Rechtsformneuschöpfungen im in- und ausländischen Gesellschaftsrecht

Herausgegeben von

Holger Fleischer

Mohr Siebeck

Holger Fleischer ist Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

ISBN 978-3-16-163898-5 / eISBN 978-3-16-163899-2
DOI 10.1628/978-3-16-163899-2

ISSN 0340-6709 / eISSN 2568-6577
(Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über *http://dnb.dnb.de* abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2024. www.mohrsiebeck.com

© Holger Fleischer (Hg.); Beiträge: jeweiliger Autor/jeweilige Autorin.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International“ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung der jeweiligen Urheber unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt.

Printed in Germany.

§ 9 Europäische Union: Societas Europaea (SE), 2004

Elke Heinrich-Pendl/Anton Rittmeister

I. Einführung ... 303
II. Entstehungsprozess und Entwicklungslinien ... 304
1. Frühe Ideen für übernationale Gesellschaftsformen ... 304
a) 34. Deutscher Juristentag ... 304
b) International Law Association ... 305
c) Europarat ... 306
2. Internationale Gesellschaftsrechtslandschaft: Übernationale Kapitalgesellschaften auf staatsvertraglicher Grundlage ... 308
3. Konkretisierung der Idee einer supranationalen europäischen Aktiengesellschaft. 311
4. Erster Vorschlag ... 314
5. Zweiter Anlauf ... 316
6. Durchbruch – oder: aller guten Dinge sind drei ... 318
III. Grundstrukturen der SE ... 320
1. Normenvielfalt ... 320
2. Rechtsnatur und Kapitalausstattung ... 322
3. Gründung ... 324
4. Sitz und Sitzverlegung ... 326
5. Organisationsverfassung und Gestaltungsfreiheit ... 327
a) Geschäftsleitung und -überwachung ... 327
b) Mitbestimmung ... 331
c) Hauptversammlung ... 335
IV. Würdigung ... 335
1. Die SE im Lichte ihrer Entstehungsgeschichte ... 335
2. Die SE in Zahlen ... 336
3. Die SE und ihre Gründungsmotive ... 340
4. Die SE als Rechtsform mit Ausstrahlungskraft ... 343

I. Einführung*

Das „Flaggschiff des Europäischen Gesellschaftsrechts“[1], die Societas Europaea (kurz: SE), hatte schon lange bevor es in See stach, mit Gegenwind zu kämpfen.

---

* Dieses Manuskript wurde in mehreren Schritten bearbeitet und aktualisiert; die letzte Bearbeitung erfolgte im Oktober 2022.

[1] *Hopt*, ZIP 1998, 96, 99.

Zwischen der ersten zündenden Idee einer Europäisierung des Gesellschaftsrechts im Jahr 1959 auf dem 57. *Congrès des Notaires de France* und dem „Wunder von Nizza"[2] liegen rund 40 Jahre bewegte Entstehungsgeschichte. Während das Projekt von akademischer Seite couragiert vorangetrieben wurde, gründet die lange Zeitspanne primär in kontroversen Interessenlagen auf nationalstaatlicher Ebene, die Schritt für Schritt, Zugeständnis um Zugeständnis abgebaut werden mussten, um jene Rechtsform zu erschaffen, die heute den Prototyp einer supranationalen Gesellschaft bildet.

Im Folgenden wird zunächst der steinige Weg von ersten Vorläufern über die konkrete Schöpfungsidee und den „dreißigjährige[n] Krieg um die Europäische Aktiengesellschaft"[3] bis hin zum Europäischen Rat von Nizza im Dezember des Jahres 2000 nachgezeichnet (II.). Im Anschluss folgt eine Beleuchtung der SE vor dem Hintergrund der SE-VO[4] und der SE-RL[5] sowie des deutschen Umsetzungs- und Aktienrechts (III.). Abschließend wird die Europäische Aktiengesellschaft im Lichte ihrer Entstehungsgeschichte, ihrer zahlenmäßigen Verbreitung, der Motive ihrer Gründer und ihrer Ausstrahlungskraft im vertikalen Wettbewerb der Rechtsordnungen gewürdigt (IV.).

II. Entstehungsprozess und Entwicklungslinien

1. Frühe Ideen für übernationale Gesellschaftsformen

Schon lange bevor es erste konkrete Überlegungen zu einer europäischen Gesellschaft gab, warteten die unterschiedlichsten Akteure mit diffusen und eher punktuellen Vorschlägen in Richtung einer übernationalen Kapitalgesellschaftsform auf. Dies sollte nicht überraschen, da „[d]ie Idee einer internationalen Gesellschaftsform […] mit einer gewissen Zwangsläufigkeit aus jeder Erleichterung des internationalen Handels [folgt]."[6]

a) 34. Deutscher Juristentag

So behandelte der 34. Deutsche Juristentag in Köln im Jahr 1926 die Frage, ob bei einer zukünftigen Reform des Aktienrechts eine Annäherung an das englisch-amerikanische Recht in grundlegenden Fragen stattfinden sollte.[7] Hintergrund

---

[2] *Hirte*, NZG 2002, 1 f.

[3] *Schwarz*, ZIP 2001, 1847.

[4] Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. 2001 L 294, 1.

[5] Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8.10.2001 zur Ergänzung des Status der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. 2001 L 294, 22.

[6] *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 240.

[7] Ständige Deputationen des DJT, in: Verhandlungen des 34. DJT zu Köln, Bd. I, 1926, S. 258 ff.; Ständige Deputationen des DJT, in: Verhandlungen des 34. DJT zu Köln, Bd. II, 1927, S. 611 ff., 874 ff., insb. 762 ff., 789, 797 f., 878 f.; vgl. auch *Kalss/Greda*, in: Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft – SE-Kommentar, 2004, Allgemeiner Teil Rn. 1.

dieses Vorstoßes in Richtung einer Internationalisierung des Aktienrechts war die Hoffnung, englischen und US-amerikanischen Kapitalgebern ein ihnen bekanntes Terrain anbieten und ihnen dadurch Investitionen in den deutschen Aktienmarkt schmackhaft machen zu können.[8] Zwar entschied sich der Juristentag letztlich gegen eine Annäherung an das englisch-amerikanische Recht; er regte jedoch „die Bildung einer überstaatlichen kapitalistischen Gesellschaftsform an, die wahlweise neben den innerstaatlichen Gesellschaftsformen zur Verfügung stehen" sollte.[9] Dem lag ein Antrag des Rechtsanwalts, Professors und späteren Ministerpräsidenten von Groß-Hessen *Karl Geiler*[10] zugrunde, der auf die Bedeutung der Internationalisierung des modernen Wirtschaftslebens und damit auch des Wirtschaftsrechts hinwies und sich unter anderem dafür aussprach, die gegenseitige Kapitaldurchdringung der Nationalwirtschaften auch gesellschaftsrechtlich zu fördern.[11]

Eine Umsetzung dieser Anregung, eine übernationale Kapitalgesellschaft zu schaffen, scheiterte jedoch ebenso wie der weitere Wunsch des Juristentages, dass die Reichsregierung das Thema auf der nächsten Weltwirtschaftskonferenz 1927 in Genf zur Sprache bringt.[12] Schließlich scheint auch *Geiler* selbst den Gedanken nicht weiterverfolgt zu haben, erwähnt er doch in einem Referat über internationale juristische Personen sechs Jahre nach dem Juristentag die überstaatliche Aktiengesellschaft mit keinem Wort.[13] Umso mehr – insbesondere da auch sonstige literarische Zeugnisse hierüber fehlen[14] – überrascht es, dass *Ernst Rabel* in seinem 1936 erschienenen „Recht des Warenkaufs" davon spricht, dass der Gedanke einer übernationalen Form der Aktiengesellschaften zunehmend Freunde finde.[15]

b) International Law Association

Erst nach dem Zweiten Weltkrieg gewann die Idee einer übernationalen Rechtsform wieder verstärkt Zuspruch. Zunächst ist auf eine interessante, wenngleich kaum beachtete Diskussion[16] der International Law Association hinzuweisen.

---

[8] Ständige Deputationen des DJT, in: Verhandlungen des 34. DJT zu Köln, Bd. II, 1927, S. 616.

[9] Ständige Deputationen des DJT, in: Verhandlungen des 34. DJT zu Köln, Bd. II, 1927, S. 798; dazu *Teichmann* (Fn. 6), S. 240.

[10] Über ihn *Duden*, „Geiler, Karl", in: Neue Deutsche Biographie, Bd. VI, 1964, S. 151, abrufbar unter <https://www.deutsche-biographie.de/gnd102038015.html#ndbcontent_zitierweise> (30.9.2021).

[11] Ständige Deputationen des DJT, in: Verhandlungen des 34. DJT zu Köln, Bd. II, 1927, S. 762 f.

[12] *Duden*, RabelsZ 27 (1962), 89, 90; *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2000, S. 25.

[13] *Geiler*, Mitteilungen der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 12 (1933), S. 177 ff.; darauf hinweisend *Duden*, RabelsZ 27 (1962), 89, 91.

[14] *Duden*, RabelsZ 27 (1962), 89, 91; *Schwarz* (Fn. 12), S. 25.

[15] *Rabel*, Recht des Warenkaufs, Bd. I, 1936, S. 50.

[16] So *Duden*, RabelsZ 27 (1962), 89, 92.

Diese nahm im Jahre 1950 unter dem Schlagwort „Corporations Engaged in International Business“ ihren Ausgang und kam auf den im Zweijahresrhythmus stattfindenden Konferenzen bis zu jener in Hamburg im Jahre 1960 immer wieder zur Sprache.[17] Sie kreiste zwar in erster Linie um Fragen des Kollisionsrechts von Handelsgesellschaften, aber auch die Schaffung eines Statuts für supranationale Gesellschaften wurde bisweilen diskutiert.[18] Im Ergebnis wurde kein übernationales Recht vorgeschlagen, jedoch die Schaffung einer internationalen Behörde zur Zulassung internationaler Gesellschaften sowie die Etablierung eines internationalen Gerichts, das über Streitigkeiten entscheiden sollte.[19] Letztlich verliefen die Bestrebungen der International Law Association indes im Sande.[20]

c) Europarat

Eine weitere historische Spur führt zum Europarat. Dieser formulierte bereits im Jahr seiner Gründung (1949) einen Entwurf für eine Inter-Europäische Gesellschaft.[21] Im Fokus stand dabei jedoch nicht die Schaffung einer neuen Rechtsform. Vielmehr waren die Bestrebungen von wirtschaftlichen Beweggründen, nämlich der wirtschaftlichen Integration Europas, getragen.[22] Dementsprechend heißt es in den Erläuterungen zum Entwurf:

„[…] to superimpose, on the divided economies which exist today in Europe, a free economic sector which would cover, entirely or partially, the countries participating in the European Union. This sector would be open to a limited number of societies devoted to the production of goods urgently required by Europe and governed by a special statute.“[23]

Möglich wäre danach sowohl die Gründung von „private“ als auch von „public companies“ gewesen (Art. 1), für die der Entwurf jeweils eigene Regelungen (Art. 2 bis 8: *private companies*; Art. 9 bis 12: *public companies*) vorgesehen

---

[17] Corporations Engaged in International Business, 44 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. 158 (1950); 45 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. iii (1952); International Companies, 45 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. 43 (1952); International Company Law, 46 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. 364 (1954); Various Committees, 46 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. 406 (1954); International Company Law, 47 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. 319 (1956); International Company Law, 48 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. 643 (1958); Hamburg Conference Resolutions Adopted, 49 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. ix (1960); International Company Law, 49 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. 62 (1960).

[18] Engaged in International Business, 44 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. 158 (1950); 45 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. iii (1952); International Companies, 45 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. 43 (1952); Various Committees, 46 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. 392, 406 ff. (1954).

[19] Siehe etwa International Companies, 45 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. 44 (1952); Various Committees, 46 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. 408 (1954).

[20] *Duden*, RabelsZ 27 (1962), 89, 93.

[21] Entwurf von 1949 mit Kommentar, in: Dok. AS/EC (49) 20 vom 16.12.1949.

[22] Siehe *Sanders*, AWD 1960, 1, 2.

[23] Erläuterungen zum ersten Entwurf vom 16.12.1949, in: Dok. AS/EC (49) 20, A 635, S. 1; siehe auch Memorandum, a.a.O., A 637, S. 1: „The Creation of Inter-European Companies represents a new and creative way of attacking the problem of how to obtain a higher degree of integration between the European economies.“

hatte. Eine private europäische Gesellschaft sollte sich dadurch auszeichnen, dass Kapital bzw. Betriebs- und Produktionsstätten auf mehrere Staaten verteilt sind (Art. 2). Um den Status als private europäische Gesellschaft zu erhalten, war eine Registrierung beim sog. „European Companies' Office" vorgesehen. Dieses sollte sodann die betroffenen Mitgliedstaaten informieren, denen die Entscheidung oblegen hätte, die Gesellschaft als private europäische Gesellschaft unter Auflage bestimmter Bedingungen anzuerkennen (Art. 3). Im Fall einer Genehmigung sollten die Gesellschaften von allen Mitgliedstaaten des Europarates ebenso behandelt werden wie rein nationale Gesellschaften (Art. 2). Einem European Companies' Office sollte unter anderem die Aufgabe zukommen, private europäische Gesellschaften vor Diskriminierungen durch einen Mitgliedstaat sowie vor einer doppelten Besteuerung zu schützen und einen freien Zahlungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten zu gewährleisten (Art. 6 f.).

Als öffentliche europäische Gesellschaften hätten Sozietäten gelten sollen, die von den Mitgliedstaaten des Europarates selbst gegründet werden, wobei eine Beteiligung durch Private zwar zulässig gewesen wäre, diese aber 25 % des Kapitals nicht hätte übersteigen dürfen (Art. 9). Als Gründungsakt war die Hinterlegung des Gesellschaftsvertrags beim European Companies' Office vorgesehen (Art. 10): „The deposit of the deed shall constitute the incorporation of the Society, in regard to the national laws of each of the Members who are parties to that deed." Der daraus folgende Status als europäische öffentliche Gesellschaft hätte sodann dazu führen sollen, dass sämtliche Mitgliedstaaten die Gesellschaft wie eine öffentliche Gesellschaft nationalen Rechts behandeln (Art. 10), was unter anderem zu einer Befreiung von der Steuerpflicht hätte führen sollen.[24] „Diesem anspruchsvollen folgte bald ein bescheidenerer Entwurf."[25] Im Jahr 1952 sprach der Europarat die Empfehlung aus, Unternehmen den Zugang zu einem europäischen Statut zu eröffnen, wenn sie eine öffentliche Dienstleistung erbringen oder einen öffentlichen Auftrag durchführen und einen Bezug zu zumindest zwei Mitgliedstaaten aufweisen (Paragraph 1 and 2). Als Grund für die ins Auge gefasste Schaffung eines europäischen Statuts wurde angeführt, dass die Bedürfnisse solcher Gesellschaften andere seien als jene rein nationaler Gesellschaften.[26] Die Einrichtung eines European Companies' Office war auch im zweiten Entwurf vorgesehen. Ihm sollte das Vorhaben angezeigt werden, es sollte bei der Gründung unterstützend tätig werden können und es hätten ihm einige Kontrollbefugnisse eingeräumt werden sollen. Die Gewährung des europäischen Statuts sollte jedoch nicht an die Genehmigung durch das European Companies' Office geknüpft werden, sondern automatisch aus dem zwischen den beteiligten Mitgliedstaaten geschlossenen Übereinkommen resultieren (Paragraph 4).[27] Das Über-

[24] Kommentar zum ersten Entwurf vom 16.12.1949, in: Dok. AS/EC (49) 20, A 635, S. 12.

[25] *Sanders*, AWD 1960, 1, 2.

[26] Explanatory Memorandum, S. 841.

[27] Siehe dazu auch Explanatory Memorandum, S. 837: „European status is granted under an agreement signed by the States concerned and not as a result of a decision of the Office."

einkommen sollte auch die primär für die Gesellschaft maßgeblichen Regelungen enthalten, sofern nicht vereinbart worden wäre, dass die Gesellschaft einem bestimmten innerstaatlichen Recht untersteht (Paragraph 7). Als Folge des europäischen Statuts sollten die Gesellschaften von bestimmten zwischen den beteiligten Staaten vereinbarten Privilegien, wie einem freien Kapitalverkehr oder der Befreiung von Zöllen, profitieren (Paragraph 9).[28]

Dieser Entwurf wurde auf Empfehlung 38 der Beratenden Versammlung des Europarates den Regierungen der damaligen Mitgliedstaaten vorgelegt.[29] Diese fürchteten jedoch aufgrund der beabsichtigten rechtlichen und steuerlichen Vergünstigungen für Gesellschaften mit europäischem Statut eine Diskriminierung ihrer nationalen Gesellschaften. Daher wurde der Entwurf nicht weiterverfolgt.[30] Der spätere Vater der heutigen Europäischen Aktiengesellschaft *Pieter Sanders* weist in diesem Zusammenhang ausdrücklich darauf hin, dass sein Ansinnen mit dem Entwurf des Europarates nicht zu verwechseln sei. Denn anders als es letzterer im Sinn hatte, ging es *Sanders* nicht um die Gewährung wirtschaftlicher Vorrechte, sondern um die Schaffung eines genuin europäischen Aktiengesellschaftsrechts.[31]

2. Internationale Gesellschaftsrechtslandschaft: Übernationale Kapitalgesellschaften auf staatsvertraglicher Grundlage

Dass bis zur Schaffung dieser europäischen Gesellschaft noch ein langer Weg zurückzulegen sein sollte, hinderte jedoch nicht erste Experimente multinationaler Unternehmungen und Großprojekte. Sie bestanden regelmäßig in einer Kombination aus völkerrechtlicher Rechtsgrundlage und den Rechtsvorschriften des Sitzstaates, die wiederum unter übernationalem Einfluss standen.

Bereits 1930 entstand die geschichtsträchtige „Bank für Internationalen Zahlungsausgleich“ (BIZ).[32] Zu ihren Anteilseignern zählen heute ausschließlich Zentralbanken und vergleichbare Institute,[33] weshalb sie als die „Zentralbank der Zentralbanken“ gilt.[34] Anlass ihrer Gründung waren die von Deutschland nach dem Young Plan zu leistenden Reparationszahlungen und das damit entstandene Transferproblem.[35] Das Ansinnen, eine internationale Bank ins Leben zu rufen, stellte die Gründer jedoch vor allem deshalb vor erhebliche Probleme, weil man

---

[28] Dazu auch *Bärmann*, AcP 156 (1958), 156, 159 f.

[29] <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=14037&lang=en> (15.8.2022).

