

notar editorial	93
notar impressum	99
notar europa	
Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Einführung der Europäischen Gesellschaft	94
EuGH-Urteil zu „Inspire Art“	109
Die Regulierung der freien Berufe im Europa – Die Konsultation der EU-Kommission	110
notar intern	
Stellungnahme zur Reform des GmbH-Gesetzes	111
Deutsche Notarfußballmannschaft Vizeeuropameister, <i>Notar Thomas Grauel</i>	123
notar info	
Gespräch mit Frau Bundesjustizministerin Brigitte Zypries am 7. Juli 2003 in Berlin	124
notar justiz	
BGH-Beschluss vom 7. 7. 2003 – Kapitalsicherung bei Mantelverwendung und Aktivierung einer Vorratsgesellschaft	125
notar international	
Das „Fünfte Litauisch-deutsche Kolloquium „Vorsorgende Rechtspflege“ vom 19. bis 21. Mai 2003 in Vilnius, <i>Notarkammer Koblenz</i>	128
Zweiter russischer Notarkongress, <i>Notar Dr. Helmut Fessler</i>	132
notar buch	
Grziwotz/Döbertin, Spaziergänge durch die Antike – Denkanstöße für ein modernes Europa	134
notar kurz vor schluss	
Tag der Sachsen in Sebnitz	134
18. Richter- und Staatsanwaltstag 2003 in Dresden	134
Messe 50 plus in Erfurt	135
20 Jahre von Lauff und Bolz	135



Liebe Leserinnen und Leser,

diese Ausgabe des *notar* ist von zwei umfangreichen gesellschaftsrechtlichen Stellungnahmen geprägt, die der Deutsche Notarverein gegenüber dem Bundesministerium der Justiz abgegeben hat.

Die erste betrifft den Diskussionsentwurf zum SEEG: 2001 hat die Europäische Union in einer unmittelbar anzuwendenden Verordnung und einer Richtlinie den Weg für eine Europäische (Aktien-)Gesellschaft freigemacht. Das europäische Recht gibt den nationalen Gesetzgebern Spielräume und Wahlrechte, die jetzt umgesetzt werden sollen.

Die zweite Stellungnahme betrifft den Prüfungsauftrag der Justizministerkonferenz zur Reform des GmbH-Rechts. Die Berichterstattung über sogenannte Firmenbestatter und die erschreckende Zahl von Unternehmenspleiten hat die Justizminister veranlasst, über Änderungen im GmbH-Recht nachzudenken. Der Deutsche Notarverein geht auf Wildwuchs im geltenden GmbH-Recht ein und plädiert dafür, auf die Chancen der vorsorgenden Rechtspflege mit sicherer Dokumentation und großer Transparenz zu setzen.

Zur Diskussion um das Kapitalerhaltungsrecht der GmbH passt auch eine neue Entscheidung des Bundesgerichtshofs, die wir in wichtigen Teilen abdrucken: Der Bundesgerichtshof legt Haftungsrisiken offen, die den Verwendern sogenannter gebrauchter GmbH-Mäntel entstehen. Gleichzeitig gibt er eine klare Anweisung, wie Rechtssicherheit bei Vorratsgesellschaften mit unversehrtam Stammkapital erreicht werden kann: Die neue Geschäftsführung muss versichern, dass ihr das Satzungskapital zur Verfügung steht, und die Ausstattung der Gesellschaft mit einem neuen Geschäftsbetrieb offen legen. Für das Ende der Gründerhaftung ist der Eingang dieser Erklärung bei Gericht maßgeblich.

Berichte aus der weiteren Arbeit des Deutschen Notarvereins wie zum Berufsrecht auf europäischer Ebene und Berichte aus befreundeten Organisationen runden dieses Heft ab. Ich wünsche Ihnen eine angenehme Lektüre.

Herzlichst Ihr

Detlef Heins

Am 28. Februar 2003 hat das Bundesministerium der Justiz mit der Veröffentlichung des Entwurfs eines Gesetzes zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) die Diskussion über die Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben zur Societas Europaea (SE) eröffnet. Über dreißig Jahre nach dem ersten Vorschlag hatte die Europäische Union im Jahr 2001 den Weg zur europäischen Aktiengesellschaft durch zwei Rechtsakte geebnet: Eine in den Mitgliedsstaaten unmittelbar anwendbare Verordnung und eine ergänzende Richtlinie über die Beteiligung der Arbeitnehmer, die in den Mitgliedsstaaten in innerstaatliches Recht umgesetzt werden muss. Der vorliegende Diskussionsentwurf des Justizministeriums enthält die Umsetzung der Regelungsaufträge und Wahlrechte, die die Verordnung dem nationalen Gesetzgeber belässt, und soll, nach der Einarbeitung der Ergebnisse der Diskussion in der Fachöffentlichkeit, mit den Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinie, die im Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit vorbereitet werden, zu einem Referentenentwurf zusammengeführt werden.

Bundesjustizministerin Brigitte Zypries weckt große Erwartungen in die neue Gesellschaftsform: „Die Einführung der Europäischen (Aktien-)Gesellschaft erleichtert deutschen, international agierenden Unternehmen die grenzüberschreitende Betätigung und stärkt deren internationale Wettbewerbsfähigkeit“. Der Deutsche Notarverein hat zu dem Diskussionsentwurf, der als wohl bedeutendste Innovation die Ausgestaltung eines für die SE wahlweise zur Verfügung stehenden monistischen Leitungssystems enthält, Stellung genommen. TF

Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Einführung der Europäischen Gesellschaft

Wir begrüßen die Gelegenheit zu einer breit angelegten Fachdiskussion, die das Bundesministerium der Justiz im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens bietet. Die Form der Befassung der Fachöffentlichkeit ist vor allem im Hinblick darauf angemessen, als die Implementierung der ersten europarechtlichen Kapitalgesellschaft in das nationale deutsche Recht im Raum steht, damit ein Modellfall für künftige vergleichbare Vorhaben. Wir begrüßen vor allem die Entschlossenheit, mit der der deutsche Gesetzgeber die in Art. 68 der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 08. Oktober 2001, ABI. L 294 (nachfolgende „SE-VO“) gestellte Aufgabe angeht¹.

Aus der Sicht des Deutschen Notarvereins sollte das SEEG von folgenden Leitlinien geprägt sein.

(1) Ziel sind möglichst konforme Regelungen im Verhältnis zu den Ein-

führungsgesetzen der anderen Mitgliedsstaaten, damit das Nebeneinander einer Vielzahl verschiedener SE, das zu Recht befürchtet wird, sich in der Praxis nivelliert.

(2) Hierzu erforderlich ist ein möglichst geringer Anteil zwingenden Rechts für die innere Ausgestaltung der SE. Notwendig ist vielmehr Raum für die Gestaltungspraxis, die aufgrund der Sachnotwendigkeiten der SE zu konvergierenden europäischen Lösungen gelangen dürfte. Dies dient dem Ziel der Rechtseinheit.

(3) Zugleich sollte das Einführungsgesetz den Versuch machen, in möglichst vielen Fällen die leider nicht seltenen Ungenauigkeiten der deutschen Sprachfassung der SE-VO im Verhältnis zu anderen Sprachfassungen (einige hiervon werden nachstehend aufgezeigt) über das nationale Gesetz zu korrigieren.

Im Folgenden soll auf Einzelfragen eingegangen werden.

1. Normenhierarchie

Der Deutsche Notarverein empfiehlt, in § 1 des SEEG eine Regelung zur Normenhierarchie wie folgt zu treffen:

„(1) Auf eine Europäische Gesellschaft (SE) mit Sitz im Inland sind die für inländische Aktiengesell-

¹ Zitat aus der SE-VO liegt, soweit nichts anderes gesagt, der französische Verordnungstext zugrunde. Außer der deutschen wurden die englische, spanische und italienische Sprachfassung verwendet.

schaften geltenden Vorschriften anzuwenden, soweit nicht in der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 08. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) (Verordnung) oder in diesem Gesetz etwas anderes bestimmt ist.

(2) *In der Satzung der SE kann von den in Absatz 1 genannten Vorschriften nur abgewichen werden, sofern dies in der Verordnung ausdrücklich zugelassen ist.*"

Mit dieser Formulierung ist zweierlei erreicht. Zum einen ist klargestellt, dass die SE mit Sitz im Inland im Grundsatz als deutsche Aktiengesellschaft behandelt wird. Diese Klarstellung ist nötig, weil zum zweiten die Rangfolge von Art. 9 lit. c) iii) SE-VO zu lit. b) in den einzelnen Sprachfassungen der SE-VO abweichend geregelt ist. Diese Abweichung wird über Absatz 2 des vorstehenden Textvorschlags wieder europarechtskonform korrigiert.

Während in der deutschen Sprachfassung der SE-VO die einzelnen lit. a), b) und c) samt den Untergliederungspunkten der lit. c) in Art. 9 Abs. 1 SE-VO nur durch Kommata getrennt sind, fügt der Ordnungsgeber in der französischen Sprachfassung zwischen der lit. b) und der lit. c) ein logisches ODER ein. So endet im französischen Text die lit. a) mit einem Semikolon, lit. b) mit einem Komma, an das sich in

der nächsten Zeile mit einem den einzelnen lit. entsprechenden Einzug das Wort « ou » anschließt. Sodann erfolgt ein Zeilenumbruch zur lit. c), deren einzelne Untergliederungspunkte wiederum mit Semikolon abschließen. Die englische Sprachfassung deckt sich mit der französischen mit dem Unterschied, dass nach lit. b) gar kein Satzzeichen vor dem Zeilenumbruch verwendet wird. Die spanische und die italienische Sprachfassung decken sich mit der französischen.

Stellt man Art. 9 Abs. 1 SE-VO als Boole'schen Ausdruck dar, so zeigen sich die Unterschiede. Legt man die deutsche Sprachfassung zugrunde, so würde der Boole'sche Ausdruck wie folgt lauten, wobei die lit. a), b) und c) nachfolgend mit A, B und C bezeichnet werden:

A UND B UND C².

In allen anderen verwendeten Sprachfassungen lautet der Boole'sche Ausdruck hingegen wie folgt:

A UND (B ODER C),

wobei die Klammersetzung typographisch durch die Einrückung des Wortes „oder“ bewerkstelligt wird.

Dies ist keine philologische Spielerei, sondern hat erhebliche Konsequenzen, da nach den nichtdeutschen Sprachfassungen ein durch die SE-VO geschaffener Gestaltungsspielraum für den Satzungsgeber der SE auch dann eröffnet bleibt, wenn er nach nationalem Recht verschlossen wäre³. So ergibt sich aus dem Zusammenspiel zwischen Art. 9 Abs. 1 lit. b) mit Art. 38 lit. b) SE-VO (« *selon l'option retenue par les statuts* »), dass über die Satzung einer SE ein monistisches bzw. dualistisches System auch dann eingeführt und im Rahmen der Art. 39-51 SE-VO näher ausgestaltet werden kann, wenn das nationale Recht ein solches System gar nicht zulässt bzw. zwingendes Recht enthält, das nicht schon in der SE-VO als zwingende Ausgestaltung vorgegeben ist (vgl. nach-

stehend 7. die weiteren Ausführungen zum monistischen System im Diskussionsentwurf)⁴.

2. Rolle des Notars

§ 4 SEEG weist die Zuständigkeiten nach Art. 8 Abs. 8, Art. 25 Abs. 2, Art. 26 und Art. 64 Abs. 4 SE-VO dem für die Führung des Handelsregisters zuständigen Gericht zu.

Hieraus könnte man den Eindruck einer abschließenden Regelung gewinnen. Solches wäre jedoch mit der SE-VO nicht vereinbar.

Denn Notar und Gericht haben eine aufgrund der Verordnung bereits vorgegebene Zuständigkeit nach Art. 8 Abs. 8, Art. 25 Abs. 2, Art. 26 Abs. 1 SE-VO. Insoweit kann der einzelne Mitgliedsstaat nur daneben noch weitere zuständige Behörden bestimmen (z.B. für das Königreich der Niederlande oder die Republik Italien die Zuständigkeit der Kamer van Koophandel bzw. der Camera di Commercio, Industria e Artigianato oder für das Vereinigte Königreich die Zuständigkeit des Companies' House, das wohl eher eine Verwaltungsbehörde sein dürfte).

Diese Auslegung der SE-VO ergibt sich aus einem Vergleich verschiedener Sprachfassungen.

Art 68 Nr. 2 SE-VO spricht nur von den « *autorités compétentes* », während die weiteren von dieser Vorschrift in Bezug genommenen Artikel teils von « *un tribunal, un notaire ou une autre autorité compétente* » sprechen (so Art. 8 Abs. 8, Art. 25 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2, Art. 26 Abs. 1 SE-VO), teils nur von « *autorité compétente* » (Art. 54 Abs. 2 SE-VO, vgl. auch Art. 8 Abs. 7 SE-VO), teils von « *autorité judiciaire ou administrative compétente* » (Art. 55 Abs. 3 SE-VO) bzw. nur von « *les autorités* » (Art. 64 Abs. 4 SE-VO).

Diese Terminologie deckt sich mit dem englischen Verordnungstext (vgl. Art. 8 Abs. 8 SE-VO: "*the court, notary or other competent authority*"⁵), dem spanischen Text (Art. 8 Abs. 8 SE-VO:

2 So z.B. die Schlussfolgerung von *Brandt/Scheifele*, DStR 2002, 547 und *Grundmann/Möslein*, ZGR 2003, 317, 362 (Fußnote 147), die nur von der deutschen Sprachfassung ausgehen und zwangsläufig zur unzutreffenden Auslegung gelangen.

3 Siehe auch Erwägungsgrund 14 zur SE-VO.

4 In diesem Sinne auch *Kübler*, ZHR 167 (2003), 222, 224 f., 231.

5 Die Verwendung des bestimmten Artikels im englischen Text anstelle des unbestimmten Artikels ist grammatikalisch korrekt, da sie Gericht, Notar und Behörde als abstrakte Institution bezeichnen.

„un tribunal, un notario u otra autoridad competente“) oder dem italienischen Text (Art. 8 Abs. 8 SE-VO: „un organo giurisdizionale, un notaio o un'altra autorità competente“). Entsprechendes gilt für Art. 25 Abs. 2 und Art. 26 Abs. 1 SE-VO.

Der deutsche Text weicht hiervon ab und formuliert in Art. 8 Abs. 8 bzw. Art. 25 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 SE-VO: „das zuständige Gericht, der Notar oder eine andere zuständige Behörde“. Daraus könnte man den Eindruck gewinnen, dass der nationale Gesetzgeber unter diesen drei Institutionen auswählen und jede, oder auch nur eine von ihnen für zuständig erklären könnte.

Diese deutsche Übersetzung, die zum einen den bestimmten und den unbestimmten Artikel durcheinander wirft und zum anderen dem Wort „Gericht“ das in anderen Sprachfassungen bezeichnenderweise nicht vorhandene Wort „zuständige“ beifügt, ist jedoch unzureichend. Denn die französische, spanische und die italienische Sprachfassung nutzen die grammatikalischen Möglichkeiten ihrer jeweiligen Sprache besser: das Wort „zuständig“ bezieht sich, da als Femininum und im Singular gebraucht, nur auf das Wort „Behörde“. Würde sich das Adjektiv auf alle drei Substantive beziehen, würde es als Maskulinum im Plural stehen (also z.B. im Französischen « *compétents* »). Die englische Sprachfassung würde, wenn die deutsche Übersetzung zuträfe, das Adjektiv „competent“ zur Vermeidung von Zweifeln allen drei Substantiva beisetzen. Im Deutschen würde man ebenso verfahren. Damit weicht die deutsche Sprachfassung von den überwiegenden anderen Sprachfassungen ab und wird daher vor dem Europäischen Gerichtshof voraussichtlich keinen Bestand haben.

6 Art. L-225-103, Art. L-225-105 Code de Commerce; Art. L. 432-6-1 Code du travail.

7 *Kursive* Hervorhebung vom Verfasser.

8 subjuntivo del presente, zu übersetzen mit dem Imperativ.

9 Art. L-236-6 al. 3 Code de commerce.

Nur insoweit, also in Bezug auf eine „Behörde“, ist also Raum für die Zuweisung einer sachlichen Zuständigkeit durch den nationalen Gesetzgeber. Bezogen auf „Gericht“ und „Notar“ ist die Frage auf europäischer Ebene bereits vorentschieden. Sonst hätte der europäische Verordnungsgeber unterschiedslos nur von „zuständiger Behörde“ sprechen können; die besondere Aufzählung in den Art. 8 Abs. 8, Art. 25 Abs. 2, Art. 26 Abs. 1 SE-VO wäre nicht erforderlich.

Im Rahmen der vorgegebenen Zuständigkeit von Gericht und Notar beschränkt sich die legislative Kompetenz des einzelnen Mitgliedsstaates auf die Regelung der örtlichen bzw. funktionellen Zuständigkeit. Raum für andere behördliche Zuständigkeiten besteht neben den Industrie- und Handelskammern in Italien und den Niederlanden vor allem für Steuerbehörden im Vereinigten Königreich (z.B. im Rahmen des Art. 64 Abs. 4 SE-VO) oder den Präsidenten des Handelsgerichts bzw. den « *commissaire aux comptes* » in Frankreich im Rahmen des Art. 55 Abs. 3 SE-VO⁶.

In § 4 SEEG sollte die europarechtlich vorgegebene Zuständigkeit des Notars daher klargestellt werden.

3. Inhalt der Bescheinigung

Eine ungenaue Übersetzung liefert der deutsche Verordnungstext auch, was die Definition der nach Art. 8 Abs. 8, Art. 25 Abs. 2 SE-VO zu erstellenden Dokumente angeht. Diese zeigt untenstehende tabellarische Übersicht (Hervorhebungen nicht im Original).

Sowohl das Wort „zweifelsfrei“ als auch das unschöne Wort „Formalitäten“ führen den Leser der deutschen Sprachfassung in die Irre und lassen ihn an ein einfaches Zeugnis im Umfang weniger Zeilen denken. Der europäische Verordnungsgeber intendiert jedoch eine Bescheinigung, die in schlussfolgernder Weise bestätigt, dass die der Sitzverlegung vorangehenden Rechtsakte und Verfahren durchgeführt worden sind. „Formalitäten“ hätte ein Jurist zur Zeit des *Usus Modernus* mit „solemnitates“ übersetzt.

Eine derartige Bescheinigung beinhaltet erheblich mehr, als der deutsche Gesetzgeber zu meinen scheint. Sie scheint eine gewisse Verwandtschaft mit der Konformitätserklärung nach französischem Verschmelzungsrecht zu haben⁹. Sie dürfte anstelle eines auf bloße Tenorierung beschränk-

Sprachfassung Formulierung in Art. 8 Abs. 8 SE-VO⁷

französisch	«un certificat attestant <i>d'une manière concluante</i> l'accomplissement des actes et des formalités préalables au transfert»
deutsch	„eine Bescheinigung, aus der zweifelsfrei hervorgeht, dass die der Verlegung vorangehenden Rechtshandlungen und Formalitäten durchgeführt wurden“
englisch	“a certificate attesting <i>to</i> the completion of acts and formalities to be accomplished before the transfer“
spanisch	“un certificado que acredite ⁸ <i>de manera concluyente</i> el cumplimiento de los actos y trámites que han de realizarse antes del traslado“
italienisch	“un certificato attestante <i>in modo concludente</i> l'adempimento degli atti e delle formalità preliminari al trasferimento“

ten Zertifikats (vergleichbar einem Exequatur), daher in Form eines Beschlusses mit Tatbestand und Entscheidungsgründen zu erteilen sein. Ihr Inhalt ist jedenfalls durch Art. 8 Abs. 7 bzw. Art. 26 SE-VO zum Teil vorgegeben. Ein bloßes Zeugnis wäre nicht verordnungskonform.

An dieser Frage zeigt sich, dass die Zuständigkeitszuweisung an den Notar durch den europäischen Verordnungsgeber wohl durchdacht ist. Der Verordnungsgeber setzt hierbei sowohl auf den bereits bestehenden rechtlichen wie tatsächlichen Strukturen transnationaler Kooperation der Notare auf, als auch auf den im Berufsstand vorhandenen Fremdsprachenkenntnissen, jedenfalls bei den Notaren, die sich mit der SE beschäftigen werden. Die Vorentscheidung des Verordnungsgebers ermöglicht die Erstellung von Zertifikaten durch den Notar in der jeweiligen Zielsprache, während ein Gericht bzw. eine sonstige Behörde an die gesetzlich vorgegebene Gerichtssprache gebunden ist. Zudem entlastet sie im Hinblick auf den Inhalt der Bescheinigung die Gerichte und Behörden.

4. Spruchverfahren auch bei übernehmender Gesellschaft

4.1 Verschmelzung

In Teilen der Literatur zum nationalen Verschmelzungsrecht wird seit langem bemängelt, dass den Anteilshabern des übernehmenden

Rechtsträgers bei einer Verschmelzung oder Spaltung zur Aufnahme nur die Anfechtungsklage gegen den Verschmelzungsbeschluss offen steht¹⁰. Die Möglichkeit einer Barzahlung im Spruchverfahren steht hingegen nur den Anteilshabern des übertragenden Rechtsträgers offen, vgl. § 14 Abs. 2 UmwG.

Diesen Bedenken trägt der Gesetzgeber jetzt in § 6 Abs. 1 und Abs. 2 SEEG Rechnung.

Demgegenüber hatte der Gesetzgeber in der Begründung zu § 14 UmwG 1995 noch folgende Auffassung vertreten¹¹:

„Dieser Befürchtung (scl. den Klagen räuberischer Aktionäre) soll jedoch durch die in § 16 Abs. 3 vorgesehene Regelung begegnet werden. Völlig ausräumen ließe sich diese Befürchtung bei der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aber nur dann, wenn auch Klagen gegen die Wirksamkeit eines Beschlusses zur Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft ausgeschlossen würden. Dies wäre jedoch ein zu tiefer Eingriff in das allgemeine Gesellschaftsrecht.

Ferner würden sich bei einem Barausgleich zugunsten der Aktionäre einer übernehmenden Aktiengesellschaft Probleme wegen des Verbots der Rückgewährung von Einlagen (§ 57 Abs. 1 AktG) ergeben können, in geringerem Maße möglicherweise auch bei einer übernehmenden GmbH (§ 30 Abs. 1 GmbHG). Schließlich könnte auch die Bereitstellung der für die Verschmelzung erforderlichen Mittel schwierig werden, wenn auch sämtlichen Anteilshabern des übernehmenden Rechtsträgers ein Nachbesserungsanspruch gewährt würde.“

Das Verbot der Einlagenrückgewähr und die Begrenzung barer Zahlungen unterliegen bei Aktiengesellschaften – und damit auch bei der SE – auch der Zweiten Richtlinie des Rates (77/91/EWG) vom 13.12.1976, ABl. EG vom 31.01.1977 Nr. L 26/1,

insbesondere deren Art. 15, Art. 19 Abs. 1 lit. c), Art. 35 lit. b), Art. 36 lit. d). Die Verschmelzungsrichtlinie als lex specialis sieht die Gewährung einer baren Zuzahlung auch nur an die Anteilshaber der Übertragerin vor, vgl. Art. 3 Abs. 1, Art. 30 der Dritten Richtlinie des Rates (78/255/EWG) vom 09.10.1976, ABl. EG vom 20.10.1978 Nr. L 295/36. Die Spaltungsrichtlinie enthält entsprechende Regelungen.

Vor diesem Hintergrund erscheinen bare Zuzahlungen an die Anteilshaber der Übernehmerin als Umgehung des Kapitalschutzes europarechtlich zweifelhaft¹².

Zudem sind die Überlegungen des Gesetzgebers des UmwG 1995 nach wie vor gewichtig.

Die Gegenmeinung hat sich weder mit den Argumenten des Gesetzgebers noch mit den europarechtlichen Fragestellungen des Kapitalschutzes auseinandergesetzt, sondern stützt ihre Überlegungen allein auf die schon in der Begründung des UmwG 1995 angesprochene Befürchtung einer Verzögerung der Umwandlung durch missbräuchliche Klagen. Diese Befürchtungen sind durch nunmehr fast zehn Jahre umwandlungsrechtlicher Praxis widerlegt. Das Freigabeverfahren nach § 16 Abs. 3 UmwG hat sich bewährt. Auch spektakuläre Fälle wie z.B. die Verschmelzung der Bayerischen Hypotheken- und Wechsel Bank AG auf die Bayerische Vereinsbank AG konnten dank schneller und klarer Gerichtsentscheidungen rasch gelöst werden.

Zudem liegt in der Möglichkeit zweier Spruchverfahren bei verschiedenen Gerichten die Gefahr divergierender Entscheidungen. Ohnedies wird es wegen des Nebeneinanders verschiedener Rechtsschutzinstrumente in verschiedenen Mitgliedsstaaten zu Verwerfungen kommen (z.B. bei der Fusion einer deutschen und einer österreichischen AG als Übertragerinnen – je mit Spruchver-

¹⁰ Statt vieler Widmann/Mayer-Heck-schen, § 14 UmwG Rz. 49-52. Jetzt in diesem Sinne auch Teichmann, ZGR 2003, 367, 380.

¹¹ Begr. UmwG BR-Drucks. 75/94 zu § 14 UmwG: Entsprechend schon die Begründung des DE-UmwG und des RE-UmwG.

¹² Teichmann, ZGR 2003, 367, 381 weist nur auf § 57 AktG hin, ohne das Problem des Kapitalschutzes zu diskutieren. Auf die europarechtliche Dimension des Kapitalschutzes wird gar nicht eingegangen.

fahren – auf eine übernehmende französische SA, die hierdurch zur SE wird).

Angesichts dieser Sachlage gebietet nach Ansicht des Deutschen Notarvereins schon der hohe Respekt vor dem sicheren Gespür für Rechtsfragen des Schöpfers des UmwG 1995, MR Dr. Ganske, diese Frage nicht vorschnell im Rahmen des SEEG für einen Einzelfall zu entscheiden, sondern in Ruhe vertieft mindestens unter Einbeziehung *aller* vorgenannten Aspekte zu diskutieren und für das *gesamte* nationale Umwandlungsrecht einheitlich zu beantworten.

§ 6 SEEG erscheint daher verzichtbar; der Verweis auf das nationale Umwandlungsrecht in § 1 Abs. 1 in der oben vorgeschlagenen Formulierung reicht aus.

4.2 Gründung einer Holding-SE

Entsprechenden europarechtlichen Bedenken wegen des Konflikts mit Kapitalerhaltungsgrundsätzen begegnet auch § 9 SEEG. Für den Normalfall wird man bei der Gründung einer Holding-SE unterstellen können, dass die Anteilsinhaber der einzelnen die Gründung anstrebenden Gesellschaften eifersüchtig auf eine richtige Bewertung bedacht sind. Missbrauchsfälle sind allenfalls dann denkbar, wenn das Instrument der Holding-SE zum Zwecke eines *“freeze-out“* auf Raten missbraucht wird. In solchen Fällen erscheint aber die Beschlussanfechtungsklage als das sachgerechte Mittel, flankiert mit einem Freigabeverfahren analog § 16 UmwG und einer unmittelbaren Außenhaftung der Organe analog §§ 25, 26 UmwG. Zweckmäßig erscheint die analoge Anwendbarkeit des § 23 UmwG, um Bezugsrechte aus bedingtem Kapital und ähnliche Sonderrechte zu transformieren, ohne dass die Gefahr einer Nichtigkeit des Beschlusses nach Art. 32 Abs. 6 SE-VO nach § 192 Abs. 4 AktG besteht.

Im Rahmen der §§ 9, 10 SEEG sollte der Gesetzgeber vor allem auch auf

Kompatibilität mit den Vorschriften anderer Mitgliedsstaaten achten. So empfiehlt der Vorschlag des Justizministeriums des Königreichs Schweden, bei der Gründung von Holding-SE auf jegliche besondere Maßnahmen des Aktionärsschutzes zu verzichten¹³.

Zudem zeigen die Fälle transnationaler Fusion im Wege des freiwilligen Aktientausches (vgl. Daimler/Chrysler und Hoechst/Rhône-Poulenc), dass der Erfolg derartiger Maßnahmen weniger eine Frage des Abbaus von Maßnahmen des Aktionärsschutzes als der Kommunikationsfähigkeit der beteiligten Unternehmensführungen ist.

Anstelle des § 9 SEEG erscheint daher folgende Regelung als ausreichend, aber auch erforderlich:

„§ 9 Schutz der Aktionäre

Bei der Gründung einer Holding-SE nach Art. 32–34 der Verordnung gelten die Vorschriften der §§ 16 Abs. 2 und Abs. 3, 23, 25–28 UmwG und des Art. 25 Abs. 3 Satz 2 der Verordnung entsprechend.“

5. Austrittsrechte

In §§ 7, 9–10, 11 SEEG sieht der Gesetzgeber ein umfangreiches Schutzsystem bei der Gründung der SE durch Verschmelzung, Sitzverlegung oder Gründung einer Holding SE vor, indem es den Anteilsinhabern der betroffenen Gesellschaften ein Austrittsrecht gewährt.

Hintergrund dieser Regelungen sind die Art. 8 Abs. 5, Art. 24 Abs. 2, Art. 34 SE-VO, der die Mitgliedsstaaten zum Erlass von Vorschriften zum Schutz der Minderheitsaktionäre ermächtigt (*« des dispositions destinées à assurer une protection appropriée aux actionnaires minoritaires qui se sont prononcés contre le transfert »*). Das Wort *« appropriée »* fehlt in Art. 34 SE-VO. In den hier verwendeten anderen Sprachfassungen wird *« appropriée »* mit *“appropriate“, “adecuada“* oder *“adeguata“* übersetzt¹⁴.

Der Sinn scheint im Deutschen eher mit *„zweckentsprechend“* erfasst, das heißt auf den Zweck und das Ziel der betreffenden Gründungsmaßnahme zugeschnitten, als mit dem unscharfen Wort *„angemessen“*. Dieses Wort lässt einen deutschen Juristen sofort (und vorschnell) an die einzelnen Stufen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts denken und scheint eher den Minderheitsaktionär als das Ziel der Gründungsmaßnahme im Auge zu haben¹⁵.

Für den Fall des Formwechsels einer AG in eine SE nach Art. 37 SE-VO fehlt bezeichnenderweise eine solche Ermächtigung, entsprechend § 250 UmwG und im Gegensatz zu § 207 UmwG. Hieraus lässt sich der Schluss ziehen, dass der Rechtsübergang in die SE als solcher keines Minderheitenschutzes bedarf, was für die Auslegung des Wortes *« appropriée »* bereits Vorgaben macht. Zudem sind die genannten Ermächtigungsvorschriften im Lichte der Art. 43 und Art. 56 des EU-Vertrages auszulegen (Niederlassungsfreiheit und Freiheit des Kapitalverkehrs)¹⁶.

