

Sitzverlegung und Minderheitenschutz bei der Societas Europaea
Eine systematische Untersuchung vor dem Hintergrund des deutschen und
europäischen Rechts

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Eberhard Karls Universität Tübingen
vorgelegt von

Anna Christine Theresia Esposito
aus Duisburg

2013

Dekan: Prof. Dr. Jörg Kinzig
1. Berichterstatter: Prof. Dr. Walter G. Paefgen
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Dres. h.c. Harm Peter Westermann
Tag der mündlichen Prüfung: 11. Dezember 2012

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2012/13 von der juristischen Fakultät der Universität Tübingen als Dissertation angenommen. An erster Stelle möchte ich Herrn Prof. Dr. Walter G. Paefgen für die Betreuung dieser Arbeit, die rasche Begutachtung und seine stets wertvollen Anregungen recht herzlich danken. Danken möchte ich auch Herrn Prof. em. Dr. Dres. h.c. H. P. Westermann für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Die Arbeit ist während meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht der Universität Hohenheim entstanden. Erst die mir dort gewährten Freiheiten haben die Realisierung dieses Projektes möglich gemacht. Dafür danke ich Herrn o. Univ. Prof. i. R. Dr. Armin Dittmann sowie seinem Nachfolger, Herrn Prof. Dr. Ulrich Palm.

Daneben haben viele weitere Menschen zum Gelingen beigetragen. Den mit Abstand größten Anteil hieran trägt meine Familie, deren Mitglieder unzählige kleine und größere Opfer erbracht haben und die mich auch in schwierigen Phasen ermutigt haben, den eingeschlagenen Weg weiter zu verfolgen. Ihnen schulde ich daher ebenfalls großen Dank. Für die zahlreichen fachlichen Diskussionen und vor allem unermüdlichen Büchertransporte möchte ich des Weiteren Herrn VorsRiLG Dr. Wolfgang Schmidt danken. Literatur und Rechtsprechung sind bis einschließlich Februar 2013 berücksichtigt.

Stuttgart im Frühjahr 2013

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. Exposito'. The signature is fluid and cursive, with the first letter 'D' being particularly large and stylized.

Für Antonia

Inhaltsübersicht:

A. Einleitung

I. Untersuchungsgegenstand _____	1
II. Sitzverständnis der SE-VO _____	2
III. Begriff und Hintergrund des Minderheitenschutzes _____	4

B. Die Sitzverlegung als Gestaltungsoption

I. Das wirtschaftliche Umfeld einer Sitzverlegung: Ausgangsüberlegungen _____	6
1. Motive der Sitzverlegung _____	6
2. Wettbewerb der Rechtsordnungen _____	8
3. Ergebnis zum wirtschaftlichen Umfeld der Sitzverlegung _____	16
II. Die rechtlichen Möglichkeiten einer Sitzverlegung: Aktuelle Rechtslage _____	16
1. Fragestellung _____	16
2. Deutsche Gesetzgebung : Rechtslage nach dem MoMiG _____	17
3. Die Rechtsprechung der nationalen Gerichte zur Sitzverlegung _____	18
4. Europäische Gesetzgebung _____	22
5. Die Rechtsprechung des EuGH zu Sitzverlegung und grenzüberschreitender Umwandlung _____	38
6. Die Sitzverlegung der SE im Lichte der EuGH-Rechtsprechung _____	45
7. Ergebnis zu den rechtlichen Möglichkeiten einer Sitzverlegung _____	53

C. Sitzverlegung und Minderheitenschutz

I. Die Veränderung der Aktionärsstellung und der Minderheitenschutz bei Sitzverlegung im Vergleich der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen _____	54
1. Begründung eines Schutzbedürfnisses – Fragestellung und Darstellung des Streitstandes _____	54
2. Auswirkungen eines Umzugs auf die Stellung des SE-Aktionärs _____	58
3. Schutzvorschriften anderer Mitgliedstaaten bei Gründung und Sitzverlegung der SE _____	75
4. Ergebnis zum Vergleich mit den anderen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen _____	85
II. Die Barabfindung nach Art. 8 Abs. 5 SE-VO i. V. m. § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG bei Sitzverlegung im System der Abfindungsregelungen _____	87
1. Einführung _____	87
2. Vergleich mit anderen Abfindungsansprüchen europäischen Anlasses _____	89
3. Fazit zum Vergleich mit anderen Abfindungsansprüchen	

europäischen Anlasses _____	96
4. Vergleich mit anderen Abfindungsansprüchen im deutschen Recht _____	97
5. Fazit zum Vergleich mit anderen Abfindungsansprüchen im deutschen Recht _____	111
6. Formwechsel mit und ohne Abfindungsanspruch im Vergleich mit der Sitzverlegung _____	114
7. Fazit zum Vergleich der Formwechsel mit der Sitzverlegung _____	121
8. Übergeordnete Vorgaben und Prinzipien _____	121
9. Ergebnis zur systematischen Rechtfertigung des Austritts- und Barabfindungsanspruchs nach Art. 8 Abs. 5 SE-VO i. V. m. § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG _____	136
 III. Einzelfragen des Abfindungsanspruchs _____	144
1. Abfindungsangebot, Entstehen und Fälligkeit des Barabfindungsanspruchs _____	144
2. Sind auch Halter vinkulierter Namensaktien anspruchsberechtigt? _____	146
3. Teilweiser Austritt _____	147
4. Verzicht _____	147
5. Übertragbarkeit des Abfindungsrechts _____	149
6. Höhe und Berechnung der Barabfindung _____	151
 D. Der Minderheitenschutz im Sitzverlegungsverfahren und im Spruchverfahren	
 I. Einführung _____	156
 II. Das Verlegungsverfahren und die Anfechtungsmöglichkeiten _____	157
1. Sitzverlegungsverbote _____	159
2. Verlegungsplan _____	161
3. Verlegungsbericht _____	172
4. Verlegungsbeschluss _____	180
5. Bescheinigung nach Art. 8 Abs. 8 SE-VO i. V. m. § 14 SEAG _____	202
6. Kein Minderheitenschutz durch Art. 8 Abs. 13 und Abs. 14 SE-VO _____	206
7. Folge des Austritts: Der Erwerb eigener Aktien _____	207
8. Allgemeines Einberufungs- und Bekanntmachungsrecht der Aktionärsminorität _____	212
9. Internationale Zuständigkeit für Beschlussmängelklagen _____	212
10. Ergebnis zu Verlegungsverfahren und Anfechtungsmöglichkeiten _____	213
 III. Spruchverfahren _____	216
1. Einführung _____	216
2. Verhältnis zur Anfechtungsklage _____	228
3. Keine Einschränkung nach Art. 25 Abs. 3 S. 1 SE-VO _____	219

4. Internationale Zuständigkeit	220
5. Funktionelle Zuständigkeit	227
6. Verfahrensbeteiligte	229
7. Antragsbegründung	234
8. Abschluss des Verfahrens	235
9. Ergebnis zum Spruchverfahren	236
IV. 20 Thesen	238
Anhang I	242
Anhang II	243
Abkürzungsverzeichnis	245
Literaturverzeichnis	248

Inhaltsverzeichnis:

A. Einleitung

I. Untersuchungsgegenstand _____	1
II. Sitzverständnis der SE-VO _____	2
III. Begriff und Hintergrund des Minderheitenschutzes _____	4

B. Die Sitzverlegung als Gestaltungsoption

I. Das wirtschaftliche Umfeld einer Sitzverlegung: Ausgangsüberlegungen _____	6
1. Motive der Sitzverlegung _____	6
2. Wettbewerb der Rechtsordnungen _____	8
a. Der „Delaware-Effekt“ _____	8
b. Wettbewerb der Rechtsordnungen in Europa _____	9
c. Bestimmung der Wettbewerbssituation _____	13
d. Minderheitenschutz als Standortfaktor _____	14
3. Ergebnis zum wirtschaftlichen Umfeld der Sitzverlegung _____	16
II. Die rechtlichen Möglichkeiten einer Sitzverlegung: Aktuelle Rechtslage _____	16
1. Fragestellung _____	16
2. Deutsche Gesetzgebung : Rechtslage nach dem MoMiG _____	17
3. Die Rechtsprechung der nationalen Gerichte zur Sitzverlegung _____	18
4. Europäische Gesetzgebung _____	22
a. Entwurf einer Sitzverlegungsrichtlinie _____	22
b. Gegenüberstellung von SE und AG _____	23
(1) Die Sitzverlegungsmöglichkeiten im Vergleich _____	23
(2) Art. 10 und der Regelungsbereich der SE-VO _____	23
c. Art. 7, 64 SE-VO _____	27
d. Art. 8 SE-VO _____	28
e. Die Niederlassungsfreiheit _____	29
(1) Persönlicher Anwendungsbereich: Anwendbarkeit auf die SE _____	30
(2) Sachlicher Anwendungsbereich _____	33
a) Statutswahrende Verwaltungssitzverlegung _____	33
b) Statutswechselnde Satzungssitzverlegung _____	36
5. Die Rechtsprechung des EuGH zu Sitzverlegung und grenzüberschreitender Umwandlung _____	38
6. Die Sitzverlegung der SE im Lichte der EuGH-Rechtsprechung _____	45
a. Sitzverlegung oder Umwandlung? _____	45
b. Vereinbarkeit von Art. 7, 64 SE-VO mit dem Primärrecht _____	46
c. Ist die SE „centrosfähig“? _____	48
d. Vereinbarkeit von § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG mit dem Primärrecht _____	51

7. Ergebnis zu den rechtlichen Möglichkeiten einer Sitzverlegung _____	53
--	----

C. Sitzverlegung und Minderheitenschutz

I. Die Veränderung der Aktionärsstellung und der Minderheitenschutz

bei Sitzverlegung im Vergleich der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen _____	54
--	----

1. Begründung eines Schutzbedürfnisses

– Fragestellung und Darstellung des Streitstandes _____	54
---	----

2. Auswirkungen eines Umzugs auf die Stellung des SE-Aktionärs _____

a. Harmonisierungsstand – Überblick _____	58
---	----

b. Aktienrecht _____	59
----------------------	----

(1) Dividendenanspruch _____	59
------------------------------	----

(2) Bezugsrecht bei Kapitalerhöhung _____	61
---	----

(3) Stimmrecht _____	63
----------------------	----

(4) Auskunfts- und Antragsrecht _____	65
---------------------------------------	----

(5) Kontroll- und Sonderprüfungsrechte _____	66
--	----

(6) Anfechtung und Spruchverfahren _____	69
--	----

(7) Materieller Minderheitenschutz bei Strukturmaßnahmen _____	70
--	----

c. Ausführungsgesetze zur SE-VO - Unterschiede

zwischen Mitgliedsstaaten am Beispiel der Leitungssysteme _____	73
---	----

3. Schutzvorschriften anderer Mitgliedstaaten

bei Gründung und Sitzverlegung der SE _____	75
---	----

a. Keine Schutzvorschriften _____	76
-----------------------------------	----

b. Schutz bei Sitzverlegung und Verschmelzung _____	77
---	----

c. Schutz bei Verschmelzung _____	79
-----------------------------------	----

d. Schutz bei Sitzverlegung, Holdinggründung und Verschmelzung _____	79
--	----

e. Schutz bei Sitzverlegung _____	81
-----------------------------------	----

f. Zusammenfassung zu den Schutzvorschriften anderer Mitgliedstaaten _____	82
--	----

4. Ergebnis zum Vergleich mit den anderen

mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen _____	85
---	----

II. Die Barabfindung nach Art. 8 Abs. 5 SE-VO i. V. m. § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG bei

Sitzverlegung im System der Abfindungsregelungen _____	87
--	----

1. Einführung _____	87
---------------------	----

2. Vergleich mit anderen Abfindungsansprüchen europäischen Anlasses _____	89
---	----

a. Verschmelzungsgründung einer SE (§ 7 SEAG) _____	89
---	----

b. Holding-Gründung einer SE (§ 9 SEAG) _____	91
---	----

c. SCE-Gründung und -Sitzverlegung

(Art. 7 Abs. 5 S. 1 SCE-VO, §§ 7, 8 SCEAG) _____	92
--	----

d. Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften

(§ 122h, i UmwG) _____	93
------------------------	----

e. Übernahme- und Pflichtangebot nach der ÜbRL _____	94
f. Barabfindung nach der SpaltRL _____	96
3. Fazit zum Vergleich mit anderen Abfindungsansprüchen europäischen Anlasses _____	97
4. Vergleich mit anderen Abfindungsansprüchen im deutschen Recht _____	98
a. Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag (§§ 304, 305 AktG) _____	98
b. Mehrheitseingliederung (§ 320b AktG) _____	101
c. Übertragende Auflösung _____	103
d. Umwandlungen nach dem UmwG _____	104
(1) Verschmelzung _____	106
(2) Spaltung _____	107
(3) Formwechsel _____	109
5. Fazit zum Vergleich mit anderen Abfindungsansprüchen im deutschen Recht _____	111
6. Formwechsel mit und ohne Abfindungsanspruch im Vergleich mit der Sitzverlegung _____	114
a. Fehlender Abfindungsanspruch bei einem Formwechsel nach der SE-VO (Art. 37, 66 SE-VO) _____	114
b. Fehlender Abfindungsanspruch bei einem Formwechsel zwischen AG und KGaA _____	115
c. Kontinuitätsgrundsatz bei Formwechsel und Sitzverlegung _____	117
d. Vergleich der verschiedenen Formwechsellmöglichkeiten mit der Sitzverlegung _____	118
7. Fazit zum Vergleich der Formwechsel mit der Sitzverlegung _____	121
8. Übergeordnete Vorgaben und Prinzipien _____	121
a. Verfassungsrechtliche Vorgaben _____	121
(1) Einführung _____	121
(2) Eigentumsgrundrecht und Spielraum des Gesetzgebers: Zum Verhältnis von Zwangsausschluss und Austrittsrecht _____	122
(3) Verhältnismäßigkeit und Prinzip des Primärschutzes _____	127
b. Rechtsnatur der Abfindungsansprüche _____	129
c. Allgemeines Austrittsrechtsrecht aus wichtigem Grund _____	132
d. Kapitalmarktrechtlicher Ansatz des Europarechts _____	133
9. Ergebnis zur systematischen Rechtfertigung des Austritts- und Barabfindungsanspruchs nach Art. 8 Abs. 5 SE-VO	
i. V. m. § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG _____	136
a. Argumente gegen das Austritts- und Barabfindungsrecht bei Sitzverlegung _____	136
b. Differenzierung zwischen Europäischen Gesellschaften mit und ohne Börsennotierung _____	138
c. Vereinbarkeit von § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG mit Art. 3 Abs. 1 GG _____	140

d. Vereinbarkeit von § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG mit der Niederlassungsfreiheit	141
---	-----

III. Einzelfragen des Abfindungsanspruchs	144
1. Abfindungsangebot, Entstehen und Fälligkeit des Barabfindungsanspruchs	144
2. Sind auch Halter vinkulierter Namensaktien anspruchsberechtigt?	146
3. Teilweiser Austritt	147
4. Verzicht	147
5. Übertragbarkeit des Abfindungsrechts	149
6. Höhe und Berechnung der Barabfindung	151

D. Der Minderheitenschutz im Sitzverlegungsverfahren und im Spruchverfahren

I. Einführung	156
II. Das Verlegungsverfahren und die Anfechtungsmöglichkeiten	157
1. Sitzverlegungsverbote	159
2. Verlegungsplan	161
a. Der Katalog des Art. 8 Abs. 2 S. 2 lit. a - e SE-VO	161
b. Aktionärsschutzrechte nach lit. e 1. Alt.	163
c. Offenlegung gem. Art. 8 Abs. 2 S. 1 i. V. m. Art. 13 SE-VO	165
d. Einsichtnahmerecht der Aktionäre bezüglich des Verlegungsplans	166
e. Folgen eines Verstoßes gegen Art. 8 Abs. 2 SE-VO, insbesondere bei bewertungsbezogenen Informationsmängeln	168
3. Verlegungsbericht	172
a. Inhaltliche Anforderungen	172
(1) Rechtliche Aspekte der Verlegung	175
(2) Wirtschaftliche Aspekte der Verlegung	176
(3) Auswirkungen für die Aktionäre	176
b. Einsichtnahmerecht der Aktionäre bezüglich des Verlegungsberichts	177
c. Folgen eines Verstoßes gegen Art. 8 Abs. 3 SE-VO	177
d. Folgen eines Verstoßes gegen Art. 8 Abs. 4 SE-VO	179
4. Verlegungsbeschluss	180
a. Formelle Wirksamkeitsvoraussetzungen	180
(1) Mehrheitserfordernis, Art. 8 Abs. 6 S. 2, Art. 59 Abs. 1 SE-VO	180
(2) Übrige formelle Voraussetzungen	182
(3) Folgen eines Verstoßes gegen die formellen Wirksamkeitsvoraussetzungen	182
b. Materielle Beschlusskontrolle	183
c. Rechtsfolgen des Beschlusses und Organhaftung	188
(1) Anwendbarkeit des deutschen Rechts	188
(2) Ausführungspflicht und Schadenersatz gem. § 93 AktG	189

(3) Schadenersatzanspruch analog §§ 25 f., 205 f. UmwG _____	192
d. Widerspruch gem. § 12 Abs. 1 S. 1 SAEG _____	195
(1) Negatives Votum _____	195
(2) Erhebung in der Hauptversammlung _____	197
(3) Formerfordernis _____	197
(4) Rechtsfolgen fehlenden Widerspruchs _____	198
e. Gesonderte Abstimmung nach Aktiengattung _____	199
5. Bescheinigung nach Art. 8 Abs. 8 SE-VO i. V. m. § 14 SEAG _____	202
a. Bescheinigungssperre und Freigabeverfahren _____	202
b. Prüfungsumfang im Hinblick auf minderheitenschützende Vorschriften _____	204
c. Folgen eines Verstoßes gegen Art. 8 Abs. 8 SE-VO _____	206
6. Kein Minderheitenschutz durch Art. 8 Abs. 13 und Abs. 14 SE-VO _____	206
7. Folge des Austritts: Der Erwerb eigener Aktien _____	207
a. Zur Anwendbarkeit deutscher Kapitalschutzvorschriften _____	207
b. Der Verweis auf Art. 71 ff. AktG _____	210
8. Allgemeines Einberufungs- und Bekanntmachungsrecht der Aktionärsminorität _____	212
9. Internationale Zuständigkeit für Beschlussmängelklagen _____	212
10. Ergebnis zu Verlegungsverfahren und Anfechtungsmöglichkeiten _____	213
 III. Spruchverfahren _____	216
1. Einführung _____	216
2. Verhältnis zur Anfechtungsklage _____	218
3. Keine Einschränkung nach Art. 25 Abs. 3 S. 1 SE-VO _____	219
4. Internationale Zuständigkeit _____	220
a. Problemstellung _____	220
b. Anwendbarkeit der EuGVVO auf das Spruchverfahren _____	221
c. Meinungsstreit über die einschlägige Gerichtsstandsbestimmung _____	222
d. Stellungnahme _____	224
e. Lösung _____	225
5. Funktionelle Zuständigkeit _____	227
6. Verfahrensbeteiligte _____	229
a. Antragsteller _____	229
b. Antragsgegnerin _____	231
c. Gemeinsamer Vertreter _____	232
7. Antragsbegründung _____	234
8. Abschluss des Verfahrens _____	235
9. Ergebnis zum Spruchverfahren _____	236
 IV. 20 Thesen _____	238

Anhang I	242
Anhang II	243
Abkürzungsverzeichnis	245
Literaturverzeichnis	248

A. Einleitung

I. Untersuchungsgegenstand

Die Europäische Gesellschaft (SE) hat seit ihrer Einführung 2004¹ eine erhebliche Anhänger-schaft gewonnen und befindet sich als Rechtsform weiter auf dem Vormarsch. Erste rechtstat-sächliche Erhebungen geben einen Überblick über die wachsende Anzahl und geographische Ver-breitung der Rechtsform.² Zuletzt wurden Stand Juni 2010 595 SE in 21 Mitgliedstaaten und nicht einmal ein Jahr später im April 2011 bereits 786 ermittelt.³ Dabei wird die Möglichkeit der internationalen Sitzverlegung seit Inkrafttreten der SE-VO genutzt. 49 Gesellschaften haben bis Mitte 2010 bisher davon Gebrauch gemacht.⁴ Spitzenreiter unter den Zuzugsländern war Groß-britannien mit vier Zuzügen. Weitere beliebte Zuzugsländer waren Liechtenstein, Luxemburg und Zypern. Es ist allerdings zu erwarten, dass auch diese Zahlen sich mit dem kontinuierlichen Anstieg der Gründungen weiter erhöhen werden.⁵

Bei den Motiven für die Gründung einer SE rangiert die ausgeprägte Mobilität dieser Rechtsform zwar „nur“ auf Platz vier, knapp hinter der Flexibilisierung der Mitbestimmung.⁶ Konkret gaben aber 26 von 49 befragten Unternehmen dieser Rechtsform an, die erhöhte Mobilität sei mitbe-stimmend gewesen für die Rechtsformwahl.⁷ Davon ausgehend kommt allen Rechtsfragen, die eine Sitzverlegung betreffen, in der Praxis doch einige Bedeutung zu, der auch in der Literatur zunehmend Rechnung getragen wird. Mittlerweile sind die ersten Monographien zur Sitzver-legung erschienen, die jedoch überwiegend den Minderheitenschutz⁸ lediglich auf einigen Seiten „mitbehandeln“.⁹ Auch wurde, soweit ersichtlich, noch nicht der Versuch unternommen, die

¹ Verordnung Nr. 2157/2001 des Rates v. 8. Okt. 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. Nr. L 294 v. 10.11.2001, S. 1 ff.

² Bayer/Schmidt, AnwBl 2008, 327 ff.; dies., AG-Report 2008, R103 ff.; dies., AG Report 2007, R192 ff.; Eidenmüller/Engert/Hornuf, EBOR 10/2009, S. 1 f. zufolge existierten nach einem Vergleich der nationalen Handelsregister mit den Veröffentlichungen im europäischen Amtsblatt 86 SE`s mehr als ursprünglich angenommen. Die meisten SE`s wurden in Deutschland (74) und Tschechien (62) gegründet. Abzüglich der Vorratsgesellschaften existierten Stand 2009 diesen Autoren zufolge etwas über 120 Europäische Gesellschaften, die wirtschaftliche Aktivitäten aufwiesen. Von gut 130 SE`s, davon 31 in Deutschland (Stand Oktober 2008), geht Krause aus, nach: Krispenz/Seibert, Tagungsbericht, in: Integration, 2008, S. 431, 435. Zur Zulässigkeit der Vorrats-SE vgl. Casper, AG 2007, 97, 99 f.; Reichert, Der Konzern 2006, 821, 829 f.; Kiem, ZHR 173 (2009), 156, 164 f.; Paefgen, in: Altmeppen/Fitz u. a. (Hrsg.), FS G. H. Roth, S. 563, 567; Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 29, Rn. 1053 m. w. N.

³ Die jüngsten Zahlen entstammen dem Beitrag von Menjucq: Interaction entre le droit français des sociétés et les statuts des sociétés supranationales communautaires, in: Jung (Hrsg.), Supranationale Gesellschaftsformen im Typenwettbewerb, S. 1, 4; für 2010 vgl. den Bericht der Kommission vom 17.11.2010, KOM(2010) 676, S. 3; SEC(2010) 1391, S. 3, abrufbar im Internet unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0676:FIN:DE:PDF>. Die Ernst & Young-Studie ging 2009 noch von 369 SE aus, Ernst & Young-Studie v. 9. Dezember 2009, S. 11, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/se/study_SE_9122009_en.pdf, beides zuletzt aufgerufen am 2.8.2012.

⁴ Bericht der Kommission vom 17.11.2010, KOM(2010) 676, S. 4 (s. vorhergehende Fn.).

⁵ So bereits die Einschätzung von Eidenmüller/Engert/Hornuf, AG 2008, S. 721 ff.

⁶ Zur deren Bedeutung i. R. d. Rechtsformwahl siehe etwa Kiem, ZHR 172 (2009), 156 ff.

⁷ Eidenmüller/Engert/Hornuf, EBOR 10/2009, S. 1, 27. Vgl. auch die Einschätzung von Enriques, ZGR 2004, 735, 736 f., der die SE als „bloßes Instrument“ bezeichnet, um grenzüberschreitende Fusionen und Sitzverlegungen zu erleichtern.

⁸ Zu diesem Begriff näher sogleich unter III. „Begriff und Hintergrund des Minderheitenschutzes“.

⁹ Vgl. Ringe, Die Sitzverlegung der Europäischen Aktiengesellschaft (2006), S. 106 – 122; Vinçon, Die grenzüberschreitende Sitzverlegung der Europäischen Aktiengesellschaft (2008), S. 210 ff.; Zang, Sitz und Verlegung des

Sitzverlegungsvorschriften der SE und den in diesem Zusammenhang vorgesehenen Minderheitenschutz umfassend in den Kontext des nationalen und europäischen Rechts einzuordnen. Die vorliegende Arbeit will diese Lücke schließen. Auf Basis dieser Einordnung soll dann insbesondere die in der Literatur umstrittene Frage beantwortet werden, ob ein Barabfindungsanspruch anlässlich der Sitzverlegung geboten erscheint.

Dabei soll zunächst ein Überblick über die Rahmenbedingungen von Sitzverlegungen im Allgemeinen und bei der SE im Besonderen gegeben werden (B.). In diesem Zusammenhang wird neben dem Wettbewerb der Rechtsordnungen im Gesellschaftsrecht vor allem die europäische Niederlassungsfreiheit und ihre Bedeutung für die Sitzverlegung näher beleuchtet. Im nächsten Abschnitt werden zunächst exemplarisch anhand einzelner Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten die konkreten Auswirkungen eines Sitzwechsels für die Aktionäre untersucht und ein Überblick über die Minderheitenschutzregelungen in den Ausführungsgesetzen zur SE-VO der anderen Mitgliedstaaten gegeben (C. I. und II.). Als dann wird der Frage nachgegangen, ob sich der Minderheitenschutz schlüssig in die Systematik der Abfindungsansprüche für Aktionäre einfügt. Dieser Abschnitt schließt mit der Erörterung von Einzelfragen des Abfindungsanspruchs (III.).

Im Abschnitt D wird das Verfahren eines Sitzwechsels mitsamt seinen Fehlermöglichkeiten und Anfechtungsfolgen daraufhin untersucht, ob und in welcher Form es Minderheitenschutz gewährt (I. und II.). Schließlich wird der Rechtsschutz vor den deutschen Spruchgerichten dargestellt (III). Die Untersuchung nimmt insgesamt weitgehend die Perspektive des deutschen Minderheitsaktionärs beim Wegzug „seiner SE“ in einen anderen Mitgliedstaat ein.

II. Sitzverständnis der SE-VO

Da mit dem Begriff „Sitz“ grundsätzlich der Satzungs- bzw. Registersitz,¹⁰ aber auch der Verwaltungssitz verstanden werden kann, ist der Begriff Sitzverlegung nicht eindeutig. Im weitesten Sinne wird darunter die Verlegung des Satzungs- oder des effektiven Verwaltungssitzes oder beider zusammen verstanden.¹¹ Neben der grenzüberschreitenden Sitzverlegung ist begrifflich auch eine Verlegung innerhalb der Landesgrenzen eine Sitzverlegung. Unter Sitzverlegung versteht Art. 2 k) Fusions-Richtlinie¹² dagegen den „Vorgang, durch den eine SE (...) ihren Sitz von einem Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat verlegt, ohne dass dies zu ihrer Auflösung

Sitzes einer Europäischen Aktiengesellschaft mit Sitz in Deutschland (2004), S. 172 – 176; Wolf, Abfindungsrechte der Minderheitsaktionäre (2010), S. 25. Im Mittelpunkt der Untersuchung steht der Minderheitenschutz lediglich bei Witten, Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) (2011). Durch den breiteren Ansatz unter Einbeziehung sämtlicher Gründungsformen beschränkt sich die Darstellung des Minderheitenschutzes anlässlich der Sitzverlegung allerdings auch hier weitgehend auf die Darstellung der einzelnen Schritte i. R. d. Sitzverlegungsverfahrens.

¹⁰ Neben der Bedeutung des Sitzungssitzes als Registerort ist vor allem die steuerrechtliche Anknüpfung an diesen gem. § 11 AO zu nennen. Der steuerrechtliche Sitz lässt alternativ jedoch den z. B. durch Gesetz, Gesellschaftsvertrag oder Stiftungsgeschäft bestimmten Ort ausreichen.

¹¹ Fritz, Grenzüberschreitende Sitzverlegung, S. 6; V. Kruse, Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften, S. 26; Drobnig, in: von Bar, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 185, 198 ff.; Trost, Faktische Sitzverlegung, S. 16 ff.; zu den verschiedenen Sitzbegriffen der Mitgliedstaaten ausführlich Korom/Metzinger, ECFR 2009, 125, 136 ff.

¹² RL 2009/133/EG des Rates vom 19.10.2009, ABl. Nr. L 310 S. 34 – Fusionsrichtlinie.

oder zur Gründung einer neuen juristischen Person führt.“ Von diesem Verständnis geht auch Art. 8 SE-VO aus, wie sich aus dessen Abs. 1 S. 1 i. V. m. S. 2 ergibt. Gemeint ist also die grenzüberschreitende und identitätswahrende¹³ Sitzverlegung, und zwar die des Satzungssitzes, was aus einer Zusammenschau mit Art. 7 SE-VO folgt.¹⁴ Da Art. 7 S. 1 SE-VO vorschreibt, dass sich die Hauptverwaltung im gleichen Mitgliedstaat befinden muss wie der Sitz, ist eine isolierte grenzüberschreitende Verlegung des Satzungssitzes oder der Hauptverwaltung, ebenso wie auch die Verlegung innerhalb eines Staates, nicht in der SE-VO geregelt, wie der Wortlaut zeigt: Art. 8 Abs. 1 SE-VO spricht von der Sitzverlegung in einen „anderen“ Mitgliedstaat. Eine ausdrückliche Regelung war in Art. 5a des Verordnungsentwurfes 1991 noch enthalten, wurde dann aber gestrichen.¹⁵

Der Zwang zur gemeinsamen Verlegung von Satzungs- und Verwaltungssitz ist jedoch eine Besonderheit der SE, wohingegen in der Praxis der Sitzverlegungen anderer Gesellschaftsformen ein Auseinanderfallen von Verwaltungs- und Satzungssitz häufig vorkommt. Mit „Hauptverwaltung“ i. S. d. Art. 7 S. 1 SE-VO ist jedoch nach allgemeiner Ansicht nichts anderes gemeint als der Verwaltungssitz.¹⁶ Der Schwerpunkt in Literatur und Rechtsprechung zur Sitzverlegung liegt im Allgemeinen auf der Erörterung der Verwaltungssitzverlegung. Diese Arbeit beschränkt sich daher nicht auf eine Betrachtung der gemeinsamen Verlegung beider Sitze i. S. d. Regelungsgegenstandes der SE-VO. Vielmehr ist zum Zweck der Standortbestimmung der SE-Sitzverlegung auch der isolierten Verwaltungssitzverlegung als praktisch wichtigster Sitzverlegungsart gebührende Beachtung zu schenken. Daneben finden auch Überlegungen zur isolierten Satzungssitzverlegung Eingang.

Art. 8 Abs. 1 SE-VO erlaubt eine „identitätswahrende“ Sitzverlegung. Gemeint ist damit, dass anlässlich der Sitzverlegung keine Neugründung des Rechtsträgers erforderlich ist. Auch das Gesellschaftsvermögen und die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft mit Dritten werden bei Aufrechterhaltung der Identität prinzipiell nicht tangiert.¹⁷ Vorher bereits bestehende Rechte und Pflichten, insbesondere solche aus Dauerschuldverhältnissen wie Miet-, Pacht-, Leasing- oder Arbeitsverträgen bleiben daher über die Verlegung hinaus bestehen, ebenso Rechtsverhältnisse aus dem öffentlichen Recht, wie Genehmigungen, Betriebserlaubnisse, Konzessionen oder aus

¹³ Zu diesem Begriff sogleich. V. Kruse, Sitzverlegung, S. 27 f., spricht diesbezüglich von der „eigentlichen Sitzverlegung“.

¹⁴ Lange, EuZW 2003, 301, 303; Wenz, in: Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft, S. 221; Schwarz, SE-VO, Art. 7, Rn. 4; Teichmann, ZGR 2002, 383, 456; Zang, Sitz und Verlegung, S. 5 ff.; Zimmer/Ringe, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 8, Rn. 4; Göz, ZGR 2008, 593, 625; Diekmann, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 7, Rn. 1.

¹⁵ Schröder, in: Manz/Schröder/Mayer, SE-VO, Art. 8, Rn. 24; Veil, in: KK, Art. 8 SE-VO, Rn. 12.

¹⁶ Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 7 SE-VO, Rn. 1; Veil, in: KK AktG, Art. 7 SE-VO, Rn. 13 sowie Kiem, in: KK AktG, Art. 64 SE-VO, Rn. 6; Wenz, in: Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft, S. 221; Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 2, Rn. 31; Diekmann, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 7, Rn. 13 f.

¹⁷ In diesem Zusammenhang ist die Begriffsverwendung nicht einheitlich. Kruchen, Europäische Niederlassungsfreiheit, S. 208 etwa versteht unter „identitätswahrend“ lediglich den Sitzwechsel unter Beibehaltung des Gesellschaftsstatuts. Demnach sei zwischen Rechtssubjekt und Rechtspersönlichkeit zu unterscheiden, wobei letztere die Rechtsform und damit das Gesellschaftsstatut umfasse. Die Sitzverlegung mit Statutswechsel sei lediglich „rechtsträgerwahrend“. Wie hier dagegen Weller, DStR 2004, S. 1218. Zu den verschiedenen Ansätzen: Trost, Faktische Sitzverlegung, S. 28 ff., die i. E. den hier zugrunde gelegten Begriff als „Identitätswahrung im weiteren Sinne“ bezeichnet, S. 34.

Steuerverhältnissen.¹⁸ Die so verstandene Identität ist damit Teil des „Kontinuitätsgrundsatzes“, auf den später noch näher einzugehen ist. Darüber hinaus kommt der „Identitätsthese“ nach herrschender Ansicht aber kein eigener materieller Aussagegehalt zu. Nach zutreffender Ansicht ist sie damit nichts anderes als ein Synonym für die sich bereits unmittelbar aus dem Gesetz ergebenden Auswirkungen der Umstrukturierung.¹⁹

Da SE-VO und SE-Ergänzungsrichtlinie in den Rechtsbestand des EWR-Abkommens aufgenommen wurden,²⁰ sind, soweit im Folgenden von „Mitgliedstaaten“ die Rede ist, damit auch die EWR-Staaten Island, Norwegen und Liechtenstein gemeint.

III. Begriff und Hintergrund des Minderheitenschutzes

Es ist ein Merkmal unserer demokratischen Grundordnung, immer dann, wenn der Mehrheit eine besondere Macht durch die Möglichkeit zukommt, Entscheidungen für die gesamte Gruppe zu treffen, die Auswirkungen dieser Entscheidungen durch Schutzkonzepte zur Wahrung wesentlicher Belange der Minderheiten für diese abzuschwächen. Legt man das Mehrheitsprinzip zugrunde, entsteht meist eine „Inkongruenz zwischen Einfluss und Risiko. Die Majorität bestimmt über das Ganze, ist von Fehlern aber nur in Höhe ihres Vermögensanteils betroffen.“²¹ Während der Individualschutz das Bild des Gesellschafters als Mitglied einer Gemeinschaft mit gleicher Einflussverteilung auf die einzelnen Individuen zugrunde legt, berücksichtigt die Gruppenbetrachtung also das in der Rechtswirklichkeit zwischen den Mitgliedern bestehende Machtgefälle.²² Regelungen zum Zwecke des Minderheitenschutzes versuchen, dieses Missverhältnis auszugleichen. Sie werden daher als notwendige Ergänzung und steuerndes Korrelat des Mehrheitsprinzips im Verbandsrecht, insbesondere im Aktienrecht, gesehen.²³ Die Unzuläng-

¹⁸ Vgl. Schröder in Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 16; Eidenmüller, Mobilität und Restrukturierung, JZ 2004, 24, 31; Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 15 f.

¹⁹ Näher hierzu Hoger, Kontinuität, S. 85 ff., auf dessen Begründung hiermit verwiesen wird. Für die h. M. vgl. des Weiteren Vossius, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 202 UmwG, Rn. 22 („bloße gesetzgeberische Technik“); Beuthien/Helios, NZG 2006, 369, 372; Hennrichs, Formwechsel und Gesamtrechtsnachfolge bei Umwandlungen, S. 33 f.; Horn, NJW 1964, 86, 87; Zöllner, in: Martens/H.P. Westermann u. a. (Hrsg.), FS Claussen, S. 423, 436; ders., ZGR 1993, 334, 336; Meister/Klöcker, in: Kallmeyer, UmwG, § 202, Rn. 21 ff., 39 ff.; Wiedemann, ZGR 1996, 286, 289 f.; in Bezug auf die Sitzverlegung vgl. auch Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 16 f.; a. A. K. Schmidt, AG 1985, 150, 152 f.; Wolf, ZIP 1996, 1200, 1202 ff. sowie Brandt, Hauptversammlung, S. 239, soweit diese die Fortgeltung nationaler Bestimmungen des alten Sitzstaates nach der Verlegung annehmen.

²⁰ Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum v. 2.5.1992, ABl. 1994 Nr. L 1 S. 3, zuletzt geändert durch Anh. ÄndE 301/08 v. 21.5.2008, ABl. 2009 Nr. L 41 S. 28. Siehe auch Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 2, Rn. 10; Schwarz, Art. 2, Rn. 40; Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, Art. 2 SE-VO, Rn. 9.

²¹ Spliedt, Kündigungs- und Abfindungsrechte, S. 8; Roitzsch, Der Minderheitenschutz im Verbandsrecht, S. 10. Zu dem gleichzeitig auftretenden Legitimationsdefizit von Mehrheitsentscheidungen vgl. Roitzsch, ebda, S. 11 f.

²² Spliedt, Kündigungs- und Abfindungsrechte, S. 8; ähnlich Wiedemann, GesR I, S. 418 f.

²³ Kalss, ZGR 2003, 593, 596; H.-F. Müller, Der Konzern 2007, 81. So war es bereits eines der erklärten Hauptziele der Aktienrechtsreform 1965, für einen Minderheitenschutz der Aktionäre im Konzern zu sorgen, vgl. Habersack, in: MüKo AktG, Einl. Rn. 25; Nörr, in: Lieb/Noack u. a. (Hrsg.), FS Zöllner, S. 429, 436 f. Ein anderer Ansatz besteht darin, den die Minderheit benachteiligenden Mehrheitsbeschluss bestimmten Voraussetzungen zu unterwerfen. So wird z. T. ein sachlicher Grund verlangt. Wiedemann zufolge sollen alle Entscheidungen, die der Verwirklichung des Gesellschaftszweckes dienen, einer Kontrolle daraufhin unterworfen werden, ob sie mit Verbandszweck und Unternehmenszielen im Einklang stehen, wobei der Mehrheit ein Ermessensspielraum

lichkeit der zur Verfügung stehenden Mittel,²⁴ um den systemseitig bedingten Machtvorsprung der Mehrheit auszugleichen, macht einen gerechten Ausgleich schwierig.

In der SE-VO finden sich neben der Ermächtigung der Mitgliedstaaten in Art. 8 Abs. 5 SE-VO zum Erlass ergänzender Vorschriften zum Schutz der Minderheit anlässlich einer Sitzverlegung, etwas versteckt technische Minderheitsrechte. Hierzu zählen etwa Art. 55 Abs. 1 Hs. 1 und Art. 56 S. 1 SE-VO, die jeweils einer Aktionärsminorität von 10% ein Einberufungsrecht für Hauptversammlungen zukommen lassen bzw. dieser Einfluss auf die Tagesordnung einräumen.²⁵ Das zeigt, dass der SE-VO der Schutzgedanke im Hinblick auf Aktionärsminoritäten selbst nicht fremd ist, trotz Abgabe der Regelungsverantwortung an die Mitgliedstaaten an entscheidender Stelle. Die Ermächtigung des Art. 8 Abs. 5 SE-VO ist demnach nur ein Baustein effektiven Minderheitenschutzes neben anderen, wie etwa der Informationspflicht gem. Art. 8 Abs. 2 und 3 SE-VO und dem Recht zur Beschlussfassung nach Art. 8 Abs. 6 S. 2, 59 Abs. 1 SE-VO.²⁶ Dabei trägt die Bestimmung des Art. 8 Abs. 6 S. 2 i. V. m. Art. 59 Abs. 1 SE-VO zusätzlich der besonderen Bedeutung eines Verlegungsbeschlusses dadurch Rechnung, dass hierfür wenigstens eine Zweidrittelmehrheit angeordnet wird. Aufgrund der Vorschrift des Art. 59 Abs. 2 SE-VO kann sich die verbleibende Minorität bei Existenz entsprechender nationaler Vorschriften in den Mitgliedstaaten jedoch bis auf einen Aktionär weniger als die Hälfte der Aktionäre vergrößern.²⁷ Eine starre Definition der „Minorität“ ist deshalb nicht möglich. Vielmehr ist einzelfallbezogen „Mehrheit, wer in der konkreten Situation die Gesellschaft und ihre Organe kontrolliert, Minorität, wer nicht kontrollieren kann und damit die Maßnahmen der kontrollierenden Gruppe hinnehmen muss.“²⁸ Als „Minorität“ im Rahmen der Sitzverlegung wird daher im Folgenden allgemein der einem positiven Sitzverlegungsbeschluss nicht zustimmende Teil der Aktionäre verstanden.²⁹

Der gesetzliche „Minoritätenschutz“ erfasst jedoch nicht ausschließlich diese „Minoritätsaktionäre“ im Definitionssinne, sondern steht insbesondere im Bereich des institutionellen

zuzubilligen ist, vgl. Wiedemann, GesR I, S. 435; ders. ZGR 1980, 147, 157. Zusammenfassend: Hirte, Bezugsrechtsausschluss, S. 129 ff.; differenzierend: Martens, in: Lutter/Stimpel u. a. (Hrsg.), FS Fischer (1979), S. 437, 445; Lutter, ZGR 1981, 171, 178; zur Anwendung des Verhältnismäßigkeits- und Erforderlichkeitsgrundsatzes stattdessen Zöllner, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 351 f. Siehe auch Hofmann, Der Minoritätenschutz im Gesellschaftsrecht, S. 9 ff. mit Überlegungen zur rechtspolitischen, ökonomischen und verfassungsrechtlichen Notwendigkeit des Minoritätenschutzes. Näher zur materiellen Beschlusskontrolle später unter D. II. 4. b.: „Materielle Beschlusskontrolle“.

²⁴ Diese ergibt sich zwangsläufig aus dem Unterschied zwischen Kompensationsmittel und dem zu kompensierenden Mangel an Bestimmungsmacht in Bezug auf das Ergebnis der jeweiligen Entscheidung.

²⁵ Zu Einberufungsrecht und Bekanntmachungsrecht näher unten: D. II. 8.: „Allgemeines Einberufungs- und Bekanntmachungsrecht der Aktionärsminorität“, vgl. hierzu auch Spindler, in: Lutter (Hrsg.), Europäische Gesellschaft, S. 223, 240 ff.

²⁶ Zimmer/Ringe, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 8, Rn. 33.

²⁷ Vgl. Art. 59 Abs. 2 SE-VO, wonach etwaige strengere Mehrheitsanfordernisse der Mitgliedstaaten Art. 59 Abs. 1 verdrängen. Zur Drei-Viertel-Mehrheit des § 179 Abs. 2 S. 1 AktG näher unter D. II. 4. a. (1): „Mehrheitsanfordernis, Art. 8 Abs. 6, Art. 59 Abs. 1 SE-VO“.

²⁸ Hofmann, Minoritätenschutz, S. 6.

²⁹ Kalss, ZGR 2003, 593, 601 f. Die Frage, wer als „Minoritätsaktionär“ zu bezeichnen ist, muss dabei getrennt werden von dem umstrittenen Widerspruchserfordernis als Anspruchsvoraussetzung für den Minoritätenschutz nach Art. 8 Abs. 5 SE-VO i. V. m. § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Art. 8 Abs. 5 SE-VO: „Minoritätsaktionäre, die sich gegen die Verlegung ausgesprochen haben“. A. A. in Bezug auf Art. 24 Abs. 2 SE-VO wohl Weppner, Minoritätenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung, S. 18 f.

Minderheitenschutzes und des Minderheitenschutzes durch allgemeine Mitgliedschaftsrechte i. d. R. allen Aktionären zu. Zur erstgenannten Kategorie zählen insbesondere die Kontrollmechanismen in Form von Berichtspflichten und Kontrolle der Organmitglieder, zur zweiten Kategorie etwa die Anfechtungsklage.³⁰ Die Austritts- und Abfindungsansprüche der Minderheitsaktionäre als „Minderheitenrechte im engeren Sinn“ sind nach überwiegender Auffassung als Mittel sowohl des Kapitalanleger- als auch des Minderheitenschutzes zu begreifen, wobei eine verallgemeinernde, alle Abfindungsrechte erfassende Fokussierung auf nur eine von beiden Schutzrichtungen zu kurz greift.³¹

Die vorliegende Untersuchung erfasst daher nicht nur den Minderheitenschutz im technischen, also im engeren Sinne, sondern bezieht auch den Minderheiten- und Kapitalanlegerschutz im Übrigen mit ein, ohne diesbezüglich den Anspruch der Vollständigkeit zu erheben. So widmet sich diese Arbeit zunächst dem Barabfindungsanspruch nach Art. 8 Abs. 5 SE-VO i. V. m. § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG (B. II., C. II.), woran sich die Betrachtung des institutionellen Minderheitenschutzes im vierten Teils anschließt (D.).

B. Die Sitzverlegung als Gestaltungsoption

I. Das wirtschaftliche Umfeld einer Sitzverlegung: Ausgangsüberlegungen

1. Motive der Sitzverlegung

Stellt man die Frage nach einer angemessenen Interessenwahrung der Belange von Aktionärs-minderheiten, so ist es wichtig, sich zunächst die typischen Motive einer Sitzverlegungsentscheidung zu vergegenwärtigen. Denn jeglicher Versuch, eine praktisch durchsetzbare Abwägungsentscheidung in einem Interessenkonflikt herbeizuführen, ist zum Scheitern verurteilt, behält man dabei nicht die Ziele auch „der anderen Seite“ im Auge. Je gerechter im Sinne von „beiden Seiten gerecht werdend“ aber eine Lösung oder ein Lösungsvorschlag erscheint, desto eher wird er auch auf die Akzeptanz der Beteiligten stoßen und praktisch durchsetzbar sein.³²

Die grenzüberschreitende Sitzverlegung lässt sich betriebswirtschaftlich als eine mögliche Fall-

³⁰ Zu der hier verwendeten Unterteilung des Minderheitenschutzes in drei Gruppen vgl. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 16 III 2, S. 468 f.; ähnlich Wiedemann, GesR I, S. 419 ff., der von dem „eigentlichen Minderheitenschutz“ ebenfalls den „technischen/formellen Minderheitenschutz“ in Form von Mitverwaltungs- und Kontrollrechten unterscheidet, die ein besonderes Quorum erfordern; dem folgend auch Weppner, Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung, S. 19. Zu weiteren Einteilungsvorschlägen betreffend die Minderheitenrechte vgl. Bujalka, Der Schutz von Minderheitsaktionären bei Umstrukturierungen im deutschen und slowakischen Aktienrecht, S. 79 f. (Einteilung nach dem Inhalt), S. 80 f. (Einteilung nach Zielrichtung), S. 82 f. (Einteilung nach Disponibilität), S. 83 f. (Einteilung nach erforderlichen Kapitalanteilen), jeweils m. w. N.

³¹ Ähnlich Schindler, Austrittsrecht, S. 162. Vgl. hingegen Mülbart, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, S. 302, der für eine alleinige Behandlung dieser als Mittel des verbandsrechtlichen Anleger-schutzes plädiert. Zu den verschiedenen Ansätzen Mülbart, ebda, S. 54 ff.

³² Die folgenden Ausführungen widmen sich dem „Wettbewerb der Rechtsordnungen.“ Es soll also im Unterschied zum „institutionellen Wettbewerb“ vorrangig die Sichtweise der „Nachfrageseite“ betrachtet werden, bevor dann unter 2. auch auf die „Angebotsseite“, also die gesetzgeberischen Reaktionen in dem die Debatte prägenden Beispielsfall „Delaware“ kurz eingegangen wird. Näher zur Idee eines „Wettbewerbs der Rechtsordnungen“ etwa Schön, ZHR 1996, 221, 233 ff.; zu den begrifflichen Feinheiten vgl. Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt, S. 8 ff.

konstellation im Rahmen der Internationalisierungsstrategien der Unternehmen begreifen.³³ Diese Internationalisierung als sog. „passive Internationalisierung“ kann eine Reaktion auf Defizite im strategischen Bereich sein. Sie dient damit vorrangig dem Ziel der Sicherung einer künftig erfolgreichen Wettbewerbsposition bzw. der Vorbeugung „strategischer Lücken im Bereich der Zielerreichung“ oder aber sie stellt als sog. „aktive Internationalisierung“ den Versuch dar, im Inland bestehende Wettbewerbsvorteile auch im Ausland zu nutzen.³⁴ Daraus ergibt sich, dass die grenzüberschreitende Sitzverlegung keine isoliert zu betrachtende Umstrukturierungsalternative ist, sondern vielmehr strategische Gemeinsamkeiten mit der jeweils grenzüberschreitenden Gründung von Holding- oder Tochtergesellschaften, der Errichtung von Haupt- oder Zweigniederlassungen und der Durchführung von Spaltungen, Formwechseln und Verschmelzungen aufweist.³⁵ Ziele all dieser Maßnahmen können zum Beispiel die Stärkung der Wettbewerbsposition gegenüber außereuropäischen Unternehmen und die Effizienzsteigerung aufgrund der Senkung von Transaktions- und Organisationskosten im europäischen Binnenmarkt sein. Vor allem aber auch die Aussicht, sich durch die Wahl eines neuen Sitzstaates in steuerlicher Hinsicht besser zu stellen, kann eine Sitzverlegung attraktiv erscheinen lassen.³⁶ Auch die Aussicht, Kosten für evtl. mit der Sitzverlegung überflüssig werdende Tochtergesellschaften einzusparen oder Direktinvestitionen aus Drittstaaten zu erschließen, die speziell an Investitionen in Unternehmen eines bestimmten europäischen Staates interessiert sind, sind vorstellbare Motive. Ebenso könnte die Krisengesetzgebung im Zuge der Wirtschafts- und Bankenkrise in jüngster Zeit für die Unternehmen eine gewisse Anreizwirkung entfalten.³⁷ So stellt beispielsweise das FMStFG³⁸ in § 2 Abs. 1 S. 1 die Bedingung auf, dass Kapitalanlagegesellschaften, die eine Hilfe nach diesem Gesetz beantragen, ihren Sitz im Inland haben müssen.

Diese kleine Auswahl denkbarer Vorteile einer Sitzverlegung macht deutlich, dass die Bandbreite der möglichen positiven Effekte breit ist, so dass die Motive wenig verallgemeinerungsfähig sind.³⁹ Nicht zuletzt handelt es sich auch um eine unternehmenspolitische Entscheidung. Die Sitzverlegung beispielsweise in den Staat, dem die wichtigsten Kunden oder Lieferanten entstammen, oder im Falle staatlicher Großinvestitionen in den investierenden Staat, kann von großer symbolischer und arbeitsmarktpolitischer Bedeutung sein. Den Erfahrungen anderer

³³ Wenz, in: Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft, S. 205.

³⁴ Wenz, in: Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft, S. 202. Zur Erforschung von Funktions- und Wirkungsweise unterschiedlicher Rechtsordnungen durch die „Neue Institutionenökonomik“ etwa Röpke, Gläubigerschutzregime im europäischen Wettbewerb, S. 9 ff.; Hirte (Hrsg.): Kapitalgesellschaftrecht, S. 8. Zur strategischen und operativen Bedeutung für Gestaltungen mit Auslandsbezug allgemein Bückler, in: Hirte/Bückler (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 3, Rn. 13 f.

³⁵ Bückler, in: Hirte/Bückler (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 3, Rn. 12 ff.

³⁶ Bückler, in: Hirte/Bückler (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 3, Rn. 15; zu den Konsequenzen einer Sitzverlegung in steuerlicher Hinsicht näher Martin/Poracchia, *Journal du droit international* 2010, 347, 365 ff. Steuerliche Gründe werden als Schlüsselmotiv für denkbare zukünftige Sitzverlegungen von den Europäischen Gesellschaften selbst angegeben, vgl. nur Eidenmüller/Engert/Hornuf, *EBOR* 10/2009, S. 1, 27. Zu den steuerlichen Änderungen im Einzelnen Wenz, in: Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft, S. 688.

³⁷ Zu der durch die Finanzkrise angestoßenen europäischen Bankenaufsichtsdebatte näher Martin/Poracchia, *Journal du droit international* 2010, 347, 382 ff.

³⁸ Gesetz zur Errichtung eines Finanzmarktstabilisierungsfonds vom 17.10.2008, *BGBI. I* 2008, 1982 ff., zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 24.2.2012

³⁹ Bückler, in: Hirte/Bückler (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 3, Rn. 12, 16 mit weiteren Beispielen.

Länder wie der USA, in denen Sitzverlegungen weit verbreitet sind, lassen sich unter Umständen auch für Europa interessante Tendenzen entnehmen.

2. Wettbewerb der Rechtsordnungen

a. Der „Delaware-Effekt“⁴⁰

In den USA ist eine auffällige Häufung von Sitzverlegungen aus anderen Staaten nach Delaware zu verzeichnen, was Anlass zu Untersuchungen der Rahmenbedingungen dort gab. Im ersten Schritt soll zunächst das „Sitzverlegungsphänomen Delaware“ kurz dargestellt werden. In einem zweiten Schritt soll die Frage beantwortet werden, inwieweit die hieraus gewonnenen Ergebnisse auf die Situation in Europa übertragbar sind.

Delaware ist vor allem für sein wettbewerbsfähiges „corporate case law“ sowie für die herausragende Expertise in der Handhabung wirtschaftsrechtlicher Sachverhalte durch Rechtsprechung und Gesetzgebung bekannt.⁴¹ So bietet Delaware eine in besonderem Maße ausdifferenzierte Rechtsprechung zu gesellschaftsrechtlichen Sachverhalten, was dem Bedürfnis der Unternehmen nach Rechtssicherheit entgegenkommt.⁴² Weitere Besonderheiten wie das Versprechen spezieller M. & A.-Programme locken verlegungswillige Unternehmen nach Delaware.⁴³ Auf der Kosten- seite glänzt Delaware u. a. durch niedrige Transaktionskosten. Die Standortvorteile schlagen sich sogar in der Entwicklung des Aktienkurses bei Sitzverlegung dorthin nieder.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass Delaware sich unter den Bundesstaaten als „führend“ in Sachen Gesellschaftsrecht etabliert hat. Ob sein guter Ruf allerdings inhaltlich gerechtfertigt ist, ist dennoch umstritten.⁴⁴ *Tröger* gibt zu Recht zu bedenken, dass Verbesserungen der Rahmenbedingungen für Unternehmen in Delaware allein nicht ausgereicht haben, um dessen Vorrangstellung zu begründen, ist die Entwicklung doch vor allem auch durch Verschlechterungen dieser in anderen Bundesstaaten in Gang gekommen.⁴⁵

Auf Europa und insbesondere die Situation der SE sind die Ergebnisse solcher Entwicklungen schon aufgrund des gegenläufigen Harmonisierungsstrebens des europäischen Gesetzgebers nicht ohne weiteres übertragbar.⁴⁶ Andererseits bewirkt die zunehmende Integration des europäischen

⁴⁰ Ausführlich dazu Von Hein, *Rezeption*, S. 466 ff., ferner Kieninger, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen*, S. 99 ff.

⁴¹ Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, Kommissionsbericht v. 12.12.2007, SEC 2007 (1707), abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/shareholders/ia_transfer_122007_part1_en.pdf, Zugriff zuletzt am 2.8.2012.

⁴² Von Hein, *Rezeption*, S. 483.

⁴³ Kommissionsbericht v. 12.12.2007, SEC 2007 (1707), S. 15. Zu den Hauptauslösern für Sitzverlegungen in den USA (erfolgreiches Zeichnungsangebot von Aktien, spezielle M&A-Programme, Bereitstellung von Übernahmenschutzmechanismen) siehe auch *Tröger*, *EBOR* 2005, 3, 36.

⁴⁴ Von Hein, *Rezeption*, S. 678 f.; Kieninger, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen*, S. 103.

⁴⁵ So wurde die „Antitrust-Gesetzgebung“ in New Jersey erheblich verschärft, nachdem die Unternehmen vorab durch attraktive Standortbedingungen dorthin gelockt worden waren, was zu einer Auswanderung sehr vieler Unternehmen nach Delaware führte, *Tröger*, *EBOR* 2005, 3, 12 f.

⁴⁶ Paefgen, *WM* 2009, 529, 535 f.; Teichmann, *European Private Law* 2011, 145, 170; ders., in: Müller-

Kapitalmarkts, dass beispielsweise die Übertragbarkeit amerikanischer, marktorientierter Modelle der Corporate Governance auf den europäischen Rechtskreis heute nicht mehr mit dem Argument der hiesigen, historisch bedingten Enge des Kapitalmarkts verneint werden kann.⁴⁷ So lässt sich die Idee eines Corporate-Governance-Kodex in Deutschland unbestritten auf das englische bzw. amerikanische Vorbild zurückführen.⁴⁸ Auch lässt sich heute in Bezug auf den institutionellen Wettbewerb etwa § 5 AktG anführen, dessen Neufassung 2008 gerade mit der besseren Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Kapitalgesellschaft begründet wurde.⁴⁹ Im Ergebnis können die Erfahrungen anderer Länder mit einem Wettbewerb der Rechtsordnungen bei der voranschreitenden Öffnung Europas also durchaus interessante Anreize geben.

b. Wettbewerb der Rechtsordnungen

Im Folgenden ist zunächst zu untersuchen, inwieweit ein Wettbewerb der Rechtsordnungen in Europa im Gesellschaftsrecht, insbesondere im Hinblick auf die SE, möglich⁵⁰ bzw. überhaupt wünschenswert ist, bevor dann (unter c.) auf die Bestimmung der individuellen Wettbewerbsposition der einzelnen Staaten und auf mögliche Auswirkungen des Schutzniveaus hinsichtlich des Minderheitenschutzes auf die Sitzverlegungsentscheidung (unter d.) eingegangen wird.

Dass die „Marktmechanismen“ bei der Standortwahl auch in Europa zumindest partiell funktionieren, zeigt der Gründungsboom in Großbritannien mit der bereits erwähnten Antwort des deutschen Gesetzgebers im Jahr 2008.⁵¹ Maßgebliche Faktoren, mit denen das Vereinigte Königreich

Graff/Teichmann, Europäisches Gesellschaftsrecht auf neuen Wegen, S. 43, 46 f.; ähnlich Ulmer, Harmonisierungsschranken, S. 181 ff.; Kirchner/Painter/Kaal/Höppner, AG 2012, 469, 470; i. E. genauso Kieninger, allerdings noch mit der Begründung, dass der indirekte Wettbewerb bereits daran scheitert, dass das Privatrecht in weiten Teilen kein oder nur ein Standortfaktor von untergeordneter Bedeutung sei, vgl. Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen, S. 103. Hingegen sieht Bückner, in: Hirte/Bückner (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 3, Rn. 17 ff. durchaus relevante und für die Gestaltungspraxis interessante Unterschiede in den Gesellschaftsrechtsordnungen der Mitgliedstaaten.

⁴⁷ Von Hein, Rezeption, S. 217.

⁴⁸ Bericht der Regierungskommission Corporate Governance v. 14.8.2001, BT-Drucks. 14/7515, S. 27 f., vgl. auch Von Hein, Rezeption, S. 255. Auch die Idee eines „European Model Company Law Act (EMCLA)“, eines europäischen Modellgesetzes für EU-Kapitalgesellschaften ist u. a. den Modellgesetzen in den USA zu verdanken, zu diesem Projekt Baums, in: Kley/Leven u. a. (Hrsg.), FS Von Rosen, S. 525 ff.

⁴⁹ Gesetzesbegründung MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 29. Näher dazu s. u.: B. II. 2.: „Deutsche Gesetzgebung: Rechtslage nach dem MoMiG“; siehe auch Teichmann, European Private Law 2011, 145, 169; Paefgen, WM 2009, 529, 535. Kirchner/Painter/Kaal/Höppner, AG 2012, 469 stellen fest: „Der US-amerikanische Wettbewerb der Gesellschaftsrechte (...) ist nun auch in Europa angekommen“. Anders noch Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen, S. 196, die feststellt, dass innerhalb der EU keine empirischen Anhaltspunkte für einen direkten institutionellen Wettbewerb ersichtlich seien. Ähnlich Ulmer, Harmonisierungsschranken, S. 183 f., der die Teilnahme des Internationalen Gesellschaftsrechts selbst und damit der Sitztheorie am Wettbewerb in den Vordergrund rückt. Diese Ansicht verkennt allerdings die weitaus größere Bedeutung der materiellen Gesellschaftsrechtsregeln für den Wettbewerb.

⁵⁰ Da die SE nach hier vertretener, aber nicht unumstrittener Ansicht zu Art. 7 S. 1 Satzungs- und Verwaltungssitz gemeinsam verlegen muss, erübrigt sich im Folgenden eine Unterscheidung der Standortfaktoren in solche, die an den Satzungssitz und andere, die an den Verwaltungssitz anknüpfen.

⁵¹ Vgl. Fn. 70. Zur „Limited-Welle“ siehe ferner den Vortrag von Bückner in: Von Rosen, DAI-Seminare, S. 49, 52 f.; zu den weiteren Entwicklungen, insbes. dem Bedeutungsverlust der Ltd. in jüngster Zeit vgl. Teichmann, European Private Law 2011, 145, 170; ders., in: Müller/Graff/Teichmann, Europäisches Gesellschaftsrecht auf neuen Wegen, S. 43, 46. Zu der Entwicklung der Gründungszahlen siehe Prentice, in: Bruno/Ruggiero (Hrsg.), Public Companies and the Role of Shareholders, Chapter 5, S. 197 m. w. N.

im internationalen Wettbewerb punkten kann, sind minimale Kosten und Kapitalanforderungen sowie das verhältnismäßig unbürokratische Gründungsverfahren.⁵² Inwieweit ein solcher Wettbewerb allerdings überhaupt wünschenswert ist und für die Interessen einzelner, möglicherweise unterrepräsentierter Gruppen von Betroffenen zu kritischen Auswirkungen führen kann, ist höchst umstritten.⁵³ Unter den Stichworten „Race to the Bottom“ und „Race to the Top“ wird zum US-amerikanischen Wettbewerb der Gesellschaftsrechte kontrovers diskutiert, ob ein freier Wettbewerb insgesamt zur Abwertung des Schutzniveaus oder vorrangig zu einem besseren Gesellschaftsrecht mit attraktiveren Investitionsbedingungen für Aktionäre führt.⁵⁴

Angesichts der Festschreibung von immer mehr Mindeststandards durch Richtlinien im Bereich des Gesellschaftsrechts ist die Gefahr eines „Race to the Bottom“ in Europa allerdings als gering einzuschätzen. Die Wettbewerbssituation der Mitgliedstaaten unterscheidet sich auf vielen Gebieten dadurch signifikant von der der amerikanischen Bundesstaaten und lässt einen Wettbewerb daher generell in positiverem Licht erscheinen.⁵⁵ Die dort erkannten Grundprinzipien dürften nichtsdestotrotz in Europa funktionieren, und zwar umso besser, je weniger der jeweilige Teilbereich harmonisiert ist.⁵⁶ Allerdings ist speziell auf dem Gebiet des für Aktiengesellschaften geltenden Rechts aufgrund der hier bereits vergleichsweise weit fortgeschrittenen Harmonisierung kaum Wettbewerb zu verzeichnen.⁵⁷ Ein „europäisches Delaware“ ist also nicht in Sicht. Zwar haben einzelne Staaten wie Luxemburg, die Niederlande oder Großbritannien wegen ihres unternehmerfreundlichen Rechts den Ruf, besonders gut im Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaft dazustehen; an Bedeutung reicht dieser Vorsprung jedoch nicht annähernd an den des amerikanischen Bundesstaats heran.⁵⁸ Für das Europa kennzeichnende Spannungsverhältnis zwischen Harmonisierung und Wettbewerb erscheint es zudem nachvollziehbar, letzteren lediglich als Voraussetzung und Zwischenschritt auf dem Weg zu weiterer Rechtsangleichung zu begreifen.⁵⁹ Der Wettstreit der Rechtsordnungen untereinander ist nach diesem Verständnis notwendig zur Herausbildung einer europäischen Rechtskultur, die langfristig auch auf derzeit noch weitgehend nicht vereinheitlichten Gebieten eine Annäherung erlaubt (Wettbewerb als „Harmonisierungsinstrument“).⁶⁰

⁵² Kommissionsbericht v. 12.12.2007, SEC 2007 (1707), S. 16 f.

⁵³ Speziell zum europäischen Wettbewerb unter Sitz- bzw. Gründungstheorie Schön, ZHR 1996, 221, 233 ff., der auch nach umfassender Abwägung zu keinem eindeutigen Ergebnis kommt; s. auch Von Hein, Rezeption, S. 491 m. w. N.

⁵⁴ Barth, Legislativer Wettbewerb, S. 46; Tröger, EBOR 2005, 3, 9 ff.; ausführlich: Von Hein, S. 491 ff. m. w. N.

⁵⁵ Genauso Enriques, ZGR 2004, 735, 743; Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 5, Rn. 160; Paefgen, WM 2009, 529, 535. Von einem „Race to the bottom“ auch in Europa dagegen ausgehend Kindler, NJW 1999, 1993, 2000. Zur fortschreitenden Harmonisierung durch Richtlinien siehe nur Teichmann, European Private Law 2011, 145, 147 f., 151 ff.

⁵⁶ So auch Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 5, Rn. 161; für eine (begrenzte) Übertragbarkeit der amerikanischen Erkenntnisse auch Barth, Legislativer Wettbewerb, S. 138, Enriques, ZGR 2004, 735, 743; ferner: Von Hein, Rezeption, S. 590, der im Hinblick auf Europa von einem „Verteidigungswettbewerb“ spricht.

⁵⁷ Teichmann, European Private Law 2011, 145, 165 f. Von „Einheitlichkeit“ ist aber auch das Aktienrecht noch weit entfernt, so zu Recht Enriques, ZGR 2004, 735, 742 m. w. N.

⁵⁸ Tröger, EBOR 2005, 3, 46 ff.

⁵⁹ Ulmer, Harmonisierungsschranken, S. 185 f.; ähnlich auch Grundmann/Möslein, in: Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel II, S. 102, die die „kritische Rechtsvergleichung“ als Harmonisierungsmodell in den Mittelpunkt rücken.

⁶⁰ Ulmer, Harmonisierungsschranken, S. 185 f.; vgl. auch Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 5, Rn.

Die europäischen Gesellschaftsformen aber verbinden gewissermaßen die beiden Ansätze, indem zum einen europäisches Sekundärrecht geschaffen wird und zum anderen der Wettbewerb zwischen den Rechtsformen durch das Hinzutreten einer weiteren Alternative (vertikaler Regulierungswettbewerb) befördert wird.⁶¹ Diese könne daher mittelbar auch dazu dienen, das Bewusstsein für das Vorhandensein von Alternativen jenseits des altbekannten nationalen Kanons von Gründungs- und Umwandlungsmöglichkeiten als einer Grundvoraussetzung für mehr Wettbewerb auf diesem Gebiet erst zu schaffen. Damit entzieht sich diese Form des „Entdeckungsverfahrens des vertikalen Regulierungswettbewerbs“⁶² dem einfachen Schema der „race to the bottom/top“-Problematik.⁶³

Schon bei der Entscheidung für oder gegen die Gründung einer europäischen Gesellschaft stehen regelmäßig mindestens zwei Rechtsregime im direkten Wettbewerb: Der originär europäische Regelungsrahmen der SE-VO konkurriert mit einer oder mehreren mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, innerhalb derer sich die Gründungsgesellschaften bereits bewegen. Interessanterweise ruft einer neueren Untersuchung zufolge der Wechsel in die Rechtsform der SE hier tendenziell die gleichen positiven Auswirkungen auf den Börsenkurs der Unternehmen hervor wie in den USA der Wechsel von einer in eine andere Rechtsordnung durch Verlegung des Sitzes.⁶⁴ Dennoch entscheiden sich die Gründer hauptsächlich aus Imagegründen für die SE. An zweiter und dritter Stelle stehen die Wahl zwischen zwei Leitungssystemen und die Vermeidung bzw. Verringerung der Arbeitnehmermitbestimmung.⁶⁵ Neben der Mobilität der Gesellschaftsform auf Platz vier sind dies demnach die ausschlaggebenden Motive und nicht etwa die Intention, sich das günstigste Rechtsregime unter den Mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen herauszusuchen.⁶⁶ Nichtsdestotrotz wird dieser Faktor wohl spätestens mit der konkreten Erwägung einer Sitzverlegung auch in den Fokus der Gesellschaft rücken. In diesem Zusammenhang ist zu erwarten, dass die Freiheit, sich im Zuge einer geplanten Sitzverlegung umfassend neu zu orientieren und Vergleiche anzustellen, größer sein wird als bei der ursprünglichen Sitzwahl im Rahmen der Gründung. Denn dort dürften die traditionell engen Verknüpfungen mit den Staaten der Gründungsgesellschaften die ohnehin bereits schwierige Überzeugungsarbeit bei den Betroffenen für einen Rechtsformwechsel und ein gewisser Kosten- und/oder Zeitdruck

158, der unter Hinweis u. a. auf das Subsidiaritätsprinzip den Wettbewerb sogar als „EG-verfassungsrechtlich geboten“ bezeichnet; ebenso Klinke, in: Heidel/Lochner, Aktienrecht, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 89.

⁶¹ Ähnlich Röpke/Heine, in: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft 2005, S. 157, 172.

⁶² In Anlehnung an Hayeks Idee vom Wettbewerb als Entdeckungsverfahren auf Gütermärkten (vgl. Hayek, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, Weltwirtschaftliches Archiv 1968, Nr. 56, S. 3), nach dem erst durch das Verfahren des Wettbewerbs das in einer Gesellschaft dezentral vorhandene Wissen bekannt und nutzbar gemacht werden kann, vgl. Röpke/Heine, in: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft 2005, S. 157, 173.

⁶³ Röpke/Heine, in: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft (2005), S. 157, 173; Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 5, Rn. 160.

⁶⁴ Eidenmüller/Engert/Hornuf, ECGI Law Working Paper No 127, Juli 2009, S. 23, Download unter: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1409555, zuletzt aufgerufen am 2.8.2012; unbestimmter hingegen Eidenmüller/Engert/Hornuf, AG 2009, 845, 852 ff.

⁶⁵ Die Vermeidung strikter Mitbestimmungsregeln wird bereits als „Dauerthema“ bei grenzüberschreitenden Um- und Neustrukturierungen bezeichnet, vgl. Bückler, in: Hirte/Bückler (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 3, Rn. 27.

⁶⁶ Eidenmüller/Engert/Hornuf, EBOR 10/2009, S. 1, 27; anders hingegen noch die Einschätzung von Enriques, ZGR 2004, 735, 738.

weitgehend bestimmen.⁶⁷ Man könnte dennoch die Gründungsentscheidung an sich schon als den ersten Schritt zu einem „company law shopping“ bezeichnen, dessen konkrete Ausführung bei einer späteren Sitzverlegung dann als den zweiten und letzten Schritt. Diese Sichtweise lässt sich auf die häufige Angabe der erhöhten Mobilität als Gründungsmotiv stützen (s.o.). Vor dem Hintergrund der Bindung in den durch die SE-VO festgelegten Bereichen bleibt allerdings festzustellen, dass eine Teilnahme am Wettbewerb der Rechtsordnungen zwischen den Mitgliedstaaten für diese Rechtsform selbst nur begrenzt möglich ist. Die Lückenhaftigkeit der SE-VO garantiert andererseits, dass dennoch einige bedeutende Bereiche einem solchen Wettbewerb überlassen bleiben.⁶⁸ So existieren beispielsweise keine europäischen Regelungen zum Konzernrecht der SE.⁶⁹ Dies trifft auch auf das Steuerrecht zumindest im Bereich der direkten Steuern zu. Der Frage der steuerlichen Behandlung von Unternehmen wird in diesem Kontext häufig erhebliche Bedeutung zugemessen. Dies zeigt sich etwa anhand der Entwicklung Liechtensteins als europäischer „Steuroase“.⁷⁰ Der lange Zeit dem freien Wettbewerb überlassene Bereich der „Corporate Governance“,⁷¹ also der Regelungen über interne Organisation und Kontrolle der Unternehmensführung und -verfassung, steht hingegen unter zunehmendem Harmonisierungsdruck.⁷² Auch die Richtlinien zur Schaffung eines europäischen Kapitalmarktes, die in Deutschland durch mehrere Finanzmarktförderungsgesetze umgesetzt wurden, sorgen bereits weitgehend für eine Harmonisierung auf diesem Gebiet.⁷³

⁶⁷ Nicht von der Hand zu weisen ist hier der von Kirchner/Painter/Kaal/Höppner, AG 2012, 469, 471 angeführte Kostennachteil, der insbesondere durch die Verbindung einer Standort- und damit Rechtswahl mit der dazugehörigen judikativen Rechtsfortbildung entsteht. Deshalb schlagen dies. Eine Entkopplung von legislativ gesetztem Gesellschaftsrecht und judikativer Rechtsfortbildung vor durch Zuständigkeit internationaler Schiedsgerichte.

⁶⁸ Meyer, Ausgleichs- und Abfindungsansprüche, S. 149; Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, IV. Kap., § 41, Rn. 22 a. E., die auf den doppelten Wettbewerb durch das SE-Regime hinweisen: Zum einen auf der Ebene der SE-Umsetzungsgesetze und zum anderen hinsichtlich der nationalen, subsidiär anwendbaren Rechtsordnungen; zum Wettbewerb zwischen nationalen Gesellschaftsformen und der SE siehe auch Menjuq, in: Jung (Hrsg.), Supranationale Gesellschaftsformen im Typenwettbewerb, S. 1, 13 ff. Dabei bestehen insbesondere in den Rechtsordnungen, die ein verhältnismäßig junges Gesellschaftsrecht besitzen wie etwa Bulgarien oder Slowenien, größere Chancen, dass sich die supranationalen Rechtsformen auf die nationalen Rechtsvorschriften auswirken, wo sie Teil des Gesellschaftskodex werden und Mustercharakter entfalten, Csehi, in: Jung (Hrsg.), Supranationale Gesellschaftsformen im Typenwettbewerb, S. 17, 26.

⁶⁹ Maul, in: Van Hulle/Maul/Drinhausen: Hdb. SE, 8. Abschnitt, Rn. 1; Habersack, ZGR 2003, 724, 737 ff.; im Großen und Ganzen auch von einer Regelungslücke ausgehend Lächler, Das Konzernrecht der Europäischen Gesellschaft (SE), S. 70 f.; zur Aufgabe entsprechender Vorschriften in der SE-VO vgl. Rasner, ZGR 1992, 314, 324 f. Näher zu den daraus resultierenden Schwierigkeiten Engert, ZVglRWiss 104 (2005), 444 ff.

⁷⁰ Dazu näher Tröger, EBOR 2005, 3, 45 f.

⁷¹ Der Begriff „Governance“ in diesem Zusammenhang entstammt der ökonomischen Theorie und bezeichnet rechtlich-institutionelle Arrangements, mit denen Hindernisse für langfristige Kooperationen beseitigt werden sollen, vgl. Hirte (Hrsg.), Kapitalgesellschaftsrecht, S. 32 f.

⁷² Einen aktuellen Überblick über Stand und Anwendung des europäischen Corporate-Governance-Rahmens gibt das „Grünbuch Corporate Governance-Rahmen“ der Kommission, KOM(2011) 164/3, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/com2011-164_de.pdf, zuletzt aufgerufen am 2.8.2012.

⁷³ Einen wesentlichen Schritt in jüngerer Zeit stellen hier die im Zuge von Basel II erlassenen Eigenkapitalvorschriften für Kreditinstitute dar: RL 2006/48/EG – Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute – und die RL 2006/49/EG – Eigenkapitalausstattung; zur Entwicklung auf dem Gebiet des Kapitalmarktrechts vgl. Caspari, Anlegerschutz in Deutschland im Lichte der Brüsseler Richtlinien, NZG 2005, 98 ff. Näher hierzu später, unter: C. II. 8. d. „Kapitalmarktrechtlicher Ansatz des Europarechts“.

c. Bestimmung der Wettbewerbsposition

Wie weit oder ob überhaupt eine Verschlechterung der Rechtsstellung der Minderheitsaktionäre durch den Sitzwechsel stattfindet, wird maßgeblich davon bestimmt, wohin der Umzug erfolgen soll. Aus Sicht der Gesellschaft hängt die Attraktivität der Sitzverlegung ebenfalls davon ab, dass gewisse Unterschiede zwischen aktuellem und zukünftigem Sitzstaat vorhanden sind. Bevor näher auf das Verhältnis dieser Unterschiede zueinander und auf die Aktionärssicht eingegangen wird, soll die Sicht der Gesellschaft beleuchtet werden. Dies ermöglicht am Ende eine Aussage darüber, ob eine Sitzverlegung typischerweise überhaupt zu Interessenkollisionen führt.

Um festzustellen, ob und zwischen welchen Mitgliedstaaten aus Gesellschaftssicht relevante Unterschiede hinsichtlich der Standortfaktoren bestehen, können die Indizes der Weltbank herangezogen werden. Diese bewertet und vergleicht jährlich die Einfachheit unternehmerischen Handelns weltweit, zuletzt in 183 verschiedenen Staaten, auf der Grundlage umfangreichen Zahlenmaterials, aus dem sich zahlreiche Rankings zu einzelnen Standortfaktoren entnehmen lassen.⁷⁴ Aus dem Gesamtranking ergibt sich, dass deutliche Unterschiede innerhalb der Europäischen Union gegeben sind. Während Dänemark, Großbritannien und Irland mit den Plätzen 5, 7, und 10 unter den Top 10 der Staaten rangieren, erreichen Italien und Griechenland als Schlusslichter gerade einmal die Plätze 87 und 100.⁷⁵

Den zahlreichen möglichen Verbesserungen durch einen Sitzwechsel stehen allerdings auch Hemmnisse gegenüber. Dazu gehört die Sprachbarriere, die aufgrund der Vielfalt der in Europa gesprochenen Sprachen auch häufig zum Tragen kommen wird.⁷⁶ Zudem lösen die rechtlichen Unterschiede einen erheblichen Informations- und Beratungsbedarf aus, der ebenfalls den Sitzverlegungskosten zuzurechnen ist. Der einheitliche Rahmen der SE-VO sorgt für die SE zwar zum Teil für eine Vereinfachung, kann aber keineswegs alle Bedenken bezüglich der fremden Rechtsordnung ausräumen. Darüber hinaus gibt es Besonderheiten in einigen Mitgliedstaaten, die die Entscheidung für diese als Standort erschweren können. Stellvertretend sei hier nur die nationale Gleichstellungspolitik und -gesetzgebung genannt, die sich in vorgeschriebenen Frauenquoten etwa für Aufsichtsratsmitglieder niederschlagen kann.⁷⁷ Die Eignungsvoraussetzungen für die Aktionärsvertreter im Aufsichtsrat beispielsweise richten sich jedoch nach den nationalen Regelungen für Aktiengesellschaften gem. Art. 47 Abs. 3 SE-VO.

⁷⁴ Weltbankbericht, Doing Business 2012, auch online verfügbar unter: <http://www.doingbusiness.org/~media/FDPKM/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB12-FullReport.pdf>, Zugriff am 2.8.2012.

⁷⁵ Doing Business 2012 (Fn. 96), S. 6. Dabei handelt es sich jeweils um den Durchschnitt aller Ländervergleiche aus den Bereichen Unternehmensgründung („Starting a business“), Erhalt von Baugenehmigungen („Dealing with construction permits“), Beschäftigung von Arbeitnehmern („Employing workers“), Eintragung von Grundbesitz („Registering property“), Kreditaufnahme („Getting credit“), Stromanschluss („Getting electricity“), Investorenschutz („Protecting investors“), Belastung durch Steuern („Paying taxes“), grenzüberschreitender Handel („Trading across borders“), gerichtliche Durchsetzung vertraglicher Vereinbarungen („Enforcing contracts“) und Insolvenz („Resolving insolvency“), Doing Business 2012, S. 16.

⁷⁶ Tröger, EBOR 2005, 3, 22.

⁷⁷ So schreibt ein Gesetz in Norwegen vor, dass 40% und höchstens 60% der Aufsichtsräte weiblich zu sein haben, vgl. Artikel in der „Frankfurter Allgemeinen Zeitung“ v. 15.2.2011, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/norwegens-frauenquote-goldroecke-und-grossmuetter-an-der-macht-1590587.html>, Zugriff am 2.8.2012.

Einen wesentlichen Fortschritt beim Abbau rechtlicher Hemmnisse speziell aus deutscher Sicht stellt dagegen das Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften (SEStEG) dar, das in Umsetzung der Regelungen in der Fusionsrichtlinie⁷⁸ endlich die steuerrechtliche Ungleichbehandlung von Weg- und Zuzug nach Deutschland aufgehoben hat.⁷⁹ Die Bedeutung der Steuer- und Abgabenlast, aber auch die Transparenz und Schnelligkeit des Erhebungsverfahrens stand in letzter Zeit international im Blickpunkt. Steuerreformen rangierten zuletzt immerhin auf Platz drei.⁸⁰ Als weitere wichtige Entscheidungsfaktoren sind der Grad der Freiheit bei der Selbstorganisation (Satzungsgebung u. a.) und die Höhe der Verwaltungs- und Rechtsverfolgungskosten im Allgemeinen zu nennen. Dabei könnte sich vor allem der über Art. 9 Abs. 1 lit. c iii SE-VO anwendbare Grundsatz der deutschen Satzungsstrenge gem. § 23 Abs. 5 S. 1 AktG im Standortwettbewerb negativ auswirken.⁸¹

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass deutliche Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten hinsichtlich wichtiger Standortfaktoren existieren, die Sitzverlegungen attraktiv erscheinen lassen. Häufig wird ein Vorteil durch andere Nachteile aufgewogen und die Entscheidung europäischer Unternehmer für einen Sitzstaat hängt von vielen individuellen Faktoren ab, so dass der Aussage beizupflichten ist, dass nur eine langsame Migration von Europäischen Gesellschaften zu erwarten ist.⁸²

d. Minderheitenschutz als Standortfaktor

In den letzten Jahren hat sich mit der ökonomischen Analyse des Rechts eine neue Forschungsrichtung entwickelt, die die Wirkungen von Rechtsnormen mit den Methoden der Ökonomik prognostiziert und bewertet.⁸³ Der Auswertung wird dabei die Annahme zugrunde gelegt, dass Normadressaten unter einer Vielzahl möglicher Verhaltensweisen für sich diejenige wählen, die den größten Nutzen bringt. Rechtliche Rahmenbedingungen wirken also wie Preise; verschlechtern sie sich, geht die Nachfrage zurück.⁸⁴ Übertragen beispielsweise auf die Regulierung des Kapitalmarktes bedeutet dies, dass die Zuwanderung zahlenmäßig umso größer ausfallen dürfte, je besser der potentielle Sitzstaat als Investitionsstandort dasteht, insbesondere durch ein hohes

⁷⁸ RL 2009/133/EG des Rates vom 19.10.2009, ABl. Nr. L 310 S.34 – Fusionsrichtlinie.

⁷⁹ Gesetz v. 7.12.2006, BGBl. I S. 2782, 2007 S. 68.

⁸⁰ Nach Reformen zur Vereinfachung von Unternehmensgründungen (Platz 1) und solchen, die darauf zielten, den Zugang zu Krediten zu erleichtern (Platz 2), vgl. Doing Business 2012 (Fn. 96), S. 8.

⁸¹ Hierzu Seibt, in: Lutter/Hommelhoff, Die europäische Gesellschaft, S. 68; Hopt, ZGR Sonderheft 13 (1998), 123, 125; rechtsvergleichend zum spanischen, österreichischen und englischen Recht Hoyer, Kontinuität, S. 68 f.; siehe ferner Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 11, Rn. 371 ff. (S. 197 ff.); Casper, ZHR 173 (2009), 181, 188; ders., in: Habersack/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Ulmer, S. 51, 53, 71 sowie Hommelhoff, ebda, S. 267 ff.

⁸² Tröger, EBOR 2005, 3, 63.

⁸³ Hirte (Hrsg.), Kapitalgesellschaftsrecht, S. 8; zu den verschiedenen Ansätzen der Ökonomen, „wirtschaftliche Integration“ zu erfassen, siehe Röpke/Heine, in: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft 2005, Bd. 56, S. 157, 160 ff. Zur ökonomischen Theorie des Rechts ferner Müller, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano, Neue Theorien des Rechts, S. 323 ff.

⁸⁴ Hirte (Hrsg.): Kapitalgesellschaftsrecht, S. 9; zum Beispiel „Delaware“ s. o., unter B. I. 2. a.: Der „Delaware-Effekt“.

Schutzniveau. Höherer Verwaltungsaufwand durch Berichts- und Offenlegungspflichten, zahlreiche Kontrollmöglichkeiten der Investoren und ein starker Minderheitenschutz, die das Unternehmen behindern, könnten demnach durch eine höhere Nachfrage der Investoren ausgeglichen werden.⁸⁵ So könnte sich der Minderheitenschutz im Falle der Sitzverlegung als Hindernis speziell für einen Wegzug aus Deutschland oder Österreich⁸⁶ erweisen. Als mobilitätsbeschränkender und gleichzeitig investorenfreundlicher Faktor ist der Minderheitenschutz bei Sitzverlegung daher von zwei gegenläufigen Wirkungen geprägt. Möglicherweise können die bisher erhobenen Daten Aufschluss darüber geben, welche Wirkungsrichtung überwiegt.

Eine Auswertung der Verteilung der Europäischen Gesellschaften in Europa deutet daraufhin, dass ein starker Minderheitenschutz jedenfalls im Zusammenhang mit der Erstwahl des Sitzes nicht negativ gewertet wird. So ist die Mehrzahl aller SE`s in Tschechien und Deutschland registriert (zusammen etwa 60%).⁸⁷ Beide Staaten haben Gebrauch von allen drei Optionen⁸⁸ gemacht, die den Erlass von Schutzvorschriften für Minderheitsaktionäre eröffnen.⁸⁹

Ein anderes Bild ergibt sich bei Betrachtung der Zu- und Wegzugsfälle: So übersteigen die Wegzüge von SE`s aus Mitgliedstaaten, die einen Minderheitenschutz anlässlich einer Sitzverlegung vorsehen, die Anzahl der Zuzugsfälle.⁹⁰ Diese Tendenz verstärkt sich, betrachtet man nur die Staaten, die von allen drei Optionen Gebrauch gemacht haben.⁹¹ In den Staaten, die keinen Minderheitenschutz normiert haben, ist die Bilanz demgegenüber leicht positiv.⁹² Dies könnte darauf hindeuten, dass die SE gerade in Ländern mit hohem Schutzniveau als Vehikel genutzt wird, dieses Land zu verlassen, wenngleich die Gründung zunächst trotzdem in diesem Staat erfolgte. Des Weiteren könnte man daraus folgern, dass auf der anderen Seite dieser Schutz sich zumindest nicht als ernst zu nehmende Barrikade für eine Sitzverlegung auswirkt. Derartige Aussagen lassen sich allerdings aufgrund der geringen Anzahl bislang erfolgter und erfasster Sitzverlegungen – insgesamt 38 Sitzverlegungen wurden in der hier zu Grunde gelegten Studie⁹³ ausgewertet – nur unter Vorbehalt treffen.

⁸⁵ Paefgen, DZWIR 2003, 441, 446; zur minderheitenschützenden Wirkung der Kapitalmärkte und des Marktes für Unternehmenskontrolle speziell in den USA vgl. Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen, S. 202 ff.

⁸⁶ So verfügt Österreich ebenfalls über ein Spruchverfahren, das ähnlich dem deutschen Verfahren die Überprüfung der Angemessenheit der Barabfindung ermöglicht, vgl. Vetter in Lutter/Hommelhoff, Die europäische Gesellschaft, S. 124; Winter, Der Konzern 2007, 24, 28; H.-F. Müller, Der Konzern 2007, 81, 85; Reich-Rohrwig, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 2811.

⁸⁷ Ernst & Young-Studie v. 9. Dezember 2009, S. 180, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/se/study_SE_9122009_en.pdf, Zugriff am 2.8.2012.

⁸⁸ Art. 8 Abs. 5, Art. 24 Abs. 2 und Art. 34 SE-VO.

⁸⁹ In Deutschland gem. §§ 6, 7, 9, 11 12 SEAG. Für Tschechien siehe nur Zarzavecký/Dědič, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. II, S. 87, 91 f.; Fabian/Kratochvilova, in: Jannott/Frodermann, Europ. AG, 16. Kap., Rn. 4214 ff.; vgl. für die Sitzverlegung dort auch Csehi, in: Jung (Hrsg.), Supranationale Gesellschaftsformen im Typenwettbewerb, S. 17, 31.

⁹⁰ Für diese Staaten ergibt sich ein Minus von 4 SE`s, summiert man hier Zu- und Wegzüge. Die Daten sind aus der o. g. Ernst & Young-Studie (Fn. 114) entnommen, S. 182 (Frage 2.1.2. – Migration of the SE`s).

⁹¹ Dabei handelt es sich um Deutschland, Griechenland, Spanien, Portugal, Estland, Tschechien, Slowakei und Ungarn. Näheres dazu unten, III. 3. d. „Schutz bei Sitzverlegung, Holdinggründung und Verschmelzung“. Im Ergebnis sind aus diesen Ländern 6 SE`s mehr ab- als zugewandert.

⁹² Demnach verbleiben zwei Zuzüge nach Abzug aller Wegzüge. Zugrunde liegt hier die Summierung von Zu- und Wegzügen aus bzw. nach Zypern, Niederlande, Luxemburg, Belgien, Großbritannien und Schweden, vgl. Ernst & Young-Studie (Fn. 114), S. 182.

⁹³ Ernst & Young-Studie v. 9. Dezember 2009 (Fn. 114), S. 180.

3. Ergebnis zum wirtschaftlichen Umfeld der Sitzverlegung

Die denkbaren Motive für eine Sitzverlegung sind derart vielfältig, dass eine Verallgemeinerung der Gründe ausscheidet. Auch die Frage, ob ein Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa stattfindet bzw. stattfinden sollte, wird nicht einheitlich beantwortet.⁹⁴ Zwar sind nach wie vor erhebliche Unterschiede hinsichtlich der Standortfaktoren zwischen den Mitgliedstaaten vorhanden, andererseits ist die Integration durch harmonisierende Vorschriften bereits so weit fortgeschritten, dass auf rechtlichem Gebiet ein Wettbewerb nur noch eingeschränkt stattfinden kann. Ein solcher ist dabei zwar grundsätzlich auch wünschenswert, soweit er positive Anzeizeffekte für Verbesserungen schafft. Es entspricht aber auch dem Interesse Europas, starke Gegensätze einzudämmen, um für eine gleichmäßigere Verteilung der Wirtschaftskraft und Expertise zu sorgen. Im Ergebnis erscheint daher der eingeschlagene Weg der „Mindestharmonisierung“ eine gute Lösung, die den unterschiedlichen Interessen durchaus gerecht werden kann.⁹⁵ Die SE verbindet die Vorteile einer Harmonisierung einerseits und der Stärkung des Wettbewerbs andererseits, indem zum einen europäisches Sekundärrecht geschaffen wird und zum anderen der Wettbewerb zwischen den Rechtsformen durch das Hinzutreten einer weiteren Alternative befördert wird.⁹⁶ Hierdurch stellt die SE selbst einen wichtigen Beitrag zur Binnenmarktintegration dar. In diesem Rahmen sind es vor allem die Sitzverlegungsvorschriften und die vielfältige Verquickung mit dem nationalen Gesellschaftsrecht des jeweiligen Sitzstaates, welche dazu führen könnten, dass Wettbewerbsblockaden aufbrechen.⁹⁷

II. Die rechtlichen Möglichkeiten einer Sitzverlegung: Aktuelle Rechtslage

1. Fragestellung

Die nun folgende Betrachtung der derzeitigen Situation im europäischen bzw. im deutschen Recht soll die Sitzverlegung der SE in einen Gesamtzusammenhang stellen und die Frage beantworten, ob die immer wieder als Besonderheit der Europäischen Gesellschaft hervorgehobene Sitzverlegungsmöglichkeit⁹⁸ überhaupt dieses Exklusivitätsversprechen einhält. Dies wäre aus deutscher Sicht nicht der Fall, wenn durch die aktuellen Gesetzesänderungen nationale

⁹⁴ Für einen solchen etwa Grundmann, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, § 5, Rn. 159; indifferent hingegen: Schön, *ZHR* 1996, 221, 238.

⁹⁵ Siehe dazu näher Schön, *ZHR* 162 (1996), 221 ff.; zu diesem Begriff auch Tietje, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 114 AEUV, Rn. 41; Kahl, in: Calliess/Ruffert, Art. 114, Rn. 15 m. w. N. So geht der EuGH auch von der grundsätzlichen Neutralität der Gründungsverträge im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Wettbewerb und Eingriff in das Marktgeschehen aus, vgl. Van Themaat, in: Mestmäcker/Möller u. a. (Hrsg.), *FS Von der Groeben*, S. 425, 428; zu dem modernen Verständnis des Verhältnisses von Subsidiarität und Harmonisierung siehe Grundmann/Möslein, in: Bayer/Habersack (Hrsg.) *Aktienrecht im Wandel II*, S. 81. Zur Tendenz in Richtung Vollharmonisierung im Kapitalmarktrecht hingegen siehe Wall, in: Veil (Hrsg.), *Europäisches Kapitalmarktrecht*, S. 35.

⁹⁶ Vgl. auch Grundmann, *European Company Law*, S. 109, der auf die Notwendigkeit einer „Wettbewerbsordnung“ hinweist. Überaus positiv bewertet den durch die SE beförderten Wettbewerb Enriques, *ZGR* 2004, 735, 743 ff.; siehe desweiteren oben Fn. 82.

⁹⁷ Röpke/Heine, in: *Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft* 2005, S. 157, 168.

⁹⁸ Wenz, in: Theisen/Wenz, *Die Europäische Aktiengesellschaft*, S. 266; Schröder in: Manz/Mayer/Schröder, *SE-VO*, Art. 8, Rn. 1; Waclawic, *DB* 2004, 1191, 1194; Lutter/Bayer/J. Schmidt, *EuropUR*, IV. Kap., § 41, Rn. 170; Veil, in: *KK AktG*, Art. 8 SE-VO, Rn. 6.

Kapitalgesellschaften der SE in Sachen Mobilität in nichts mehr nachstünden.⁹⁹ Aus europäischer Sicht wäre dies insbesondere dann zu verneinen, wenn sich aus der Niederlassungsfreiheit bereits ein allgemeines Recht auf grenzüberschreitende identitätswahrende Sitzverlegung herleiten ließe.¹⁰⁰

2. Deutsche Gesetzgebung: Rechtslage nach dem MoMiG

Durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008 (MoMiG)¹⁰¹ wurden zwei für die Sitzverlegung deutscher Gesellschaften bedeutsame Vorschriften geändert. Durch die Streichung des § 4a Abs. 2 GmbHG und der älteren Parallelnorm des § 5 Abs. 2 AktG ist es deutschen GmbH und Aktiengesellschaften nun möglich, einen Verwaltungssitz zu wählen, der nicht notwendig mit dem Sitzungssitz übereinstimmt.¹⁰² Mit den Streichungen soll der Spielraum deutscher Gesellschaften erhöht werden, ihre Geschäftstätigkeit auch ausschließlich im Rahmen einer (Zweig-)Niederlassung, die alle Geschäftsaktivitäten erfasst, außerhalb des deutschen Hoheitsgebiets zu entfalten, so die Begründung des Gesetzgebers.¹⁰³ Richtig verstanden enthalten diese Vorschriften versteckte Kollisionsnormen.¹⁰⁴ Der Gegenansicht, die bei einem von Anfang an gegebenen ausländischen Verwaltungssitz die Vorschriften als nicht anwendbar ansieht,¹⁰⁵ ist zu entgegen, dass der Wortlaut dadurch, dass er lediglich von „Sitz“ anstatt von „Sitzungssitz“ spricht, es nahe legt, hier eine Anknüpfungsregel und nicht bloß die (sachnormrechtliche) Definition von „Sitzungssitz“ zu sehen. Zudem bezieht sich die Gesetzesbegründung ausdrücklich auf die beiden EuGH-Urteile „Überseering“¹⁰⁶ und „Inspire Art“.¹⁰⁷ Es sei beabsichtigt, den deutschen Gesellschaften die gleichen Freiheiten zukommen zu lassen, wie sie auf Grund dieser Rechtsprechung umgekehrt ausländischen Gesellschaften in Deutschland bereits zustünde.¹⁰⁸ Da „Inspire Art“ aber, anders als „Überseering“, eine Gesellschaft betraf, die ihren tatsächlichen Verwaltungssitz von Anbeginn an in einem anderen als dem Sitzungssitzstaat innehatte, differenziert der Gesetzgeber damit gerade nicht zwischen anfänglich und nachträglich in Deutschland begründetem Verwaltungssitz, indem er auf beide Urteile Bezug nimmt. Er wollte nach eigener Aussage

⁹⁹ Vgl. hierzu insbesondere Gliederungspunkt II. 4. b. (1): „Die Sitzverlegungsmöglichkeiten im Vergleich“.

¹⁰⁰ Ähnlich Brandt, DStR 2003, 1208. Dazu insbesondere später unter II. 4. e. (2) a) „Statutswahrende Verwaltungssitzverlegung“ und b) „Statutswechselnde Sitzungssitzverlegung“.

¹⁰¹ BGBI. I 2008, S. 2026 ff.

¹⁰² Eine ähnliche Gesetzesänderung hat Ungarn 2007 in Folge des Cartesio-Falles vollzogen. Danach ist jetzt neuerdings dort auf den Sitzungssitz abzustellen, hierzu Korom/Metzinger, ECFR 2009, 125, 158 f. sowie Csehi, in: (Hrsg.), Supranationale Gesellschaftsformen im Typenwettbewerb, S. 17, 29 f.

¹⁰³ Begründ. z. RefE MoMiG, BR-Drucks. 354/07, S. 65.

¹⁰⁴ Hoffmann, ZIP 2007, 1581, 1582; Leible/Hoffman, BB 2009, 58, 63 (Fn. 36); Bayer/J. Schmidt, ZHR 173 (2009), 735, 748 ff.; Herrler, DNöZ 2009, 484, 489; Goette, DStR 2009, 121, 128; Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 6, Rn. 170; Paefgen, WM 2009, 529, 530 f.; ders., in: KK AktG, Art. 37 SE-VO, Rn. 9; ders., Hdb. PersG, § 60, Rn. 4126, Fn. 6 m. w. N.

¹⁰⁵ Dieser Ansicht zufolge wäre die Anwendbarkeit lediglich bei Rückverweisung auf das deutsche Recht durch den Gründungstheoriestaat gegeben, hierfür: Kindler in: Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 246 ff.; ders., IPrax 2009, 189, 198; ders., NZG 2009, 130, 132; Dauner-Lieb, in: KK AktG, § 5, Rn. 28 (lediglich Sachnorm).

¹⁰⁶ EuGH v. 5.11.2002, Rs. C-208/00, Slg. 2008, I-09641 – Überseering.

¹⁰⁷ EuGH v. 30.9.2003, Rs. C-167/01, Slg. 2003, I- 10155 – Inspire Art = WM 2003, 2042 m. Anmerk. Paefgen.

¹⁰⁸ RefE MoMiG, BR-Drucks. 354/07, S. 65.

„gleiche Ausgangsbedingungen gegenüber vergleichbaren Auslandsgesellschaften schaffen“.¹⁰⁹ Danach ist es jedenfalls im räumlichen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit kraft gesetzgeberischer Entscheidung jetzt möglich, eine Briefkastengesellschaft mit tatsächlichem Verwaltungssitz außerhalb Deutschlands zu gründen. Soweit im Schrifttum argumentiert wird, der Gesetzgeber habe die kollisionsrechtliche Dimension der Änderungen verkannt und die Niederlassungsfreiheit sei auf ein anfängliches Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz schon mangels Mobilitätskomponente nicht anwendbar,¹¹⁰ lässt sich dem ebenfalls das EuGH-Urteil „Inspire Art“ entgegen halten. Der EuGH hat hier ausdrücklich den Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit auf solche Gesellschaften erstreckt, die nie eine wie auch immer geartete Geschäftstätigkeit im Satzungssitzstaat entfaltet hatten.¹¹¹ Dass nichts desto trotz mit den Änderungen durch das MoMiG keine vollständige Aufgabe der traditionell in Deutschland vertretenen Sitztheorie verbunden ist, hat der BGH bereits klargestellt. Eine Anwendung dieser etwa auf eine schweizerische AG mit Verwaltungssitz in Deutschland werde nicht gehindert.¹¹² Der Anwendungsbereich ist nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut auf Gesellschaften mit deutschem Satzungssitz („Satzungssitz im Inland“) begrenzt.¹¹³ Nach h. M. sind die Vorschriften auch auf Personengesellschaften anwendbar.¹¹⁴

Mit den Änderungen durch das MoMiG hat der Gesetzgeber dennoch eine richtungweisende Entscheidung getroffen, die für eine neue Offenheit des deutschen Gesellschaftsrechts steht.¹¹⁵

3. Die Rechtsprechung der nationalen Gerichte zur Sitzverlegung

Das deutsche Recht kannte eine grenzüberschreitende identitätswahrende Sitzverlegung¹¹⁶ lange Zeit nicht, und zwar weder eine solche des Satzungs- noch des Verwaltungssitzes.¹¹⁷ Das bei

¹⁰⁹ RefE MoMiG, BR-Drucks. 354/07, S. 65.

¹¹⁰ Franz/Laeger, BB 2008, 678, 68; Franz, BB 2009, 1250, 1251; wie hier dagegen Paefgen, in: HdbPersG, § 60, Rn. 4126.

¹¹¹ EuGH v. 30.9.2003, Rs. C-167/01, Slg. 2003, I- 10155 – Inspire Art (Rn. 137-139).

¹¹² BGHZ 178, 192 – Trabrennbahn, Rn. 22; Kindler in: Goette/Habersack (Hrsg.), Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, S. 237; ders., BB 2009, 14, 16; Paefgen, WM 2009, 529, 531; a. A. Hoffmann, ZIP 2007, 1581, 1589.

¹¹³ Kindler in: Goette/Habersack (Hrsg.), Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, S. 237; Schneider, BB 2008, 566, 572; Behme, BB 2008, 70, 72. Eine Beschränkung hingegen auf innereuropäische Sachverhalte lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen, vgl. auch Bayer/J. Schmidt, ZHR 173 (2009), 735, 751.

