

Donau-Institut Working Papers

Dr. habil. Krzysztof Oplustil

Einige Bemerkungen zur geplanten Regelung der Gründung der Europäischen Privatgesellschaft (SPE)

Donau-Institut Working Paper No. 31

2014

ISSN 2063-8191

Dr. habil. Krzysztof Oplustil

Einige Bemerkungen zur geplanten Regelung der Gründung der Europäischen Privatgesellschaft (SPE)

Donau-Institut Working Paper No. 31

2014

ISSN 2063-8191

Edited by the Donau-Institut, Budapest.

This series presents ongoing research in a preliminary form. The authors bear the entire responsibility for papers in this series. The views expressed therein are the authors', and may not reflect the official position of the institute. The copyright for all papers appearing in the series remains with the authors.

Author's address and affiliation:

Dr. habil. Krzysztof Oplustil

Senior Visiting Research Fellow / Andrassy Universität Budapest

E-Mail: krzysztof.oplustil@uj.edu.pl

© by the author

Inhalt

Abstract	1
1. Einleitung	2
2. Katalog der Gründungsformen	3
3. An der Gründung der SPE beteiligte Rechtssubjekte	5
4. Grenzüberschreitender Bezug	7
4.1. Frage der unionsrechtlichen Regelungskompetenz.....	8
4.2. Rechtspolitische Befürchtung einer Konkurrenz zu nationalen Rechtsformen.....	8
4.3. Schwedischer Kompromissvorschlag.....	9
5. Überblick der einzelnen Gründungsformen der SPE	10
5.1 Neugründung der SPE.....	10
5.2 Umwandlung in die SPE.....	14
5.3 Verschmelzung in die SPE.....	17
6. Schlussbemerkungen	19
Literatur	20

Abstract*

Der Beitrag ist den gesellschaftsrechtlichen Fragen der Gründung der SPE (unter Ausschluss mitbestimmungsrechtlicher Aspekte) gewidmet. Es wird erörtert, welche Gründungsformen der SPE-Verordnungsentwurf zulässt, sowie welche Rechtsträger, die dem jeweiligen nationalen Recht unterliegen, sich an der SPE beteiligen können. Es wird die rechtspolitisch heikle Frage des Erfordernisses eines grenzüberschreitenden Bezugs als Voraussetzung der SPE-Gründung behandelt. Schließlich werden einige Probleme, die mit der geplanten Regelung der einzelnen Gründungsformen zusammenhängen, dargestellt. Im Rahmen der Untersuchung werden auch Verbesserungsvorschläge formuliert.

Keywords: Europäische Privatgesellschaft, supranationale Rechtsformen, Europäische Integration

* Der Autor wurde im Rahmen des Projektes TÁMOP-4.2.2/B-10/1-2010-0015 unterstützt.

1. Einleitung

Der Erfolg einer neuen supranationalen Gesellschaftsform hängt wesentlich von einer flexiblen Ausgestaltung der Vorschriften ab, die den Zugang zu dieser Gesellschaft und ihre Gründung regeln. Die Verfasser des SPE-Verordnungsentwurfs haben im Bereich des Gründungsrechts von Anfang an einen „sympathisch liberalen“¹ Ansatz verfolgt. Der rechtliche Charakter der SPE als eines „Allzweckmöbels“², das vor allem den kleinen und mittleren Unternehmen die Ausübung grenzüberschreitender Tätigkeit erleichtern soll,³ spiegelt sich u.a. in einem breiten Zugang zur SPE, im niedrigen Stammkapital und in der flexiblen Regelung der Kapitalaufbringung wieder. Bemerkenswert ist auch eine gewisse Enthaltensamkeit der Entwurfsgeber in Bezug auf die Regelung der Gründung der SPE. Während die Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)⁴ der Gründung der SE zweiundzwanzig – manchmal sehr ausgebaute – Artikel widmet, setzt sich das in der letzten Version des Verordnungsentwurfs vom 23. Mai 2011⁵ enthaltene SPE-Gründungsrecht aus elf Artikeln zusammen. Diese geringe Normierung des SPE-Gründungsrechts ist wohl nicht nur auf die Rechtsnatur der SPE als einer geschlossenen Kapitalgesellschaft zurückzuführen, sondern auch der inzwischen vorangeschrittenen Harmonisierung des europäischen Gesellschaftsrechts, vor allem aber der Zehnten Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften (2005/56/EG)⁶ zu verdanken. Die infolge der Umsetzung dieser Richtlinie ins nationale Recht der Mitgliedstaaten erreichte Harmonisierung des Verfahrens der internationalen Verschmelzung machte die entsprechende Regelung im einheitlichen EU-Recht entbehrlich.

Der Beitrag ist den gesellschaftsrechtlichen Fragen der Gründung der SPE (unter Ausschluss mitbestimmungsrechtlicher Aspekte) gewidmet. Zuerst wird erörtert, welche Gründungsformen der SPE-Verordnungsentwurf zulässt (unter II) sowie welche Rechtsträger, die dem jeweiligen

¹ Hommelhoff/Teichmann, GmbHR 2008, S. 897, 900.

² Vgl. Teichmann, Die Europäische Privatgesellschaft, in: Leible/Reichert (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. 6, § 50 Rn. 1.

³ Zu den Einsatzmöglichkeiten der SPE durch grenzüberschreitend tätige Unternehmen siehe: Brems/Cannivé, Der Konzern 2008, S. 629; Teichmann, RIW 2010, S. 120; Oplustil, in: Teichmann (Hrsg.), Europa und der Mittelstand, S. 109 (in Bezug auf KMU aus den neuen Mitgliedstaaten der EU).

⁴ Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. EG Nr. L 294, S. 1.

⁵ Es handelt sich um den Kompromissvorschlag der ungarischen Präsidentschaft, der sich weitgehend mit dem Kompromissvorschlag der schwedischen Präsidentschaft vom Dezember 2009 deckt. Alle Versionen des SPE-Verordnungsentwurfs sind abrufbar unter: www.europeanprivatecompany.eu/legal_texts. Zum schwedischen Kompromissvorschlag s.: Jung, BB 2010, S. 1233.

⁶ Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. L 310 vom 25.11.2005, S.1.

nationalen Recht unterliegen, sich an der SPE beteiligen können (unter III). Dann wird auf die rechtspolitisch heikle Frage des Erfordernisses eines grenzüberschreitenden Bezugs als Voraussetzung der SPE-Gründung einzugehen sein (unter IV). Schließlich werden einige Probleme, die mit der geplanten Regelung der einzelnen Gründungsformen zusammenhängen, kurz dargestellt (unter V-VII).

2. Katalog der Gründungsformen

Der ursprüngliche Kommissionsentwurf vom Juni 2008 („SPE-VOKE“)⁷ sah vier potentielle Formen der SPE-Gründung vor (Art. 5 Abs. 1 SPE-VOKE):

- 1) die Neugründung („*ex nihilo*“) durch eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen,
- 2) die Umwandlung einer bestehenden Gesellschaft,
- 3) die Verschmelzung bestehender Gesellschaften bzw.
- 4) die Spaltung einer bestehenden Gesellschaft.

Die Gründung der SPE durch Umwandlung, Verschmelzung und Spaltung sollte sich ausschließlich nach dem mitgliedstaatlichen Recht, dem die bestehende Gesellschaft unterliegt, richten. Im Entwurf wurde nur klargestellt, dass die Umwandlung in eine SPE weder zur Auflösung der sich umwandelnden Gesellschaft noch zum Verlust oder zur Unterbrechung ihrer Rechtspersönlichkeit führen soll (Art. 5 Abs. 2 SPE-VOKE).

Der Kompromissvorschlag der schwedischen Präsidentschaft vom November 2009 („SPE-VOSE“) sieht in Art. 5 hingegen vor, dass eine SPE nur noch auf drei Wegen gegründet werden kann:

- 1) im Wege der Neugründung gemäß der SPE-Verordnung,
- 2) durch Umwandlung gemäß der SPE-Verordnung bzw.
- 3) durch Verschmelzung gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften, einschließlich der Bestimmungen zur Umsetzung der Internationalen Verschmelzungsrichtlinie 2005/56/EG (Zehnte Richtlinie)⁸

Im schwedischen Kompromissvorschlag wurde die im Kommissionsentwurf vorgesehene vierte Gründungsform, d.h. die Gründung durch Spaltung, gestrichen. Der Grund dafür ist nicht ganz klar. Er mag darin liegen, dass es sich bei der Spaltung um eine Strukturmaßnahme handelt, die nur in

⁷ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft vom 25. Juni 2008 – KOM (2008), S. 396.

⁸ Dieselbe Regelung enthält der Kompromissvorschlag der ungarischen Präsidentschaft vom Mai 2011.