Vor diesem Hintergrund erscheint fraglich, ob wirklich in allen Fällen der Verschmelzung, Sitzverlegung oder Gründung einer Holding-SE die Gewährung eines Austrittsrechts eine *« protection appropriée »* darstellt oder ob nicht vielmehr ein Schutzsystem entsprechend dem oben vorgeschlagenen § 9 SEEG ausreicht.

13 (vgl. Ziff. 3.4, 3.10. sowie der Vorschlag eines Einführungsgesetzes in Beilage 1) Der Vorschlag findet sich unter <http://www.justitie.regierungen.se/propositioner/index.htm>.

14 Entsprechend auch die Übersetzung in Erwägungsgrund 24 der SE-VO.

15 Vgl. auch Art. 8 Abs. 7 SE-VO, wo das im deutschen Text enthaltene Wort *„angemessen“* im französischen Text mit *« adéquate »*, im englischen Text mit *“adequately“* wieder gegeben ist.

16 Vgl. hierzu neben Erwägungsgrund 24 der SE-VO (zum Übersetzungsproblem siehe oben) insbesondere auch Erwägungsgrund 5 Satz 2 der SE-VO.

In der Tat wirft insbesondere § 10 SEEG vor dem dargestellten Hintergrund Wertungswidersprüche zu Art. 37 SE-VO auf. Denn wirtschaftlich ist der Aktientausch aus der Sicht des Minderheitsaktionärs, wenn man von der Frage des Umtauschverhältnisses und einer möglichen Spekulationssteuer nach § 23 EStG einmal absieht,

nichts anderes als der Formwechsel. Dass sich aus Zweifeln an der Richtigkeit des Umtauschverhältnisses allein aber noch kein Austrittsrecht herleitet, ist anerkannt (vgl. § 29 UmwG).

Auch für die Verschmelzung einer deutschen AG auf eine SE mit Sitz im Inland gilt nichts anderes. Wieso soll hier ein Austrittsrecht gewährt werden, wenn bei einer nationalen AG-Verschmelzung § 29 UmwG ein solches gar nicht vorsieht?

Zweifelhaft erscheint das generelle Austrittsrecht nicht zuletzt auch bei der Sitzverlegung selbst bzw. bei der Verschmelzung auf eine SE/Einbringung in eine Holding-SE mit Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat. Damit bringt der deutsche Gesetzgeber zum Ausdruck, dass er generell das Niveau des Minderheitenschutzes in den anderen Mitgliedsstaaten für unzureichend hält. Eine solche abstrakt generelle Wertung ohne Bestehen einer konkreten Gefahrenlage dürfte, wie die Rechtsprechung des EuGH zu den „Goldenen Aktien“ zeigt¹⁷, mit den Wertungen des EU-Vertrages nicht vereinbar sein. Zudem widerspricht diese Wertung den spezifischen Tatbeständen des § 29 UmwG, der das Austrittsrecht außer an den Wechsel der Rechtsform nur an die Unterwerfung unter Verfügungsbeschränkungen im übernehmenden bzw. neuen Rechtsträger anknüpft.

Im Übrigen schließt § 78 Satz 4 UmwG das Austrittsrecht für den Fall

des Rechtsträgerwechsels zwischen KG und KGaA aus (obwohl die Aktionärsstellung in diesen beiden Rechtsformen durchaus unterschiedlich ist).

Die deutliche Abweichung von § 29 UmwG im SEEG wird der deutsche Gesetzgeber vor dem EuGH zu rechtfertigen haben. Die Gefahr, dass sie dort keinen Bestand hat, ist groß. Denn die jetzt gewählte Lösung könnte im Ausland als gesellschaftsrechtliche Variante der außersteuerlichen „Wegzugsbesteuerung“ missverstanden werden.

Zudem stellt dieser weitreichende Minderheitenschutz ein unnötiges Hindernis für die deutsche Wirtschaft beim Übergang in transnationale Rechtsformen dar¹⁸.

Der Deutsche Notarverein schlägt daher vor, es bei der Verschmelzung auf eine SE mit Sitz im Inland bei § 29 UmwG zu belassen (wobei hier nur § 29 Abs. 1 Satz 2 UmwG eingreifen kann) und für den Fall der Gründung einer Holding-SE sowie der Sitzverlegung (mit oder ohne Zusammenhang mit einer Verschmelzung) zu einem Verfahren entsprechend dem oben 4.2 zu § 9 SEEG vorgeschlagenen überzugehen.

Ein Abfindungsangebot beim Formwechsel einer AG in eine SE kommt weder nach Art. 37 SE-VO noch nach § 250 UmwG in Betracht¹⁹. Wird eine AG mit Inhaberaktien in eine SE mit vinkulierten Namensaktien umgewandelt, so ist die Anwendung von § 180 Abs. 2 AktG auf diesen Fall schon nach nationalem Umwandlungsrecht in der wissenschaftlichen Diskussion offen und muss im Rahmen des SEEG keiner gesonderten Lösung zugeführt werden.

Im Vergleich zu dem stark ausgeprägten Minderheitenschutz nach §§ 7, 9–11 SEEG überrascht allerdings die Regelung des § 48 SEEG. Nach dieser § 179 Abs. 2 Satz 2 AktG nachgebildeten Regelung bedarf es zur Verlegung des Sitzes einer SE in einen an-

notar impressum:

Herausgeber:

Deutscher Notarverein
Kronenstraße 73/74
10117 Berlin
Telefon: +49(0)30/20 61 57 40
Telefax: +49(0)30/20 61 57 50
Email: dnotv@t-online.de
http://www.dnotv.de

Schriftleitung:

Detlef Heins, Geschäftsführer
des DNotV (Hauptschriftleiter);
Dr. Thomas Schwerin, Geschäftsführer
des DNotV (Hauptschriftleiter);
Till Franzmann, Geschäftsführer
des DNotV (Hauptschriftleiter);
Dr. Peter Schmitz, Geschäftsführer
der DNotV GmbH

Verlag:

DNotV GmbH,
Kronenstraße 73/74
10117 Berlin
Telefon: +49(0)30/20 61 57 40
Telefax: +49(0)30/20 61 57 50
Email: dnotv@t-online.de

Gestaltung und Abwicklung:

OUTFIT, Agentur für
Konzeption und Gestaltung,
Ernst-Robert-Curtius-Straße 14,
53117 Bonn,
Telefon 0228/98 98 223

Druck:

Köllen Druck+Verlag GmbH,
Ernst-Robert-Curtius-Straße 14,
53117 Bonn,
Telefon 0228/98 98 20

Erscheinungsweise: vierteljährlich

Bezugspreise:

Für Mitglieder der angeschlossenen
Notarvereine kostenfrei.
Jahresabonnement: € 20,–
(inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten)
Einzelheft: € 6,–
(inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten)

Hinweise:

Alle Urheber-, Nutzungs- und
Verlagsrechte vorbehalten.
Namensbeiträge und Leserbriefe geben
nicht notwendig die Meinung
der Schriftleitung oder des Deutschen
Notarvereins wieder. Die Schriftleitung
behält sich vor, Leserbriefe zu kürzen.

17 EuGH ZIP 2002, 1085 (Frankreich und Portugal); EuGH ZIP 2002, 1090 (Belgien) sowie die jetzt entschiedenen Rechtssachen Rs C-463/00 (Spanien), DB 2003, 1160 und Rs C-98/01 (Vereinigtes Königreich), DB 2003, 1163; hierzu Vorbericht in ZIP 2003 Heft 20, S. A 39 Nr. 119. Hierzu jetzt auch *Grundmann/Möslein*, ZGR 2003, 317, 340-342.

18 Nicht recht verständlich ist hier *Teichmann*, ZGR 2003, 367, 382-383, nach dem die Ausdehnung des Austrittsrechts ein Vorteil für deutsche Unternehmen sein soll.

19 Auch *Teichmann*, aaO, S. 395 sieht hierin keine Gesetzeslücke.

deren EU-Mitgliedsstaat einer einfachen Mehrheit. Dies scheint mit dem Formwechselmodell des Entwurfs der Kommission einer Richtlinie zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung nicht hinreichend abgestimmt. § 48 Satz 3 SEEG sollte daher (unter Berücksichtigung von § 1 SEEG in der hier oben 1. vorgeschlagenen Fassung) wie folgt gefasst werden:

„§ 179 Abs. 2 Satz 2 AktG gilt auch für die Verlegung des Sitzes nach Art. 8 der Verordnung.“

Ohne diese Erweiterung wäre § 48 verzichtbar, da sich die Geltung von § 179 Abs. 2 Satz 2 AktG bereits aus der Verweisung in § 1 SEEG in der hier vorgeschlagenen Fassung ergäbe.

6. Sicherheitsleistung, §§ 8, 12 SEEG

6.1 Inhaber von Sonderrechten

Wird eine AG auf eine SE mit Sitz im Ausland verschmolzen, so gilt über § 1 SEEG in der hier vorgeschlagenen Fassung § 23 UmwG. Damit ist den Anforderungen des Art. 24 Abs. 1 lit. c) SE-VO entsprochen. Im Fall des Art. 37 SE-VO besteht für eine analoge Anwendung der §§ 204, 23 UmwG kein Bedürfnis, da sich die Rechtsstellung der Inhaber von Sonderrechten weiterhin nach deutschem Aktienrecht richtet. Im Fall der Sitzverlegung der SE erscheint es schon im Hinblick auf § 192 Abs. 4 AktG angemessen, hier eine Anpassung von Sonderrechten in analoger Anwendung des § 23 UmwG vorzusehen²⁰, etwa wie folgt:

„Verlegt eine SE mit Sitz im Inland ihren Sitz in einen anderen Mitgliedsstaat, so findet § 23 des Umwandlungsgesetzes entsprechende Anwendung.“

Für den Fall der Gründung einer Holding SE nach Art. 32-34 SE-VO wird auf den Formulierungsvorschlag oben 4.2 verwiesen.

6.2 Schutz anderer Gläubiger

Für den Schutz der Gläubiger im Sinne des Art. 24 Abs. 1 lit. a) und lit. b) SE-VO verlangt der Verordnungsgeber die Anwendung des nationalen Verschmelzungsrechts für Aktiengesellschaften unter Berücksichtigung des grenzüberschreitenden Charakters der Verschmelzung (*« s'applique comme en cas de fusion de sociétés anonymes, compte tenu de caractère transfrontière de la fusion, ... »*). Das bedeutet, dass § 22 UmwG neben § 8 SEEG anwendbar bleiben muss (6-Monatsfrist).

Mit § 8 SEEG soll nun der Rechtsgedanke des Art. 8 Abs. 7 SE-VO auf eine Verschmelzung Anwendung finden, bei der der Sitz der Übernehmerin im Ausland liegt. Hierbei wird ein in Anlehnung an § 22 UmwG ausgestaltetes Verfahren der Sitzverlegung/Verschmelzung präventiv vorgeschaltet. Dieses Verfahren ist zum ersten im Hinblick auf die Richtigkeit des Zertifikats nach Art. 8 Abs. 7 und 8 sowie Art. 25 Abs. 2, Art. 26 Abs. 1 SE-VO problematisch, zum zweiten stellt sich die Frage, ob die Einführung eines solchen Verfahrens wirklich durch die SE-VO gedeckt ist.

6.2.1 Sicherheitsleistung und Zertifikat

Der Anspruch auf Sicherheitsleistung ist bei der Gesellschaft geltend zu machen. Die nach Art. 8 Abs. 8, Art. 25 Abs. 2 SE-VO zuständige Stelle erlangt hiervon keine zuverlässige Kenntnis. Zudem hängt der Anspruch auf Sicherheitsleistung davon ab, ob der Gläubiger die Gefährdung der Erfüllung seiner Forderung glaubhaft macht. Inwieweit dieser Anspruch durchgreift, haben die allgemeinen Prozessgerichte zu beurteilen. Der für die Erteilung des Zertifikats zuständigen Stelle steht insoweit kein Prüfungsrecht zu. Ein Freigabeverfahren wie nach § 16 Abs. 3 UmwG ist nicht vorgesehen.

Wenn also ein Gläubiger von der Gesellschaft Sicherheitsleistung ver-

langt, der für die Erteilung des Zertifikats nach Art. 8 Abs. 8, Art. 25 Abs. 2 SE-VO zuständigen Stelle hiervon durch Schutzschrift Nachricht gibt und die Gesellschaft zu Recht oder Unrecht das Bestehen der Forderung bzw. die Gefährdung deren Erfüllung bestreitet, so wird die zuständige Stelle nicht umhin können, die Erteilung des für die Eintragung erforderlichen Zertifikats bis zum rechtskräftigen Abschluss eines entsprechenden Streitverfahrens auszusetzen.

6.2.2 Verordnungskonformität

Hieraus folgt: Wenn man mittels § 12 Abs. 3 SEEG die Eintragung der Verschmelzung/Sitzverlegung von der Vorlage des Zertifikats und damit von der Stellung angemessener Sicherheit abhängig macht (Art. 8 Abs. 9, Art. 27 Abs. 2 SE-VO), so liefert man im Ergebnis die Gesellschaft ihren Gläubigern aus, die faktisch eine Stellung erlangen, von der jeder räuberische Aktionär nur träumen kann. Dies stellt einen außerordentlich weitreichenden Eingriff in die Grundfreiheiten nach Art. 43 und Art. 56 des EU-Vertrages dar. Der Deutsche Notarverein hält den Ansatz der §§ 8, 12 SEEG im Ergebnis somit für letztlich vertragswidrig²¹. Art. 8 Abs. 7 SE-VO ermächtigt den nationalen Gesetzgeber nicht zu einer Sitzverlegungssperre im Interesse des Gläubigerschutzes.

6.2.3 Allgemeine Regeln

Nach allgemeinem Prozessrecht hätte der Gläubiger ohnedies dann einen Arrestgrund, wenn die Vollstreckung im Ausland erfolgen müsste (§ 917 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Dieses Argument trägt allerdings wegen § 917 Abs. 2 Satz 2 ZPO nicht im Verhältnis zu EU-Ländern. Gerade die Wertungen der EuGVO sollten nicht über das SEEG unterlaufen werden²².

²⁰ Vgl. hierzu Erwägungsgrund 24 Satz 3 der SE-VO.

²¹ Siehe Erwägungsgrund 5 der SE-VO.

²² Denn § 917 Abs. 2 Satz 2 ZPO macht von Satz 1 eine Ausnahme für Urteile,

6.2.4. Lösung

Die Lösung des Problems liegt in der Auslegung des Art. 8 Abs. 7 der SE-VO selbst.

6.2.4.1 Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 7 SE-VO

Zu klären ist hierbei zunächst, ob die Vorschrift einer analogen Anwendung auf die Verschmelzung auf eine SE mit Sitz im Ausland überhaupt zugänglich ist. Schon dies ist zu verneinen. Art. 17 ff. SE-VO enthalten nicht nur keine Verweisung auf Art. 8 Abs. 7 SE-VO, sondern ordnen nur über Art. 24 Abs. 1 lit. a) und b) SE-VO die Geltung des allgemeinen Gläubigerschutzrechts des jeweiligen Mitgliedsstaates an, d.h. im Fall Deutschlands den nachgelagerten Schutz über § 22 UmwG. Es fehlt mithin an einer Gesetzeslücke. Art. 8 Abs. 7 SE-VO gilt folglich nur für die Sitzverlegung, eine Anwendung in der Verschmelzung auf eine SE mit Sitz im Ausland scheidet aus; § 8 SEEG ist nicht verordnungskonform.

Fortsetzung Fußnote 22

die nach den dort genannten Abkommen (EuGVÜ, Lugano-Übereinkommen) im Ausland vollstreckbar wären. Damit ist den Wertungen des Europarechts (heute gemäß Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 22.12.2000, Abl. L 12/01, S. 1 (EuGVO) Rechnung getragen.

23 Diese Auslegung entspricht dem Schutzanliegen von Erwägungsgrund 24 Satz 3 SE-VO.

24 „Nachweis“ im Sinne der deutschen Sprachfassung der SE-VO ist ein Beweis (« *prover* »). Inwieweit ein Beweisverfahren überhaupt in das einseitige Verfahren der Erteilung des Zertifikats passt und nicht eher einem der Dispositionsmaxime unterliegenden Prozess vorbehalten bleibt, ist ohnedies eine durch die SE-VO ungelöste Frage.

25 Art. L-225-51-1 al. 1 Code de commerce (1. Alternative).

26 Art. L-225-51-1 al. 1 Code de commerce (2. Alternative) i.V.m. Art. L-223-53 Code de commerce.

6.2.4.2 Auslegung von Art. 8 Abs. 7 SE-VO

Die getroffene Wertentscheidung des Ordnungsgebers im Fall der Verschmelzung strahlt auf die Auslegung des Art. 8 Abs. 7 SE-VO aus. Ob die Gläubiger einen angemessenen Schutz genießen (« *les intérêts des créanciers ... bénéficient d'une protection adéquate conformément aux dispositions prévues par l'Etat membre où la SE a son siège statutaire avant le transfert* ») hängt nicht von einer Sicherheitsleistung ab.

Die generelle Unterstellung, dass die Sitzverlegung die Erfüllung einer Forderung gefährden könnte (§ 12 Abs. 1 Satz 2 SEEG), dürfte in dieser Allgemeinheit nicht vertragskonform sein. Ausschlaggebend für die Frage, was adäquater Schutz ist, könnte z.B. die Ausgestaltung des Rechts der persönlichen und dinglichen Sicherheiten sein, insbesondere die hierdurch vorgegebene Rangfolge unter einer Mehrheit von Gläubigern. Dies scheint der Satzteil « *conformément aux dispositions prévues* » zu meinen, also nicht etwa besondere für den Fall der Sitzverlegung zu schaffende Schutzmaßnahmen, sondern die grundsätzliche Wertentscheidung, die das allgemeine Zivil-, Zivilverfahrens- und Vollstreckungsrecht des Mitgliedsstaates im Interessenwiderstreit zwischen Gläubiger und Schuldner sowie zwischen mehreren Gläubigern eines Schuldners trifft.

Durch die Sitzverlegung ändert sich das Vermögen der SE nicht. Die Sitzverlegung als solche haben die Gläubiger im Interesse der Grundfreiheiten des EU-Vertrages hinzunehmen. Denkbar ist aber, dass sich die Berechtigung von Gläubigern beim Zugriff auf das Vermögen der SE zur Befriedigung ändert, z.B. durch Dazwischentreten öffentlichrechtlicher Forderungen mit entsprechender Rangfolge, durch anders geartete Sicherungsrechte (Anerkennung der Sicherungsübereignung, der Globalzession, des Eigentumsvorbehalts, durch

das Dazwischentreten besitzloser Generalpfandrechte etc.)²³.

Hierauf, d.h. auf das Nichtvorhandensein solcher Umstände und die insoweit ergriffenen Schutzmaßnahmen (vgl. Art. 8 Abs. 2 lit. d) SE-VO) bezieht sich der von der SE nach Art. 8 Abs. 7 SE-VO zu erbringende Beweis²⁴.

7. Monistisches System

Mit der Entscheidung für die Zulässigkeit eines monistischen Systems betritt das deutsche Gesellschaftsrecht Neuland. Die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers hierzu ist nicht nur sachlich richtig, sie ist auch durch Art. 9 SE-VO vorgegeben (vgl. oben 1.). Der etwas farblos klingende Begriff des „Leitungsorgans“ könnte in Anlehnung an das schweizer Recht durch die Bezeichnung „Verwaltungsrat“ ersetzt werden. In jedem Fall sollten sich hierzu der deutsche und der österreichische Gesetzgeber abstimmen.

7.1 Fallgruppen der Ausgestaltung monistischer Unternehmen

Wie die Rechtspraxis das monistische System einer SE mit Sitz im Inland verwirklichen wird, ist offen. Denkbar ist

- die Personalunion von Vorsitzendem des Verwaltungsrats und allein vertretungsbefugtem geschäftsführenden Direktor, vergleichbar dem traditionellem PDG französischen Rechts²⁵;
- das Nebeneinander eines Vorsitzenden des Verwaltungsrats und eines oder mehrerer Direktoren, die dem Verwaltungsrat angehören, aber nicht müssen, vergleichbar der in Frankreich durch die Loi NRE vom 15. Mai 2001 geschaffenen Möglichkeit eines « *directeur général* » mit oder ohne « *directeurs généraux délégués* »²⁶;
- eines Verwaltungsrats aus „*executive directors*“ und „*nonexecutive*“

directors“ mit Dritten als weiteren geschäftsführenden Direktoren, vergleichbar dem US-amerikanischen Dualismus von *“board“* und *“officers“*; evtl. auch in Kombination mit einem zwischen den Sitzungen des Verwaltungsrats präsenten *“executive committee“*²⁷;

- ebenfalls denkbar (und wünschenswert auch für Gesellschaften mit höherem Grundkapital) ist eine SE mit einer einzelnen Person als Verwaltungsrat und geschäftsführendem Direktor, eine besonders schlanke Alternative für eine SE z.B. als nicht operativer Europa-Holding eines außereuropäischen (z.B. amerikanischen bzw. japanischen) Konzerns.

- in die genannten Modelle können *“audit committees“*²⁸ implementiert werden, denen gerade in Fällen der Personalunion zwischen Mitgliedern des Verwaltungsrats und geschäftsführenden Direktoren im Interesse einer unabhängigen Überwachung eigene Zuständigkeiten bei der Prüfung des Jahresabschlusses und der Vergabe des Prüfungsauftrags an den Abschlussprüfer zustehen sollten²⁹.

Durch die Implementierung der Unternehmensmitbestimmung in das monistische System werden dessen Varianten noch zahlreicher werden. Denkbar sind Anteile von Arbeitnehmervertretern bis zu 50 % in Verwaltungsräten (Art. 45 SE-VO) mit außenstehenden geschäftsführenden Direktoren; in Verwaltungsräten, denen geschäftsführende Direktoren angehören, wird der Anteil der Arbeitnehmervertreter wahrscheinlich geringer sein. Vorstellbar erscheint z.B. eine Struktur mit 1/3 geschäftsführenden Direktoren, 1/3 nicht geschäftsführenden Verwaltungsräten der Anteilseignerseite und 1/3 Vertretern der Arbeitnehmer. Im Fall der Mitbestimmung nach dem BetrVG 1952 könnten sich die Quoten nochmals verschieben, eine Vereinbarungslösung könnte bei Überschreiten bestimmter Schwellenwerte

der Arbeitnehmerzahlen auch eine Anpassung der Mitgliederzahl des Verwaltungsrats vorsehen.

Wie ein Verwaltungsrat einer SE mit Sitz im Inland aussehen wird, ob er nun nicht mitbestimmt, nach dem BetrVG 1952, dem MitBestG 1976 (evtl. i. V. m. dem MitBestErgG) oder dem MontanMitbestG mitbestimmt ist, darf derzeit als offen bezeichnet werden. Abgesehen davon dürfte die Mitbestimmung in einem monistisch verfassten Unternehmen eine gänzlich andere Qualität annehmen. Lösungen können und müssen daher so weit wie möglich der Rechtspraxis überlassen bleiben.

7.2 Gestaltungsfreiheit als Regelungsziel

Daher bittet der Deutsche Notarverein den Gesetzgeber, den Gesellschaften in dieser Frage eine möglichst weitgehende Gestaltungsfreiheit zu gewähren. Die §§ 18 ff. SEEG sollten im Grundsatz nur eine dispositive Auffangregelung darstellen.

Gestaltungsfreiheit benötigt die Rechtspraxis insbesondere in folgenden Punkten:

- Zahl der Mitglieder des Verwaltungsrats (§ 19 SEEG über Abs. 1 Satz 2 hinaus);
- Kompetenzen des Verwaltungsrats (§ 21 SEEG);
- Aufgabenverteilung zwischen dem Verwaltungsrat und seinen Ausschüssen (§ 38 SEEG);
- Bestellung oder Absehen von der Bestellung geschäftsführender Direktoren (§ 24 SEEG).

So sollte es möglich sein, in einem Verwaltungsrat, dem auch die geschäftsführenden Direktoren angehören, ein aus unabhängigen Mitgliedern bestehendes *“audit committee“* einzurichten, das in eigener Zuständigkeit den Auftrag an den Abschlussprüfer

vergibt (vgl. aber §§ 21 Abs. 3 Satz 3, 38 Abs. 4 Satz 2 SEEG) und den Jahresabschluss feststellt (vgl. aber § 44 Abs. 4 SEEG). Ebenso sinnvoll wäre die Schaffung eines *“executive committee“* mit entsprechenden Verwaltungskompetenzen, z.B. der Wahrnehmung von Zustimmungsrechten³⁰.

7.3 Gesetzessystematik

Das Recht der SE wird, noch stärker als z.B. das Umwandlungsrecht, eine Domäne für Spezialisten sein. Ebenso wie im Umwandlungsrecht kann sich der Gesetzgeber einer Verweisungstechnik bedienen. Die weitgehende Verweisung auf Aktienrecht vermeidet bei künftigen Gesetzesänderungen Doppelarbeit und mögliche Defizite einer autonomen Regelung³¹.

Ist wie in dem hier vorgeschlagenen § 1 SEEG die subsidiäre Anwendung des Aktienrechts klargestellt, so bedarf es nur der Umdefinition der im Aktiengesetz verwendeten Begriffe „Vorstand“, „Aufsichtsrat“ und „Vorsitzender des Aufsichtsrats“ in die Terminologie des monistischen Systems.

27 Hierzu Schiessl, ZHR 167 (2003), 235, 243.

28 Näher hierzu jüngst Schiessl, aaO, S. 245.

29 Das ist nach der jetzigen Fassung des SEEG nicht möglich, vgl. §§ 38 Abs. 4 Satz 2, 21 Abs. 3 SEEG. Daher wäre die Vergabe eines Prüfungsauftrags für ein Restrukturierungskonzept, der seinem Umfang nach über die Pflichtprüfung hinausgeht, z.B. durch einen Verwaltungsrat, der zu je einem Drittel aus geschäftsführenden Direktoren, aus Arbeitnehmervertretern und aus „unabhängigen“ Mitgliedern besteht, wegen des verständlichen Bedürfnisses der Mehrheit, Managementfehler zu verdecken und soziale Besitzstände zu wahren, in der Praxis sicherlich problematisch.

30 In Frankreich ist mit etwa 6–7 Sitzungen des *conseil d'administration* die Sitzungsfrequenz und damit die Kontrolldichte des monistischen Organs nur unwesentlich höher als im dualistischen System, vgl. *Cozian/Viandier/Deboissy*, *Droit des sociétés*, 15. Aufl. 2002, RNr. 638.

31 Ein Beispiel hierfür ist etwa § 25 SEEG,

Diese Umdefinition verfolgt nicht zuletzt den Zweck, die lückenlose Anwendbarkeit des für Aktiengesellschaften geltenden Normenbestandes im monistischen System sicher zu stellen. Dies betrifft insbesondere auch das Nebenstrafrecht des Aktien- und des Umwandlungsgesetzes. Einer Anwendung dieser Vorschriften stünde sonst u.U. der Grundsatz *“nulla poena sine lege”* entgegen.

Jedoch zwingt die im Grundsatz andere Aufgabenverteilung zwischen dem Verwaltungsrat und den geschäftsführenden Organen in Einzelfällen zum einen dazu, bestimmte Vorschriften des Aktienrechts für unanwendbar zu erklären und im SEEG autonome Regelungen zu treffen. An prominenter Stelle zu nennen sind hier die §§ 76 Abs. 1, 111 AktG. Hieraus ergibt sich auch, dass der Verwaltungsrat als solcher Schuldner des Auskunftsanspruchs nach § 131 AktG ist, nicht nur die geschäftsführenden Direktoren. Im Verhältnis zwischen Organ und Gesellschaft anwendbar bleiben auch die aktienrechtlichen Haftungstatbestände (§§ 93, 116, 310, 318, 323 AktG). Da das monistische

System, wie nachstehend in 7.4. gezeigt wird, den Übergang zu einer generellen Außenhaftung der Organe gegenüber den Aktionären erfordert, tritt die zu schaffende neue Regelung in teilweiser Anspruchskonkurrenz neben die fortgeltende aktienrechtliche Innenhaftung. § 117 AktG kann als quasideliktischer Tatbestand ohnedies bestehen bleiben.

In anderen Fällen erfordert die unterschiedliche Aufgabenverteilung eine abweichende Zuständigkeitsregelung. So sollten die aktienrechtlichen und umwandlungsrechtlichen Berichtszuständigkeiten (§§ 293a, 312 AktG, §§ 8, 127, 192 UmwG) eher beim Verwaltungsrat selbst angesiedelt sein. Gleiches gilt für die Antragsbefugnis für Prüferbestellungen im Rahmen von Nachgründungen, Sachkapitalerhöhungen, Unternehmensverträgen oder Umwandlungen. Auch bei den konzernrechtlichen Verantwortlichkeiten wird die Position des § 46 SEEG nicht geteilt. Adressat der Weisung in der abhängigen SE muss wegen der Unanwendbarkeit von §§ 76, 111 AktG der Verwaltungsrat selbst sein.

Es spricht auch einiges dafür, die Zuständigkeit für den Abschluss eines Verschmelzungs- oder Spaltungsvertrages bzw. Spaltungsplans nach französischem Vorbild dem Verwaltungsrat in seiner Gesamtheit zuzuweisen³², wobei zur besseren Praktikabilität eine Ermächtigung (durch schriftlichen Beschluss des Gesamtorgans) an den Vorsitzenden des Verwaltungsrats möglich ist.

Der Unterabschnitt über das monistische System könnte somit etwa wie folgt beginnen³³:

„§ 18 Anzuwendende Vorschriften

(1) Wählt eine SE gemäß Artikel 38 Buchstabe b der Verordnung in der Satzung das monistische System, so gilt, soweit in diesem Gesetz nichts anderes bestimmt ist, Folgendes:

a) betrifft eine Vorschrift den Vorstand, so gilt sie für die geschäftsführenden Direktoren, auch wenn diese zugleich Mitglieder des Verwaltungsrats sind; sind keine geschäftsführenden Direktoren bestellt, so gilt sie für den Verwaltungsrat;

b) betrifft eine Vorschrift den Aufsichtsrat, so gilt sie für den Verwaltungsrat, auch soweit dessen Mitglieder zu geschäftsführenden Direktoren bestellt sind;

c) betrifft eine Vorschrift den Vorsitzenden des Aufsichtsrats, so gilt sie für den Vorsitzenden des Verwaltungsrats, auch wenn dieser zugleich zum geschäftsführenden Direktor bestellt ist.

(2) § 76 Abs. 1, § 96, § 111 und § 115 des Aktiengesetzes sind nicht anwendbar.