¹¹⁴ Paefgen in Hdb. PersG, § 60, Rn. 4126; Saenger, in: Birk (Hrsg.), FS Pöllath und Partners, S. 295, 305 f.; Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, Einl. Vor § 105, Rn. 29; a. A. Teichmann, ZIP 2009, 393, 402; Herrler, DNotZ 2009, 484, 490; abw. auch Koch, in: GK HGB, § 13h, Rn. 38, der i. E. über § 106 HGB allerdings ebenfalls zu einer Gleichbehandlung von Personen- und Kapitalgesellschaften gelangt.

¹¹⁵ Dass der deutsche Gesetzgeber „die Flucht nach vorn“ antritt, zeigt auch der Referentenentwurf für ein Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen (Ref-E IPRGes), der allerdings über das Entwurfstadium nicht hinausgelangt ist (abrufbar unter: www.bmj.de; Abdruck bei Kindler, Geschäftsanteilsabtretungen im Ausland (2010), im Anhang). Überwiegend positiv waren die Stimmen aus dem Schrifttum zu diesem Vorhaben, vgl. Rotheimer, NZG 2008, 181; Schneider, BB 08, 566; Stork, GewA 2008, 240 ff., der allerdings die Erstreckung auf Drittstaaten ablehnt; Köster, ZRP 2008, 214, 217; generell kritisch hingegen etwa G. H. Roth, Vorgaben der Niederlassungsfreiheit für das Kapitalgesellschaftsrecht, S. 41 ff.

¹¹⁶ Zu diesem Begriff s. o., unter A. II. „Sitzverständnis der SE-VO“.

¹¹⁷ Unter tatsächlichem Verwaltungssitz ist dabei der Ort zu verstehen, an dem die grundlegenden unternehmerischen Entscheidungen in Geschäftsführungsakte umgesetzt werden, vgl. Paefgen, Hdb. PersG, § 60, Rn. 4104; Eyles, Niederlassungsrecht, S. 99; Panthen, Der Sitzbegriff im internationalen Gesellschaftsrecht, S. 292 ff. sowie die Nachweise bei Kindler, in: MüKo BGB (Bd. 11), IntGesR, Rn. 434 ff.; Thorn in: Palandt, BGB, Anh.

grenzüberschreitenden Sachverhalten zur Ermittlung des maßgeblichen Rechts heranzuziehende EGBGB bietet für das Gesellschaftsrecht keine Regelung, so dass sich in Ausfüllung dieser Lücke in Deutschland die Anknüpfung nach der sog. Sitztheorie durchgesetzt hat,¹¹⁸ welche die Bestimmung des Gründungsstatuts an den tatsächlichen Verwaltungssitz der Gesellschaft und an dessen Verlegung die Auflösung der Gesellschaft knüpft.¹¹⁹ Hintergrund der Sitztheorie ist die Befürchtung, dass die inländischen Schutzrechte von Arbeitnehmern, Gläubigern und Minderheitsgesellschafter andernfalls unterlaufen werden könnten bzw. allgemein eine Flucht in Gesellschaftsrechte mit den geringsten Anforderungen einsetzen könnte.¹²⁰ Nach der Gründungstheorie¹²¹ ist für gesellschaftsrechtliche Fragen hingegen die Rechtsordnung maßgeblich, innerhalb deren räumlichem Geltungsbereich sich der Satzungssitz der Gesellschaft befindet.¹²²

Die klassische Sitztheorie konnte jedoch nach dem Überseering-Urteil¹²³ des EuGH so nicht

zu Art. 12 EGBGB, Rn. 3. Kritisch zu dieser Definition Trost, Faktische Sitzverlegung, S. 71, die fehlende Rechtssicherheit für einige Fallgruppen bemängelt. Ausführlich zu den diversen „Sitz“-Definitionen Kieser, Typenvermischung über die Grenze, S. 22 ff. sowie Grasmann, System des internationalen Gesellschaftsrechts, S. 114 ff. m. w. N.

¹¹⁸ Die Sitztheorie ist ein Produkt der französischen Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts. Sie sollte vor allem der Flucht französischer Gesellschaften nach England entgegenwirken, vgl. Fritz, Grenzüberschreitende Sitzverlegung, S. 15; ausführlich zur Sitztheorie und ihren Abwandlungen v. Halen, Das Gesellschaftsstatut, S. 29 ff.; zur historischen Entwicklung der deutschen Sitztheorie-Rechtsprechung Trautrim, Kollisionsrecht der Personengesellschaften, S. 39 ff.; zusammenfassend zur Rspr. des RG ferner Braun, Die Wegzugsfreiheit als Teil der Niederlassungsfreiheit, S. 96 ff. Anhänger der Sitztheorie sind neben Frankreich auch Belgien, Luxemburg, Österreich, Estland, Griechenland, Polen, Portugal, Slowenien, vgl. Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, II. Kap., § 6, Rn. 5; Schultz-Aßberg/von Rönn, Internationales Steuer- und Gesellschaftsrecht Aktuell, S. 225. In Bezug auf Griechenland heißt es einer anderen Quelle zufolge jedoch, eine Sitzverlegung ins Ausland sei identitätswahrend, d. h. ohne Auflösung möglich und werde auch praktiziert, so Mavroudis, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 1111.

¹¹⁹ Unter dem Regime der Sitztheorie ist ein Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz an sich nicht möglich. Die deutsche Rechtsordnung setzt stets voraus, dass das materielle Gesellschaftsrecht prozessual abgesichert und durchsetzbar ist, wofür ein inländischer Satzungssitz unabdingbar ist. Die genaue Herleitung der Auflösungsfolge bereitet allerdings Schwierigkeiten. So existiert keine geschriebene Sachnorm, die diese Folge vorsieht, ausführlich dazu Braun, Die Wegzugsfreiheit als Teil der Niederlassungsfreiheit, S. 80 ff. Zur früheren Rechtslage siehe auch Kösters, NZG 1998, 241, 243 f.

¹²⁰ BGHZ 178, 192 – Trabrennbahn, Rn. 21 m. w. N.; Ebenroth/Wilken, ZVglRWiss 90 (1991), 235, 240; Kindler, in: MüKo BGB (Bd. 11), IntGesR, Rn. 400 ff.; Wiedemann, GesR II, S. 48, 60; Trost, Faktische Sitzverlegung, S. 77; Haas, DB 1997, 1501, 1502; Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325, 326; Hüffer, AktG, § 1, Rn. 30 nennt hingegen als Hauptanliegen „Schutz des inländischen Geschäftsverkehrs vor unseriösen Auslandsgründungen sowie numerus clausus der Gesellschaftsformen“.

¹²¹ Die Gründungstheorie entstammt dem England des 18. Jahrhunderts und diene vorrangig dem Interesse der damaligen Groß- und Kolonialmacht außerhalb des Landes, insbesondere in Übersee Gesellschaften nach englischem Recht gründen zu können. Vgl. zur Historie den kurzen Überblick bei Fritz, Grenzüberschreitende Sitzverlegung, S. 1 f.; Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325, 326 m. w. N.; historische Erklärung für den Theorienstreit auch bei Ulmer, Harmonisierungsschranken, S. 147. Ausführlich zur Gründungstheorie und ihren Abwandlungen v. Halen, Das Gesellschaftsstatut, S. 32 ff. Anhänger der Gründungstheorie sind neben Großbritannien und Irland auch die Niederlande, Ungarn und Liechtenstein, vgl. Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, II. Kap., § 6, Rn. 6.

¹²² Hierbei wird es sich zumindest i. d. R. zugleich um den Ort der ursprünglichen Inkorporation handeln, vgl. Behrens, ZGR 1994, 1, 5; Ebenroth/Eyles, DB 1989, 363, 364. Zum Ganzen v. Bismarck, Grenzüberschreitende Sitzverlegung, S. 34. Im Einzelnen ist allerdings umstritten, ob der Satzungssitz oder der Ort der ursprünglichen Inkorporation maßgeblich sein soll. Für den Satzungssitz etwa Mülbert/Schmolke, ZVglRWiss 100 (2001), 233, 263; dagegen für den ursprünglichen Inkorporationsort: Hoffmann, ZHR 164 (2000), 43, 45, 55; differenzierend ders. ZVglRWiss 101 (2002), 283, 284; Kessler/Huck/Obser/Schmalz, DStZ 2004, 813, 815, 817; Kegel/Schurig, IPR, S. 573.

¹²³ EuGH v. 5.11.2002, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919 – Überseering; die Vorgaben des EuGH umsetzend BGHZ 154, 185, 189 f.

mehr aufrechterhalten werden und findet nunmehr als „europarechtlich modifizierte Sitztheorie“ lediglich eingeschränkt Anwendung.¹²⁴ In diesem Fall ging es um eine in den Niederlanden eingetragene Kapitalgesellschaft (Überseering BV), deren Geschäfte zwischenzeitlich nur noch von Deutschland aus geführt wurden. Der siebte Zivilsenat des BGH, der hier deren fehlende Rechts- und Parteifähigkeit mangels Erfüllung der deutschen Gründungsvorschriften annahm, wandte sich in einem Vorabentscheidungsverfahren an den EuGH. Dieser stellte fest, dass eine Kapitalgesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats wirksam gegründet wurde, auch dann nach Maßgabe ihres Gesellschaftsstatuts rechts- und parteifähig bleibt, wenn sie ihr unternehmerisches Entscheidungszentrum in einen anderen Mitgliedstaat der Gemeinschaft verlagert.

Dennoch hat die Rechtsprechung ausdrücklich auch nach dem Überseering-Urteil im Grundsatz an der Auflösungsfolge bei Grenzüberschritt für alle anderen Sachverhalte festgehalten.¹²⁵ Soweit also der EuGH teilweise Verwaltungssitzverlegungen entgegen der klassischen Sitztheorie¹²⁶ in Deutschland durchgesetzt hat, galt dies nicht für isolierte Verlegungen des Satzungssitzes. Daran hat das MoMiG nichts geändert, wie die Einfügung der Wörter „im Inland“ bei § 4a GmbHG und § 5 AktG zeigt.¹²⁷ Auch die Wegverlegung des Satzungssitzes aus einem Gründungstheoriestaat war bislang grundsätzlich nicht unter Wahrung der rechtlichen Identität der Gesellschaft möglich, sondern resultierte in Neugründung und Auflösung.¹²⁸

Seit „Cartesio“ steht allerdings fest, dass in Zukunft eine identitätswahrende Satzungssitzverlegung grundsätzlich ermöglicht werden muss,¹²⁹ während die Auflösung als Folge einer Wegverlegung allein des Verwaltungssitzes aus einem Sitztheoriestaat heraus zwar weiterhin vom EuGH gebilligt wird,¹³⁰ jedoch nunmehr gesetzlich hierzulande ebenfalls durch §§ 4a GmbHG, 5 AktG in deren Anwendungsbereich unterbunden wird. Diese Vorschriften sind deshalb dahingehend auszulegen, dass ein Satzungssitz im Inland nur solange erforderlich ist, wie die Gesellschaft eine solche deutschen Rechts bleiben möchte.¹³¹ Findet ein Wegzug einer deutschen Gesellschaft unter ausdrücklicher Aufgabe ihres Gesellschaftsstatuts in einen anderen EWR-Staat statt, gelten

¹²⁴ Dazu insbes. Paefgen in Westermann, Hdb. PersG, § 60, Rn. 4111 ff.; ders., WM 2003, 561, 565.

¹²⁵ BGH, Beschl. v. 2.6.2008 – II ZB 1/06, NJW 2008, 2914; BayObLG v. 11.2.2003 – 3 Z BR 175/03, BayObLGZ 2004, 24, NJW-RR 2004, 836; OLG München, Beschluss v. 4.10.2007, 31 Wx 036/07, BB 2007, 2247 f.; dazu: Frenzel, EWS 2008, 130, 131; Neye, EWIR 2007, 715 f.

¹²⁶ Zu den Folgen der strengen Sitztheorie näher Wiedemann, GesR II, S. 52 f.

¹²⁷ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008, BGBl. I 2008, S. 2026 ff.; näher dazu s. o., unter B. II. 2.

¹²⁸ Dies ist jedoch, anders als im Geltungsbereich der Sitztheorie, nicht den kollisionsrechtlichen, sondern, zumindest bei Anknüpfung an den Ort der ursprünglichen Inkorporation, den sachrechtlichen Anforderungen zu verdanken, vgl. Kruchen, Europäische Niederlassungsfreiheit, S. 205 f. Eine Ausnahme bilden innerhalb der EWR-Staaten wohl Italien und Liechtenstein, vgl. Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen, 156, 158.

¹²⁹ EuGH v. 16.12.2008, Rs C-210/06, Slg. 2008, I-09641 – Cartesio (Rn. 111 ff.); EuGH v. 12.7.2012, Rs. C-378/10, NJW 2012, 2715, 2717 (Rn. 41) – Vale; vgl. zur früheren Rechtslage Kösters, NZG 1998, 241, 243. A. A. wohl Schultz-Abberg/von Rönn, Internationales Steuer- und Gesellschaftsrecht aktuell, S. 225; Marsch-Barner, in: Kallmeyer, UmwG, Vor § 122a-I, Rn. 14 mit der Begründung, eine Verlegung des Verwaltungssitzes sei ja nun nach § 5 AktG bzw. § 4a GmbHG möglich und reiche aus; einschränkend auch Däubler/Heuschmid, NZG 2009, 493, 495, die annehmen, die Möglichkeit einer derartigen Satzungssitzverlegung sei lediglich als „Hilfskonstruktion“ für diejenigen Mitgliedstaaten gedacht, die eine bloße Verlagerung der Verwaltungstätigkeit ausgeschlossen haben.

¹³⁰ EuGH v. 16.12.2008, Rs C-210/06, Slg. 2008, I-09641 – Cartesio (Rn. 110).

¹³¹ So ausdrücklich Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, II. Kap., § 6, Rn. 66; Zimmer/Naendrup, NJW 2009, 545, 549; Otte/Rietschel, GmbHR 2009, 983, 985; Wilhelmi, JZ 2009, 411, 413; Bayer/J. Schmidt, ZHR 173 (2009), 735, 762.

die neuen Vorgaben des EuGH. Danach gilt, dass diese durch den Wegzugsstaat nicht behindert werden darf, wenn der Zuzugsstaat eine Umwandlungsmöglichkeit für die Gesellschaft anbietet. Es dürfte zwar auch nach wie vor zulässig sein, dass der Zuzugsstaat die Eintragung an die Begründung des tatsächlichen Verwaltungssitzes im Inland knüpft.¹³² Jedoch stellt sich auch diese Frage für Deutschland in der Rolle als Zuzugsland seit dem MoMiG nicht mehr.

Bei allein des Verwaltungssitzes einer Gesellschaft nach Deutschland, die in einem Mitgliedstaat des EWR¹³³ gegründet wurde, welcher der Sitztheorie anhängt, kann hingegen nach wie vor lediglich der Fortbestand der Gesellschaft in der Form, die ihr das deutsche Recht zuerkennt, akzeptiert werden. Eine Umqualifizierung etwa in eine OHG ist demnach möglich und auch vom Wegzugsstaat anzuerkennen.¹³⁴ In dem dieser sogenannten „Wechselbalgtheorie“¹³⁵ zugrundeliegenden Fall hatte der BGH die Weiterexistenz einer Kapitalgesellschaft, die ihren tatsächlichen Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt hatte, als deutsche Personengesellschaft (GbR bzw. OHG) gebilligt.¹³⁶ Nach der kurz zuvor erfolgten Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der BGB-Gesellschaft¹³⁷ war damit der Weg frei für die Lösung der praktischen Probleme, die die Vielzahl der von solchen Gesellschaften im Inland getätigten Geschäfte und des erworbenen Immobilien- und Mobilieneigentums mit sich brachte. Bis dahin war lediglich eine Haftung der ausländischen Gesellschaft nach Rechtsscheingrundsätzen angenommen worden, wenn diese im Inland verklagt worden war.¹³⁸ Soweit in der Begründung der „Wechselbalgtheorie“ durch den zweiten Zivilsenat allerdings auch ein „Rettungsversuch“ in Bezug auf die kurz zuvor erfolgte Vorlage des „Überseering“-Falles beim EuGH steckte,¹³⁹ ist dieser gescheitert. Der siebte Zivilsenat des BGH sah sich durch die Antwort des EuGH gezwungen, diesen Weg nicht einzuschlagen: Eine Umqualifizierung der Überseering BV in eine deutsche Personengesellschaft bringe „besondere Risiken, wie zum Beispiel Haftungsrisiken“ mit sich und sei deshalb im Lichte der durch den EuGH ausgeformten Niederlassungsfreiheit nicht zu rechtfertigen.¹⁴⁰ Mit Urteil vom 14. 3. 2005 folgte schließlich der zweite Zivilsenat, indem er für eine allein in Deutschland tätige

¹³² Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, II. Kap., § 6, Rn. 59; Teichmann, ZIP 2009, 393, 394; Barthel, EWS 2010, 316, 326; Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 22, Rn. 799; Wilhelmi, JZ 2009, 411, 413; Mörsdorf, EuZW 2009, 97, 102; abweichend Szydlo, ECFR 2010, 414, 439.

¹³³ Zur Erstreckung der Rechtsprechung auf Gesellschaften aus EWR-Staaten vgl. BGHZ 164, 148 ff.; hierzu etwa Haack, MDR 2006, 106 ff.; Thölke, DNotZ 2006, 145 ff.

¹³⁴ So zutreffend Paefgen, WM 2009, 529, 532; ähnlich: Barthel, EWS 2010, 316, 326, dort insbes. Fn. 149, der allerdings fälschlicherweise annimmt, diese Konstellation falle nicht unter die „Cartesio“-Grundsätze zum grenzüberschreitenden Formwechsel. Dabei übersieht er, dass die zwingende Anwendung der Gründungstheorie im Zuzugsstaat nach „Überseering“ daran geknüpft ist, dass der Wegzugsstaat allein auf den Gründungs- bzw. Satzungssitz abstellt, mithin der Gründungstheorie folgt. Unzutreffend deshalb auch Klinke, in: Heidel/Lochner, Aktienrecht, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 70 (Liquidation der Gesellschaft).

¹³⁵ Diese Bezeichnung geht zurück auf Forsthoff, BB 2002, 2471, 2475; dazu auch Paefgen, DZWiR 2003, 441, 443 f.; BGHZ 151, 204 – Insel Jersey; BGHZ 178, 192, 196 ff. – Trabrennbahn.

¹³⁶ BGHZ 151, 204 – Insel Jersey.

¹³⁷ BGHZ 146, 341; BGH v. 18.2.2002 – II ZR 331/00, NJW 2002, 1207.

¹³⁸ OLG Nürnberg, IPrax 1985, 342; dazu Reh binder, IPrax 1985, 324; für die Begründung der Handelnden- bzw. Mitgliederhaftung nach den Vorschriften über die Vorgesellschaft siehe Wiedemann, GesR II, S. 53; differenzierend: Kösters, NZG 1998, 241 ff.

¹³⁹ Hierzu Ebke, in: Kniffka u. a. (Hrsg.), FS Thode, S. 593, 594; Behrens, IPrax 2003, 193, 199; Lieder, DZWiR 2005, 399; Schanze/Jüttner, AG 2003, 30, 32; Paefgen, DZWiR 2003, 441, 444.

¹⁴⁰ BGHZ 154, 185, 189; zustimmend Ebke in: Kniffka u. a. (Hrsg.), FS Thode, S. 593, 598 f.; Bayer, BB 2003, 2357; Ziemons, ZIP 2003, 1913, 1917; Zimmer, NJW 2003, 3585; 3591, der dies aus „Inspire Art“ folgert; Spindler/Berner, RIW 2003, 949, 951; Wiedemann, GesR II, S. 60.

Private limited company (Ltd.) klar stellte, dass sich nicht nur deren Rechtsfähigkeit, sondern alle inneren Angelegenheiten der Gesellschaft nunmehr nach dem Gründungsrecht richteten.¹⁴¹

4. Europäische Gesetzgebung

a. Entwurf einer Sitzverlegungsrichtlinie

Bevor auf die derzeit geltende Rechtslage im Europarecht näher eingegangen wird, verdient ein (noch) nicht verwirklichtes Gesetzgebungsprojekt wenigstens kurze Erwähnung. Die Rede ist von der 14. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie.¹⁴²

Der Vorentwurf sieht ein einheitliches Verfahren zur Sitzverlegung des Satzungssitzes von Kapitalgesellschaften vor. Die Beschränkung auf die Kapitalgesellschaften erklärt sich aus den ausreichend einander angenäherten nationalen Rechtsvorschriften für diese.¹⁴³ Bis auf wenige Punkte entspricht der Vorschlag den in Art. 8 SE-VO getroffenen Bestimmungen. Auch der Erlass von Vorschriften zum Zwecke des Minderheitenschutzes wird den Mitgliedstaaten wie in Art. 8 Abs. 5 SE-VO anheim gestellt.¹⁴⁴ Hingegen ist keine zwingende örtliche Verbindung von Satzungssitz und Hauptverwaltung im Richtlinienentwurf vorgesehen, wie sie Art. 7 S. 1 SE-VO noch vorschreibt.¹⁴⁵ Interessant ist das Vorhaben vor allem deshalb, weil es eine Satzungssitzverlegung mit Wechsel des anwendbaren Rechts normiert, also eine grenzüberschreitenden Formwechsel, wie sie der EuGH in seinem „Cartesio“-Urteil angesprochen und in „Vale“ jetzt auch auf einen konkreten Fall angewandt hat.¹⁴⁶ Vor diesem Hintergrund erklärt sich das erneute Aufkeimen des Interesses in der Literatur, die einhellig ein Wiederaufgreifen der Arbeiten befürwortet.¹⁴⁷

¹⁴¹ BGH v. 14.3.2005 – II ZR 5/03, GmbHR 2005, 630 f. m. Bespr. Paefgen, GmbHR 2005, 957 ff.; NJW 2005, 1648 ff. m. Bespr. Eidenmüller, NJW 2005, 1618 ff. bzw. BB 2005, 1016 ff. m. Anmerk. Wand; zu dieser Entscheidung ferner Goette, DStR 2006, 139, 146; Sandrock, EWS 2005, 529, 531; Lieder, DZWIR 2005, 399 ff.

¹⁴² Vorentwurf für eine 14. RL zur Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat mit Wechsel des für die Gesellschaft maßgebenden Rechts vom 22.4.1997, mit Begründung abgedr. in ZGR 1999, 157 ff. Hierzu vgl. aus jüngster Zeit Grundmann, European Company Law, S. 528 ff. sowie Leible, in: Altmeppen/Fitz u. a. (Hrsg.), FS G. H. Roth, S. 447 ff.

¹⁴³ Di Marco, ZGR 1999, 3, 7.

¹⁴⁴ Vgl. Art. 6 Abs. 4 S. 2 des Vorentwurfs, ZGR 1999, 157, 163.

¹⁴⁵ Vgl. Art. 3 des Vorentwurfs, ZGR 1999, 157, 162; siehe auch Rickford, EBLR 2004, 1225, 1256.

¹⁴⁶ Dazu näher sogleich unter B. II. 5. „Die Rechtsprechung des EuGH zu Sitzverlegung und grenzüberschreitender Umwandlung“.

¹⁴⁷ Siehe hierzu die Thesen des Arbeitskreises Europäisches Unternehmensrecht, NZG 2011, 98 f.; Leible, in: Altmeppen/Fitz u. a. (Hrsg.), FS G. H. Roth, S. 447, 460; Paefgen, WM 2009, 529, 533; Teichmann, ZIP 2009, 393, 403 f.; ders., European Private Law 2011, 145, 175; Frenzel, EWS 2008, 130, 135; Kobelt, GmbHR 2009, 808, 813; Zimmer/Naendrup, NJW 2009, 545, 549 f.; Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 3, Rn. 30 (S. 35); Leible/Hoffmann, BB 2009, 58, 63; Mörsdorf, EuZW 2009, 97, 102; Otte/Rietschel, GmbHR 2009, 983, 988; zurückhaltender Frobenius, DStR 2009, 487, 491. Siehe hierzu auch die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10.3.2009, 2008/2196(INI), in der es die Kommission auffordert, einen neuen Legislativvorschlag für eine 14. RL vorzulegen, abrufbar unter: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+20090310+ITEMS+DOC+XML+V0//DE&language=DE#sdocta5>; zuletzt aufgerufen am 2.8.2012.

b. Gegenüberstellung von SE und AG

(1) Die Sitzverlegungsmöglichkeiten im Vergleich

Die Mobilitätsunterschiede zwischen der deutschen Kapitalgesellschaft und einer deutschen SE wurden durch das MoMiG weitgehend eingeebnet. Dabei steht es einer deutschen GmbH oder AG jetzt aber nicht nur frei, ihren Verwaltungssitz ins Ausland zu verlegen, sondern sie behält darüber hinaus ihr deutsches Personalstatut. Der Europäischen Gesellschaft ist es dagegen verwehrt, jegliche vorherige rechtliche Verbindung zum Herkunftsstaat aufrechtzuerhalten wegen des Sitzkopplungsgebots des Art. 7 S. 1 SE-VO. Sie muss Satzungssitz und Hauptverwaltung gemeinsam verlegen. Die Frage, was vorteilhafter ist, kann nicht für alle Fälle mit gleichem Ergebnis beantwortet werden. Denn dies hängt maßgeblich von der Situation der Gesellschaft ab. Vorteile einer Satzungssitzverlegung können sich etwa aufgrund der dann wechselnden gerichtlichen Zuständigkeiten in registerrechtlichen Fragen oder in Bezug auf den Insolvenzgerichtsstand ergeben.¹⁴⁸ Nach dem oben Gesagten kann jedoch festgehalten werden, dass die SE in Fragen Mobilität zumindest auf den ersten Blick neuerdings hinter den deutschen Kapitalgesellschaften zurückbleibt.¹⁴⁹

(2) Art. 10 und der Regelungsbereich der SE-VO

Nichts anderes ergibt sich aus Art. 10 SE-VO.¹⁵⁰ Diese Vorschrift ordnet an, dass die SE, vorbehaltlich der Bestimmungen der Verordnung, wie eine Aktiengesellschaft zu behandeln ist, die nach dem Recht des Sitzstaates gegründet wurde. Damit ist eine Anwendung auf SE-spezifische, in der SE-VO abschließend geregelte Gegenstände aber gerade ausgeschlossen.¹⁵¹ Hierzu zählen auch die Sitzverlegungsvorschriften, wie die detaillierte Ausgestaltung der Sitzverlegung in ganzen sechzehn Absätzen des Art. 8 zeigt. Diese gehören mithin zum „Regelungsbereich“ der Verordnung. Dessen Grenzen aber dienen der Unterscheidung zwischen den Vorschriften, die sich mit Sitzverlegung ändern und denen, die unverändert anwendbar sind. Die Sitzverlegungsvorschriften sind als abschließend anzusehen, was typischerweise immer dann der Fall ist, wenn spezielle Verweisungen und ergänzende Ermächtigungen bzw. Regelungsaufträge zu konkreten Teilfragen dieses Gebietes aufgenommen wurden. Denn ein derartiges Vorgehen wäre nicht vonnöten, wenn über den Verordnungstext hinausgehende Fragen bereits pauschal über die Generalverweisung in Art. 9 abgedeckt werden sollten. Anderenfalls müsste man den Spezialverweisungen eine bloß klarstellende Funktion zumessen, was angesichts des Gesamtko-

¹⁴⁸ Allgemein zur Bedeutung des Satzungssitzes vgl. Löbbe, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 4a, Rn. 11.

¹⁴⁹ Ähnlich Braun, Die Wegzugsfreiheit als Teil der Niederlassungsfreiheit, S. 161; Louven/Dettmaier/Pöschke/-Wenig, BB-Spezial 3/2006, 1, 8 f.; M. Karollus, in: Köck/Lengauer/Ress (Hrsg.), FS Fischer (2004), S. 169, 188; Heckschen in Widmann/Mayer, UmwR, § 1 UmwG, Rn. 320 unter Verweis auf die europäischen Grundfreiheiten.

¹⁵⁰ A. a. wohl für die neuerdings dem deutschen Recht vergleichbare Regelung Ungarns Csehi, in: Jung, Supranationale Gesellschaften im Typenwettbewerb, S. 17, 30; unklar Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 10, Rn. 4, wonach eine ihre Hauptverwaltung verlegende SE zu behandeln sei wie eine ihren Verwaltungssitz verlegende AG, soweit sich aus Art. 64 SE-VO nichts anderes ergebe. Wie hier dagegen Schwarz, SE-VO, Art. 10, Rn. 16, 19 ff.

¹⁵¹ Paefgen, GmbHR 2004, 463, 475 (Fn. 121); Hommelhoff/Teichmann, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 10, Rn. 4.

zepts eines sparsamen Umgangs mit eigenen, unmittelbar geltenden Sachnormen eher fern liegend ist.

Die Existenz eines eigenen „Regelungsbereiches“ der SE-VO und die Frage seiner genauen Bestimmung sind allerdings umstritten.¹⁵² Nach dem hier zugrunde zu legenden Verständnis ist damit „die Gesamtheit der Rechtsfragen, die von der SE-VO „erfasst“ werden sollen, auch wenn sie in dieser nicht ausdrücklich geregelt sind“¹⁵³ angesprochen.

Dabei kann die Frage, wie weit die Verweisung in Art. 9 SE-VO reicht, nicht getrennt werden von der Frage nach dem Anwendungsbereich der SE-VO und damit der Bestimmung des einschlägigen Rechts. Die Feststellung, dass auch der Anwendungsbereich des Art. 9 SE-VO selbst nur eröffnet sei, soweit die SE-VO insgesamt Anwendung finde,¹⁵⁴ hilft damit nicht weiter.

Richtigerweise ist der Regelungsbereich der SE-VO „gemeinschaftsrechtlich“ zu umgrenzen.¹⁵⁵ Allein dies entspricht der Natur der SE-VO als Teil des sekundären Gemeinschaftsrechts. Gemeint ist damit, dass der Rahmen aus der Verordnung selbst heraus zu bestimmen ist.¹⁵⁶ Weitere in der Literatur diskutierte Herangehensweisen, wie die Unterscheidung in Regelungen betreffend das Außen- und Innenverhältnis¹⁵⁷ oder den tätigkeits- und organisationsrechtlichen Bereich,¹⁵⁸ sind abzulehnen. Ein Teil der Literatur sieht dagegen alle Rechtsfragen als erfasst an, die man kollisionsrechtlich gemeinhin dem Aktienrecht bzw. allgemein dem Gesellschaftsrecht zuschlägt,¹⁵⁹ wobei allerdings wiederum Unklarheit darüber herrscht, was dem internationalen Aktienrecht zuzurechnen ist.¹⁶⁰ Abgesehen von Erwägungsgrund Nr. 20, der ausdrücklich das Steuerrecht, das Wettbewerbsrecht, den gewerblichen Rechtsschutz und das Insolvenzrecht vom Regelungsbereich der SE-VO ausnimmt, fehlen sichere Aussagen zu dessen Umgrenzung.¹⁶¹

¹⁵² Die genaue Bestimmung dieses Rahmens, den der Gemeinschaftsgesetzgeber vorgibt, und der lediglich an einer Stelle in der SE-VO, und zwar in Art. 9 Abs. 1 c a. E., erwähnt wird, bereitet seit Anbeginn Schwierigkeiten, vgl. nur Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, Die europäische Gesellschaft, S. 9; Teichmann/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 9, Rn. 18 ff. unter eingehender Darstellung der Entstehungsgeschichte sowie Schwarz, SE-VO, Einl. Rn. 51.

¹⁵³ Lindacher in Lutter, Europäische Aktiengesellschaft, S. 3, 5; Lächler/Oplustil, Regelungsbereich der SE-VO, NZG 2005, S. 382; ähnlich Kalss/Greda, in: Kalss/Hügel, SE-Kommentar, Allgemeiner Teil, Rn. 20; Lächler, Das Konzernrecht der Europäischen Gesellschaft (SE), 2007, S. 78 m. w. N.

¹⁵⁴ Brandt/Scheifele, DStR 2002, 547, 548 f.

¹⁵⁵ Brandt/Scheifele, DStR 2002, 547, 550; Hommelhoff, in: Lutter, Europäische Aktiengesellschaft, S. 11 f.

¹⁵⁶ Hommelhoff/Teichmann, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 9, Rn. 1.

¹⁵⁷ Brandt/Scheifele, DStR 2002, 547, 549

¹⁵⁸ Grote, Das neue Statut der Europäischen Aktiengesellschaft zwischen europäischem und nationalem Recht, S. 102 f. m. w. N.

¹⁵⁹ Brandt/Scheifele, DStR 2002, 547, 550; Hommelhoff/Teichmann, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 9, Rn. 22; Schäfer, in: MüKo AktG, Art. 9 SE-VO, Rn. 7; Wagner, NZG 2002, 985, 988; so auch bereits zu dem Vorentwurf 1975 (bzw. zu dessen Vorarbeiten), der noch als vollständig angelegtes Aktiengesetz gedacht war: Von Caemmerer, in: Von Caemmerer (Hrsg.), FS Kronstein, S. 171, 195; Lindacher, Maßgebendes Recht, Auslegung und Lückenschließung, in: Lutter (Hrsg.), Europäische Aktiengesellschaft (1978), S. 5; Kindler, in: MüKo BGB (Bd. 11), IntGesR, Rn. 74. Zur Entwicklungsgeschichte des Art. 9 SE-VO vgl. Hommelhoff/Teichmann, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 9, Rn. 12 ff.

¹⁶⁰ Brandt/Scheifele, DStR 2002, 547, 550; Einen Überblick über die verschiedenen Strömungen in der Literatur gibt Vinçon, Sitzverlegung, S. 75 ff. m. w. N.

¹⁶¹ Nach h. M. ausgenommen sind des Weiteren das Handelsrecht (mit Ausnahme wiederum des Firmenrechts) sowie das gesamte Kapitalmarktrecht, vgl. Kindler, in: MüKo BGB (Bd. 11), IntGesR, Rn. 75; Casper, in: Habersack/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Ulmer, S. 51, 66. Sicher nicht dazu zu zählen sind auch das allgemeine Schuld- und Deliktsrecht. A. A. Schwarz, SE-VO, Einl., Rn. 51 ff., der den Regelungsbereich kompetenz-

Ausgehend von der gemeinschaftsrechtlichen Systematik kann man jedoch die Gegenstände der Ergänzungsrichtlinie zur Arbeitnehmerbeteiligung¹⁶² sowie das Gründungsrecht der SE und das Recht der Sitzverlegung jedenfalls dazu zählen. Das gleiche gilt für das Liquidationsrecht, das Recht der Finanz- und Kapitalverfassung und das Organisationsrecht, wobei die Verordnung sich hier ergänzender Verweisungen auf das Recht der Mitgliedstaaten bedient.¹⁶³ Denn diesen Gebieten hat sich die SE-VO ausweislich ihrer Titel bzw. einzelner Vorschriften ausführlich angenommen.¹⁶⁴ Nicht vom Regelungsbereich umfasst ist das Konzernrecht, wie sich aus Erwägungsgrund 15 ergibt.¹⁶⁵

Welche Bedeutung aber Art. 10 zukommt, wird in der Literatur ebenfalls unterschiedlich beantwortet. Nach e. A. ergänzt die Vorschrift Art. 9 Abs. 1 c ii, der als Sachnormverweisung lediglich auf das Sachrecht des jeweiligen Sitzstaates verweise, durch eine international-privatrechtliche Verweisung.¹⁶⁶ Diese Ansicht stützt sich damit allein auf die vermeintlich in Art. 9 Abs. 1 c ii entdeckte Verweisungslücke. Nach a. A. soll Art. 10 die Mitgliedstaaten mit Ausnahme des Satzungssitzstaats der SE dazu verpflichten, diese wie eine inländische AG zu behandeln.¹⁶⁷ Diesen Schutz vermitteln aber bereits die den Grundfreiheiten immanenten Diskriminierungsverbote, wonach eine SE mit Sitz in einem anderen EU-Staat wie eine solche mit inländischem Sitz zu behandeln ist. Schließlich solle Art. 10 SE-VO auch dafür sorgen, dass eine Benachteiligung der SE gegenüber inländischen Aktiengesellschaften speziell durch die Ausführungsgesetze unzulässig sei.¹⁶⁸ Was die Ausführungsgesetze angeht, ist jedoch anzumerken, dass sich deren Vorschriften auf bestimmte Ermächtigungsnormen der SE-VO stützen, welche wiederum unter den in Art. 10 enthaltenen Vorbehalt „der Bestimmungen dieser Verordnung“ fallen. Die Ausführungsbestimmungen sind deshalb, abgesehen von ihrer Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht, allein an diesen Ermächtigungsnormen und nicht etwa zusätzlich an Art. 10 zu messen.¹⁶⁹ Für diese Interpretation streitet auch die Formulierung des 5. Erwägungsgrundes der SE-VO, wonach die Mitgliedstaaten die SE nicht schlechter behandeln dürfen als nationale Aktiengesellschaften und „keine unverhältnismäßig strengen Auflagen für

rechtlich deutet und annimmt, Art. 9 Abs. 1 lit. c ii verweise auf „jegliches nationale Recht“, also auch sämtliche Vorschriften des BGB, HGB, UmwG usw., soweit damit der Erreichung eines Ziels der Verträge gedient ist, vgl. Schwarz, ebda, Art. 9, Rn. 37 und Einl., Rn. 54.

¹⁶² Richtlinie zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, RL 2001/68/EG (SE-RL) v. 8.10.2001, ABl. L 294 v. 10.11.2001, S. 22.

¹⁶³ Hommelhoff, in: Lutter, Europäische Aktiengesellschaft, S. 11.

¹⁶⁴ Vgl. Titel II (Art. 15 ff. SE-VO), Art. 8, Art. 63, Art. 4 f., Titel III (Art. 38 ff. SE-VO) SE-VO

¹⁶⁵ Habersack, ZGR 2003, 724, 742; Casper, in: Habersack/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Ulmer, S. 51, 67; Veil, in: KK AktG, Art. 9 SE-VO, Rn. 22; hierzu auch Paefgen, KK AktG, Art. 32 SE-VO, Rn. 25; unentschieden Jaecks/Schönborn, RIW 2003, 254, 255, 257; a. A. Kindler, in: MüKo BGB (Bd. 11), IntGesR, Rn. 74; Ebert, BB 2003, 1854 ff.

¹⁶⁶ Hommelhoff/Teichmann, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 10, Rn. 5; Kalss/Greda, in: Kalss/Hügel, SE-Kommentar, Allgemeiner Teil, Rn. 30; Wagner, NZG 2002, 985, 990; Schwarz, SE-VO, Art. 10, Rn. 10, 12, der zwar von teilweise sich überschneidenden Regelungsbereichen beider Vorschriften ausgeht, dennoch die Bedeutung der Vorschrift in ihrem kollisionsrechtlichen Gehalt erblickt.

¹⁶⁷ Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 10, Rn. 3; Teichmann, AG 2004, 67, 68; anders Schwarz, SE-VO, Art. 10, Rn. 1, der annimmt, Art. 10 sei an alle Mitgliedstaaten einschließlich des Sitzstaates adressiert.

¹⁶⁸ Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 10, Rn. 2, 3.

¹⁶⁹ vgl. Schwarz, SE-VO, Einl., Rn. 37 (Fn. 134); i. E. genauso Schürnbrand, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 10, Rn. 4, 8. Zum Begriff der „SE-spezifischen Regelungslücke“ vgl. auch Schwarz, ebda, Rn. 92; ähnlich Kalss/Greda, in: Kalss/Hügel, SE-Kommentar, Allgemeiner Teil, Rn. 30; a. A. Kübler, ZHR 167 (2003), 627, 630, der das nationale Austrittsrecht mit Art. 10 SE-VO für unvereinbar hält.

Gründung oder Sitzverlegung vorsehen dürfen“.¹⁷⁰ Eine dritte Ansicht schließlich misst Art. 10 SE-VO einen umfassenden Aussagegehalt zu, indem sie annimmt, die Vorschrift sei zum einen an die Nicht-Sitzstaaten („andere Mitgliedstaaten“) adressiert und zum andern statuieren sie ein Verbot der sachrechtlichen Ungleichbehandlung außerhalb des gesellschaftsrechtlichen Regelungsbereichs.¹⁷¹

Richtigerweise erklärt sich der Zweck des Gleichbehandlungsgebotes in Art. 10 SE-VO dagegen vor dem spezifischen Hintergrund einer europäischen Gesetzgebung durch Verordnung und im Verhältnis zur Niederlassungsfreiheit:

Anders als bei einem harmonisierenden Tätigwerden mittels Erlass von Richtlinien will der europäische Gesetzgeber hier nicht lediglich einen groben Rahmen schaffen, um die bereits vorausgesetzten und auch weiter bestehenden Unterschiede in den nationalen Rechtsordnungen in einigen Punkten anzugleichen. Dementsprechend ist das Verhältnis zwischen dem nationalen und dem Richtlinienrecht zwangsläufig vom Hierarchie- und damit vom Unterordnungsgedanken des nationalen Rechts unter das höherrangige Sekundärrecht geprägt. Bei der Schaffung eigener Rechtsformen steht hingegen im Vordergrund, schöpferisch eine neue Alternative hervorzu- bringen.¹⁷² Das Verhältnis zwischen europäischem und nationalem Recht ist daher von dem unbedingten Gleichstellungsgedanken geprägt.

So wie die Niederlassungsfreiheit ein Gleichbehandlungsgebot im Verhältnis zwischen In- und Ausländern anordnet, wobei die „Satzungssitzausländer“ gemeint sind, so zielt Art. 10 SE-VO für das Verhältnis zwischen nationaler SE und AG auf dasselbe Ergebnis und hilft damit gleichsam über den fehlenden Satzungssitz einer SE im Ausland hinweg.¹⁷³ Diese Vorschrift ist dabei keine spezielle Ausprägung der Niederlassungsfreiheit,¹⁷⁴ vielmehr schließen sich beide in ihrem Anwendungsbereich aus. Sind unterschiedliche nationale Rechtsordnungen berührt, wie bei der Sitzverlegung, so sind die dazugehörigen Regelungen allein an der Niederlassungsfreiheit zu

¹⁷⁰ Unzutreffend daher Kübler, ZHR 167 (2003), 627, 630, der Erwägungsgrund Nr. 5 zur Begründung der Unvereinbarkeit des nationalen Austrittsrechts mit Art. 10 SE-VO heranzieht.

¹⁷¹ Schäfer, in: MüKo AktG, Art. 10 SE-VO, Rn. 3 f.; Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 10 SE-VO, Rn. 2; Schürmbrand, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 10, Rn. 2, 5; wohl auch Habersack, Der Konzern 2006, 105, 112; Hommelhoff/Teichmann, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 10, Rn. 5 f.; Veil, in: KK AktG, Art. 10 SE-VO, Rn. 3.

¹⁷² A. A. Röpke/Heine, in: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, S. 157, 165: „Keine echte Alternative“, da die vielfachen Verweise auf das nationale Gesellschaftsrecht eine solche verhinderten. Dabei wird jedoch verkannt, dass auch die nationalen Gesellschaftsformen mehr oder weniger starke Rechtsähnlichkeit aufweisen, welche ebenfalls häufig durch Verweise hergestellt wird, vgl. nur §§ 161 Abs. 2 HGB, 13 Abs. 3 GmbHG sowie zahlreiche Einzelverweise z. B. für die GmbH in das AktG: § 51 b GmbHG (Auskunfts- und Einsichtsrecht), § 52 Abs. 1 GmbHG (Aufsichtsrat) oder in das HGB: So bspw. bezüglich der Bilanzaufstellung, § 42 Abs. 1 GmbHG, um nur einige zu nennen.

¹⁷³ Str. ist, ob Art. 10 neben dem Verbot der Schlechterstellung auch ein Privilegierungsverbot beinhaltet. Hierfür: Schwarz, SE-VO, Art. 10, Rn. 3; Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 10, Rn. 1; Schürmbrand, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 10, Rn. 7; wohl auch Schäfer, in: MüKo AktG, Art. 10, SE-VO, Rn. 2 ff.; Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 13, Rn. 12 (S. 434); Hommelhoff, in: Habersack/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Ulmer, S. 267, 277; a. A. Casper, in: Spindler/Stilz, Art. 10, Rn. 3; Veil, in: KK AktG, Art. 10 SE-VO, Rn. 4, 9; Seibt, in: Lutter/Hommelhoff, Die Europäische Gesellschaft, S. 67, 69 f. Für ein Privilegierungsverbot spricht, dass ein solches ursprünglich beabsichtigt war, vgl. Sanders, VE SE-Statut (1966), S. XXVII.

¹⁷⁴ So aber Schwarz, SE-VO, Art. 10, Rn. 2; Veil, in: KK AktG, Art. 10 SE-VO, Rn. 3; De Diego, EWS 2005, 446, 449, wonach Art. 10 SE-VO vor dem Hintergrund der Grundfreiheiten nur deklatorische Wirkung zukomme.

messen.¹⁷⁵

Die Reichweite des speziellen Gleichbehandlungsgebotes nach Art. 10 bestimmt sich in Abgrenzung zu Art. 9 Abs. 1 c ii dabei, wie bereits angesprochen, allein durch die Differenzierung zwischen den SE-spezifischen Regelungsbereichen, die SEAG bzw. SE-VO vorbehalten sind bzw. dem über Art. 9 Abs. 1 c ii SE-VO anzuwendenden Aktienrecht, von den übrigen Regelungsbereichen. Lediglich letztere unterfallen Art. 10 SE-VO.¹⁷⁶ Hierfür spricht auch die Gesetzgebungsgeschichte. Die Vorgängervorschrift des Art. 7 Abs. 4 SE-VOV 1991 lautete: „Hinsichtlich ihrer Rechte, Befugnisse und Verpflichtungen wird die SE in jedem Mitgliedstaat und vorbehaltlich der besonderen Bestimmungen dieser Verordnung wie eine Aktiengesellschaft nationalen Rechts behandelt.“ Die Generalverweisung des heutigen Art. 9 Abs. 1 c ii SE-VO sollte demnach nicht zur Anwendung gelangen, wenn es um Rechtsfragen geht, welche die europäische Gesellschaftsrechtsform nicht als solche, sondern diese wie jeden am Wirtschaftsleben und am Rechtsverkehr Beteiligten betreffen. Dann greift Art. 10 SE-VO. Dies soll laut Begründung der Kommission u. a. für den Zugang zu verschiedenen Tätigkeiten wie die Inanspruchnahme von Krediten oder die Emission von Wertpapieren etwa gelten.¹⁷⁷ Die Sitzverlegung aber stellt einen SE-spezifischen Kern der Bestimmungen der SE-VO dar, so dass die Abgeschlossenheit der speziellen Bestimmungen hierzu die Anwendung von Art. 10 insoweit hindert.¹⁷⁸

Entgegen der oben dargestellten Ansicht enthält Art. 10 SE-VO hinsichtlich der Frage einer internationalprivatrechtlichen Anknüpfung keine über Art. 9 Abs. 1 c ii hinausgehende Aussage. Beide verweisen insofern identisch auf das Recht des Sitzstaats der SE.

c. Art. 7, 64 SE-VO

Art. 7 und 64 SE-VO stehen „unter Beobachtung“ und das nicht erst seit der immer noch andauernden Überprüfung gem. Art. 69 S. 1 a SE-VO. Art. 7, 64 SE-VO treffen zunächst einmal sachrechtliche Regelungen. Allein, ob ihnen darüber hinaus eigene kollisionsrechtliche Aussagen zu entnehmen sind, ist umstritten. Einige sahen durch die Vorschriften der Art. 7, 64 SE-VO die Sitztheorie bestätigt und proklamierten das Ende der Gründungstheorie.¹⁷⁹ Nach anderer Ansicht

¹⁷⁵ A. A. wohl Schäfer, in: MüKo, AktG, Art. 10 SE-VO, Rn. 4.

¹⁷⁶ Schäfer, in: MüKo AktG, Art. 10 SE-VO, Rn. 3; Hommelhoff/Teichmann, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 10, Rn. 4; a. A. Schwarz, SE-VO, Einl., Rn. 138, Art. 10, Rn. 7, der die Rechtsetzung insgesamt ausnehmen will („Art. 10 erfasst nur die tatsächliche Behandlung der SE“), i. Ü. aber die Identität der Anwendungsbereiche von SE-VO und Art. 10 annimmt. Ob Art. 10 über den Anwendungsbereich der SE-VO hinaus gilt, ist ebenfalls umstritten, kann hier jedoch dahingestellt bleiben. Für eine solche Erstreckung von Art. 10 über die SE-VO hinaus: Habersack, ZGR 2003, 724, 728; a. A. Schwarz, SE-VO, Art. 10, Rn. 8.

¹⁷⁷ Vgl. die Begründung der Kommission zu Art. 7 SE-VOV 1989, BT-Drucks. 11/5427, S. 5. Der Text der SE-VOV 1991 findet sich auch bei Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht Textsammlung (2000) Ziff. 16.

¹⁷⁸ I. E. so auch Schwarz, SE-VO, Einl., Rn. 138 a. E. mit abweichender Begründung.

¹⁷⁹ Großfeld, WM 1992, 2121, 2127; Schulz/Geismar, DStR 2001, 1078 f.; Ehrlich, RdW 2005, 281, 283; siehe auch Ulmer, NJW 2004, 1201, 1210 sowie Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 29, Rn. 1060, wonach sich die SE-VO „abgesehen von der durch Art. 8 SE-VO gewährleisteten Freiheit der Sitzverlegung“ an der Sitztheorie orientiert; ähnlich Veil, in: KK AktG Art. 7 SE-VO, Rn. 5, wonach mit dem Verbot der alleinigen Verlegung der Hauptverwaltung die SE-VO eine Rechtslage schaffe, die von der Sitztheorie angestrebt werde.

tendiert die SE-VO eher zur Gründungstheorie.¹⁸⁰ *Zimmer/Ringe* erblicken hierin gar eine Kombination von Sitz- und Gründungstheorie.¹⁸¹

Fest steht jedoch, dass die SE den Anknüpfungstreit durch das Kopplungsgebot des Art. 7 S. 1 SE-VO ausblendet, soweit es um die Frage geht, ob der Satzungs- oder der Verwaltungssitz maßgebend ist für die Bestimmung des auf eine Europäische Gesellschaft anwendbaren Rechts.¹⁸² Eine raumkollisionsrechtliche Aussage ist damit Art. 7 S. 1 SE-VO nicht zu entnehmen. Hierfür spricht auch Erwägungsgrund Nr. 27,¹⁸³ wonach Art. 7 SE-VO ausdrücklich keine Auswirkungen auf die Auslegung anderer Gemeinschaftstexte oder nationaler Vorschriften haben soll.¹⁸⁴ Durch die dort getroffene Sachregelung wird nationales Kollisionsrecht verdrängt, soweit es auf abweichende Bestimmungen verweist, ohne dass die SE-VO insoweit eine eigene raumkollisionsrechtliche Regelung trifft.

d. Art. 8 SE-VO

In Art. 8 SE-VO hat der europäische Gesetzgeber – ähnlich den entsprechenden Vorschriften in EW-VO und SCE-VO¹⁸⁵ – das Verfahren für grenzüberschreitende Sitzverlegungen normiert. Die Vorschrift geht auf eine Forderung des Europäischen Parlaments zurück und wurde im Entwurf 1991 als Art. 5a neu eingefügt.¹⁸⁶ Zwischen dem ersten offiziellen Gesetzesentwurf über eine europäische Aktiengesellschaft im Jahre 1975 und der Verabschiedung der SE-Verordnung vom 8. Oktober 2001¹⁸⁷ lagen 26 Jahre. In dieser Zeit hat sich das Konzept von Grund auf geändert. Stellte der erste Entwurf noch ein vollständiges Aktiengesetz mit 284 Artikeln inklusive der Regelungen zur Mitbestimmung und Betriebsverfassung dar,¹⁸⁸ so hat die SE-Verordnung nun lediglich 70 Artikel. Von dem anfänglichen Anspruch, ein vom Recht der Mitgliedstaaten weitgehend unabhängiges Einheitsstatut zu schaffen, mithin alle Sachverhalte von der Gründung bis zur Auflösung separat zu regeln, war man abgerückt.¹⁸⁹ Stattdessen wird zentral durch Art. 9

¹⁸⁰ So u. a. Schwarz, *Europ. GesR*, Rn. 1113; Hauschka, *AG* 1990, 85, 97.

¹⁸¹ *Zimmer/Ringe*, in: Lutter/Hommelhoff, *SE-Kommentar*, Art. 7, Rn. 22.

¹⁸² Genauso Schäfer, *NZG* 2004, 785, 787; Habersack/Verse, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, § 13, Rn. 13 (S. 435); Wenz, in: Theisen/Wenz, *Die Europäische Aktiengesellschaft*, S. 221, 224; *Zimmer/Ringe*, in: Lutter/Hommelhoff, *SE-Kommentar*, Art. 7, Rn. 24; i. E. wohl genauso Jestädt, S. 49. Relevant wird die Frage allerdings nach einem Sitzwechsel, hierzu auch *Zimmer/Ringe*, ebda, Rn. 25.

¹⁸³ *ABl. L* 294/1 v. 10.11.2001, S. 1.

¹⁸⁴ So i. E. bereits zur Sitzverlegungsrichtlinie K. Schmidt, *ZGR* 1999, 20, 22; genauso zur SE-VO Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, *SE-VO*, Art. 7, Rn. 15.

¹⁸⁵ Vgl. Art. 14 EW-VO (Verordnung Nr. 2137/85 des Rates vom 25. Juli 1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung, *ABl. L* 199 vom 31.7.1985 S. 1 - 9) sowie Art. 7 SCE-VO (Verordnung Nr. 1435/2003 des Rates v. 22.7.2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft, *ABl. L* 207 v. 18.8.2003, S. 1 - 24). Ein Sitzverlegungsbeschluss hat bei der EWIV einstimmig zu erfolgen, weswegen sich Probleme des Minderheitenschutzes dort nicht stellen, vgl. Böhringer, *BWNotZ* 1990, 129, 135.

¹⁸⁶ *Zimmer/Ringe* in Lutter/Hommelhoff, *SE-Kommentar*, Art. 8, Rn. 2; Veil, in: *KK AktG*, Art. 8 SE-VO, Rn. 1; Rasner, *ZGR* 1992, 314, 320 f.

¹⁸⁷ S. o. (Fn. 1).

¹⁸⁸ Näher Teichmann, *European Private Law* 2011, 145, 150. Zu den div. Vorentwürfen vgl. Schwarz, *SE-VO*, Einl. Rn. 4 ff. sowie zum Wandel der Regelungskonzeption Einl., Rn. 40 ff.; Blanquet, *ZGR* 2002, 20, 21 ff.

¹⁸⁹ Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, *Die Europäische Gesellschaft*, S. 1 f., zur Geschichte der SE-VO ausführlich Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, *SE-VO*, Teil A Vorbem. Rn. 1 ff., kürzer: Lächler, *Das Konzernrecht der Europäischen Gesellschaft (SE)*, S. 76 ff.; Grundmann, *European Company Law*, S. 75; zur Entstehung des

Abs. 1 SE-VO und durch zahlreiche Einzelverweise auf das nationale Recht verwiesen.¹⁹⁰ Das wirft auch im Hinblick auf den genauen Umfang der Rechtsänderungen im Falle einer Sitzverlegung Fragen auf.

So wie für die SE-VO insgesamt ein nicht abschließendes Regelungskonzept gewählt wurde, so überlässt der Verordnungsgeber auch im Bereich der Sitzverlegung bewusst den Mitgliedstaaten die Regelung einzelner Detailfragen, unter anderem den Minderheitenschutz nach Art. 8 Abs. 5 SE-VO.¹⁹¹ Zusätzliche nationale Anforderungen an eine Sitzverlegung außerhalb der ausdrücklich den Mitgliedstaaten eingeräumten Regelungsbefugnisse sind dagegen unzulässig; solche würden dem Zweck des Art. 8 SE-VO, Sitzverlegungen im Großen und Ganzen unter einheitlichen Bedingungen zu ermöglichen, zuwiderlaufen.¹⁹²

Die Regelung des Art. 8 Abs. 5 war in der Vorgängervorschrift des Art. 5a SE-VOV 1991 noch nicht enthalten.¹⁹³ 1998 beriet der Rat über einen neu gefassten Entwurf, der auf eine Ausarbeitung der Gruppe „Wirtschaftsfragen“ zurückgeht und der trotz Einigkeit über die gesellschaftsrechtlichen Regelungen nicht verabschiedet werden konnte, weil man sich über die mitbestimmungsrechtlichen Regelungen nicht einigen konnte. Art. 8 Abs. 2 c dieses Entwurfs enthielt erstmals die heutige Vorschrift des Abs. 5. Neu aufgenommen wurden darin daneben u. a. auch die Bestimmungen über die Erstellung des Verlegungsberichts, die Einsichts- und Informationsrechte der Aktionäre bzw. Gläubiger vor der Hauptversammlung und die Rechtmäßigkeitsbescheinigung.¹⁹⁴

e. Die Niederlassungsfreiheit

Welche Bedeutung der Sitzverlegungsmöglichkeit der SE zukommt, lässt sich erst beantworten, wenn festgestellt ist, was für die SE aus der Niederlassungsfreiheit folgt.¹⁹⁵ Da die SE bei einer

SEEG: Neye, Die Europäische Aktiengesellschaft, S. 1 ff.

¹⁹⁰ Stellvertretend seien hier Art. 15 Abs. 1, 36 SE-VO (Gründung mit Verschmelzung und Errichtung einer Tochtergesellschaft) sowie Art. 52 S. 2, 61, 63 (u. a. Kompetenzordnung und Auflösung) genannt.

¹⁹¹ Weitere ausdrücklich genannte Ergänzungsmöglichkeiten finden sich in Abs. 7 S. 2 (Option, Gläubigerschutz durch Nachweis angemessenen Schutzes auf Verbindlichkeiten mit Entstehung bis Verlegung auszudehnen) sowie Abs. 14 S. 1 (Schaffung Einspruchsmöglichkeit für zuständige Behörde aus Gründen öffentlicher Interessen). Zu dem ursprünglichen Plan einer Lückenfüllung mit Hilfe von allgemeinen Rechtsprinzipien, die in der SE-VO verankert werden sollten, siehe Teichman, *European Private Law* 2011, 145, 149 f.

¹⁹² Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 4; missverständlich insoweit Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 8, der die Vorschrift insgesamt als abschließend bezeichnet, damit aber lediglich die Unanwendbarkeit nationaler Gründungsvorschriften meint.

¹⁹³ SE-VOV 1991, BT-Drucks. 12/1004, S. 18 f.

¹⁹⁴ Vgl. die Synopse von SE-VOV 1991 und SE-RatsE 1998, in: Schwarz, *Europ. GesR*, Rn. 1190.

¹⁹⁵ Oechsler, in: MüKO AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 6 a. E. (2. Aufl. 2005) befürchtete zunächst einen Bedeutungsverlust des Art. 8 SE-VO durch die auf die Niederlassungsfreiheit gestützten Zuzugsmöglichkeiten, was er in der 3. Auflage 2012 jetzt durch die Vermutung ersetzt, hinter dem zögerlichen Verhalten in Sachen „Sitzverlegungsrichtlinie“ stecke politisches Kalkül. Man wolle gerade die Alleinstellung der Sitzverlegung für supranationale Gesellschaften aufrechterhalten, ebda, Art. 8, Rn. 6. „Sudden death für die Societas Europaea“ formulierten auch drastisch Weiss/Wöhlert, *WM* 2007, 580 in Anbetracht der „Sevic-Entscheidung“. Anders hingegen Schwarz, SE-VO, Einl. Rn. 32; Boucourechliev/Hommelhoff (Hrsg.), *Vorschläge für eine europäische Privatgesellschaft*, S. 61, 68 sowie jetzt auch Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 5, wonach Zweck der SE-VO insgesamt gerade die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit sei.

Sitzverlegung gleichzeitig Satzungs- und Verwaltungssitz verlegt, ist auch die europäische Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49, 54 AEUV für beide Sitzanknüpfungen daraufhin zu untersuchen, ob sich hieraus bereits das Recht einer Verlegung dieser ergibt.

(1) Persönlicher Anwendungsbereich:¹⁹⁶ Anwendbarkeit auf die SE

Der persönliche Anwendungsbereich¹⁹⁷ umfasst natürliche und juristische Personen gemäß Art. 54 Abs. 1 AEUV, wobei Art. 54 Abs. 2 AEUV den Begriff der juristischen Person konkretisiert. „Gesellschaften“, auf die Art. 54 Abs. 1 AEUV allein abstellt, sind nach Abs. 2 lediglich als Unterkategorie („...und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts“) der juristischen Person zu qualifizieren. Der gemeinschaftsrechtliche Begriff der juristischen Person ist weiter gefasst als der im deutschen Recht gebräuchliche.¹⁹⁸ Erfasst sind damit Wirtschaftssubjekte, die keine natürlichen Personen sind, also Vereine, Gesellschaften einschließlich der Personengesellschaften, Stiftungen sowie besondere Rechtsformen wie Reedereien oder juristische Personen des öffentlichen Rechts.¹⁹⁹ Dabei kommt es nicht auf deren Rechtsfähigkeit an. Ein Erwerbzweck ist ausreichend, aber auch notwendig.²⁰⁰ Nicht erfasst sind bloß zufällige Personenzusammenschlüsse wie Interessengemeinschaften, da sie keinen Erwerbzweck verfolgen.²⁰¹

Die SE erfüllt alle o. g. Kriterien. Dass sie in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fällt, wird in der Literatur dennoch vereinzelt bezweifelt mit Hinweis auf den Wortlaut des Art. 54 Abs. 1 AEUV, der die Niederlassungsfreiheit auf „nach den Rechtsvorschriften eines

¹⁹⁶ Gebräuchlich sind hier „Schutzbereich“ und „Anwendungsbereich“. Die besseren Argumente sprechen für die neutrale Benennung „Anwendungsbereich“, da die Bezeichnung „Schutzbereich“ fälschlicherweise einen Gleichlauf zur Dogmatik der Grundfreiheiten suggerieren könnte, vgl. Mojzesowicz, Möglichkeiten und Grenzen einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten, S. 141 sowie Mühl, Diskriminierung und Beschränkung, S. 248.

¹⁹⁷ In der Literatur wird bereits die Frage uneinheitlich beantwortet, was unter persönlichem Anwendungsbereich auf der einen und sachlichem Anwendungsbereich auf der anderen Seite zu verstehen ist. Dies wirkt sich im Ergebnis allerdings nicht auf die Beantwortung der Frage aus, ob die Niederlassungsfreiheit auf die Rechtsform einer SE zu erstrecken ist, weswegen darauf nicht näher eingegangen wird. So diskutieren Knop, Gesellschaftsstatut und Niederlassungsfreiheit, S. 105 und Hobe, Europarecht, S. 213 (Rn. 177), etwa die Frage der Rechtsfähigkeit von Gesellschaften als Subjekt der NLF i. R. d. sachlichen Anwendungsbereichs. Teilweise wird diese hingegen beim persönlichen Anwendungsbereich thematisiert, so z. B. bei Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, S. 484 (Rn. 13). Teilweise wird auch von der Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs auf eine Erfassung bestimmter Vorgänge durch den sachlichen Anwendungsbereich geschlossen. Ein derartiges Verständnis verschmilzt die beiden Prüfungspunkte, vgl. Braun, Die Wegzugsfreiheit als Teil der Niederlassungsfreiheit, S. 118.

¹⁹⁸ Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 54 AEUV, Rn. 3; näher dazu auch Paefgen, WM 2009, 529, 531.

¹⁹⁹ H. M., Paefgen, WM 2003, 561, 565 f.; ders. in: HdbPersG, § 60, Rn. 4119 m. w. N.; Troberg/Tiedje, in: Von der Groeben/Schwarze I, Art. 48 EGV, Rn. 2; Wiedemann, GesR II, S. 60 f.; Thümmel/Hack, Der Konzern 2009, 1, 3; Kindler, in: MüKo BGB (Bd. 11), IntGesR, Rn. 282 ff.; Leible/Hoffmann, RIW 2002, 925, 933 f., der allerdings die Überseering-Rechtsprechung auf Personengesellschaften für nicht anwendbar hält.

²⁰⁰ Hailbronner, Europarecht II, Rn. 545; Troberg/Tiedje in: Von der Groeben/Schwarze, Art. 48 EGV, Rn. 2 f.; Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 54 AEUV, Rn. 3 f.; Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, S. 484 (Rn. 13).

²⁰¹ Zutreffend sind Gesellschaften daher in Abgrenzung zu reinen Interessengemeinschaften als „Zweckverbände“ zu charakterisieren, vgl. Wiedemann, GesR I, S. 3, 8. Zum engeren Begriff der Gesellschaft im Kollisionsrecht Paefgen, in: HdbPersG, Rn. 4133 ff.

Mitgliedstaats gegründete Gesellschaften“ erstreckt.²⁰² Dem ist entgegen zu halten, dass eine Berücksichtigung supranationaler Gesellschaften durch den Normtext allein deshalb fehlt, weil es solche Gesellschaften zur Zeit des Vertragsabschlusses noch nicht gab. Nach Sinn und Zweck der Niederlassungsfreiheit müssen solche Gesellschaften erst recht erfasst sein.²⁰³ Zudem sind beispielsweise auch Gesellschaften aus EWR-Staaten erfasst, was sich ebenfalls nicht aus dem Normtext selber, sondern erst i. V. m. Art. 31, 34 des EWR-Abkommens ergibt.²⁰⁴ Im Bereich des Gesellschaftsrechts erlaubt Art. 50 Abs. 1 AEUV sogar ausdrücklich nur eine Rechtsetzung, die die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit fördert. Auch wenn die SE-VO als Verordnung nicht auf Art. 50 Abs. 1 gestützt werden konnte, so knüpft sie ausweislich ihres Erwägungsgrundes Nr. 3 jedenfalls an die mit Hilfe der Richtlinien nach Art. 50 Abs. 1 AEUV verfolgten Ziele an. Damit setzt auch der europäische Gesetzgeber die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf die SE voraus. Dies entspricht dem zwar strittigen, aber den generellen Rangregeln folgenden Grundsatz, dass sich auch das sekundäre Gemeinschaftsrecht am Maßstab der Grundfreiheiten messen lassen muss.²⁰⁵

Die in der Literatur vereinzelt anzutreffende Ansicht, der Schutzgehalt der Niederlassungsfreiheit sei allein aus den konkreten Ausgestaltungen durch die Normen des Sekundärrechts abzuleiten,²⁰⁶ ist abzulehnen.²⁰⁷ Dies folgt bereits aus der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 49 AEUV.²⁰⁸ Soweit der EuGH jedoch selbst von der Abgeschlossenheit einzelner sekundärrechtlicher Vorschriften ausgeht,²⁰⁹ so geschieht dies nur zur Begründung der Unzulässigkeit darüber hinausgehender nationaler Maßnahmen, welche die Niederlassungsfreiheit beschrän-

²⁰² Ulmer, NJW 2004, 1201, 1210.

²⁰³ Ehrlicke, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 64, Rn. 3 sowie Schön, ebda, Die SE im Steuerrecht, Einf., Rn. 18; Schwarz, SE-VO, Einl., Rn. 33 f.; Paefgen, in: KK AktG, Art. 34 SE-VO, Rn. 20; Eidenmüller, JZ 2004, 24, 31; Braun, Die Wegzugsfreiheit als Teil der Niederlassungsfreiheit, S. 158; De Diego, EWS 2005, 446, 448 f.; Büsching, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 14. Kap., Rn. 15; M. Karollus, in: Köck/Lengauer/Ress (Hrsg.), FS Fischer (2004), 169, 182.

²⁰⁴ Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, ABl. L 1 v. 3.1.1994, S. 3

²⁰⁵ Tomuschat, in: Bröhmer/Bieber u. a. (Hrsg.), FS Ress, 857, 871; Kossmann/Heinrich, ZIP 2007, 164, 167; Leible, ZGR 2004, 531, 556; Meyer, Jura 1994, 455, 457; Paefgen, in: HdbPersG, § 60, Rn. 4161; De Diego, EWS 2005, 446, 448; Jaensch, EWS 2007, 97, 101; Schwarz, SE-VO, Einl., Rn. 38, 80.

²⁰⁶ In Bezug auf die SE-VO wohl Schäfer, NZG 2004, 785, 788; genauso zur IntVerschmRL (RL 2005/56/EG) Forsthoff, DStR 2006, 613, 617.

²⁰⁷ Vgl. Müller-Graff, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 49, Rn. 2; Paefgen, WM 2009, 529, 533; Jaensch, EWS 2007, 97, 100 zum grenzüberschreitenden Formwechsel; einschränkend auch (Ausschluss nur in Bezug auf die von der IntVerschmRL erfassten Kapitalgesellschaften): Bayer/Schmidt, ZIP 2006, 210 ff., 212; Lutter/Drygala, JZ 2006, 770, 773, 775 f.; Spahlinger/Wegen, NZG 2006, 721, 726; Teichmann, ZIP 2006, 355, 360; Thümmel/Hack, Der Konzern 2009, 1, 3 f.; Simon/Rubner, Der Konzern 2006, 835, 842; wohl auch Weiss/Wöhlert, WM 2007, 580, 583; Lutter/Drygala, in: Lutter, UmwG, § 1, Rn. 7; Gesell/Krömker, DB 2006, 2558, 2560. Zu den grundsätzlichen Bedenken einer „sekundärrechtskonformen Auslegung des Primärrechts“ siehe ferner Leible, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Bd. 2, S. 116, 125 f.

²⁰⁸ Wie hier Hennrichs/Pöschke/Von der Laage/Klavina, WM 2009, 2009, 2014. Die unmittelbare Anwendbarkeit ist allgemein anerkannt, vgl. statt aller: Müller-Graff, in: Streinz EUV/AEUV, Art. 49, Rn. 2; Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 6, Rn. 175 m. w. N.

²⁰⁹ EuGH v. 30.9.2003, Rs. C-167/01, Slg. I-10155 – Inspire Art (Rn. 65-72); EuGH v. 9.3.1999, Rs. C 212/97, Slg. 1999, I-1459 – Centros (Rn. 36); EuGH v. 14.9.2000, Rs. C-238/98, Slg. 2000, I-6623 – Hocsman (Rn. 33 f.). Allein ausgeschlossen hat der EuGH die Überprüfung von nationalen Regelungen, welche aufgrund des Sekundärrechts harmonisiert sind, vgl. hierzu Tomuschat, in: Bröhmer/Bieber u. a. (Hrsg.), FS Ress, S. 857, 871. Eine derartige Harmonisierung existiert in Bezug auf den Minderheitenschutz der Mitgliedstaaten anlässlich einer Sitzverlegung gerade nicht. Näher hierzu später, unter: II. 2. „Vergleich mit anderen Abfindungsansprüchen europäischen Anlasses“.

ken.²¹⁰ Keineswegs wird damit eine Immunität i. S. d. Unüberprüfbarkeit von selbst einschränkend wirkendem Sekundärrecht geschaffen.²¹¹ Im Gegenteil: Der EuGH rechtfertigt die Harmonisierung im gleichen Zuge mit der Beseitigung genereller Niederlassungshindernisse durch die ansonsten fortdauernde Rechtszersplitterung.²¹² Sinn und Zweck des Sekundärrechts ist demnach im Bereich des Gesellschaftsrechts u. a. die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit.²¹³ Anhand dieses Ziels lässt sich jede einzelne Vorschrift daraufhin überprüfen, ob sie diesem Zweck auch gerecht wird.²¹⁴ Speziell auf die Sitzverlegung angewandt, kann daher festgehalten werden, dass die sekundärrechtlich eingeräumten Mobilitätsmöglichkeiten für Gesellschaften jedenfalls nicht zu einer Reduzierung der Gewährleistungen der Niederlassungsfreiheit führen können.²¹⁵

Im Schrifttum vorherrschend ist allerdings die Auffassung, der Gerichtshof lege bei der Überprüfung von Sekundärrecht anhand der Grundfreiheiten einen weniger strengen Maßstab an als bei der entsprechenden Kontrolle nationalen Rechts.²¹⁶ Begründet wird diese Interpretation der Rechtsprechung damit, dass das Ermessen des EuGH hier weniger weit reiche, da die Mitgliedstaaten den rechtsschaffenden Willen der Gemeinschaft schließlich selbst im Wege des Kompromisses und des Konsenses bereits konkretisiert hätten.²¹⁷ Dem europäischen Gesetzgeber ist demnach ein weiter Ermessensspielraum hinsichtlich der Ausführung seines Konkretisierungsauftrags zuzuerkennen.²¹⁸ Die Grenzen der zu tolerierenden Ermessensausübung seien erst er-

²¹⁰ Forsthoff, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), § 2, Rn. 74; siehe auch EuGH v. 14.9.2000, Rs. C-238/98, Slg. 2000, I-6623 (Rn. 34, 40) – Hoczman.

²¹¹ Zur Bindung der Gemeinschaftsorgane an das Primärrecht und damit der Überprüfbarkeit des Sekundärrechts anhand der Maßstäbe der Grundfreiheiten vgl. nur EuGH v. 25.6.1997, Rs. C-114/96, Slg. 1997, I-3629 – Strafverfahren gegen Kieffer und Thill (Rn. 27) sowie EuGH v. 17.5.1984, Rs. 15/83, Slg. 1984, 2171 – Denkavit Nederland (Rn. 15), jeweils hinsichtlich der Überprüfung einer europäischen Verordnung. Hinsichtlich der Überprüfbarkeit von Richtlinien siehe EuGH v. 9.8.1994, Rs. C-51/93, Slg. 1994, I-3879 – Meyhui (Rn. 11); EuGH v. 29.2.1984, Rs. C-37/83, Slg. 1984, 1229 – REWE-Zentral (Rn. 18). Aus der Lit. die Bindung grundsätzlich ebenfalls bejahend Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 45 AEUV, Rn. 131 m. w. N.; Gaitanides, in: Von Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 220 EGV, Rn. 17; Everling, ZHR 162 (1998), 403, 421; Leible, ZGR 2004, 531, 540; ders., in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Bd. 2, S. 116, 120; verneinend hingegen: Bahlmann, EuR 1982, 1, 3; Kingreen, in: Calliess/Ruffert/Kingreen, Kommentar zu EGV/EUV (3. Aufl. 2007), Art. 28 EGV, Rn. 110.

²¹² EuGH, Urt. v. 30.9.2003, Rs. C-167/01, Slg. I-10155 – Inspire Art (Rn. 68 f.).

²¹³ EuGH v. 14.9.2000, Rs. C-238/98, Slg. 2000, I-6623 (Rn. 32) – Hoczman. Siehe auch oben (Fn. 223).

²¹⁴ Zu Recht differenzierend daher Forsthoff, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 2, Rn. 71 ff.

²¹⁵ Genauso: Forsthoff, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 2, Rn. 76; ebenso in Bezug auf nationales Recht: Lutter/Drygala, in: Lutter, UmwG, § 1, Rn. 7; für die Durchsetzung von Arbeitnehmerrechten entsprechend Meilicke/Rabback, GmbHR 2006, 123, 126; vgl. auch Bayer/Schmidt, ZIP 2006, 210, 213 sowie Schön, ECFR 2006, 122, 144, die an der Europarechtskonformität der nationalen Arbeitnehmerschutzbestimmungen für grenzüberschreitende Verschmelzungen zweifeln.

²¹⁶ Gestützt wird dies u. a. auf EuGH v. 11.7.1985, Rs. 42/84, Slg. 1985, 2545 (Rn. 34) – Remia/Kommission, wobei hier allerdings keine sekundärrechtliche Vorschrift, sondern eine Maßnahme der Kommission zu überprüfen war; Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Vor Art. 45 AEUV, Rn. 132 f.; Bröhmer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 54 AEUV, Rn. 17 a. E.; G. H. Roth, Vorgaben der Niederlassungsfreiheit für das Kapitalgesellschaftsrecht, S. 53; M. Karollus, in: Köck/Lengauer/Ress (Hrsg.), FS Fischer (2004), 169, 185 f.; ähnlich Themaat, in: Mestmäcker/Möller u. a. (Hrsg.), FS Von der Groeben, 425, 435; Schön, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Die SE im Steuerrecht, Einf., Rn. 30 („Vermutung der Rechtsmäßigkeit“). Den Meinungsstand zusammenfassend: Knop, Gesellschaftsstatut und Niederlassungsfreiheit, S. 151 ff. m. w. N.

²¹⁷ G. H. Roth, Vorgaben der Niederlassungsfreiheit für das Kapitalgesellschaftsrecht, S. 53.

²¹⁸ Schäfer, NZG 2004, 785, 788; einschränkend Leible, ZGR 2004, 531, 543 f.; Koch, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 382 f., 527 f.

reicht, wenn der Kern der jeweiligen Grundfreiheit angetastet werde.²¹⁹ Demzufolge muss der Maßstab bei der Überprüfung von Sekundärrecht dahingehend angepasst werden, dass eine Betrachtung der Auswirkungen einer Regelung auf den gesamten Binnenmarkt erfolgt.²²⁰

Der besondere Maßstab darf indes nur soweit gelten, wie auch eine unionsweite Betrachtung reichen kann. Deren Grenze ist dort erreicht, wo einzelne nationale Gesetze voneinander abweichende Regelungen treffen. Kein abweichender Prüfungsmaßstab gilt also für Vorschriften, die in Ausfüllung einer europäischen Ermächtigungsnorm ergehen, etwa nach Art. 8 Abs. 5 SE-VO.

(2) Sachlicher Anwendungsbereich

a) Statutswahrende Verwaltungssitzverlegung

Als Ausgangspunkt soll hier die Feststellung dienen, dass die Verlegung des Verwaltungssitzes im Ergebnis nach ganz überwiegender Ansicht einen von der Niederlassungsfreiheit geschützten Vorgang darstellt. Die Streitigkeiten konzentrieren sich in diesem Zusammenhang zum einen auf die Frage, nach welcher Rechtsordnung sich das Gesellschaftsstatut nach erfolgter Sitzverlegung richtet und zum anderen darauf, ob die Verlegung des Verwaltungssitzes in Ausübung des primären oder sekundären Niederlassungsrechts erfolgt.²²¹

Unter Gesellschaftsstatut wird gemeinhin das Recht verstanden, welches die Gesellschaft regelt (Personalstatut bzw. *lex societatis*), also die Voraussetzungen bestimmt, unter welchen „die Gesellschaft entsteht, lebt, und vergeht“.²²² Zur Beantwortung der Frage, nach welcher Rechtsordnung sich das Gesellschaftsstatut richtet, stehen verschiedene Anknüpfungstheorien (Sitz-, Gründungs-, Überlagerungs- oder Kontrolltheorie bzw. Differenzierungslehre)²²³ zur Verfügung. Ausgangspunkt ist das Recht des Gründungsstaates als die Rechtsordnung, welche zuerst der jeweiligen juristischen Person ihre konkrete Form verleiht. Das ist bei den Kapitalgesellschaften das Recht des Staates, in dem die Registereintragung erfolgt.²²⁴ Im Gegensatz zu der von der

²¹⁹ vgl. Schäfer, NZG 2004, 785, 788.

²²⁰ Vgl. dazu Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 45 AEUV, Rn. 133; M. Karollus, in: Köck/Lengauer/Ress (Hrsg.), FS Fischer (2004), 169, 185 f.

²²¹ Vgl. hierzu die Einteilung einerseits in sekundäre und primäre und andererseits in voll- und in teilintegrative Niederlassungsfreiheit bei Mülbert/Schmolke, ZVglRWiss 100 (2001), 233, 242 f. Die Frage, ob das Gesellschaftsstatut an einer Sitzverlegung aus niederlassungsrechtlichen Gründen teilnimmt oder nicht, ist des Weiteren streng zu trennen von der klassischen fremdenrechtlichen „Anerkennungslehre“. Näher dazu Trost, Faktische Sitzverlegung, S. 39 ff.; zum Begriff „Fremdenrecht“ siehe Paefgen, in: HdbPersG, § 60, Rn. I 4103; Großfeld, in: Staudinger, IntGesR 1998, Rn. 162 ff.; ausführlich Behrens, in: Hachenburg, GmbHG, Einl., Rn. 156 ff. Mit dem heutigen Verständnis von „Anerkennung“ ist es nicht mehr vereinbar, einen spezifischen „Anerkennungsakt“ für die Zuerkennung von Rechtsfähigkeit zu verlangen. Die so verstandene „Anerkennung“ geht in der kollisionsrechtlichen Frage der Bestimmung des anwendbaren Rechts vollständig auf. Beispielhaft hierfür Troberg/Tiedje, in: Von der Groeben/Schwarze I, Art. 48, Rn. 16 ff., die unter diese Überschrift die auch die kollisionsrechtliche Zuordnung von Gesellschaften fassen. Die Bedeutungslosigkeit der Anerkennungsproblematik zeigt sich auch in der Streichung des früheren Art. 293 EG.

²²² BGHZ 25, 134, 144; Großfeld, in: Staudinger, IntGesR 1998, Rn. 17; Paefgen, in: HdbPersG, § 60, Rn. 4139; V. Kruse, Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften, S. 3; Trost, Faktische Sitzverlegung, S. 14.

²²³ Im Einzelnen hierzu Großfeld, in: Staudinger, IntGesR 1998, Rn. 16 ff. Zu Sitz- und Gründungstheorie bereits oben, unter: II. 3.: „Die Rechtsprechung der nationalen Gerichte zur Sitzverlegung“.

²²⁴ Zur genauen Bestimmung des Gründungsstatuts Paefgen, in: HdbPersG, § 60, Rn. 4127 f. m. w. N. Steuerrecht,

herrschenden Meinung vertretenen „Einheitslehre“²²⁵ wird vereinzelt in der Literatur eine weitere Differenzierung zwischen den einzelnen statutzugehörigen Regelungsbereichen befürwortet, die dazu führt, dass ein teilweiser Statutenwechsel unter Beibehaltung der Regeln des Gründungsstaates im Übrigen stattfindet.²²⁶ Dieser Streit kann hier dahinstehen, denn für die SE folgt der Statutenwechsel bei Sitzverlegung aus Art. 9 Abs. 1 c i – iii bzw. in Bezug auf nicht SE-spezifische Regelungen aus Art. 10 SE-VO.

Bei den Verweisungsvorschriften der SE-VO handelt es sich nach vorzugswürdiger Ansicht um Sachnormverweisungen.²²⁷ So verweist Art. 9 Abs. 1 c ii SE-VO wie auch Art. 10 auf das Aktienrecht des Sitzstaats der SE. Allerdings stellt sich die Frage des anwendbaren Sekundärrechts gem. Art. 9 Abs. 1 c i – iii und 10 SE-VO nach einer erfolgten Sitzverlegung neu. Denn hierdurch fallen Gründungsrecht und Sitzstaatrecht der SE zwingend auseinander. Würde man generell alle Verweisungen der SE-VO als Gesamtnormverweisungen verstehen, würde dies zu wenig praktikablen Ergebnissen führen. Dennoch legt der Wortlaut hier möglicherweise eine Differenzierung nahe: Während i. d. R. direkt auf das „(Aktien-)Recht des Sitzstaates“ verwiesen wird (vgl. Art. 13; 15 Abs. 1; 62 Abs. 1 und 2; 47 Abs. 1; 57; 64 SE-VO), nehmen Art. 9 Abs. 1 c ii bzw. iii und Art. 10 SE-VO das Recht des Sitzstaates der SE in Bezug, welches auf „eine nach diesem Recht gegründete Aktiengesellschaft“ anwendbar wäre. Nach deutschem Recht wäre das, folgte man der h. M. zu § 5 AktG n. F.,²²⁸ nach einer Verwaltungssitzverlegung einer in Deutschland gegründeten AG aber immer noch deutsches Recht. § 5 AktG erweitert somit partiell (d. h. bezogen auf bestimmte Gesellschaften) den örtlichen Anwendungsbereich des deutschen Aktienrechts über die Staatsgrenzen hinaus. Eine SE, die in Deutschland gegründet wurde, unterliegt genauso dem deutschen Aktienrecht und zwar in seinem spezifischen Anwendungsbereich. Es findet also im Moment der Gründung eine Kopplung der Europäischen Gesellschaft an das deutsche Aktienrecht statt, die in keiner Weise der deutschen AG an ebendieses Recht nachsteht. Es kann deshalb durchaus in Zweifel gezogen werden, ob Art. 9 Abs. 1 c ii und Art. 10 SE-VO diese Verknüpfung lösen wollen. Der Verweis auf das Gründungsrecht könnte hier ausnahmsweise für die Sitzverlegung als Gesamtnormverweisung zu verstehen sein, was u. a. dazu führen würde, dass § 5 AktG auf die SE anwendbar wäre.

Publizitätsvorschriften, z. B. aber auch das Insolvenz- und Registerrecht werden unabhängig von der Bestimmung des Gesellschaftsstatuts nach den jeweils einschlägigen Vorschriften angeknüpft.

²²⁵ BGH v. 30.3.2000, VII ZR 370/98, NZG 2000, 926, 927; Behrens, IPrax 2003, 193, 205; Großfeld, in: Staudinger, IntGesR 1998, Rn. 66; Spahlinger, in: Spahlinger/Wegen, IntGesR, Rn. 27; Behrens, in: Hachenburg, GmbHG, Einl., Rn. 129; Paefgen, DB 2003, 487 f.; ders., DZWIR 2003, 441, 442; ders., ZIP 2004, 2253, 2254.

²²⁶ Grasmann, System des internationalen Gesellschaftsrechts, S. 343 ff.; ähnlich Moser, in: Boemle u. a. (Hrsg.), FS Bürgi, S. 283, 286 ff.

²²⁷ Casper, in: Habersack/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Ulmer, S. 51, 66; Jaecks/Schönborn, RIW 2003, 254, 257; Kindler in: MüKo BGB (Bd. 11), IntGesR, Rn. 80; Zang, Sitz und Verlegung, S. 84; Brandt/Scheifele, DStR 2002, 547, 553; Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, Die Europäische Gesellschaft (2005), S. 19; Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, IV. Kap., § 41, Rn. 26; Horn, DB 2005, 147; Lächler/Oplustil, Regelungsbereich der SE-VO, NZG 2005, 381, 383 f.; a. A.: Schäfer, NZG 2004, 785, 787; Wagner, Die Bestimmung des auf die SE anwendbaren Rechts, NZG 2002, S. 985, 989; Hommelhoff/Teichmann, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 9, Rn. 29 ff.; Kalss/Greda, in: Kalss/Hügel, SE-Kommentar, Allgemeiner Teil, Rn. 17; Knop, Gesellschaftsstatut und Niederlassungsfreiheit, S. 53; Drinhausen/Teichmann, in: Van Hulle/Maul/Drinhausen, Hdb. SE, 3. Abschnitt, Rn. 12; Schwarz, SE-VO, Art. 9, Rn. 25; differenzierend Veil, in: KK AktG, Art. 9 SE-VO, Rn. 52, 66 (Art. 9 Abs. 1 c ii SE-VO demnach jedoch Sachnormverweisung, vgl. Rn. 71).

²²⁸ Hierzu vgl. die Ausführungen oben unter: II. 2.: „Deutsche Gesetzgebung: Rechtslage nach dem MoMiG“ sowie ferner II. 4. b. (1) „Die Sitzverlegungsmöglichkeiten im Vergleich.“

Dem steht jedoch der Wortlaut der Verweisungsnorm entgegen. Erst bei näherer Betrachtung erschließt sich die Bedeutung der Differenzierungen im Wortlaut der verschiedenen Verweisungsvorschriften: Denn während Art. 9 Abs. 1 c ii-iii und 10 SE-VO gerade auch im Fall einer Sitzverlegung anwendbar sind, muss diese Möglichkeit bei den anderen Vorschriften i. d. R. nicht berücksichtigt werden, weil deren Gegenstand ohnehin eine Anwendung auf „umgezogene SE`s“ hindert, etwa, wenn es um die Gründung der SE durch Verschmelzung geht, Art. 18 SE-VO. Dadurch, dass in den beiden Vorschriften aber auf das Recht des Sitzstaates verwiesen wird, welches auf die dort gegründeten Aktiengesellschaften anzuwenden wäre, werden gerade „fremde“ Gesellschaftsstatute etwaiger ebenfalls zugezogener Aktiengesellschaften für die Behandlung der SE im vergleichbaren Zuzugsfall als irrelevant ausgenommen. Daneben wird § 5 AktG aber auch, soweit es um die Frage eines Auseinanderfallens von Satzungs- und Verwaltungssitz anlässlich einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung nach Art. 8 SE-VO geht, genauso wie auch die Sitz- und Gründungstheorie als solche von Art. 7 S. 1 SE-VO verdrängt.

Es bleibt daher dabei, dass Art. 9 Abs. 1 c ii-iii und Art. 10 in Verbindung mit Art. 7 S. 1 SE-VO für den Fall, dass man der Niederlassungsfreiheit ein Recht auf statutserhaltende Verwaltungssitzverlegung entziehen möchte,²²⁹ eine Teilnahme der SE hieran verhindern.²³⁰ Der Streit, ob der Niederlassungsfreiheit nun das Recht auf Beibehaltung des Gesellschaftsstatuts entnommen werden kann oder nicht, soll hier nicht erneut aufgerollt werden.²³¹ Die Argumente sind von beiden Seiten in zahlreichen Abhandlungen erschöpfend vorgetragen worden.²³² Interessanter er-

²²⁹ Dies tut mit guten Gründen aber ein beträchtlicher Teil der Literatur, vgl. Behrens, ZGR 1994, 1, 17; ders., RabelsZ 52 (1988), 498, 518; Leible, ZGR 2004, 531, 553; Forsthoff, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 2, Rn. 37; Ulmer, NJW 2004, 1201, 1209; Paefgen, WM 2003, 561, 568 f.; Schulz/Sester, EWS 2002, 545, 552; Bayer, BB 2003, 2357, 2362; Zimmer, NJW 2003, 3585, 3587, 3591 f.; Weller, IPrax 2003, 324, 328; ders., DStR 2003, 1800; Borges, ZIP 2004, 733; Sandrock, BB 2004, 897, 901; Jestädt, S. 99 f.; Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325, 343 f.; W.-H. Roth, in: Lutter (Hrsg.), Europäische Auslandsgesellschaften S. 379, 402; Mülbert/Schmolke, ZVglRWiss 2001, 233, 239 f.; De Diego, EWS 2005, 446, 449 f.; Frenzel, EWS 2009, 158, 163; Wiedemann, GesR I, S. 796; Drobnig in: Von Bar, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 185, 196; Schnichels, Reichweite des Niederlassungsrechts, S. 199; W.-H. Roth in: Lutter (Hrsg.), Europäische Auslandsgesellschaften, S. 379, 402; Grothe, Die ausländische Kapitalgesellschaft und Co, S. 146; Stewen, Europäische Niederlassungsfreiheit und deutsches Internationales Steuerrecht, S. 74; differenzierend V. Kruse, Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften, S. 214, 244, die einen Statutswechsel nur noch für GmbH's bzw. Gesellschaften, die der Mitbestimmung unterliegen, für gerechtfertigt hält. Aus der neueren Literatur desw. Knop, Gesellschaftsstatut und Niederlassungsfreiheit, S. 97, 110 sowie Eidenmüller, JZ 2004, 28, 32, die auch die gleichzeitige bzw. isolierte Satzungssitzverlegung einbeziehen; tendenziell so auch Altmeyen, in: MüKo AktG, Bd. 9 b Europäisches Aktienrecht, 1. Kapitel, Rn. 28; Braun, Die Wegzugsfreiheit als Teil der Niederlassungsfreiheit, S. 180. Die Satzungssitzverlegung strikt ausklammernd hingegen Eyles, S. 373; Großfeld, in: Staudinger, IntGesR 1998, Rn. 680. Noch weiter geht Drobnig in: Von Bar, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 185, 199, indem er gar den Statutenwechsel ohne Sitzverlegung als durch die Niederlassungsfreiheit garantiert ansieht. Offen gelassen in BayObLG, Beschl. v. 21.3.1986, BReg 3 Z 148/85, NJW 1986, 3029 ff.

²³⁰ Dies problematisiert, soweit ersichtlich, allein Schwarz, SE-VO, Einl., Rn. 39; ähnlich Ziemons, ZIP 2003, 1913, 1918 sowie Jestädt, S. 146 f., allerdings nur unter Bezugnahme auf Art. 7 und 8 SE-VO.

²³¹ Zur Gegenansicht (kein Recht auf Statuterhalt) siehe nur: Von Bismarck, Grenzüberschreitende Sitzverlegung, S. 165; Kruchen, Europäische Niederlassungsfreiheit, S. 176; G. H. Roth, Vorgaben der Niederlassungsfreiheit für das Kapitalgesellschaftsrecht, S. 28; Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen, S. 145; Grundmann, European Company Law, S. 492; Jaensch, EWS 2007, 97, 99; Ego, Europäische Niederlassungsfreiheit, S. 121, 347; i. E. auch Ebenroth/Wilken, ZVglRWiss 90 (1991), 235, 254; Großerichter, DStR 2003, 159, 162, 165 f., 167; Kindler, NJW 2003, 1073, 1076 ff.

²³² Durchschlagend erscheinen vor allem zwei Argumente, und zwar zum einen die Anführung von Sinn und Zweck und zum anderen der gleichheitsrechtliche Gehalt der Niederlassungsfreiheit. Zweck der Niederlassungsfreiheit für die Standortwahl ist: Die Marktteilnehmer sollen nach ökonomischen Kriterien entscheiden, nicht aufgrund

scheint daher in diesem Zusammenhang die Frage, welche Bedeutung dieser Rechtsprechung für die SE-Sitzverlegung zukommt. Dies soll im Anschluss an die Darstellung der EuGH-Rechtsprechung zur Sitzverlegung noch näher erörtert werden. An dieser Stelle bleibt festzuhalten, dass die Rechtslage derzeit einen Umzug der Hauptniederlassung i. S. d. Art. 7 S. 1 SE-VO unter Beibehaltung des Satzungssitzes im Wegzugsstaat nicht erlaubt.

b) Statutswechselnde Satzungssitzverlegung

Als „Niederlassung“ i. S. d. Art. 49 S. 1 AEUV sehen der EuGH und ihm folgend die Literatur „die tatsächliche Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit“ an, „die mit Hilfe einer festen Einrichtung in stabiler und kontinuierlicher Weise auf unbestimmte Zeit stattfindet“.²³³ Demnach ist der Satzungssitz selbst keine „Niederlassung“ im Definitionssinne, weswegen seine isolierte Begründung oder spätere Verlegung auch nicht vom Wortlaut der Norm umfasst ist.²³⁴ Demgegenüber begründet der EuGH die Erfassung der Verschmelzungsvorgänge von Gesellschaften allein mit der Funktion der Niederlassungsfreiheit, solche Umstrukturierungen zu ermöglichen, die im Vergleich mit anderen Formen der Neuorganisation von Gesellschaften wie insbesondere der Auflösung mit Vermögensabwicklung und Gründung einer neuen Gesellschaft weniger schwerfällig seien. In der Zurverfügungstellung von Verschmelzungsmöglichkeiten nur für inländische Gesellschaften liege deshalb eine Verletzung des niederlassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots.²³⁵ Den grenzüberschreitenden Formwechsel hat der EuGH dann – insoweit

von Regelungsdifferenzen oder sonstigen Marktverzerrungen, vgl. Mülbert/Schmolke, ZVglRWiss 100 (2001), 233, 238; Schön, ZHR 1996, 221, 232; ähnlich Wiedemann, GesR I, 62, wonach der Binnenmarkt zum Ziel habe, dass das gesamte Gebiet ein „einziges Rechtsgebiet“ darstelle, mit „an jedem Ort gleichen rechtlichen Bedingungen“; siehe auch V. Kruse, Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften, S. 215; Everling, in: Schwarze (Hrsg.), Wirtschaftsverfassungsrechtliche Garantien, S. 11, 22, 31. Dazu passt, dass der europäische Gleichheitssatz, von dem die Niederlassungsfreiheit und das in ihr enthaltene Diskriminierungsverbot nur eine spezielle Ausprägung ist, in materieller Hinsicht verlangt, dass tatsächlich gleiche Fälle gleich und tatsächlich ungleiche Fälle ungleich behandelt werden müssen. Hierbei würden Unterschiede, die die Anerkennung der Einheit des Marktes verhindern als irrelevant betrachtet, vgl. Themaat, in: Mestmäcker/Möller u. a. (Hrsg.), FS Von der Groeben, S. 425, 432; s. auch Neuner, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Bd. 2, S. 231, 243. Während jedoch In- und Ausländer nach Art. 18 Abs. 1 AEUV grundsätzlich gleich sind und deswegen auch gleich zu behandeln sind, sind in- und ausländische Gesellschaften in dem durch das Gesellschaftsstatut bezeichneten Bereich grundsätzlich ungleich und müssen deshalb auch ungleich behandelt werden, so Randelzhofer/Forsthoff, in: Grabitz/Hilf (Vorauf. 2009), Art. 48 EGV, Rn. 37. Dieses Ergebnis beruht ebenfalls auf dem Ziel der Grundfreiheiten, möglichst vollständig Marktfreiheit und Marktgleichheit herzustellen, ähnlich Henrichs/Pöschke/Laage/Klavina, WM 2009, 2009, 2014.

²³³ EuGH v. 25.7.1991, Rs. C-221/89, Slg. 1991, I-3905 (Rn. 20) – Factortame II; EuGH v. 30.11.1995, Rs. C 55/94, Slg. 1995 I-4165 (Rn. 28) – Gebhard; vgl. auch G. H. Roth in Dausen, EU-Wirtschaftsrecht, E I., Rn. 52; ders., EuZW 2010, 607, 608; Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 49 AEUV, Rn. 16; Altmeppen, in: MüKo AktG, Bd. 9b, Europäisches Aktienrecht, 1. Kapitel, Rn. 14; Knop, Gesellschaftsstatut und Niederlassungsfreiheit, S. 91; Ego, Europäische Niederlassungsfreiheit, S. 63. Speziell zum Begriff der „Hauptniederlassung“ Eyles, Niederlassungsrecht, S. 41; Schnichels, Reichweite der Niederlassungsfreiheit, S. 40.

²³⁴ So auch Paefgen, in: HdbPersG, § 60, Rn. 4210a; Däubler/Heuschmid, NZG 2009, 493, 494; Leible, ZGR 2004, 531, 535; ders., in: Altmeppen/Fitz/Honsell (Hrsg.), FS G. H. Roth, 447, 455; Mülbert/Schmolke, ZVglRWiss 100 (2001), 233, 245 m. w. N. In diese Richtung weist auch Cadbury Schweppes, EuGH, Urteil vom 12.9.2006 – C-196/04, Slg. 2006 I-7995.

²³⁵ EuGH v. 13.12.2005, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805 (Rn. 21 ff.) – SEVIC. So zuvor schon Paefgen, GmbH 2004, 463, 468; zu den unterschiedlichen Interpretationsmöglichkeiten des Sevic-Urteils ders., in: HdbPersG, § 60, Rn. 4178 ff.; Leible/Hoffmann, RIW 2006, 161, 163 ff.; Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 1, Rn. 50, 54; Lutter, in: Lutter/Drygala, UmwG, § 1, Rn. 9 f.

konsequent – ebenfalls in den sachlichen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit mit einbezogen.²³⁶ Im Ergebnis erblickt der Gerichtshof in den unterschiedlichen Umwandlungsmöglichkeiten der Gesellschaften damit gleichwertige Modalitäten der Ausübung des Niederlassungsrechts.²³⁷ Die Literatur vertritt überwiegend die gleiche Ansicht, wobei sie sich vor allem auf das Argument stützt, der primärrechtliche Schutz sei schon deshalb geboten, weil sich das durch den grenzüberschreitenden Formwechsel angestrebte Ziel unschwer im Wege der Verschmelzung einer zuvor gegründeten ausländischen (Tochter)gesellschaft erreichen ließe.²³⁸ Dieses Argument überzeugt.

Problematisch erscheint allerdings die Erfassung auch der Begründung eines isolierten Satzungssitzes ohne begleitende wirtschaftliche Tätigkeit (wie auch die Begründung von Briefkasten-zweigniederlassungen ohne jegliche wirtschaftliche bzw. verwaltende Tätigkeit).²³⁹

Art. 49 AEUV stellt auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts eine besondere Ausprägung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes gem. Art. 18 Abs. 1 AEUV dar, welches insoweit verdrängt wird.²⁴⁰ Da aber jede Rechtsform ihre spezifischen Vorteile hat, besitzt die Anerkennung einer bestimmten inländischen Rechtsform durch Registereintragung unmittelbar Einfluss auf die Ausübung der Rechte, die das nationale Recht gewährleistet, und damit auf die tatsächliche Ausübung der geplanten Wirtschaftstätigkeit im Aufnahmestaat.²⁴¹ Dem EuGH ist diesbezüglich im Ausgangspunkt zu folgen, wenn er seit Begründung seiner „Keck“-Rechtsprechung zur Bestimmung von Beschränkungen auf das Merkmal des „Marktzugangs“ abhebt.²⁴² Denn das Erfordernis eines hindernisfreien Marktzugangs lässt sich ohne Schwierigkeiten aus dem überge-

²³⁶ EuGH v. 16.12.2008, Rs C-210/06, Slg. 2008, I-09641 – Cartesio (Rn. 111 ff.).

²³⁷ EuGH v. 13.12.2005, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805 (Rn. 21) – SEVIC. Zur Frage der Einordnung als Ausübungsform sekundärer oder primärer Niederlassungsfreiheit vgl. Eyles, S. 114 ff.

²³⁸ I. E. ebenso bereits vor Cartesio Bungert, BB 2006, 53, 55; W.-H. Roth, in: Lutter (Hrsg.), Europäische Auslandsgesellschaften, S. 379, 400; vgl. desw. Paefgen, in: HdbPersG, § 60, Rn. 4209 f.; Engert, in: Eidenmüller (Hrsg.), Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 4, Rn. 127 (S. 130 f.); Jaensch, EWS 2007, 97, 103, der für die Anwendung der Vereinigungstheorie auch beim grenzüberschreitenden Formwechsel eintritt (S. 98 m. w. N.); Herrler, EuZW 2007, 295, 298 f.; Kronke, ZGR 1994, 26, 46; Hennrichs/Pöschke/Von der Laage/Klavina, WM 2009, 2009, 2013; Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325, 353; Grundmann/Möslein, in: Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel II, S. 42; Schön, ECFR 2006, 122, 144; Wenglorz, BB 2004, 1061, 1063; Frenzel, EWS 2008, 130, 132; M. Doralt, IPPrax 2006, 572, 576; Geyrhalter/Weber, DStR 2006, 146, 150; Szydlo, ECFR 2010, 414, 424; a. A. Kindler, in: MüKo BGB, IntGesR (Bd. 11), Rn. 906.; ders., Der Konzern 2006, 811, 816; Krause/Kulpa, ZHR 171 (2007), 38, 47; Binge/Thölke, DNotZ 2004, 21, 27 f.; differenzierend Spahlinger/Wegen, NZG 2006, 721, 725; einschränkend auch Däubler/Heuschmid, NZG 2009, 493, 395 sowie Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz (2009), § 1, Rn. 55, der nur den Hereinformwechsel als von der NLF geschützt ansieht.

²³⁹ Siehe dazu bereits die Unterrichtung des Europäischen Parlaments zur Verlegung von eingetragenen Gesellschaftssitzen, BR-Drucks. 305/09 v. 1.4.2009, S. 3, Rn. G.

²⁴⁰ Zum Spezialitätsverhältnis des allgemeinen Diskriminierungsverbots nach Art. 18 Abs. 1 AEUV zu Art. 49 AEUV vgl. Holoubek, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 18 AEUV, Rn. 48 ff.; Zuleeg, in: Von der Groeben/Schwarze I, Art. 12 EGV, Rn. 18; Von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 18 AEUV, Rn. 2.

