

II. Gründung der SE

1. Numerus clausus und gemeinsame Regeln (Art. 2f, 11-16 SE-VO)

a) Numerus clausus (Art. 2f. SE-VO)

- 1047** Die SE kann nicht – wie (Kapital-)Gesellschaften sonst – von natürlichen Personen gegründet werden. Vielmehr entsteht sie allein aus **vier näher umrissenen Formen von Strukturmaßnahmen bestehender Gesellschaften**, wobei diese zudem allein oder in der Summe ein (näher spezifiziertes) grenzüberschreitendes Element aufweisen müssen (Art. 2 Abs. 1-4 SE-VO). Je nach Gründungstatbestand – Fusion (unten 2.), Gründung einer Holdinggesellschaft oder gemeinsamen Tochtergesellschaft (unten 3.) und Umwandlung (unten 4.) – sind der **Kreis der zugelassenen Gründungsgesellschaften und auch das Internationalitätselement** (trotz wiederkehrender Muster) verschieden. Die Einschränkung (numerus clausus) belegt, dass die Mitgliedstaaten eine freie Europäische Alternative zu ihren Rechtsformen nicht zulassen wollten,³⁹ Vorteile der Rechtsform der SE (Mobilität, Einheitsunternehmen) wurden also nicht allgemein zugänglich gemacht.
- 1048** Auch die **Abstufung** selbst wurde kritisiert, insbesondere **bei den Einschränkungen**.⁴⁰ Eine SE durch Fusion zu gründen, wurde allein AG's gestattet – weitgehend als Modell dient die Verschmelzungs-Richtlinie, die selbst nur für AG's gilt.⁴¹ Und auch im Internationalitätselement ist diese erste Form besonders restriktiv geregelt. Zwei- oder mehrstaatig muss der Gründerkreis sein.⁴² Bei allen anderen Gründungsformen genügt (auch) ein allein in einer Gründergesellschaft angelegtes Internationalitätselement: Bei der Gründung durch Umwandlung ist das anders nicht denkbar. Die umzuwandelnde Gesellschaft muss seit mindestens zwei Jahren eine Tochtergesellschaft im EU-Ausland gehabt haben. Auch diese Form ist ansonsten eher restriktiv geregelt, sie war misstrauisch betrachtet und auch erst zuletzt in den Kreis der Gründungsformen aufgenommen worden (Rdn. 1058). Auch sie steht allein AG's offen, sodass der Umwandlungsschritt

39 Dazu *Hommelhoff*, AG 2001, 279 (280f.) (kritisch, Nachprüfung nach Art. 69 SE-VO anregend); kritisch zur Einengung *Da Costa/de Meester Bilreiro*, The European Company Statute, 18f.; *Kallmeyer*, AG 1990, 527 (528); *Neun*, in: *Theisen/Wenz* (Hrsg.), Europäische Aktiengesellschaft², 57 (65f.); *Schulz/Geismar*, DSStR 2001, 1078 (1078); *Werlauff*, (2003) 14 EBLR 85 (91). Nach den Entscheidungen in Sachen *Centros* und *Überseering* (Rdn. 778-783) wird diese Grundhaltung zusätzlich angreifbar; heute auch zweifelnd Bericht der Kommission über die Anwendung des SE-Statuts, KOM(2010) 676 endg., S. 7f. (auch im Hinblick auf die Nichtzulassung von Spaltungen), dort auch Besorgnis über die hohen Gründungskosten (a.a.O. S. 5 und 7; durchschnittlich knapp 800.000,- €, Zahl allerdings beeinflusst durch einige „Megagründungen“, die allein fast 100 Mio. € kosteten).

40 Vgl. etwa *Schulz/Geismar*, DSStR 2001, 1078 (1082); *Teichmann*, ZGR 2002, 383 (410f.); sehr kritisch hierzu *Neun*, in: *Theisen/Wenz* (Hrsg.), Europäische Aktiengesellschaft², 57 (66ff.); positiver: *Werlauff*, (2003) 14 EBLR 85 (91).

41 Vgl. *Lutter*, BB 2002, 1 (4); *Wooldridge*, (2004) 25 The Company Lawyer, 121 (121f.). Umgekehrt gilt jedoch die Internationale Fusions-Richtlinie allgemein für Kapitalgesellschaften, vgl. § 26.