(3) § 52 Abs. 3 und 4, § 59, § 63, § 64, § 83, § 88, § 89, § 92, § 97, § 121, § 131, § 145, § 179, § 183, § 194, § 227, § 239, §§ 202–206, § 221, § 293a, § 293c, § 308, § 312, § 394 des Aktiengesetzes sowie § 4, § 8, § 10, § 127, § 136, § 192 des Umwandlungsgesetzes betreffen anstelle der in diesen Vorschriften genannten Organe den Verwaltungsrat.

(4) Vereinbarungen oder gesetzliche Vorschriften über die Beteiligung der Arbeitnehmer bleiben unberührt.

Der Unterabschnitt über das monistische System sollte mit einer Sonderregelung zu § 23 Abs. 5 AktG enden. Der Anteil zwingenden Rechts sollte gering sein und dürfte nur die Bestimmungen zur Außenhaftung, zum Statusverfahren, zur grundsätzlichen Weisungsabhängigkeit der geschäftsführenden Direktoren, zu ihrem maximalen Anteil am Verwaltungsrat sowie den nach vorstehendem Ab-

Fortsetzung Fußnote 31

der zu Unrecht die flexible Regelung der Vertretungsmacht der geschäftsführenden Direktoren durch Beschluss des Verwaltungsrats nicht vorsieht (Erfordernis einer Satzungsänderung) und zudem keine Befreiung vom Verbot der Mehrvertretung nach § 181 Alternative 2 BGB ermöglicht (die Anwendbarkeit von § 112 AktG im Bereich des monistischen Systems ist ohnedies fraglich, dazu nachstehend). Ein weiteres Beispiel ist die Verweisung auf § 68 Abs. 2 Satz 2 AktG in § 38 Abs. 4 Satz 2 SEEG. In einer Publikumsgesellschaft mit vinkulierten Namensaktien (z.B. Luftfahrt oder Versicherungswirtschaft) ist die Entscheidung über die Veräußerungszustimmung durch einen mitbestimmten Verwaltungsrat in seiner Gesamtheit kaum vorstellbar.

³² Art. 236-6 Code de commerce; hierzu Cozian/Viandier/Deboissy, aaO, RNR. 1715.

³³ Vgl. hierzu etwa den Regelungsansatz in § 17 des Vorschlags des schwedischen Justizministeriums, aaO (oben Fußnote 13).

satz 3 getroffenen Zuständigkeitsregelungen betreffen. In dieser den Unterabschnitt über das monistische System abschließenden Vorschrift sollte auch klargestellt werden, dass die die persönlichen Voraussetzungen der Arbeitnehmervertreter betreffenden Vorschriften vereinbarungsdispositiv (d.h. einer Vereinbarung über die Mitbestimmung zugänglich) sind.

Für die weiteren Regelungen im Unterabschnitt des SEEG über das monistische System folgt hieraus:

§§ SEEG Änderungsbedarf (so weit von „§ 18“ die Rede ist, ist der oben stehende Vorschlag gemeint)

- 19 Nur die Klarstellung zu § 95 AktG, dass ein Einmann-Verwaltungsrat möglich ist (in jeder Hinsicht satzungsdispositiv).
- 20 Unverändert wie Diskussionsentwurf.
- 21 Hier empfiehlt sich die Übernahme von Art. 716a und Art. 716b des schweizer OR.
- 22 Bereits in § 18 durch Verweisung auf §§ 100, 105 AktG geregelt (hinsichtlich Arbeitnehmer satzungs- oder vereinbarungsdispositiv).
- 23 Bereits in § 18 durch Verweisung geregelt (Kreditvergabe nach den für Vorstände geltenden Vorschriften).
- 24 Nur Regelungen zur Personalunion zwischen Direktoren und Verwaltungsräten erforderlich. Zu ihren Aufgaben: Übernahme des Schweizer Obligationenrechts

(siehe oben). Absätze 2–9 sind verzichtbar.

- 25 An § 78 AktG anpassen, d.h. auch Übernahme von § 78 Abs. 3 Satz 2 AktG (aus der Sicht der Praxis unverzichtbares Zweckmäßigkeitserfordernis). Hier sollte die Geltung von § 181 BGB klargestellt sein. Die Befreiung vom Verbot des § 181 BGB sollte im Hinblick auf den Einmann-Verwaltungsrat ohne die Schranken des § 112 AktG möglich sein, nicht nur die Befreiung vom Verbot der Mehrvertretung.

- 26–42 Bereits in § 18 durch Verweisung geregelt. Die innere Struktur des Verwaltungsrats sollte weitgehend satzungs- bzw. vereinbarungsdispositiv sein, vor allem was die Befugnis zur Einrichtung beschließender Ausschüsse betrifft. Zwingend sollten nur die Vorschriften über Statutsverfahren und Wahl sein.

- 44 § 18 verweist auf §§ 170-173 AktG, so dass die Vorschrift weitgehend verzichtbar ist. Die Zuständigkeit der Bilanzprüfung- und -feststellung sollte dispositiv in dem Sinne sein, dass auch ein audit committee diese Aufgabe anstelle des Aufsichtsrats wahrnehmen kann oder einem Quorum innerhalb des Verwaltungsrats das Recht zusteht, die Feststellung des Abschlusses durch die Hauptversammlung zu verlangen.

- 45 § 18 verweist bereits auf § 175 AktG mit der Modifikation durch § 18 Abs. 3, dass deren Einberufung durch den Verwaltungsrat erfolgt. An sich ist § 45 somit verzichtbar. Als Anleihe zum französischen Recht (siehe folgenden Abschnitt) könnte man ein Einberufungsrecht einer Minderheit des Verwaltungsrats oder des „audit committee“ vorsehen, um dem Fehlen eines « commissaire aux comptes » Rechnung zu tragen.

7.4 Außenhaftung als Notwendigkeit

Des Weiteren ist bei der Einführung des monistischen Systems in Deutschland zu berücksichtigen, dass es sich hierbei um einen Teilimport einer rechtlichen Regelung handelt, die in ein dort bestehendes Rechtssystem eingebettet ist und nicht ohne weiteres hiervon isoliert in ein anderes Rechtssystem „transplantiert“ werden kann.

So steht in Frankreich neben dem « conseil d'administration » in größeren Gesellschaften der « commissaire aux comptes » (in der Schweiz die Revisionsstelle³⁴), eine Institution mit sehr viel weiteren Befugnissen als der Abschlussprüfer nach deutschem Recht³⁵. Dem « commissaire aux comptes » steht insbesondere ein selbständiges Informationsrecht gegenüber den Aktionären zu³⁶, ja sogar das Recht der Einberufung einer Hauptversammlung³⁷. Damit wird in Frankreich und der Schweiz das Sys-

34 Art. 727 ff. Schweizer OR.
 35 Einzelheiten hierzu bei Cozian/Viandier/Deboissy, aaO, RNr. 960 ff.
 36 Art. L-234-1 Code de commerce (« procédure d'alerte »).
 37 Art. L-225-103 al. 1 Code de Commerce. Hierzu Cozian/Viandier/Debo-

tem von "checks and balances", das in der Struktur des dualistischen Systems angelegt ist, durch anders geartete "checks and balances" dargestellt und im Ergebnis ein ähnlicher Kontrolleffekt erzielt.

Zudem kennen sowohl das französische als auch das Schweizer Recht eine Außenhaftung der Mitglieder des Verwaltungsrats gegenüber den Aktionären, in der Schweiz in Gestalt der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR³⁸, in Frankreich als « *action individuelle* », gerichtet auf Ersatz des Gesellschafterschadens oder als (subsidiäre) « *action sociale* », gerichtet auf Ersatz des Gesellschafterschadens (Art. 1843-5 Code Civil)³⁹. Die französische Rechtslage weist hier Parallelen zum US-amerikanischen Nebeneinander von "direct action" und "derivative action" auf⁴⁰. Ähnlich wie im französischen ist die Lage im spanischen Aktienrecht⁴¹.

Bei einer Übertragung monistischer Strukturen in das deutsche System erscheint daher jedenfalls eine stärkere Außenhaftung der Mitglieder des Verwaltungsrats unverzichtbar. Sie sollte sich am französisch-schweizerischen Vorbild orientieren, jedoch die unterschiedliche Situation in beiden Ländern im Auge behalten, was die Anzahl von Richtern und Rechtsanwälten pro Kopf der Bevölkerung, den traditionellen Pragmatismus der Rechtsprechung und die andere „Streitkultur“ in diesen Ländern angeht.

Eine Außenhaftung könnte wie folgt geregelt werden:

(1) *Verletzt ein Mitglied des Verwaltungsrats oder ein geschäftsführender Direktor eine ihm bei der Ausübung seiner Funktion obliegende Pflicht, so kann die Gesellschaft oder ein Aktionär von ihm Ersatz des hieraus der Gesellschaft entstehenden Schadens verlangen, es sei denn, ihm fällt weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit zur Last. Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn der Schuldner bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben über zumutbare Kenntnis der Sachlage verfügte und davon ausgehen durfte, dass seine Handlung im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft lag.*

(2) *Ansprüche nach Absatz 1 verjähren nach Ablauf von fünf Jahren, nachdem der Gläubiger vom Entstehen des Schadens Kenntnis erlangt hat, unabhängig hiervon nach Ablauf von fünf Jahren, nachdem das Ausscheiden des Schuldners als Mitglied des Verwaltungsrats oder als geschäftsführender Direktor bekannt gemacht worden ist.*

(3) *Für Klagen wegen Ansprüchen nach Absatz 1 ist das Gericht des Sitzes der Gesellschaft zuständig.*

(4) *Erhebt ein Aktionär die Klage, so kann das Gericht auf Antrag die Stellung einer angemessenen Si-*

cherheit für die Kosten der Rechtsverteidigung des Schuldners anordnen. Gegen die Anordnung oder ihre Anlehnung findet die sofortige Beschwerde statt.

Damit wird dem einzelnen Aktionär ein Anspruch auf Ersatz des Gesellschafterschadens gewährt, vergleichbar der "actio pro socio" im Recht der Personengesellschaften. Für einen eigenen Schaden des Aktionärs verbleibt es bei den allgemeinen Regelungen, also insbesondere bei Ansprüchen nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem Schutzgesetz oder nach § 826 BGB. Mit der Ablehnung einer allgemeinen "direct action" sollen räuberische Aktionärsklagen verhindert werden – für den Aktionär persönlich gibt es unmittelbar nichts zu gewinnen. Die Frage, zu welchem Zeitpunkt der Kläger Aktionär der Gesellschaft sein muss, um aktiv legitimiert zu sein (und zu bleiben), kann der Lösung durch Wissenschaft und Praxis überlassen bleiben⁴².

Absatz 1 Satz 2 weist entsprechend einer vertraglichen Haftung die Beweislast für Pflichtverletzung, Schaden und Kausalität dem Anspruchsteller und für das Fehlen eines Verschuldens dem Anspruchsgegner zu. Zugunsten des Schuldners schafft Absatz 1 Satz 2 einen Entlastungsbeweis. Absatz 1 Satz 2 ist in Anlehnung an die US-amerikanische Doktrin der "business judgment rule" ausgestaltet⁴³.

Die "business judgment rule" begründet in der Umsetzung gemäß vorstehendem Vorschlag jedoch keine Vermutung zugunsten des Schuldners, sondern definiert nur den Inhalt seiner Sorgfaltspflicht. Diese Abschwächung trägt dem stärkeren Schutz des Beklagten im deutschen Zivilprozessrecht vor Ausforschungsbeweisen im Vergleich zu US-amerikanischen "pre-trial discovery procedures" Rechnung. Dem prozessualen Übergewicht des Klägers muss das US-amerikanische materielle Recht durch eine Vermutung zugunsten des Beklagten begegnen.

Fortsetzung Fußnote 37

issy, aaO, RNR. 835. Dem gegenüber sind die Kompetenzen der Schweizer Revisionsstelle schwächer.

38 Diese steht nach Schweizer Recht nicht nur den Aktionären, sondern sogar als unmittelbare Durchgriffsklage den Gläubigern der Gesellschaft offen, vergleichbar der französischen « *action paulienne* » (Art. 1167 Code Civil), ist aber eher einer vertraglichen als einer deliktischen Klage ähnlich.

39 Hierzu *Cozian/Viandier/Deboissy*, aaO, RNR. 361-366.

40 Eingehend *Pinto/Branson*, *Understanding Corporate Law*, 1999, § 14 (p. 385 sqq.).

41 Siehe Art. 127, 133, 134 und 135 RDLeg 1564/1989 de 22 diciembre. *Aprueba el texto refundido de la ley de sociedades anónimas.*

42 Siehe *Pinto/Branson*, aaO, § 14.03 (p. 397 sqq.).

43 Vgl. die Formulierung der *business judgment rule* bei *W. Burnham*, *Introduction into the Law and Legal System of the United States*, 3. Aufl. 2002, S. 567: "a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interest of the company". Zur *business judgment rule* auch *Pinto/Branson*, aaO, § 8.03 [C] (p. 190-192).

Zudem wird das Erfordernis einer *"informed basis"* auf das Erfordernis *"zumutbarer Kenntnis"* abgemildert. Damit ist ein Beurteilungsspielraum geschaffen für eine geschäftspolitische Entscheidung über das Verhältnis zwischen Kosten und Nutzen der Gewinnung weiterer Informationen. Diese Abmilderung trägt insbesondere den enormen Transaktionskosten Rechnung, die das Erfordernis einer *"informed basis"* zur Folge hat. Denn Konsequenz des Tatbestandsmerkmals der *"informed basis"* ist z.B. die Notwendigkeit einer eingehenden *"due diligence"*-Prüfung gerade bei Unternehmenszusammenschlüssen oder Finanzierungsmaßnahmen im angelsächsischen Raum. Deren tatsächlicher Nutzen für die Unternehmen aufgrund effektiven Erkenntnisgewinns lässt sich mit Fug und Recht bezweifeln, wenn man vom damit einhergehenden Beschäftigungseffekt für den Markt der Rechts- und Wirtschaftsberatung einmal absieht, der die *"due diligence"* oft genug als eine Materialschlacht für die Berufsanfänger der Großbüros ansieht.

Entsprechende Überlegungen gelten für den Begriff des *"wohlverstandenen Interesses"* anstelle des *"best interest"*.

Die US-amerikanische *"business judgment rule"* ist in Fällen eines *"conflict of interest"* nicht anwendbar, da Pflichtverletzungen aufgrund eines Interessenkonflikts nach dortigem Rechtsverständnis zu einer Haftung des *"agent"* aufgrund der *"duty of loyalty"* anstelle der *"duty of care"* führen, welche sich in der Verteilung der Beweislast unterscheiden⁴⁴. Hierfür besteht im deutschen Recht kein Bedürfnis. Zum einen kann im Außenverhältnis bereits § 181 BGB eingreifen, zum anderen wird auch bei Befreiung vom Verbot der Mehrvertretung/des Insichgeschäfts ein Beweis des ersten Anscheins dafür sprechen, dass ein Insichgeschäft nicht im wohlverstandenen Interesse der vertretenen Gesellschaft lag (auf eine Vermutung zugunsten des Schuldners wurde

ohnedies im hier unterbreiteten Vorschlag verzichtet).

Der Vorschlag sieht davon ab, einen besonderen Vertreter entsprechend § 26 UmwG einzuführen⁴⁵, da die Klage eines einzelnen Aktionärs nach Absatz 1 Satz 1 nur auf Leistung an die Gesellschaft geht⁴⁶. Der besondere Vertreter macht wegen der von ihm durchgeführten Verteilung der erstrittenen Summe unter zahlreichen Geschädigten nur in den Fällen Sinn, in denen etwas verteilt wird. Die Schaffung eines besonderen Vertreters würde zudem die Gefahr noch verstärken, dass auf solche Klagen spezialisierte Anwälte um die Verschaffung dieser Stellung konkurrieren⁴⁷. Statt dessen soll der Gefahr rüberlicher Haftungsklagen über die Anordnung einer Prozesskostensicherheit nach Absatz 4 begegnet werden. Es bedarf dann auch keiner Rechtskrafterstreckung eines Urteils auf Leistung an die Gesellschaft auf andere klagende Aktionäre⁴⁸. Auch insoweit kann mit dem Institut der Prozesskostensicherheit⁴⁹ Missbräuchen begegnet werden. Die Anfechtbarkeit dieser Entscheidung mit der sofortigen Beschwerde bietet den Vorteil einer summarischen Prüfung der Hauptsache durch die nächsthöhere Instanz.

Die besondere Zuständigkeit des für den Sitz der Gesellschaft zuständigen Gerichts nach Absatz 3 (vgl. Art. 5 Nr. 1 b), Nr. 3, Nr. 5 EuGVO) dient ebenfalls der Vermeidung einander widersprechender Entscheidungen.

Die Verjährungsfrist nach Absatz 2 nähert die Haftung an die Rechtslage nach § 159 HGB an.

Eine summenmäßige Haftungsbeschränkung⁵⁰ kommt nicht in Betracht. Zum einen erscheint es gesellschaftspolitisch nicht vermittelbar, dass der Tanklastzugfahrer eines Ölkonzerns für eine Nachlässigkeit im Straßenverkehr nach außen unmittelbar und unbeschränkt nach Deliktsrecht haftet, während seine sehr viel besser bezahlten Vorgesetzten in den Genuss einer Haf-

tungsobergrenze kommen sollen. Zum zweiten ist unbeschränkte Haftung ein entscheidendes Element der Schaffung von Vertrauen der *"principals"* in die Integrität der *"agents"* und für letztere ein wesentlicher Anreiz für eine qualitativ hochwertige Leistung. Das Gegenargument der Gefahr risikoaversen Verhaltens wird schon durch den Vergleich der rechts- und wirtschaftsberatenden Berufe ohne Haftungsbeschränkungsmöglichkeit (nur noch der Notar) und mit einer solchen Möglichkeit (alle übrigen Berufe) widerlegt. Im Übrigen schützt die *"business judgment rule"* hinreichend vor den Folgen subjektiv richtiger Entscheidungen, die sich hinterher als objektiv falsch herausstellen.

44 Näher hierzu *Pinto/Branson*, aaO, § 8.01 [A] (p. 182), § 8.03 [C] in fine (p. 192), § 9 (p. 199 sqq.).

45 Wie hier der Vorschlag Kapitel I Nr. 15 (Rz. 72-73) der Regierungskommission Corporate Governance, hierzu die im Grundsatz zustimmende Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des DAV, BB 2003, Beil. 4, S. 3, der sich jedoch für den besonderen Vertreter ausspricht.

46 Eine Klage des Aktionärs auf Ersatz seines eigenen Schadens, z.B. eines Verwässerungsschadens wie nach deutschem Aktienrecht in den Fällen der §§ 197, 199, 201 AktG i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB wird gewöhnlich in ihren wirtschaftlichen Auswirkungen weniger bedeutend sein.

47 Zu entsprechenden Entwicklungen in den USA *Pinto/Branson*, aaO, § 14.01 (zu *"class action attorneys"* als *"private attorney general"*). Nach den bisherigen Erfahrungen mit Anlegerprozessen im Kapitalmarktrecht ist von einer analogen Entwicklung in Deutschland auszugehen.

48 Anders der Vorschlag der Regierungskommission Corporate Governance Kapitel I Nr. 15.

49 Insoweit greift der Vorschlag Rechtsinstitute aus dem Recht der US-Bundesstaaten auf, vgl. *Pinto/Branson*, aaO, § 14.01 (p. 386) sowie § 14.04 [C] (p. 406 sqq.): erstmals 1944 im N.Y. Bus. Corp. L. § 627.

50 So aber die Regierungskommission Corporate Governance Kapitel 3 Nr. 31 (Rz. 186) für die Haftung für Falschinformation des Kapitalmarkts; kritisch hierzu Handelsrechtsausschuss des DAV, BB 2003, Beil. 4, S. 13.f.

8. Handelndenhaftung

Art. 16 SE-VO folgt der französischen Konzeption⁵¹, wonach Geschäfte, die vor Eintragung der SE in deren Namen geschlossen wurden, nicht mit deren Eintragung automatisch auf die SE übergehen und für diese vielmehr die Handelnden haften. Zum Übergang auf die SE bedarf es nach diesem Regelungsmodell eines zustimmenden Gesellschafterbeschlusses (« *si la SE ne reprend pas, après cette immatriculation, les engagements résultants de tels actes* »), soweit nicht im Vertrag zwischen der Vor-SE und dem Dritten die Haftung der Handelnden ohnedies bereits ausgeschlossen war (« *sauf convention contraire* »).

8.1 Vor-SE

Betrachtet man nur den über § 1 SEEG in der hier vorgeschlagenen Fassung anwendbaren § 41 AktG, so wäre

de lege lata eine Lösung im Sinne von Art. 16 der Verordnung bereits Teil des deutschen Rechts. Denn das geschriebene deutsche Recht ("*law in the books*") ist sehr viel „europäischer“ als man meint:

Die Konzeption des geschriebenen Rechts lässt sich wie folgt darstellen:

- (1) Schon vor der Gründung geplante Geschäfte der SE müssen als Sacheinlagen, Sachübernahmen Gründungsaufwand oder Sondervorteile in der Satzung der AG geregelt werden, §§ 26, 27 AktG.
- (2) Im Namen der künftigen AG abgeschlossene Geschäfte zwischen Gründung und Eintragung fallen unter die §§ 177–179 BGB⁵² und werden somit mit der Genehmigung durch die Gesellschaft wirksam, wobei die Genehmigung selbst den Schranken der §§ 26,

27, 52 AktG unterliegt. Insbesondere darf das Handeln nach §§ 177-179 BGB nicht der Umgehung der Prüfungspflicht bei Sachgründungen/Sachübernahmen dienen.

- (3) Zudem kann ein Geschäft, das im Namen der AG geschlossen wurde, von dieser nach § 41 Abs. 2 AktG „übernommen“⁵³ werden, ohne dass es hierzu der Genehmigung des anderen Vertragsteils bedarf⁵⁴. Auch hierdurch darf jedoch § 27 Abs. 1 Satz 2 AktG nicht unterlaufen werden, § 41 Abs. 3 AktG⁵⁵. Wird das Geschäft nicht von der AG genehmigt bzw. übernommen, verbleibt es bei der Haftung des Handelnden nach § 41 Abs. 1 Satz 2 AktG. Rechtshandlungen, durch die die errichtete, aber noch nicht eingetragene AG verpflichtet wird, sind in dieser Systematik allenfalls dann denkbar, wenn das Geschäft im Zusammenhang mit der Herbeiführung der Eintragung steht

51 Siehe Art. 1843 Code Civil, Art. L. 210-6 Code de commerce: die « *reprise* » erfolgt durch Nennung der Geschäfte der Vorgründungsgesellschaft in der Satzung, für Geschäfte der Vorgesellschaft durch Generalmächtigung in der Satzung oder in einem separaten Rechtsakt oder im nachhinein durch zustimmenden Beschluss der Mehrheit der Aktionäre. Hierzu *Cozian/Viandier/Deboissy*, aaO, RNr. 251–259. Ähnlich Art. 645 Schweizer OR und Art. 15 des spanischen Aktiengesetzes (RDLeg 1564/1989 de 22 diciembre, das eine automatische Überleitung nur für die unabdingbaren Gründungskosten kennt (Art 15 apto. 2, apto. 3 frase 1), im Übrigen eine Annahme durch die Gesellschaft innerhalb von drei Monaten vorschreibt (Art 15 apto. 3 frase 2).

52 *Palandt-Heinrichs*, BGB 62. Aufl., § 177 RNr. 3.

53 Die Vorschrift geht auf § 34 AktG 1935 zurück, wobei dessen Abs. 3 durch das AktG 1965 erweitert wurde. Davor galt nur eine Regelung entsprechend § 41 Abs. 1 Satz 2 AktG (vgl. Art. 211 Abs. 2 ADHGB und § 200 Abs. 2 HGB 1900), eine Klarstellung der im gemeinen Recht hinsichtlich des Umfangs streitigen Haftung des Vertreters und eine Sonderregelung zu § 179 BGB (vgl. *Staudinger-E. Riezler*, BGB 9. Aufl., § 179 Anm. 3c sowie zum Rechtsstand

vor 1900 Windscheid, Pandekten, 4. Aufl. 1875, I § 74 a.E.). Die Wirksamkeit eines im Namen der künftigen AG geschlossenen Vertrages hing von deren Genehmigung nach Eintragung ab, andernfalls haftete der Handelnde auf *id, quod interest*. Im Übrigen verblieb es bei § 415 BGB. Die in § 41 Abs. 2 AktG liegende Aufweichung des Schutzes des anderen Vertragsteils im Verhältnis zu §§ 177 Abs. 2, 415 BGB ist rechtspolitisch nicht unproblematisch (vgl. die einschränkende Auslegung im Verhältnis zu §§ 414, 415 BGB bei *Godin/Wilhelmi*, AktG, 4. Aufl., § 41 Anm. 11: *ratio des* § 41 Abs. 2 AktG sei nur eine erleichterte Befreiung des Handelnden von seiner Haftung nach § 41 Abs. 1 Satz 2 AktG). Das Verhältnis zwischen § 177 Abs. 2 BGB und § 41 Abs., 2 AktG bleibt bei dieser Auslegung jedoch unklar. Gleiches gilt auch für die Ausführungen von *Kraft* in: Kölner Kommentar zum AktG, 2. Aufl., § 41 RNr. 79 einerseits („vereinfachte Form der Schuldübernahme“) bzw. RNr. 86 andererseits (Genehmigung „analog“ § 177 BGB). Ohne weiteres von einer Ausnahme zu §§ 414, 415 BGB scheint auszugehen Münchner Kommentar zum AktG-*Pentz*, § 41 Rz. 154.

54 Die Auslegung von § 41 Abs. 2 AktG müsste an der Frage nach dem Verhältnis der Vorschrift zu § 177 Abs. 2

BGB ansetzen. § 41 Abs. 2 AktG schneidet dem anderen Vertragsteil zunächst die Möglichkeit ab, den Vertrag über § 177 Abs. 2 BGB zu Fall zu bringen und damit die Haftung des Vertreters nach § 179 BGB auszulösen. Diese Möglichkeit besteht erst nach Ablauf der in § 41 Abs. 2 AktG bestimmten Frist. Mit § 415 BGB hat § 41 Abs. 2 AktG schon deshalb nichts zu tun, da § 41 Abs. 2 AktG ausdrücklich ein Handeln im Namen der AG voraussetzt, so dass sich ein Problem der Schuldübernahme nicht stellt.

55 Diese Vorschrift dürfte einen allgemeinen Rechtsgedanken enthalten (Vorrang des Kapitalaufbringungsrechts) und daher auch auf die Genehmigung geschlossener Verträge nach § 177 BGB oder nach §§ 414, 415 BGB anwendbar sein. Aus ihr ergibt sich im Übrigen, dass die GmbH-rechtliche Dogmatik der Vorgesellschaft auf die AG nicht passt. Auch wertgleiche Deckung kann die nach § 33 Abs. 2 Nr. 4 AktG vorgeschriebene Prüfung nicht ersetzen, da letztlich dem Insolvenzverwalter das Prozessrisiko insoweit aufgebürdet wird (dieser muss die Unterdeckung beweisen), während bei einer Sachgründung das Risiko der Unterdeckung der Gründer trägt, der die Erfüllung seiner Einlagepflicht beweisen muss.

(z.B. Eröffnung eines Bankkontos zur Einzahlung des Grundkapitals; Abschluss von Verträgen über Sacheinlagen oder Sachübernahmen)⁵⁶.

- (4) Denkbar sind schließlich Geschäfte, die nicht im Namen der künftigen AG geschlossen wurden, aber von der AG übernommen werden sollen. Insoweit gelten die allgemeinen Regeln der §§ 414, 415 BGB (vorbehaltlich §§ 26, 27, 52 AktG).

Die Entwicklung der Rechtslehre (*“law in action“*) ist jedoch zwischenzeitlich am Wortlaut des § 41 AktG vorbeigegangen. Ausgehend von der Dogmatik der sogenannten „Vorgesellschaft“ im Recht der GmbH ist inzwischen auch für die deutsche AG jedenfalls in der Wissenschaft anerkannt, dass Rechtshandlungen, durch die die errichtete, aber noch nicht eingetragene AG berechtigt oder verpflichtet wurde, im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die eingetragene AG übergehen⁵⁷.

Bilanziert man die Vor- und Nachteile der Anerkennung einer Vorgesellschaft als Rechtsvorgängerin der juristischen Person in der deutschen Rechtslehre, so erscheint das Ergebnis zwiespältig⁵⁸. In der Konsequenz dieser Doktrin liegt beispielsweise die Lehre von der Differenzhaftung, nach welcher zur Feststellung der wertgleichen Deckung auf den Tag der Eintragung eine Bilanz der soeben entstandenen juristischen Person aufzustellen ist. Diese Betrachtung ist lebensfremd; eine solche Bilanz erstellt niemand. Nicht ohne Grund ist die Rechtsprechung nur mit großer Vorsicht daran gegangen, die Anwendbarkeit dieser zur GmbH entwickelten Grundsätze auf die AG auszuloten⁵⁹. Die Annahme einer Rechtsnachfolge der AG in die Vor-AG unterläuft letztlich das Konzept der Kapitalaufbringung, das den §§ 26, 27 AktG vor dem Hintergrund der 2. Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie zugrunde liegt⁶⁰.

Angesichts der Flexibilität der französischen Doktrin erscheint eine Re-

aktion des deutschen Gesetzgebers sinnvoll, schon um hier das deutsche Gesellschaftsrecht wieder näher an das *ius commune* und damit näher an Europa heranzuführen. Für Geschäfte zwischen Errichtung und Eintragung kann es bei der (allerdings wörtlichen) Anwendung des § 16 Abs. 2 SE-VO verbleiben. Die Schaffung einer Bestimmung, wonach eine *« reprise »* stets dann fingiert wird, wenn der Vorstand das Geschäft in der Zeit zwischen Errichtung und Eintragung der SE in deren Namen mit zumindest konkludenter Zustimmung der Gründer vorgenommen hat⁶¹, wäre aus den oben dargestellten Gründen eher schädlich und zudem in seiner europarechtlichen Zulässigkeit zweifelhaft.

8.2 Vorgründungs-SE

Nach französischem Modell sind jedoch darüber hinaus sogar im Namen der Vorgründungsgesellschaft vorgenommene Rechtshandlungen der *« reprise »* zugänglich. Dieser rückwirkende Schuldnerwechsel kann nur mit den im französischen Recht viel weiter gehenden Befugnissen der Gläubiger kompensiert werden⁶². Die *« action paulienne »* des Code Civil kennt das deutsche Recht nicht. Hier sollte es daher bei der Regel des deutschen Rechts verbleiben⁶³, d.h. bei einer Überwindung der Schranke zwischen Vorgründungsgesellschaft und Vorgesellschaft nur durch eine rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme oder Genehmigung nach § 177 BGB, die den Regeln der Sachübernahme bzw. der Nachgründung unterfällt, da die Absicht der Vornahme des Geschäfts bereits vor Errichtung der SE bestand. Eine solche Regelung wäre europarechtlich unbedenklich.

