

# Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	23
Einleitung	27
A. Einführung und Problemstellung	27
B. Untersuchungsgegenstand und Fortgang der Arbeit	30
Teil 1: Der Numerus Clausus und das Mehrstaatlichkeitsprinzip	33
A. Gründungsmöglichkeiten aufgrund des Numerus Clausus und des Mehrstaatlichkeitsprinzips	33
B. Sinn und Zweck des Numerus Clausus und des Mehrstaatlichkeitsprinzips	35
Teil 2: Zulässigkeit rechtlicher Gestaltungen unter besonderer Berücksichtigung von Numerus Clausus und Mehrstaatlichkeitsprinzip	97
A. Typenkombinationen und andere Möglichkeiten der Rechtsgestaltung	97
B. Teleologische Reduktion von Art. 2 SE-VO bei Gründung unter Beteiligung einer deutschen SE	118
Teil 3: Die Vorrats-SE als Gestaltungsform	124
A. Gang der Darstellung	124
B. Nationale, richterrechtliche Vorrats-Gründungs-Grundsätze und Anwendbarkeit auf die SE	124
C. Numerus Clausus und Mehrstaatlichkeitsprinzip als Gestaltungsgrenze	126
D. Art. 12 Abs. 2 SE-VO als Gestaltungsgrenze	130
E. Schutz vor Umgehung der Vorgaben zur Arbeitnehmerbeteiligung	137
F. Ergebnis und Ausblick	165
Teil 4: Gestaltungen unter Einsatz einer Vorrats-SE	167
A. Gestaltungen des Teils 2 unter Beteiligung einer Vorrats-SE	167
B. „Einfrieren“ des Arbeitnehmermitbestimmungsniveaus durch Einsatz einer Vorrats-SE	169

C. Ergebnis und Ausblick	177
Teil 5: Beteiligung einer SE an nationalen Umwandlungsvorgängen	178
A. Gang der Darstellung	178
B. Numerus Clausus des § 3 UmwG und Beteiligungsfähigkeit einer SE	178
C. SE-Gründung unter Anwendung des UmwG	179
D. Umstrukturierungen einer SE nach Maßgabe des UmwG	191
E. Sonderfall: Grenzüberschreitende Verschmelzung unter SE-Beteiligung	219
F. Ergebnis und Ausblick	227
Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick	230
Literaturverzeichnis	239
Materialienverzeichnis	251

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	23
Einleitung	27
A. Einführung und Problemstellung	27
B. Untersuchungsgegenstand und Fortgang der Arbeit	30
Teil 1: Der Numerus Clausus und das Mehrstaatlichkeitsprinzip	33
A. Gründungsmöglichkeiten aufgrund des Numerus Clausus und des Mehrstaatlichkeitsprinzips	33
I. Verschmelzung, Art. 2 Abs. 1 SE-VO	33
II. Errichtung einer Holding, Art. 2 Abs. 2 SE-VO	33
III. Errichtung einer gemeinsamen Tochter, Art. 2 Abs. 3 SE-VO	34
IV. Umwandlung, Art. 2 Abs. 4 SE-VO	34
V. Gründung einer Tochter, Art. 3 Abs. 2 SE-VO	34
VI. Ergänzung	34
B. Sinn und Zweck des Numerus Clausus und des Mehrstaatlichkeitsprinzips	35
I. Historische Entwicklung des Numerus Clausus der Gründungsformen und des Mehrstaatlichkeitsprinzips	35
1. Der Vorentwurf <i>Sanders</i>	35
2. Der Vorschlag von 1970	35
3. Der Vorschlag von 1975	36
4. Der Vorschlag von 1989	36
5. Der Vorschlag von 1991	37
6. Davignon-Bericht von 1997 und SE-Ratsentwurf von 1998	38
7. Die Verordnung vom 8. Oktober 2001	40
8. Fazit	40
II. Konkurrenzthese	41
1. Überlegungen vor 1970	41
2. Die VO-Vorschläge	43
3. Ergebnis	45
III. Exklusivitätsthese bzw. Erfordernis europaweiter Betätigung	45
1. Erste Überlegungen bis hin zum VO-Vorschlag von 1989	45
2. Die Entwicklung vom VO-Vorschlag 1991 bis zur VO von 2001	46
3. Ergebnis	48
	11