42 Die Verschmelzung wurde – wie die Umwandlung – unter dem Aspekt Mitbestimmungserhalt besonders kritisch betrachtet: *Heinze*, ZGR 2002, 66 (79); kritisch zu dieser Mehrstaatenregelung: *Kallmeyer*, AG 1990, 527 (528); *Schulz/Geismar*, DSStR 2001, 1078 (1081).

klein erscheint und bei anderen Kapitalgesellschaften eine Umwandlung in eine nationale AG vorausgehen müsste.⁴³ Die letzten beiden Formen sind offener geregelt: Eines von beiden Internationalitätselementen genügt – Zwei- bzw. Mehrstaatigkeit im Gründerkreis oder Internationalität in einer Gründergesellschaft, wobei hier nun auch das mindestens zweijährige Bestehen einer Zweigniederlassung im EU-Ausland genügt –, und Gründergesellschaften müssen hier nicht zwingend AG's sein: Als Holding eine SE gründen dürfen auch GmbH's – nahe liegend, eignen sie sich als Rechtsform doch besonders für Konzerntöchter.⁴⁴ Eine Tochter-SE dürfen gar alle (Erwerbs-)Gesellschaften iSv Art. 54 AEUV (früher Art. 48 EG) gründen.⁴⁵ Diese Kritik wirkt sich auch aus in der Bewertung derjenigen Techniken, mit denen **diese Einschränkungen weit gehend umgangen werden** können – insbesondere die Zweijahresfrist oder das Erfordernis unterschiedlicher Nationalität bei den Gründergesellschaften. Dies gilt etwa, wenn eine Tochtergesellschaft im Ausland errichtet wird, diese dann auf die Mutter verschmolzen wird (unter Entstehung einer SE), und dann eine Tochter-SE nach Art. 3 Abs. 2 SE-VO errichtet wird (ohne Einhaltung der Zweijahresfrist); oder wenn sich zwei Aktiengesellschaften desselben Landes, von denen eine über eine ausländische Tochtergesellschaft (seit mindestens zwei Jahren) verfügt, verschmelzen, wobei sich als Vorstufe hierzu die Aktiengesellschaft mit Tochtergesellschaft im Ausland in eine SE umgewandelt und dann ihren Sitz ins Ausland verlegt, um dann bei der genannten Fusion auf die im Inland verbliebene andere Aktiengesellschaft verschmolzen zu werden (jetzt als zwei Gesellschaften mit verschiedenem Personalstatut).⁴⁶ Solche Umgehungen werden auch nicht für nichtig gehalten, weil diesen Einschränkungen eine teleologische Rechtfertigung ohnehin fehle (vorige Fn.).

Gründergesellschaften müssen **zudem nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet** sein – oder selbst bereits als SE verfasst sein (Art. 3 Abs. 1 SE-VO) – **und in der EU verankert** (Art. 2 Abs. 5 SE-VO) sein. Maßgeblich für das Erste ist, ob das in der Satzung gewählte Recht die Gesellschaft als wirksam gegründet betrachtet. Folgt dieses etwa der Sitztheorie, muss auch der Satzungssitz am Hauptverwaltungssitz genommen worden sein. Verankerung in der EU ist jedenfalls anzunehmen, wenn der Hauptverwaltungssitz in der Tat im (Satzungs-)Sitz-

43 Zur Skepsis gegenüber dieser Gründungsform Nachw. unten Fn. 70.

44 *Da Costa/de Meester Bilreiro*, The European Company Statute, 18; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 1210f.; zum Konzernrecht der SE monographisch: *Buchheim*, Europäische Aktiengesellschaft; *Lächler*, Konzernrecht; *Maul*, Die faktisch abhängige SE; *dies.*, in: *Theisen/Wenz* (Hrsg.), Europäische Aktiengesellschaft², 457; sowie etwa *Veil*, in: Jannott/Frodermann, SE-Handbuch, Kap. 11; sowie *Ebert*, BB 2003, 1854 (IPR); *Hommelhoff*, AG 2003, 179; *Jaecks/Schönborn*, RIW 2003, 254; *Veil*, WM 2003, 2169; *Waclawik*, DB 2006, 1827; auch Standardkommentare *passim*; zu früheren Ansätzen *Wenz*, Die Societas Europaea (SE) – Analyse der geplanten Rechtsform und ihrer Nutzungsmöglichkeiten für eine europäische Konzernunternehmung, 1993.

45 Schwerlich damit zu begründen, dass hierin in besonderem Maße eine Form der Ausübung der Niederlassungsfreiheit liege. Alle Formen der Gründung einer SE betreffen die Niederlassungsfreiheit. Kritisch auch *Schulz/Geismar*, DStR 2001, 1078 (1082).

46 Vgl. (auch für weitere solche Gestaltungen): *Casper*, AG 2007, 97 (100-102); *Lange*, EuZW 2003, 301 (302f.); MünchKommAktG/*Schäfer*, Art. 37 SE-VO Rdn. 3; *Oechsler*, NZG 2005, 697 (699f.); allgemeiner: durch Errichtung von Vorratsgesellschaften: *Casper*, ZHR 173 (2009) 181 (190f.). Grundlegend zum fehlenden Umgehungsschutz: *Casper*, NZG 2005, 697.

