richtlinienentwurf vom 26.01.2004, abrufbar unter www.dnotv.de -> Stellungnahmen).

Das Ergebnis in Form sektoraler Richtlinien und einiger Verordnungen mag auf den ersten Blick zum Teil erratisch und nicht durchweg überzeugend wirken. Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass in den letzten vierzig Jahren große Fortschritte erzielt wurden. Zu der pessimistischen Sichtweise der Kommission in der Mitteilung besteht kein Anlass.

Diese Beurteilung gilt insbesondere für die 1., 2., 3., 4., 6. und 7. Richtlinie, die zu einer geschickten Harmonisierung geführt haben, die aus der Sicht der Rechtspraxis nicht hoch genug bewertet werden kann.

Ein Beispiel hierfür ist das Primat des Verkehrsschutzes bei der Vertretungsmacht der Organe von Handelsgesellschaften, das selbst im Vereinigten Königreich über Sec. 35a Companies Act 1985 gegen die dortige Tendenz eine gewisse Anerkennung gefunden hat. Wer dagegen für eine nicht eingetragene Limited Partnership oder eine LLC nach US-amerikanischem Recht handeln darf, ist praktisch nach wie vor nicht feststellbar. Probleme in der Praxis bereitet ansonsten eher noch das französische Recht, nach dem sich die Vertretungsmacht der Organe einer Kapitalgesellschaft unmittelbar aus dem Gesetz ergibt (*Code de commerce*), das der Leser eines französischen Handelsregisterauszugs aber meist nicht zur Verfügung hat. Schwierig ist ansonsten der Fall einer SAS mit in deren Satzung bevollmächtigten *directeurs* (Art. 227-6 al. 3 *Code de commerce* i.d.F. des Gesetzes 2003-706 vom 01.08.2003); deren Vertretungsmacht ist jedenfalls aus der Sicht des Auslands nicht transparent, da die Satzung selbst nicht an der Registerpublizität teilnimmt. Diese eher exotischen Fälle zeigen aber, wie viel an Harmonisierung die Erste Richtlinie demgegenüber erreicht hat.

3. Reformansätze – einige Beispiele

Den Überlegungen der Kommission, die zusätzliche Publizierung in amtlichen Mitteilungsblättern aufzugeben oder einzuschränken sollte Raum gegeben werden. Vor 40 Jahren, also bei Erlass der Ersten Richtlinie, gab es noch keine online zugänglichen Datenbanken. Für eine Publizität in weiteren Medien bestand daher ein stärkeres Bedürfnis als heute.

Ein weiteres Beispiel von außerordentlich wichtiger Bedeutung ist der Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge im Recht der Verschmelzung und Spaltung, durch den gerade bei den Wirkungen von solchen Maßnahmen auf in einem anderen Mitgliedsstaat belegenen Vermögen erhebliche Rechtssicherheit erzielt wurde (ausgenommen das Vereinigte Königreich, das in diesem Punkt die Dritte und Sechste Richtlinie nicht in nationales Recht transformiert hat).

Beispiel:

Zwei Unternehmen der pharmazeutischen Industrie in Frankreich werden miteinander verschmolzen. Aufgrund der harmonisierten Rechtsfolgen der Verschmelzung können in allen Mitgliedsstaaten (ausgenommen das Vereinigte Königreich und die Republik Irland) Patente und andere gewerbliche Schutzrechte der Übertragerin einfach und kostengünstig durch Vorlage beglaubigter Handelsregisterauszüge auf die Übernehmerin umgeschrieben werden.

Im Vereinigten Königreich, das diesen Fall des Rechtsübergangs nicht als Gesamtrechtsnachfolge (transmission) behandelt, ist . ebenso wie z.B. in den Vereinigten Staaten von Amerika . eine aufwändige und teure Einzelübertragung dieser Rechte vor Wirksamkeit der Verschmelzung (also im Vorgriff auf die Entscheidung der Anteilhaber) notwendig.

Die nächsten Jahre, in denen erste Erfahrungen mit dem neuen Instrumentarium der grenzüberschreitenden Verschmelzung gesammelt werden, werden weitere wichtige Erkenntnisse auf diesem Gebiet liefern. Es wird sich zeigen, ob das internationale Gesellschaftsrecht die Kollisionen verschiedener Systeme des Minderheiten- und des Gläubigerschutzes konfliktfrei miteinander in Einklang bringen kann. Insbesondere die unterlassene Übernahme der Gesamtrechtsnachfolge nach Verschmelzung in das englische Recht dürfte zu erheblichen Fraktionen führen.