Bezug auf die Aktiengesellschaft durch die Spaltungsrichtlinie (Sechste Richtlinie) von 1982⁹ harmonisiert wurde. Darüber hinaus erfasst die Sechste Richtlinie ausschließlich innerstaatliche Spaltungsvorgänge, wie Spaltung zur Übernahme, Spaltung zur Neugründung und Abspaltung.¹⁰ Bei der Gründung der SPE im Wege der Spaltung läge es dagegen nahe, dass der Spaltungsvorgang einen grenzüberschreitenden Charakter hätte. So könnte man sich vorstellen, dass eine ausländische Zweigniederlassung einer bestehenden GmbH auf eine im Ausland neuzugründende SPE abgespalten wird und die Gesellschafter der GmbH die Anteile dieser SPE bekommen. Es ist jedoch fraglich, ob sich ein solcher grenzüberschreitender Vorgang allein aufgrund der nationalen Vorschriften über innerstaatliche Spaltung verwirklichen lassen würde.¹¹ Nach den EuGH-Judikaten in den Sachen: *Sevic*(2005)¹² und *Vale* (2012)¹³ kann man zwar durchaus die Auffassung vertreten, dass die grenzüberschreitende Spaltung ebenso wie die internationale Verschmelzung von der EU-vertraglich garantierten Niederlassungsfreiheit umfasst ist.¹⁴ Allerdings wäre das grenzüberschreitende Spaltungsverfahren ohne eine harmonisierte Rechtsgrundlage mit zahlreichen Problemen und Risiken belastet, welche seine praktische Handhabung wesentlich erschweren würden. Mit anderen Worten: Wollte der europäische Verordnungsgeber der Praxis die grenzüberschreitende Spaltung als eine SPE-Gründungsform ernsthaft zur Verfügung stellen, so sollte er sich nicht auf eine bloße Nennung dieser Strukturmaßnahme im Katalog der Gründungsformen beschränken, sondern das Spaltungsverfahren mindestens ansatzweise in der SPE-Verordnung regeln. Die Verfasser des schwedischen Kompromissvorschlags haben sich dafür entschieden, sowohl auf die Regelung des Spaltungsverfahrens, als auch auf die bloße Angabe der Spaltung im Katalog der SPE-Gründungsmöglichkeiten zu verzichten. Dies war eine rechtspolitische Entscheidung, die kritisch betrachtet werden kann, weil dadurch eine für die Praxis möglicherweise interessante Gründungsform abgeschafft wird. Dies stellt im Vergleich zum EU-Kommissionsentwurf einen Rückschritt dar.

⁹ Sechste Richtlinie 82/891/EWG des Rates vom 17. Dezember 1982 gemäß Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften.

¹⁰ Vgl. Artt. 2 ff., Artt. 21 ff. und Art. 25 der Spaltungsrichtlinie.

¹¹ Daher kritisch zur Gründung einer SPE durch Spaltung: Hommelhoff/Teichmann, *GmbH* 2008, S. 897, 901.

¹² EuGH-Urteil v. 13.12.2005, Rs. C 411/03, Slg. 2005, I-10805 (SEVIC).

¹³ EuGH-Urteil v. 12.7.2012, Rs. C-378/10, in der amtlichen Sammlung noch nicht veröffentlicht, zugänglich auf der Homepage: www.curia.europa.eu. S. dazu Teichmann, *DB* 2012, S. 2085 und, aus dem Gesichtspunkt des polnischen Rechts, Oplustil, *MPH* 2012, Nr. 4, S. 34.

¹⁴ Vgl. SEVIC-Urteil, Rdnr. 19: „Grenzüberschreitende Verschmelzungen entsprechen wie andere Gesellschaftsumwandlungen (Hervorhebung durch Verf.) den Zusammenarbeits- und Umgestaltungsbedürfnissen von Gesellschaften mit Sitz in verschiedenen Mitgliedstaaten. Sie stellen besondere, für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes wichtige Modalitäten der Ausübung der Niederlassungsfreiheit dar und gehören damit zu den wirtschaftlichen Tätigkeiten, hinsichtlich deren die Mitgliedstaaten die Niederlassungsfreiheit nach Artikel 43 EG (heute: Art. 49 AEUV) beachten müssen.“

3. An der Gründung der SPE beteiligte Rechtssubjekte

Der ursprüngliche Kommissionsentwurf verwendete den Begriff „Gesellschaft“ bei der Beschreibung der SPE-Gründungsmöglichkeiten. Dieser Begriff sollte jede Gesellschaftsform, die nach innerstaatlichem Recht der Mitgliedstaaten gegründet werden kann, sowie die SE und die SPE umfassen (Art. 5 Abs. 3 SPE-VOKE). Das entsprechende innerstaatliche Recht sollte auf die umwandelnde Gesellschaft, auf jede der verschmelzenden Gesellschaften oder auf die sich spaltende Gesellschaft anwendbar sein (Art. 5 Abs. 2 SPE-VOKE). Daraus konnte der Schluss gezogen werden, dass sich nicht nur Kapital-, sondern auch Personengesellschaften an der Gründung der SPE im Wege einer der in Art. 5 Abs. 1 SPE-VOKE genannten Strukturmaßnahmen beteiligen können, falls sie nach dem für sie maßgebenden nationalen Recht verschmelzungs-, spaltungs- bzw. umwandlungsfähig sind. Nach dem SPE-VOKE konnte die Europäische Privatgesellschaft z.B. im Wege der Umwandlung einer polnischen oder deutschen OHG in eine SPE gegründet werden, weil sowohl das polnische als auch das deutsche Recht den Formwechsel einer Personengesellschaft in eine nationale GmbH zulassen (vgl. § 214 UmwG, Art. 551 § 1 des polnischen Gesetzbuch der Handelsgesellschaften – HGGB). Ebenso konnte sich eine Personenhandelsgesellschaft an einer Verschmelzung zur SPE beteiligen. Wenn man berücksichtigt, dass die KMU oft als Personenhandelsgesellschaften organisiert sind, so war die zitierte Regelung des Kommissionsentwurfs positiv zu bewerten, weil sie mit dem grundsätzlichen rechtspolitischen Ziel der SPE-Verordnung, den KMU die Ausübung der grenzüberschreitenden Tätigkeit zu erleichtern, korrespondiert. Es ist nicht ersichtlich, warum eine nationale Personenhandelsgesellschaft, die eine grenzüberschreitende Tätigkeit ausübt oder diese aufzunehmen beabsichtigt und sich dabei der supranationalen Rechtsform der SPE bedienen möchte, sich zuerst in eine Kapitalgesellschaft nationalen Rechts (in Deutschland etwa in eine GmbH) umwandeln muss, um den Zugang zu dieser supranationalen Form zu erhalten.

Im schwedischen und ungarischen Kompromissvorschlag wurde der Katalog von Subjekten, die sich an der Gründung der SPE beteiligen können, im Vergleich zum ursprünglichen Kommissionsvorschlag *prima facie* noch erweitert. Nach Art. 5a I SPE-VOSE kann eine SPE von einer oder mehreren natürlichen oder juristischen Personen des öffentlichen oder privaten Rechts „auf der grünen Wiese“ (*ex nihilo*) unter den Voraussetzungen der SPE-Verordnung gegründet werden. Somit wurde im Kompromissvorschlag erstens klargestellt, dass die SPE als eine Ein-Mann-Gesellschaft errichtet werden kann. Aufgrund dessen eignet sich die SPE besonders gut als ein Baustein international tätiger Unternehmensgruppen, weil der Einsatz dieser supranationalen Rechtsform zur

Straffung von Konzernstrukturen und zur Vereinfachung der Unternehmenssteuerung wesentlich beitragen kann.¹⁵ Zweitens weist die ausdrückliche Erwähnung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts auf die Möglichkeit des Einsatzes der SPE durch öffentlich-rechtliche Körperschaften hin. Es bietet sich insbesondere an, die SPE als ein Instrument der grenzüberschreitenden Kooperation von Gemeinden oder kommuneneigenen Gesellschaften und Anstalten sowie als ein Rechtsvehikel der öffentlich-privaten Partnerschaften zu verwenden. Im Lichte des deutschen Wortlauts des bereits zitierten Art. 5a I SPE-VOSE ist es allerdings fraglich, ob sich *Personengesellschaften* an der Gründung einer SPE auch dann beteiligen können, wenn sie nach dem entsprechenden nationalen Recht keine „juristischen Personen“ im eigentlichen Sinne sind. So haben die Personenhandelsgesellschaften z.B. nach dem deutschen und polnischen Recht keine juristische Rechtspersönlichkeit. Jedoch kann eine Personenhandelsgesellschaft¹⁶ nach Art. 8 HGB im eigenen Namen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, klagen und verklagt werden.¹⁷ Es unterliegt auch keinem Zweifel, dass eine deutsche oder polnische Personengesellschaft Anteile an einer GmbH übernehmen und ihre Gesellschafterin sein kann. In Deutschland werden Personenhandelsgesellschaften als Gesamthandsgesellschaften, denen im Außenverhältnis Rechtsfähigkeit zukommt, angesehen.¹⁸ Wie oben festgestellt wurde, ist es nicht ersichtlich, warum Personengesellschaften vom direkten Zugang zur SPE ausgeschlossen werden sollten. Die funktionale Auslegung des Begriffs „juristische Person“ in Art. 5a I SPE-VOSE führt deswegen zum Schluss, dass er nicht nur juristische Personen im engen Sinne, sondern auch Organisationseinheiten (Rechtssubjekte) umfasst, falls sie nach dem auf sie anwendbaren mitgliedstaatlichen Recht rechtsfähig sind. Auch die in der englischen und französischen Fassung des Art. 5a I SPE-VOSE verwendeten Begriffe „*legal bodies*“ bzw. „*entités juridiques*“ sprechen eher für die Annahme, dass

¹⁵ Siehe auch Teichmann, Die Europäische Privatgesellschaft, in: in: Leible/Reichert (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. 6, § 50 Rn. 1.