[30] *Sanders*, AWD 1960, 1, 2; *Pipkorn*, ZHR 141 (1973), 35, 48; *Schwarz* (Fn. 12), S. 25.

[31] *Sanders*, AWD 1960, 1, 2.

[32] *Theisen/Wenz*, in: Theisen/Wenz, Europäische Aktiengesellschaft, 2005, S. 28; *Kapschak*, Projekt Europäische Aktiengesellschaft, 2008, S. 28.

[33] Bank for International Settlements, Guide to the BIS Archives, Basel 2017, S. 1 ff., abrufbar unter <https://www.bis.org/about/arch_guide.pdf> (2.7.2021).

[34] *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 27. EL Januar 2022, Art. 88 Rn. 66.

[35] Siehe *Beitzke*, Die Rechtsstellung der Bank für internationalen Zahlungsverkehr insbesondere im Völkerrecht, 1932, S. 5.

ihr weitergehende Rechte zubilligen wollte als sonstigen Handelsgesellschaften, die als juristische Personen nach dem Recht eines Staates gegründet und behandelt wurden.[36] Geplant war, die BIZ ausdrücklich mit Völkerrechtssubjektivität auszustatten, aus der ihr zwangsläufig auch eine privatrechtliche Rechtsfähigkeit erwachsen wäre, und sie damit zu einer exterritorialen Person zu machen. Dies scheiterte jedoch an der Zustimmung der Schweiz, wo die BIZ ihren Sitz haben sollte.[37] Schließlich entschieden die am Haager Abkommen beteiligten Staaten, die BIZ als Schweizerische Aktiengesellschaft mit den jeweiligen nationalen Zentralbanken als Gründern[38] zu etablieren.[39] Diese sollte jedoch nicht nach den allgemeinen Vorschriften des Schweizer Rechts über Handelsgesellschaften behandelt werden, weshalb sich die Schweiz zum Erlass eines eigens zu schaffenden Grundgesetzes[40] verpflichtete. Neben den Statuten der Bank findet sich dort an dessen Spitze eine Bestimmung über die Verleihung der Rechtsfähigkeit (Ziff. 1). Abgesichert wird dies durch die staatsvertragliche Anerkennung der Privatrechtsfähigkeit der BIZ.[41]

Ein weiteres prominentes Beispiel der ersten übernationalen bzw. europäischen Gesellschaften auf staatsvertraglicher Grundlage bildet die ebenfalls als Schweizerische Aktiengesellschaft ausgestaltete *Eurofima (Europäische Gesellschaft für die Finanzierung von Eisenbahnmaterial)*.[42] Gründer und Aktionäre waren und sind jedoch wiederum nicht die Staaten, sondern die einzelstaatlichen Eisenbahnen.[43] Ziel war es, den Eisenbahnen der damals 14 beteiligten Länder

---

[36] *Beitzke* (Fn. 35), S. 7 f.; vgl. auch *Duden*, RabelsZ 27 (1962), 89, 96: „[…] ihre Satzung steht nicht unter, sondern über dem schweizerischen Korporationsstatut."

[37] *Beitzke* (Fn. 35), S. 8 f.; *Kapschak* (Fn. 32), S. 4 f.; siehe aber gleichwohl die Einordnung von *Beitzke* (Fn. 35), S. 53 ff., insb. S. 90: „Für die sich aus ihrer Treuhänderschaft ergebenden Beziehungen zu den am Haager Abkommen beteiligten Staaten hat sie die Stellung eines Völkerrechtssubjekts und kann als solches in völkerrechtlichen Prozessen zwischen den am Haager Abkommen beteiligten Staaten als Partei auftreten."

[38] Dabei handelte es sich um die Zentralbanken von Deutschland, Belgien, Frankreich, Großbritannien, Italien, Japan und um eine Gruppe von Banken der Vereinigten Staaten von Amerika. Siehe Präambel des Grundgesetzes der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich, abrufbar unter <https://www.bis.org/about/charter-d.pdf> (18.8.2022).

[39] Bank for International Settlements (Fn. 33), S. 1: „The BIS was created by an international treaty signed by governments (The Hague, 20 January 1930), but it has been set up and is exclusively controlled by central banks. At the same time, as a bank, the BIS is a limited liability company incorporated under Swiss law, with an issued share capital."; siehe auch *Beitzke* (Fn. 35), S. 21 ff.

[40] <https://www.bis.org/about/charter-d.pdf> (18.8.2022), siehe insb. Ziff. 5: „Vorgenannte Statuten und jede gemäss Ziffer 3 oder 4 dieses Gesetzes an ihnen vorgenommene Änderung werden rechtswirksam, ungeachtet der Abweichungen von gegenwärtigen und zukünftigen Bestimmungen des schweizerischen Rechtes."

[41] *Beitzke* (Fn. 35), S. 18 ff.

[42] *Sanders*, AWD 1960, 1; *Schwarz* (Fn. 12), S. 26.

[43] *Sanders*, AWD 1960, 1; <https://www.eurofima.org/about-us/> (18.8.2022): Hauptaktionär ist heute die Deutsche Bahn AG mit 22,60 % der Anteile.

günstiges Material zu beschaffen.[44] Heute gibt Eurofima als „mission" an: „EUROFIMA has a non-profit mission to support the development of public passenger rail transportation in Europe and to support the railway bodies which are its shareholders in renewing and modernizing their equipment." Das ursprüngliche Abkommen,[45] das von den Staaten am 20.10.1955 unterzeichnet wurde, enthält als Anlage die Statuten der Gesellschaft, welche deren primäre Rechtsquelle darstellen. Nur subsidiär kommt das Recht des Sitzstaates zur Anwendung, was selbst für den Fall gilt, dass dieses dem Recht der Satzung widerspricht (Art. 1 lit. a).[46] Hierzu äußert *Pieter Sanders*:

„Man kann nicht behaupten, daß diese Regelung nicht funktioniert; es ist jedoch eine ziemlich gezwungene Sache. Die Gesellschaft muß irgendwo ihren Sitz haben; die Wahl fällt auf Basel. In Zusammenarbeit mit der Schweizer Regierung und der des Kantons Basel werden jedoch die schweizerischen Rechtsvorschriften, soweit erforderlich, durch den Vertrag und die als Anlage beigefügte Satzung abbedungen."[47]

Ein ähnliches Organisationskonzept lag der ein Jahr später gegründeten Internationalen Moselgesellschaft (*Société Internationale de la Moselle*) zugrunde.[48] Auch sie wurde durch ein völkerrechtliches Übereinkommen[49] ins Leben gerufen, jedoch als deutsche GmbH gegründet.[50] Anders aber als etwa bei *Eurofima* sind sowohl Vertragspartner des völkerrechtlichen Vertrags als auch Gesellschafter der GmbH die drei Uferstaaten Deutschland, Frankreich und Luxemburg, die übereinkamen, den Ausbau der Mosel zwischen Thionville und Koblenz voranzutreiben. Die maßgeblichen Rechtsvorschriften finden sich primär im Staats- und im Gesellschaftsvertrag (Art. 9 Abs. 1 des Staatsvertrags[51]); nur subsidiär ist deutsches GmbH-Recht anwendbar, soweit dessen Geltung nicht ausgeschlossen[52] oder „eingefroren"[53] wird.

---

[44] *Sanders*, AWD 1960, 1.

[45] BGBl. II 1965, 907.

[46] <https://www.eurofima.org/sites/default/assets/Image/investor-relations/constitutive-documents/convention_d.pdf> (18.8.2022). Siehe auch *Sanders*, AWD 1960, 1.

[47] *Sanders*, AWD 1960, 1.

[48] *Sanders*, AWD 1960, 1; *Taschner/Bodenschatz*, in: Jannott/Frodermann, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2014, Kap. 1 Rn. 2.

[49] BGBl. II 1965, 1837.

[50] BGBl. II 1956, 1791; *Sanders*, AWD 1960, 1; *Schwarz* (Fn. 12), S. 26.

[51] Abrufbar unter: <http://moselkommission.org/index.php?eID=tx_nawsecuredl&u=0&g=0&t=1661347883&hash=feab03fafc73031195bb2cec989da60270195281&file=fileadmin/user_upload/Regelwerke/Moselvertrag_Convention_de_la_Moselle.pdf> (23.8.2022).

[52] Siehe Art. 26 des Gesellschaftsvertrags: „Die Auflösung der Gesellschaft durch gerichtliches Urteil (§ 61 Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung) oder im Verwaltungsweg (§ 62 Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung) ist ausgeschlossen."

[53] So die Terminologie von *Sanders*, AWD 1960, 1 zu Art. 9 Abs. 2 des Staatsvertrages: „Falls nach Inkrafttreten dieses Vertrages das deutsche Gesellschaftsrecht Änderungen erfährt, die die Rechte der Gesellschafter beeinträchtigen könnten, wird die Regierung der Bundesrepublik Deutschland alle Maßnahmen treffen, um diese Rechte zu wahren."

Eine Weiterentwicklung erfuhren diese Tendenzen mit der Gründung der *Saarlor (Saar-Lothringische Kohleunion)*.[54] Die *Saarlor* wurde auf Basis des Saar-Staatsvertrags vom 27.10.1956[55] als deutsch-französische Aktiengesellschaft zur Neuordnung des saar-lothringischen Kohlevertriebs gegründet.[56] Der Gesellschaft kam ein Doppelsitz zu, womit die Zugehörigkeit zu beiden Rechtsordnungen ausgedrückt werden sollte.[57] Inhaltlich trug man diesem Anliegen dadurch Rechnung, dass Lücken des zugrundeliegenden Abkommens und der Satzung durch „allgemeine Grundsätze des französischen und des deutschen Rechts" gefüllt werden sollten.[58] Dies sollte so erfolgen, dass man die beiden Rechtsordnungen in ihren Grundgedanken assimiliere.[59]

3. Konkretisierung der Idee einer supranationalen europäischen Aktiengesellschaft

Den Grundstein für die heutige SE aber legte der französische Notar *Claude Thibièrge* auf dem 57. Kongress der Notare Frankreichs im Jahr 1959.[60] Zwar konstatierte er eingangs, dass das politische Klima für die Einführung eines supranationalen Gesellschaftsrechts nicht günstig sei, da dies die Existenz eines europäischen Bundesstaates voraussetze. Gleichzeitig sei jedoch sicher, dass die Wirtschaft ein supranationales Gesellschaftsrecht anstrebe. Als Beispiel für die Notwendigkeit eines solchen supranationalen Rechts führte er den Fall zweier Gesellschaften – einer deutschen und einer französischen – an, welche die Gründung einer Tochtergesellschaft anstrebten. Sie seien gezwungen, sich für das Recht eines Staates zu entscheiden, was die Benachteiligung einer Partei zur Folge hätte. Um in solchen Fällen Abhilfe zu schaffen, schlug *Thibièrge* ein internationales Übereinkommen vor, mit dem ein supranationales Gesellschaftsrecht geschaffen werden sollte. Dieses könnte zunächst versuchsweise auf Aktiengesellschaften beschränkt werden. Wenn es aber gelänge, ein attraktives Angebot zu schaffen, so war *Thibiérge* überzeugt, würden eine Vielzahl von Gesellschaften das neue System annehmen. Wichtig schien ihm dabei auch, dass eine einheitliche Auslegung des supranationalen Rechts gewährleistet sei. Da dadurch jedoch die Souveränität der beteiligten Staaten nicht beeinträchtigt werden dürfe, schlug *Thibièrge* vor, durch das internationale Übereinkommen gleichzeitig ein internationales

---

[54] *Teichmann* (Fn. 6), S. 242; vgl. auch *Duden*, RabelsZ 27 (1962), 89, 97; *Taschner/Bodenschatz*, in: Jannott/Frodermann (Fn. 48), Kap. 1 Rn. 3.

[55] BGBl. II 1956, 1589.

[56] Eingehend dazu *Bärmann*, AcP 156 (1957), 156, der an der Gründung der Saarlor maßgeblich beteiligt war. Siehe *Duden*, RabelsZ 27 (1962), 89, 97; *Taschner/Bodenschatz*, in: Jannott/Frodermann (Fn. 48), Kap. 1 Rn. 3.

[57] *Teichmann* (Fn. 6), S. 242.

[58] Siehe Auszug aus dem Statut, abgedruckt bei *Bärmann*, AcP 160 (1961), 97, 130.

[59] Siehe *Bärmann*, AcP 156 (1957), 156, 170.

[60] *Thibièrge*, in: Le statut de l`Etranger et le Marché Commun, 57e Congrès des Notaires de France tenu à Tours 1959, Paris 1959, S. 239–418.

Schiedsgericht einzusetzen, dessen Zuständigkeit die Beteiligten fakultativ vereinbaren könnten.[61]

Dieselbe Idee griff der niederländische Professor *Pieter Sanders* in seiner Antrittsrede vor der Niederländischen Wirtschaftshochschule in Rotterdam am 22. Oktober 1959 auf. Er sah insbesondere die EWG-Kommission in der Pflicht, in diese Richtung tätig zu werden.[62] Wie *Thibièrge* erachtete auch *Sanders* als einen der deutlichsten Vorteile einer europäischen Aktiengesellschaft, dass sie Partnern unterschiedlicher Länder Gleichberechtigung ermöglichte. Anders als bisher könnten diese künftig eine eigene Organisation schaffen und müssten sich nicht mehr des innerstaatlichen Rechts eines der beteiligten Staaten bedienen. Damit in Zusammenhang steht der Gewinn durch das, was *Sanders* die nicht unmittelbar messbare psychologische Seite nennt: „Was europäisch gedacht ist, kann sich so konstituieren und braucht sich für die juristische Form nicht in ein nationales Mäntelchen zu stecken."[63] Von Vorteil sei dies etwa bei Verschmelzungen von Unternehmen aus verschiedenen Ländern. Und ganz generell, so die Einschätzung *Sanders*, würden mit fortschreitender wirtschaftlicher Integration die Anwendungsmöglichkeiten der europäischen Aktiengesellschaft zunehmen. Die übernationalen Kapitalgesellschaften auf staatsvertraglicher Grundlage zeigten bereits, dass sich die europäische Aktiengesellschaft in der Praxis der europäischen Zusammenarbeit langsam Bahn breche.[64]

Auch erste Überlegungen zur konkreten Ausgestaltung einer europäischen Aktiengesellschaft stellte *Sanders* schon in seiner Antrittsvorlesung an. So schien es ihm zunächst essentiell, die Maßstäbe dafür festzulegen, welche Unternehmen sich als europäische Aktiengesellschaft konstituieren könnten. Als in Betracht kommende Anknüpfungspunkte nannte er die Zusammensetzung der Organe, den Gegenstand der Gesellschaft sowie ein hohes Grundkapital. Zudem wies *Sanders* darauf hin, dass nicht nur Neugründungen, sondern auch bestehenden Gesellschaften die europäische Aktiengesellschaft offenstehen müsste. Im Übrigen sei ein Mindestmaß an zentraler Verwaltungsorganisation in Form eines europäischen Amts für die Aktiengesellschaften unverzichtbar. Dessen Aufgabe sei es, das Vorliegen der Voraussetzungen einer europäischen Aktiengesellschaft zu prüfen. Schließlich sei eine Entscheidung über die Organstruktur und damit eine Entscheidung für eines der durchaus unterschiedlichen nationalen Systeme zu fällen.[65] Alles in allem, und dies betonte *Sanders* gleich zwei Mal, sei es aber vor allem ein besonderes Maß an Gestaltungsfreiheit, welches die Anziehungskraft einer europäischen Aktiengesellschaft ausmachen sollte.[66]

---

[61] *Thibièrge* (Fn. 60), S. 239, 360 ff.

[62] Im Wesentlichen abgedruckt bei *Sanders*, AWD 1960, 1.

[63] *Sanders*, AWD 1960, 1, 3.

[64] *Sanders*, AWD 1960, 1, 2.

[65] *Sanders*, AWD 1960, 1, 4.

[66] *Sanders*, AWD 1960, 1, 3: „Ob von dieser Möglichkeit viel Gebrauch gemacht wird, wenn sie Wirklichkeit wird, hängt wohl hauptsächlich davon ab, was das europäische Gesell-

Im Anschluss zeichnete sich eine regelrechte Aufbruchstimmung in Richtung einer europäischen Gesellschaftsform ab.[67] Davon zeugt nicht nur die Münchener Rektoratsrede von *Eugen Ulmer*.[68] Auch die Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft äußerte noch im selben Jahr in ihrer Antwort auf die Anfrage eines niederländischen Mitglieds des Europäischen Parlaments[69] ihr Wohlwollen darüber, „neben den Gesellschaftsformen des nationalen Rechts der Wirtschaft einen internationalen Gesellschaftstyp zur Verfügung zu stellen".[70] Dies könne wesentlich dazu beitragen, die Ziele des Vertrages zu erreichen. Für die Realisierung dieses Vorhabens schien es der Kommission angezeigt, dass die zum Teil von *Sanders* bereits angesprochenen neuralgischen Punkte in einem Diskurs von Wissenschaft und Praxis erörtert würden.[71]

Im Anschluss daran stellte die Kommission eine Rundfrage an die Wirtschaftsverbände, die Berichten zufolge zurückhaltender formuliert war. Auch den Antworten wird ein „vorsichtig wohlwollende[r] Ton" attestiert, „nachdem es zuerst so aussah, als wäre man in der Wirtschaft, außer in Frankreich, auf der ganzen Linie ablehnend."[72] Dass vor allem Frankreich einen solchen Gesellschaftstyp wünschte und die Idee vorantrieb, während die Vertreter der übrigen fünf EWG-Mitgliedstaaten zurückhaltend reagierten,[73] zeigte sich sodann auch auf dem *Congrès International pour la Création d'une Sociétè Commerciale de Type Européen (CISTE)* im Juni 1960, zu dem die Pariser Anwaltschaft eingeladen hatte.[74] Betont wurden vom Hauptberichterstatter *Jean Rault* wiederum die „psychologischen Hindernisse, die für die Errichtung von Gesellschaften unter Gesellschaf-

---

schaftsrecht enthalten wird. Je mehr Bewegungsfreiheit es läßt, um die Satzungen den Erfordernissen des Einzelfalles anzupassen, um so mehr Anziehungskraft wird von dieser neuen Form ausgehen."; a.a.O., 5: „Die heutige Praxis weiß sich schließlich auch ohne europäische Aktiengesellschaft zu helfen. Gerade darum muß man bestrebt sein, die Regelung für die europäische Aktiengesellschaft so elastisch wie möglich zu halten."

[67] Vgl. auch *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, Rn. 45.1.