²⁴¹ Sinngemäß so auch EuGH v. 29.2.1996, C-193/94, Slg. 1996, I-929, Rn. 20 – Skanavi. Vgl. auch die Unterrichtung des Europäischen Parlaments zur Verlegung von eingetragenen Gesellschaftssitzen, BR-Drucks. 305/09 v. 1.4.2009, S. 3, Rn. B, C (Verlagerung von Gesellschaften „Kernbestandteil der Vollendung des Binnenmarktes“); dazu ferner Szydlo, ECFR 2010, 414, 416 f.

²⁴² St. Rspr.: EuGH v. 10.5.1995, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141 (Rn. 33 ff.) – Alpine Investments; EuGH v. 15.12.1995, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 (Rn. 102 f.) – Bosman sowie EuGH v. 27.1.2000, Rs. C-190/98, Slg. 2000, I-493 (Rn. 23) – Graf (für den Zugang zum inländischen Arbeitsmarkt); EuGH v. 26.6.1997, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689 (Rn. 7 ff.) – Familiapress; EuGH v. 13.1.2000, Rs. C-254/98, Slg. 2000, I-151 (Rn. 22 ff.) – Sass; EuGH v. 8.3.2001, Rs. C-405/98, Slg. 2001, I-1795 (Rn. 18 ff.) – Gourmet.

ordneten Ziel der Herstellung allgemeiner Marktfreiheit herleiten. Demnach fällt eine Maßnahme dann in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten, wenn sie den Zugang zum Markt eines anderen Mitgliedstaates behindert. Damit wird klargestellt, dass es sich bei den Grundfreiheiten nicht um grundrechtsähnliche allgemeine Freiheitsrechte der Wirtschaftsteilnehmer handelt, sondern um Integrationsnormen, die dem Abbau von Zugangshindernissen und letztlich der Herstellung eines gemeinsamen Binnenmarktes dienen.²⁴³

Daraus folgt, dass die Niederlassungsfreiheit ein Recht auf Satzungssitzverlegung einschließlich des damit verbundenen Rechtsformwechsels unter den gleichen Bedingungen beinhaltet, wie sie für Inländer gelten, auch wenn hierfür lediglich eine Registereintragung verlangt wird.²⁴⁴

Der grenzüberschreitende Formwechsel ist dabei entgegen einer im Schrifttum vertretenen Ansicht²⁴⁵ nicht nur am Diskriminierungs- sondern auch am Beschränkungsverbot zu messen.²⁴⁶ Dies ergibt sich bereits aus der Dogmatik der Grundfreiheiten. Heute besteht weitgehend Konsens darüber, dass die Niederlassungsfreiheit sowohl Diskriminierungen als auch Beschränkungen verbietet.²⁴⁷ Im Ergebnis kann es daher auch in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen keinen Unterschied machen, ob der Zu- oder der Wegzugsstaat etwa ein Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz im Falle der Verlegung des Satzungssitzes durch grenzüberschreitenden Formwechsel verhindern will. Will man Behinderungen durch Zu- und Wegzugsstaat gleichermaßen erfassen, ist eine Reduzierung der Niederlassungsfreiheit auf das ihr immanente Diskriminierungsverbot nicht möglich.²⁴⁸

5. Die Rechtsprechung des EuGH zu Sitzverlegung und grenzüberschreitender Umwandlung

Im Folgenden soll ein kurzer Überblick über die Rechtsprechung des EuGH gegeben werden; für Einzelheiten wird hiermit auf die zahlreichen Darstellungen im Schrifttum verwiesen.²⁴⁹

²⁴³ Teichmann, *European Private Law* 2011, 145, 146; entsprechend auch zur Arbeitnehmerfreizügigkeit: Franzen, in: Streinz, *EUV/AEUV*, Art. 45 AEUV, Rn. 4; a. A. Lackhoff, *Deutsches Wirtschaftsverwaltungsrecht*, S. 100, der vom „Grundrechtscharakter der Grundfreiheiten“ spricht.

²⁴⁴ Hennrichs/Pöschke/Von der Laage/Klavina, *WM* 2009, 2014; Szydło, *ECFR* 2010, 414, 423 f.; a. A. Kieninger, *ZGR* 1999, 724, 732 f.; Grundmann, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, § 29, Rn. 799; Leible, in: Altmeppen/Fitz u. a. (Hrsg.), *FS G. Roth*, S. 447, 455. Zur Anerkennung der „Scheinauslandsgesellschaften“ durch den EuGH näher sogleich unter 5. sowie zu den Folgen dieser Rechtsprechung für die SE: 6. c. Ist die SE „centrosfähig“?

²⁴⁵ Barthel, *EWS* 2011, 131, 139.

²⁴⁶ Wilhelmi, *JZ* 2009, 411, 413; W.-H. Roth, in: Lutter (Hrsg.), *Europäische Auslandsgesellschaften*, S. 379, 400, der zutreffend für Behinderungen seitens des Zuzugsstaates eine diskriminierende Wirkung und bezüglich Behinderungen durch den Wegzugsstaat zumindest beschränkende Wirkung bejaht.

²⁴⁷ Siehe nur *EuGH v. 30.11.1995*, Rs. C-55/94, *Slg.* 1995, S. I-4165 (Rn. 35-39) – Gebhard; Troberg/Tiedje, in: Von der Groeben/Schwarze I, Art. 43 EG, Rn. 67 a. E.; Jestädt, S. 88 ff.; Grundmann/Möslein, in: Bayer/Habersack (Hrsg.), *Aktienrecht im Wandel II*, S. 40; Behrens, *RebelsZ* 52 (1988), 498, 510; Schnichels, *Reichweite der Niederlassungsfreiheit*, S. 140; Trost, *Faktische Sitzverlegung*, S. 54; Wiedemann, *GesR II*, S. 58; Forsthoft in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 45 AEUV, Rn. 187; Differenzierend Knop, *Gesellschaftsstatut und Niederlassungsfreiheit*, S. 124 ff.; anders noch Eyles, S. 71 ff., der jedoch speziell für die Wegzugsfälle bereits ein besonderes Beschränkungsverbot bejaht, vgl. S. 74 f.

²⁴⁸ Hennrichs/Pöschke/Von der Laage/Klavina, *WM* 2009, 2014.

²⁴⁹ Eine ausführliche Abhandlung der wichtigsten EuGH-Urteile findet sich u. a. bei Lutter/Bayer/J. Schmidt,

Die Bedeutung speziell der EuGH-Rechtsprechung erschließt sich bei Vergegenwärtigung der Normenhierarchie des europäischen Rechts und dessen Verhältnis zum deutschen Recht. Als oberste Instanz entscheidet der EuGH abschließend über die Auslegung des Vertrags über die Arbeitsweise der Union,²⁵⁰ der an der Spitze des europäischen Rechts steht. Die SE-VO sowie die SE-ErgRiL sind ausschließlich auf Art. 308 Abs. 1 S. 1 EG (heute: Art. 352 Abs. 1 S. 1 AEUV) gestützt, der dem Rat eine lückenschließende Rechtsetzungsbefugnis zukommen lässt.²⁵¹ Richtlinien und Verordnungen wiederum sind am Primärrecht zu messen.²⁵² Die in Ausführung der vertraglichen Umsetzungsverpflichtung erlassenen Gesetze des nationalen Gesetzgebers stehen in der Normenhierarchie auf unterster Ebene und haben sich daher ohne Einschränkung nach dem höheren Recht zu richten einschließlich dessen Auslegung durch den EuGH.

Das Urteil „Daily Mail“²⁵³ markiert den Beginn der Rechtsprechung zu den Wegzugsfällen. In diesem Fall hat der Gerichtshof erstmals die Überprüfung von Wegzugsbeschränkungen überhaupt zugelassen.²⁵⁴ Es ging um eine englische Gesellschaft, die ihren Verwaltungssitz in die Niederlande verlegen wollte, woran sie aber durch die Ablehnung der steuerrechtlich erforderlichen Genehmigung der englischen Finanzbehörden gehindert wurde. Der EuGH entschied, dass Art. 49, 54 AEUV (damals: Art. 52 und 58 EWG-Vertrag) „den Gesellschaften nationalen Rechts kein Recht (verschaffen), den Sitz ihrer Geschäftsleitung unter Bewahrung ihrer Eigenschaft als Gesellschaft des Mitgliedstaates ihrer Gründung in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen“ (keine „Wegzugsfreiheit“).²⁵⁵

Diese Entscheidung war in vielerlei Hinsicht wegweisend. So bezog der EuGH darin ganz grundsätzlich Stellung zu Gründungs- und Sitztheorie und deren Verhältnis zur Niederlassungsfreiheit. So führte er aus, dass aufgrund der großen Unterschiede der nationalen gesellschaftsrechtlichen Regelungen die Sitzverlegungsproblematik vom EG-Vertrag nicht hinreichend erfasst sei, dieser sich vielmehr nicht abschließend für eine der Theorien entscheide. Daraus könne daher auch kein generelles Recht zur identitätswahrenden Sitzverlegung abgeleitet werden. Weiter weist er zur Abhilfe der Ungleichheiten ausdrücklich auf die Möglichkeit einer gemeinschaftsweit einheitlichen Regelung hin.²⁵⁶ In der Literatur wurde das Urteil kontrovers diskutiert, insbesondere auch

EuropUR, II. Kap., § 6, Rn. 13 ff.; Teichmann, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 79 ff. sowie Kruchen, Europäische Niederlassungsfreiheit und „inländische“ Kapitalgesellschaften i. S. v. Art. 19 Abs. 3 GG (2009), S. 149 ff. und daneben in zahllosen älteren Publikationen, vgl. nur Jestädt, S. 51 ff.; Stewen, Europäische Niederlassungsfreiheit und deutsches Internationales Steuerrecht, S. 45 ff.

²⁵⁰ ABl. C 115/47 v. 9.5.2008.

²⁵¹ Hinsichtlich der Frage, welche Rechtsgrundlage zutreffend sei, divergierten die Ansicht des Rates und des Europäischen Parlaments, in Folge dessen das SE-Projekt zu scheitern drohte. Die gegen die SE-VO vorbereitete Klage des Europäischen Parlamentes gem. Art. 230 Abs. 2 EG a. F. vor dem EuGH wurde in letzter Sekunde zurückgezogen, dazu: Schwarz, SE-VO, Einl., Rn. 29; Neye, ZGR 2002, 377 ff.; Blanquet, ZGR 2002, 20, 61 f.

²⁵² Dies wird direkt Art. 288 Abs. 1 AEUV entnommen, vgl. Schroeder, in: Streinz, AEUV/EUV, Art. 288 AEUV, Rn. 20; Ruffert, in: Calliess/Ruffert, Art. 288 AEUV, Rn. 8. Bei primärrechtswidrigem Sekundärrecht droht zudem die Erklärung der Nichtigkeit gem. Art. 264 Abs. 1 AEUV.

²⁵³ EuGH v. 27.9.1988, Rs. 81/87, Slg. 1988, 5483 – Daily Mail = NJW 1989, 2186.

²⁵⁴ EuGH v. 27.9.1988, Rs. 81/87, Slg. 1988, 5483 – Daily Mail (Rn. 16). In der früheren Entscheidung Fearon vom 6.11.1984, Rs. 182/83, Slg. 1984, 3677 (Rn. 8 ff.), war diese dagegen noch abgelehnt worden.

²⁵⁵ EuGH v. 27.9.1988, Rs. 81/87, Slg. 1988, 5483- Daily Mail (Rn. 24).

²⁵⁶ In diesem Zusammenhang wurden konkret Art. 293 EGV bzw. Art. 44 Abs. 2 lit. g EGV als mögliche Ermächtigungsgrundlagen genannt, vgl. EuGH v. 27.9.1988, Rs. 81/87, Slg. 1988, 5483- Daily Mail (Rn. 23).

hinsichtlich seiner möglichen Bedeutung für die Sitztheorie.²⁵⁷

Das zwanzig Jahre später ergangene Cartesio-Urteil²⁵⁸ steht in einer Linie mit „Daily Mail“. In diesem Urteil nutzte der Gerichtshof die Gelegenheit, zentrale Aussagen seiner früheren Daily-Mail-Rechtsprechung zu konkretisieren, indem er die dort getroffenen Feststellungen ausdrücklich auf Wegzugsfälle beschränkte. „Cartesio“ ist eine ungarische Kommanditgesellschaft, die ihren Verwaltungssitz nach Italien verlegen wollte, ohne den Anwendungsbereich des ungarischen Gesellschaftsrechts zu verlassen.²⁵⁹ Der Antrag auf entsprechende Änderung der Eintragung des Sitzes in Ungarn wurde mit der Begründung zurückgewiesen, das ungarische Recht erlaube seinen Gesellschaften nicht, ihren Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen. Möglich sei nur eine Auflösung im alten und Gründung im neuen Sitzstaat.

Entgegen den Schlussanträgen des Generalanwalts Maduro²⁶⁰ und der in der Literatur überwiegend erwarteten Abkehr von der mit „Daily Mail“ begründeten Rechtsprechung zur Wegzugsfreiheit entschied der EuGH, dass kein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit vorliege. Selbst eine entsprechende Anwendung der Regeln über die Sitzverlegung einer der supranationalen Gesellschaftsformen, wie von der Kommission vorgeschlagen, könne jedenfalls nicht zu dem gewünschten Ergebnis führen, da auch dort ein Wechsel des anwendbaren Rechts vorgesehen sei, den „Cartesio“ gerade nicht akzeptiere.²⁶¹

Wie bereits erwähnt, vertritt der EuGH jedoch zu der verwandten Frage der grenzüberschreitenden Umwandlung bzw. Satzungssitzverlegung eine andere Linie als in der Frage der Verwaltungssitzverlegung: Während er diesbezüglich schon in der Rechtssache Sevic Systems²⁶² Zugangshindernisse durch den Aufnahmestaat für unzulässig erklärte, wird die grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften durch ein obiter dictum in „Cartesio“ dahingehend komplettiert, dass auch der Wegzugsstaat keine Restriktionen für solche Vorgänge aufstellen darf.²⁶³ So hätte auch Cartesio über die Gründung einer italienischen Tochtergesellschaft und Verschmelzung auf diese sein Ziel problemlos erreichen können.²⁶⁴ Vor diesem Hintergrund wird auch die hierzu scheinbar im Widerspruch stehende, in „Daily Mail“ getätigte Aussage verständlich, nach der „die in Artikel 52 ff. gewährten Rechte sinnentleert wären, wenn der Herkunftstaat es Unterneh-

²⁵⁷ Vgl. hierzu den Überblick bei Fritz, Grenzüberschreitende Sitzverlegung, S. 46 ff. m. w. N. Im Einzelnen dazu: Eidenmüller, ZIP 2002, 2233, 22344; Leible/Hoffmann, RIW 2002, 925, 928; Forsthoff, DB 2002, 2471, 2477; Stewen, Europäische Niederlassungsfreiheit und deutsches Internationales Steuerrecht, S. 52 f.; Kindler, NJW 2003, 1073 ff.; Zimmer, BB 2003, 1, 3 f.

²⁵⁸ EuGH v. 16.12.2008, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-9641 – Cartesio.

²⁵⁹ Im Unterschied zu Daily Mail wollte Cartesio genau genommen sowohl den Verwaltungs- als auch den Satzungssitz verlegen. Zu den übersetzungsbedingten Verwirrungen in Bezug auf den ungarischen Sitzbegriff in diesem Fall siehe Korom/Metzinger, ECFR 2009, 125, 134 f.

²⁶⁰ EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts Poirares Maduro v. 22.5.2008, Rs. C-210/06 (Cartesio), Slg. 2008, I-9647 = NZG 2008, 498 ff. = DB 2008, S. 1257, 1260.

²⁶¹ EuGH v. 16.12.2008, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-9641 – Cartesio (Rn. 115 ff.).

²⁶² EuGH v. 13.12.2005, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805 – SEVIC.

²⁶³ EuGH v. 16.12.2008, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-9641 – Cartesio (Rn. 111 ff.); EuGH v. 5.10.2004, Rs. C-442/02, Slg. 2004, I-8961 – Caixa Bank France (Rn. 11 und 17).

²⁶⁴ Hennrichs/Pöschke/Laage/Klavina, WM 2009, 2009, 2013. Vgl. auch die Unterrichtung des Europäischen Parlaments zur Verlegung von eingetragenen Gesellschaftssitzen, BR-Drucks. 305/09 v. 1.4.2009, S. 3, Rn. G 2.

men verbieten könnte, auszuwandern, um sich in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen.“²⁶⁵

Auf den ersten Blick unklar erscheint lediglich, ob nun auch die isolierte Wegverlegung des Sitzungssitzes aus einem Sitztheoriestaat heraus zu erlauben ist und welche Folgen ihr zuzumessen sind. Legt man jedoch zugrunde, dass der EuGH Wegzugsbeschränkungen für den Fall eines statutswechselnden Umzugs verbietet soweit sie nicht durch besondere Gründe des Allgemeininteresses zu rechtfertigen sind so folgt daraus, unabhängig von der Rechtsprechung zu den „Scheinauslandsgesellschaften“²⁶⁶ zugleich, dass die Sitztheorie im Wegzugsstaat auch einzuschränken ist, soweit sie die Anknüpfung an den ausländischen Sitzungssitz zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts verhindern würde, wenn der Verwaltungssitz im Wegzugsstaat verbleibt. Genauso wenig wären andere Beschränkungen des Wegzugsstaates, etwa eine Wegzugsbesteuerung, nach dieser Rechtsprechung zulässig.²⁶⁷ Es handelt sich dabei sozusagen um den „Umkehrfall“ zum Zuzug des tatsächlichen Verwaltungssitzes einer klassischen „Briefkasten-Ltd.“, welcher die Sitztheorie dann auch nicht mehr entgegengehalten werden kann.²⁶⁸

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob aus der Rechtsprechung zu folgern ist, dass der Zuzugsstaat vorschreiben kann, dass der Verwaltungssitz einer ihren Sitzungssitz verlegenden Gesellschaft zwingend ebenfalls verlegt werden muss. Dies wurde oben bereits bejaht, ist jedoch in systematischer Hinsicht kritkwürdig.²⁶⁹ Zu erlauben ist nach der EuGH-Rechtsprechung derzeit jedenfalls lediglich der Hineinformwechsel ausländischer Gesellschaften unter denselben Voraussetzungen wie sie für inländische Gesellschaften gelten. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob das nationale Recht spezielle Regelungen für grenzüberschreitende Formwechsel bereit hält oder nicht.²⁷⁰

Klarheit betreffend die Reichweite der im Rahmen des obiter dictum in „Cartesio“ getätigten

²⁶⁵ EuGH v. 27.9.1988, Rs. 81/87, Slg. 1988, 5483 – Daily Mail (Rn. 16).

²⁶⁶ Dazu näher sogleich.

²⁶⁷ Vgl. nur EuGH v. 29.11.2011, Rs. C-371/10, EuZW 2011, 952 – National Grid Indus; Nave, BB 2009, 870, 872 f.; Kruchen, Europäische Niederlassungsfreiheit, S. 203 f.; Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, II. Kap., § 6, Rn. 59; Herrler, DNotZ 2009, 484, 488; a. A. Leible/Hoffmann, BB 2009, 58, 62; Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 29, Rn. 799; Leible, in: Altmeyden/Fitz/Honsell (Hrsg.), FS G. Roth, S. 447, 454 f.

²⁶⁸ Näher dazu sogleich. Für Deutschland ergibt sich dieses Ergebnis für Kapital- und Personengesellschaften zudem aus den Änderungen durch das MoMiG, wonach Verwaltungs- und Sitzungssitz nunmehr auseinanderfallen dürfen, sich die Anknüpfung also allein nach dem im Inland belegenen Sitzungssitz richtet. Dazu vgl. die Ausführungen oben unter B. II. 2. „Deutsche Gesetzgebung: Rechtslage nach dem MoMiG“.

²⁶⁹ Siehe B. II. 3.: „Die Rechtsprechung der nationalen Gerichte zur Sitzverlegung“. Zur Kritik hieran vgl. B. II. 4. e. (2) b) „Statutswechselnde Sitzungssitzverlegung“ a. E.

²⁷⁰ EuGH v. 12.7.2012, Rs. C-378/10, NJW 2012, 2715, 2717 (Rn. 41) – Vale. Vor diesem Urteil war die Frage umstr.: Wie hier Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, II. Kap., § 6, Rn. 64; Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 3, Rn. 21 (S. 27); Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 29, Rn. 798; Bayer/J. Schmidt, ZHR 173 (2009), 735, 762, 764; Teichmann, ZIP 2009, 393, 402; Zimmer/Naendrup, NJW 2009, 545, 548 f.; Barthel, EWS 2011, 131, 134; ders., EWS 2010, 316, 327; Behme/Nohlen, BB 2009, 13, 14; Otte/Rietschel, GmbHR 2009, 983, 985 f.; a. A. wohl OLG Nürnberg, Beschl. v. 13.2.2012, 12 W 2361/11, NZG 2012, 468, 469; Behrens, EuZW 2012, 121; Kindler, NZG 2009, 130, 132; Hennrichs/Pöschke/Von der Laage/Klavina, WM 2009, 2009, 2012 (Zuzugsstaat lediglich verpflichtet, Vorschriften für Hineinformwechsel für ausländische Gesellschaften zu schaffen. Bis dahin seien grenzüberschreitende Formwechsel unzulässig); Frenzel, EWS 2009, 158, 164; Korom/Metzinger, ECFR 2009, 125, 156. Für die Unterscheidung dieses Falles von dem Zwangsformwechsel einer ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegenden Gesellschaft eines Sitztheoriestaates siehe Paefgen, WM 2009, 529, 532.

Aussagen des EuGH brachte jüngst die Antwort des EuGH in der Rechtssache „Vale“.²⁷¹

„Cartesio“ aber ist zumindest im Kern²⁷² eine konsequente Fortführung der mit „Daily Mail“ begründeten Rechtsprechung zur Wegzugsfreiheit, deren Aussagen teilweise wiederholt werden.²⁷³

Dem Mitgliedstaat bleibt somit die Entscheidung über die Voraussetzungen der Gründung, Fortexistenz (insbesondere bei Wegverlegung des Verwaltungssitzes), und Abwicklung seiner Gesellschaften. Der EuGH betrachtet Beschränkungen durch die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen als Vorfrage, so dass der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit erst gar nicht bzw. nur in dem Umfang eröffnet ist, wie es das mitgliedstaatliche Recht zulässt. Im Unterschied zu natürlichen Personen²⁷⁴ handele es sich bei den Gesellschaften um rein rechtliche Gebilde, die in ihrer Existenz allein vom mitgliedstaatlichen Recht abhängen.

Ganz anders sieht hingegen die Rechtsprechung zur sekundären Niederlassungsfreiheit aus.²⁷⁵

Das Urteil in der Rechtssache „Segers“²⁷⁶ lässt bereits erkennen, dass der EuGH eine extensive Auslegung in diesem Bereich vorzieht.²⁷⁷ So entschied er auch später im Fall „Centros“,²⁷⁸ dass

²⁷¹ EuGH v. 12.7.2012, Rs. C-378/10, NJW 2012, 2715, 2718 (Rn. 41) – Vale; siehe hierzu auch den Vorlagebeschluss v. 17.6.2010, ZIP 2010, 1956. Bereits im Vorfeld war allerdings umstritten, ob es sich überhaupt im zugrundeliegenden Fall um einen grenzüberschreitenden Formwechsel i. S. v. „Cartesio“ handelt, da die ihren Satzungssitz verlegende Gesellschaft bereits vor Annahme der neuen Rechtsform im alten Register gelöscht wurde und damit möglicherweise als Träger der Niederlassungsfreiheit auch gar nicht mehr in Betracht komme. Dahingehend Behrens, EuZW 2012, 121 f.; ebenso Thiermann, EuZW 2012, 209, 211. Zu dieser und weiteren Zweifelsfragen vgl. auch Barthel, EWS 2011, 131, 134 ff. sowie die Schlussanträge des Generalanwalts Jääskinen, DB 2012, 733 735 (Rn. 34 ff.), der i. E. die Unwesentlichkeit der juristischen Auflösung im Gründungsstaat annimmt (Rn. 48). Der EuGH weist die Prüfung des Erlöschens schließlich den nationalen Gerichten zu. Indem er sich in diesem Punkt für unzuständig erklärt und auf die Vermutung der Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefragen abhebt, kann er deren Existenz unterstellen, vgl. Rn. 18 und 20 des Urteils (s. o.).

²⁷² Teilweise wird im Schrifttum angenommen, dass der EuGH in „Cartesio“ seine frühere Rechtsprechung einschränkt, soweit Wegzugshindernisse betroffen sind, die nicht in der kollisions- bzw. gesellschaftsrechtlich begründeten Inlandsverknüpfung ihren Grund haben (etwa steuerrechtliche Hindernisse wie im Fall „Daily Mail“). Solche seien nunmehr immer an der Niederlassungsfreiheit zu messen, so Leible/Hoffmann, BB 2009, 58, 61; Bollacher, RIW 2009, 150, 153; Knop, DZWiR 2009, 147, 151; Kruchen, Europäische Niederlassungsfreiheit, S. 175 ; a. A. wohl Koch/Eickmann, AG 2009, 73, 74. Dieser Streit hat sich mit EuGH, Urt. v. 29.11.2011, Rs. C-371/10, EuZW 2011, 951 erledigt, wonach ein identitätswahrender Wegzug des Verwaltungssitzes, sofern ein solcher vom Wegzugsstaat generell zugelassen wird, auch nicht durch eine Schlussbesteuerung belastet werden darf.

²⁷³ EuGH v. 16.12.2008, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-9641 – Cartesio (Rn. 109). Ebenso auch die Einschätzung von Bayer/J. Schmidt, ZHR 173 (2009), 735, 744.

²⁷⁴ Dazu EuGH v. 11.3.2004, Rs. C-9/02, Slg. 2004, I-2409 – Hughes de Lasteyrie du Saillant (Rn. 42 und 46) = DB 2004 S. 686. Eine andere, speziellere Frage ist die der Zulässigkeit der in diesem Urteil konkret behandelten steuerlichen Beschränkungen, welche nach neuerer Literaturansicht nun auch für Gesellschaften im Sinne des „Hughes de Lasteyrie“-Urteils beantwortet werden muss (s. o., Fn. 301).

²⁷⁵ Zu dieser bezog der EuGH erstmals im Jahr 1986 mit der Entscheidung „Kommission/Frankreich“ Stellung, vgl. EuGH v. 28.1.1986, Rs. 270/83, Slg. 1986, 273 – Kommission/Frankreich. In dem Urteil stellte der EuGH einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit durch die französischen Steuervorschriften fest, die eine Steuergutschrift zur Vermeidung von Doppelbesteuerungen nur an Unternehmen mit Sitz in Frankreich vorsahen. Hierdurch würden französische Zweigstellen ausländischer Unternehmen gegenüber inländischen Unternehmen diskriminiert. Zu der begrifflichen Unterscheidung zwischen Zweigniederlassung und Tochtergesellschaft siehe Schön, in: Schneider/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Lutter, S. 685, 689 f.

²⁷⁶ EuGH v. 10.7.1986, Rs. 79/85, Slg. 1986, 2375 ff. – Segers.

²⁷⁷ Dies ergibt sich im konkreten Fall daraus, dass sich der Gerichtshof hier nicht daran störte, dass die Gesellschaft im Satzungssitzstaat Großbritannien tatsächlich nie geschäftliche Aktivitäten entfaltet hatte.

²⁷⁸ EuGH v. 9.3.1999, Rs. C 212/97, Slg. 1999, I-1459 – Centros = NJW 1999, 2027 = IPRax 1999, 360; hierzu etwa Freitag, EuzW 1999, 267 ff.; eine differenzierte Auswertung des Schrifttums zum Centros-Urteil findet sich bei Von Halen, Das Gesellschaftsstatut, S. 60 ff.

ein Mitgliedstaat gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt, wenn er die Eintragung der Zweigniederlassung einer Gesellschaft verweigert, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig errichtet worden ist, aber dort keine Geschäftstätigkeit entfaltet. Die dänischen Registerbehörden wollten diese Gesellschaft den Regeln des dänischen Gründungsrechts unterwerfen mit der Begründung, dass die Gesellschaft nur scheinbar eine ausländische Gesellschaft sei, weswegen sie mangels Erfüllung der Gründungserfordernisse die Eintragung einer Zweigstelle ablehnten.

Das Urteil war bemerkenswert, weil es die Niederlassungsfreiheit ausdrücklich auf „Scheinauslandsgesellschaften“ erstreckte. Eine Auseinandersetzung mit „Daily Mail“²⁷⁹ konnte der EuGH vermeiden, weil es bei „Daily Mail“ um ein rechtliches Hindernis des Wegzugs einer Gesellschaft gegangen war, während es im Fall Centros um den Zuzug ging.²⁸⁰ Diese Rechtsprechung wurde im Folgenden durch „Inspire Art“ erweitert.²⁸¹ Einschränkungen hierfür ergeben sich auch nicht aus dem Urteil „Cadbury Schweppes“.²⁸² Die dort festgelegten Anforderungen sind nicht neu und sie gelten, da sie der Gerichtshof dem Niederlassungsbegriff direkt entnimmt, gleichermaßen für unselbständige Zweigniederlassungen.²⁸³

Die sekundäre Niederlassungsfreiheit steht dem EuGH zufolge also den Gesellschaften unabhängig davon zu, ob sie eine wirtschaftliche Aktivität im Satzungssitzstaat der Erstniederlassung entfalten oder nicht.²⁸⁴ Er lässt ihnen dabei auch die Wahl, ob sie eine unselbständige Nieder-

²⁷⁹ EuGH v. 27.9.1988, Rs. 81/87, Slg. 1988, 5483 – Daily Mail.

²⁸⁰ Welche Folgen dem Urteil in Bezug auf die Sitztheorie zu entnehmen sind und in welchem Verhältnis es zur Daily-mail-Rechtsprechung stand, war in der Literatur höchst umstritten: Siehe dazu nur Randelzhofer/Forsthoef, in: Grabitz/Hilf (Vorausgabe 2009), Art. 48 EG, Rn. 57; Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 3, Rn. 16 (S. 21); Zimmer, BB 2003, S. 1 f.

²⁸¹ EuGH v. 30.9.2003, Rs. C-167/01, Slg. 2003, I- 10155 – Inspire Art. Danach muss der Zweitniederlassungsstaat nicht nur die Rechts- und Parteifähigkeit fremder Gesellschaften grundsätzlich anerkennen, sondern darüber hinaus auch darauf verzichten, diesen Gesellschaften rechtliche Erschwernisse für ihre wirtschaftliche Tätigkeit aufzuerlegen. Der niederländische Gesetzgeber hatte für „formal ausländische Gesellschaften“ mit Niederlassung im Inland ein besonderes Gesetz erlassen, das diesen Gesellschaften bestimmte Mindeststandards (Publizitätspflichten, Mindestkapital, persönliche Haftung der Geschäftsführer) abverlangte, welche der EuGH für unvereinbar mit der 11. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (ZweignLPublRL, Nachw. s. Anhang II).

²⁸² EuGH v. 12.9.2006, Rs. C-196/04, Slg. 2006, I-7995 – Cadbury Schweppes; ähnlich wie hier Paefgen, Hdb. PersG, § 60, Rn. 4118a. Dieses Urteil betraf im Gegensatz zu den vorhergehenden Konstellationen nicht die Frage des (wie auch immer gearteten) Zugriffs des Staates, in dem die Zweigstelle sich befindet, sondern vielmehr die des (steuerlichen) Zugriffs auf eine ausländische Tochtergesellschaft seitens des Staates, in dem die beherrschende Gesellschaft ihren Sitz hatte. Damit handelte es sich – parallel zur primären Niederlassungsfreiheit gesprochen – um einen „Wegzugsfall“. Der EuGH macht darin die Gründung von Tochtergesellschaften von einer tatsächlichen Ansiedlung der betreffenden Gesellschaft im Aufnahmestaats (Registersitzstaat der Tochter, vgl. G. H. Roth, EuZW 2010, 607, 609 sowie die gesetzgeberische Reaktion mit § 8 Abs. 2 AStG i.d.F. des JStG 2008, BGBl. 2007, Teil 1 Nr. 69, S. 3150) und einer nachprüfaren wirtschaftlichen Tätigkeit dort abhängig (Rn. 54, 66 des Urteils, aaO.).

²⁸³ EuGH v. 25.7.1991, Rs. C-221/89, Slg. 1991, I-3905 – Factortame u. a. (Rn. 20) = EuZW 1996, 92; EuGH v. 4.10.1991, Rs. C-246/89, Slg. 1991, I-4585 – Kommission/Vereinigtes Königreich (Rn. 21) sowie EuGH v. 12.9.2006, Rs. C-196/04, Slg. 2006 I-7995– Cadbury Schweppes (Rn. 54); Paefgen, in: HdbPersG, § 60, Rn. 4118a. Anders hingegen GA Poaires Maduro, der darin einen „Paradigmenwechsel“ erblickt, der auf ein „genuine-link“-Erfordernis zum Gründungsstaat hindeutete, vgl. die Schlussanträge Rs. Cartesio Slg. 2008, I-9647 (Rn. 29); ebenso G. H. Roth, in: Altmeyden/G. H. Roth, GmbHG, § 4a, Rn. 43; Kindler, NZG 2010, 576, 578. Gegen diese „genuine-link-Theorie“ jetzt aber BGH v. 12.7.2011, II ZR 28/10, DB 2011, 2197, 2198.

²⁸⁴ St. Rechtsprechung des EuGH, vgl. nur Urt. v. 9.3.1999, Rs. C 212/97, Slg. 1999, I-1459 – Centros (Rn. 35) sowie EuGH v. 21.9.1999, Rs. C-307/97, Slg. 1999, I-6161 – Saint Gobain (Rn. 42 f.); dazu Schön, EWS 2000, 281 ff.

lassung oder eine Tochtergesellschaft im anderen Mitgliedstaat gründen.²⁸⁵ Grundsätzlich ist nach der Rechtsprechung jede wirksam gegründete Gesellschaft subjektiv zur Ausübung der Niederlassungsfreiheit berechtigt. Nationale Hindernisse sind streng auf ihre diskriminierende oder beschränkende Wirkung zu prüfen und Mindestschutz ist durch Angleichungsmaßnahmen zu gewähren.²⁸⁶ Eine Einschränkung wegen „Missbrauchs“ der Niederlassungsfreiheit ist im Bereich der sekundären Niederlassungsfreiheit lediglich auf Gebieten außerhalb des allgemeinen Gesellschaftsrechts zulässig.²⁸⁷ Damit befindet sich diese Rechtsprechung in einer Linie mit der eigenen Judikatur zum Richtlinienrecht, bei der der EuGH betont hat, dass der Vorwurf des „Missbrauchs“ nie an die gewöhnliche Geltendmachung gemeinschaftsrechtlicher Rechtspositionen anknüpfen darf, sondern für außergewöhnliche Verhältnisse im Einzelfall vorbehalten ist.²⁸⁸ Insbesondere taugten die sachlichen Differenzen der Gesellschaftsrechte nicht zur Rechtfertigung nationaler beschränkender Regelungen.²⁸⁹

Die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit führt insgesamt zu einer Spaltung der Sitzverlegungsfälle nicht nur in die bereits erwähnten Zu- und Wegzugskonstellationen, sondern darüber hinaus in solche betreffend die (u. U. auch nur scheinbare) sekundäre und die primäre Niederlassungsfreiheit.²⁹⁰ Schließlich werden juristische Personen in diesen Fragen grundsätzlich anders behandelt als natürliche Personen.²⁹¹ Und neuerdings steht auch fest, dass eine weitere grundlegende Differenzierung zwischen statutswechselnder Satzungssitzverlegung (grenzüberschreitender Formwechsel) und statuserhaltenden Verwaltungssitzverlegungen zu treffen ist. Im Ergebnis stellt die identitätswahrende isolierte Verlegung des Verwaltungssitzes den einzigen Fall dar, für den der EuGH die Verhinderung des Wegzugs hinnimmt bei ansonsten weitem Verständnis der Niederlassungsfreiheit. Versteht man die Niederlassungsfreiheit aber als bloße Konkretisierung des durch die Grundfreiheiten in ihrer Gesamtheit garantierten Rechts auf grenzüberschreitenden Marktzugang,²⁹² so erscheinen diese Differenzierungen²⁹³ höchst zweifelhaft. Zu

²⁸⁵ EuGH v. 21.9.1999, Rs. C-307/97, Slg. 1999, I-6161 – Saint Gobain (Rn. 43) = EuZW 2000, 16, 19; siehe auch EuGH v. 28.1.1986, Rs. 270/83, Slg. 1986, 273 – Kommission/Frankreich (Rn. 22).

²⁸⁶ Vgl. EuGH v. 9.3.1999, Rs. C 212/97, Slg. 1999, I-1459 – Centros (Rn. 27 ff.); Schön, in: Schneider/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Lutter, S. 694

²⁸⁷ EuGH v. 9.3.1999, Rs. C-212/97, Slg. 1999 I-1459 – Centros (Rn. 26 f.).

²⁸⁸ EuGH v. 12.5.1998, Rs. C-367/96, Slg. 1998, I-2843 ff., 2869 f. – Kefalas (Rn. 22 f., 29); EuGH v. 23.3.2000, Rs. C-373/97, Slg. 2000, I-1705 – Diamantis (Rn. 32 ff.) = IStR 2000, 319 f.

²⁸⁹ EuGH v. 9.3.1999, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459 – Centros (Rn. 35).

²⁹⁰ Zu der Kritik im Schrifttum siehe etwa Paefgen, WM 2003, 561, 568 f.; ders., in: Hdb. PersG, § 60, Rn. 4129 m. w. N.; ferner Kraft/Bron, IStR 2006, 26, 27 zur grenzüberschreitenden Verschmelzung. Kritisch speziell in Bezug auf die Spaltung in Zu- und Wegzugskonstellationen desw. Bayer, BB 2003, 2357; 2363; Behrens, IPrax 2003, 193, 205; M. Doralt, IPrax 2006, 572, 575; Von Bismarck, Grenzüberschreitende Sitzverlegung, S. 347; W.-H. Roth, IPrax 2003, 117, 121; ders., in: Lutter (Hrsg.), Europäische Auslandsgesellschaften, S. 379, 391; Ziemons, ZIP 2003, 1913, 1919; Zimmer, NJW 2003, 3585, 3592; Eidenmüller, JZ 2004, 24, 29; Eidenmüller/Rehm, ZGR 2004, 159, 176 f.; Leible, ZGR 2004, 531, 536, 555; Paefgen, DZWiR 2003, 441, 443; ders., GmbHR 2004, 463, 466 f.; Großrichter, DStR 2003, 159, 164 f.; Lutter, BB 2003, 7, 10; Forsthoff, DB 2003, 979, 980; Leible/Hoffmann, RIW 2002, 925, 933; kritisch auch Geyrhalter/Gänßler, NZG 2003, 409, 411. Dem EuGH insoweit folgen hingegen Kindler, NJW 2003, 1073, 1077; Binge/Thölke, DNotZ 2004, 21, 27.

²⁹¹ Siehe hierzu nur Paefgen, DZWiR 2003, 441, 445, der die Rechtsprechung zur primären Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften auf natürliche Personen überträgt und bildhaft von deren „Erschießung an der Grenze“ bzw. „Zwangseinbürgerung“ spricht.

²⁹² Vgl. Schön, in: Schneider/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Lutter, S. 685, 689. Kritisch auch Paefgen, WM 2009, 529, 533 f.

²⁹³ Vgl. dazu den Überblick in Anhang I.

Recht wird daher in Frage gestellt, ob diese Rechtsprechung angesichts ihrer Ausdifferenziertheit und Widersprüchlichkeit überhaupt noch als geeignet angesehen werden kann, dem Vertrag an dieser Stelle klare Strukturen zu verleihen.²⁹⁴

6. Die Sitzverlegung der SE im Lichte der EuGH-Rechtsprechung

Bevor die EuGH-Rechtsprechung auf die SE-Sitzverlegung angewandt werden kann, muss entschieden werden, ob die Sitzverlegungsvorschriften der SE-Verordnung anhand der Rechtsprechungsregeln für grenzüberschreitende Sitzverlegungen oder grenzüberschreitende Formwechsel zu überprüfen sind.

a. Sitzverlegung oder Umwandlung?

Ungeachtet der Benennung als „Sitzverlegung“ durch den europäischen Gesetzgeber, könnte die SE-Sitzverlegung als „Umwandlung“ i. S. d. EuGH-Judikatur zu verstehen sein. Dem EuGH dient als erstes Merkmal für eine Umwandlung die Änderung des auf die Gesellschaft anwendbaren nationalen Rechts.²⁹⁵ Als weiteres Unterscheidungskriterium führt der EuGH an, dass die Gesellschaft bei der Umwandlung eine dem nationalen Recht des zweiten Mitgliedstaats unterliegende Gesellschaftsform annimmt.²⁹⁶ Letzteres aber ist bei der SE-Sitzverlegung gerade nicht der Fall. Bezüglich des ersten Kriteriums könnte man auf den ersten Blick zudem annehmen, dass der EuGH mit „Änderung des für sie maßgeblichen Rechts“ lediglich den Ausschnitt der nationalen Rechtsvorschriften gemeint hat, die sich bei einer grenzüberschreitenden Umwandlung nationaler Gesellschaften ändern und damit auch diejenigen Fälle ausgeschlossen hat, in denen ein (zumal hier wesentlicher) Teil der Vorschriften gleich bleibt. Dem steht jedoch die später im Urteil getätigte Aussage entgegen, eine entsprechende Anwendung der Sitzverlegungsvorschriften der SE-VO auf die Sitzverlegung des Verwaltungssitzes einer nationalen Gesellschaft scheidet aus wegen des darin angeordneten Statutswechsels.²⁹⁷ Der EuGH ordnet damit die Sitzverlegung nach der SE-VO und die des effektiven Verwaltungssitzes explizit zwei unterschiedlichen Kategorien zu. Die Ausführungen ergeben eine klare Trennung zwischen dem als „Vorfrage“ behandelten Problem der Bestimmung der „Nationalität“ der umziehenden Gesellschaft²⁹⁸ und dem Sonderfall der Sitzverlegung von Gesellschaften supranationaler Rechtsform.²⁹⁹ Damit steht fest, dass eine Erstreckung der aus den Weg- und Zuzugsfällen bekannten Grundsätze zur primären Niederlassungsfreiheit durch den EuGH auf die SE-Sitzverlegung, entgegen der vielfach in der Literatur vertretenen Gegenansicht,³⁰⁰

²⁹⁴ Vgl. G. H. Roth, Vorgaben der Niederlassungsfreiheit für das Kapitalgesellschaftsrecht, S. 15, der den Versuch aus der Judikatur des EuGH einen roten Faden herauszulesen, als „riskantes Unterfangen“ bezeichnet.

²⁹⁵ EuGH, Urt. vom 16.12.2008 – Rs C-210/06, Slg. 2008, I-09641 (Rn. 111) – Cartesio.

²⁹⁶ EuGH, Urt. vom 16.12.2008 – Rs C-210/06, Slg. 2008, I-09641 (Rn. 111) – Cartesio.

²⁹⁷ EuGH, Urt. vom 16.12.2008 – Rs C-210/06, Slg. 2008, I-09641 (Rn. 117, 120) – Cartesio.

²⁹⁸ Vgl. dazu EuGH, Urt. vom 16.12.2008 – Rs C-210/06, Slg. 2008, I-09641 (Rn. 123) – Cartesio.

²⁹⁹ A. A. offenbar Casper/Weller, NZG 2009, 681, 683.

³⁰⁰ Schwarz, SE-VO, Art. 7, Rn. 16; Eidenmüller, JZ 2004, 24, 31; Casper, ZHR 173 (2009), 181, 208; Hunger, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 9. Kap., Rn. 24; Zimmer/Ringe, in: Lutter/Winter, UmwG, Art. 7 SE-VO,

ausscheidet. Nicht restlos geklärt werden kann hingegen, ob eine Anwendbarkeit der durch die Niederlassungsfreiheit für „Umwandlungsfälle“ gesteckten Grenzen nach der Judikatur des EuGH anzunehmen ist. Da dies zumindest möglich erscheint,³⁰¹ sind die hieraus resultierenden Folgen für die Sitzverlegungsvorschriften der SE-VO aufzuzeigen.

b. Vereinbarkeit von Art. 7, 64 SE-VO mit dem Primärrecht

Die Einhaltung des Sitzkopplungsgebots gem. Art. 7 S. 1 SE-VO ist sanktionsbewehrt.³⁰² Dafür sorgt Art. 64 Abs. 2 SE-VO.³⁰³ Die Entscheidung, welche Maßnahmen geeignet sind, die Gesellschaft gem. Art. 64 Abs. 1 lit. a oder b zu einer Zusammenlegung zu bringen, überlässt die SE-VO ausdrücklich der Einschätzung und Regelung durch die Mitgliedstaaten.³⁰⁴ Art. 64 SE-VO beschränkt sich damit, abgesehen von Abs. 4, der eine Mitteilungspflicht des Staates der Hauptverwaltung an den Sitzstaat statuiert, auf die Anordnung der Rechtsfolge der Liquidation in Abs. 2. Diese könnte eine unzulässige Beschränkung des Niederlassungsrechts darstellen. So ist auch verschiedentlich in der Literatur die Primärrechtskonformität der Art. 7 S. 1, 64 Abs. 2 SE-VO angezweifelt worden.³⁰⁵ Die h. M. geht hingegen von der Vereinbarkeit der Regelung mit der Niederlassungsfreiheit aus.³⁰⁶ Überwiegend wird dieses Ergebnis jedoch mit der EuGH-Rechtsprechung zu den Wegzugsfällen begründet.³⁰⁷ Wie bereits dargelegt wurde, kann dem nicht gefolgt werden. Auch ist der Literaturansicht nicht beizupflichten, die davon ausgeht, dass

Rn. 29; Teichmann, ZGR 2003, 367, 400; DAV Stellungnahme zum DiskE des SEAG, NZG 2004, 75, 78; in diese Richtungweisend auch Schäfer, NZG 2004, 785, 788. Vgl. demgegenüber Wenz, in: Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft, S. 228, wonach eine SE, anders als die nationalen Rechtsformen durch die gemeinschaftsweite Rechtspersönlichkeit auch außerhalb ihres Satzungssitzstaats „Realität hat“.

³⁰¹ Ähnlich wie hier allein Zimmer, EWS 2010, 222, 227.

³⁰² Nach h. M. muss für eine unvermeidliche Verletzung wegen Sitzverlegung eine Ausnahme gemacht werden. Die Formulierung „wieder errichtet“ in Art. 64 Abs. 1 lit. a SE-VO sei insoweit missverständlich, vgl. Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, Art. 64, Rn. 11; auf die Möglichkeit eines zeitweisen Auseinanderfallens hinweisend auch: Hunger, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 9. Kap., Rn. 23.

³⁰³ Die systematische Verortung am Ende der Verordnung in Titel fünf über „Auflösung, Liquidation, Zahlungsunfähigkeit und Zahlungseinstellung“ erklärt sich aus der in Absatz 2 angeordneten Konsequenz der Liquidation bei Nichtbeendigung des vorschriftswidrigen Zustandes. Angesichts des vorrangigen Ziels der Norm, bei ansonsten unverändertem Erhalt der Gesellschaft diese zu einer Zusammenlegung von Hauptverwaltung und Sitz zu zwingen (Abs. 1), hätte sich eine Regelung in Art. 7 oder im unmittelbaren örtlichen Zusammenhang eher angeboten.

³⁰⁴ Gleiches gilt für die Regelung des Liquidationsverfahrens nach Abs. 2 und die Rechtsmittel.

³⁰⁵ Ratka, GeS 2003, 432, 434; M. Karollus, in: Köck/Lengauer/Ress (Hrsg.), FS Fischer (2004), 169, 188; Ringe, S. 29 ff.; Braun, Die Wegzugsfreiheit als Teil der Niederlassungsfreiheit, S. 159 f.; Schön, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Die SE im Steuerrecht, Einf., Rn. 31; Paefgen, GmbHR 2004, 463, 475 (Fn. 121); De Diego, EWS 2005, 446, 453; Louven/Dettmaier/Pöschke/Wenig, BB-Spezial 3/2006, 1, 9; Ziemons, ZIP 2003, 1913, 1918; Wymeersch, ECGI Law Working Paper No 8/2003, S. 33. Vgl. ferner die Zweifel an dem Vorschlag für die SPE, die Entscheidung für entsprechende Regelungen den Mitgliedstaaten zu überlassen: Davies, in: Grundmann/Mülbert u. a. (Hrsg.), FS Hopt, S. 479, 489 f.

³⁰⁶ Wenz, in: Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft, S. 224; Teichmann, ZGR 2003, 367, 400; Eidenmüller, JZ 2004, 24, Fn. 6; ders., in: Baums/Cahn (Hrsg.): Die Europäische AG, S. 164, 186; Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 64 SE-VO, Rn. 1; Schäfer, in: MüKo AktG, Art. 64 SE-VO, Rn. 3 sowie Oechsler, ebda, Art. 7, Rn. 2; Hommelhoff/Teichmann, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 7, Rn. 30; Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, IV. Kap., § 41, Rn. 14; Leible, ZGR 2004, 531, 548 (Fn. 76); Schön/Schindler, IStR 2004, 571, 572; Horn, DB 2005, 147, 153; Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 7, Rn. 14; Hunger, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 9. Kap., Rn. 24; Schwarz, SE-VO, Art. 7, Rn. 13 (Fn. 31), 16; Greda, in: Kalss/Hügel, SE-Kommentar, § 5 SEG, Rn. 17; Veil, in: KK AktG, Art. 7 SE-VO, Rn. 7.

³⁰⁷ Nachweise s. o. (Fn. 329).

mit dem „Cartesio“-Urteil insgesamt die Zweifel daran, dass der EuGH hier eine Primärrechtswidrigkeit feststellen könnte, ausgeräumt worden seien.³⁰⁸

Der EuGH stellt vielmehr in Rn. 113 fest, dass im Fall einer sich über die Grenze umwandelnden Gesellschaft bei Änderung des auf sie anwendbaren nationalen Rechts die Befugnis eines Mitgliedstaates zur Bestimmung der Anknüpfung für das Gründungsrecht und die Frage der Fortexistenz es nicht rechtfertigen könne, dass der Gründungsmitgliedstaat die Gesellschaft durch das Verlangen ihrer Auflösung und Liquidation daran hindert, sich in eine Gesellschaft nach dem nationalen Recht dieses anderen Mitgliedstaats umzuwandeln, soweit dies nach diesem Recht möglich ist.³⁰⁹ Über die Bedeutung des letzten Halbsatzes bestand Streit. Ein Teil der Literatur ging davon aus, dass damit die Zulassung grenzüberschreitender Formwechsel in das Ermessen des aufnehmenden Staates gestellt ist.³¹⁰ Nach zutreffender und vom EuGH nunmehr bestätigter Ansicht ist damit jedoch nur gemeint, dass die aufnehmenden Staaten ihre Umwandlungsvorschriften nicht dahingehend erweitern müssen, dass sie jetzt etwa den *numerus clausus* zulässiger Umwandlungsformen ausweiten bzw. den Formwechsel ausländischer Gesellschaften in Gesellschaftsformen zulassen müssen, welche für innerstaatliche Formwechsel nicht zur Verfügung stehen.³¹¹

Die Umwandlung einer SE des Sitzstaates in eine solche eines anderen Staates müsste demnach genauso ermöglicht werden wie der grenzüberschreitende umwandelnde Umzug nationaler Gesellschaften. Dies müsste sogar angesichts des europäischen Charakters und des nur teilweisen Statutswechsels erst recht ohne Liquidation möglich sein. Genau dies aber erlaubt Art. 8 SE-VO. Ein Recht auf Auseinanderfallen von Satzungssitz und Hauptverwaltung anlässlich eines grenzüberschreitenden Formwechsels aber hat auch der EuGH nicht anerkannt. Wie bereits weiter oben festgestellt, dürfte es vielmehr dieser Rechtsprechung zufolge zulässig sein, dass der Aufnahmestaat den Verwaltungssitz im Inland zur Voraussetzung des Hineinformwechsels macht. Dies muss dann auch dem europäischen Gesetzgeber zugestanden werden. Eine Unterscheidung zwischen den Anforderungen des Zu- und des Wegzugsstaates kann hier gar nicht getroffen werden.

³⁰⁸ Schindler in: Beck/Osterloh-Konrad (Hrsg.), Unternehmensnachfolge, S. 101, 124; Casper, ZHR 173 (2009), 181, 208; Casper/Weller, NZG 2009, 681; genauso in Bezug auf die Zulässigkeit einer etwaigen Parallelregelung bei der SPE Roth, Vorgaben der Niederlassungsfreiheit für das Kapitalgesellschaftsrecht, S. 57; Diekmann, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 7, Rn. 24; a. A. Martin/ Poracchia, Journal du droit international 2010, 347, 355, die aus „Cartesio“ gerade die Primärrechtswidrigkeit folgern.

³⁰⁹ EuGH, Urt. vom 16.12.2008 – Rs C-210/06, Slg. 2008, I-09641 (Rn. 112) – Cartesio.

³¹⁰ Däubler/Heuschmid, NZG 2009, 493, 495; Kindler, IPRax 2009, 189, 191 f.; Kobelt, GmbHG 2009, 808, 812: "keine Wegzugsfreiheit ohne Zuzugsfreiheit"; wohl auch Bollacher, RIW 2009, 150, 154; Frenzel, EWS 2009, 158, 164; Korom/Metzinger, ECFR 2009, 125, 156; Zimmer/Naendrup, NJW 2009, 545, 547 ff.; unklar hingegen Meilicke, GmbHR 2009, 92, 93. Vgl. auch oben Fn. 299.

³¹¹ EuGH v. 12.7.2012, Rs. C-378/10, NJW 2012, 2715, 2716 (Rn. 32 f.) – Vale; Hennrichs/Pöschke/Laage/Klavina, WM 2009, 2009, 2012, 2015. So bereits vor „Cartesio“: Paefgen, GmbHR 2004, 463, 465; siehe auch ders., WM 2009, 529, 532; Lennerz, Die internationale Verschmelzung, 63 f., 145 ff., 153 ff.; Jaensch, EWS 2007, 97, 102, wonach „an die Stelle der in § 191 Abs. 1 UmwG und den speziellen Vorschriften genannten formwechselnden Rechtsträger im Wege der Substitution der vergleichbare ausländische Rechtsträger tritt.“

c. Ist die SE „centrosfähig“?

Die Rechtsprechung des EuGH wirft auch die Frage auf, ob der Gerichtshof anlässlich der Errichtung einer Zweigniederlassung der SE im Ausland genauso großzügig sein wird wie in seiner Rechtsprechung zu den „Scheinauslandsgesellschaften“.³¹² Es geht mit anderen Worten also darum, ob die SE „centrosfähig“ ist oder ob dem Art. 7 S. 1 SE-VO entgegensteht. Diese Frage ist bislang kaum erörtert worden.³¹³

Zu recht ist in der Literatur zwar wiederholt darauf hingewiesen worden, dass praktisch kein Unterschied zwischen der Errichtung einer allzuständigen Zweigniederlassung und der Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes besteht.³¹⁴ Ein Bedarf nach rechtlicher Gleichbehandlung kann deshalb auch nicht bestritten werden. De facto verhindert jedoch die EuGH-Rechtsprechung eine Gleichstellung auf der Grundlage eines einheitlichen Verständnisses der Niederlassungsfreiheit. Allein aus diesem Grund soll im Folgenden untersucht werden, ob eine Begründung unter alleiniger Betrachtung der sekundären Niederlassungsfreiheit, wie sie sich nach der EuGH-Judikatur darstellt, auch für die SE zu dem gewünschten Ergebnis führen kann.

An der Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit auch in der besonderen Konstellation einer „Scheinauslandsgesellschaft“ lässt der Gerichtshof keine Zweifel aufkommen: „Eine Sachlage, in der eine nach dem Recht eines Mitgliedstaats, in dem sie ihren satzungsgemäßen Sitz hat, gegründete Gesellschaft eine Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat gründen will, fällt unter das Gemeinschaftsrecht. Dass die Gesellschaft im ersten Mitgliedstaat nur errichtet wurde, um sich in dem zweiten Mitgliedstaat niederzulassen, in dem die Geschäftstätigkeit im Wesentlichen oder ausschließlich ausgeübt werden soll, ist dabei ohne Bedeutung.“³¹⁵ Selbst wenn man die damit klar zum Ausdruck gebrachte Irrelevanz etwaiger entgegenstehender nationaler Regelungen nicht ohne weiteres auch im Falle des Vorliegens entsprechender europäischer Vorschriften als gegeben annehmen möchte, so spricht doch die im gleichen Urteil auch noch getroffene Aussage über die Bedeutung solcher Vorschriften dafür. Konkret führt der EuGH aus, dass die hierdurch ausgelöste Folge einer Verweigerung der Eintragung „jede Wahrnehmung der Freiheit zur Gründung einer Zweigniederlassung verhindert, die durch die Art.

³¹² S. o., unter: B. II. 5. „Die Rechtsprechung des EuGH zu Sitzverlegung und grenzüberschreitender Umwandlung“.

³¹³ De Diego, EWS 2005, 446, 447 stellt lediglich ohne Begründung fest, die SE-VO verbiete eine Niederlassung als „Scheingesellschaft“; ebenso M. Karollus, in: Köck/Lengauer/Ress (Hrsg.), FS Fischer (2004), 169, 174; Veil, in: KK AktG, Art. 7 SE-VO, Rn. 8; Diekmann, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 7, Rn. 20; Koppensteiner entsprechend zur Sitzverlegungsrichtlinie, in: Schneider/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Lutter, S. 141, 155; i. E. wohl auch Schwarz, SE-VO, Einl., Rn. 39; Ziemons, ZIP 2003, 1913, 1918; Zimmer, EWS 2010, 222, 224, wonach die „alleinige (rein tatsächliche) Verlagerung der Hauptverwaltung“ bereits ein Auseinanderfallen i. S. d. Art. 64 SE-VO, 54 SEAG bedeute. Genauso wohl auch Paefgen, in: KK AktG, Art. 37 SE-VO, Rn. 9. Vgl. hingegen Heckschen, in: Widmann/Mayer, UmwR, Anh. 14, Rn. 510, wonach die SE genauso Zweigniederlassungen errichten kann wie eine nationale Aktiengesellschaft. Dies ist im Grundsatz jedenfalls unbestritten, soweit ersichtlich. Die Konsequenzen hieraus für die SE zieht im Ansatz jedoch allein Rasner, ZGR 1992, 314, 321: „Man sieht, dass die Verwaltung der SE es sich genau überlegen muß, ob sie nicht lieber eine Tochtergesellschaft in dem betreffenden anderen Land gründet und dieser mehr und mehr Verantwortung überträgt (so lange, bis von der Hauptverwaltung im Sitzstaat kaum noch gesprochen werden kann, vgl. Art. 5 S. 3 VO 1991).“

³¹⁴ Siehe nur Paefgen, WM 2003, 561, 564; ders., WM 2009, 529, 534; Koppensteiner, VGR Band 2 (2000), 151, 182 f.

³¹⁵ EuGH v. 9.3.1999 – Rs. C-212-97, Slg. 1999, I-1459 (Rn. 17) – Centros; EuGH v. 10.7.1986, Slg. 1986, Rs. 79/85, S. 2375 ff., (Rn. 16) – Segers.

52 und 58 gerade gewährleistet werden soll.³¹⁶ Die Niederlassungsfreiheit wird demnach hierdurch nicht bloß behindert i. S. e. Beschränkung, sondern sogar gänzlich verhindert. Scheidet jedoch in „Centros“ bereits eine Rechtfertigung aus Gründen des Gläubigerschutzes aus,³¹⁷ so muss dies erst recht für eine Europäische Aktiengesellschaft gelten, deren Gläubiger schon durch die Rechtsform als „vorgewarnt“ gelten müssen.³¹⁸

Dies schließt freilich eine Regelung, wie sie Art. 7 S. 1 SE-VO trifft, nicht zwingend aus. Art. 7 S. 1 könnte grundfreiheitenkonform³¹⁹ so zu interpretieren sein, dass weder diese Vorschrift noch Art. 64 bei rein formaler Sichtweise berührt werden, da der Gesellschaftswille gerade nicht auf die Verlegung der Hauptverwaltung gerichtet ist, sondern lediglich auf die Errichtung einer Zweigniederlassung. Für eine solche einschränkende Betrachtungsweise spricht die Feststellung des EuGH, dass sich in diesen Fällen nicht die Vorfrage stelle, „ob die betreffende Gesellschaft als eine Gesellschaft anzusehen ist, die die Nationalität des Mitgliedstaats hat, nach dessen Recht sie gegründet wurde“ (einschließlich der Frage der Bestimmung der Anknüpfung, die eine Gesellschaft aufweisen muss, um als nach innerstaatlichem Recht gegründet angesehen zu werden und damit in den Genuss der Niederlassungsfreiheit gelangen zu können, als auch die Anknüpfung, die für den Erhalt dieser Eigenschaft verlangt wird),³²⁰ sondern allein, ob sich diese Gesellschaft (...) in der Ausübung ihres Rechts auf Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat einer Beschränkung gegenüber sieht oder nicht.³²¹ Damit ist das zum Erhalt der konkreten Rechtsform laut Recht des Gründungs- und Satzungssitzstaates vorgeschriebene Erfordernis eines inländischen Verwaltungssitzes i. R. d. Ausübung der sekundären Niederlassungsfreiheit nicht geeignet, eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.³²² Das gleiche wird dann wohl auch für die Hauptverwaltung der SE gelten müssen.³²³

Dem steht auch nicht die in „Cartesio“ getätigte Äußerung des Gerichtshofes entgegen, „wonach die (...) neuen Rechtsformen ihren satzungsmäßigen Sitz und damit auch ihren wahren Sitz, die nämlich in demselben Mitgliedstaat gelegen sein müssen, in einen anderen Mitgliedstaat verlegen können“.³²⁴ Denn damit nimmt er auf die Verlegung nach Art. 8 SE-VO Bezug. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage nach der begrifflichen Unterscheidung von „Hauptverwaltung“ i. S. d. Art. 7 S. 1 SE-VO und „Zweigniederlassung“ jedoch gar nicht.

Zudem rückt der Gerichtshof auch in „Cartesio“ den Willen der betreffenden Gesellschaft kurz

³¹⁶ EuGH v. 9.3.1999 – Rs. C-212–97, Slg. 1999, I-1459 (Rn. 30) – Centros. Ähnlich EuGH v. 10.7.1986, Rs. 79/85, Slg. 1986, 2375 (Rn. 14) – Segers; EuGH v. 28.1.1986, Rs. 270/83, Slg. 1986, 273 (Rn. 18) – Kommission/Frankreich.

³¹⁷ EuGH v. 9.3.1999 – Rs. C-212–97, Slg. 1999, I-1459 (Rn. 35) – Centros.

³¹⁸ Dies gilt umso mehr angesichts des umfangreichen Schutzes durch Information, auf den der EuGH selbst zu Recht hinweist, vgl. EuGH v. Rs. C-167/01, Slg. I-10155 (Rn. 135) – Inspire Art. Dazu auch Teichmann, *European Private Law* 2011, 145, 173.

³¹⁹ Das Sekundärrecht ist grundfreiheitenkonform auszulegen, wobei es keine Rolle spielt, ob es sich bei der auszulegenden Vorschrift um eine Total- oder bloß Mindestharmonisierung bewirkende Norm handelt, vgl. Leible, in: Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, Bd. 2, S. 116, 121.

³²⁰ vgl. Rn. 110 des Urteils vom 16.12.2008 – Rs C-210/06, Slg. 2008, I-09641 – Cartesio.

³²¹ EuGH v. 16.12.2008, Rs C-210/06, Slg. 2008, I-09641 (Rn. 123) – Cartesio.

³²² EuGH v. 10.7.1986, Rs. 79/85, Slg. 1986, 2375 ff. (Rn. 14) – Segers; EuGH v. 28.1.1986, Rs. 270/83, Slg. 1986, 273 (Rn. 18) – Kommission/Frankreich.

³²³ Zur Identität von „Hauptverwaltung“ und „Verwaltungssitz“ s. o. (Nachw. Fn. 16).

³²⁴ EuGH v. 16.12.2008, Rs C-210/06, Slg. 2008, I-09641 (Rn. 117) – Cartesio.

darauf in den Vordergrund und trennt, ähnlich wie in Bezug auf Anknüpfungsfrage und Ausübungsformen der sekundären Niederlassungsfreiheit, strikt zwischen der Absicht einer Verwaltungs- und der einer Satzungssitzverlegung respektive grenzüberschreitenden Umwandlung.³²⁵

Diesem Ergebnis steht auch nicht der Normzweck des Art. 7 SE-VO entgegen, der wohl hauptsächlich in einer Vermeidung der Auseinandersetzung hinsichtlich der international-privatrechtlichen Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts der SE zu sehen ist.³²⁶ Die damit zusammenhängenden Streitfragen werden durch die Anwendung der o. g. EuGH-Rechtsprechung auf die SE nicht berührt, womit der Vorschrift jedenfalls ein Anwendungsbereich verbliebe. In der Literatur werden zwar als weitere Funktionen der Gläubiger-, Minderheiten- und Arbeitnehmerschutz durch Ausschaltung eines Wettbewerbs der Sekundärrechtsordnungen³²⁷ sowie die effektive administrative Beaufsichtigung und der Gleichlauf zwischen Gesellschafts- und Insolvenzstatut angeführt.³²⁸ Allein ist nicht ersichtlich, weswegen ohne Sekundärrechtswechsel ernst zu nehmende Gefahren für die Minderheitsaktionäre auftreten sollten.³²⁹ Hieraus ergibt sich zugleich, dass eine Ausdehnung des Minderheitenschutzes über die Informationswirkung der Publizitätsanforderungen für Zweigniederlassungen hinaus ausscheidet.³³⁰ Dem Gläubigerschutz ist durch die genannten Offenlegungspflichten jedoch ebenfalls genüge getan.³³¹ Es ist auch nicht erkennbar, weswegen bei der SE ein höheres Bedürfnis nach effektiver administrativer Beaufsichtigung und einem Gleichlauf zwischen Gesellschafts- und Insolvenzstatut anzuerkennen sein soll als bei den nationalen Gesellschaften.³³² Schließlich ist die von *Ulmer* angeführte Verhinderung von Scheinauslandsgesellschaften³³³ kein (Selbst)Zweck, der geeignet wäre, das Verbot einer Ausübungsform der sekundären Niederlassungsfreiheit zu rechtfertigen.

Nach alledem ist nicht ersichtlich, weswegen die SE nicht „centrosfähig“ sein sollte. Sie kann demnach unter denselben Voraussetzungen wie nationale Gesellschaften auch selbständige oder unselbständige Zweigniederlassungen im Ausland gründen und betreiben. Art. 7, 64 SE-VO stehen dem nach der hier vorgeschlagenen Lesart auch nicht entgegen. Die Frage nach dem oben angesprochenen speziellen Prüfungsmaßstab für Sekundärrecht stellt sich dabei wohl auch solange nicht, wie eine grundfreiheitskonforme Auslegung möglich ist.

³²⁵ Vgl. Rn. 119 des Urteils vom 16.12.2008 – Rs C-210/06, Slg. 2008, I-09641 – *Cartesio*: „Im vorliegenden Fall möchte *Cartesio* jedoch nur ihren wahren Sitz von Ungarn nach Italien verlegen und zugleich eine Gesellschaft ungarischen Rechts bleiben, also ohne dass sich das anwendbare nationale Recht änderte.“

³²⁶ Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 7 SE-VO, Rn. 1; Veil, in: KK AktG, Art. 7 SE-VO, Rn. 4; Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 7, Rn. 1; hierzu siehe auch bereits oben, unter: B. II. 4. c. „Art. 7, 64 SE-VO“. Ausführlich zu den Funktionen der Vorschrift desw. Casper/Weller, NZG 2009, 681, 682.

³²⁷ Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 2, Rn. 31.

³²⁸ Casper/Weller, NZG 2009, 681, 682.

³²⁹ So auch im Ergebnis Casper/Weller, NZG 2009, 681, 684 f.

³³⁰ Damit sind weder Teile des Verfahrens nach Art. 8 SE-VO noch etwaige Bestimmungen, die auf Art. 8 Abs. 5 SE-VO gestützt werden, auf die Gründung einer Zweigniederlassung anwendbar.

³³¹ Vgl. zu deren Umfang Art. 2 Abs. 1 a-f RL 89/666/EWG – *ZweigNLPubIRL* (Fundstelle s. Anhang II). Siehe dazu auch EuGH, 9.3.1999 – Rs. C-212–97, Slg. 1999, I-1459 (Rn. 35-37) – *Centros*.

³³² Die Probleme hinsichtlich der Insolvenz von Scheinauslandsgesellschaften sind zudem hinlänglich bekannt und vielfach diskutiert, siehe nur Vallender, ZGR 2006, 425 ff.; Paefgen, HdbPersG, § 60, Rn. 4155 ff. speziell zur Insolvenzverschleppungshaftung; umfassend zur Behandlung der Scheinauslandsgesellschaft etwa Altmeyen/Wilhelm, DB 2004, 1083 ff. auch mit Hinweisen zur Arbeitnehmermitbestimmung.

³³³ *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1210.

Auf die Verhinderung einer umfassenden Teilnahme des Gesellschaftsstatuts an der Niederlassungsfreiheit durch Art. 9 Abs. 1 c i – iii und Art. 10 SE-VO im Rahmen einer Sitzverlegung nach Art. 8 SE-VO kommt es demnach in der Praxis nicht an.³³⁴ Diese Vorschriften wären allerdings unabhängig hiervon dann primärrechtswidrig, wenn man der Niederlassungsfreiheit auch eine Garantie für die Beibehaltung des Gesellschaftsstatuts entnehmen wollte.³³⁵ Eine Rechtfertigung wäre, folgte man dieser Auffassung, wohl auch nicht möglich, da hinsichtlich des Schutzes von Minderheitsaktionären, Arbeitnehmern und Gläubigern genauso gut alternativ an die Verlegung des Verwaltungs- oder des Sitzungssitzes angeknüpft werden könnte.³³⁶ Die Einräumung einer derartigen Möglichkeit der isolierten Verwaltungssitzverlegung ohne Sekundärrechtswechsel entspräche sogar der ursprünglichen Vorstellung einer Sitzverlegung, wie sie dem Vorentwurf 1966 zugrunde lag. Danach sollte die SE, „wie die Aktiengesellschaft nationalen Rechts frei ihren Sitz innerhalb des Gründungsstaates verlegen kann, dies im Raum der EWG, ihrem Rechtsgebiete, tun können.“³³⁷ Es ist auch nicht ersichtlich, weswegen bei der SE, anders als offenbar bei den nationalen Gesellschaftsformen, kein Bedürfnis für das Auseinanderfallen von formellem Sitzungssitz und tatsächlichem Schwerpunkt der wirtschaftlichen Tätigkeit bestehen sollte. Durch die starke Verwobenheit der SE mit den nationalen Rechtsordnungen ist der Wettbewerb auch auf diesen Gebieten jedenfalls eröffnet.³³⁸

d. Vereinbarkeit von § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG mit dem Primärrecht

Eine diskriminierende Wirkung von Art. 8 Abs. 5 SE-VO scheidet jedenfalls unter dem Aspekt aus, dass in der Vorschrift selbst kein Unterschied in Bezug auf den Sitz der SE, d. h. die „Nationalität“ der SE, gemacht wird. Ebenso wenig kommt ihr als bloßer Ermächtigungsgrundlage beschränkende Wirkung zu.

Problematischer erscheint die Frage, ob auch die die Sitzverlegung erschwerenden Ausführungsvorschriften, allen voran § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG, mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar sind. Diesbezüglich könnte man bei oberflächlicher Betrachtung zu dem Schluss gelangen, dass lediglich ein Fall erlaubter „Inländerdiskriminierung“ geschaffen wurde. Allerdings müsste man dann auch die Zwangsauflösung anlässlich eines grenzüberschreitenden Formwechsels hierunter subsumieren.³³⁹ Diese hat der Gerichtshof jedoch für „umwandlungswillige“ Gesellschaften aus-

³³⁴ Dies problematisiert, soweit ersichtlich, allein Schwarz, SE-VO, Einl., Rn. 39; ähnlich Ziemons, ZIP 2003, 1913, 1918 sowie Jestädt, S. 146 f., allerdings nur unter Bezugnahme auf Art. 7 und 8 SE-VO.

³³⁵ Jestädt, S. 146 f.; ebenso V. Kruse, Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften, S. 193 in Bezug auf die Verhinderung eines statuterhaltenden Wegzugs durch die Sitztheorie; a. A. Kruchen, Europäische Niederlassungsfreiheit, S. 362 f.; Teichmann, ZGR 2003, 367, 400; Ulmer, NJW 2004, 1201, 1210; Schäfer, NZG 2004, 785, 787 f.

³³⁶ So i. E. auch De Diego, EWS 2005, 446, 453 zu Art. 7, 64 SE-VO; M. Karollus, in: Köck/Lengauer/Ress (Hrsg.), FS Fischer (2004), 169, 183 f.

³³⁷ Sanders, VE SE-Statut (1966), S. XII. Vgl. auch Wenz, in: Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft, S. 228, wonach die SE-VO der SE eine „gemeinschaftsweite Rechtspersönlichkeit“ verliehen habe, weswegen „eine SE auch im Vergleich zu Rechtsformen nationalen Rechts auch jenseits der jeweils ergänzend anwendbaren Rechtsordnung eine Realität hat“.

³³⁸ M. Karollus, in: Köck/Lengauer/Ress (Hrsg.), FS Fischer (2004), 169, 183.

³³⁹ Zur strukturellen Vergleichbarkeit der SE-Sitzverlegung mit dem in „Cartesio“ thematisierten Fall einer grenzüberschreitenden Umwandlung siehe oben, unter: II. 6. a. „Sitzverlegung oder Umwandlung?“. Vgl. hierzu insbesondere EuGH v. 16.12.2008, Rs C-210/06, Slg. 2008, I-09641 (Rn. 117-119) – Cartesio.

drücklich für unzulässig erklärt.³⁴⁰ Allenfalls Beschränkungen durch das Recht der „Zuzugsstaaten“ müssten demnach hingenommen werden.³⁴¹ Die Regelungshoheit der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die „Existenz“ ihrer Gesellschaften könne hier nicht gelten. Beschränkungen könnten lediglich durch „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ gerechtfertigt sein.³⁴²

Anders als in Bezug auf die Vorschriften der SE-VO ist hier auch kein Grund erkennbar, weswegen nicht zwischen Regelungen des Zu- und des Wegzugsstaates unterschieden werden könnte. Das Austrittsrecht der Minderheitsaktionäre gegen Gewährung einer Barabfindung ist zweifellos als „nationale Maßnahme, die die Ausübung des Niederlassungsrechts behindert oder weniger attraktiv macht“ und damit als Beschränkung zu qualifizieren.³⁴³ Dies folgt aus seiner Funktion bzw. Wirkung als legitimer Drohung mit dem damit verbundenen Kapitalabfluss.³⁴⁴ Die Regelung ist demnach nur dann gerechtfertigt, wenn sie in nichtdiskriminierender Weise angewandt wird, zur Verwirklichung des verfolgten Zieles geeignet ist, aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses erforderlich ist und nicht über das zur Zielerreichung notwendige Maß hinausgeht („Vier-Faktoren-Test“).³⁴⁵

Zum ersten Erfordernis der nichtdiskriminierenden Wirkung ist festzustellen, dass der Gerichtshof mittlerweile überwiegend nur noch auf das Beschränkungsverbot abstellt,³⁴⁶ eine Entwick-

³⁴⁰ EuGH v. 16.12.2008, Rs C-210/06, Slg. 2008, I-09641 (Rn. 113) – Cartesio.

³⁴¹ „...soweit dies nach diesem Recht möglich ist“, EuGH, Urt. vom 16.12.2008 – Rs C-210/06, Slg. 2008, I-09641 (Rn. 112) – Cartesio; dazu jetzt EuGH v. 12.7.2012, Rs. C-378/10, NJW 2012, 2715, 2716 (Rn. 32 f.) – Vale.

³⁴² EuGH v. 16.12.2008, Rs C-210/06, Slg. 2008, I-09641 (Rn. 113) – Cartesio; EuGH v. 12.7.2012, Rs. C-378/10, NJW 2012, 2715, 2717 (Rn. 39) – Vale.

³⁴³ Vgl. De Diego, EWS 2005, 446, 453; Schanze/Jüttner, AG 2003, 30, 33 f. sowie Weng, grenzüberschreitende Verschmelzung, S. 114 f. für den Fall, dass die grenzüberschreitende Verschmelzung diesbezüglich anders als eine innerstaatliche Verschmelzung behandelt wird; so auch Paefgen, in: KK AktG, Art. 34 SE-VO, Rn. 20 zur Holdinggründung, der hier sogar eine Diskriminierung annimmt; ohne Problembewusstsein hingegen Meilicke, GmbH 2009, 92, 94. Zum Begriff der Beschränkung s. EuGH v. 31.3.1993, Rs. C-19/92, Slg. 1993, I-1663 (Rn. 32) – Kraus. Zur Überprüfung „sozialer Rechte“ anhand der Grundfreiheiten allgemein Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, S. 205 ff.; zur Durchsetzung von Arbeitnehmerrechten entsprechend Meilicke/Rabback, GmbH 2006, 123, 126 sowie unter Einschluss nationalen Minderheitenschutzes nach Cartesio jetzt Korom/Metzinger, ECFR 2009, 125, 155. Kübler, ZHR 167 (2003), 627, 630 zieht hingegen Art. 10 SE-VO i. V. m. Erwägungsgrund Nr. 5 heran zur Begründung der Unvereinbarkeit des nationalen Austrittsrechts mit den europarechtlichen Vorgaben. Dazu s. o. unter: B. II. 4. b. (2) „Art. 10 und der Regelungsbereich der SE-VO“; a. A. (nationales Gesellschaftsrecht nur ausnahmsweise an der NLF messbar): Schön, ZHR 1996, 221, 247 f.

³⁴⁴ Zu dieser Drohfunktion Schindler, Austrittsrecht, S. 12; ferner Teichmann, European Private Law 2011, 145, 172 der feststellt: „In the theory of European law, a new understanding of the Internal market has developed which is also a suitable guide for the future activity of the European legislature. Moving a company across borders should not cause any additional costs.“

³⁴⁵ EuGH v. 30.11.1995, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165 (Rn. 37) – Gebhard; EuGH v. 31.3.1993, Rs. C-19/92, Slg. 1993, I-1663 (Rn. 32) – Kraus; EuGH v. 30.9.2003, Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155 (Rn. 133) – Inspire Art; EuGH v. 9.3.1999, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459 (Rn. 34) – Centros; EuGH v. 17.1.2008, Rs. C-105/07, Slg. 2008 I-173 (Rn. 25) – Lammers u. a./Belgien; EuGH v. 12.7.2012, Rs. C-378/10, NJW 2012, 2715, 2717 (Rn. 39) – Vale.

³⁴⁶ EuGH v. 9.3.1999, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459 (Rn. 34) – Centros; EuGH v. 16.12.2008, Rs C-210/06, Slg. 2008, I-09641 – Cartesio (Rn. 113); EuGH v. 26.10.2006, Rs. C-345/05, Slg. 2006, I-10633, Rn. 18 ff. – Kommission/Portugal; zur Rechtfertigungsprüfung vgl. ferner EuGH v. 7.9.2006, Rs. C-470/04, Slg. 2006, I-7409 (Rn. 38 ff.) – N/Almelo; EuGH v. 26.10.2006, Rs. C-65/05, Slg. 2006, I-10341 (Rn. 48 ff.) – Kommission/Griechenland; EuGH v. 17.1.2008, C-152/05, Slg. 2008, I-57 (Rn. 22 ff.) – Kommission/Deutschland; W.-H. Roth, in: Lutter (Hrsg.), Europäische Auslandsgesellschaften, S. 379, 396; V. Kruse, Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften, S. 227 ff.; Trost, Faktische Sitzverlegung, S. 273; Jüttner, Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit, S. 88 ff.; Großfeld, in: Staudinger, IntGesR 1998, Rn. 121, 126; hierzu siehe auch Jung, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 54 AEUV, Rn. 23.

lung, deren Fortsetzung sich für die „Umwandlungsfälle“ in den Urteilen „Cartesio“ und „Vale“ auch bereits andeutet.³⁴⁷ Daher erübrigen sich weitere Ausführungen zur Unterscheidung diskriminierender und nicht diskriminierender Maßnahmen an dieser Stelle.

Als „Grund des Allgemeininteresses“ aber hat der Gerichtshof im Zusammenhang mit der Niederlassungsfreiheit ausdrücklich den Minderheitenschutz anerkannt.³⁴⁸ Festgehalten werden kann an dieser Stelle hingegen auch, dass die „Erforderlichkeit“ einer minderheitsschützenden Regelung anlässlich der SE-Sitzverlegung nicht wie bei den nationalen Gesellschaften bereits mit dem Hinweis auf grundsätzlich als gleichwertig anzuerkennende Regelungen des Herkunftsstaates verneint werden kann.³⁴⁹ Denn aufgrund der Besonderheit des Zusammenfalls von Satzungs- und Verwaltungssitzstaat liegt bei der SE die diesbezügliche Regelungsbefugnis ohnehin und eindeutig nur beim Herkunftsstaat. § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG ist des Weiteren unzweifelhaft geeignet, den zugrunde liegenden Zweck zu erfüllen. Ob die Vorschrift auch erforderlich ist und nicht über das zur Zielerreichung notwendige Maß hinausgeht, bedarf der näheren Untersuchung. Zur Beurteilung der Erforderlichkeit müssen zunächst die Wirkungen einer Sitzverlegung aus Aktionärssicht dargestellt werden. Die Frage nach dem „richtigen Maß“ aber erfordert einen systematischen Vergleich mit anderen Abfindungssituationen und gegebenenfalls die Untersuchung allgemeiner Grundsätze, etwa des Verfassungsrechts (s. u. C. I., II.). Erst im Anschluss hieran kann dann auch die Frage beantwortet werden, ob das in § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG gewählte Konzept einer Prüfung anhand der Art. 49, 54 Abs. 1 AEUV standhält.³⁵⁰

7. Ergebnis zu den rechtlichen Möglichkeiten einer Sitzverlegung

Der deutschen AG ist seit der Neufassung des § 5 AktG eine Wegverlegung ihres Verwaltungssitzes ins Ausland unter Beibehaltung ihres inländischen Sitzungssitzes und Gesellschaftsstatuts erlaubt. Die Anerkennung dieser gesetzgeberischen Entscheidung durch den zum EWR gehörenden Zuzugsstaat ist durch die EuGH-Rechtsprechung sichergestellt. Demgegenüber beschränkt die SE-VO die Sitzverlegungsmöglichkeit der SE zwar auf eine gemeinsame Verlegung von Satzungs- und Verwaltungssitz, die zudem an die Einhaltung bestimmter Verfahrensschritte gekoppelt ist. Allerdings ist nach hier vertretener Auffassung die SE nicht gehindert, daneben einen Wegzug auch ohne Wechsel des Sekundärrechts (also statuterhaltend) durch die formale Begründung einer Zweigniederlassung unter gleichzeitiger Mutation zur „Scheinauslandsgesellschaft“ zu vollziehen.

Vor diesem Hintergrund aber erscheint das Kopplungsgebot des Art. 7 S. 1 SE-VO als verzichtbar. Entschiede man sich sinnvollerweise i. R. d. laufenden Änderungsverfahrens³⁵¹ für eine

³⁴⁷ EuGH v. 16.12.2008, Rs C-210/06, Slg. 2008, I-09641 (Rn. 113) – Cartesio; EuGH v. 12.7.2012, Rs. C-378/10, NJW 2012, 2715, 2717 (Rn. 39 f.) – Vale.

³⁴⁸ EuGH v. 5.11.2002, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919 (Rn. 92) – Überseering; EuGH v. 12.7.2012, Rs. C-378/10, NJW 2012, 2715, 2717 (Rn. 39) – Vale; vgl. auch Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, II. Kap., § 6, Rn. 61 m. w. N.

³⁴⁹ So etwa Jüttner, Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit, S. 105.

³⁵⁰ IV. 9. d.: „Vereinbarkeit von § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG mit der Niederlassungsfreiheit.“

³⁵¹ Vgl. hierzu den Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der

Entkoppelung, so müsste der Wortlaut von Art. 9 Abs. 1 c ii und Art. 10 SE-VO dahingehend angepasst werden, dass auf das Recht des „Satzungssitzstaates“ verwiesen wird.³⁵²

Art. 8 SE-VO regelt lediglich den Sonderfall eines grenzüberschreitenden Formwechsels einer SE des Wegzugsstaates in eine SE des Zuzugsstaates als Teil der bereits durch die Niederlassungsfreiheit eröffneten Spielräume für grenzüberschreitende Umstrukturierungen.³⁵³ Da im Übrigen jedoch keine Vorschriften für grenzüberschreitende Formwechsel existieren,³⁵⁴ kommt Art. 8 SE-VO vor allem nach „Cartesio“ eine wichtige Stellung und mögliche Vorbildfunktion für die Schaffung weiterer rechtssicherer Verfahren auch für andere Rechtsformen zu.³⁵⁵ Dabei dürften die Verfahrensvorschriften im Hinblick auf ihre niederlassungsrechtlich geforderte Rechtfertigung kaum Probleme aufwerfen. Speziell die nach Art. 8 Abs. 5 SE-VO ergangenen Schutzvorschriften sind allerdings kritisch auf ihre Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im Einzelfall nach den Regeln zu überprüfen, die der EuGH i. R. d. „Vier-Faktoren-Tests“ anwendet.

C. Sitzverlegung und Minderheitenschutz

I. Die Veränderung der Aktionärsstellung und der Minderheitenschutz bei Sitzverlegung im Vergleich der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen

1. Begründung eines Schutzbedürfnisses – Fragestellung und Darstellung des Streitstandes

Die Sitzverlegung stellt einen neuen Fall einer potentiell abfindungsauslösenden Maßnahme dar. Ob überhaupt ein Schutzbedürfnis der Minderheitsaktionäre in diesem Fall besteht, ist streitig. Der Gemeinschaftsgesetzgeber bezieht zu diesem Punkt keine Stellung, sondern überlässt es in Art. 8 Abs. 5 SE-VO den Mitgliedstaaten, Schutzvorschriften vorzusehen.³⁵⁶ Darauf aufbauend

Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), SEK(2010) 1391 vom 17.11.2010, S. 8, abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/internal_market/company/se/index_de.htm, zuletzt aufgerufen am 2.8.2012.

³⁵² Für eine Streichung des Kopplungsgebotes auch Casper, ZHR 173 (2009), 181, 208 f.; Casper/Weller, NZG 2009, 681, 683; Zimmer, EWS 2010, 222, 228; Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, IV. Kap., § 41, Rn. 14 („rechtspolitisch mehr als inopportun“); tendenziell so auch Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 7 SE-VO, Rn. 2; a. A. hingegen Veil, in: KK AktG, Art. 7 SE-VO, Rn. 10 unter Verweis auf den Gleichlauf von sekundärem Personalstatut und Insolvenzstatut.

³⁵³ Ähnlich Kobelt, GmbHR 2009, 808, 812.

³⁵⁴ So besitzen die Sitzverlegungsvorschriften der SE-VO, soweit sie das Verfahren einer europaweit anwendbaren Satzungssitzverlegung regeln, eine Alleinstellung, solange die 14. Sitzverlegungsrichtlinie nicht verabschiedet wurde, vgl. Reichert, Der Konzern 2006, 821, 825.

³⁵⁵ Vgl. Pafegne, WM 2009, 529, 536; Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 4, Rn. 31 (S. 83); ähnlich Menjucq, in: Jung (Hrsg.), Supranationale Gesellschaftsformen im Typenwettbewerb, S. 1, 10 f.; Heckschen, in: Aderhold/Grunewald u. a. (Hrsg.), FS H. P. Westermann, S. 999, 1011, der zutreffend darauf hinweist, dass auch die IntVerschmRL (RL 2005/56/EG) SE-Gründungen wegen des hierüber nicht erreichbaren Ergebnisses der Rechtsform einer SE nicht entbehrlich macht. Das gleiche hat für die Sitzverlegung (auch nach „Cartesio“) zu gelten. Zum Verlust der „Monopolstellung“ durch die IntVerschmRL im Übrigen siehe Reichert, Der Konzern 2006, 821; vgl. desw. Grundmann, European Company Law, S. 106 f.; Eidenmüller/Engert/Hornuf, AG 2009, 845, 850, die ebenfalls die Rechtssicherheit des geregelten Verfahrens nach Art. 8 SE-VO betonen.

³⁵⁶ Kalss, ZGR 2003, 593, 594 sieht hingegen in dieser Gestattung, entsprechende Schutzvorschriften vorzusehen, eine tendenziell befürwortende Stellungnahme des Gemeinschaftsgesetzgebers und bezeichnet die Regelungen der SE-VO insoweit als „rechtspolitisches Programm“.

bestimmt Erwägungsgrund Nr. 24 zur SE-VO lediglich: „Ein angemessener Schutz der Interessen der Minderheitsaktionäre, die sich gegen die Verlegung ausgesprochen haben, sowie der Interessen der Gläubiger und der sonstigen Forderungsberechtigten soll in einem ausgewogenen Verhältnis stehen.“

Die das Schutzbedürfnis im Falle der Sitzverlegung abstreitende Ansicht weist auf die jederzeitige Möglichkeit der Aktienveräußerung bei der börsennotierten SE hin, derentwegen rechtspolitisch kein Bedürfnis für eine Barabfindungsregelung bestehe.³⁵⁷ Die Abfindungsrechte seien im Gegenteil überaus schädlich, denn sie verkürzten die Liquidität und belasteten die Gesellschaft und damit auch die Aktionäre mit Kosten in nicht vorhersehbarer Höhe, wodurch das Kapital verteuert würde.³⁵⁸ Dagegen wird wiederum vorgebracht, der Börsenkurs bilde lediglich den Preis ab, der dort bei freiem Verkauf zu erzielen wäre. Dieser könne aber nicht gleichgesetzt werden mit dem subjektiven, häufig auch strategischen Wert eines Anteils für seinen Inhaber.³⁵⁹

Der Bundesrat stufte den vorgeschlagenen Minderheitenschutz durch Barabfindung ebenfalls als „zu weitgehend“ ein und sprach sich in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf des SEAG für eine Einschränkung der vorgesehenen Schutzvorschriften aus.³⁶⁰ Konkret befürchtete er Nachteile für den Standort Deutschland durch das Notwendigwerden kostspieliger und langwieriger Bewertungs- und Prüfverfahren zur Frage der Angemessenheit der Barabfindung und erhielt ein Abfindungsrecht für nicht vereinbar mit dem Prinzip des gemeinsamen Binnenmarktes.³⁶¹ Hiergegen spricht andererseits, dass das Austrittsrecht mit Barabfindung dem europäischen Gesetzgeber bei Erlass der Ermächtigungsnorm konkret vorschwebte.³⁶²

Schließlich wird noch vorgebracht, die Gesellschafter hätten sich gerade für eine Beteiligung an einer gemeinschaftsweit mobilen Gesellschaft entschieden und hätten daher keinen Anlass, sich darüber zu beklagen, wenn die SE von dieser Mobilität Gebrauch mache.³⁶³

Fest steht jedenfalls, dass die Gesellschafter konkret dadurch betroffen werden, dass die Gesellschaft künftig gem. Art. 9 Abs. 1 c i-iii, 10 SE-VO teilweise einer fremden Rechtsordnung mit abweichenden Normen untersteht. Hinzu kommen die je nach Einzelfall erheblichen Faktoren

³⁵⁷ Kübler, ZHR 167 (2003), 627, 630. Kritisch auch Ringe, Sitzverlegung, S. 119 f. und Hunger, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 9. Kap., Rn. 93.

³⁵⁸ Kübler, ZHR 167 (2003), 627, 629 f.; Kalss, in: Kalss/Hügel, SE-Kommentar, § 12 SEG, Rn. 4; Vetter, in: Lutter/Hommelhoff, Die Europäische Gesellschaft, S. 111, 114, der sogar befürchtet, dass dadurch die Maßnahme gar nicht erst in Angriff genommen werden könnte; entsprechend zur baren Zuzahlung bei der Verschmelzung Maier-Reimer, ZHR 164 (2000), 563, 567; ähnlich Kiem, WM 2006, 1091, 1098; allgemein zur Kollision mit dem Kapitalbindungsgrundsatz Vetter, ZHR 168 (2004), 8, 17 ff. Krause, in: Müller-Graff/Teichmann, Europäisches Gesellschaftsrecht auf neuen Wegen, S. 103, 118, schlägt deshalb vor, den Beschlussvorschlag so zu formulieren, dass die Hauptversammlung den Vorstand anweist, den Beschluss nur dann zur Handelsregistereintragung anzumelden, wenn lediglich ein bestimmter Prozentsatz der Aktionäre, gemessen am Grundkapital, barabfindungsberechtigt ist. Hierbei handele es sich um eine unechte Bedingung, welche nach h. M. zulässig sein soll, dazu Hüffer, AktG, § 179, Rn. 26; Zöllner, in: KK AktG, § 179, Rn. 195.

³⁵⁹ Vgl. Prantl, Konzernrecht, S. 73.

³⁶⁰ BT-Drucks. 15/3656, S. 3.

³⁶¹ BT-Drucks. 15/3656, S. 3; genauso Kübler, ZHR 167 (2003), 627, 629; Krause, in: Müller-Graff, Europäisches Gesellschaftsrecht auf neuen Wegen, S. 103, 114.

³⁶² Dies ergibt sich bereits aus Art. 25 Abs. 3 SE-VO, vgl. auch Kalss, ZGR 2003, 593, 579 sowie 610.

³⁶³ Waclawic, DB 2004, 1191, 1194; Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 13, Rn. 16 (S. 436).

einer größeren räumlichen Distanz und fremden Sprache.³⁶⁴ Der Wechsel der rechtlichen Rahmenbedingungen wurde im deutschen Recht bislang schon als tragender Grund für die Gewährung eines Austrittsrechts angesehen, etwa i. R. d. Formwechsels gem. § 207 Abs. 1 S. 1 UmwG.³⁶⁵ Entsprechend stützt die h. M. auch die Schutzbedürftigkeit in Anlehnung an die Situationen bei Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel auf den Wechsel des ergänzend anwendbaren mitgliedstaatlichen Rechts.³⁶⁶ Inwieweit die Sitzverlegung mit diesen anderen Umstrukturierungsfällen vergleichbar ist, bedarf daher später noch der näheren Untersuchung.³⁶⁷

Daneben werden aber auch ganz praktische Überlegungen zur Sinnhaftigkeit von Schutzvorschriften angestellt. So könne durch die Schaffung von Abfindungsansprüchen vom Sitzverlegungsbeschluss abgelenkt werden, mit der Folge, dass sich die Unzufriedenheit der übergangenen Aktionäre im Spruchverfahren kanalisieren lasse und keine Verzögerung durch Anfechtungsklagen zu befürchten sei, welche eine Registersperre bei der Sitzverlegung gem. Art. 8 Abs. 8 SE-VO i. V. m. § 14 SEAG bewirken würden.³⁶⁸ § 246a AktG belegt jedoch, dass die Registersperre an sich nicht mehr als rechtspolitisches Argument für die Erforderlichkeit des Austrittsrechts mit Barabfindung im Falle der grenzüberschreitenden Sitzverlegung verwendbar ist.³⁶⁹

Angesichts der großen Gestaltungsfreiheit der nationalen Gesetzgeber in dieser Frage ist die Bedeutung sinnvoller Regelungen gar nicht hoch genug einzuschätzen; so wurde mit Recht bemerkt, solche könnten als „Antrieb und Katalysator für die Fortentwicklung des Minderheitenschutzes im gesamten Umgründungsrecht der Kapitalgesellschaften, insbesondere der Aktiengesellschaften und in Teilbereichen sogar darüber hinaus“ dienen.³⁷⁰ Die bislang allgemein zur Begründung des Minderheitenschutzes bei Sitzverlegung vorgebrachten Aspekte bleiben weitgehend an der Oberfläche und können deshalb nicht restlos überzeugen. Die Hauptargumente sollen daher im Folgenden thematisch geordnet der Reihe nach auf den Prüfstand gestellt werden.

³⁶⁴ Vgl. Kalss, ZGR 2003, 593, 609 sowie entsprechend zur grenzüberschreitenden Verschmelzung H.-F. Müller, Der Konzern 2007, 81, 86 und zur SitzverlegungsRL Priester, ZGR 1999, S. 37 f.

³⁶⁵ Zur entsprechenden Begründung des Schutzes in Österreich bei der Spaltung nach § 11 öSpaltG und analog in Fällen des Rechtsformwechsels zwischen AG und GmbH vgl. Kalss, ZGR 2003, 593, 609; allgemeiner dies., Anlegerinteressen, S. 496 ff. unter Ausdehnung dieser Begründung auf die grenzüberschreitende Sitzverlegung.

³⁶⁶ RegE BT-Drucks. 15/3405, S. 35; Teichmann, in: Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft, S. 722; Von Bismarck, Grenzüberschreitende Sitzverlegung, S. 277; Casper, ZHR 173 (2009), 181, 210; Schwarz, SE-VO, Art. 8, Rn. 29; Teichmann, ZGR 2003, 367, 398; ders. ZIP 2002, 1109, 1111; ders., ZGR 2002, 383, 460; Neye/Teichmann, AG 2003, 169, 174; Priester, ZGR 1999, S. 37, 43; Witten, Minderheitenschutz, S. 171; Zang, Sitz und Verlegung, S. 172 f.; Meyer, Ausgleichs- und Abfindungsansprüche, S. 146 entsprechend zur grenzüberschreitenden Verschmelzung; Hoger, Kontinuität, S. 326 f., der das Austrittsrecht sogar erweitern will für bestimmte Fälle durch das Eingreifen eines allgemeinen Austrittsrechts aus wichtigem Grund, welches über Art. 9 Abs. 1 c ii SE-VO subsidiär neben der Spezialregelung des § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG zur Anwendung kommen soll. Vgl. ferner Engert, in: Eidenmüller (Hrsg.), Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 4, Rn. 122 (S. 128) allgemein für sämtliche Herausumwandlungen.

³⁶⁷ Dazu vgl. unten IV. 4. „Vergleich mit anderen Abfindungsvorschriften im deutschen Recht“.

³⁶⁸ BT-Drucks. 15/3656, S. 9; Oechsler, in: MüKo AktG, SE-VO, Art. 8, Rn. 56; Neye, in: Baums/Cahn (Hrsg.), Europäische AG, S. 131, 134.

³⁶⁹ Zu den Einzelheiten vgl. Kübler, ZHR 167 (2003), 627, 628. Eine Gegenüberstellung von Spruchverfahren und Freigabeverfahren aus ökonomischer Perspektive findet sich bei Sauerbruch, Das Freigabeverfahren gemäß § 246a AktG, S. 270 ff.

³⁷⁰ Kalss, ZGR 2003, 593, 595; ähnlich Röpke/Heine, in: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft (2005), S. 157, 167.

Die Hinterfragung der geltenden Vorschriften des Minderheitenschutzes lässt sich dabei vor dem Hintergrund rechtfertigen, dass Abfindungspflichten grundsätzlich einem Rechtfertigungszwang unterliegen, und zwar unabhängig von deren genauerer Einordnung. Geht man davon aus, dass es sich im Grundsatz um vertragliche Ansprüche handelt, so folgt das Rechtfertigungsbedürfnis aus ihrer Eingriffswirkung in Bezug auf die Vertragsfreiheit.³⁷¹ Geht man hingegen von einem gesetzlichen Entstehungsgrund aus, so bedarf es per se einer Rechtfertigung, da sie ohne das Einverständnis der Belasteten entstehen.³⁷² Selbst wenn man in den gesetzlichen Austrittsrechten mit der wohl überwiegenden Auffassung aber Ausprägungen eines allgemeinen außerordentlichen Austrittsrechts sieht,³⁷³ ergibt sich das Rechtfertigungsbedürfnis aus der Notwendigkeit eines „wichtigen Grundes“.³⁷⁴ Der Ausgleich des durch die Umstrukturierung hervorgerufenen Ungleichgewichts zwischen den Interessen der Gesellschaft auf der einen und denen der Minderheitsaktionäre auf der anderen Seite kann dabei allein nicht als tragende Begründung für konkrete Gestaltungen herangezogen werden, sondern allenfalls als Leitlinie dienen.³⁷⁵

An dieser Stelle ist jedoch genau genommen zu unterscheiden zwischen der Frage, ob sich aus den tatsächlichen Veränderungen bei Sitzverlegung überhaupt ein Schutzbedürfnis der Minderheitsaktionäre ergibt und dem aus einer Bejahung dieser Frage resultierenden Umsetzungsproblem, d. h. wie einem etwaigen Schutzbedürfnis durch den Gesetzgeber am Besten Rechnung zu tragen ist. Die Frage nach dem Schutzbedürfnis ist dabei nichts anderes als die nach der Plausibilität des Normzwecks und behielte auch dann ihren Sinn, wenn ein verfassungsrechtliches Bedürfnis für Schutznormen zu verneinen wäre.

Konkret könnte sich ein solches hier aus der Schutzgebotsfunktion etwaiger berührter Grundrechte ergeben.³⁷⁶ Nur wenn diese Funktion eingreift, kommt neben dem immer bei gleichzeitig in die Rechte anderer eingreifenden Schutznormen zu beachtenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz das Untermaßverbot bei der Frage nach dem „Wie“ des Schutzes zum Tragen, welches

³⁷¹ Vgl. Neuner, *Privatrecht und Sozialstaat*, S. 219 ff.; Roitzsch, *Der Minderheitenschutz im Verbandsrecht*, S. 48 f., 73; Von Falkenhausen, *Verfassungsrechtliche Grenzen der Mehrheits Herrschaft*, S. 120, der das Rechtfertigungsbedürfnis konkret aus der Sozialklausel des Art. 14 Abs. 2 GG herleitet; Martens, *GmbHR* 1984, 265, 270. Nach ganz h. M. ist überdies ein ordentliches Austrittsrecht des Aktionärs nicht anzuerkennen. Bereits deswegen unterliegen gesetzliche Austrittsrechte einem Rechtfertigungszwang. Für die h. M. (kein ordentl. Austrittsrecht): Hofmann, *Minderheitenschutz*, S. 525; Martens, *GmbHR* 1984, 265, 271 f.; Röhrich, in: Goerdeler/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), *FS Kellermann*, S. 361, 374 ff.; differenzierend hingegen Wiedemann, *GesR I*, S. 401, wonach ein wichtiger Grund jedenfalls für den reinen Anlagegesellschafter Voraussetzung zum Austritt sein soll; zusammenfassend Schindler, *Austrittsrecht*, S. 36 ff. m. w. N. Entsprechend zu der Rechtfertigungsbedürftigkeit der Satzungsstrenge auch Bayer, in: Grundmann/Mülbert u. a. (Hrsg.), *FS Hopt*, S. 373, 382.

³⁷² Olzen, in: Staudinger, *BGB*, § 241, Rn. 61.

³⁷³ Wohl BGHZ 167, 299, 306 – Jenoptik („...in Ausgestaltung des von Gesetzes und von Verfassungen wegen dem Minderheitsaktionär eingeräumten Sonderaustrittsrechts aus der beherrschten Gesellschaft...“); Wiedemann, *GesR I*, S. 402; Petersen, in: *KK UmwG*, § 207, Rn. 2; Decher, in: Lutter, *UmwG*, § 207, Rn. 1; Grunewald, in: Martens/H. P. Westermann u. a. (Hrsg.), *FS Claussen*, S. 103, 111 ff.; Kalss, in: Semler/Stengel, § 207, Rn. 1; Roitzsch, *Minderheitenschutz*, S. 90 f.; Schindler, *Austrittsrecht*, S. 87; anders hingegen: BGHZ 9, 157, 163; 18, 350, 365; Mülbert, *Aktiengesellschaft*, S. 456 f.; Würdinger, *Aktienrecht*, S. 5, 47; zweifelnd auch Zöllner, in: *GS Knobbe-Keuk* (1997), S. 369, 380.