5. Teil *Supranationale Rechtsformen*

staat oder irgendwo in der EU genommen wird, jedoch auch (wenn das Gründungsstatut es gestattet, dass der Hauptverwaltungssitz in einem Drittstaat liegt) bei dauerhaftem und tatsächlichem Bezug zur Wirtschaft eines Mitgliedstaats, was bei Bestehen einer Zweigniederlassung in der EU bejaht wird.⁴⁷

- 1050** Als **fünfte Gründungsform** kommt die Errichtung einer Tochter-SE durch die SE allein (nicht nach Art. 2 Abs. 3, 3 Abs. 1 SE-VO!) hinzu. Nach Art. 3 Abs. 2 SE-VO muss hierfür auch die Form der Einmann-SE zur Verfügung stehen, obwohl die Einmann-AG, zumal in Konzernsachverhalten, sonst gerade nicht EG-weit durchgesetzt wurde (Rdn. 290f., 295, 304f., 305-311). Die Rechtspersönlichkeit dieser Tochter-SE muss dann von allen Mitgliedstaaten anerkannt werden – samt Haftungsbeschränkung.⁴⁸

b) Gemeinsame Regeln, insbesondere Eintragung (Art. 11-16 SE-VO)

- 1051** Gemeinsame Regeln für die Gründung enthält schon Titel I (Allgemeine Vorschriften), nämlich die Publizitätsregeln (Art. 12-14, Registereintrag, Veröffentlichung), die das **Regime der 1. Richtlinie** übernehmen: Für die Eintragung gilt der dortige Art. 3 (Rdn. 262-278), auch die Offenlegung wird umfassend angeordnet (Art. 4 SE-VO). Für die restlichen Vorschriften der 1. Richtlinie (§§ 7 und 8) greifen die Verweisungsregeln in Art. 9 Abs. 1 lit. c (allgemein) und Art. 15 SE-VO. **Zwei Besonderheiten bestehen:** Die Eintragung und damit die Entstehung der SE (Art. 16 Abs. 1 SE-VO) wird detailliert von der Beachtung des Regimes zum Schutz der Arbeitnehmerrechte abhängig gemacht (Art. 12 Abs. 2-4 SE-VO). Und es tritt – wie bei der EWIV (Rdn. 1112) – eine zweite Veröffentlichung hinzu, im Europäischen Amtsblatt, freilich nur zur Tatsache, dass die Gesellschaft den Status einer SE nach einem bestimmten nationalen Recht erlangt oder wieder verloren hat. Hinzu tritt eine **firmenrechtliche Norm** (wieder wie bei der EWIV): Der SE-Zusatz ist zu führen, umgekehrt ist seine Nutzung nationalen Rechtsformen (außer bei Bestandsschutz) verboten (Art. 11 SE-VO); alle anderen Fragen regelt wieder nationales Firmenrecht.

- 1052** **Weitere – klarstellende – gemeinsame Regeln** finden sich in Titel II (Gründung): Die Anknüpfungsleiter des Art. 9 Abs. 1 hat ihr Pendant speziell für die Gründung (Art. 15 Abs. 1), nur dass hier die Satzung noch fehlt. Auch die Eintragungspflicht (Art. 15 Abs. 2 SE-VO) ergäbe sich schon aus Art. 2 und 3 der 1. Richtlinie bzw. ist für Kapitalgesellschaften in den Mitgliedstaaten allgemein vorgesehen (Rdn. 170). Und das allgemein zu findende Prinzip, dass die Eintragung konstitutiv ist und mit ihr die Rechtspersönlichkeit erworben wird, bestätigt Art. 16 Abs. 1 SE-VO.⁴⁹ Zuletzt entspricht auch die **Handelndenhaftung im Gründungsstadium** (Art. 16 Abs. 2 SE-VO) exakt der in Art. 7 der 1. Richtlinie.⁵⁰ Der Grundsatz

47 *Da Costa/de Meester Bilreiro*, The European Company Statute, 18f.; *Edwards*, (2003) 40 CMLR, 443 (452); *Hirte*, NZG 2002, 1 (4); *Neun*, in: *Theisen/Wenz* (Hrsg.), Europäische Aktiengesellschaft, 57 (69). Im deutschen Ausführungsgesetz wurde von der Option kein Gebrauch gemacht, vgl. dazu *Schwarze*, SE-VO, Art. 2, Rdn. 108; *Neye/Teichmann*, AG 2003, 169 (170f.).

48 Art. 3 Abs. 2 S. 3 sieht die Anwendung der (nationalen) Regeln zur Einmann-GmbH vor und diese müssen die Haftungsbeschränkung umfassen; vgl. Rdn. 286-288.

49 Der Erwerb der Rechtspersönlichkeit durch Registereintrag gilt bei der SE für alle Gründungsformen (wie bei Kapitalgesellschaften nach allen nationalen Rechten): *Casper*, Der Konzern 2007, 244 (246); *Heckschen*, DNotZ 2003, 251 (252); *MünchKomAktG/Schäfer*, Art. 16 SE-VO Rdn. 3.