[68] *Ulmer*, Wege zu Europäischer Rechtseinheit, Münchener Universitätsreden, Heft 26, Rede, gehalten bei der Übernahme des Rektorats am 14. November 1959, S. 12.

[69] *Duden*, RabelsZ 27 (1962), 89, 99; *Schwarz* (Fn. 12), S. 27.

[70] ABl. Nr. 65 vom 19.12.1959, 1272.

[71] ABl. Nr. 65 vom 19.12.1959, 1272.

[72] Siehe *Duden*, RabelsZ 27 (1962), 89, 99, der sich insofern auf Auskünfte der EWG-Kommission, des Deutschen Industrie- und Handelstages und des Bundesverbands der Deutschen Industrie beruft (siehe a.a.O., Fn. 23); siehe auch *Schwarz* (Fn. 12), S. 27.

[73] *Schwarz* (Fn. 12), S. 27.

[74] Darüber berichtend etwa *Bärmann*, AcP 160 (1961), 97, insb. 98: „Denn außer einigen französischen Stimmen standen im Grunde fast alle Landesgruppen, einschließlich Deutschlands, dem Projekt skeptisch gegenüber, insbesondere die Vertreter der Industrie." In Deutschland wurde das Problem der supranationalen Aktiengesellschaften im September 1961 in Trier auf der Tagung für Rechtsvergleichung diskutiert. Siehe dazu die Referate der beiden Berichterstatter *Marty*, RabelsZ 27 (1962), 73 und *Duden*, RabelsZ 27 (1962), 89; vgl. ferner *Ficker*, JZ 1932, 227, 230; *ders.*, NJW 1967, 1160, 1162.

tern verschiedener Nationalität, für die Errichtung von Niederlassungen, für die Verwirklichung von Fusionen, also für die internationale Konzentration des Kapitals überhaupt, die sich bislang ergäben" und die durch eine europäische Aktiengesellschaft beseitigt würden.[75] Eine in Vorbereitung dazu durchgeführte Befragung von Unternehmen und Juristen ergab, dass sich vor allem mittelständische Unternehmen durch das Fehlen einer europäischen Gesellschaftsform in ihrer wirtschaftlichen Entfaltung behindert sahen, weil diese – im Gegensatz zu Großunternehmen – nicht über genügend Mitarbeiter mit ausländischen Rechtskenntnissen verfügten.[76] Weiteren Rückenwind erhielt die SE von den französischen Juristen *Roger Houin*[77] und *Michel Vasseur*[78], bis schließlich sogar die französische Regierung im Jahr 1965 mit einer Note an den Ministerrat der EWG herantrat und einen Staatsvertrag über eine einheitlich europäische Gesellschaftsform anregte.[79]

Der damalige Präsident der EWG-Kommission *Walter Hallstein*, bekanntlich ein ausgewiesener Kenner des transnationalen Aktienrechts,[80] ließ sich schnell für den Gedanken einer europäischen Aktiengesellschaft begeistern.[81] Nachdem sich auch die Kommission selbst – zwar nach einigem Zaudern – in einer Denkschrift zu der Idee geäußert hatte,[82] beauftragte diese im Jahre 1966 eine Expertengruppe unter dem Vorsitz von *Pieter Sanders* mit der Ausarbeitung eines Entwurfs für ein Statut der Europäischen Aktiengesellschaft.[83]

4. Erster Vorschlag

Das Ergebnis dieser Expertengruppe[84] floss im Jahr 1970 in den *Vorschlag einer Verordnung (EWG) über das Statut für europäische Aktiengesellschaften*[85] ein,

---

[75] Siehe *Bärmann*, AcP 160 (1961), 97, 98.

[76] *Schwarz* (Fn. 12), S. 27.

[77] *Houin*, Les société de type européen, in: Travaux du Comité français de droit international privé 23-25 (1965), S. 19 ff.

[78] *Vasseur*, ZHR 127 (1965), 177 ff.

[79] Zum Inhalt *Skaupy*, AG 1966, 13, 20 f.; vgl. ferner *Gessler*, BB 1967, 381, 382; *Theisen/Wenz*, in: Theisen/Wenz (Fn. 32), S. 29; Hinweise auf weitere wirtschaftliche Hintergründe – wie namentlich US-amerikanische Übernahmen europäischer Gesellschaften sowie Probleme bei grenzüberschreitenden Zusammenschlüssen – bei *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 45.1.

[80] Vgl. *Hallstein*, Die Aktienrechte der Gegenwart, 1931.

[81] *Gessler*, BB 1967, 381, 382.

[82] EWG-Kommission, Denkschrift der Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft über die Schaffung einer europäischen Handelsgesellschaft, SEK(66) 1250 v. 22.4.1966.

[83] *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 22; dazu ferner *Theisen/Wenz*, in: Theisen/Wenz (Fn. 32), S. 30; über weitere Beratungsgruppen und Veranstaltungen *Ficker*, NJW 1967, 1160, 1163.

[84] *Sanders*, Vorentwurf eines Statuts für Europäische Aktiengesellschaften, 1967; vgl. dazu auch *Ficker*, NJW 1967, 1160, 1162 f. mit dem Hinweis, „daß es sich bei dieser Ausarbeitung von Professor Sanders um eine private Studie handelt, die der weiteren Diskussion […] als Anregung und Grundlage dienen soll."

[85] Vorschlag einer VO (EWG) des Rates über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaften, 24.6.1970, ABl. 1970 C 124, 1 = KOM(70) 150.

der am 30. Juni 1970 dem Ministerrat vorgelegt wurde.[86] Man wollte ein solches Statut dabei ausdrücklich auf Basis des Gemeinschaftsrechts – konkret in Form einer Verordnung – errichten und nicht auf einen völkerrechtlichen Vertrag zurückgreifen.[87]

Nach Stellungnahmen des Europäischen Parlaments[88] und des Wirtschafts- und Sozialausschusses[89] wurde der Vorschlag noch einmal geändert[90] und dem Ministerrat am 30. April 1975 neu vorgelegt.[91] Eckpunkte des mehr als 400 Artikel enthaltenden Vorschlags waren insbesondere ein Europäischer Betriebsrat, Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat, ein Titel über „Konzernrecht" sowie die Einführung eines Europäischen Handelsregisters beim Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften.[92] Außerdem sollte das nationale Recht auf Gründung, Struktur, Arbeitsweise und Abwicklung der SE keine Anwendung finden.[93] Der Vorschlag wich nur in einem Punkt wesentlich von *Sanders'* „Vorentwurf" ab: Jener hatte die Mitbestimmung auf die jeweiligen nationalen Regelungen begrenzen wollen, was faktisch nur in Deutschland zu einer Arbeitnehmermitbestimmung geführt hätte.[94] Die im Kommissionsvorschlag vorgesehene Arbeitnehmermitbestimmung sollte dagegen dem „Drei-Bänke-Modell" folgen, wonach der Aufsichtsrat mit einem Drittel Anteilseignern, einem Drittel Arbeitnehmern und einem Drittel unabhängigen, noch zu wählenden Mitgliedern besetzt werden sollte.[95]

Die Konzeption der Mitbestimmungsregelung erntete unter den Mitgliedstaaten teils heftige Kritik, weil deren nationales Recht (mit Ausnahme von Deutschland) solche Mitspracherechte eben nicht kannte.[96] Ein vergleichbares Problem

---

[86] *Oechsler*, in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2021, Vor Art. 1 SE-VO Rn. 1.

[87] *Taschner*, in: Jannott/Frodermann, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft, 1. Aufl. 2005, Kap. 1 Rn. 15.

[88] Entschließung mit der Stellungnahme des Europäischen Parlaments zu dem Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften an den Rat für eine Verordnung betreffend das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, ABl. 1974 C 93, 22.

[89] Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Rates betreffend die Europäische Aktiengesellschaft, Stellungnahme, ABl. 1972 C 131, 32.

[90] Geänderter Vorschlag einer VO des Rates über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, Bulletin der EG, Beilage 4/75 = KOM(75) 150.

[91] *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 45.2.; *Oechsler*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor Art. 1 SE-VO Rn. 1.

[92] *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 22 f.

[93] *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 23.

[94] *Taschner/Bodenschatz*, in: Jannott/Frodermann (Fn. 48), Kap. 1 Rn. 16.

[95] Entschließung mit der Stellungnahme des Europäischen Parlaments zu dem Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften an den Rat für eine Verordnung betreffend das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, ABl. 1974 C 93, 22, 23; dazu *Taschner/Bodenschatz*, in: Jannott/Frodermann (Fn. 48), Kap. 1 Rn. 33; ferner *Lutter*, BB 2002, 1; *Drinhausen*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, 3. Aufl. 2022, Einleitung Rn. 19.

[96] *Lutter*, BB 2002, 1; *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 23.

bestand hinsichtlich der Regelung des Konzernrechts.[97] Darüber hinaus witterten die Mitgliedstaaten in einer europäischen Form der Aktiengesellschaft eine ernsthafte Konkurrenz zu ihren nationalen Ausformungen und befürchteten Wettbewerbsnachteile oder gar Abwanderung eigener Unternehmen.[98] Vor allem aus diesen Gründen konnte man im Ministerrat keine Einigung erzielen, weshalb das Projekt im Jahr 1982 vorerst ausgesetzt wurde.[99]

5. *Zweiter Anlauf*

Frischen Wind erhielt das Vorhaben erst wieder durch das *Weißbuch* an den Europäischen Rat über die *Vollendung des Binnenmarktes* von 1985[100].[101] Darin forderte die Kommission neben vielen anderen Maßnahmen unter anderem auch die Schaffung der SE. Der damalige Kommissionspräsident *Jacques Delors* reaktivierte daraufhin im Jahr 1987 die früheren Pläne und ließ die Kommission im Juli 1988 die Wiederaufnahme der Arbeiten an der SE beschließen.[102] Aufgrund der positiven Resonanz auf der Tagung des Binnenmarkt-Rates noch im November desselben Jahres billigten der Wirtschafts- und Sozialausschuss und wenig später auch das Europäische Parlament den Vorstoß.[103]

Das Arbeitsprodukt der Kommission war zweigeteilt. Es bestand aus dem Vorschlag für eine Verordnung (EWG) des Rates über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft vom 25.8.1989[104] und dem Vorschlag einer Richtlinie des Rates zur Ergänzung des SE-Statuts hinsichtlich der Stellung der Arbeitnehmer vom 25.8.1989[105], welche 1991 in revidierter Form vorgelegt wurden.[106] Mit der Zweiteilung bezweckte die Kommission die Herauslösung der umstrittenen Mitbestimmungsfrage aus dem Statut der SE.[107] Die Richtlinie sollte aber dennoch eine „untrennbare Ergänzung" der Verordnung bilden und „zum gleichen Zeitpunkt anwendbar sein".[108] Im Vergleich zur ersten Vorschlagsgeneration prägte die zweite Welle eine erhebliche Kürzung und Verschlankung des Regelungsappa-

---

[97] Vgl. dazu *Casper*, in: BeckOGK, 1.10.2022, Art. 1 SE-VO Rn. 12.

[98] *Lutter*, BB 2002, 1; *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 23; *Oechsler*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor Art. 1 SE-VO Rn. 1.

[99] *Kalss/Greda*, in: Kalss/Hügel (Fn. 7), Allgemeiner Teil Rn. 2; *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 45.2.: „Das ‚Projekt SE' schien damit zunächst tot."

[100] Vollendung des Binnenmarktes: Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat, 1985, KOM(85) 310.

[101] *Kalss/Greda* in: Kalss/Hügel (Fn. 7), Allgemeiner Teil Rn. 2.

[102] *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 23.

[103] *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 24.

[104] ABl. 1989 C 263, 41.

[105] ABl. 1989 C 263, 69.

[106] Geänderter Vorschlag für eine VO (EWG) des Rates über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, ABl. 1991 C 176, 1; Geänderter Vorschlag für eine RL des Rates zur Ergänzung des SE-Statuts hinsichtlich der Stellung der Arbeitnehmer, 6.5.1991, ABl. 1991 C 138, 8.

[107] *Taschner/Bodenschatz*, in: Jannott/Frodermann (Fn. 48), Kap. 1 Rn. 44.

[108] ABl. 1991 C 263, 42.

rats,[109] was technisch zu Verweisungen auf das Recht der Mitgliedstaaten führte.[110] Der Titel „Konzernrecht" wurde gar vollständig ausgeklammert.[111] Neu war zudem, dass in der Satzung eine Wahl zwischen einem dualistischen oder einem monistischen Leitungssystem getroffen werden sollte, was eine Konzession an unterschiedliche Gesellschaftsrechtstraditionen der Mitgliedstaaten bedeutete.[112]

Der Richtlinienvorschlag reagierte insbesondere auf die massive Kritik, die an der bisherigen Konzeption der Arbeitnehmervertretung geäußert worden war. Das besonders umstrittene „Drei-Bänke-Modell" sowie die bisherige Form eines Europäischen Betriebsrats und eines Konzernunternehmensrats wurden preisgegeben.[113] Gleichwohl ging auch der Richtlinienentwurf weiterhin von dem festen Erfordernis einer Mitbestimmung aus. Sie sollte jedoch flexibler ausgestaltet sein und sich stärker an den Bedürfnissen der Mitgliedstaaten orientieren.[114] Daher wollte man drei Wahlmöglichkeiten zur Verfügung stellen:[115] Art. 4 des RL-Vorschlags[116] ermöglichte die Eingliederung von Arbeitnehmervertretern in das Aufsichts- oder Verwaltungsorgan, was entweder nach dem deutschen Repräsentationsmodell mittels Entsendung durch die Arbeitnehmer oder im Sinne des niederländischen Kooptationsmodells erfolgen konnte. Art. 5 sah ein separates Organ nach französischem Modell vor. Und Art. 6 eröffnete ein vom schwedischen Recht inspiriertes Vereinbarungsmodell.

Insbesondere Deutschland zweifelte die Gleichwertigkeit dieser drei Mitbestimmungsmodelle an und befürchtete einen Wettbewerbsnachteil inländischer Aktiengesellschaften aufgrund des strengeren deutschen Rechts.[117] Großbritannien hingegen gingen bereits die vorgeschlagenen Optionen zu weit.[118] Unter diesen Umständen und in einer politisch aufgeladenen Atmosphäre ließ sich keine Einigung finden, weshalb der Rechtsrahmen für den Europäischen Binnenmarkt am 1. Januar 1993 ohne die SE in Kraft trat und das Projekt erneut auf Eis gelegt wurde.[119]

---

[109] Dazu *Herfs-Röttgen*, NZA 2001, 424, 425: „Inhaltlich kennzeichnend für die Vorschläge von 1989 und 1991 ist die Tendenz, die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften auf ein Mindestmaß zu beschränken."

[110] *Drinhausen*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Einleitung Rn. 22.

[111] *Casper*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 1 SE-VO Rn. 13; *Taschner/Bodenschatz*, in: Jannott/Frodermann (Fn. 48), Kap. 1 Rn. 44.

[112] *Drinhausen*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Einleitung Rn. 19; *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor § 1 SEBG Rn. 4.

[113] *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 25 f.

[114] Vgl. *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 25.

[115] Vgl. dazu *Herfs-Röttgen*, NZA 2001, 424, 425; *Drinhausen*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Einleitung Rn. 23; *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor § 1 SEBG Rn. 4.

[116] Bezug genommen wird auf den Geänderten Vorschlag für eine RL des Rates zur Ergänzung des SE-Statuts hinsichtlich der Stellung der Arbeitnehmer, 6.5.1991, ABl. 1991 C 138, 8.

[117] *Lutter*, BB 2002, 1, 2; *Oechsler*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor Art. 1 SE-VO Rn. 2 m. w. N.

[118] *Lutter*, BB 2002, 1, 2; *Herfs-Röttgen*, NZA 2001, 424, 425.

[119] *Theisen/Wenz*, in: Theisen/Wenz (Fn. 32), S. 32; *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 27.

6. Durchbruch – oder: aller guten Dinge sind drei

Da sich die politischen Kräfte nicht einigen konnten, kam der entscheidende Impuls für die Wiederaufnahme des SE-Projekts aus der Wirtschaft. Eine Gruppe von Großkonzernen, angeführt von *British Petroleum (BP)*, drängte zwischen 1993 und 1994 zusammen mit dem *Runden Tisch der europäischen Wirtschaft* auf die Einführung der SE.[120] Die Beratergruppe „Wettbewerbsfähigkeit" bestätigte sodann in ihrem Abschlussbericht aus dem Jahr 1995 die erwarteten Vorteile einer Europäischen Aktiengesellschaft. Diesem sog. *Ciampi-Bericht* war zu entnehmen, dass sich mit der SE jährlich rund 30 Milliarden ECU einsparen ließen, und er sah deshalb in der neuen Rechtsform einen wichtigen Baustein zur Vollendung des Binnenmarktes.[121]

Die Kommission reagierte darauf mit der Einberufung einer Expertengruppe unter dem Vorsitz ihres ehemaligen Vizepräsidenten *Etienne Davignon*.[122] Diese sollte eine Lösung in der hochumstrittenen Mitbestimmungsproblematik erarbeiten. In ihrem sog. *Davignon-Bericht*[123] aus dem Jahr 1997 stellte sie die Weichen für die letztlich erfolgreiche Kompromisslösung, indem sie sich an der RL 94/45/EG über Europäische Betriebsräte[124] orientierte und eine Verhandlungslösung empfahl.[125] Zur Begründung findet sich dort zum einen die Erwägung, dass es angesichts der Heterogenität der bestehenden Systeme kaum möglich sei, eine befriedigende Harmonisierung der unterschiedlichen Konzepte zu entwickeln. Zum anderen war man der Auffassung, dass es das eine ideale System der Arbeitnehmerbeteiligung nicht gebe und es deshalb am sachgerechtesten sei, die jeweils beteiligten Akteure eine auf den Anlassfall zugeschnittene Lösung finden zu lassen.[126] Als subsidiäre Auffangregelung versuchte man ein Modell zu finden, das zwar in allen Situationen praktikabel sei, aber auch die Vorteile einer Verhandlungslösung deutlich mache und so indirekt die eigentlich präferierte Suche nach einem individuell passenden Mitbestimmungsmodell fördern sollte.[127] Das dafür vorgeschlagene Sockel-Modell ging von gleichberechtigten Arbeitnehmer-

---

[120] *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 28.

[121] Bericht der Beratergruppe „Wettbewerbsfähigkeit", Erster Bericht an den Präsidenten der Europäischen Kommission und die Staats- und Regierungschefs, Juni 1995 (sog. *Ciampi-Bericht*), S. 9; vgl. dazu auch *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 28 f.; *Oechsler*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor Art. 1 SE-VO Rn. 2.