³⁷⁴ Anders Grunewald, in: Ebenroth/Hesselberger u. a. (Hrsg.), *FS Boujong*, S. 175, 182 f., 199 f., die das Austrittsrecht aus wichtigem Grund und die gesetzlichen Austrittsrechte als nebeneinanderstehend betrachtet bei sich teilweise überschneidenden Anwendungsbereichen.

³⁷⁵ Kalss, *ZGR* 2003, 593, 597.

³⁷⁶ Canaris, *AcP* 184 (1984), 201, 225 ff.; ders., *Grundrechte und Privatrecht* (1999), S. 38 m. w. N. (Fn. 91); Isensee, in: *HbdStR IX*, § 191, Rn. 3, 146 ff., 185 ff.

lediglich besagt, dass ein gewisses Mindestmaß an Schutzmechanismen vorzusehen ist.³⁷⁷

In diesem Abschnitt (I.) soll deshalb zunächst festgestellt werden, ob sich § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG mit den konkret zu erwartenden rechtlichen Änderungen in Folge einer Sitzverlegung rechtfertigen lässt. Alle die Aktionäre berührenden Änderungen sämtlicher potentieller Zuzugsstaaten können in dieser Arbeit nicht dargestellt werden. Deshalb werden die folgenden Ausführungen auf die Darstellung einiger exemplarischer wesentlicher Verschlechterungen beschränkt. Aus der Zusammenschau dieser Regelungsbeispiele ergibt sich am Ende eine Übersicht über das wahre „Gefahrenpotential“ einer Sitzverlegung aus Aktionärssicht.

In diesem Kontext soll auch untersucht werden, wie die Frage des Schutzbedürfnisses sowohl bei Sitzverlegung als auch in Bezug auf die Gründungsvarianten, für die die SE-VO vergleichbare Ermächtigungen enthält, in den anderen Mitgliedstaaten vom Gesetzgeber beantwortet wird. Dies dient hier der ergänzenden Einordnung des Themas in den europäischen Kontext und kann bei der Beantwortung der o. g. Fragen unter Umständen hilfreich sein.

2. Auswirkungen eines Umzugs auf die Stellung eines SE-Aktionärs

a. Harmonisierungsstand – Überblick

Im Rahmen fortschreitender Harmonisierung der europäischen Gesellschaftsrechtsordnungen durch Richtlinien³⁷⁸ sind bis heute einige Fortschritte erzielt worden, allerdings ist die genaue Ausgestaltung der Beteiligungsrechte des Aktionärs nicht nur im Rahmen des SE-Statuts nach wie vor den Mitgliedstaaten überlassen.³⁷⁹ Zu den nicht harmonisierten Bestimmungen zählen vor allem Regelungen zu den Teilnahmevoraussetzungen an der Hauptversammlung, zur Ausübung des Stimmrechts, zur Stimmrechtsvertretung, zur Information des Aktionärs innerhalb der Hauptversammlung und zur Beschlussanfechtung.³⁸⁰

Allerdings hat gerade die zuletzt erfolgte Vereinheitlichung durch die Richtlinie 2007/36/EG,³⁸¹ welche in Deutschland durch das Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG)³⁸² umgesetzt wurde, zu einer im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit bedeutsamen Angleichung im internationalen Gesellschaftsrecht geführt. Mit dieser Richtlinie hat sich der europäische Gesetzgeber zum Ziel gesetzt, durch die Einführung von Mindeststandards die grenzüberschreitende Ausübung von Aktionärsrechten bei börsennotierten Gesellschaften zu erleichtern. Sie soll dafür sorgen, dass die Aktionäre unabhängig davon, wo sie in der EU ansässig sind, rechtzeitig Zugang zu vollständigen Informationen über ihr Unternehmen erhalten und

³⁷⁷ BVerfGE 88, 203, 254; Canaris, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 39.

³⁷⁸ Zu den auch für die SE relevanten Richtlinien siehe die Nachweise, Anhang II am Ende der Arbeit.

³⁷⁹ Pannier, Harmonisierung, S. 146.

³⁸⁰ Für diese Fragen sollte die 5. RL (Strukturrichtlinie) einheitliche Regeln schaffen, die jedoch bis heute nicht verabschiedet wurde, vgl. insbes. Art. 26 ff., 42 ff. des Vorschlags vom 27.9.1972, ABl. 1972, C 131/49 = KOM (72) 887. Die letzte Fassung stammt aus dem Jahre 1991: Dritter geänderter Vorschlag einer fünften Richtlinie vom 20.11.1991, ABl. EG Nr. C 321 S. 9.

³⁸¹ Fundstellennachweis s. Anhang II. Zu Hintergrund und Inhalten der Aktionärsrechte-RL etwa Noack, in: Aderhold/Grünwald u. a. (Hrsg.), in: FS H. P. Westermann, S. 1203 ff.

³⁸² Fundstellennachweis s. Anhang II; ausführlich dazu Drinhausen/Keinath, BB 2008, 1238 ff.

bestimmte Rechte, insbesondere ihre Stimmrechte, problemlos auch aus der Ferne ausüben können.³⁸³ Daraus wird deutlich, dass die grenzüberschreitende Wahrnehmung der Aktionärsrechte verbessert werden sollte. An eine Vereinheitlichung der Aktionärsrechte an sich war hingegen nicht gedacht. Die Aktionäre einer ihren Sitz verlegenden SE³⁸⁴ profitieren dennoch ganz besonders von den Neuregelungen, ist doch in Zukunft damit ausgeschlossen, dass durch die häufige Lage ihres gewöhnlichen Aufenthaltsortes im alten Sitzstaat die Ausübung ihrer Rechte erschwert wird. Daneben hat der Gesetzgeber beispielsweise durch einheitliche Festlegung der Einberufungsfrist in Art. 5 Abs. 1 der RL 2007/36/EG dafür gesorgt, dass vorher bestehende Unterschiede beseitigt wurden.³⁸⁵ Während nämlich Deutschland ursprünglich eine einmonatige Frist vorsah, betrug diese etwa in Dänemark, Luxemburg und Belgien nur acht Tage.³⁸⁶ Dem zentralen Anliegen der Richtlinie entsprechend soll weiterhin die Teilnahme an der Hauptversammlung ohne Anwesenheit oder Bevollmächtigte erleichtert werden. Im Zuge dessen sieht Art. 8 Abs. 1a-c der RL 2007/36/EG verschiedene Möglichkeiten vor, die Teilnahme an der Hauptversammlung auf elektronischem Weg anzubieten. Art. 5 Abs. 4 der RL 2007/36/EG schreibt die Veröffentlichung der Hauptversammlungseinladung nebst allen zugehörigen Unterlagen im Internet vor. Entsprechend sind dann auch gem. Art. 14 Abs. 2 der RL 2007/36/EG die Abstimmungsergebnisse einzustellen.³⁸⁷

Diese Neuerungen stellen zweifellos einen wichtigen Schritt zur Sicherung bzw. Implementierung einheitlicher Standards zur Ausübung von Aktionärsrechten dar, ersparen aber nicht den nun folgenden Blick auf die bislang wenig harmonisierten materiell-rechtlichen Grundlagen.

b. Aktienrecht

Das Verhältnis zwischen Aktionär und Gesellschaft ist im dritten Abschnitt des Aktiengesetzes geregelt, §§ 53a ff. AktG. Daneben interessieren im Folgenden die Rechte auf Beteiligung an Kapitalerhöhungen aus § 186 AktG sowie die Mitverwaltungsrechte.

(1) Dividendenanspruch

Der Aktionär beteiligt sich kapitalmäßig am Unternehmen. Im Vordergrund seines Interesses

³⁸³ Vgl. insbes. Erwägungsgrund 5 ff. der RL (Fundstellennachweis s. Anhang II). Rechtsvergleichende Hinweise zur Stimmrechtsausübung bei physischer Abwesenheit bei Grundmann, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, § 12, Rn. 426. Zur Umsetzung in England durch den CA 2006 siehe Prentice, in: Bruno/Ruggiero (Hrsg.), *Public Companies and the Role of Shareholders*, Chapter 5, S. 221.

³⁸⁴ Die Aktionärsrechte-RL betrifft Aktiengesellschaften einschließlich der SE, vgl. Noack, in: Aderhold/Grunewald u. a. (Hrsg.), *FS H. P. Westermann*, S. 1203, 1204. Zum Anwendungsbereich der RL siehe Art. 1 Abs. 1: „Gesellschaften, die ihren Sitz in einem Mitgliedstaat haben und deren Aktien zum Handel an einem in einem Mitgliedstaat gelegenen oder dort betriebenen geregelten Markt zugelassen sind.“

³⁸⁵ Näher dazu Noack, in: Aderhold/Grunewald u. a. (Hrsg.), *FS H. P. Westermann*, S. 1203, 1207 ff.

³⁸⁶ Beispiele wie dieses sind damit heute nicht mehr geeignet, die Schutzbedürftigkeit der Minderheitsaktionäre zu begründen. Anders noch Vinçon, *Sitzverlegung*, S. 215.

³⁸⁷ Die Umsetzung in Deutschland ist durch Einfügung des § 124a AktG sowie durch § 130 Abs. 6 AktG erfolgt. Zu den Inhalten der Richtlinie und den hierdurch bedingten Neuerungen im AktG näher Grundmann, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, § 12, Rn. 407 f. (S. 223 ff.).

stehen deshalb naturgemäß seine Vermögensrechte, allen voran der Dividendenanspruch gem. § 58 Abs. 4 AktG. „Der gesetzliche Rahmen für die Gewinnverwendung, die Kompetenzabgrenzung zwischen Verwaltung und Aktionären, für die Rücklagenbildung der Unternehmen und nicht zuletzt für die Möglichkeit der Gewinnthesaurierung im Konzern ist von erheblicher gesellschafts- und wirtschaftspolitischer Bedeutung.“³⁸⁸ Art. 82 Abs. 3 SE-VOV 1991 sah noch die Zuständigkeit der Hauptversammlung für die Feststellung des Jahresabschlusses vor.³⁸⁹ Die SE-VO enthält keine eigenen Bestimmungen mehr hierzu.³⁹⁰

Der in § 58 Abs. 4 AktG normierte Anspruch auf Gewinnausschüttung knüpft an die in den §§ 172 bis 176 AktG geregelte Feststellung des Jahresabschlusses und den Beschluss über die Gewinnverwendung an und gibt jedem Aktionär ein einklagbares Recht auf Ausschüttung in Höhe des gesetzlichen Anspruchs. Allerdings ist auch nach dem AktG die Entscheidung über die Gewinnverwendung etwa durch Satzungsregelung einschränkbar.³⁹¹ Zuständig für die Feststellung des Jahresabschlusses ist in Deutschland gem. § 172 grundsätzlich der Aufsichtsrat,³⁹² im Gegensatz dazu ist in den meisten anderen Mitgliedstaaten die Hauptversammlung zuständig.³⁹³ Über die Gewinnverteilung entscheidet nach § 174 AktG in Deutschland wiederum die Hauptver-

³⁸⁸ Westermann, in: Bürgers/Körper, AktG, § 58, Rn. 1; siehe auch Drygala, in: KK AktG, § 58, Rn. 14, 20. Kritisch zu dieser Vorschrift Henze, in: GK AktG, § 58, Rn. 13, der bemängelt, dass die Vorschrift die Interessen der Anteilseigner nur unzureichend berücksichtige, die Verwaltung hingegen sehr weitreichend über die Gewinne verfügen könne. Zur Rechtslage in Polen, wo eine Mindestrücklage von 8% des Jahresgewinns vorgeschrieben ist, siehe etwa Milan-Szymaska, in: Eiselsberg (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in Europa, S. 163, 185. Auch das griechische Recht zwingt zu einer Mindestrücklage i. H. v. 5% des Nettogewinns, allerdings nur bis die Rücklagenhöhe mindestens einem Drittel des eingezahlten Aktienkapitals entspricht, vgl. Mavroudis, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 1089; ähnlich ist die Lage in Luxemburg, wo 5% jährlich zurückzustellen sind, bis mindestens eine Rücklage i. H. v. 10% des Gesellschaftskapitals gebildet wurde. Erst dann sind Ausschüttungen zulässig, siehe Harles/Opitz, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 2286.

³⁸⁹ SE-VOV 1991, abgedr. bei Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht Textsammlung (2000) Ziff. 16.

³⁹⁰ Feststellung des Jahresabschlusses und Gewinnverwendung sind dabei nicht von der Verweisung nach Art. 61 SE-VO umfasst, sondern richten sich gemäß Art. 9 Abs. 1 c ii SE-VO nach nationalem Recht, vgl. Schwarz, SE-VO, Art. 61, Rn. 27.

³⁹¹ Einschränkungen können sich durch entsprechende Satzungsbestimmungen gem. § 58 Abs. 2 S. 2, 3 AktG ergeben, wenn ausnahmsweise die Hauptversammlung gem. § 173 Abs. 1 S. 1 AktG den Jahresabschluss feststellt oder beim Vorliegen einer Ermächtigung gem. § 174 Abs. 3 S. 2 AktG, etwa für Zuwendungen an Dritte wie gemeinnützige oder politische Organisationen. Zulässig sein soll nach h. M. sogar ein kompletter Ausschluss des Gewinnanspruches durch eine zwingende Satzungs Vorschrift mit entsprechendem Inhalt. Auch wenn die HV beschließt, den Gewinn i. R. d. gesetzlichen Grenzen, insbes. § 254 AktG, auf neue Rechnung vorzutragen, mindert sich der Ausschüttungsbetrag entsprechend. Zum Ganzen vgl. Westermann, in: Bürgers/Körper, AktG, § 58, Rn. 21 f.; Drygala, in: KK AktG, § 58, Rn. 92 ff. m. w. N.

³⁹² Genauso ist, soweit ersichtlich, die Rechtslage allein noch in Portugal, vgl. Pessanha/Castro Marques, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 3258. Im monistischen System ist dort wiederum die Hauptversammlung zuständig.

³⁹³ So etwa in Frankreich, Italien und Großbritannien die Praxis, vgl. Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 12, Rn. 438; für Italien siehe ferner Cavasola/de Lorenzo, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 1627 f., (danach keine HV-Zuständigkeit bei einer dualistischen SE, stattdessen Aufsichtsrat zuständig, vgl. auch Rn. 1640); HV-Zuständigkeit ebenso in Belgien, vgl. Van Cutsem, ebda, Rn. 89 f.; desgleichen in Dänemark, Nørgaard/Salje, ebda, 16. Kap., Rn. 277; Estland, hierzu Pärn-Lee/Kotivnenko, ebda, Rn. 458; Griechenland, Mavroudis, ebda, Rn. 1082 f.; Litauen, Urbelis, ebda, Rn. 2062; Luxemburg, Harles/Opitz, ebda, Rn. 2285; Niederlande, Van den Bos/Koning, ebda, Rn. 2663, 2680; Polen, Szumański/Duda, ebda, Rn. 3053 und Schweden, Hein, ebda, Rn. 3462; Ungarn, Daskalov, in: Bachner/P. Doralt/Winner (Hrsg.), Schutz der Minderheitsaktionäre in Mittel- und Osteuropa, S. 91.

sammlung, wie auch in den meisten anderen Mitgliedstaaten.³⁹⁴

Ist ein Gewinn gegeben, steht hingegen den Aktionären im italienischen Recht beispielsweise zwar auch ein Recht auf Gewinnausschüttung zu, jedoch ausschließlich in dem vom Gewinnausschüttungsbeschluss gedeckten Umfang. Ein individuelles Recht des einzelnen Aktionärs auf Ausschüttung wird hierdurch nicht begründet. Auch fehlt eine gesetzliche Regelung, die mit der in § 254 Abs. 1 AktG vorgesehenen Mindestausschüttungsquote von vier Prozent vergleichbar wäre.³⁹⁵

Mehr Regelungsspielraum haben die Gesellschaften in England in Bezug auf den Dividendenanspruch, da dieser in der Satzung geregelt wird.³⁹⁶ Vorbehaltlich etwaiger einschränkender Satzungsvorschriften kann die Hauptversammlung frei über die Gewinnverteilung außerdem in Frankreich und Italien entscheiden.³⁹⁷

(2) Bezugsrecht bei Kapitalerhöhung

Für das Kapital der SE, dessen Erhaltung und Änderungen sowie die Aktien, die Schuldverschreibungen³⁹⁸ und sonstigen Wertpapiere der SE gelten nach Art. 5 SE-VO die nationalen Aktienrechtsvorschriften.³⁹⁹ Die Kapitalrichtlinie⁴⁰⁰ bürgt hier für einen einheitlichen Mindeststandard, nivelliert jedoch nicht sämtliche Unterschiede.⁴⁰¹ So schafft Art. 29 der Kapitalrichtlinie grundsätzlich ein Bezugsrecht bei Barkapitalerhöhungen für die Altaktionäre aller europäischen Kapitalgesellschaften, das aber durch Hauptversammlungsbeschluss beschränkt oder ausgeschlossen werden kann, Art. 29 Abs. 4 S. 3 KapRL. Auch sind Barkapitalerhöhungen nicht erfasst.⁴⁰²

Während das ungarische Recht keinerlei Ausschlussmöglichkeit zulässt,⁴⁰³ kann in Deutschland, Tschechien oder auch in Litauen etwa das Bezugsrecht mit einer Dreiviertel-Mehrheit durch Be-

³⁹⁴ Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 12, Rn. 439 m. w. N.; für Estland siehe etwa Pärn-Lee/Kotivnenko, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 460; für Litauen Urbelis, ebda, Rn. 2062; für Luxemburg Harles/Opitz, ebda, Rn. 2285; für Ungarn Daskalov, in: Bachner/P. P. Doralt/Winner (Hrsg.), Schutz der Minderheitsaktionäre in Mittel- und Osteuropa, S. 91.

³⁹⁵ Zum Ganzen Oelkers, Die italienische Aktiengesellschaft, S. 119 f.

³⁹⁶ Prentice, in: Bruno/Ruggiero (Hrsg.), Public Companies and the Role of Shareholders, Chap. 5, S. 225. Zur alten Rechtslage vgl. Oliphant, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 1246 f.; Hoger, Kontinuität, S. 59 m. w. N.

³⁹⁷ Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 12, Rn. 439.

³⁹⁸ Rechtsvergleichend hierzu Enriques, ZGR 2004, 735, 747 f.

³⁹⁹ Frühere Textfassungen enthielten hingegen noch etwa 20 eigene Vorschriften zu Kapital, Aktien und Schuldverschreibungen der SE, die später für überflüssig erachtet und dementsprechend gestrichen wurden, vgl. Merkt, in: Lutter/Hommelhoff, Europäische Aktiengesellschaft, S. 179, 187 f.

⁴⁰⁰ Fundstellennachweis s. Anhang II.

⁴⁰¹ Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 12, Rn. 401 (S. 219); rechtsvergleichend Wymeersch, AG 1998, 382, 390; s. auch Bujalka, Der Schutz von Minderheitsaktionären bei Umstrukturierungen im deutschen und slowakischen Aktienrecht, S. 154.

⁴⁰² EuGH v. 19.11.1996, Rs. C-42/95, Slg. 1996, I-6028, Tz. 19 – Siemens/Nold; Fleischer, in: Lutter/Hommelhoff, Europäische Gesellschaft, S. 169, 173.

⁴⁰³ Das Bezugsrecht ist in Ungarn nach § 251 Abs. 2 des ungar. GWG schrankenlos gewährleistet, vgl. Gyulai-Schmidt, Harmonisierung des ungarischen Gesellschaftsrechts, S. 354.

schluss der Hauptversammlung ausgeschlossen werden.⁴⁰⁴ Das slowakische, luxemburgische, schwedische und das finnische Recht lassen hingegen entsprechend der Mindestvorgaben nach Art. 29 Abs. 4 S. 4 i. V. m. Art. 40 Abs. 1 KapRL hierfür eine Zweidrittel-Mehrheit genügen.⁴⁰⁵ Eine Ausschlussmöglichkeit sieht z. B. auch das niederländische Recht vor,⁴⁰⁶ allerdings unter erleichterten Bedingungen im Vergleich zum deutschen Recht.⁴⁰⁷ Generell wird der Ausschluss in Ländern mit breit gestreutem Aktienbesitz weniger streng reguliert. So reicht es im Gegensatz zur hierzulande vorherrschenden Auffassung⁴⁰⁸ in Großbritannien, Schweden und den Niederlanden aus, wenn der Vorstandsbericht über die Begründung der Emission (Großbritannien) bzw. des Bezugsrechtsausschlusses (Niederlande und Schweden) und den Ausgabekurs bei der Abstimmung über den Ausschluss vorliegt.⁴⁰⁹ In Bulgarien ist ein Bezugsrechtsausschluss nur bei börsennotierten Kapitalgesellschaften nicht möglich.⁴¹⁰

Anders als in Deutschland ist auch die Rechtslage in Österreich, und zwar in Bezug auf die Zulässigkeit der Kapitalerhöhung, solange ausstehende Einlagen auf das bisherige Grundkapital noch erlangt werden können. Eine Kapitalerhöhung ist dort in diesen Fällen ausgeschlossen und ein gegen dieses Verbot verstoßender Beschluss ist anfechtbar. Nicht so in Deutschland: Zwar „soll“ auch hier nicht erhöht werden, ein dennoch gefasster Kapitalerhöhungsbeschluss ist aber nicht angreifbar.⁴¹¹ Da es i. Ü. an einer Vereinheitlichung etwaiger materieller Voraussetzungen für Bezugsrechtsausschlüsse fehlt – die KapRL enthält diesbezüglich keine Bestimmungen⁴¹² – dürften auch in diesem Bereich erhebliche Unterschiede in den Mitgliedstaaten bestehen.⁴¹³

⁴⁰⁴ Vgl. zur deutschen Rechtslage § 186 Abs. 3 S. 1 und 2 AktG. Für Litauen siehe Urbelis, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 2066; für Tschechien siehe Červinková, Die Anpassung des tschechischen Gesellschaftsrechts an das Recht der Europäischen Union, S. 353. Noch strenger ist das polnische Recht, welches für den Bezugsrechtsausschluss vier Fünftel der Stimmen verlangt, vgl. Szumański/Duda, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 3005.

⁴⁰⁵ Für die Slowakei: Bujalka, Der Schutz von Minderheitsaktionären bei Umstrukturierungen im deutschen und slowakischen Aktienrecht, S. 156; für Finnland: Vartiainen, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 674; für Luxemburg siehe Harles/Opitz, ebda, Rn. 2290, 2274; für Schweden vgl. Wymeersch, AG 1998, 382, 384.

⁴⁰⁶ Bücken, in: Hirte/Bücken (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 3, Rn. 21; rechtsvergleichend hierzu auch Enriques, ZGR 2004, 735, 746 f., der meint, dass die Unterschiede eine Abwanderung unter Nutzung der SE als Vehikel für Unternehmen, die häufig neue Aktien ausgeben, durchaus attraktiv machen könnte.

⁴⁰⁷ So können Aktien nach niederländischem Recht auch über die 10%-Grenze hinaus (vgl. demgegenüber § 186 Abs. 3 S. 3 AktG) flexibel platziert werden unter Ausschluss des Bezugsrechts. Auch existiert die Möglichkeit, ein dem genehmigten Kapital funktional vergleichbares Gesellschaftskapital in Höhe des fünffachen des gezeichneten Kapitals zu schaffen, mit der Option, die Ausnutzung dieser Möglichkeit an Vorstand und Aufsichtsrat zu delegieren, vgl. Bücken, in: Hirte/Bücken (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 3, Rn. 21. Bezüglich der erforderlichen Mehrheiten differenziert das niederländische Recht zwischen dem Fall, dass die Mehrheit der Aktien vertreten ist (dann genügt eine einfache Mehrheit) und den übrigen Fällen (dann ist ebenfalls eine Zweidrittelmehrheit erforderlich), vgl. Wymeersch, AG 1998, 382, 384; Van den Bos/Koning, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 2688.

⁴⁰⁸ In Deutschland muss dieser nach h. M. hingegen von der Einberufung an zur Einsicht ausgelegt werden, vgl. Servatius, in: Spindler/Stilz, AktG, § 186, Rn. 31; Lutter, in: KK AktG (2. Aufl.), § 186, Rn. 57; Peifer, in: MüKo AktG, § 186, Rn. 69; Veil, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 186, Rn. 20.

⁴⁰⁹ Červinková, Die Anpassung des tschechischen Gesellschaftsrechts an das Recht der Europäischen Union, S. 344.

⁴¹⁰ Daskalov, in: Bachner/P. Doralt/Winner (Hrsg.), Schutz der Minderheitsaktionäre in Mittel- und Osteuropa, S. 110 f., 161 f.

⁴¹¹ Unger, Kapitalaufbringung und -erhaltung, S. 399

⁴¹² Vgl. EuGH v. 19.11.1996, Rs. C-42/95, ZIP 1996, 2015.

⁴¹³ Einen rechtsvergleichenden Überblick gibt Wymeersch, AG 1998, 382 ff., wonach die sachlichen Erfordernisse unterschiedlich streng sind. Materielle Vorgaben lassen sich in Deutschland der Rechtsprechung entnehmen. So

Auch die Voraussetzungen für eine Kapitalherabsetzung divergieren. Diesbezüglich kann von der grundsätzlich in Art. 29 Abs. 4 S. 4 i. V. m. Art. 40 Abs. 1 KapRL vorgeschriebenen Zweidrittel-Mehrheit abgewichen werden.⁴¹⁴ Während in Deutschland § 222 Abs. 1 S. 1 AktG eine mit Dreiviertel-Mehrheit getroffene Hauptversammlungsentscheidung vorschreibt,⁴¹⁵ sofern nicht die Satzung gem. S. 2 strengere Vorschriften enthält, lässt das slowakische Recht entsprechend Art. 29 Abs. 4 S. 4 i. V. m. Art. 40 Abs. 1 KapRL eine Zweidrittel-Mehrheit genügen und in England bedarf die Kapitalherabsetzung einer „public company“ gar zusätzlich der gerichtlichen Zustimmung.⁴¹⁶

(3) Stimmrecht

Das Stimmrecht ist das zentrale Recht unter den Mitverwaltungsrechten, ermöglicht es doch die Beteiligung an den Beschlüssen der Hauptversammlung⁴¹⁷ und nicht zuletzt mittelbar über das Wahlrecht im Rahmen der Aufsichtsratswahl die Einflussnahme auf die Auswahl des Vorstands. Wichtige, durch Stimmabgabe auszuübende Kernkompetenz ist vor allem die Herrschaft über die Satzung.⁴¹⁸ Auch das Stimmrecht war unter anderem noch im ersten Entwurf zur SE 1975 geregelt.⁴¹⁹ Die SE-VO überlässt dessen Ausgestaltung jetzt uneingeschränkt den Mitgliedstaaten.⁴²⁰

hat der BGH zunächst festgestellt, dass der Ausschluss nicht im freien Ermessen der Mehrheit liege, sondern einer Rechtfertigung bedarf: BGHZ 21, 354, 357 f. – Minimax I; BGHZ 33, 175, 186 – Minimax II. Eine inhaltliche Ausfüllung dieses Rechtfertigungserfordernisses erfolgte dann in der „Kali und Salz- Entscheidung“, BGHZ 71, 40, welche im Folgenden weiter entwickelt und modifiziert wurde, vgl. nur BGHZ 83, 319 – Holzmann; BGHZ 125, 239 – Deutsche Bank; Eine teilweise Aufgabe oder zumindest erhebliche Einschränkung lässt sich schließlich BGHZ 136, 133 – Siemens/Nold entnehmen. Zu den Konsequenzen der letztgenannten Entscheidung u. a. Hofmeister, NZG 2000, 713 ff.; Paefgen, Unternehmerische Entscheidungen, S. 74 ff.; Wiedemann, ZGR 1980, 147, 156 f.; Kraft/Krieger, in: Münchener Hdb. AG, § 56, Rn. 75 ff. Näher zum Ganzen später unter: D. II. 4. b. „Materielle Beschlusskontrolle“. Ein Rechtsvergleich zu den in den Mitgliedstaaten einzuhaltenden materiellen Voraussetzungen muss hier aus Platzgründen unterbleiben.

⁴¹⁴ Vgl. Art. 40 Abs. 2 (geringeres Mehrheitserfordernis) bzw. Art. 29 Abs. 1 KapRL (höheres Mehrheitserfordernis: „zumindest“), Fundstellennachweis s. Anhang II. Zu möglichen Mehrheiten vgl. ferner Bujalka, Der Schutz von Minderheitsaktionären bei Umstrukturierungen im deutschen und slowakischen Aktienrecht, S. 156.

⁴¹⁵ Bujalka, Der Schutz von Minderheitsaktionären bei Umstrukturierungen im deutschen und slowakischen Aktienrecht, S. 156.

⁴¹⁶ Sections 641-653 CA 2006, vgl. Alcock/Birds/Gale, CA 2006, S. 232; Mayer, in: Manz/Mayer/ Schröder, SE-VO, Art. 5, Rn. 133.

⁴¹⁷ Zur Stärkung dieses Mitwirkungsrechts bei wesentlichen Unternehmensentscheidung s. insbesondere BGHZ 83, 122 – Holz Müller sowie BGHZ 159, 30 – Gelatine und BGH v. 26.4.2004, II ZR 154/02, NZG 2004, 575 – Gelatine II. Kritisch dazu etwa Hoffmann-Becking, ZHR 172 (2008), 231 ff.; eingehend Paefgen, Unternehmerische Entscheidungen, S. 495 ff.; ders., ZHR 172 (2008), 42 ff. sowie überblicksmäßig Fuhrmann, AG 2004, 339 ff. Zur Bedeutung des Stimmrechts in der Rechtsprechung des EuGH, insbes. zu den sog. „Golden shares“ vgl. Ruge, EuZW 2002, 421; Noack, in: Aderhold/Grunewald u. a. (Hrsg.), FS H. P. Westermann, S. 1203, 1205 m. w. N. Zur Bedeutung des Stimmrechts siehe auch Westermann in Bürgers/Körber, AktG, § 12, Rn. 1; Dauner-Lieb, in: KK AktG, § 12, Rn. 5.

⁴¹⁸ In seiner „Gelatine“-Rechtsprechung stützt sich der BGH ausdrücklich auf diese Bedeutung der Satzungsbestimmungskompetenz, indem er für eine ungeschriebene Hauptversammlungskompetenz fordert, dass es um Veränderungen geht, „die denjenigen zumindest nahe kommen, welche durch eine Satzungsänderung herbeigeführt werden können: BGHZ 159, 30 (Leitsatz 1). Zu diesem Erfordernis der „Quasi-Satzung“ vgl. Götzte, NZG 2004, 585, 586 f.

⁴¹⁹ Dort Art. 91 des Entwurfs, vgl. Lutter, in: Lutter, Europäische Aktiengesellschaft, S. 62 f.; Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 12, Rn. 409 (S. 226).

⁴²⁰ Siehe Art. 53 SE-VO; vgl. hierzu Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 12, Rn. 409 (S. 226).

Für das deutsche Recht schreibt § 12 AktG grundsätzlich die zwingende Verknüpfung von Aktie und Stimmrecht (Abs. 1 S. 1) und die Unzulässigkeit von Mehrstimmrechten (Abs. 2) vor. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben, die bei der Auslegung des § 12 zu beachten wären, bestehen derzeit nicht.⁴²¹ Die Aktionärsrechterichtlinie⁴²² beschränkt sich, wie erwähnt, auf Regelungen zur Stimmrechtsausübung. Eine Ausnahme von dem Grundsatz der Gleichheit der durch Kapitalbeteiligung vermittelten Mitwirkungsrechte findet sich im deutschen Recht lediglich in § 134 Abs. 1 S. 2 AktG mit der Möglichkeit, durch Satzung Höchststimmrechte für Aktionäre sog. „Kleiner Aktiengesellschaften“ vorzusehen sowie in § 139 Abs. 1 AktG für die Vorzugsaktien.⁴²³ In Dänemark⁴²⁴ und in den Niederlanden⁴²⁵ sind stimmrechtslose Aktien hingegen nicht zulässig, während Spanien, England, Österreich, Lettland, Belgien, Frankreich und Tschechien beispielsweise ebenfalls stimmrechtslose Vorzugsaktien erlauben.⁴²⁶

Auch wenn alle Länder von dem Grundsatz „one share one vote“ ausgehen, sind weiterhin Mehrfach- und Höchststimmrechte zulässig.⁴²⁷ Während in Griechenland und zum Teil in Italien⁴²⁸ Höchststimmrechte nicht zulässig sind, sind sie im Gegensatz dazu beispielsweise in Frankreich, Spanien und Belgien generell erlaubt.⁴²⁹ Die Höchststimmrechte dienen dem Schutz vor dem Einfluss verbandsfremder Sonderinteressen bei der Abstimmung und liegen damit grundsätzlich im Interesse aller Aktionäre. § 136 Abs. 1 S. 1 AktG erfasst bestimmte typisierte Interessenkonflikte, wie den Beschluss über die Befreiung von einer eigenen Verbindlichkeit, die Geltendmachung eines Anspruchs gegen den Betroffenen oder die eigene Entlastung, und sieht für diese Fälle ein Stimmverbot vor. Solche Stimmverbote kennt das britische Recht hingegen nicht. Das Stimmrecht wird als Eigentumsrecht angesehen und kann vom Aktionär, selbst wenn er gleichzeitig Organmitglied ist, ohne Einschränkung ausgeübt werden. Sogar Stimmkauf ist möglich.⁴³⁰

⁴²¹ Heider, in: MüKo AktG, § 12, Rn. 4; Dauner-Lieb, in: KK AktG, § 12, Rn. 5. Auch in Bezug auf das Stimmrecht sah der Entwurf der 5. RL (Strukturrichtlinie) umfangreiche Vereinheitlichungen vor (Fn. 409), vgl. Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 12, Rn. 403 (S. 221).

⁴²² Fundstellennachweis s. Anhang II.

⁴²³ Vorzugsaktien ohne Stimmrecht dürfen allerdings nur bis zur Hälfte des Grundkapitals ausgegeben werden, § 139 Abs. 2 AktG; zur insoweit vergleichbaren Rechtslage in Luxemburg Lutz, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 8, Rn. 92.

⁴²⁴ Alsted/Hansen in: Hohloch, EU-Handbuch, Dänemark, Rn. 141; Maitland-Walker, Guide to European Company Laws, S. 256.

⁴²⁵ Mehring in: Hohloch EU-Handbuch, Niederlande, Rn. 256; Maitland-Walker, Guide to European Company Laws, S. 645

⁴²⁶ Vgl. Hoger, Kontinuität, S. 107 f. Zu den Voraussetzungen eines Entzugs von Rechten einzelner Aktienklassen in England siehe Alcock/Birds/Gale, CA 2006, S. 230 f. In Belgien sind stimmrechtslose Vorzugsaktien bis zu einem Drittel des repräsentierten Kapitals zulässig, vgl. Price, in: Eiselsberg (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in Europa, S. 207, 210. Zum lettischen Recht siehe Cakste-Razna, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 1832; für das tschech. Recht vgl. Červinková, Die Anpassung des tschechischen Gesellschaftsrechts an das Recht der Europäischen Union, S. 365. Zur stimmrechtslosen Aktie in England siehe auch Prentice, in: Bruno/Ruggiero (Hrsg.), Public Companies and the Role of Shareholders, S. 224 f. Zur Neueinführung der stimmrechtslosen Vorzugsaktie in Frankreich siehe Couret, ebda, S. 115.

⁴²⁷ Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 12, Rn. 431 (S. 247); vgl. für Italien ferner Bruno/Ruggiero, in: Bruno/Ruggiero (Hrsg.), Public Companies and the Role of Shareholders, S. 81 und für Frankreich Couret, ebda, S. 114.

⁴²⁸ Dies gilt dort bei kapitalmarktorientierten Gesellschaften. Mehrstimmrechte sind in Italien generell nicht erlaubt, vgl. Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 12, Rn. 424.

⁴²⁹ Brandt, Hauptversammlung, S. 237; Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 12, Rn. 424.

⁴³⁰ J. Schmidt, „deutsche“ vs „britische“ SE, S. 687; Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 12, Rn. 424.

Auch in Bezug auf die Zulässigkeit von Mehrstimmrechten ergeben sich Unterschiede zum deutschen Aktienrecht, namentlich beim Vergleich mit den Rechtsordnungen in Frankreich und England.⁴³¹ Das französische Recht bestimmt, dass durch Satzung den Namensaktionären ein Doppelstimmrecht eingeräumt werden kann, wenn sie die Aktien über einen längeren Zeitraum bereits halten (Treueprämie).⁴³² Dieses Doppelstimmrecht darf den französischen Aktionären bzw. Angehörigen der Europäischen Gemeinschaften vorbehalten werden.⁴³³ Und auch im britischen Recht können aufgrund weitreichender Satzungsfreiheit grundsätzlich alle Arten von Mehrstimmrechten vorgesehen werden.⁴³⁴ Ebenso sind Mehrstimmrechte in Dänemark, Finnland, Ungarn und Schweden grundsätzlich zulässig.⁴³⁵ Das bulgarische Recht differenziert hingegen zwischen kapitalmarktorientierten und sonstigen Kapitalgesellschaften.⁴³⁶ Ersteren ist die Ausgabe von Mehrstimmrechtsakten ausdrücklich verboten.⁴³⁷ Da gem. § 12 Abs. 2 AktG in Deutschland bekanntlich keine Mehrstimmrechte zulässig sind, wirft der Wegzug einer hiesigen SE keine Probleme auf.⁴³⁸ Das portugiesische Recht lässt es umgekehrt zu, dass die Satzung das Stimmrecht an das Halten einer Mindestzahl von Aktien knüpft, wobei maximal 1000 Euro pro Stimme zulässig sind.⁴³⁹

(4) Auskunfts- und Antragsrecht⁴⁴⁰

Auch die Antrags- und Auskunftsrechte des SE-Aktionärs richten sich mangels anderweitiger Bestimmungen in der SE-VO nach nationalem, jedoch überwiegend harmonisiertem Recht. Die zentrale Vorschrift im deutschen Recht ist § 131 AktG.

⁴³¹ Zur besonderen Flexibilität der Ausgestaltung von Aktionärsrechten speziell in England und den Niederlanden vgl. Bücker, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 3, Rn. 18 ff.; Prentice, in: Bruno/Ruggiero (Hrsg.), Public Companies and the Role of Shareholders, Chapter 5, S. 224 f.

⁴³² Winkler, Stimmrecht, S. 76; Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 12, Rn. 424 m. w. N.

⁴³³ Konkret kann die Satzung gem. Art. L. 225-123 Code Commerce das Verleihen doppelten Stimmrechts erlauben, wenn der Aktionär seit mindestens zwei Jahren die Aktie hält, Couret, in: Bruno/Ruggiero (Hrsg.), Public Companies and the Role of Shareholders, S. 115; Kirchner, Kompensationsleistungen, S. 349; Winkler, Stimmrecht, S. 76; Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 12, Rn. 424, wonach diese Regelung in Frankreich auch praktisch häufig genutzt wird.

⁴³⁴ Prentice, in: Bruno/Ruggiero (Hrsg.), Public Companies and the Role of Shareholders, Chapter 5, S. 225; Winkler, Stimmrecht, S. 76.

⁴³⁵ Vgl. Schwarz, SE-VO, Art. 8, Rn. 54; Zöögling, in: Eiselsberg, Gesellschaftsrecht in Europa, S. 245, 251 (für Schweden). Die ungarischen Mehrstimmrechtsaktien sind auf das Zehnfache des Aktiennennwertes limitiert. Daneben können einem oder mehreren Aktionären nach angelsächsischem Muster Vetorechte eingeräumt werden („golden shares“), gem. § 185 Abs. 1 und 2 des ungarischen Gesetzes über die Wirtschaftsgesellschaften (GWG) Nr. CXLIV/1997, M.K. Nr. 114/1997, S. 8477 ff., zitiert nach Gyulai-Schmidt, Harmonisierung des ungarischen Gesellschaftsrechts, S. 254. Auch die dänischen Mehrstimmrechtsaktien gewähren maximal 10 Stimmen pro Aktie, vgl. Christensen, in: Grundmann/Mülbert u. a. (Hrsg.), FS Hopt, S. 3321, 3332.

⁴³⁶ Genaugenommen gibt es ein eigenes Recht für „Publikumsgesellschaften.“ Zur ungarischen „Publikumsgesellschaft“, die im Wesentlichen der deutschen börsennotierten Aktiengesellschaft entspricht, näher Daskalov, in: Bachner/P. P. Doralt/Winner (Hrsg.), Schutz der Minderheitsaktionäre in Mittel- und Osteuropa, S. 78 ff.

⁴³⁷ Daskalov, in: Bachner/P. P. Doralt/Winner (Hrsg.), Schutz der Minderheitsaktionäre in Mittel- und Osteuropa, S. 89.

⁴³⁸ Zur analogen Anwendung des Art. 5 Abs. 1 EGAktG siehe hingegen Brandt, Hauptversammlung, S. 238.

⁴³⁹ Pessanha/Castro Marques, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 3251.

⁴⁴⁰ Ausführlicher Rechtsvergleich zum Auskunftsrecht der Aktionäre in Deutschland, Frankreich und England bei Pütz, Aktionärsinformation, S. 195 ff.; kürzer: Latella, ECFR 2009, 307, 320 ff. Zu den Informationsrechten in England siehe Alcock/Birds/Gale, CA 2006, S. 131 f.

Bezüglich des Auskunftsrechts unterschied sich die Rechtslage in den Mitgliedstaaten lange Zeit. So konnten sich die Aktionäre einer SE mit Sitz in Großbritannien beispielsweise auf keine gesetzliche Regelung des Auskunftsrechts berufen, geschweige denn ein solches gerichtlich durchsetzen. Dort sah man kein Bedürfnis für eine Regelung, da die Beantwortung von Fragen in der Hauptversammlung ohnehin Teil der „Best practice“ sei.⁴⁴¹ Mit Art. 9 Abs. 1 S. 1 i. V. m. S. 2 der Aktionärsrechterichtlinie⁴⁴² wurde erstmals gemeinschaftsweit ein Auskunftsanspruch eingeführt.⁴⁴³ Damit drohen den Aktionären diesbezüglich in Zukunft zumindest in materiell-rechtlicher Hinsicht kaum noch Rechtseinbußen bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung.⁴⁴⁴ Trotz Rechtsangleichung bestehen aber nach wie vor Unterschiede bezüglich der Informationsmöglichkeiten außerhalb des Kontextes der Hauptversammlung: Während in England und Frankreich unterjährig umfassende Unterrichtungspflichten bestehen, fehlt hierfür eine Rechtsgrundlage im deutschen Aktienrecht.⁴⁴⁵

Ebenfalls einheitlich geregelt ist das Antragsrecht des Aktionärs zur Ergänzung der Tagesordnung und die Einbringung eigener Beschlussvorlagen nach Art. 6 der Aktionärsrechterichtlinie.⁴⁴⁶

(5) Kontroll- und Sonderprüfungsrechte

Das Aktionärsrecht auf Sonderprüfung ist in § 142 Abs. 1 S. 1 AktG vorgesehen. Es dient der Kontrolle des gesamten Geschäftsbereichs des Vorstands, aber auch des Aufsichtsrats.⁴⁴⁷ Zweck der Sonderprüfung ist die Vorbereitung von Schadenersatzklagen gegen Organmitglieder.⁴⁴⁸ Eine wesentliche Funktion liegt auch im Minderheitenschutz nach Abs. 2 S. 1, 1. Hs.⁴⁴⁹ 2005 wurde das Antragsquorum für die gerichtliche Anordnung einer Sonderprüfung auf das gleiche Maß abgesenkt wie es für die Haftungsklage der Aktionäre gefordert wird, also ein Prozent oder

⁴⁴¹ J. Schmidt, „deutsche“ vs „britische“ SE, S. 679 f.; Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 12, Rn. 422.

⁴⁴² Fundstellennachweis s. Anhang II.

⁴⁴³ Vgl. hierzu Erwägungsgrund Nr. 8, ABl. Nr. L 184 v. 14.7.2007, S. 18; dazu Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 12, Rn. 421 (S. 236). Zur Bedeutung der Informationsrechte nach der Aktionärsrechterichtlinie siehe auch Latella, ECFR 2009, 307, 322 f.

⁴⁴⁴ Nicht vorgesehen ist in der Richtlinie die Möglichkeit der klageweisen Durchsetzung des Auskunftsrechts, insoweit können sich durchaus noch Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ergeben. Da jedoch der Grundsatz der Gemeinschaftstreue (Art. 4 Abs. 3 EUV) eine effektive Sanktionierung der Verletzung des Auskunftsrechts fordert, sind die Gefahren auf diesem Gebiet wohl als gering einzuschätzen, vgl. Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 12, Rn. 421.

⁴⁴⁵ Pütz, Aktionärsinformation, S. 248. Zur Rechtslage in England vgl. Latella, ECFR 2009, 307, 322 f.; Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 12, Rn. 421.

⁴⁴⁶ Hierzu Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 12, Rn. 415. Dieses richtet sich bei der SE nach Art. 55 f. SE-VO, näher dazu später unter: D. II. 8.: „Allgemeines Einberufungs- und Bekanntmachungsrecht der Aktionärsminderheit“. Nicht vereinheitlicht sind hingegen die Bestimmungen darüber, wann eine außerordentliche Hauptversammlung einzuberufen ist, rechtsvergleichende Hinweise dazu bei Grundmann, ebda, § 12, Rn. 418.

⁴⁴⁷ Holzborn/Jänig, in: Bürgers/Körper, AktG, § 142, Rn. 6 f.; Spindler, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 142, Rn. 14, 16; Bezenberger, in: GK AktG, § 142, Rn. 13.

⁴⁴⁸ Schröer, in: MüKo AktG, § 142, Rn. 12; Mock, in: Spindler/Stilz, AktG, § 142, Rn. 1; Spindler, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 142, Rn. 2.

⁴⁴⁹ Spindler, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 142, Rn. 2; Mock, in: Spindler/Stilz, AktG, § 142, Rn. 1; Bezenberger, in: GK AktG, § 142, Rn. 8; Schröer, in: MüKo AktG, § 142, Rn. 6; Hüffer, AktG, § 142, Rn. 1; Rottbauer, NZG 2000, 1236.

100.000 Euro nominal, § 142 Abs. 2 S. 1 AktG.⁴⁵⁰ Neben dem deutschen Recht kennen beispielsweise auch das französische, britische, bulgarische, niederländische, belgische, litauische und italienische Recht eine Sonderprüfung, die durch eine qualifizierte Aktionärsminorität veranlasst werden kann.⁴⁵¹ Allerdings setzt das Antragsrecht in Italien z. B. voraus, dass die Aktionäre wenigstens fünf Prozent der Anteile halten, sofern die Satzung kein geringeres Quorum ausreichen lässt,⁴⁵² in Bulgarien sind sogar zehn Prozent erforderlich, wenn die Gesellschaft nicht börsennotiert ist.⁴⁵³ Bei der bulgarischen „Publikumsgesellschaft“ sind die Regelungen liberaler, hier reichen fünf Prozent.⁴⁵⁴ Allgemein unterliegen börsennotierte Gesellschaften auch in Polen nicht nur umfangreicheren Publizitäts- und Informationspflichten, sondern auch speziellen Vorschriften über Sonderprüfungen.⁴⁵⁵ Keine Sonderprüfung sieht hingegen das slowakische Recht vor. Dort ist es einer Aktionärsminorität lediglich möglich, vom Aufsichtsrat zu verlangen, dass dieser die Tätigkeit des Vorstands in einer bestimmten Angelegenheit überprüft.⁴⁵⁶ Weitgehend entwertet wird auch das Sonderprüfungsrecht im englischen Recht,⁴⁵⁷ wo der Zugang nicht nur durch das hohe Quorum von zehn Prozent bzw. 200 Aktionären erschwert wird, sondern vor allem durch die potentiellen Kosten, die schnell einige Millionen Pfund erreichen.⁴⁵⁸ Aufgrund der uneinheitlichen Situation in den Mitgliedstaaten wurde die Forderung nach einer Harmonisierung der Sonderprüfung bereits erhoben.⁴⁵⁹

Die Bestimmung des § 147 Abs. 1 S. 1 AktG soll schließlich die praktische Durchsetzbarkeit von Ersatzansprüchen der Gesellschaft ermöglichen, indem sie der Hauptversammlung ein Klageinitiativrecht einräumt.⁴⁶⁰ Durch das Gesetz für Unternehmensintegrität und Modernisierung des

⁴⁵⁰ Paul, ECFR 2010, 81, 111 f.; hierzu auch Bezenberger, in: GK AktG, § 148, Rn. 20.

⁴⁵¹ Mock, in: Spindler/Stilz, AktG, § 142, Rn. 10-12; Forum Europaeum, ZGR 1998, 672, 715 f.; für Italien siehe Bruno/Ruggiero, in: Bruno/Ruggiero (Hrsg.), Public Companies and the Role of Shareholders, S. 89; für Bulgarien Daskalov, in: Bachner/P. P. Doralt/Winner (Hrsg.), Schutz der Minderheitsaktionäre in Mittel- und Osteuropa, S. 175; näher zur Ernennung eines Sonderprüfers durch das Gericht in Litauen, Urbelis, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 2012.

⁴⁵² Bruno/Ruggiero, in: Bruno/Ruggiero (Hrsg.), Public Companies and the Role of Shareholders, S. 89.

⁴⁵³ Dort muss im Anschluss allerdings noch die Hauptversammlung über den Antrag beschließen. Ausreichend für den Beschluss ist eine einfache Mehrheit. Lehnt diese die Bestellung ab, kann sich die Minorität an das Handelsregister wenden. Dann wird der Sonderprüfer auf Anordnung des Registerbeamten bei der Eintragungsgesellschaft bestellt, vgl. Daskalov, in: Bachner/P. P. Doralt/Winner (Hrsg.), Schutz der Minderheitsaktionäre in Mittel- und Osteuropa, S. 175.

⁴⁵⁴ Daskalov, in: Bachner/P. P. Doralt/Winner (Hrsg.), Schutz der Minderheitsaktionäre in Mittel- und Osteuropa, S. 177. Zum Begriff der bulgarischen „Publikumsgesellschaft“ s. o. (Fn. 465). Zuständig ist hier das Handelsregister. Ein vorhergehender HV-Beschluss wird, anders als bei den kapitalmarktfernen Gesellschaften (s. vorige Fn.) nicht verlangt.

⁴⁵⁵ Cierpial/Horwath, in: Bachner/P. P. Doralt/Winner (Hrsg.), Schutz der Minderheitsaktionäre in Mittel- und Osteuropa, S. 393 f.

⁴⁵⁶ Mašurová, in: Bachner/P. P. Doralt/Winner (Hrsg.), Schutz der Minderheitsaktionäre in Mittel- und Osteuropa, S. 666.

⁴⁵⁷ Neuerdings können die Aktionäre englischer Aktiengesellschaften allerdings einfach und für sie kostenlos Zugang zu bestimmten wichtigen Dokumenten verlangen, die von allgemeinem Interesse sind, wie etwa Geschäftsberichte oder Jahresbilanzen, siehe Latella, ECFR 2009, 307, 322 f.

⁴⁵⁸ Paul, ECFR 2010, 81, 112. Auch in Griechenland ist neuerdings „nur noch“ ein Quorum von 10% Voraussetzung, siehe Rokas, in: Grundmann/Mülbert u. a. (Hrsg.), FS Hopt, S. 3291, 3300.

⁴⁵⁹ Forum Europaeum, ZGR 1998, 672, 719 ff.; hierzu Windbichler, EBOR 2000, 265, 273 f.; Hopt, in: Hommelhoff/Hopt/Lutter, Konzernrecht und Kapitalmarktrecht, S. 279, 285 f. Dies greift die Kommission auf in ihrer Mitteilung zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance v. 21.5.2003, KOM(2003) 284 endg., S. 19, 29.

⁴⁶⁰ Umfasst ist die Geltendmachung von Ersatzansprüchen aus der Gründung und Nachgründung gem. §§ 46-48, 53

Anfechtungsrechts (UMAG)⁴⁶¹ hat der Minderheitenschutz i. R. d. Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch die Abschaffung des Klageinitiativrechts für ein Minderheitenquorum von 10% allerdings eine deutliche Schwächung erfahren.⁴⁶² Stattdessen wurde in § 148 Abs. 1 S. 1 AktG ein Klagezulassungsverfahren für ein Minderheitenquorum von einem Prozent oder 100.000 Euro Gesamtanteil am Grundkapital eingeführt.⁴⁶³

Die Kontrollrechte der Aktionäre sind im europäischen Vergleich durchaus unterschiedlich stark ausgeprägt.⁴⁶⁴ Nicht erst seit den jüngsten Änderungen durch das UMAG diagnostiziert ein Teil der Literatur im deutschen Recht eine Schutzlücke, namentlich bei den prozessualen Durchsetzungsmöglichkeiten der materiell-rechtlich vorgesehenen Kontrollrechte.⁴⁶⁵ So sind in England beispielsweise die Aktionäre in bestimmten Konstellationen nicht nur berechtigt, im Wege einer abgeleiteten Gesellschafterklage („derivative claims“ gem. 260 Abs. 1 S. 2 CA 2006) Ansprüche der Gesellschaft gerichtlich geltend zu machen,⁴⁶⁶ sondern ihnen wird sogar ein einklagbares Individualrecht auf Einhaltung der Satzung durch die Gesellschaftsorgane zuerkannt, desgleichen in Italien.⁴⁶⁷ Die h. M. lehnt derartige Klagemöglichkeiten hierzulande hingegen ab.⁴⁶⁸

AktG, aus der Geschäftsführung gem. §§ 93, 116 AktG sowie von Schadensersatzansprüchen nach § 117 AktG bei schädigender Einflussnahme, vgl. Schröder in: MüKo AktG, § 147, Rn. 16; Holzborn in: Bürgers/Körper, AktG, § 147, Rn. 3; Hüffer, AktG, § 147, Rn. 2; Spindler, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 147, Rn. 3.

⁴⁶¹ Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts v. 22.9.2005, BGBl. I, S. 2802.

⁴⁶² Bezenberger, in: GK AktG, § 148, Rn. 20. Zu der Geschichte von Klageinitiativrecht und Klageerzwingungsverfahren näher Bezenberger, ebda, § 148, Rn. 14 ff. In Frankreich und Spanien hingegen ist weiterhin eine Aktionärsklage möglich, sofern ein Mindestquorum von 5% der stimmberechtigten Aktionäre (Frankreich) bzw. 5% der Anteile am Grundkapital (Spanien) erreicht wird, vgl. Latella, ECFR 2009, 307, 315, 316. In Italien reicht gar ein Quorum von 2, 5%, sofern es sich nicht um eine geschlossene Aktiengesellschaft handelt: Latella, ebda, S. 318.

⁴⁶³ Dabei war bereits die praktische Bedeutung von Verfahren nach § 147 AktG a. F. gering, was auf die komplizierte und stark mediatisierte Form der Möglichkeit der Aktionäre zur Rechtsverfolgung bei gleichzeitigem vollem Kostenrisiko zurückzuführen war, vgl. hierzu Paefgen, Unternehmerische Entscheidungen, S. 267 m. w. N.; Ulmer, ZHR 163 (1999), 290, 295 f. Auch der Neufassung wird allgemein kaum Praxisrelevanz vorhergesagt, vgl. nur Brandner, in: Schneider/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Lutter, S. 317, 321.

⁴⁶⁴ Siehe zur Aktionärsklage in Frankreich, Spanien und Italien Latella, ECFR 2009, 307, 314 ff.

⁴⁶⁵ Ulmer, ZHR 163 (1999), 290, 291 ff., 318 ff., 334 ff.; Baums, Gutachten zum 63. DJT (2000), F 241 f.; Bericht der Regierungskommission Corporate Governance v. 14.8.2001, BT-Drucks. 14/7515, S. 51-53; Lutter, JZ 2000, 837, 840 f.; Rollin, Aktionärsklage, S. 221; Semler, in: Habersack/Hommelhoff (Hrsg.), FS Goette, S. 499, 500. Vgl. insbesondere zum Rechtsschutzgefälle zwischen den Kontrollmöglichkeiten von Hauptversammlungsbeschlüssen durch die Anfechtungsklage und den übrigen Rechtsverfolgungsmöglichkeiten in Bezug auf die übrigen Gesellschaftsorgane Paefgen, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG (2002), S. 260 ff.

⁴⁶⁶ Rajak, in: ZGR Sonderheft 13 (1998), 187, 210 f.; Paul, ECFR 2010, 81, 106, der allerdings auch darauf hinweist, dass der weite gerichtliche Spielraum im englischen Recht verbunden ist mit geringerer Rechtssicherheit, die wiederum auf potentielle Kläger abschreckend wirkt (S. 107 f.); Paefgen, ZHR 172 (2008), 42, 53; Rollin, Aktionärsklage, S. 30 f., 39; Prentice, in: Bruno/Ruggiero (Hrsg.), Public companies and the Role of Shareholders, S. 228. Diese besondere Klagemöglichkeit steht u. a. zur Verfügung bei Pflichtverletzungen gegenüber der Minderheit durch eine die Gesellschaft kontrollierende Mehrheit, vgl. Rollin, Aktionärsklage, S. 39 f. Zur Aufgabe der „Ultra-vires“-Doktrin, die früher auch eine Aktionärsklage begründen konnte, vgl. etwa Teichmann, European Private Law 2011, 145, 155; Rajak, ZGR Sonderheft 13 (1998), 187, 206 f. Neuerdings ist aber auch für die Anspruchsverfolgung durch die Aktionäre ein Klagezulassungsverfahren gem. sec 261 (1) CA 2006 Voraussetzung, näher dazu W. Doralt, Managerpflichten in der englischen Limited, S. 185 f.

⁴⁶⁷ Voraussetzung der mitgliedschaftlichen Individualklage ist, dass sich die Gesellschafter auf die drohende Verletzung sog. „personal rights“ berufen, näher dazu Paefgen, ZHR 172 (2008), 42, 54 f. m. w. N.; zur Rechtslage in Italien siehe Bruno/Ruggiero, in: Bruno/Ruggiero (Hrsg.), Public Companies and the Role of Shareholders, S. 88.

⁴⁶⁸ Baums, Gutachten F zum 63. DJT, 2000, F 200; Habersack, Die Mitgliedschaft – subjektives und „sonstiges“ Recht, S. 294; Krieger, ZHR 163 (1999), 343, 354; für ein eng umgrenztes Klagerecht aus § 823 Abs. 1 BGB

Auch die Gründer, Geschäftsführer, Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder einer finnischen, belgischen oder dänischen AG bzw. SE haften gegenüber den Aktionären direkt für Schäden, die diesen unter Verstoß gegen das Gesetz oder die Satzung durch ihre Tätigkeit zugefügt wurden.⁴⁶⁹

(6) Anfechtung und Spruchverfahren

Der europäische Verordnungsgeber hat Stück für Stück die früheren Regelungen zur Nichtigkeits- und Anfechtungsklage aufgegeben, so dass sich sämtliche Fragen des Klagesystems heute nach nationalem Recht richten.⁴⁷⁰

Für das deutsche Aktienrecht prägend ist die Unterscheidung zwischen nichtigen und bloß anfechtbaren Beschlüssen bzw. zwischen der Nichtigkeits- und der Anfechtungsklage.⁴⁷¹ Das britische Recht unterscheidet dagegen nicht in dieser Hinsicht. Ein dem deutschen Recht vergleichbares, gesetzlich normiertes und differenziert ausgestaltetes Klagesystem fehlt dort. Fehlerhafte Hauptversammlungsbeschlüsse sind grundsätzlich wirksam und nur in einigen speziellen Ausnahmefällen steht den Aktionären ein Klagerecht zu.⁴⁷²

Italien ist ebenfalls zurückhaltend und beschränkt das Klagerecht (jenseits der wenigen Nichtigkeitsgründe) auf Aktionäre, die mindestens 0,1% des Kapitals auf sich vereinigen bzw. sogar 5% in nicht börsennotierten Gesellschaften. Daneben entfaltet die Klage nur bei gesonderter Anordnung aufschiebende Wirkung, die häufig nur gegen hohe Auflagen zu erlangen ist.⁴⁷³

Auch im französischen Recht hat die Anfechtungsklage bei weitem keine so hohe Bedeutung wie in Deutschland. Die Beschlussanfechtung wird dort ausgesprochen restriktiv gehandhabt, um Missbräuchen vorzubeugen.⁴⁷⁴ Es gibt einen abschließenden Katalog von Nichtigkeitsgründen

bzw. 1004 Abs. 1 BGB analog hingegen Markwardt, WM 2004, 211, 214; a. A. auch Wiedemann, Organverantwortung und Gesellschafterklagen in der Aktiengesellschaft, unter Berufung auf § 309 Abs. 4 S. 1 AktG analog, S. 49 ff.; Paefgen, Unternehmerische Entscheidungen, S. 324, 329 f.; ders., ZHR 172 (2008), 42, 79 f.; Habersack, DStR 1998, 533, 534 f. Näher dazu unten: D. II. 4. c. (2) „Ausführungspflicht und Schadenersatz gem. § 93 AktG“.

⁴⁶⁹ Vartiainen, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 642 (für Finnland); Van Cutsem, ebda, Rn. 66 f. (für Belgien) sowie Nørgaard/Salje, ebda, Rn. 264 f. (für Dänemark).

⁴⁷⁰ Spindler, in: Lutter/Hommelhoff, Europäische Gesellschaft, S. 223, 247. Zur Anwendbarkeit der nationalen Anfechtungsvorschriften siehe desw. Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 32; Göz, ZGR 2008, 593, 626; Schwarz, SE-VO, Art. 53, Rn. 21; Hirte, NZG 2002, 1, 8; Veil, in: KK AktG Art. 8 SE-VO, Rn. 61; Hoger, Kontinuität, S. 328 f.; OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 15.2.2011 – 5 U 30/10 (nicht rechtskräftig), NJW 2011, 1231 ff. m. Anmerk. Habersack.

⁴⁷¹ Diese Unterscheidung trifft beispielsweise auch das griechische Aktienrecht, wo Beschlussmängel, die das Verfahren betreffen zumeist zur Anfechtbarkeit und solche, die gegen Gesetz oder Satzung verstoßen zur Nichtigkeit führen. Voraussetzung der Anfechtungsklage ist weiterhin ein Quorum von 2%, vgl. Rokas, in: Grundmann/Mülbert u. a. (Hrsg.), FS Hopt, S. 3291, 3295 f.

⁴⁷² Z. B. bei Änderung des Unternehmensgegenstandes, bestimmter anderer Satzungsklauseln oder von Gattungsrechten bzw. bei der Umwandlung in eine Private Company, vgl. dazu insgesamt: J. Schmidt, „deutsche“ vs. „britische“ SE, S. 704. Das britische Gesellschaftsrecht ist in dieser Hinsicht sehr restriktiv, vgl. Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 12, Rn. 434.

⁴⁷³ Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 12, Rn. 435. Zur Anfechtungsklage bei Publikumskapitalgesellschaften in Italien ferner Bruno/Ruggiero, in: Bruno/Ruggiero (Hrsg.), Public Companies and the Role of Shareholders, S. 87.

⁴⁷⁴ Pütz, Aktionärsinformation, S. 114. Nach Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 12, Rn. 433 spielt der Missbrauchseinwand daher keine so große Rolle wie in Deutschland.

bei Satzungsänderungen.⁴⁷⁵ Klagebefugt sind die französischen Aktionäre dort nur, wenn ein legitimes Interesse am Klageerfolg besteht. Die Anforderungen an die Darlegung dieses Interesses werden von den Gerichten hoch angesetzt und maßgeblich durch den großen Beurteilungsspielraum im Rahmen einer Interessenabwägung der Richter bestimmt.⁴⁷⁶

Noch größer sind die Unterschiede in Bezug auf die gerichtliche Kontrolle der Angemessenheit etwaiger Abfindungen. In der Literatur wird wiederholt darauf hingewiesen, dass neben Deutschland lediglich Österreich ein dem Spruchverfahren vergleichbares Verfahren kennt.⁴⁷⁷ Allerdings wird auch in Frankreich mit der Beschwerde zur Cour d'appel de Paris (CA) ein ähnliches Verfahren praktiziert.⁴⁷⁸ Dieses dient indes nur der Überprüfung von Abfindungen i. R. v. Zwangsausschlüssen.⁴⁷⁹ In den übrigen Mitgliedstaaten ist ein vergleichbarer Rechtsschutz, soweit ersichtlich, unbekannt.

(7) Materieller Minderheitenschutz bei Strukturmaßnahmen

Wenig harmonisiert ist schließlich der Bereich der Schutzbestimmungen für Minderheitsaktionäre bei Strukturbeschlüssen selbst.⁴⁸⁰ Eine Sonderrolle nehmen hier lediglich die Schutzrechte gegen Übernahmen ein, welche durch die ÜbRL⁴⁸¹ z.T. vereinheitlicht wurden.⁴⁸² Besonders im Bereich der Konzernierungsmaßnahmen eröffnen sich hier im Vergleich zur deutschen Rechtslage erhebliche Schutzlücken im europäischen Ausland. So verfügt neben Deutschland nur noch Portugal innerhalb der Mitgliedstaaten über ein kodifiziertes Konzernrecht.⁴⁸³ Dabei ist das

⁴⁷⁵ Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 12, Rn. 433.

⁴⁷⁶ Pütz, Aktionärsinformation, S. 109 f.; zur gesonderten Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses s. auch Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 12, Rn. 433.

⁴⁷⁷ Siehe nur Klein, RNotZ 2007, 565, 598; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, S. 24 SE-VO, Rn. 26; Maul, in: KK AktG, Art. 24 SE-VO, Rn. 15.

⁴⁷⁸ Ausführlich hierzu Kirchner, Kompensationsleistungen, S. 36 ff.; siehe ferner Gräbener, Der Schutz außenstehender Gesellschafter im deutschen und französischen Kapitalgesellschaftsrecht, S. 130 (kein Schadensersatz wegen Wertminderung der Anteile oder des Verlustes erwarteter Gewinne bei Konzernierungsmaßnahmen).

⁴⁷⁹ Kirchner, Kompensationsleistungen, S. 281.

⁴⁸⁰ Zu den unterschiedlichen formellen Anforderungen vgl. Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 12, Rn. 440: So variiert bei Grundlagenakten die erforderliche Mehrheit zwischen 75 % (Deutschland gem. § 179 Abs. 2 S. 1 AktG (siehe allerdings S. 2), Frankreich bei Umwandlungen in eine S.A.R.L. gem. Art. L 225-96 Abs. 3, Großbritannien (nach Art. 21 Abs. 1, 283 Abs. 1 CA 2006) und der absoluten Mehrheit (Niederlande und Belgien, bei erster Ladung).

⁴⁸¹ RL 2004/25/EG, umgesetzt in Deutschland durch das ÜbRL-Umsetzungsg v. 8.7.2006, BGBI. I 2006 S. 1426.

⁴⁸² Auch hier kann jedoch von einer lückenlosen Harmonisierung nicht die Rede sein, vgl. nur Scamuffa, Öffentliche Übernahmeangebote, S. 365; Heidel/Lochner, in: Heidel, Aktienrecht, Vor §§ 327 ff. AktG, Rn. 13. Insbesondere lässt Art. 12 der ÜbRL den Mitgliedstaaten die Wahl, ob sie die dort enthaltenen Vorgaben übernehmen wollen. Deutschland hat sich, wie die meisten anderen Mitgliedstaaten mit Ausnahme Frankreichs und Italiens, dagegen (Opt-Out) und für die Einräumung der Möglichkeit einer freiwilligen Unterwerfung unter die europäischen Beschränkungen (Opt-In-Beschluss der Hauptversammlung) entschieden, vgl. §§ 33a f. WpÜG, hierzu Maul/Muffat-Jeandet/Simon (Hrsg.), Takeover bids in Europe, Rn. 3610.

⁴⁸³ Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 1, Rn. 42 unter Hinweis auf die Teilkodifikationen in Italien, Slowenien, Tschechien und Ungarn; Bujalka, Der Schutz von Minderheitsaktionären bei Umstrukturierungen im deutschen und slowakischen Aktienrecht, S. 185. Vgl. auch Altmeppen, in: MüKo AktG (Bd. 5), Europ. Konzernrecht, Drittes Buch, Einl., Rn. 31; Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, § § 9, Rn. 6. Zur Rechtslage in den Niederlanden siehe Rammeloo/De Kluiver, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 6, Rn. 61 f. Zur Rechtslage in Frankreich etwa Kirchner, Kompensationsleistungen, S. 324 ff. mit Darstellung der (gescheiterten) Reformbestrebungen in der Vergangenheit sowie insbesondere zum faktischen Konzern; rechtsvergleichend auch

deutsche Konzernrecht auch auf die SE mit Sitz im Inland anwendbar.⁴⁸⁴

Als Beispiel soll hier nur der Umgang mit dem Normenmangel im slowakischen Recht dienen.⁴⁸⁵ Die Praxis dort kennt dabei sehr wohl die Möglichkeit von Unternehmensverbindungen, doch gibt es weder mittelbare noch unmittelbare Schutzmechanismen, die eine Kontrolle oder Entschädigung für die drohenden Nachteile sicherstellen, insbesondere das Unterlaufen der Vermögens- und Herrschaftsrechte der Aktionäre. Ähnliches gilt im Hinblick auf die Übertragung wesentlicher Vermögensteile. Während nach § 179a Abs. 1 S. 1 AktG für die Vollübertragung ein Hauptversammlungsbeschluss erforderlich ist und die BGH-Rechtsprechung hierzulande darüber hinaus für die sog. „Holzmüller-Fälle“ einen solchen ebenfalls fordert,⁴⁸⁶ sucht man entsprechende Vorgaben im slowakischen Recht vergeblich.⁴⁸⁷ Dies ist insbesondere im Hinblick auf die dortige Beliebtheit derartiger Transaktionen besonders brisant.⁴⁸⁸

Differenzen zwischen den Ländern bestehen auch, was die Austritts- und Abfindungsrechte anbelangt. So gibt etwa das französische Recht den außenstehenden Aktionären kein allgemeines Austrittsrecht bei Mehrheits-Minderheitskonflikten.⁴⁸⁹ Entsprechend ist im Bereich der Formwechsel auch kein Abfindungsangebot vorgesehen, außer für den Formwechsel einer SA in eine Société en commandite par actions (S.C.A.), dem Korrelat der deutschen KGaA.⁴⁹⁰ Die Aktionä-

Gräbener, Der Schutz außenstehender Gesellschafter im deutschen und französischen Kapitalgesellschaftsrecht, der zu dem Ergebnis kommt, dass das französische Recht diesbezüglich mehr Flexibilität und ein ausdifferenziertes System zur Einbindung der außenstehenden Gesellschafter bietet, S. 191 f. Zur Vermeidung des deutschen Konzernrechts durch die Wahl ausländischen Rechts siehe auch Bücken, in: Hirte/Bücken (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 3, Rn. 22. Ein rechtsvergleichender Überblick über die verschiedenen Länderregelungen findet sich bei Kalss, ZHR 171 (2007), 146, 174 ff.

⁴⁸⁴ Str., hierfür, wenn auch mit unterschiedlicher Begründung: Habersack, ZGR 2003, 724, 727, 742; Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 24, Rn. 24 (Fn. 56); Lächler/Oplustil, NZG 2005, 381, 386; Brandi, NZG 2003, 889, 893; Ebert, BB 2003, 1854, 1856; Jaecks/Schönborn, RIW 2003, 254, 265; Maul, in: Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft, S. 466; Schwarz, SE-VO, Einl., Rn. 173, der Art. 9 Abs. 1 c ii) SE-VO anwenden will. A. A. hingegen Hommelhoff, AG 2003, 179, 183 (faktisches Konzernierungsverbot für die SE); Veil, in: KK AktG, Art. 9 SE-VO, Rn. 22, der über das IPR das maßgebliche Recht bestimmen will; unentschieden Schäfer, in: MüKo AktG, Art. 9 SE-VO, Rn. 4. Auch in Bulgarien und Lettland soll das nationale Konzernrecht (was auch immer hierunter zu verstehen ist) auf die SE Anwendung finden, vgl. Csehi, in: Jung, Supranationale Gesellschaftsformen im Typenwettbewerb, S. 17, 36. Zum Meinungsstand auch Engert, ZVgIRWiss 104 (2005), 444 ff.

⁴⁸⁵ Dort bestehen lediglich allgemeine Verhaltensvorgaben bzw. u. U. Möglichkeiten, Schadenersatz geltend zu machen, vgl. Bujalka, Der Schutz von Minderheitsaktionären bei Umstrukturierungen im deutschen und slowakischen Aktienrecht, S. 184 ff.

⁴⁸⁶ BGHZ 83, 122 – Holzmüller sowie BGHZ 159, 30 – Gelatine und BGH v. 26.4.2004, II ZR 154/02, NZG 2004, 575 – Gelatine II. Überblicksmäßig dazu Fuhrmann, AG 2004, 339 ff.; Paefgen, Unternehmerische Entscheidungen, S. 495 ff. Zum strukturellen Gleichlauf der Holzmüller-Doktrin mit der französischen Rechtsprechung bei Ausgliederung eines wesentlichen Vermögensteils bzw. Geschäftsbereichs siehe Kirchner, Kompensationsleistung, S. 298 f. Rechtsvergleichend zum britischen und US-amerikanischen Recht Paefgen, ZHR 172 (2008), 42, 50 ff.

⁴⁸⁷ Bujalka, Der Schutz von Minderheitsaktionären bei Umstrukturierungen im deutschen und slowakischen Aktienrecht, S. 231. Auch in den anderen Mitgliedstaaten sind derartige Regelungen zumeist nicht vorhanden, vgl. nur Casper, in: Habersack/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Ulmer, S. 51, 63.

⁴⁸⁸ Bujalka, Der Schutz von Minderheitsaktionären bei Umstrukturierungen im deutschen und slowakischen Aktienrecht, S. 228.

⁴⁸⁹ Kirchner, Kompensationsleistungen, S. 328. Zu den verbleibenden Möglichkeiten, Schadenersatz zu verlangen bzw. eine Nichtigkeitsklage zu erheben im Falle des Missbrauchs von Mehrheitsmacht, vgl. Kirchner, ebda, S. 338 f. Zur insoweit vergleichbaren Rechtslage in Griechenland siehe Rokas, in: Grundmann/Mülbert u. a. (Hrsg.), FS Hopt, S. 3291, 3295.

⁴⁹⁰ Kirchner, Kompensationsleistungen, S. 307 f.

re börsennotierter Kapitalgesellschaften können hingegen bei der zuständigen Aufsichtsbehörde beantragen, die Mehrheitsaktionäre zu einem Barabfindungsangebot an sie zu verpflichten, sofern auf diese mindestens 95% der Stimmrechte entfallen. Umgekehrt können auch die Mehrheitsaktionäre von sich aus ein Kaufangebot unterbreiten, allerdings ist die Annahme in diesem Fall freiwillig. Unabhängig davon kann die Mehrheit die Minderheit ausschließen, was jedoch nur zu einen „angemessenen Preis“ möglich ist.⁴⁹¹

Auch hinsichtlich der Squeeze-Out-Bestimmungen im Anwendungsbereich der Übernahmerichtlinie bestehen Unterschiede zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten. Es wird sogar befürchtet, dass die unterschiedlichen Voraussetzungen für einen Zwangsausschluss dazu verleiten könnten, den Sitz zu verlegen.⁴⁹² Art. 15 der Übernahmerichtlinie⁴⁹³ gibt zwar europaweit Mindeststandards vor, was den Schutz der Aktionäre betrifft; strengere Regelungen, wie etwa die 95%-Schwelle des § 39a Abs. 1 S. 1 WpÜG, gehen aber darüber hinaus.⁴⁹⁴ So erlauben beispielsweise das britische, österreichische, dänische, schwedische, finnische und spanische Recht bereits bei Erreichen der 90%-Schwelle einen Squeeze Out.⁴⁹⁵ Hingegen fordert das italienische Recht sogar 98%.⁴⁹⁶

Daneben existieren in einigen Mitgliedstaaten weitere Zwangsausschlussmöglichkeiten.⁴⁹⁷ So kennt das belgische Recht eine spezielle Klageart, die es ermöglicht, den Zwangsausschluss eines unliebsamen Aktionärs bereits ab Erreichen einer eigenen Beteiligung von 30%, bezogen auf die Stimmrechte oder das Grundkapital, zu betreiben.⁴⁹⁸ Diese relativ niedrige Schwelle bietet andererseits auch einem Minderheitsaktionär die Möglichkeit, einen Mehrheitsaktionär aus der Gesellschaft auszuschließen.⁴⁹⁹ Dabei sind die zugrundeliegenden Vorschriften zwingendes Recht und können daher auch nicht durch die Satzung abbedungen werden.⁵⁰⁰ Daneben erhält das belgische Zwangsausschlussverfahren noch dadurch eine besondere Brisanz, dass es in einem

⁴⁹¹ Zum Ganzen siehe Couret, in: Bruno/Ruggiero (Hrsg.), *Public Companies and the Role of Shareholders*, S. 116.

⁴⁹² Hoger, *Kontinuität*, S. 340.

⁴⁹³ Fundstellennachweis siehe Anhang II.

⁴⁹⁴ Ebenfalls 95% sind in Frankreich, Belgien und z. T. in den Niederlanden erforderlich (dort reichen bereits 90% für Umwandlung und Verschmelzung), wobei weiterhin Unterschiede bestehen, etwa bei der Frage, ob verschiedene Aktiengattungen bei der Berechnung berücksichtigt werden, vgl. Van der Elst/Van den Steen, *ECFR* 2009, 391, 408 ff.; Heidel/Lochner, in: Heidel, *Aktienrecht*, Vor §§ 327 a ff. AktG, Rn. 13. Rechtsvergleichend zum französischen Recht ferner Kirchner, *Kompensationsleistungen*, S. 53 ff.

⁴⁹⁵ In England gem. sec. 979 Abs. 2, 4 CA 2006, wobei aber Anteile, die der Bieter bereits vor dem Übernahmeangebot hielt, unberücksichtigt bleiben, mithin die Schwelle von 90% nur ausreicht, wenn er vorher nicht beteiligt war. Dazu siehe auch Van der Elst/Van den Steen, *ECFR* 2009, 391, 410; in Spanien gem. Art. 60 quáter des span. Wertpapierhandelsgesetzes (Ley 24/1988, de 28 de Julio del Mercado de Valores); in Österreich gem. § 1 Abs. 1, 2 S. 1 GesAusG (Gesellschafter-Ausschluss-Gesetz, eingeführt durch das Übernahmerechts-Änderungsgesetz 2006 – ÜbRÄG v. 9.7.2006, BGBl. I 75/2006), dazu Hoger, *Kontinuität*, S. 54 f.; zu dem erforderlichen Quorum in Finnland, Schweden, Dänemark, Großbritannien und Österreich auch Heidel/Lochner, in: Heidel, *Aktienrecht*, Vor §§ 327a ff. AktG, Rn. 13.

⁴⁹⁶ Heidel/Lochner, in: Heidel, *Aktienrecht*, Vor §§ 327 a ff. AktG, Rn. 13.

⁴⁹⁷ Andere Mitgliedstaaten weisen hingegen grundsätzlich ausschussfeindliche Rechtsvorschriften auf. So besteht etwa in Luxemburg keine allgemeine Zwangsausschlussmöglichkeit, sondern lediglich die Möglichkeit der Ausgabe rückkaufbarer Aktien als besondere Aktiengattung, vgl. Lutz, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, § 8, Rn. 80, 93.

⁴⁹⁸ Unter bestimmten Voraussetzungen reichen sogar 20% der Stimmrechte, vgl. zum Ganzen Bertrand/Coibion, *ECFR* 2009, 270, 291.

⁴⁹⁹ Die belgischen Gerichte haben dies ausdrücklich bestätigt, vgl. Bertrand/Coibion, *ECFR* 2009, 270, 291 m. w. N.

⁵⁰⁰ Bertrand/Coibion, *ECFR* 2009, 270, 294 m. w. N.

Eilverfahren vor Gericht durchgeführt wird, d. h. zwischen Klagezustellung und Gerichtsverhandlung liegen nur zwei Tage. Trotzdem ist die Entscheidung nicht vorläufig. Sie kann allein im ordentlichen Berufungsverfahren angefochten werden.⁵⁰¹ Neben Erreichen der o. g. Beteiligungsquote ist einzige weitere Voraussetzung das Vorbringen eines besonderen Grundes („justes motifs“). Als solcher gilt beispielsweise die Nichteinhaltung einer vertraglichen Verpflichtung, etwa zum Ankauf eines bestimmten Aktienanteils, die Verletzung gesetzlicher Wettbewerbsverbote, wiederholtes missbräuchliches Verhalten des Mehrheitseigners gegenüber der Minderheit, aber auch ernste persönliche Streitigkeiten zwischen den Aktionären.⁵⁰²

c. Ausführungsgesetze zur SE-VO – Unterschiede zwischen Mitgliedstaaten am Beispiel der Leitungssysteme

War eines der beiden Leitungssysteme in der Rechtsordnung eines Mitgliedstaates vor Inkrafttreten der SE-VO nicht bekannt, müssen diese gem. Art. 39 Abs. 5 SE-VO Regeln für die Verfassung der neuen Organisationsform erlassen.⁵⁰³ So sind Aktiengesellschaften in Belgien, Griechenland, Irland, Luxemburg, Zypern und Spanien traditionell monistisch organisiert, während Deutschland, Dänemark, Österreich und Polen⁵⁰⁴ aber auch Tschechien, Lettland und Estland⁵⁰⁵ das dualistische System vorsehen. Frankreich, Bulgarien, die Niederlande, Portugal, Ungarn sowie Slowenien bieten grundsätzlich beide Leitungssysteme wahlweise an.⁵⁰⁶ Auch Italien hat im Zuge einer Aktienrechtsreform 2004 den Gesellschaften höchstmögliche Flexibilität durch die Einführung der Wahl sogar zwischen drei verschiedenen Organisationsformen eingeräumt. Neben der monistischen und dualistischen Verfassung steht dort das traditionelle italienische Modell zur Verfügung, das als eine besondere Spielart des monistischen Systems qualifiziert werden kann.⁵⁰⁷

⁵⁰¹ Bertrand/Coibion, ECFR 2009, 270, 294.

⁵⁰² Bertrand/Coibion, ECFR 2009, 270, 295 f.

⁵⁰³ Zur Qualifikation der Verwaltungssysteme als „monistisch“ bzw. „dualistisch“ vgl. Paefgen, in: KK AktG, Art. 39 SE-VO, Rn. 31.

⁵⁰⁴ England wird zwar traditionell auch dem monistischen System zugerechnet, allerdings gilt hier die Besonderheit, dass die Articles of association gem. Sec. 19 (3) CA 2006 von dem vorgeschlagenen Modell abweichen können, vgl. Manz, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 38, Rn. 3. Für Polen siehe Csehi, in: Jung, Supranationale Gesellschaftsformen im Typenwettbewerb, S. 17, 32; Szumański/Duda, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 3028; für Spanien vgl. Larraz Melero/Adroher i Pérez, ebda, Rn. 4038; für Zypern, Mitsides, ebda, Rn. 4616.

⁵⁰⁵ Csehi, in: Jung, Supranationale Gesellschaftsformen im Typenwettbewerb, S. 17, 32.

⁵⁰⁶ Für Frankreich siehe Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 11, Rn. 377 (S. 201); Manz, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 38, Rn. 3; Paefgen, in: KK AktG, Art. 38 SE-VO, Rn. 29. Für Bulgarien und Slowenien vgl. Csehi, in: Jung, Supranationale Gesellschaftsformen im Typenwettbewerb, S. 17, 32; ferner Daskalov, in: Bachner/P. Doralt/Winner (Hrsg.), Schutz der Minderheitsaktionäre in Mittel- und Osteuropa, S. 92; für die Niederlande Van den Bos/Koning, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 2639; für Portugal Pessanha/Castro Marques, ebda, Rn. 3231, 3238, wonach die ganz überwiegende Anzahl der portugiesischen Aktiengesellschaften monistisch organisiert sind, da das dualistische System erst mit dem Handelsgesellschaftsgesetzbuch 1986 eingeführt wurde. Noch sehr jung ist auch die Wahlmöglichkeit im ungarischen Recht, welche erst 2006 für ungarische Publikumsgesellschaften eingeführt wurde, vgl. Csehi, in: Jung, Supranationale Gesellschaftsformen im Typenwettbewerb, S. 17, 32.

⁵⁰⁷ Oelkers, Die italienische Aktiengesellschaft, S. 203; Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 11, Rn. 377 (S. 201); näher dazu Ghezzi/Malberti, ECLR 2008, 1 ff., unter Hinweis darauf, dass die neuen Gesellschaftsfor-

Die SE-VO lässt den Mitgliedstaaten erhebliche Gestaltungsspielräume bei der Ausführungsgesetzgebung, speziell hinsichtlich der Organisationsvorschriften für die Leitungssysteme. So gibt sie beispielsweise keine Zuständigkeitsverteilung zwischen Hauptversammlung und Verwaltungsorganen vor.⁵⁰⁸ Allgemein können sich Unterschiede etwa zum britischen Recht hier dadurch ergeben, dass dort beim Fehlen SE-spezifischer Bestimmungen in der Regel, nicht bloß ausnahmsweise, das dortige Gesellschaftsrecht Satzungsautonomie gewährt.⁵⁰⁹

§ 27 Abs. 3 SEAG schließt die Möglichkeit aus, eine juristische Person in den Verwaltungsrat zu berufen. Im spanischen Recht dagegen ist dies traditionell möglich. Die von der juristischen Person für die Verwaltungstätigkeit eingesetzten natürlichen Personen wechseln jedoch unter Umständen häufig und deren fachliche und persönliche Qualifikation mag den Aktionären evtl. zweifelhaft erscheinen, was eine vertrauensvolle Zusammenarbeit erheblich erschwert.⁵¹⁰ Während nach § 23 Abs. 1 S. 1 SEAG der Verwaltungsrat zudem aus drei Mitgliedern besteht, was ab einem Grundkapital über 3 Millionen Euro auch nicht durch anderweitige Regelung in der Satzung abdingbar ist,⁵¹¹ kann die Mitgliederzahl nach Art. 124 RRM (Reglamento del Registro Mercantil)⁵¹² weitgehend frei bestimmt werden. Es kann demnach auch eine einzelne Person zum Verwalter bestimmt werden, wenn die SE mitbestimmungsfrei ist.⁵¹³ Im spanischen Recht können zudem Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht auf einzelne Verwaltungsratsmitglieder übertragen werden. Ein Zwang zur Bestellung geschäftsführender Direktoren, wie ihn § 40 Abs. 1 S. 1 SEAG anordnet, besteht dagegen nicht.⁵¹⁴ Auch erlaubt das deutsche Recht kein vollständiges Auseinanderfallen von Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis,⁵¹⁵ was im spanischen Recht sehr wohl möglich wäre.⁵¹⁶

Im slowakischen Recht ist ebenfalls eine Bestellung von geschäftsführenden Direktoren nicht zwingend.⁵¹⁷ Nach dem slowakischen Recht ist zudem der Vorstand einer Aktiengesellschaft

men in der Praxis bislang nicht auf großes Interesse gestoßen sind. Manz, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 38, Rn. 3 (Fn. 9) will hingegen Italien unter Berufung auf eine veraltete Quelle (1993) noch dem monistischen System zuschlagen.

⁵⁰⁸ Paefgen, in: KK AktG, Art. 38 SE-VO, Rn. 7; Schwarz, SE-VO, Vorb. Art. 38-60, Rn. 5; Hirte, NZG 2002, 1, 8; a. A. Brandt, Hauptversammlung, S. 90 f., 108 ff., der aus Art. 38-40, 43 sowie 48 SE-VO eine einheitliche Festlegung satzungsfester Geschäftsführungskompetenzen des Leitungs- bzw. Verwaltungsorgans entnehmen will, innerhalb derer ein Einfluss der Hauptversammlung ausgeschlossen sei.

⁵⁰⁹ Paefgen, in: KK AktG, Art. 38 SE-VO, Rn. 12; ders., ZHR 172 (2008), 42, 50 f. (zur Kompetenzaufteilung zwischen Gesellschaftern und Leitungsorgan bei der public limited company); Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 38 SE-VO, Rn. 8.

⁵¹⁰ Millentrup, Aktionärsgruppen, S. 183.

⁵¹¹ Vgl. § 23 Abs. 1 S. 2, 2. Hs. SEAG. Kritisch zu dieser Festlegung durch das SEAG Merkt, ZGR 2003, 650, 654 f.

⁵¹² RCL\1996\2112; der Gesetzestext des span. RRM ist abrufbar unter: <http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/legislacion/mercantil/reglamento-del-registro-mercantil?mostrar=>, Abruf am 2.8.2012.

⁵¹³ Hingegen sind mindestens drei Verwaltungsratsmitglieder bei mitbestimmten Gesellschaften von Nöten, vgl. Larraz Melero/Adroher i Pérez, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 4052.

⁵¹⁴ Diese Regelung des SEAG kritisiert Merkt, ZGR 2003, 650, 656, der den Zwang zur Bestellung geschäftsführender Direktoren insbesondere für kleine, nicht kapitalmarktorientierte Unternehmen für überzogen hält. Ein TdLit hält diese Vorschrift zudem für unvereinbar mit Art. 43 Abs. 1 S. 2 SE-VO, vgl. nur Hoffmann-Becking, ZGR 2004, 355, 369 ff. sowie DAV-Handelsrechtsausschuss, NZG 2004, 75, 82; kritisch desw. Weiss/Wöhlert, NZG 2006, 121, 126; a. A. Horn, DB 2005, 147, 151.

⁵¹⁵ Siehe die Grundregel des § 41 Abs. 1 S. 1 SEAG, welche in den folgenden Absätzen lediglich modifiziert wird.

⁵¹⁶ Millentrup, Aktionärsgruppen, S. 164 ff.

⁵¹⁷ Gesetz Nr. 562/2004 über die Europäische Gesellschaft, SE-G, Zbierka zákonov č. 562/2004 S. 488 ff.; hierzu

grundsätzlich von der Hauptversammlung zu wählen, es sei denn, diese Kompetenz wird in der Satzung dem Aufsichtsrat eingeräumt.⁵¹⁸ Gemäß Art. 39 Abs. 2 S. 2 Unterabs. 2 SE-VO sieht § 20 Abs. 1 des slowakischen Ausführungsgesetzes deswegen für die dualistische SE vor, dass in der Satzung der SE festgelegt werden kann, dass die Vorstandsmitglieder von der Hauptversammlung gewählt und abberufen werden.⁵¹⁹ Im Unterschied zu § 23 Abs. 1 S. 3 SEAG schreibt der slowakische Gesetzgeber auch keine Höchstzahl der Aufsichtsratsmitglieder vor.⁵²⁰

3. Schutzvorschriften anderer Mitgliedstaaten bei Gründung und Sitzverlegung der SE

Im Folgenden werden die Regelungen der übrigen Mitgliedstaaten kurz vorgestellt, die auf die drei Ermächtigungsvorschriften der SE-VO zum Erlass spezieller Vorschriften zum Schutz der Aktionärsminoritäten gestützt werden. Diese räumen sowohl ein Entschließungs- wie auch ein Auswahlermessen ein, was sie für einen Rechtsvergleich besonders interessant macht.

Umstritten ist, ob etwaige bereits existierende Schutzregelungen des mitgliedstaatlichen Rechts für nationale Gesellschaften nun automatisch auch auf die SE Anwendung finden oder ob die Ermächtigung zu einer ausdrücklichen SE-Gesetzgebung zwingt, wenn der Mitgliedstaat einen Schutz der Minderheitsaktionäre wünscht.⁵²¹ So kennt etwa das rumänische Recht ein Austrittsrecht für die Aktionäre einer Gesellschaft, die ihren Sitz ins Ausland verlegen möchte; spezielle Regelungen im Hinblick auf die SE wurden jedoch keine erlassen.⁵²²

Man könnte hier zumindest einen ausdrücklichen Verweis des nationalen Gesetzgebers auf die bereits existierenden Vorschriften als Zeichen für das Gebrauchmachen von der in Art. 8 Abs. 5 SE-VO eingeräumten Option für erforderlich, gleichzeitig aber auch als ausreichend erachten.⁵²³ Das würde bedeuten, dass der bloße Verweis auf nationales Recht in Art. 9 Abs. 1 c ii SE-VO nicht ausreicht, da dieser nicht zum Erlass SE-spezifischer Sondervorschriften ermächtigt.⁵²⁴ Es ist aber davon auszugehen, dass diese Vorschrift gerade der Ersparung sich ständig wiederholender Verweise im Normtext dienen soll. Die Regelungsoptionen der Art. 8 Abs. 5, 34, und 24 Abs. 2 SE-VO sind demnach so zu verstehen, dass sie speziell zu einer vom übrigen nationalen Recht abweichenden Rechtsetzung, aber auch im Falle der Nichtexistenz passender Vorschriften zur

Augustinic, WiRO 2005, 261, 264; Csehi, in: Jung, Supranationale Gesellschaftsformen im Typenwettbewerb, S. 17, 32; Huber/Majtásová, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 3640.

⁵¹⁸ Winkler, Stimmrecht, S. 111; Augustinic, WiRO 2005, 261, 263.

⁵¹⁹ Augustinic, WiRO 2005, 261, 263; Huber/Majtásová, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 3633.

⁵²⁰ Augustinic, WiRO, 261, 263. Es müssen jedoch mindestens drei Mitglieder sein, Huber/Majtásová, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 3635.

⁵²¹ Dafür Brandt, NZG 2002, S. 991, 993.

⁵²² Peli/Dinu, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. II, S. 316, 323.

⁵²³ Sollte dem Mitgliedstaat keine Wahl eingeräumt werden, so hätte die SE-Verordnung einfach auf das Sitzstaatsrecht verweisen oder eine unter nationalem Vorbehalt stehende Regelung wie z. B. in Art. 47 Abs. 1 S. 1 SE-VO treffen können, vgl. Brandt, NZG 2002, S. 991, 993

⁵²⁴ SE-spezifisches Sonderrecht findet vielmehr nach Art. 9 Abs. 1 c i SE-VO Anwendung, vgl. Brandt, NZG 2002, 991, 993; Kallmeyer, AG 2003, 197, 198; anders Schwarz, SE-VO, Einl., Rn. 92 f., der den Begriff des SE-spezifischen Rechts hingegen nur auf die europäische Ebene bezieht.

Neuschaffung SE-spezifischer Regelungen ermächtigen.⁵²⁵ Hierfür spricht auch Erwägungsgrund 9, wonach in Bereichen, in denen es keiner einheitlichen Gemeinschaftsregelung bedarf, auf das Aktienrecht des Sitzmitgliedstaats verwiesen werden kann. Daher sind bereits existierende nationale Schutzvorschriften erst recht auf die SE anwendbar und werden deshalb im Folgenden auch berücksichtigt, soweit bekannt.

a. Keine Schutzvorschriften

England hat keine besonderen Schutzvorschriften vorgesehen. Die Möglichkeit, die Anteile zu veräußern, wird hier als ausreichend angesehen.⁵²⁶ Für die Minderheitsaktionäre bleiben dort nur die allgemeinen Klagemöglichkeiten.⁵²⁷ Auch in den Niederlanden begnügt man sich mit dem Verweis auf allgemeine Grundsätze (principles of reasonableness and fairness: „redelijkheid en billijkheid“).⁵²⁸

Genauso wenig sah sich der belgische Gesetzgeber veranlasst, besondere Schutzvorschriften zu erlassen.⁵²⁹ Ebenso verhält es sich in Zypern und Luxemburg.⁵³⁰ Auch Schweden hat im Gesetzgebungsverfahren zu einem Ausführungsgesetz⁵³¹ von der Möglichkeit Abstand genommen, die Ermächtigung in Art. 8 Abs. 5 SE-VO zu nutzen.⁵³² Begründet wird dies hauptsächlich mit Befürchtungen, die Unternehmen würden hierdurch zu stark behindert, eine Sitzverlegungsentcheidung anzustreben. Zudem müssten Investoren einer europäischen Gesellschaft naturgemäß mit einer Sitzverlegung ins europäische Ausland rechnen. Dieses Risiko werde daher von Anfang an einkalkuliert.⁵³³ Nicht durchsetzen konnte sich somit die Vereinigung der schwedischen Aktionäre (*Aktiespararna*), die die Aufnahme von Schutzregeln im Vorfeld gefordert hatte.⁵³⁴ Das schwedische Recht enthält auch für die Verschmelzungs- und für die Holdinggründung keine gesetzlichen Regelungen zur Überprüfung der Angemessenheit von Umtauschverhältnissen oder

⁵²⁵ Ähnlich Schwarz, SE-VO, Einl., Rn. 138; a. A. Brandt, NZG 2002, 991, 993.

⁵²⁶ Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 173; vgl. für Großbritannien ferner Davies, in: Baums/Cahn (Hrsg.), Die Europäische AG, S. 10, 12, 20 (appendix); Oliphant, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 1211, 1213, 1263.

⁵²⁷ Zur dortigen Kritik an dem Verweis auf die Möglichkeit, die Aktien auf dem Kapitalmarkt zu veräußern vgl. J. Schmidt, „deutsche“ vs. „britische“ SE, S. 235.

⁵²⁸ De Waard/Storm, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. I, S. 278; für Holland ferner Slagter, in: Baums/Cahn (Hrsg.), Die Europäische AG, S. 30, 33, 35; van den Bos/de Koenig, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 2613 zur Verschmelzungsgründung in den Niederlanden, allerdings gibt es dort ein allgemeines Austrittsrecht bei Unzumutbarkeit (siehe Rn. 2617).

⁵²⁹ Van Gerven/Janssens in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. I, S. 151, 156 f.; Van Cutsem, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 15, 19, 22.

⁵³⁰ Für Zypern siehe Tsadiras, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. II, S. 70, 72, 81; für Luxemburg vgl. Ferrante/Meyers, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. II, S. 256, 261; Harles/Opitz, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 2221 f., 2298.

⁵³¹ Die Sitzverlegung ist in Sections 9 SE Act, Lag 2004:575 om europabolag geregelt, der die SE-Richtlinie umsetzt und auch die schwedischen Bestimmungen zur SE enthält (Förordnung (2004:703) om europabolag), vgl. Edhall/Rutberg u. a. in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. I, S. 426, 429.

⁵³² Prop. 2003/04:112, 56, Edhall/Rutberg u. a. in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. I, S. 430; zum Gesetzgebungsverfahren: Danelius, in: Baums/Cahn (Hrsg.), Die Europäische AG, S. 38, 43.

⁵³³ Danelius, in: Baums/Cahn (Hrsg.), Die Europäische AG, S. 38, 43; Dejmek in Oplustil/Teichmann, The European Company, S. 293, 301.

⁵³⁴ Danelius, in: Baums/Cahn (Hrsg.), Die Europäische AG, S. 38, 43.

zur Abfindung von Minderheitsaktionären.⁵³⁵ Die Schutzregeln anderer Mitgliedstaaten sind gem. Art. 25 Abs. 3 des schwedischen Ausführungsgesetzes nur dann auf die an der Maßnahme beteiligten schwedischen Unternehmen anwendbar, wenn dies im Einzelfall von den dortigen Aktionären beschlossen wurde.⁵³⁶

b. Schutz bei Sitzverlegung und Verschmelzung

Finnland bietet den Minderheitsaktionären der ihren Sitz verlegenden bzw. der übertragenden Gesellschaft, anlässlich einer Verschmelzungsgründung, eine Barabfindung gegen Aktienrückgewähr an, sofern diese gegen die Maßnahme gestimmt haben. Die Barabfindung anlässlich der Verschmelzungsgründung setzt voraus, dass die Gesellschaft ihren Sitz außerhalb Finnlands begründet.⁵³⁷ Keinen speziellen Minderheitenschutz enthält das finnische Recht dagegen für die Gründung einer Holding-SE.⁵³⁸

Ebenso sieht das österreichische Ausführungsgesetz eine Abfindungspflicht bei Sitzverlegung vor.⁵³⁹ Auch hier ist die Abfindung im Falle der Verschmelzungsgründung an einen ausländischen Sitz gekoppelt, vgl. § 17 öSEG.⁵⁴⁰ In Anlehnung an entsprechende Bestimmungen für die Spaltung können dabei auch Dritte die Barabfindung anbieten. Dies dient der Verhinderung eines zu großen Mittelabflusses aus der Gesellschaft bzw. der Übernahmepflicht eines zu hohen Anteils eigener Aktien.⁵⁴¹ Lediglich von der Ermächtigung des Art. 34 SE-VO hat der österreichische Gesetzgeber keinen Gebrauch gemacht.⁵⁴²

In Dänemark können die dem Sitzverlegungsbeschluss fristgerecht widersprechenden Aktionäre den Aktienrückkauf durch die Gesellschaft gem. Art. 6 Abs. 1 SE Act innerhalb von vier Wochen verlangen.⁵⁴³ Es ist dabei nicht erforderlich, dass die Aktionäre bei der Beschlussfassung gegen die Sitzverlegung gestimmt haben. Die Aktien werden zum Marktwert zurückgekauft. Das Gericht kann den Wert festsetzen, wenn eine Einigung nicht zustande kommt. Auf Verlangen

⁵³⁵ Allerdings wäre der Verschmelzungsbeschluss wohl anfechtbar, wenn ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz etwa durch Anbieten eines ungerechten Umtauschverhältnisses vorläge, vgl. Hein, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 3413. Zur Holdinggründung siehe Edhall/Rutberg u.a., in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. I, S. 438.

⁵³⁶ Edhall/Rutberg u. a., in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. I, S. 436.

⁵³⁷ Heikel/Nybergh in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. I, S. 207 (Sitzverlegung), S. 215 (Verschmelzung); Vartiainen, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 612 ff. Die gleichen Rechte stehen auch Haltern von Optionen, Wandelschuldverschreibungen oder anderen aktienähnlichen Rechten zu: Sec. 10 Act and Chap. 14, Secs. 12 and 13 Companies Act, 13.8.2004/742 v. 8.10.2004, vgl. Heikel/Nybergh, ebda, S. 204, 207.

⁵³⁸ Heikel/Nybergh, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. I, S. 216; Vartiainen, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 616.

⁵³⁹ Für Österreich vgl. die Regelung in § 12 Abs. 1 S. 1 SEG, öBGBI. I v. 24.6.2004, Nr. 64, S. 1 ff.

⁵⁴⁰ vgl. Hable/Lukanec, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. I, S. 124; Reich-Rohrwig/Wallner, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 2818.

⁵⁴¹ Kalss, in: Kalss/Hügel, SE-Kommentar, § 6 SEG, Rn. 13.

⁵⁴² Hable/Lukanec, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. I, S. 126.