IV. Gebot der Firmenwahrheit	48
1. Überlegungen vor 1970	48
2. Die VO-Vorschläge	49
3. Literaturmeinungen	50
4. Stellungnahme	50
5. Ergebnis	51
V. Unternehmensgröße	51
1. Literaturmeinungen	51
2. Stellungnahme	51
3. Ergebnis	52
VI. Subsidiaritätsaspekte	52
1. Gang der Darstellung	52
2. Einleitung und Gesetzesmaterialien	53
3. Verortung der Subsidiaritätsaspekte/Meinungsstreitigkeiten	55
4. Prüfung der Subsidiaritätsaspekte unter den rechtlichen Gegebenheiten zum Zeitpunkt der Verabschiedung des SE-Status	57
a. Gemeinschaftskompetenz nach ex Art. 308 EGV bei Verzicht auf das Mehrstaatlichkeitsprinzip	58
aa. Ziel der Gemeinschaft	58
bb. „Im Rahmen des gemeinsamen Marktes“	58
cc. Erforderlichkeit des Tätigwerdens der Gemeinschaft	59
dd. Fehlen der erforderlichen Befugnisse in anderen Vertragsbestimmungen	60
b. Ex Art 5 Abs. 2 EGV bei Verzicht auf das Mehrstaatlichkeitsprinzip	61
aa. Negativkriterium – „nicht ausreichend“	61
bb. Positivkriterium – „besser“	63
cc. Ergebnis	64
c. Ex Art. 5 Abs. 3 EGV (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) bei Verzicht auf das Mehrstaatlichkeitsprinzip	65
5. Rechtslage seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon	67
6. Ergebnis	68
VII. Flucht aus der Mitbestimmung	68
1. Gang der Darstellung	68
2. Zeitraum von 1965 bis zum VO-Vorschlag von 1970	68
3. Zeitraum von 1970 bis zum Vorschlag von 1975	70
4. Die VO-Vorschläge von 1989 und 1991	71
5. Davignon-Bericht von 1997 und Interpretation der Literatur	73
6. Die Kompromissvorschläge der Ratspräsidentenschaften nach <i>Davignon</i>	76
a. Der luxemburgische Kompromissvorschlag	76
b. Der britische Kompromissvorschlag	77
c. Der österreichische Kompromissvorschlag	79
d. Die weiteren Verhandlungen bis zum „Wunder von Nizza“	80

7.	Das verabschiedete Statut	80
8.	Zusammenfassende Stellungnahme	81
9.	Widerlegung von <i>Oechslers</i> Thesen	82
a.	Widerlegung von <i>Oechslers</i> erster These	83
b.	Widerlegung von <i>Oechslers</i> zweiter These	84
10.	Ergebnis	85
VIII.	Gesamteuropäisches Konzept	85
1.	Vergleich der Zugangsbeschränkungen der einzelnen Rechtsformen	85
2.	Ergebnis	88
IX.	Zusammenfassung der Ergebnisse zu den Begründungsansätzen und Schlussfolgerungen	88
1.	„Politische Machbarkeiten“	88
2.	Konkurrenzthese	88
3.	Exklusivitätsthese bzw. Erfordernis europaweiter Betätigung	89
4.	Gebot der Firmenwahrheit	89
5.	Unternehmensgröße	90
6.	Subsidiaritätsaspekte	90
7.	Verhinderung der Flucht aus der Mitbestimmung	91
8.	Gesamteuropäisches Konzept	92
9.	Schlussfolgerungen	92
X.	Aufgabe des Mehrstaatlichkeitsprinzips de lege ferenda	92
1.	Literaturmeinungen	92
2.	Stellungnahme	93
XI.	Ergebnis und Ausblick	96
Teil 2:	Zulässigkeit rechtlicher Gestaltungen unter besonderer Berücksichtigung von Numerus Clausus und Mehrstaatlichkeitsprinzip	97
A.	Typenkombinationen und andere Möglichkeiten der Rechtsgestaltung	97
I.	Gang der Darstellung	97
II.	Vorüberlegungen	98
1.	Sperrwirkung von Numerus Clausus und Mehrstaatlichkeitsprinzip	98
a.	Literaturmeinungen	98
b.	Stellungnahme	98
2.	Zulässigkeit von Konzernverschmelzungen	99
a.	Upstream merger	99
b.	Downstream merger	100
c.	Ergebnis	101
III.	Umgehung von Art. 2 Abs. 1 SE-VO	101
1.	Konstellation: 2 deutsche AG, 1 ausländische Tochter-AG (2 Jahre alt)	101
		13