[122] *Theisen/Wenz*, in: Theisen/Wenz (Fn. 32), S. 33 f.

[123] Abschlussbericht der Sachverständigenkommission „European Systems of Worker Involvements", Europäische Kommission, Generaldirektion Beschäftigung, Arbeitsbeziehungen und soziale Angelegenheiten, Mai 1997, BR-Drucks. 572/97.

[124] Näher dazu *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 43.1 ff.

[125] Davignon-Bericht, S. 11 ff.; vgl. dazu *Heinze*, AG 1997, 289, 291 ff.; *Hopt*, ZIP 1998, 96, 99 ff.; *Lutter*, BB 2002, 1, 2 f.

[126] Davignon-Bericht, S. 8 ff.

[127] Davignon-Bericht, S. 15; *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor § 1 SEBG Rn. 5.

vertretern im Aufsichts- bzw. Verwaltungsorgan aus und wies ihnen ein Fünftel, mindestens jedoch zwei der Sitze zu.[128]

Trotz dieses abgewogenen Vorschlags lag eine Einigung auf die SE noch immer in der Ferne, denn nach wie vor wehrten sich Mitgliedstaaten, die im Einklang mit ihren nationalen Rechtstraditionen keinen Bedarf nach Mitbestimmung verspürten.[129] Im Jahr 1998 schlug der britische Ratsvorsitz vor, die Auffanglösung nicht schematisch und europaweit einheitlich zu bestimmen, sondern eine auf die konkret beteiligten Rechtsträger bezogene „Vorher-Nachher-Lösung" mit einem Schwellenwert einzuführen.[130] Danach sollte das Erfordernis einer Mitbestimmung davon abhängig sein, ob in den Gründungsunternehmen vor Errichtung der SE bereits eine Mitbestimmungsregelung existierte oder nicht. Wenn ja, sollte die Mitbestimmung auch in der SE verpflichtend sein, und zwar nach Maßgabe des beteiligten Unternehmens mit der höchsten Arbeitnehmerbeteiligung. Wenn nein, musste sie auch in der SE nicht eingeführt werden. Hinter diesem Vorschlag versammelten sich immerhin 14 der damals 15 Mitgliedstaaten. Einzig Spanien stellte sich quer.[131]

Erst der Gipfel von Nizza im Dezember 2000 brachte endlich den entscheidenden Durchbruch – das „Wunder von Nizza"[132]. Spanien ließ sich durch diverse Zugeständnisse doch noch erweichen, wobei bloß die in Art. 7 Abs. 3 der SE-RL enthaltene Regelungsoption, die mitbestimmungsrechtliche Auffangregelung nicht anzuwenden, Sachbezug aufweist. Darüber hinaus werden die Zusage französischer Unterstützung in der baskischen Terrorismusfrage, Zugeständnisse Großbritanniens in der Gibraltarfrage sowie finanzielle Unterstützung für die spanische Fischereiflotte kolportiert.[133] Die Kommission nutzte die Gunst der Stunde und legte noch einmal geänderte Entwürfe für SE-VO und SE-RL vor.[134] Auf einer außerordentlichen Ratssitzung am 20. Dezember 2000 wurden schließlich die SE-VO[135] und die SE-RL[136] beschlossen[137] und am 8. Oktober 2001 verab-

---

[128] Davignon-Bericht, S. 15 ff.; *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor § 1 SEBG Rn. 5.

[129] Zeitgenössischer Überblick im Davignon-Bericht, Anhang II, S. 24 ff.

[130] Vgl. dazu *Heinze*, ZGR 2002, 66, 73 ff.; *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 32; *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor § 1 SEBG Rn. 6.

[131] *Casper*, in: BeckOGK (Fn. 97), Vor Art. 1 SE-VO Rn. 16; *Oechsler*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor Art. 1 SE-VO Rn. 4.

[132] *Hirte*, NZG 2002, 1 f.

[133] Dazu *Heinze*, ZGR 2002, 66, 77; *Hopt*, EuZW 2002, 1; *Oechsler*, MüKoAktG (Fn. 86), Vor Art. 1 SE-VO Rn. 4 Fn. 55.

[134] Kommissionsvorschlag-Nr. 14 717/00 SE 8 (SE-VO); Kommissionsvorschlag-Nr. 14 719/00 SE 9 (SE-RL).

[135] Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. 2001 L 294, 1.

[136] Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8.10.2001 zur Ergänzung des Status der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. 2001 L 294, 22.

[137] *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 33.

schiedet.[138] Die SE-VO trat gemäß Art. 70 SE-VO am 8. Oktober 2004 in Kraft. Am selben Tag lief gemäß Art. 14 Abs. 1 SE-RL die Frist zur Umsetzung der Richtlinie ab. Am 28.12.2004 wurden in Deutschland das *SE-Ausführungsgesetz (SEAG)*[139] und das *SE-Beteiligungsgesetz (SEBG)*[140] im Bundesgesetzblatt verkündet.[141] Nach einem rund 40-jährigen Verhandlungsprozess und allen Widerständen zum Trotze war die SE damit endlich in See gestochen.

III. Grundstrukturen der SE

In ihrer heutigen Gestalt erinnert die SE an so manche Vorläuferidee, unterscheidet sich in manchen Punkten indes doch wieder markant von früheren Vorschlägen. Von besonderem Interesse sind mit ihren normativen Schichten, ihrem rechtlichen Charakter, ihrer Gründung und Bewegungsfreiheit sowie der strukturellen Gestaltungsfreiheit vor allem jene „neuralgischen Punkte" der Europäischen Gesellschaft, welche bereits in ihrer Entstehungsgeschichte, aber auch in der Gedankenwelt ihrer wissenschaftlichen Leitfigur, *Pieter Sanders*, im Vordergrund standen.

1. Normenvielfalt

Die normative Architektur der SE, bestehend aus Verordnung und Richtlinie, deren Umsetzungsgesetzen (in Deutschland SEAG und SEBG) sowie nationalen Rechtsschichten, wird vielfach als „kunstvoll aufgeschichtete Rechtsquellenpyramide" bezeichnet.[142] Dementsprechend kann die Regelung des Art. 9 der SE-VO folgendermaßen (hier nur zweidimensional) dargestellt werden:[143]

---

[138] *Theisen/Wenz*, in: Theisen/Wenz (Fn. 32), S. 34; *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 45.5.

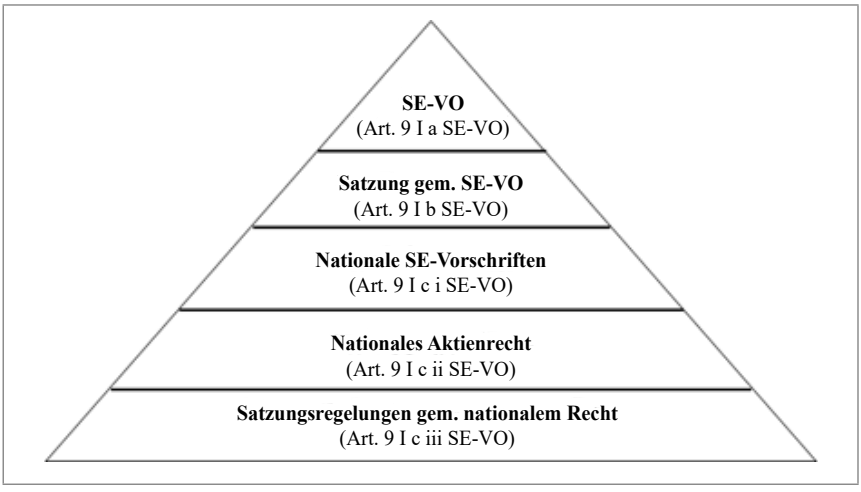
[139] BGBl. I 2004, 3675.

[140] BGBl. I 2004, 3686.

[141] Zur dahinterstehenden Gesetzgebungsgeschichte kurz *Casper*, in: BeckOGK (Fn. 97), Vor Art. 1 SE-VO Rn. 18.

[142] Die Wortschöpfung stammt ursprünglich von *Hommelhoff*, AG 2001, 279, 285; vgl. aber etwa auch *Schürnbrand/Habersack*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Art. 9 SE-VO Rn. 5; *Casper*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 9 SE-VO Rn. 4.

[143] Nachbildung zu *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 45.25.



Was wie Bewunderung klingt, schlägt indes eher in Spott darüber um, dass die gesamteuropäische Aktiengesellschaft in allen Staaten der Union anders aussieht.[144] Dieser Umstand ist das Ergebnis einer „Ausdünnung der ursprünglichen Einheitsidee"[145]. Denn während viele Vordenker wohl ein einheitliches Statut vor Augen hatten[146] und auch *Pieter Sanders* ein Vollstatut entwarf,[147] sorgten die Zentrifugalkräfte politischer Zwistigkeiten unter den Mitgliedstaaten nach und nach für einen Abbau des genuin europarechtlichen Gesellschaftsstatuts und für eine Verweisrechtsordnung auf das jeweilige nationale Recht des Sitzstaates.[148] Schwierige Abgrenzungs- und Verständnisfragen[149] haben ihr überwiegend negative Beurteilungen und von Seiten des geistigen Vaters der SE gar die Bezeichnung als „lawyers paradise"[150] eingetragen.[151] Gleichwohl finden sich in der Debatte über das Für und Wider dieser Regelungstechnik neben Gründen der politischen Umsetzbarkeit auch inhaltlich-sachliche Argumente für die Vorteil-

[144] *Austmann*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, 5. Aufl. 2020, § 83 Rn. 2; *Kalss/Greda*, in: Kalss/Hügel (Fn. 7), Allgemeiner Teil Rn. 11; *Davies/Worthington*, Gower and Davies' Principles of Modern Company Law, 9. Aufl. 2012, S. 29 Fn. 164: „sausage skin"; *Hopt*, EuZW 2002, 1; *Hirte*, NZG 2002, 1, 2; *Kübler*, ZHR 167 (2003) 222, 223 f.; *Taschner*, in: FS Blaurock, 2013, S. 459.

[145] *Straube*, in: FS 50 Jahre ZfRV, 2013, S. 229, 230.

[146] Vgl. oben II. 1. c).

[147] Siehe II. 4.

[148] Dazu schon oben II. 5.

[149] Eingehend zu den Details etwa *Hommelhoff/Teichmann*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 9 SE-VO Rn. 34 ff.; *Veil*, in: KölnKomm AktG, 4. Aufl. 2020, Art. 9 SE-VO Rn. 16 ff., 47 ff.

[150] *Sanders*, in: Schmitthoff, The Harmonisation of European Company Law, 1973, S. 83, 89.

[151] Statt vieler *Hommelhoff*, AG 2001, 279, 285; *Casper*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 9 SE-VO Rn. 4 m. w. N.

haftigkeit dieses Vorgehens.[152] Hierzu zählen namentlich die Vorbeugung von Überfremdungsängsten und die bessere Handhabbarkeit für nationale Gerichte, die teilweise ihr nationales Recht an die europäische Rechtsform herantragen können, während die Interpretation und Fortbildung eines SE-Vollstatuts aus sich heraus oder – ähnlich wie bei der *Saarlor*[153] – auf Basis allgemeiner Grundsätze der mitgliedstaatlichen Rechte durchaus schwerer fallen dürfte.

2. *Rechtsnatur und Kapitalausstattung*

Die SE erlangt am Tag ihrer Eintragung Rechtspersönlichkeit (Art. 1 Abs. 3, Art. 16 SE-VO) und wird damit hierzulande als juristische Person anerkannt. Gleichzeitig handelt es sich bei ihr um eine supranationale Rechtsform.[154] Anders als in mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen gründende Gesellschaften, die „jenseits der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regelt, […] keine Realität" haben,[155] ist die SE eines jener „korporative[n] Eigengeschöpfe"[156], das seine Existenz als europäische Rechtsform direkt von der Europäischen Union ableitet.[157] Auch an dieser Stelle mag man sich die Worte von *Pieter Sanders* ins Gedächtnis rufen: „Was europäisch gedacht ist, kann sich so konstituieren und braucht sich für die juristische Form nicht in ein nationales Mäntelchen zu stecken."[158]

Dessen ungeachtet ist jede SE nicht nur durch die bereits erwähnte Verweiskaskade, sondern auch dadurch an ihren Sitzstaat angebunden, dass sie mit Eintragung in dessen nationales Register, in Deutschland in das Handelsregister (§ 3 SEAG), entsteht.[159] Hierzulande ist sie außerdem kraft Rechtsform Handelsgesellschaft (Art. 9 Abs. 1 lit. c ii SE-VO i. V. m. § 3 Abs. 1 AktG, § 6 Abs. 2 HGB).[160] Werden Rechtshandlungen im Namen der SE vor ihrer Eintragung vorgenommen,[161] so entsteht zunächst eine Vor-SE, auf die über Art. 15 Abs. 1 SE-VO ein-

---

[152] Ausführlich dazu *Fleischer*, AcP 204 (2004) 502, 507 ff.

[153] Siehe oben II. 2.

[154] Statt vieler *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 13 Rn. 12; siehe ferner *Lutter*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Fn. 149), Art. 1 SE-VO Rn. 2; *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 45.10; *Schröder*, in: Manz/Mayer/Schröder, SE, 3. Aufl. 2019, Art. 1 SE-VO Rn. 2.

[155] EuGH 27.9.1988 – 81/87, Slg. 1988, 5483 (*Daily Mail*) Rn. 19. Dazu und zur „Geschöpftheorie" etwa *v. Hein*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, Art. 3 EGBGB Rn. 95 m. w. N.

[156] *Fleischer*, ZHR 174 (2010), 385, 388.

[157] Vgl. EuGH 2.5.2006 – C-436/03, Slg. 2006, I-3754 (Parlament/Rat) Rn. 40 zur SCE; *Habersack/Verse* (Fn. 154), § 13 Rn. 12; *Ehricke*, RabelsZ 64 (2000) 497, 503 f.; vgl. auch *Witz*, in: FS Schlechtriem, 1999, S. 27, 30; dennoch auf die erhebliche Lückenfüllung durch nationales Recht hinweisend *Teichmann* (Fn. 6), S. 252 ff.

[158] *Sanders*, AWD 1960, 1, 3.

[159] *Schäfer*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 12 SE-VO Rn. 2.

[160] *Servatius*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 229.

[161] Nach Art. 16 Abs. 2 SE-VO besteht diese Möglichkeit ausdrücklich.

zelstaatliches Recht Anwendung findet.[162] Für den Fall, dass vor der Eintragung der SE in ihrem Namen Verbindlichkeiten eingegangen, aber später nicht von ihr übernommen werden, sieht Art. 16 Abs. 2 SE-VO eine unbegrenzte und gesamtschuldnerische Handelndenhaftung vor. Eine etwaige Gründerhaftung richtet sich dagegen ausschließlich nach dem nationalen Recht.[163]

Eine weitere Facette der Anbindung an den Sitzstaat bildet Art. 10 SE-VO ab, wonach eine SE in jedem Mitgliedstaat – vorbehaltlich der Bestimmungen der SE-VO – wie eine Aktiengesellschaft zu behandeln ist, die nach dem Recht des Sitzstaates der SE gegründet wurde. Dahinter steht eine vollumfängliche Absicherung des Gleichbehandlungsgebots zwischen supranationalen und nationalen Gesellschaften,[164] das etwa auch in Erwägungsgrund 5 der SE-VO zum Ausdruck gebracht wird.[165] Es wirkt in mehrere Richtungen – insbesondere innerhalb und außerhalb des Gesellschaftsrechts des Sitzstaates und im Verhältnis zu anderen Mitgliedstaaten.[166] Darüber hinaus verfolgt die SE, anders als vorgängige Bestrebungen des Europarates, keine zielgerichtete Privilegierung der supranationalen Gesellschaft im Verhältnis zu mitgliedstaatlichen Rechtsformen. Derartiges hatte bereits *Pieter Sanders* als hinderliches Motiv entlarvt.[167]

Angesichts des Umstandes der Zerlegung ihres Grundkapitals in Aktien, das auf Euro lauten und mindestens EUR 120.000 betragen muss, charakterisiert Art. 1 Abs. 1 SE-VO die SE zutreffend als (europäische) Aktiengesellschaft. Ferner ist sie als Kapitalgesellschaft zu qualifizieren.[168] Art. 1 Abs. 2 Satz 2 SE-VO erläutert sodann, dass jeder Aktionär nur bis zur Höhe des von ihm gezeichneten Kapitals haftet. Damit ist nicht etwa gemeint, dass die Aktionäre – vergleichbar mit § 171 Abs. 1 HGB – bis zur Leistung ihrer Einlage einer persönlichen Außenhaftung unterworfen wären. Vielmehr gilt wie im deutschen Aktienrecht das

---

[162] Dazu *Schäfer*, NZG 2004, 785, 790 f.; vgl. ferner *Servatius*, in: Henssler/Strohn (Fn. 160), Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 283.

[163] *Casper*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 16 SE-VO Rn. 13. Nach deutschem Recht käme damit gegebenenfalls eine Unterbilanz- beziehungsweise Verlustdeckungshaftung in Betracht – siehe *Schäfer*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 16 SE-VO Rn. 5.

[164] *Casper*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 10 SE-VO Rn. 2 f.; *Hommelhoff/Teichmann*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Fn. 149), Art. 10 SE-VO Rn. 2 f.; *Schürnbrand/Habersack*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Art. 10 SE-VO Rn. 1.

[165] Dieser lautet wörtlich: „Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die Bestimmungen, die auf Europäische Gesellschaften aufgrund dieser Verordnung anwendbar sind, weder zu einer Diskriminierung dadurch führen, dass die Europäischen Gesellschaften ungerechtfertigterweise anders behandelt werden als die Aktiengesellschaften, noch unverhältnismäßig strenge Auflagen für die Errichtung einer Europäischen Gesellschaft oder die Verlegung ihres Sitzes mit sich bringen."

[166] Näher *Schäfer*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 10 SE-VO Rn. 2 ff.; *Schürnbrand/Habersack*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Art. 10 Rn. 1 f.; nur für bloße Auffangfunktion *Austmann*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts (Fn. 144), § 83 Rn. 19.

[167] Siehe oben II. 1. c).

[168] Siehe etwa *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Art. 1 SE-VO Rn. 1, 4 ff.

vermögensrechtliche Trennungsprinzip und für Verbindlichkeiten der SE haftet nur das Gesellschaftsvermögen.[169]

3. *Gründung*

Erwägungsgrund 10 der SE-VO proklamiert als

„[d]as wichtigste mit der Rechtsform einer SE verfolgte Ziel […], dass eine SE gegründet werden kann, um es Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten zu ermöglichen, zu fusionieren oder eine Holdinggesellschaft zu errichten, und damit Gesellschaften und andere juristische Personen aus verschiedenen Mitgliedstaaten, die eine Wirtschaftstätigkeit betreiben, gemeinsame Tochtergesellschaften gründen können."