Insoweit bedarf es daher der Klarstellung zu Art. 16 Abs. 2 SE-VO, dass § 41 Abs. 3 AktG unberührt bleibt.

9. Sitz und Hauptverwaltung

In § 2 und § 49 SEEG macht der deutsche Gesetzgeber von der Befugnis nach Art. 7 Satz 2 SE-VO Gebrauch.

Zu Recht beschränkt § 2 SEEG die Sitzwahl nicht nur auf den Ort der Hauptverwaltung, sondern lässt (wie in § 5 Abs. 2 AktG und § 4a Abs. 2 GmbHG) das Bestehen eines Betriebs (im arbeitsrechtlichen Sinne bzw. im Sinne einer Betriebsstätte des Steuerrechts) genügen. Grenzüberschreitende Zusammenschlüsse im Sinne eines *“merger of equals“* werden damit erleichtert, wobei zumindest in der Begründung auch die Zulässigkeit von Doppelsitzen klargestellt werden sollte. Die damit verbundenen Probleme eines *“merger“* zweier anwendbarer Aktienrechte wird das Notariat in

56 Zur *ultra vires* Lehre bei Geschäften vor Eintragung der SE siehe *Godin/Wilhelmi*, AktG, § 41 Anm. 5 sowie *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I/2 Die juristische Person, 1983, S. 150 (§ 5 III 1.) unter Hinweis auf RGZ 32, 97, 98.

57 Statt aller *Hüffer*, AktG, 5. Aufl. § 41 Rz. 2, 16-16a, 19, 28; die Handelndhaftung und der Befreiungstatbestand des § 41 Abs. 2 AktG beschränken sich nach dieser Ansicht heute auf den Fall, dass die Vor-AG mangels Vertretungsbefugnis ihrer Vorstände nicht wirksam verpflichtet worden ist und die Gesamtrechtsnachfolge daher ins Leere geht. Damit wäre der Anwendungsbe- reich des § 41 Abs. 2 auf ein Minimum beschränkt.

58 Instrukтив *Flume*, aaO, S. 166 ff. (§ 5 III 4).

59 Vgl. Kölner Kommentar zum AktG-Kraft, 2. Aufl., § 41 RNr. 61 ff. unter Hinweis auf BGHZ 80, 129.

60 Auch die aus europarechtlicher Sicht erstaunliche Fragestellung, ob auf einen Mantelkauf die Gründungsvorschriften anwendbar sind, liegt letztlich in der Konsequenz dieser Doktrin (vgl. BGH vom 09.12.2002, DStR 2003, 298 ff.).

61 Das liefe im Ergebnis auf die Anerkennung der Figur der Vor-AG durch den Gesetzgeber hinaus.

62 So reicht für die *« fraude paulienne »* im Sinne des Art. 1167 Code Civil eine vorsätzliche Fehlbewertung aus; eine subjektive Schädigungsabsicht im Sinne des deutschen § 826 BGB ist nicht erforderlich, Vgl. *Dalloz*, Code Civil 2003, Anm. 3 zu Art. 1167 mit weiteren Nachweisen. Beispielsfall bei *Cozian/Viandier/Deboissy*, aaO, RNr. 229bis.

63 So im Ergebnis auch Sec. 36C Companies Act 1985 (U.K.).

grenzüberschreitender Zusammenarbeit lösen, wenn nur genügend Gestaltungsspielraum für die Satzung eingeräumt wird.

Der liberale Gesetzestext steht in gewissem Gegensatz zur Gesetzesbegründung, die offenbar von der Gleichung Sitz = Ort der Hauptverwaltung ausgeht.

§ 49 SEEG sollte neben und vor der harten Sanktion der Feststellung eines Satzungsmangels dem Registergericht die allgemeinen Befugnisse nach FGG geben (d.h. Androhung und Festsetzung eines Zwangsgelds).

Grundsätzlich ist zu erwägen, ob der deutsche Gesetzgeber überhaupt von der Ermächtigung des Art. 7 Satz

2 SE-VO Gebrauch machen sollte. Ein partieller Übergang zur Gründungstheorie könnte bewirken, dass Holdingstandorte im Ausland zumindest unter Sicherstellung der unternehmensstrategischen Führung deutscher Unternehmen gegründet werden können. Schon jetzt liegen die Ausweichgestaltungen wie Einbringung deutscher Unternehmen in eine Holding-SE mit Sitz im Ausland und deren anschließende Rückumwandlung nach Art 66 SE-VO in eine Aktiengesellschaft nach dortigem Recht auf dem Tisch⁶⁴. Ohnedies steht zu befürchten, dass die Praxis die SE gänzlich links liegen lässt und die schon in den Fällen wie Daimler-Chrysler oder Hoechst-Rhône-Poulenc beschrittenen Wege geht.

Diese Wege werden sich letztlich durch Grenzsicherungsanlagen im Gesellschaftsrecht nicht versperren lassen. Die Leistungsträger dieses Landes werden, wenn ihnen hier nicht die entsprechenden Rahmenbedingungen geboten werden, von ihrem zwar nicht kodifizierten, aber als Teil ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit ebenfalls bestehenden Streikrecht Gebrauch machen und ihre Chance außerhalb dieses Landes suchen⁶⁵.

Das deutsche Gesellschaftsrecht hat international im Verhältnis zum anglo-amerikanischen Rechtskreis den Vorteil berechenbarer und klarer Regelungen⁶⁶ sowie mit dem Notariat und der Registergerichtsbarkeit eine juristische Infrastruktur, die es jedem Unternehmer möglich macht, ohne große Transaktionskosten die rechtlichen Gestaltungsformen des Gesellschaftsrechts zu benutzen.

An Nachteilen steht diesen Vorzügen zum einen eine derzeit für nicht börsennotierte Gesellschaften im Aktienrecht relativ hohe Regulierungsdichte mit geringer Fehlertoleranz gegenüber.

Als weiterer vielfach so empfundener Nachteil aus der Sicht des Auslands und zahlreicher deutschen Unternehmen sticht die betriebliche

und die Unternehmensmitbestimmung hervor. Insoweit ist es leider den deutschen Sozialpartnern in den über 25 Jahren des Bestehens der allgemeinen Unternehmensmitbestimmung nach dem MitBestG 1976 nicht gelungen, das Ausland von den positiven Effekten der Einbindung des Sachverständs der Arbeitnehmerschaft in unternehmerische Entscheidungsprozesse zu überzeugen (auch im Inland scheint dieser Prozess noch nicht abgeschlossen). Dies kann am Unverständnis des Auslands liegen, aber auch an Mängeln im System selbst. Zu nennen wären hier die enormen volkswirtschaftlichen Kosten der Mitbestimmung⁶⁷, die Zentrierung der Aufsichtsratsaktivität auf Fragen der Sozialpolitik mit der einhergehenden Verlagerung der Entscheidungsträgerschaft auf anonyme Gruppen und die Prärogative für nicht betroffene unternehmensfremde Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat⁶⁸. Die Einführung der SE bietet jetzt die Chance, die Effizienz unseres Systems so zu verbessern, dass es nicht zu einer „Abstimmung mit den Füßen“ kommt.

EuGH-Urteil zu „Inspire Art“

Am 30. September 2003 hat der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache C-167/01 „Inspire Art“ entschieden. Das Urteil bindet einzelstaatliche Offenlegungspflichten für Gesellschaften stärker an das Gemeinschaftsrecht. Auch innerstaatliche Gründungsvorschriften (Mindestkapital, Haftung der Geschäftsführer) können wegen der Art. 43 und 48 EGV grundsätzlich nicht auf Gesellschaften erstreckt werden, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates errichtet wurden. Die Motive für die Auslandsgründung oder die Tätigkeit der Gesellschaft ausschließlich oder nahezu ausschließlich im Mitgliedstaat der Niederlassung nehmen ihr nicht das Recht, sich auf die durch den EG-Vertrag garantierte Niederlassungsfreiheit zu berufen, es sei denn, im konkreten Fall wird ein Missbrauch nachgewiesen. (Der Volltext des Urteils ist unter www.curia.eu.int abrufbar.) Das Urteil erging nach Abgabe der Stellungnahmen zum SEEG und zur Reform des GmbH-Gesetzes. Der *notar* wird weiter berichten.

64 Noch schneller durchführbar, da nicht an die 2-Jahres-Frist des Art. 66 SE-VO gebunden, ist die Verschmelzung der SE nach dem Umwandlungsrecht des Sitzstaates auf eine dem dortigen Recht unterliegende SE oder andere Gesellschaft.

65 Siehe den Roman der amerikanischen Schriftstellerin *Ayn Rand*, *Atlas Shrugged* (erschienen erstmals im Jahr 1956).

66 Die klaren Regulierungen von Maßnahmen der Restrukturierung und Kapitalaufbringung zählen sich auf der Ebene des Rechtsschutzes aus. Hinweise auf sogenannte „flexible Gestaltungsmöglichkeiten“ anderenorts beziehen stets das ungemein ausdifferenzierte und hochkomplexe Rechtsschutzsystem von Aktionärsklagen nicht mit ein.

67 Hierzu *Theisen*, AG 1998, 153/154: „Die Kosten der betrieblichen Mitbestimmung wurden 1994 vom Institut der Deutschen Wirtschaft pauschal mit rund 13 Mrd. DM pro Jahr beziffert, rechnerisch ein Betrag von rund 300 DM pro Arbeitnehmer; eine korrespondierende Nutzenstudie steht noch aus.“ Umgelegt auf die tatsächlich von der betrieblichen und der Unternehmensmitbestimmung betroffenen Arbeitnehmer dürften sich die Kosten pro Arbeitnehmer dem Bereich eines Monatsgehalts nähern.

Zu den Kosten der Wahl von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat siehe *Singhof*, AG 1998, 318, 322 rechte Spalte Mitte und S. 327 bei Fußnote 97.

68 Zu diesen Fragen jetzt eingehend *Schiessl*, aaO, 235 ff.

Die Regulierung der freien Berufe in Europa

– Die Konsultation der EU-Kommission –

„Schützen die berufsrechtlichen Regelungen in den freien Berufen die Verbraucher oder die Freiberufler?“ Mit dieser provokativen Frage stellte EU-Wettbewerbskommissar Mario Monti am 21. März 2003 die von der EU-Kommission in Auftrag gegebene Studie des Wiener Instituts für höhere Studien (IHS) auf einer Veranstaltung der Bundesrechtsanwaltskammer in Berlin vor. In einem Großteil der Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaft gebe es zu viele und zu enge berufsrechtliche Regelungen für die freien Berufe. Weniger Regulierung auf diesem Gebiet nutze dem Verbraucher und werde dazu führen, dass die Freiberufler insgesamt mehr erwirtschaften, lautete das Fazit der Studie. Auffällig sei, so Monti, dass diejenigen Berufe, die den höchsten Regulierungsgrad aufwiesen, wie die Apotheker und die Notare, auch die ältesten seien: Diese Berufe seien schon zur Zeit der Zünfte begründet worden. Es sei Zeit für eine kritische Bestandsaufnahme.

Mit der IHS-Studie solle eine europaweite Debatte darüber eröffnet werden, ob das derzeitige Regulierungsniveau angesichts des wirtschaftlichen und technischen Fortschritts noch zeitgemäß sei. Es müsse hinterfragt werden, ob einige berufsrechtliche Regelungen unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten ungerechtfertigt seien. Um diese Bestandsaufnahme zu ermöglichen und ein vollständiges Bild von der Auswirkung der Reglementierung der freien Berufe zu erhalten, veröffentlichte die Kommission unmittelbar im Anschluss an die Vorstellung der IHS-Studie ein Konsultationspapier, das sich an alle, „die über einschlägige Informationen verfügen oder von dieser Reglementierung betroffen sind“, richtete und zur Stellungnahme einlud.

Nach der Analyse des Wiener In-

stituts für höhere Studien wiesen Österreich, Italien, Luxemburg und Deutschland die restriktivsten Vorschriften für sämtliche Berufe auf, wohingegen in Großbritannien, Irland, den Niederlanden und den skandinavischen Ländern ein insgesamt niedrigerer Regulierungsgrad vorherrsche. Für das Notariat in Deutschland wurde mit dem Wert von 11,0 auf der Skala von 0–12 der zweithöchste Regulierungsgrad unter allen untersuchten Berufen ermittelt, überboten nur von den 12,0 für die Apotheker in Schweden (dort sind alle Apotheken in staatlicher Hand). Im Vergleich zu den anderen der untersuchten Berufe, bei denen zum Teil erhebliche Unterschiede im bestehenden Regulierungsgrad zwischen den einzelnen Mitgliedsstaaten festgestellt wurden, liegt nach den Kriterien der Studie in den untersuchten Ländern des lateinischen Notariats (mit Ausnahme der Niederlande) ein durchweg ähnlich hoher Regulierungsgrad für den Notarberuf vor. Der sich aufdrängende Schluss, dass die zugrunde liegenden Strukturen im Zusammenhang mit den Besonderheiten des Notariats als öffentliches Amt stehen und einen sachlichen Grund für die Regulierung bilden, wurde von der Studie nicht näher untersucht.

In seiner Stellungnahme übt der Deutsche Notarverein Kritik an dem methodischen und argumentativen Ansatz, mit dem die Kommission das Ziel der Bestandsaufnahme verfolgt. Schon der Ausgangspunkt der IHS-Studie, der von der Kommission für das Konsultationspapier unkritisch übernommen worden ist, dass höhere Umsätze und eine höhere Wertschöpfung in den Mitgliedsstaaten mit niedrigem Regulierungsgrad ein Qualitätsmerkmal dieser „Märkte“ darstellen sollen, ist für „juristische Dienstleistungen“ zweifelhaft. Rechtsberatungs- und Rechtsverfolgungskosten

sind vielmehr im gesamtwirtschaftlichen Interesse möglichst gering zu halten; hohe Kosten in diesem Bereich bedeuten nicht ein Mehr an Wohlstand, sondern eine stärkere Belastung von Unternehmern und Verbrauchern. Auf den Widerspruch ihrer Argumentation zu der an anderer Stelle, zuletzt in ihrem Konsultationspapier zum Europäischen Vertragsrecht, regelmäßig geäußerten Kritik an den zu hohen Rechtsberatungskosten in Europa wird in der Stellungnahme des Deutschen Notarvereins nachdrücklich hingewiesen.

Der schematische Ansatz, mit der die Studie Regulierungswerte ermittelt, werde der praktischen Bedeutung der einzelnen Tätigkeitsfelder für die untersuchten Berufsgruppen nicht gerecht, kritisiert der Deutsche Notarverein in seiner Stellungnahme. Zudem spielten Unterschiede in der Qualität der untersuchten Dienstleistungen für die Studie keine Rolle. Die Vergleichbarkeit der Daten bestehe nach der Studie schon darin, dass es in den Mitgliedsstaaten mit „niedrigerem Regulierungsniveau“ kein Anzeichen für ein „offensichtliches Marktversagen“ gibt. Das erscheine zumindest als eine sehr dünne Ausgangsbasis für einen aussagekräftigen Vergleich.

Das Konsultationspapier der Kommission lässt, wie auch schon die IHS-Studie, schließlich die Besonderheiten des Notarberufs als öffentliches Amt und die hieraus resultierenden grundsätzlichen Unterschiede der berufsrechtlichen Regeln zu denen anderer Freiberufler, vollständig außer Acht. Der Ausgangspunkt, dass ein Freiberufler (wie ja für Architekten, Rechtsanwälte und Apotheker zutreffend) seinen Beruf grundsätzlich ohne staatliche Regulierung ausüben könne und in dieser Freiheit – aus welchen Gründen auch immer – durch staatliche Re-

gulierung eingeschränkt werde, trifft für den Notar nicht zu. Dessen Beruf kann es aufgrund der von ihm ausgeübten hoheitlichen Funktionen ohne staatliche Regelungen überhaupt nicht geben. Staatliche Regeln beschränken den Notar nicht, sondern eröffnen ihm erst sein Arbeitsfeld.

Der Deutsche Notarverein weist in seiner Stellungnahme auf das Ziel einer differenzierten und informierten Analyse des Berufsrechts hin, mit der das Bild, das die IHS-Studie von der Regulierung freier Berufe gezeichnet hat, ergänzt und korrigiert werden kann. Ob der von der Kommission ein-

geschlagene Weg zielführend sein kann, bezweifelt der Deutsche Notarverein. Ein ins Internet gestellter Fragebogen, der sich an die „Nutzer“ notarieller Dienstleistungen richtet und eine informierte Antwort auf Fragen nach beispielsweise zulässigen Unternehmensformen, berufsübergreifen-

Die IHS-Studie und Informationen zum Konsultationsverfahren der Europäischen Kommission erhalten Sie im Internet unter: http://europa.eu.int/comm/competition/general_info/consultation.html

der Zusammenarbeit oder Werbeverböten erwartet, gehe an einem Großteil der Verbraucher vorbei und berge die Gefahr, ein auf Fehlvorstellungen begründetes und nicht ansatzweise repräsentatives Ergebnis zu liefern.

Die Europäische Kommission hat für den 28. Oktober 2003 eine Konferenz angesetzt, auf der die Ergebnisse des Konsultationsprozesses zur Diskussion gestellt werden sollen. Der Deutsche Notarverein wird die Gelegenheit nutzen, seine Argumente auf der Konferenz, an der auch EU-Kommissar Monti teilnehmen wird, vorzutragen. TF

Von 18.283 Unternehmensinsolvenzen im 1. Halbjahr 2002 entfielen 9.548 auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Der Freistaat Sachsen regte an zu prüfen, ob und inwieweit das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung insbesondere vor diesem Hintergrund reformbedürftig sei. Sachsen nennt als Ziel seiner Initiative, die Eigenkapitalstruktur der GmbH und damit auch deren Kreditwürdigkeit zu verbessern, um auf diesem Wege sowohl das Ausfallrisiko der Gläubiger zu vermindern als auch die Gesellschaftsform der GmbH zu stärken. Sachsen will unter anderem erreichen, dass Kapital nicht unkontrolliert aus der GmbH abfließen kann, dass die Eigenkapitalbeschaffung durch eine neuartige Beteiligung Dritter erleichtert wird und dass Schutzmechanismen gegen die Veräußerung insolventer GmbH an sogenannte Abwickler installiert werden.

Stellungnahme zur Reform des GmbH-Gesetzes

Die Justizministerkonferenz vom 14.11.2002 in Berlin erteilte dem Bundesministerium der Justiz und den Ländern einen entsprechenden Prüfungsauftrag. Der Deutsche Notarverein ist zur Mitarbeit eingeladen und nimmt gegenüber dem Bundesministerium der Justiz mit der nachstehenden Analyse Stellung:

Der berühmte Richter am Supreme Court der Vereinigten Staaten Jus-

tice Louis D. Brandeis bemerkte einmal¹: *„Sunshine is the best disinfectant, electric light the best policeman“*. Diese eher auf das Kapitalmarktrecht gemünzte Bemerkung bringt jedoch auch für den Bereich des Gesellschaftsrechts auf den Punkt, welche Art Regelung am effektivsten dem Schutz des Rechtsverkehrs dient.

Die Ursachen der von der Justizministerkonferenz angeführten Fehlentwicklungen des GmbH-Rechts sehen wir u.a. darin, dass das GmbH-Recht in der Praxis dem Außenste-

henden, ja zum Teil auch dem Gesellschafter selbst, auf folgende Fragen keine befriedigende Antwort gibt:

- (1) Wo ist die Gesellschaft?
- (2) Wem gehört die Gesellschaft?
- (3) Wer finanziert die Gesellschaft zu welchen Bedingungen?

Frage 1 ist schon im Bezugsschreiben angesprochen. Hierunter fallen u.a. die diversen Möglichkeiten, Zustellungen an die Gesellschaft zu verteilen.

¹ *Brandeis, Other People's Money and How Bankers Use It*, 1914, S.92.

Die Fragen 2 und 3 betreffen die Möglichkeiten, die Besitzverhältnisse an der Gesellschaft und die tatsächliche Machtverteilung im Innenverhältnis nach außen hin zu verbergen. Diese „Schlupflöcher“ schaffen erst die Voraussetzungen für die Verschleierung von Vermögensverschiebungen bis hin zum „existenzgefährdenden Eingriff“ im Sinne der jüngeren Rechtsprechung des BGH.

Die hier vorgeschlagenen Lösungen konzentrieren sich darauf, in die GmbH-Praxis mehr „sunshine“ zu bringen, d.h. durch präventive Maßnahmen teils im materiellen GmbH-Recht, teils im Verfahrensrecht mehr Transparenz zu bewirken und so Missbräuche der juristischen Person zu bekämpfen. Entsprechend dem deutschen Rechtssystem setzen wir Notare primär auf Prävention und erst nachrangig auf Repression.

Bevor Lösungen der in Frageform genannten Probleme vorgeschlagen werden (nachfolgend 2. ff.), sind Überlegungen zu der Frage angebracht, ob eine derartige Reformdiskussion jetzt, nach der Entscheidung „Überseering“ des EuGH², überhaupt noch sinnvoll ist. Hat diese Diskussion nicht Bezüge zu Konstantinopel 1453, als während des Ansturms der osmanischen Heere die Theologen in der Hagia Sophia noch darüber debattiert haben sollen, wie viele Engel wohl auf der Spitze einer Nadel tanzen könnten? Auf diese Frage soll vorab unter 1. eingegangen werden.

1. Kollisionsrechtliche Schranken

„Überseering“ zwingt nach unserer Auffassung den Gesetzgeber, über die Schaffung eines für alle juristischen Personen einheitlichen (das heißt nicht diskriminierenden) Mindeststandards zum Schutz des Rechtsverkehrs vor Missbräuchen nachzudenken. Jede Kapitalgesellschaft, deren Verwaltung in Deutschland geführt wird, sollte sich diesem Mindeststandard

unterwerfen müssen. Die Frage nach der Schaffung eines solchen Standards für Personengesellschaften wird hier noch ausgeklammert.

Der zu schaffende Mindeststandard liegt in den Antworten des Gesetzgebers und der Handelsregister auf die drei o.g. Fragen.

Ort einer solchen Regelung wäre nicht so sehr das GmbHG als vielmehr ein Allgemeiner Teil eines Gesetzes über die Kapitalgesellschaften, das als Kodifikation des GmbHG, das AktG, die gesellschaftsrechtlichen Teile des VAG, das SEEG und das UmwG in einem „Code des Sociétés“ nach französischem Vorbild zusammenfassen könnte, wenn nicht gar die Rückführung des gesamten Handelsgesellschaftsrechts in das HGB gelänge. Der Allgemeine Teil des Gesellschaftsrechts wäre auch für im Ausland gegründete Gesellschaften anwendbar, die ihre tatsächliche Verwaltung (und damit ihren Sitz) in das Inland verlegen. Das Gesellschaftsrecht der Republik Irland und des Vereinigten Königreichs sind, konsequent von der Gründungstheorie ausgehend, diesen Weg eines Einheitsgesetzes mit wenigen Sonderregeln für „zugezogene“ Gesellschaften bereits gegangen³.

Welche ausländischen Gesellschaften hiervon betroffen sind, ließe sich am besten über eine Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Justiz regeln, in der z.B. entschieden werden könnte, ob eine US-amerikanische LLC oder S-Corporation oder eine französische GIE als Personengesellschaft oder als Kapitalgesellschaft anzusehen ist, vergleichbar dem Betriebsstättenersatz⁴ des Steuerrechts⁵. Für die Eintragung dieser Gesellschaften würde letztlich nichts anderes gelten als für die Eintragung inländischer Zweigniederlassungen solcher Gesellschaften – insoweit ist das Verfahren bereits bekannt und eingespielt.

Materiell sollten für im Ausland gegründete Kapitalgesellschaften, deren Verwaltung in Deutschland geführt

wird, diejenigen Regelungen für im Inland gegründete Kapitalgesellschaften gelten, die Schutzwirkung für oder Reflexwirkung auf Dritte entfalten. Im Einzelnen handelt es sich hierbei um folgende Fragenkreise:

- Kapitalaufbringung und -erhaltung (Kapitalschutz bei Sitzverlegung in das Inland, Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen);
- drittenschutzrelevante Teile des *corporate finance* (z.B. kapitalersetzende Darlehen und Einlagen);
- Vertretungsmacht und Außenhaftung der Vertretungsorgane⁶;
- Publizität der Gesellschaft;
- Außenhaftung der Gesellschafter;
- Recht der Unternehmensumwandlung;
- Inhalt der Handelsregisterpublizität und Folgen der Nichterfüllung dieser Pflichten.

Die Zulässigkeit solcher Regelungen steht mit der Rechtssache „*Inspire Art*“⁷ derzeit auf dem Prüfstand des

- 2 EuGH GmbHRRdsch 2002, 1137 = AG 2003, 37; im Anschluss hieran BGH GmbHRRdsch 2003, 527 (Entscheidung im Ausgangsverfahren) sowie BFH GmbHRRdsch 2003, 722; LG Frankenthal, GmbHRRdsch 2003, 300 und OLG Zweibrücken, GmbHRRdsch 2003, 530 (als Beschwerdeinstanz); zur Grundbuchfähigkeit BayObLG GmbHRRdsch 2003, 299.
- 3 Siehe etwa Part XXII Secs. 675 sqq. und Part. XXIII des britischen Companies Act 1985.
- 4 Tabelle 1 zum BMFS vom 24.12.1999, BStBl I, 1076 in der Fassung des BMFS vom 20.11.2000 (abgedruckt in der Sammlung Steuererlasse unter Nr. 800 § 12/1).
- 5 Vgl. auch in Frankreich Art. 15 al. A No. 2 Décret No. 84-406 du 30 mai 1984 in Verbindung mit dem annexe (Décret No. 92-521 du 16 juin 1992).
- 6 Damit verbunden wäre zugleich die Möglichkeit einer zugezogenen Gesellschaft, entsprechend §§ 49 ff. HGB Prokuristen zu bestellen.
- 7 Schlussanträge des Generalanwalts Albers, DB 2003, 377 ff.

EuGH. Zu entscheiden ist über die Vereinbarkeit kollisionsrechtlicher Sonderanknüpfungen bestimmter Einzelfragen im niederländischen Recht, also einem Staat, der an sich der Gründungstheorie folgt, aber dennoch Sondergesetze für in die Niederlande „zugezogene“ Gesellschaften kennt. Nimmt man den bereits veröffentlichten Vortrag des Generalanwalts beim EuGH und die in den Entscheidungen zu den „Goldenen Aktien“⁸ zu Tage getretene Auffassung des Gerichtshofs zusammen, so ist damit zu rechnen, dass der EuGH derartige Sonderanknüpfungen allenfalls dann gelten lassen wird, wenn sie keinen diskriminierenden Charakter haben und durch Bedürfnisse des Gemeinwohls gerechtfertigt sind. Der hier vorgeschlagene „Allgemeine Teil“ des Gesellschaftsrechts mit für alle Kapitalgesellschaften geltenden Regelungen würde sich in dieser Beziehung deutlich von der nur für „zugezogene“ Gesellschaften geltenden niederländischen

Regelung unterscheiden, die in der Rechtssache *„Inspire Art“* derzeit auf dem Prüfstand des Europäischen Gerichtshofs steht.

Dem Gründungsrecht (also dem Recht des jeweiligen Herkunftslandes) würden dann insbesondere folgende Fragenkreise unterliegen:

- Wirksamkeit der Gründung,
- internes Verfahren der Willensbildung bei Vertrags- und Satzungsänderungen (unbeschadet der Publizitätspflicht bei Kapitalgesellschaften),
- Anfechtung und Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen,
- Binnenstruktur der Organe (*„Corporate Governance“*),
- Informationsrechte der Gesellschafter.
- Materielles Recht der Verfügungen über die Beteiligung.

Im Interesse des Schutzes und der Sicherheit des Rechtsverkehrs und der reibungslosen Registereintragung mit möglichst wenig Aufwand für den Justizapparat⁹ beanspruchen aber die Formvorschriften der §§ 2, 53, 55 GmbHG Geltung auch für der GmbH vergleichbare „zugezogene“ Kapitalgesellschaften.

Das bedeutet, dass der Beschluss über eine Satzungsänderung unbeschadet der Vorschriften des Gründungsrechts über ihr Zustandekommen der Beurkundungsform bedarf. Analog § 55 GmbHG bedarf die Übernahmeerklärung bei einer Kapitalerhöhung der notariellen Beglaubigung. Der Beurkundungsform bedürfen aus den nachstehend auszuführenden Gründen auch Verfügungen über die Beteiligung (Übertragung und Belastung von Anteilen an der Gesellschaft).

Aber auch im Rahmen des Zuzugs selbst bedarf es einer „Feinabstim-

mung“ der Gesellschaft auf Besonderheiten des Rechts am neuen Sitz und einer Aufbereitung der in das Handelsregister einzutragenden Tatsachen, die sich am besten¹⁰ am Modell des Formwechsels nach dem Umwandlungsgesetz orientieren sollte (beurkundeter Beschluss über Sitzverlegung mit der erforderlichen „Feinabstimmung“)¹¹.

Derartige Regelungen bieten um so weniger Angriffsflächen, wenn sie inländische wie ausländische Kapitalgesellschaften in gleicher Weise treffen. Im Rahmen der Regelungen eines „Allgemeinen Teils“ des Gesellschaftsrechts könnte auch klargestellt werden, dass diese – zumindest für eine Übergangszeit – kumulativ neben Vorschriften des ausländischen Gründungsrechts zum Schutz von Gläubigern treten, also die Begründung eines „Günstigkeitsprinzips“ drittschützender Vorschriften.

Denkbar ist allerdings auch, dass der EuGH sich eher an der US-amerikanischen Rechtsauffassung¹² zur Reichweite der sog. *„commerce clause“* in der US-Bundesverfassung¹³ im Gesellschaftsrecht orientieren könnte und die Grenzen mitgliedersstaatlicher kollisionsrechtlicher Sonderanknüpfung sehr viel enger zieht. Dann wären die hier aufgeworfenen Fragen allerdings neu zu durchdenken.

Die eingangs gestellte Frage, ob die Diskussion über eine Reform des GmbH-Rechts nach *„Überseering“* überhaupt noch sinnvoll ist, wäre daher eher dahingehend zu stellen, ob ein Handeln des nationalen Gesetzgebers vor einer Entscheidung des Gerichtshofs in der Sache *„Inspire Art“* nicht etwa verfrüht ist.

2. Wo ist die Gesellschaft?

a) Bestandsaufnahme

Nach geltendem Recht wird als Sitz einer Gesellschaft eine Gemeinde in das Handelsregister eingetragen. Sitz

8 Hierzu u.a. *EuGH*, AG 2002, 557 ff.; *EuGH* NJW 2002, 2306 ff.; *EuGH*, ZIP 2003, 991 = NJW 2003, 2663 und ZIP 2003, 995 = NJW 2003, 2666.