⁵⁴³ Act No. 364 of 19 May 2004, vgl. Thorup/Hansen, N./Hansen, C. J. /Ottosen in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. I, S. 175, 179; Nørgaard/Salje, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 224, 295.

müssen Sicherheiten in Höhe des Aktienwertes gestellt werden.⁵⁴⁴ Die gleichen Rechte kommen den Aktionären im Falle einer Verschmelzungsgründung zu.⁵⁴⁵ Spezielle Schutzvorschriften für Minderheitsaktionäre bei Holdinggründung sind dagegen nicht eingeführt worden.⁵⁴⁶

Für Verschmelzungsgründung und grenzüberschreitende Sitzverlegung ist nach irischem Recht vorgesehen, dass sich die Aktionäre an das Gericht wenden können, um entweder den zugrunde liegenden Beschluss anzugreifen oder die Rücknahme der Aktien gegen Barabfindung zu verlangen bzw. sonstige dem Gericht geeignet erscheinende Abhilfe zu erlangen.⁵⁴⁷ Anspruchsberechtigt sind Aktionäre, die mindestens 10% des Nominalwertes der Gesellschaftsanteile halten.⁵⁴⁸ Daneben gelten formelle Verschärfungen zugunsten der Gläubiger und Aktionäre: So muss die Gesellschaft diese einzeln anschreiben und auf die Einsichtnahmemöglichkeit in Sitzverlegungsplan und -bericht mindestens einen Monat vor der Hauptversammlung hinweisen. Jeder Geschäftsbrief, der ab dem Zeitpunkt der Offenlegung der o. g. Dokumente bis zur Löschung der SE im Register des alten Sitzstaats in den Verkehr gebracht wird, muss einen Hinweis auf die bevorstehende Sitzverlegung enthalten.⁵⁴⁹

Ein Austrittsrecht gegen Barabfindung bei Sitzverlegung und Verschmelzungsgründung gewähren des Weiteren das italienische Recht,⁵⁵⁰ das lettische Recht (in Höhe des Wertes, den der Aktionär bei Liquidation im Zeitpunkt der Umstrukturierung erhalten hätte),⁵⁵¹ das slowenische⁵⁵² und das polnische Recht.⁵⁵³

In Slowenien hat die Gesellschaft im Vorfeld der Sitzverlegung bzw. Verschmelzung zwingend Sicherheit für die Barabfindung zu leisten.⁵⁵⁴ Anspruchsberechtigt sind in Polen und Slowenien nur die Aktionäre, die gegen den jeweiligen Beschluss gestimmt haben.⁵⁵⁵ Art. 48 des polnischen

⁵⁴⁴ Thorup/Hansen, N./Hansen, C. J. /Ottosen, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), *The European Company*, Vol. I, S. 179; weitergehend Nørgaard/Salje, in: Jannott/Frodermann, *Hdb. Europ. AG*, 16. Kap., Rn. 296, wonach sogar ohne spezielles Verlangen die „Sicherstellung der Abfindung“ durch den gerichtlichen Prüfer vor Ausstellung der Unbedenklichkeitsbescheinigung durch das Gewerbe- und Gesellschaftsamt zu prüfen ist.

⁵⁴⁵ Thorup/Hansen, N./Hansen, C. J. /Ottosen, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), *The European Company*, Vol. I, S. 184.

⁵⁴⁶ Thorup/Hansen, N./Hansen, C. J. /Ottosen, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), *The European Company*, Vol. I, S. 185; Nørgaard/Salje, in: Jannott/Frodermann, *Hdb. Europ. AG* 16. Kap., Rn. 217.

⁵⁴⁷ Art. 12 Abs. 1 Statutory Instruments S. I. No. 21, *European Communities (European Public Limited-Liability Company) Regulations 2007 (ECR)*, abrufbar unter: <http://www.djei.ie/publications/sis/2007/si21.pdf>, zuletzt aufgerufen am 2.8.2012.

⁵⁴⁸ Art. 12 Abs. 1 S. 1 ECR (s. vorhergehende Fn.).

⁵⁴⁹ Art. 11 Abs. 1 und 2 ECR.

⁵⁵⁰ Art. 2437 des ital. Codice Civile sieht ausdrücklich ein Austrittsrecht vor anlässlich der Sitzverlegung nationaler Aktiengesellschaften (SpA) aus Italien heraus, der entsprechend auch für die grenzüberschreitende Verschmelzung anzuwenden ist, vgl. Gianni, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), *The European Company*, Vol. II, S. 209, 213; Cavasola/de Lorenzo, in: Jannott/Frodermann, *Hdb. Europ. AG*, 16. Kap., Rn. 1673.

⁵⁵¹ Silava-Tomson/Mikelson/Spigule, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), *The European Company*, Vol. II, S. 234, 237. Probleme können hier insbesondere dadurch auftreten, dass das lettische Recht den Begriff der „Minderheit“ nicht bestimmt, vgl. Csehi, in: Jung, *supranationale Gesellschaften im Typenwettbewerb*, S. 17, 34.

⁵⁵² vgl. Orgič/Dolžan/Pinterrec, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), *The European Company*, Vol. II, S. 339, 343; Kocbek/Prelič, in: Jannott/Frodermann, *Hdb. Europ. AG*, 16. Kap., Rn. 3809, 3846.

⁵⁵³ Szydlik/Bondarewski u. a., in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), *The European Company*, Vol. I, S. 373 f., 375; vgl. für die Sitzverlegung auch Csehi, in: Jung (Hrsg.), *Supranationale Gesellschaftsformen im Typenwettbewerb*, S. 17, 31; Szumański/Duda, in: Jannott/Frodermann, *Hdb. AG*, 16. Kap., Rn. 3016, 3065.

⁵⁵⁴ Kocbek/Prelič, in: Jannott/Frodermann, *Hdb. Europ. AG*, 16. Kap., Rn. 3809, 3850.

⁵⁵⁵ Für Polen siehe Szydlik/Bondarewski u. a., in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), *The European Company*, Vol. I, S. 372 f.; für Slowenien vgl. Fn. 582.

Umsetzungsgesetzes⁵⁵⁶ erklärt Art. 16 bis 18, in denen die Schutzvorschriften für die Minderheitsaktionäre im Fall der Verschmelzung enthalten sind, für anwendbar. Danach müssen die Aktionäre das Austrittsrecht gem. Art. 17 Abs. 2 innerhalb von 10 Tagen schriftlich unter Nachweis ihrer Anspruchsberechtigung geltend machen und gleichzeitig ein Zertifikat über die Hinterlegung der Aktien einreichen, Art. 17 Abs. 3. Die Höhe der Barabfindung wird aufgrund des mittleren Börsenwertes der letzten drei Monate vor dem Beschluss ermittelt. Bei nicht börsennotierten Unternehmen setzt ein vom Registergericht bestellter Prüfer den Preis fest, Art. 18 Abs. 1 S. 1 und 2 des polnischen Umsetzungsgesetzes. Dieser Preis wird von der SE veröffentlicht. Die Zuteilung an die Käufer richtet sich nach vom Vorstand oder Verwaltungsrat festzulegenden Regularien. Letzteren muss der Aufsichtsrat, sofern existent, dann zustimmen, wenn die abzugebenden Aktien 10% des Grundkapitals der Gesellschaft übersteigen, Art. 18 Abs. 5. Die Käufer haben den Preis innerhalb von drei Tagen nach Veröffentlichung der von der Gesellschaft angegebenen Bank zu überweisen, Art. 18 Abs. 4. Die Gesellschaft hat dem Verkäufer das Geld innerhalb von 14 Tagen nach Ablauf der Annahmefrist weiterzuleiten und dem Käufer die für die Ausübung seiner Aktionärsrechte erforderlichen Unterlagen auszuhändigen, Art. 18 Abs. 6. Art. 18 Abs. 2 stellt klar, dass dabei durchaus die Gesellschaft auch ihre eigenen Aktien zurückkaufen kann. Das Verfahren ist allerdings erkennbar darauf gerichtet, die Aktien an externe Käufer zu veräußern.

c. Schutz bei Verschmelzung

Schutzvorschriften ausschließlich für den Fall der Verschmelzungsgründung vorzusehen ist unüblich. Allein Bulgarien sieht weder einen besonderen Schutz der Minderheitsaktionäre bei Sitzverlegungen⁵⁵⁷ noch bei der Gründung einer Holding-SE vor,⁵⁵⁸ wohl aber für den Fall der Verschmelzungsgründung. Dies erklärt sich vor dem Hintergrund, dass dort überhaupt keine Ausführungsvorschriften zur SE-VO existieren. Nach dem Commercial Act (CA) 1991, der in der Hauptsache das Recht der nationalen Aktiengesellschaften regelt, kann aber jeder Aktionär, neben der gerichtlichen Geltendmachung von Rechtsverletzungen bis zur Eintragung,⁵⁵⁹ innerhalb von drei Monaten nach der Verschmelzung die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses prüfen lassen. Minderheitsaktionären, die gegen den Verschmelzungsbeschluss gestimmt haben, steht alternativ ein Austrittsrecht gegen Barabfindung zu.⁵⁶⁰

d. Schutz bei Sitzverlegung, Holdinggründung und Verschmelzung

Das tschechische Gesellschaftsrecht sieht für den Fall der Verschmelzung nationaler öffentlicher

⁵⁵⁶ Dziennik Ustaw Nr. 62, Poz. 551 vom 4. März 2005, S. 4131 ff.

⁵⁵⁷ Dimitrova, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), *The European Company*, Vol. II, S. 24.

⁵⁵⁸ Dimitrova, aaO., S. 30.

⁵⁵⁹ Dieses Verfahren ist der deutschen Anfechtungsklage vergleichbar. Voraussetzung ist, dass die Aktionäre geltend machen, durch die Rechtsverletzung in ihren Interessen berührt zu sein. Eine Eintragung darf während des laufenden Verfahrens nicht erfolgen. Ein weiteres Verfahren, das die Anfechtung auch noch nach Eintragung ermöglicht, ist dagegen wegen Art. 30 Abs. 1 SE-VO nicht auf die SE anwendbar, vgl. Dimitrova, aaO., S. 28

⁵⁶⁰ Dimitrova, aaO., S. 28.

Gesellschaften mit beschränkter Haftung einen Schutz der Minderheitsaktionäre durch die Verpflichtung zur Abgabe eines Barangebotes seitens der Gesellschaft vor. Diese Regelungen werden entsprechend auf die Minderheitsaktionäre angewandt, die gegen die Verschmelzung unter Beteiligung einer SE gestimmt haben und deren Status sich aufgrund der Verschmelzung ändert, etwa weil sie ihre Anteile gegen Beteiligungen einer anderen Aktienkategorie eingetauscht haben.⁵⁶¹ Dieses Recht kommt auch den Minderheitsaktionären zu, die gegen die Sitzverlegung gestimmt haben.⁵⁶² Entsprechendes gilt für die Holdinggründung.⁵⁶³

Griechenland hat von allen drei Optionen Gebrauch gemacht, indem es den Minderheitsaktionären die Möglichkeit bietet, einen Aktienrückkauf zu verlangen.⁵⁶⁴ Das Austrittsrecht anlässlich von Sitzverlegungen ins Ausland wurde dort allgemein im Zuge der Reform des Gesellschaftsrechts 2007 für nicht börsennotierte Aktiengesellschaften neu eingeführt.⁵⁶⁵

Auch in Portugal wurden alle drei Optionen genutzt, wobei dort die Gesellschaft einen Dritten veranlassen kann, die Aktien zu erwerben. Vor Durchführung der jeweiligen Maßnahme muss die Gesellschaft nachweisen, dass sie ihren Rückkaufpflichten gegenüber den Aktionären, die gegen den Beschluss votiert haben, nachgekommen ist.⁵⁶⁶ Im Fall einer beschlossenen Sitzverlegung zählt dieser Nachweis zu den Voraussetzungen für die Bescheinigung i. S. d. Art. 8 Abs. 8 SE-VO.⁵⁶⁷

Auch Spanien hielt ein Austrittsrecht für erforderlich, das den Aktionären zusteht, die gegen den jeweiligen Hauptversammlungsbeschluss gestimmt haben. Im Falle der Ausübung des Austrittsrechts anlässlich der Sitzverlegung führt dies automatisch zu einer Kapitalherabsetzung in gleicher Höhe. Die Ausübung ist entsprechend bekannt zu machen⁵⁶⁸ und die Gesellschaft hat hierfür Sicherheit zu leisten.⁵⁶⁹

Estland bietet seinen dissentierenden Aktionären ebenfalls ein Austrittsrecht gegen Barabfindung in allen drei Fällen sowie u. U. eine bare Zuzahlung zu den eingetauschten Aktien bei Verschmelzung⁵⁷⁰ oder Holdinggründung.⁵⁷¹ Dabei muss die Barabfindung in der Höhe mindestens dem

⁵⁶¹ Zorzavecký/Dědič, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), *The European Company*, Vol. II, S. 91; Fabian/Kratochvilova, in: Jannott/Frodermann, *Europ. AG*, 16. Kap., Rn. 4215 f.

⁵⁶² Zorzavecký/Dědič, aaO., S. 87; Fabian/Kratochvilova, in: Jannott/Frodermann, *Europ. AG*, 16. Kap., Rn. 4214; vgl. für die Sitzverlegung auch Csehi, in: Jung (Hrsg.), *Supranationale Gesellschaftsformen im Typenwettbewerb*, S. 17, 31.

⁵⁶³ Zorzavecký/Dědič, aaO., S. 92.

⁵⁶⁴ Charaktiniotis, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), *The European Company*, Vol. II, S. 156, 158, 160.

⁵⁶⁵ Rokas, in: Grundmann/Mülbart u. a. (Hrsg.), *FS Hopt*, S. 3291, 3300.

⁵⁶⁶ Barrocas in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), *The European Company*, Vol. II, S. 293, 295 f.; Pessanha/Castro Marques, in: Jannott/Frodermann, *Hdb. Europ. AG*, 16. Kap., Rn. 3220, 3272.

⁵⁶⁷ Barrocas, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), *The European Company*, Vol. II, S. 293.

⁵⁶⁸ Plaňiol in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), *The European Company*, Vol. II, S. 365, 369; Larraz Melero/Adroher i Pérez, in: Jannott/Frodermann, *Hdb. Europ. AG*, 16. Kap., Rn. 4021, 4109, 4122.

⁵⁶⁹ Larraz Melero/Adroher i Pérez, in: Jannott/Frodermann, *Hdb. Europ. AG*, 16. Kap., Rn. 4123.

⁵⁷⁰ Das estnische HGB sieht nur dann eine Barabfindung bei Verschmelzung vor, wenn es sich bei den beteiligten Gesellschaften um solche unterschiedlicher Rechtsform handelt, siehe Pärn-Lee/Kotivnenko, in: Jannott/Frodermann, *Hdb. Europ. AG*, 16. Kap., Rn. 419.

⁵⁷¹ Papp/Oviir-Neivelt, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), *The European Company*, Vol. I, S. 304, 308, 311; Pärn-Lee/Kotivnenko, in: Jannott/Frodermann, *Hdb. Europ. AG*, 16. Kap., Rn. 410, 411; vgl. für die Sitzverlegung auch Csehi, in: Jung (Hrsg.), *Supranationale Gesellschaftsformen im Typenwettbewerb*, S. 17, 31.

fiktiven Liquidationsanteil entsprechen. Eine verfahrenstechnische Besonderheit besteht des Weiteren darin, dass dem Verschmelzungs- bzw. Verlegungsbeschluss eine Liste der widersprechenden Aktionäre beizufügen ist, die ihre Position hierauf per Unterschrift bestätigt haben müssen. Die die Verschmelzung bzw. Sitzverlegung ablehnenden Gesellschafter können – auch wenn sie zunächst keine Abfindung verlangt haben – innerhalb von zwei Monaten nach Wirksamwerden der Maßnahme ihre Aktien noch der Gesellschaft andienen.⁵⁷² Es ist zudem die Zustimmung des estnischen Steuer- und Zollamtes erforderlich, welche jedoch 20 Tage nach Einreichung des Antrages bei der zuständigen Stelle nach Art. 8 Abs. 8 SE-VO (hier: Registrator) fingiert wird, sofern nicht eine gegenteilige Mitteilung dieses Amtes vorliegt.⁵⁷³

Bei Sitzverlegung, Holdinggründung und Verschmelzung haben die Minderheitsaktionäre auch in Ungarn ein Austrittsrecht gegen Barabfindung. Anders als andere Rechtsordnungen enthält die ungarische eine detaillierte Regelung der Grundlage, auf der das Angebot an die Minderheitsaktionäre zu basieren hat. Die Unternehmensführung hat zu diesem Zweck einen Bilanzentwurf und ein Verzeichnis des Anlagevermögens zu erstellen. Das Angebot muss das Verhältnis zwischen gezeichneten Aktien und Eigenkapital oder das Verhältnis des Eigenkapitals zur Bilanzsumme berücksichtigen.⁵⁷⁴ Da der Minderheitsbegriff im ungarischen Recht für die SE nicht abweichend normiert wurde, gilt hier zudem die Besonderheit, dass nach dem allgemeinen, im ungarischen Gesellschaftsrecht maßgeblichen Minderheitsbegriff die Aktionäre börsennotierter Gesellschaften nur dann austrittsberechtigt sind, sofern ihnen ein Prozent der Stimmen zusteht. In nicht börsennotierten Gesellschaften sind hingegen fünf Prozent von Nöten.⁵⁷⁵

In der Slowakei können die Aktionäre auch in allen drei Fällen gegen Barabfindung ausscheiden bzw. bei Holding- oder Verschmelzungsgründung alternativ eine bare Zuzahlung verlangen.⁵⁷⁶ Voraussetzung für die Anspruchsberechtigung bei Sitzverlegung ist, dass der betreffende Aktionär an der Hauptversammlung teilgenommen, gegen den Beschluss gestimmt und seinen Widerspruch zu Protokoll gegeben hat.⁵⁷⁷ Die Aktionäre haben nach Unterbreitung eines Angebots eine 14tägige Annahmefrist und in Bezug auf die Angemessenheit der Abfindungshöhe eine einjährige Klagefrist.⁵⁷⁸

e. Schutz bei Sitzverlegung

Nach französischem Recht müssen für die Satzungssitzverlegung einer Société Anonyme (S.A.)

⁵⁷² Papp/Oviir-Neivelt, aaO., S. 304 f. für die Sitzverlegung, S. 308 für die Verschmelzung; Pärn-Lee/Kotivnenko, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 410.

⁵⁷³ Pärn-Lee/Kotivnenko, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 470.

⁵⁷⁴ Art. 13 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Act XLV of 2004 on the European Company, Magyar Közlöny 28/05/2004 07292-07308 2004/72; vgl. Csehi, in: Jung (Hrsg.), Supranationale Gesellschaftsformen im Typenwettbewerb, S. 17, 30; Oroszlán/Bóné, in: Jannott/Frodermann, Europ. AG, 16. Kap., Rn. 4456 f.

⁵⁷⁵ Csehi, in: Jung (Hrsg.), Supranationale Gesellschaftsformen im Typenwettbewerb, S. 17, 30 f.

⁵⁷⁶ Čechová/Jurková, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. I, S. 401, 404 f., 406; Csehi, in: Jung (Hrsg.), Supranationale Gesellschaftsformen im Typenwettbewerb, S. 16, 31; Huber/Majtásová, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 3613, 3658.

⁵⁷⁷ Čechová/Jurková, aaO., S. 401.

⁵⁷⁸ Čechová/Jurková, aaO., S. 401.

in das Ausland alle Aktionäre zustimmen oder, wenn ein spezielles Abkommen mit dem neuen Sitzstaat dahingehend getroffen wurde, muss eine außerordentliche Hauptversammlung die Sitzverlegung billigen.⁵⁷⁹ Die Sitzverlegung einer SE erscheint dagegen trotz Ausnutzung der Option des Art. 8 Abs. 5 SE-VO deutlich leichter. Aktionäre, die der Verlegung widersprechen, können innerhalb einer Monatsfrist seit Veröffentlichung des Sitzverlegungsbeschlusses den Rückkauf ihrer Anteile verlangen. Für Verschmelzungen hält die französische Rechtsordnung dagegen keine Schutzregeln für Minderheitsaktionäre bereit; entsprechend wurde die Option des Art. 24 Abs. 2 SE-VO nicht genutzt.⁵⁸⁰ Auch fehlen Schutzvorschriften nach Art. 34 SE-VO.⁵⁸¹

Auch das rumänische Recht kennt ein Austrittsrecht für die Aktionäre einer Gesellschaft, die ihren Sitz ins Ausland verlegen möchte; spezielle Regelungen im Hinblick auf die SE wurden jedoch keine erlassen.⁵⁸²

Ähnlich verhält es sich in Litauen, wo dem Verlegungsbeschluss ein Angebot an die Minderheitsaktionäre zu folgen hat. Dieses ist allerdings nicht von der Gesellschaft selbst, sondern von den für die Verlegung stimmenden Aktionären all denen zu unterbreiten, die dagegen gestimmt haben oder sich der Stimme enthielten.⁵⁸³

f. Zusammenfassung zu den Schutzvorschriften anderer Mitgliedstaaten

Die Betrachtung des nationalen Minderheitenschutzes in den einzelnen Mitgliedstaaten hat gezeigt, dass die Schwerpunktbildung durchaus unterschiedlich ist: Während einige Länder komplett auf ergänzende Schutzvorschriften verzichtet haben, schöpfen andere alle Optionen aus. Insgesamt haben sechs Mitgliedstaaten überhaupt keine Schutzvorschriften aufgrund der Art. 8 Abs. 5, 24 Abs. 2, 34 SE-VO erlassen, acht Staaten sehen ein Austrittsrecht gegen Barabfindung bei Sitzverlegung und Verschmelzungsgründung vor und von allen drei Optionen machen ebenso viele Länder einschließlich Deutschland Gebrauch. In Bulgarien gibt es allein im Falle einer Verschmelzung ein solches Recht und auf Schutzvorschriften für den Fall der Sitzverlegung beschränken sich Frankreich, Litauen und Rumänien.

Inhaltlicher Kern aller Schutzvorschriften ist das Austrittsrecht gegen Barabfindung bzw. alternativ die bare Zuzahlung bei Verschmelzung oder Holdinggründung. Allerdings lassen sich dennoch einige interessante Unterschiede zur hiesigen Rechtslage herausfiltern: In Irland und Ungarn setzt das Austrittsrecht das Erreichen eines bestimmten Quorums voraus.⁵⁸⁴ Dahinter

⁵⁷⁹ Desache, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), *The European Company*, Vol. II, S. 118; Martin/Poracchia, *Journal du droit interational* 2010, 347, 362 f.

⁵⁸⁰ Desache, aaO., S. 124; Martin/Poracchia, *Journal du droit international* 2010, 347, 363, unter Verweis auf den Parallellfall der grenzüberschreitenden Verschmelzung nach der RL 2005/56/EG (IntVerschmRL), für den Frankreich ebenfalls keinen Gebrauch von der durch Art. 4 der RL eröffneten Option gemacht hat.

⁵⁸¹ Desache, aaO., S. 126.

⁵⁸² Peli/Dinu, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), *The European Company*, Vol. II, S. 316, 323.

⁵⁸³ Kvietkus/Civilka, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), *The European Company*, Vol. I, S. 348; Urbelis, in: Jannott/Frodermann, *Hdb. Europ. AG*, 16. Kap., Rn. 2016.

⁵⁸⁴ In Irland gem. Art. 12 Abs. 1 S. 1 ECR (Statutory Instruments S. I. No. 21, *European Public Limited-Liability Company Regulations 2007*), abrufbar unter: <http://www.djei.ie/publications/sis/2007/si21.pdf>, zuletzt aufgerufen am 2.8.2012; für Ungarn siehe Csehi, in: Jung (Hrsg.), *Supranationale Gesellschaftsformen im Typenwettbewerb*

mag die Befürchtung stehen, dass missbräuchlich von diesem Recht Gebrauch gemacht werden könnte. Dabei handelt es sich um eine bedeutende Einschränkung des Minderheitsrechts. Bemerkenswert ist an der ungarischen Regelung, dass diese zwischen börsennotierten und nicht börsennotierten Gesellschaften differenziert, wobei das Quorum für die Erlangung des Minderheitenschutzes für letztere wesentlich höher ist.⁵⁸⁵ Eine weitere Besonderheit im irischen Recht besteht darin, dass jeglicher Minderheitenschutz hier nur unter Anrufung der Gerichte zu erlangen ist.⁵⁸⁶ Damit verbunden sind die Vor- aber auch die Nachteile einer Einzelfallprüfung. So wird eine höhere Flexibilität bei der Bestimmung des geeigneten Schutzes mit geringerer Rechtssicherheit in Bezug auf zu kalkulierende Abfindungen auf Unternehmensseite und mit höheren Hürden sowie ebenfalls Unsicherheiten auf Aktionärsseite erkauft. Vorzugswürdig erscheint deshalb die transparentere Lösung einer festen Barabfindung, deren Erlangung lediglich die Erhebung des Widerspruches und eine Annahmeerklärung voraussetzen.

In Lettland orientiert sich die Barabfindung an dem fiktiven Liquidationswert. Damit ist eine niedrigere Barabfindung verbunden als üblicherweise in den Staaten, die sich am Wert des lebenden Unternehmens orientieren. Denn der Liquidationswert ist die untere Grenze des Unternehmenswertes.⁵⁸⁷ Der Sinn einer derartigen Regelung ist fraglich, kann sie doch praktisch kaum Schutzwirkung entfalten.

In Polen, Portugal und Österreich können bzw. müssen Dritte den Minderheitsgesellschaftern gegen Gewährung der Barabfindung die Aktien abkaufen.⁵⁸⁸ Die deutsche Verpflichtung der Gesellschaft, allein sämtliche Aktien abzunehmen, belastet diese hingegen, ohne dass dies für die Minderheitsaktionäre einen besonderen Vorteil mit sich brächte.

Litauen sticht dadurch hervor, dass das Erwerbsangebot dort seitens der übrigen Aktionäre zu erfolgen hat, wobei sogar diejenigen Anteilseigner mit verpflichtet sind, die sich der Stimme enthalten haben.⁵⁸⁹ Damit tragen die Aktionäre, die für die Maßnahme gestimmt haben ein direktes finanzielles Risiko und nicht nur ein indirektes durch die Beteiligung an dem belasteten Unternehmen. Entsprechend höher dürfte die Hemmschwelle sein, eine entsprechende Umstrukturierung mitzutragen. Diese Belastung der Aktionäre, die ausdrücklich für die Maßnahme votiert haben, mag noch zu rechtfertigen sein. Die Mithaftung der Anteilseigner, die sich der Stimme enthielten, erscheint dagegen als zu weitgehend und kaum vereinbar mit dem Zweck einer Stimmenthaltung. Denn hierdurch wird gewöhnlicherweise gerade die Neutralität des Abstimmenden kommuniziert, so dass die Folgen dann ebenso neutral sein sollten.

werb, S. 17, 30 f.

⁵⁸⁵ Für börsennotierte Gesellschaften sind 5%, für andere nur 1% erforderlich, vgl. Csehi, in: Jung (Hrsg.), *Supranationale Gesellschaftsformen im Typenwettbewerb*, S. 17, 30 f.

⁵⁸⁶ Art. 12 Abs. 1 Statutory Instruments S. I. No. 21, *European Public Limited-Liability Company Regulations 2007* (ECR), s. Fn. 614.

⁵⁸⁷ Großfeld, *Unternehmensbewertung*, Rn. 1263.

⁵⁸⁸ Für Portugal vgl. Barrocas in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), *The European Company*, Vol. II, S. 293, 295 f.; Pessanha/Castro Marques, in: Jannott/Frodermann, *Hdb. Europ. AG*, 16. Kap., Rn. 3220, 3272; in Polen ergibt sich dies aus Art. 18 *Dziennik Ustaw* Nr. 62, Poz. 551 vom 4. März 2005, S. 4131 ff.; für Österreich siehe Kalss, in: Kalss/Hügel, *SE-Kommentar*, § 6 SEG, Rn. 13.

⁵⁸⁹ Kviatkus/Civilka, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), *The European Company*, Vol. I, S. 348; Urbelis, in: Jannott/Frodermann, *Hdb. Europ. AG*, 16. Kap., Rn. 2016.

Der spanische Gesetzgeber löst das Problem des Aktienverbleibs durch eine automatisch erfolgende Kapitalherabsetzung.⁵⁹⁰ Ob ein normaler Eigenerwerb stattfindet oder eine Kapitalherabsetzung, macht für die Gesellschaft im Ergebnis kaum einen Unterschied. Dennoch scheidet damit ein Wiederverkauf aus; die mit den Aktien verbundenen Mitgliedschaftsrechte gehen unter und es tritt eine Änderung der Grundkapitalziffer ein. Gleichzeitig ist ein Buchertrag in Höhe der Differenz zur alten Kapitalziffer zu verzeichnen.

Schließlich haben einige Staaten zusätzliche formelle Anforderungen zum Schutz u. a. auch der Minderheitsaktionäre festgeschrieben. So besteht beispielsweise in Irland die Pflicht, jeden einzelnen Aktionär anzuschreiben und auf seine Informationsmöglichkeiten in Form der Einsichtnahme in Verlegungsplan und -bericht hinzuweisen sowie sämtliche Geschäftspost mit ebendiesen Hinweisen auszustatten.⁵⁹¹ Einsichtnahme- und Informationspflicht gem. Art. 8 Abs. 4 SE-VO und die Offenlegungspflicht des Verlegungsplanes im jeweiligen offiziellen Amtsblatt gem. Art. 8 Abs. 2 S. 1 i. V. m. Art. 13 und der Publizitätsrichtlinie⁵⁹² bieten die Möglichkeit für alle Aktionäre, sich mindestens zwei Monate im Voraus zu informieren. Ein zusätzlicher Hinweis hierauf ist nicht durch die Richtlinie vorgeschrieben und fällt unter die „zusätzlichen Offenlegungsformen“, die die Mitgliedstaaten gem. Art. 8 Abs. 2 SE-VO vorsehen können. Im Hinblick auf die im Plan zwingend aufzuführenden Rechte zum Schutz der Gläubiger und Aktionäre (Art. 8 Abs. 2 S. 2 lit. e SE-VO) ist der zusätzliche Hinweis auf die Einsichtnahmemöglichkeit ein wichtiger Baustein des irischen Rechts auch zum Schutz seiner (späteren) Minderheitsaktionäre. Die Vorschriften stellen sich vor allem im Hinblick auf weniger routinierte Kleinaktionäre durchaus als sinnvolle Regelungen dar. Der positive Effekt zusätzlicher Einzelhinweise dürfte mitunter größer sein als der einer Normierung weiteren materiellen Schutzes, so dass der hierdurch hervorgerufene bürokratische Zusatzaufwand wohl aufgewogen wird.

In Spanien, Slowenien, Dänemark und Portugal können die abfindungsberechtigten Aktionäre den Nachweis von Sicherheiten verlangen.⁵⁹³ In Deutschland ist gem. § 13 Abs. 1 S. 1 SEAG lediglich den Gläubigern auf Verlangen Sicherheit zu leisten. Diese Ungleichbehandlung ist wenig einleuchtend. Hier sollten ebenfalls die Regelungen der genannten Staaten als Vorbild dienen.

⁵⁹⁰ Plaňiol in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), *The European Company*, Vol. II, S. 365, 369; Larraz Melero/Adroher i Pérez, in: Jannott/Frodermann, *Hdb. Europ. AG*, 16. Kap., Rn. 4021, 4109, 4122. Für das deutsche Recht wurde, soweit ersichtlich, eine entsprechende Lösung des Konfliktes mit dem Kapitalbindungsgrundsatz nur für die GmbH angesprochen. Dort wird der Erwerb eigener Anteile in Folge entstandener Barabfindungspflichten seit den Änderungen durch das BilMoG bilanziell wie eine Kapitalherabsetzung behandelt, es tritt also eine Bilanzverkürzung ein, vgl. Lutter, in: Lutter/Hommelhoff, *GmbHG*, § 33, Rn. 5 f., 26; Schwab, *BB* 2000, 527, 530.

⁵⁹¹ Art. 11 Abs. 1 und 2 ECR (s. Fn. 614).

⁵⁹² Art. 2 ff. RL 2009/101/EG v. 16.9.2009, *Abl. L* 258 v. 1.11.2009, S. 11.

⁵⁹³ Für Dänemark siehe nur Thorup/Hansen, N./Hansen, C. J. /Ottosen, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), *The European Company*, Vol. I, S. 179 sowie Nørgaard/Salje, in: Jannott/Frodermann, *Hdb. Europ. AG*, 16. Kap., Rn. 296; für Slowenien siehe Kocbek/Prelič, in: Jannott/Frodermann, *Hdb. Europ. AG*, 16. Kap., Rn. 3809, 3850; für Spanien vgl. Larraz Melero/Adroher i Pérez, in: Jannott/Frodermann, *Hdb. Europ. AG*, 16. Kap., Rn. 4123; für Portugal siehe Barrocas in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), *The European Company*, Vol. II, S. 293, 295 f.; Pessanha/Castro Marques, in: Jannott/Frodermann, *Hdb. Europ. AG*, 16. Kap., Rn. 3220, 3272.

4. Ergebnis zum Vergleich mit den anderen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen

Die oben genannten Beispiele aus fremden Rechtsordnungen verdeutlichen, dass im Einzelfall Rechtsverluste bei einem Grenzübertritt drohen, die die mitgliedschaftliche Stellung des Aktionärs betreffen.⁵⁹⁴ Hingegen mildert der aktuell erreichte Harmonisierungsstand der Gesellschaftsrechte die Bedrohung eines Rechtsverlusts auf vielen Gebieten bereits spürbar. In die Abwägung einzubeziehen ist des Weiteren, dass auch genauso viele Fälle von Sitzverlegungen über die Grenze denkbar sind, in denen die Maßnahme nur marginale Änderungen oder ausschließlich einen Zuwachs an Rechten bewirkt. Dieses indifferente Ergebnis wird bekräftigt durch den Befund, dass die Frage des Schutzbedürfnisses anlässlich einer SE-Sitzverlegung von den Mitgliedstaaten durchaus unterschiedlich beantwortet wird, wobei sich die Regelungen der Mitgliedstaaten wiederum sehr ähnlich sind. Soweit ersichtlich, sieht keine Rechtsordnung eine Einzelfallprüfung vor. Aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit können etwaige Schutzrechte auch nicht von einer Einzelfallprüfung abhängig gemacht werden.⁵⁹⁵ Die meisten Mitgliedstaaten, die der Sitztheorie folgen und ihren nationalen Aktiengesellschaften keinen Wegzug erlauben, haben von der Option des Art. 8 Abs. 5 SE-VO Gebrauch gemacht. Dies trifft etwa auf Frankreich, Österreich, Polen, Estland, Slowenien und Griechenland zu, nicht aber auf Luxemburg. Die durch das MoMiG bewirkte Neuorientierung Deutschlands würde es dieser Logik zufolge nahelegen, § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG auf den Prüfstand zu stellen.

Gegen ein besonderes Schutzbedürfnis bei Sitzverlegung spricht auch, dass eine Fortgeltung aktionärsfreundlicher nationaler Regelungen häufig durch abweichende Vorschriften anderer Mitgliedstaaten gar nicht ausgeschlossen ist. So kann zumeist entweder eine Verankerung in der Satzung oder, wenn das nicht möglich ist, zumindest eine Weitergeltung in Form schuldrechtlicher Nebenabreden vor einer Verschlechterung der Rechtsstellung schützen.⁵⁹⁶ Nicht zuletzt aufgrund der „Alleinstellung“ der deutschen Satzungsstrenge nach § 23 Abs. 5 AktG⁵⁹⁷ sind die Chancen für eine Weitergeltung in der Verbandsverfassung der ihren Sitz aus Deutschland wegverlegenden SE als hoch einzuschätzen.⁵⁹⁸ Vor diesem Hintergrund bleibt festzustellen, dass die identifizierten Risiken sich im Einzelfall selbst bei stark abweichendem Aktienrecht weiter reduzieren bzw. im Extremfall sogar ganz entfallen können. Freilich bedarf es hierzu wiederum der Mitwirkung der Mehrheitsaktionäre.

⁵⁹⁴ Zum selben Ergebnis gelangt auch Hoyer, *Kontinuität*, S. 93, der für Formwechsel und Sitzverlegung insoweit von der „materiellen Diskontinuität“ spricht. Angesichts der Fokussierung dieser Arbeit auf die Sitzverlegung soll hier jedoch weiterhin der gebräuchliche Terminus „Statutswechsel“ verwendet werden.

⁵⁹⁵ Anders Hommelhoff, *ZGR* 1993, 452, 471 f. in Bezug auf den Formwechsel, der dort für eine Unzumutbarkeitsprüfung im Einzelfall plädiert.

⁵⁹⁶ Hierzu ausführlich Hoyer, *Kontinuität*, S. 97 ff.

⁵⁹⁷ Diese ist gem. Art. 9 Abs. 1 lit. c ii SE-VO auf die SE anwendbar, vgl. Hommelhoff, in: Habersack/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), *FS Ulmer*, S. 267, 276. Zur Kritik an der deutschen Satzungsstrenge siehe nur Hirte, in: *ZGR Sonderheft 13* (1998), 61 ff.; ausführlich zur Satzungsfreiheit desw. Hopt, ebda, S. 123, 136 ff.; speziell zur europarechtlichen Problematik der Satzungsstrenge vor dem Hintergrund der „Golden-Shares“-Entscheidungen des EuGH Grundmann/Möslein, *ZGR* 2003, 317, 363 f. Insbesondere das britische und das niederländische Recht sind diesbezüglich wesentlich liberaler, auch das belgische Recht gewährt mehr Freiheiten in dieser Hinsicht, vgl. Grundmann, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, § 11, Rn. 371 (S. 197). Zur Stärkung der Satzungsautonomie in Griechenland siehe Rokas, in: Grundmann/Mülbert u. a. (Hrsg.), *FS Hopt*, S. 3291, 3292 f.

⁵⁹⁸ Hoyer, *Kontinuität*, S. 68 f. Rechtsvergleichend hierzu Hopt, *ZGR Sonderheft 13* (1998), 123, 126, 137.

Schließlich drängt sich in diesem Zusammenhang ein Vergleich auf zwischen einer Sitzverlegung und anderen Satzungsänderungen mit ähnlich weitreichenden Auswirkungen. Als Beispiel kann der Wechsel zwischen monistischem und dualistischem System oder die Neufestlegung von Hauptversammlungszuständigkeiten dienen. Beides ist durch Satzung vorzusehen, wie sich aus Art. 38 lit. b bzw. Art. 52 S. 2 SE-VO ergibt. So bezeichnet *Hommelhoff* die Wahlmöglichkeit zwischen den beiden Leitungssystemen plastisch als „Gesellschaftswahlrecht im Gewande eines Regelungsauftrags“.⁵⁹⁹ Für einen nachträglichen Wechsel des Systems ist genauso wenig wie für bestimmte Gründungsarten – namentlich die Tochtergründung bzw. den Formwechsel von einer (dualistischen) AG in eine (monistische) SE – die Möglichkeit eröffnet, speziellen Minderheitenschutz vorzusehen.⁶⁰⁰ Dies relativiert auch die Notwendigkeit eines solchen anlässlich einer Sitzverlegung. Tatsächlich sind die Auswirkungen eines Hauptversammlungsbeschlusses sicher ähnlich weitreichend, wenn hierdurch etwa ein genehmigtes Kapital i. S. d. § 202 Abs. 1 AktG geschaffen und dabei der Vorstand ermächtigt wird, im Zuge dessen einen Bezugsrechtsausschluss vorzusehen. Ähnliches lässt sich auch und gerade unter Berücksichtigung der Aktionärsinteressen⁶⁰¹ sicher auch für einen Wechsel in das monistische System unter Umsetzung eines CEO-Modells sagen, bei dem der Vorsitzende des Verwaltungsrats gleichzeitig Vorsitzender der Geschäftsleitung ist.⁶⁰² Viele weitere Detailfragen aus den oben rechtsvergleichend beleuchteten Bereichen lassen sich abweichend ohne Sitzverlegung durch Satzung regeln, etwa die Ermächtigung von Vorstand und Aufsichtsrat, bestimmte vom gesetzlichen Regelfall abweichende Teile des Jahresüberschusses in die Gewinnrücklagen einzustellen, vgl. § 58 Abs. 2 S. 2 AktG. Nach § 134 Abs. 1 S. 2 AktG kann die Anzahl der Stimmrechte eines Aktionärs durch Festsetzung eines Höchstbetrages beschränkt werden, wenn es sich um eine nicht börsennotierte Gesellschaft handelt. Abfindungsansprüche der hiergegen votierenden Minderheit sind keine vorgesehen. Lediglich die Kontrollmöglichkeiten – insbesondere das Antragsrecht zur Bestellung von Sonderprüfern und die Klagemöglichkeiten – erscheinen „satzungsfest“.⁶⁰³ Vermutlich ist es aber nur eine Frage der Zeit, bis auch hier eine Harmonisierung zumindest für die börsennotierten Gesellschaften stattfindet.⁶⁰⁴

Bemerkenswert ist schließlich die Tendenz in vielen Mitgliedstaaten, ein unterschiedliches Schutzniveau für die Minderheitsaktionäre börsennotierter und nicht börsennotierter Kapitalgesellschaften vorzusehen, etwa in Bulgarien,⁶⁰⁵ Polen, Italien, Frankreich und Ungarn.⁶⁰⁶ Auch im

⁵⁹⁹ Vgl. Hommelhoff, in: Habersack/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Ulmer, S. 267, 274. Zur Bedeutung der monistischen SE als „Prototyp der Publikumskapitalgesellschaft mit monistischer Verfassung, deren Geschäftsleitung nicht intern, sondern vor allem extern über den Kapitalmarkt kontrolliert wird“ siehe Merkt, in: Lutter/Hommelhoff, Die Europäische Gesellschaft, S. 179, 194.

⁶⁰⁰ Der SE-VO lässt sich dabei weder ein Verbot eines nachträglichen Wechsels des Leitungssystems entnehmen noch weitere Voraussetzungen hierfür, die über die einer Satzungsänderung hinausreichen, vgl. Heckschen, in: Widmann/Mayer, UmwR, Anh. 14, Rn. 508.

⁶⁰¹ Bachmann, ZGR 2008, 779, 790 spricht von der drohenden „Übervorteilung von Anlegern“ in der Publikums-SE durch entsprechende Gestaltungen, die eine ausgeprägte Machtkonzentration im Board bewirken.

⁶⁰² Zur Zulässigkeit auch in einer deutschen SE vgl. Seibt, in: Lutter/Hommelhoff, Die Europäische Gesellschaft, S. 67, 86 f.; Bachmann, ZGR 2008, 779, 789 f.; Paefgen, in: KK AktG, Art. 38 SE-VO, Rn. 21, 35.

⁶⁰³ Auf die Antrags- und Auskunftsrechte muss angesichts der weitgehenden Vereinheitlichung an dieser Stelle erst gar nicht eingegangen werden.

⁶⁰⁴ Zu den dahingehenden Überlegungen vgl. oben Fn. 489.

⁶⁰⁵ Daskalov, in: Bachner/P. Doralt/Winner (Hrsg.), Schutz der Minderheitsaktionäre in Mittel- und Osteuropa, S. 78 ff., 105, 118, 152 f., s. o. Fn. 439 und 482. Die SE diene als Vorbild für die bulg. AG, Daskalov, ebda, S. 68.

Zuge der jüngsten Reformüberlegungen in Griechenland wurde vorgeschlagen, den Grad der Regelungsautonomie für geschlossene Gesellschaften und Publikumsaktiengesellschaften mit Blick auf die Aktionärsrechte unterschiedlich zu gestalten. Im Hinblick auf das Austrittsrecht ist dies auch geschehen.⁶⁰⁷ Gerade aber auch in Ländern mit liberalem Gesellschaftsrecht bestehen bereits teilweise erhebliche Unterschiede zwischen börsennotierten und nicht börsennotierten Kapitalgesellschaften im Hinblick auf den Minderheitenschutz. So gewährt etwa der Financial Services and Markets Act 2000 (FSMA) in Großbritannien einen sehr weitgehenden Schutz der Kapitalanleger.⁶⁰⁸ Eine „Verfestigung des Gesellschaftstyps der Börsenaktiengesellschaft“ ist als Grundtendenz in vielen Ländern, so auch in den meisten Mitgliedstaaten erkennbar.⁶⁰⁹

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass zwar durchaus für die Aktionäre negative Änderungen bei einem Sitzwechsel zu befürchten sind. Diese konzentrieren sich aber auf immer weniger Gebiete, wären zumeist durch entsprechende Satzungsanpassungen o. ä. vermeidbar und fallen für die Minderheitsgesellschafter börsennotierter Unternehmen deutlich geringer aus.

II. Die Barabfindung nach Art. 8 Abs. 5 SE-VO i. V. m. § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG bei Sitzverlegung im System der Abfindungsregelungen

1. Einführung

Die Untersuchung, wie dem Schutzbedürfnis der Minderheitsaktionäre im deutschen Recht sinnvollerweise Rechnung zu tragen ist, kann angesichts des vom Gesetzgeber gewählten Austritts- und Barabfindungsrechts in § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG auf die Fragen verengt werden, ob sich dieses in das System der Abfindungsansprüche einfügt (2. - 7.) und welchen übergeordneten Prinzipien bzw. verfassungsrechtlichen Anforderungen es zu genügen hat (8.). Dabei sollen die übrigen Abfindungsansprüche vor allem auf die jeweils dahinterstehenden Wertungen sowie daraufhin untersucht werden, inwieweit sie Regelungen für grenzüberschreitende Sachverhalte bereithalten. Im Anschluss hieran kann dann beurteilt werden, ob sich der Abfindungsanspruch wegen Sitzverlegung in dieses System einfügt oder ob sich hieraus Änderungsvorschläge ableiten lassen (9.).

⁶⁰⁶ In Polen betreffend die Sonderprüfung, siehe Cierpial/Horwath, in: Bachner/P. Doralt/Winner (Hrsg.), Schutz der Minderheitsaktionäre in Mittel- und Osteuropa, S. 393 f.; in Italien hinsichtlich des Mindestquorums für die Klagerichte, vgl. Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 12, Rn. 435 sowie ferner dazu Bruno/Ruggiero, in: Bruno/Ruggiero (Hrsg.), Public Companies and the Role of Shareholders, S. 87; in Frankreich steht nur den Minderheitsaktionären börsennotierter Gesellschaften das Recht zu, ein Barabfindungsangebot von der Mehrheit zu verlangen, vgl. Couret, in: Bruno/Ruggiero (Hrsg.), Public Companies and the Role of Shareholders, S. 116 und in Ungarn ist ebenfalls das Austrittsrecht in börsennotierten Gesellschaften erleichtert, siehe Csehi, in: Jung (Hrsg.), Supranationale Gesellschaftsformen im Typenwettbewerb, S. 17, 30 f.

⁶⁰⁷ Rokas, in: Grundmann/Mülbert u. a. (Hrsg.), FS Hopt, S. 3291, 3293, vgl. Fn. 595.

⁶⁰⁸ Prentice, in: Bruno/Ruggiero (Hrsg.), Public Companies and the Role of Shareholders, S. 229. Siehe FSMA v. 14. Juni 2000 (2000 c.8), abrufbar unter:

http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/8/pdfs/ukpga_20000008_en.pdf, zuletzt aufgerufen am. 2.8.2012. Für „listed companies“ gilt des Weiteren der Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre einer Aktiengattung, siehe Prentice, ebda, S. 226; zu den unterschiedlichen differenzierenden Regelungen im englischen Recht siehe auch Bayer, Gutachten E zum 67. DJT (2998), E 71 ff. mit Beispielen auch aus dem CA 2006.

⁶⁰⁹ Genauso Bayer, Gutachten E zum 67. DJT (2008), E 67, 79 f. unter Einbeziehung der Rechtsordnungen in Österreich, England, Frankreich, der Schweiz und Japan.

Die gesetzlich normierten Schutzrechte einer Rechtsordnung sind untereinander abzustimmen.⁶¹⁰ Nicht systemkonforme Schutzrechte werfen allgemein Zweifel auf, ob sie erforderlich bzw. verhältnismäßig sind. Bei der Untersuchung der existierenden Abfindungsvorschriften soll der Blick dabei speziell auf potentielle „Vergleichsfälle“ zur Sitzverlegung gerichtet werden. Zwar verfolgen die Abfindungsrechte nach UmwG, AktG und WpÜG jeweils unterschiedliche Schutzzwecke.⁶¹¹ Das darf aber nicht dazu verleiten, diese als von vornherein nicht miteinander vergleichbar anzusehen und sie deshalb teilweise von der Untersuchung auszuklammern.⁶¹² Ausgehend von der die Abfindungsrechte verbindenden Rechtsfolge ist vielmehr zum einen nach den noch bestehenden Unterschieden auf Rechtsfolgenseite und zum anderen nach Gemeinsamkeiten auch und gerade bei den Schutzzwecken zu suchen.

Grundsätzlich sind zwei Systeme von Abfindungsansprüchen denkbar: Ein europäisches und ein deutsches. Da sie unterschiedlichen Rechtsordnungen entstammen, müssen sie allerdings nicht zusammenpassen, sondern nur „zusammenwirken“.⁶¹³ § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG ist Teil des deutschen Systems. Das Europarecht ist größtenteils nur „abfindungsoffen“, begründet aber i. d. R. keine eigenen Abfindungsansprüche. Einen Sonderfall stellt hier Art. 15 der Übernahme-RL dar, der ausnahmsweise zu einer Implementierung eines Barabfindungsanspruches in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zwingt und in Deutschland durch § 39a WpÜG umgesetzt wurde. Des Weiteren sticht Art. 7 Abs. 5 S. 1 SCE-VO heraus, der den Mitgliedern einer Europäischen Genossenschaft, die in der Generalversammlung gegen den Verlegungsbeschluss gestimmt haben, ein Austrittsrecht verschafft. Dieses hat zur Folge, dass die Verlegung gegenüber den betreffenden Mitgliedern nicht wirksam wird und ein Anspruch auf die Rückzahlung des Geschäftsguthabens entsteht. Ob jedoch damit bereits von einem „europäischen System der Abfindungsansprüche“ gesprochen werden kann, erscheint zumindest zweifelhaft und bedarf im Folgenden der näheren Untersuchung.

Betrachtet werden sollen nur die „Abfindungsansprüche“, d. h. vor allem die gesetzlichen Barabfindungsansprüche von Minderheitsaktionären bzw. -mitgliedern einer deutschen Aktiengesellschaft oder einer europäischen Rechtsform. Soweit die Rechtsprechung in weiteren Fällen eine Abfindung verlangt, sollen diese als mögliche Anwendungsfälle systemtragender Prinzipien auch herangezogen werden. Daneben sind ausgewählte, abfindungsfreie Konstellationen in die Untersuchung mit einzubeziehen, sofern sie zusätzlichen Erkenntnisgewinn versprechen. Die Abfindungsansprüche anlässlich von Zwangsausschlüssen nehmen eine Sonderstellung ein und werden

⁶¹⁰ Vgl. Neuner, *Privatrecht und Sozialstaat* (1999), S. 288, der von den „sozialen Rechten“ spricht.

⁶¹¹ Im Grundsatz verfolgt das UmwG einen verbandsrechtlichen Ansatz, während den Abfindungsvorschriften des WpÜG ein marktrechtlicher Schutz und denen des AktG ein konzernbezogener Schutz zugrunde liegt. Näher dazu etwa Burg/Braun, *AG* 2009, 22, 27; K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, § 31, II, S. 935.

⁶¹² In diese Richtung jedoch Burg/Braun, *AG* 2009, 22, 27. Ähnlich wie hier hingegen Hofmann, *Minderheitenschutz*, S. 20: „Diese klassische Trennung (zwischen Gesellschaftsrecht und Kapitalmarktrecht) verdient aufgrund der hybriden Stellung des Aktionärs jedoch, kritisch hinterfragt zu werden. In börsennotierten Gesellschaften ergibt sich gerade erst aus der Interaktion der beiden Rechtsbereiche der volle Schutz der Minderheitsaktionäre.“

⁶¹³ Dies folgt daraus, dass nationale und europäische Rechtsordnung nach h. M. zwei eigenständige Rechtsordnungen bilden, vgl. EuGH v. 15.7.1964, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251, 1269 – *Costa/ENEL*; BVerfGE 22, 293, 296; Bach, *JZ* 1990, 1108, 1110; Brechmann, *Die richtlinienkonforme Auslegung*, S. 136; Felix, *Einheit der Rechtsordnung*, S. 150 ff.; Herrmann, *Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung*, 97; Hilf, in: K. Schmidt, *Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?* S. 219, 235; Höpfner, *Die systemkonforme Auslegung*, S. 61; a. A. E. Klein, *Unmittelbare Geltung, Anwendbarkeit und Wirkung von europäischem Gemeinschaftsrecht*, S. 9 f.

daher mit Ausnahme der übertragenden Auflösung nicht einzeln vertieft, sondern vielmehr später zusammenfassend den übrigen Abfindungsansprüchen gegenübergestellt.⁶¹⁴

2. Vergleich mit anderen Abfindungsansprüchen europäischen Anlasses

a. Verschmelzungsgründung einer SE (§ 7 SEAG)

§ 7 Abs. 1 S. 1 SEAG beruht auf der Ermächtigung des Art. 24 Abs. 2 SE-VO und begründet unter den dort genannten Voraussetzungen ein Austrittsrecht gegen Barabfindung.⁶¹⁵ § 7 Abs. 5, 2. Alt. SEAG stellt klar, dass die Unangemessenheit der Barabfindung nicht im Wege der Anfechtungsklage gerügt werden kann.⁶¹⁶ Nach § 7 Abs. 6 SEAG stehen Verfügungsbeschränkungen ab Fassung des Verschmelzungsbeschlusses einer anderweitigen Veräußerung von Aktien nicht entgegen.⁶¹⁷

Durch den Verweis des § 12 Abs. 2 SEAG auf § 7 Abs. 2 bis 7 ergeben sich kaum Unterschiede inhaltlicher Art zwischen Verschmelzung und Sitzverlegung. Die Ansprüche anlässlich der Verschmelzungsgründung weisen wiederum eine ähnliche Struktur auf wie die nach §§ 15 Abs. 1 S. 1, 29 Abs. 1 S. 1 UmwG. § 7 Abs. 1 S. 1 SEAG enthält allerdings eine partielle Erweiterung des Minderheitenschutzes im Vergleich zum „Normalfall“ der Verschmelzung zweier deutscher börsennotierter Aktiengesellschaften. Denn danach ist Voraussetzung für den Barabfindungsanspruch, dass die neu zu gründende Gesellschaft ihren Sitz im Ausland haben wird.⁶¹⁸ Damit steckt in jeder Verschmelzungsgründung, deren Produkt eine ausländische SE darstellt, jedenfalls auch eine Sitzverlegung. Hinterfragt man daher das Schutzbedürfnis der Minderheitsaktionäre bei Sitzverlegung, stellt man damit gleichzeitig das Austrittsrecht im Falle der Verschmelzungsgründung auf den Prüfstand.

Tatsächlich liegt auch dem Schutz bei Verschmelzungen der Gedanke zugrunde, dass kein Aktionär gezwungen werden soll, die mit dem Wechsel des Rechtsregimes einhergehenden Ände-

⁶¹⁴ Unten: 8. a. (2) „Eigentumsgrundrecht und Spielraum des Gesetzgebers: Zum Verhältnis von Zwangsausschluss und Austrittsrecht“.

⁶¹⁵ Zur Beschränkung dieses sowie des Anspruchs aus § 6 Abs. 2 SEAG auf deutsche übertragende Rechtsträger vgl. den Gesetzentwurf der Bundesregierung zum SEEG, BT-Drucks. 15/3405, S. 32 f. Zur Forderung einer Erstreckung der Regelung auf übernehmende Rechtsträger siehe Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 24 SE-VO, Rn. 33; ders., ZHR 168 (2004), 132, 159 ff.; ders., ZHR-Sonderheft 71 (2002), 137, 143; Reichert, ZHR-Sonderheft 71 (2002), 165, 185 f.; Vetter, ZHR 168 (2004), 8, 24 ff.; Lutter, JZ 2000, 837, 839; Casper, ZHR 173 (2009), 181, 197 f.

⁶¹⁶ Siehe hierzu jedoch die einschränkenden Voraussetzungen des Art. 25 Abs. 3 S. 1 SE-VO. Dazu ausführlich Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 25 SE-VO, Rn. 20 ff.; Maul, in: KK AktG, Art. 25 SE-VO, Rn. 26 ff., Art. 24, Rn. 17; Casper, ZHR 173 (2009), 181, 198 f. Diese betreffen die meisten Mitgliedstaaten, nicht jedoch Österreich, vgl. Klein, RNotZ 2007, 565, 598; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 24 SE-VO, Rn. 26. Voraussetzung für die Antragsbefugnis zur Nachprüfung des Umtauschverhältnisses ist allerdings das Erreichen eines Minderheitenquorums von wenigstens ein Prozent Anteile am Grundkapital bzw. nominal 70.000 Euro, vgl. Reich-Rohrwig/Wallner, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 2811.

⁶¹⁷ Die Regelung folgt dem Vorbild des § 33 UmwG und findet über die Verweise in § 9 Abs. 2 und § 12 Abs. 2 auch Anwendung bei Holdinggründung und Sitzverlegung.

⁶¹⁸ So auch die Begründung zum SEEG-RegE, BT-Drucks. 15/3405, S. 32. Die Beschränkung des Austrittsrechts auf die sitzverlegende Verschmelzung war im Diskussionsentwurf noch nicht vorgesehen, siehe dazu Neye/Teichmann, AG 2003, 169, 172; Scheifele, Gründung, S. 249; Maul, in: KK AktG, Art. 24 SE-VO, Rn. 28.

rungen seiner Rechte und Pflichten hinnehmen zu müssen. Lediglich dieser Gesichtspunkt sei ausschlaggebend; eine Negativbewertung des ausländischen Rechts sei damit in keiner Weise verbunden. Mit der vorgeschlagenen Differenzierung, die auch in anderen Mitgliedstaaten geplant sei, werde auch dem Interesse der Wirtschaft Rechnung getragen, im Hinblick auf die dadurch ausgelösten Kostenrisiken die Möglichkeit zum Austritt gegen Abfindung sachgerecht zu begrenzen.⁶¹⁹ Diese gesetzgeberische Wertung überzeuge nicht, wird kritisiert, da es inkonsequent sei, dass Deutschland die Einführung der SE in Form des länderspezifischen Modells anstelle einer gemeinschaftsweiten „Einheits-SE“ mitgetragen habe, auf der anderen Seite die verschmelzungsbedingte Aufnahme deutscher Aktionäre in eine ausländische SE aber als so gefährlich ansehe, dass man besagtes Austrittsrecht normiert habe.⁶²⁰ Vereinzelt wurden auch Bedenken vorgebracht im Hinblick auf die Vereinbarkeit der Barabfindungspflicht mit der Niederlassungsfreiheit. Ausländische Gründungsgesellschaften würden indirekt durch die Erschwerung von Mischgründungen gegenüber inländischen Gründungsgesellschaften diskriminiert.⁶²¹ Die h. M. hält eine Ungleichbehandlung wegen Art. 24 Abs. 2, 25 Abs. 3 SE-VO hingegen für zulässig.⁶²²

Das „Schutzsystem“ der §§ 122h, 122i UmwG und der §§ 6, 7 SEAG ist in der Literatur jedoch auch im Übrigen wiederholt kritisiert worden.⁶²³ Unter anderem wird gefordert, eine Möglichkeit der „reformatio in peius“ im Spruchverfahren einzuführen: Das Umtauschverhältnis müsse sich nicht bloß verbessern, sondern auch verschlechtern können. Zudem solle der Minderheitenschutz bei der Verschmelzung auch auf die übernehmenden Gesellschaften erstreckt werden⁶²⁴ und eine alternative Gewährung zusätzlicher Anteile statt des Barausgleichs in Form der Zuzahlungspflicht (vollständige „Abfindung in Aktien“) sei zu erlauben.⁶²⁵

⁶¹⁹ Begründung zum SEEG-RegE, BT-Drucks. 15/3405, S. 32 f. Diese Beschränkung ist insofern systemkonform, als dass die formwechselnde SE-Gründung nach h. M. auch kein Austrittsrecht begründet, dazu näher unten: 7. a. „Fehlender Abfindungsanspruch bei einem Formwechsel nach der SE-VO (Art. 37, 66 SE-VO)“. SE und AG sind durch die Verweisungen in Art. 9 Abs. 1 c ii-iii sowie Art. 10 SE-VO tatsächlich weitestgehend gleichgestellt, vgl. auch Teichmann, AG 2004, 67, 68.

⁶²⁰ Waclawik, DB 2004, 1191, 1193.

⁶²¹ Zweifelnd Maul, in: KK AktG, Art. 24 SE-VO, Rn. 28; vgl. ferner Brandes AG 2005, 177, 180, der die Gesetzgebungskompetenz des deutschen Gesetzgebers für überschritten hält.

⁶²² DAV-Handelsrechtsausschuss, NZG 2004, 75, 78; Kalss, ZGR 2003, 593, 625 □f.; Teichmann, in: Van Hulle/-Maul/Drinhausen, Hdb. SE, § 2, 4. Abschn., Rn. 84; ders. ZGR 2003, 367, 383; Schäfer, in: MüKo AktG, Art. 20 SE-VO, Rn. 22; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 24, Rn. 48; entsprechend zum Gläubigerschutz Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 24 SE-VO, Rn. 8.

⁶²³ Bayer, in Lutter, UmwG, § 122h, Rn. 4; Bayer/J. Schmidt, NZG 2006, 841, 844; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 24 SE-VO, Rn. 33; Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 24 SE-VO, Rn. 13.

⁶²⁴ Vgl. hierzu die zunächst vorgeschlagene Fassung des § 6 Abs. 2 DisKE SEAG, AG 2003, 204, welche nur von „sich verschmelzender Gesellschaft“ spricht, dazu Kalss, ZGR 2003, 593, 621 sowie Neye/Teichmann, AG 2003, 169, 171. Die Erstreckung auf die Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft scheitert hingegen schon an der fehlenden Regelungszuständigkeit des deutschen Gesetzgebers, vgl. Teichmann, ZGR 2002, 383, 429; der deshalb vorschlägt, Ansprüche der ausländischen Aktionäre gegen die inländische Gesellschaft vorzusehen. Zu diesem Themenkreis desw. Hommelhoff, ZGR 1993, 452, 470; Weppner, Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung, S. 27; Witten, Minderheitenschutz, S. 131; Boujong, in: Goerdeler/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Kellermann, S. 1, 14. Nach slowakischem Recht werden hinsichtlich des Minderheitenschutzes die Aktionäre der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft tatsächlich gleich behandelt, vgl. Huber/Majtásová, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 3612 f.; Casper, ZHR 173 (2009), 181, 197 ff.

⁶²⁵ Casper, ZHR 173 (2009), 181, 202; Bayer, in Lutter, UmwG, § 122h, Rn. 4 m. w. N; Bayer/J. Schmidt, NZG 2006, 841, 844; Maier-Reimer, ZHR 164 (2000), 563, 574 ff.

b. Holding-Gründung einer SE (§ 9 SEAG)

Auch § 9 Abs. 1 S. 1 SEAG, mit dem der nationale Gesetzgeber von der in Art. 34 SE-VO eingeräumten Ermächtigung Gebrauch macht, verknüpft die Barabfindungspflicht mit einem Sitz der zu gründenden Holding-SE im Ausland.⁶²⁶ Daneben wurde jedoch als zweiter abfindungsauslösender Fall die Abhängigkeit der Holdinggesellschaft aufgenommen.⁶²⁷ Im Übrigen wird auf § 7 Abs. 2 bis 7 SEAG verwiesen (Abs. 2).⁶²⁸

Das Austrittsrecht bei Holdinggründung wird zumeist als eine Ausprägung des Konzerneingangsschutzes beschrieben, welches konzeptionell am ehesten dem Pflichtangebot bzw. § 305 AktG vergleichbar sei.⁶²⁹ Die Begründung für den Minderheitenschutz wird in der fusionsgleichen Wirkung der Holdingbildung und in der Konzernierung der Gründungsgesellschaften gesehen.⁶³⁰ Da die Gründungsgesellschaften weiterhin bestehen bleiben, könne nur die Mehrheitserlangung durch eine Gesellschaft die Schutzbedürftigkeit begründen. Nicht ausreichend sei damit der bloße Verweis auf die Anfechtungsgefahr und die Zuständigkeit der Hauptversammlung sowie wirtschaftspolitische Erwägungen.⁶³¹ In der Literatur wird hingegen verbreitet bezweifelt, dass angesichts der Möglichkeit eines Verbleibs in den Gründungsgesellschaften überhaupt ein Schutzbedürfnis besteht.⁶³²

Nach § 305 Abs. 2 Nr. 1 AktG hat eine Abfindung vorrangig in Aktien zu erfolgen und eine Barabfindung ist gem. Abs. 2 Nr. 3 zwingend nur anzubieten, wenn der andere Vertragsteil seinen Sitz nicht in einem Mitgliedstaat hat oder selbst abhängig ist von einer ebensolchen Gesellschaft. Eine Barabfindung i. R. d. Holdinggründung ist jedoch schon dann zwingend zu gewähren, wenn die neue Holdinggesellschaft ihren Sitz im europäischen Ausland hat. Es handelt sich insoweit um eine Erweiterung der Barabfindungsangebotspflicht im deutschen Recht.⁶³³ Allein der Kon-

⁶²⁶ Zum nur mittelbaren Auslandsbezug als Gründungsvoraussetzung generell Kalss, ZGR 2003, 593, 630; Paefgen, in: KK AktG, Art. 32 SE-VO, Rn. 6.

⁶²⁷ Kritisch dazu Paefgen, in: KK AktG, Art. 34 SE-VO, Rn. 21; DAV-Handelsrechtsausschuss, NZG 2004, 75, 79 f.; Casper, ZHR 173 (2009), 181, 207.

⁶²⁸ Zur Ausrichtung an den Verschmelzungsvorschriften siehe Teichmann, ZGR 2003, 367, 388 f.; Kalss, ZGR 2003, 593, 632; Paefgen, in: KK AktG, Art. 34 SE-VO, Rn. 9; Schwarz, SE-VO, Art. 34, Rn. 8, 13; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 34, Rn. 13, 33.

⁶²⁹ Paefgen, in: KK AktG, Art. 34, Rn. 13; Krause, Grenzüberschreitende Verschmelzungen – Gesellschaftsrechtliche Aspekte –, in: VGR Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2006, S. 39, 52; Teichmann, AG 2004, 67, 70 ff.; Horn, DB 2005, 147, 149. Das Verhältnis zwischen den Pflichten nach dem WpÜG und § 9 SEAG ist str., vgl. nur Merkt, in: Lutter/Hommelhoff, Die Europäische Gesellschaft, S. 179, 193 f. sowie eingehend Teichmann, ebda, S. 74 ff.; Bayer, ebda, S. 25, 55 ff. m. w. N. Der Sitz der Holding kann jedenfalls frei bestimmt werden, s. Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 32, Rn. 33; Kalss, ZGR 2003, 593, 630.

⁶³⁰ Kalss, ZGR 2003, 593, 630.

⁶³¹ So aber Teichmann, ZGR 2003, 365, 394, der auf das Fehlen eines Erfordernisses eines Hauptversammlungsbeschlusses i.R.d. § 305 AktG verweist, womit, anders als bei der Holdinggründung, auch keine Anfechtungsrisiken bestünden. Ein Schutzbedürfnis bejahen auch Ihrig/Wagner, BB 2004, 1749, 1752; dies., BB 2003, 969, 973. Wie hier dagegen Kalss, ZGR 2003, 593, 633 f.

⁶³² Vgl. Paefgen, in: KK AktG, Art. 34 SE-VO, Rn. 19; DAV-Handelsrechtsausschuss, NZG 2004, 957, 958; Vetter, in: Lutter/Hommelhoff, Die Europäische Gesellschaft, S. 111, 158 f.; Scheifele, Gründung, S. 352; Heckschen, in: Widmann/Mayer, UmwR Anhang 14, Rn. 292; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 34, Rn. 16; Klöhn, Abfindungsansprüche, S. 233, der § 9 Abs. 1 S. 2. Fall SEAG als eine „systemfremde Norm“ bezeichnet. Insbesondere steht die Abfindungsregelung im Widerspruch zu der Möglichkeit, eine abfindungsfreie Ausgliederung auf (ausländische) Tochterunternehmen zu dem Zweck vorzunehmen, eine Holdinggesellschaft zu schaffen, hierzu Karollus, in: Lutter (Hrsg.), Umwandlungsrechtstage, S. 157, 176 f.

⁶³³ Siehe auch Waclawik, DB 2004, 1191, 1193.

zerneingangsschutz reicht hierfür als Begründung der Barabfindungspflicht folglich nicht aus. Die Gründungsgesellschaften bestehen gem. Art. 32 Abs. 1 S. 2 SE-VO fort. Die Gesellschafter können frei entscheiden, ob sie ihre Anteile in die SE einbringen möchten oder nicht, wie sich aus Art. 33 Abs. 1 S. 1 SE-VO ergibt. In diesem Punkt geht § 9 Abs. 1 S. 1 1. Alt. SEAG also noch über die Wahlmöglichkeit der Aktionäre bei Sitzverlegung hinaus, da diese zumindest nicht in der Gesellschaft im alten Sitzstaat verbleiben können.

Im Ergebnis läuft also auch die Rechtfertigung des Schutzbedürfnisses für die Angebotspflicht nach § 9 Abs. 1 S. 1 1. Alt. SEAG – einschließlich der Überprüfung des nationalen Barabfindungsanspruchs auf seine Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit⁶³⁴ – parallel zu der Rechtfertigung für die grenzüberschreitende Sitzverlegung. Wie die sitzverlegende Verschmelzung setzt sie diese voraus.

c. SCE-Gründung und -Sitzverlegung (Art. 7 Abs. 5 S. 1 SCE-VO, §§ 7, 8 SCEAG)

Die Einführung der Rechtsform der Europäischen Genossenschaft (SCE) erfolgte fast zwei Jahre nach Erlass der SE-VO. Art. 7 Abs. 5 S. 1 SCE-VO gibt den Mitgliedern einer Europäischen Genossenschaft, die gegen eine Sitzverlegung gestimmt haben, das Recht zum Austritt. Dieser begründet den Anspruch auf Auszahlung des Geschäftsguthabens, Art. 7 Abs. 5 S. 3 SCE-VO. Wie bei der SE werden die Mitgliedstaaten ermächtigt, Schutzvorschriften zugunsten der bei einer Verschmelzungsgründung beteiligten Mitglieder der SCE vorzusehen, Art. 28 Abs. 2 SCE-VO. Dementsprechend wird im Fall einer Verschmelzungsgründung unter der Voraussetzung, dass die SCE ihren Sitz im Ausland haben wird, ein Austrittsrecht gegen Barauszahlung gewährt („Aus-schlagungsrecht“ betreffend die zu gewährenden Anteile an der SCE), § 8 Abs. 1, 4 S. 1 SCEAG.⁶³⁵

Ob aus Art. 7 Abs. 5 S. 1 SCE-VO eine allgemeine Wertung des Europäischen Gesetzgebers entnommen werden kann, wonach eine Sitzverlegung ein Austrittsrecht gegen Barabfindung (bzw. Rückzahlung des Geschäftsguthabens) nach sich ziehen soll, erscheint mehr als zweifelhaft. Zwar stellt diese Regelung bislang den einzigen Fall dar,⁶³⁶ in dem die Entscheidung für oder gegen einen Minderheitenschutz bei Begründung eines ausländischen Sitzes nicht den Mitgliedstaaten überlassen wurde.⁶³⁷ Im Hinblick auf die Besonderheiten eines genossenschaftlichen Zu-

⁶³⁴ Diese bezweifelt etwa Paefgen, in: KK AktG, Art. 34 SE-VO, Rn. 21.

⁶³⁵ Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates vom 22. Juli 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE), BGBl. I S. 1911 (Nr. 39); zuletzt geändert durch Artikel 7 G. v. 30.7.2009 BGBl. I S. 2479.

⁶³⁶ Allein Art. 18 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 (b) des Entwurfs einer SPE-VO (Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der europäischen Privatgesellschaft (SPE) vom Juni 2008, KOM (2008) 396) sieht noch vor, dass die Verlegung des Sitzes in einen anderen Staat einen Austrittsgrund darstellt. Der Entwurf ist abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/epc/proposal_de.pdf, zuletzt aufgerufen am 2.8.2012. Zu diesem Vorhaben umfassend Boucourechlieu/Hommelhoff (Hrsg.), Vorschläge für eine Europäische Privatgesellschaft (1999). Zu diesem und weiteren Vorhaben siehe ferner Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 4, Rn. 38 f. (S. 87 f.).

⁶³⁷ Zur Voraussetzung „zwingender Regelungen“ im Europarecht zur Begründung eines allgemeinen Rechtssatzes

sammenschlusses ist diese Entscheidung aber nicht verallgemeinerungsfähig. So ist es bereits ein Grundprinzip der SCE, das jedes Mitglied jederzeit ausscheiden kann.⁶³⁸ Es handelt sich also bei den speziellen Austrittsrechten allenfalls um Modifikationen dieses allgemeinen Rechts.⁶³⁹ Die Unterschiede zu anderen Rechtsformen werden auch in den Erwägungsgründen 7 und 8 hervorgehoben: „Bei Genossenschaften handelt es sich vor allem um Vereinigungen von natürlichen oder juristischen Personen, für die besondere und andere Funktionsprinzipien als für andere Wirtschaftssubjekte gelten. (...) Diese besonderen Prinzipien betreffen vor allem den Grundsatz des Vorrangs der Person gegenüber dem Kapital, der seinen Ausdruck in spezifischen Regeln für den Eintritt, den Austritt und den Ausschluss der Mitglieder findet.“ Der SCE-VO kommt damit kein Erkenntnisgewinn für andere Austrittsrechte zu.

d. Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften (§ 122h, i UmwG)

Die §§ 122a ff. UmwG setzen die einen Monat vor Verkündung des Sevic-Urteils verabschiedete RL 2005/56/EG (internationale Verschmelzungsrichtlinie) um.⁶⁴⁰ Art. 4 Abs. 2 S. 2 der RL ermächtigt die Mitgliedstaaten zum Erlass nationaler Vorschriften für einen angemessenen Schutz der Minderheitsgesellschafter, die eine grenzüberschreitende Verschmelzung abgelehnt haben. Von dieser Möglichkeit hat der deutsche Gesetzgeber konkret mit den §§ 122h, i UmwG Gebrauch gemacht.⁶⁴¹ Diese Vorschriften wiederum orientieren sich an §§ 6 f. SEAG.⁶⁴² Die obigen Ausführungen zur Verschmelzungsgründung gelten daher entsprechend. Soweit auch die umwandlungsrechtlichen Vorschriften allein an die Grenzüberschreitung anknüpfen, wird dies speziell im Hinblick auf den 3. Erwägungsgrund sowie Art. 4 Abs. 1 lit. b S. 1 i. V. m. Abs. 2 S. 1 der IntVerschmRL für problematisch gehalten.⁶⁴³ Danach sind grundsätzlich die Vorschriften über nationale Verschmelzungen auch auf internationale Sachverhalte zu erstrecken. Allerdings ist der Minderheitenschutz anlässlich der grenzüberschreitenden Verschmelzung nach Art. 4 Abs. 2 S. 2 IntVerschmRL hiervon ausdrücklich ausgenommen.⁶⁴⁴ Eine SE ist – außerhalb der Rege-

vgl. EuGH v. 15.10.2009, Rs. C-101/08, Slg. 2009, I-9823 (Rn. 34) – Audiolux.

⁶³⁸ Alfandari/Piot, in: Schulze (Hrsg.), SCE Hdb, 4. Kap., Rn. 49. Zur SCE im Allgemeinen vgl. ferner: Blomeyer, BB 2000, 1741; Schaffland/Korte, NZG 2006, 253.

⁶³⁹ Vgl. Alfandari/Piot, in: Schulze (Hrsg.), SCE Hdb, 4. Kap., Rn. 49.

⁶⁴⁰ Zweites Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes v. 19.4.2007, BGBl I 2007, 542 zur Umsetzung der 10. gesellschaftsrechtliche RL v. 26.10.2005, Abl. L 310/1. Zu der in Folge von Sevic entstandenen Diskussion um das Verhältnis der RL zu dieser Rechtsprechung respektive NLF vgl. Oechsler, NJW 2006, 812; Siepe, Grenzüberschreitende Verschmelzung, S. 58 f.

⁶⁴¹ Kritisch dazu Klein, RNotZ 2007, 565, 600, der hierfür kein Bedürfnis sieht; ähnlich Bayer/Schmidt, NZG 2006, 841, 844; vgl. auch Decher, Der Konzern 2006, 805, 810 f., der in dem Minderheitenschutz einen wesentlichen Nachteil gegenüber der früher schon praktizierten Art von Unternehmenszusammenschlüssen in der rechtlichen Form der Übernahme oder Gründung einer NewCo nach traditionellem Muster erblickt. Positiv hingegen H.-F. Müller, Der Konzern 2007, 81, 86.

⁶⁴² Heckschen, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 122h UmwG, Rn. 10, 16; Bayer, in: Lutter, UmwG, § 122h, Rn. 2; ähnlich (Vorschriften vergleichbar) Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 122h, Rn. 1 sowie § 122i, Rn. 1; Polley, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 122h, Rn. 1.

⁶⁴³ Hierzu siehe Grundmann, European Company Law, S. 578; ders., Europäisches Gesellschaftsrecht, § 26, Rn. 934; Hügel, in: Kalss/Hügel, SE-Kommentar, § 17 SEG, Rn. 26.

⁶⁴⁴ Die SE-VO ist in Bezug auf den Minderheitenschutz bei Sitzverlegung an dieser Stelle weniger eindeutig. Inhaltlich ergibt sich dennoch dasselbe Ergebnis aus dem allgemeinen Vorbehalt anderweitiger Regelungen der

lungen zur Verschmelzungsgründung – selbst taugliche Teilnehmerin einer potentiellen Verschmelzung zur Aufnahme nach den §§ 122a ff. UmwG.⁶⁴⁵

e. Übernahme- und Pflichtangebot nach der ÜbRL

Die Übernahmerichtlinie⁶⁴⁶ gilt ausweislich ihres Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 für alle öffentlichen Übernahmeangebote, die auf den Erwerb von Stimmrechtsaktien einer EU-Gesellschaft gerichtet sind, deren Aktien wenigstens teilweise mindestens auf einem EU-Markt gehandelt werden.⁶⁴⁷ Unterschieden wird zwischen dem Pflichtangebot⁶⁴⁸ als dem Angebot, das sich einem Kontrollerwerb anschließt und einem freiwilligen Angebot,⁶⁴⁹ das den Kontrollerwerb zum Ziel hat. Dabei ist die dogmatische Einordnung der in § 35 Abs. 2 S. 1 WpÜG enthaltenen Angebotspflicht umstritten. Eine Ansicht begreift das Pflichtangebot als Mittel des Konzernzugangsschutzes, die andere Ansicht schlägt die Vorschrift dem kapitalmarktrechtlichen Anleger-schutz zu.⁶⁵⁰ Da die einzelnen Schutzerwägungen, die bei Konzernierungen eine Rolle spielen, später im Zusammenhang mit § 304 f. AktG noch näher erörtert werden, soll an dieser Stelle allein die Begründung der Verfechter einer kapitalmarktrechtlichen Sichtweise interessieren. Diesen zufolge sollen die Minderheitsaktionäre vor einer Entwertung ihrer Anteile geschützt werden, die zum einen durch einen sogenannten Minderheitsabschlag anlässlich des Bekanntwerdens einer Kontrollerlangung und zum anderen durch ein mögliches Überangebot an Aktien mit entsprechendem Preisverfall wegen der gleichzeitig erfolgenden Verkaufsreaktionen drohe.⁶⁵¹ Ursache des Minderheitsabschlags ist allein das formale Bestehen der Kontrollposition, wohingegen die Verkaufsreaktionen auf die Veränderung der ursprünglichen Investitionsentscheidung zurückzuführen sein sollen.⁶⁵² Daneben wird vom Gesetzgeber eine Partizipation der Minderheitsaktionäre an Paketzuschlägen angestrebt.⁶⁵³ Diese Schutzzwecke lassen sich ersichtlich nicht auf die Sitzverlegung übertragen.

Verordnung in Art. 10 SE-VO, dazu s. o.: II. 4. b. (2) „Art. 10 und der Regelungsbereich der SE-VO“.

⁶⁴⁵ Davon geht auch der deutsche Gesetzgeber aus: Begr. RegE eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG v. 12.10.2006, BT-Drucks. 16/2919, S. 14; siehe auch Herrler, EuZW 2007, 295, 296; Kossmann/Heinrich, ZIP 2007, 164, 166; Spahlinger/Wegen, NZG 2006, 721, 723; Oechsler, NZG 2006, 161 ff.; Müller, NZG 2006, 286, 287; Klein, RNotZ 2007, 565, 573; Drinhausen/Keinath, BB 2006, 725, 726; Drinhausen, in: Semler/Stengel, UmwG, § 122b, Rn. 5; Forsthoff, DStR 2006, 613; Heckschen, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 122b UmwG, Rn. 16; Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 122a, Rn. 16 und § 122b, Rn. 7; Bayer, in: Lutter, UmwG, § 122b, Rn. 7; Siepe, Grenzüberschreitende Verschmelzung, S. 98 m. w. N.

⁶⁴⁶ Nachweis siehe Anhang II.

⁶⁴⁷ Näher zum Anwendungsbereich Mülbert, NZG 2004, 633, 63 f.

⁶⁴⁸ In technischer Hinsicht besteht zwischen den umwandlungs- und aktienrechtlichen Abfindungsansprüchen und dem Pflichtangebot der Unterschied, dass ein klagbarer Anspruch des Aktionärs erst nach Veröffentlichung der Angebotsunterlage entsteht, siehe nur Hommelhoff/Witt, in: Haarmann/Schüppen (Hrsg.), Frankfurter Kom. z. WpÜG, § 35, Rn. 5. Rechtsvergleichend zur Umsetzung im französischen Recht Kirchner, Kompensationsleistungen, S. 73 ff. sowie in Österreich und der Schweiz Hommelhoff/Witt, aaO, § 35, Rn. 10 ff.

⁶⁴⁹ Das WpÜG spricht insoweit vom „Übernahmeangebot“, vgl. § 29 Abs. 1 WpÜG. Näher hierzu etwa Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 9a, Rn. 8 ff.

⁶⁵⁰ Für eine gesellschaftsrechtliche Einordnung etwa Mülbert/U. H. Schneider, WM 2003, 2301, 2304; a. A. Paul, Der Konzern 2009, 80 ff. m. w. N.

⁶⁵¹ Paul, Der Konzern 2009, 80, 84.

⁶⁵² Paul, Der Konzern 2009, 80, 85 f.

⁶⁵³ Vgl. § 4 S. 1 WpÜG-AngebotsVO, dazu: Paul, Der Konzern 2009, 80, 82 f.

Die ÜbRL selbst stellt jedoch den einzigen Fall dar, in dem der europäische Gesetzgeber den Minderheitenschutz zum Ziel einer Richtlinie erklärt.⁶⁵⁴ Demnach sollen „gewisse Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten (...) im Interesse der Gesellschafter und Dritter vorgeschrieben sind (...) gemeinschaftsweit gleichwertig“ gestaltet werden.⁶⁵⁵ Die Richtlinie geht dementsprechend inhaltlich über alle anderen europäischen Regelungen hinaus, die den Minderheitenschutz betreffen, indem sie insbesondere Bestimmungen zu Art (Art. 15 Abs. 5 S. 2 und 3) und Angemessenheit (Art. 5 Abs. 4, 15 Abs. 5 Unterabs. 2) der Abfindung sowie zu deren Kontrolle (Art. 4 Abs. 1 S. 1, Abs. 5 S. 1) enthält. Es bedarf deshalb der Untersuchung, inwieweit diesen Vorschriften Wertungen des europäischen Gesetzgebers entnommen werden können, die möglicherweise auch im Falle der SE-Sitzverlegung zur Geltung gebracht werden können.

Den direkten „übernahmerechtlichen Vergleichsfall“ mit der Sitzverlegung einer deutschen SE ins EU-Ausland stellt die Übernahme einer inländischen Zielgesellschaft durch eine Gesellschaft mit Sitz in einem anderen EU/EWR-Staat dar. In beiden Fällen werden die Geschicke der betroffenen Gesellschaft jedenfalls zukünftig aus dem Ausland heraus bestimmt, wo sich auch der Satzungssitz der herrschenden bzw. der der umgezogenen Gesellschaft befindet.⁶⁵⁶

Der EuGH hat in der Rechtssache „Audiolux“ bereits entschieden, dass sich aus dem Gemeinschaftsrecht kein allgemeiner Rechtssatz herleiten lässt, der besagt, dass im Falle einer Kontrollerrlangung durch den Mehrheitsaktionär Minderheitenschutz zu gewähren ist.⁶⁵⁷ Zwar ging es in dieser Entscheidung darum, im Wege der Induktion ein gemeinschaftsrechtliches Gebot der Gleichbehandlung von Aktionären aus verschiedenen anderen EU-Vorschriften herzuleiten. Dennoch sind einige Grundaussagen dieses Urteils auch für die vorliegende Frage relevant. Konkret weist der Gerichtshof darauf hin, dass „der bloße Umstand, dass es im abgeleiteten Gemeinschaftsrecht verschiedene Vorschriften zum Schutz von Minderheitsaktionären gibt, für sich genommen noch nicht für den Nachweis der Existenz eines allgemeinen Grundsatzes des Gemeinschaftsrechts genügt, insbesondere wenn ihr Anwendungsbereich auf sehr genau festgelegte und bestimmte Rechte beschränkt ist. (...) Einen Indizwert haben diese Vorschriften nur, soweit sie zwingend formuliert sind.“⁶⁵⁸ Eine Vorschrift, die zwingend einen Barabfindungsanspruch im Falle grenzüberschreitender Übernahmen vorsieht, gibt es jedoch nicht. Ein Barangebot wird, außer im Fall eines Squeeze-Out, nur dann zwingend erforderlich, wenn ein mindestens fünfprozentiger Anteil der Zielgesellschaft vorher gegen Geld erworben wurde oder keine liquiden Aktien, die zum Handel an einem geregelten Markt zugelassen sind, als Gegenleistung angeboten werden (Art. 5 Abs. 5 Unterabs. 2 u. 3, s.o.). Damit ist der ÜbRL ganz im Gegenteil zu entnehmen, dass liquide Wertpapiere und Geldleistung grundsätzlich als gleichwertige Gegenleistungen angesehen werden. Die Vorschrift ist deshalb allein im Hinblick auf das

⁶⁵⁴ Vgl. Erwägungsgründe 1, 2, 9 und 19 der ÜbRL; zu diesem Regelungszweck s.auch Kindler/Horstmann, DStR 2004, 866, 867.

⁶⁵⁵ Erwägungsgrund Nr. 1 der ÜbRL (RL 2004/25/EG). Inwieweit die einzelnen Regelungen zu diesem Ziel passen, ist eine andere Frage, zweifelnd diesbezüglich Grundmann, *European Company Law*, S. 192 f.

⁶⁵⁶ Zur Maßgeblichkeit des Satzungssitzes bei grenzüberschreitender Übernahme siehe Mülbart, NZG 2004, 633, 638; Maul, NZG 2005, 151, 158; Seibt/Heiser, ZGR 2005, 200, 208 ff.

⁶⁵⁷ EuGH v. 15.10.2009, Rs. C-101/08, Slg. 2009, I-9823 – Audiolux. Hierzu etwa Basedow, in: Grundmann/Mülbart u. a. (Hrsg.), FS Hopt, S. 27, 30 ff.

⁶⁵⁸ EuGH v. 15.10.2009, Rs. C-101/08, Slg. 2009, I-9823 – Audiolux (Rn. 34).

Schutzbedürfnis von Minderheitsaktionären einer ihren Sitz verlegenden börsennotierten SE aufschlussreich. Denn hieraus ergibt sich die Wertung des europäischen Gesetzgebers, dass eine Barabfindung definitiv dann nicht zwingend erforderlich ist, wenn stattdessen an einem geregelten Markt eines Mitgliedstaates gehandelte Aktien gewährt werden.⁶⁵⁹ An den Maßstäben des EuGH gemessen wäre hingegen ein Indizwert auch für einen dahingehenden allgemeinen europäischen Grundsatz zu verneinen, da die Richtlinie genauso wenig einen zwingenden Ausschluss der Barabfindung für diese Fälle vorsieht.⁶⁶⁰

f. Barabfindung nach der SpaltRL

Die RL 82/891/EWG (Spaltungsrichtlinie)⁶⁶¹ sieht in Art. 5 Abs. 2 S. 1 vor, dass das mitgliedstaatliche Recht bestimmen kann, dass die Aktionäre der gespaltenen Gesellschaft ihre Aktien aufkaufen lassen können, sofern ihnen nicht Aktien der begünstigten Gesellschaften im Verhältnis zu ihren Rechten am Kapital der gespaltenen Gesellschaft gewährt werden. Nach S. 2 haben sie in diesem Fall Anspruch auf ein dem Wert ihrer Aktien entsprechendes Entgelt, welches gem. S. 3 bei fehlender Einigung hierüber durch ein Gericht festgesetzt wird. Damit spricht die SpaltRL eine Barabfindungsmöglichkeit nicht nur an, sondern beschränkt diese sogar explizit auf die Fälle der nicht verhältnismäßigen Spaltung. Ansatzweise kommt hier der sog. „Proportionalitätsgrundsatz“ zum Ausdruck.⁶⁶² Der deutsche Gesetzgeber geht über diesen Mindeststandard der Richtlinie hinaus, indem er durch §§ 125 S. 1, 29 UmwG für jeden Fall einer Mischspaltung ein Barabfindungsangebot vorschreibt.⁶⁶³

Interessanterweise ist diese Vorschrift auch nicht gem. Art. 25 SpaltRL von der Anwendung ausgenommen, wenn bei einer Spaltung die gespaltene Gesellschaft weiter existiert, sofern das mitgliedstaatliche Recht diese Möglichkeit überhaupt vorsieht. Damit lässt sich aus Art. 34 i. V. m. 32 Abs. 1 S. 2 SE-VO folgern, dass es keinen europäischen Grundsatz gibt, der die Abfindungsmöglichkeiten auf Fälle der fehlenden Fortexistenz der umstrukturierten bzw. beteiligten Gesellschaft beschränkt.

⁶⁵⁹ Näher dazu Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 9a, Rn. 11; Prasuhn, Unternehmensübernahmen, S. 119 f.; eingehend zur Art der Gegenleistung Krause, in: Assmann/Pötzsch/Schneider, WpÜG, § 31, Rn. 37 ff.; Krause, ZGR 2002, 500, 514 ff. sowie speziell zur Eignung ausländischer Aktien als Gegenleistung Bouchon/v. Breitenbach, ZIP 2004, 58 ff.

⁶⁶⁰ Im Gegenteil: Art. 5 Abs. 5 Unterabs. 4 stellt es den Mitgliedstaaten frei, vorzusehen, dass in allen Fällen eine Geldleistung „zumindest wahlweise“ angeboten werden muss. Das gleiche gilt für die Gegenleistung beim Squeeze-Out, die gem. Art. 15 Abs. 5 Unterabs. 1 S. 2 dieselbe Form aufzuweisen hat wie die des vorangegangenen Angebots oder eine Geldleistung sein muss. Näher zum übernahmerechtlichen Squeeze-Out und den Unterschieden zu §§ 227 a ff. AktG: Pafegen, in: Aderhold/Grunewald u. a. (Hrsg.), FS H. P. Westermann, S. 1221 ff. m. w. N.

⁶⁶¹ Sechste Richtlinie 82/891/EWG des Rates vom 17.12.1982 betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften (SpaltRL), ABl. EG Nr. L 378, 1982, 47 ff. Dazu etwa Schnorbus, Gestaltungsfreiheit im Umwandlungsrecht, S. 26 ff.

⁶⁶² Hommelhoff/Riesenhuber, in: Grundmann (Hrsg.), Systembildung, S. 259, 275 f.; Grundmann, European Company Law, S. 768.

⁶⁶³ Zur Beschränkung des Anwendungsbereichs der SpaltRL auf Auf- und Abspaltungen siehe Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, UmStG, Vorb. §§ 123-177, Rn. 16; Gehling, in: Semler/Stengel, UmwG, § 127, Rn. 4.

3. Fazit zum Vergleich mit anderen Abfindungsansprüchen europäischen Anlasses

Durch die Verweise in § 9 Abs. 2 und § 12 Abs. 2 SEAG hervorgerufen, bildet die SE-Verschmelzungsgründung gesetzestechnisch den Modellfall. Hingegen bauen die Abfindungsansprüche bei Verschmelzungs- und Holdinggründung auf dem Schutzbedürfnis bei der isolierten Sitzverlegung auf, soweit der danach zu gewährende Schutz jeweils einen Sitz im europäischen Ausland voraussetzt. Somit kann die SE-Sitzverlegung hinsichtlich des Minderheitenschutzes als „materieller Modellfall“ bezeichnet werden.

Hat die zu gründende Gesellschaft ihren Sitz im Ausland, so löst dies in den bisher betrachteten Fällen immer ein Austrittsrecht gegen Barabfindung aus. Das gleiche lässt sich hingegen nicht mit Sicherheit für den Fall der Begründung einer Abhängigkeit von einem anderen Unternehmen sagen. So ist nach wohl überwiegender Meinung der Literatur im Übernahmerecht kein Barabfindungsanspruch zwingend zu gewähren, wenn die Bietergesellschaft selbst kontrolliert wird.⁶⁶⁴ Dies führt demnach nicht generell zum Ausschluss der Aktien als gesetzlicher Gegenleistung.

Aus der Zusammenschau der europäisch veranlassten Abfindungsansprüche lassen sich folgende Erkenntnisse gewinnen:

1. Es gibt keinen Grundsatz im europäischen Recht, der besagt, dass bei einer örtlichen Abwanderung der Herrschaft über eine Gesellschaft ins Ausland, sei es durch Kontrollerrlangung eines Ausländers oder durch (auch i. V. m. einer Verschmelzung etwa erfolgende) Sitzverlegung, den betroffenen Aktionären einer Kapitalgesellschaft eine *Barabfindung* zu gewähren sei.
2. Es gibt auch kein europarechtliches Prinzip, wonach überhaupt an die Sitzverlegung einer solchen Gesellschaft zwingend eine Abfindungspflicht zu knüpfen wäre. Dies folgt daraus, dass die entsprechenden Vorschriften der SE-VO, insbesondere Art. 8 Abs. 5 sowie Art. 4 Abs. 2 der RL 2005/56/EG (IntVerschmRL) als Ermächtigungsgrundlagen ausgestaltet sind und von daher keine inhaltliche Regelung treffen. Aus Art. 7 Abs. 5 S. 1 SCEVO kann nichts Gegenteiliges abgeleitet werden, da die Rechtsform einer Genossenschaft in dieser Hinsicht nicht mit der einer Kapitalgesellschaft vergleichbar ist.⁶⁶⁵
3. Im Gegensatz dazu hat der deutsche, das europäische Recht ausführende Gesetzgeber weitgehend konsequent ebensolche Grundsätze (1. und 2.) etabliert, soweit es ihm ermöglicht wurde. Im Übernahmerecht ließ er hingegen entsprechend der Übernahme-Richtlinie die bereits seit Inkrafttreten des WpÜG im Jahre 2002 geltende Gleichbehandlung nationaler und internationaler Sachverhalte hinsichtlich der Abfindungspflichten bzw. der Ab-

⁶⁶⁴ Noack, in: Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar, § 31 WpÜG, Rn. 55; Krause, in: Assmann/Pötzsch/Schneider, § 31 WpÜG, Rn. 45; Oechsler, in: Ehrlicke/Ekkenga/Oechsler, WpÜG, § 31, Rn. 20; Kremer/Oesterhaus, in: KK WpÜG, § 31, Rn. 24; Häger/Santelmann, in: Steinmeyer/Häger, § 31, Rn. 69; ausführlich zum Streitstand und i. E. ebenfalls eine analoge Anwendung von § 35 WpÜG auf diesen Fall ablehnend Technau, AG 2002, 260, 262 ff., 265; a. A. Wackerbarth, in: MüKo WpÜG, § 31, Rn. 62; dies kritisierend auch Habersack, ZHR 166 (2002), 619, 624; Hopt/Mülbert/Kumpan, AG 2005, 109, 114 (de lege ferenda).

⁶⁶⁵ Genauso Kalss in Bezug auf das Austrittsrecht, in: MüKo AktG, nach § 327 f. AktG, Bundesgesetz zur Ausschluss von Minderheitsgesellschaftern (GesAusG), Einleitung, Rn. 1.

findungsart unverändert.

4. Art. 5 Abs. 5 Unterabs. 1 und 2 ÜbRL lässt sich die Wertung entnehmen, dass eine Barabfindung und die Abgeltung in liquiden Aktien einer börsennotierten Gesellschaft grundsätzlich gleichwertig und damit als austauschbar anzusehen sind.⁶⁶⁶
5. Aus Art. 5 Abs. 2 S. 1 i. V. m. Art. 25 SpaltRL und Art. 34 i. V. m. 32 Abs. 1 S. 2 SE-VO folgt, dass es keinen europäischen Grundsatz gibt, der die Abfindungsmöglichkeiten auf Fälle der fehlenden Fortexistenz der umstrukturierten bzw. beteiligten Gesellschaft beschränkt.

Da der europäische Gesetzgeber sich überwiegend auf die Formulierung von Ermächtigungsnormen für entsprechende Schutzvorschriften beschränkt hat und selten eigene Entscheidungen auf diesem Gebiet erkennen lässt, kann von einem „System europäischer Abfindungsansprüche“ (noch) nicht gesprochen werden.⁶⁶⁷ Vor allem aus dem weitgehenden Fehlen zwingender umzusetzender europäischer Schutzvorschriften lässt sich als Zwischenergebnis bereits vorab festhalten, dass im Hinblick auf etwaige Wertungswidersprüche im nationalen „Schutzsystem“ eine Erklärung dieser mit europäischen Vorgaben ausscheidet.⁶⁶⁸

Allerdings hat der europäische Gesetzgeber mit Art. 8 Abs. 5 SE-VO implizit zum Ausdruck gebracht, dass eine Gleichstellung nationaler mit internationalen Sachverhalten aus seiner Sicht gerade nicht immer zwingend zu erfolgen hat.⁶⁶⁹ Die Bedeutung dieser Ermächtigungsvorschrift geht dabei noch über die anderer Parallelvorschriften, etwa Art. 4 Abs. 2 S. 2 IntVerschmRL,⁶⁷⁰ hinaus, da allein aus Art. 8 Abs. 5 SE-VO gleichzeitig gefolgert werden kann, dass speziell die Grenzüberschreitung als solche als potentielle Gefährdung von Minderheiteninteressen angesehen werden kann.

4. Vergleich mit anderen Abfindungsansprüchen im deutschen Recht

a. Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag (§§ 304, 305 AktG)

Die §§ 304 f. AktG enthalten Ausgleichsansprüche der Minderheitsaktionäre für den Fall des Abschlusses eines Unternehmensvertrages.⁶⁷¹ Der Sache nach handelt es sich bei den Ausgleichszahlungen⁶⁷² gem. § 304 Abs. 1 S. 1 und 2 AktG um eine wirtschaftlich an die Stelle der aus-

⁶⁶⁶ Freilich reicht auch hier der Wortlaut der ÜbRL nicht aus, um nach den Maßstäbe des EuGH einen „allgemeinen Rechtsgrundsatz“ des Europäischen Rechts zu begründen, vgl. EuGH v. 15.10.2009, Rs. C-101/08, Slg. 2009, I-9823 – Audiolux.

⁶⁶⁷ Vgl. auch Hommelhoff/Riesenhuber, in: Grundmann (Hrsg.), Systembildung, S. 259, 279, die konstatieren, das Austrittsrecht erscheine „im System der gesellschaftsrechtlichen Richtlinien nicht konsequent durchgeführt“.

⁶⁶⁸ Allgemein zu möglichen Rechtfertigungsgründen von Systembrüchen vgl. Canaris, Systemdenken und Systembegriff (1969), S. 126 f.

⁶⁶⁹ Vgl. auch Teichmann, AG 2004, 67, 69, wonach „die SE-Verordnung selbst erkennt, dass dies (die Rechtsänderungen anlässlich der Sitzverlegung) ein besonderes Schutzbedürfnis begründet“.

⁶⁷⁰ RL 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005.

⁶⁷¹ Zur Anwendung im faktischen Konzern anlässlich einer qualifizierten Nachteilszufügung vgl. Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 28, Rn. 25 m. w. N.

⁶⁷² Unterschieden werden hier die Dividendengarantie (§ 304 Abs. 1 S. 2), der feste und der variable Ausgleich (§

fallenden Dividenden tretende Verzinsung des von den „außenstehenden Aktionären“⁶⁷³ eingezahlten Kapitals, während die Abfindung nach § 305 Abs. 1 AktG im Gegensatz dazu auf eine Rückzahlung des investierten Kapitals an die außenstehenden Aktionäre hinausläuft.⁶⁷⁴

Gemäß § 305 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1 AktG sind Aktien des herrschenden bzw. des mit Mehrheit beteiligten Unternehmens anzubieten, sofern dieses eine selbst unabhängige nicht im Mehrheitsbesitz stehende AG oder KGaA ist und seinen Sitz innerhalb des EU/EWR-Raums hat.

Hintergrund der Abfindungspflicht ist die Entschädigung für die Beeinträchtigung von Herrschaftsrechten. § 305 Abs. 1 AktG soll somit Entschädigung leisten für die mit dem Abschluss des Unternehmensvertrags verbundene Beeinträchtigung oder den Verlust der mitgliedschaftlichen Rechte.⁶⁷⁵ Mit den beiden unterschiedlichen Abfindungsformen des § 305 Abs. 2 – Abfindung in Aktien und Barabfindung – soll es folglich den außenstehenden Aktionären ermöglicht werden, entweder durch die Abfindung in Aktien ihre Rechte fortan (wieder) in einer unabhängigen Gesellschaft auszuüben oder mit Hilfe der Barabfindung über ihr Investment erneut frei zu entscheiden.⁶⁷⁶ Fehlt eine Abfindungsregelung, ist der Vertrag nichtig und das Spruchverfahren ist eröffnet, § 305 Abs. 5 S. 2 AktG.

Im Schrifttum wurde die ausschließliche Abfindung in Aktien nach Abs. 2 Nr. 1 teilweise als „rechtspolitisch nicht befriedigend“ angesehen und gefordert, auch hier eine Barabfindung alternativ und nach Wahl des Aktionärs vorzusehen.⁶⁷⁷ Eine Barabfindung vergrößere den Handlungsspielraum des Berechtigten, der sich bei börsennotierten Gesellschaften gar für die Reinvestition in Aktien der Gesellschaft entscheiden könne.⁶⁷⁸ Nur teilweise berechtigt ist hier der Verweis auf § 31 Abs. 2 und 3 WpÜG,⁶⁷⁹ denn auch diese Vorschriften eröffnen nicht grundsätzlich den

304 Abs. 2 S. 2 AktG). Zu den verschiedenen Formen des Ausgleichs siehe im Überblick Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 21, Rn. 5, 18 ff., 35 ff.

⁶⁷³ Zu diesem Begriff näher Wolf, Abfindungsrechte, S. 100 ff.

⁶⁷⁴ BGHZ 135, 374, 379 – Guano; zu § 304 AktG vgl. ferner BGHZ 156, 57 (61) – Ytong; ebenso schon BGHZ 152, 29 (35 f.); 166, 195, 197, 200; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 304, Rn. 4; dies., Konzernrecht, § 21, Rn. 2. In ihrer Eigenschaft als Dauerleistung unterscheidet sich die Ausgleichspflicht nach § 304 Abs. 1 S. 1 AktG eklatant von der einmaligen Zuzahlung zu einem Anteilstausch bei Verschmelzung etwa, was als „systemwidrig“ kritisiert wird, siehe dazu Klöhn, Abfindungsansprüche, S. 409.