50 Dazu Rdn. 208-210; zur Regelung in der SE-VO etwa *Edwards*, (2003) 40 CMLR, 443 (456); *Kersting*, DB 2001, 2079 (2081-2086); *Schwarz*, ZIP 2001, 1847 (1857f.); sowie *Drees*, Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 226f.; *Jannott*, in: *Jannott/Frodermann*, SE-Handbuch, Kap. 3 Rdn. 304-320; und monographisch (mit Rechtsvergleich Deutschland-Großbritannien); *Abu-Taleb*, Die Haftungsverhältnisse bei der Gründung, bes. 75-275.

einer Haftung bedarf freilich der Ausfüllung durch nationales Recht und Gläubiger sind gerade bei den für die SE wichtigen Gründungsformen der SE als Tochter- und als Holdinggesellschaft überproportional gefährdet – worauf dann mit einer Vorbelastungshaftung der Gründungsgesellschaften (nicht direkt deren Aktionäre) reagiert wird bzw. werden sollte.⁵¹ Wenig überzeugend erscheint umgekehrt jedoch die Interpretation, dass eine Gründungshaftung und deren spätere Übernahme durch die SE nur denkbar sei, wenn bereits zur Zeit des Handelns im Gründungsstadium eine **Vorgesellschaft** kraft Europäischen Rechts bestünde.⁵² Selbstverständlich können Gründer als natürliche Personen schon im Gründungsstadium in die Pflicht genommen werden und eine Haftungsübernahme muss der SE, sobald sie Rechtspersönlichkeit erworben hat, auch für Altschulden sowohl privatautonom möglich sein als auch gesetzlich vorgesehen werden können.⁵³ Dabei ist auch der allgemeine Verweis auf nationales Recht unschwer zugrunde zu legen (Art. 9 Abs. 1 SE-VO). Art. 16 SE-VO setzt also keine Vorgesellschaft nach Europäischem Recht voraus – nicht ausdrücklich (offensichtlich nicht!), aber auch nicht kraft inhärenten Sachzwanges.

Umstritten war zunächst, ob die **SE wirksam als Vorratsgesellschaft** gegründet werden kann (wie etwa eine Vielzahl von SEs gerade in Tschechien). Nach anfänglichen Zweifeln hat sich die Meinung durchgesetzt, dass durchaus zunächst eine Vorratsgesellschaft wirksam gegründet werden kann⁵⁴ – dies insbesondere auch dann, wenn die Gründer über keine Arbeitnehmer verfügen oder über weniger als 10, so dass ein Verhandlungsgremium nicht gebildet werden kann. Art. 12 Abs. 2 SE-VO, der die Registrierung der Gründung von einem Nachweis einer Verhandlungslösung zur Mitbestimmung abhängig machen, um diese besser durchzusetzen, ist in solch einer Konstellation teleologisch zu reduzieren.⁵⁵ Umgekehrt ist freilich bei Aktivwerden eine wirtschaftliche Neugründung anzunehmen und hinsichtlich der Arbeitnehmermitbestimmung auf die dann vorhandene Arbeitnehmerzahl der Gründer abzustellen.⁵⁶ Und verfügen

1053

-
- 51 So überzeugend (für das deutsche Recht, jedoch auch für Art. 767 (3) CA 2006 analog): *Abu-Taleb*, Die Haftungsverhältnisse bei der Gründung, 172-206 und 240-263 (Holding) bzw. 207-210 und 264-268 (Tochtergesellschaft).
- 52 *Kersting*, Die Vorgesellschaft im europäischen Gesellschaftsrecht, 2000, bes. 191-199; *ders.*, DB 2001, 2079 (2081-2086); ähnlich *Drees*, Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 144 ff.
- 53 Ebenso *Casper*, Der Konzern 2007, 244 (246-251); *Jannott*, in: Jannott/Frodermann, SE-Handbuch, Kap. 3 Rdn. 311 ff.; MünchKomAktG/Schäfer, Art. 16 SE-VO Rdn. 6; i.Erg. auch *Hirte*, NZG 2002, 1 (4), der freilich davon ausgeht, Art. 16 Abs. 2 SE-VO verbiete auch, eine Vorgesellschaft nach nationalem Recht anzunehmen – ohne dass klar wird, warum die Norm Sperrwirkung entfalten sollte, wo doch der Verweis auf nationales Recht als Ergänzung der VO die Regel ist.
- 54 Vgl. (auch zur gleichzeitigen Beachtung des numerus clausus der Gründungsformen und m.w.Nachw. zur einhelligen Praxis der Registergerichte in diesem Sinne): *Casper*, AG 2007, 97 (99 f.); MünchKomAktG/Schäfer, Art. 16 SE-VO Rdn. 9-13; *Scheifele*, Gründung, 89 f.; *Seibt*, ZIP 2005, 2248 (2249); die hohe Zahl solcher Gründungen betonend: Bericht der Kommission über die Anwendung des SE-Statuts, KOM(2010) 676 endg., S. 6 f.
- 55 *Seibt*, ZIP 2005, 2248 (2249); AG und LG Hamburg ZIP 2005, 2017; *Casper*, AG 2007, 97 (99 f.); *Frodermann/Jannott*, ZIP 2005, 2251; *Henssler*, RdA 2005, 330 (335); *Kiem*, ZHR 173 (2009) 156 (164 f.); *Kienast*, in: Jannott/Frodermann, SE-Handbuch, Kap. 13 Rdn. 210-213; MünchKomAktG/Jacobs bzw. Schäfer § 3 SEBG Rdn. 2 bzw. Art. 16 SE-VO Rdn. 13; *Seibt*, ZIP 2005, 2248 (2249); dies scheint mir der Bericht der Kommission über die Anwendung des SE-Statuts, KOM(2010) 676 endg., S. 7-9 zu verkennen, wo davon ausgegangen wird, solche Gründungen seien praktisch unmöglich gewesen.
- 56 Vgl. (auch zu den zahlreichen Detailfragen, die sich anschließen): MünchKomAktG/Jacobs bzw. Schäfer § 3 SEBG Rdn. 2 bzw. Art. 16 SE-VO Rdn. 13; *Casper*, AG 2007, 97 (99 f.); *Götze/Winzer/Arnold*, ZIP 2009, 245 (252); *Henssler*, RdA 2005, 330 (334 f.); aA noch *Seibt*, ZIP 2005, 2248 (2250); *Blanke*, ZIP 2006, 789; ausführlich *Forst*, NZG 2009, 687; monographisch *Schreiner*, Zulässigkeit und wirtschaftliche Neugründung einer Vorrats-SE.