Beispiel:

Eine englische Limited hält als Zwischenholding mehrere Beteiligungen im Rahmen des Asset Management. Sie wird auf ihre deutsche Muttergesellschaft verschmolzen, um eine komplizierte und wegen des Honorars des Liquidators teure Liquidation nach englischem Recht zu vermeiden. Hier wird problematisch, ob der Übergang dieser Beteiligungen auf die deutsche Muttergesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge erfolgen kann oder ob jeweils transfer deeds notwendig sind und hierdurch eine stamp duty nach englischem Recht ausgelöst wird.

Eine entsprechende positive Bewertung nimmt der Deutsche Notarverein insbesondere auch für die Zweite Richtlinie vor. Der Deutsche Notarverein teilt die ihr zugrunde liegende Auffassung, dass die Schaffung eines Garantiefonds an haftendem Kapital bei der Gründung einer Kapitalgesellschaft für die Lauterkeit und Seriosität der Absichten der Gründer spricht und allein dadurch dem Schutz des Rechtsverkehrs dient. Die Notwendigkeit eines *enforcement* von Vorschriften über Kapitalaufbringung und . erhaltung ist in diesem Kontext aus sich heraus evident. Eine andere Frage ist, inwieweit dieses System einer Optimierung im Sinne einer möglichst effizienten Zweck-Mittel-Relation bedarf.

Eher skeptisch beurteilt der Deutsche Notarverein die Vorschriften über Information des Rechtsverkehrs über die wirtschaftlichen Verhältnisse von Unternehmen. Hierbei sind die Vierte, Siebte und Achte Richtlinie im Kontext mit den weiteren kapitalmarktrechtlichen Informationspflichten zu sehen, die aus dem Zuständigkeitsbereich anderer Direktionen der

Kommission herrühren. Hier hat man den Eindruck, dass die Vielzahl von einander überlagernden Informationspflichten die Unternehmen, insbesondere KMU, überlasten und der erzielte Nutzen in keinem optimalen Verhältnis zu dem mit diesen Informationspflichten verursachten (Kosten-)Aufwand steht. In der Funktechnik nutzt eine Erhöhung der Feldstärke weniger als ein größerer Rauschabstand des Signals. Im Kapitalmarktrecht besteht gleichermaßen die Gefahr, dass wirklich relevante Informationen wegen der Überregulierung der Informationspflichten im dissonanten Rauschen des gesamten Markts untergeht. Hinzu kommt, dass dann, wenn zwischen Marktteilnehmern ein großes Machtgefälle besteht, Transparenz auch dazu benutzt werden kann, Verhandlungsmacht auszunutzen. Das Verhältnis zwischen Großkonzern und Zulieferer bietet hierfür z.B. im Bereich der Automobilindustrie hinreichend Anschauungsmaterial. Transparenz gegenüber einem übermächtigen Kunden kann insbesondere dazu führen, dass nicht genügend Anreize dazu da sind, durch technische Innovation die eigene Eigenkapitalrendite zu steigern, da aus dem Zahlenwerk ersichtliche Gewinnspannen sofort zum Druck auf die Preise genutzt werden. Die Vorschläge der Kommission in Anlage 4 zur Mitteilung verdienen daher, weiter verfolgt zu werden.

Noch nicht voll erreicht scheint das Ziel der 12. Richtlinie. Die Möglichkeit von Einmann-Kapitalgesellschaften ist für den Aufbau einer nach dem Prinzip des *profit centre* aufgebauten Konzernstruktur von zentraler Bedeutung. Die Diskriminierung solcher Gesellschaften insbesondere unter dem Aspekt der Durchgriffshaftung schadet dem Oberziel der Schaffung eines einheitlichen Binnenmarkts. Anstelle einer Aufhebung wäre hier dringend eine Evaluierung dahin gehend angebracht, inwieweit die mit der Richtlinie verfolgten Ziele verwirklicht wurden (vgl. etwa Lutter, Missglückte Rechtsangleichung: das Chaos der Ein-Personen-Gesellschaft in Europa in FS für Brandner, .1996, S. 81-95.)

Nicht unbedingt bewährt hat sich hingegen die 11. Richtlinie. Die Errichtung von Zweigniederlassungen in anderen Mitgliedsstaaten ist ebenfalls zum einen überreguliert, zum anderen leidet sie an Vollzugsdefiziten.

Bei der Erstanmeldung einer Zweigniederlassung ist eine Fülle von Informationen über die Hauptniederlassung zu liefern, was die Unternehmen mit prohibitiven Kosten belastet. Der Grund hierfür liegt in Art. 2 Abs. 2 und Art. 4 der Richtlinie 89/666/EWG. So fragt man sich z.B., warum nicht ein notarielles *certificate of good standing* (vgl. etwa Art. 2 Abs. 2 lit. c) der genannten Richtlinie) in der Gerichtssprache des Gerichts der Zweigniederlassung ausreichen sollte. Der technische Fortschritt ermöglicht es dem Rechtsverkehr zudem, zahlreiche

Informationen schnell aus dem Register der Hauptniederlassung zu gewinnen, ohne auf die zum Register der Zweigniederlassung eingereichten Unterlagen angewiesen zu sein.