¹⁶ Nach dem polnischen Recht zählen zu den Personengesellschaften die offene Handelsgesellschaft (*spółka jawna*), die Kommanditgesellschaft (*spółka komandytowa*), die Partnerschaftsgesellschaft (*spółka partnerska*) und die Kommanditgesellschaft auf Aktien (*spółka komandytowo-akcyjna*).

¹⁷ Anders als nach dem deutschen Recht sind die Personenhandelsgesellschaften in Polen keine Gesamthandsgesellschaften, sondern als rechtsfähige Rechtsträger (obwohl keine formellen juristischen Personen) sowohl im Außen-, als auch im Innenverhältnis angesehen. Das Vermögen der Gesellschaft ist also ihr eigenes Vermögen und nicht Gegenstand des Miteigentums der Gesellschafter zur gesamten Hand. Vgl. nur Sołtysiński, (in:) Sołtysiński/Szajkowski/Szumański/Szwaja, Kodeks, Bd. I, Art. 8 Rdnr. 9 und Art. 28 Rdnr. 4; Rodzynekiewicz, Kodeks, Art. 8, Anm. 1. Das polnische Recht unterscheidet – neben den natürlichen und juristischen Personen – eine dritte Kategorie von Rechtsträgern, sog. Organisationseinheiten, die keine juristischen Personen sind, denen aber nach einer besonderen Vorschrift die Rechtsfähigkeit zukommt. Auf solche Rechtsträger sind die Vorschriften über juristische Personen entsprechend anwendbar (Art. 33¹ Abs. 1 poln. ZGB).

¹⁸ Vgl. nur K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 1362 ff.

alle „rechtsfähigen Organisationseinheiten“ (Rechtssubjekte im weiteren Sinne) und nicht nur echte juristischen Personen darunter fallen.¹⁹

Im Ergebnis ist festzustellen, dass die im schwedischen Kompromissvorschlag vorgeschlagene Regelung der Frage, welche Subjekte des nationalen Rechts sich an den einzelnen Formen der SPE-Gründung beteiligen können, überarbeitungsbedürftig ist. Kritisch zu betrachten ist die Verwendung des wohl missglückten Begriffs der juristischen Person (in der englischen Fassung „*legal body*“), der Zweifel aufwerfen kann, ob rechtsfähige Verbände nationalen Rechts, denen keine formelle Rechtspersönlichkeit nach dem für sie maßgebenden Recht zusteht, darunter fallen. Der ursprüngliche EU-Kommissionsentwurf, der sich im Zusammenhang mit der SPE-Gründung auf jede mitgliedstaatliche Gesellschaftsform sowie auf die SE und die SPE bezog, war eindeutiger. Erwägenswert ist auch die Übernahme des weit gefassten Gesellschaftsbegriffes aus Art. 54 Abs. 2 AEUV in die SPE-Verordnung zum Zweck der Bestimmung der gründungsfähigen nationalen Rechtsträger. An der Gründung der SPE könnten sich dann dieselben Subjekte beteiligen, die auch von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch machen können – also sowohl alle Gesellschaften des Zivil- und Handelsrechts, als auch juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts, wenn sie einen Erwerbszweck verfolgen. Für die Übernahme dieser EU-primärrechtlichen Definition der Gesellschaft in die SPE-Verordnung spricht der Umstand, dass die Gründung einer SPE meistens zugleich die Ausübung der Niederlassungsfreiheit darstellen wird.²⁰

4. Grenzüberschreitender Bezug

Anders als im Fall der SE, SCE und der EWIV sollte die Gründung einer SPE nach dem ursprünglichen Kommissionsentwurf von 2008 keinen grenzüberschreitenden Bezug voraussetzen.²¹ Gegen den Verzicht auf die obligatorische „Mehrstaatlichkeit“ der SPE wurden kompetenzrechtliche (unter 1.) und rechtspolitische (unter 2.) Argumente vorgetragen.²² Um dem Rechnung zu tragen,

¹⁹ Aufgrund des polnischen Rechts wird man wohl zu diesem Ergebnis über die oben in Fn. 17 zitierte Regelung des Art. 33 Abs. 1 polnisches ZGB gelangen können.

²⁰ Mit Ausnahme des Falles, in dem die SPE ausschließlich für inländische Tätigkeit eingesetzt wird. Ein derartiger Einsatz der SPE hängt davon ab, ob bzw. wie das Erfordernis des grenzüberschreitenden Bezugs in der SPE-Verordnung geregelt wird, vgl. weiter im Text.

²¹ Als Ursache hierfür können die Erfahrungen mit der SE-Verordnung angesehen werden, siehe nur Teichmann, Die Europäische Privatgesellschaft, in: Leible/Reichert (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, § 50 Rn. 21.

²² Vgl. nur: Hommelhoff/Teichmann, GmbHR 2008, S. 897, 900; Dorresteyn/Uziah-Santcroos, Part 1, European Company Law 2008, vol. 5, Issue 6, S. 277, 279 ff.; Krejci, Societas Privata Europaea, Rdnr. 43 ff. Zum Ganzen vgl. auch: Fleischer, ZHR 174 (2010), S. 385, 419 ff.

enthält der schwedische Verordnungsvorschlag einen Katalog von Kriterien, bei denen ein hinreichender grenzüberschreitender Bezug vorliegen soll (unter 3.).

4.1. Frage der unionsrechtlichen Regelungskompetenz

Kompetenzrechtlich könnte fraglich sein, ob die ergänzende Rechtssetzungsbefugnis des Art. 352 AEUV als Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der SPE Verordnung dienen kann, wenn die Gründung dieser supranationalen Rechtsform nicht ausdrücklich auf grenzüberschreitende Sachverhalte beschränkt werden soll. Aus der rechtspolitischen Perspektive wird befürchtet, dass die auch für ausschließlich nationale Aktivitäten offenstehende und im Verhältnis zu nationalen Gesellschaften mbH einen geringeren Regulierungsgrad aufweisende SPE mit den entsprechenden nationalen Gesellschaftsformen im sogenannten vertikalen Wettbewerb stünde und für die Letzteren sogar die potentielle Gefahr der Verdrängung aus dem nationalen Rechtsverkehr bestehen könnte.²³ Diese angeführten Bedenken überzeugen jedoch nicht. Nach der richtigen Ansicht verlangt Art. 352 AEUV keinen konkreten Nachweis des grenzüberschreitenden Bezugs in jedem Einzelfall, sondern lässt es genügen, dass die Verordnung *von ihrer Anlage her* das grenzüberschreitende Zusammenwirken im gesellschaftsrechtlichen Organisationsrahmen erleichtert oder fördert.²⁴ Das Fehlen dieses Bezugs verstößt auch nicht gegen das Subsidiaritätsprinzip aus Art. 5 Abs. 3 EUV, weil die Mitgliedstaaten das Ziel der SPE-Verordnung, d.h. die Schaffung einer einheitlichen Gesellschaftsform für KMU, nicht allein verwirklichen könnten. Diese supranationale Gesellschaftsform wird einen Mehrwert im Vergleich zu der (sowieso unrealistischen) Harmonisierung der nationalen GmbH-Rechte darstellen und damit der Verwirklichung des Binnenmarktes dienen.

4.2. Rechtspolitische Befürchtung einer Konkurrenz zu nationalen

Rechtsformen

Auch die rechtspolitischen Bedenken greifen nicht durch. Wie im Schrifttum zutreffend festgestellt wurde, kann kein „Artenschutz“ für nationale Gesellschaften mbH beansprucht werden.²⁵ Vielmehr sollten sich der „vertikale“ Wettbewerb zwischen supranationalen und nationalen Gesellschaftsformen einerseits und der durch die Rechtsprechung des EuGH zur

²³ Zum vertikalen Regulierungswettbewerb vgl.: Fleischer, ZHR 174 (2010), S. 385, 413 ff.; Hommelhoff, GmbHR 2008, S. 337, 342.

²⁴ Fleischer, ZHR 174 (2010), S. 421. So im Ergebnis auch Hügel, ZHR 173 (2009), S. 309, 311 und Cannivé/Seebach, GmbHR 2009, S. 519, 521.

²⁵ Hügel, ZHR 173 (2009), S. 312.

Niederlassungsfreiheit initiierte „horizontale“ Wettbewerb der nationalen Gesellschaftsrechte andererseits ergänzen.²⁶ Das moderne, flexible SPE-Statut könnte auch Impulse für die Reform des nationalen GmbH-Rechts schaffen. Nicht ohne Bedeutung ist auch der Umstand, dass sich das Erfordernis des grenzüberschreitenden Bezugs relativ leicht umgehen lässt und zwar insbesondere dann, wenn es lediglich als eine Gründungsvoraussetzung und nicht als eine Bestandsvoraussetzung ausgestaltet wird.²⁷ Das Mehrstaatlichkeitserfordernis stellt eine rein formelle Hürde dar, die – wie dies in der deutschen Lehre vom Prof. *H. Fleischer* treffend ausgedrückt wurde – wohl weniger für die SPE, sondern vielmehr für das Zustandekommen der SPE-Verordnung unverzichtbar ist.²⁸

4.3. Schwedischer Kompromissvorschlag

Trotz dieser überzeugenden Argumente gegen die Einführung eines grenzüberschreitenden Bezugs haben sich die Verfasser des schwedischen Kompromissentwurfs, wohl den Vorschlägen des Europäischen Parlaments vom März 2009 folgend, entschieden, einen Katalog von vier „grenzüberschreitenden Komponenten“ (Sachverhalten) vorzusehen, von denen mindestens eine im Zeitpunkt der Eintragung der SPE vorliegen soll (Art. 3 Abs. 3 SPE-VOSE).