Angesprochen sind damit die beiden die Gründung einer SE bestimmenden Leitprinzipien – das Mehrstaatlichkeitserfordernis und der *Numerus clausus* der Gründungstatbestände.

Art. 2 SE-VO statuiert eine Einschränkung auf insgesamt vier als primäre Gründungsvarianten bezeichnete Tatbestände; hinzu kommt eine sekundäre Gründungsvariante nach Art. 3 Abs. 2 SE-VO.[170] Gemein ist ihnen allen, dass eine SE nicht *ex nihilo* durch natürliche Personen gegründet werden kann, sondern stets eine zuvor bereits existierende Gesellschaft voraussetzt.[171] Zu den primären Gründungsformen zählen die Gründung durch Verschmelzung (Art. 2 Abs. 1 SE-VO), die Gründung einer gemeinsamen Holding-SE (Art. 2 Abs. 2 SE-VO), einer gemeinsamen Tochter-SE (Art. 2 Abs. 3 SE-VO) sowie die Gründung durch formwechselnde Umwandlung (Art. 2 Abs. 4 SE-VO). Schließlich kann eine bereits bestehende SE unmittelbar Tochtergesellschaften in der Rechtsform einer SE gründen, womit die sekundäre Gründungsvariante umschrieben ist.

Zusätzlich zur Begrenzung der möglichen Gründungshergänge besteht eine über diese hinweg inhomogene Beschränkung des Gründerkreises,[172] die auf eine historisch bedingte Abschleifung der beiden Gründungsprinzipien zurückzuführen ist.[173] Während die sekundäre Ausgründung nur durch SEs erfolgen kann, kommen natürliche Personen überhaupt nicht als Gründer in Frage. Verschmelzung und Umwandlung stehen nur AGs offen, eine Holding-SE kann demgegenüber auch von GmbHs gegründet werden. Der Kreis der Mütter einer gemeinsamen Tochter-SE ist mit einem Verweis auf Gesellschaften im Sinne des Art. 48 Abs. 2 EGV bzw. nunmehr Art. 54 Abs. 2 AEUV am weitesten gezogen.

Allen Gründungsformen inhärent ist sodann das Mehrstaatlichkeitserfordernis, womit der Bezug der beteiligten Gesellschaften zu mindestens zwei Mitglied-

---

[169] *Casper*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 1 SE-VO Rn. 32; *Oechsler*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 1 SE-VO Rn. 6.

[170] Ausführlich und m.w.N. zu den einzelnen Gründungsvarianten *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 45.35 ff.

[171] Siehe nur *Veil*, in: KölnKomm AktG (Fn. 149), Art. 2 SE-VO Rn. 2.

[172] Ausführlich dazu *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Fn. 149), Art. 2 SE-VO Rn. 8 ff., 16, 22, 24.

[173] Vgl. etwa *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Art. 2 Rn. 2.

staaten der Europäischen Union gemeint ist. Unter den primären Gründungsvarianten müssen mindestens zwei der beteiligten Unternehmen – bei der Umwandlung nach Art. 2 Abs. 4 SE-VO wird die Tochtergesellschaft mitberücksichtigt – dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten „unterliegen". Das bedeutet, dass für mindestens zwei Gesellschaften unterschiedliches materielles Gesellschaftsrecht gelten muss.[174] Nur indirekt erfüllt ist das Mehrstaatlichkeitserfordernis bei der Sekundärgründung, weil sie der Mutter-SE immanent ist.

Über Berechtigung, Sinn und Zweck von *Numerus clausus* und Mehrstaatlichkeitserfordernis besteht kein Einvernehmen.[175] Angenommen wird durchweg, dass beide Grundsätze – zumindest auch – davon beseelt waren, einer Flucht aus der (deutschen) Mitbestimmung vorzubeugen.[176] Darüber hinaus erkennt man darin einen Mechanismus, um eine Konkurrenz zu den nationalen Rechtsformen zu vermeiden oder zumindest einzuhegen.[177] Ferner findet sich eine sog. Exklusivitätsthese, nach der Gesellschaften ohne europäischen Aktionsradius der Zugang zur SE verwehrt bleiben sollte.[178] Schließlich wurde auch das Subsidiaritätsprinzip als Erklärungsansatz bemüht.[179]

Mittlerweile besteht im Schrifttum weitgehend Einigkeit über die fehlende Überzeugungskraft bzw. zumindest über den nachträglichen Bedeutungsverlust dieser Motive.[180] Namentlich für die Mitbestimmung wird darauf hingewiesen, dass die historische Zielsetzung durch die Auffangregelung in der britischen Kompromissformel[181] obsolet sei.[182] Obwohl die Kritik deutlich überwiegt,[183] sind die Vorgaben *de lege lata* hinzunehmen. Da aber sowohl Mehrstaatlichkeit als auch *Numerus clausus* teleologisch auf sehr schwachen Beinen stehen bzw. diese eingeknickt sind, werden sie lediglich als formale Voraussetzungen verstanden, die

---

[174] *Schwarz*, ZIP 2001, 1847, 1850; *Oechsler*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 2 SE-VO Rn. 5.

[175] Instruktive und übersichtliche Überblicksdarstellung dazu etwa bei *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Art. 2 Rn. 4; *Casper*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 2 SE-VO Rn. 3 f.; jeweils m.w.N.

[176] *Heinze*, ZGR 2002, 66, 71.

[177] In diesem Sinne bereits *Geßler*, BB 1967, 381, 382 f.; *v. Caemmerer*, in: FS Kronstein, 1967, S. 171, 185.

[178] *v. der Groeben*, AG 1967, 95, 98.

[179] *Hommelhoff*, AG 2001, 279, 281; *Hirte*, NZG 2002, 1, 4.

[180] Prägnant *Oechsler*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 2 SE-VO Rn. 4: „Art. 2 als eine Norm mit einem durch die Rechtsentwicklung überholten Gerechtigkeitsgehalt."; vgl. ferner *Veil*, in: KölnKomm AktG (Fn. 149), Art. 2 SE-VO Rn. 3; *Casper*, AG 2007, 97, 98 ff.; *ders.*, ZHR 173 (2009), 181, 189 ff.; *Bachmann*, ZEuP 2008 32, 53 f.

[181] Dazu II. 6.

[182] *Oechsler*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 2 SE-VO Rn. 3 und 6.

[183] Vgl. auch den (Evaluations-)Bericht der Kommission an das europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) v. 17.11.2010, KOM(2010) 676 endg., 7 f., 11.

auch unter Umgehungsgesichtspunkten weder durch erweiternde Auslegung noch durch Rechtsfortbildung auszudehnen sind.[184]

4. Sitz und Sitzverlegung

Der Sitz der SE muss gemäß Art. 7 SE-VO in dem Mitgliedstaat liegen, in dem sich die Hauptverwaltung der SE befindet. Mit „Sitz" ist der Satzungssitz gemeint, was sich sowohl aus anderen Sprachfassungen – englisch: *registered office*; französisch: *siège statutaire*; niederländisch: *statutaire zetel* – als auch aus Art. 7 Satz 2 und Art. 64 SE-VO ergibt, wo zwischen Sitz und Hauptverwaltung unterschieden wird.[185] Das Koppelungsgebot[186] für Satzungssitz und Hauptverwaltung im selben Mitgliedstaat bewirkt einen grundsätzlichen Gleichlauf von Gründungs- und Sitztheorie sowie des Gesellschafts- und des Insolvenzstatuts.[187] Eine innerstaatliche Identität von Satzungssitz und Hauptverwaltung gebietet das Sekundärrecht indes nicht, sondern überantwortet die Entscheidung darüber den Mitgliedstaaten. Innerhalb Deutschlands kann der Verwaltungssitz frei gewählt werden.[188]

Pioniercharakter hatte die in Art. 8 Abs. 1 SE-VO ausbuchstabierte Möglichkeit, den Sitz einer SE ohne Auflösung oder Neugründung, sondern identitätswahrend in einen anderen Mitgliedstaat verlegen zu können.[189] Eine dahingehende Regelung war zunächst in den Entwürfen nicht vorgesehen, wobei umstritten ist, ob sie ungeschrieben mitgedacht[190] oder aufgrund zwischenstaatlichen Misstrauens rechtspolitisch unerwünscht[191] war. In jedem Fall wurde sie im Zuge des „zweiten Anlaufs"[192] seitens des Parlaments gefordert und fand erstmals Eingang in den Entwurf von 1991.[193] Das Vorhalten eines ausführlichen Regelungsprogramms wird insbesondere vor dem Hintergrund der beschriebenen Normenvielfalt und der daraus resultierenden Heterogenität der SE in den Mitgliedstaaten für not-

---

[184] So etwa *Habersack/Verse* (Fn. 154), § 13 Rn. 18; *Casper*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 2 SE-VO Rn. 4; kritisch *Schmidt*, ECL 2021, 116, die den *Numerus clausus* als „unjustified 'straight-jacket'" bezeichnet und sich *de lege feranda* für eine Gründung „ab initio" ausspricht.

[185] *Diekmann*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Art. 7 Rn. 1.

[186] *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 45.14.

[187] Näher dazu, auch zu den Grenzen dieses Gleichlaufs *Oechsler*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 7 SE-VO Rn. 2 m.w.N.

[188] *Habersack/Verse* (Fn. 154), § 13 Rn. 13; *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 45.15; *Köstler*, Die Europäische Aktiengesellschaft, Arbeitshilfen für Aufsichtsräte, Böckler-Stiftung, 2011, S. 15.

[189] Vgl. *Hirte*, NZG 2002, 1, 3: „für nationale Gesellschaften auch nach dem Centros-Urteil des EuGH noch nicht gewährleistet und daher neu"; *Kalss*, in: Kalss/Hügel (Fn. 7), Vor § 6 SEG Rn. 1: „erstmals rechtliche Rahmenbedingungen für die grenzüberschreitende Sitzverlegung einer AG".

[190] So *Ringe*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Fn. 149), Art. 8 SE-VO Rn. 2; *Veil*, in: KölnKomm AktG (Fn. 149), Art. 8 SE-VO Rn. 1.

[191] So *Oechsler*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 8 SE-VO Rn. 1.

[192] Siehe oben II. 5.

[193] Art. 5a SE-VO-Entwurf 1991; BT-Drs. 12/1004, 18.

wendig erachtet.[194] Ein identitätswahrender grenzüberschreitender Sitzwechsel wird nämlich aufgrund der umfangreichen Verweisungen auf nationale Gesellschaftsrechte faktisch in die Nähe eines Formwechsels gerückt.[195]

Die wesentlichen Schritte des im Detail komplexen Verlegungsprozesses lassen sich in vier Phasen gliedern:[196] In der Informationsphase (1) müssen namentlich ein Verlegungsplan und ein Verlegungsbericht erstellt und offengelegt werden, die den Gläubigern und Aktionären der SE dienen. In der Beschlussphase (2) haben die Aktionäre mit qualifizierter Mehrheit den Verlegungsbeschluss zu fassen. Die Kontrollphase im Wegzugsstaat (3) widmet sich der Prüfung des vorgesehenen Verfahrens sowie der Wahrung der Ansprüche von Altgläubigern der SE. Sie endet mit der Ausstellung einer Verlegungsbescheinigung. Es folgt die Kontroll- und Eintragungsphase im Zuzugsstaat (4), in der die Erfüllung der für die Eintragung in dem neuen Sitzstaat erforderlichen Formalitäten nachzuweisen ist. Ihr erfolgreicher Abschluss mündet in die Eintragung der SE im neuen Sitzstaat, auf die die Löschung der früheren Registereintragung folgt.

5. *Organisationsverfassung und Gestaltungsfreiheit*

Im Rahmen der Binnenorganisation der SE erkennbar ist schließlich die von *Pieter Sanders* nachdrücklich als attraktivitätssteigernd angemahnte Gestaltungsfreiheit für Unternehmen. Sie offenbart sich namentlich in der Wahlmöglichkeit zwischen dualistischem und monistischem System für Unternehmensleitung und -überwachung, die zuletzt auch für eine Reform des deutschen Aktienrechts als vorbildlich angesehen wurde.[197] Darüber hinaus hat sich in der Praxis der letztlich gefundene Kompromiss über die Verhandlungslösung in Sachen Mitbestimmung als Erfolgsmodell erwiesen.[198]

a) *Geschäftsleitung und -überwachung*

Das Wahlrecht zwischen One-Tier- und Two-Tier-System, welches in der Satzung auszuüben ist, wird bisweilen als große Besonderheit[199] und Vorzug[200] der SE gepriesen. Eine generelle Vorteilhaftigkeit der monistischen oder der dualistischen Organisation kann nicht ausgemacht werden. Vielmehr werden beide nicht nur in der SE-VO, sondern z. B. auch in den G20/OECD Principles of Corporate

---

[194] *Diekmann*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Art. 8 Rn. 9.

[195] Explizit *Oechsler*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 8 SE-VO Rn. 3; *Casper*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 8 SE-VO Rn. 1; deutlich zurückhaltender *Ringe*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Fn. 149), Art. 8 SE-VO Rn. 7 f.

[196] *Casper*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 8 SE-VO Rn. 2. Für Details zum Prozedere siehe etwa *Ringe*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Fn. 149), Art. 8 SE-VO Rn. 16 ff.; ferner anschaulich anhand eines Beispielfalls aus der Praxis auch *de Lousanoff*, in: FS Spiegelberger, 2009, S. 604 ff. Siehe auch die Übersicht in: *Köstler* (Fn. 188), S. 23.

[197] *Arbeitskreis „Recht des Aufsichtsrats“*, NZG 2021, 477, 480.

[198] Dazu auch noch unten IV. 2.

[199] So *Lutter*, BB 2002, 1, 5.

[200] So etwa *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 45.94.

Governance[201] grundsätzlich gleichwertig nebeneinandergestellt. Darüber hinaus beobachtet man einerseits eine Konvergenz der beiden Systeme[202] und weist andererseits darauf hin, dass erfolgreiches Management und adäquate Überwachung nicht primär der zugrundeliegenden Struktur, sondern dem effektiven Einsatz von Corporate-Governance-Strategien geschuldet sind, die sich in beiden Systemen verwirklichen lassen.[203]

(1) Dualistisches Leitungskonzept

Das dualistische System entspricht im Wesentlichen der Ausgangslage nach dem deutschen Aktiengesetz. Es wird neben den Vorgaben in Art. 39–42 SE-VO, §§ 15–19 SEAG ergänzend über Art. 9 Abs. 1 lit. c ii SE-VO durch Vorschriften des AktG gespeist.[204] Als Stärke des Two-Tier-Modells gilt vor allem die klare Trennung von Leitung und Überwachung.[205] Die Geschäfte der SE werden gemäß Art. 39 Abs. 1 Satz 1 SE-VO von einem Leitungsorgan in eigener Verantwortung geführt, das die Gesellschaft auch nach außen vertritt. Die Überwachung der Geschäftsführung liegt in den Händen des Aufsichtsorgans (Art. 40 Abs. 1 Satz 1 SE-VO). Ebenso wie das deutsche Aktienrecht sieht die SE-VO in Art. 39 Abs. 3 eine strikte personelle Trennung zwischen diesen beiden Organen vor.

Die Mitglieder des Leitungsorgans werden vom Aufsichtsorgan bestellt und abberufen, jene des Aufsichtsorgans von der Hauptversammlung.[206] Die Zahl der Mitglieder des ersteren legt grundsätzlich die Satzung fest, jedoch sind in der Regel gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 SEAG bei einem Grundkapital von mehr als 3 Millionen Euro mindestens zwei Mitglieder vorgesehen (wenn auch dispositiv[207]); aus Gründen der Mitbestimmung kann dies sogar zwingend sein (§ 16 Abs. 1 Satz 2 SEAG, § 38 Abs. 2 SEBG).[208]

---

[201] G20/OECD Principles of Corporate Governance, 2015, abrufbar unter <https://www.oecd-ilibrary.org/governance/g20-oecd-principles-of-corporate-governance-2015_9789264236882-en;jsessionid=qS8C0k-26jYRWjLoahr7bRMkQcQrAuxfOeWuB--d.ip-10-240-5-125> (15.8.2022), S. 10: „[The Principles] do not advocate any particular board structure and the term 'board' as used in the Principles is meant to embrace the different national models of board structures."

[202] Siehe *Teichmann*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Fn. 149), Art. 38 SE-VO Rn. 24 f.; dazu *Hopt*, ZGR 2000, 779, 783 ff.; *Davies*, ZGR 2001, 268, 282 ff.

[203] Vgl. etwa *Hopt/Leyens*, The structure of the board of directors: boards and governance strategies in the US, the UK and Germany, in: Afsharipour/Gelter, Comparative Corporate Governance, 2021, S. 116, 117 ff.; *Armour/Enriques/Hansmann/Kraakmann*, in: Kraakmann/Armour/Davies et. al., The Anatomy of Corporate Law, 3. Aufl. 2017, S. 50 f.

[204] Näher zum Katalog der anwendbaren Vorschriften *Eberspächer*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 39 SE-VO Rn. 2 f.; *Scholz*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Art. 38 Rn. 17.

[205] *Reichert/Brandes*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 38 SE-VO Rn. 19; *Scholz*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Art. 38 Rn. 18; *Wentrup*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts (Fn. 144), § 19 Rn. 2.

[206] *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 45.119 bzw. 45.127.

[207] *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 45.118.

[208] *Draygala*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Fn. 149), Art. 39 SE-VO Rn. 50; *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 45.118; *Paefgen*, in: KölnKomm AktG (Fn. 149), Art. 39 SE-VO Rn. 75 ff.