⁶⁷⁵ Begr. RegE, abgedr. bei Kropff, AktG 1965, S. 397; Paulsen, in: MüKo AktG, § 305, Rn. 7; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, AktG, § 305, Rn. 1; Burg/Braun, AG 2009, 22, 26; Koppensteiner, in: KK AktG, § 305, Rn. 5; Hüffer, AktG, § 305, Rn. 1; Stephan, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 305, Rn. 6; Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, § 305, Rn. 1; Schindler, Austrittsrecht, S. 111. Zweifelnd hingegen Wolf, Abfindungsrechte, S. 60 ff.; Hasselbach/Hirte, in: GK AktG, § 305, Rn. 2, die die Hauptfunktion darin sehen, das Risiko eines dauerhaften Wertverlustes der Beteiligungen abzusichern. Der Verlust der Mitwirkungs- und Herrschaftsrechte trete wirtschaftlich dahinter zurück. Zur Problematik des Minderheitenschutzes bei faktischer Konzernierung siehe Zöllner, in: Forster/Grünwald u. a. (Hrsg.), FS Kropff, S. 333 ff.

⁶⁷⁶ Emmerich, in: Emmerich/Habersack, AktG, § 305, Rn. 1; Deilmann, in: Hölters, AktG, § 305, Rn. 1; Paulsen, in: MüKo AktG, § 305, Rn. 7.

⁶⁷⁷ Koppensteiner, in: KK AktG, § 305 Rn. 36.

⁶⁷⁸ Koppensteiner, in: KK AktG, § 305 Rn. 36, der in der geltenden Regelung zutreffend die „Schonung der Liquidität des anderen Vertragsteils“ erblickt, jedoch dem Minderheitenschutz hier jedenfalls den Vorrang einräumen will. Ähnlich Dettling, Die Entstehung des Konzernrechts im Aktiengesetz von 1965, S. 221 (Fn. 33); Hüffer, AktG, § 305, Rn. 14; Hommelhoff, in: Martens/H. P. Westermann u. a. (Hrsg.), FS Claussen, S. 129, 134 f.; a. A. für den Entwurf zum SEEG jedoch Kübler, ZHR 167 (2003), 627, 630.

⁶⁷⁹ Koppensteiner, in: KK AktG, § 305 Rn. 36.

Aktionären eine Wahlmöglichkeit zwischen Barleistung und Aktien.⁶⁸⁰

Ist der andere Vertragsteil hingegen selbst im Mehrheitsbesitz bzw. abhängig, so kann alternativ eine Barabfindung angeboten werden, wenn das betreffende Unternehmen seinen Sitz innerhalb der EU/EWR hat. Anders als im Fall der Eingliederung durch Mehrheitsbeschluss nach § 320b Abs. 1 S. 3 AktG erschließt sich aus dieser Regelung des § 305 Abs. 2 Nr. 2 nicht, wem das Wahlrecht zwischen den Abfindungsarten Aktien und Barleistung zusteht. Die h. M. sieht hier allein die Vertragsparteien als wahlberechtigt an und stützt sich dabei u. a. auf den Wortlaut des § 305 Abs. 5 S. 3, wonach das Gericht an die Wahl der Abfindungsform durch die Parteien gebunden ist.⁶⁸¹ In allen anderen Fällen ist gem. § 305 Abs. 2 Nr. 3 AktG eine Barabfindung anzubieten, etwa wenn der andere Vertragsteil außerhalb der EU/EWR-Staaten seinen Sitz hat oder eine andere Rechtsform als die einer AG oder KGaA besitzt.

Im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit erscheint besonders interessant, dass der Sitz des anderen Vertragsteils in einem anderen Mitgliedstaat gem. § 305 Abs. 2 Nr. 1 AktG gerade keine Barabfindungspflicht auslöst.⁶⁸² Dies gilt nach Abs. 2 Nr. 2 sogar, wenn der andere Vertragsteil selber abhängig ist oder im Mehrheitsbesitz steht.⁶⁸³ Die Gleichstellung von selbst abhängigen Unternehmen als anderem Vertragsteil mit Sitz⁶⁸⁴ der herrschenden Gesellschaft im EU/EWR-Ausland mit den übrigen Konzerngesellschaften wurde nachträglich durch das UMAG eingefügt,⁶⁸⁵ weil man einen Verstoß gegen das europäische Diskriminierungsverbot befürchtete.⁶⁸⁶ Früher wurde vorgebracht, eine ausschließliche Abfindung in Aktien sei rechtspolitisch bedenklich, wenn der andere Vertragsteil seinen Sitz im Ausland habe.⁶⁸⁷ Nach dieser Ansicht besteht eine Parallele zur Situation der Aktionäre bei Abhängigkeit des anderen Vertragsteils. In letzterem Fall sei nämlich nicht gewährleistet, dass die Beteiligung an der ausländischen

⁶⁸⁰ Dazu s. o.: 2. e. „Übernahme- und Pflichtangebot nach der ÜBRL“.

⁶⁸¹ OLG Düsseldorf v. 31.3.2009, I-26 W 5/08, AG 2009, 873, 874 – AML/AMB; Paulsen, in: MüKo AktG, § 305, Rn. 58; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 305, Rn. 15; Veil, in: Spindler/Stilz, § 305, Rn. 17, 21 („Abfindungsoption“); Hüffer, AktG, § 305, Rn. 15 m. w. N.; Koppensteiner, in: KK AktG, § 305, Rn. 46; Krieger, in: Münchener Hdb. AG, § 70, Rn. 119; Liebscher, in: Beck Hdb. AG, § 15, Rn. 158; ausführlich Pentz, Die Rechtsstellung der Enkel-AG in einer mehrstufigen Unternehmensverbindung, S. 96 f.; a. A. Hüchting, Abfindung und Ausgleich, S. 19 f.

⁶⁸² Die Zulässigkeit grenzüberschreitender Unternehmensverbindungen war früher umstritten, wurde aber von Rechtsprechung und h. L. im Hinblick auf das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot bejaht, vgl. Jaecks/Schönborn, RIW 2003, 254, 264 m. w. N.

⁶⁸³ Zur internationalen Zuständigkeit bezüglich der Entscheidung über die Angemessenheit des Ausgleichs bzw. der Abfindung am Sitz der abhängigen Gesellschaft siehe Maul, in: Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft, S. 497.

⁶⁸⁴ Zur Maßgeblichkeit des Satzungssitzes vgl. Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 305, Rn. 12; Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, § 305, Rn. 34; Stephan, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 305, Rn. 39.

⁶⁸⁵ Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts v. 22.9.2005, BGBl I 2005, 2802. Hierzu Veil, in: Spindler/Stilz, § 305 AktG, Rn. 4; Paulsen, in: MüKo AktG, § 305, Rn. 14.

⁶⁸⁶ Die Kommission hatte diesbezüglich ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet; siehe hierzu die Gesetzesbegründung zum UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 31 („auf Vorschlag der Kommission“); vgl. ferner Schön, EWS 2000, 281, 285; Paulsen, in: MüKo AktG, § 305, Rn. 47; Paefgen, in: KK AktG, Art. 34 SE-VO, Rn. 20; vgl. zur alten Fassung etwa Koppensteiner, in: KK AktG, § 305 Rn. 35 ff.; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 305 AktG, Rn. 3.

⁶⁸⁷ So Koppensteiner, in: KK AktG, § 305 Rn. 38 zu § 305 Abs. 2 Nr. 1 AktG a. F. Noch weiter ging eine Minderheit in der Literatur, die früher sogar annahm, grenzüberschreitende Unternehmensverträge seien insgesamt unzulässig, hierzu Bayer, ZGR 1993, 599, 612 m. w. N.

Gesellschaft dem deutschen Recht gleichwertige Rechte vermitteln und zum andern stünde dem das Erfordernis einer Unternehmensbewertung des ausländischen Unternehmens ohne gerichtliche Überprüfungsmöglichkeit nach deutschem Recht entgegen.⁶⁸⁸ Das erste Argument spielt heute die zentrale Rolle bei der Begründung des Austrittsrechts anlässlich der SE-Sitzverlegung. Das zweite Argument aber zielt auf eine Bedrohungslage, die bei der Sitzverlegung mangels Zusammenführung mehrerer Unternehmen mit unterschiedlichem Wert gar nicht eintreten kann.

b. Mehrheitseingliederung (§ 320b AktG)

Nach § 320 Abs. 1 S. 1 AktG kann die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft die Eingliederung in eine andere AG mit Satzungssitz⁶⁸⁹ im Inland beschließen, wenn sich mindestens 95% der Aktien in der Hand der letztgenannten Gesellschaft (Hauptgesellschaft) befinden.⁶⁹⁰ Eine Aufgabe ihre Eigenschaft als selbständige juristische Person ist damit auf Seiten der eingegliederten Gesellschaft nicht verbunden.⁶⁹¹ § 320b Abs. 1 S. 1 AktG gewährt den Aktionären der eingegliederten Gesellschaft einen Anspruch auf angemessene Abfindung, die nach S. 2 in der Regel in eigenen Aktien der Hauptgesellschaft besteht.⁶⁹² Die Abfindung bezweckt bei der Eingliederung einen Vermögensausgleich für den mit der Mehrheitseingliederung notwendig verbundenen Verlust der Mitgliedschaft in der eingegliederten Gesellschaft.⁶⁹³

Auch eine SE kann an einer Eingliederung teilnehmen.⁶⁹⁴ Das Erfordernis eines inländischen Satzungssitzes ist nach Ansicht der Literatur generell kein Hindernis für die Zulässigkeit auch von Eingliederungen in Aktiengesellschaften mit Verwaltungssitz im Ausland und für alle anderen Fälle wird seine Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit zumindest angezweifelt.⁶⁹⁵

⁶⁸⁸ Koppenteiner, in: KK AktG, § 305 Rn. 38; vgl. auch Veil, in: Spindler/Stilz, § 305 AktG, Rn. 34, der schlicht feststellt, diese Bedenken hätten für Aktiengesellschaften der EU nicht mehr zu überzeugen vermocht. Ebenfalls als überholt muss wohl die Ansicht gelten, die für die Wirksamkeit eines solchen Beherrschungsvertrags auch die Vereinbarung der Anwendung des deutschen Rechts fordert, vgl. hierzu die Nachweise bei Großfeld, in: Staudinger, IntGesR 1998, Rn. 575 sowie zur heute h. M. Krieger, in: Münchener Hdb. AG, § 70, Rn. 9; Koppenteiner, in: KK AktG, Vor § 291, Rn. 195.

⁶⁸⁹ Dass mit „Sitz“ in § 319 Abs. 1 S. 1 allein der Satzungssitz gemeint ist, ergibt sich aus dem neugefassten § 5 AktG, vgl. Habersack, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 319, Rn. 7.

⁶⁹⁰ Die Eingliederung in eine KGaA soll nach h. M. ausgeschlossen sein, vgl. Koppenteiner, in: KK AktG, Vor § 319, Rn. 10; Grunewald, in: MüKo, AktG, § 319, Rn. 5; Hüffer, AktG, § 319, Rn. 4; Singhof, in: Spindler/Stilz, AktG, § 319, Rn. 3; Ziemons, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 319, Rn. 6; a. A. Habersack, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 319 AktG, Rn. 6.

⁶⁹¹ Dadurch unterscheidet sich die Eingliederung von der Verschmelzung, vgl. Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 10, Rn. 1; Hüffer, AktG, § 319, Rn. 2; Singhof, in: Spindler/Stilz, AktG, § 319, Rn. 2.

⁶⁹² § 320b Abs. 1 S. 3 AktG soll auch gelten, wenn eine börsennotierte in eine nicht börsennotierte AG eingegliedert wird, Grunewald, in: MüKo AktG, § 320b, Rn. 8; dies., ZIP 2004, 542, 544; Habersack, in: Emmerich/Habersack, § 320b, Rn. 5; Krieger, in: Münchener Hdb. AG, § 73, Rn. 44; Singhof, in: Spindler/Stilz, § 320b, Rn. 7; Ziemons, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 320b, Rn. 6; Habersack, in: Habersack/Mülbert/Schlitt, Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, § 35, Rn. 31; Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 10, Rn. 31.

⁶⁹³ Siehe nur Begr. RegE, abgedr. bei Kropff, AktG 1965, S. 425; Hüffer, AktG, § 320b, Rn. 1. Näher zur Einordnung als intensivste Konzernierungsmaßnahme zwischen Verschmelzung und Zwangsausschluss, Schindler, Austrittsrecht, S. 112 f.

⁶⁹⁴ Grunewald, in: MüKo AktG, § 319, Rn. 6, 10; Ziemons, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 319, Rn. 7; Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 10, Rn. 4; Singhof, in: Spindler/Stilz, AktG, § 319, Rn. 3.

⁶⁹⁵ Habersack, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 319, Rn. 7; Ziemons, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 319, Rn. 8; Singhof, in: Spindler/Stilz, AktG, § 319, Rn. 3. Anders noch Koppenteiner, in: KK

Zum Teil wird die grenzüberschreitende Eingliederung auch bereits ausdrücklich mit der Begründung für zulässig erachtet, der Gesetzgeber habe mit § 320b AktG keine Aussage hierüber getroffen. Die mit einer derartigen Umstrukturierung zusammenhängenden Fragen seien jedoch der Regelung durch die ausländische Rechtsordnung vorbehalten. Es müsse jeweils geprüft werden, ob der Minderheitenschutz den deutschen Standards entspreche.⁶⁹⁶

Folgt man dem, so steht damit jedoch auch fest, dass man aufgrund von Art. 10 SE-VO weder einer ausländischen SE als eingliedernder Gesellschaft noch einer inländischen SE als in eine ausländische Hauptgesellschaft einzugliedernder Gesellschaft die Teilnahmefähigkeit an einer derartigen „sitzverlegenden Eingliederung“ absprechen kann.⁶⁹⁷ Es stellt sich alsdann die Frage, ob für die Abfindung § 320b Abs. 1 S. 2 AktG oder § 7 Abs. 1 S. 1 SEAG analog anzuwenden ist. Grundsätzlich gelten hier die gleichen Überlegungen, die zur Erstreckung des § 305 Abs. 1 Nr. 1 AktG auf EU-ausländische Gesellschaften geführt haben.⁶⁹⁸ Dies würde dafür sprechen, eine Abfindung in Aktien analog § 320b Abs. 1 S. 2 ausreichen zu lassen. Haben jedoch beide beteiligten Gesellschaften die Rechtsform der SE, so könnte man darin eine Umgehung von § 12 Abs. 2 i. V. m. § 7 Abs. 1 S. 1 SEAG und für den Fall, dass nur die Hauptgesellschaft die Rechtsform der SE besitzt eine Umgehung von § 7 Abs. 1 S. 1 SEAG sehen. Soll hingegen eine AG in eine ausländische SE eingegliedert werden, so stünde dem möglicherweise sogar Art. 37 Abs. 3 SE-VO entgegen.

Das Eingreifen dieses Sitzverlegungsverbotes wird im Zusammenhang mit internationalen Verschmelzungen unter Beteiligung einer SE als aufnehmende Gesellschaft diskutiert. Diesbezüglich wird vertreten, dass analog Art. 37 Abs. 3 SE-VO eine Sitzverlegung nicht möglich sein soll.⁶⁹⁹ Nach der Gegenansicht soll, wie bei der Verschmelzung zur SE-Gründung, auch hier die Sitzwahl der Gesellschaft frei überlassen bleiben.⁷⁰⁰ Dem könnte unter der Prämisse zugestimmt werden, dass dann die Verschmelzungs- und Sitzverlegungsvorschriften auch entsprechend kombiniert anzuwenden wären. Nimmt man die dem Minderheitenschutz nach dem SEAG zugrunde liegende gesetzgeberische Wertung hinsichtlich der „sitzverlegenden Umstrukturierungen“ ernst, so müsste auch in einem solchen Fall der hierfür geltende Minderheitenschutz nach dem Recht der übertragenden Gesellschaft für deren Minderheitsaktionäre zur Anwendung kommen. Dass der Gesetzgeber den Minderheitenschutz u. a. in § 7 Abs. 1 S. 1 SEAG auf die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft beschränkt hat, ist dann ebenso wenig als Argument gegen die grundsätzliche Zulässigkeit derartiger Maßnahmen verwendbar wie die Befürchtung, damit könne eine

AktG, Vor § 319, Rn. 10.

⁶⁹⁶ Grunewald, in: MüKo AktG, § 319, Rn. 7.

⁶⁹⁷ So stützt sich auch die Literatur für die Begründung der Teilnahmefähigkeit der SE an einer Eingliederung auf Art. 10 SE-VO, vgl. nur Grunewald, in: MüKo AktG, § 319, Rn. 6, 10; Singhof, in: Spindler/Stilz, AktG, § 319, Rn. 3, der allerdings Art. 9 Abs. 1 lit. c ii SE-VO zusätzlich heranzieht.

⁶⁹⁸ Dazu s. o. (Fn. 716).

⁶⁹⁹ Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 17 SE-VO, Rn. 7; Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 15; wohl auch Ihrig/Wagner, BB 2003, 969, 973 (Fn. 67).

⁷⁰⁰ Scheifele, Gründung, S. 154; Schwarz, SE-VO, Art. 20, Rn. 21; Heckschen, in: Widmann/Mayer, UmwR, Anh. 14, Rn. 127, 155; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 20, Rn. 17; unklar: Kallmeyer, AG 2003, 197, 198 f.

Umgehung von Art. 8 SE-VO erreicht werden.⁷⁰¹

Nichts anderes dürfte dann aber für die sitzverlegende Eingliederung gelten. Auch hier müsste man es jedenfalls genügen lassen, wenn § 7 Abs. 1 S. 1 SEAG auf die Eingliederung in eine ausländische SE und § 12 Abs. 2 i. V. m. § 7 Abs. 1 S. 1 SEAG auf die Eingliederung einer deutschen SE in eine ausländische Aktiengesellschaft analog angewendet wird. Für letzteren Fall wäre zudem eine analoge Anwendung der Sperre des Art. 66 Abs. 1 S. 2 SE-VO zu erwägen. Dem schließt sich die Frage an, ob die durch den Minderheitenschutz bzw. die Sperre bewirkte Schlechterstellung der SE gegenüber einer AG in derselben Lage gerechtfertigt sein kann. Dies wäre unter Verweis auf Art. 10 SE-VO klar zu verneinen. Es bliebe also nur die Möglichkeit, entweder die o. g. Vorschriften auch auf die sitzverlegenden Eingliederungen ohne Beteiligung von Gesellschaften in der Rechtsform der SE zu erstrecken oder aber gänzlich auf ein Barabfindungspflicht zu verzichten und unter Anwendung des § 320b Abs. 1 S. 2 AktG eine Abfindung in Aktien im Einklang mit der § 305 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AktG zugrunde liegenden Wertung ausreichen zu lassen.

c. Übertragende Auflösung

Im Hinblick auf den Minderheitenschutz viel diskutiert ist die übertragende Auflösung nach § 179a AktG, welche als Spielart der Vermögensübertragung im Anschluss an diese die Auflösung der übertragenden Gesellschaft zum Ziel hat.⁷⁰² Dass sie gesetzlich zulässig ist, setzt § 179a Abs. 3 AktG voraus. Minderheitenschutz gegen den Verlust der Aktionärsstellung bietet das Gesetz hier lediglich durch das erhöhte Beschlussquorum einer Drei-Viertel-Mehrheit des vertretenen Grundkapitals nach § 179a Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 179 Abs. 2 S. 1 AktG.⁷⁰³

Das BVerfG hat in seinem „Moto-Meter“-Beschluss unter Anknüpfung an die „DAT/Altana“-Rechtsprechung jedoch eine volle Entschädigung der Minderheitsaktionäre nebst Überprüfbarkeit dieser durch ein gerichtliches Verfahren zu zusätzlichen Voraussetzungen erklärt.⁷⁰⁴ Dabei stellt das BVerfG zunächst fest, dass die übertragende Auflösung sowohl die mitgliedschaftliche wie auch die vermögensmäßige Komponente des Anteilseigentums berühre. Mit Blick auf das mitgliedschaftliche Bestandsinteresse bestünden gegen die "Moto-Meter-Methode" von Verfassungen wegen jedoch keine Bedenken. Der Schutz könne auf die Vermögenskomponente beschränkt werden.⁷⁰⁵ Kompensiert wird durch die Abfindungspflicht i. R. d. Vermögensübertragung daher auch hier der Verlust der Aktie als besonders verkehrsfähigem Vermögensbestandteil. Ausdrücklich offen gelassen hat das BVerfG allerdings, ob die Überprüfung durch eine Anfechtung

⁷⁰¹ So aber Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 17 SE-VO, Rn. 7.

⁷⁰² Dazu etwa Wiedemann, ZGR 1999, 857 ff. Geprägt wurde der Begriff der übertragenden Auflösung durch Lutter/Drygala, in: Forster/Grunewald u. a. (Hrsg.), FS Kropff, S. 191, 193. Zum Verhältnis der übertragenden Auflösung zum aktienrechtlichen Squeeze-Out vgl. M. Roth, NZG 2003, 998 ff.

⁷⁰³ Zur grundsätzlichen Entbehrlichkeit einer materiellen Beschlusskontrolle bei Auflösung und Vermögensübernahme durch den Mehrheitsgesellschafter nach Liquidation: BGHZ 103, 184, 188 – Linotype; dazu Henze, ZIP 1995, 1473 ff.; vgl. ferner BGHZ 76, 352, 353.

⁷⁰⁴ BVerfG, Beschl. v. 23.8.2000, 1 BvR 68/95 und 1 BvR 147/97, NJW 2001, 279 ff. – Moto Meter.

⁷⁰⁵ BVerfG, Beschl. v. 23.8.2000, 1 BvR 68/95 und 1 BvR 147/97, NJW 2001, 279, 280 f. – Moto Meter.

tungsklage oder ein Spruchverfahren zu erfolgen hat. Es ist dementsprechend umstritten, ob die Vorschriften über das Spruchverfahren analog heranzuziehen sind.⁷⁰⁶ Die h. M. lehnt auch eine Übertragung der umwandlungsrechtlichen Minderheitsschutzvorschriften im Übrigen ab. Hierbei stützt sie sich überwiegend auf das Argument, der Gesetzgeber habe bei der Einfügung des § 179a in Kenntnis der Schutzlücken auf einen weitergehenden Minderheitenschutz verzichtet, weil er den Ausschluss der Minderheit bei der Verschmelzung mit der Teilnahme der außenstehenden Aktionäre am Liquidationsverfahren nicht habe gleichsetzen wollen.⁷⁰⁷

Es ist nicht ersichtlich, weswegen sich die übertragende Auflösung nicht auch für grenzüberschreitende Konstellationen eignen sollte.⁷⁰⁸ Damit ist sie das Mittel der Wahl in den Fällen, in denen ohnehin die Auflösung im Zuge der Grenzüberschreitung droht sowie immer dann, wenn ein gleichzeitiger Zwangsausschluss der Minderheitsaktionäre erfolgen soll. In solchen Fällen muss jedoch eine analoge Anwendung von § 7 Abs. 1 S. 1 SEAG erfolgen, wobei das o. g. zentrale Argument der Ansicht, die eine Heranziehung der umwandlungsrechtlichen Schutzvorschriften ablehnt, zumindest in derartigen grenzüberschreitenden Konstellationen nicht greift. Soweit also eine „sitzverlegende auflösende Übertragung“ gegeben ist, kann damit den oben angesprochenen Streitfragen entgangen werden. Dabei kann auch gem. § 7 Abs. 5 und 7 S. 1 und 2 SEAG auf das Spruchverfahren zur Überprüfung der Angemessenheit der Barabfindung zurückgegriffen werden.

d. Umwandlungen nach dem UmwG

Außerhalb der in Art. 66 und 37 SE-VO geregelten Formwechsel von bzw. in eine nationale Aktiengesellschaft kann die SE an sämtlichen Umwandlungsvarianten teilnehmen, die das nationale Recht den Aktiengesellschaften zur Verfügung stellt. Die SE-VO ist insoweit richtiger Ansicht zufolge nicht abschließend.⁷⁰⁹ Dies entspricht dem besonderen Gleichbehandlungsgebot in

⁷⁰⁶ Hierfür Stein, in: MüKo AktG, § 179a, Rn. 81; Seibt, in: K. Schmidt/Lutter, § 179a, Rn. 29; Holzborn, in: Spindler/Stilz, AktG, § 179a, Rn. 44; Klöcker/Frowein, SpruchG, § 1 Rn. 17; Wälzholz, in: Widmann/Mayer UmwR, Anh. 13, § 1 SpruchG, Rn. 80; Henze, in: Wank/Hirte u. a. (Hrsg.), FS Wiedemann, S. 935, 952; Trölitzsch, DStR 1999, 764, 765 f.; Adolff/Tieves, BB 2003, 797, 805 unter Berufung auf die Anwendung des Spruchverfahrens auf das reguläre Delisting; a. A. OLG Zweibrücken, Beschl. v. 25.4.2005, 3 W 255/04, NZG 2005, 935, 936 f.; Hüffer, AktG, § 179a, Rn. 12 a; Lutter/Drygala, in: Forster/Grunewald u. a. (Hrsg.), FS Kropff, S. 191, 215; Wasmann, in: KK SpruchG, § 1, Rn. 40 unter Verweis auf das Gesetzgebungsverfahren zum UmwG; Simon, SpruchG, § 1, Rn. 49 ff.; Mülbert, in: Habersack/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Ulmer, S. 433, 442; M. Roth, NZG 2003, 998, 1002 f.; zum Streitstand siehe des Weiteren Vetter, ZHR 168 (2004), 8, 37 f.; Meyer, Ausgleichs- und Abfindungsansprüche, S. 122.

⁷⁰⁷ Vgl. BayOblG, Beschl. v. 17.9.1998, 3Z BR 37/98 – Magna Media, NZG 1998, 1001, 1002; Stein, in: MüKo AktG, § 179a, Rn. 80; ähnlich Wiedemann, ZGR 1999, 857, 865 ff.; Henze, in: Wank/Hirte u. a. (Hrsg.), FS Wiedemann, S. 935, 951 unter Verweis auf das Analogieverbot des § 1 Abs. 2 UmwG.

⁷⁰⁸ Hüffer, AktG, § 179a, Rn. 6 nennt beispielhaft die Geschäftsaufgabe einer Tochter-AG zugunsten der ausländischen Muttergesellschaft, wenn diese selbst durch Zweigniederlassung stattdessen tätig werden möchte. Zur parallelen Problemlage und grenzüberschreitenden Anwendung in Österreich siehe desw. Winner, in: MüKo AktG, § 179a, Rn. 94 m. w. N. Zu den Wirkungen der Vermögensübertragung im Allgemeinen Hüffer, AktG, § 179a, Rn. 17 f.; zu der grundsätzlichen Eignung als Umgehungssachverhalt im Hinblick auf die Eingliederung bzw. Verschmelzung auf eine von der Mehrheit kontrollierte (Tochter-)gesellschaft siehe nur Lutter/Drygala, in: Forster/Grunewald u. a. (Hrsg.), FS Kropff, S. 191, 196.

⁷⁰⁹ Casper, AG 2007, 97, 104; ders., in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 66 SE-VO, Rn. 1; Oplustil/Schneider, NZG 2003, 13, 16 f.; Louven/Dettmaier/Pöschke/Wenig, BB-Spezial 3/2006, 1, 9; Habersack/Verse, Europäisches Gesell-

Art. 10 SE-VO. Seit dem Urteil in der Rechtssache „Cartesio“ ist zudem der identitätswahrende, grenzüberschreitende Formwechsel unter den Voraussetzungen zu erlauben, die das Recht des Sitzstaates der neuen Zielrechtsform vorschreibt.⁷¹⁰ Einheitliche Regelungen der Mitgliedstaaten hierzu existieren (noch) nicht.⁷¹¹ Der Formwechsel in die Rechtsform einer SE ist dabei nur unter den in Art. 2 Abs. 4 SE-VO genannten Voraussetzungen möglich. Daraus folgt, dass etwaige Widersprüche zwischen den einzelnen Abfindungsregelungen nicht nur abstrakt als systematische Brüche erscheinen, sondern darüber hinaus im Einzelfall zu Ungleichbehandlungen zwischen den jeweils betroffenen Minderheitsaktionären einer SE in Bezug auf zwei unterschiedliche Strukturmaßnahmen führen können bzw. eine ungerechtfertigte Schlechterstellung der SE gegenüber nationalen Aktiengesellschaften bedeuten können.⁷¹²

Aufgrund des beschränkten Kreises potentieller aufnehmender Rechtsträger bei der umwandlungsrechtlichen Vermögensübertragung einer Kapitalgesellschaft⁷¹³ kommt dieser als einziger Umstrukturierungsart wohl weder eine Bedeutung im Hinblick auf alternative Gestaltungen zur SE-Sitzverlegung noch ein Erkenntniswert in Bezug auf den Minderheitenschutz zu. Die folgenden Ausführungen widmen sich daher nur Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel.

§ 1 Abs. 2 UmwG verhindert dabei nach überwiegend vertretener Auffassung nicht die Anwendung der Vorschriften dieses Gesetzes auf gesetzliche Umstrukturierungen außerhalb des UmwG.⁷¹⁴ Damit können diese auch im Bereich der Verweisungen durch die SE-VO auf das nationale Recht grundsätzlich herangezogen werden.

schaftsrecht, § 13, Rn. 12 (S. 434); Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, IV. Kap., § 41, Rn. 177 ff.; Kossmann/Heinrich, ZIP 2007, 164, 165; Schwarz, SE-VO, Art. 66, Rn. 29; Kiem, in: KK AktG, Art. 66 SE-VO, Rn. 11; Marsch-Barner, in: Hoffmann-Becking/Ludwig (Hrsg.), FS Happ, 165, 173; Engert, ZVglRWiss 104 (2005), 444, 458 f.; Schäfer, in: MüKo AktG, Art. 66 SE-VO, Rn. 14; a. A. ders. noch in der Voraufgabe (2. Aufl. 2005), ebda, der den abschließenden Charakter u. a. aus Art. 69 SE-VO hergeleitet hat; i. E. so auch (abschließender Charakter): Veil, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 10. Kap., Rn. 17-19 sowie in Bezug auf Formwechsel Vossius, ZIP 2005, 741, 748; unentschieden: Dauner-Lieb, in: KK UmwG, § 1, Rn. 20.

⁷¹⁰ Nachweise s. o. Fn. 292; a. A. in Bezug auf die SE wohl Casper, ZHR 173 (2009), 181, 195.

⁷¹¹ Im Gegensatz zu Deutschland ist in einigen Mitgliedstaaten die Möglichkeit eines grenzüberschreitenden Formwechsels hingegen seit Langem anerkannt und teilweise kodifiziert, vgl. die Begründung zum Entwurf einer Sitzverlegungsrichtlinie, ZGR 1999, 157 f. So wurden bereits vor „Cartesio“ in Portugal, Luxemburg und Belgien sowohl der Hinaus- als auch der Hineinformwechsel von Kapitalgesellschaften für zulässig erachtet, wohingegen Frankreich und Italien den Hineinformwechsel von der Verlegung auch des tatsächlichen Verwaltungssitzes abhängig machen, vgl. Ego, Europäische Niederlassungsfreiheit, S. 43 ff. m. w. N.; Szydlo, ECFR 2010, 414, 420.

⁷¹² Näher zu den Folgen etwaiger Systemwidrigkeiten unten, vgl. 9. c. und d.

⁷¹³ Vgl. § 175 Nr. 1 UmwG.

⁷¹⁴ Heckschen, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 1 UmwG, Rn. 23; Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 1, Rn. 69 ff.; Hüffer, AktG, § 179a, Rn. 12 a; Trölitzsch, DStR 1999, 764, 765; J. Semler/Stengel, in: Semler/Stengel, UmwG, Einl. A, Rn. 82; Dauner-Lieb, in: KK UmwG, § 1, Rn. 28, 40 f.; Schnorbus, Gestaltungsfreiheit im Umwandlungsrecht, S. 43 m. w. N., der zutreffend darauf verweist, dass § 1 Abs. 2 UmwG lediglich den Parteien verwehrt, privatautonom weitere Umwandlungsverfahren zu erfinden und hierauf die Vorschriften des UmwG zu erstrecken bzw. weitere Rechtsträger zu konstruieren und für beteiligungsfähig zu erklären. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Regierungsbegründung zum UmwBerG, vgl. BT-Drucks. 12/6699, S. 80; i. E. genauso speziell im Hinblick auf europarechtskonforme Rechtsfortbildung Henrichs/Pöschke/Von der Laage/Klavina, WM 2009, 2015; Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, II. Kap., § 6, Rn. 69; a. A. Bungert, NZG 1998, 367, 368; Otte/Rietschel, GmbHR 2009, 983, 986 (Verstoß von § 1 Abs. 2 UmwG gegen die NLF).

(1) Verschmelzung

Die Vorschriften über nationale Verschmelzungen wurden durch die Verschmelzungsrichtlinie⁷¹⁵ bereits lange vor Ergehen der Internationalen Verschmelzungsrichtlinie harmonisiert. Hieraus ergibt sich, dass der europäische Gesetzgeber von einer Gegenleistung in Form der Gewährung von Aktien und gegebenenfalls einer baren Zuzahlung ausgeht.⁷¹⁶ Abgesehen von den üblichen Informationspflichten (Bekanntmachung, Offenlegung, Einsichtnahme des Verschmelzungsplanes und -berichts)⁷¹⁷ und dem Erfordernis eines Hauptversammlungsbeschlusses mit einer Zweidrittelmehrheit,⁷¹⁸ finden sich jedoch auch in der Verschmelzungsrichtlinie keine weiteren konkreten Vorgaben mit minderheitenschützender Wirkung.

Jenseits des Regelfalls der Abfindung in Aktien des aufnehmenden bzw. neu zu gründenden Unternehmens⁷¹⁹ verpflichten § 29 Abs. 1 S. 1 und 2 UmwG lediglich im Fall einer Mischverschmelzung (Abs. 1 S. 1, 1. Fall), der Verschmelzung einer börsennotierten auf eine nicht börsennotierte AG (sog. „kaltes Delisting“, Abs. 1 S. 1, 2. Fall) bzw. dann zur Abgabe eines Barabfindungsangebots, wenn die zu gewährenden neuen Anteile Verfügungsbeschränkungen unterworfen sind (Abs. 2 S. 2). Die Abfindungspflicht bei der Verschmelzung auf eine nicht börsennotierte Gesellschaft⁷²⁰ hat der Gesetzgeber im Zuge der Reform 2007 eingefügt, nachdem der BGH einen Abfindungsanspruch im Falle des regulären Delistings im Fall „Macroton“ direkt aus Art. 14 Abs. 1 GG hergeleitet hatte.⁷²¹ Die Begründung der Abfindungspflicht beim Delisting⁷²² mit der

⁷¹⁵ Dritte Richtlinie RL 78/855/EWG, jetzt: RL 2011/35/EU (Nachweis Anh. II).

⁷¹⁶ Vgl. Art. 3 Abs. 1, 4 Abs. 1, 5 Abs. 2b VerschmRL (RL 2011/35/EU).

⁷¹⁷ Vgl. Art. 6, 9, 11 VerschmRL sowie für die Prüfung durch Sachverständige Art. 10 (RL 2011/35/EU).

⁷¹⁸ Art. 7 Abs. 1 S. 1 und 2 VerschmRL (RL 2011/35/EU).

⁷¹⁹ Vgl. §§ 5 Abs. 1 Nr. 3, 15 Abs. 1 S. 1, 36 Abs. 1 UmwG.

⁷²⁰ Für die entsprechende Anwendung auf die Aufspaltung in zwei nicht börsennotierte Gesellschaften vor der Gesetzesänderung vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss v. 30.12.2004 – I-19 W 3/04, NZG 2005, 317 (Leitsatz 1); Kalss, Anlegerinteressen, S. 500 f.; Lutter, in: Lieb/Noack u. a. (Hrsg.), FS Zöllner, S. 363, 381 f.; Grupp/Vollmer, ZGR 1995, 459, 475 f.; für ein Austrittsrecht aus wichtigem Grund hingegen: Schwark/Geiser ZHR 161 (1997), 739, 765 f.; Kalss, in: Semler/Stengel, UmwG, § 29, Rn. 16; a. A. Mühlbert ZHR 2001, 104, 137 ff.; Müller, in: Kallmeyer, UmwG, § 29, Rn. 31. Zur analogen Anwendung auf die KGaA als übertragende oder übernehmende Rechtsträgerin vgl. ferner Stratz, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 29, Rn. 9 m. w. N.

⁷²¹ BGHZ 153, 47, 55 – Macroton; dazu Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 305, Rn. 10; K. Schmidt, NZG 2003, 601; Anders/Pfüller, NZG 2003, 459 ff.; Krolop, NZG 2005, 546 ff.; dem BGH zustimmend Henze, in: Damm/Heermann u. a. (Hrsg.), FS Raiser, S. 145, 152; ders., in: Häuser/Hammen u. a. (Hrsg.), FS Hadding, S. 409, 423 ff.; Kubis, in: MüKo AktG, § 1 SpruchG, Rn. 20; Schlitt, ZIP 2004, 533 ff.; Vetter ZHR 168 (2004), 8, 39 f.; eine analoge Anwendung von § 207 UmwG ablehnend insbes. Gude, Strukturänderungen, S. 73 f.; ablehnend auch Wasmann, in: KK SpruchG, § 1, Rn. 27, 42. Die wohl h. M. möchte § 29 Abs. 1 S. 1 UmwG analog anwenden, siehe Währholz, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 29 UmwG, Rn. 13 a. E.; Meyer, Ausgleichs- und Abfindungsansprüche, S. 176 ff.; Kalss, in: Semler/Stengel, UmwG, § 29, Rn. 16; zur analogen Anwendung des SpruchG auf das reguläre Delisting vgl. Wittgens, Spruchverfahrensgesetz, S. 36 ff.; Meyer, Ausgleichs- und Abfindungsansprüche, S. 179 ff. Zur verfassungsrechtlichen Absicherung dieses im Wege der Rechtsfortbildung gewonnenen Ergebnisses siehe BVerfG, Urt. v. 11.7.2012, 1 BvR 3142/07 sowie 1 BvR 1569/08, ZIP 2012, 1402, 1408 (Rn. 85).

⁷²² Interessant hierzu die rechtsvergleichenden Hinweise von Bujalka, Der Schutz von Minderheitsaktionären bei Umstrukturierungen im deutschen und slowakischen Aktienrecht, S. 199 ff., wonach der slowakische Gesetzgeber bereits 2002 eine Abfindungspflicht für alle Minderheitsaktionäre eingeführt hat, die gegen den Börsenrückzug gestimmt haben. Kritisch allerdings in Bezug auf die niedrige Abfindungshöhe, dies., S. 200 f. Das Delisting ist daneben vom bloßen Downgrading abzugrenzen, also dem Wechsel der Börsennotierung vom regulierten in den Freiverkehr (insbes. M: Access der Börse München oder Entry Standard der Frankfurter Börse). Hier findet nach umstrittener Ansicht die „Macroton“-Rechtsprechung keine Anwendung, vgl. dazu LG München I, Beschluss vom 30.8.2007 – 5HK O 7195/06, NZG 2007, 951; bestätigt von OLG München, Beschluss vom 21.5.2008 – 31

Eigentumsgarantie geht zurück auf vereinzelte Stimmen in der Literatur.⁷²³ Sie hat von Anfang an Kritik hervorgerufen, wonach das Delisting nicht in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG eingreift. Dieser Ansicht hat sich nunmehr auch das BVerfG angeschlossen.⁷²⁴ Der Gesetzgeber stützt die Abfindungspflicht konkret darauf, dass der Verlust der Börsennotierung zwar nicht rechtlich, aber faktisch die Veräußerungsmöglichkeit der Anteile erschwere.⁷²⁵ Schutzgrund des § 29 Abs. 1 S. 1 2. Alt. ist damit die Einschränkung der Verkehrsfähigkeit des Anteilseigentums. Dem Schutz vor Entzug der Verfügungsbefugnis dient schließlich S. 2, der sich insbesondere auf die Fälle bezieht, in denen die Aktien nach § 68 Abs. 2 S. 1 AktG vinkuliert sind.⁷²⁶ Der Schutzzweck der Barabfindungspflicht wegen Mischverschmelzung aber entspricht dem des Formwechsels.⁷²⁷

Vor dem Hintergrund der speziellen Regelungen in den §§ 122a ff. UmwG erübrigt es sich hier, auf grenzüberschreitende Sachverhalte einzugehen. Jedoch sind auch die Regelungen über nationale Verschmelzungen über Art. 10 SE-VO auf die Verschmelzung etwa einer börsennotierten auf eine nicht börsennotierte SE anzuwenden, mit der Folge, dass dann ebenfalls eine Barabfindungspflicht besteht.⁷²⁸ Eine analoge Heranziehung wäre darüber hinaus im Einklang mit der o. g. BGH-Rechtsprechung auch für den Fall des regulären Delistings einer deutschen SE geboten.⁷²⁹ Dabei ist der Rückzug von der Börse auch in Verbindung mit einer Sitzverlegung denkbar. In diesem Fall würde sich der Streit, auf welcher Rechtsgrundlage die Barabfindung beruht,⁷³⁰ angesichts von § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG erübrigen.

(2) Spaltung

Für Spaltungen in Form der Auf- oder Abspaltung nach § 123 Abs. 1 oder 2 UmwG, nicht aber

Wx 62/07, NZG 2008, 755; zustimmend Feldhaus, BB 2008, 1303, 1306 ff.; Simon, in: KK UmwG, § 29, Rn. 62 f.; a. A. Paefgen/Hörtig, WUB I G 7 Börsen- und Kapitalmarktrecht 1.08; zur verfassungsrechtlichen Absicherung der Verweigerung von Abfindung und Spruchverfahren beim „Downgrading“ siehe jetzt BVerfG, Urt. v. 11.7.2012, 1 BvR 3142/07 sowie 1 BvR 1569/08, ZIP 2012, 1402, 1406 (Rn. 69).

⁷²³ Hellwig/Bormann, ZGR 2002, 465, 487 f.; Schön, in: Habersack/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Ulmer, S. 1359, 1382 f.; Zetsche, NZG 2000, 1065, 1066 m. w. N. Für eine analoge Anwendung der §§ 29, 207 UmwG schon Vollmer/Grupp, ZGR 1995, 459, 475 f.; Schindler, Austrittsrecht, S. 216.

⁷²⁴ BVerfG, Urt. v. 11.7.2012, 1 BvR 3142/07 sowie 1 BvR 1569/08, ZIP 2012, 1402 ff. Dies soll an dieser Stelle jedoch nicht weiter vertieft werden, siehe dazu OLG München v. 14. 02. 2001, 7 U 6019/99, NZG 2001, 519, 522; LG München I v. 4.11.1999, 5 HKO 10580/99, BB 1999, 2634, 2636; Mülbart, ZHR 165 (2001), 104, 113 ff., 137 ff.; Halasz/Kloster, ZBB 2001, 474, 482; Bungert, BB 2000, 53, 57; Wirth/Arnold, ZIP 2000, 111, 115 f.; Groß, ZHR 165 (2001), 141, 165 f.; Henze, in: Habersack/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Ulmer, S. 211, 240 ff.; Ekkenga, ZGR 2003, 878 ff.; Rölike/Tonner, Der Schutz des Minderheitsaktionäres durch Art. 14 GG, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 199, 215 ff.; zur Kritik an der Macroton-Entscheidung vgl. nur Adolff/Thieves, BB 2003, 167 ff. m. w. N.

⁷²⁵ Begr RegE. 2. UmwÄndG v. 12.10.2006, BT-Drucks. 16/2919, S. 13.

⁷²⁶ Begr RegE UmwG BT-Drucks. 12/6699, S. 94.

⁷²⁷ Dazu sogleich näher unter (3) „Formwechsel“.

⁷²⁸ Heckschen, in: Widmann/Mayer, UmwR, Vor §§ 122a ff. UmwG, Rn. 77; Marsch-Barner, in: Kallmeyer, UmwG, § 29, Rn. 4, 4a. Die SE gilt im Verhältnis zur AG ansonsten gerade nicht als „andere Rechtsform“, so dass eine Verschmelzung zwischen beiden i. d. R. nicht zu einer Abfindungspflicht führt, vgl. nur Kalss, in: Semler/Stengel, UmwG, § 29, Rn. 19.

⁷²⁹ Brandes, AG 2005, 177, 185 entsprechend für ein Delisting im Zuge einer Holdinggründung.

⁷³⁰ S. o. (Fn. 752).

für Ausgliederungen gem. § 123 Abs. 3,⁷³¹ gelten die §§ 15, 29 UmwG gem. § 125 S. 1 UmwG entsprechend. Hintergrund dieser Ausnahme ist, dass bei der Ausgliederung die Anteile an dem bzw. den übernehmenden Rechtsträgern, nicht den Anteilsinhabern sondern der übertragenden Gesellschaft selbst zugesprochen werden.⁷³² Dazu heißt es in der Regierungsbegründung, der tragende Gesichtspunkt für die Gewährung des Austrittsrechts sei der erzwungene Wechsel der Inhaberschaft und ihres Charakters. Die Ausgliederung berühre die Rechtsstellung der Anteilsinhaber jedoch nicht unmittelbar.⁷³³

Allerdings bewirkt die Ausgliederung, ähnlich wie die Konzernierungsmaßnahmen nach dem AktG, eine Mediatisierung der Mitgliedschaftsrechte.⁷³⁴ Die Sitzverlegung hingegen weist weder einen Mediatisierungseffekt auf noch findet ein erzwungener Inhaberwechsel statt. Durch den Wechsel des Sekundärstatuts ändert sich wohl auch nicht der „Charakter“ der Beteiligung grundlegend. Die Mitgliedschaftsstellung ist freilich trotzdem einzelnen Veränderungen ausgesetzt.⁷³⁵ Aus dem Abfindungskonzept für nationale Spaltungen lässt sich daher nichts für eine Begründung der Abfindungspflicht anlässlich der Sitzverlegung ableiten.

In der Literatur ist man sich weitgehend einig, dass auch grenzüberschreitende Spaltungen zuzulassen sind.⁷³⁶ Hingegen ergibt sich klar aus § 125 S. 1 UmwG die Nichtanwendbarkeit der Vorschriften über die grenzüberschreitende Verschmelzung auf Spaltungen.⁷³⁷ Eigene Abfindungsregelungen für grenzüberschreitende Spaltungen fehlen. Interessant im Hinblick auf eine Umgehung des Minderheitenschutzes erscheint dabei vor allem die grenzüberschreitende Ausgliederung einer SE, da diese jedenfalls barabfindungsfrei möglich wäre, orientiert man sich auch für diesen Fall am UmwG.⁷³⁸ Ein vollständiger Wegzug wäre schließlich durch eine grenzüberschrei-

⁷³¹ Vorbild für die deutschen Regelungen zur Ausgliederung war der „apport partiel“ im französischen Recht, Teichmann, in: Lutter, UmwG, § 123, Rn. 24. Eingehend dazu Kirchner, Kompensationsleistungen, S. 297 ff.

⁷³² Vgl. § 123 Abs. 3 UmwG a. E.

⁷³³ RegEBegr BT-Drucks. 12/6699 zu § 125, S. 117. Ein Austrittsrecht war zunächst im Gespräch, wurde dann aber fallengelassen, vgl. hierzu noch die allgemeine Verweisung auf die Verschmelzungsvorschriften in § 195 DiskE UmwG (1988), Bundesanzeiger Nr. 214a (1988), S. 106 (ausgenommen waren zunächst allein § 9 Abs. 2 und § 18 DiskE, die Regelungen zur Firmenfortführung und Verschmelzungsprüfung trafen). Nach § 29 Abs. 1 DiskE wäre bei der Ausgliederung in ein Unternehmen anderer Rechtsform eine Barabfindung anzubieten; siehe dazu Hoffmann-Becking, ZGR 1990, 482, 493 sowie die Diskussionsbeiträge bei Frey, ZGR 1990, 511, 512.

⁷³⁴ Schindler, Austrittsrecht, S. 120 f.; Wiedemann, Unternehmensgruppe, S. 53; Habersack, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Vor § 311 ff., Rn. 41; Reichert, in: Müller/Rödter, Beck'sches Hdb. AG, § 5, Rn. 32. Vgl. hierzu ferner die „Holzmüller“ und „Gelatine“-Rechtsprechung des BGH (Nachw. oben Fn. 447).

⁷³⁵ S. o., unter: I. 2. „Auswirkungen eines Umzugs auf die Stellung des SE-Aktionärs“.

⁷³⁶ Kallmeyer, ZIP 1996, 535 m. w. N.; Kallmeyer/Kappes, AG 2006, 224, 234; Heckschen, in: Widmann/Mayer, UmwR, Vor §§ 122a ff. UmwG, Rn. 96; Paefgen, in: HdbPersG, § 60, Rn. 4202 unter Hinweis auf die Anwendung der Niederlassungsfreiheit; Leible, in: Michalski, GmbHG, Int. GesR, Rn. 203; Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 1 UmwStG, Rn. 86 sowie § 1 UmwG, Rn. 46 ff.; Decher, Der Konzern 2006, 805, 810; Spahlinger/Wegen, NZG 2006, 721, 725; Siems, EuZW 2006, 135, 139; Geyrhalter/Weber, DStR 2006, 146, 150; DAV-Handelsrechtsausschuss, NZG 2006, 737, 740; Simon/Rubner, Der Konzern 2006, 835, 843; Kindler, in: MüKo BGB, IntGesR (Bd. 11), Rn. 909 ff.; Schultz-Aßberg/Von Rönn, Internationales Steuer- und Gesellschaftsrecht Aktuell, S. 205; vgl. speziell für die Ausgliederung einschränkend Karollus, in: Lutter (Hrsg.), Umwandlungsrechtstage, S. 157, 193 (nur im Wege der Einzelrechtsnachfolge).

⁷³⁷ Siehe statt aller Drinhausen, in: Semler/Stengel, UmwG, § 122a, Rn. 6 m. w. N.

⁷³⁸ Eine analoge Anwendung der Vorschriften über die SE-Holdinggründung könnte hier zumindest für solche Konstellationen erwogen werden, die faktisch der Gründung einer solchen Holding durch entsprechende Ausgliederungen auf Tochtergesellschaften dienen. Ob jedoch die bereits als „Fremdkörper“ kritisierte Abfindungspflicht hierauf erstreckt werden sollte, ist äußerst fraglich. Zur Kritik an §§ 9, 11 SEAG s. o., unter: II. 2. b.

tende Aufspaltung (Hinausaufspaltung) nach § 123 Abs. 1 Nr. 1 UmwG möglich.⁷³⁹ Hinsichtlich des Minderheitenschutzes gilt für diesen Fall entsprechend das zu der „sitzverlegenden Eingliederung“ bereits Ausgeführte entsprechend. Eine mögliche Schutzlücke ergäbe sich hier konkret dann, wenn die sitzverlegende Hinausaufspaltung der SE auf eine andere SE nicht mit dem Wegfall einer etwaigen Börsennotierung verbunden wäre. Auch in Bezug auf Art. 37 Abs. 3 bzw. Art. 66 Abs. 1 S. 2 SE-VO wären dieselben Überlegungen anzustellen wie oben.

(3) Formwechsel

Die Barabfindungspflicht nach § 207 Abs. 1 S. 1 UmwG diene als Vorbild für § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG.⁷⁴⁰ Vergleicht man allerdings die Bestimmungen über den Minderheitenschutz beim Formwechsel insgesamt mit den Parallelvorschriften für die Sitzverlegung, so fällt auf, dass das SEAG keine den §§ 196, 195 Abs. 2 2. Hs. Alt. 2 UmwG vergleichbare Vorschriften für eine bare Zuzahlung enthält. Die Gesetzesbegründung zum SEAG schweigt an dieser Stelle.⁷⁴¹ § 12 Abs. 1 S. 1 bis 4 SEAG kann allerdings die Wertung entnommen werden, dass die mitgliedschaftliche Stellung der Aktionäre bei der Sitzverlegung dem Gesetzgeber nicht weniger schutzwürdig erschien als beim Formwechsel. Dass er sich bewusst auf die Gewährung umfassenden Vermögensschutzes durch Austritt und Barabfindung beschränken wollte,⁷⁴² lässt sich daher zumindest anhand der Gesetzesbegründung nicht belegen.

Mit dem Zuzahlungsanspruch beim Formwechsel bezweckt der Gesetzgeber, dass die Wirksamkeit des Umstrukturierungsbeschlusses nicht mit der Begründung in Frage gestellt werden kann, die neuen Anteile seien zu niedrig bemessen bzw. stellten keinen ausreichenden Gegenwert dar.⁷⁴³ Die Umwandlung der Anteile bzw. Mitgliedschaften in Beteiligungen neuer Art könne sich aber auch beim Formwechsel als schwierig erweisen, etwa beim Übergang genossenschaftlicher oder vereinsrechtlicher Unternehmensstrukturen in Kapitalgesellschaften.⁷⁴⁴ Derartige Probleme ergeben sich bei der Sitzverlegung mangels Anteilstausch in der Tat nicht.⁷⁴⁵

Konkret sind „zu niedrig bemessene Anteile“ i. S. d. § 196 S. 1 1. Alt. UmwG jedoch dann anzunehmen, wenn die Beteiligung quantitativ unangemessen ist, also eine Quotendifferenz besteht.⁷⁴⁶ Im Regelfall ist aufgrund der Identität des Rechtsträgers kein Anlass zur Überprüfung

„Holding-Gründung einer SE (§ 9 SEAG)“. Zu der strittigen Frage, ob eine vollständige Ausgliederung überhaupt möglich ist vgl. Karollus, in: Lutter (Hrsg.), Umwandlungsrechtstage, S. 157, 176 f. m. w. N.

⁷³⁹ Schultz-Aßberg/Von Rönn, Internationales Steuer- und Gesellschaftsrecht Aktuell, S. 198. Zu den technischen Einzelheiten internationaler Spaltungen siehe Herzig, BB 1992, 1251 ff. Nicht möglich wäre hingegen eine spaltende SE-Gründung. Dies verbietet der numerus clausus der Gründungsformen, siehe hierzu statt aller Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 2, Rn. 1.

⁷⁴⁰ RegE Begr SEEG, BT-Drucks. 15/3405, S. 35; dazu auch bereits oben, unter: I. 1. „Begründung eines Schutzbedürfnisses – Fragestellung und Darstellung des Streitstandes“.

⁷⁴¹ BT-Drucks. 15/3405, S. 35.

⁷⁴² So aber Hoyer, Kontinuität, S. 336.

⁷⁴³ Reg Begr. BT-Drucks. 12/6699, S. 140 (zu § 195 a. F.).

⁷⁴⁴ Reg Begr. BT-Drucks. 12/6699, S. 140 (zu § 195 a. F.).

⁷⁴⁵ Vgl. zum Fehlen eines Zuzahlungsanspruches bei der SE-Holdinggründung die entsprechende Argumentation von Paefgen, in: KK AktG, Art. 34 SE-VO, Rn. 39.

⁷⁴⁶ Decher, in: Lutter, UmwG, § 196, Rn. 7; Meister/Klöcker, in: Kallmeyer, UmwG, § 196, Rn. 7; Fronhöfer, in:

des Beteiligungsverhältnisses gegeben.⁷⁴⁷ Anders ist dies jedoch nach h. M. dann, wenn ein nicht verhältniswahrender Formwechsel stattfindet.⁷⁴⁸ Eine Verschiebung der Anteilsverhältnisse unter den Aktionärsgruppen kommt aber auch bei der Sitzverlegung in Frage, etwa im Zuge einer Abgeltung in Aktien der Inhaber von Sonderrechten, welche nach dem Aktienrecht des Zuzugsstaates nicht fortbestehen können. In solchen Fällen wären bei einem Formwechsel die anderen Anteilsinhaber zur Einleitung eines Spruchverfahrens berechtigt, wenn sie der Ansicht sind, dass die ehemaligen Sonderrechtsinhaber zuviel erhalten haben.⁷⁴⁹

„Kein ausreichender Gegenwert“ gem. § 196 S. 1 2. Alt. UmwG wäre zu bejahen, wenn eine qualitative Schlechterstellung der Aktionäre durch die Umstrukturierung ausgelöst würde. Das ist jedoch bei fehlender gleichzeitiger, quantitativer Beeinträchtigung nur dann der Fall, wenn einzelne Anteilsinhaber im Unterschied zu den übrigen Anteilsinhabern Einbußen hinnehmen müssen. Hiermit wären, um beim obigen Beispiel zu bleiben, die Sonderrechtsinhaber selbst angesprochen, denen das Recht des neuen Sitzstaates keine entsprechende Position verschaffen kann. Ändert sich hingegen die Rechtsstellung aller Anteilsinhaber gleichermaßen, so liegt darin, ungeachtet des weiten Wortlautes an dieser Stelle, kein Anwendungsfall des § 196 S. 1 2. Alt. UmwG.⁷⁵⁰ Dies erklärt sich vor dem Hintergrund der Natur des Formwechsels als einer zwangsläufig immer auch die Rechtsstellung der Anteilsinhaber berührenden Maßnahme.⁷⁵¹ Für die Sitzverlegung gilt in diesem Punkt jedoch nichts anderes. Damit steht fest, dass auch für diese ein (wenn auch praktisch kleiner) Anwendungsbereich für eine entsprechende Zuzahlungspflicht bestünde.

§ 196 UmwG lehnt sich an § 15 für die Verschmelzung an.⁷⁵² Der Ausgleichsanspruch ist dabei nicht auf diejenigen Anteilsinhaber beschränkt, die dem Umwandlungsbeschluss widersprochen haben. Damit soll verhindert werden, dass Anteilsinhaber, die die Umwandlung im Wesentlichen befürworten, nur zur Sicherung ihres Nachbesserungsanspruchs widersprechen.⁷⁵³ Diese Rege-

Widmann/Meyer, UmwR, § 196, Rn. 5; Bärwaldt, in: Semler/Stengel, UmwG, § 196, Rn. 11 f.

⁷⁴⁷ Decher, in: Lutter, UmwG, § 196, Rn. 7; Bärwaldt, in: Semler/Stengel, UmwG, § 196, Rn. 2; zum Identitätsgrundsatz beim Formwechsel näher Decher, in: Lutter, UmwG, Vor § 190, Rn. 2; Fronhöfer, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 196, Rn. 1; Böttcher, Gesellschafter- und Gläubigerschutz beim Formwechsel, S. 38 ff.; Bayer, ZIP 1997, 1613, 1616 f.; Veith, Der Gläubigerschutz beim Formwechsel nach dem Umwandlungsgesetz, S. 11 ff.

⁷⁴⁸ H. M.: Decher, in: Lutter, UmwG, § 196, Rn. 9; Vollrath, in: Widmann/Mayer, UmwR § 196, Rn. 5; Bärwaldt, in: Semler/Stengel, UmwG, § 196, Rn. 12; Meister/Klöcker, in: Kallmeyer, UmwG, § 196, Rn. 8; Eilers/Müller-Eising, WiB 1995, 449, 450; einschränkend Stratz, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 196, Rn. 4, der zusätzlich beim nicht verhältniswährenden Formwechsel verlangt, dass die betreffenden Anteilsinhaber gegen den Beschluss gestimmt haben.

⁷⁴⁹ Decher, in: Lutter, UmwG, § 196, Rn. 9; Bärwaldt, in: Semler/Stengel, UmwG, § 196, Rn. 11. Die Problematik ähnelt insoweit der der Verwässerung von Kapitalanteilen in Folge einer Kapitalerhöhung bei gleichzeitigem Bezugsrechtsausschluss der Altaktionäre.

⁷⁵⁰ Decher, in: Lutter, UmwG, § 196, Rn. 10; Bärwaldt, in: Semler/Stengel, UmwG, § 196, Rn. 13.

⁷⁵¹ Widersprüchlich ist auch, dass der Gesetzgeber sich zwar mit der Aufnahme des Delistings i. R. v. § 29 Abs. 1 S. 1 UmwG als abfindungsauslösenden Fall für eine Ausnahme von dem Grundsatz entschieden hat, dass eine rechtsformwahrende Verschmelzung abfindungsfrei ist, i. R. v. § 196 S. 1 Alt. 2 aber nach allgemeiner Auffassung sich ein Zuzahlungsanspruch nicht auf eine verschlechterte Fungibilität der Aktien stützen lässt, etwa beim Formwechsel einer AG in eine GmbH, hierzu Decher, in: Lutter, UmwG, § 196, Rn. 11; allgemein zum „Fungibilitätsausgleich“ T. Kruse, WM 2003, 1843 ff.

⁷⁵² BT-Drucks. 12/6699 S. 140; s. auch Decher, in: Lutter, UmwG, § 196, Rn. 2; Fronhöfer, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 196, Rn. 3.

⁷⁵³ BT-Drucks. 12/6699 S. 88, s. auch Stratz, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 196, Rn. 4; i. E. genauso Decher, in: Lutter, UmwG, § 196, Rn. 6; Bärwaldt, in: Semler/Stengel, UmwG, § 196, Rn. 8; zur Streitfrage, ob diese

lung kommt damit dem Interesse des abfindungsverpflichteten Unternehmens gleich in doppelter Hinsicht entgegen, denn zusätzlich zur Vermeidung von Anfechtungsklagen wird hierdurch ein unnötiger Abfluss liquider Mittel verhindert.

Bei der Sitzverlegung handelt es sich um die einzige Umstrukturierungsart ohne Zwangsausschlusswirkung, die ein Barabfindungsangebot erfordert ohne dass auch ein Zuzahlungsanspruch vorgesehen ist, der aus Sicht der Gesellschaft als „milderes Mittel“ konzipiert ist. Soweit in der Literatur gar für den Formwechsel zwischen AG und SE eine Anwendung des Zuzahlungsanspruches befürwortet wird,⁷⁵⁴ ließe sich die Heranziehung bei der Sitzverlegung auf einen Erst-Recht-Schluss stützen.

Im Ergebnis spricht allerdings die Systematik des SEAG gegen eine planwidrige Regelungslücke, da der Gesetzgeber in einem Zug mit der Schaffung der §§ 7, 9 und 12 SEAG auch § 6 und § 11 SEAG geschaffen hat, ohne eine entsprechende Regelung für die Sitzverlegung vorzusehen. Eine analoge Heranziehung der umwandlungsrechtlichen Ansprüche ist daher insoweit ausgeschlossen, wie er sich der Regelungsgegenstände ausdrücklich im SEAG angenommen hat. Dies ändert jedoch nichts daran, dass aus rechtspolitischer Sicht eine dahingehende Vereinheitlichung aus den o. g. Gründen wünschenswert gewesen wäre.

5. Fazit zum Vergleich mit anderen Abfindungsansprüchen im deutschen Recht

Die Untersuchung der genuin deutschen Abfindungsvorschriften des AktG und UmwG zeigt, dass der Gesetzgeber die Fälle einer grenzüberschreitenden Verlegung des Sitzes bzw. der Unternehmenskontrolle ins Ausland anlässlich der jeweiligen Umstrukturierung entweder gar nicht, oder aber dahingehend geregelt hat, dass diese grundsätzlich keine andere Behandlung der betroffenen Aktionäre begründet, solange sich der neue Sitz im EU/EWR-Raum befindet. Im Gegenteil: Für den grenzüberschreitenden Abschluss von Unternehmensverträgen nach § 305 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AktG ist ausdrücklich eine Gleichstellung der nationalen Fälle mit denen erfolgt, die sich durch die Beteiligung von Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat auszeichnen. Für grenzüberschreitende Mehrheitseingliederungen, Spaltungen und Formwechsel stellt hingegen weder das deutsche noch das europäische Recht Regelungen bereit.⁷⁵⁵ Eine Barabfindungsangebotspflicht hat der Gesetzgeber in all diesen Fällen nicht vorgeschrieben,⁷⁵⁶ nach § 305 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AktG wird hingegen explizit die Abfindung in Aktien als ausreichend

Grundsätze auch im Fall einer nicht verhältnismäßigen Umwandlung gelten vgl. Stratz, aaO. m. w. N.

⁷⁵⁴ Schäfer, in: MüKo AktG, Art. 66 SE-VO, Rn. 13 sowie Art. 37, Rn. 38 unter Verweis auf § 250 AktG sowie §§ 6 Abs. 4, 11 Abs. 2 SEAG, wonach der Anspruch auf bare Zuzahlung auch keine Sitzverlegung voraussetzt; Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 37, Rn. 70 bzw. Art. 66, Rn. 19; Paefgen, in: KK AktG, Art. 37 SE-VO, Rn. 95, der dies vor allem mit dem Anwendungsbedürfnis für das Spruchverfahren begründet; a. A. Seibt, in: Lutter/Hommelhoff, SE-VO, Art. 37, Rn. 67; Schwarz, SE-VO, Art. 37, Rn. 65 (anders jedoch in Bezug auf die Umwandlung in eine SE, siehe Art. 15 Rn. 21 f. bzw. Art. 66 Rn. 11); Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 37 SE-VO, Rn. 21.

⁷⁵⁵ Zum Fehlen entsprechender Formwechsellvorschriften siehe bereits oben unter B. II. 7. „Ergebnis zu den rechtlichen Möglichkeiten einer Sitzverlegung“.

⁷⁵⁶ Vgl. nur § 305 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AktG. Dass dem europäischen Recht ebenfalls kein Grundsatz zu entnehmen ist, wonach in diesen Fällen zwingend eine Barabfindung zu gewähren sei, wurde oben bereits dargestellt: 4. „Fazit zum Vergleich mit anderen Abfindungsansprüchen europäischen Anlasses“.

und der Gesetzesbegründung zufolge sogar als europarechtlich geboten erachtet.⁷⁵⁷ Die eine derartige Gleichstellung ablehnende und im Rahmen dieser Vorschrift als überholt geltende Ansicht⁷⁵⁸ hat im Zuge der Einführung des Minderheitenschutzes bei Sitzverlegung eine erstaunliche Renaissance erfahren. Die Versuche, einen systematischen Schutz durch Barabfindungsangebotspflichten anlässlich einer Verlagerung der Unternehmenskontrolle in das Ausland zu etablieren, beschränken sich dabei auf die Fälle der direkten (isolierten oder gleichzeitigen) Satzungsitzverlegung bei den europäischen Rechtsformen und die grenzüberschreitende Verschmelzung nach § 122i Abs. 1 S. 1 UmwG.

Bezieht man noch § 31 Abs. 2 S. 1 WpÜG in die Betrachtung mit ein, so wird deutlich, dass diesem Bestreben das Prinzip der Gleichbehandlung grenzüberschreitender mit innerstaatlichen Maßnahmen im Bereich der immanenten Sitzverlegungen zuwiderläuft.⁷⁵⁹ Dabei unterstützen die letztgenannte Regelung die bereits der ÜbRL entnehmbare Wertung⁷⁶⁰ der Gleichachtung von liquiden Aktien und Barabfindung als Gegenleistung auch für den Fall einer Kontrolle aus dem europäischen Ausland, sofern nur die Angemessenheit im Einzelfall sichergestellt ist. Die Liquidität der Aktien als ein die Art des Minderheitenschutzes bestimmendes Merkmal aber findet nicht nur in Art. 5 Abs. 5 Unterabs. 2 und 3 ÜbRL Ausdruck. Vielmehr hat der deutsche Gesetzgeber ganz unabhängig von jeglichem europäischen Einfluss jüngst mit der Aufnahme des § 29 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. UmwG das Prinzip der Gleichachtung liquider Aktien und Barausgleichsleistungen im Umwandlungsrecht implementiert. Dabei ergibt sich diese Wertung im Umkehrschluss aus der dort vorgeschriebenen Barabfindungspflicht.

In dieser Vorschrift zeigt sich zudem eine weitere interessante Entwicklung. So haben Gesetzgebung und Rechtsprechung, namentlich das Macroton-Urteil des BGH,⁷⁶¹ dazu geführt, dass die vormals streng getrennt behandelten Gebiete des Kapitalmarkt- und Gesellschaftsrechts zusammenwachsen. Denn mit der Börsennotierung ist nunmehr das Anknüpfungskriterium des Kapitalmarktrechts in die ursprünglich verbandsrechtlich ausgestalteten Schutzbestimmungen des UmwG eingeflossen. Dies bestätigt nicht nur die vorangestellte Prämisse der Vergleichbarkeit der Abfindungsansprüche des UmwG und WpÜG, sondern verdichtet sie zu einem Gebot der unbedingten wechselseitigen Berücksichtigung der Prinzipien beider Gebiete.⁷⁶²

Für die Ermittlung sinnvoller Grenzen gesetzlicher Abfindungspflichten erweist sich daneben das Prinzip der vorrangigen Abfindung in Aktien (Primärschutz) und damit der Grundsatz der Erhaltung einer Beteiligung am Unternehmen als hilfreich. Es findet seinen Niederschlag konkret in den §§ 305 Abs. 2 Nr. 1, 320b Abs. 1 S. 2 AktG, §§ 5 Abs. 1 Nr. 2, 3, 123, Abs. 1 und 2 i. V. m.

⁷⁵⁷ S. o. Fn. 716.

⁷⁵⁸ Nachweise s. o. (Fn. 718).

⁷⁵⁹ Speziell auf den Wertungswiderspruch zwischen § 122i UmwG und § 305 Abs. 2 Nr. 1 AktG hinweisend bereits Krause, Grenzüberschreitende Verschmelzungen – Gesellschaftsrechtliche Aspekte –, in: VGR Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2006, S. 39, 48 f.

⁷⁶⁰ Dazu bereits oben, unter: II. 3. e. „Übernahme- und Pflichtangebot nach der ÜbRL“.

⁷⁶¹ BGHZ 153, 47 – Macroton. Näher dazu oben, unter: 4. d. (1) „Verschmelzung“.

⁷⁶² Zur Überlagerung von Aktien- und Kapitalmarktrecht siehe Bayer, ZHR-Sonderheft 71 (2002), 137, 139 f.; Lutter, in: Lieb/Noack u. a. (Hrsg.), FS Zöllner, S. 363 ff.; Richter, ZHR 172 (2008), 419, 430; ferner Mülbart, in: Habersack/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Ulmer, S. 433, 435, 450; kritisch hingegen Simon/Burg, Der Konzern 2009, 214, 220, die die Abfindungspflicht beim kalten Delisting als „Fremdkörper“ im UmwG bezeichnen.

§ 125 S. 1, 192 Abs. 1 S. 1, 194 Abs. 1 Nr. 3 UmwG.⁷⁶³ Dieser Grundsatz entspricht der gesetzgeberischen Auffassung, dass eine Abfindung in Aktien der umstrukturierten Gesellschaft, die der bisherigen Gesellschaft des Aktionärs wirtschaftlich am nächsten steht, den Interessen aller Beteiligten am ehesten gerecht wird. Wie aus den Ausschussberatungen hervorgeht, entschied sich der Gesetzgeber des heutigen AktG bewusst gegen den damaligen Vorschlag der Konzernrechtskommission des Deutschen Juristentages, doch in jedem Fall eine Barabfindung vorzusehen.⁷⁶⁴

Die hiermit aufgezeigten Wertungslinien des Gesetzgebers erlangen schließlich konkret Bedeutung für die Frage, wie mit den bereits oben identifizierten Gesetzeslücken in UmwG und AktG hinsichtlich des Minderheitenschutzes in Bezug auf grenzüberschreitende Umstrukturierungen umzugehen ist. Dabei stehen der zunehmende und zuletzt durch „Cartesio“ für den Formwechsel maßgeblich erhöhte Regelungsdruck⁷⁶⁵ sowie die vorherrschende Literaturansicht, die auch in den übrigen Fällen eine Zulässigkeit grenzüberschreitender Umstrukturierungen befürwortet,⁷⁶⁶ in scharfem Kontrast zu dem anhaltenden Normenmangel im deutschen Recht.

Angesichts der besonderen Folge des Zwangsausschlusses bei der übertragenden Auflösung, die nach dem BVerfG zwingend eine Barabfindungspflicht auslöst,⁷⁶⁷ kann für den Sonderfall der „sitzverlegenden übertragenden Auflösung“ bereits an dieser Stelle eine umfassende analoge Anwendung der Minderheitenschutzvorschriften nach dem SEAG für die Sitzverlegung befürwortet werden. Eine Heranziehung des SEAG umgeht damit insbesondere die umstrittene Frage, ob die Vorschriften des Umwandlungsgesetzes nebst ihren Verweisungen auf das SpruchG grundsätzlich auf die übertragende Auflösung anwendbar sind.⁷⁶⁸

Allein, ob grundsätzlich eine Ausdehnung der in den §§ 12 Abs. 1 S. 1, 7 Abs. 1 S. 1, 9 Abs. 1 S. 1, 1. Fall SEAG, 122i Abs. 1 S. 1 UmwG vorgesehenen Barangebotspflicht oder ein Ausbau des im Aktien- und Übernahmerecht angelegten Gleichbehandlungsgrundsatzes zur Lückenfüllung im Übrigen präferiert werden sollte, lässt sich grundlegend erst beantworten, wenn geklärt ist, ob die vom Gesetzgeber gezogene Parallele zum Formwechsel tatsächlich tragfähig ist und ob nicht sogar verfassungsrechtliche Gründe eine Barabfindung anlässlich der Sitzverlegung erfordern. Hierfür soll zunächst der Blick auf die abfindungsfreien „Formwechsel“ einer AG in eine SE und einer AG in eine KGaA oder umgekehrt gelenkt werden, woran sich dann die Analyse der übergeordneten Vorgaben und Prinzipien anschließt.⁷⁶⁹

Was aber die Frage der Verkehrsfähigkeit des Anteilseigentums anbelangt, so kommt im UmwG neuerdings eine interessante Tendenz zum Vorschein. So haben Gesetzgebung und Recht-

⁷⁶³ Näher zu der „Regelabfindung in Aktien“ bei §§ 320b, 305 AktG Schindler, Austrittsrecht, S. 122; Begr. RegE, abgedr. bei Kropff, AktG 1965, S. 397 f. Hüchting, Abfindung und Ausgleich, S. 16, 21 sprechen zutreffend vom gesetzgeberischen Verständnis des „Aktionärs als Daueranleger“.

⁷⁶⁴ Begr. RegE, abgedr. bei Kropff, AktG 1965, S. 397 f.

⁷⁶⁵ Im Einzelnen dazu bereits oben unter: II. 4. e. (2) b) „Statutswechselnde Satzungsitzverlegung“.

⁷⁶⁶ Vgl. nur Fn. 725 f. zur Mehrheitseingliederung bzw. Fn. 767 zur Spaltung.

⁷⁶⁷ BVerfG, Beschl. v. 23.8.2000, 1 BvR 68/95 und 1 BvR 147/97, NJW 2001, 279 ff. – Moto Meter.

⁷⁶⁸ Die h. M. stützt die Abfindungspflicht direkt auf einen allgemeinen Grundsatz des Gesellschaftsrechts bzw. auf Art. 14 Abs. 1 GG direkt, siehe nur BVerfG, Beschl. v. 23.8.2000, 1 BvR 68/95 und 1 BvR 147/97, NJW 2001, 279, 280 – Moto Meter; Wiedemann, ZGR 1999, 857, 865.

⁷⁶⁹ S. u. 8. „Übergeordnete Vorgaben und Prinzipien“.

sprechung, namentlich das Macroton-Urteil des BGH,⁷⁷⁰ dazu geführt, dass die vormals streng getrennt behandelten Gebiete des Kapitalmarkt- und Gesellschaftsrechts zusammenwachsen. Denn mit der Börsennotierung ist nunmehr das Anknüpfungskriterium des Kapitalmarktrechts in die ursprünglich verbandsrechtlich ausgestalteten Schutzbestimmungen des UmwG eingeflossen. Dies bestätigt nicht nur die vorangestellte Prämisse der Vergleichbarkeit der Abfindungsansprüche des UmwG und WpÜG, sondern verdichtet sie zu einem Gebot der unbedingten wechselseitigen Berücksichtigung der Prinzipien beider Gebiete.⁷⁷¹

6. Formwechsel mit und ohne Abfindungsanspruch im Vergleich mit der Sitzverlegung

a. Fehlender Abfindungsanspruch bei einem Formwechsel nach der SE-VO (Art. 37, 66 SE-VO)

Die SE-VO beschäftigt sich an zwei Stellen mit einem Formwechsel, ohne die Mitgliedstaaten speziell zu einer minderheitenschützenden Regelung nach dem Muster des Art. 8 Abs. 5 SE-VO zu ermächtigen. So bestimmt Art. 37 Abs. 1 SE-VO, dass eine SE durch Umwandlung einer Aktiengesellschaft nationalen Rechts gegründet werden kann und schließlich behandelt Art. 66 Abs. 1 S. 1 SE-VO den umgekehrten Fall der Umwandlung einer SE in eine Aktiengesellschaft nationalen Rechts. Ob das mitgliedstaatliche Recht unter Einschluss etwaiger minderheitenschützender Regelungen zur Lückenfüllung herangezogen werden kann, ist zwar streitig.⁷⁷² Zumindest im Hinblick auf § 207 Abs. 1 S. 1 UmwG ist man sich jedoch im Ergebnis einig, dass diese Vorschrift auf die Umwandlungsgründung nicht anwendbar ist.⁷⁷³

Auch Art. 15 Abs. 1 SE-VO kann nicht zum gegenteiligen Ergebnis führen. Die tatsächliche Konstellation eines Formwechsels „AG in SE“ und umgekehrt ist im Umwandlungsgesetz gerade nicht berücksichtigt. Der Logik des Art. 15 Abs. 1 SE-VO folgend, entspräche dieser Fall „übersetzt“ dem Formwechsel einer AG in eine AG. Stellte man jedoch daraufhin Überlegungen zur Schließung dieser Lücke an, wäre zu fragen, ob nicht – wie für den Formwechsel zwischen AG und KGaA – nach § 250 UmwG analog auch für die SE-Gründung die Barangebotspflicht ausgeschlossen wäre.⁷⁷⁴

⁷⁷⁰ BGHZ 153, 47 – Macroton. Näher dazu oben, unter: 4. d. (1) „Verschmelzung“.

⁷⁷¹ Zur Überlagerung von Aktien- und Kapitalmarktrecht siehe Bayer, ZHR-Sonderheft 71 (2002), 137, 139 f.; Lutter, in: Lieb/Noack u. a. (Hrsg.), FS Zöllner, S. 363 ff.; Richter, ZHR 172 (2008), 419, 430; ferner Mülbart, in: Habersack/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Ulmer, S. 433, 435, 450; kritisch hingegen Simon/Burg, Der Konzern 2009, 214, 220, die die Abfindungspflicht beim kalten Delisting als „Fremdkörper“ im UmwG bezeichnen.

⁷⁷² Uneinigkeit besteht in der Frage, ob u. U. ein Zuzahlungsanspruch analog §§ 195 f. UmwG zuzuerkennen ist, hierzu siehe nur Paefgen, in: KK AktG, Art. 37 SE-VO, Rn. 95 m. w. N.

⁷⁷³ Paefgen, in: KK AktG, Art. 37 SE-VO, Rn. 94; Schwarz, SE-VO, Art. 37, Rn. 64 f.; Kalss, ZGR 2003, 593, 614; Schäfer, in: MüKo AktG, Art. 37, Rn. 37; Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 37 SE-VO, Rn. 20; Seibt, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 37, Rn. 66; Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 37, Rn. 100; Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, IV. Kap., § 41, Rn. 69; Marsch-Barner, in: Kallmeyer, UmwG, Anhang Rn. 100; Jannott, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 3. Kap., Rn. 268 sowie Veil, ebda, 10. Kap., Rn. 41; Teichmann, ZGR 2003, 367, 395; Waclawik, DB 2006, 1827, 1828; Scheifele, Gründung, S. 423.

⁷⁷⁴ Einen Barabfindungsanspruch wegen der Ähnlichkeit der Mitgliedschaft in AG und SE ebenfalls ablehnend Paefgen, in: KK AktG, Art. 37 SE-VO, Rn. 94; vgl. ferner Kalss, ZGR 2003, 593, 614 f.

Art. 15 Abs. 1 SE-VO verweist zudem ausdrücklich nur auf das Aktienrecht des Mitgliedstaates. Das Aktienrecht wiederum ist aber nur solchen Analogieschlüssen zugänglich, die der Regelung von Gegenständen innerhalb dessen Anwendungsbereichs dienen. Mit anderen Worten: Es kann nur dann eine analogiefähige Regelungslücke angenommen werden, wenn eine Nichtregelung auf dem Gebiet vorliegt, welches der Gesetzgeber mit diesem Gesetz generell regeln wollte. SE-spezifische Probleme sind jedoch nicht vom allgemeinen Aktienrecht, sondern allein vom SEAG erfasst,⁷⁷⁵ das jedoch keine Barabfindungsregelung für die formwechselnde Gründung bereithält. Eine solche kann dann auch nicht durch analoge Heranziehung des UmwG geschaffen werden.⁷⁷⁶

Hinzu tritt die Tatsache, dass es sich bei der Umwandlungsgründung zweifellos um die Gründungskonstellation handelt, die im Vergleich am wenigsten Änderungen bewirkt. Die Umwandlung kann damit auf eine Stufe gestellt werden mit der Gründung einer Tochter-SE, für die ebenfalls nicht zum Erlass etwaiger spezieller Schutzvorschriften ermächtigt wird. Im Ergebnis muss also davon ausgegangen werden, dass die Nichtaufnahme einer Regelungsermächtigung zum Minderheitenschutz keine planwidrige Regelungslücke darstellt.

b. Fehlender Abfindungsanspruch bei einem Formwechsel zwischen AG und KGaA

Bei der KGaA als Mischform zwischen KG und AG ist streitig, wie sie in ihrer Rechtsnatur genau einzuordnen ist. Nach wohl überwiegender Ansicht hat sie ihren Schwerpunkt jedoch im Aktienrecht.⁷⁷⁷ Ihre Führungsstruktur wird vorwiegend durch die Grundsätze des Rechts der Personenhandelsgesellschaften, ihre Kapitalstruktur überwiegend durch das Recht der Aktiengesellschaften bestimmt.⁷⁷⁸ § 278 Abs. 3 AktG verdeutlicht die Parallele zwischen dem Formwechsel von einer AG in eine KGaA und den formwechselnden Umwandlungen nach der SE-VO. Anwendbar bleibt jeweils ein Teil des nationalen Aktienrechts und auch die Rechtsordnung ändert sich nicht. Man könnte zusammenfassend von „Teilformwechseln“ sprechen, deren Abfindungsfreiheit systematisch konsequent umgesetzt ist.⁷⁷⁹ Für den Formwechsel ergibt sich diese aus § 250 UmwG, für die Verschmelzung einer AG auf eine KGaA und umgekehrt aus § 78 S. 4 UmwG.

⁷⁷⁵ Schwarz, SE-VO, Einl., Rn. 92.

⁷⁷⁶ Nichts anderes gilt in Bezug auf die Umwandlung nach Art. 66 Abs. 1 S. 1 SE-VO. Denn es muss davon ausgegangen werden, dass es wohl kaum gewollt war, dass die Aktionäre in den beiden Formwechselfällen nach der SE-VO unterschiedlich behandelt werden.

⁷⁷⁷ Hüffer, AktG, § 278, Rn. 3; Rieger, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 78 UmwG, Rn. 10; Bachmann, in: Spindler/Stilz, AktG, § 278, Rn. 1 m. w. N. (Sonderform der AG); dies offen lassend: Förl/Fett, in: Bürgers/Körber, AktG, § 278, Rn. 3; zum Ganzen ausführlich K. Schmidt, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 278, Rn. 1.

⁷⁷⁸ Perlitt, in: MüKo AktG, Vor § 278, Rn. 29; Henssler/Wiedemann, in: Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel II, S. 28; Mertens/Cahn, in: KK AktG, § 278, Rn. 5.

⁷⁷⁹ Im französischen Recht ist hingegen der Formwechsel (transformation) einer SA in eine Société en commandite par actions (S.C.A.) – das Korrelat zur deutschen KGaA – gerade nicht abfindungsfrei (im Gegensatz zu den anderen Formwechseln). Dies liegt in der Stärkung der Position des Geschäftsführers der S.C.A. sowie der ihn bestimmenden Aktionärsmehrheit begründet und führt i. d. R. auch zu einem Kursverlust. Daneben ist regelmäßige Folge eines solchen Formwechsels das Delisting, näher hierzu Kirchner, Kompensationsleistungen, S. 307 f. sowie 361. Dazu siehe auch bereits oben, unter: I. 2. b. (7) „Materieller Minderheitenschutz bei Strukturmaßnahmen“.

Gemeinsam ist diesen Teilformwechseln auch, dass Bestand und Verkehrsfähigkeit des Anteilseigentums nicht berührt werden.⁷⁸⁰ Hingegen sind Änderungen der Pflichtenstellung der Gesellschafter nicht ausgeschlossen. Speziell die Rechtsstellung der Kommanditaktionäre einer KGaA ist tendenziell schwächer als die der Aktionäre einer AG, was durch entsprechende Satzungsgestaltung noch deutlich verschärft werden kann.⁷⁸¹ Dies macht sich wohl auch bei der Bewertung der Anteile an der Börse bemerkbar.⁷⁸² Der Grund liegt in der besonderen Stärke der Stellung des Komplementärs in Verbindung mit seinem großen Einfluss auf die Geschäfte der Gesellschaft.⁷⁸³ Durch die Abdingbarkeit der nach § 278 Abs. 2 AktG anwendbaren HGB-Vorschriften ergibt sich ein weiter Gestaltungsspielraum, der dazu führt, dass die KGaA weitgehend selbst über die Ausgestaltung der Rechte ihrer Komplementäre bestimmen kann. So reicht die Bandbreite der Führungsstrukturen von einer fast unumschränkten Leitungsmacht dieser, über die Festlegung vorstandsähnlicher Rechte bis hin zur Geschäftsführung in weitestgehender Weisungsabhängigkeit.⁷⁸⁴ Für Grundlagengeschäfte, also insbesondere Umwandlungsmaßnahmen nach dem UmwG besitzen die Komplementäre allerdings keine Geschäftsführungsbefugnis. Hieran muss die Hauptversammlung mit qualifizierter Mehrheit mitwirken.⁷⁸⁵ Zusätzlich ist jedoch die Zustimmung der Komplementäre erforderlich, § 285 Abs. 2 S. 1 AktG. Dieser Vorbehalt kann grundsätzlich auch auf andere Beschlüsse wie etwa die Verwendung des Bilanzgewinns erweitert werden, wodurch die Rechte der Kommanditaktionäre erheblich beschränkt werden.⁷⁸⁶ Es wird deshalb vertreten, dass eine satzungsmäßige Erweiterung des Zustimmungsvorbehalts bei einer Publikums-KGaA (in Anlehnung an die Rechtslage bei der Publikumspersonengesellschaft) unzulässig ist.⁷⁸⁷ Das Beispiel zeigt, wie problematisch, aber auch unklar die Einzelheiten im Ver-

⁷⁸⁰ Speziell für die KGaA ergibt sich aus § 278 Abs. 2I AktG, dass sich die vermögensrechtliche Position der Kommanditaktionäre nicht ändert, vgl. Henssler/Wiedemann, in: Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel II, S. 27. Auf diesen Aspekt für die Sitzverlegung im Vergleich zur Verschmelzung einer AG auf eine GmbH ebenfalls hinweisend Kübler, ZHR 167 (2003), 627, 629.

⁷⁸¹ Perlitt, in: Semler/Stengel, UmwG, § 78, Rn. 36; ders., in: MüKo AktG, § 278, Rn. 281; siehe auch Herfs, in: Münchener Hdb. AG, § 77, Rn. 62 (Gesetzlich eingeräumter Gestaltungsspielraum aus Gründen des Kommanditaktionärsschutzes nicht einzuschränken); a. A. Mertens/Cahn, in: KK AktG, § 278, Rn. 41 ff.; Cahn, in: KK AktG, § 286, Rn. 23, wonach Kommanditaktionäre die gleiche Stellung wie Aktionäre haben und das Auskunftsrecht der Kommanditaktionäre sogar stärker sei durch Wegfall der Auskunftsverweigerungsrechte des § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 u. 4 AktG.

⁷⁸² Perlitt, in: MüKo AktG, § 278, Rn. 281; vgl. auch Assmann/Sethe, in: GK AktG, Vor § 278 Rn. 52; Wieneke/Fett, in: Schütz/Bürgers/Riotte, Hdb KGaA, § 10 Rn. 29; unbestimmter: Mertens/Cahn in KK AktG, Vor § 278, Rn. 8; zu den Auswirkungen auf dem Kapitalmarkt vgl. Sethe, Die personalistische Kapitalgesellschaft mit Börsenzugang, S. 250 m. w. N.

⁷⁸³ Bachmann, in: Spindler/Stilz, AktG, § 278 Rn. 6; Perlitt, in: MüKo AktG, § 278, Rn. 281. In der Kapitalgesellschaft & Co KGaA entstehen besondere Gefahren für die Kommanditaktionäre, die in Literatur und Rechtsprechung eine Diskussion über verschiedene Mechanismen für einen ergänzenden Anlegerschutz ausgelöst haben, vgl. nur Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 23, Rn. 44 ff.

⁷⁸⁴ Bachmann, in: Spindler/Stilz, AktG, § 278, Rn. 6; Perlitt, in: MüKo AktG, § 278, Rn. 220.

⁷⁸⁵ Perlitt, in: MüKo AktG, § 278, Rn. 180; Bachmann, in: Spindler/Stilz, AktG, § 278, Rn. 64; Arnold, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 278, Rn. 10.

⁷⁸⁶ Perlitt in: MüKo AktG, § 278, Rn. 363; Arnold, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 258, Rn. 5; Hüffer, AktG, § 258, Rn. 2; Bachmann, in: Spindler/Stilz, AktG, § 258, Rn. 33.

⁷⁸⁷ Perlitt, in: MüKo AktG, § 278, Rn. 363; Wichert, AG 2000, 268, 270; a. A. (grundsätzlich zulässig) Herfs, in: Münchener Hdb. AG, § 78, Rn. 35; Hoffmann-Becking/Herfs, in: Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Sigle, S. 273, 285 f. (jedenfalls soweit keine Publikums-KGaA); Schütz/Reger, in: Schütz/Bürgers/Riotte, Hdb KGaA, § 5 Rn. 105 und 393; Förll/Fett, in: Bürgers/Körber, AktG, § 285, Rn. 9 (mit Ausnahme des Beschlusses über die Verwendung des Bilanzgewinns); differenzierend hingegen Pühler, in: Happ, Aktienrecht, 1.03, Rn. 27, S. 228 f. Im Bereich der wechselseitigen Mitwirkungsbefugnisse ist vieles umstritten, vgl. zu den Einzelfragen Mertens/Cahn, in: KK, § 278, Rn. 46 ff.

hältnis zwischen Kommanditaktionären und Komplementär sein können. Deshalb kann auch nicht behauptet werden, es handle sich bei einem Formwechsel einer AG in eine KGaA um eine die Aktionäre kaum tangierende Maßnahme.⁷⁸⁸ Aus diesem Grund bedarf auch der Formwechsel einer AG in eine KGaA zwingend mindestens einer Dreiviertelmehrheit des bei Abstimmung vertretenen Grundkapitals gem. § 240 Abs. 1 S. 1, 1. Hs., 2. Alt. UmwG,⁷⁸⁹ während für den Formwechsel einer KGaA in eine AG auch ein geringeres Mehrheitserfordernis durch Satzung festgelegt werden kann.⁷⁹⁰ Es handelt sich damit um eine „halbzwingende Vorschrift“, deren zwingender Teil sich nur mit einer vom Gesetzgeber gewollten Verstärkung des Minderheitenschutzes erklären lässt.⁷⁹¹

c. Kontinuitätsgrundsatz bei Formwechsel und Sitzverlegung

Als übergeordnetes Prinzip für alle Formwechsel und die Sitzverlegung lässt sich der Kontinuitätsgrundsatz identifizieren. So liegt nach Aussage des Gesetzgebers der wesentliche Unterschied des Formwechsels gegenüber den anderen Umwandlungsarten in der wirtschaftlichen Kontinuität des Rechtsträgers vor und nach dem Formwechsel. Diese zeige sich auch darin, dass der Vermögensbestand des Rechtsträgers vor und nach dem Formwechsel gleich bleibe. Das Vermögen des Rechtsträgers solle weder wie bei der Verschmelzung oder der Vermögensübertragung mit einem anderen Unternehmensvermögen vereinigt, noch – wie im Falle der Spaltung – aufgeteilt werden. Es ändere sich demnach allein die rechtliche Organisation des Unternehmensträgers. Deshalb müsse der wirtschaftlichen Identität auch die rechtliche Identität entsprechen.⁷⁹²

Die rechtliche Kontinuität beim Formwechsel ergibt sich aus § 190 Abs. 1 UmwG. Das gleiche folgt für die Sitzverlegung aus Art. 8 Abs. 1 S. 2 bzw. Art. 37 Abs. 2 SE-VO für die Umwandlungsgründung.⁷⁹³ Hieraus ergibt sich zugleich jeweils die formelle Kontinuität der Mitglied-

⁷⁸⁸ Hingegen stützt die Gesetzesbegründung zu § 250 UmwG die Abfindungsfreiheit ausdrücklich darauf, dass die „Rechtsstellung des einzelnen Aktionärs im Wesentlichen unverändert bleibe“, vgl. RegBegr UmwG, BT-Drucks. 12/6699, S. 159; ohne Problembewusstsein auch Schindler, Das Austrittsrecht in Kapitalgesellschaften, 1999, S. 117. Laut Happ/Göthel, in: Lutter, UmwG, § 250 Rn. 3 ist die Rechtsstellung zwar unterschiedlich, aber insgesamt nicht besser oder schlechter, da die wirtschaftliche Stellung unverändert bleibe. Genauso: Rieger, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 250, Rn. 7 ff. mit weiteren Beispielen für die Änderungen der Rechtsstellung des Aktionärs. Kritisch dazu: Laumann, in: Goutier/Knopf/Tulloch, UmwG, § 250, Rn. 4, der aus verfassungsrechtlichen Gründen ein Austrittsrecht auch in diesem Fall bejahen will. Insbesondere die Undurchsichtigkeit der Regelungen zur KGaA wird als Grund für ihre geringe praktische Bedeutung angeführt, vgl. Sethe, Die personalistische Kapitalgesellschaft mit Börsenzugang, S. 154. Die Lage beim Wechsel in diese Rechtsform unterscheidet sich damit auch in dieser Hinsicht wenig von einer SE-Sitzverlegung ins Ausland.

⁷⁸⁹ Nach § 240 Abs. 1 S. 2, 1. Hs. kann nur eine größere Mehrheit in der Satzung bestimmt werden und nach § 240 Abs. 2 S. 1 ist zusätzlich die Zustimmung aller zukünftigen Komplementäre erforderlich. Vgl. zu den auf den Formwechsel anwendbaren Vorschriften die Übersicht von Arnold, in: Semler/Stengel, UmwG, § 240, Rn. 2.

⁷⁹⁰ Gem. § 240 Abs. 1 S. 2, 2. Hs. UmwG.

⁷⁹¹ Die Dreiviertelmehrheit ist klassisches Instrument des Minderheitenschutzes, vgl. Wiedemann, GesR I, § 8 I 4 b aa (S. 420); Peifer, in: MüKO AktG, § 182, Rn. 16; Stein, ebda, § 179, Rn. 100; siehe auch Römermann, in: Michalski, GmbHG, § 47, Rn. 564 (Heraufsetzung eines gesetzlichen Mehrheitserfordernisses verstärkt Minderheitenschutz); ebenso Bonow, in: Semler/Stengel, UmwG, § 260, Rn. 11; ferner Drescher, in: MüKo GmbHG, § 47, Rn. 52; Brandes, AG 2005, 177, 181 (zu Art. 10 Abs. 1 SEAG).

⁷⁹² RegBegr. zum UmwBerG, BR-Drucks. 75/94, S. 136; Paefgen, in: KK AktG, Art. 37, Rn. 1, spricht hier zu treffend vom „Wechsel des Rechtskleides“.

⁷⁹³ Hierzu Paefgen, in: KK, AktG, Art. 37 SE-VO, Rn. 1; Sagasser/Link, in: Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen,

schaft.⁷⁹⁴ Das Beteiligungsverhältnis setzt sich am umstrukturierten Rechtsträger fort, wie es ausdrücklich für den Formwechsel in § 202 Abs. 1 S. 2 UmwG auch normiert wurde.⁷⁹⁵ Was aber die Reichweite des Kontinuitätsgrundsatzes anbelangt, so gilt, dass allein die Sitzverlegung „ein Bild nahezu vollkommener Kontinuität der Rechtszuordnung sowie der Essenz der Rechtsbeziehungen“ ergibt.⁷⁹⁶ Denn nach zutreffender Ansicht findet hier nicht einmal ansatzweise eine Gründungsprüfung statt. Anders ist dies beim Formwechsel nach dem UmwG, wie § 197 S. 1 UmwG zeigt.⁷⁹⁷ Auch gilt bei der Sitzverlegung, anders als beim Formwechsel, der Grundsatz der Amtskontinuität.⁷⁹⁸

d. Vergleich der verschiedenen Formwechsellmöglichkeiten mit der Sitzverlegung

Der Grund für das Austrittsrecht nach § 207 Abs. 1 S. 1 UmwG wird in der Änderung der rechtlichen Stellung der Gesellschafter gesehen. Der Minderheitsgesellschafter, der durch Mehrheitsbeschluss eine Änderung seiner Mitgliedschaftsrechte oder einen sonstigen Eingriff hinnehmen muss, soll durch sein Ausscheiden keinen vermögenswerten Nachteil davontragen, weshalb er eine volle Entschädigung für die Aufgabe seiner Mitgliedschaftsrechte erhalten müsse.⁷⁹⁹ Der gleiche Gedanke liegt der Entschädigungspflicht im Falle einer Sitzverlegung zugrunde.⁸⁰⁰

Fragt man dann, worin überhaupt der Unterschied zwischen einem Formwechsel und der Sitzverlegung einer SE besteht, ist an erster Stelle sicher der grenzüberschreitende Charakter der Änderung zu nennen. So wechselt die Gesellschaft im Falle der Sitzverlegung die Rechtsordnung und nicht bloß den Anwendungsfall innerhalb einer solchen. Gleich ist dagegen in allen Fällen die Beibehaltung der rechtlichen Identität, allerdings in unterschiedlicher Ausprägung; d. h. die Rechtsbeziehungen zu Dritten bestehen fort. Damit ist jedoch nicht gesagt, dass sich die Be-

§ 32, Rn. 70; Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 23.

⁷⁹⁴ Decher, in: Lutter, UmwG, § 202, Rn. 16 unter Hinweis darauf, dass hieraus nicht das unveränderte Fortbestehen der Mitgliedschaftsrechte zu folgern sei; Hoger, Kontinuität, S. 75; a. A. Vossius, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 202, Rn. 28 ff., 146 ff., wonach die „alte“ Mitgliedschaft mit dem Formwechsel untergehe und zugleich am umstrukturierten Rechtsträger neu entstehe. Siehe aber für den Formwechsel die gesetzlichen Ausnahmen gem. §§ 233 Abs. 3 S. 3, 247 Abs. 2, 255 Abs. 3, 294 Abs. 1 S. 2 UmwG.

⁷⁹⁵ Decher, in: Lutter, UmwG, § 202, Rn. 13 ff.; Kübler, in: Semler/Stengel, UmwG, § 202, Rn. 18 ff.; Meister/Klöcker, in: Kallmeyer, UmwG, § 202, Rn. 28 ff., 34 f.; Stratz, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 202, Rn. 6.

⁷⁹⁶ Hoger, Kontinuität, S. 84.

⁷⁹⁷ Hoger, Kontinuität, S. 84; Decher, in: Lutter (Hrsg.), Umwandlungsrechtstage, S. 201, 205 f.; Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 20, wonach auch nicht analog den Formwechsellvorschriften eine Gründungsprüfung anlässlich der Sitzverlegung stattfinden darf.

⁷⁹⁸ Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 23; Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 55; a. A. Priester, ZGR 1999, 36, 48 f. zum Entwurf einer Sitzverlegungsrichtlinie. Näher zur Organkontinuität sogleich unter c.

⁷⁹⁹ BVerfGE 14, 263, 283 – Feldmühle; vgl. auch Kalss, in: Semler/Stengel, UmwG, § 29, Rn. 25; dies., ebda, § 207, Rn. 1; Leisten, Austrittsrechte, S. 22 m. w. N.; Drinhausen/Keinath, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 207 UmwG, Rn. 2; RegBegr. zum UmwG, BT-Drucks. 12/6699, S. 146, wonach insbesondere für kleineren Anteilsbesitz der Wechsel von der bisherigen Gesellschafterstellung oder Mitgliedschaft in eine mehr der Vermögensanlage dienende Beteiligung eine einschneidende Änderung darstelle. Näher zu den Anforderungen an eine ausreichende Entschädigungsleistung später unter 8. a. (2) „Eigentumsgrundrecht und Spielraum des Gesetzgebers: Zum Verhältnis von Zwangsausschluss und Austrittsrecht“.

⁸⁰⁰ Dazu s. o., unter: I. 1. „Begründung eines Schutzbedürfnisses – Fragestellung und Darstellung des Streitstandes“.

ziehungen zu den Gläubigern überhaupt nicht ändern. Anders als bei der Sitzverlegung ändert sich beim Formwechsel nach dem UmwG in der Regel das Haftungsregime, so dass die Gläubiger hier eine grundsätzlich andere Situation vorfinden.⁸⁰¹ Auch das erforderliche Grundkapital ist der jeweiligen Rechtsform anzupassen.⁸⁰² Im Falle der Sitzverlegung wechseln dagegen teilweise Gerichtsstände und Vollstreckungsort. Gemeinsam ist allen diesen Fällen jedenfalls, dass die wirtschaftliche Identität wie auch die des beteiligten Personenkreises erhalten bleibt.⁸⁰³

Damit können die Änderungen bei der Sitzverlegung als „äußerer Rechtswechsel“, die der formwechselnden Umwandlung dagegen als „innerer Rechtswechsel“ charakterisiert werden. Dies gilt gleich in mehrfacher Hinsicht, zum einen bezogen auf die örtliche Komponente und zum anderen hinsichtlich der Auswirkungen auf die Gesellschaft. Denn die Sitzverlegung ähnelt einer Gesetzesänderung durch den Gesetzgeber, wobei in Wirklichkeit ein Wechsel des Gesetzgebers vorliegt. Dagegen greift die formwechselnde Umwandlung, auch in Form der SE-Gründung nach Art. 37 SE-VO, als Metamorphose mehr oder weniger tief in die innergesellschaftliche Struktur ein. Dies drückt sich darin aus, dass dort keine Organkontinuität wie bei der Sitzverlegung besteht.⁸⁰⁴ Grundsätzlich sind die Wirkungen beim Formwechsel daher weitergehend. Ursache der Unantastbarkeit der innergesellschaftlichen Organisation bei der Sitzverlegung ist die unverändert geltende SE-VO. Der Vergleich der Sitzverlegung mit einer Gesetzesänderung wirft auch ein neues Licht auf die Frage der Schutzbedürftigkeit der Minderheitsaktionäre, erscheint doch die Vorsehung eines Austrittsrechts im Falle gesetzlicher Änderungen, welche die mitgliederschaftliche Stellung im Verband oder auch nur die Rahmenbedingungen, etwa die steuerlichen Regelungen betreffen, hierzulande eher fernliegend.⁸⁰⁵

⁸⁰¹ Dazu Binnewies, GmbHR 1997, 727, 729; Veith, Der Gläubigerschutz beim Formwechsel nach dem Umwandlungsgesetz, S. 8 ff.; Berenbrok, in: Sudhoff, Unternehmensnachfolge, E., § 64, Rn. 84; Ihrig, in: Semler/Stengel, UmwG, § 228, Rn. 39.