Die ersten beiden grenzüberschreitenden Komponenten haben einen rein formellen Charakter: Es handelt sich erstens um die Absicht der SPE, in einem anderen Mitgliedstaat als dem ihrer Eintragung die Geschäfte zu betreiben und zweitens um die Angabe eines grenzüberschreitenden Gesellschaftszwecks in der Satzung der SPE. Diese zwei Kriterien können leicht gleichzeitig erfüllt werden. So können die Gründungsgesellschafter oder eine von ihnen bevollmächtigte Person bei der Anmeldung der SPE zur Registereintragung die Absicht einer grenzüberschreitenden Tätigkeit gegenüber der Registerbehörde erklären und, zur Bekräftigung der Seriosität dieser Absicht, auf den in der Satzung der SPE bestimmten grenzüberschreitenden Gesellschaftszweck hinweisen. Der Bestimmung dieses Zwecks wäre wohl genüge getan, wenn die Satzung der SPE die grenzüberschreitende Tätigkeit zuließe oder die Geschäftsführung zur Errichtung von Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften im Ausland ermächtigte. Anders als dies vom Europäischen Parlament vorgeschlagen wurde, sieht der schwedische Entwurf keine Pflicht zur Überprüfung durch mitgliedsstaatliche Organe vor, inwieweit die Absicht einer grenzüberschreitenden Tätigkeit nach einem bestimmten Zeitraum verwirklicht wurde. Der Kompromissentwurf verpflichtet also die SPE nicht zur Realisierung der Absicht einer

²⁶ Zum vertikalen Regulierungswettbewerb im Europäischen Gesellschaftsrecht s. Bachmann, in: FS Hommelhoff, S. 21 ff. sowie Eckardt/Kerber, *Horizontal and Vertical Regulatory Competition*, S. 15 ff.

²⁷ Hügél, ZHR 173 (2009), S. 316 ff.

²⁸ Fleischer, ZHR 174 (2010), S. 423.

grenzüberschreitenden Tätigkeit. Da es sich hier um eine bloße Gründungsvoraussetzung und keine Bestandsvoraussetzung handelt, wird die Aufgabe dieser Absicht nach der Registrierung der SPE keinen Einfluss auf deren Bestand haben. Die Nichtübernahme des Vorschlags des Europäischen Parlaments zur nachträglichen Kontrolle des Charakters der Gesellschaftstätigkeit ist jedoch positiv zu bewerten, weil eine solche Regelung wenig praktikabel und kaum effektiv wäre.²⁹

Der dritte grenzüberschreitende Sachverhalt besteht darin, dass die SPE eine Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat als dem ihrer Eintragung tatsächlich besitzt. Die Erfüllung dieses Kriteriums wird vor allem im Fall der Gründung der SPE durch Verschmelzung oder Umwandlung in Betracht kommen, weil die Errichtung einer Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft durch eine neuzugründende SPE noch vor ihrer Entstehung wohl kaum durchführbar wäre. Bei dem vierten Kriterium handelt es sich um ein Erfordernis der Mehrstaatlichkeit *par excellence*. Es besteht darin, dass ein oder mehrere Gesellschafter in mehr als einem Mitgliedstaat oder in einem anderen Mitgliedstaat als dem der Eintragung der SPE wohnhaft oder eingetragen sind. Auch dieses Kriterium soll lediglich zum Zeitpunkt der SPE-Eintragung erfüllt sein, was bedeutet, dass eine nachträgliche Vereinigung aller Anteile in der Hand der Gesellschafter aus einem Mitgliedstaat für den Bestand der SPE ohne Bedeutung ist.

Insgesamt lässt sich feststellen, dass die Erfüllung eines der vier im schwedischen Kompromissvorschlag bestimmten grenzüberschreitenden Kriterien in der Praxis keine großen Schwierigkeiten verursachen und auch den Zugang zur SPE nicht erschweren wird. Wenn die Einführung dieser Regelung der Preis für die Erzielung des rechtspolitischen Kompromisses und der Verabschiedung der SPE-Verordnung sein sollte, so lohnt es sich bestimmt, ihn zu bezahlen.

5. Überblick der einzelnen Gründungsformen der SPE

5.1 Neugründung der SPE

Die Gründung der SPE „auf der grünen Wiese“ bedarf der Anfertigung einer Satzung und ihrer Unterzeichnung durch die Gründungsgesellschafter (Art. 5a Abs. 2 SPE-VOSE). Nach dem ursprünglichen Entwurf der EU-Kommission sollte die notarielle Beurkundung der SPE-Satzung

²⁹ Vgl. auch Fleischer, ZHR 174 (2010), S. 422 f.: Wie der Verfasser hinweist, hat man einen ähnlichen Vorschlag – Zwangsauflösung bei nachträglicher Nichterfüllung der gewerberechtlicher Voraussetzungen – bei der Reform des deutschen GmbH-Gesetzes durch das MoMiG „einhellig als unpraktikabel und wirkungslos zu den Akten gelegt“.

alternativ zur Rechtmäßigkeitskontrolle durch nationale Justiz- oder Verwaltungsbehörden sein (Art. 10 Abs. 4 SPE-VOKE). Der schwedische und der ungarische Kompromissvorschlag sehen dagegen vor, dass die Satzung in schriftlicher Form angefertigt werden soll und den formalen Anforderungen gemäß dem maßgebenden einzelstaatlichen Recht unterliegt (Art. 8 Abs. 2 SPE-VOSE). Wenn also das nationale Gesellschaftsrecht des SPE-Sitzstaates besondere Formerfordernisse für den Gesellschaftsvertrag einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung vorsieht (etwa notarielle Beurkundung, vgl. § 2 Abs. 1 GmbHG, Art. 157 § 2 poln. HGGB), so sollen diese auch für die Satzung der SPE gelten.

Artikel 8 Abs. 1 SPE-VOSE bestimmt einen Mindestkatalog von Angaben, die die Satzung jeder SPE enthalten muss. Darüber hinaus können die im Anhang I angegebenen Punkte in einer SPE-Satzung geregelt werden. Es ist zu bemerken, dass der schwedische Kompromissentwurf vom Konzept eines umfangreichen Katalogs der Regelungsaufträge, die die SPE-Satzungsgeber zu erfüllen haben, abgerückt ist. Die im Anhang I zum SPE-VOSE genannten Punkte *können* in der Satzung einer SPE autonom geregelt werden. Sie stellen somit einen fakultativen Regelungsauftrag dar. Die Satzungsgeber müssen also nicht alle im Anhang I angegebenen Aspekte regeln, sondern können sich auf entsprechende Vorschriften des nationalen Gesellschaftsrechts des SPE-Sitzstaates verlassen. Entscheiden sich die Satzungsgeber jedoch für eine autonome statutarische Regelung dieser Bereiche, so ist die Anwendung des innerstaatlichen Rechts für diese in der Satzung geregelten Bereiche ausgeschlossen (Art. 4 Abs. 3 und Art. 8 Abs. 1a S. 2 SPE-VOSE). Die statutarischen Bestimmungen zu den im Anhang I enthaltenen Punkten haben also Vorrang vor den Regelungen des jeweiligen nationalen Rechts. Die Satzung einer SPE kann auch andere im Anhang I nicht genannte Angelegenheiten regeln – dies allerdings nur in Übereinstimmung mit dem nationalen Gesellschaftsrecht des SPE-Sitzstaates bzw. der SPE-Verordnung (vgl. Art. 8 Abs. 1a Unterabsatz 2 SPE-VOSE).

Außer der Anfertigung und ggf. Beurkundung der Satzung lassen sich die folgenden weiteren Etappen der Gründung einer SPE *ex nihilo* benennen:

- Leistung der Einlagen auf die übernommenen Geschäftsanteile am Stammkapital,
- Berufung der Mitglieder des Geschäftsführungsorgans,
- Anmeldung der SPE zur Eintragung,
- Eintragung der SPE in das entsprechende nationale Register.