9 Im Vordergrund stehen hier die Formzwecke der Beweisfunktion, Warnfunktion und der Gerichtsentlastung durch Vorschaltung des Notars als Prüfungsinstanz, die angesichts der komplexen Vorfragen des internationalen Gesellschaftsrechts hier besonders sinnvoll erscheint.

10 Siehe hierzu auch den Entwurf einer 14. Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie, abgedruckt in ZIP 1997, 1721 ff. und ZGR 1999, 157 ff.

11 Zur Frage der Kapitalaufbringungskontrolle siehe weiter unten 4.

12 Zur Gültigkeit von Bestimmungen in Statutes einzelner Bundesstaaten für Gesellschaften, die in anderen Staaten inkorporiert sind, siehe *Pinto/Branson*, *Understanding Corporate Law*, 1999, § 1.08 (S. 14): *„Some states have attempted to apply some of their internal affairs law to corporations incorporated in other states. This practice is infrequent and its validity remains unclear.“*

13 Constitution of the United States Article I Sec. 8 (3): *„The Congress shall have Power ... to regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States ...“*

ist die jeweilige politische Gemeinde. Nach § 23 HRV ist zugleich die Geschäftsanschrift anzugeben, welche über die Handelsregisterakten für Dritte ersichtlich ist. Im elektronischen Handelsregister nach dem System „REGISTAR“ kann die Geschäftsanschrift (allerdings ohne Gewähr) auch online abgefragt werden, was für die Praxis sehr hilfreich ist.

Das Erfordernis der Angabe eines Sitzes in Satzung und Handelsregister hat – dies ist durch die Änderung des AktG und des GmbHG (§§ 5 Abs. 2 AktG, 4a Abs. 2 GmbHG) im Rahmen des Handelsrechtsreformgesetzes 1998 deutlich geworden – auch Bezüge zum Verfahrensrecht. Der Sitz gemäß Handelsregister liefert nach geltendem Recht zumindest wesentliche Anhaltspunkte¹⁴ für den Ort der Hauptverwaltung und damit für den Ort, an dem Zustellungen an die Gesellschaft bewirkt werden können und an dem die Gesellschaft ihren allgemeinen Gerichtsstand hat, §§ 17, 21 ZPO, Art. 22 Nr. 2 und Nr. 3 EuGVO.

Bei der Begründung und Verlegung des Sitzes stellt das Registergericht daher nach § 12 FGG Ermittlungen darüber an, ob sich an diesem Ort die tatsächliche Geschäftsleitung befindet. Die Praxis insoweit ist uneinheitlich. Zum Teil können sich die Registergerichte noch auf die Ermittlungsarbeit der Industrie- und Handelskammern stützen. Diese bauen allerdings den Umfang ihrer gutachterlichen Tätigkeit für die Handelsregister immer weiter ab (mit durchaus positiven Auswirkungen auf die Vollzugszeiten).

Hinzu kommt, dass Unternehmen in Deutschland einer Unzahl unkoordinierter Meldepflichten gegenüber Verwaltungs-, Steuer- und Sozialversicherungsbehörden unterliegen, mit dem Ergebnis enormer Datenbestände, die vorgeblich aus Gründen des Datenschutzes, möglicherweise aber auch aus kompetenzwahrungsorientiertem Besitzstandsdenken eifersüchtig gehütet werden. Eine effiziente Nutzung dieses Bestandes zur Be-

kämpfung missbräuchlicher Verwendung von Gesellschaftsformen ist so nicht möglich. Zeitraubende, aber wenig sinnstiftende Pflichten nach diversen Statistikgesetzen kommen hinzu.

In der Praxis kann man dennoch selbst eine überdurchschnittliche Kontrolle der tatsächlichen Sitzbegründung durch das Registergericht dadurch umgehen, dass die postalische Erreichbarkeit unter der angegebenen Anschrift durch einen Nachsendeantrag sichergestellt wird. Da keine periodische Überprüfung der postalischen Erreichbarkeit stattfindet, können Zustellungen an die GmbH danach auch durch faktischen Wegzug ohne Sitzverlegung ohne Weiteres vereitelt werden.

Des Weiteren gibt § 4a GmbHG den Gleichlauf zwischen statutarischem Sitz und Ort einer Betriebsstätte nur als „Soll-Vorschrift“ vor. Allerdings hat diese Öffnungsklausel keine große praktische Bedeutung¹⁵.

Beides, der fehlende Gleichlauf zwischen Sitz und Ort der Geschäftsleitung und die aufgezeigten Vollzugsdefizite sind eine der Ursachen für die im Bezugsschreiben aufgezeigten Missstände.

b) Lösungen

Mehrere kombinierte Maßnahmen bieten sich hier als Lösung an:

aa) Geschäftsanschrift im Handelsregister

Zum ersten sollte neben dem statutarischen Sitz der Gesellschaft oder an Stelle desselben die Geschäftsanschrift der Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen werden. Dies entspricht der Handhabung in unseren Nachbarländern (vgl. das österreichische Firmenbuch sowie die Handelsregister in den Niederlanden, in Frankreich¹⁶, in Schweden, in der Schweiz und die Daten des *Companies' House* im Vereinigten Königreich¹⁷ bzw. des *Companies Registration Office* in der Republik Irland¹⁸).

Auch die Änderung der Anschrift, nicht nur die Änderung des statutarischen Sitzes¹⁹ sollte anmeldepflichtig und mit den entsprechenden Mitteln erzwingbar sein. Das Ausland ist, wie der drakonische Strafkatalog in Sec. 730 i.V.m. Schedule 24 des britischen *Companies Act 1985* zeigt, hier nicht gerade zimperlich²⁰. Ohnedies erscheint es wenig einleuchtend, warum der Umzug einer Gesellschaft von Berlin-Zehlendorf nach Kleinmachnow eine Satzungsänderung nach sich zieht, während beim Umzug in den unübersichtlichen Großstadtdschungel der Stadtteile Wedding oder Prenzlauer Berg gar nichts zu veranlassen ist.

bb) Gerichtsstand und Zustellung

Im Verfahrensrecht wäre zum zweiten vorzusehen, dass eine Zustellung an die zum Handelsregister angemeldete Anschrift durch Niederle-

14 Vgl. *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 15. Aufl., § 4a RNR. 3.

15 *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 15. Aufl., § 4a RNR. 10.

16 Art. 8 al. A No. 1 Décret No. 84-406 du 30 mai 1984 in der Fassung des Décret No. 95-374 du 10 avril 1995. Für juristische Personen siehe Art. 15 al. A No. 4 Décret No. 84-406.

17 Siehe Sec. 287 para 1 *Companies Act 1985* (*“A company shall at all times have a registered office to which all communications and notices may be addressed.”*) in Verbindung mit Sec. 725 (para 1: *“A document may be served on a company by leaving it at, or by sending it by post to, the company’s registered office.”*). Für *directors* siehe Sec. 289 (Angabe der genauen Wohnanschrift) mit den Ausnahmen nach Sec. 723B-723F (Personenschutz), aber der Zustellungsfiktion nach Sec. 289 para. 1A. Sanktion: Schedule 24 zu Sec. 288 (4).

18 Siehe Secs. 113, 379 *Companies Act, 1963* (in Ermangelung einer ladungsfähigen Anschrift kann an das Handelsregister zugestellt werden).

19 Zu den Sanktionsmöglichkeiten insoweit *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 15. Aufl., § 4a RNR. 16.

20 Die Notwendigkeit eines solchen – repressiven – Strafkatalogs liegt allerdings in Konsequenz des Fehlens eines Systems vorsorgender Rechtspflege.

gung dort als bewirkt gilt und die Gesellschaft dort ihren allgemeinen Gerichtsstand hat. Damit wäre zugleich den Gesellschaften die Möglichkeit verbaut, Zustellungen durch die Niederlegung des Amtes durch sämtliche Geschäftsführer oder durch die Bestellung eines Ausländers mit Wohnsitz in einem anderen Staat innerhalb oder außerhalb der EU zu vereiteln. Insoweit bedarf es einer Änderung des § 17 Abs. 1 Satz 2 ZPO (wahlweise neben dem Ort der Verwaltung Schaffung einer Fiktion des Sitzes der Gesellschaft am Ort gemäß der Handelsregistereintragung) und des § 181 ZPO (Schaffung einer Möglichkeit der Ersatzzustellung durch Niederlegung auch an die dem Handelsregister bekannt gegebene Anschrift). Zu prüfen ist auch Änderungsbedarf im ZVG (Zustellung der Beschlagnahme) und der InsO.

Auch hier lohnt der Blick über die Grenzen. Im Register des britischen Companies' House wird zwar als Anschrift der *directors* oftmals nur die Geschäftsanschrift der Gesellschaft angegeben, dies aber zugleich mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass Zustellungen an diese Anschrift bewirkt werden können.

Sinnvoll wäre weiter ein besonderer Gerichtsstand für Haftungsklagen gegen Gesellschafter und Geschäftsführer im Zusammenhang mit ihrer

Gesellschafterstellung bzw. Geschäftsführertätigkeit am Sitz der Gesellschaft mit ebenfalls der oben vorgeschlagenen Zustellungserleichterung.

Ohnedies passen Beschränkungen dergestalt, dass ein ausländischer Geschäftsführer im Inland eine Aufenthaltserlaubnis haben muss, nicht in unsere Zeit, wiewohl sie in der handelsregistergerichtlichen Praxis durchaus vorkommen²¹. Das Handelsregister ist keine ausgelagerte Ausländerbehörde. Beschränkungen insoweit sind diskriminierend: Denn auch deutsche Staatsbürger, denen hier der Boden zu heiß wird, sind typischerweise plötzlich in einem Kraftfahrzeug der Luxusklasse mit Schweizer oder monégassischem Kennzeichen anzutreffen. Diese Inländer würden von solchen Beschränkungen jedoch nicht erfasst.

cc) Effizienzsteigerung des Vollzugs

Zum dritten sollten durch Verbesserungen der Verwaltungsabläufe die „Schlupflöcher“ verstopft werden, die staatliche Vollzugsdefizite für Rechtsbrecher derzeit noch bieten.

Das registerrechtliche Verfahren der Sitzverlegung weist derzeit allein wegen seiner Dauer noch Vollzugsdefizite auf, die in der Praxis dazu führen, dass bei einer Sitzverlegung eine Gesellschaft oft für Monate im Bermudadreieck der justiziellen Aktenversendung „verschwinden“ kann. Wird eine Sitzverlegung in den Bezirk eines anderen Handelsregisters angemeldet, so versendet das bisherige Registergericht die Akten an das neue Gericht. Dieses prüft, oft unter Einschaltung der IHK, ob dort tatsächlich eine Geschäftsleitung besteht²² und trägt dann die Sitzverlegung ein. Das bisherige Gericht erhält hiervon Nachricht und verlautbart ebenfalls die Tatsache der Sitzverlegung.

Der Zeitbedarf hierfür ist höchst unterschiedlich und reicht von wenigen Wochen bis zu nahezu einem Jahr.

Die Ursachen hierfür liegen zum einen in den je nach den Gebräuchen des Gerichts unterschiedlichen Ermittlungen dazu, ob hinsichtlich des neuen Sitzes tatsächlich die Voraussetzungen des § 4a Abs. 2 GmbHG erfüllt sind. Hier kommt der Kooperationsbereitschaft der Beteiligten große Bedeutung zu, so dass gewissermaßen „der Bock zum Gärtner gemacht wird“. Zum anderen können derzeit auch unterschiedliche Handhabungen bei der Aktenversendung zwischen den beteiligten Gerichten sowie eine unterschiedlich hohe Arbeitsbelastung der Gerichte nicht ausgeschlossen werden²³.

Während dieses Schwebezustands ist es, jedenfalls in einem Handelsregister, das nicht mit REGISTAR geführt wird, z.B. weder für die Gesellschaft noch für Dritte möglich, einen beglaubigten Handelsregisterauszug zu erhalten.

Durch die Kombination fehlender Geschäftsanschriften mit mehrfachem Wechsel in der Geschäftsführung lassen sich Zustellungen wirksam (und im Fall des Geschäftsführerwechsels wegen des konstitutiven Beschlusses der Gesellschafter sogar legal) über einen erheblichen Zeitraum vereiteln.

Im Vergleich zum Ausland ist dies kein Ruhmesblatt des deutschen Rechtssystems. Diese Situation sollte für sich genommen Anlass bieten, sowohl die Verfahrensabläufe innerhalb der Justiz als auch – insbesondere – die grundsätzliche Mitwirkung der Industrie- und Handelskammern im registergerichtlichen Verfahren sowie die weiteren bestehenden Meldepflichten von Unternehmen einer Effizienzprüfung zu unterziehen.

Die Vollzugszeiten lassen sich aus unserer Sicht senken:

(1) durch weitere Zentralisierung der Handelsregister innerhalb des jeweiligen Bundeslands (Zuständigkeitskonzentration durch Bildung von Schwerpunktgerichten), wodurch sich aufwändige Aktenver-

21 Vgl. hierzu jüngst *OLG Dresden*, GmbHRdsch 2003, 537 (mit zust. Anm. *Wachter*), das diesen Tendenzen zu Recht eine deutliche Absage erteilt.

22 Die Ermittlungsarbeit der IHK ist, wie ein Blick über die Grenzen zeigt, letztlich überflüssig. In Frankreich muss zum Nachweis des Sitzes z.B. eine Kopie des Mietvertrages mit näher spezifizierten Anforderungen vorgelegt werden, vgl. Art. 26-1 Décret No. 84-406 du 30 mai 1984 (Ausnahmen etwa für Tochtergesellschaften mit gleicher Anschrift).

23 Als vorbildlich hervorzuheben ist hier etwa die Praxis des Handelsregisters Düsseldorf, das dem die Sitzverlegung anmeldenden Notar umgehend eine Nachricht über die Abgabe der Akten übersendet.

sendungen weiter reduzieren lassen;

- (2) durch einen bundesweiten einheitlichen EDV-Standard für die elektronische Datenübermittlung zwischen den Handelsregistern mit dem Ziel, die Kommunikation zu elektronisieren und die zeitaufwändige Aktenversendung erst als Abschluss des Verfahrens vorzunehmen;
- (3) durch eine unternehmensfreundliche Zentralisierung der Datenbanken anderer Stellen (Gewerbeämter, Arbeitsämter, AOKs, Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern, andere Genehmigungsbehörden), bei denen der Unternehmer zumeist immer wieder dieselben Daten aufs Neue angeben muss;
- (4) durch den Wegfall der zeitraubenden Befassung der Industrie- und Handelskammern nach § 126 FGG²⁴.

Hierzu bedarf es verstärkter Koordination und Standardisierung von Verfahrensabläufen unter den Bundesländern, also einer klaren Absage an die bisherigen Tendenzen, die Handelsregistergerichtsbarkeit (neben anderen Sachgebieten) zur bloßen Verhandlungsmasse im Kompetenzgeschachere zwischen Bund und Ländern herabzuwürdigen.

Zu allen diesen Punkten empfiehlt sich zum einen der Blick nach Österreich, wo die Vollzugsprobleme bei der Sitzverlegung schon dank der konsequenten Elektronisierungen des Firmenbuchs unter einem bundeseinheitlichen Standard sehr viel besser gelöst sind, zum anderen der Blick nach Frankreich, wo den Unternehmen außer dem R.C.S. und den Finanzbehörden in Gestalt der örtlichen *Centre des formalités des entreprises* (CFE) seit 1994 eine weitgehend zentralisierte Anlaufstelle für die Datenerfassung zur Verfügung steht²⁵.

Diese Datenanlaufstelle könnte zum einen über einen Online-Zugang

organisiert werden oder zum anderen über die Einschaltung jeder Gemeinde als zentraler Anlaufstelle für eine bundesweit einheitliche Datenbank, die von den Ländern gemeinsam eingerichtet und getragen wird. Letztlich könnte auf demselben Zentralserver auch das Handelsregister selbst verwaltet werden, so dass z.B. die Anmeldung einer Anschriftenänderung zum Handelsregister automatisch eine Benachrichtigung der zuständigen Gewerbeämter nach sich ziehen würde (und auch umgekehrt mit der Folge, dass ein Umzug in eine andere politische Gemeinde dem Handelsregister frühzeitig bekannt würde). Eine solche Maßnahme wäre zugleich zum einen ein wirklicher Beitrag zur Schaffung eines „schlanken“ und zugleich effizienteren Staates, zum anderen ein wichtiger Schritt der Weiterentwicklung des Handelsregisters zu einer Unternehmensdatenbank mit Informationsfunktion für den Kapitalmarkt.

Fragen des Datenschutzes sollten hier zurückstehen. Zum einen kann der Datenschutz es nicht rechtfertigen, dass ein Unternehmen eine Unzahl von Formularen statt eines einzigen ausfüllen muss. Fragen des Datenschutzes sollten sich erst beim Zugriff auf diese Datenbank stellen, nicht bei deren Einrichtung. Insbesondere müsste diese Datenbank dem Zugriff der Registergerichte offen stehen, da die in der Praxis oft mühsame Ermittlungsarbeit nach § 12 FGG, für die ein Richter oder Rechtspfleger eigentlich überqualifiziert ist, durchaus durch eine online-Anfrage durch einen Beamten des mittleren Dienstes nach Registrierung des Eingangs und vor der Vorlage der Akte an den Richter/Rechtspfleger erledigt werden könnte. Gleiches gilt im Übrigen für die firmenrechtlichen Prüfungen nach § 18 HGB, die sich heutzutage ohne Weiteres mittels der CD-ROM für Deutschland der Deutschen Telekom erledigen lässt.

Inbesondere durch die vorgeschlagene Änderung im Recht der Zustellung und des Gerichtsstands und

die Schaffung einer zentralen Datenbasis nach französischem Vorbild könnte zum einen Missbräuchen der Rechtsform der GmbH effektiv vorgebeugt werden. Zum anderen wären die Registergerichte entlastet, da die Amtsermittlung nach § 12 FGG letztlich durch das Prinzip der Selbstverantwortung der Gesellschaft für ihre Erreichbarkeit ergänzt wäre. Zum dritten ließe sich daher die in der Praxis zeitaufwändige Mitwirkung der Industrie- und Handelskammern reduzieren, was auch dort zur Kostensenkung und über die positive Auswirkung auf die IHK-Beiträge zur Senkung der Belastung der gewerblichen Wirtschaft betragen würde.

Die Registrierung von im Ausland gegründeten Gesellschaften mit Sitz im Inland ließe sich relativ leicht dadurch erzwingen, dass für alle noch nicht im Handelsregister eingetragenen, aber eintragungspflichtigen Rechtsträger eine Außenhaftung der Handelnden, evtl. auch der Gesellschafter eingeführt würde, die nach dessen Eintragung durch den Rechts-

24 Im Bereich der Industrie- und Handelskammer für München und Oberbayern erstattet die IHK wegen Personalmangels seit Oktober 2002 keine Gutachten zu Sachgründungen/Sachkapitalerhöhungen mehr. Die zwangsläufige Alleinzuständigkeit des Gerichts hierfür hat nicht nur zu einer (nochmals) deutlichen Verbesserung der Vollzugszeiten bei derartigen Vorgängen geführt, sondern vor allem auch zu klaren und berechenbaren Vorgaben für den Inhalt von Sachgründungs- und Sachkapitalerhöhungsberichten. Der Wegfall der Befassung der IHK in diesem Bereich hat sich damit als deutlich vorteilhaft für die Rechtspraxis erwiesen. Eintragszeiten von wenigen Tagen für Sachkapitalerhöhungen oder einen Formwechsel in die AG sind dadurch bei Einhaltung der richterlichen Vorgaben fast schon Standard.

25 Décret No. 96-550 du 19 juillet 1996; hierzu *Gras/Placé*, Guide des formalités des sociétés, 1^{ère} édition 2002, chapitre B. Aus deutscher Sicht *Becker, GmbHRRdsch* 2003, 706 (im Zusammenhang mit dem Vorhaben, das Gründungsverfahren in Frankreich nach spanischem Vorbild zu beschleunigen).

träger übernommen werden kann (vgl. die *reprise* nach Art. 16 SE-VO, dazu die Stellungnahme des Deutschen Notarvereins vom 24. 06. 2003, Ziff. 8).

3. Wem gehört die Gesellschaft?

a) Bestandsaufnahme

aa) Gesellschafterliste

Anlässlich des Handelsrechtsreformgesetzes 1998 hatte der Gesetzgeber bereits erkannt, dass der Ansatz, die Beteiligungsverhältnisse an einer GmbH mittels der Liste der Gesellschafter transparenter zu machen, wegen der damit verbundenen Vollzugsdefizite verbesserungsbedürftig ist.

Die Eintragung der Gesellschafter in das Handelsregister selbst (wie z.B. in den Niederlanden oder in Österreich) stieß auf den Widerstand der Länder, die die damit verbundene Mehrbelastung der Justiz fürchteten. Statt dessen wurde die Pflicht der Geschäftsführer zur alljährlichen Einreichung einer Gesellschafterliste durch die Geschäftsführung ersetzt durch die Anzeigepflicht des Notars, der eine Geschäftsanteilsabtretung beurkundet hat, verbunden mit der Pflicht der Geschäftsführer, eine aktualisierte Liste nach Wirksamkeit der Abtretung einzureichen, § 40 Abs. 1 GmbHG.

Jedoch vermag nach nunmehr fünfjähriger Praxis auch dieses Verfahren nicht völlig zu befriedigen²⁶. Die Anzeige der Abtretung führt dazu, dass das Gericht an die Gesellschaft herantreten muss, welche dann ihrerseits aktiv wird. Somit löst die Anzeigepflicht zahlreiche Arbeitsvorgänge aus (beim Notar, beim Gericht, bei der Gesellschaft, die sich oftmals dann wieder an ihren Berater wendet).

Notare, die statt dessen gleich eine neue Liste unterschreiben lassen und diese statt einer Anzeige der Abtretung bzw. als solche bei Gericht einreichen, wurden schon des öfteren gebeten, die Abtretung zunächst einmal anzuzeigen²⁷.

Zudem lässt sich die Anzeigepflicht (ebenso wie die Anzeigepflicht nach § 54a EStDV) leicht durch Vornahme der Beurkundung im Ausland umgehen. Die Beurkundung eines *“call“* oder *“put“* in der Schweiz oder in Österreich ist gängige Praxis gerade auch in Fällen, in denen damit keine Ersparnis an Notarkosten verbunden ist.

Auch beschränkt sich die Anzeige nur auf die Tatsache, dass bei einer zu bezeichnenden GmbH eine Anteilsabtretung vorgenommen wurde. Nicht anzugeben ist, wer an wen zu welchen Bedingungen abgetreten hat. Es ist somit immer noch – auch ohne Einschaltung eines Treuhänders – ein Leichtes, die tatsächlichen Beteiligungsverhältnisse an einer GmbH zu verschleiern. Dies wirkt sich sowohl zum Nachteil der Gesellschafter als auch zum Nachteil Dritter aus, die auf die Gesellschafter durchgreifen wollen (*“piercing the corporate veil“*). Für börsennotierte Gesellschaften ist diese Tatsache bereits von der EU-Kommission erkannt, die in ihrem Aktionsplan zur Reform des Gesellschaftsrechts die Offenlegung derartiger Vereinbarungen (einschließlich von Konsortialverträgen) erreichen will²⁸.

bb) § 15 GmbHG

Hinzu kommt, dass man beim Nachvollziehen der Beteiligungsver-

hältnisse an einer GmbH auf eine atavistische *“title search“* angewiesen ist. Im Grundstücks- und im Wertpapierrecht leistet sich unser Land zu Recht ein hochentwickeltes System öffentlicher Register bzw. einen Schutz des gutgläubigen Erwerbers, während für den Besitztitel an einem Unternehmen in Form der GmbH (der häufigsten Gesellschaftsform) die Regelungen der §§ 398 ff. BGB gelten²⁹. Der Wirtschaft und auch zahlreichen Juristen ist erstaunlicherweise noch nicht hinreichend bewusst geworden, dass die Übertragung von GmbH-Anteilen ein höchst komplexer Vorgang ist. Denn im Rahmen der *“title search“* ist Folgendes zu prüfen:

- (1) Wer war mit welchem Anteil Gründungsgesellschafter?
- (2) Liegen Vorabtretungen vor und sind diese wirksam geworden (durch Erteilung von Genehmigungen nach § 17 GmbH bzw. der Zustimmungserklärungen, die aufgrund der Satzung in der zur Zeit der Wirksamkeit der Abtretung geltenden Fassung vorgesehen waren oder durch Eintritt/Nichteintritt sonstiger Bedingungen in den Rechtsgeschäften, z.B. der Erbringung der Gegenleistung sowie durch Anmeldung der *inter partes* wirksam gewordenen Abtretung bei der Gesellschaft nach § 16 GmbHG)?

Letzteres ist kaum feststellbar, da der beurkundende Notar hier nur auf die Angaben der Beteiligten angewiesen ist. Die GmbH als die klassische Gesellschaftsform für den Mittelstand wird somit mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit belastet. Nicht zuletzt beeinträchtigt dieser Zustand die Tauglichkeit von GmbH-Anteilen als Kreditsicherheit und damit die Refinanzierungsmöglichkeiten für den Mittelstand.

b) Lösungen

Über die Fragestellung des Bezugsschreibens hinaus, aber auch im Rahmen der Bekämpfung von Miss-

26 Siehe hierzu auch Ziegler, GmbHRdsch – GmbH-Report 2000 R201 und ders., GmbHRdsch – GmbH-Report 2002, R45, der die Gesellschafterliste mit Recht als „Stiefkind“ im Registerwesen bezeichnet.

27 Vgl. hierzu die zutreffenden Ausführungen von Lutter/Hommelhoff, GmbHG 15. Aufl., § 40 RNr. 11 letzter Satz.

28 Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward, COM (2003) 284 final, No. 3.1.1.

29 Hierzu Lutter/Hommelhoff, GmbHG 15. Aufl., § 15 RNr. 11.

bräuchen der juristischen Person, wäre daher mehr Transparenz bei den Beteiligungsverhältnissen wünschenswert.

aa) Nachweis des Anteilsübergangs

Die Eintragung der Gesellschafter in das Handelsregister nach dem Vorbild Österreichs oder der Niederlande, wobei diese Eintragung sogar einen Gutglaubensschutz des Anteilserwerbers begründen könnte, dürfte wegen der damit verbundenen erheblichen Mehrbelastung der Registergerichte und dem hohen Staatshaftungsrisiko ausscheiden. Denkbar wäre allenfalls, in Anlehnung an die französische Rechtsfigur der *“opposabilité aux tiers”* vorzusehen, dass die aus der eingereichten Gesellschafterliste ersichtlichen Personen Dritten und der Gesellschaft gegenüber als Gesellschafter der Gesellschaft gelten, es sei denn, dem Dritten/der Gesellschaft ist etwas anderes bekannt³⁰.

Alternativ denkbar (und möglicherweise vorzugswürdig) wäre allerdings die Einführung eines notariellen Attests über die Wirksamkeit einer Anteilsabtretung bzw. einer sonstigen Verfügung (Verpfändung, Nießbrauchsbestellung). Statt einer Kette oft komplexer Anteilsabtretungen wäre nur noch eine Kette von Wirksamkeitsattesten bis hin zur Gründungsurkunde zurückzuverfolgen. Ein solches Attest findet sein Vorbild in den gutachterlichen Bescheinigungen des Notars nach Art 8 Abs. 8, 25 Abs. 2 und 26 Abs. 1 SE-VO und würde bescheinigen, dass eine Abtretung von GmbH-Anteilen vom Veräußerer an den Erwerber sowohl *inter partes* als auch *erga omnes* wirksam geworden ist. Ein vergleichbares Attest ist z. B. im französischen Grundstücksrecht gebräuchlich und bescheinigt dort den Eigentumserwerb des Käufers bis zur Registrierung des Eigentumsübergangs. Ein solches Attest würde zudem die Möglichkeiten, Kredite durch Geschäftsanteile zu besichern, erheblich verbessern.

bb) Reform des § 24 GmbHG

Zusätzlich könnte die komplexe Haftung nach § 24 GmbHG durch eine gesamtschuldnerische Haftung aller jetzigen und früheren Gesellschafter ersetzt werden, falls man nicht ohnedies aus Vereinfachungsgründen zum ausnahmslosen Gebot der Volleinzahlung übergeht (vgl. nachstehend 4.). Der Regress im Innenverhältnis würde sich dann nach den Vereinbarungen in den jeweiligen Erwerbsverträgen bzw. nach § 426 BGB richten.

cc) Neuer Formzweck für § 15 GmbHG

Die erforderliche Bewusstseinsbildung der Wirtschaft und der Fachkreise dahingehend, dass Verfügungen über Geschäftsanteile an einer GmbH rechtlich anspruchsvolle und fehlerträchtige Vorgänge sind, lässt sich letztlich nur durch eine Aufwertung der Funktion der Form im Rahmen des § 15 GmbHG erreichen. Nach dem Willen des historischen Gesetzgebers stand neben der Beweisfunktion der Form die Erschwerung des Handels mit GmbH-Anteilen im Vordergrund³¹ (vergleichbar etwa dem historischen Zweck der Form des Schenkungsversprechens³²).

Vor allem Letzteres ist als Formzweck anachronistisch. Verfügungen über GmbH-Anteile sind ein gängiges Rechtsgeschäft. In der heutigen Praxis der Beurkundungsform gewinnen hingegen die Belehrungs- und Warnfunktion sowie der Übereilungsschutz neben der Beweisfunktion zunehmend an Gewicht. Nur wenn auch § 15 GmbHG diese Formzwecke *de lege lata* zugrunde lägen, ließen sich Missbräuche wie die im Bezugsschreiben angesprochene Veräußerung von Geschäftsanteilen an sogenannte GmbH-Bestatter effektiv bekämpfen. Solange es in der Praxis sanktionslos zulässig ist, Anteile im Rahmen einer abstrakten Urkunde abzutreten und damit zugleich ein formnichtiges (und damit verschleiertes) schuldrechtliches Grundgeschäft zu heilen, solange

kann das Notariat seine Fähigkeiten nicht zum Wohle der Gesellschaft einsetzen. Im Übrigen macht die sofortige Heilung umfangreichster formnichtiger Abreden durch eine in einem Absatz enthaltene Abtretung das Abstraktionsprinzip des deutschen Rechts zur Farce.

Im Gegensatz zu § 311b BGB, wo die Frage der Reichweite des Formerfordernisses eine große Rolle spielt, wird dies im Rahmen des § 15 GmbHG nur wenig problematisiert³³. Das fehlende Problembewusstsein führt dazu, dass Vereinbarungen im Rahmen der Anteilsübertragung nicht etwa nur privatschriftlich niedergelegt werden, sondern vielmehr gar nicht getroffen werden.