⁸⁰² Für den umwandlungsrechtlichen Formwechsel sind die Grundkapitalerfordernisse gem. § 197 S. 1 UmwG anzuwenden. Auch zwischen AG (50.000 Euro gem. § 7 AktG) und SE (120.000 Euro gem. Art. 4 Abs. 2 SE-VO) ergibt sich ein deutlicher Unterschied.

⁸⁰³ Näher dazu Veith, Der Gläubigerschutz beim Formwechsel nach dem Umwandlungsgesetz, S. 8.

⁸⁰⁴ Zum Formwechsel siehe ferner Beuthien/Helios, NZG 2006, 369, 372; zur SE-Gründung Paefgen, in: KK AktG, Art. 39 SE-VO, Rn. 65; Manz, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 39, Rn. 21 ff. und Schröder, ebda, Art. 66, Rn. 20; Reichert/Brandes, in: MüKO AktG, Art. 39 SE-VO, Rn. 28; Jannott, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 3. Kap., Rn. 86 (Verschmelzung durch Aufnahme) sowie Rn. 255 (für die formwechselnde Gründung mit Ausnahme der Umwandlung einer AG in eine dualistische SE); a. A. Heckschen, in: Widmann/Mayer, UmwR, Anh. 14, Rn. 518.3.

Eine Neubestellung von Organen wegen der Sitzverlegung kann allenfalls dann von Nöten sein, wenn die SE zeitgleich ihr Leitungssystem wechselt oder die Vorschriften des neuen Sitzstaates, bspw. eine abweichende Anzahl von Organmitgliedern, festlegt, vgl. hierzu Schwarz, SE-VO, Art. 8, Rn. 57; Austmann, in: Münchener Hdb AG, § 84, Rn. 10; Wenz, in: Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft, S. 231; Oechsler, in: MüKo, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 55; Sagasser/Link, in: Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen, § 32, Rn. 70; Heckschen, in: Widmann/Mayer, UmwR, Anh. 14, Rn. 445; a. A. in Bezug auf die SitzverlegungsRL jedoch Priester, ZGR 1999, S. 36, 49; Kalss, in: Kalss/Hügel, SE-Kommentar, Vor § 6 SEG, Rn. 10, die meint, es könne der Fall auftreten, dass ein Typ Funktionsträger zwar im Wegzugsstaat, nicht aber im Zuzugsstaat bekannt wäre. Dies ist jedoch ausgeschlossen, da die Art. 39 ff. SE-VO zwingende Regelungen zu den zulässigen Organtypen enthalten. Die konkrete Auswahl dieser, deren Funktionen und ihre Arbeitsweise wird allerdings im Einzelnen durch die Satzung festgelegt. Allg. zum Kontinuitätsgrundsatz bei Sitzverlegung Hoyer, Kontinuität, S. 73 f.

⁸⁰⁵ Vgl. hingegen das österreichische Recht, wo die Änderung der steuerlichen Rahmenbedingungen ein außerordentliches Kündigungsrecht der Anleihehaber auslöst, was wiederum z. T. als Begründung für das Schutzbedürfnis bei Sitzverlegung herangezogen wird, Kalss, Anlegerinteressen, S. 499 (Fn. 297). Ähnlich wie hier zum regulären Delisting BVerfG, Urt. v. 11.7.2012, 1 BvR 3142/07 sowie 1 BvR 1569/08, ZIP 2012, 1402, 1404,

Zusammenfassend kann man sagen, dass sich beim Formwechsel gerade das Recht der Regelungsgegenstände ändert, die bei der Sitzverlegung gleich bleiben und umgekehrt. Für die Sitzverlegung sieht die SE-VO vor, was sich nicht ändert, während beim Formwechsel ein derartiges gesellschaftsrechtliches Gerüst fehlt. So lässt der Formwechsel nach dem UmwG eine Vielzahl von Kombinationen verschiedener Gesellschaftsformen grundlegend unterschiedlicher Verfassungen zu.⁸⁰⁶

Dass mit dem Ende der Aktionärsstellung in einer Aktiengesellschaft ein Barabfindungsanspruch verknüpft sein muss, drängt sich schon wegen des damit zumeist verbundenen vollständigen Verlusts der besonderen Verkehrsfähigkeit des Anteilseigentums auf.⁸⁰⁷ Ein solcher droht hingegen nicht bei der formwechselnden Umwandlung in eine SE und bei der Sitzverlegung. Diesbezüglich stehen sich also formwechselnde SE-Gründung und Sitzverlegung näher. Hierbei handelt es sich zudem um die einzigen Umstrukturierungen, bei denen kein Anteilstausch stattfindet.⁸⁰⁸ Daraus ergibt sich, dass die häufig zum Formwechsel nach dem UmwG gezogene Analogie keineswegs immer sachgerechte Ergebnisse für die Sitzverlegung liefern muss, wenn auch die Nähe der beiden Konstellationen zueinander nicht zu verleugnen ist.⁸⁰⁹

Das europäische Recht ist aber durchaus in allen Mitgliedstaaten auch schon als Teil der nationalen Rechtsordnung wirksam und darüber hinaus durch enge Wechselbeziehungen mit den Rechts Traditionen der Mitgliedstaaten verbunden. Der Abfindungsfreiheit der Formwechsel nach der SE-VO liegt also dieselbe gesetzgeberische Wertung zugrunde wie sie Art. 10 SE-VO, 9 Abs. 1c ii und iii SE-VO zum Ausdruck bringen: Die SE als europäische Rechtsform ist nicht nur als „gleichwertig“ mit den nationalen Aktiengesellschaften anzusehen, sondern darüber hinaus von den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen mit geregelt und von daher teils selbst „nationale Aktiengesellschaft“. Dies macht einen Eingangsschutz der Aktionäre beim Übergang von der nationalen Aktiengesellschaft in die national geprägte europäische Aktiengesellschaft entbehrlich.⁸¹⁰ Daraus allein ergibt sich zwar noch nicht, dass auch bei dem Übergang von einer nationalen in eine andere nationale SE ebenfalls kein Schutzbedürfnis anzuerkennen ist. Denn wenn A und B sowie B und C gleich zu behandeln sind, folgt daraus nicht zwingend, dass A und C ebenfalls gleich behandelt werden müssten. Es sind allerdings auch keine tragfähigen Gründe dafür erkennbar, weswegen die rechtlichen Übereinstimmungen der verschiedenen SE's grundsätzlich andere Folgen zeitigen sollten als die von allen nationalen gründungsfähigen Kapitalgesellschaften mit den dort ansässigen SE's geteilten Merkmale.

1405 f. (Rn. 55, 66): Kein Recht auf Beibehaltung von Sondervorschriften; keine Änderung der Innenstruktur der Gesellschaft.

⁸⁰⁶ Siehe hierzu die Aufzählung der zugelassenen Rechtsträger in § 191 Abs. 1, Abs. 2 UmwG.

⁸⁰⁷ Zur entsprechenden Wertung des Gesetzgebers in § 29 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. und S. 2 UmwG s. o., unter: 4. d. (1) „Verschmelzung“. Für den vollständigen Verlust der Verkehrsfähigkeit folgt dies bereits aus dem Verfassungsrecht, siehe BVerfG, Urt. v. 11.7.2012, 1 BvR 3142/07 sowie 1 BvR 1569/08, ZIP 2012, 1402, 1404 (Rn. 57).

⁸⁰⁸ Siehe nur Paefgen, in: KK AktG, Art. 37 SE-VO, Rn. 30.

⁸⁰⁹ Für eingeschränkte Vergleichbarkeit i. E. auch Hoger, Kontinuität, S. 83; Wenz, in: Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft, S. 230 f. („eingeschränktes Formwechselmodell“).

⁸¹⁰ In der Ungleichbehandlung der Formwechsel nach der SE-VO und der Sitzverlegung bei der Abfindungsfrage zeigt sich somit die Wertung des Gesetzgebers, die Unterschiede in der Rechtsform zwischen SE und AG seien weniger gravierend, als die zwischen SE unterschiedlicher mitgliedstaatlicher Prägung, vgl. Göz, ZGR 2008, 593, 625.

7. Fazit zum Vergleich der Formwechsel mit der Sitzverlegung

Die oben behandelten abfindungsfreien Formwechsel⁸¹¹ sind wie die Sitzverlegung dadurch gekennzeichnet, dass sie je nach Einzelfall einen mehr oder weniger starken Eingriff in die Mitgliedschaftsrechte bedeuten, die Verkehrsfähigkeit des Anteilseigentums jedoch nicht berühren.⁸¹² Treffend lässt sich in allen diesen Fällen von „Teilformwechseln“ sprechen. Denn im Unterschied zu den abfindungsauslösenden Formwechseln nach dem UmwG fällt der Eingriff in die mitgliedschaftliche Position insgesamt schwächer aus, da jeweils ein bedeutender Teil der Gesellschaftsorganisationsregeln anwendbar bleibt. So finden sich nur beim abfindungsauslösenden Formwechsel, nicht aber bei der Sitzverlegung, die Gesellschafter in einer grundlegend neuen Rechtsform wieder. Es drohen Änderungen des Haftungsregimes und ein Verlust der Fungibilität ihrer Anteile.⁸¹³ Damit lässt sich das Abfindungsrecht des § 207 UmwG rechtfertigen.⁸¹⁴ Der Verweis auf diese Vorschrift zur Begründung von § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG allein überzeugt jedoch nicht, wie der Vergleich mit den abfindungsfreien Formwechseln zeigt.

8. Übergeordnete Vorgaben und Prinzipien

a. Verfassungsrechtliche Vorgaben

(1) Einführung

Möglicherweise ergibt sich das Bedürfnis für die Barabfindungsangebotspflicht anlässlich der Sitzverlegung zwingend bereits aus dem Verfassungsrecht. Die Vertragsfreiheit als Teil der Privatautonomie wurzelt letztlich in der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG.⁸¹⁵ Dieser gehen jedoch speziellere Grundrechte vor, einschließlich Art. 14 Abs. 1 GG. Eigentumschutz genießt auch das Anteilseigentum.⁸¹⁶ Nach der Rechtsprechung des BVerfG sind die in der

⁸¹¹ Gemeint sind die Formwechsel zwischen AG und KGaA sowie nach Art. 37 und 66 SE-VO.

⁸¹² Dementsprechend wäre mit Hommelhoff, ZGR 1993, 452, 471 f. auch die Abfindung im Falle eines Formwechsels einer GmbH in eine AG etwa zu hinterfragen. Auch der DAV-Handelsrechtsausschuss schlug eine Begrenzung des Austrittsrechts i. R. d. grenzüberschreitenden Hinausverschmelzung auf die Fälle vor, bei denen die ausländische Gesellschaft nicht börsennotiert ist, vgl. NZG 2006, 737, 741; ebenso Bayer/Schmidt, NZG 2006, 841, 844; hiergegen ausdrücklich H.-F. Müller, Der Konzern 2007, 81, 87.

⁸¹³ Jenseits der nicht mitzuzählenden, weil durch Sonderzustimmungsrechte kompensierten Gefahren – wie sie beim nicht verhältnismäßigen Formwechsel oder dem Verlust von Sonderrechten vorkommen – sind dies die Hauptpunkte, auf die die Abfindungspflicht gestützt wird, vgl. Binnewies, GmbHR 1997, 272, 279; ähnlich zu den spezifischen Eingriffswirkungen beim Formwechsel Boese, Anwendungsgrenzen, S. 366 ff. sowie Gude, Strukturänderungen, S. 72, der als hauptsächliche Beweggründe und Risiken für die Minderheit hier neben dem Rückzug von der Börse die Eröffnung der Möglichkeit eines späteren Squeeze Out bei einem Formwechsel in eine AG ansieht.

⁸¹⁴ Vgl. Boese, Anwendungsgrenzen, S. 381.

⁸¹⁵ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 2, Rn. 145.; Manssen, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, S. 183 ff., 194.; Reul, DNotZ 2007, 184, 185 f.; Reul, in: Schmoeckel (Hrsg.), Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, S. 97, 100; differenzierend Höfling, Vertragsfreiheit, S. 6 ff., 18 ff. (Vertragsfreiheit als Substrat unterschiedlicher grundrechtlicher Gewährleistungen, Art. 2 Abs. 1 GG komme nur „Auffangfunktion“ zu); zur Vertragsfreiheit siehe ferner Bruns, JZ 2007, 385 ff.

⁸¹⁶ BVerfGE 14, 263, 276 – Feldmühle; BVerfGE 25, 371, 407; BVerfGE 50, 290, 342; Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14, Rn. 195; Schmidt-Assmann, in: Brenner/Huber/Möstl (Hrsg.), FS Badura, S. 1009, 1012 m. w. N.; Klöhn, Abfindungsansprüche, S. 80; Depenheuer, in: Von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 14, Rn. 142; Höfling, Vertragsfreiheit, S. 14 ff.; a. A. Mülbart/Leuschner, ZHR 170 (2006), 615, 646; Leuschner, NJW 2007, 3248,

Aktie verkörperten mitgliedschaftlichen Mitwirkungs- und Vermögensrechte Teil des verfassungsrechtlich geschützten Eigentums.⁸¹⁷

Die Brücke zwischen den zivilrechtlichen Normen und dem Verfassungsrecht aber schlägt die auf Dürig zurückgehende „Lehre von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte“.⁸¹⁸ Dieser zufolge hat der Zivilgesetzgeber kraft Verfassungsrechts die Grundrechte der Bürger vor Eingriffen durch Dritte zu schützen, was insbesondere durch abgestufte Schutzmechanismen und allgemein durch wertausfüllungsfähige Generalklauseln geschieht.⁸¹⁹ Nicht nur die Vorschriften über den aktienrechtlichen Squeeze-Out und die Unternehmensverträge mitsamt den dazugehörigen Abfindungsansprüchen stellen nach der Rechtsprechung des BVerfG zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums dar, sondern beispielsweise auch die Verschmelzungsvorschriften.⁸²⁰ Für den Formwechsel und die Sitzverlegung kann diesbezüglich nichts anderes gelten.⁸²¹

(2) Eigentumsgrundrecht und Spielraum des Gesetzgebers: Zum Verhältnis von Zwangsausschluss und Austrittsrecht⁸²²

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner „Feldmühle“-Entscheidung⁸²³ Grundsätze für den Schutz der Minderheitsaktionäre bei bestimmten Mehrheitsentscheidungen entwickelt. Es stellt

3249, die allein Art. 2 Abs. 1 GG für einschlägig halten.

⁸¹⁷ BVerfGE 14, 263, 276 – Feldmühle; BVerfGE 50, 290, 342; BVerfGE 100, 289, 301 f. – DAT/Altana; BVerfG, Beschl. v. 23.8.2000, 1 BvR 68/95 und 1 BvR 147/97, NJW 2001, 279 ff. – Moto Meter sowie zuletzt BVerfG, Urt. v. 11.7.2012, 1 BvR 3142/07 sowie 1 BvR 1569/08, ZIP 2012, 1402, 1404 (Rn. 52).

⁸¹⁸ Dürig, in: Maunz (Hrsg.), FS Nawiasky, S. 157 ff.; hierzu etwa Durner, in: Schmoeckel (Hrsg.), Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, S. 9 ff.

⁸¹⁹ Dürig, in: Maunz (Hrsg.), FS Nawiasky (1956), S. 157, 179 ff. Die Schutzpflicht des Zivilgesetzgebers wird dabei maßgeblich auf Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG gestützt, vgl. Dürig, ebda, S. 176; Ziekow, Über Freizügigkeit und Aufenthalt, S. 589. Ein anderer Ansatz ist die Begründung über die Bindung des Gesetzgebers nach Art. 1 Abs. 3 GG; hierzu Hillgruber, AcP 191 (1991), 69, 71 f.; Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, S. 155 ff.; Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 122 f.; kritisch diesbezüglich Durner, in: Schmoeckel (Hrsg.), Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, S. 14 f. Die Aufnahme der Lehre in die Rechtsprechung erfolgte 1958 durch das Lüth-Urteil, welches die Wendung von der „objektiven Wertordnung“ der Verfassung durch seinen Grundrechtsabschnitt einführt, vgl. BVerfGE 7, 198, 205; eingehend zu dieser Rechtsprechung Di Fabio, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte II, § 46 m. w. N. Zu der die Lehre von der „mittelbaren Drittwirkung“ konkretisierenden „Schutzpflichtenlehre“ von Canaris, Grundrechte und Privatrecht, S. 37 ff. vgl. Isensee, in: Isensee/Kirchhof, Hdb. StR XI, § 191, Rn. 251 sowie Reul, in: Schmoeckel (Hrsg.), Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht (2008), S. 97, 111. Zur Schutzgebotsfunktion desw. BVerfGE 39, 1, 42, 55 ff.; BVerfGE 88, 203, 251; BVerfG v. 27.4.1995, 1 BvR 729/93, NJW 1995, 2343; zusammenfassend Hofmann, Minderheitenschutz, S. 70 m. w. N.

⁸²⁰ BVerfG, Beschl. v. 30.5.2007 – 1 BvR 1267/06, 1280/06, NJW 2007, 3266, 3268.

⁸²¹ Siehe für den Formwechsel Wilm, NZG 2000, 234, 237.

⁸²² Während der „Austritt“ das freiwillige Ausscheiden bezeichnet, ist unter „Zwangsausschluss“ das Ausscheiden aufgrund der einseitigen Willenserklärung seitens der Gesellschaft zu verstehen, vgl. Moritz, Squeeze-Out, S. 31 sowie 33; ähnlich Hofmann, Minderheitenschutz, S. 505 f. Anders als hier konzentriert sich Klöhn auf die Unterscheidung zwischen „Austrittsrecht“ und „Abfindungsrecht“, wobei er zu dem Ergebnis gelangt, dass Abfindungsansprüche nur mit spiegelbildlichem Eingriff denkbar sind, wohingegen Austrittsrechte unabhängig davon bestehen können, vgl. S. 271. Wolf unterscheidet wiederum „Abfindungsansprüche“, worunter er nur die aufgrund unfreiwilligen Ausschlusses entstehenden Abfindungen versteht und „Abfindungsrechte“ als die aufgrund des Ausübens einer Austrittsoption entstehenden Abfindungsmöglichkeiten, vgl. Wolf, Abfindungsrechte, S. 27 f.

⁸²³ BVerfGE 14, 263, 283 f. – Feldmühle.

fest, dass es nicht von vornherein unvertretbar erscheine, wenn der Gesetzgeber erlaubt, dass sich das von der Konzernleitung vertretene unternehmerische Interesse gegenüber dem Anlageinteresse des Kleinaktionärs durchsetzt. Voraussetzung für die Zulässigkeit dieser gesetzgeberischen Wertung sei freilich, dass die berechtigten Interessen der zum Ausscheiden gezwungenen Minderheit gewahrt werden. Dazu gehöre einmal, dass ihr wirksame Rechtsbehelfe gegen einen Missbrauch der wirtschaftlichen Macht zur Verfügung stünden; zum anderen müsse Vorsorge getroffen sein, dass sie für den Verlust ihrer Rechtsposition „wirtschaftlich voll entschädigt“ werde.⁸²⁴ Der Ausscheidende habe zu erhalten, "was seine gesellschaftliche Beteiligung an dem arbeitenden Unternehmen wert ist".⁸²⁵ Diese Grundsätze hat das BVerfG in den darauf folgenden Jahren konkretisiert, wonach nur eine „volle Entschädigung“ bei Entsprechung des Verkehrswerts anzunehmen sei, der regelmäßig mit dem Börsenkurs identisch sei und gleichzeitig die Untergrenze der verfassungsrechtlich geforderten vollen Entschädigung bilde.⁸²⁶ Diesen Entscheidungen lag jedoch – wie auch späteren Beschlüssen – die Konstellation eines zwangsweisen Ausscheidens der Aktionäre zugrunde.⁸²⁷ Eine Gleichstellung erfolgte für die von anderen Umstrukturierungen betroffenen Minderheitsaktionäre nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur für den Fall einer „erheblichen Beeinträchtigung ihrer grundrechtlich geschützten Gesellschaftsbeteiligung, die einem Verlust jedenfalls wirtschaftlich gleichsteht.“ Als solche hat es in DAT/Altana den Abschluss eines Unternehmensvertrages angesehen.⁸²⁸ Ohne weitere Begründung hat es jüngst auch die Konzernverschmelzung eingeschlossen.⁸²⁹ Eine entsprechende Entschädigungspflicht von Verfassungen wegen für das reguläre Delisting hat es hingegen verneint.⁸³⁰

Unabhängig davon, ob man die Ausdehnung auf die Verschmelzung für zutreffend hält, kann jedenfalls bezweifelt werden, dass eine Sitzverlegung die o. g. Voraussetzungen immer erfüllt. Zweifel sind dabei trotz der Veränderungen, die eine solche für die Aktionäre mit sich bringen kann, angebracht.⁸³¹ Möglicherweise heben sich sogar Verbesserungen und Verschlechterungen beim Wechsel des subsidiär anwendbaren Rechts auf.⁸³² Schon die Frage, ob die vom BVerfG aufgestellten Voraussetzungen auch für Verschmelzungen gelten, wurde kontrovers diskutiert.⁸³³

⁸²⁴ BVerfGE 14, 263, 283 – Feldmühle.

⁸²⁵ BVerfGE 14, 263, 284 – Feldmühle.

⁸²⁶ BVerfGE 100, 289, 308 – DAT/Altana.

⁸²⁷ BVerfGE 100, 289 ff. – DAT/Altana; BVerfG, Beschl. v. 23.8.2000, 1 BvR 68/95, 1 BvR 147/97, NZG 2000, 1117 – Moto-Meter; BVerfG, Beschl. v. 29.11.2006, 1 BvR 704/03, NZG 2007, 228 ff.

⁸²⁸ BVerfGE 100, 289, 303 – DAT/Altana.

⁸²⁹ BVerfG v. 26.4.2011, 1 BvR 2658/10, BB 2011, 1518, 1520 m. Anmerk. Bungert.

⁸³⁰ BVerfG, Urt. v. 11.7.2012, 1 BvR 3142/07 sowie 1 BvR 1569/08, ZIP 2012, 1402, 1403 f. (Rn. 49, 53).

⁸³¹ A. A. Krause, in: Müller-Graff/Teichmann, Europäisches Gesellschaftsrecht auf neuen Wegen, S. 103, 113.

⁸³² Dazu im Einzelnen bereits oben unter: III. 4. „Ergebnis zum Vergleich mit den anderen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen“.

⁸³³ Für eine Übertragung: Lutter/Bezenberger, AG 2000, 433, 438; Mülbart, in: Grundmann/Mülbart u. a. (Hrsg.), FS Hopt, S. 1039, 1072, 1074; einschränkend: Paschos, ZIP 2003, 1017, 1024. Dagegen (keine Übertragbarkeit): Bungert, BB 2011, 459, 462; Bungert/Eckert, BB 2000, 1845, 1849; so auch zumindest für „Merger of Equals“: BayObLG, Beschl. v. 18.12.2002, 3 Z BR 116/00, ZIP 2003, 253, 255 f. – Hypo-Vereinsbank mit Zustimmung Bungert, BB 2003, 699, 701, 704; OLG Stuttgart v. 8.3.2006, 20 W 5/05, AG 2006, 420 f. sowie OLG Stuttgart v. 14.10.2010, 20 W 16/06, AG 2011, 49 ff.; Simon, in: KK UmwG, § 5, Rn. 38; Hüffer, AktG, § 305, Rn. 24 j und k; Rölike/Tonner, in: Rensen/Brink (Hrsg.): Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 199, 214 f.; Lutter/Drygala, in: Lutter, UmwG, § 5, Rn. 27; differenzierend auch Wilsing/T. Kruse, DStR 2001, 991995 f.; kritisch zu der Maßgeblichkeit des „wahren Werts“ für das Delisting Schlitt, ZIP 2004, 533, 536. Zum

Das Bundesverfassungsgericht hat dies zunächst ausdrücklich offen gelassen.⁸³⁴ Seit dem Nichtannahmebeschluss vom 26.4.2011 will es allerdings zumindest auch für Konzernverschmelzungen den Börsenkurs als verfassungsrechtliche Untergrenze berücksichtigt wissen.⁸³⁵ Seltener finden sich Stellungnahmen zur Übertragbarkeit dieser Grundsätze auf den Formwechsel. Zumeist wird hier ohne weitere Begründung davon ausgegangen, dass diese uneingeschränkt Anwendung finden.⁸³⁶ Abgelehnt wird die Übertragbarkeit dagegen auf die SE-Holdinggründung.⁸³⁷

Für die Abfindungsansprüche kommt es nach DAT/Altana auf die wirtschaftliche Vergleichbarkeit der zugrundeliegenden Situation mit einem Zwangsausschluss an.⁸³⁸ Die Bestimmungen über einen Zwangsausschluss greifen allerdings wesentlich tiefer in die Aktionärsrechte ein als diejenigen Umstrukturierungen, welche allein eine Abfindungsoption eröffnen.⁸³⁹ Der zwangsweise Ausschluss widerspricht eben, anders als ein Formwechsel oder eben eine Sitzverlegung, dem Charakter einer Beteiligung an einer Aktiengesellschaft schlechthin, da eine solche grundsätzlich auf Dauer angelegt ist.⁸⁴⁰ Dass das Bundesverfassungsgericht den Zwangsausschlüssen den Abschluss von Unternehmensverträgen gleichstellt, ist dabei konsequent. Hierin manifestiert sich der mehrfach in der Rechtsprechung ausdrücklich angesprochene Missbrauchsgedanke.⁸⁴¹

Die Annahme eines Missbrauchs kommt konkret dann in Betracht, wenn die Mehrheitsmacht nicht dazu genutzt wird, Entscheidungen zu treffen, von denen sich die Aktionäre Wohlfahrtssteigerungen für die Gesellschaft insgesamt erwarten. Statt Entscheidungen, die sich letztlich genauso für die Mehrheit wie auch für die Minderheit auswirken sollen, werden dann Maßnahmen beschlossen, die dieses Nutzen-/Verantwortungsverhältnis zulasten der Minderheit in Richtung Mehrheitsaktionäre verschieben.⁸⁴² Ob das Ergebnis dann in einer Konzernierung oder dem

Streitstand allgemein desw. OLG Stuttgart v. 6.7.2007, 20 W 5/06, AG 2007, 705, 709 ff.

⁸³⁴ BVerfG, Beschl. v. 30.5.2007, 1 BvR 1267/06, 1 BvR 1280/06 (Rn. 14), NJW 2007, 3266; BVerfG, Beschl. v. 20.12.2010, 1 BvR 2323/07 (Rn. 11), BB 2011, 459 m. Anmerk. Bungert.

⁸³⁵ BVerfG v. 26.4.2011, 1 BvR 2658/10, BB 2011, 1518, 1520 m. Anmerk. Bungert; noch offenlassend hingegen die Vorinstanz: OLG Frankfurt v. 3.9.2010, 5 W 57/09, NZG 2010, 1141 = BeckRS 2010, 21665, B. II. a) bb).

⁸³⁶ Wilm, NZG 2000, 234, 237; nicht zwischen den Abfindungsvorschriften differenzieren Klöhn, Abfindungsansprüche, S. 52 f. sowie Wolf, S. 32 ff. Die verfassungsrechtliche Erforderlichkeit des Abfindungsrechts ablehnend allein Gude, Strukturänderungen, S. 181, der i. E., allerdings ohne Begründung, trotzdem die Börsenkursrechtsprechung des BVerfG dort anwenden will.

⁸³⁷ Paefgen, in: KK AktG, Art. 34 SE-VO, Rn. 29, der dies mit dem Freiwilligkeit des Anteilstauschs begründet.

⁸³⁸ BVerfGE 100, 289, 303 – DAT/Altana; siehe auch BVerfG, Urt. v. 11.7.2012, 1 BvR 3142/07 sowie 1 BvR 1569/08, ZIP 2012, 1402, 1404 (Rn. 52); allgemeiner gefasst geht es hier um die beiden wesentlichen Kriterien zur Feststellung einer Schutzpflicht: „Schwere des Eingriffs“ und „Intensität der Gefährdung“, vgl. Canaris, Grundrechte und Privatrecht, S. 79.

⁸³⁹ Lutter/Drygala, in: Lutter, UmwG, § 5, Rn. 27; Korsten, Vermögensrechtliche Ansprüche, S. 24; ähnlich i. E. Klöhn, S. 270 f.; vgl. auch Bungert/Eckert, BB 2000, 1845, 1846 zur Verschmelzung; a. A. Schindler, Austrittsrecht, S. 125; Grunewald, in: MüKo AktG, § 320b, Rn. 9 im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Squeeze-Out und Eingliederung.

⁸⁴⁰ Korsten, Vermögensrechtliche Ansprüche, S. 25; Hüchting, Abfindung und Ausgleich, S. 1, 16; dementsprechend stehen Zwangsausschluss und Austrittsrecht in einem Stufenverhältnis; hierzu vgl. Habersack, ZIP 2001, 1230, 1235 f.

⁸⁴¹ BVerfGE 14, 263, 283 – Feldmühle; BVerfGE 100, 289, 304 – DAT/Altana; ähnlich Hofmann, in: Grundmann/Mülbert u. a. (Hrsg.), FS Hopt, S. 833, 837, der auf die begründete Erwartung der Minderheitsaktionäre verweist, der Mehrheitseigner werde seine Rechtsstellung nach den „Grundsätzen fairer Zusammenarbeit“ ausüben. Zur Argumentation mit dem Fehlen eines „Konzernkonfliktes“ bei der Verschmelzung vgl. nur Bungert/Eckert, BB 2000, 1845, 1846; Paschos, ZIP 2003, 1017, 1022 ff., jeweils m. w. N.

⁸⁴² Vgl. zu der Voraussetzung einer wirtschaftlichen Interessenbindung zwischen der Ober- und Untergesellschaft

Ausschluss der Minderheitsaktionäre besteht, macht nur noch einen graduellen Unterschied. Diesen Aspekt der Übervorteilung betont das Bundesverfassungsgericht, wenn es feststellt, dass im Falle des Hauptaktionärs als Profiteur der Konzernierungsmaßnahme – anders als bei Enteignungen zum Wohl der Allgemeinheit – als Entschädigung nur eine volle Abfindung in Betracht kommt.⁸⁴³

Im Ergebnis ist demnach zwischen zwei Grundtypen von Umstrukturierungsentscheidungen zu differenzieren:

1. „Typische Maßnahmen“: Erfüllung des Zweckes des Mehrheitsprinzips (im Kontrast zur einstimmigen und damit konfliktfreien Entscheidung) als der Garantie der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft i. R. der Verfolgung des gemeinsamen Gesellschaftszwecks.

Hier realisiert sich ein mit Begründung der Gesellschafterstellung in Kauf genommenes Risiko, das der Charakteristik der Verbandsform entspricht.⁸⁴⁴

2. „Atypische Maßnahmen“: Missbrauch des Mehrheitsprinzips zu Lasten der Minderheit zur Durchsetzung einer Maßnahme, die nur für die Gesellschaftermehrheit einen spezifischen Nutzen aufweist.⁸⁴⁵

Es realisiert sich ein nicht in Kauf genommenes Risiko, das der Charakteristik der Verbandsform widerspricht. In diesen Fällen ist von Verfassungen wegen zu fordern, dass sowohl materiell als auch verfahrensrechtlich besondere Anforderungen gelten, die für einen gerechten Interessenausgleich sorgen. Hier kommt jedenfalls das Prinzip der „vollen Abfindung“ und der „gerichtlichen Angemessenheitskontrolle“ zum Tragen.⁸⁴⁶

Dass diese Unterscheidung im Grundsatz so auch vom einfachen Gesetzgeber berücksichtigt wird, zeigt die Regelung der Kapitalherabsetzung mit Zwangseinziehung von Aktien nach §§ 237 ff. AktG. Denn bei der Zwangseinziehung handelt es sich zwar ebenfalls um eine nach den obigen Maßstäben „atypische Maßnahme“. Dass der Gesetzgeber sie trotzdem abfindungsfrei zulässt, ist allein darauf zurückzuführen, dass eine solche Maßnahme immer auf einer dazu ermächtigenden oder anordnenden Satzungsklausel beruht, die bereits vor Übernahme der Aktien

für den Abschluss von Beherrschungsverträgen etwa Hüffer, AktG, § 291, Rn. 8, § 15, Rn. 8 ff.; teilw. wie hier Veil, Unternehmensverträge, S. 172 f.; siehe auch Hofmann, in: Grundmann/Mülbart u. a. (Hrsg.), FS Hopt, S. 833, 847, der auf das „Gesellschaftsinteresse“ als Ausübungsschranke der Mehrheitsmacht abstellt. Ebenso Paefgen, Unternehmerische Entscheidungen, S. 95 f. Näher zum Ganzen später, unter: D. II. 4. b. „Materielle Beschlusskontrolle“.

⁸⁴³ BVerfGE 14, 263, 283 f.; 100, 289, 303 – DAT/Altana.

⁸⁴⁴ Vgl. Wiedemann, GesR I, S. 406, 709; Hofmann, Minderheitenschutz, S. 139. Im Unterschied zum Institut des „Wegfalls der Geschäftsgrundlage“ muss der Gesellschafter aufgrund des Mehrheitsprinzips normalerweise also gerade mit dem „Wegfall“ rechnen, vgl. Schindler, Austrittsrecht, S. 164.

⁸⁴⁵ Damit wird eine Entscheidungsfolge angesprochen, die in der Literatur teilweise als „Aktionärskonflikt“, so etwa bei Rölike/Tonner, in: Rensen/Brink (Hrsg.): Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht, S. 199, 203, teilweise auch als „Konzernkonflikt“ bezeichnet wird: Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 1, Rn. 1, § 2, Rn. 12; Paschos, ZIP 2003, 1017, 1022 f.; Wilsing/T. Kruse, DStR 2001, 991, 994 f.; Brandi/Wilhelm, NZG 2009, 1408, 1411; Wiedemann, GesR I, S. 407 mit konkreten Beispielen; ferner dazu Roitzsch, Der Minderheitenschutz im Verbandsrecht, S. 177.

⁸⁴⁶ Für die gerichtliche Kontrolle ist dabei nach dem BVerfG kein bestimmtes Verfahren vorgegeben, vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.8.2000, 1 BvR 68/95 u. 1 BvR 147/97, NZG 2000, 1117, 1119; BVerfG, Beschl. v. 8.9.1999, 1 BvR 301/89, NZG 2000, 28, 30 – Hartmann & Braun.

durch den jeweiligen Aktionär vorhanden gewesen sein muss.⁸⁴⁷ Es fehlt hier also an der „Nicht-Inkaufnahme“ des realisierten Risikos. Ganz ähnlich hat das BVerfG in Bezug auf die Frage argumentiert, ob die Verkehrsfähigkeit der Aktie in einer bestimmten Form dem Eigentumsschutz des Grundgesetzes unterfällt. Konkret hat es dies mit der Begründung abgelehnt, dabei handle es sich lediglich um einen „wertbildenden Faktor“, auf dessen Vorliegen oder Nichtvorliegen in einer bestimmten Form (hier der Notierung an einer öffentlich-rechtlich regulierten Börse) kein Anspruch des Aktionärs bestehe.⁸⁴⁸ Mit anderen Worten: Zwar haftet die Verkehrsfähigkeit als solche der Aktie an. Die Zulassung bzw. der Widerruf der Notierung oder der Wechsel von einem in einen anderen Markt ist als typische „geschäftspolitische Maßnahme des Unternehmens“ hinzunehmen. Hierin realisiert sich nur ein der Aktie von Anfang an immanentes Risiko.⁸⁴⁹

Für die Sitzverlegung als „typischer Maßnahme“ aber gilt nichts anderes. Nach den o. g. Grundsätzen gibt es daher hier genauso wenig spezielle⁸⁵⁰ verfassungsrechtliche Vorgaben zum Schutz der Minderheitsaktionäre.⁸⁵¹ Die Verfassung verbietet, richtig verstanden, auch nur die Unterschreitung eines bestimmten Schutzminimums, enthält also im Bereich der Schutzgebotsfunktion⁸⁵² lediglich ein „Untermaßverbot“.⁸⁵³ Die Wirkungskraft der Schutzgebotsfunktion in Verbindung mit dem Untermaßverbot ist aber grundsätzlich schwächer als die der Eingriffsverbotsfunktion zusammen mit dem Übermaßverbot, da im Bereich des Unterlassens dem Staat nicht dieselbe Legitimations- und Begründungslast aufzuerlegen ist wie im Bereich des Eingriffshandelns.⁸⁵⁴ Darin spiegelt sich das im Privatrecht geltende Prinzip vom Vorrang der Gesellschaft gegenüber dem Staat wider.⁸⁵⁵ Hieraus folgt jedoch, dass sich nur ausnahmsweise aus den Grundrechten besondere Regelungspflichten ableiten lassen.⁸⁵⁶ Ein solcher Ausnahmefall liegt weder bei einem Formwechsel noch bei einer SE-Sitzverlegung vor.

⁸⁴⁷ Nur solche Aktien sollen von der Einziehung erfasst werden, die von Beginn des Aktienerwerbs an mit der Einziehungsmöglichkeit belastet waren, vgl. Hüffer, AktG, § 237, Rn. 7.

⁸⁴⁸ BVerfG, Urt. v. 11.7.2012, 1 BvR 3142/07 sowie 1 BvR 1569/08, ZIP 2012, 1402, 1404 f. (Rn. 57, 61).

⁸⁴⁹ BVerfG, Urt. v. 11.7.2012, 1 BvR 3142/07 sowie 1 BvR 1569/08, ZIP 2012, 1402, 1405 (Rn. 60 f.).

⁸⁵⁰ Zu den allgemeinen Vorgaben siehe sogleich unter dem folgenden Gliederungspunkt.

⁸⁵¹ Davon zu unterscheiden ist die grundsätzlich mit der gesetzgeberischen Entscheidung für einen Abfindungsanspruch bei Sitzverlegung jedenfalls mitentschiedene Frage einer Teilnahme dieses einmal implementierten Schutzes an der Eigentumsgarantie als Inhalts- und Schrankenbestimmung i. S. d. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG. Zu dieser Wirkung des Art. 14 Abs. 1 S. 2 im Allgemeinen: Hofmann, in: Grundmann/Mülbert u. a. (Hrsg.), FS Hopt, S. 833, 841.

⁸⁵² Dazu s. o.: I. 1. „Begründung eines Schutzbedürfnisses – Fragestellung und Darstellung des Streitstandes“.

⁸⁵³ BVerfGE 88, 203, 254; Canaris, Grundrechte und Privatrecht, S. 39. Inwieweit ein darüber hinausgehender Minderheitenschutz sinnvoll und politisch gewünscht ist, ist daher eine andere, davon strikt zu trennende Frage; hierzu Wiedemann, GesR I, S. 705 f., der betont, es gebe im Gesellschaftsrecht keine private Willkürfreiheit und der für eine Sachkontrolle plädiert; zustimmend Paefgen, Unternehmerische Entscheidungen, S. 111 f.; vgl. auch Hofmann, Minderheitenschutz, S. 73 („überschießende Regelung ebenso schädlich wie unzureichende, da im ersten Fall überflüssige Kosten für Prävention anfallen, im zweiten für exzessive Streitschlichtung“); im Einzelnen Kalss, ZHR 171 (2007), 146, 158 f.

⁸⁵⁴ Näher dazu Canaris, Grundrechte und Privatrecht, S. 43 f.; zur genauen dogmatischen Einordnung der Einwirkungen des Art. 14 Abs. 1 GG auf das Aktienrecht als Verhältnismäßigkeitsmaßstab für die Überprüfung von Inhalts- und Schrankenbestimmungen siehe Mülbert, in: Grundmann/Mülbert u. a. (Hrsg.), FS Hopt, S. 1039, 1052.

⁸⁵⁵ Canaris, Grundrechte und Privatrecht, S. 47.

⁸⁵⁶ BVerfGE 96, 56, 64; dazu Canaris, Grundrechte und Privatrecht, S. 63.

(3) Verhältnismäßigkeit und Prinzip des Primärschutzes

Die Sozialgestaltung durch den Gesetzgeber unterliegt den allgemeinen Schranken des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, des Willkürverbotes und der Wesensgehaltsgarantie.⁸⁵⁷ § 12 Abs. 1 SEAG als eine Vorschrift, die zwar nach dem eben Ausgeführten verfassungsrechtlich nicht geboten ist, verletzt andererseits nicht automatisch das Übermaßverbot im Sinne eines Fehlens der „Erforderlichkeit“ im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁸⁵⁸

Der Gesetzgeber muss lediglich in Erfüllung seines Auftrages aus Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG im Falle konkurrierender Eigentumspositionen diese inhaltlich ausgestalten, gegeneinander abgrenzen und die jeweiligen Befugnisse so bestimmen, dass die beiden Eigentumspositionen angemessen gewahrt werden.⁸⁵⁹ „Angemessen“ im vorstehenden Sinne ist dabei jede Behandlung der Minderheit, die sich im Hinblick auf die Interessen der Mehrheit als „zumutbar“ darstellt und umgekehrt. Eine strikte Erforderlichkeitskontrolle scheidet hingegen an dem weiten gesetzgeberischen Ermessensspielraum, eine verfassungsrechtlich vorgegebene Optimallösung gibt es nicht.⁸⁶⁰

Als Ausgangspunkt kann festgehalten werden, dass Mehrheitsentscheidungen im Gesellschaftsrecht verfassungsrechtlich im Grunde nicht zu beanstanden sind.⁸⁶¹ Gesellschaften sind bewegliche Gebilde; die Zweckverfolgung durch diese macht Veränderungen ständig erforderlich. Die Mehrheitskompetenz umfasst daher generell auch Strukturbeschlüsse. Eine von Verfassungs wegen garantierte bestimmte Rechtsstellung als Mitglied einer Gesellschaft gibt es nicht.⁸⁶²

Für die danach vorzunehmende Abwägung zwischen den Interessen von Mehrheit und Minderheit gilt es speziell im Hinblick auf die SE-Sitzverlegung und den Formwechsel zu beachten, dass diese sich von den anderen Umstrukturierungen durch die Kontinuität des Rechtsträgers, der Mitgliedschaft und des Vermögens unterscheiden.⁸⁶³ Auch tritt nicht wie typischerweise bei den Konzernierungsmaßnahmen der bestimmende Einfluss eines weiteren Rechtsträgers hinzu bzw. findet eine Mediatisierung der Mitgliedschaftsstellung statt.⁸⁶⁴ Gleichzeitig bleibt die Verkehrs-

⁸⁵⁷ Neuner, *Privatrecht und Sozialstaat*, S. 229.

⁸⁵⁸ Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, S. 84; Isensee, in: Isensee/Kirchhof, *Hdb. StR IX*, § 191, Rn. 304 m. w. N.; anders hingegen Hain, *DVBl.* 1993, 982, 983 f.; Erichsen, *Jura* 1997, 85, 88, die allerdings verkennen, dass zwischen der „Erforderlichkeit“ i. R. d. Verhältnismäßigkeitsprüfung und der „Erforderlichkeit“ i. S. d. Gebotenheit i. R. d. verfassungsrechtlichen Schutzgebotsfunktion zu unterscheiden ist.

⁸⁵⁹ BVerfGE 89, 1, 8 – Mietrechtsentscheidung.

⁸⁶⁰ H. P. Westermann, in: Bierich (Hrsg.), *FS Semler*, S. 651, 661 ff.; Rölike/Tonner, in: Rensen/Brink (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, S. 199, 209 f.; vgl. hinsichtlich der Erforderlichkeitskontrolle von unternehmerischen Entscheidungen auch Hofmann, *Minderheitenschutz*, S. 552 f.; ähnlich Roitzsch, *Der Minderheitenschutz im Verbandsrecht*, S. 185 f. Eine Einzelkorrektur von Vertragsinhalten kommt ebenfalls nur in Betracht, wenn ein Vertragspartner über eine besondere strukturelle oder emotionale Vormachtstellung verfügt. Bejaht wurde dies in der *Handelsvertreterentscheidung*, BVerfGE 81, 242, in den *Ehevertragsfällen*, BVerfG, *NJW* 2001, 957 ff. und den *Bürgschaftsentscheidungen*, BVerfGE 89, 214. Näher dazu Durner, in: Schmoeckel, S. 9, 18 ff.; Reul, in: Schmoeckel, S. 97, 123 sowie ausführlich Mülbert/Leuschner, *ZHR* 170 (2006), 615 ff.

⁸⁶¹ Rölike/Tonner, in: Rensen/Brink (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, S. 199, 209; Schön, in: Habersack/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), *FS Ulmer*, S. 1359, 1384.

⁸⁶² BVerfGE 14, 236, 278 – Feldmühle; Wiedemann, *GesR I*, S. 705; Reul, in: Schmoeckel, S. 97, 130.

⁸⁶³ Dazu s. o. 6. c. „Kontinuitätsgrundsatz bei Formwechsel und Sitzverlegung.“

⁸⁶⁴ Vgl. oben, 4. d. (2) „Spaltung“.

fähigkeit des Anteilseigentums unangetastet und ist dementsprechend hier auch nicht geeignet, die Unzumutbarkeit der Maßnahme für die Minderheitsaktionäre zu begründen.⁸⁶⁵

Schließlich verdient im Rahmen der Abwägung noch das „Prinzip des Primärschutzes“ Beachtung. Dieses ergibt sich aus der vorrangigen Abfindung in Aktien und bildet damit einen einfachgesetzlichen Grundsatz der regelmäßigen Erhaltung einer Beteiligung am Unternehmen.⁸⁶⁶ Dieses Prinzip lässt sich allerdings auch auf das Verfassungsrecht stützen, ist es doch im Kern nichts anderes als eine Konkretisierung dessen, was als zumutbar in Bezug auf die Beeinträchtigung der Gesellschafts- und der Mehrheitsgesellschafterinteressen anzusehen ist.⁸⁶⁷ Umgekehrt wird eine Kompensation unter Beibehaltung der Mitgliedschaft in Form mitgliedschaftlicher Rechte – gegebenenfalls auch in Verbindung mit einer baren Zuzahlung – dem Interesse auch der Minderheitsgesellschafter grundsätzlich eher gerecht als eine rein vermögensmäßige Kompensation bei gleichzeitiger Beendigung der Mitgliedschaft.⁸⁶⁸ Das Prinzip des Primärschutzes entspricht gleichzeitig der vermögenspolitischen Grundsatzentscheidung, eine möglichst breite Streuung des Aktienbesitzes anzustreben, von der sich der Rechtsausschuss schon im Zuge der Schaffung des § 305 AktG leiten ließ.⁸⁶⁹

In Übereinstimmung mit den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsanforderungen hat der Zivilgesetzgeber daher die Fortsetzung des wirtschaftlichen Engagements im Unternehmen in den Vordergrund gerückt. Damit handelt es sich um ein „systemrelevantes“, der Rechtssicherheit dienendes Prinzip, dem grundsätzlich auch bei der Sitzverlegung Beachtung geschenkt werden muss und das hier gegen eine Barangebotspflicht spricht.

Auf der anderen Seite sind die nach Abzug der durch die SE-VO und weiterer Harmonisierungsakte vorgegebenen verbleibenden Risiken für die Anteilseigner durch den Statutenwechsel zu beachten. Allein diese stellen jedoch zumindest aus verfassungsrechtlicher Perspektive einen ausreichenden Schutzgrund dar. Bei der dem Zivilgesetzgeber im Einzelnen nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG überlassenen Inhaltsbestimmung des Eigentums bildet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur die äußerste Grenze. Dem einfachen Gesetzgeber kommt in diesem Rahmen ein weiter Spielraum zu.⁸⁷⁰ So hält sich die Barabfindungspflicht bei Sitzverlegung noch innerhalb dieser

⁸⁶⁵ Anders als im Falle eines Delistings, vgl. BGHZ 153, 47, 55 – Macroton; zur verfassungsrechtlichen Absicherung dieses im Wege der Rechtsfortbildung gewonnenen Ergebnisses siehe BVerfG, Urt. v. 11.7.2012, 1 BvR 3142/07 sowie 1 BvR 1569/08, ZIP 2012, 1402, 1408 (Rn. 85).

⁸⁶⁶ Näher dazu bereits oben: IV. 6. „Fazit zum Vergleich mit anderen Abfindungsansprüchen im deutschen Recht“. Hommelhoff/Riesenhuber, in: Grundmann (Hrsg.), Systembildung, S. 259, 275 sprechen diesbezüglich von der „Aufnahmepflicht“ als Teil des sog. „Identitätsgrundsatzes“, welcher daneben noch die „Zugangssperre“ und den „Proportionalitätsgrundsatz“ umfasst. Zu letzterem vgl. die Ausführungen oben zur Spaltung: C. II. 2. f. „Barabfindung nach der SpaltRL“.

⁸⁶⁷ Aus diesem Grund verstößt umgekehrt etwa auch eine völlige Verdrängung der Minderheit immer dann gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn dem übernehmenden Gesellschafter die Fortsetzung der Beteiligungsverhältnisse zugemutet werden kann, vgl. Wiedemann, GesR I, S. 706 f.

⁸⁶⁸ So auch Hoyer, Kontinuität, S. 219.

⁸⁶⁹ Vgl. Begr. RegE, abgedr. bei Kropff, AktG 1965, S. 407 f.; Hüchting, Abfindung und Ausgleich im aktienrechtlichen Beherrschungsvertrag, S. 21; Fischer, DB 1958, 1263; Nörr, in: Lieb/Noack u. a. (Hrsg.), FS Zöllner, S. 429, 431, 439.

⁸⁷⁰ Grundlegend hierzu jetzt BVerfG, Urt. v. 11.7.2012, 1 BvR 3142/07 sowie 1 BvR 1569/08, ZIP 2012, 1402, 1407 f. (Rn. 83 ff.).

Grenzen.⁸⁷¹ Verfassungsrechtlich kann die Entscheidung daher nicht beanstandet werden, solcherart weitgehenden Schutz zu gewähren, selbst wenn dies zu Lasten der Mehrheit geht. Die durch die Barangebotspflicht bewirkten Belastungen sind dieser nicht unzumutbar.

b. Rechtsnatur der Abfindungsansprüche

Eine einheitliche Einordnung der Rechtsnatur aller Abfindungsansprüche konnte sich bislang nicht durchsetzen. Die unterschiedliche Beurteilung der Rechtsnatur der verschiedenen gesetzlichen Abfindungsvorschriften aber macht eine nähere Zuordnung des § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG zu einer der Gruppen von Abfindungsansprüchen notwendig. Denn von der Rechtsnatur und dem Zeitpunkt der Forderungsentstehung hängt die Lösung etlicher Einzelfragen des Barabfindungsanspruchs ab,⁸⁷² so dass eine Abklärung generell sinnvoll erscheint.⁸⁷³

Die Abfindungsansprüche nach § 39a Abs. 3 S.1, S. 2 WpÜG sowie §§ 320b Abs. 1 S. 1, 327a Abs. 1 S. 1 AktG sind nach ganz h. M. gesetzlicher Natur.⁸⁷⁴ Gefolgert wird dies für die aktienrechtlichen Ansprüche vor allem daraus, dass in beiden Fällen die Aktien kraft Gesetzes auf den Hauptaktionär bzw. die Hauptgesellschaft übergehen.⁸⁷⁵ § 320a S. 2 AktG ordnet zudem an, dass die Aktien ab Wirksamwerden der Eingliederung automatisch den Abfindungsanspruch verbrieften. Hingegen sollen die umwandlungsrechtlichen Abfindungsansprüche nach verbreiteter Literaturansicht vertraglicher Natur sein.⁸⁷⁶ Klöhn geht dagegen davon aus, dass es sich in allen Fällen einheitlich um Aufopferungsansprüche und damit um gesetzliche Ansprüche handelt.⁸⁷⁷ Einige ordnen die Abfindungsansprüche insgesamt als „Ansprüche eigener Natur“ ein.⁸⁷⁸

Mit Abstand am meisten Probleme bereitet § 305 Abs. 1 AktG. Nach herkömmlicher Dogmatik und infolge des Wortlautes geht ein großer Teil in Rechtsprechung und Literatur zunächst davon

⁸⁷¹ Genauso zum Delisting BVerfG, Urt. v. 11.7.2012, 1 BvR 3142/07 sowie 1 BvR 1569/08, ZIP 2012, 1402,1406 (Rn. 72).

⁸⁷² Zu denken ist hier an das allgemeine Leistungsstörungenrecht, an die (später noch relevant werdende) Frage der Anwendbarkeit des Art. 8 Abs. 16 SE-VO auf die Forderung u. v. m.

⁸⁷³ Die Diskussion um die Einordnung der Abfindungsansprüche weist dabei interessante Parallelen zum Streit um die Rechtsnatur der Rücksichtspflichten nach § 241 Abs. 2 BGB auf. Auch hierzu konnte sich bislang erkennbar keine Meinung endgültig durchsetzen, vgl. dazu nur Olzen, in: Staudinger, BGB, § 241, Rn. 383 ff.

⁸⁷⁴ Habersack, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 320, Rn. 3, § 327b, Rn. 4; Hüffer, AktG, § 320b, Rn. 2, § 327b, Rn. 6; Grunewald, in: MüKo AktG, § 320b, Rn. 1; Klöhn, Abfindungsansprüche, S. 128; Koppensteiner, in: KK AktG, § 320b, Rn. 3. Die Rechtsnatur des § 39a Abs. 1 S. 1 WpÜG wird kaum erörtert, wohl weil man eine Gleichstellung mit den genannten aktienrechtlichen Abfindungsansprüchen in dieser Hinsicht für selbstverständlich hält, vgl. Klöhn, Abfindungsansprüche, S. 117.

⁸⁷⁵ Vgl. § 320 S. 1 AktG und § 327e Abs. 3 S. 1 AktG.

⁸⁷⁶ Zu § 29 vgl. Schindler, Austrittsrecht, S. 136 f.; Marsch-Barner, in: Kallmeyer, UmwG, § 29, Rn. 23; Währholz, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 29, Rn. 48; Kalss, in: Semler/Stengel, UmwG, § 29, Rn. 23, 31; a. A. Schwab, BB 2000, 527, 529; Luttermann, NZG 2006, 816, 818.

Zu § 207: Meister/Klöcker, in: Kallmeyer, UmwG, § 207, Rn. 42; ferner Währholz, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 207, Rn. 21; unklar Kalss, in: Semler/Stengel, UmwG, § 207, Rn. 8 (Abfindungsangebot Teil des Umwandlungsbeschlusses); a. A. Schindler, Austrittsrecht, S. 135.

⁸⁷⁷ Klöhn, Abfindungsansprüche, S. 157 ff.; kritisch dazu: Paefgen, ZHR 174 (2010), 741, 744 f.; Wolf, Abfindungsrechte, S. 58 ff.

⁸⁷⁸ So für § 327b AktG etwa Korsten, Vermögensrechtliche Ansprüche, S. 74; differenzierter Wolf, Abfindungsrechte, S. 224 f., der zwar von „Gestaltungsrechten eigener Art“ ausgeht, die §§ 320b, 327b AktG aber als Aufopferungsansprüche ansieht.

aus, es handle sich um einen vertraglichen Anspruch, resultierend aus dem Unternehmensvertrag als „echtem Vertrag zugunsten Dritter“.⁸⁷⁹ Nach der Gegenansicht ist der Anspruch aus § 305 Abs. 1 AktG gesetzlicher Natur.⁸⁸⁰ Die BGH-Rechtsprechung schien ebenfalls zu einer Entstehung kraft Gesetzes zu tendieren.⁸⁸¹ Im „Jenoptik“-Urteil stellte der BGH dann ausdrücklich fest, es handle sich um einen „schuldrechtlichen Anspruch auf der Grundlage des Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrages.“⁸⁸² Damit ist das Ergebnis des BGH im früheren „Guano“-Beschluss jedoch schwer vereinbar, wonach der Abfindungsanspruch auch nach Beendigung des Unternehmensvertrages fortbestehen soll⁸⁸³ und das Gericht selbst bei völligem Fehlen einer Abfindungsregelung im Unternehmensvertrag eine angemessene Abfindung festsetzen kann.⁸⁸⁴ Auch das Bundesverfassungsgericht stützt sein Ergebnis regelmäßig nicht auf eine (verfassungskonforme) Auslegung des Vertrages, sondern konzentriert sich ganz und gar auf die Auslegung des § 305 Abs. 1 AktG als „Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums im Aktienrecht.“⁸⁸⁵ So scheint sich in jüngster Zeit auch in der Literatur die Ansicht durchzusetzen, nach der bereits mit Abschluss des Unternehmensvertrages zumindest auch ein gesetzliches Schuldverhältnis zustande kommt, welches von den vertraglichen Abfindungsbestimmungen nur solange überlagert wird, wie diese den gesetzlichen Vorschriften entsprechend vereinbart sind bzw. nicht nachträglich wegfallen.⁸⁸⁶

Die Rechtsnatur speziell des § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG wird selten näher problematisiert.⁸⁸⁷ Allein die Wortwahl in der Literatur⁸⁸⁸ und der wiederholte Verweis auf § 207 UmwG⁸⁸⁹ deuten zumeist

⁸⁷⁹ OLG Düsseldorf v. 7.10.1997, 19 W 1/97, AG 1998, 39, 40 sowie OLG Düsseldorf v. 12.3.1999, 12 W 3/93, AG 2000, 77; OLG Hamburg v. 29.1.2002, 11 U 37/01, BB 2002, 747; LG Stuttgart v. 13.5.1997, 25 O 703/96, AG 1998, 103 – Gestra AG; Altmepfen, in: Habersack/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Ulmer, 3, 5; Bayer, ZGR 1993, 599, 602 f.; ders., ZIP 2005, 1053, 1056; Bilda, NZG 2005, 375, 376; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 305, Rn. 5, 25; dies., Konzernrecht, § 22, Rn. 10; Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, § 305, Rn. 11; Hüchting, Abfindung und Ausgleich, S. 104; Koppensteiner, in: KK AktG, § 305, Rn. 12; Schindler, Austrittsrecht, S. 137; Stephan, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 305, Rn. 11. Für die vertragsrechtliche Natur, jedoch die Konstruktion als „Vertrag zugunsten Dritter“ abl. Habersack, AG 2005, 709, 710. Zu dieser und weiteren Varianten in der Literatur desw. Klöhn, Abfindungsansprüche, S. 118 ff. m. w. N. Siehe hingegen Luttermann, NZG 2006, 816, 817: „Vertrag zu Lasten Dritter“.

⁸⁸⁰ So bspw. Luttermann seit JZ 1997, 1183, zul. NZG 2006, 816, 617 (unter Annahme eines „Vertrags zu Lasten Dritter“); Mülbert/U. H. Schneider, WM 2003, 2301, 2308; Röhrich, ZHR 162 (1998), 249, 257; M. Schwab, BB 2000, 527, 528. Hierzu sowie zu den diversen „Kombinationslehren“ vgl. Klöhn, Abfindungsansprüche, S. 123 ff. m. w. N.

⁸⁸¹ Für den Fall der Beendigung des Vertrages lässt sich dies, wenn auch nicht mit letzter Klarheit aus BGHZ 135, 374, 380 – Guano folgern. Den „kaufrechtlichen Gedanken“ und die Terminologie der „Gegenleistung“ ablehnend und stattdessen von „Entschädigung“ sprechend jedoch BGHZ 138, 136, 138 f. (ASEA/BBC II).

⁸⁸² BGHZ 167, 299 (Leitsatz 1).

⁸⁸³ BGHZ 135, 374 – Guano (Leitsatz).

⁸⁸⁴ BGHZ 135, 374, 380 – Guano.

⁸⁸⁵ So etwa BVerfGE 100, 289, 304 f. – DAT/Altana; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 8.9.1999, 1 BvR 301/89 – Hartmann & Braun, Rz. 24: „Der Minderheitsaktionär verliert mit dem Unternehmensvertrag Vermögens- und Herrschaftsrechte. Deshalb hat er einen Anspruch auf Ausgleich und Abfindung.“

⁸⁸⁶ Schwab, BB 2000, 527, 528; Ruoff, BB 2005, 2201, 2202; Hüffer, AktG, § 305, Rn. 4a, 4b; Adolff/Thieves, BB 2003, 797, 802; ähnlich Paulsen, in: MüKo AktG, § 305, Rn. 13. Zu dieser im Vordringen begriffenen Auffassung auch Bungert/Bednarz, BB 2006, 1865.

⁸⁸⁷ Klöhn, Abfindungsansprüche, S. 128.

⁸⁸⁸ So ist zumeist von einem „Angebot“ die Rede: Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 110; Jannott, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 9. Kap., Rn. 93; Neye/Teichmann, AG 2003, 169, 172; Schäfer, in: MüKo AktG, Art. 20 SE-VO, Rn. 22; Schwarz, SE-VO, Art. 24, Rn. 32; Art. 34, Rn. 8; Walden/Meyer-Landrut, DB 2005, 2619, 2622; Zimmer/Ringe, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 8 SE-VO, Rn. 32. Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 24, Rn. 60, Art. 34, Rn. 24 spricht sogar vom „Verkauf“ der Aktien gegen

auf ein Verständnis als vertraglicher Anspruch hin. Ausdrücklich ordnet allein *Kalss* den Barabfindungsanspruch nach § 12 des österreichischen SEG den vertraglichen Ansprüchen zu.⁸⁹⁰

Tatsächlich setzt die Barabfindung ein Abfindungsangebot im Verlegungsplan und die Annahme seitens des Anspruchsberechtigten voraus. Die Terminologie des Gesetzes legt deshalb nahe, es handle sich um einen gewöhnlichen Vertrag.⁸⁹¹ Andererseits drängt sich dies keineswegs wie im Falle des Abschlusses eines Unternehmensvertrages bereits durch das unzweifelhafte Vorliegen einer ohnehin gegebenen Vertragssituation auf. Und selbst dort tendiert die h. M. dazu, ebenfalls ein gesetzlichen Anspruch anzunehmen (s. o.). So lässt sich auch für die Sitzverlegung anführen, dass die für vertragliche Schuldverhältnisse typische Ausgangssituation, dass die Vertragsparteien „auf gleicher Augenhöhe miteinander stehen“, nicht gegeben ist, der abfindungsauslösende Eingriff vielmehr auf einem einseitigen Recht des Abfindungsverpflichteten zum Eingriff in die Rechte der dissentierenden Aktionäre beruht.⁸⁹² Weiter wird vorgebracht, die intensive gerichtliche Kontrolle durch das Spruchverfahren stelle einen Fremdkörper in der Rechtsgeschäftsdogmatik dar.⁸⁹³ Tatsächlich ist zwar allein die Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle keine den gesetzlichen Charakter begründende Besonderheit. Die Inhaltskontrolle bestimmter Verträge, unter anderem anhand des Verfassungsrechts, hat auch in anderen Fällen nicht dazu geführt, an der vertraglichen Natur der zu überprüfenden Abreden zu zweifeln und ist zudem keine Seltenheit. Dies beweist eine Serie von Entscheidungen des BVerfG, die alle eine Inhaltskontrolle von Verträgen anhand des Verfassungsrechts zum Inhalt hatten.⁸⁹⁴ Allerdings ist die vollständige und ausnahmslose Überprüfbarkeit der Angemessenheit der Abfindungshöhe in der Tat dem Vertragsrecht fremd.

Der Abfindungsanspruch gem. § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG ist deshalb nicht als vertraglicher Anspruch anzusehen, weil die Vertragsfreiheit in ihren konkreten Ausprägungen der Abschluss-, Aufhebungs- und Inhaltsfreiheit⁸⁹⁵ hier nicht bloß eingeschränkt, sondern gänzlich durch den Gesetzgeber verdrängt wird. Dieser kann sich dabei auf die in Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG eingeräumte Ausgestaltungsbefugnis stützen und deshalb auch seine Entscheidung an die Stelle autonomer Parteientscheidungen setzen.⁸⁹⁶ Von den drei Komponenten der Vertragsfreiheit bleibt demnach

Barabfindung. Anders hingegen wohl Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 24 (automatisches Entstehen des Anspruchs zum Zeitpunkt der Eintragung, sofern dem Beschluss vorher ordnungsgemäß widersprochen wurde).

⁸⁸⁹ Begr. RegE SEEG, BT-Drucks. 15/3405, S. 35.

⁸⁹⁰ Kalss, in: Kalss/Hügel, SE-Kommentar § 12 SEG, Rn. 8.

⁸⁹¹ Zu den durch ihren Wortlaut die Vertragslösung stützenden Vorschriften allgemein Klöhn, Abfindungsansprüche, S. 129 f.

⁸⁹² Klöhn, Abfindungsansprüche, S. 138; ähnlich Fleischer, ZGR 1997, 368, 391; Röhrich, ZHR 162 (1998), 249, 257; Luttermann, NZG 2006, 816, 817 („Zwangsscharakter“ dominiert).

⁸⁹³ Luttermann, NZG 2006, 816, 817; Klöhn, Abfindungsansprüche, S. 138.

⁸⁹⁴ BVerfGE 81, 242 ff. – Handelvertreterentscheidung; BVerfGE 89, 214 ff.; BVerfG v. 5.8.1994, 1 BvR 1402/89, NJW 1994, 2749 ff. – Bürgschaftsentscheidungen; BVerfG v. 6.2. 2001, 1 BvR 12/92, NJW 2001, 957 ff. – Ehevertragsentscheidung; BVerfG v. 26.7.2005, 1 BvR 782/94, 1 BvR 957/96, NJW 2005, 2363 ff., 2376 ff. – Kapitallebensversicherung; ausführlich dazu Mülbert/Leuschner, ZHR 170 (2006), 615, 651 ff.

⁸⁹⁵ Jauernig, BGB, § 145-157, Vorb., Rn. 11; Bruns, JZ 2007, 385, 386.

⁸⁹⁶ Ähnlich Wolf, Abfindungsrechte, S. 84 f., der dieses Ergebnis aber auch mit der Entstehungsgeschichte der aktienrechtlichen Abfindungsansprüche begründet, was jedoch vor dem Hintergrund, dass diese gerade auf entsprechender vorhergehender Vertragspraxis beruhen, nicht überzeugt. Zur Befugnis der Inhaltsbestimmung näher Löwisch, in: Staudinger, BGB (2005), § 311, Rn. 20.

nichts übrig. Insbesondere durch den vollständigen Ausschluss der Inhaltsfreiheit unterscheidet sich der Abfindungsanspruch nach § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG von den vertraglichen Regelungen. Er entsteht gänzlich „unfreiwillig“ und ist nicht bloß Nebenbestimmung zu einem vertraglich, d. h. freiwillig eingeräumten Recht.⁸⁹⁷ Während rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse dem Güteraus-tausch dienen, verfolgen gesetzliche Schuldverhältnisse den Güterschutz.⁸⁹⁸

c. Allgemeines Austrittsrecht aus wichtigem Grund

Aufschlussreich im Hinblick auf die Frage des Schutzbedürfnisses der Aktionäre bei Sitzverle-gung sind die im Rahmen des Streits um die Anerkennung eines Austrittsrechts des Aktionärs aus wichtigem Grund⁸⁹⁹ vorgebrachten Argumente. Eine Ansicht lehnt ein solches Austrittsrecht für die AG generell unter Verweis auf die Fungibilität des Aktieneigentums ab.⁹⁰⁰ Soweit in der Lite-ratur hingegen auch für diese ein außerordentliches Austrittsrecht anerkannt wird,⁹⁰¹ wird zu-meist gleichzeitig betont, dass es jedenfalls subsidiär gegenüber einer Veräußerung am Kapital-markt sei.⁹⁰² Oder es bestehe sogar nur dann, wenn die Veräußerung unmöglich sei bzw. es um die Halter vinkulierter Aktien gehe.⁹⁰³ Sind aber der Literaturansicht zufolge, die ein allgemeines Austrittsrecht aus wichtigem Grund annimmt, die gesetzlichen Austrittsrechte lediglich Ausprä-gungen dieses allgemeinen Rechts,⁹⁰⁴ so müssen auch sie dem Subsidiaritätsprinzip unterlie-

⁸⁹⁷ Zur Abgrenzung gesetzlicher Ansprüche von vertraglichen Ansprüchen durch das Merkmal der „Freiwilligkeit“ siehe Olzen, in: Staudinger, BGB § 241, Rn. 61.

⁸⁹⁸ Olzen, in: Staudinger, Einleitung zum Schuldrecht, Rn. 77.

⁸⁹⁹ Vgl. dazu die parallel verlaufende Diskussion zu der übergeordneten Frage, wann eine Schutzpflicht von Ver-fassungs wegen vorliegt, wonach elementares Kriterium für die Bejahung eines Schutzbedürfnisses ein „gewich-tiges Bedürfnis“ sein soll, siehe nur Canaris, Grundrechte und Privatrecht, S. 74.

⁹⁰⁰ Bayer, in: MüKo AktG, § 68, Rn. 34; Hefermehl/Bungeroth, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, § 68, Rn. 67; Henze/Notz, in: GK AktG, Anh. § 53 a, Rn. 113; Würdinger, Aktienrecht, S. 5, 47; i. E. ein allgemeines Austrittsrecht aus wichtigem Grund ebenfalls abl. Habersack, ZIP 2001, 1230, 1235; Mülbert, Aktiengesellschaft, S. 456; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 28 I 2., S. 798; zur Rechtslage in Österreich siehe Kalss, in: MüKO AktG, Band 5, Nach § 327 f. AktG, Einl., Rn. 15.

⁹⁰¹ Grunewald, in: Martens/H. P. Westermann u. a. (Hrsg.), FS Claussen, S. 103, 110 ff.; dies., in: Lutter (Hrsg.), Umwandlungsrechtstage, S. 19, 24; dies., in: Ebenroth/Hesselberger u. a. (Hrsg.), FS Boujong, S. 175, 199; Hofmann, Minderheitenschutz, S. 500 f.; Schindler, Austrittsrecht, S. 88 ff.; Kalss, in: Semler/Stengel, UmwG, § 29, Rn. 20; für das österreichische Recht entsprechend dies., Anlegerinteressen, S. 495; für geschlossene Aktien-gesellschaften Papadimopoulos, Das Austritts- und Auflösungsrecht als Minderheitsbehelfe de lege ferenda im deutschen und griechischen Aktienrecht, S. 47 ff.; Wiedemann, Unternehmensgruppe, S. 69; ohne eine solche Einschränkung für den reinen Anlagegesellschafter noch Wiedemann, GesR I, S. 401. Zum Austrittsrecht aus wichtigem Grund bei der GmbH exemplarisch Goette, Die GmbH, § 6, Rn. 55 (S. 192 f.).

⁹⁰² Grunewald, in: Martens/H. P. Westermann u. a. (Hrsg.), FS Claussen, S. 103, 113; Hofmann, Minderheitenschutz, S. 486; Papadimopoulos, Das Austritts- und Auflösungsrecht, S. 48; Schindler, Austrittsrecht, S. 92; ähnlich Wiedemann, GesR I, S. 401.

⁹⁰³ Roitzsch, Der Minderheitenschutz im Verbandsrecht, S. 90 f.; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 11, Rn. 77; Auch i. R. d. Abwägung, ob eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht des Zivilgesetzgebers besteht, spielt die die Möglichkeit des Grundrechtsträgers zu effizientem Selbstschutz eine Rolle, vgl. Canaris, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 80 m. w. N.

⁹⁰⁴ Wiedemann, GesR I, S. 401, 470; ders., Unternehmensgruppe, S. 67; Bermel, in: Goutier/Knopf/Tulloch, UmwG, § 29, Rn. 47; Decher, in: Lutter, UmwG, § 207, Rn. 1; Schindler, Austrittsrecht, S. 109; Grunewald, in: Martens/H. P. Westermann u. a. (Hrsg.), FS Claussen, S. 103, 106; Papadimopoulos, Das Austritts- und Auflö-sungsrecht, S. 46; Währholz, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 29, Rn. 9; a. A. Klöhn, Abfindungsansprüche, S. 270, der fälschlicherweise annimmt, die h. M. sehe die „Abfindungsansprüche“ als Unterfälle des allgemeinen Austrittsrechts an. Diese sind richtig verstanden allerdings lediglich Folge des Austrittsrechts bzw. Zwangsaus-schlusses, was von der h. M. auch nicht verkannt wird, vgl. nur die Bezeichnungen bei Schindler, Austrittsrecht,

gen.⁹⁰⁵ Dies spräche zumindest in den Fällen, in denen die SE börsennotiert ist, gegen ein Austrittsrecht mit Barabfindungsanspruch, vorausgesetzt man erkennt ein allgemeines Austrittsrecht an.

Einem Teil der Literatur zufolge soll ein solches zwar auch für Fälle mit „ähnlicher Veränderung der Mitgliedschaftsrechte wie formwechselnde Umwandlungen bzw. Verschmelzungen“ anzuerkennen sein.⁹⁰⁶ Hierzu ist jedoch anzumerken, dass der undifferenzierte Verweis auf den Formwechsel nicht weiterführt, solange nicht auch die Unterschiede zwischen den abfindungsfreien und den abfindungsauslösenden Formwechseltatbeständen herausgearbeitet werden.⁹⁰⁷ Damit lässt sich das Austrittsrecht wegen Sitzverlegung auch nicht einfach unter Hinweis auf ein etwaiges allgemeines Austrittsrecht rechtfertigen.

d. Kapitalmarktrechtlicher Ansatz des Europarechts

Bei der Beurteilung nationaler Vorschriften, die speziell auf die SE Anwendung finden und damit im europäischen Kontext stehen, darf auch der kapitalmarktrechtliche Ansatz des Europarechts nicht außer Acht gelassen werden.⁹⁰⁸ Dieser ist dem Einfluss des britischen, aber auch des französischen und belgischen Rechts zu verdanken und hat gerade in weniger kapitalmarktorientierten Ländern wie Deutschland zu einer Stärkung des Kapitalmarktrechts geführt, wie sie in diesem Ausmaß bei autonomer Rechtsetzung nicht zu erwarten gewesen wäre.⁹⁰⁹ Im Mittelpunkt steht hier im Gegensatz zum verbandsrechtlichen Ansatz der Aktionär in seiner Funktion als Anleger, was sich in der Konzentration auf börsennotierte Unternehmen vor allem im europäischen Sekundärrecht widerspiegelt.⁹¹⁰ So beschränken sich die meisten Richtlinien in ihrem Anwendungsbereich auf börsennotierte Aktiengesellschaften⁹¹¹ und auch im nationalen Recht entwickeln sich die Vorschriften für Kapitalgesellschaften mit und ohne Börsennotierung immer weiter auseinander.⁹¹²

S. 109.

⁹⁰⁵ Ähnlich Wolf, Abfindungsrechte, S. 67 f.

⁹⁰⁶ Schindler, Austrittsrecht; S. 90 sowie für das österreichische Recht Kalss, Anlegerinteressen, S. 495 f.

⁹⁰⁷ Hierzu vgl. die Ausführungen oben unter: 7. „Formwechsel mit und ohne Abfindungsanspruch im Vergleich mit der Sitzverlegung“.

⁹⁰⁸ Hierzu näher Grundmann/Möslein, in: Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel II, S. 105; Grundmann, European Company Law, S. 768 f.

⁹⁰⁹ Hommelhoff/Hopt/Lutter (Hrsg.), Konzernrecht und Kapitalmarktrecht, S. 280; Grundmann/Möslein, in: Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel II, S. 105.

⁹¹⁰ Grundmann/Möslein, in: Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel II, S. 106; Hommelhoff, in: Habersack/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Ulmer, S. 267, 274; Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 18, Rn. 625 ff.

⁹¹¹ Zum überwiegenden Anknüpfungsgegenstand der Vorschriften an die „Zulassung zum geregelten Markt“ siehe Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 18, Rn. 621; Veil, in: Veil (Hrsg.), Europäisches Kapitalmarktrecht, S. 65 ff.

⁹¹² Bayer, Gutachten zum 67. DJT (2008), E 53 f. So hat der Gesetzgeber allein im Zeitraum 2008/2009 zahlreiche Sonderregelungen für börsennotierte Gesellschaften bzw. Ausnahmen für nicht börsennotierte Gesellschaften eingeführt, etwa durch das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), BT-Drucks. 16/13433; im Einzelnen dazu mit weiteren Bsp. Bayer, in: Grundmann/Mülbert u. a. (Hrsg.), FS Hopt, S. 373, 383 ff.; zur massiven Ausweitung der Informationspflichten börsennotierter Gesellschaften in den letzten Jahren vgl. auch Möllers, in: Grundmann/Mülbert u. a. (Hrsg.), FS Hopt, S. 2247, 2257, 2263.

Allerdings fügt sich ausgerechnet die SE-VO nicht in dieses Schema ein. So sucht man vergebens nach differenzierenden Regelungen.⁹¹³ Tatsächlich waren einer 2009 erschienenen Studie zufolge auch nur etwa 10% der SE's börsennotiert.⁹¹⁴ Beliebte man es bei dieser Bestandsaufnahme, läge es nahe, die börsennotierte SE als Randerscheinung auch von rechtspolitisch geringer Bedeutung zu halten. Diese Sichtweise verkennt allerdings in ihrer Rückwärtsgewandtheit die Signale einer sich andeutenden Trendwende hin zum Kapitalmarkt und weg vom bereits als „überkommen“ bezeichneten System des Verbandsrechts.⁹¹⁵ Damit einhergehend ist der Bedeutungswandel des Kapitalmarktes von der Finanzierungsfunktion zur Unternehmenskontrolle im Sinne der Gewährleistung guter Corporate Governance zu beobachten.

Je stärker dabei auf den Schutz durch Information Wert gelegt wird, desto liberaler muss sich das Verbandsrecht im Hinblick auf die dort zugrunde gelegten Schutzzwecke geben. Denn die Übergangsphase ist durch eine große Gefahr der Überregulierung gekennzeichnet.⁹¹⁶ Tatsächlich sollte die Möglichkeit zum Verkauf des Anteils auf dem geregelten Markt die Gesellschaft vielmehr von Abfindungspflichten entlasten, was auch dem Gläubigerschutz zugute käme, weil ein Mittelabfluss aus der Gesellschaft unterbliebe.⁹¹⁷

Der regelmäßig in börsennotierte Kapitalgesellschaften investierende Anleger-Aktionär ist auch an einer Beeinflussung unternehmerischer Entscheidungen im Regelfall gar nicht interessiert, sondern verfolgt vielmehr allein das Ziel einer bestmöglichen Kapitalanlage. Wichtig ist ihm nicht seine verbandsrechtliche Stellung, sondern der Schutz seiner Kapitalbeteiligung. Ist er mit der Unternehmensführung unzufrieden, veräußert er seine Aktien.⁹¹⁸

Für den Unternehmer-Aktionär hingegen steht der langfristige Unternehmenserfolg im Vordergrund. Er ist sowohl in der börsennotierten als auch in der kapitalmarktfernen AG anzutreffen. Solange jedoch nicht verbandsrechtliche Interessen Einzelner beeinträchtigt werden, ist grundsätzlich ein Gleichlauf mit den Interessen des Kapitalmarktes gegeben, so dass ein verbandsrechtlicher Schutz gerade nicht erforderlich ist.⁹¹⁹ Die kapitalmarktrechtlichen Vorschriften aber gewähren vor allem durch umfassende Informations- und Publizitätspflichten Anlegerschutz.⁹²⁰

⁹¹³ Man war ganz im Gegenteil sogar darauf bedacht, ja nicht den Zugang für kleinere und mittelgroße Unternehmen zur Rechtsform zu verbauen; zum Ganzen: Merkt, in: Lutter/Hommelhoff, Die Europäische Gesellschaft, S. 179, 180.

⁹¹⁴ Ernst & Young-Studie v. 9. Dezember 2009, S. 200 (Fn. 3). Zur börsennotierten SE, insbesondere zur Bestimmung der auf sie anwendbaren Kapitalmarktvorschriften nach dem mitgliedstaatlichen IPR siehe auch Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, IV. Kap., § 41, Rn. 90 m. w. N.

⁹¹⁵ Siehe nur Merkt, in: Lutter/Hommelhoff, Europäische Gesellschaft, S. 179, 183.

⁹¹⁶ Merkt, in: Lutter/Hommelhoff, Europäische Gesellschaft, S. 179, 183.

⁹¹⁷ Kalss, Anlegerinteressen, S. 457, 459; Oechsler, in: Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel II, S. 205.

⁹¹⁸ Bayer, Gutachten zum 67, DJT (2008), E 101; Escher-Weingart, Reform durch Deregulierung, S. 199.

⁹¹⁹ Richter, ZHR 172 (2008), 419, 431 f.; weiter differenzierend Bayer, Gutachten zum 67, DJT (2008), E 102; Mülbart, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, S. 354 ff., 359; Kalss, Anlegerinteressen, S. 451 ff., die den Unternehmer-Aktionären in der börsennotierten AG weiterhin verbandsrechtlichen Minderheitenschutz zukommen lassen möchten, wobei zur Abgrenzung zum Anleger-Aktionär eine bestimmte Mindestbeteiligung verlangt wird.

⁹²⁰ BVerfG, Urt. v. 11.7.2012, 1 BvR 3142/07 sowie 1 BvR 1569/08, ZIP 2012, 1402, 1405 (Rn. 65); Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 18, Rn. 634; zur anlegerschützenden Ausrichtung des Börsen- und Kapitalmarktrechts siehe Schwark, in: Kley/Leven u. a. (Hrsg.), FS Von Rosen, S. 493, 2499 ff.; Veil, in: Veil (Hrsg.), Europäisches Kapitalmarktrecht, S. 42 f. sowie Erwägungsgründe 5 und 7 der TransparenzRL (Nachweis Anhang II); Escher-Weingart, Reform durch Deregulierung, S. 203.

Hinzu tritt das für den Unternehmer-Aktionär bedeutsame Stimmrecht im Rahmen der Hauptversammlung.⁹²¹

§ 12 Abs. 1 S. 1 SEAG bedeutet demnach für die Anleger-Aktionäre börsennotierter Gesellschaften eine Verdoppelung des Aktionärsschutzes, da sie ihre Aktien einfach verkaufen können. Diese übermäßige Verstärkung des Minderheitenschutzes für den Anleger-Aktionär ist letztlich auf mangelnde Koordination des verbandsrechtlichen mit dem kapitalmarktrechtlichen Ansatz zurückzuführen.⁹²² Allein letzterem aber ist die Chance zuzuschreiben, auf lange Sicht zu einer partiellen Rechtsvereinheitlichung der Aktienrechte führen zu können.⁹²³ „Denn der Geltungsgrund der Anlegerrechte und -pflichten liegt in der Funktionsfähigkeit des Marktmechanismus. Dessen Wirkungsweise beruht aber auf ubiquitären Regeln. Deshalb sind die Voraussetzungen für eine Harmonisierung der kapitalmarktrechtlich begründeten Verhaltenspflichten größer als im Rahmen der Verbandsrechtsdogmatik, die auf sehr unterschiedlichen, historisch tief verwurzelten nationalen Rechtstraditionen beruht.“⁹²⁴ Für den Unternehmer-Aktionär in der börsennotierten SE aber gelten bei Sitzverlegung wie sonst auch die speziellen Schutzvorkehrungen der Art. 8 Abs. 2 bis 4 SE-VO (Schutz durch Information).

Nicht zuletzt spricht auch die Möglichkeit einer monistischen Leitungsstruktur bei der SE für eine Berücksichtigung der kapitalmarktrechtlichen Sichtweise in Bezug auf den Minderheitenschutz. Denn die monistische Verfassung ersetzt die interne Organkontrolle durch die externen Regulierungswirkungen des Kapitalmarktes.⁹²⁵ Die Unterschiede im Harmonisierungsstand zwischen dem allgemeinen Aktienrecht und dem Kapitalmarktrecht⁹²⁶ wirken sich zudem gerade bei einer Sitzverlegung dahingehend aus, dass die potentielle Eingriffsintensität eines Wechsels des Sekundärrechtsstatuts für die börsennotierte SE gegenüber der kapitalmarktfernen SE deutlich herabgesetzt ist.⁹²⁷ Umgekehrt führt ein Wechsel zwischen dem kapitalmarktrechtlichen und dem „normalen“ Aktienrechtsregime durch die zunehmende Differenzierung im Aktienrecht zwischen börsennotierten und nicht an der Börse gelisteten Gesellschaften zum Teil zu erheblichen rechtlichen Veränderungen.⁹²⁸ Während aber die Beeinträchtigung der Verkehrsfähigkeit der Aktien

⁹²¹ Für die Sitzverlegung gem. Art. 8 Abs. 6 S. 1 und 2 i. V. m. Art. 59 Abs. 1 SE-VO.

⁹²² Vgl. auch Richter, ZHR 172 (2008), 419, 431. Zur weiteren Abstimmung mit den kapitalmarktrechtlichen Instrumenten, die den Minderheitenschutz berühren, vgl. die Ausführungen bei Witten, Minderheitenschutz, S. 185 ff. sowie Bayer, Gutachten zum 67, DJT (2008), E 102.

⁹²³ Oechsler, in: Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel II, S. 216; vgl. auch K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 26 II 3., S. 769, der betont, dass nahezu alle wesentlichen Impulse für das Aktienrecht „von der Hinwendung des Denkens zum Geschehen auf internationalen Kapitalmärkten herrühren“.

⁹²⁴ Oechsler, in: Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel II, S. 216.

⁹²⁵ Merkt, in: Lutter/Hommelhoff, Europäische Gesellschaft, S. 179, 194. Verbreitet wird deshalb auch eine weitere Ausdifferenzierung der Kontrollmechanismen durch den Deutschen Corporate Governance Kodex gefordert, vgl. nur Bachmann, ZGR 2008, 779, 790 ff.; Teichmann, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Anh. Art. 43, Rn. 48; ders., in: Lutter/Hommelhoff, Europäische Gesellschaft, S. 195, 205. Zur Bedeutung der Corporate Governance im Hinblick auf die Verwaltungsstruktur börsennotierter Gesellschaften in England siehe Paefgen, in: KK AktG, Art. 38 SE-VO, Rn. 28.

⁹²⁶ Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 18, Rn. 623 spricht vom Kapitalmarktrecht als dem „einzig flächendeckend europäischen Teil des Europäischen Gesellschaftsrechts“.

⁹²⁷ Zur AktionärsrechteRL etwa bereits oben: III. 2. a. „Harmonisierungsstand – Überblick“; zum Ganzen Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 18, Rn. 623.

⁹²⁸ Beispielfhaft genannt seien hier nur das Recht der Vorstandsvergütung, die Bindung an das „Comply-or-explain“-Prinzip nach dem Deutschen Corporate Governance Codex, § 161 AktG, und die erhöhten Publizitätsanforderungen, Spindler, in: Habersack/Hommelhoff (Hrsg.), FS Goette, S. 513, 524. Näher dazu BVerfG, Urt. v.

beim regulären Delisting vom BGH als Begründung für eine Barabfindungsangebotspflicht herangezogen wird, werden die Änderungen des Rechtsregimes – ausgelöst durch den umgekehrten Fall eines Börsenganges – selten im Hinblick auf ein spezielles Bedürfnis für einen Minderheitenschutz thematisiert.⁹²⁹ Auch hieraus ergibt sich daher, dass die bloße Änderung der anwendbaren Vorschriften auf eine Gesellschaft nicht automatisch zu einer Barabfindungspflicht führen muss.

9. Ergebnis zur systematischen Rechtfertigung des Austritts- und Barabfindungsanspruchs nach Art. 8 Abs. 5 SE-VO i. V. m. § 12 SEAG

a. Argumente gegen das Austritts- und Barabfindungsrecht bei Sitzverlegung

Für den Minderheitenschutz bei Sitzverlegung lässt sich auf Grund des Modellcharakters der Sitzverlegung aus den übrigen europäischen Vorschriften, aber auch aus den §§ 7 Abs. 1 S. 1, 9 Abs. 1 S. 1 SEAG sowie § 122i Abs. 1 S. 1 UmwG, nichts ableiten. Soweit diese auf das Merkmal "Sitz im Ausland" abstellen, lässt sich die diesen Schutzvorschriften zugrunde liegende Wertung wiederum auf § 12 SEAG zurückführen. Auch aus dem Verfassungsrecht, insbesondere aus Art. 14 Abs. 1 GG, folgt kein Zwang des Gesetzgebers, ein Austrittsrecht gegen Barabfindung vorzusehen.⁹³⁰

Schließlich vermag insbesondere der Verweis auf § 207 Abs. 1 S. 1 UmwG zur Rechtfertigung des Minderheitenschutzes gem. § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG nicht zu überzeugen. Wie bereits herausgearbeitet wurde, greift der Formwechsel nach dem UmwG tiefer in die gesellschaftliche Struktur, aber auch in die mitgliedschaftliche Stellung des Aktionärs ein als eine Sitzverlegung.⁹³¹ Die Unterschiede liegen vor allem darin begründet, dass die sich ändernde Materie beim Formwechsel – anders als bei der Sitzverlegung – im Kern die innergesellschaftliche Struktur betrifft. Insoweit schützen die Regelungen der SE-VO in großen Teilen jedoch vor Änderungen. Die Sitzverlegung gehört hingegen zu der Gruppe der „Teilformwechsel“,⁹³² die durch lediglich partielle Änderungen der Mitgliedschaftsstellung charakterisiert ist. Bei unveränderter Vermögensstellung der Anteilsinhaber ändert diese Maßnahme insbesondere weder etwas an der Veräußerbarkeit der Aktien noch an der Börsennotierung, sofern vorhanden. Auch aus dem Vergleich mit den Schutzzwecken der anderen Abfindungsvorschriften lässt sich nichts für eine Bar-

11.7.2012, 1 BvR 3142/07 sowie 1 BvR 1569/08, ZIP 2012, 1402, 1405 (Rn. 64).

⁹²⁹ Zuletzt hat das BVerfG einen Eingriff hierdurch in Art. 14 GG ausdrücklich abgelehnt, vgl. BVerfG, Urt. v. 11.7.2012, 1 BvR 3142/07 sowie 1 BvR 1569/08, ZIP 2012, 1402, 1404 f. (Rn. 56 ff.). Allein Spindler, in: Habersack/Hommelhoff (Hrsg.), in: FS Goette und Bayer, Gutachten E zum 67. DJT (2008), E 214 plädieren dafür, den Börsengang zumindest im Hinblick auf die Zustimmungsbedürftigkeit der Hauptversammlung als strukturändernde Maßnahme zu begreifen (letzterer unter ausdrückl. Ablehnung eines Austrittsrechts unter Verweis auf die höhere Fungibilität). Zur Barabfindungspflicht beim Delisting siehe BGHZ 153, 47, 55 – Macroton.

⁹³⁰ Dazu s. o. unter 8. a. (2) „Eigentumsgrundrecht und Spielraum des Gesetzgebers“.

⁹³¹ So i. E. auch Hoyer, Kontinuität, S. 52, der resümiert, dass der Wegzug einer SE aus Deutschland für die Anteilseigner zumeist mit weniger Risiken als ein Formwechsel verbunden sei.

⁹³² Dazu zählen noch die Formwechsel nach der SE-VO sowie Formwechsel oder formwechselnde Umwandlung von bzw. in eine KGaA. Näher hierzu oben: IV. 6. b. „Fehlender Anfindungsanspruch bei einem Formwechsel zwischen AG und KGaA“.

abfindungspflicht bei Sitzverlegung herleiten. Darüber hinaus bleibt festzustellen, dass die Sitzverlegung weder eine Mediatisierung der Mitgliedschaftsrechte bewirkt noch anlässlich dieser ein Missbrauch der Mehrheitsmacht in Form gezielter Übervorteilung der Minderheit droht.

Die Ausgangssituation des Aktionärs zum Zeitpunkt seiner Beteiligungsentscheidung ist vielmehr bei AG und SE von Grund auf verschieden. Für beide ist zunächst generell zu berücksichtigen, dass der Minderheitsaktionär die sachlichen Grenzen seines Eigentums gegenüber der Entscheidungsmacht des Mehrheitsaktionärs bereits beim Erwerb der Aktie in Kauf genommen hat.⁹³³ Auch wenn die deutsche Rechtsordnung zwar grundsätzlich die Möglichkeit eines späteren Formwechsels für die AG bzw. SE vorsieht, ist damit noch kein der jeweiligen Rechtsform spezifisch anhaftendes Risiko angesprochen. Anders ist dies hinsichtlich der Sitzverlegungsmöglichkeit einer SE. Wie zu Beginn dieser Arbeit bereits dargestellt wurde, handelt es sich hierbei sogar um ein häufiges Motiv bereits für die Gründung einer solchen Gesellschaft.⁹³⁴ Die internationale Verankerung wird auch noch unterstützt durch das Vorliegen einer europaweiten Tätigkeit als Gründungsvoraussetzung.⁹³⁵ Schließlich findet dieser Unterschied seinen Niederschlag in der gesetzlichen Systematik: Während der Formwechsel wie auch die anderen Umwandlungsarten rechtsformübergreifend in einem speziellen Gesetz, dem UmwG, Platz gefunden haben, ist die Sitzverlegung Kernbestandteil der SE-spezifischen Vorschriften in SE-VO bzw. SEAG. Die europaweite Flexibilität von Wirtschaftstätigkeit und Sitznahme ist daher als Charakteristikum der Rechtsform SE anzusehen, welche unmittelbar aus ihrer Natur als internationale Gesellschaft resultiert.⁹³⁶

Ein Verzicht auf das Austrittsrecht bei Sitzverlegung befände sich zudem im Einklang mit dem einfachgesetzlichen „Prinzip des Primärschutzes“,⁹³⁷ das sich, wie oben dargestellt, aus der vorrangigen Abfindung in Aktien ergibt und damit einen Grundsatz der regelmäßigen Erhaltung einer Beteiligung am Unternehmen bildet. Reicht aber im Regelfall schon die Umwandlung der Unternehmensbeteiligung an der alten Gesellschaft in eine solche an einem anderen Unternehmen – etwa an der eingliedernden Hauptgesellschaft im Fall des § 320b Abs. 1 S. 2 AktG, an der aufnehmenden AG bei einer Verschmelzung oder gar an einer EU-ausländischen AG im Fall des § 305 Abs. 2 Nr. 1 AktG – zum Schutz der Aktionäre aus, so besteht kein Bedürfnis für weitergehende Barabfindungsrechte bei Verlegung nur des Sitzes der ihre Identität wahren Gesellschaft. Genauso wenig kann die Notwendigkeit eines Austritts- und Barabfindungsanspruches mit einer „Ersatzfunktion für ansonsten notwendige Einstimmigkeit“ begründet werden.⁹³⁸ Ein

⁹³³ Genauso Rölike/Tonner, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 209; ähnlich Grunewald, in: Lutter, UmwG, § 29, Rn. 32, die ein Austrittsrecht aus wichtigem Grund insbesondere dann bejaht, wenn „der Anteilsinhaber sich nach der Verschmelzung Belastungen ausgesetzt sieht, mit denen er bei der Begründung seiner Mitgliedschaft an dem übertragenden Rechtsträger nicht rechnen musste.“

⁹³⁴ A. I. „Untersuchungsgegenstand“.

⁹³⁵ Vgl. die Mehrstaatlichkeitserfordernisse für die verschiedenen Gründungsarten nach Art. 2 Abs. 1 bis 4 SE-VO.

⁹³⁶ Ebenso i. E. Waclawik, DB 2004, 1191, 1194. Dazu passt auch die Forderung, im Rahmen einer SE-Gründung durch Formwechsel nach Art. 37 sei die Möglichkeit der SE zur Sitzverlegung nach Art. 8 SE-VO ausdrücklich im Gründungsbericht anzusprechen, siehe nur Paefgen, in: KK AktG, Art. 37 SE-VO, Rn. 58;

⁹³⁷ Dieses lässt sich konkret ableiten aus den §§ 305 Abs. 2 Nr. 1, 320b Abs. 1 S. 2 AktG, §§ 5 Abs. 1 Nr. 2, 3, 123 Abs. 1, 2 i. V. m. § 125 S. 1, 192 Abs. 1 S. 1, 194 Abs. 1 Nr. 3 UmwG; s. o. unter 5. „Fazit zum Vergleich mit anderen Abfindungsansprüchen im deutschen Recht“.

⁹³⁸ Zu dieser Ersatzfunktion im Allgemeinen siehe Schindler, Austrittsrecht, S. 165 f.; vgl. hierzu ferner das französische Recht, welches etwa für eine grenzüberschreitende Umwandlung Einstimmigkeit fordert, dazu

solches Einstimmigkeitserfordernis ließe sich für die SE-Sitzverlegung nicht begründen (anders als etwa für eine Vinkulierung⁹³⁹ oder Zweckänderung⁹⁴⁰).

Für einen Verzicht auf das Austrittsrecht streitet zudem der in §§ 31 Abs. 2 S. 1 WpÜG und jetzt auch in 305 Abs. 2 Nr. 1 AktG sowie im 3. Erwägungsgrund zur IntVerschmRL zum Ausdruck gebrachte Gleichstellungsgedanke internationaler mit nationalen Umstrukturierungen.⁹⁴¹ Diese Gleichstellung soll Verstößen gegen die Niederlassungsfreiheit⁹⁴² vorbeugen und wird von dem Befund begleitet, dass der deutsche Gesetzgeber – bis auf den in jüngerer Zeit geschaffenen § 122i Abs. 1 S. 1 UmwG – bislang keine speziellen Regelungen für grenzüberschreitende Umstrukturierungen nach dem Umwandlungsgesetz vorsieht.

b. Differenzierung zwischen Europäischen Gesellschaften mit und ohne Börsennotierung

Es stellt sich dennoch die Frage, ob der gänzliche Verzicht auf das Austrittsrecht in Anbetracht der mit einer Sitzverlegung für die Aktionärsstellung verbundenen Risiken,⁹⁴³ der Vielfalt denkbarer Gesellschaftstypen in Form der SE gerecht werden würde. Für eine Differenzierung zwischen Europäischen Gesellschaften mit und ohne Börsennotierung lassen sich zusammenfassend folgende Argumente anführen:

Soweit in der Literatur für die AG ein außerordentliches Austrittsrecht anerkannt wird,⁹⁴⁴ ist dieses nach h. M. subsidiär gegenüber einer Veräußerung am Kapitalmarkt⁹⁴⁵ oder soll sogar nur dann zum Tragen kommen, wenn die Veräußerung unmöglich ist bzw. es um die Halter vinku-

Martin/Poracchia, *Journal du droit international* 2010, 347, 362 f.

⁹³⁹ Siehe § 180 Abs. 2 AktG. Damit korrespondiert das Austritts- und Barabfindungsrecht nach § 29 Abs. 1 S. 2 UmwG.

⁹⁴⁰ Nach h. M. soll eine Zweckänderung entsprechend § 33 Abs. 1 S. 2 BGB in Abgrenzung zu den übrigen Satzungsänderungen (S. 1) nur einstimmig beschlossen werden können, vgl. K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, § 28 Abs. 4 4., S. 848 f.; Holzborn, in: Spindler/Stilz, *AktG*, § 179, Rn. 60; Röhricht, in: *GK AktG*, § 23, Rn. 91; Zöllner, *Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht*, S. 30; a. A. (qualifizierte Mehrheit): Wiedemann, in: *GK AktG*, § 179, Rn. 56, der den überstimmten Aktionären ein Austrittsrecht aus wichtigem Grund zukommen lassen will; ebenso Wiesner, in: *Münchener Hdb. AG*, § 9, Rn. 18. Damit als korrespondierend ansehen könnte man das Abfindungs- und Austrittsrecht nach § 305 AktG, vgl. Emmerich, in: *Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, § 293 AktG, Rn. 42, 43a; Schindler, *Austrittsrecht*, S. 166.

⁹⁴¹ Genauso Krause, in: Müller-Graff, *Europäisches Gesellschaftsrecht auf neuen Wegen*, S. 103, 114: „Diese Regelungen zeigen, dass europäische Aktien als „Ausstiegswährung“ zumutbar sind“.

⁹⁴² So ausdrücklich der Hintergrund der Änderung des § 31 Abs. 2 S. 1 WpÜG, s. o.: 4. a. „Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag (§§ 304, 305 AktG)“.

⁹⁴³ S. o. unter C. I. 4. „Ergebnis zum Vergleich mit den anderen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen“.

⁹⁴⁴ Grunewald, in: *Martens/H. P. Westermann u. a. (Hrsg.), FS Claussen*, S. 103, 110 ff.; dies., in: *Lutter (Hrsg.), Umwandlungsrechtstage*, S. 19, 24; dies., in: *Ebenroth/Hesselberger u. a. (Hrsg.), FS Boujong*, S. 175, 199; Hofmann, *Minderheitenschutz*, S. 500 f.; Schindler, *Austrittsrecht*, S. 88 ff.; Kalss, in: *Semler/Stengel, UmwG*, § 29, Rn. 20; für das österreichische Recht entsprechend dies., *Anlegerinteressen*, S. 495; für geschlossene Aktiengesellschaften Papadimopoulos, *Das Austritts- und Auflösungsrecht als Minderheitsbehelfe de lege ferenda im deutschen und griechischen Aktienrecht*, S. 47 ff.; Wiedemann, *Unternehmensgruppe*, S. 69; ohne eine solche Einschränkung für den reinen Anlagegesellschafter noch Wiedemann, *GesR I*, S. 401. Zum Austrittsrecht aus wichtigem Grund bei der GmbH exemplarisch Goette, *Die GmbH*, § 6, Rn. 55 (S. 192 f.).

⁹⁴⁵ Grunewald, in: *Martens/H. P. Westermann u. a. (Hrsg.), FS Claussen*, S. 103, 113; Hofmann, *Minderheitenschutz*, S. 486; Papadimopoulos, *Das Austritts- und Auflösungsrecht*, S. 48; Schindler, *Austrittsrecht*, S. 92; ähnlich Wiedemann, *GesR I*, S. 401.

liert Aktien geht.⁹⁴⁶ Tatsächlich hält der Kapitalmarkt, neben der jederzeitigen Veräußerungsmöglichkeit, darüber hinaus auch vielfältige europäische Vorschriften bereit, die dem besonderen Bedürfnis der Kapitalanleger nach Transparenz und Fairness Rechnung tragen.⁹⁴⁷ So verfolgt das Europäische Kapitalmarktrecht neben dem Funktionsschutz des Kapitalmarktes auch ausdrücklich den Individualschutz des einzelnen Anlegers.⁹⁴⁸ Die auf diesem Gebiet weit fortgeschrittene Harmonisierung führt zu einer geringeren Eingriffsintensität einer SE-Sitzverlegung für die Minderheitsaktionäre börsennotierter Gesellschaften. Das Prinzip der Gleichachtung von liquiden Aktien und einer Barabfindung⁹⁴⁹ wie auch die in anderen europäischen Rechtsordnungen teilweise anzutreffende Differenzierung zwischen börsennotierten und sonstigen Unternehmen⁹⁵⁰ können ebenfalls für eine entsprechende Unterscheidung im Rahmen des Barabfindungsanspruches nach § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG herangezogen werden. Schließlich ist der langfristigen Entwicklung des internationalen Rechts hin zu einer zunehmend marktorientierten Sichtweise Rechnung zu tragen. Die internationale Ausrichtung der europäischen Rechtsformen und die für die SE bestehende Möglichkeit der Wahl des monistischen Leitungssystems sprechen des Weiteren für eine Beschränkung der Ermächtigung, besondere Schutzvorschriften für Minderheitsaktionäre zu erlassen, auf nicht börsennotierte Gesellschaften.⁹⁵¹ Mindestens aber wäre ein Verzicht des nationalen Gesetzgebers auf ein Ausnutzen der Option des Art. 8 Abs. 5 SE-VO in Bezug auf

⁹⁴⁶ Roitzsch, *Der Minderheitenschutz im Verbandsrecht*, S. 90 f.; Raiser/Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften* (2006), § 11, Rn. 77. Auch i. R. d. Abwägung, ob eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht des Zivilgesetzgebers besteht, spielt die Möglichkeit des Grundrechtsträgers zu effizientem Selbstschutz eine Rolle, vgl. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, S. 80 m. w. N.