Hinsichtlich der Größe des Aufsichtsorgans folgt § 17 Abs. 1 SEAG im Grundsatz § 95 Satz 1–4 AktG. Es besteht eine Untergrenze von drei Mitgliedern und eine gestaffelte Höchstzahl in Abhängigkeit von der Höhe des Grundkapitals.[209] Dazwischen kann die Mitgliederzahl in der Satzung prinzipiell frei festgelegt werden; zur Wahrung der geltenden Mitbestimmung kann allerdings die Dreiteilbarkeit dieser Zahl erforderlich sein.[210] Keine Anwendung findet hingegen der im Aktienrecht enthaltene Verweis auf das MitbestG, das MontanMitbestG und das MitbestErgG. Vielmehr ist die unternehmerische Mitbestimmung im SEBG abschließend geregelt (§ 47 Abs. 1 SEBG).[211] Damit sind auch die zwingend vorgegebenen Organgrößen des nationalen Mitbestimmungsrechts,[212] die zu sehr großen Aufsichtsratsgremien in mitbestimmten Aktiengesellschaften führen, in der mitbestimmten SE nicht einschlägig.[213] Bei paritätischer Mitbestimmung müssen mithin nicht die nach Arbeitnehmerzahl gestaffelten Organgrößen des § 7 MitbestG eingehalten, sondern nur eine gerade Zahl an Mitgliedern vorgesehen werden.[214] Dadurch können mitbestimmte SEs mit deutlich kleineren Gremien auskommen, was gemeinhin als großer Vorteil bewertet wird.[215]

Umstritten ist, ausgehend von der Formulierung des § 17 Abs. 3 SEAG[216], wonach die Beteiligung der Arbeitnehmer nach dem SEBG unberührt bleibe, ob die absolute Größe des Aufsichtsorgans Gegenstand einer Mitbestimmungsvereinbarung gemäß § 21 SEBG sein kann und insoweit den Vorgaben des § 17 Abs. 1 vorgeht.[217] Die Gegner verweisen auf Art. 40 Abs. 3 Satz 1 SE-VO, wonach (nur) die Satzung – unter Beachtung der entsprechenden gesetzlichen Vorgaben – über die Zahl der Mitglieder entscheiden soll.[218] Die Befürworter[219] einer Mitbestimmungsvereinbarung über die Aufsichtsratsgröße, zu denen auch das LG Nürn-

---

[209] Zur Ratio der Höchstzahl vgl. BegrRegE AktG 1965, abgedruckt bei *Kropff*, Aktiengesetz, 1965, S. 125: „Die Höchstzahlen sind, wie die Erfahrung gezeigt hat, nötig, weil zu große Aufsichtsräte ihre Aufgaben nicht sachgemäß wahrnehmen können."

[210] Dazu *Reichert/Brandes*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 40 SE-VO Rn. 68.

[211] Siehe nur *Habersack*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2018, § 47 SEBG Rn. 2.

[212] Siehe § 7 MitbestG; §§ 4, 9 MontanMitbestG; § 5 MitbestErgG.

[213] *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), § 35 SEBG Rn. 12; *Servatius*, in: Henssler/Strohn (Fn. 160), Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 285; *Habersack/Verse* (Fn. 154), § 13 Rn. 45.

[214] *Eberspächer*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 40 SE-VO Rn. 12 m.w.N.

[215] Dazu unten IV. 3.

[216] Vor dem 1.1.2016 Abs. 2.

[217] Einleitend *Reichert/Brandes*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 40 SE-VO Rn. 69.

[218] So etwa *Reichert/Brandes*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 40 SE-VO Rn. 69; *Paefgen*, in: KölnKomm AktG (Fn. 149), Art. 40 SE-VO Rn. 102; *Henssler*, in: Habersack/Henssler (Fn. 211), § 21 SEBG Rn. 37 f.; *Eberspächer*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 40 SE-VO Rn. 11; *Habersack/Verse* (Fn. 154), § 13 Rn. 39; *Kienast*, in: Jannott/Frodermann (Fn. 48), Kap. 13 Rn. 436.

[219] *Seibt*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Art. 40 SE-VO Rn. 66; *Drygala*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Fn. 149), Art. 40 SE-VO Rn. 32 f.; *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Fn. 149), § 21 SEBG Rn. 63.

berg-Fürth[220] zählt, verweisen indes auf den höheren Rang der Mitbestimmungsvereinbarung gegenüber der Satzung, der sich aus Art. 9 Abs. 1 sowie Art. 12 Abs. 4 SE-VO ergebe.[221] Zudem solle nach dem Wortlaut des § 21 Abs. 3 Nr. 1 SEBG „die Zahl der Mitglieder des Aufsichts-[organs]" durch die Mitbestimmungsvereinbarung festgelegt werden.[222]

(2) Monistisches Leitungskonzept

Dem monistischen System wird attestiert, es führe zu einem besseren Informationsfluss innerhalb des Organs und gewährleiste größere Sachnähe der Verwaltungsratsmitglieder in Bezug auf die Entscheidungen ihrer Kollegen.[223] Bei ihm sind Leitung und Überwachung in einem einzigen Verwaltungsorgan, dem „Verwaltungsrat" (§ 20 SEAG), zusammengefasst.[224] Da das deutsche Aktienrecht ein solches System nicht kennt, hat der Gesetzgeber von der Ermächtigung des Art. 43 Abs. 4 SE-VO Gebrauch gemacht und in den §§ 20–49 SEAG entsprechende Vorschriften für die monistische SE erlassen.[225] Diese treten an die Stelle der §§ 76–116 AktG, verweisen jedoch an zahlreichen Stellen auf diese zurück oder lehnen sich an sie an.[226]

Die Mitglieder des Verwaltungsrats werden gemäß Art. 43 Abs. 3 SE-VO von der Hauptversammlung bestellt; der Verwaltungsrat wiederum bestellt einen oder mehrere geschäftsführende Direktoren, die mit der Geschäftsführung und der gerichtlichen und außergerichtlichen Vertretung der SE betraut sind (§ 40 Abs. 1, 2 SEAG, § 41 Abs. 1 Satz 1 SEAG). Die geschäftsführenden Direktoren sind dem Verwaltungsrat gegenüber gemäß § 44 Abs. 2 SEAG weisungsabhängig.[227] Geschäftsführende Direktoren können zudem auch gleichzeitig Mitglieder des Verwaltungsrats sein, weshalb eine strikte Trennung zwischen Geschäftsführung und Überwachung verschwimmen kann.[228] Der Anteil an nicht geschäftsführenden Mitgliedern des Verwaltungsrats muss dennoch überwiegen (§ 40 Abs. 1 Satz 2 SEAG). Insgesamt sagt man der Konzeption des Verwaltungsorgans im Rahmen des monistischen Systems eine starke Nähe zum US-amerikanischen/angelsächsischen *board system* nach,[229] wenngleich eine monistische Unternehmensver-

---

[220] LG Nürnberg-Fürth, AG 2010, 384 (GfK).

[221] *Seibt*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Art. 40 SE-VO Rn. 66.

[222] *Seibt*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Art. 40 SE-VO Rn. 66.

[223] *Reichert/Brandes*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 38 SE-VO Rn. 19 m.w.N.

[224] Ausführlich zum Verwaltungsrat in der monistischen SE *Bachmann*, ZGR 2008, 779.

[225] *Eberspächer*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 43 SE-VO Rn. 3.

[226] Vgl. dazu *Verse*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), § 20 SEAG Rn. 1 ff.

[227] Näher dazu m.w.N. *Verse*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), § 44 SEAG Rn. 6, 8 ff.

[228] *Reichert/Brandes*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 43 SE-VO Rn. 13.

[229] Etwa *Servatius*, in: Henssler/Strohn (Fn. 160), Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 284; *Reichert/Brandes*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 43 SE-VO Rn. 1.

fassung auch einigen Rechtsordnungen des europäischen Festlands nicht fremd ist.[230]

Die Zahl der Mitglieder des Verwaltungsrats bestimmt grundsätzlich die Satzung. Dispositiv sieht § 23 Abs. 1 Satz 1 SEAG jedoch ein dreipersonales Gremium vor. Zwingend ist eine Mindestzahl von drei Personen gemäß Satz 2 dieser Bestimmung ab einem Grundkapital von mehr als 3 Mio. Euro. Gleiches gilt, wenn es sich um eine mitbestimmte SE handelt (Art. 43 Abs. 2 UAbs. 2 SE-VO). In kleinen, nicht mitbestimmten SEs kann somit sogar ein einpersonaler Verwaltungsrat eingerichtet werden. Dann muss jedoch wegen § 40 Abs. 1 Satz 2 SEAG ein externer geschäftsführender Direktor bestellt werden, weil nur so das Überwiegen nicht geschäftsführender Verwaltungsratsmitglieder gewährleistet werden kann.[231] Darüber hinaus gelten auch für den Verwaltungsrat nach Höhe des Grundkapitals gestaffelte Höchstgrenzen für die Größe des Gremiums, wobei § 23 Abs. 1 Satz 3 SEAG wiederum § 95 Satz 4 AktG folgt. Keine Anwendung finden auch hier die zwingenden Vorgaben zur Organgröße aus dem nationalen Mitbestimmungsrecht.[232]

b) Mitbestimmung

Die Mitbestimmung in der SE bildet, wie schon aus der Entstehungsgeschichte zu ersehen ist, ein besonderes Kapitel. Die SE-VO selbst enthält dazu seit den Arbeiten unter *Jacques Delors* keine Regeln, sondern verweist in Art. 1 Abs. 4 auf die SE-RL. Diese hat der deutsche Gesetzgeber im SEBG umgesetzt.[233] Wie das SE-Regelungspaket selbst ist auch die Grundstruktur der Mitbestimmung in der SE zweigeteilt: Im Einklang mit der Empfehlung des *Davignon-Berichts* müssen sich Arbeitnehmervertreter und Unternehmensleitung zunächst um eine einvernehmliche Verhandlungslösung bemühen. Nur wenn sich auf diese Weise kein Konsens über ein Mitbestimmungsmodell erzielen lässt, greift die Auffangregelung ein.[234] Sie steht im Zeichen des Vorher-Nachher-Prinzips, welches nach Erwägungsgrund 18 der RL „[d]ie Sicherung erworbener Rechte der Arbeitnehmer über ihre Beteiligung an Unternehmensentscheidungen [als] fundamentale[n] Grundsatz und erklärtes Ziel dieser Richtlinie“ festschreibt.

---

[230] Darunter Frankreich, Italien und die Schweiz. Zu alledem ausführlich *Teichmann*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Fn. 149), Art. 38 SE-VO Rn. 15 ff.; *Siems/Müller-Leibenger*, in: KölnKomm AktG (Fn. 149), Vor Art. 43 SE-VO Rn. 5 ff.

[231] *Eberspächer*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 43 SE-VO Rn. 28, 39.

[232] *Verse*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), § 23 SEAG Rn. 6; *Eberspächer*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 43 SE-VO Rn. 29.

[233] Siehe oben II. 6. Für nähere Informationen dazu siehe die einschlägigen Kommentierungen des SEBG.

[234] Zur diesbezüglichen Opt-out-Option in Art. 7 Abs. 3 der SE-RL bereits oben II.6.

(1) Verhandlungslösung

Konkret ist – unter Zugrundelegung der deutschen Umsetzungsbestimmungen – während der Gründungsphase der SE ein besonderes Verhandlungsgremium (BVG) einzusetzen. Dieses verhandelt auf Arbeitnehmerseite über die Beteiligung der Arbeitnehmer. Seine Zusammensetzung richtet sich nach § 5 SEBG in Abhängigkeit vom Anteil der in einem Mitgliedstaat beschäftigten Arbeitnehmer. Deutsche Mitglieder des BVG werden nach den Vorschriften der §§ 8 ff. SEBG von einem Wahlgremium bestimmt.[235] Die Initiative zur Bildung des besonderen Verhandlungsgremiums geht von der jeweiligen Unternehmensleitung der Gründungsgesellschaften aus: Sie haben die Arbeitnehmer nach § 4 Abs. 1 und 2 SEBG zu informieren, wenn sie die Gründung einer SE planen, und diese schriftlich zur Bildung eines BVG aufzufordern.

Nach Konstituierung des BVG beginnt das in den §§ 11 ff. SEBG geregelte Verhandlungsverfahren zwischen dem BVG und den Leitungen der beteiligten Gesellschaften.[236] Um die Verhandlungsphase zu beschleunigen und einen zügigen Abschluss der Gesellschaftsgründung herbeizuführen, ist sie zeitlich begrenzt.[237] Vorgesehen sind zunächst gemäß § 20 Abs. 1 SEBG sechs Monate ab Einsetzung des BVG. Die beiden Verhandlungsseiten können nach Abs. 2 eine Fortsetzung um höchstens weitere sechs Monate, somit auf maximal ein Jahr beschließen.[238] Am Ende der Verhandlungen stehen drei mögliche Ausgänge:[239]

Gelangen die Verhandlungsparteien fristgerecht zu einer Einigung, bildet eine schriftliche Vereinbarung die Grundlage für die Mitbestimmung in der SE. Das Ergebnis steht grundsätzlich in der Autonomie der Parteien; die Vereinbarung muss aber jedenfalls die Mindestinhalte nach § 21 SEBG[240] umfassen.[241] Entsprechend dem in Erwägungsgrund 18 enthaltenen Bekenntnis zum Bestandsschutz wohlerworbener Mitbestimmungsrechte wirkt das Vorher-Nachher-Prinzip bereits auf das Verhandlungsergebnis zurück. Entsteht die SE durch Umwandlung, muss zumindest das gleiche Ausmaß an Mitbestimmungsrechten wie in der umzuwandelnden Gesellschaft bestehen (§ 21 Abs. 6 SEBG).[242] Für die anderen

---

[235] Dazu etwa *Kleinsorge/Freis*, SEBG, 2006, § 8 Rn. 1 ff.

[236] Die Legaldefinition von „Leitung" lautet gemäß § 2 Abs. 5 SEBG: „Leitung bezeichnet das Organ der unmittelbar an der Gründung der SE beteiligten Gesellschaften oder der SE selbst, das die Geschäfte der Gesellschaft führt und zu ihrer Vertretung berechtigt ist. Bei den beteiligten Gesellschaften ist dies das Leitungs- oder Verwaltungsorgan, bei der SE das Leitungsorgan oder die geschäftsführenden Direktoren."

[237] *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), § 20 SEBG Rn. 1; *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Fn. 149), § 20 SEBG Rn. 1.

[238] *Henssler*, in: Habersack/Henssler (Fn. 211), § 20 SEBG Rn. 3.

[239] Prägnant *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 45.189.

[240] Näher zu den Schranken der Mitbestimmungsautonomie etwa *Henssler*, in: Habersack/Henssler (Fn. 211), § 21 SEBG Rn. 29 ff. m.w.N.

[241] *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), § 21 Rn. 1; *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), § 20 SEBG Rn. 2.

[242] Näher dazu etwa *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), § 20 SEBG Rn. 60 ff.

Gründungsvarianten normiert § 15 Abs. 3 SEBG immerhin qualifizierte Mehrheitserfordernisse im BVG, wenn die Vereinbarung eine Minderung[243] der bestehenden Mitbestimmungsrechte zur Folge hat. Den Parteien steht es schließlich gemäß § 21 Abs. 5 SEBG auch frei, sich auf die Auffangregelung zu einigen.

Zweitens kann das BVG gemäß § 16 SEBG mit qualifizierter Mehrheit beschließen, keine Verhandlungen aufzunehmen oder bereits aufgenommene Verhandlungen abzubrechen.[244] In diesem Fall gilt nicht die Auffanglösung, sondern es gelangen die jeweiligen nationalen Bestimmungen in den Beschäftigungsstaaten der Arbeitnehmer der SE Anwendung. Für eine SE mit Sitz in Deutschland kämen dann das BetrVG und das SprAuG sowie ggf. das EBRG zur Anwendung.[245] Eine unternehmerische Mitbestimmung fände jedoch nicht statt, sondern die SE bliebe mitbestimmungsfrei.[246] Ausgeschlossen ist diese Endigungsmöglichkeit aber dann, wenn die SE durch Umwandlung gegründet wird und den Arbeitnehmern der umzuwandelnden Gesellschaft Mitbestimmungsrechte zustehen.

Drittens kann es vorkommen, dass die Verhandlungspartner innerhalb des vorgegebenen Zeitraums keine Einigung erzielen. Dies führt zur sog. Auffanglösung.

(2) Auffanglösung

Diese Auffanglösung findet sich im SEBG in Kapitel 2 des dritten Teils. Auch sie ist zweigeteilt. Zum einen wird ein „SE-Betriebsrat kraft Gesetzes" nach den §§ 22 ff. SEBG gebildet. Er dient der Sicherung des Rechts auf Unterrichtung und Anhörung und setzt sich aus Arbeitnehmern der SE, ihrer Tochtergesellschaften und Betriebe zusammen. Den zweiten Teil bildet die „Mitbestimmung kraft Gesetzes" nach den §§ 34 ff. SEBG. Dabei wird zwischen den einzelnen Gründungsarten differenziert, jedoch stets der Gedanke des Vorher-Nachher-Prinzips aufgegriffen:[247]

Wird die SE durch Umwandlung gegründet und bestand in der Vorgängergesellschaft Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan, bleibt gemäß § 34 Abs. 1 Nr. 1 und § 35 Abs. 1 SEBG die bestehende Regelung im gleichen Umfang erhalten. Bei den anderen Gründungsformen muss gemäß § 34 Abs. 1 Nr. 3 oder Nr. 4 SEBG eine Form der Mitbestimmung für

---

[243] Definiert in § 15 Abs. 4 SEBG.

[244] Ein solcher Beschluss dürfte angesichts der sogleich im Text erläuterten Rechtsfolgen nur sehr selten zustande kommen. Vgl. auch *Feuerborn*, in: KölnKomm AktG (Fn. 149), § 16 SEBG Rn. 3; *Kienast*, in: Jannott/Frodermann (Fn. 48), Kap. 13 Rn. 365 f.; jeweils m.w.N.

[245] *Servatius*, in: Henssler/Strohn (Fn. 160), Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 318; *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), § 16 SEBG Rn. 4.

[246] *Henssler*, in: Habersack/Henssler (Fn. 211), § 16 SEBG Rn. 5; *Kleinsorge/Freis*, SEBG, 2004, § 16 Rn. 4; *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), § 16 SEBG Rn. 4.

[247] Ausführlich zum Folgenden *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Fn. 149), § 34 SEBG Rn. 5 ff. und § 35 SEBG Rn. 1 ff.; *Feuerborn*, in: KölnKomm AktG (Fn. 149), § 34 SEBG Rn. 6 ff. und § 35 SEBG Rn. 8 ff.; *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), § 34 SEBG Rn. 4 ff. und § 35 SEBG Rn. 2 ff. Überblick bei *Habersack/Verse* (Fn. 154), § 13 Rn. 40 ff.

einen bestimmten Anteil der Gesamtzahl der Arbeitnehmer aller beteiligten Gesellschaften und betroffenen Tochtergesellschaften vor Eintragung der SE gegolten haben, damit in der SE Mitbestimmung kraft Auffangregelung Einzug hält. Der Schwellenwert liegt bei Gründung durch Verschmelzung bei 25 %, bei Errichtung einer Holding-SE bei 50 %. Ist dies der Fall, dürfen die Arbeitnehmer gemäß § 35 Abs. 2 SEBG einen Teil der Mitglieder des Aufsichts- bzw. des Verwaltungsorgans der SE stellen. Ihre Anzahl bemisst sich nach dem höchsten Anteil an Arbeitnehmervertretern, der in den Organen der beteiligten Gesellschaften vor der Eintragung der SE bestanden hat.