2.	Bewertung	102
a.	Umgehung von Numerus Clausus und Mehrstaatlichkeitsprinzip	102
aa.	Konzernverschmelzung	102
bb.	Hintereinanderschalten zweier Strukturmaßnahmen	102
b.	Umgehung von Vorschriften bzgl. des Gründungsverfahrens und der Arbeitnehmerbeteiligung	103
3.	Konstellatation: 2 deutsche AG	103
4.	Bewertung	104
a.	Umgehung von Numerus Clausus und Mehrstaatlichkeitsprinzip	104
aa.	Ökonomische Verfestigung der extra gegründeten ausländischen Tochtergesellschaft	104
bb.	Zeitlicher Mindestabstand zwischen Tochtergründung und Konzernverschmelzung	104
b.	Umgehung von Vorschriften bzgl. des Gründungsverfahrens und der Arbeitnehmerbeteiligung	105
5.	Konstellatation: 2 deutsche AG, 1 ausländische Tochter-AG (2 Jahre alt)	106
6.	Bewertung	106
IV.	Umgehung von Art. 2 Abs. 2 lit. b SE-VO	107
1.	Konstellatation: 2 deutsche AG, 1 ausländische Tochter-AG (2 Jahre alt)	107
2.	Bewertung	107
a.	Umgehung von Numerus Clausus und Mehrstaatlichkeitsprinzip	107
aa.	Auslandsbezug beider Gründungsgesellschaften	107
bb.	Typenkombination	108
b.	Umgehung von Vorschriften bzgl. des Gründungsverfahrens und der Arbeitnehmerbeteiligung	108
3.	Konstellatation: 2 deutsche AG, 1 ausländische Tochtergesellschaft (2 Jahre alt)	109
4.	Bewertung	109
V.	Umgehung von Art. 2 Abs. 3 SE-VO	110
1.	Konstellatation: 2 deutsche AG, 1 ausländische Tochter-AG, 1 deutsche Tochter-AG	110
2.	Bewertung	111
a.	Umgehung von Numerus Clausus und Mehrstaatlichkeitsprinzip	111
aa.	Auslandsbezug beider Gründungsgesellschaften bei Art. 2 Abs. 3 lit. b SE-VO	111
bb.	Vorrang einzelner Gründungsvarianten	111
b.	Umgehung von Vorschriften bzgl. des Gründungsverfahrens und der Arbeitnehmerbeteiligung	112