Hinsichtlich der Deckung des Stammkapitals unterscheidet der SPE-VOSE zwischen Geld- und Sacheinlagen. Die Bareinlagen müssen von jedem Gesellschafter grundsätzlich in Höhe von mindestens 25% des Nennwertes bzw. des rechnerischen Wertes des Geschäftsanteils geleistet werden. Darüber hinaus muss ein Emissionsagio, also der Überschuss des Ausgabepreises über dem Nennwert des Anteils, in jedem Fall in voller Höhe eingezahlt werden (Art. 20 Abs. 1 SPE-VOSE). Hat ein Mitgliedstaat ein höheres Mindeststammkapital (höchstens 8 000 Euro) in Bezug auf die in seinem Gebiet ansässigen SPEs vorgeschrieben (vgl. Art. 19 Abs. 3 Unterabs. 1 SPE-VOSE), so sind die Einlagen zu dessen Deckung vor der Registeranmeldung vollständig zu erbringen (vgl. Art. 20 Abs. 1 Unterabs. 1 S. 1 SPE-VOSE). Die Einzahlung des Mindeststammkapitals ist somit als ein stets zu entrichtendes „Eintrittsgeld“ für den Zugang zur SPE anzusehen. Falls das Stammkapital einer bestimmten SPE das vorgeschriebene Mindeststammkapital übersteigt, soll außerdem eine Einlage in Höhe von 25% des Überschreibungsbetrags eingezahlt werden, Art. 20 Abs. 1 Unterabs. 1 SPE-VOSE. Den Rest der Geldeinlage haben die Gesellschafter in den in der Satzung angegebenen Fristen bzw., wenn die Satzung diese Angelegenheit nicht regelt, nach Aufforderung durch das Geschäftsführungsorgan zu leisten. In jedem Fall ist die Einlage in voller Höhe spätestens drei Jahre nach der Übernahme des jeweiligen Geschäftsanteils einzuzahlen (Art. 20 Abs. 1 Unterabsatz 1 und 2 SPE-VOSE). In Bezug auf die Sacheinlagen (die nicht in Arbeits- oder Dienstleistungen bestehen können, Art. 20 Abs. 2 SPE-VOSE) ist der Kompromissvorschlag strenger als bei den Bareinlagen. Er verlangt, dass die Sacheinlagen in voller Höhe bei der Übernahme des Anteils geleistet werden. Der Entwurf schreibt keine Überprüfung der Wertmäßigkeit einer Sacheinlage von einem unabhängigen Sachverständigen vor, ermächtigt aber die Mitgliedstaaten, eine derartige Pflicht einzuführen (Art. 20 Abs. 1a SPE-VOSE). Der SPE-VOSE enthält auch keine Vorschriften über die Haftung für die Überbewertung der Sacheinlagen (sog. „Differenzhaftung“). Nach der generellen Verweisung des Art. 4 Abs. 2 lit. b) SPE-VOSE wird diese Haftung dem nationalen GmbH-Recht des Sitzmitgliedstaates der SPE unterliegen (z.B. Art. 14 § 2, Art. 175 poln. HGGB, § 9 GmbHG). Die beschriebene Regelung der Kapitalaufbringung leuchtet doch ein, obwohl sie auf den ersten Blick kompliziert erscheint und stellt ein in sich schlüssiges legislatorisches Konzept dar.

Noch vor der Anmeldung der SPE zur Eintragung müssen die Mitglieder des Geschäftsführungsorgans bestellt werden. Dies ergibt sich mittelbar aus der Regelung betreffend die bei der Anmeldung mitzuteilenden Angaben und einzureichenden Dokumente, die u.a. die Namen, die Anschriften und etwaige sonstige erforderliche Angaben zu den Personalien der Geschäftsführer beinhalten (Art. 9 Abs. 2 lit c) i) SPE-VOSE). Anders als das etwa im polnischen und deutschen Recht vorgesehen ist (vgl. Art. 164 poln. HGGB, § 8 Abs. 3 GmbHG), soll die SPE nicht von

den ersten Geschäftsführern, sondern grundsätzlich von den Gründungsgesellschaftern zur Eintragung angemeldet werden, es sei denn, dass die Gründungsgesellschafter zu diesem Zweck eine Person bevollmächtigen (Art. 9 Abs. 1 SPE-VOSE). Wird die SPE von den Gründern angemeldet, so ist anzunehmen, dass der Antrag auf die Registereintragung von allen Gründern unterzeichnet werden soll. Auch die Erteilung der Vollmacht zur Registeranmeldung bedarf wohl der Zustimmung aller Gründungsgesellschafter. Es liegt insbesondere nahe, zu diesem Zweck einen der Geschäftsführer oder den die SPE-Satzung beurkundenden Notar zu bevollmächtigen. Die Anmeldung kann auch elektronisch gemäß den Bestimmungen des maßgebenden einzelstaatlichen Rechts³⁰ erfolgen.

Das Registerverfahren unterliegt dem nationalen Recht des Sitzstaates der zu gründenden SPE. Die SPE-Verordnung wird jedoch einen umfangreichen, aber geschlossenen Katalog von Angaben und Dokumenten enthalten, die bei der Registerbehörde anzugeben bzw. einzureichen sind (Art. 9 Abs. 2 SPE-VOSE). Im schwedischen Kompromissentwurf wurde das ursprünglich im EU-Kommissionsentwurf vorgeschlagene Konzept der einmaligen Gründungskontrolle entweder von einem Notar oder von einer Registerbehörde aufgegeben. Die neue Regelung des Art. 9 Abs. 4 SPE-VOSE sieht vor, dass die Übereinstimmung der Unterlagen und Angaben einer SPE mit der Verordnung, der Satzung und dem innerstaatlichen Recht Gegenstand einer Kontrolle ist, „die im Einklang mit dem maßgebenden einzelstaatlichen Recht durchgeführt wird, insbesondere durch einen Notar, eine Justizbehörde, eine andere zuständige Behörde und/oder durch Eigenbescheinigung (auch durch einen Handlungsbevollmächtigten). Unnötige Kontrollen der Dokumente und Angaben in entscheidenden Fragen sind zu vermeiden“. Vor dem Hintergrund der polnischen registergerichtlichen Praxis ist der Verzicht auf die Regelung, welche eine einmalige Rechtmäßigkeitskontrolle zwingend vorschreibt, zu bedauern. In Polen stellt das Registerverfahren, im Rahmen dessen einige Gerichte Gesellschaftsverträge minutiös kontrollieren und paternalistisch eingreifen, oft einen Engpass dar, der in der Praxis zur Verlängerung des Gründungsprozesses führt. Bei der SPE könnte diese Gefahr noch größer sein und zwar wegen der zahlreichen Regelungsaufträge und -ermächtigungen, deren Erfüllung von Gerichten kontrolliert werden wird. Würde die SPE-Verordnung zwingend nur eine Rechtmäßigkeitskontrolle vorschreiben, so würde das polnische Ausführungsgesetz wahrscheinlich die registergerichtliche Kontrolle ausschließen und es bei der notariellen Beurkundung des Gesellschaftsvertrages bewenden lassen.

³⁰ Dabei handelt es sich um die Rechtsvorschriften, die der Sitzmitgliedstaat der SPE für die in Anhang II genannten Privatgesellschaften mit beschränkter Haftung erlassen hat, vgl. Art. 4 Abs. 2 lit. b) SPE-VOSE.

Nach dem Wortlaut der zitierten Regelung des Art. 9 Abs. 4 SPE-VOSE kann das nationale Recht vorsehen, dass die Rechtmäßigkeitskontrolle in Form der „Eigenbescheinigung (auch durch einen Handlungsbevollmächtigten)“³¹ durchzuführen ist. Es ist allerdings fraglich, ob solch' eine „Eigenbescheinigung“ dem Sinn und Zweck der Rechtmäßigkeitskontrolle entspricht. Die Letztere soll gerade von einer rechtskundigen Person (z. B. einem Notar) oder einer Registerbehörde (z. B. einem Registergericht) durchgeführt werden und einen objektiven Charakter aufweisen. Dem entspricht die von den Gründern vorgenommene „Selbstkontrolle“ wohl nicht. Darüber hinaus wirft die zitierte Regelung Zweifel im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 11 der Publizitätsrichtlinie (2009/101/EG) auf, der eine derartige „Eigenbescheinigung“ als Alternative zur vorbeugenden Verwaltungs- oder Gerichtskontrolle bzw. zur öffentlichen Beurkundung der Satzung *nicht* vorsieht.³²

Nach Art. 10 Abs. 2 SPE-VOSE erlangt die SPE die Rechtspersönlichkeit am Tag ihrer Eintragung in das einschlägige mitgliedstaatliche Register. Der Entwurf der schwedischen Präsidenschaft enthält aber keine Regelung bezüglich der Frage, ob eine rechtsfähige Vorgesellschaft (Vor-SPE) bereits vor der Registereintragung existiert. Artikel 12 SPE-VOSE sieht lediglich vor, dass die Haftung für Handlungen vor Eintragung der SPE dem maßgebenden einzelstaatlichen Recht unterliegt. Es ist nach der generellen Verweisung des Art. 4 Abs. 2 lit. b) SPE-VOSE wohl anzunehmen, dass nicht nur die Haftungsfrage, sondern auch die Frage der Rechtsfähigkeit der Vor-SPE und alle anderen mit ihrem Funktionieren verbundenen Fragen (etwa ob bzw. inwieweit die Vorschriften über die eingetragene SPE noch vor deren Registrierung zur Anwendung kommen) dem nationalen Recht des SPE-Sitzstaates unterliegen sollen.