So stellen Notare in der Praxis immer wieder fest, dass sich die Beteiligten einer Geschäftsanteilsabtretung über geschäftswesentliche Dinge wie die Freigabe der vom Veräußerer (evtl. auch seines Ehegatten) gestellten dinglichen und persönlichen Sicherheiten gegenüber Banken nicht geeignet haben. Im Gegensatz zum Grundstückskauf, im Rahmen dessen solche Fragen selbstverständlich angesprochen und geregelt werden, bedarf es bei der Geschäftsanteilsübertragung seitens des Notars schon ausgefeilter Techniken des Kreuzverhörs, um den Sachverhalt insoweit erst einmal zu ermitteln. Gleiches gilt etwa für im Rahmen der Abtretung versprochene Einlagen in die Gesellschaft, der Ablösung von Gesellschafterdarlehen, für Gewährleistungsfragen oder für Verträge über die Nutzung von Privat- bzw.

30 Vgl. hierzu etwa auch Sec. 124 des irischen Companies Act, 1963: *“The register of members shall be prima facie evidence of any matters by this Act directed or authorised to be inserted herein.”*

31 Dieses Motiv wird heute noch in den Kommentaren hervorgehoben, vgl. *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 15. Aufl., § 15 RNr. 1 und 12.

32 Hierzu *R. Zimmermann*, *The Law of Obligations*, 1990, S. 500f.

33 Vgl. etwa *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 15. Aufl., § 15 RNr. 18.

Sonderbetriebsvermögen durch die Gesellschaft.

Sinnvoll wäre daher die Schaffung einer Vorschrift nach dem Vorbild des § 925a BGB mit dem Inhalt, dass die Abtretung eines Anteils nur beurkundet werden soll, wenn auch das schuldrechtliche Grundgeschäft beurkundet ist, d.h. die Gesamtheit aller Abreden, die mit der Abtretung des GmbH-Anteils „stehen und fallen“. Da Geschäftswert und Gebühr für das schuldrechtliche Grundgeschäft identisch sind mit Geschäftswert und Gebühr für die Abtretung, wäre eine solche Maßnahme mit einer Verbesserung der Rechtsvorsorge ohne Mehrkosten für die Beteiligten verbunden. Im Gegenteil: ebenso wie im Grundstücksverkehr würden den Beteiligten die Potenziale offenbar werden, die das Notariat zur Kostenersparnis bereithält.

Anstelle der Heilungsvorschrift des § 15 GmbHG, die ohnedies nicht viel weiterhilft, da sie zum Eintritt von Bedingungen der Abtretung nichts sagt, könnte das oben aa) vorgeschlagene notarielle Wirksamkeitsattest auch die Heilung von Mängeln des Grund- und des Erfüllungsgeschäfts bewirken.

Alternativ könnte ein unwirksames Grundgeschäft in Anwendung des Rechtsgedankens der Heilung nichtiger Beschlüsse nach Ablauf von drei Jahren ab der Wirksamkeit der dinglichen Abtretung geheilt werden. Bis

dahin bliebe die Abtretung somit u.U. kondizierbar. Mit der Analogie zur Heilung der Nichtigkeit wäre zugleich im Wesentlichen ein Gleichlauf mit der Regelverjährung des Kondiktionsanspruchs gegeben, §§ 195, 199 Abs. 4 BGB.

Zu gefährlich wäre es hingegen, auf den Tag des Eingangs der entsprechenden Gesellschafterliste beim Handelsregister abzustellen und diesem Ereignis konstitutive Bedeutung beizumessen. Hierdurch würde den Geschäftsführern ein zu hohes Maß an Verantwortung und Haftungsrisiko aufbürden.

Dieser geänderte § 15 GmbHG wäre wegen ihrer Formzwecke nicht nur auf die GmbH anzuwenden, sondern auch auf der GmbH vergleichbare im Ausland gegründete Kapitalgesellschaften mit Verwaltung im Inland, z.B. auf eine Limited englischen Rechts, eine niederländische B.V., eine Schweizer GmbH, eine belgische, luxemburgische, französische oder italienische SARL bzw. eine spanische S.L., evtl. auch auf eine amerikanische Inc. als *“closely held corporation”*.

Wie wirksam die Formzwecke eines auf das Niveau des § 311b BGB angehobenen § 15 GmbHG auch gegen „GmbH-Bestatter“ schützen könnten, zeigen Beispiele aus der jüngeren Praxis des Grundstücksrechts.

So tauchten vor knapp zehn Jahren Modelle des Verkaufs überschuldeter

Immobilien auf mit anschließendem *lease back* und dem Versuch des Erwerbers, zu Lasten der Grundpfandgläubiger § 416 BGB zu nutzen. Hier kamen die Strategien der „Entsorger“ dank der umfassenden Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 BGB (BGH-Formel vom „Stehen und Fallen“) rasch auf den Tisch; Missbräuche wurden durch entsprechende Rundschreiben der Notarkammern im Keim erstickt.

Ein weiteres Beispiel für den Nutzen der notariellen Form sind auch die Betrügereien am „Grauen Kapitalmarkt“ vor etwa zehn Jahren mit dem Handel mit Bankgarantien, die über Nachfragen der Notare bei Grundpfandrechtsbestellungen rasch aufkamen und über die Notarkammern rasch zur Befassung der Strafverfolgungsbehörden führten.

4. Wer finanziert die Gesellschaft zu welchen Bedingungen?

a) Bestandsaufnahme

Die Frage der Finanzierung der Gesellschaft ist für den Schutz Dritter von großer Bedeutung und reicht weit über die bloße Kapitalaufbringung bzw. Kapitalerhaltung hinaus.

Dieser Tatsache ist vom Gesetzgeber bereits anlässlich der GmbH-Reform 1980 durch die sog. Novellenre-

GEBRÜDER WEISS & CIE. MÜNCHEN

seit  1830

älteste Spezialfirma für Notare

80469 München · Reichenbachstraße 18

Telefon 089-2015642 · Fax 089-2013179

e-mail: notarbedarf@t-online.de · <http://www.notarbedarf.com>

geln der §§ 32a und 32b GmbHG Rechnung getragen worden³⁴. Daneben wird dieses Rechtsgebiet durch ein hoch entwickeltes Richterrecht geprägt. Zu nennen sind hier nur die Stichworte der kapitalersetzenden Darlehen nach den BGH-Regeln³⁵, die kapitalersetzende Nutzungsüberlassung³⁶, Finanzplankredite³⁷, der Supermarktbeschluss des BGH zu Unternehmensverträgen³⁸ und die Haftung für existenzvernichtende Eingriffe im Recht der Unternehmensverbindungen³⁹.

Die Rechtsentwicklung hat somit zum einen das Konzept der Kapitalerhaltung zwar mit Vorsicht, aber dennoch in einer Vielzahl von Fällen in Richtung einer Pflicht der Gesellschafter zur angemessenen Kapitalausstattung der Gesellschaft weiterentwickelt, wenngleich man zu Recht national wie international davor zurückscheut, das Konzept der juristischen Person durch die Schaffung eines allgemeinen Außenhaftungstatbestands für Unterkapitalisierung zu konterkarieren.

In jüngster Zeit hat der BGH, mit den Beschlüssen vom 09.12. 2002⁴⁰ und vom 07. 07. 2003⁴¹, auch das Recht der Kapitalaufbringung fortgebildet, indem er bei der Verwendung von GmbH-Mänteln (Vorratsgesellschaften) die tatsächliche Kapitalaufbringung nicht nur auf den Zeitpunkt der Eintragung der Gesellschaft, sondern auch auf den Zeitpunkt ihrer effektiven Geschäftsaufnahme (Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung) abstellt.

Damit korrigiert der BGH allerdings primär zunächst einmal eine Entwicklung, die er selbst mit dem Übergang vom Vorbelastungsverbot zur Differenzhaftung eingeleitet hat. Denn dieses Konzept, das die Beweislast für die fehlende wertgleiche Deckung vom Gesellschafter auf den klagenden Insolvenzverwalter verlagert, stellt genau genommen eine Abschwächung des Kapitalaufbringungsschutzes dar. Schon in seiner Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines SEEG vom

24.06.2003 hat der Deutsche Notarverein (aaO, Ziff. 8.) empfohlen, das Konzept der Gesamtrechtsnachfolge der GmbH in die Geschäfte der Vor-GmbH mit der hieraus resultierenden Differenzhaftung aufzugeben und das Gründungsrecht der deutschen Kapitalgesellschaft wieder stärker an das gemeineuropäische Konzept der *"reprise"* französischen Rechts heranzuführen. Auf diese Überlegungen wird hier verwiesen.

Als Ergebnis dieser Rechtsentwicklung ist allerdings ein Fallrecht entstanden, dessen Verästelungen selbst die Fachleute kaum noch durchschauen. Der Ausgang eines Rechtsstreits wird hierdurch nur schwer prognostizierbar, was wegen des Kostenrisikos letztlich auch dem Vertragspartner der insolventen GmbH nicht hilft. Dieser hat ohnedies bereits bei Vertragsabschluss gewusst, dass sein Geschäftspartner nur über begrenzte finanzielle Ressourcen verfügt und hätte damals schon Vorsorge treffen können. Letztlich hat diese Rechtsentwicklung der Attraktivität der Rechtsform der GmbH geschadet, die vor 100 Jahren einmal ein Exportschlager des deutschen Gesellschaftsrechts war. Inzwischen reicht die Komplexität der deutschen GmbH ohne weiteres an die der Rechtsformen der *corporation* nach anglo-amerikanischem Privatrecht heran⁴².

Eine Vereinfachung in diesem Bereich bietet die Chance, die deutsche GmbH in einem Europa der Gründungstheorie zu einem Rechtsträger zu machen, der dank der Berechenbarkeit und Klarheit seines Rechtsregimes in Verbindung mit einer effizienten und kostengünstigen Rechtsvorsorge durch Notare und Registergerichte den Rechtsformen des angelsächsischen *case law* überlegen ist.

b) Lösungen

Zusätzlich wäre zu erwägen, die Möglichkeit teilweiser Einzahlung des Grundkapitals bei Gründungen und

Kapitalerhöhungen⁴³ zugunsten zwingender Volleinzahlung aufzugeben.

Anstatt die überstimmten (Minderheits-)Gesellschafter mit einem (bei Kapitalerhöhungen ohne Volleinzahlung sogar gegen deren Willen) u.U. enormen Haftungsrisiko⁴⁴ nach § 24 GmbH zu belasten, wäre es ehrlicher, das Mindeststammkapital abzusen-

34 Eingehend hierzu *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 15. Aufl., §§ 32a/b RNr. 10-17.

35 Vgl. statt aller die Nachweise gemäß der vorhergehenden Fußnote.

36 Hierzu *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 15. Aufl., §§ 32a/b RNr. 138 ff.

37 *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 15. Aufl., §§ 32a/b RNr. 169 ff.

38 BGHZ 105, 324.

39 Hierzu zuletzt der Überblicksaufsatz von *Döser*, Die AG 2003, 406 ff.

40 BGH DB 2003, 330 = ZIP 2003, 251.

41 BGH DB 2003, 2055.

42 Wer auf die angebliche „Einfachheit“ z.B. der Gründung einer englischen *Limited* verweist, übersieht (oder verschweigt bewusst) sowohl die Notwendigkeit komplexer *„by-laws“* in Ergänzung der im Schreibwarenhandel verfügbaren Gründungsformulare (*Articles of Incorporation*) als auch die hohe „Wartungsintensität“ (d.h. der hohe Bedarf an Rechtsberatung) dieser Rechtsform im täglichen Geschäft. Dem gegenüber kann eine deutsche GmbH auch mit einer komplexen Satzung immer noch zu Notarkosten gegründet werden, die unter dem Niveau einer einzigen Partner-Stunde in einer Londoner Wirtschaftskanzlei liegen.

43 Vgl. §§ 7 Abs. 2 Sätze 1-2, 57 Abs. 2 Satz 1 GmbHG.

44 Beispiel: A und B sind Gesellschafter einer GmbH mit Stammeinlagen von € 24.900,00 und € 100,00. A setzt gegen den Willen des B eine Kapitalerhöhung um € 1.000.000,00 mit 25 % Einzahlung durch und zeichnet den Anteil allein, da B hierzu die Mittel fehlen. Wenig später wird die Gesellschaft insolvent. Der Insolvenzverwalter kann von B über § 24 GmbHG die Resteinzahlung verlangen. Hierzu *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 15. Aufl., § 55 RNr. 38, der als Lösung letztlich nur die Aufgabe der Beteiligung über ein Austrittsrecht anbietet und damit zu einem faktischen *squeeze-out* der Minderheitsgesellschafter gelangt.

ken⁴⁵. Die Einbeziehung gutgläubiger vermögensloser Ehegatten oder Verwandter, die nur zum Zwecke der Umgehung der Volleinzahlungspflicht aus Gefälligkeit bei Gründung einen Zwerganteil übernehmen, in den Haftungsverband wäre somit vermeidbar. Zudem wäre der Existenzgründer gezwungen, sich mehr Gedanken über sein Unternehmen, seinen Geschäftsplan und seinen Finanzbedarf zu machen, was, wie die Insolvenzanfälligkeit gerade neu gegründeter Unternehmen zeigt, durchaus von gesamtwirtschaftlichem Nutzen wäre.

Nicht zuletzt sollten die Entwicklungen des Kapitalersatzrechts auf wenige einfache Regeln zurückgeführt werden.

Andererseits sind zahlreiche praxisrelevante Gestaltungen des *corporate finance* noch gar nicht Gegenstand der Rechtsprechung des BGH gewesen. Zu denken ist vor allem an

- (1) schuldrechtliche Abreden unter den Gesellschaftern neben der Satzung,
- (2) die stille Gesellschaft in Form des Teilgewinnabführungsvertrages bzw.
- (3) hybride Finanzierungsformen wie z.B. *mezzanine loans*, evtl. mit sog. *equity kicker* (Wandlungsrecht)⁴⁶.

45 Dieser Weg erscheint sinnvoller zu sein als der Weg des französischen Gesetzgebers, der durch die Loi NRE die Mindesteinzahlungspflicht auch für Einmanngründungen auf 20 % des gezeichneten Stammkapitals abgesenkt hat, wobei innerhalb von fünf Jahren 100 % eingezahlt werden müssen (hierzu *Wachter/Frank*, GmbHRdsch 2002, 54, 56 f.). Im Hinblick auf den tatsächlichen Kapitalbedarf einer Existenzgründung erscheint Letzteres als bloßer gesetzgeberischer Aktionismus.

46 Andeutungsweise hierzu *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 15. Aufl., § 55 RNr. 43-47. Eingehend *Jänisch/Moran/Weibel*, DB 2002, 2451.

47 *BayObLG* GmbHRdsch 2003, 534 mit abl. Anm. *Weigl*.

48 Entwurf einer 14. Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie, abgedruckt in ZIP 1997, 1721 ff. und ZGR 1999, 157 ff.

Diese Gestaltungen werden im deutschen Recht zumeist recht stiefmütterlich behandelt, wenn man vom Teilgewinnabführungsvertrag im Aktienrecht einmal absieht. Die Folgen sind zweierlei:

Zum einen machen sich die Beteiligten oft gar keine Gedanken darüber, dass eine Existenzgründung in aller Regel meist mehr Kapital benötigt als das Mindeststammkapital nach dem GmbHG. Welche Leistungen sonst noch aus dem Privatvermögen der Existenzgründer oder ihrer Angehörigen gefordert sind, wird wenn überhaupt frühestens bei Kreditgesprächen mit den Banken klar (z.B. die Leistung weiterer Einlagen nach § 272 Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 4 HGB, die Gewährung von Gesellschafterdarlehen mit Rangrücktritt, die Stellung persönlicher oder dinglicher Sicherheiten für Verbindlichkeiten der Gesellschaft). Tauchen diese Fragen auf, so kommt es oft zu Verwerfungen im Gesellschafterkreis, die im günstigsten Fall mit der Anpassung der Beteiligungsverhältnisse an das wirtschaftliche Engagement, im schlechten Fall mit Streitigkeiten schon in der ersten Aufbauphase enden. Die Praxis zeigt, dass in der Startphase einer GmbH sich die Beteiligungsverhältnisse in Konsequenz dieser Erkenntnisse oft schneller ändern als in späteren Lebensphasen eines Unternehmens.

Hier erscheint zum einen wegen der Belehrung des Existenzgründers, zum anderen wegen der Beweisfunktion (Schutz des Rechtsverkehrs vor willkürlicher Datierung bzw. dem Verschwinden derartiger Verträge) geboten, alle Abreden, die Einlagen der Gesellschafter im weitesten Sinne umfassen, der Form des § 2 GmbHG zu unterwerfen, und zwar auch dann, wenn diese Abreden nur im Verhältnis der Gesellschafter untereinander getroffen worden sind. Gleiches sollte in Anlehnung §§ 53, 55 GmbH für die Verpflichtung zur Vornahme einer Kapitalmaßnahme gelten (*„equity kicker“*). Die Folge dieser Formpflicht wäre in den meisten Fällen, dass die-

se notwendigen Abreden überhaupt einmal getroffen und nicht wie meist schlicht vergessen werden.

Besonders deutlich wird die Notwendigkeit formal höherer Anforderungen etwa am Beispiel eines Teilgewinnabführungsvertrages. Im Gegensatz zur Rechtslage bei einer Aktiengesellschaft sind nach einer jüngst ergangenen Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts⁴⁷ solche Verträge, ungeachtet ihrer enormen Auswirkung auf die Vermögenslage der Gesellschaft gegenüber Dritten (und ungeachtet der enormen Manipulationsmöglichkeiten, die stille Beteiligungen im Steuerrecht dank der Möglichkeit der Rückdatierung bieten), nicht im Handelsregister einzutragen.

Schließlich wäre im Rahmen der Frage nach der Gesellschaftsfinanzierung auch über eine Außenhaftung der Geschäftsführung nachzudenken. Hierzu kann auf die Überlegungen des Deutschen Notarvereins im Rahmen der bereits zitierten Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines SEEG vom 24.06.2003 verwiesen werden (dort Ziff. 7.4). Zu analysieren wäre auch, ob die Beweislast für die Nachrangigkeit einer Gesellschafterfremdfinanzierung immer angemessen verteilt ist.

Diese Überlegungen treffen nicht nur die deutsche GmbH, sondern auch die „zugezogene“, der GmbH vergleichbare ausländische Kapitalgesellschaft. Bei dieser kommt im Rahmen der Ersteintragung in das deutsche Handelsregister auch eine gewisse Form der Kapitalaufbringungskontrolle in Betracht. Denkbar wäre zum einen eine Orientierung am Formwechselmodell des Entwurfs einer Richtlinie der EU über die grenzüberschreitende Sitzverlegung in Betracht⁴⁸ (d.h. eine Versicherung der Anmelder zur Kapitaldeckung (etwa entsprechend § 220 UmwG), evtl. verbunden mit einem Bericht über die Kapitaldeckung entsprechend dem Sachgründungsbericht). Diese Versi-

cherung könnte auch als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB bzw. als Haftungstatbestand im Rahmen einer zu schaffenden Außenhaftung ausgestaltet sein.

5. Weitere Folgerungen

Der deutsche Gesetzgeber hat allen Anlass, sich Gedanken darüber zu machen, wie im künftigen europäischen Wettbewerb der Gesellschaftssysteme deutsche Gesellschaftsformen positioniert sein werden.

In ihrer gegenwärtigen Verfassung dürfte die deutsche GmbH nur geringe Wettbewerbschancen haben, weil

hoch bürokratischen und rigoros kontrollierten Kapitalaufbringungspflichten im Vergleich zu ausländischen Formen so gut wie keine sichtbaren Vorteile gegenüberstehen. Ein hypertrophierendes Kapitalerhaltungsrecht kommt hinzu.

In dieser Situation sind zwei Strategien denkbar: Entweder beteiligt sich das deutsche Recht am *race to the bottom* oder es geht den umgekehrten Weg, die Qualität der GmbH zu steigern und sie dadurch attraktiv zu machen. Der Deutsche Notarverein befürwortet den Weg der Qualitätssteigerung. Dabei sollte man sich der traditionellen Stärken des deutschen Rechtssystems erinnern, die darin be-

gründet sind, dass das deutsche Recht wie kein anderes auf Rechtssicherheit angelegt ist. Die GmbH sollte daher zu einem Instrument ausgebaut werden, das dem Rechtsverkehr einen sicheren Umgang ermöglicht. Sichere, haftungsvermeidende Gründung unter klarem Rechtsregime, sichere Übertragung von Geschäftsanteilen, sicheres Kontrahieren mit der GmbH, sichere Rechtsverfolgung gegen die GmbH sind Werte, die der Rechtsverkehr schätzen und honorieren wird. Dass damit zugleich der Gründungsschwindel, der Stoßbetrug (einschließlich des Umsatzsteuerschwindels) und der Ausschlagungsbetrug bekämpft werden, sollte nur als – erwünschter – Nebeneffekt verstanden werden.

■ RISIKOMANAGEMENT FÜR NOTARE



Risikomanagement für Notare - das bedeutet vor allem Beratung in allen Fragen der beruflichen Versicherungen und der persönlichen Vorsorge.

Die Funk Gruppe, Internationale Versicherungsmakler und Risk Consultants, hat gemeinsam mit dem Deutschen Notarverein kostengünstige Rahmenverträge entwickelt, mit dem Sie sowohl Ihre beruflichen Risiken als auch Ihre private Vorsorge- und Vermögensplanung optimal gestalten können.

Sie legen Wert auf:

- **Optimalen Deckungsschutz i. R. Ihrer Berufshaftpflicht**
- **die Absicherung Ihrer Familie**
- **die Absicherung im Falle der Berufsunfähigkeit**
- **renditeorientierten Kapitalaufbau für den Ruhestand**
- **Vorsorge für den Praxisausfall**

Wir legen Wert auf fachliches Know-how, innovative Riskobewältigung / Risikovorsorge und Unabhängigkeit - an 25 Standorten in Europa und gemeinsam mit unseren Partnern in über 70 Ländern der Welt. Seit 1879.

www.funk-gruppe.com

welcome@funk-gruppe.de



Funk Gruppe

Internationale Versicherungsmakler & Risk Consultants

Valentinskamp 20 ■ 20354 Hamburg
fon +49 (0)40 35914-0 ■ fax +49 (0)40 35914-407

Deutsche Notarfußballmannschaft Vizeeuropameister

Notar Thomas Grauel, Hauzenberg/Wegscheid

Die deutsche Fußballmannschaft der (Nur-)Notare wurde bei der Notarfußball-Europameisterschaft Ende Mai in München Vizeeuropameister.

An der alljährlich stattfindenden Notarfußball-EM nehmen die Notarfußballmannschaften Belgiens, Deutschlands, Frankreichs, Italiens, der Niederlande, Österreichs, Spaniens und Tschechiens teil. Die deutsche Mannschaft setzt sich derzeit aus Spielern der Landesnotarkammer Bayern, der Notarkammer Koblenz, der Notarkammer Pfalz, der Rheinischen Notarkammer, der Saarländischen Notarkammer und der Notarkammer Thüringen zusammen.

Die Notarfußball-EM wurde dieses Jahr bereits zum 17. Mal ausgetragen. Sie hat sich damit zu einer nicht unbedeutenden regelmäßigen Begegnungsstätte für ca. 200 europäische Notare entwickelt.

Die Notarfußball-EM 2003 wurde von den deutschen Notarfußballern in der hochmodernen Sportschule Oberhaching (bei München) veranstaltet.

Bei hochsommerlichen Temperaturen verlangte der Turniermodus „Jeder gegen Jeden“ allen Mannschaften ihre gesamte Kondition ab. Jede Mannschaft hatte in zwei Tagen sieben Spiele à 2 x 20 Minuten zu absolvieren.



Die deutsche Notarfußballmannschaft: Stehend: Weiler, C. Döbereiner, Fembacher, Engels, Hötzl, Regler, Klinkhammer, Füller, Schneeweiß, Mehler, D. Mayer, Schwarzmann, Thiele, Reindl, Schlögel, Hügel, Zuber, S. Döbereiner, Sefrin, Grauel. Hockend: Inninger, Schäfer, Brunner, Pöppelmann, Gerd Müller, Kling, B. Mayer, Burghart, Schmid. Sitzend: Grötsch, Ruhland, Gottwald. Auf dem Foto fehlen: Gutheil, Hönle, Kleeberger

Verdienter Europameister wurde zum dritten Mal in Folge die Mannschaft Österreichs, die u.a. mit einem langjährigen Spieler der österreichischen Bundesliga antrat und nunmehr seit über drei Jahren ungeschlagen ist.

Die deutsche Mannschaft verbesserte sich nach zwei dritten Plätzen in den beiden vergangenen Jahren auf Platz zwei. Großen Anteil an diesem Erfolg hatten Notarassessor Andreas Engels (Neuwied) und der Spielertrainer der deutschen Mannschaft, Notar Dr. Benno Sefrin (Hassloch). Andreas Engels erzielte acht Tore für die deut-

sche Mannschaft. Dr. Benno Sefrin gelang es, aus einem Spielerkreis von mehr als 30 Spielern unterschiedlichen Alters und unterschiedlicher Spielstärke in jedem Spiel eine homogene Mannschaft aufzustellen. Der zweite Platz der deutschen Mannschaft lässt auch ein positives Abschneiden bei der nächstjährigen Notarfußball-EM in Den Haag erhoffen ...

Wie jede Veranstaltung dieser Art kommt auch die Notarfußball-EM nicht ohne Sponsoren aus. Die deutsche Notarfußballmannschaft bedankt sich daher bei den Bayerischen Landesorganisationen, dem Deutschen Notarverein, der Notarkammer Koblenz und der Notarkammer Pfalz sowie der Firma Adidas für die finanzielle Unterstützung. Gedankt sei auch Gerd Müller, der sich für den Anstoß des ersten Spieles zur Verfügung gestellt hat.

Informationen über die deutsche Notarfußballmannschaft erteilen: Notar Thomas Grauel, Hauzenberg/Wegscheid, Tel. (0 85 86) 96 24-0 und Notar Dr. Benno Sefrin, Hassloch, Tel. (0 63 24) 92 11-0.

Schlusstabelle:

	Land	Sp.	g	u	v	Tore	Pkt.
1	Österreich	7	6	1	0	16 : 4	19
2	Deutschland	7	5	0	2	19 : 9	15
3	Niederlande	7	4	2	1	18 : 5	14
4	Frankreich	7	3	2	2	13 : 7	11
5	Italien	7	2	1	4	10 : 17	7
5	Tschechien	7	1	2	4	6 : 15	5
7	Spanien	7	1	1	5	6 : 22	4
8	Belgien	7	0	3	4	3 : 12	3

Gespräch mit Frau Bundesjustizministerin Brigitte Zypries am 7. Juli 2003 in Berlin

Am 7. Juli 2003 hat sich der Präsident des Deutschen Notarvereins Dr. Stefan Zimmermann, Köln, mit der Bundesjustizministerin Brigitte Zypries zu einem Arbeitsgespräch im Bundesjustizministerium in Berlin getroffen. Der Deutsche Notarverein hatte um das Gespräch gebeten, um die Argumente des Berufsstandes gegen eine Verlagerung von Kompetenzen im Bereich des Notarrechts vom Bund auf die Länder im Rahmen der beabsichtigten Föderalismusreform vorzutragen (wir berichteten im *notar* 2003, S. 78). Dementsprechend bildete die Föderalismusreform den Schwerpunkt des Gesprächs. Obwohl es in der öffentlichen Debatte um das Thema etwas ruhiger geworden ist, machte die Ministerin deutlich, dass Bund und

Länder an dem Ziel einer Föderalismusreform festhalten wollen. Dabei sei nach wie vor beabsichtigt, den Ländern Kompetenzen im Bereich des Notarrechts einzuräumen.

Dr. Zimmermann hielt dem entgegen, dass der Deutsche Notarverein eine Kompetenzübertragung auf die Länder im Bereich des Notarrechts insgesamt ablehne. Es sei kontraproduktiv, auf einem Gebiet, das nach Zentralisierung verlange, die Kompetenzen der Länder zu stärken. Auch eine teilweise Übertragung sei abzulehnen; eine Abgrenzung dessen, was dem Bund unbedingt vorbehalten bleiben müsse und was den Ländern eventuell übertragen werden könne, sei kaum zu leisten. Es dürfe nicht zu einer

Rechtszersplitterung auf dem Gebiet des Notarrechts kommen. Der Deutsche Notarverein bitte deshalb darum, das Notarrecht insgesamt nicht in die Länderkompetenz übergehen zu lassen. Frau Ministerin Zypries hielt dagegen, dass eine Rechtszersplitterung bereits bestehe, was sich an den unterschiedlichen Notarverfassungen in den Bundesländern zeige. Den Hinweis auf ein einheitliches Berufsrecht, das eine bundeseinheitliche Klammer bilde, ließ sie nicht gelten.

Weiteres Gesprächsthema war die von einzelnen Ländern erhobene Forderung nach einer Öffnungsklausel für die Übertragung der Handelsregister auf die IHK. Die Ministerin war sich mit dem Deutschen Notarverein einig, dass die Führung der Handelsregister durch die IHK problematisch sei. Der Bund unterstütze die Forderung der Länder nicht.

Gesprochen wurde schließlich noch über die bevorstehende Strukturreform des Kostenrechts. Dr. Zimmermann bat darum, den Abschlag-Ost von der Strukturreform abzukoppeln, damit dieser zum 1.1. 2004 abgeschafft werden könne. Die Ministerin vertrat allerdings die Ansicht, dass alle Gebührensachen gemeinsam behandelt werden sollten; dies betreffe KostO/BRAGO und auch den Abschlag-Ost. Angesprochen auf die Verfassungsgerichtsentscheidung zum Abschlag-Ost bei den Rechtsanwaltsgebühren, sagte die Ministerin, dass das Bundesverfassungsgericht lediglich einen Sonderfall entschieden habe und aus ihrer Sicht kein gesetzgeberisches Handeln erforderlich sei.

Insgesamt verlief das offene Gespräch bei teilweise gegensätzlichen Positionen in freundlicher Atmosphäre. Die weitere Debatte wird zeigen, inwieweit der Deutsche Notarverein mit seinen Argumenten überzeugen konnte.

TS

VORSORGE MUSS NICHT TEUER SEIN

Justiz-Versicherungskasse

Lebensversicherungsverein auf Gegenseitigkeit

Als SELBSTHILFEEINRICHTUNG

der Angehörigen des JUSTIZ- und STRAFVOLLZUGSDIENSTES bieten wir Ihnen, Ihren Angehörigen und den mit Ihnen in häuslicher Gemeinschaft lebenden Personen zu anerkannt günstigen Tarifen und Bedingungen Versicherungen bis zur Höchstsumme von **8.000,00 EURO**

- auf den Todes- und Erlebensfall
- zur Bildung eines Kapitals

Anerkannte Leistungsmerkmale, die für uns sprechen:

Sofortiger Versicherungsschutz – nach Zahlung des 1. Beitrages –
Schon nach einem Jahr bei Fälligkeit hoher Gewinnzuschlag
Hohe Beteiligung an den Überschüssen

Außerdem:

Grundsätzlich kein ärztliches Zeugnis

Das Vertrauen unserer Mitglieder – stellen auch Sie uns auf die Probe –

Wir würden uns freuen, Sie als Mitglied unserer berufsständischen Gemeinschaft begrüßen zu dürfen.