VI. Umgehung von Art. 2 Abs. 4 SE-VO	112
1. Konstellation: 1 deutsche AG, 1 ausländische Tochtergesellschaft (nicht 2 Jahre alt)	113
2. Bewertung	113
a. Umgehung von Numerus Clausus und Mehrstaatlichkeitsprinzip	113
b. Umgehung von Verfahrensvorschriften	113
c. Arbeitnehmermitbestimmung	114
VII. Umgehung von Art. 2 SE-VO durch Ausgründung aus nationaler Gesellschaft	114
1. Konstellation: 1 deutsche AG	115
2. Bewertung	115
VIII. Umgehung von Verfahrensvorschriften	116
1. Beispiel	116
2. Bewertung	116
a. Umgehung von Numerus Clausus und Mehrstaatlichkeitsprinzip	116
b. Umgehung von Vorschriften bzgl. des Gründungsverfahrens und der Arbeitnehmerbeteiligung	117
IX. Ergebnis und Ausblick	117
B. Teleologische Reduktion von Art. 2 SE-VO bei Gründung unter Beteiligung einer deutschen SE	118
I. Literaturmeinungen	119
II. Stellungnahme	120
1. Rückschlüsse aus der Entstehungsgeschichte der SE-VO	120
a. Der Vorschlag von 1970	120
b. Der Vorschlag von 1975	120
c. Der Vorschlag von 1989	121
d. Der Vorschlag von 1991	121
e. Fazit	122
2. Bewertung der Argumente der Literatur	122
III. Ergebnis und Ausblick	123
 Teil 3: Die Vorrats-SE als Gestaltungsform	 124
A. Gang der Darstellung	124
B. Nationale, richterrechtliche Vorrats-Gründungs-Grundsätze und Anwendbarkeit auf die SE	124
C. Numerus Clausus und Mehrstaatlichkeitsprinzip als Gestaltungsgrenze	126
I. Gründung einer Vorrats-SE	126
1. Überlegungen	126
2. Stellungnahme	127
II. Wirtschaftliche Neugründung der Vorrats-SE	128

1. Überlegungen	128
2. Stellungnahme	128
III. Ergebnis	129
D. Art. 12 Abs. 2 SE-VO als Gestaltungsgrenze	130
I. Geltung des Art. 12 Abs. 2 SE-VO für alle Gründungsmöglichkeiten	130
II. Gründung einer Vorrats-SE	130
1. Literaturmeinungen	131
2. Rechtsprechung	132
3. Stellungnahme	133
a. Auslegung	133
b. Zwischenergebnis	135
III. Wirtschaftliche Neugründung	135
1. Literaturmeinungen	136
2. Stellungnahme	136
IV. Ergebnis	137
E. Schutz vor Umgehung der Vorgaben zur Arbeitnehmerbeteiligung	137
I. Durchführung des Verhandlungsverfahrens im Rahmen der Mantelverwendung analog §§ 4 ff. SEBG	138
1. Literaturmeinungen	138
2. Stellungnahme	139
II. Direkte bzw. analoge Anwendung von § 18 Abs. 3 SEBG	140
1. Einführung	140
2. Gang der Darstellung	140
3. Die Vorschrift des § 18 Abs. 3 SEBG	141
4. Weite Auslegung des Anwendungsbereichs	141
a. Erfasste Konstellationen	141
b. Übertragung auf die wirtschaftliche Neugründung der Vorrats-SE	141
c. Begründung der Literatur für die weite Auslegung	142
d. Stellungnahme	142
e. Sonderkonstellation Anteilserwerb mitbestimmter Gesellschaften ( <i>share deal</i> )	144
5. Enge Auslegung	146
a. Erfasste Konstellationen	146
b. Übertragung auf die wirtschaftliche Neugründung der Vorrats-SE	146
c. Begründung der Literatur für die enge Auslegung	147
d. Stellungnahme	148
e. Folgen der engen Auslegung für die Arbeitnehmer- beteiligung bei Vorrats-SE	151
6. Zwischenergebnis	153
7. Generelle analoge Anwendbarkeit von § 18 Abs. 3 SEBG bei der wirtschaftlichen Neugründung	153