Ist die Zweigniederlassung einmal eingetragen, so ist es dem Unternehmen dann aber selbst überlassen, Veränderungen bei der Hauptniederlassung nachzumelden. Nach den Schwierigkeiten, die Ersteintragung zu erlangen, erlahmt die Motivation hierzu. Dies hat zur Folge, dass die meisten Eintragungen in den Handelsregistern der Zweigniederlassung dem Stand der Hauptniederlassung um Jahre hinterher hinken, da ein institutionalisierter Meldeweg zwischen den beteiligten Registern fehlt.

Die Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung hat auch für das Gesellschaftsrecht große Bedeutung. Dies betrifft nicht nur die Identifizierung der für ein Unternehmen Handelnden, sondern auch die Rechtsverhältnisse dieses Unternehmens selbst. Publizität der Beteiligungsverhältnisse, Eindeutigkeit der Firma, Erreichbarkeit am Gesellschaftssitz und Transparenz der zwischen den Anteilshabern geltenden Regeln (Satzung) ist hier von großer Bedeutung. Die Bedeutung dieser Interdependenz scheint noch der Analyse zu bedürfen. Insofern bedarf es einer Abstimmung des europäischen Gesellschaftsrechts mit dem einschlägigen Sekundärrecht (vgl. nur Richtlinie 2005/60/EG vom 26.10.2005, ABl. L 309, S. 15 vom 15.11.2005).

Was die Frage des Sitzes und der Hauptverwaltung anbelangt, so hat die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (insbesondere EuGH vom 30.09.2003 . Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155 . Inspire Art) zu Lösungen geführt, die z.B. dem Weg der Art. 7, 8 der Verordnung Nr. 2157/2001 rechtstechnisch überlegen sind. Entsprechendes gilt für die Judikatur des EuGH zu grenzüberschreitenden Verschmelzungen (EuGH vom 13.12.2005 . Rs. C-411/03 . SEVIC). Aufgrund dieser Judikatur erscheint es derzeit jedenfalls wenig sinnvoll, personelle und materielle Ressourcen etwa auf eine Richtlinie über Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften zu verwenden. Schon bei der Schaffung der Richtlinie 2005/56/EG war absehbar, dass der EuGH zwischen Kapital- und Personengesellschaften keinen Unterschied machen würde, da die Grundfreiheiten des Europäischen Vertrages für alle auf Gewinnerzielung gerichteten Personenvereinigungen gelten (Art. 48 EGV; vgl hierzu bereits die Stellungnahme des Deutschen Notarvereins zum Richtlinienentwurf vom 26.01.2004 (abrufbar unter www.dnotv.de -> Stellungnahmen), sowie die Entscheidung des EuGH in Sachen sSEVIC%o

4. Empfehlungen

Der Deutsche Notarverein spricht sich daher für folgendes aus:

- a) Die Aufhebung von Richtlinien, d.h. die Preisgabe des erreichten *acquis communautaire*, ist die *ultima ratio*. Gerade bei der Ersten bis Dritten und der Sechsten Richtlinie ist sie keine Option.
- b) Primär empfiehlt sich eine Phase der Konsolidierung des *acquis communautaire*, und zwar insbesondere auch unter Einbeziehung des kapitalmarktrechtlichen Sekundärrechts.
- c) Die ausufernden kapitalmarktrechtlichen Informationspflichten bedürfen dringend einer Verschlankung und stärkeren Fokussierung auf die mit ihnen verfolgten Ziele, da sonst die Gefahr besteht, dass die Normen wegen Überkomplizierung von ihren Adressaten ignoriert werden. Gleiches gilt für das Recht der Zweigniederlassung.
- d) Den Überlegungen der Kommission, den Umfang der Berichtspflichten der Dritten und Sechsten Richtlinie zu überprüfen, steht der Deutsche Notarverein aufgeschlossen gegenüber. Allzu oft haben Zweifel über den Umfang der Berichtspflichten zu Streitigkeiten mit Anteilshabern geführt, die versuchten, über eine Blockade von Verschmelzungen und Spaltungen nicht gerechtfertigte persönliche Vorteile zu erlangen. Dies könnte daran liegen, dass vom französisch geprägten Vorverständnis der Berichtspflicht her eine konzise Darstellung der Gründe für die Maßnahme und der leitenden Gesichtspunkte für das Umtauschverhältnis der Anteile ausreichen sollte. Dieser Ansatz wurde jedoch nicht überall hinreichend umgesetzt. Dies mag ein Anlass sein, stärker über die Pfadabhängigkeit zwischen Gesellschaftsrecht, Verfahrensrecht und allgemeiner Rechtskultur nachzudenken, um mit einer entsprechenden Klarstellung mehr Effektivität und Rechtssicherheit zu erreichen.
- e) Eine Neuregelung des Gläubiger- und Minderheitenschutzes bei Verschmelzung und Spaltung sollte sich jedenfalls auch den bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen auftretenden internationalprivatrechtlichen Fragen widmen. Hierzu empfiehlt der Deutsche Notarverein, die Praxis der nächsten Jahre und ihre Lösungsversuche intensiv zu beobachten und dann zu entscheiden, wie darauf reagiert werden sollte. Erst in diesem Zusammenhang sollte über eine Neustrukturierung des Gläubigerschutzregimes der