Weitere Auskünfte erteilt Ihnen unsere Geschäftsstelle in Köln:

Anschrift: **Drosselweg 44, 50735 Köln**

Tel.: 02 21 - 71 44 77 oder 71 47 23

Fax: 02 21 - 7 12 61 63

E-Mail: Justiz-Versicherungskasse@t-online.de

Internet: www.Justiz-Versicherungskasse.de



BGH-Beschluss vom 7. 7. 2003 – Kapitalsicherung bei Mantelverwendung und Aktivierung einer Vorratsgesellschaft

GmbHG §§ 7 Abs. 2, 3, 8 Abs. 2, 11 Abs. 1, 2

a) Auf die wirtschaftliche Neugründung durch Verwendung des „alten“ Mantels einer existenten, im Rahmen ihres früheren Unternehmensgegenstand tätig gewesenen, jetzt aber unternehmenslosen GmbH sind die der Gewährleistung der Kapitalausstattung dienenden Gründungsvorschriften des GmbHG einschließlich der registergerichtlichen Kontrolle entsprechend anzuwenden. (Fortführung von BGH, Beschluss vom 9. Dezember 2002 – II ZB 12/02, ZIP 2003, 251 – zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

b) Die Tatsache der Wiederverwendung eines zwischenzeitlich leer gewordenen Gesellschaftsmantels ist gegenüber dem Registergericht offenzulegen. Diese Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung ist mit der – am satzungsmäßigen Stammkapital auszurichtenden – Versicherung gemäß § 8 Abs. 2 GmbHG zu verbinden.

c) Die reale Kapitalaufbringung ist sowohl bei der Mantelverwendung als auch bei der Aktivierung einer Vorratsgesellschaft durch entsprechende Anwendung des Haftungsmodells der Unterbilanzhaftung – bezogen auf den Stichtag der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht sicherzustellen.

d) Neben der Unterbilanzhaftung kommt auch eine Handelndenhaftung analog § 11 Abs. 2 GmbHG in Betracht, wenn vor Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung die Geschäfte aufgenommen werden, ohne dass alle Gesellschafter dem zugestimmt haben.

BGH, Beschl. v. 07.07.2003 – II ZB 4/02

Aus den Gründen

I. [...]

III. [...]

1. Wie der Senat im Anschluss an seine Entscheidung zur Vorratsgesellschaft des Aktienrechts (BGHZ 117, 323) bereits zur vergleichbaren Problematik bei der Vorratsgesellschaft des GmbH-Rechts entschieden hat (Beschl. v. 9. Dezember 2002 – II ZB 12/02, ZIP 2003, 251 – zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt), stellt die Verwendung einer „auf Vorrat“ gegründeten Gesellschaft mit beschränkter Haftung wirtschaftlich eine Neugründung dar. Auf diese Form der wirtschaftlichen Neugründung durch Ausstattung der Vorratsgesellschaft mit einem Unternehmen und erstmalige Aufnahme ihres Geschäftsbetriebes sind die der Gewährleistung der Kapitalausstattung dienenden Gründungsvorschriften des GmbH-Gesetzes einschließlich der registergerichtlichen Kontrolle entsprechend anzuwenden. Dementsprechend hat der Geschäftsführer entsprechend § 8 Abs. 2 GmbHG zu versichern, dass die in § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG bezeichneten Leistungen auf die Stammeinlagen bewirkt sind und dass der Gegenstand der Leistungen sich – weiterhin oder jedenfalls wieder – in seiner freien Verfügung befindet.

2. Diese für die Verwendung der auf Vorrat gegründeten Gesellschaft aufgestellten Grundsätze sind auf den – vorliegenden Fall der Verwendung des „alten“ Mantels einer existenten, im Rahmen ihres früheren Unternehmensgegenstandes tätig gewesenen, jetzt aber unternehmenslosen GmbH entsprechend übertragbar (überwie-

gende Meinung in Rechtsprechung und Literatur, vgl. nur OLG Brandenburg a.a.O., 641 ff.; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG 17. Aufl. § 3 Rdn. 15 jew. m. umfangreichen Rechtsprechungs- und Literaturnachweisen zum Meinungsstand). Auch die Verwendung eines solchen alten, leer gewordenen Mantels einer GmbH stellt wirtschaftlich eine Neugründung dar. Als wirtschaftliche Neugründung ist es anzusehen, wenn die in einer GmbH verkörperte juristische Person als unternehmensloser Rechtsträger („Mantel“) besteht und sodann mit einem Unternehmen ausgestattet wird. Dabei macht es bei wertender Betrachtung keinen Unterschied, ob die Unternehmenslosigkeit im Sinne des Fehlens eines Geschäftsbetriebes – wie bei der „offenen“ Vorratsgründung von Anfang an vorgesehen ist und sodann die Gesellschaft erstmals den Betrieb eines Unternehmens aufnimmt, oder ob sie – wie bei den sog. alten Gesellschaftsmänteln darauf beruht, dass der Betrieb eines (ursprünglich) vorhandenen Unternehmens mittlerweile eingestellt bzw. endgültig aufgegeben worden ist und sodann der gleichsam als „inhaltsloser Hülle“ fortbestehenden juristischen Person ein neues Unternehmen „implantiert“ wird (vgl. Henze in Großkomm. z. AktG, 4. Aufl. § 54 Rdn. 35 m.w.N.). Die mit der wirtschaftlichen Neugründung verbundenen Probleme eines wirksamen Gläubigerschutzes bestehen sowohl im Anschluss an eine Vorratsgründung als auch im Zusammenhang mit der „Wiederbelebung“ eines leeren Mantels durch Ausstattung mit einem (neuen) Unternehmen: In beiden Fällen besteht die Gefahr einer Umgehung der Gründungsvorschriften mit der Folge, dass die gesetzliche und gesellschaftsvertragliche Kapitalausstattung

bei Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit nicht gewährleistet ist. Die Gläubiger sind im Falle der Verwendung eines bereits stillgelegten, leeren Mantels sogar stärker gefährdet und daher schutzbedürftiger als bei der Verwendung einer Vorrats-GmbH. Während nämlich bei der zunächst inaktiven Vorratsgesellschaft die zuvor anlässlich der rechtlichen Gründung durch das Registergericht kontrollierte Kapitalausstattung zum Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung durch Aufnahme ihres Geschäftsbetriebes regelmäßig noch unversehrt, vermindert allenfalls um die Gründungskosten und Steuern, vorhanden sein wird (BGHZ 117, 323, 333), ist im Zeitpunkt der Verwendung eines alten GmbH-Mantels das früher aufgebrachte Stammkapital des inaktiv gewordenen Unternehmens typischerweise nicht mehr unversehrt, sondern zumeist sogar bereits verbraucht. Daher ist gerade bei dieser Art der Mantelverwendung dem vornehmlichen Zweck der Gründungsvorschriften, die reale Kapitalaufbringung der gesetzlich vorgeschriebenen Kapitalausstattung der Gesellschaft im Zeitpunkt ihres Entstehens als Voraussetzung für die Beschränkung ihrer Härtung auf das Gesellschaftsvermögen sicherzustellen, durch deren analoge Anwendung bei oder (späteren) wirtschaftlichen Neugründung Rechnung zu tragen (vgl. Senat, BGHZ 117, 323, 331; Beschl. v. 9. Dezember 2002 a.a.O., 251, 252).

3. Die Frage, wie der Gläubigerschutz aus Anlass der Verwendung eines leeren Mantels nach vorheriger Einstellung oder Aufgabe des vormals vorhandenen Unternehmens im Wege der analogen Anwendung der Gründungsvorschriften im einzelnen auszugestalten ist, betrifft auch im vorliegenden Falle die formelrechtliche registergerichtliche Präventivkontrolle.

Da die Verwendung eines alten Gesellschaftsmantels – nicht anders als diejenige einer Vorrats-GmbH – als wirtschaftliche Neugründung anzusehen ist, ist sie der registergerichtlichen Kontrolle nach denselben Maßstäben

zu unterwerfen, wie sie der Senat bereits im Beschluss vom 9. Dezember 2002 (a.a.O., 252) im Hinblick auf die Verwendung einer Vorrats-GmbH aufgestellt hat. Das bedeutet, dass die Tatsache der Wiederverwendung eines zwischenzeitlich leer gewordenen Gesellschaftsmantels gegenüber dem Registergericht offenzulegen ist; diese Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung ist mit der Versicherung gemäß § 8 Abs. 2 GmbHG zu verbinden, dass die in § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG bezeichneten Leistungen auf die Stammeinlagen bewirkt sind und dass der Gegenstand der Leistungen sich zu diesem Zeitpunkt endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet.

a) Die gegen eine registergerichtliche Kontrolle der wirtschaftlichen Neugründung bei Verwendung eines gebrauchten Mantels vorgebrachten Bedenken (vgl. dazu im wesentlichen BayObLG a.a.O., 607 ff.; vgl. auch Altmeppen, NZG 2003, 145, 147 ff.), die sich vor allem auf die Schwierigkeiten der Abgrenzung der wirtschaftlichen Neugründung von der nicht zu beanstandenden Umorganisation der vorhandenen GmbH [aa]) und die Begrenztheit der Erkenntnismöglichkeiten des Registerrichters [bb]) beziehen, hält der Senat wie schon in bezug auf die Vorrats-GmbH (vgl. dazu Sen. Beschl.; v. 9. Dezember 2002 a.a.O., 252 f.) – nicht für durchgreifend.

aa) Für die Abgrenzung der Mantelverwendung von der Umorganisation oder Sanierung einer (noch) aktiven GmbH ist entscheidend, ob die Gesellschaft noch ein aktives Unternehmen betrieb, an das die Fortführung des Geschäftsbetriebes – sei es auch unter wesentlicher Umgestaltung, Einschränkung oder Erweiterung seines Tätigkeitsgebietes in irgendeiner wirtschaftlich noch gewichtbaren Weise anknüpft oder ob es sich tatsächlich um einen leer gewordenen Gesellschaftsmantel ohne Geschäftsbetrieb handelt, der seinen – neuen oder alten Gesellschaftern nur dazu

dient, unter Vermeidung der rechtlichen Neugründung einer die beschränkte Haftung gewährleistenden Kapitalgesellschaft eine gänzlich neue Geschäftstätigkeit – ggf. wieder – aufzunehmen (so zutr. Priester a.a.O., 2297 f.; Hachenburg/Ulmer, GmbHG 8. Aufl. § 3 Rdn. 35). Auf der Grundlage dieser Unterscheidung lassen sich die – angesichts der Vielgestaltigkeit möglicher Manteltransaktionen – vorhandenen Abgrenzungsprobleme jedenfalls im Regelfall, d.h. vornehmlich beim sog. Mantelkauf, bewältigen. Im übrigen kann der Geltungsanspruch der Kapitalaufbringungsnormen nicht von etwaigen Schwierigkeiten ihrer praktischen Umsetzung abhängig gemacht werden, zumal Abgrenzungs- und Kontrollprobleme ein allenthalben anzutreffendes und auch sonst zu bewältigendes Phänomen der Rechtsanwendung sind.

bb) Der Begrenztheit der Erkennbarkeit von Mantelverwendungen und der diesbezüglichen Erkenntnismöglichkeiten des Registergerichts trägt der Senat dadurch Rechnung, dass er nunmehr die Offenlegung der Wiederverwendung des alten Gesellschaftsmantels gegenüber dem Registergericht verlangt. Dadurch wird in der gebotenen Weise die „wirtschaftliche Neugründung“ offenkundig gemacht (vgl. dazu Bredow/Schumacher, DStR 2003, 1032, 1036; Peetz, GmbHR 2003, 229, 331) und zugleich die Effektivität des unverzichtbaren registergerichtlichen Präventivschutzes vor einer gläubigergefährdenden wirtschaftlichen Verwendung der Rechtsform der GmbH verstärkt. Eine derart verlässliche Kontrolle wäre allein aufgrund der dem Registergericht sonst zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen nicht gesichert. Eintragungspflichtige Abänderungen des Gesellschaftsvertrages (§ 54 GmbHG), wie Änderung des Unternehmensgegenstandes, Neufassung der Firma, Sitzverlegung, Bestellung eines neuen Geschäftsführers, sowie eine Veräußerung der Geschäftsanteile gehen zwar typischerweise, aber keineswegs notwendig mit einer Mantelverwendung

einher; anhand solcher häufig – aber nicht notwendig – kumulativ auftretender, unterschiedlich aussagekräftiger Indizien lassen sich allenfalls eindeutige Mantelverwendungen durch die registergerichtliche Kontrolle erfassen, während ein beträchtlicher Teil regelungsbedürftiger Fälle unerkannt bliebe. Dem wirkt die obligatorische Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung entgegen.

b) Die mit der Offenlegung der Mantelverwendung gegenüber dem Registergericht zu verbindende Versicherung gemäß § 8 Abs. 2 GmbHG ist – was der Senat in seinem Beschluss vom 9. Dezember 2002 (aaO) zur Vorrats-GmbH offen lassen konnte – am satzungsmäßigen Stammkapital auszurichten, so dass im Zeitpunkt der Offenlegung die Gesellschaft noch ein Mindestvermögen in Höhe der statutarischen Stammkapitalziffer besitzen muß, von dem sich ein Viertel – wenigstens aber 12.500,00 € – wertmäßig in der freien Verfügung der Geschäftsführung zu befinden hat.

Während Vorratsgesellschaften regelmäßig nur mit dem gesetzlichen Mindestkapital von 25.000,00 € (§ 5 Abs. 1 GmbHG) ausgestattet sind, wird bei den zur Wiederverwendung bestimmten alten GmbH-Mänteln die statutarische Kapitalziffer nicht selten darüber liegen. Daher ist nunmehr klarzustellen, dass in beiden Fallkonstellationen der wirtschaftlichen Neugründung die Kapitalaufbringung – entgegen verbreiteter Ansicht (vgl. Priester, DB 1983, 2291, 2295 f.; vgl. ferner die Nachweise bei Baumbach/Hueck/Fastrich a.a.O., § 3 Rdn. 15) – nicht auf das gesetzliche Mindeststammkapital von 25.000,00 € begrenzt ist, sondern sich am satzungsmäßig festgelegten Stammkapital

auszurichten hat (vgl. Peters, Der GmbH-Mantel S. 72 f.; Ihrig, BB 1988, 1197, 1202; Henze, a.a.O., § 54 Rdn. 38 m.w.N.). Es liegt in der Konsequenz der analogen Anwendung der Kapitalaufbringungsvorschriften, dass bei der wirtschaftlichen Neugründung – genauso wie bei jeder „regulären“ rechtlichen Neugründung – die Kapitalaufbringung im Umfang der statutarisch festgelegten Kapitalziffer sichergestellt werden soll. Der Mantelverwender verwendet nicht irgendeinen am gesetzlichen Mindeststammkapital orientierten hypothetischen, sondern den konkreten Gesellschaftsmantel mit dem konkreten – ggf. höheren – satzungsmäßigen Stammkapital; an dieser statutarischen, im Handelsregister verlautbarten Kapitalziffer orientiert sich auch das zu schützende Vertrauen des Rechtsverkehrs.

4. Die reale Kapitalaufbringung als zentrales, die Haftungsbegrenzung auf das Gesellschaftsvermögen rechtfertigendes Element ist sowohl bei der Mantelverwendung als auch bei der Aktivierung einer Vorratsgesellschaft nicht nur durch die registergerichtliche Präventivkontrolle, sondern weitergehend auf der materiell-rechtlichen Haftungsebene durch entsprechende Anwendung des Haftungsmodells der Unterbilanzhaftung (vgl. BGHZ 80, 129, 140; 105, 300, 303; 134, 333) sicherzustellen. Wie der Senat bereits im Beschluss vom 9. Dezember 2002 (a.a.O., 251, 252) ausgesprochen hat, beinhaltet die dem Geschäftsführer auf der formalen registerrechtlichen Ebene nach § 8 Abs. 2 GmbHG obliegende Versicherung von Gesetzes wegen, dass im Anmeldezeitpunkt die geschuldeten Einlagen nicht durch schon entstandene Verluste ganz oder teilweise aufgezehrt sind; bei hinreichenden Anhaltspunkten obliegt dem

Registerrichter insoweit auch die Prüfung auf das etwaige Vorhandensein einer Unterbilanz. Daran anknüpfend ist als maßgeblicher Stichtag für eine Unterbilanzhaftung der Gesellschafter bei der wirtschaftlichen Neugründung die – mit der Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG zu verbindende – Offenlegung (sowie Anmeldung der etwa mit ihr einhergehenden Satzungsänderungen) gegenüber dem Handelsregister anzunehmen. Eine Gewährleistung der Unversehrtheit des Stammkapitals über diesen Zeitpunkt hinaus ist bei der wirtschaftlichen Neugründung nicht veranlasst. Zum einen bedarf – anders als bei der „echten“ Neugründung, die erst mit der Eintragung vollzogen ist (vgl. § 11 Abs. 1 GmbHG) – bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft oder des Mantels einer inaktiv gewordenen Gesellschaft der bereits früher als GmbH wirksam entstandene Rechtsträger zu seiner weiteren rechtlichen Existenz keiner zusätzlichen „konstitutiven“ Eintragung mehr; zum anderen ist dem Gläubigerschutz bei Unversehrtheit des Stammkapitals im Zeitpunkt der Offenlegung (bzw. Anmeldung) hinreichend genügt, so dass die Gesellschafter solcher Rechtsträger nunmehr tatsächlich das neue Unternehmen als werbende GmbH ohne Zeitverlust in Vollzug setzen und mit der bestimmungsgemäßen Verwendung des Stammkapitals zu dessen Betrieb beginnen können.

Neben der Unterbilanzhaftung ist auch eine Handelndenhaftung analog § 11 Abs. 2 GmbHG in Betracht zu ziehen, wenn vor Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung die Geschäfte aufgenommen werden, ohne dass dem alle Gesellschafter zugestimmt haben (vgl. BGHZ 134, 333, 338).

[...]

Das „Fünfte Litauisch-deutsche Kolloquium ‚Vorsorgende Rechtspflege‘“ vom 19. bis 21. Mai 2003 in Vilnius

Notarkammer Koblenz

Vom 19. bis 21. Mai 2003 fand in Vilnius, der Hauptstadt der Republik Litauen, das „Fünfte Litauisch-deutsche Kolloquium ‚Vorsorgende Rechtspflege‘“ zum Thema Erbrecht statt. Das Kolloquium wurde veranstaltet von der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ-Stiftung), Bonn, in Kooperation mit der Notarkammer Litauen und der Notarkammer Koblenz. Die Veranstaltung stand in der Kontinuität der seit 1992 von der Notarkammer Koblenz geleisteten Unterstützung beim Aufbau eines freiberuflichen Notariats in Litauen.

Begleitet wurden die Vertreter der Notarkammer Koblenz vom rheinland-pfälzischen Justizminister, Herrn Herbert Mertin. Dieser würdigte in seiner Eröffnungsansprache die Kraftanstrengungen, die Litauen in den letzten zehn Jahren unternommen habe, um sein Rechtssystem an europäische Standards anzugleichen. In der Zeit des Aufbaus und der Fortentwicklung des litauischen Zivilrechts stünden die Notare vor der schweren und verantwortungsvollen Aufgabe, die Rechtmäßigkeit der Rechtsgeschäfte sicherzustellen. Dabei habe sich die Wahl für das Notariat lateinischer Prägung in der Form des Nurnotariats bewährt. Der Beitritt Litauens zur Europäischen Union im Jahre 2004 werde zwangsläufig neue rechtliche Veränderungen mit sich bringen und Auswirkungen auf die Rechtsanwendung in dem Baltenstaat haben.

I. Fachprogramm

Thema des diesjährigen Kolloquiums war das Erbrecht. Die Veranstaltungen wurden nicht nur von den litauischen Notarinnen und Notaren

gut besucht, sondern auch Vertreter der litauischen Justizverwaltung, der litauischen Gerichtsbarkeit, des litauischen Parlaments und des zentralen Hypothekenregisters nahmen daran teil. Im Einzelnen ist folgendes hervorzuheben:

1. Gemeinsame Eröffnungsveranstaltung am 20. Mai 2003

Das Kolloquium wurde mit einer Begrüßungsansprache von der Präsidentin der Notarkammer Litauen, Notarin *Ona Adomavicienė* eröffnet.

Anschließend sprachen der Justizminister der Republik Litauen, *Vytautas Markevicius*, der Justizminister des Landes Rheinland-Pfalz, *Herbert Mertin*, der Präsident der Notarkammer Koblenz, Notar *Richard Bock*, sowie der Dekan der juristischen Fakultät der Republik Litauen, *Prof. Dr. Vytautas Nekrosius*, zu den Anwesenden.

2. Referate und Diskussionen zu den vier Themenblöcken des Kolloquiums vom 20. und 21. Mai 2003

Anliegen aller deutschen Referenten war es, in den Vorträgen zu den einzelnen Themenblöcken nicht nur einseitig das deutsche Recht vorzustellen, sondern die Bestimmungen des am 1. Juli 2001 in Kraft getretenen litauischen Zivilgesetzbuchs (ZBG-Litauen) mit einzubeziehen. Die Referate und Diskussionsbeiträge zu den einzelnen Themenblöcken ergaben – schwerpunktmäßig – folgendes Bild:

a) Themenblock I (Erbchaftsannahme)

(Referenten: Notarin *Ramunė Dzavachdienė*, Richterin *Bronislava*

Todesienė, Gerichtsvollzieherin *Ausra Lepeskaitė*)

Nach litauischem Recht muss der gesetzliche oder testamentarische Erbe, um Erbe zu werden, die Erbschaft innerhalb von drei Monaten nach dem Tod des Erblassers annehmen. Eine mit § 1943 BGB-Deutschland vergleichbare Vorschrift, nach der die Erbschaft mit dem Ablauf der Ausschlagungsfrist als angenommen gilt, sieht das litauische Erbrecht nicht vor. Für die notarielle Praxis sind die Vorschriften über die Annahme der Erbschaft nicht nur wegen der Feststellung der Erbfolge von Bedeutung, sondern auch deshalb relevant, weil die Erbschaftsannahme durch Antragstellung beim Notar erklärt werden kann. Neben diesem Annahmetatbestand sieht Artikel Nr. 5.50 Abs. 2 ZGB-Litauen die Erbschaftsannahme durch Verwaltung des Nachlasses sowie die Erbschaftsannahme durch Erstellung eines Nachlassverzeichnisses durch den Gerichtsvollzieher vor.

Sämtliche der drei litauischen Referenten hoben hervor, dass im praktischen Umgang mit den Bestimmungen zur Erbschaftsannahme noch erhebliche Unsicherheiten bestünden. Dieser Eindruck wurde durch die anschließenden Diskussionsbeiträge bestätigt. Dadurch, dass verschiedene Möglichkeiten der Erbschaftsannahme bestünden, die Erbschaftsannahme also nicht zwingend vor einem Notar erklärt werden müsse, könne der Notar die Erbfolge in vielen Fällen nicht zuverlässig feststellen und damit auch keinen Erbschein erteilen. Von Seiten des Dekans der juristischen Fakultät der Universität Vilnius wurde angeregt, das litauische Erbrecht dahingehend zu reformieren, dass eine Erbschaft im

Regelfall durch Antrag bei jedem Notar angenommen werden könne.

Die deutschen Teilnehmer wiesen darauf hin, dass die Erbscheinserteilungspraxis in Deutschland im Wesentlichen auf der eidesstattlichen Versicherung des Antragstellers basiere. Soweit der Antragsteller die Richtigkeit seiner Erklärungen an Eides Statt versichere, komme den Sachverhaltsangaben des Antragstellers ein erhöhter Beweiswert zu, so dass Notar und Gericht diese regelmäßig als zutreffend unterstellen könnten. Von litauischer Seite wurde hierzu angemerkt, dass auch in Litauen eine unrichtige Versicherung an Eides Statt strafbewehrt sei, den eidesstattlich versicherten Angaben in Litauen aber kein vergleichbar hoher Beweiswert beigemessen werde.

Kritisch erörtert wurde insbesondere die Bestimmung des Artikels Nr. 5.50 Abs. 2 ZGB-Litauen, nach der der Antrag auf Annahme der Erbschaft nicht bei jedem Notar, sondern (allein) beim Notar am Ort des Erbfalls gestellt werden kann. Halte sich der Erbe an einem anderen Ort auf, werde daher bisweilen die (haftungsträchtige) Konstruktion gewählt, dass die Erklärung zur Annahme der Erbschaft von dem Notar am Aufenthaltsort des Erben aufgenommen und sodann dem Notar am Ort des Erbfalls als „Antrag“ übersandt werde. Ob dieses „gestreckte“ Verfahren zulässig sei, bedürfe noch gerichtlicher Klärung.

b) Themenblock II (Testamentsrecht und Testamentsgestaltung)

(Referenten: RiOLG *Thomas Grünewald*, Notar Justizrat *Hanns Dieter Lohnes*, Notarin *Vaiva Staskonyté-Malcienė*, Notarassessor *Dr. Thomas Steinhauer*)

Erbrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten werden dadurch begrenzt, dass sich der Erblasser der gesetzlichen Instrumente des Erbrechts, wie sie die jeweilige Rechtsordnung vorsieht, zu bedienen hat. Dies gilt sowohl für die

Form einer letztwilligen Verfügung als auch für den Inhalt derselben.

Die im ZGB-Litauen zugelassenen testamentarischen Anordnungen entsprechen weitgehend den deutschrechtlichen Instrumentarien; im litauischen Zivilgesetzbuch nicht vorgesehen ist allerdings die Einsetzung eines Erben, „der erst Erbe wird, nachdem zunächst ein anderer Erbe geworden ist (Nacherbe)“ (§ 2100 BGB). Notar *Justizrat Hanns Dieter Lohnes* erklärte, dass sich dieser Unterschied in den beiden Erbrechtsordnungen bei sachgerechtem Einsatz anderer zur Verfügung stehender Mittel im Ergebnis nicht einschränkend auf die Gestaltungsfreiheit auswirken müsse. Die Einsetzung eines Nacherben stelle nur eine von mehreren erbrechtlichen Anordnungen dar, die dazu dienen, den Nachlass unter Aufteilung in Substanz und zeitlicher Nutzung einem Endbedachten zu sichern und Zugriffsmöglichkeiten von Gläubigern des Erstbedachten auszuschließen. Typische Fälle letztwilliger Verfügungen, für die entsprechende Gestaltungen erwogen werden, seien Testamente zugunsten Behinderter, Testamente zugunsten Kinder aus einer geschiedenen Ehe und Testamente zugunsten überschuldeter Ehepartner. Als alternative, nach litauischem Recht unstreitig zulässige Gestaltungsvariante könne zur Regelung dieser Lebenssachverhalte in Betracht gezogen werden, den Endbedachten zum Erben einzusetzen und dem Erstbedachten den Nießbrauch am Nachlass zu vermachen. Als weitere, nach litauischem Erbrecht wohl ebenfalls zulässige Gestaltungsmöglichkeit könne der Erstbedachte mit einem aufschiebend bedingten oder befristeten Herausgabevermächtnis beschwert werden. Theoretisch möglich, praktisch aber nicht zu empfehlen sei es schließlich, den Erstbedachten zum auflösend bedingten und den Endbedachten zum aufschiebend bedingten Erben einzusetzen. Ziel der notariellen Tätigkeit müsse in jedem Fall sein, den persönlichen Wünschen und Bedürfnissen der Menschen bestmöglich zur Geltung zu verhelfen. Die Beherr-

sung auch komplizierter Testamentsgestaltungen sei hierfür unerlässlich. Der Referent hatte seinem, der litauischen Notarkammer vorab übersandten Vortrag mehrere Testamentsmuster zur Veranschaulichung beigefügt.

Welche Schwierigkeiten auftreten können, wenn testamentarische Anordnungen nicht klar und eindeutig formuliert werden, zeigte *RiOLG Thomas Grünewald* auf. Die Gesamtschau der in Artikel Nr. 5.16 Abs. 1 Nr. 3 und Artikel Nr. 5.18 Abs. 2 ZGB-Litauen enthaltenen Bestimmungen lasse vermuten, dass ein unklares bzw. unverständliches Testament nach litauischem Recht ungültig und damit unwirksam sei. Gesetzliche Auslegungshilfen, wie die des § 2084 BGB-Deutschland und § 2085 BGB-Deutschland seien im litauischen Zivilgesetzbuch nur wenig zu finden. Allerdings sei auch im litauischen Erbrecht bestimmt, dass ungenaue oder fehlerhafte Formulierungen in einem Testament unerheblich seien, wenn der wahre Wille des Erblassers eindeutig zum Ausdruck komme. Die zur Ermittlung des Erblasserwillens anzuwendenden Auslegungsgrundsätze wurden erläutert und anhand praktischer Fälle illustriert.

Ebenso wichtig wie die wirksame Errichtung einer Verfügung von Todes wegen ist deren Auffindbarkeit im Todesfall. Diesem Thema widmete sich *RiOLG Thomas Grünewald* im zweiten Teil seines Referats. Die Rechtsnachfolge nach dem Erblasser müsse möglichst schnell und mit möglichst geringer Belastung für die Rechtspflegeorgane zuverlässig geklärt werden. Die rechtsvergleichende Analyse ergebe hier klare Vorteile für den Staat Litauen. Das in Deutschland existierende System der Benachrichtigung in Nachlasssachen sei zur Erbenermittlung weit weniger gut geeignet als ein zentrales Testamentsregister, wie es in Litauen geführt werde. Der Vorteil eines solchen Registers läge gerade im Zeitalter der elektronischen Datenübermittlung und Datenerfassung auf der Hand.

Das in Litauen sehr verbreitete gemeinschaftliche Testament war Gegenstand der Referate von Notarin *Vaiva Staskonyté-Malciené* und Notarassessor *Dr. Thomas Steinhauer*. Das gemeinschaftliche Testament litauischen Rechts stehe ausschließlich Ehegatten zur Verfügung und bedürfe, um wirksam zu werden, der notariellen Beurkundung. Den Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments gebe das litauische Erbrecht weitgehend vor. Artikel Nr. 5.45 ZGB-Litauen lege fest, dass nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und gemeinnützige Auflagen Inhalt eines gemeinschaftlichen Testaments sein könnten, und Artikel Nr. 5.43 ZGB-Litauen bestimme, dass sich Ehegatten im gemeinschaftlichen Testament gegenseitig zu Erben einsetzen. Ähnlich § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB-Deutschland sehe Artikel Nr. 5.49 Abs. 1 ZGB-Litauen vor, dass der überlebende Ehegatte nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten nicht mehr berechtigt sei, das Testament zu ändern, wenn er die Erbschaft nicht ausschläge bzw. auf die Annahme der Erbschaft verzichte.