(3) Proportionalität und Perpetuierung

Gesondert hinzuweisen ist schließlich auf zwei wichtige Elemente des SE-Mitbestimmungsstatuts: Erstens hat das Vorher-Nachher-Prinzip nicht zur Folge, dass die absolute Zahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- bzw. Verwaltungsorgan geschützt wird. Vielmehr bezieht sich der Bestandsschutz der Mitbestimmung gemäß § 35 Abs. 2 Satz 2 SEBG nur auf den „Anteil an Arbeitnehmervertretern" im Organ. Gleichsinnig stellt in Bezug auf die Vorwirkungen des Vorher-Nachher-Prinzips auf die Verhandlungslösung auch § 15 Abs. 4 Nr. 1 SEBG in der Legaldefinition der Minderung der Mitbestimmungsrechte auf eine Reduktion des „Anteil[s] der Arbeitnehmervertreter" ab. Im Ergebnis bedeutet dies nur einen Schutz des proportionalen Verhältnisses zwischen Arbeitnehmer- und Anteilsvertretern,[248] was praktisch insbesondere deshalb relevant ist, weil die Organgröße ohne Rücksicht auf mitbestimmungsrechtliche Vorgaben festgelegt werden kann.[249]

Zweitens wird das SE-Mitbestimmungsstatut in Übereinstimmung mit der für die Vorher-Nachher-Betrachtung maßgeblichen Gesellschaft perpetuiert.[250] Es wird mithin – vorbehaltlich struktureller Änderungen i. S. v. § 18 Abs. 3 SEBG[251] – auf Dauer als veränderungsfest betrachtet.[252] Dies hat beispielsweise zur Folge, dass eine zunächst mitbestimmungsfreie SE auch dann keine unternehmerische Mitbestimmung einführen muss, wenn die Arbeitnehmerzahl in weiterer Folge einen mitbestimmungsrelevanten Schwellenwert überschreitet. Ist eine SE drittelmitbestimmt, weil sie durch Umwandlung einer drittelmitbestimmten AG entstanden ist, bleibt sie es auch, obwohl später der Schwellenwert des Art. 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG erreicht wird. Dies gilt indes auch spiegelbildlich, wenn die Ar-

---

[248] *Habersack/Verse* (Fn. 154), § 13 Rn. 45; *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), § 35 Rn. 9, 12 m. w. N.

[249] Dazu schon oben III. 5. a) (1).

[250] *Habersack*, in: Habersack/Henssler (Fn. 211), § 35 SEBG Rn. 14.

[251] Dazu *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Fn. 149), § 18 SEBG Rn. 16 ff.

[252] *Feuerborn*, in: KölnKomm AktG (Fn. 149), § 35 SEBG Rn. 29; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), § 35 Rn. 10; *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), § 35 Rn. 27.

beitnehmerzahl in einer paritätisch mitbestimmten SE unter den Schwellenwert fällt.[253]

c) Hauptversammlung

Schließlich verfügt die SE gemäß Art. 38 lit. a SE-VO über eine Hauptversammlung der Aktionäre als obligatorisches Organ. Für die Organisation und den Ablauf der Hauptversammlung gelten primär die Art. 52 bis 60 SE-VO, welche durch die sitzstaatlichen Vorschriften über die Aktiengesellschaften ergänzt werden. Wie in der deutschen AG verfügt die Hauptversammlung über keine Allzuständigkeit. Vielmehr richten sich ihre Kompetenzen nach Art. 52 SE-VO, womit ihr die in der Verordnung selbst und im Ausführungsgesetz zur Richtlinie 2001/86/EG genannten Aufgaben zufallen.[254] Darüber hinaus besteht eine umfangreiche Verweisung auf das Recht des Sitzstaates für Angelegenheiten, für die der Hauptversammlung die Zuständigkeit entweder aufgrund der Rechtsvorschriften des Sitzstaates oder aufgrund einer damit in Einklang stehenden Satzungsregelung übertragen worden ist. Daraus folgt nach wohl herrschender Meinung für eine in Deutschland ansässige SE unter anderem auch die Einschlägigkeit der Holzmüller/Gelatine-Doktrin[255].[256]

IV. Würdigung

1. Die SE im Lichte ihrer Entstehungsgeschichte

Die Ideengeschichte hinter der Europäischen Aktiengesellschaft reicht weiter zurück, als das eingangs erwähnte Bild vom „Dreißigjährigen Krieg" um die SE suggeriert. Die einzelnen Vorstöße und Vorschläge folgten jedoch lange Zeit keiner klaren Linie. Eher erratisch fallen rückblickend die progressiven Gedanken von *Karl Geiler* und die letztlich erfolglosen Bemühungen der International Law Association aus. Die erwähnten übernationalen Gesellschaften wurden nach spezifischen Bedürfnissen der internationalen Wirtschaftspraxis erschaffen und waren damit anlassbezogene Schöpfungen. Gemeinsamkeiten können wohl lediglich

---

[253] Vgl. zu diesen und anderen Beispielen *Habersack*, in: Habersack/Henssler (Fn. 211), § 35 SEBG Rn. 14; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), § 35 Rn. 10; *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), § 35 SEBG Rn. 27.

[254] Dazu *Kiem*, in: KölnKomm AktG (Fn. 149), Art. 52 SE-VO Rn. 1.

[255] Siehe dazu *Fleischer/Heinrich*, § 10 – Holzmüller – BGHZ 83, 122 Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeit, in: Fleischer/Thiessen, Gesellschaftsrechts-Geschichten, 2018, S. 345.

[256] *Habersack/Verse* (Fn. 154), § 13 Rn. 47; *Bücker*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Art. 52 SE-VO Rn. 42; *Eberspächer*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 52 SE-VO Rn. 13; *Kiem*, in: KölnKomm AktG (Fn. 149), Art. 52 SE-VO Rn. 36; a. A. *Brandt*, Die Hauptversammlung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 2004, S. 127 ff.; *Spindler*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Fn. 149), Art. 52 SE-VO Rn. 47; *Kubis*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 52 SE-VO Rn. 22.

in der jeweils bestehenden staatsvertraglichen Grundlage und dem Umstand gesehen werden, dass die jeweiligen Unternehmungen grenzüberschreitend gedacht und „zu groß" waren, um durch eine rein nationale Gesellschaft bewältigt werden zu können.[257] Hochambitioniert konzipiert waren dagegen die Vorschläge des Europarates, in denen bereits die weiterführende Idee eines allgemeinen Statuts keimt, unter dessen Schirm supranationale Gesellschaften gegründet werden könnten. Von der undeutlichen Vision zum konkreten Plan reifte die Idee einer supranationalen Gesellschaftsform erst unter dem Einfluss und der schöpferischen Kraft von *Pieter Sanders*. Der unter seiner Ägide ausgearbeitete Entwurf bildete die Grundlage für das dreißigjährige Tauziehen um die SE.

Schon in den Vorläuferprojekten anzutreffen ist indes der rote Faden, welcher sich auch durch die europäischen Verhandlungen zieht: das einzelstaatliche Misstrauen gegenüber einer Verselbstständigung der supranationalen Gesellschaftsgründung. Vor allem die Furcht vor Privilegien und damit vor einem vertikalen Wettbewerb der Rechtsordnungen taucht sowohl in Berichten über die frühe internationale Gesellschaftsrechtslandschaft als auch in den Projekten internationaler Organisationen auf. Bei dem Projekt SE resultierte aus dieser Einstellung eine nach und nach einsetzende Erosion des einheitlichen Regelungsregimes zugunsten mitgliedstaatlicher Traditionen. Diese äußerte sich einerseits in der Streichung ganzer Kapitel, andererseits in einer Öffnung gegenüber verschiedenen Vorstellungen, deren prominenteste Ausprägung die Wahlmöglichkeit zwischen dualistischem und monistischem Leitungsmodell bildet. Seine Nemesis fand das Projekt freilich in der Mitbestimmungsfrage. Während die politischen Kräfte dabei zu verzagen drohten, kam der notwendige Impuls aus der Wirtschaft und der Lösungsvorschlag von der Expertengruppe um *Etienne Davignon*.[258] Auf diese Weise konnte das langjährige Problem endlich einer wundersamen (Verhandlungs-)Lösung zugeführt werden, deren Vorher-Nachher-Betrachtung wiederum auf mitgliedstaatliche Gegebenheiten Rücksicht nehmen musste. Vor dem Hintergrund diverser Zugeständnisse an die mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrechte sieht sich die SE – oben bei den einzelnen Strukturelementen angesprochener – Kritik ausgesetzt. Gleichwohl sollte der Kraftakt, der hinter dem Bau des „Flaggschiff[s] des Europäischen Gesellschaftsrechts" steht, nicht unterschätzt werden; ins Positive gewendet, steht er sogar in Einklang mit dem im Jahr 2000 gewählten Motto der Europäischen Union: „In Vielfalt geeint".[259]

2. Die SE in Zahlen

Trotz anfänglicher Zweifel konnte sich die SE einen festen Platz innerhalb des *Numerus clausus* der Gesellschaftsformen erstreiten. Ende Juni 2021 waren im

---

[257] Vgl. auch *Taschner/Bodenschatz*, in: Jannott/Frodermann (Fn. 48), Kap. 1 Rn. 2.

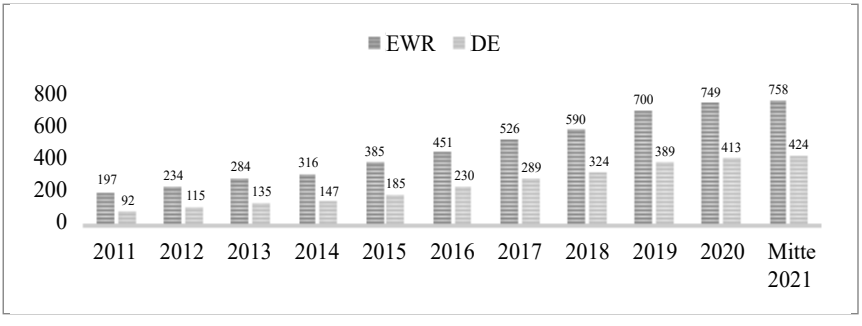
[258] Die Mitgliederliste findet sich im Davignon-Bericht, S. 5 f. Neben *Davignon* gehörten ihr auch *Ernst Breit*, *Evelyne Pichot*, *Silvana Sciarra*, *Rolf Thüsing* und *Alain Vaindier* an.

[259] Vgl. <https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/symbols/eu-motto_de> (15.8.2022).

gesamten Europäischen Wirtschaftsraum 3.368 SEs registriert.[260] Allerdings ist die Zahl zu relativieren. Lediglich 758 davon werden als „normale SEs" bewertet. Mit dieser Bezeichnung meint das European Trade Union Institute for Research (ETUI) solche SEs, die tatsächlich operativ tätig sind und mehr als fünf Beschäftigte haben.[261]

Die Zahl der existierenden normalen SEs stieg in den letzten Jahren sowohl im EWR als auch in Deutschland kontinuierlich an. Waren es im Jahr 2011 noch 197 SEs im EWR, 92 davon allein mit Sitz in Deutschland,[262] betrug die Zahl Mitte 2021 schon 758, wovon allein 424 und damit über die Hälfte (!) ihren Sitz in Deutschland hatten.[263] Bemerkenswert ist zudem, dass von den 424 „deutschen" SEs immerhin 76 Komplementärin einer SE & Co. KG bzw. SE & Co. KGaA sind.[264] Damit steht Deutschland an der Spitze im EWR. Mit Fug und Recht kann man mithin davon sprechen, dass die SE besonders in Deutschland gut angenommen wird.[265]

Abbildung 1: Entwicklung der Anzahl von normalen SEs im EWR und in Deutschland zwischen 2011 und Mitte 2021[266]



Die Zuwachsrate der SE in Deutschland betrug im Jahr 2020 11,0 % und war damit gegenüber dem Vorjahr (16,8 %) rückläufig.[267] Im Vergleich dazu hatte die klassische AG einen Bestandsrückgang von 2,2 % zu verzeichnen, der allerdings

[260] Siehe *Rosenbohm/Misterek*, SE-Datenblatt, Fakten zur Europäischen Aktiengesellschaft, Stand 30.6.2021, Institut für Mitbestimmung und Unternehmensführung (I.M.U.), Hans-Böckler-Stiftung, S. 2, abrufbar unter: <https://www.boeckler.de/data/Mitbestimmung_SE_in_Europa_ab_2011.pdf> (21.10.2022).

[261] Vgl. *Rosenbohm/Misterek* (Fn. 260), S. 2.

[262] Siehe *Rosenbohm/Misterek*, SE-Datenblatt, Fakten zur Europäischen Aktiengesellschaft, Stand 31.12.2020, Institut für Mitbestimmung und Unternehmensführung (I.M.U.), Hans-Böckler-Stiftung, S. 2, abrufbar unter <https://www.boeckler.de/data/Mitbestimmung_SE_in_Europa_ab_2011.pdf> (21.10.2022).

[263] Siehe *Rosenbohm/Misterek*, (Fn. 260), S. 2.

[264] Siehe *Rosenbohm/Misterek* (Fn. 260), S. 4.

[265] Vgl. etwa auch *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor SEBG Rn. 44: „Erfolgsmodell".

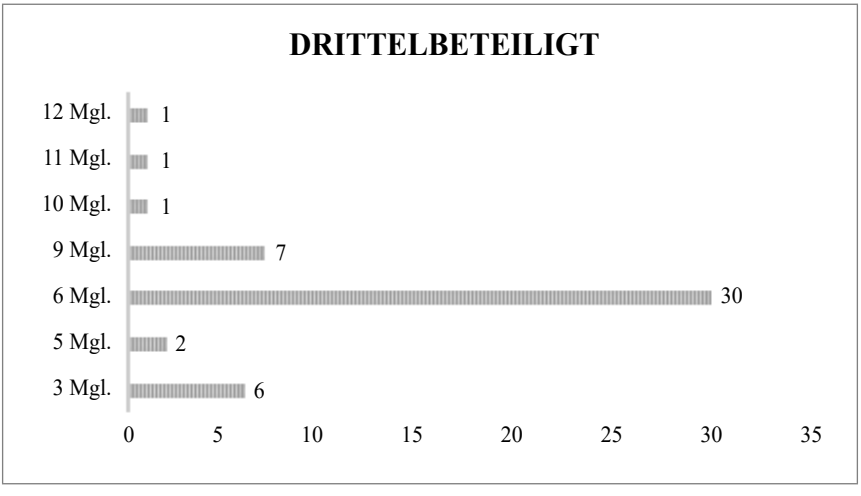
[266] Datengrundlage: *Rosenbohm/Misterek*, (Fn. 260), S. 2.; sowie *dies.* (Fn. 262), S. 2.

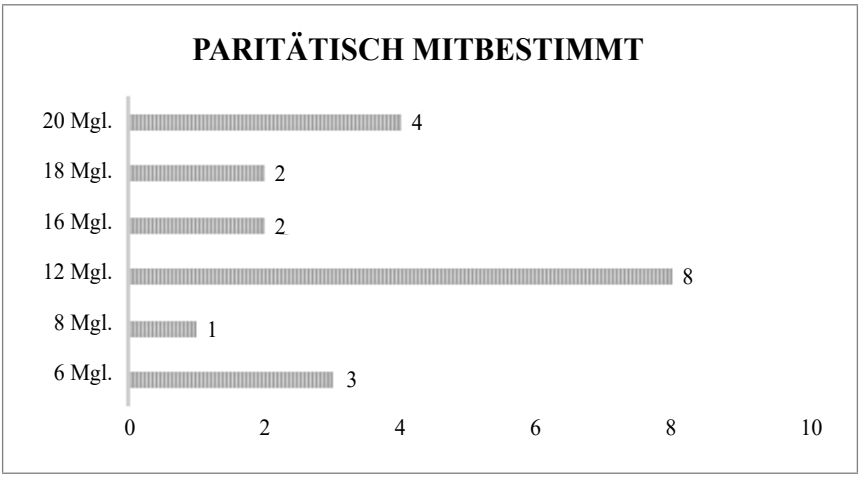
[267] Vgl. *Kornblum*, GmbHR 2021, 681, 689.

etwas geringer ausfiel als im Vorjahr (2,6 %). In absoluten Zahlen liegt die AG mit derzeit 13.883 Eintragungen immer noch weit voran.[268]

Von den 424 operativ tätigen SEs in Deutschland waren nur 68 (16 %) mitbestimmt.[269] Darüber hinaus zeigt sich, dass die Aufsichtsräte der mitbestimmten SEs mit vergleichsweise wenigen Mitgliedern auskommen. Bei SEs mit Drittelbeteiligung besteht am häufigsten ein sechsköpfiges Gremium; bei paritätisch mitbestimmten findet sich eine Vorliebe für einen zwölfköpfigen Aufsichtsrat:[270]

Abbildung 2: Größe der mitbestimmten SE-Aufsichtsräte in Deutschland





[268] Vgl. *Kornblum*, GmbHR 2021, 681, 682.
[269] Siehe *Rosenbohm/Misterek* (Fn. 260), S. 3.
[270] Datengrundlage für Abbildung: *Rosenbohm/Misterek* (Fn. 260), S. 7.