5.2 Umwandlung in die SPE

Der schwedische Kompromissvorschlag enthält eine ausführliche Regelung betreffend die Umwandlung einer nationalen Gesellschaft in eine SPE (Art. 5b Abs. 0 bis 12 SPE-VOSE).³³ Nach Art. 5b Abs. 0 SPE-VOSE kann eine SPE durch Umwandlung einer juristischen Person anhand des Rechts eines Mitgliedstaats gegründet werden. Dabei verlangt der schwedische Kompromissvorschlag, dass die Mitgliedstaaten mindestens die Umwandlung einer der in Anhang II genannten

³¹ In der englischen Version: „ (...) and/or by self-certification, including by an authorised signatory“.

³² Vgl. den Wortlaut des Art. 11 der Publizitätsrichtlinie: „In allen Mitgliedstaaten, nach deren Rechtsvorschriften die Gesellschaftsgründung keiner vorbeugenden Verwaltungs- oder gerichtlichen Kontrolle unterworfen ist, müssen der Errichtungsakt und die Satzung der Gesellschaft sowie Änderungen dieser Akte öffentlich beurkundet werden.“

³³ Vgl. dazu ausführlich: Hommelhoff/Teichmann, in: FS Hopt, 2010, S. 849 ff.

Privatgesellschaften mit beschränkter Haftung in eine SPE gestatten und zwar unabhängig davon, ob diese Privatgesellschaften nach dem einschlägigen nationalen Recht die Gesellschaftsform wechseln können. Darüber hinaus sollen die Mitgliedstaaten die Umwandlung anderer juristischer Personen („*legal bodies*“) – als der in Anhang II genannten Privatgesellschaften mit beschränkter Haftung – in eine SPE gestatten, insoweit als ihr innerstaatliches Recht die Umwandlung einer solchen juristischen Person in eine Privatgesellschaft mit beschränkter Haftung zulässt. Vor dem Hintergrund der zitierten Entwurfsregelung soll es keinem Zweifel unterliegen, dass sich eine nationale AG in eine SPE umwandeln kann, falls das entsprechende nationale Recht den Formwechsel der AG in die GmbH vorsieht. Zudem ist aber anzunehmen, dass nicht nur juristische Personen im eigentlichen Sinne, sondern auch Rechtsträger ohne die formelle Rechtspersönlichkeit umwandlungsfähig sind, die nach dem einschlägigen nationalen Recht in eine GmbH umgewandelt werden können (vgl. oben, unter III). So wird sich z.B. eine offene Handelsgesellschaft polnischen Rechts (*spółka jawna*) direkt in eine SPE umwandeln können, weil die OHG nach dem polnischen Recht ihre Rechtsform in eine GmbH (*spółka z o.o.*) wechseln kann. Dabei ist aber fraglich, ob die Umwandlung in die SPE in diesem Fall dem nationalen Recht (im Fall einer polnischen OHG – den Vorschriften des poln. HGGB über die Umwandlung einer Personengesellschaft in eine GmbH) oder der in der SPE-Verordnung enthaltenen Regelung über das Umwandlungsverfahren unterliegen soll. Insbesondere könnte der Wortlaut des Art. 5b Abs. 3 SPE-VOSE, in dem von „einer juristischen Person mit gezeichnetem Kapital“ die Rede ist, darauf hindeuten, dass das im SPE-VOSE geregelte Umwandlungsverfahren nur auf nationale Kapitalgesellschaften mit festem Stamm- bzw. Grundkapital anwendbar sei. Nach der genannten Vorschrift kann eine derartige juristische Person nur dann in eine SPE umgewandelt werden, wenn sie über Nettovermögenswerte in mindestens der Höhe des gezeichneten Kapitals zuzüglich der nicht ausschüttungsfähigen Rücklagen verfügt. Diese Regelung, die ausschließlich die Kapitalgesellschaften betrifft, spricht aber nicht dagegen, dass die übrigen Absätze des Art. 5b SPE-VOSE auch für andere Rechtsträger (darunter auch Personengesellschaften) gelten sollen, die sich nach dem einschlägigen nationalen Recht in eine GmbH umwandeln können. Im Ergebnis ist daher anzunehmen, dass das nationale Recht nur über die Umwandlungsfähigkeit eines konkreten Rechtsträgers entscheidet. Ist diese Frage nach dem nationalen Recht zu bejahen, so unterliegt das Umwandlungsverfahren in erster Linie der Regelung der SPE-Verordnung.

Nach dem Wortlaut des Art. 5b Abs. o SPE-VOSE kann eine juristische Person des Rechts *eines Mitgliedstaats* in die SPE umgewandelt werden. In diesem Zusammenhang kann fraglich sein, ob eine *Societas Europaea* (SE) in ihre „kleinere Schwester“, die SPE, wechseln kann. Die SE ist keine

juristische Person mitgliedstaatlichen Rechts, sondern eine des einheitlichen europäischen Rechts. Die SE unterliegt primär den Vorschriften der SE-Verordnung Nr. 2157/EG v. 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft. *Prima facie* könnte man deswegen behaupten, die SE sei nach dem schwedischen Kompromissvorschlag nicht umwandlungsfähig. Bei Lichte besehen erweist sich diese sich am Wortlaut der zitierten Regelung orientierte Folgerung allerdings als falsch und zwar im Hinblick auf den in Art. 10 der SE-Verordnung geäußerten Grundsatz der Gleichbehandlung der SE und der nach dem Recht ihres Sitzstaates gegründeten Aktiengesellschaften. Triftige Argumente gegen eine direkte Umwandlung der SE in eine SPE sind wohl nicht ersichtlich. Vielmehr sollten auch die Aktionäre einer SE die Möglichkeit haben, die ihnen am besten passende Organisationsform unter den supranationalen Gesellschaften des europäischen Rechts zu wählen. Die Umwandlung in eine SPE käme insbesondere bei kleineren SEs mit einer überschaubaren Aktionärsstruktur, die als private Gesellschaft organisiert und geführt sind, in Betracht.

Das im SPE-VOSE geregelte Umwandlungsverfahren beginnt mit der Erstellung eines Umwandlungsvorschlags durch das Geschäftsführungsorgan der umzuwandelnden Gesellschaft. Bei Personengesellschaften ist anzunehmen, dass dies den geschäftsführenden Gesellschaftern obliegt. Der Umwandlungsvorschlag muss die in Art. 5b Abs. 4 SPE-VOSE bestimmten Angaben enthalten, darunter insbesondere einen Vorschlag für die Satzung der SPE sowie die voraussichtlichen Folgen der Umwandlung für die Arbeitnehmer und diesbezüglich vorgeschlagene Maßnahmen.³⁴ Darüber hinaus soll das Geschäftsführungsorgan den Umwandlungsbericht anfertigen, dessen Adressaten die Gesellschafter, die Arbeitnehmer und die Gläubiger sind (Art. 5b Abs. 5 SPE-VOSE). Mindestens einen Monat vor der geplanten Fassung des Umwandlungsbeschlusses müssen bestimmte Informations- und Bekanntmachungspflichten im Verhältnis zu den Gesellschaftern, den Arbeitnehmern und den Gläubigern erfüllt werden (Art. 5b Abs. 7 SPE-VOSE). Der Beschluss über die Umwandlung einer nationalen GmbH in die SPE ist mit der qualifizierten Mehrheit von mindestens zwei Dritteln der gesamten Stimmrechte der umzuwandelnden Gesellschaft zu fassen. Die SPE-VOSE ermächtigt die Mitgliedstaaten zur Festlegung einer höheren Mehrheit. Bezüglich der Beschlussfassung im Fall der Umwandlung eines anderen Rechtsträgers wird auf das entsprechende nationale Recht hingewiesen (Art. 5b Abs. 8 SPE-VOSE). So bedarf beispielsweise die Umwandlung einer offenen Handelsgesellschaft in eine GmbH nach dem polnischen Recht der Zustimmung aller Gesellschafter (Art. 571 poln. HGGB). Auch der Schutz der Gesellschafter, die die Umwandlung ablehnen sowie der Schutz der Gläubiger der sich umwandelnden Gesellschaft soll

³⁴ Siehe dazu: Hommelhoff/Teichmann, aaO., S. 856.

dem auf sie anwendbaren nationalen Recht unterliegen, wobei die Mitgliedstaaten entsprechende Vorschriften betreffend die Umwandlung in die SPE erlassen können, falls das betreffende innerstaatliche Recht keine diesbezüglichen Regelungen enthält (Art. 5b Abs. 9 SPE-VOSE). Gemäß dem polnischen Recht steht den Gesellschaftern, welche eine Erklärung über die Beteiligung an der Gesellschaft der neuen Form nicht abgegeben haben, ein Anspruch auf die Rückzahlung des Betrags, der dem Bilanzwert der Geschäftsanteile an der umgewandelten Gesellschaft entspricht, zu (Art. 565 poln. HGGB). Nach dem Kontinuitätsprinzip werden alle Rechte und Pflichten der umgewandelten Gesellschaft nationalen Rechts durch die SPE fortgesetzt. In Bezug auf die Arbeitsverhältnisse wird dieser Grundsatz in Art. 5b Abs. 10 SPE-VOSE ausdrücklich bestätigt. Sieht das einschlägige nationale Recht etwaige Beschränkungen in Bezug auf die Umwandlung einer juristischen Person in eine Privatgesellschaft mit beschränkter Haftung vor, so sollen diese auch für die SPE gelten (Art. 5b Abs. 12 SPE-VOSE).