Notarassessor *Dr. Thomas Steinhauer* wies darauf hin, dass Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament deutschen Rechts sowohl erbrechtlich bindend als auch einseitig getroffen werden könnten. Die litauischen Gesetzesbestimmungen ließen dagegen vermuten, dass in einem gemeinschaftlichen Testament litauischen Rechts ausschließlich erbrechtlich bindende Anordnungen verfügt werden könnten. Auch wenn hiernach in Litauen keine Wahlmöglichkeit zwischen bindenden und nicht bindenden erbrechtlichen Verfügungen bestehen sollte, sei es indes Aufgabe des Notars, die Beteiligten über die Bindungswirkung intensiv zu belehren.

Die Teilnehmer waren sich in der Diskussion darüber einig, dass der individuellen Testamentsgestaltung und damit der notariellen Beratung künftig erhöhte Bedeutung zukommen werde, und dass es Aufgabe der litauischen Notarinnen und Notare sei, im

Rahmen des neuen Erbrechts neue Gestaltungsvarianten zu entwickeln. Es wurde weiterhin festgestellt, dass sich die notarielle Belehrung gerade auch auf gesetzlich geregelte Folgen der Erklärungen der Beteiligten erstrecke. Die deutschen Referenten regten an, in einem gemeinschaftlichen Testament die notarielle Belehrung über die erbrechtliche Bindung zu vermerken.

c) Themenblock III (Internationales Erbrecht)

(Referenten: Rechtsanwältin *Virginija Smilgevičienė*, Notarassessor *Dr. Andree Adler*, Ministerialrätin *Dalija Ignatavičiute*)

Die Vorträge der litauischen Referenten behandelten weitgehend die Nachlassabwicklung mit Auslandsberührung sowie die Verwendung litauischer Urkunden im Ausland und die Verwendung ausländischer Urkunden in Litauen (Apostille, Legalisation). Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der litauischen Kollegen verwiesen.

Notarassessor *Dr. Andree Adler* gab einen Einblick in die vorsorgende Nachfolgeplanung im litauisch-deutschen Rechtsverkehr. Die anschließenden Diskussionen machten deutlich, dass die besonderen Herausforderungen und Haftungsrisiken, denen sich der Notar in internationalen Erbrechtsfällen ausgesetzt sieht, in der Praxis der litauischen Kolleginnen und Kollegen künftig eine große Rolle spielen werden.

Notarassessor *Dr. Andree Adler* wies auf die hohe Anzahl von Erbfällen mit Auslandsberührung hin. In der notariellen Praxis liege der Schwerpunkt der Tätigkeit bei international-privatrechtlichen Fällen im Ehegüter- und im Erbrecht. Das Ehegüterrecht sei etwa bei Grundstückserwerben durch ausländische Ehegatten oder bei der Beteiligung verheirateter ausländischer Staatsangehöriger an einer litauischen Kapital- oder Personengesellschaft zu beachten. Im Erbrecht trä-

ten Probleme insbesondere bei der Testamentsgestaltung und bei der Nachlassabwicklung auf. Wichtige Aspekte seien dabei die Verwandtenerbfolge und das Erbrecht des überlebenden Ehegatten, die unterschiedlichen Testamentsformen und das Pflichtteilsrecht.

Nach einem Überblick über den status quo des internationalen Erbrechts in Europa stellte Notarassessor *Dr. Andree Adler* unter dem Blickwinkel eines litauischen Ehepaars mit Wohnsitz in Litauen und einem Ferienhaus in Deutschland die kollisionsrechtliche Ausgangslage dar und gab Hinweise zur Nachlassplanung und Nachlassabwicklung. Das litauische internationale Privatrecht knüpfe – anders als das deutsche – für das bewegliche und das unbewegliche Vermögen unterschiedlich an. Für Immobilien werde auf das Recht des Landes und für Mobilien auf das Recht des letzten Wohnsitzes des Verstorbenen verwiesen. Eine Besonderheit des litauischen internationalen Privatrechts bestehe darin, dass litauische Kollisionsnormen gemäß Artikel Nr. 1.10. Absatz 3 ZGB-Litauen grundsätzlich Sachverweisungen enthielten. Damit stelle grundsätzlich jede Verweisung im litauischen Kollisionsrecht auf das Recht eines anderen Staates nur eine Verweisung auf dessen materielles Recht, nicht aber auch auf dessen internationales Privatrecht dar. Als Ergebnis könne damit für den Beispielfall festgehalten werden, dass sowohl aus litauischer als auch aus deutscher Sicht eine Nachlassspaltung eintrete.

Im zweiten Teil seines Referats erörterte Notarassessor *Dr. Andree Adler* kautelarjuristische Modelle zur Vermeidung einer Nachlassspaltung und gab grundsätzliche Gestaltungshinweise für Nachfolgeplanungen mit Auslandsberührung. Litauische Ehegatten mit einem Ferienhaus in Deutschland sollten in jedem Falle eine letztwillige Verfügung errichten, in dem sie als Mindestinhalt die Erbfolge regelten. Es sei zweckmäßig, dass der Notar in diesen Fällen einen Belehrungsvermerk darüber aufnehme,



v. links: Präsidentin der Notarkammer Litauen, Notarin *Ona Adomaviciénė*, Vorsitzender des parlamentarischen Rechtsausschusses, *Aloyzas Sahalas*, Justizminister Rheinland-Pfalz, *Herbert Mertin*, Präsident der Notarkammer Koblenz, *Richard Bock*

dass das Pflichtteilsrecht in Deutschland – anders als in Litauen – nicht nur im Falle der Unterhaltsbedürftigkeit naher Angehöriger bestehe.

Abschließend ging der Referent auf europäische Perspektiven im Erb- und Nachlassrecht ein. Die Europäische Kommission habe vor knapp zwei Jahren ein Gutachten beim deutschen Notarinstitut in Würzburg (DNotI) in Auftrag gegeben, das der Vereinheitlichung des internationalen Erbrechts diene. Das Gutachten, das im Herbst 2002 fertiggestellt worden sei, empfehle die Schaffung einer einheitlichen Kollisionsregel für Europa. Es werde vorgeschlagen, zur Bestimmung des Erbstatuts für den gesamten Nachlass einheitlich – also für bewegliches und unbewegliches Vermögen gleichermaßen – an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers anzuknüpfen. Im Übrigen solle der Erblasser durch Rechtswahl für den gesamten Nachlass entweder sein Heimatrecht oder das Aufenthaltsrecht zur Zeit der Wahl oder zur Zeit seines Todes bestimmen können. Eine Harmonisierung auch des materiellen Erbrechts der EU-Mitgliedstaaten werde dagegen weder für machbar noch für wün-

schenswert gehalten, da in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedliche gesellschaftliche Vorstellungen über Ehe und Familie bestünden, wie insbesondere die Unterschiede beim gesetzlichen Erbrecht und Pflichtteilsrecht zeigten.

3. Gemeinsamer Abschluss des Kolloquiums am Mittag des 21. Mai 2003

Beendet wurde das Kolloquium mit den Schlussansprachen von Notar *Justizrat Hanns Dieter Lohnes* und der Präsidentin der Notarkammer Litauen, Notarin *Ona Adomaviciénė*.

II. Rahmenprogramm

Für den Nachmittag des 19. Mai 2003 hatte der Vorsitzende des parlamentarischen Rechtsausschusses, *Aloyzas Sakalas*, die deutschen Gäste zu einer Führung und einem gemeinsamen Gespräch in das litauische Parlament eingeladen. In Anwesenheit der Präsidentin der Notarkammer Litauen, Notarin *Ona Adomaviciénė* sowie der Vizepräsidentin der Notarkammer Litauen, Notarin *Svajonė Saltauskienė*, empfing er die deutsche Delegation.

Der Vorsitzende des parlamentarischen Rechtsausschusses, *Aloyzas Sakalas*, hob hervor, dass der litauische Notarstand in der litauischen Bevölkerung sowie im litauischen Parlament hohes Ansehen genieße. Die Einführung des Notariats lateinischer Prägung habe sich ebenso als richtig erwiesen wie die Entscheidung für das Nurnotariat. Auf Nachfrage aus dem Kreis der deutschen Delegation erklärte er, dass hiervon abweichende Reformvorhaben nicht bekannt seien und auch von Seiten des parlamentarischen Rechtsausschusses nicht unterstützt würden. Minister *Herbert Mertin* und Notar *Richard Bock* wiesen darauf hin, dass den litauischen Notarinnen und Notaren nicht nur mit der Anwendung des neuen litauischen Zivilgesetzbuchs, sondern auch mit der Umsetzung der anstehenden EU-rechtlichen Vorgaben erhebliche und verantwortungsvolle Aufgaben bevorstünden, die es zu bewältigen gelte. Gerade auch in diesem Bereich müsse die weitere Zusammenarbeit zwischen der litauischen Notarkammer und der Notarkammer Koblenz ansetzen.

Im Anschluss an das Treffen im litauischen Parlament führten der rheinland-pfälzische Minister der Justiz und die übrigen Teilnehmer der deutschen Delegation, begleitet von der Präsidentin und Vizepräsidentin der Notarkammer Litauen, ein Gespräch mit dem litauischen Justizminister, *Vytautas Markevicius*, im Ministerium der Justiz. Die Bedeutung der vorsorgenden notariellen Rechtspflege für ein funktionierendes Gemeinwesen wurde von beiden Ministern unterstrichen. Die regelmäßig stattfindenden Kolloquien mit deutschen Kolleginnen und Kollegen leisteten hierfür eine wertvolle Hilfe.

Am Abend des 20. Mai 2003 fand im festlich dekorierten Saal des Hotels ein Empfang für alle Teilnehmer des Kolloquiums statt. Die Begrüßungsansprachen hielten der litauische Parlamentsabgeordnete und Mitglied des parlamentarischen Rechtsausschusses, *Julius Sabatauskas*, die Präsidentin

tin der Notarkammer Litauen, *Ona Adomavicienė*, sowie Justizrat *Hanns Dieter Lohnes*. Kabarettistische Beiträge litauischer Musiker sowie nicht minder professionelle musikalische Einlagen litauischer Notarinnen rundeten das Programm ab. Am Rande der gemeinsamen Veranstaltungen boten sich für die Mitglieder der deutschen Delegation wiederum zahlreiche Gelegenheiten zu Gesprächen mit Vertretern der Justizverwaltung und der Justiz der Republik Litauen sowie mit Kolleginnen und Kollegen aus Wissenschaft und Praxis.

III. Fazit

Die Vorbereitung und Durchführung des „Fünften Litauisch-deutschen Kolloquiums ‚Vorsorgende Rechtspflege‘“ war ausgezeichnet. Der Notarkammer Litauen gelang es ein weiteres Mal, eine in jeder Hinsicht erfolgreiche Veranstaltung zu organisieren. Besonders hervorzuheben ist hier insbesondere die Geschäftsführerin der Notarkammer Litauen, Frau *Egidija Tiesnesiene*, die durch ihren unermüdlichen persönlichen Einsatz zu diesem Erfolg maßgeblich beigetragen hat. Aus Sicht der Notarkammer Koblenz bildete diese fünfte größere gemeinsame Fortbildungsveranstaltung einen weiteren Höhepunkt der langjährigen Kooperation der beiden Notarkammern. Die fachlichen Veranstaltungen bewegten sich nach übereinstimmender Auffassung aller Mitglieder der deutschen Delegation auf hohem Niveau. Als besonders effektiv erwies es sich wiederum, dass während des gesamten fachlichen Programms simultan übersetzt werden konnte. Außerdem lagen den litauischen Teilnehmerinnen und Teilnehmern die Vorträge der deutschen Referenten in litauischer Übersetzung vor. Überhaupt verdienen die großartigen Dolmetscherinnen und Dolmetscher, ohne deren unermüdliche und stets präsente Hilfe das harmonische Beisammensein nicht möglich gewesen wäre, besondere Anerkennung. Das gilt namentlich für Herrn *Raimundas Kristopaitis*, welcher den Teilnehmern



v. links: *ROLG Koblenz, Thomas Grünwald, Geschäftsführer der Notarkammer Koblenz, Dr. Thomas Steinhauer, Geschäftsführerin der Notarkammer Litauen, Egidija Tiesnesiene, Notar Justizrat Hanns Dieter Lohnes, Präsident der Notarkammer Koblenz, Richard Bock, Vizepräsidentin der Notarkammer Litauen, Notarin Svajonė Saltauskienė, Justizminister Rheinland-Pfalz, Herbert Mertin, Präsidentin der Notarkammer Litauen, Notarin Ona Adomavicienė*

der deutschen Delegation erneut – wie bereits bei früheren Gelegenheiten – als sachkundiger und kompetenter Übersetzer zur Verfügung stand.

Einigkeit bestand und besteht darin, dass die gute partnerschaftliche Zusammenarbeit zwischen der Notarkammer Litauen und der Notarkammer Koblenz auch in der Zukunft mit unverminderter Kraft fortgesetzt werden soll. Der Beitritt Litauens zur Europäischen Union im Jahre 2004 und die damit einhergehenden Auswirkungen auf die Rechtsanwendung werden die litauischen Notarinnen und Notare vor neue Aufgaben stellen. Die Vertreter der deutschen Delegation zeigten sich zuversichtlich, dass die litauischen Kolleginnen und Kollegen die anstehenden immer komplexer werdenden Probleme lösen werden. Hierzu können die Kolloquien einen wesentlichen Beitrag leisten. Als thematischer Schwerpunkt des kommenden Kolloquiums wurde der Einfluss europäischen Rechts auf die notarielle Praxis in Aussicht gestellt. Es bestand Ein-

vernehmen darüber, dass es sich als günstig erwiesen hat, Vilnius als Veranstaltungsort beizubehalten, da dort der Kontakt mit den für das Notarrecht in Litauen zuständigen Parlamentsmitgliedern, Ministerialbeamten, Richtern und Rechtswissenschaftlern in besonderer Weise gewährleistet ist.

Der Wunsch der Notarkammer Koblenz ist es darüber hinaus, dass die bewährte Zusammenarbeit mit der IRZ-Stiftung bei der Erbringung deutscher Beratungshilfe in Litauen auch in Zukunft ihre Fortsetzung findet. Die Schaffung neuer rechtlicher Strukturen in Form neuer Gesetze wird auch in Litauen nicht Halt machen und neuen Diskussionsstoff und Beratungsbedarf bilden. Es wäre daher zu begrüßen, wenn auch für weitere Vorhaben – zunächst das „Sechste Litauisch-deutsche Kolloquium ‚Vorsorgende Rechtspflege‘“ 2004 in Vilnius – wieder mit der wichtigen organisatorischen und finanziellen Förderung der IRZ-Stiftung gerechnet werden könnte.

Zweiter russischer Notarkongress

Notar Dr. Helmut Fessler, Krefeld

Nach dem Fall der Berliner Mauer am 9. November 1989, nach dem Zerfall des Ostblocks und dem Zusammenbruch der Sowjetunion suchten die jungen Demokraten Mittel- und Osteuropas nach Rechtsordnungen, die der neuen Freiheit entsprachen.

Dies betraf in erster Linie die Verfassungsgrundlage, galt aber zugleich auch dem Zivilrecht.

Vertragsfreiheit und Privatautonomie sollten dabei die Basis und der Ausdruck einer rechtsstaatlichen Eigentumsordnung sein. Die Länder des ehemaligen Ostblocks konnten dabei an freiheitliche Traditionen aus der Zeit vor der kommunistischen Herrschaft anknüpfen und recht bald Zivilrechtssysteme in Kraft setzen, die die älteren Mitbürger noch aus ihrer Jugend kannten. So kehrte in den Ländern auch das freiberufliche Notariat zurück, so zum Beispiel in Polen und Ungarn.

Für die Länder der – ehemaligen – Gemeinschaft Unabhängiger Staaten und des ehemaligen Jugoslawien stand zunächst die Konsolidierung ihrer Unabhängigkeit im Vordergrund. Aber auch hier konnten die meisten von ihnen auf vor-kommunistische Modelle ihres Zivilrechts – und seien es auch nur Entwürfe gewesen – zurückgreifen, wie 1993 die baltischen Länder. Entsprechendes galt im selben Jahr für die tschechische und die slowakische Republik nach ihrer Trennung. So feierten wir 2003 nicht nur glanzvoll das 200-Jahre-Jubiläum des Ventöse-Gesetzes vom 25. Windmonat des Jahres XI der Revolution (*no-*

tar 2003, 36 ff.), sondern auch die Wiedergeburt des freien Notariats in Litauen (*notar* 2003, 91 ff.), Tschechien und der Slowakei.

Die russische Föderation entschied sich – ebenfalls 1993 – wie auch Weißrussland und die Ukraine – für ein geschriebenes Zivilrecht nach dem Vorbild westlicher Codices mit den dort vorgesehenen spezifischen Rechtsformen und führte das freie Notariat lateinischer Prägung ein. Allerdings konnte Russland nicht ohne weiteres auf frühere rechtsstaatliche Traditionen zurückgreifen. Seine vor-kommunistische Zeit endete 1917 und das bis dahin geltende Zivilrecht erschien zum Ende des 20. Jahrhunderts nicht mehr brauchbar. Der Transformationsprozess war und ist daher in Russland ungleich schwieriger. Gleichwohl sind die entscheidenden Erfolge unübersehbar.

So feierten die russischen Notare die ersten zehn Jahre ihres Bestehens mit dem 2. Kongress der Notare Russlands vom 23. bis zum 25. Mai 2003 in Moskau zusammen mit vielen ausländischen Kollegen. Glanzvoller Höhepunkt war die Festveranstaltung in der Konzilsaula der Erlöserkirche. Präsident Kliatchine erinnerte an die enormen Anstrengungen, die erforderlich waren, bürokratisch-administrative Hindernisse auf dem Weg zum freien Notariat zu überwinden. Er schilderte die vehementen, zum Teil erbitterten politischen Auseinandersetzungen sowie die Entschlossenheit und Hartnäckigkeit der russischen Kollegen, mit denen sie sich letztlich überzeugend gegen alle Widerstände durchsetzen konnten. Der grundle-

genden Entscheidung folgten die praktischen Schwierigkeiten bei der Einrichtung und Besetzung der einzelnen Notarstellen, zumal das staatliche Notariat weiterbestand und zum Teil auch heute noch weiterbesteht.

Ähnliche Probleme behinderten anfänglich auch die Bildung einer starken Berufsorganisation, die sich letztlich erst mit Hilfe verfassungsgerichtlicher Entscheidungen durchsetzen konnte. Nach zehn Jahren scheint nun das russische Notariat gefestigt und effektiv.

Ergänzend dazu zeichnete der Schweizer Kollege Michel Merlotti, Schatzmeister der UINL und unermüdlicher Notar-Missionar im Osten Europas, das Bild des russischen Notariats, wie es sich in der Außensicht darstellt. Er hob als entscheidende derzeitige Schwäche den Mangel an notariellen Zuständigkeiten hervor, insbesondere im Grundstücksverkehr, und mahnte die russischen Kollegen zu jener inneren Geschlossenheit und Solidarität, die alleine in der Lage sind, wirkungsvoll vor inneren und äußeren Gegnern zu schützen.

Besonders bewegend waren die posthumen Ehrungen für den am 28. Februar ermordeten Kammerpräsidenten Anatol Tichenko. Die Redner schilderten diese kraftvolle Persönlichkeit, die mit Ausdauer, Geschick, Charme und großer Intelligenz den Berufsstand geführt, geeint und gefestigt hat. Alle Teilnehmer empfanden die Erinnerung an seinen gewaltsamen Tod als Vermächtnis und Aufruf, in seinem Sinne fortzuwirken.

Grziwotz, Herbert; Döbertin, Wilfried:
Spaziergänge durch die Antike –
Denkanstöße für ein modernes
Europa
2002. 191 S. kart. € 14,90
Notarassessor Detlef Heins

Herbert Grziwotz und Wilfried Döbertin führen Leserin und Leser durch Philosophie, Politik und Kunst im antiken Griechenland, laden sie ein in das ewige Rom und nehmen sie mit in die jüdisch-christliche Tradition: Gott, Christus und Kirche. Der Spaziergang in Essays führt vom Paradies in die Gegenwart.

Die Wegstrecke für 191 Seiten lässt einen Gewaltmarsch befürchten, oder eine Beschränkung auf eine Tourbeschreibung. Doch gelingt den Autoren, was der Titel verspricht. Es ist ein Spaziergang. Sie chauffieren die Leser nicht im Panoramabus zu konsumfertigen Kulturhappchen, sondern

verlangen ihnen ab, selbst zu gehen, zu schauen, nachzudenken – und gelegentlich aufzustehen, zum Bücherregal zu gehen und in Gustav Schwabs „Sagen“, in der Bibel oder im Geschichtsbuch nachzulesen, wie denn dort genau lautet, was hier ein Halbsatz streift. Die Entscheidung der Autoren, auf Quellennachweise zu verzichten – angesichts der Fülle an Stoff eine nachvollziehbare Entscheidung – verlagert das Nachsuchen auf den Leser, der die Einladung zum Schmökern abseits des vorgegebenen Weges annehmen sollte, auch wenn das Buch ohne solche Momente der Betrachtung gut lesbar bleibt. Ich habe diese Pausen gebraucht: Um mir in Erinnerung zu rufen, warum Sokrates seine Aufgabe als die einer Stechfliege bezeichnet (sie ist unscheinbar und hässlich, bringt aber das edle Ross der Athener Jugend dazu, sich zu bewegen und nicht nur träge auf der Weide zu stehen) oder warum die Beschreibung der Geburt der Venus

nicht auf die Details der Sagen eingeeht sondern, an Botticelli erinnernd, beide Varianten der Antike verknüpft (Hesiod ließ die Schaumgeborene aus dem abgeschlagenen Geschlechtsteil des Uranos entstehen, Homer hingegen störte, dass die Liebesgöttin damit etwas zwischen Tante und Großmutter des Göttervaters wäre und ließ sie kurzerhand aus einer Verbindung zwischen Zeus und Dione entstehen).

An anderen Stellen darf sich der juristische Leser mit einem befriedigten „Das kenne ich“ in seine Gedanken stürzen. Zweieinhalb Seiten reichen, um von der Erzählung einer antiken Vertragserpressung (unbenannt) zur Bürgerschafts- und Ehevertragsrechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts zu gelangen und über Freiheit, Macht und Schutz zu schreiben.

Das Buch macht Arbeit. Aber es ist schön.

Tag der Sachsen in Sebnitz

Die Besucher des Tages der Sachsen in Sebnitz konnten sich vom 5. bis zum 7. September 2003 an einem Informationsstand des Sächsischen Notarverbands über alle Fragen des Notariats informieren. Viele nutzten die Gelegenheit, sich nicht nur mit Informationsbroschüren zu versorgen, sondern sich gleich mit ihren Fragen an die Notarinnen und Notare zu wenden. Der Initiator Notar *Dr. Stephan Gergaut* freute sich über die große Resonanz. Es sei notwendig, in die Öffentlichkeit zu tragen, dass Notare Beratung und Rechtssicherheit zu günstigen Preisen sicherstellten. Veranstaltungen dieser Art seien eine Chance und

eine gute Ergänzung zu weiteren Aktivitäten, z.B. den regelmäßigen Tagen der offenen Tür. *DH*

18. Richter- und Staatsanwaltstag 2003 in Dresden

Unter dem Motto „Starke Justiz - Motor des Rechtsstaats“ und mit einem neuen Konzept hat der Deutsche Richterbund den alle vier Jahre stattfindenden Richter- und Staatsanwaltstag im Jahre 2003 vom 15. bis 17. September in Dresden veranstaltet. Ein vielfältiges Programm zog rund 1000 Teilnehmerinnen und Teilnehmer an. Das grundlegende Thema „Gerechtigkeit“ wurde ebenso diskutiert wie „Die Rolle der Justiz in der Gesellschaft“

und „Neue Wege der Konfliktbewältigung“. In Workshops diskutierten kleinere Gruppen Praxisprobleme, um neue Anregungen für die tägliche Arbeit zu gewinnen.

Der Richter- und Staatsanwaltstag brachte auch für den Aufgabenbereich der Notare Anregungen und Denkanstöße. In der Abteilung I – Recht ohne Gerichte? – diskutierten Podium und Zuhörer unter Leitung des Präsidenten des OLG Dresden *Klaus Budewig* die Möglichkeiten der Konfliktlösung ohne Richter durch Mediation, Schlichtung und Vergleich. In der weiteren Veranstaltung „Prozess den Prozessen / Justiz morgen und übermorgen“ regte die Justizsenatorin des Landes Berlin *Karin Schubert* an, neben Modernisierung der Arbeitsplätze in der Justiz und

Effektivierung des Arbeitsablaufs zu prüfen, die Justiz zu ihrer Entlastung von Aufgaben zu befreien. Es gebe durchaus Verfahren und Verfahrensteile, die auch außerhalb der Justiz erledigt werden könnten. Genannt würden immer wieder Aufgaben der Freiwilligen Gerichtsbarkeit. Frau Justizsenatorin Schubert warf die Frage auf, warum nicht Teile der Nachlasssachen den Notaren überlassen werden sollten, z.B. die Erbscheinserteilung oder aber das Testamentsregister. Die Notartgeschäfte gingen in den meisten Ländern in einem Umfang zurück, dass ganze Notariate geschlossen würden, da mache es Sinn, sich deren Ausbildung und Wissensstand zunutze zu machen. Seit jeher bilde das Nachlassrecht einen Schwerpunkt notarieller Tätigkeit. Frau Schubert nannte als weitere Überlegung, die Notaraufsicht den Notarkammern zu übertragen und den Notaren oder gar den Standesämtern quasi als „actus contrarius“ die einvernehmliche Scheidung zu überlassen. Dem Vorwurf, dadurch würde der Schutz des schwächeren Ehepartners ausgehebelt, könnte man mit dem Erfordernis eines notariellen Vertrages begegnen. Frau Schubert nannte die Registerführung und weitere Aufgaben, die übertragen werden könnten. Sie räumte ein, dass es für jede der genannten Aufgaben gewichtige Gründe gebe, sie bei der Justiz zu belassen. Wenn man diese allerdings

entlasten wolle, dürfe es keine Denkverbote geben. Auch die Justizministerin des Landes Baden-Württemberg *Corinna Werwig-Hertneck* stellte fest, dass knappe Haushaltsmittel verhinderten, an Personalverstärkung zu denken. Deshalb müsse das vorhandene Personal effektiver eingesetzt werden. Ferner sei erforderlich, sich in der Krise auf den Kernbereich zu konzentrieren und Aufgaben auszulagern, die nicht zum Kernbereich gehörten, z.B. die Führung der Handelsregister. Frau Werwig-Hertneck stellte fest, dass sich die größte Entlastung der Justiz durch die Vermeidung von Prozessen ergebe. Die Parteien müssten deshalb stärker zur Inanspruchnahme außergerichtlicher Konfliktlösungsmechanismen motiviert werden, z.B. durch Berücksichtigung in der Kostenentscheidung, wer den Prozess verursacht habe, weil er seine Mitwirkung an einer zumutbaren außergerichtlichen Konfliktbeilegung verweigert habe. In der sich anschließenden lebhaften Diskussion wurde aus der Richterschaft gefordert, die Notare nicht zuletzt aus verfassungsrechtlicher Sicht in der unmittelbaren Staatsaufsicht zu belassen. Gerade dass sie Amtsträger seien, ermögliche es, ihnen weitreichende hoheitliche Befugnisse zu geben. Ferner wurde gefordert, dass aus der Leidenschaft, sich übereinander zu streiten und einen Dritten als Richter anzurufen, eine Kul-

tur des miteinander Streitens werden müsse. Wer den Konflikt als Realität anerkenne und Meinungsunterschiede akzeptiere, müsse nicht erst bei der Konfliktlösung nach neuen Wegen suchen, sondern könne den potenziellen Streit im Vorfeld einvernehmlich regeln und durch diese Vorsorge viele Streitfälle vermeiden. *DH*

Messe 50 plus in Erfurt

Die DNotV GmbH präsentierte ihr Leistungs- und Verlagsangebot bei der „Messe 50 Plus – Aktiv schöner leben“ in Erfurt, unter anderem das Buch „Pitaval eines Notars“ von Jiří Brazda. Notare und Notarassessoren aus Thüringen hatten die personelle Betreuung des Standes übernommen. *DH*

20 Jahre von Lauff und Bolz

Am 1. August 2003 feierten die Versicherungsmakler von Lauff und Bolz ihr zwanzigjähriges Firmenjubiläum. Das Unternehmen betreut den Deutschen Notarverein und die DNotV GmbH seit vielen Jahren; es hat in redaktionellen Beiträgen in dieser Zeitschrift auf interessante Versicherungsprodukte hingewiesen und in Anzeigen auf seine Angebote aufmerksam gemacht. An dieser Stelle gratulieren wir herzlich. *DH*

Telefon- und Faxnummer des Brüsseler Büros

Die Telefon- und Faxnummer des Brüsseler Büros des Deutschen Notarvereins und der DNotV GmbH lauten wie folgt:

Telefon: +32 (2) 2 89 19 10
Fax: +32 (2) 2 89 19 19

Wir bitten Sie, die Nummern zu notieren.

Bestellformular

DNotV GmbH
Kronenstr. 73/74

10117 Berlin

Absender: (Stempel)

DNotV GmbH - Telefax (030) 20 61 57 50

Bestellung von Informationsbroschüren

Die bestellte Stückzahl muss pro Titel durch 50 teilbar sein. Alle Preise verstehen sich zuzüglich Versandkosten und 16% Umsatzsteuer, die in der Rechnung ausgewiesen wird.

Die Broschüren sind auf der Homepage des Deutschen Notarvereins und der DNotV GmbH unter www.dnotv.de im pdf-Format zur Ansicht eingestellt.

Hiermit bestelle ich

	Titel	Preis pro Stück	Stückzahl	Gesamtwarenwert
1.	Grundstückskauf und Finanzierung (2. ergänzte Auflage)	€ 0,25		€
2.	Erbe und Schenkung	€ 0,25		€
3.	Ehe, Partnerschaft und Familie	€ 0,25		€
4.	Unternehmen gründen, erwerben, übertragen	€ 0,25		€
5.	Verein	€ 0,25		€
6.	Streit vermeiden – Streit beilegen	€ 0,25		€

Ich schlage vor, auch Broschüren zu folgenden Themen zu erstellen:

Ort, Datum, Unterschrift