Bemerkenswert ist ferner, dass die in Deutschland tätigen SEs an sich eher einer dualistischen Leitungsstruktur zuneigen. Allerdings zeichnet sich in jüngerer Zeit ab, dass auch das monistische System zunehmend Anhänger gewinnt. Zum Stichtag 1.7.2020 weist das Institut für Mitbestimmung und Unternehmensführung (I.M.U.), ein Institut der Hans-Böckler-Stiftung, 249 dualistisch und 155 monistisch geführte Gesellschaften aus. Die monistische Organisation kommt damit nur, aber immerhin schon auf einen Anteil von 38 %.[271] Ende des Jahres 2015 waren hierzulande nicht mehr als 61 monistisch organisierte SEs registriert, was damals einen Anteil von 33 % ausmachte.[272]

Blickt man wieder auf die absoluten Zahlen, so liegt Tschechien mit 2.054 SEs im Jahr 2018 vorn.[273] Die Zahl der normalen SEs in Tschechien fällt jedoch erheblich geringer aus. Von den 2.054 SEs im Jahr 2018 sind nach der Definition des ETUI lediglich 95 als operativ tätig einzustufen. Ein ganz erheblicher Teil der tschechischen SEs, nämlich 1.761 Stück, fristen ihr Dasein somit als sogenannte „UFO-SE".[274] Es handelt es sich dabei um Gesellschaften, über die keine ausreichenden Informationen vorliegen, um eine Kategorisierung vorzunehmen oder die als Vorratsgesellschaften[275] gegründet wurden.[276] Dessen ungeachtet liegt Tschechien auch bei der Zahl der operativ tätigen SEs immerhin auf dem zweiten Platz.[277]

Vergleichsweise viele Europäische Aktiengesellschaften finden sich ferner in Frankreich mit 38 nominellen und 27 echten SEs, den Niederlanden mit 31 nominellen und 22 echten SEs und der Slowakei mit 140 nominellen und 14 echten SEs. Schlusslichter sind Kroatien und Griechenland, in denen keine einzige SE registriert ist. Mit jeweils einer SE liegen die Länder Slowenien, Litauen, Portugal, Dänemark und Finnland knapp davor, wobei nicht alle der registrierten SEs als normale SE im Sinne der ETUI-Definition gelten.[278]

---

[271] Siehe *Rosenbohm*, SE-Datenblatt, Fakten zur Europäischen Aktiengesellschaft, Stand 1.7.2020, Institut für Mitbestimmung und Unternehmensführung (I.M.U.), Hans-Böckler-Stiftung, S. 2, abrufbar unter <https://www.boeckler.de/data/Mitbestimmung_SE_in_Europa_ab_2011.pdf> (21.10.2022).

[272] Siehe *Köstler/Pütz*, SE-Datenblatt, Fakten zur Europäischen Aktiengesellschaft, Stand 31.12.2015, Institut für Mitbestimmung und Unternehmensführung (I.M.U.), Hans-Böckler-Stiftung, S. 1, abrufbar unter <https://www.boeckler.de/data/Mitbestimmung_SE_in_Europa_ab_2011.pdf> (21.10.2022).

[273] *Carlson*, SE-Companies, ETUI, 12./13.3.2018, S. 3, abrufbar unter: <http://www.worker-participation.eu/European-Company-SE/Latest-developments> (21.10.2022).

[274] So die Bezeichnung des ETUI, siehe *Carlson*, SE-Companies, ETUI, 12./13.3.2018, S. 20.

[275] *Schmidt*, ECL 2021, 116, sieht hier einen Zusammenhang zwischen dem *Numerus clausus* der Gründungsformen und dem Phänomen der zahlreichen Vorratsgesellschaften.

[276] *Carlson* (Fn. 273), S. 20. Zur weiteren Ausdifferenzierung siehe *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor SEBG Rn. 44.

[277] *Carlson* (Fn. 273), S. 3.

[278] *Carlson* (Fn. 273), S. 3.

Schließlich soll noch ein Blick auf die SE in ganz Europa geworfen werden. Teilt man die normalen SEs einzelnen Branchen zu, so scheint die Rechtsform besonders in der Metall- und Stahlindustrie (16 %) sowie unter Finanzdienstleistern (15 %) und kommerziellen Dienstleistern (12 %) beliebt zu sein.[279] Auffällig ist zudem, dass es unter den Gründungsvarianten einen klaren Favoriten der Rechtspraxis gibt: Bis zum Jahr 2018 wurde mit rund 80 % der ganz überwiegende Teil der SE in Europa durch primäre Gründung von gemeinsamen Tochter-SEs errichtet, während auf die Umwandlung nur 8 % der Gründungen, auf die Verschmelzung nur 4 % der Gründungen entfielen. 0 % sind durch Holding-Gründung entstanden; bei weiteren 8 % der SEs ist die Entstehung unbekannt.[280] Blickt man jedoch nur auf die Gründung „normaler" SEs ergibt sich ein anderes Bild: 35 % der SE-Gründungen gingen auf Umwandlung zurück; bei der Gründung von gemeinsamen Tochter-SEs waren es 41 %, während durch Verschmelzung immerhin 16 % „normale" SEs zustande kamen.[281]

3. *Die SE und ihre Gründungsmotive*

Der stete Anstieg der SE-Zahlen in Deutschland spiegelt sich insbesondere in den Rechtsformzusätzen großer und namhafter Gesellschaften wider. Den Anfang machte im Jahr 2006 die Allianz AG, die den Schritt in der Hauptsache mit der raschen und rechtssicheren Integration der italienischen Versicherung RAS begründete, welche nicht durch ein Abwarten bis zur Umsetzung der Verschmelzungs-RL 2005/56/EG verzögert werden sollte.[282] Nach diesem Startschuss streiften zahlreiche Unternehmen– z. B. BASF, Porsche Automobil Holding, Puma oder SAP[283] – das Rechtskleid der SE über. Im DAX-40 finden sich heute nicht weniger als 14 Europäische Aktiengesellschaften. Ihr Hauptmotiv wird regelmäßig mit den Stichworten „Flucht aus der AG"[284] bzw. „Flucht aus der Mitbestimmung"[285] beschrieben. Dahinter stehen die aufgrund der Perpetuierung des SE-Mitbestimmungsstatus möglichen Strategien einer Vermeidung der unternehmerischen Mitbestimmung (z. B. Umwandlung, solange noch kein Schwellenwert erreicht ist) oder eines Einfrierens der Mitbestimmung auf niedrigem Niveau (z. B. Drittelbeteiligung trotz Überschreiten des Schwellenwerts nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG).[286] Auf diese Weise versuchten offenbar viele Unternehmen – zumindest

---

[279] *Carlson* (Fn. 273), S. 7.

[280] *Carlson* (Fn. 273), S. 10.

[281] *Carlson* (Fn. 273), S. 11.

[282] Dazu *Fleischer/Chatard*, in: Fleischer/Mock, Große Gesellschaftsverträge aus Geschichte und Gegenwart, 2021, S. 479, 509 f.

[283] Vgl. *Casper*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 1 SE-VO Rn. 24 m.w.N.

[284] So *Arbeitskreis „Unternehmerische Mitbestimmung"*, ZIP 2009, 885; *Habersack*, in: Habersack/Henssler (Fn. 211), Einleitung Rn. 76.

[285] So *Werner*, NZG 2022, 541, 544.

[286] Dazu oben III. 5. b)(3).

auch – dem hergebrachten deutschen Regelungsregime zu entfliehen,[287] was der SE zuletzt sogar Schelte im Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP einbrachte.[288] Außerdem machten die Unternehmen – auch die Allianz[289] – von der Möglichkeit Gebrauch, ihren Aufsichtsrat zu verkleinern. Letzteres wird hierzulande zum Anlass genommen, um für eine flexiblere Regelung des nationalen Rechts hinsichtlich der Größe des mitbestimmten Aufsichtsrats zu werben.[290]

In empirischen Studien und in der rechtswissenschaftlichen Literatur wird indes betont, dass die SE keineswegs bloß als ein Instrument zur Mitbestimmungsvermeidung zu sehen sei, sondern auch zahlreiche andere Motive für ihre Gründung sprechen könnten.[291] Die weiteren Hauptmotive lassen sich in drei Punkte gliedern, welche sich im Grundsatz wiederum schon bei *Pieter Sanders* finden lassen:[292]

Auf der psychologischen Seite schlagen das europäische Image und der supranationale Charakter positiv zu Buche. Dies wird namentlich bei der Zusammenführung von Partnern aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten der Union als vorteilhaft erkannt.[293] Illustrativ ist insofern etwa die Erläuterung der Beschlussvorlage für den Formwechsel der Airbus Group N.V. in die Airbus SE, welche im Jahr 2015 erfolgte:[294]

---

[287] Vgl. statt vieler *Casper*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 1 SE-VO Rn. 21; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Vor §§ 1–3 SEBG Rn. 88 f.; *Werner*, NZG 2022, 541; *Eßers*, GWR 2022, 139; jeweils m.w.N.

[288] Mehr Fortschritt wagen, Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021–2025, S. 56: „Die Bundesregierung wird sich dafür einsetzen, dass die Unternehmensmitbestimmung weiterentwickelt wird, sodass es nicht mehr zur vollständigen Mitbestimmungsvermeidung beim Zuwachs von SE-Gesellschaften kommen kann (Einfriereffekt).“

[289] *Fleischer/Chatard*, in: Fleischer/Mock (Fn. 282), S. 479, 513 f.

[290] Vgl. den Vorschlag bei *Arbeitskreis „Unternehmerische Mitbestimmung“*, ZIP 2009, 885; aus jüngerer Zeit sodann *Arbeitskreis „Recht des Aufsichtsrats“*, NZG 2021, 477, 480; befürwortend *Koch*, AktG, 16. Aufl. 2022, § 96 Rn. 5a; vgl. auch *Seibert*, DB 2009, 1167, 1170 f.: „bedenkenswert“.

[291] Vgl. etwa Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), KOM(2010) 676 endg., S. 3 f.; *Eidenmüller/Engert/Hornuf*, AG 2009, 845, 847 f.; *Louven/Ernst*, BB 2014, 323; *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 10.5; *Drinhausen*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Einleitung Rn. 31 m.w.N.; vgl. auch *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor SEBG Rn. 44: „Die Motive für die Rechtswahl der SE sind nicht einfach zu ermitteln.“

[292] Vgl. oben II.3.

[293] Vgl. bereits Erwägungsgrund 3 der SE-VO; ferner KOM(2010) 676 endg., S. 3; zur Allianz SE *Fleischer/Chatard*, in: Fleischer/Mock (Fn. 282), S. 479, 510. Darüber hinaus soll der supranationale Charakter der Rechtsform auch für die zahlreichen SE-Gründungen in Tschechien verantwortlich sein. Vgl. dazu *Eidenmüller/Lasák*, in: FS Hommelhoff, 2012, S. 187, 192 f.

[294] Airbus Group, Documentation for the Annual General Meeting, 2015, Seventh Resolution, abrufbar unter <https://www.airbus.com/sites/g/files/jlcbta136/files/2021-06/agm-2015-

„The main purpose of the conversion of the Company into an SE is to structurally reflect the diversified operational presence (in particular in terms of sites and employees) of the Group in the different European countries. Together with the rebranding of the Airbus Group, having a European Company as the holding company of the Group improves the unified corporate identity, employee and other stakeholders identification, and enhances the supranational nature and image of the Group, while preserving at the same time its multidomestic face."

Als weiterer Grund wird die Flexibilität der Rechtsform genannt.[295] Damit ist zum einen erneut die Flexibilität der Rechtsform in Hinblick auf die Mitbestimmung angesprochen. Zum anderen sind damit aber auch die Wahlmöglichkeit zwischen den Leitungssystemen sowie die Möglichkeiten zur Umstrukturierung und Vereinfachung der Gruppenstruktur gemeint. Letzteres wird offenbar vor allem im Finanz- und Versicherungssektor geschätzt.[296] Vorteile der monistischen Organisation werden vor allem für KMUs und für Familienunternehmen erkannt.[297] Häufig wird die monistische SE als Komplementärin einer SE & Co. KGaA genutzt.[298] Im Grundsatz schätzt man die Eignung der SE für kleinere und mittelständische Unternehmen indes als gering ein, was unter anderem auf die formale Satzungsstrenge, das hohe Mindestkapital und die komplexen Gründungsvoraussetzungen zurückgeführt wird.[299] Dies erscheint im Lichte der frühen französischen Initiativen[300] zwar kontraintuitiv,[301] wird jedoch durch die – gescheiterten – Initiativen für SPE und SUP unterstrichen.[302]

Schließlich war die SE aufgrund der Bestimmungen zur Sitzverlegung seit jeher als Rechtsform mit viel Bewegungsfreiheit gedacht. Wie erwähnt, erfüllte sie für die Allianz SE auch eine Überbrückungsfunktion, weil die Umsetzung der Verschmelzungs-RL 2005/56/EG nicht abgewartet werden konnte. Mit deren

---

documentation.pdf> (5.11.2022); vgl. dazu auch *Schmidt*, in: Fleischer/Mock (Fn. 282), S. 1305, 1314 f.

[295] Diesen Aspekt zuletzt betonend *Eßers*, GWR 2022, 139, 140 f.; siehe ferner KOM(2010) 676 endg.

[296] Näher dazu KOM(2010) 676 endg., S. 4. Vgl. auch die bereits unter IV. 2. angesprochene Beliebtheit der SE bei Finanzdienstleistern.

[297] *Bachmann*, ZGR 2008, 779, 782; *Wicke*, RNotZ 2020, 25, 30 ff.; *Casper*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 1 SE-VO Rn. 23.

[298] Dazu *Mayer-Uellner/Otte*, NZG 2015, 737, 740; *Seibt/v. Rimon*, AG 2019, 753.

[299] Vgl. *Oechsler*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor Art. 1 SE-VO Rn. 18; *Servatius*, in: Henssler/Strohn (Fn. 160), Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 231 („aufgrund des Zuschnitts der Verordnung"); positiver hingegen *Casper*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 1 SE-VO Rn. 23.

[300] Siehe oben II. 3.

[301] Vgl. auch die implizite Erwartungshaltung in Erwägungsgrund 13 der SE-VO, wonach das Mindestkapital zwar eine ausreichende Vermögensgrundlage bilden sollte, jedoch „ohne dass dadurch kleinen und mittleren Unternehmen die Gründung von SE erschwert wird."

[302] *Oechsler*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor Art. 1 SE-VO Rn. 18. Zum jüngsten Vorstoß einer deutsch-französischen Zusammenarbeit für eine *Société Européenne Simplifiée* (SES) vgl. *Association Henri Capitant*, Code Européen des Affaires – Avant-projet relatif à la société européenne simplifié – 2021, abrufbar unter <https://www.henricapitant.org/actions/code-europeen-des-affaires-avant-projet-relatif-a-la-societe-europeenne-simplifiee/> (15.8.2022).

Transposition und weiteren Erleichterungen der grenzüberschreitenden Mobilität, zuletzt durch Umsetzung des grenzüberschreitenden Formwechsels,[303] dürfte diese ohnehin nur selten genutzte Funktion als Gründungsmotivation allerdings weitgehend obsolet sein.[304]

4. *Die SE als Rechtsform mit Ausstrahlungskraft*

Der Wert der SE liegt jedoch nicht nur darin, dass sie vor allem hierzulande als „attraktive Rechtsformalternative"[305] wahrgenommen wird. Vielmehr hat sich ihre Bedeutung auch indirekt im Sinne eines vertikalen Wettbewerbs[306] mit Rechtsformen in den Mitgliedstaaten und in ihrer Ausstrahlung auf andere Teile des europäischen Gesellschaftsrechts gezeigt.[307] Bereits genannt wurden etwa die Bestrebungen, die gesetzlichen Vorgaben für den mitbestimmten Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft unter dem Eindruck der „Flucht in die SE" zu flexibilisieren, was insbesondere eine Verkleinerung dieser Gremien ermöglichen soll. In jüngerer Zeit erfährt ferner die Idee, auch das deutsche Aktienrecht für ein monistisches Leitungskonzept zu öffnen, Zuspruch.[308] Aus der Praxis des grenzüberschreitenden Formwechsels ist bekannt, dass die Vorschriften über die Verlegung des Sitzes einer SE zum Teil als Orientierung für das bis vor kurzem nicht geregelte Verfahren eines innereuropäischen Umzugs anderer Rechtsformen dienten.[309] Außerdem diente das Regelungsgefüge der SE auf Ebene des europäischen Gesellschaftsrechts als Lernmaterial, was sich beispielsweise in der Fortschreibung von Verhandlungsmodell mit Auffangregelung in der Verschmelzungs-RL 2005/56/EG äußerte,[310] und als Prototyp für andere europäische Rechtsformen.[311] Diese haben, auch wenn ihnen in der Rechtswirklichkeit[312] kein Erfolg beschieden war oder sie gar noch im Entwurfsstadium stecken blieben,[313] die europäische Ge-

---

[303] BGBl. 2023 I Nr. 51 v. 28.2.2023.

[304] Vgl. auch *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor SEBG Rn. 45; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Vor §§ 1–3 SEBG Rn. 88.

[305] *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 45.9.

[306] Dazu *Fleischer*, ZHR 174 (2010), 385, 413 ff.; *ders.*, RabelsZ 76 (2012) 235; *Eidenmüller*, 18 Ind. J. Gl. L. St. 707 (2011); *Klöhn*, RabelsZ 76 (2012), 276.

[307] Vgl. *Oechsler*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor Art. 1 SE-VO Rn. 9.

[308] *Baums*, in: GS Gruson, 2009, S. 1, 4 ff.; *Drinhausen/Keinath/Waldvogel*, in: FS Marsch-Barner, 2018, S. 159; *Reichert*, ZHR 187 (2023) 739, 743 ff.

[309] In diesem Sinne jedenfalls die Checkliste des AG Charlottenburg, abgedruckt bei *Melchior*, GmbHR 2014, R311; *Hushahn*, RNotZ 2014, 137, 140 f.; *Knaier/Pfleger*, GmbHR 2017, 859, 863 ff.; aus Österreich: *Eckert*, in: Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, 3. Aufl. 2021, Vor §§ 1–18 EU-VerschG Rn. 63.

[310] Vgl. *Drinhausen*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Einleitung Rn. 27; *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor § 1 SEBG Rn. 7.

[311] *Oechsler*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor Art. 1 SE-VO Rn. 9; *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor § 1 SEBG Rn. 7; zu diesen im Überblick *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 10.7 ff.

[312] So die SCE; vgl. *Klöhn*, RabelsZ 76 (2012) 276, 282.

[313] So die FE, die SPE und die SUP.

sellschaftsrechtswissenschaft belebt und über den Umweg der Richtlinie manchen Fortschritt bewirkt.[314] Ob dies künftig auch einen rückwärts gerichteten Impuls zur Reform der SE geben wird, steht in den Sternen. Vorschläge dafür lägen seit langem auf dem Tisch,[315] dürften jedoch – wie so viele Ansätze in der Geschichte der SE – vorerst am politischen Willen scheitern.

[314] Vgl. etwa zuletzt die Möglichkeit zur Online-Gründung, welche zuerst im Rahmen des SUP-Projekts diskutiert und nun mit der Digitalisierungs-RL in die Gesellschaftsrechts-RL eingegangen ist.

[315] Vgl. unter anderem *Casper*, ZHR 173 (2009), 181 ff.; *Henssler*, ZHR 173 (2009), 222 ff.; *Kiem*, ZHR 173 (2009), 156 ff.; ferner die identifizierten Problemlagen bei KOM (2010) 676 endg., S. 7 f. und die Vorschläge der Reflection Group on the Future of EU Company Law, 5.4.2011, S. 29 f.; aus jüngerer Zeit *Schmidt*, ECL 2021, 116.