5. Teil *Supranationale Rechtsformen*

die Gründer über Arbeitnehmer, ist selbstverständlich auch für eine Vorratsgründung das Verhandlungsverfahren durchzuführen.⁵⁷

2. *Fusion (Art. 2 Abs. 1, 17-31 SE-VO)*

1054 Die Gründung der SE durch Fusion – von AG's aus (zumindest) zwei Mitgliedstaaten (Rdn. 1048) –, die wie allgemein dem externen Wachstum bei Schaffung möglichst einfacher Verwaltungsstrukturen dient (Rdn. 756-759, 871-873), ist ausführlich geregelt (Art. 2 Abs. 1, 17-31 SE-VO). Diese Regelung folgt jedoch bis in die Details dem **Modell der Verschmelzungs-Richtlinie**, auf deren jeweilige Umsetzung in der Tat subsidiär verwiesen wird (Art. 18 SE-VO).⁵⁸ Dies gilt für: die Eröffnung von zwei Grundformen (durch Aufnahme und durch Neugründung; Art. 17 SE-VO und Rdn. 879f.); die Notwendigkeit eines Verschmelzungsplans und -berichts mit Mindestinhalt, der bekannt zu machen ist (Art. 20f. und Rdn. 888-892);⁵⁹ die Notwendigkeit unabhängiger Prüfung, wobei unter weiteren Voraussetzungen ein gemeinsamer Prüfer bestellt werden kann (Art. 22, ohnehin rudimentär, und Rdn. 893-895); und die Notwendigkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses, wobei wiederum die Entscheidung zum Mitbestimmungsregime besonders ist (Art. 23 und Rdn. 897f.). Sowohl die beiden Grundformen als auch die vier wesentlichen Komponenten des Informationsmodells sind also die gleichen und auch in der Durchführung weitest gehend identisch. Das Modell der Richtlinie gilt auch für die abschließende Eintragung und Offenlegung (Art. 27f. und Rdn. 905f.) sowie die Wirkungen (Gesamtrechtsnachfolge, Erlöschen ohne Auflösung, Abfindung der Aktionäre in Aktien, Art. 29 SE-VO und Rdn. 906).⁶⁰ Gesondert anzuordnen war nur, dass im Fall der Verschmelzung durch Übernahme die übernehmende Gesellschaft SE wird (Abs. 1 lit. d). Die Gesamtrechtsnachfolge erstreckt sich ausdrücklich auch auf die individuellen Rechte der Arbeitnehmer (Art. 29 Abs. 3 SE-VO). Noch restriktiver als in der Verschmelzungs-Richtlinie ist das Nichtigkeitsregime, wie in Art. 17 der später verabschiedeten Internationalen Fusions-Richtlinie: Als Nichtigkeitsgrund wird allein das

57 *Seibt*, ZIP 2005, 2248 (2249); AG und LG Hamburg ZIP 2005, 2017; *Casper*, AG 2007, 97 (99f.); *Frodermann/Jannott*, ZIP 2005, 2251; *Henssler*, RdA 2005, 330 (334f.); MünchKomAktG/*Jacobs*, § 3 SEBG Rdn. 2; Ausführlich *Forst*, NZG 2009, 687; monographisch *Schreiner*, Zulässigkeit und wirtschaftliche Neugründung einer Vorrats-SE.