5.3 Verschmelzung in die SPE

Die Gründung der SPE im Wege einer innerstaatlichen oder grenzüberschreitenden Verschmelzung richtet sich nach dem nationalen Recht, dem die sich verschmelzenden Gesellschaften unterliegen. Sowohl der ursprüngliche Kommissionsentwurf als auch der schwedische und ungarische Kompromissvorschlag regeln diese Gründungsform nur fragmentarisch. Die entsprechende Regelung erschöpft sich eigentlich in der Bestimmung zusätzlicher Angaben und Urkunden, die der Anmeldung der durch Verschmelzung zu gründenden SPE beizufügen sind (Art. 9 Abs. 2 lit. m) SPE-VOSE). Darüber hinaus sieht der Entwurf ausdrücklich vor, dass die aufnehmende Gesellschaft im Fall einer Verschmelzung durch Aufnahme am Tag der Eintragung der Verschmelzung die Rechtsform der SPE annimmt (Art. 10 Abs. 3 SPE-VOSE). Diese regulatorische Enthaltensamkeit in Bezug auf die Verschmelzung ist durchaus verständlich, wenn man berücksichtigt, dass es sich bei der Verschmelzung um eine der am stärksten durch die EU-Richtlinien (d.h. die Dritte Richtlinie³⁵ und die Zehnte Richtlinie) angeglichenen Strukturmaßnahmen handelt.

Es ist anzunehmen, dass sich sowohl die Verschmelzungsfähigkeit eines bestimmten Rechtsträgers als auch das Verfahren der Verschmelzung nach dem jeweiligen nationalen Recht richten. Primär kommt die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in Betracht. Es kann sich dabei entweder um eine innerstaatliche Verschmelzung von Gesellschaften, die demselben nationalen

³⁵ Jetzt: Die Richtlinie 2011/35/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Verschmelzung von Aktiengesellschaften, ABl. V. 29.4.2011, L 110/1.

Recht unterliegen oder um eine grenzüberschreitende Verschmelzung von Gesellschaften aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten handeln. Im letzteren Fall stellen die durch die Zehnte Richtlinie (2005/56/EG) harmonisierten nationalen Vorschriften eine Rechtsgrundlage dar, welche die Durchführung dieser Strukturmaßnahme erleichtern wird. Es ist allerdings hervorzuheben, dass grenzüberschreitende Verschmelzungen nach der Zehnten Richtlinie nur zwischen den Gesellschaftstypen zulässig sind, die sich nach dem einschlägigen mitgliedstaatlichen Recht verschmelzen können (Art. 4 Abs. 1 lit. a) der Zehnten Richtlinie). Da die Dritte Richtlinie über innerstaatliche Verschmelzungen nur die Aktiengesellschaften betrifft, kann es theoretisch möglich sein, dass ein nationales Recht weder innerstaatliche noch grenzüberschreitende Verschmelzungen von Gesellschaften mbH zulässt. Die Gesellschaften mbH aus solch einem Staat wären dann von der Gründung der SPE im Wege der Verschmelzung ausgeschlossen. Dieses Beispiel hat aber wohl nur einen akademischen Charakter, weil die meisten EU-Mitgliedstaaten über ein modernes Umwandlungsrecht verfügen, das die Verschmelzung sowohl der Aktiengesellschaften als auch der geschlossenen (privaten) Kapitalgesellschaften zulässt. Darüber hinaus ist vor dem Hintergrund der zitierten Regelung des SPE-VOSE anzunehmen, dass sich auch Personengesellschaften an der Verschmelzung zur SPE beteiligen können, wenn sie nach dem auf sie anwendbaren nationalen Recht verschmelzungsfähig sind. So sieht z.B. das polnische Recht vor, dass sich Personenhandelsgesellschaften nur durch Errichtung einer Kapitalgesellschaft miteinander verschmelzen können. Im Fall einer Verschmelzung durch Aufnahme kann eine Personengesellschaft ausschließlich eine aufgenommene Gesellschaft sein (Art. 491 § 1 und 2 poln. HGGB). Im Fall einer Verschmelzung durch die Aufnahme in die SPE wird eine polnische Personenhandelsgesellschaft also keine aufnehmende Gesellschaft sein können. Im Ergebnis ist festzustellen, dass die Frage der Verschmelzungsfähigkeit einer nationalen Gesellschaft dem für sie maßgeblichen mitgliedstaatlichen Recht unterliegt. Die in Betracht kommenden Personalstatuten sind kumulativ anzuwenden, was bedeutet, dass die Verschmelzung zur SPE nur dann möglich ist, wenn jedes von ihnen die Verschmelzung der konkreten nationalen Gesellschaftsform mit der ausländischen Partnerin zu einer privaten (geschlossenen) Kapitalgesellschaft zulässt. Auch das Verschmelzungsverfahren wird sich nach dem nationalen Recht richten, das im Fall der internationalen Verschmelzung von Kapitalgesellschaften durch die Zehnte Richtlinie harmonisiert wurde.

6. Schlussbemerkungen

Die obige Darstellung führt zum Schluss, dass der Entwurf der schwedischen (und zugleich auch der ungarischen) Ratspräsidentschaft einen durchaus gelungenen gesellschaftsrechtlichen Rahmen für die Gründung der SPE bietet. Positiv zu bewerten ist insbesondere, die ausführliche Regelung der Umwandlung einer nationalen Gesellschaft in die SPE sowie die flexible normative Erfassung des grenzüberschreitenden Bezugs. Es sind jedoch einige Korrekturen erforderlich. Einer klareren Regelung bedarf die Frage, welche Rechtsträger sich an der Gründung einer SPE beteiligen können. Der europäische Verordnungsgeber wäre gut beraten, wenn er anstelle des missglückten Begriffs der „juristischen Person“ (in der englischen Fassung: „*legal body*“) auf den EU-primärrechtlichen Gesellschaftsbegriff aus Art. 54 Abs. 2 AEUV zurückgreifen würde. Überarbeitungsbedürftig scheint auch die Regelung des Art. 9 Abs. 4 SPE-VOSE betreffend die Rechtmäßigkeitskontrolle der SPE-Gründung zu sein. Die Eigenbescheinigung („*self-certification*“) wird die Funktion dieser Kontrolle nicht erfüllen können und wird mit der Vorgabe der Publizitätsrichtlinie kaum zu vereinbaren sein. Zu überdenken ist auch die Wiedereinführung des im ursprünglichen Kommissionsentwurf vorgesehenen zwingenden Gebots der einmaligen SPE-Gründungskontrolle, was zur Beschleunigung und Vereinfachung des Gründungsverfahrens in einigen Mitgliedstaaten beitragen würde.

Literatur

Bachmann, Gregor (2012): Vertikaler Regulierungswettbewerb im Europäischen Gesellschaftsrecht, in: Erle, Bernd/Goette, Wulf/Kleindiek, Detlef/Krieger, Gerd/Priester, Hans-Joachim/Schubel, Christian/Schwab, Martin/Teichmann, Christoph/Witt, Carl-Heinz (Hrsg.): Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, S. 21 (zit.: Bachmann, in.: FS Hommelhoff).

Brems, Michael/Cannivé, Klaus (2008): Die Europäische Privatgesellschaft (SPE) als Bausteins der internationalen Konzerns, *Der Konzern*, S. 629 (zit.: Brems/Cannivé, *Der Konzern* 2008).

Cannivé, Klaus/Seebach, Daniel (2009): Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) versus Europäische Privatgesellschaft (SPE): Wettbewerb der Ein-Euro-Gesellschaften ?, *GmbHR (GmbH-Rundschau)*, S. 519 (zit.: Cannivé/Seebach, *GmbHR* 2009).

Dorresteijn, Adriaan, F.M./Uziah-Santcroos, Odeaya (2008): The Societas Privata Europaea under the Magnifying Glass (Part 1), *European Company Law* 2008, vol. 5, Issue 6, S. 269 (zit.: Dorresteijn/Uziah-Santcroos, Part 1, *European Company Law* 2008, vol. 5, Issue 6).

Eckardt, Martina/ Kerber, Wolfgang (2013): Horizontal and Vertical Regulatory Competition in EU Company Law: The Case of the European Private Company (SPE), *Andrássy Working Paper Series No. 28*, <http://www.andrassyuni.eu/forschung/publikationen/andrassy-working-papers> (zit Eckardt/Kerber, *Horizontal and Vertical Regulatory Competition*).

Fleischer, Holger (2010): Supranationale Gesellschaftsformen in der Europäischen Union – Prolegomena zu einer Theorie supranationaler Verbandsformen, *ZHR (Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht)* 174 (2010), S. 385 (zit.: Fleischer, *ZHR* 174 (2010)).

Hommelhoff, Peter/Teichmann, Christoph (2008): Eine GmbH für Europa: Der Vorschlag der EU-Kommission zur Societas Privata Europaea (SPE), *GmbHR (GmbH-Rundschau)*, S. 337-349 (zit.: Hommelhoff/Teichmann, *GmbHR* 2008).