a. Literaturmeinung	153
b. Stellungnahme	154
8. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 30.03.2009, - I-3 Wx 248/08 -	154
9. Ergebnis	155
III. Eingreifen der Missbrauchsvorschrift des § 43 SEBG	155
1. Literaturmeinungen	155
2. Stellungnahme	156
IV. Das Konzept von <i>Casper/Schäfer</i>	157
1. Wesentliche Punkte des Konzepts	157
2. Stellungnahme	157
3. Ergebnis	159
V. Eigenes Konzept	160
1. Grundsatz	160
2. Verhandlungsparteien	160
3. Zeitpunkt der Verhandlungen	161
4. Schwellenwerte bei der Auffangregelung	161
5. Umgehung des Konzepts	162
6. Durchsetzung der Arbeitnehmerrechte	163
VI. Ergebnis	165
F. Ergebnis und Ausblick	165
 Teil 4: Gestaltungen unter Einsatz einer Vorrats-SE	 167
A. Gestaltungen des Teils 2 unter Beteiligung einer Vorrats-SE	167
I. Beispiel: Umgehung von Art. 2 Abs. 1 SE-VO	167
II. Beispiel: Umgehung von Art. 2 Abs. 3 SE-VO	169
B. „Einfrieren“ des Arbeitnehmermitbestimmungsniveaus durch Einsatz einer Vorrats-SE	169
I. Festschreibung des Mitbestimmungsniveaus durch deutsche Vorrats-SE	170
1. Eignung bei kurz bevorstehendem Überschreiten relevanter Schwellenwerte	170
2. Alternative: grenzüberschreitende Verschmelzung über die 10. RiLi	171
a. AG beschäftigt über 500 Arbeitnehmer	171
b. AG beschäftigt unter 500 Arbeitnehmer	171
c. Nachfolgende innerstaatliche Verschmelzungen	173
3. Fazit	173
II. Festschreibung des Mitbestimmungsniveaus durch ausländische Vorrats-SE	173
1. Eignung bei zeitnahe Überschreiten der Schwelle von 2000 Arbeitnehmern	174

2.	Eignung bei zeitnaheem Überschreiten der Schwelle von 500 Arbeitnehmern	175
3.	Fazit	176
III.	Verschmelzung zweier AG, die zusammen über 2000 Arbeitnehmer beschäftigen.	176
C.	Ergebnis und Ausblick	177
Teil 5: Beteiligung einer SE an nationalen Umwandlungsvorgängen		178
A.	Gang der Darstellung	178
B.	Numerus Clausus des § 3 UmwG und Beteiligungsfähigkeit einer SE	178
C.	SE-Gründung unter Anwendung des UmwG	179
I.	Innerstaatliche Verschmelzung über Art. 9 Abs. 1 lit. c ii SE-VO nach UmwG	179
1.	Literaturmeinungen	179
2.	Stellungnahme	180
a.	Frühere Verordnungsvorschläge und SE-VO	181
b.	Die Verweisungsnorm des Art. 9 SE-VO	182
3.	Ergebnis	183
II.	Spaltung	184
1.	Gründung durch Auf- oder Abspaltung	184
a.	Gründung durch Auf- oder Abspaltung über Art. 9 Abs. 1 lit. c ii SE-VO nach UmwG	184
aa.	Literaturmeinungen	184
bb.	Stellungnahme	185
b.	Gründung durch Auf- oder Abspaltung über Art. 3 Abs. 2, Art. 15 Abs. 1 SE-VO i.V.m. UmwG	186
c.	Gründung durch Auf- oder Abspaltung über Art. 3 Abs. 2 SE-VO analog, Art. 9 Abs. 1 lit. c ii SE-VO i.V.m. UmwG	186
aa.	Literaturmeinung	186
bb.	Stellungnahme	187
d.	Ergebnis	187
2.	Gründung durch Ausgliederung	187
a.	Gründung durch Ausgliederung über Art. 9 Abs. 1 lit. c ii SE-VO nach UmwG	187
b.	Gründung durch Ausgliederung aufgrund Art. 3 Abs. 2, 15 Abs. 1 SE-VO i.V.m. UmwG	188
aa.	Literaturmeinungen	188
bb.	Stellungnahme	189
c.	Ergebnis	190
3.	Ergebnis	190
D.	Umstrukturierungen einer SE nach Maßgabe des UmwG	191