58 Vgl. *Lutter*, BB 2002, 1 (4); Einzelheiten *Bouloukos*, (2007) EBLR, 535 (540f.); *Schwarz*, ZIP 2001, 1847 (1851f.); anders offenbar *Hirte*, NZG 2002, 1 (3); ausführlich zum Verfahren nach der SE-VO *Neun*, in: *Theisen/Wenz* (Hrsg.), Europäische Aktiengesellschaft², 51 (70-140). Ein noch weiter gehender Verweis wäre häufig denkbar gewesen; umgekehrt kann man die recht ausführliche Regelung nämlich doch nicht allein lesen, weil wichtige Stücke fehlen, etwa die Regeln zu den Mindestauslegungsfristen, den Einsichtsrechten der Aktionäre etc.

59 Vgl. Art. 5 Verschmelzungs-Richtlinie. Die Satzung der neu zu gründenden Gesellschaft ist bei der Verschmelzung durch Neugründung, da sie neu ist, ebenfalls aufzudecken (Art. 23 Abs. 3 Verschmelzungs-Richtlinie). Ein Spezifikum der SE-VO bleibt allein Art. 20 Abs. 1 lit. i (Mitbestimmungsregime).

60 Auch Art. 31 zu Besonderheiten bei der Verschmelzung auf eine 100%ige und 90%ige Muttergesellschaft hat seine Parallelen in der Verschmelzungs-Richtlinie, vgl. Rdn. 887, 892f. Zum Schutz durch Austrittsrecht und Pflichtangebot nach deutschem (im zweiten Punkt auch teils EG-rechtlich konditioniertem) Recht ausführlich: *Teichmann*, AG 2004, 67 (zur Rechtfertigung des Entwurfs) (für Verschmelzung auf ausländische Gesellschaft und Gründung einer Holding durch Aktiengesellschaften).

(vollständige) Fehlen der Präventivkontrolle zugelassen, nicht die Fehlerhaftigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen oder sonstiger Verfahrensschritte (Art. 30⁶¹ und Rdn. 908, 910).

Eine zweite Normengruppe ist kollisionsrechtlicher Art und folgt dem **Modell der Internationalen Fusions-Richtlinie**.⁶² Wieder ist für den Gläubiger- und Minderheitenschutz das Statut jeder Gründungsgesellschaft berufen (Art. 24 und Rdn. 933), wieder sind Kontrollbefugnisse und Verfahren zuzuteilen: Für jede fusio- nierende Gesellschaft gilt für die vorbereitenden und sie betreffenden Schritte ihr Recht und wird das Ergebnis testiert in einer gerichtlichen, notariellen oder behördlichen (Unbedenklichkeits-)Bescheinigung (Art. 25 und Rdn. 927, 930). Für die Kontrolle der neu zu gründenden Gesellschaft und Abschlusskontrolle (Überprüfung der Bescheinigungen, bei der SE auch der Mitbestimmungsregelung) ist das Recht der übernehmenden Gesellschaft, hier SE, berufen (Art. 26 und Rdn. 935f.).

3. Holding und Gemeinschaftsunternehmen (Art. 2 Abs. 2 und 3, 32-36 SE-VO)

Grundsätzlich dasselbe Verfahren gilt bei **Gründung einer Holding** (Art. 32-34 SE-VO)⁶³ – zwar kürzer geregelt, nun jedoch in allen Schritten explizit, weil nicht auf die Fusions-Richtlinie verwiesen werden konnte. Die Gründung einer Holding, die als Strukturmaßnahme kraft Mehrheitsbeschlusses manchem nationalen Recht (wie dem deutschen) bisher unbekannt war, dient ja auch im Wesentlichen den gleichen Zielen wie die Fusion, insbesondere der Realisierung von Synergiepotentialen (externes Wachstum), freilich bei Schaffung einer Konzernstruktur.⁶⁴ Wieder besteht das Verfahren aus Gründungsplan, -bericht, unabhängiger Prüfung und Hauptversammlungsbeschluss; explizit gemacht ist hier nun auch die Bekanntmachungsfrist (mindestens ein Monat vor der Hauptversammlung) und der Gegenstand der Prüfung, der auch das Tauschverhältnis betrifft (Art. 32 Abs. 3 und 5 SE-VO). Besonderheiten bestehen allein darin, dass der Mindestprozentsatz zu präzisieren war, den die bisherigen Aktionäre zu tauschen bereit sein müssen und der mindestens 50 % der Stimmrechte betragen muss, und wiederum, dass die Mitbestimmungsregelung anzusprechen war (Art. 32 Abs. 2 a.E. und 6 a.E.). Ganz eigenständig ist dann jedoch die **Regelung des Angebots und seiner Annahme**. Denn strukturell entspricht die Gründung

61 Für diese Auslegung von Art. 30 auch *Schwarz*, ZIP 2001, 1847 (1852).

62 § 26. Zum primär kollisionsrechtlichen Zuschnitt dieser Richtlinie Rdn. 926. Ansonsten enthält sie Sondersachrecht für internationale Sachverhalte, etwa die genannte nichtigkeitsbeschränkende Norm (Art. 30 SE-VO). Zu dieser ausführlich (und mit guten Gründen gegen eine analoge Anwendung bei den sonstigen drei Gründungsformen): *H. Zimmer*, Wbl 2008, 518.