Dritten und Sechsten Richtlinie nachgedacht werden. Dieses Vorgehen scheint am besten geeignet, um eine Konsolidierung des *acquis communautaire* im Bereich des Gläubigerschutzes der Zweiten, Dritten und Sechsten Richtlinie sowie der Richtlinie 2005/56/EG zu erreichen.

- f) Gleiches gilt für eine Anpassung der Art. 7, 8 der Verordnung EG Nr. 2157/2001. Hier sollte nach Lösungen gesucht werden, die sowohl der Rechtsprechung des EuGH genügen als auch nach internationalprivatrechtlichen Grundsätzen zufriedenstellende Lösungen gewährleisten.
- g) Statt Harmonisierung auf der materiellrechtlichen Ebene zu suchen, sind die auf der Ebene der Mitgliedsstaaten vorhandenen verfahrensrechtlichen Instrumente stärker zu nutzen. Ansätze hierzu sind dem Sekundärrecht nicht fremd, siehe etwa Art. 16 der Richtlinie 78/855/EWG, Art. 14 der Richtlinie 82/891/EWG, Art. 8 Abs. 7-11, Art. 25-26 der Verordnung EG Nr. 2157/2001, Art. 7 Abs. 7-11, Art. 29-30 der Verordnung EG Nr. 1435/2003 oder Art. 10 der Richtlinie 2005/56/EG. So adressieren manche der Regulierungen, die etwa die neue Richtlinie 2007/36/EG vom 11.07.2007, ABl. L 184 vom 14.07.2007, S. 17, in Art. 13, 14 zur Durchführungen von Hauptversammlungen aufstellt, nur Missständen in Ländern, in denen kein Notar das Hauptversammlungsprotokoll erstellt. In den Ländern, in denen der Notar hierfür zuständig ist, erscheinen solche Auswüchse nur als exotisch und die Bestimmungen der Aktionärsrichtlinie als Überregulierung.

Sekundärrecht hat sich immer dann als besonders erfolgreich erwiesen, wenn es, was seine verfahrensrechtliche Umsetzung anbelangt, auf vorhandene nationale Strukturen aufsetzt anstatt deren Substitution zu versuchen, denn eine Substitution führt zu rechtstechnischen und zu Akzeptanzproblemen. So führt Art. 16 Abs. 1 der Verordnung EG Nr. 2157/2001 zu Friktionen im luxemburgischen Gesellschaftsrecht, das auf die konstitutive Gründung von Kapitalgesellschaften durch *acte publique* aufbaut. Das luxemburgische Handelsregister, das dem gemäß nur deklaratorische Eintragungen kannte, musste seine Rolle bei der Eintragung einer SE neu definieren. Das wäre nicht notwendig gewesen.

5. Terrorismusbekämpfung und Geldwäsche als besonderer Herausforderungen

Nicht zuletzt verdient die potenzielle Nutzung des Gesellschaftsrechts für Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung mehr Aufmerksamkeit. Gerade die oft enthusiastisch begrüßte Gründung von Gesellschaften online%eröffnet Raum für Missbräuche. Wer für eine Gesellschaft handelt oder sich an einer solchen beteiligt (von börsennotierten Aktiengesellschaften abgesehen), muss entsprechend den Bestimmungen zur Bekämpfung der Geldwäsche identifiziert werden. Wird hier nicht reagiert, droht ein Ausweichen krimineller Personen auf das Gesellschaftsrecht. Die offenbar als unausweichlich akzeptierten Handelsregisterfälschungen im Vereinigten Königreich, die nach einem Bericht des Daily Telegraph vom 09.12.2006 (internet-Ausgabe vom 08.12.2006) einen Schaden von 50 Millionen Pfund pro Jahr verursachen, geben Anlass zum Handeln. Die öffentliche Beglaubigung durch den Notar und die damit verbundene sichere Identifikation von beteiligten Personen bietet hier eine Alternative.

Soweit gewünscht, ist der Deutsche Notarverein gerne bereit, seine Expertise im Rahmen der Umsetzung der Mitteilung weiter einzubringen.