Hommelhoff, Peter/Teichmann, Christoph (2010): Die SPE vor dem Gipfelsturm, *GmbHR (GmbH-Rundschau)*, S- 337-349 (zit.: Hommelhoff/Teichmann, *GmbHR* 2010).

Hommelhoff, Peter/Teichmann, Christoph (2010): Der SPE-Formwechsel nach dem schwedischen Kompromissvorschlag gemeinsam mit Peter Hommelhoff, in: Grundmann, Stefan/Haar, Brigitte/Merkt, Hanno/Mülbert, Peter O./Wellenhofer, Marina/Baum, Harald/von Hein, Jan/von Hippel, Thomas/Pistor, Katharina/Roth, Markus/Schweitzer, Heike (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag, S. 849 (zit.: Hommelhoff/Teichmann, *FS Hopt*).

Hügel, Hans, F. (2009): Zur Europäischen Privatgesellschaft: Internationale Aspekte, Sitzverlegung, Satzungsgestaltung und Satzungslücken, *ZHR* 173 (2009), S. 309 (zit.: Hügel, *ZHR* 173 (2009)).

Jung, Stefanie (2010): Die „schwedische“ Societas Europaea, BB (Betriebs-Berater), S. 1233 (zit.: Jung, BB 2010).

Krejci, Heinz (2008): Societas Privata Europaea, (zit.: Krejci, Societas Privata Europaea, Rdnr).

Oplustil, Krzysztof (2010): Ausgestaltung und Einsatzmöglichkeiten der Europäischen Privatgesellschaft aus Sicht der in den neuen Mitgliedstaaten ansässigen kleinen und mittleren Unternehmen (KMU), in: Teichmann, Christoph (red.) Europa und der Mittelstand, S. 109 (zit.: Oplustil in: Teichmann (Hrsg.), Europa und der Mittelstand).

Oplustil, Krzysztof (2012): Transgraniczne przekształcenie spółki, MPH (Monitor Prawa Handlowego), Nr. 4, S. 50 (zit.: Oplustil, MPH 2012, Nr. 4).

Rodzinkiewicz, Mateusz (2009): Kodeks spółek handlowych. Komentarz, (zit.: Rodzinkiewicz, Kodeks).

Schmidt, Karsten (2002): Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., (zit.: K. Schmidt, Gesellschaftsrecht).

Sołtysiński, Stanisław (2006): (in:) Sołtysiński, Stanisław /Szajkowski, Andrzej/Szumański, Andrzej /Szwaja, Janusz, Kodeks spółek handlowych. Komentarz do artykułów 1-150, Tom I, (zit.: Sołtysiński, Stanisław (in:) Sołtysiński /Szajkowski /Szumański /Szwaja, Kodeks, Bd. 1).

Teichmann, Christoph (2013): Die Europäische Privatgesellschaft, in: Leible, Stefan/Reichert, Jochem (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Band 6, § 50 Rn. 1 (zit.: Teichmann, Die Europäische Privatgesellschaft, § 50 Rn).

Teichmann, Christoph (2010): Die Societas Privata Europaea (SPE) als ausländische Tochtergesellschaft, RIW (Recht der Internationalen Wirtschaft), S. 120 (zit.: Teichmann, RIW 2010).

Teichmann, Christoph (2012): Die grenzüberschreitende Formwechsel ist spruchreif: das Urteil des EuGH in der Rs. Vale, DB (Der Betrieb), S. 2085 (zit.: Teichmann, DB 2012, Nr. 37).

Donau-Institut Working Papers
ISSN 2063-8191

Bereits in der Working Paper Serie erschienen

Gesammelte Beiträge zur Tagung „Wirtschaft und Wohlstand in Mitteleuropa im Vergleich 1967 bis in die Gegenwart“

- Nr. 1. | **Walsch, Dr. Christopher** (2012): *Ohne Bodenhaftung. Ungarns Mühen mit der Marktwirtschaft seit dem politischen Wandel 1990*
- Nr. 2. | **Müller, Fruzsina** (2012): *Die sozialistische Jeans Ungarns. Zur Geschichte eines staatlich geförderten Markenprodukts nach westlichem Muster*
- Nr. 3. | **Karbin, Ákos** (2012): *Die Währungsreformen des Deutschen Reichs 1871-1873 und der Österreichisch-Ungarischen Monarchie 1892-1914 im Vergleich*
- Nr. 4. | **Vašíček, Martin** (2012): *Eine empirische Studie zu Mittelschulbildung und Sozialstruktur in der ersten Tschechoslowakischen Republik. Die Städte Znojmo (Znaim), Jihlava (Iglau) und Břeclav (Lundenburg)*
- Nr. 5. | **Strobl, Philipp** (2012): *Zwischen Not und Elend – Die Innsbrucker Wirtschaft im Ersten Weltkrieg*

Gesammelte Beiträge zum Doktorandenworkshop „Krise der Demokratie“

- Nr. 13 | **Gyöngy, Antonela** (2013): *Filmische Erinnerung und der rumänische Nationalkommunismus*
- Nr. 14. | **Stoenescu, Dr. Roxana Alice** (2013): *Das flexible Arbeitssystem Europas und die Legitimitätskrise der Demokratie*
- Nr. 15. | **Traupe, Dorothea** (2013): *How to deal with fallen soldiers? Commemoration of Soldiers in Germany and Poland*
- Nr. 16. | **Odzuck, Eva** (2013): *Die Selbstgefährdung der liberalen Demokratie in der Biopolitik. Plädoyer für eine doppelte Ergänzung demokratiethoretischer Krisendiagnosen*
- Nr. 21. | **Lehner, Daniel** (2013): *Egalitäre Ausgangssituationen schaffen – zur Demokratisierung „postdemokratischer“ Zustände*

Einzelne Beiträge

- Nr. 6. | **Dácz, Dr. Enikő** (2013): *Auf der Spur interethnischer Beziehungen in drei siebenbürgischen Zeitungen am Anfang des 20. Jahrhunderts*
- Nr. 7. | **Brauneder, Prof. Dr. Wilhelm** (2013): *Die Übersetzungen von Gesetzen in der Habsburgmonarchie*
- Nr. 8. | **Csingár, Péter** (2013): *Die Lage der Jobbik im ungarischen Verfassungsstaat – eine politikwissenschaftliche und juristische Untersuchung –*
- Nr. 9. | **Annamária Molnár** (2013): *Ungarndeutsche Frauen während und nach dem II. Weltkrieg – Erlebnisse, Erfahrungen, Erinnerungen*
- Nr. 10. | **Brauneder, Prof. Dr. Wilhelm** (2013): *Übersetzungsprobleme anhand lateinischer und italienischer ABGB – Übertragungen*
- Nr. 11. | **Hettyey, Dr. András** (2013): *Ungarns Wirtschaftsbeziehungen mit den Ländern des Westbalkan*
- Nr. 12. | **Hettyey, Dr. András** (2013): *Die Dreiteilung Europas – Eine empirische Untersuchung der Unterstützung für die EU-Erweiterungspolitik*
- Nr. 17. | **Schnellbach, Dr. Christoph** (2013): *Differenzierte Integration in der EU am Beispiel der Minderheitenpolitik*
- Nr. 18. | **Brauneder, Prof. Dr. Wilhelm** (2013): *Transferbedingung Verschriftlichung*
- Nr. 19. | **Brauneder, Prof. Dr. Wilhelm** (2013): *Transferbedingung Übertragung oder Übersetzung*
- Nr. 20. | **Nótári, Dr. habil. Tamás** (2013): *Remarks on the contractual provisions of Lex Baiuvariorum*

Nr. 22. | **Gouverneur, Fabienne** (2013): *The Fodor-Fulbright Correspondence, Congress, and Public Diplomacy 1952-53*

Nr. 23. | **Schönebeck, Heiko Armin** (2013): Nachhaltigkeitsbetrachtung des Geschäftsmodells für das eLearning-Studien-Angebot der Fernfachhochschule Schweiz

Nr. 24. | **Walsch, Dr. Christopher** (2013): *Ein „mitteleuropäisches Jahr“ für Ungarn - Synergien der ungarischen Präsidenschaften in den regionalen Kooperationsforen Visegrád-Gruppe und Zentraleuropäische Initiative im Jahr 2013*

Nr. 25. | **Gouverneur, Fabienne** (2013): *Dorothy Thompson und Mike William Fodor: Eine Freundschaft des 20. Jahrhunderts*

Nr. 26. | **Szirkik Dr., Miklós** (2014): *Kulturbeihilfen und Wettbewerbsrecht in der europäischen Regionalpolitik*

Nr. 27. | **Oplustil, Dr. Krzysztof** (2014): *Grenzüberschreitende Umwandlung der Gesellschaft nach dem europäischen und nationalen Recht – vor dem Hintergrund des polnischen, ungarischen und tschechischen Rechts*

Donau-Institut Working Papers
ISSN 2063-8191

Kopien können bestellt werden bei:

Universitätsbibliothek
Andrássy Universität Budapest
PF 1422
1464 Budapest
Hungary

Besuchen Sie uns auf unserer Homepage unter <http://www.andrassyuni.eu/donauinstitut>. Wir machen sie darauf aufmerksam, dass wir die Weitergabe des entsprechenden Working Paper einstellen, falls eine revidierte Version für eine Publikation an anderer Stelle vorgesehen ist.