63 *Lutter*, BB 2002, 1 (4). Zu den Anforderungen an Gründergesellschaften und Internationalität Rdn. 1048f. Zu dieser Gründungsform *Da Costa/de Meester Bilreiro*, The European Company Statute, 33-37; *Edwards*, (2003) 40 CMLR, 443 (454f.); *Hirte*, NZG 2002, 1 (3); *Jahn/Herfs-Röttgen*, DB 2001, 631 (633); *Neum*, in: *Theisen/Wenz* (Hrsg.), Europäische Aktiengesellschaft², 51 (142-170); *Schulz/Geismar*, DSStR 2001, 1078 (1081); *Schwarz*, ZIP 2001, 1847 (1852f.).

64 Etwa *Abu-Taleb*, Die Haftungsverhältnisse bei der Gründung, 50.

5. Teil *Supranationale Rechtsformen*

einer Holding dem Aktientausch und der Übernahme eher als der Fusion. Die Aktionäre erhalten nicht nur eine ausreichende Bedenkfrist beim Angebot selbst (Art. 33 Abs. 1 SE-VO),⁶⁵ sondern es findet sich auch eine Zaunkönigregel (Nachfrist bei Erfolg des Angebots), die nach dem Gesagten geeignet ist, Hauptprobleme kollektiven Handelns zu lösen (Abs. 3 2. UA, vgl. Rdn. 967, 982). Die Holdinggründung, die die Verordnung solchermaßen vorsieht, kann dann nahe liegender Weise auch nicht durch die nationalen Ausführungsgesetze oder Aktienrechte, die etwa in Umsetzung der 2. Richtlinie erlassen wurden, dadurch illusorisch gemacht werden, dass das Regime des Erwerbs eigener Aktien zu restriktiv für diesen Vorgang ist – wobei die Kompetenz im monistischen System beim Verwaltungsrat insgesamt liegen muss und nicht bei den geschäftsführenden Direktoren liegen darf.⁶⁶ Natürlich ist die erfolgreiche Durchführung offen zu legen und sind die Aktionäre in Aktien abzufinden (Abs. 2 und 4). Abs. 5 stellt klar, dass neben den genannten vier Verfahrensstufen (Art. 32 SE-VO) die Erreichung des Mindestprozentsatzes Voraussetzung für die Eintragung der Holding-SE ist. **Weiterer Schutz** opponierender Minderheitsgesellschafter und Gläubiger soll wieder nicht ausgeschlossen sein.⁶⁷ Wie auch sonst im IPR wird hierfür das Recht der (künftig) abhängigen Gesellschaft berufen (Art. 34 SE-VO).

- 1057 Für die **Gründung einer SE als Tochtergesellschaft** (Gemeinschaftsunternehmen) musste kein Verfahren vorgegeben werden. Denn außerhalb von *Holz Müller/Gelatine*-Konstellationen handelt es sich um eine Geschäftsführungsmaßnahme. Die Voraussetzungen regeln umfassend die Rechte der Gründergesellschaften (Art. 35 f. SE-VO).⁶⁸ Ziel ist hier, abgestuft gegenüber den beiden zuerst genannten Maßnahmen, die *teilweise* Bündelung von Kapazitäten, etwa in Form von joint ventures oder combined group structures.⁶⁹

4. *Umwandlung (Art. 2 Abs. 4, 37 SE-VO)*

- 1058 Erst spät wurde die Umwandlung als Gründungsform für die SE zugelassen; lange hatte das **Misstrauen** überwogen, wirtschaftliche Vorteile – Synergiegewinne – beständen kaum, groß sei die Gefahr der Flucht aus der Mitbestimmung.⁷⁰ **Mehrere Schutzmechanismen** wurden eingebaut: Zur restriktiven Gründungsregelung (Rdn. 1048) kommt, dass die Umwandlung nicht mit einer Sitz-

65 Zu entsprechenden Regeln in der Übernahme-Richtlinie (dort Art. 7 Abs. 1), oben Rdn. 970.

66 Überzeugend zu beidem *Oechsler*, NZG 2005, 449 (449-451) (für § 71a Abs. 2 AktG und zu weiteren Fragen zum Erwerb eigener Aktien); zum Verfahren selbst *Koke*, Finanzverfassung, S. 43-54.

67 Zum Schutz durch Austrittsrecht und Pflichtangebot nach deutschem (im zweiten Punkt auch teils EG-rechtlich konditioniertem) Recht ausführlich: *Teichmann*, AG 2004, 67.