I.	Gang der Darstellung	191
II.	Art. 66 SE-VO als Gestaltungsgrenze	191
1.	Auslegung des Art. 66 SE-VO	191
a.	Wortlaut des Art. 66 SE-VO	192
aa.	Literaturmeinungen	192
bb.	Stellungnahme	192
b.	Systematik und Entstehungsgeschichte der SE-VO	192
aa.	Entwicklung vom Vollstatut zum Regelungstorso	192
(1.)	Literaturmeinung	192
(2.)	Stellungnahme	193
bb.	Stellung der Vorschrift in Titel V der SE-VO	195
cc.	Keine vergleichbare Wertigkeit zwischen Art. 2 SE-VO, Art. 3 SE-VO und Art. 66 SE-VO	195
dd.	Ergebnis	196
c.	Sinn und Zweck des Art. 66 SE-VO	196
aa.	Verhinderung der Umgehung von Nachgründungsvorschriften	196
(1.)	Literaturmeinung	196
(2.)	Stellungnahme	196
bb.	Art. 66 SE-VO als „Mindestvorschrift“	198
(1.)	Literaturmeinungen	198
(2.)	Stellungnahme	198
cc.	Temporärer Mitbestimmungsschutz	199
(1.)	Literaturmeinungen	199
(2.)	Stellungnahme	200
dd.	Ergebnis	202
d.	Ergebnis	202
2.	Mitbestimmungssicherung durch analoge Anwendung der zweijährigen Sperrfrist	202
a.	Unbewusste Regelungslücke	203
b.	Vergleichbare Interessenlage	203
c.	Ergebnis	204
3.	Ergebnis	204
III.	SE-Beteiligung an nationalem Umwandlungsvorgang	205
1.	Innerstaatliche Verschmelzungen	205
a.	Verschmelzungsmöglichkeiten	205
aa.	Literaturmeinungen	205
bb.	Stellungnahme	206
b.	Sperrfristen	208
aa.	Literaturmeinungen	208
bb.	Stellungnahme	209
c.	Ergebnis	210
2.	Spaltung	211
a.	Spaltungsmöglichkeiten	211

aa. Literaturmeinungen	211
bb. Stellungnahme	211
b. Sperrfristen	212
aa. Literaturmeinungen	212
bb. Stellungnahme	212
c. Ergebnis	214
3. Formwechsel	215
a. Möglichkeiten des Formwechsels	215
aa. Literaturmeinungen	215
bb. Stellungnahme	216
b. Sperrfrist	216
aa. Literaturmeinungen	216
bb. Stellungnahme	217
c. Verfahrensvorschriften	218
aa. Literaturmeinungen	218
bb. Stellungnahme	219
d. Ergebnis	219
E. Sonderfall: Grenzüberschreitende Verschmelzung unter SE-Beteiligung	219
I. Grundsätzliche Beteiligungsfähigkeit einer SE	219
1. Literaturmeinungen	219
2. Stellungnahme	220
II. SE-Gründung unter Anwendung der §§ 122a ff. UmwG	221
1. Literaturmeinungen	221
2. Stellungnahme	221
III. Umstrukturierungen einer SE nach Maßgabe der § 122a ff. UmwG	221
1. Verschmelzungsmöglichkeiten	221
a. Literaturmeinungen	221
b. Stellungnahme	223
2. Entsprechende Anwendung der Sperrfrist des Art. 66 Abs. 1 S. 2 SE-VO	224
a. Literaturmeinungen	224
b. Stellungnahme	225
3. Ergebnis	227
F. Ergebnis und Ausblick	227
 Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick	 230
 Teil 1	 230
Teil 2	231
Teil 3	232
Teil 4	234

Teil 5	235
Ausblick	236
Literaturverzeichnis	239
Materialienverzeichnis	251