68 Für die Anforderungen an Gründergesellschaften und Internationalität oben Rdn. 1048 f. Zu dieser Gründungsform *Da Costa/de Meester Bilreiro*, The European Company Statute, 37; *Edwards*, (2003) 40 CMLR, 443 (455); *Hirte*, NZG 2002, 1 (3); *Jahn/Herfs-Röttgen*, DB 2001, 631 (633); *Schulz/Geismar*, DStR 2001, 1078 (1081); *Schwarz*, ZIP 2001, 1847 (1853).

69 Vgl. etwa *Abu-Taleb*, Die Haftungsverhältnisse bei der Gründung, 54; *Scheifele*, Gründung, S. 386, *Bayer*, in Lutter/Hommelhoff, Europäische Gesellschaft, 25 (58).

70 *Herfs-Röttgen*, NZA 2001, 424 (426); *Köstler*, in: *Deutsches Aktieninstitut* (Hrsg.), Europa-AG, 36 (39); diese Befürchtung relativierend: *Abu-Taleb*, Die Haftungsverhältnisse bei der Gründung, 58 f.

verlegung verbunden werden darf (Abs. 3, Erhalt des Sitzrechts und damit tendenziell des Mitbestimmungsregimes). Zudem hat hier (und nur hier) das mitbestimmte Organ ein besonderes Vetorecht (Abs. 8), und wird der Erhalt der individuellen Arbeitnehmerrechte ausdrücklich betont (Abs. 9, vergleichbar Art. 29 Abs. 4 SE-VO). Auch geht das Mitbestimmungsregime selbst noch weiter als bei den sonstigen Gründungsformen (Rdn. 1084, 1088).

Inhaltlich folgt die Regelung **bekanntem Strukturen**. Die Umwandlung berührt nicht die Identität (keine Auflösung, keine Neugründung, Abs. 2). Dennoch muss der Mindestkapitalbetrag neu wertmäßig erreicht werden, er ist, auch wenn er bereits einmal aufgebracht war aber (teils) durch Verluste aufgezehrt wurde, neu aufzubringen (Abs. 6, auch Rdn. 1067). Ansonsten entspricht das Verfahren dem bei anderen Gründungsformen: Umwandlungsplan und -bericht (mit Frist und Offenlegung), Prüfung durch einen unabhängigen Sachverständigen und Hauptversammlungsbeschluss (Abs. 4-7). 1059

III. Sitzverlegung und grenzüberschreitende Fusion der SE

1. Sitz und grenzüberschreitende Sitzverlegung (Art. 7f, 64 SE-VO)

a) Sitz und Sitzverlegung

Der **Sitz** einer AG wird in verschiedenen Mitgliedstaaten verschieden bestimmt, teils als der satzungsmäßig festgelegte (Gründungstheorie), teils als der Sitz der Hauptverwaltung (Rdn. 170-173). Anders als für die Gründungsgesellschaften (Art. 2 Abs. 5, oben Rdn. 1049), bleibt es für die SE selbst nicht bei dieser Offenheit. Nach Art. 7 SE-VO muss die SE den Sitzungssitz am Sitz der Hauptverwaltung nehmen, nach Art. 64 SE-VO muss auch gegen ein späteres Auseinanderfallen vorgegangen werden. Dies wird häufig dahin verstanden, der Europäische Gesetzgeber habe den Streit zwischen Gründungs- und Sitztheorie nicht entscheiden wollen.⁷¹ In der Tat haben die Unterschiede im Ansatz in den meisten Fällen keine Auswirkung auf das Ergebnis. Und jedenfalls soweit nach beiden Theorien eine Sitzverlegung vorliegt, sollte diese auch ermöglicht werden. De facto wird jedoch **nach der Sitztheorie vorgegangen**, sie fordert das Gleiche wie das SE-Statut: dass die AG Sitzungssitz und Registerort am Hauptverwaltungs- 1060

⁷¹ 27. Erwägungsgrund; *Hirte*, NZG 2002, 1 (4); aA *Da Costa/de Meester Bilreiro*, The European Company Statute, 49; *Schulz/Geismar*, DStR 2001, 1078 (1079); hochinteressant in seiner gründlichen Analyse (auch von Einflüssen des EGV): *Werlauff*, (2003) 14 EBLR 85 (96-98). Seit der Entscheidung in Sachen *Überseering* erschien freilich zweifelhaft, ob die Regelung in der Verordnung nicht gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt (Rdn. 781-783), vgl. *Garcia-Riestra*, (2004) 15 EBLR 1295; *Kübler*, ZHR 167 (2003) 222 (228); *Roth*, (2003) 52 ICLQ 177 (192); *Wymeersch*, (2003) 40 CMLR 661 (690-695). Nach *Cartesio* erscheinen diese Zweifel umgekehrt jedoch wieder etwas zurückgedrängt: etwa *Casper*, ZHR 173 (2009) 181 (208f.) (de lege ferenda jedoch für Abschaffung des Kopplungsgebots). Jetzt ansatzweise eine Reform in den Raum stellend: Bericht der Kommission über die Anwendung des SE-Statuts, KOM(2010) 676 endg., S. 8.