⁹⁴⁷ Zu nennen sind hier insbesondere: Die Börsenzulassungsrichtlinie (RL 2001/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Mai 2001 über die Zulassung von Wertpapieren zur amtlichen Börsennotierung und über die hinsichtlich dieser Wertpapiere zu veröffentlichenden Informationen, ABl. EG 2001 Nr. L 184 S. 1), die Marktmissbrauchsrichtlinie (RL 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch), ABl. EG 2003 Nr. L 96 S. 16), die EG-Wertpapierprospektrichtlinie (RL 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, ABl. EG 2003 Nr. L 345 S. 64), die EG-Finanzinstrumenterichtlinie (RL 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, ABl. EG 2004 Nr. L 145 S. 1), die EG-Übernahmeangeboterichtlinie (RL 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 betreffend Übernahmeangebote, ABl. EG 2004 Nr. L 142 S. 12) und die Wertpapierinfo-Transparenzrichtlinie (RL 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 2004 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, ABl. EG 2004 Nr. L 390 S. 38).

⁹⁴⁸ BVerfG, Urt. v. 11.7.2012, 1 BvR 3142/07 sowie 1 BvR 1569/08, ZIP 2012, 1402, 1405 (Rn. 65); Grundmann, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, § 18, Rn. 634 unter Verweis etwa auf die Ad-hoc-Publizität als Beispiel. Dazu bereits oben Fn. 949. Für eine tendenzielle Deregulierung des Gesellschafterschutzes in der börsennotierten Gesellschaft in Bezug auf Kontrollrechte auch Bayer, *Gutachten E zum 67. DJT* (2008), E 107; Escher-Weingart, *Reform durch Deregulierung*, S. 230.

⁹⁴⁹ Dazu s. o. C. II. 5.: „Fazit zum Vergleich mit anderen Abfindungsansprüchen im deutschen Recht“.

⁹⁵⁰ Dazu s. o. C. I. 4.: „Ergebnis zum Vergleich mit den anderen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen“.

⁹⁵¹ I. E. so auch Bayer/Schmidt, NZG 2006, 841, 844 zur grenzüberschreitenden Verschmelzung; a. A. Hommelhoff, in: Habersack/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Ulmer, S. 267, 274. Zu der im Schrifttum für die börsennotierten Gesellschaften allgemein diskutierten Deregulierung im Verbandsrecht siehe Bayer, *Gutachten zum 67. DJT* (2008); ders., in: Grundmann/Mülbart, FS Hopt, S. 373, 380. Mit der hier vorgeschlagenen Differenzierung steht es auch nicht im Widerspruch, wenn das Forum Europaeum empfiehlt, ein allgemeines Austrittsrecht für Minderheitsaktionäre börsennotierter Kapitalgesellschaften ab Erreichen einer Schwelle von 90-95% Mehrheitsbeteiligung vorzusehen. Denn diese wird gerade damit begründet, dass der Markt für die Papiere ab einer gewissen Konzentration so illiquide werde, dass dies deren Qualität verändere, vgl. ZGR 1998, 672, 639.

solche Gesellschaften angebracht.

c. Bedeutung des Ergebnisses für die Vereinbarkeit von § 12 SEAG mit Art. 3 Abs. 1 GG

Was folgt nun aber allgemein aus der Feststellung von Wertungswidersprüchen und konkret aus dem Verneinen eines bruchlosen sich Einfügens von § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG in den systematischen Zusammenhang mit anderen Abfindungsregelungen im deutschen Recht?

Eine Systemwidrigkeit führt nach heute h. M. noch nicht automatisch zu einer Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG.⁹⁵² Sie kann aber dann eine verfassungsrechtlich problematische Ungleichbehandlung von Normadressaten bzw. Sachverhalten darstellen, wenn sie willkürlich erscheint.⁹⁵³ Nach der sog. „Neuen Formel“ ist dagegen der Gleichheitssatz schon dann verletzt, wenn „eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen können.“⁹⁵⁴

Im Ergebnis ist eine strikte Systembindung des Gesetzgebers allerdings sowohl unter dem Aspekt der Gewaltenteilung als auch wegen praktischer Unmöglichkeit abzulehnen. Sie würde zudem gegen das Demokratieprinzip verstoßen.⁹⁵⁵ Wertungswidersprüche müssen deshalb in Grenzen hingenommen werden, ansonsten würde sich die Judikative „zum besseren Gesetzgeber aufschwingen“. Dies gilt insbesondere für den Bereich des Zivilrechts.⁹⁵⁶ Besonderes Gewicht für den konkreten Untersuchungsgegenstand erlangt hier, dass es sich bei § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG nicht um eine isolierte, allen früheren Wertungen zuwiderlaufende Einzelnorm handelt, sondern dass die Bejahung des Schutzbedürfnisses der Minderheitsaktionäre bei der SE-Sitzverlegung auch als Einführung einer neuen Wertung verstanden werden kann. Diese Wertung klingt zunächst ansatzweise und auch nur vorübergehend in § 305 Abs. 2 Nr. 1 AktG a. F. an,⁹⁵⁷ wurde dann aber konsequent zumindest im SEAG und in § 122i Abs. 1 S. 1 UmwG weiter verfolgt. Die

⁹⁵² BVerfGE 59, 36, 49; offen lassend noch BVerfGE 34, 103, 115; Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, S. 41.

⁹⁵³ Sog. „Willkürverbot“: BVerfGE 1, 14, 52 – Südweststaaturteil. Danach ist der Gleichheitssatz dann verletzt, „wenn sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlicher Grund für die gesetzliche Differenzierung nicht finden lässt“. Für die Verwendung in der jüngeren Rechtsprechung vgl. BVerfGE 75, 108, 157; 78, 249, 278; 89, 132, 141; 91, 118, 123; 113, 167, 215; siehe auch Felix, Einheit der Rechtsordnung, S. 288; Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, S. 42; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1995), S.195 spricht von dem „Grundsatz der Gleichbehandlung des Gleichartigen“ als Teil der „immanenten Teleologie“ des Gesetzes.

⁹⁵⁴ BVerfGE 22, 387, 415; 52, 277, 280; 55, 72, 88. Im Einzelfall kann so tatsächlich allein das Schutzgefälle zwischen zwei Normen dazu führen, dass diese Normenrelation mit Art. 3 Abs. 1 GG nicht mehr vereinbar ist, vgl. BVerfGE 82, 126, 154 (Ungleichbehandlung wegen unterschiedlicher gesetzlicher Kündigungsfristen für Arbeiter und Angestellte in § 622 Abs. 2 BGB a. F.); dazu auch Schnorbus, Gestaltungsfreiheit im Umwandlungsrecht, S. 149 ff.; zur gleichheitsgerechten Übertragung des Minderheitenschutzes von der Verschmelzung auf die übertragende Auflösung Wiedemann, ZGR 1999, 857, 860 ff.

⁹⁵⁵ Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, S. 45 f.

⁹⁵⁶ Näher dazu Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, S. 47. I. E. so auch Schnorbus, Gestaltungsfreiheit im Umwandlungsrecht, S. 161.

⁹⁵⁷ Zu den widerstreitenden Wertungen s. o., unter: C. II. 5. „Fazit zum Vergleich mit anderen Abfindungsansprüchen im deutschen Recht“.

Einstufung eines Sitzes im EU-Ausland als erhebliche Gefährdung der Interessen der Minderheitsaktionäre mit der Folge der Zuerkennung eines Anspruchs auf volle Entschädigung verstößt demnach nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Andernfalls müsste zwangsläufig jede Neubewertung eines Sachverhaltes durch den Gesetzgeber, der zu einem Richtungswechsel im System führt, von Verfassungs wegen verhindert werden.⁹⁵⁸

d. Vereinbarkeit von § 12 SEAG mit der Niederlassungsfreiheit

Wie im ersten Teil bereits festgestellt wurde, muss sich § 12 SEAG gesondert als Wegzugsbehinderung im Rahmen der für grenzüberschreitende Formwechsel geltenden Rechtsprechung am 4-Faktoren-Test messen lassen.⁹⁵⁹ Der Minderheitenschutz aber ist als "Grund des Allgemeininteresses" nach dem EuGH grundsätzlich tauglicher Rechtfertigungsgrund.⁹⁶⁰ Dabei steht es den Mitgliedstaaten frei, das Schutzniveau selbständig zu bestimmen.⁹⁶¹ Unterschiede zwischen verschiedenen Mitgliedstaaten sind dem EuGH zufolge daher grundsätzlich hinzunehmen.⁹⁶² Der EuGH erkennt zudem an, dass nationale Schutzvorschriften im Gesellschaftsrecht auch angesichts des aktuell erreichten Harmonisierungsstands immer noch erforderlich sein können. So stellt er in „Cartesio“ fest, seit „Daily Mail“ und „Überseering“ habe sich in dieser Hinsicht nichts Wesentliches verändert.⁹⁶³ Schließlich thematisiert er in „Sevic“ ausdrücklich die Problematik grenzüberschreitender Umstrukturierungen.⁹⁶⁴ Die Schutzbedürftigkeit der Minderheitsaktionäre ließe sich nach dieser Rechtsprechung daher auch nach wie vor gut auf die mit einem Rechtsordnungswechsel einhergehenden Veränderungen und drohenden Rechtsverluste stützen. Der europäische Gesetzgeber ist offenbar derselben Ansicht, wie sich aus Art. 8 Abs. 5 SE-VO unmittelbar ablesen lässt.

Darüber hinaus ist eine aus diesem Grund beschränkende Maßnahme jedoch nur zulässig, wenn sie zur Erreichung der verfolgten Ziele geeignet ist und nicht über das hinausgeht, was hierzu erforderlich ist.⁹⁶⁵

⁹⁵⁸ A. A. Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz (1969), S. 128. Wie hier hingegen Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, S. 45, der treffend von einer drohenden „Versteinerung des Rechtssystems“ spricht.

⁹⁵⁹ B. II. 6. d. „Vereinbarkeit von § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG mit dem Primärrecht“.

⁹⁶⁰ EuGH v. 13.12.2005, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805 (Rn. 28) – SEVIC; EuGH v. 5.11.2002, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919 (Rn. 92) – Überseering.

⁹⁶¹ So ausdrücklich in Bezug auf den Gesundheitsschutz, vgl. EuGH v. 19.7.2009, Rs. C-171/07, C-172/07, Slg. 2009, I-4171 (Rn. 19) – Apotheken-Fremdbesitzverbot; EuGH v. 1.6.2010, Rs. C-570, 571/07 (Rn. 44) = EuZW 2010, 578, 581; EuGH v. 8.9.2009, Rs. C-42/07 – Liga Portuguesa, Slg. 2009, I-7633 (Rn. 57, 59). Die Sozialpolitik und ihre Überprüfung anhand höherrangigen Rechts fällt insgesamt primär in die Kompetenz der Mitgliedstaaten, Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, S. 209.

⁹⁶² EuGH v. 1.6.2010, Rs. C-570/07, C-571/07 (Rn. 68 f.), EuZW 2010, 578, 581; EuGH v. 8.9.2009, Rs. C-42/07 – Liga Portuguesa, Slg. 2009, I-7633 (Rn. 58).

⁹⁶³ EuGH, Urt. v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06, Slg. 2008 I-09641 (Rn. 114) – Cartesio.

⁹⁶⁴ EuGH v. 13.12.2005, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805 (Rn. 27) – SEVIC. Hierzu Teichmann, ZIP 2006, 355, 359.

⁹⁶⁵ EuGH v. 13.12.2005, C-411/03, Slg. 2005, I-10805 (Rn. 29) – SEVIC; ferner EuGH v. 6.3.2007, Rs. C-338/04 u. a., Slg. 2007, I-1891 (Rn. 49) – Placanica; EuGH v. 8.9.2009, Rs. C-42/07 – Liga Portuguesa, Slg. 2009, I-7633 (Rn. 60).

Zu der Frage der Geeignetheit hat der EuGH mehrfach ausgeführt, eine nationale Regelung sei „nur dann geeignet, die Erreichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen.“⁹⁶⁶ Es stellt sich die Frage, ob dem der festgestellte Wertungswiderspruch innerhalb der verschiedenen Abfindungsregelungen des deutschen Rechts entgegensteht. Dafür müsste diese Konstellation zunächst überhaupt unter den vom EuGH zu Grunde gelegten Kohärenzbegriff⁹⁶⁷ fallen. Kohärenzgebote sollen allgemein der Zersplitterung einer Rechtsordnung entgegenwirken oder eine bereits bestehende Rechtsordnung vor einer Fragmentierung schützen. Das Unionsrecht greift mit Art. 7 AEUV neuerdings diese gesellschaftspolitische Erwartung nach Einheit auf.⁹⁶⁸ Der EuGH prüft die Kohärenz mitgliedstaatlicher Regelungen streng im Sinne einer Zielübereinstimmung von Schutzvorschriften, etwa im Bereich des Gesundheitsschutzes.⁹⁶⁹ Zu diesem Zweck können lediglich diejenigen Vergleichsgruppen herangezogen werden, die geeignet sind, durch ihre unterschiedliche Behandlung das mit der fraglichen Vorschrift verfolgte Ziel konkret zu verhindern. Wertungswidersprüche bei der Wahl eines bestimmten Schutzniveaus hingegen betreffen bereits die nicht zur Überprüfung stehende Vorfrage, welche Erfordernisse sich aus dem politischen Ziel ergeben, bestimmten betroffenen Interessen Schutz zu gewähren.⁹⁷⁰ Es sind jedoch auch keine Vorschriften im deutschen Recht ersichtlich, die das Ziel eines effektiven Minderheitenschutzes bei Sitzverlegung konterkarieren könnten. Der deutsche Gesetzgeber hat vielmehr die mit § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG getroffene Wertentscheidung in den §§ 7 Abs. 1 S. 1, 9 Abs. 1 S. 1 SEAG sowie § 122i Abs. 1 S. 1 UmwG insoweit konsequent fortgeführt. Das Austrittsrecht nach § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG ist demnach wohl auch geeignet, den angestrebten Schutzzweck zu verwirklichen.

Was die Verhältnismäßigkeit im Übrigen anbelangt, ist zu beachten, dass als milderes Mittel zum Zwecke des Aktionärsschutzes (Erforderlichkeit gem. Art. 5 Abs. 4 EUV) grundsätzlich immer Informationsregeln anzusehen sind.⁹⁷¹ Gerade dieser Bereich stand zuletzt im Fokus des Richtlinienrechts, wobei insbesondere die Aktionärsrechterichtlinie große Fortschritte für die grenzüberschreitende Ausübung der Aktionärsrechte gebracht hat.⁹⁷² In Anbetracht des weiten Ermessens-

⁹⁶⁶ EuGH v. 19.7.2009, C-171, 172/07, EuZW 2009, 409 (Rn. 42) – Apotheken-Fremdbesitzverbot; vgl. auch EuGH v. 6.3.2007, C-338/04 u. a., Slg. 2007, I-1891 (Rn. 53 und 58) – Placanica; EuGH v. 17.7.2008, Slg. 2008, I-5785 (Rn. 39) – Corporación Dermoestética; EuGH v. 10.3.2009, C-196/07, EuZW 2009, 289 (Rn. 55) – Hartlauer; EuGH v. 8.9.2009, C-42/07, Slg. 2009, I-7633 (Rn. 61) – Glücksspielmonopol; EuGH v. 1.6.2010, C-570, 571/07 (Rn. 94), EuZW 2010, 578, 583.

⁹⁶⁷ Der Kohärenzbegriff taucht sowohl in den Verträgen als auch in der Rechtsprechung des EuGH auf, ohne dort definiert zu werden. Kohärenz im Rechtssinn meint das konzeptionelle und inhaltliche Aufeinanderbezogensein von Rechtssätzen und Realakten. Die Einzelteile sollen in einem sinnvollen Zusammenhang stehen, ohne dass sich das Kohärenzgebot zu einer Rechtspflicht zu absoluter Widerspruchsfreiheit und Folgerichtigkeit verdichten würde. Im Gegensatz zum subjektiv-rechtlichen Gleichheitsgebot hat das Kohärenzgebot eine objektiv-institutionelle Wirkrichtung, Schorkopf, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 7 AEUV, Rn. 11; zum europäischen Kohärenzgebot speziell im Steuerrecht vgl. Wagner, Der Konzern 2009, 235 ff.

⁹⁶⁸ Schorkopf, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 7 AEUV, Rn. 9.

⁹⁶⁹ EuGH v. 10.3.2009, C-196/07, EuZW 2009, 289 (Rn. 61) – Hartlauer.

⁹⁷⁰ Vgl. u. a. EuGH v. 8.9.2009, C-42/07 – Liga Portuguesa, Slg. 2009, I-7633, EuZW 2009, 689, 691 (Rn. 57); EuGH v. 6.3.2007, C-338/04 u. a., Slg. 2007, I-1891 (Rn. 47) – Placanica.

⁹⁷¹ Vgl. EuGH Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459, 1495 – Centros; genauso Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 5, Rn. 148 sowie § 6, Rn. 187, wonach auch der Gemeinschaftsgesetzgeber an Art. 5 Abs. 4 EUV gebunden ist.

⁹⁷² Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 5, Rn. 164 („Konzentration der Harmonisierungstätigkeit auf In-

spielraumes der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Bestimmung des Schutzniveaus geht das Austrittsrecht wohl dennoch nicht über das hinaus, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist. Es ist damit verhältnismäßig.

Im Fall „Vale“ hat der EuGH zudem den ursprünglich im Kontext mit nationalstaatlichen Verfahrensvorschriften entwickelten „Äquivalenzgrundsatz“ auf einen grenzüberschreitenden Formwechsel angewandt. Hiernach dürfen die Modalitäten des nationalen Rechts für einen grenzüberschreitenden Formwechsel nicht ungünstiger sein als die für gleichartige innerstaatliche Sachverhalte geltenden Regeln.⁹⁷³ Da für innerstaatliche Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft anderer Rechtsform in der Regel nach deutschem Umwandlungsrecht ebenfalls ein Austrittsrecht gewährt wird, ließe sich durchaus vertreten, ein Verstoß gegen das Äquivalenzprinzip läge nicht vor. Folgte man jedoch der hier vertretenen Ansicht, wonach die SE-Sitzverlegung am ehesten mit den abfindungsfreien Formwechseln vergleichbar ist, käme man zum gegenteiligen Ergebnis. Es ist jedoch zu bezweifeln, dass der EuGH den Äquivalenzgrundsatz überhaupt auf eine einzelne Schutzvorschrift anwenden wird, die zudem auf einer sekundärrechtlichen Ermächtigung beruht. Denn dem Äquivalenzprinzip kommt eine Lückenfüllungsfunktion für die Bereiche zu, in denen keine einheitlichen Verfahrensvorschriften existieren. Es steht daher unter dem Vorbehalt, dass einschlägige Unionsregelungen hierfür nicht existieren.⁹⁷⁴ Dies ist bei der SE-Sitzverlegung wegen Art. 8 SE-VO aber grundsätzlich der Fall. Die Ermächtigung, spezielle Schutzvorschriften vorzusehen, umfasst daher auch die Möglichkeit, ungünstigere Regelungen vorzusehen, soweit sie für sich betrachtet verhältnismäßig sind (s. o.). Wie früher bereits ausgeführt wurde, ist schließlich auch Art. 10 SE-VO hierauf nicht anwendbar. Es ist deshalb nicht zu erwarten, dass der EuGH einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit annehmen würde.⁹⁷⁵

formationsnormen“). Näher dazu oben: III. 2. „Auswirkungen eines Umzugs auf die Stellung des SE-Aktionärs“.

⁹⁷³ EuGH v. 12.7.2012, Rs. C-378/10, NJW 2012, 2715, 2718 (Rn. 48 f., 54) – Vale.

⁹⁷⁴ EuGH v. 12.7.2012, Rs. C-378/10, NJW 2012, 2715, 2718, (Rn. 48) – Vale; siehe des Weiteren EuGH Rs. C-10/97 bis C-22/97, Slg. 1998, I-6307 (Rn. 25) – IN.CO.GE u. a.; EuGH Rs. C-222/05 bis 225/05, Slg. 2007, I-4233 (Rn. 28) – Van der Weerd; EuGH Rs. C-445/06, Slg. 2009, I-2119 (Rn. 31) – Danske Slagterier; EuGH v. 30.6.2011, Rs. C-262/09, IStR 2011, 551, 555 (Rn. 55) – Meilicke II.

⁹⁷⁵ I. E. genauso in Bezug auf das Austritts- und Barabfindungsrecht bei grenzüberschreitender Verschmelzung Scheifele, Gründung, S. 240; DAV Stellungnahme zum DiskE des SEAG, NZG 2004, 75, 78; Teichmann, in: Van Hulle/Maul/Drinhausen, Hdb. SE, 4. Abschn., § 2, Rn. 84; ders., ZIP 2006, 355, 362; Schäfer, in: MüKo AktG, Art. 20 SE-VO, Rn. 22; Witten, Minderheitenschutz, S. 164; zweifelnd an der Vereinbarkeit für die Holdinggründung hingegen Paefgen, in: KK AktG, Art. 34 SE-VO, Rn. 20; Hügel, in: Kalss/Hügel, SE-Kommentar, § 17 SEG, Rn. 26 zur Verschmelzung und wohl auch Rehm, in: Eidenmüller (Hrsg.), Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 4, Rn. 47 (S. 102), der zumindest für Gesellschafter formal ausländischer Gesellschaften mit Blick auf das europäische Informationsmodell ein Andienungsrecht an der Erforderlichkeit i. R. d. Vier-Konditionen-Tests scheitern lassen will. Für Auslandsgesellschaften ebenso Paefgen, DB 2003, 487, 489; Kieninger, ZGR 1999, 724, 745; Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325, 346; Kersting, NZG 2003, 9, 12 f.; Großerichter, DStR 2003, 159, 168 („kein zwingendes Interesse der Allgemeinheit“); vgl. ferner Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, S. 209: „Eine Europarechtswidrigkeit sozialer Schutznormen kommt allenfalls in besonderen Ausnahmekonstellationen in Betracht.“ Zu den Folgen der Primärrechtskonformität, insbesondere bei Bestehen besonderer Kompetenznormen vgl. Neuner, ebda, S. 212. Für die Zulässigkeit von Austrittsrechten auch: Hoffmann, ZHR 164 (2000), 43, 57, 63 f.; Priester, ZGR 1999, 36, 43; Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 24, Rn. 858 sowie § 29, Rn. 1064. Zu Recht wird jedoch verschiedentlich darauf hingewiesen, dass Art. 8 Abs. 5 SE-VO bzw. der Grenzübertritt eine durch die Belastung mit dem Austritts- und Abfindungsrecht hervorgerufene Diskriminierung der Verschmelzung auf eine ausländische Aktiengesellschaft im Vergleich zu einer Verschmelzung auf eine inländische Aktiengesellschaft nicht zu rechtfertigen vermag, da die Vorgänge der Sitzverlegung und Verschmelzung in dieser Hinsicht nicht vergleichbar seien, vgl. nur Hügel, in: Kalss/Hügel, SE-Kommentar, § 17 SEG, Rn. 26; Grundmann, Euro-

Es handelt sich hierbei um ein derzeit, in absehbarer Zukunft aber wohl immer schwerer vertretbares Ergebnis. Insoweit ist nämlich der eingangs zitierten Aussage des EuGH, die er Ende 2008 in „Cartesio“ getätigt hat, entschieden zu widersprechen. Die Behauptung, es habe sich an dem Harmonisierungsstand seit Daily Mail im Jahre 1988 und Überseering im Jahre 2002 nichts Wesentliches verändert, kann mit Hinweis auf die zahlreichen, zwischenzeitlich in Kraft getretenen Richtlinien des (Kapital)gesellschaftsrechts widerlegt werden.⁹⁷⁶ Die weitere Entwicklung wird deshalb genau zu beobachten sein.

III. Einzelfragen des Abfindungsanspruchs

1. Abfindungsangebot, Entstehen und Fälligkeit des Barabfindungsanspruchs

Gesetzliche Schuldverhältnisse entstehen allein durch die Erfüllung eines normativen Tatbestandes, also dann, wenn die rechtliche Grundlage der Forderung geschaffen wird.⁹⁷⁷ Der Abfindungsanspruch entsteht demnach mit Wirksamwerden der Sitzverlegung, d. h. Eintragung in das Register des Zuzugsstaats gem. Art. 8 Abs. 10 SE-VO.⁹⁷⁸ Der Annahmeerklärung kommt keine über eine Geltendmachung hinausgehende Rechtswirkung mehr zu. Der stark an der vertraglichen Terminologie orientierte Wortlaut des Gesetzes täuscht hier darüber hinweg, dass die „Annahme“, anders als der „Widerspruch“ keine eigene Entstehungsvoraussetzung des Abfindungsanspruchs darstellt.⁹⁷⁹ Logischerweise kann der Anspruch erst nach Wirksamwerden der Maßnahme geltend gemacht werden, § 12 Abs. 2, 7 Abs. 4 S. 1 SEAG.

Aus § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG, der nur bestimmt, dass die Gesellschaft jedem Aktionär, der widerspricht, den Erwerb seiner Aktien gegen Barabfindung anzubieten hat bzw. daraus, dass der Ver-

päisches Gesellschaftsrecht, § 26, Rn. 934.

⁹⁷⁶ RL 89/666/EWG (ZweigNLPublRL); RL 2004/109/EG (WpTransp RL); RL 2004/25/EG (ÜbRL); RL 2005/56/EG (IntVerschmRL); RL 2006/43/EG – Abschlussprüfungen und RL 2006/46/EG – Jahresabschlüsse; RL 2006/68/EG – Gründung von Aktiengesellschaften und RL 2007/36/EG – AktionärsrechteRL; Nachw. jeweils s. Anh. II.

Zu den großen Fortschritten Lutter, ZGR 2000, 1, 5 ff., der bereits eine starke Vereinheitlichung des Aktienrechts feststellt (die auf S. 11 genannten offenen Punkte sind in den Folgejahren zum großen Teil auch noch angeglichen worden).

⁹⁷⁷ Siehe nur Olzen, in: Staudinger, BGB, Einleitung zum Schuldrecht, Rn. 77; Zimmer/Ringe in Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 8, Rn. 96.

⁹⁷⁸ Zum Sonderfall des Zeitpunktes des Entstehens und der Fälligkeit bei fehlender Abfindung im Verlegungsplan und Bestimmung durch das Spruchgericht siehe Wolf, Abfindungsrechte, S. 205 f., der allerdings vor Antragsstellung im Spruchverfahren wie in den anderen Fällen eine fristgerechte Erklärung des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft verlangt.

⁹⁷⁹ Wie hier Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 24 (automatisches Entstehen des Anspruchs zum Zeitpunkt der Eintragung, sofern dem Beschluss vorher ordnungsgemäß widersprochen wurde). Ginge man hingegen von einer vertraglichen Entstehung aus, so entstünde der Abfindungsanspruch nach den allgemeinen Regeln erst mit dem „Verlangen“ nach Abfindung, also dem Zugang der Willenserklärung bei der SE nach § 130 Abs. 1 BGB, mit der die Annahme des im Verlegungsplan enthaltenen Angebots erklärt wird, so für die h. M. etwa Siepe, Grenzüberschreitende Verschmelzung, S. 246; Bernel in Goutier/Knopf/Tulloch, UmwG, § 29, Rn. 41 für die Verschmelzung; s. ferner Schenk, in: Bürgers/Körper, AktG, § 305, Rn. 7 und Koppensteiner, in: KK AktG, 2. Aufl., § 305, Rn. 10 entsprechend zum Unternehmensvertrag; Bittner, in: Staudinger (2009), § 269, Rn. 7; Schindler, Austrittsrecht, S. 105; i. E. auch Wolf, Abfindungsrechte, S. 201 f., der die Abfindungsansprüche als „Gestaltungsrechte eigener Art“ ansieht.

legungsplan „als Gegenstand der Beschlussfassung“ den „Wortlaut des Angebots“ zu enthalten hat, ist nicht zu folgern, dass die Barabfindung nach dem Beschluss erst noch explizit anzubieten wäre. Dies könnte man indes nicht nur aufgrund der eben wiedergegebenen Formulierungen meinen, sondern auch aufgrund systematischer Erwägungen. Denn § 7 Abs. 1 S. 1 SEAG trifft eine konkretere Bestimmung als § 12 Abs. 1 S. 1, indem dort angeordnet ist, dass der Aktienwerb gegen Abfindung „im Verlegungsplan oder in seinem Entwurf“ anzubieten ist. § 12 Abs. 2 verweist aber lediglich auf § 7 Abs. 2 bis 7. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber den Verweis nur deswegen nicht auf Abs. 1 erstreckte, weil er der Ansicht war, bereits eine separate Bestimmung für die Sitzverlegung in § 12 Abs. 1 S. 1 getroffen zu haben und dass dort lediglich ungenau formuliert wurde. Andernfalls hätte er weitergehende Bestimmungen über Zeit und Form des Angebotes erlassen.

Schließlich ist noch der Fälligkeitszeitpunkt der Forderung zu bestimmen. Teilweise wird schlicht von der sofortigen Fälligkeit gem. § 271 BGB, der auf alle Arten von Schuldverhältnisse anwendbar ist, ausgegangen.⁹⁸⁰ Zumeist wird jedoch eine Verpflichtung zur Zug-um-Zug-Leistung bei gleichzeitiger Vorleistungspflicht des Aktionärs angenommen.⁹⁸¹ Demnach müsste der zur Vorleistung verpflichtete Aktionär seine Anteile vorab auf die Gesellschaft übertragen haben, um Auszahlung verlangen zu können, ohne zu riskieren, dass sich die Gesellschaft auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320 Abs. 1 S. 1 BGB beruft.

Diese Vorschrift setzt jedoch voraus, dass die Forderung, auf die das Leistungsverweigerungsrecht gestützt wird, mit der Hauptforderung in einem Gegenseitigkeitsverhältnis steht.⁹⁸² Selbst wenn man mit der hier nicht vertretenen Ansicht von einem vertraglichen Anspruch bei der Abfindungsforderung ausginge, spräche dagegen, dass nicht einmal zwischen der Begründung der Mitgliedschaft und der Übernahme der Einlageverpflichtung bei der Aktiengesellschaft ein Synallagma besteht.⁹⁸³ Der Austritt gegen Barabfindung wäre so gesehen jedoch genau die Umkehrung dieses Verhältnisses. Zwar findet keine Einlagenrückgewähr im eigentlichen Sinne statt. So wie aber die Einlage als „Einzahlung des Ausgabebetrags der Aktien“ definiert werden kann (§ 27 Abs. 1 S. 1 AktG), ist die Barabfindung nichts anderes als die „Auszahlung des Rücknahmebetrags der Aktien“.

Darüber hinaus müsste sich die Vorleistungspflicht des Aktionärs aus Gesetz oder vertraglicher Vereinbarung ergeben.⁹⁸⁴ Eine dahingehende Vereinbarung ist nicht ohne weiteres anzunehmen,

⁹⁸⁰ Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 57; Bermel in Goutier/Knopf/Tulloch, UmwG, § 29, Rn. 42; Kalss, in: Kalss/Hügel, SE-Kommentar, § 12 SEG, Rn. 13 entsprechend zum öSEG.

⁹⁸¹ Die h. M. geht zumeist stillschweigend von der Vorleistungspflicht des Aktionärs aus, vgl. BGHZ 155, 110, 120 – Philipps Kommunikations Industrie; LG Stuttgart v. 13.5.1997, 25 O 703/96, AG 1998, 103, 104 – Gestra AG; Kalss in: Semler/Stengel, UmwG, § 29, Rn. 31; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 305, Rn. 30; Hasselbach/Hirte, in: GK AktG, § 305, Rn. 19; Hüffer, AktG, § 305, Rn. 8; Koppensteiner, in: KK AktG, § 305, Rn. 17; Krieger, in: Münchener Hdb. AG, § 70, Rn. 114; Paulsen, in: MüKo AktG, § 305, Rn. 24; Schenk, in: Bürgers/Körper, AktG, § 305, Rn. 8; Stephan, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 305, Rn. 29; Veil, in: Spindler/Stilz, § 305, Rn. 18.

⁹⁸² Grüneberg, in: Palandt, BGB, § 320, Rn. 4.

⁹⁸³ RGZ 122, 339, 349; Lutter in KK, § 54, Rn. 4; Brändel in GK AktG, § 2, Rn. 68; Cahn/Von Spannenberg, in: Spindler/Stilz, AktG, § 54, Rn. 10; Drygala, in: KK AktG, § 54, Rn. 5.

⁹⁸⁴ Emmerich, in: MüKo BGB, § 320, Rn. 18; Stadler, in: Jauernig, BGB, § 320, Rn. 21; Schulze, in: NK BGB, § 320, Rn. 7.

das Gesetz schweigt dazu. Der Abfindungsanspruch entsteht kraft Gesetzes, die Anteilsübertragung aber erfolgt auf der Grundlage eines sich an die Geltendmachung des Abfindungsentgeltes anschließenden Anteilsübertragungsvertrages.⁹⁸⁵ Richtigerweise kann daher keine Zug-um-Zug-Leistung angenommen werden.⁹⁸⁶ Der herrschenden Meinung, die die Vorleistungspflicht damit begründet, dass nur so sichergestellt sei, dass der die Barleistung fordernde andere Teil auch tatsächlich Inhaber einer Aktie sei,⁹⁸⁷ ist zu entgegnen, dass mit diesem Argument für jeden Kaufvertrag eine Vorleistungspflicht des Verkäufers begründet werden könnte. Eine Vorleistungspflicht stellt jedoch immer einen Eingriff in die natürliche Risikoträgerschaft dar, welche einer besonderen Begründung oder Vereinbarung bedarf. Auch das Argument, die Rechtsverfolgung sei aufgrund der Anonymität der Eigentümer von Inhaberaktien erschwert,⁹⁸⁸ überzeugt nicht, da durch das Widerspruchserfordernis in Verbindung mit der Geltendmachung des Anspruchs eindeutig auch der Schuldner der Gegenleistung feststeht. Diese Lösung erscheint besonders auch vor dem Hintergrund sachgerecht, dass auch keine Pflicht der Gesellschaft zur Sicherheitsleistung besteht.⁹⁸⁹ In diesem Punkt sind die Minderheitsaktionäre wesentlich schlechter gestellt als die Gläubiger.⁹⁹⁰

2. Sind auch Halter vinkulierter Namensaktien anspruchsberechtigt?

Vinçon wirft die Frage auf, ob Halter von vinkulierten Namensaktien von der Austrittsmöglichkeit gegen Barabfindung im Falle der Sitzverlegung ausgeschlossen sind.⁹⁹¹ Hintergrund ist, dass diese Papiere nicht frei übertragbar sind, da der Inhaber die Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung benötigt (Vinkulierung), § 68 Abs. 2 S. 1 AktG. Ein Ausschluss auch des Austrittsrechts bei Umstrukturierungen wäre jedoch nur dann gerechtfertigt, wenn diesem auch die gleiche Qualität zukommt wie der gewöhnlichen Übertragung, auf die die Einschränkung nach § 68 Abs. 2 S. 1 AktG abzielt. Hier ist zu differenzieren: Bei einem Rechtserwerb kraft Gesetzes greift nach heute unstreitiger Auffassung die Vinkulierungsklausel nicht.⁹⁹² Die Rechtsnatur des Abfindungsanspruchs bei Sitzverlegung aber ist gesetzlicher Natur.⁹⁹³ Im Ergebnis ist daher eine

⁹⁸⁵ Schaub, NZG 1998, 626, 628.

⁹⁸⁶ Ähnlich Wolf, Abfindungsrechte, S. 205, der ebenfalls für die sofortige Fälligkeit der Abfindungsansprüche plädiert, unter Verweis auf die nachteilige Wirkung der Lösung der h. M., wonach der Aktionär mit der Fälligkeit auch den Verjährungsbeginn in der Hand hat.

⁹⁸⁷ Vgl. nur LG Stuttgart v. 13. 05. 1997, 25 O 703/96, AG 1998, 103, 104 – Gestra AG.

⁹⁸⁸ Koppensteiner, in: KK AktG, § 305, Rn. 17, der zugleich selbst feststellt, eine Vorleistungspflicht lasse sich mit dem Gesetzestext nicht zureichend begründen.

⁹⁸⁹ Anders im österreichischen Recht, vgl. Kalss, in: Kalss/Hügel, SE-Kommentar, § 12 SEG, Rn. 14; Reich-Rohrwig/Wallner, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 2865. Auch in Slowenien ist im Vorfeld der Sitzverlegung Sicherheit für die Barabfindungsansprüche der Minderheitsaktionäre zu leisten, vgl. Kocbek/Prelič, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 3850.

⁹⁹⁰ Siehe § 13 Abs. 1 SEAG, wonach die Gesellschaft den Gläubigern Sicherheit zu leisten hat, sofern diese glaubhaft machen, dass die Erfüllung ihrer Forderung durch die Sitzverlegung gefährdet ist. Auf dieses Recht werden sie bereits im Verlegungsplan hingewiesen. Zur insoweit für die Minderheitsaktionäre günstigeren Rechtslage in Dänemark vgl. die Ausführungen oben, unter: C. I. 3. b. Schutz bei Sitzverlegung und Verschmelzung.

⁹⁹¹ *Vinçon*, Sitzverlegung, S. 242 f.

⁹⁹² Wieneke, in: Bürgers/Körper, AktG, § 68, Rn. 13; Cahn, in: Spindler/Stilz, AktG, § 68, Rn. 32 f.; Bezenberger, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 68, Rn. 22; Bayer, in: MüKo AktG, § 68, Rn. 52; Lutter/Drygala, in: KK AktG, § 68, Rn. 6.

⁹⁹³ Dazu s. o. unter II. 8. b.: „Rechtsnatur der Abfindungsansprüche“.

Erstreckung der Ausnahmenvorschrift des § 68 Abs. 2 S. 1 AktG auf den Fall des Austrittsrechts der Minderheitsaktionäre anlässlich einer Sitzverlegung abzulehnen.⁹⁹⁴ Dieses Ergebnis folgt zudem bereits aus einem Erst-Recht-Schluss aus § 12 Abs. 2 i. V. m. § 7 Abs. 6 SEAG, wonach einer anderweitigen Veräußerung nach Fassung des Sitzverlegungsbeschlusses etwaige Verfügungsbeschränkungen nicht entgegenstehen.

3. Teilweiser Austritt

Nach h. A. besteht grundsätzlich auch die Möglichkeit des teilweisen Gebrauchs des Austrittsrechts,⁹⁹⁵ also des Eintauschens nur eines Anteils der gehaltenen Aktien gegen Barabfindung. In diesem Fall entscheidet sich der Aktionär eben nur für eine Risikoverkleinerung, statt einer vollständigen Schadloshaltung. Einen Grund zur Aberkennung seines Schutzbedürfnisses darf dies nicht darstellen, handelt es sich technisch doch nur um ein Weniger. Das Barabfindungsangebot ist folglich nicht an die vollständige Aufgabe der Mitgliedschaft geknüpft, sondern gilt für jeden Anteil separat, unabhängig vom Halter.

Verlangt man jedoch für das Austrittsrecht bei Sitzverlegung, dass der betroffene Aktionär in der Hauptversammlung gegen den Sitzverlegungsbeschluss gestimmt hat,⁹⁹⁶ so stellt sich die Frage, ob dieses Erfordernis einem teilweisen Austritt entgegensteht. § 12 Abs. 1 S. 1 AktG ordnet allerdings jeder Aktie eine Stimme zu. Entsprechend wird auch die für den Sitzverlegungsbeschluss erforderliche Mehrheit jedenfalls nicht an der Personenzahl bemessen.⁹⁹⁷ Aus diesem Grund lässt sich auch im Falle eines geplanten Teilaustritts problemlos das Erfordernis der entsprechenden Stimmabgabe realisieren („gesplittete Stimmabgabe“).⁹⁹⁸ Im Ergebnis spricht damit nichts gegen die Zulässigkeit eines teilweisen Austritts.

4. Verzicht

Die Aktionäre können auf die Barabfindung vertraglich⁹⁹⁹ verzichten.¹⁰⁰⁰ Diese Möglichkeit ist

⁹⁹⁴ I. E. so auch Vinçon, Sitzverlegung, S. 244.

⁹⁹⁵ Kalss in: Semler/Stengel, UmwG, § 29, Rn. 29; OLG Düsseldorf, ZIP 2001, 158, 159; Marsch-Barner, in: Kallmeyer, § 29, Rn. 19; Grunewald, in: Lutter, UmwG, § 31, Rn. 4; Veil, Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH, S. 123 f.; Währholz, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 29 UmwG, Rn. 52; a. A. Bermel in Goutier/Knopf/Tulloch, UmwG, § 29, Rn. 35.

⁹⁹⁶ Str., näher dazu später: D. II. 4. d. (1) „Negatives Votum“.

⁹⁹⁷ Vgl. § 179 Abs. 2 S. 1 AktG (Kapitalmehrheit) bzw. Art. 8 Abs. 6 S. 2, 59 Abs. 1 SE-VO (Stimmenmehrheit). Näher hierzu später unter: D. II. 4. a. (1) „Mehrheitserfordernis, Art. 8 Abs. 6 Satz 2, 59 Abs. 1 SE-VO“.

⁹⁹⁸ Zur Zulässigkeit vgl. Heider, in: MüKo AktG, § 12, Rn. 20; Zöllner, in: KK AktG (1. Aufl.), § 133, Rn. 50; Hölters, AktG, § 12, Rn. 5; Rieckers, in: Spindler/Stilz, AktG, § 133, Rn. 22.

⁹⁹⁹ Ein einseitiger Verzicht ist im deutschen Recht grundsätzlich nicht vorgesehen. Nur ausnahmsweise ist eine einseitige Erklärung ausreichend, so etwa im Sachenrecht, im Prozessrecht und im öffentlichen Recht, vgl. Grüneberg, in: Palandt, BGB, § 397, Rn. 4; Rieble, in: Staudinger, BGB, § 397, Rn. 1 ff.

¹⁰⁰⁰ So ausdrücklich Heckschen, in: Widmann/Mayer, UmwR, Anh. 14, Rn. 425; entsprechend zur Verschmelzung Währholz, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 29 UmwG, Rn. 53; Kalss, in: Semler/Stengel, UmwG, § 29, Rn. 27; Simon, in: KK UmwG, § 29, Rn. 39 sowie zum Formwechsel Decher, in: Lutter, UmwG, § 194, Rn. 23; Bärwaldt, in: Semler/Stengel, UmwG, § 194, Rn. 29; Vollrath, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 194 UmwG, Rn. 45; ausführlich dazu desw. Schaub, NZG 1998, 626, 629 m. w. N.; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien-

zwar nicht ausdrücklich im Gesetzestext genannt, diesbezüglich ist jedoch kein von der Behandlung anderer Forderungen abweichender Umgang mit dem Abfindungsanspruch gerechtfertigt.¹⁰⁰¹ Eigenständige Bedeutung erlangt der Verzicht angesichts der späteren Möglichkeit einfacher Nichtgeltendmachung des Barabfindungsanspruchs allerdings allein vor dessen Entstehen. Erforderlich für einen wirksamen Verzicht ist jedoch, dass der Verlegungsplan bereits aufgestellt ist, da erst ab diesem Zeitpunkt die Forderung bestimmbar ist.¹⁰⁰² Dass die endgültige Höhe erst am Stichtag der Beschlussfassung wirklich feststeht, hindert nicht die Bestimmbarkeit. Der Erlass nach § 397 Abs. 1 BGB ist grundsätzlich formfrei, anders als das positive Schuldanerkenntnis gem. § 397 Abs. 2 BGB.¹⁰⁰³ Ob die Verzichtserklärung allerdings notariell beurkundet werden muss oder nicht, ist im deutschen Umwandlungsrecht umstritten.¹⁰⁰⁴ Das Gesetz trifft hierzu keine Regelung. Eine analoge Anwendung von § 7 Abs. 3 S. 3, 2. Hs. SEAG zur Schließung der Regelungslücke erscheint hier geboten, wie ein Vergleich der geregelten Fälle mit dem fraglichen Abfindungsverzicht ergibt. Denn wenn sogar ein Verzicht auf die Prüfung oder den Prüfbericht notarieller Beurkundung bedarf, dann muss dies für den Verzicht auf die Abfindung insgesamt erst recht gelten.

Der Verzicht kann nach allgemeiner Ansicht zum Umwandlungsrecht nicht durch Satzungsklausel erfolgen.¹⁰⁰⁵ Das ist deshalb sachgerecht, weil bei Schutznormen allein die Adressaten dieses Schutzzwecks im konkreten Fall wirksam verzichten können. Aus dem Gesetz ergibt sich dies für den Fall der Sitzverlegung jedoch nicht: Das SEAG trifft gerade keine dem § 1 Abs. 3 S. 1 UmwG vergleichbare Regelung. Auch soweit § 23 Abs. 5 AktG abweichende Satzungsregelungen verbietet, erfasst diese über Art. 9 Abs. 1 c iii SE-VO auch auf die SE anwendbare Bestimmung lediglich vom Aktiengesetz abweichende Regelungen.

Möglicherweise ist jedoch aus Art. 69 S. 2 lit. d SE-VO zu folgern, dass von den Vorschriften des SEAG nicht durch Satzung abgewichen werden kann.¹⁰⁰⁶ Allerdings macht Art. 69 S. 2 lit. d

und GmbH-Konzernrecht, § 305 AktG, Rn. 19. Dass auf minderheitenschützende Rechte verzichtet werden kann, zeigt auch der neuerdings ausdrücklich gesetzlich erlaubte Verzicht auf die Gewährung von Anteilen am neuen Rechtsträger nach §§ 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3 UmwG. Dazu Heckschen/Gassen, GWR 2010, 101; kritisch vor allem im Hinblick auf den Regelungsort Mayer/Weiler, BB 2007, 1235, 1238 f.; zum Hintergrund der Verzichtsmöglichkeit siehe ferner Diekmann, in: Semler/Stengel, UmwG, § 68, Rn. 16.

¹⁰⁰¹ Zum Umwandlungsrecht vgl. Kalss in: Semler/Stengel, UmwG, § 29, Rn. 27; Schaub, NZG 1998, 626, 629; Decher, in: Lutter, UmwG, § 207, Rn. 22; Grunewald, ebda, § 29, Rn. 17. Speziell zur grenzüberschreitenden Verschmelzung siehe § 122a Abs. 2 UmwG, der auf die §§ 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3, 78 UmwG verweist, wonach ein Verzicht möglich ist; a. A. Lutz, BWNotZ 2010, 23, 28, der die Vorschriften für nicht richtlinienkonform hält.

¹⁰⁰² Zur Bestimmbarkeit als Voraussetzungen des antizipierten Verzichts siehe Grüneberg, in: Palandt, BGB, § 397, Rn. 3; Rieble, in: Staudinger, BGB, § 397, Rn. 104.

¹⁰⁰³ Grüneberg, in: Palandt, BGB, § 397, Rn. 10.

¹⁰⁰⁴ Für notarielle Beurkundung Eilers/Müller-Eising, WiB 1995, 449, 451; Decher, in: Lutter, UmwG, § 194, Rn. 23 sowie Schaub, NZG 1998, 626, 629 zur Verschmelzung.

¹⁰⁰⁵ OLG Karlsruhe v. 26.9.2002, 9 U 195/01, ZIP 2003, 78, 80; Decher, in: Lutter, UmwG, § 207, Rn. 2; Kalss, in: Semler/Stengel, § 207, Rn. 2; Meister/Klöcker, in: Kallmeyer, UmwG, § 207, Rn. 4; Währholz, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 207 UmwG, Rn. 4 zum Formwechsel; Schaub, NZG 1998, 626, 628 f.; vgl. ferner Casper, ZHR 173 (2009), 181, 188, der auch in Zukunft den Minderheitenschutz selbst bei erweiterter Satzungsfreiheit de lege ferenda ausnehmen will. Siehe auch Eilers/Müller-Eising, WiB 1995, 449, 451, der als Alternative beim Formwechsel vorschlägt, durch Satzung die Zustimmung aller Gesellschafter zu der Maßnahme vorzusehen, mit der Folge, dass dann auch ein Barabfindungsangebot entbehrlich würde. Dies dürfte für die Sitzverlegung allerdings unzulässig sein.

¹⁰⁰⁶ Dahingehend Schwarz, SE-VO, Art. 6, Rn. 83 (Parallelität der Satzungsautonomie) sowie speziell zur Um-

nicht grundsätzlich die Satzungsautonomie des SEAG zum Gegenstand, sondern beschränkt den Prüfungsauftrag auf die Fälle, in denen eine solche wegen Parallelität zum nationalen Aktienrecht ausgeschlossen ist.¹⁰⁰⁷ Da im Übrigen Art. 8 Abs. 5 SE-VO den Mitgliedstaaten die Implementierung eines Minderheitenschutzes freistellt, folgt erst recht hieraus die Freiheit zumindest des Gesetzgebers diesen wiederum durch das implizite oder explizite Zulassen abweichender Satzungsregelungen abzuschwächen.

Die Unzulässigkeit eines satzungsmäßigen Ausschlusses durch die Gesellschaften ergibt sich damit allein aus teleologischen Erwägungen (s. o.). Eine gesetzliche Klarstellung entsprechend der Formulierungen des Art. 1 Abs. 3 S. 1 UmwG in § 1 SEAG wäre wünschenswert.

5. Übertragbarkeit des Abfindungsrechts

Ist der Abfindungsanspruchs nach § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG erst einmal entstanden, kann er nach den allgemeinen Regeln abgetreten werden. Fraglich ist jedoch, ob der Abfindungsanspruch zwingend an die Aktie geknüpft ist. Dies hätte zur Folge, dass beide nur zusammen übertragbar wären. Die h. M. geht in der Tat von der Untrennbarkeit der Anteile und Barabfindungsansprüche aus.¹⁰⁰⁸ Aus § 3 S. 2 SpruchG folgt allerdings nur zwingend der Gleichlauf der Antragsberechtigung für das Spruchverfahren mit der Aktionärsstellung. Mit anderen Worten: Das Antragsrecht folgt in jedem Fall der Aktie. Es ist auch nicht ersichtlich, warum der Abfindungsanspruch nicht separat abtretbar sein soll. Es ist zwar Sache des Abfindungsgläubigers, dafür zu sorgen, dass er die Gegenleistung (Aktie) bereithält, wenn er den Anspruch geltend machen will. Ein separater Erwerb erscheint deshalb wenig sinnvoll, aber deswegen noch nicht unmöglich bzw. unwirksam.

Insbesondere folgt dies nicht daraus, dass die Aktie den Abfindungsanspruch nach dessen Entstehen verbriefen würde, wie dies bei Squeeze Out und Eingliederung der Fall ist. Deshalb gehen bei diesen Maßnahmen die Aktien, die sich nicht in der Hand der Hauptgesellschaft befinden, von Gesetzes wegen auf diese über, § 320a S. 1 bzw. 327e Abs. 3 AktG. Entsprechend bestimmt S. 2 der genannten Vorschriften jeweils, dass die Aktienurkunden bis zur Aushändigung an die Hauptgesellschaft den Abfindungsanspruch verbriefen. Die Aktionäre werden hier gegen ihren Willen ausgeschlossen. Für den Squeeze-Out und bei Eingliederung wird deshalb verbreitet angenommen, dass dort jeder Einzel- und Gesamtrechtsnachfolger antragsberechtigt ist.¹⁰⁰⁹ Materielle Berechtigung und Antragsberechtigung im Spruchverfahren decken sich dort. Der Abfindungsanspruch als solcher aber sei wie jedes andere Recht übertragbar und mit ihm als

setzung des Art. 8 Abs. 5 SE-VO: Rn. 86; wohl auch Casper, ZHR 173 (2009), 181, 187 f.

¹⁰⁰⁷ Schwarz, SE-VO, Art. 6, Rn. 83, Fn. 128.

¹⁰⁰⁸ Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 3, Rn. 5; Volhard, in: Semler/Stengel, UmwG, § 3 SpruchG, Rn. 8; Krieger, in: Lutter, Umwandlungsrechtstage, S. 275, 280; Schulenberg AG 1998, 74, 78 f.; Volhard, in: MüKo AktG, § 3 SpruchG, Rn. 8; v. Aerssen, AG 1999, 249, 255 f.

¹⁰⁰⁹ Kubis, in: MüKo AktG, § 3 SpruchG, Rn. 9; Wasmann, in: KK SpruchG, § 3, Rn. 4; Leuring, in: Simon, SpruchG, § 3, Rn. 27; Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 3 SpruchG, Rn. 5; Drescher, in: Spindler/Stilz, AktG, § 3 SpruchG, Rn. 11; Gude, AG 2005, 233, 234; LG Dortmund, Beschl. v. 7.10.2004, 20 O 104/04, AG 2005, 310; auch bei einem Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag soll dies gelten, vgl. nur Behnke, Spruchverfahren, S. 79.

Annex die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung im Rahmen der laufenden Frist.¹⁰¹⁰

Anders stellt sich die Situation bei Formwechsel und Sitzverlegung dar: Eine Übertragung kraft Gesetzes gibt es nicht. Die Antragsberechtigten bleiben Aktionäre bis zu ihrem Austritt. Der Abfindungsanspruch ist deshalb kein gesetzliches Surrogat und wird zu keinem Zeitpunkt in den Aktien verbrieft. So regelt der Gesetzgeber auch in § 3 S. 2 SpruchG nur für Squeeze Out und Eingliederung nicht ausdrücklich, dass der Antragsteller zum Zeitpunkt der Antragstellung Anteilshaber sein muss. Dies ist nach dem eben Ausgeführten auch nicht nötig, es ergibt sich bereits aus der gesetzlichen Surrogatlösung. So gesehen lässt sich die Regelung des § 3 S. 2 SpruchG gerade vor dem Hintergrund des möglichen Auseinanderfallens von Abfindungsoption und Aktionärsstellung erklären.

Ist der Abfindungsanspruch jedoch kein wertpapiermäßig in der Aktie verkörpertes Mitgliedschaftsrecht, so könnte sich die Unübertragbarkeit nur noch daraus ergeben, dass es sich um ein höchstpersönliches Recht des Anteilshabers handelte. Demnach müssten die Anspruchsvoraussetzungen nicht nur im Zeitpunkt der Anspruchsentstehung in der Person des ursprünglich abfindungsberechtigten Anteilshabers erfüllt sein, sondern darüber hinaus dauerhaft vorliegen. In diese Richtung geht der BGH in seiner Jenoptik-Entscheidung, wenn er einen derivativen Erwerb mit der Begründung ablehnt, es handle sich um ein „individuelles Abfindungsoptionsrecht“, welches nur originär in der Person eines jeden außenstehenden Aktionärs zur Entstehung gelangen und auch nur von diesem geltend gemacht werden kann.¹⁰¹¹ Die zugrunde liegenden Schutzzweckerwägungen des BGH würden hingegen nicht entwertet, wenn man eine Übertragbarkeit annehmen wollte. Denn auch im Falle einer Abtretung bliebe es bei der Verwirklichung des Schutzzwecks, da dieser bereits mit der Anspruchsentstehung in der Person des zu schützenden Aktionärs eintritt. Insoweit gilt nichts anderes als in Bezug auf Schadenersatzansprüche.¹⁰¹²

Eine vermittelnde Ansicht im Schrifttum will die Übertragbarkeit des Abfindungsrechts auf einen Dritten von der Zustimmung des Abfindungsschuldners abhängig machen.¹⁰¹³ Dies würde jedoch nur dann Sinn machen, wenn die Gesellschaft als Schuldnerin ein besonderes Interesse an der Gläubigerstellung einer bestimmten Person hat, wie dies etwa bei Darlehensforderungen der Fall sein kann.¹⁰¹⁴ Ein solches ist hier indes nicht erkennbar. Auch lässt sich der Abfindungsanspruch nicht unter eine der übrigen Fallgruppen höchstpersönlicher Ansprüche subsumieren,¹⁰¹⁵ so dass

¹⁰¹⁰ Str., Behnke, Spruchverfahren, S. 79; Volhard in Semler/Stengel, UmwG, § 3 SpruchG, Rn. 9; Fritzsche/Dreier/Verfürth, § 3, Rn. 23 und 31; Hörtnagl in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, B § 3 SpruchG, Rn. 5; a. A. OLG Frankf. a. M., NZG 2006, 151, 152 f.; LG Frankfurt, NZG 2005, 323, 324; Klöcker/Frowein, § 3, Rn. 13; Wasmann, in: KK SpruchG, § 3, Rn. 10; Krieger/Mennicke, in: Lutter, UmwG, § 3 SpruchG, Rn. 5.

¹⁰¹¹ BGHZ 167, 299, 303 – Jenoptik.

¹⁰¹² Dazu siehe nur BGH, Urteil vom 6.12.1994 – VI ZR 80/94, NJW 1995, 783; Pardey, in: Haag (Hrsg.), Geigel, Der Haftpflichtprozess, I. Teil, 4. Kap., Rn. 17.

¹⁰¹³ Wolf, Abfindungsrechte, S. 189.

¹⁰¹⁴ Hierbei handelte es sich um einen Fall der „Veränderung der wirtschaftlichen Bedeutung“, einer Untergruppe der höchstpersönlichen Forderungen und Rechte, vgl. dazu Busche, in: Staudinger, BGB, § 399, Rn. 18 m. w. N.

¹⁰¹⁵ Zu diesen Fallgruppen eingehend Busche, in: Staudinger, BGB, § 399, Rn. 5 ff. Siehe hier insbesondere die Fallgruppe der unselbständigen Nebenrechte (Rn. 38 ff.); hierzu auch G. H. Roth, in: MüKo BGB, § 399, Rn. 17 ff. Insbesondere die Tatsache, dass es sich um Folgeansprüche aus einer Mitgliedschaft handelt, vermag nicht die Unabtretbarkeit zu begründen, sofern sich das fragliche Mitgliedsrecht zu einem eigenen Vermögensanspruch verselbständigt hat, G. H. Roth, in: MüKo BGB, § 399, Rn. 13.

es im Ergebnis beim Regelfall der Übertragbarkeit bleibt.¹⁰¹⁶

6. Höhe und Berechnung der Barabfindung

Die Abfindung ist bar zu gewähren, andere Leistungsarten sind nur schuldbeitfreiend, wenn der Gläubiger sie an Erfüllung statt annimmt.¹⁰¹⁷ Sie ist so zu bemessen, dass sie das Opfer des ausscheidenden Gesellschafters ausgleicht. Die in Art. 8 Abs. 5 SE-VO enthaltene Ermächtigung schreibt die „Angemessenheit“ des Schutzes vor. Dieser Begriff bedarf näherer Konturierung. Die möglichen Deutungen reichen dabei von einem Verständnis als allgemeinem Hinweis auf das Ausgestaltungsermessen der Mitgliedstaaten bis hin zur Verhältnismäßigkeit der im konkreten Fall durch den nationalen Gesetzgeber vorgesehenen Kompensation¹⁰¹⁸ bzw. des Verfahrens.¹⁰¹⁹ Der 24. Erwägungsgrund bestimmt, dass „ein angemessener Schutz“ der Minderheitsaktionäre, Gläubiger und sonstigen Forderungsberechtigten „in einem ausgewogenen Verhältnis“ stehen sollte. Dies wird dahingehend interpretiert, dass der Interessenschutz der genannten Gruppen in einem ausgewogenen Verhältnis dieser zueinander stehen sollte.¹⁰²⁰

Letzteres ist entschieden abzulehnen, da es dem nationalen Gesetzgeber frei stehen muss, für alle Gruppen von Forderungsberechtigten getrennt nach deren spezifischen Schutzanliegen das jeweilige Schutzniveau zu bestimmen. Der Versuch, diese miteinander ins Verhältnis zu setzen, scheitert zwangsläufig an der Vergleichbarkeit ihrer Stellung in Bezug auf die Gesellschaft. Ebenso wenig ist anzunehmen, dass der europäischen Gesetzgeber der Abwägung des nationalen Gesetzgebers für den konkreten Fall vorgreifen wollte, indem er mit dem Begriff der „Angemessenheit“ selbst Maßstäbe für eine etwaige Kompensation bestimmt. Dies ergibt sich schon daraus, dass selbst das Fehlen jeglicher Kompensation im europarechtlichen Sinne als „angemessen“ angesehen werden muss. Damit bleibt allein der Hinweischarakter auf das Ausgestaltungsermessen der Mitgliedstaaten übrig. „Angemessen“ ist gemäß ständiger Rechtsprechung des EuGH jede nationale Schutzvorschrift, wenn sie keine diskriminierende Wirkung hat, zur Erreichung der verfolgten Ziele geeignet ist und nicht über das hinausgeht, was hierzu erforderlich ist.¹⁰²¹

¹⁰¹⁶ Vgl. Drescher, in: Spindler/Stilz, AktG, § 3 SpruchG, Rn. 3; Krieger/Mennicke, in: Lutter, UmwG, § 3 SpruchG, Rn. 5 zu Eingliederung und Squeeze-Out und wohl auch zur Sitzverlegung, Rn. 7. Genauso für den Zuzahlungsanspruch, wonach Anspruch und Beteiligung trennbar seien, Bork, in: Lutter, UmwG, § 15, Rn. 2; Gehling, in: Semler/Stengel, § 15, Rn. 10. Etwas anderes kann tatsächlich nur dann gelten, wenn der Gesetzgeber ausdrücklich die Unübertragbarkeit vorschreibt, wie etwa in Bezug auf Urheberrechte, vgl. § 29 S. 2 UrhG.

¹⁰¹⁷ Vgl. § 364 BGB; genauso für das Umwandlungsrecht Kalss, in: Semler/Stengel, UmwG, § 29, Rn. 24.

¹⁰¹⁸ Dahingehend Oechsler in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 57, der „Angemessenheit“ dann annimmt, wenn die Abfindung die Verhältnisse der SE im Zeitpunkt der Beschlussfassung berücksichtigt, was bei Börsennotierung bei einer Orientierung am Kurs, in sonstigen Fällen bei Berücksichtigung des Unternehmenswertes der Fall sein soll. Ähnlich Schwarz, SE-VO, Art. 24, Rn. 22, der fordert, dass „die Interessen der Minderheitsaktionäre mit den unternehmerischen Interessen und den Interessen der Gesellschaftermehrheit in einen gerechten Ausgleich gebracht werden müssen.“

¹⁰¹⁹ Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 24, Rn. 24.

¹⁰²⁰ So wohl Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 61.

¹⁰²¹ EuGH v. 13.12.2005, C-411/03 – SEVIC Systems AG, Slg. 2005, I-10805 (Rn. 29); ferner EuGH v. 6.3.2007, C-338/04 u. a., Slg. 2007, I-1891 (Rn. 49) – Placanica; EuGH v. 8.9.2009, C-42/07 – Liga Portuguesa, Slg. 2009, I-7633, EuZW 2009, 689, 691 (Rn. 60); ähnlich Paefgen, in: KK AktG, Art. 34 SE-VO, Rn. 3, wonach „die Ausübung von Minderheitenrechten die Durchführung der geplanten Umstrukturierungsmaßnahme nicht unangemessen behindern dürfen.“

Geeignet zur Zielerreichung ist sie zudem nur, wenn sie „tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen.“¹⁰²²

Geeignet, einen effektiven Minderheitenschutz zu gewähren, ist jedoch nur eine Abfindung, die vollen Wertersatz garantiert. Zwar ist ein solcher nach hier vertretener Auffassung für die Sitzverlegung nicht von Verfassungen wegen zwingend erforderlich.¹⁰²³ Auch mag das Grundurteil des Gesetzgebers über die Frage der Schutzbedürftigkeit der Minderheitsaktionäre bei Sitzverlegung angreifbar sein.¹⁰²⁴ Was die Wirksamkeit des Schutzinstruments der Barabfindung angeht, dürfte aber zweifellos davon auszugehen sein, dass diese eine „volle Abfindung“ voraussetzt. Für die Frage aber, was unter einer „vollen Abfindung“ zu verstehen ist, kann die einschlägige Rechtsprechung von BVerfG und BGH grundsätzlich herangezogen werden.¹⁰²⁵ Die Anwendbarkeit des vom BVerfG entwickelten Vermögensschutzsystems ergibt sich für die Sitzverlegung somit aus der an Sinn und Zweck des § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG orientierten Auslegung unter Berücksichtigung der Systematik der deutschen Barabfindungsansprüche.

Dabei stellt sich für die Sitzverlegung nicht die Frage eines internationalen Bewertungsmaßstabes. Anders als bei der internationalen Verschmelzung ist es hier gerade nicht erforderlich, die Unternehmenswerte mehrerer Unternehmen mit Sitz in unterschiedlichen Mitgliedstaaten zueinander ins Verhältnis zu setzen.¹⁰²⁶ Zweck der Abfindung im Falle der Sitzverlegung ist allein die Entschädigung der Minderheitsaktionäre des Wegzugsstaates für ihre bis dahin gehaltenen Anteile. Es müssen deshalb bei der konkreten Berechnung des Wertersatzes gerade alle Faktoren herausgehalten werden, die mit der Sitzverlegung und ihrem internationalen Bezug zusammenhängen („Rückwärtsgerichtetheit der Barabfindung“). Die Ermächtigung des Art. 8 Abs. 5 SE-VO umfasst deshalb konsequenterweise auch die nationale Bewertungspraxis in Bezug auf die Abfindungsberechnung, sofern das nationale Recht eine Abfindung vorschreibt.¹⁰²⁷

¹⁰²² EuGH v. 19.7.2009, C-171, 172/07, EuZW 2009, 409 (Rn. 42) – Apotheken-Fremdbesitzverbot; vgl. auch EuGH v. 6.3.2007, C-338/04 u. a., Slg. 2007, I-1891 (Rn. 53 und 58) – Placanica; EuGH v. 17.7.2008, Slg. 2008, I-5785 (Rn. 39) – Corporación Dermoeestética; EuGH v. 10.3.2009, C-196/07, EuZW 2009, 289 (Rn. 55) – Hartlauer; EuGH v. 8.9.2009, C-42/07, Slg. 2009, I-7633 (Rn. 61) – Glücksspielmonopol; EuGH v. 1.6.2010, C-570, 571/07 (Rn. 94), EuZW 2010, 578, 583.

¹⁰²³ Vgl. oben: IV. 8. a. (2) „Eigentumsgrundrecht und Spielraum des Gesetzgebers: Zum Verhältnis von Zwangsausschluss und Austrittsrecht“.

¹⁰²⁴ Dazu s. o.: II. 9. a. „Argumente gegen das Austritts- und Barabfindungsrecht bei Sitzverlegung“.

¹⁰²⁵ I. E. genauso zur Holdinggründung Paefgen, in: KK AktG, Art. 34, Rn. 30; so auch im Grundsatz zur Verschmelzungswertrelation bei internationalen Verschmelzungen Mülbart, in: Grundmann/Mülbart u. a. (Hrsg.), FS Hopt, S. 1039, 1070; a. A. Adolff, Unternehmensbewertung im Recht der börsennotierten Aktiengesellschaft, S. 326, für Abfindungsanlässe, die nicht unter die verfassungsrechtliche Abfindungspflicht nach der DAT/Altana-Rechtsprechung zu subsumieren seien wie das Delisting.

¹⁰²⁶ Zur internationalen Verschmelzung Reuter, AG 2007, 881 ff.; Großfeld, NZG 2002, 353 ff. m. w. N.; ders., Unternehmensbewertung, Rn. 1392 ff.; Paefgen, KK AktG, Anh. Art. 24 SE-VO, Rn. 19 ff.; Kiem, ZGR 2007, 542, 560 ff.; Siepe, Grenzüberschreitende Verschmelzung, S. 170 ff. Aufgrund möglicher abweichender Bewertungstraditionen besteht insoweit Einigkeit, dass sich die beteiligten Gesellschaften auf ein bestimmtes Verfahren zur Unternehmensbewertung einigen müssen, siehe Neye, ZIP 2005, 1893, 1894; Teichmann, in: Van Hulle/Maul/Drinhausen, Hdb. SE, § 2, 4. Abschnitt, Rn. 68; zum Umwandlungsrecht vgl. Mayer, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 122c, Rn. 86; Drinhausen, in: Semler/Stengel, UmwG, § 122c, Rn. 16; Simon/Rubner, in: KK UmwG, § 122e, Rn. 6.

¹⁰²⁷ Vgl. auch die Aufzählung der Anwendungsfälle, bei denen internationale Bewertungsgrundsätze zu beachten sind (Sitzverlegung ist hier nicht genannt) bei Großfeld, Unternehmensbewertung, Rn. 1369.

Maßgebend ist demnach der Wert des lebenden Unternehmens.¹⁰²⁸ Dieser wird üblicherweise anhand aller wertbildenden Faktoren, „gleich welcher Art“ ermittelt.¹⁰²⁹ Die Wahl der Bewertungsmethode ist an dem Bewertungsziel auszurichten, der Ermittlung des objektivierte Unternehmenswertes. In der gerichtlichen Praxis ist das sogenannte Ertragswertverfahren nach IDW Standard 1 i. d. F. von 2008 führend.¹⁰³⁰ Je nach Einzelfall kann aber auch ein anderes Verfahren wegen besserer Eignung auszuwählen sein.¹⁰³¹ Das Ertragswertverfahren i. R. d. Unternehmensbewertung im Spruchverfahren verliert aktuell jedoch an Bedeutung.¹⁰³² So stellt die Rechtsprechung in jüngerer Zeit immer öfter auf den Börsenkurs als alleinigen Bewertungsfaktor ab.¹⁰³³ Auch hat das BVerfG die Auffassung bestätigt, wonach bei einer Verschmelzung nicht mehr auf eine objektive Bestimmung des Unternehmenswertes zurückgegriffen werden muss.¹⁰³⁴

Eine Wertermittlung anhand des Börsenkurses scheidet per se für nichtbörsennotierte Gesellschaften aus. Sofern hingegen eine SE ihren Sitz verlegt, deren Aktien an einem geregelten Markt gehandelt werden, ist über die Rolle der Börsenkurse nachzudenken, da de lege lata auch für diesen Fall eine Abfindung vorgesehen ist.

Das Bundesverfassungsgericht fordert die Berücksichtigung des Börsenkurses aufgrund der speziellen Prägung des Aktieneigentums durch seine Verkehrsfähigkeit.¹⁰³⁵ Dabei ist jedoch aufgrund der hohen Volatilität der Märkte, der großen Anzahl bekannter und unbekannter Akteure und kursbeeinflussender Faktoren Vorsicht angeraten.¹⁰³⁶ Im Gegensatz zur fundamental analy-

¹⁰²⁸ BGH v. 17.1.1973, IV ZR 142/70, NJW 1973, 509; Großfeld, Unternehmensbewertung, Rn. 138. Zur Berücksichtigung unterschiedlicher Aktiegattungen bei der Bewertung ausführlich Krieger, in: Schneider/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Lutter, S. 497 ff.

¹⁰²⁹ Müller, in: H. P. Westermann/Mock (Hrsg.), FS Bezenberger, S. 716.

¹⁰³⁰ Großfeld, Unternehmensbewertung, Rn. 6, 203; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, § 305, Rn. 52 b; überblicksartig hierzu dies., Konzernrecht, § 22, Rn. 34 ff.; Riegger, in: KK SpruchG, Anh. § 11, Rn. 4; BayObLG NJW-RR 1996, 1125; Bayer, ZIP 1997, 1613, 1617; vgl. für die Anwendung speziell beim Formwechsel etwa OLG Stuttgart, Beschl. v. 16.2.2007, 20 W 25/05, NZG 2007, 112, 114. Zur Frage der Rückwirkung von Neufassungen vgl. Großfeld, Unternehmensbewertung, Rn. 216 ff.

¹⁰³¹ Etwa die Ermittlung des Liquidationswertes bei dauerhaft negativen Zukunftsaussichten oder eine Kombination von Ertrags- und Substanzwert, wenn neben dem betriebsnotwendigen auch nicht betriebsnotwendiges Vermögen in beachtlichem Umfang vorhanden ist, hierzu Riegger, in: KK SpruchG, Anh. § 11, Rn. 4 m. w. Bsp.

¹⁰³² Nach Einschätzung von Großfeld, Unternehmensbewertung, Rn. 271 geht die Tendenz allgemein in Richtung „Discounted Cashflow-Verfahren“. Dieses ist insbesondere für internationale Sachverhalte tauglich, wobei die Bedeutung vor allem durch die europäischen internationalen Rechnungslegungsstandards verstärkt wird. Ein erheblicher Teil der Lit. möchte den Börsenkurs zur alleinigen Grundlage erklären, so u. a. für die SE-Sitzverlegung etwa Bayer, Gutachten E zum 67. DJT (2008), E 105; weitere Nachw. sogleich (folgende Fn.).

¹⁰³³ BVerfG v. 26.4.2011, 1 BvR 2658/10, BB 2011, 1518, 1520 m. Anmerk. Bungert; so auch bereits die Vorinstanzen: LG Frankfurt, Beschl. v. 13.3.2009 – 3/5 O 57/06, NZG 2009, 553, 556 ff. sowie OLG Frankfurt, Beschl. v. 3.9.2010 – 5 W 57/09, NZG 2010, 1141 – „T-Online/DTK“; LG Köln, Beschl. v. 24.7.2009 – 82 O 10/08, NZG 2010, 229 (Leitsatz 2); zu dieser Tendenz allgemein Brandi/Wilhelm, NZG 2009, 1408, 1409; Kiem, ZGR 2007, 542, 554 m. w. Nachw.

¹⁰³⁴ BVerfG v. 26.4.2011, 1 BvR 2658/10, BB 2011, 1518, 1520 m. Anmerk. Bungert.; so zuvor bereits für zwei voneinander unabhängige Unternehmen OLG Stuttgart v. 8.2.2006, 20 W 5/05, AG 2006, 420 f. sowie OLG Stuttgart v. 14.10.2010, 20 W 16/06, AG 2011, 49 ff.; Rölike/Tonner, in: Rensen/Brink (Hrsg.): Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht, S. 199, 214 f.; Kiem, ZGR 2007, 542, 566 f.; Großfeld, Unternehmensbewertung, Rn. 1203 f.; Decher, in: Wank/Hirte u. a. (Hrsg.), FS Wiedemann, S. 787, 800; allgemein die Bewertung anhand des Börsenkurses als Regelfall fordernd etwa auch Rodloff, DB 1999, 1149, 1153; Gärtner/Handke, NZG 2012, 247, 249; Müller, in: Altmeyden/Fitz u. a. (Hrsg.), FS G. H. Roth, S. 517 ff.

¹⁰³⁵ BVerfGE 100, 289 – DAT/Altana; dazu Riegger, DB 1999, 1889 ff.

¹⁰³⁶ Großfeld, Unternehmensbewertung, Rn. 1207 ff.; näher zu den kursbeeinflussenden Faktoren auch Hüchting, Abfindung und Ausgleich, S. 40 ff.

tischen Bewertung durch Sachverständigengutachten stellen die Börsenkurse das Ergebnis eines tatsächlich stattfindenden Preisbildungsprozesses am Markt dar und beruhen auf einer Beurteilung des Unternehmens durch die Anleger nach den bekannten bzw. allgemein zugänglichen Unternehmensdaten und sonstigen für den Markt relevanten Informationen.¹⁰³⁷

Eine Bewertung als bloße Schätzung des Unternehmenswertes¹⁰³⁸ sollte sich aber zumindest nicht generell allein auf die den Anlegern zur Verfügung stehenden Informationen verlassen, denn auf deren Verwertung beruht letztlich der Börsenkurs.¹⁰³⁹ Er hat sich aber durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als Mindestwert durchgesetzt.¹⁰⁴⁰ Zwar kann sich auch die Annahme als Mindestwert nachteilig für eine der beiden Seiten darstellen, wenn z. B. falsche, verzögerte oder unvollständige Informationen zu drastischen Verzerrungen der Kurse führen bzw. der Börsenwert aus anderen Gründen nicht den Verkehrswert der Aktie widerspiegelt.¹⁰⁴¹ Die geeignete Bewertungsmethode ist deshalb für jeden Abfindungsfall neu zu ermitteln. Eine bestimmte Bewertungsmethode schreibt das Grundgesetz nicht vor.¹⁰⁴² Zu Recht hat das BVerfG jedoch auch ein Meistbegünstigungsprinzip jüngst ausdrücklich abgelehnt. Weder dem Grundgesetz noch der Rechtsprechung sei ein Grundsatz zu entnehmen, wonach zur Bestimmung des Unternehmenswerts stets sämtliche denkbaren Methoden heranzuziehen und bei der Bestimmung des Umtauschverhältnisses die den Aktionären günstigste Methode zu Grunde zu legen sein soll.¹⁰⁴³

Im Fall der SE-Sitzverlegung spricht die gesetzgeberische Entscheidung, überhaupt eine Barabfindungspflicht vorzusehen, auch dafür, hier die Bewertung anhand des Börsenkurses nicht grundsätzlich ausreichen zu lassen. Denn anders als bei anderen Abfindungsfällen hat der Aktionär der börsennotierten SE sowohl die Option, die Aktien an der Börse zu verkaufen als auch diese zu behalten ohne Zwang zum Umtausch gegen Anteile einer anderen Gesellschaft(sform). In dieser Hinsicht ist allein die SE-Holdinggründung mit der Sitzverlegung vergleichbar. Hält der Gesetzgeber diese Optionen aber für nicht ausreichend, so ist von der Abfindungsberechnung zu

¹⁰³⁷ Vgl. nur OLG Stuttgart, Beschl. v. 1.10.2003 – 4 W 34/93, DB 2003, 2429 (Rn. 23); eingehend zur Datenbasis Adolff, Unternehmensbewertung im Recht der börsennotierten Aktiengesellschaft, S. 347 f.

¹⁰³⁸ Siehe OLG Stuttgart, Beschl. v. 1.10.2003 – 4 W 34/93, DB 2003, 2429.

¹⁰³⁹ Vgl. für die h. M. Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, § 305, Rn. 34; Lutter/Drygala, in: Lutter, UmwG, § 5, Rn. 32; Adolff, Unternehmensbewertung im Recht der börsennotierten Aktiengesellschaft, S. 344; Paulsen, in: MüKo AktG, § 305, Rn. 83 m. w. N.; anders hingegen für internationale Verschmelzungen Kiem, ZGR 2007, 542, 569 f.; Decher, in: Wank/Hirte u. a. (Hrsg.), FS Wiedemann, S. 787, 800; allgemeiner für alle Verschmelzungen Hüttemann, ZGR 2001, 454, 465; Richter, ZHR 172 (2008), 419, 445, 456; abweichend auch Hüffer, in: Häuser/Hammen u. a. (Hrsg.), FS Hadding, S. 461, 473 ff.; siehe auch Bayer, Gutachten E zum 67. DJT (2008), E 105; ähnlich OLG Frankfurt, Beschl. v. 3.9.2010 – 5 W 57/09, NZG 2010, 1141, wonach lediglich ergänzend auf andere Bewertungsverfahren zurückgegriffen werden muss, etwa wegen herrschender Marktengende oder spekulativer Verzerrungen; kritisch auch Gude, Strukturänderungen, S. 291 ff. Zur „Entdeckung des Marktes“ bei der Bestimmung der Abfindungshöhe Krause, in: Grundmann/Mülbert u. a. (Hrsg.), FS Hopt, S. 1005 ff.

¹⁰⁴⁰ BVerfGE 100, 289 m. Besprech. Riegger, DB 1999, 1889 ff.; dazu ausführlich auch OLG Stuttgart v. 6.7.2007, 20 W 5/06, AG 2007, 705, 707 ff.; Großfeld, Unternehmensbewertung, Rn. 1217; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, § 305 AktG, Rn. 43 ff.; Veil, in: Spindler/Stilz, AktG, § 305, Rn. 54 ff.; kritisch: Stilz, in: Habersack/Hommelhoff (Hrsg.), FS Goette, S. 529, 534 ff.

¹⁰⁴¹ Vgl. Großfeld, Unternehmensbewertung, Rn. 1221 ff.; Henze, in: Schneider/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Lutter, S. 1101, 1111; Adolff, Unternehmensbewertung im Recht der börsennotierten Aktiengesellschaft, S. 338.

¹⁰⁴² BVerfGE 100, 289, 307; BVerfG v. 26.4.2011, 1 BvR 2658/10 – T-Online, BB 1518, 1520.

¹⁰⁴³ BVerfG v. 26.4.2011, 1 BvR 2658/10 – T-Online, BB 2011, 1518, 1521 m. Anmerk. Bungert; vgl. dazu auch Gärtner/Handke, NZG 2012, 247, 248. Für das Meistbegünstigungsprinzip hingegen etwa Casper, ZHR 173 (2009), 181, 204.

verlangen, dass diese neben dem Börsenkurs auch die anderen verfügbaren wertrelevanten Informationen verarbeitet.¹⁰⁴⁴ Eine alleinige Anknüpfung an den Börsenkurs würde der Doppelnatur der vermögensrechtlichen Komponente des Anteilseigentums als Handelsobjekt und Instrument zur Teilhabe am Gesellschaftsvermögen nicht gerecht.¹⁰⁴⁵ Denn mit dem Austritt wird, unabhängig vom Austrittsanlass, beides aufgegeben.

Bewertungsstichtag für die Ermittlung der Abfindung bei Sitzverlegung ist gem. § 12 Abs. 2 i. V. m. § 7 Abs. 2 S. 1 SEAG der Zeitpunkt der Beschlussfassung in der Hauptversammlung. Diese Regelung entspricht den Parallelvorschriften der §§ 305 Abs. 3 S. 2, 320b Abs. 1 S. 5, 327b AktG sowie dem § 30 Abs. 1 S. 1 UmwG, auf den auch die §§ 208, 122i Abs. 1 S. 3, 176 Abs. 2 S. 4, 2. Hs., 181 Abs. 4 2. Hs. UmwG für die verschiedenen Barabfindungsansprüche verwiesen.¹⁰⁴⁶ Das BVerfG begegnet der eben angesprochenen Gefahr von Kursverfälschungen und -manipulationen durch die Wahl eines entsprechenden Referenzkurses. Zwar müsse die angemessene Barabfindung die Verhältnisse der Gesellschaft „im Zeitpunkt der Beschlussfassung ihrer Hauptversammlung“ über die Maßnahme berücksichtigen. Zu den im Berücksichtigungszeitpunkt maßgeblichen Verhältnissen gehöre aber nicht nur der Tageskurs, sondern auch ein auf diesen Tag bezogener Durchschnittswert.¹⁰⁴⁷ Der BGH hat sich in seinem Beschluss vom 19.7.2010¹⁰⁴⁸ in Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung¹⁰⁴⁹ der h. M. des Schrifttums¹⁰⁵⁰ und der bis dahin ergangenen Entscheidungen einiger Instanzgerichte¹⁰⁵¹ angeschlossen, die auf die Publikationsakte als maßgeblichen Bezugszeitpunkt für den auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung der Hauptversammlung bezogenen Durchschnittswert des Börsenkurses aus den letzten drei Monaten abstellten.¹⁰⁵² So lassen sich im Einklang mit den Vorgaben des BVerfG¹⁰⁵³ wirksam Spekulationen über die mögliche Abfindungshöhe sowie ein Drücken der Untergrenze der Abfindung durch Bekanntgabe einer geringen Abfindung verhindern. Es ist zudem konsequent, entsprechend der Parallele in § 5 WpÜG-Angebots-Verordnung auf den durchschnittlichen Börsenkurs innerhalb von drei Monaten vor Veröffentlichung der Maßnahme abzustellen.¹⁰⁵⁴

¹⁰⁴⁴ A. a. Bayer, Gutachten E zum 67. DJT (2008), E 105.

¹⁰⁴⁵ Adolff, Unternehmensbewertung im Recht der börsennotierten Aktiengesellschaft, S. 344.

¹⁰⁴⁶ Näher zum Stichtagsprinzip: Großfeld, Unternehmensbewertung, Rn. 309 ff.; Riegger/Wasmann, in: Habersack/Hommelhoff (Hrsg.), FS Goette, S. 433 ff.

¹⁰⁴⁷ BVerfG, Beschluss v. 29.11.2006 – 1 BvR 704/03 (Rn. 11), NZG 2007, 228.

¹⁰⁴⁸ BGHZ 186, 229 – Stollwerck.

¹⁰⁴⁹ BGHZ 147, 108 sowie dem BGH folgend: OLG Hamburg, Beschluss vom 31.7.2001, NZG 2002, 189; OLG Hamburg, Beschluss vom 7.8.2002, NZG 2003, 89, 90; OLG Stuttgart, Beschluss vom 1.10.2003 – 4 W 34/93, DB 2003, 2429; dagegen lediglich KG Berlin, Beschluss vom 16.10.2006 – 2 W 148/01, ZIP 2007, 75. Kritisch dazu Meilicke/Heidel, DB 2001, 973 ff.; Bungert, BB 2001, 1163, 1165.

¹⁰⁵⁰ In der Literatur vorherrschend war bereits länger die Ansicht, man müsse auf den Tag der Ad-hoc-Mitteilung gem. § 15 Abs. 1 WpHG abstellen, Drüke, DB 2000, 713 f.; Brandi/Wilhelm, NZG 2009, 1408, 1409; Paulsen, in: MüKo AktG, § 305, Rn. 88; Koppensteiner, in: KK AktG, § 305, Rn. 104; Riegger, in: KK SpruchG, Anh. § 11 Rn. 56; M. Weber, ZGR 2004, 280, 284; Bungert, BB 2001, 1163, 1164; Hüffer, AktG, § 305, Rn. 24e.

¹⁰⁵¹ OLG Stuttgart, Beschluss vom 4.2.2000, BB 2000, 1313 f.; LG Dortmund, Beschl. vom 18.11.2000, ZIP 2001, 739; LG München I, Beschluss vom 27.03.2000, DB 2000, 1016 f.; OLG Düsseldorf, Vorlagebeschluss vom 9. 9. 2009 – 26 W 13/06, NZG 2009.

¹⁰⁵² Vgl. hierzu auch den Vorlagebeschluss des OLG Stuttgart v. 16.2.2007, 20 W 6/06, AG 2007, 209.

¹⁰⁵³ BVerfG, Beschluss v. 29.11.2006 – 1 BvR 704/03, (Rn. 16 ff), NZG 2007, 228.

¹⁰⁵⁴ Vgl. Brandi/Wilhelm, NZG 2009, 1408, 1409.

D. Der Minderheitenschutz im Sitzverlegungsverfahren und im Spruchverfahren

I. Einführung

Neben dem Barabfindungsanspruch gewähren die Informationspflichten und Mitwirkungsrechte auch den Minderheitsaktionären Schutz. Verfahrensfehler aus diesem Bereich können zudem die Möglichkeit eröffnen, im Klageweg die Sitzverlegung anzugreifen.¹⁰⁵⁵

Inhaltlich ragt im Europäischen Gesellschaftsrecht das Informationsmodell hervor.¹⁰⁵⁶ In der Tat kann man nämlich in Bezug auf die Informations- und Mitwirkungsrechte – anders als in Bezug auf die Abfindungsansprüche¹⁰⁵⁷ – durchaus von einem „europäischen System“ sprechen. So sind die Hauptschritte eines Umstrukturierungsverfahrens in allen Fällen dieselben: Im Mittelpunkt der Information steht im Vorfeld des Umstrukturierungsbeschlusses ein Umstrukturierungsplan, der den Verfahrensablauf darlegt. Die Umstrukturierung ist alsdann durch die Gesellschafterversammlung zu beschließen, wofür mindestens eine Zweidrittel-Mehrheit erforderlich ist.¹⁰⁵⁸ Der Zustimmungsbeschluss und die darauf bezogenen Vorschriften zum Verlegungsplan und Verlegungsbericht haben mittelbar minderheitenschützende Wirkung.¹⁰⁵⁹

Der detaillierten Ausgestaltung des Informationsmodells als einem ausgefeilten System zur Bereitstellung, Überprüfung und Erläuterung von Informationen über die geplante Umstrukturierung stehen nur andeutungsweise Regelungen der Rechtsfolgen zum Schutz der Mitgliedschaftsrechte im europäischen Recht gegenüber.¹⁰⁶⁰ Die der Regelung der Mitgliedstaaten überlassenen Klagerechte sind dabei zwar nicht speziell an die Eigenschaft als „Minderheits“-Aktionär geknüpft.¹⁰⁶¹ So steht die Anfechtungsklage zur Geltendmachung etwaiger Mängel von Hauptversammlungsbeschlüssen den Mehrheitsaktionären genauso zu wie den Minderheitsaktionären. Sie entfaltet im Falle einer Inanspruchnahme aber vergleichsweise weitgehenden Schutz durch ihre Folge einer möglichen Nichtigerklärung des angegriffenen Beschlusses. Dabei kommt ihr insbesondere auch als Mittel gegen Informationspflichtverletzungen u. U. erhebliche Bedeutung zu.¹⁰⁶²

¹⁰⁵⁵ Hierzu ausführlich Hommelhoff, ZGR 1993, 452 ff.

¹⁰⁵⁶ Grundmann/Möslein, in: Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel II, S. 103; Grundmann, DStR 2004, 232; ders., European Company Law, S. 767 f.; Hommelhoff/Riesenhuber, in: Grundmann, Systembildung, S. 259, 272 ff., die die „disziplinierende Funktion“ betonen, im Übrigen dem Informationsmodell aber nur einen reflexartigen Schutz in Bezug auf die Minderheitsaktionäre zuschreiben (S. 274); Teichmann, European Private Law 2011, 145, 165.

¹⁰⁵⁷ Dazu s. o.: C. II. 3. „Fazit zum Vergleich mit anderen Abfindungsansprüchen europäischen Anlasses“.

¹⁰⁵⁸ Teichmann, European Private Law 2011, 145, 165; vgl. ferner Grundmann, DStR 2004, 232, 235 f.; Witten, Minderheitenschutz, S. 34; Hommelhoff/Riesenhuber, in: Grundmann (Hrsg.), Systembildung, S. 259, 278; Paefgen, in: KK AktG, Art. 37 SE-VO, Rn. 5 („Standardschema des Gemeinschaftsrechts“).

¹⁰⁵⁹ Entsprechend zur SE-Umwandlungsgründung Paefgen, in: KK AktG, Art. 37 SE-VO, Rn. 11.

¹⁰⁶⁰ Hommelhoff/Riesenhuber, in: Grundmann (Hrsg.), Systembildung, S. 259, 276, die dieses Gefälle als „unbefriedigend“ bezeichnen.

¹⁰⁶¹ Siehe nur Würthwein in Spindler/Stilz, AktG, § 241, Rn. 18. Zu den verschiedenen Kategorien des Minderheitenschutzes s. o.: A. III. „Begriff und Hintergrund des Minderheitenschutzes“; dazu ferner Grundmann, DStR 2004, 232, der hier von „Informationsnutzungsregeln“ in Abgrenzung von „Informationsbereitstellungsregeln“ spricht.

¹⁰⁶² Baums, Gutachten F zum 63. DJT (2000), F 58 f. mit rechtsvergleichenden Hinweisen F 44 ff. sowie speziell zur Bedeutung von Informations- und Auskunftspflichtverletzung in der Praxis F 55; Veil, AG 2005, 567, 569 f.; Weißhaupt, WM 2004, 705, 706; Habersack/Stilz, ZGR 2010, 710, 712; kritisch dazu Hommelhoff/Riesenhuber,

Da wohl zumeist die für die Verlegung votierenden Aktionäre im Anschluss kein Interesse an Klagen gegen diesen Beschluss haben werden, stehen auch hier die Interessen der Minderheitsaktionäre im Mittelpunkt. Im Folgenden sollen deshalb die einzelnen Verfahrensschritte im Hinblick darauf beleuchtet werden, welche Anforderungen der Gesetzgeber zum Schutz der Minderheitsaktionäre aufgestellt hat, welche Fehlermöglichkeiten sich hieraus ergeben und welche Rechtsfolgen – insbesondere Anfechtungsmöglichkeiten – daran anknüpfen. Dabei wird im Anschluss an die Darstellung der Voraussetzungen eines wirksamen Sitzverlegungsbeschlusses auch auf die Wirkungen, insbesondere Ausführungs- und Haftungsfolgen des Beschlusses sowie das Widerspruchserfordernis nach § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG einzugehen sein.

II. Das Verlegungsverfahren und die Anfechtungsmöglichkeiten

Nach § 243 Abs. 1 AktG i. V. m. Art. 9 Abs. 1 c ii SE-VO kann ein Hauptversammlungsbeschluss wegen Gesetzesverletzung angefochten werden.¹⁰⁶³ Die aktienrechtlichen Anfechtungsmöglichkeiten dienen dabei vor allem dem individuellen Interesse des klagenden (Einzel-)Aktionärs.¹⁰⁶⁴

Damit wird die SE auch den Auswirkungen der in jüngerer Vergangenheit geführten Diskussion um die Vermeidung missbräuchlicher Geltendmachung der Anfechtungsbefugnis nach §§ 243 I, II, 245 Nr. 1 und 3 AktG ausgesetzt,¹⁰⁶⁵ die sich zuletzt in der durch das UMAG vorgenommenen Gesetzesänderung niederschlug.¹⁰⁶⁶

in: Grundmann (Hrsg.), Systembildung, S. 259, 275. Offensichtlich ist die außerdem noch bestehende Möglichkeit, eine Auskunftsklage zu erheben, eine deutsche Spezialität. In allen anderen Ländern muss hingegen direkt eine Anfechtungsklage bei Informationspflichtverletzungen erhoben werden, vgl. DSW-Europastudie Minderheitenrechte (1999), S. 11.

¹⁰⁶³ Schwarz, SE-VO, Art. 53, Rn. 21; Hirte, NZG 2002, 1, 8; Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 61; Hoger, Kontinuität, S. 328 f.; Spindler, in: Lutter (Hrsg.), Europäische Gesellschaft, S. 223, 247; Göz, ZGR 2008, 593, 595; Scholz, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 32, Rn. 98 sowie Bücker, ebda, Art. 57, Rn. 31; Kiem, in: KK AktG, Art. 57 SE-VO, Rn. 43 m. w. N.; OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 15.2.2011 – 5 U 30/10 (nicht rechtskräftig), NJW 2011, 1231 ff. m. Anmerk. Habersack; i. E. genauso Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 32, der allerdings auf Art. 10 SE-VO abstellt. Zur Abgrenzung zwischen Art. 10 und Art. 9 Abs. 1 c ii SE-VO siehe jedoch oben: „B. II. 4. b. (2) Art. 10 und der Regelungsbereich der SE-VO“.

¹⁰⁶⁴ Roitzsch, Der Minderheitenschutz im Verbandsrecht, S. 161. Inwieweit der Anfechtungsklage darüber hinaus die Funktion einer allgemeinen Kontrolle der Unternehmensführung zukommt, wird im Schrifttum unterschiedlich beantwortet, hierfür etwa: Hüffer, in: MüKo AktG, § 245, Rn. 8; Wellkamp, Aktionärsschutz, S. 88; ablehnend hingegen Paefgen, Unternehmerische Entscheidungen, S. 277 f. Neben der Anfechtungsklage kommt auch ein Vorgehen im Wege der einstweiligen Verfügung nach § 940 ZPO analog (Leistungsverfügung) in Betracht. Voraussetzung dafür ist aber wegen damit verbundener Vorwegnahme der Hauptsache, dass der Aktionär dringend auf die sofortige Erfüllung angewiesen ist, vgl. Reger, in: Bürgers/Körber, AktG, § 175 Rn. 10 m. w. N. Zur Ergänzung des Anfechtungsantrags mit einem Unterlassens- oder Feststellungsantrag zur Verhinderung von Ausführungsmaßnahmen siehe Baums, Gutachten zum 63. DJT (2000), F 205.

¹⁰⁶⁵ Vgl. hierzu etwa Bison, Mißbrauch der Anfechtungsklage durch den Aktionär, S. 193 ff.; Boujong, in: Goerdeler/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Kellermann, S. 1 ff.; Baums, Gutachten F für den 63. dt. Juristentag (2000), F 144 ff.; Bericht der Regierungskommission Corporate Governance v. 14.8.2001, BT-Drucks. 14/7515, S. 54; Jahn, BB 2005, 5 ff.; Kiethe, NZG 2004, 489 ff.; Habersack/Stilz, ZGR 2010, 710, 712 ff.; Paefgen, Unternehmerische Entscheidungen, S. 273 ff. Im Falle des Missbrauchs mangelt es bereits an der Anfechtungsbefugnis, so dass die Klage unbegründet ist, vgl. BGH v. 15.6.1992, II ZR 173/91, AG 1992, 448 f.; zur Definition des „Missbrauchs“ siehe BGHZ 107, 296 (3. Leitsatz) – Kochs-Adler; BGH v. 18.12.1989, II ZR 254/88, AG 1990, 259, 262; BGH, Beschl. v. 25.9.1989, II ZR 254/88, NJW 1990, 322; hierzu auch Boujong, in: Goerdeler/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Kellermann, S. 1, 7.

¹⁰⁶⁶ Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts v. 22.9.2005, BGBl. I, S. 2802.

Es ist zwischen formellen und materiellen Mängeln zu unterscheiden. Verfahrensfehler sind den formellen Gesetzesverstößen zuzuordnen.¹⁰⁶⁷ Weitere Voraussetzung der Anfechtbarkeit beim Vorliegen solcher Fehler war nach überholter Ansicht, dass sich diese auf das Ergebnis der Beschlussfassung ausgewirkt haben (sog. Kausalitätslehre).¹⁰⁶⁸ Soweit dies für Verstöße gegen Art. 8 Abs. 2 SE-VO immer noch verlangt wird,¹⁰⁶⁹ ist das jedoch abzulehnen. Heute gilt allgemein für formelle Fehler, dass diese „relevant“ für das Beschlussergebnis gewesen sein müssen. Diese neuerdings auch von der Rechtsprechung zugrunde gelegte Relevanztheorie¹⁰⁷⁰ geht auf *Zöllner*¹⁰⁷¹ zurück und ist wesentlich stärker auf Minderheitenschutz ausgerichtet als die frühere Kausalitätsbetrachtung, da sie auf das Partizipationsinteresse der Gesellschafter abhebt.

Bevor die Rechtsfolgen von Verstößen gegen die Verfahrensvorschriften im Einzelnen (Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit) im Kontext mit den jeweiligen Verfahrensschritten erörtert werden, ist kurz auf die Auswirkungen der Eintragung im Zuzugsstaat einzugehen. Die Frage, ob diese auch zur Folge hat, dass die klageweise Geltendmachung aller formellen und materiellen Fehler des Sitzverlegungsverfahrens ausgeschlossen ist, wurde gesetzlich nirgends geregelt. In der Literatur wurde daher vorgeschlagen, Art. 30 Abs. 1 SE-VO entsprechend anzuwenden.¹⁰⁷² Dies würde allerdings voraussetzen, dass eine vergleichbare Lage bei der Sitzverlegung wie bei der Verschmelzung besteht. Das ist im Hinblick auf die Notwendigkeit einer Rückabwicklungen vermeidenden Regel nicht der Fall, was auch die Abwesenheit einer entsprechenden Vorschrift in Art. 8 SE-VO erklärt. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass diese Frage im Zusammenhang mit den Klagerechten dem mitgliedstaatlichen Recht überlassen bleiben sollte.

§ 202 Abs. 3 UmwG sieht für den Formwechsel, der der Sitzverlegung in diesem Punkt näher steht, jedoch ebenfalls vor, dass Mängel die Wirksamkeit nach seiner Eintragung unberührt lassen. Die Vorschrift steht im Kontext mit der Registersperre nach §§ 198 Abs. 3, 16 Abs. 2

Zu den Änderungen durch das UMAG etwa Seibert/Schütz ZIP 2004, 252 ff.; Göz, in: Bürgers/Körber, AktG, § 245, Rn. 2; konkret in Bezug auf die SE: Spindler, in: Lutter (Hrsg.), Europäische Gesellschaft, S. 223, 247 f.

¹⁰⁶⁷ Allgemein hierzu: Hüffer, in: MüKo AktG, § 243, Rn. 26 sowie Englisch, in: Hölters, AktG, § 243, Rn. 29; zur Sitzverlegung Zang, Sitz und Verlegung, S. 128.

¹⁰⁶⁸ Hüffer, in: MüKo AktG, § 243, Rn. 116; Englisch, in: Hölters, AktG, § 243, Rn. 17 und 99.

¹⁰⁶⁹ Kausalität soll nach Zang, Sitz und Verlegung, S. 129 f. sowie Vinçon, Sitzverlegung, S. 128, hier allerdings immer gegeben sein, da es sich um zwingende Angaben handele, es sei denn, der Fehler konnte nachweislich das Abstimmungsverhalten nicht beeinflussen. Dagegen führe ein Fehler gegen die Regeln zur Beschlussfassung über die Aufstellung des Verlegungsplans mangels Kausalität nicht zur Anfechtbarkeit. Diese Ansicht stützt sich auf die allgemein für § 243 AktG zu treffende Unterscheidung zwischen bloßen Formverstößen und der Verletzung konkreter Informationsinteressen der Anteilsinhaber, vgl. Vinçon, aaO. Nachdem sowohl der BGH bereits 2001 (BGHZ 149, 158, 164 f.; 160, 385, 391 f.) als auch der Gesetzgeber 2005 mit § 243 Abs. 4 S. 1 AktG (vgl. Begründ. z. UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 26) den Wechsel von der Kausalitäts- zur Relevanztheorie vollzogen haben, dürfte die Kausalitätslehre jedoch kaum noch vertretbar sein. Aus der Literatur hierzu siehe statt aller nur Lutter/Drygala, in: Lutter, UmwG, § 8, Rn. 55.

¹⁰⁷⁰ BGHZ 149, 158, 163 ff.; 153, 32 (Leitsatz a); BGH v. 20.9.2004, II ZR 334/02, DStR 2004, 1967, 1970; BGHZ 160, 253, 255 f.; 160, 385, 392; Zöllner, in: KK AktG (1. Aufl.), § 243, Rn. 81 ff., 95 ff.; Goette, Die GmbH, 2. Aufl. 2002, § 7 Rn. 100 (S. 232); ders., in: Kindler/Koch u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, S. 225, 232 f.; Hüffer, AktG, § 243, Rn. 13; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 50; Englisch, in: Hölters, AktG, § 243, Rn. 18 f.; kurzer Überblick über den Meinungsstand bei Hüffer, in: MüKo AktG, § 243, Rn. 27-29; Würthwein, in: Spindler/Stilz, AktG, § 243, Rn. 83 ff.; zur alten Rechtslage vgl. K. Schmidt in GK AktG (Stand 1.6.1995), § 243, Rn. 21 ff.

¹⁰⁷¹ Zöllner, in: KK AktG (1. Aufl.), § 243, Rn. 81 ff., 95 ff.

¹⁰⁷² Hunger in Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 9. Kap., Rn. 152; Oechsler, MüKo AktG, Art. 8, Rn. 33; Vinçon, Sitzverlegung, S. 158.

UmwG.¹⁰⁷³ Die Anteilshaber können klagen, wenn sie der Ansicht sind, dass die Maßnahme rechtswidrig war. Dies hat zur Folge, dass der Formwechsel dann auch nicht eingetragen werden kann. Andernfalls soll es aber im Interesse der Rechtssicherheit bei der Wirksamkeit des Formwechsels bleiben.¹⁰⁷⁴ Gemäß Art. 8 Abs. 8 SE-VO i. V. m. § 14 SEAG ist eine ebensolche Negativerklärung jedoch auch Voraussetzung für die Eintragung der Sitzverlegung einer SE. Dies spricht dafür, auch bei der Sitzverlegung nicht anders zu verfahren.¹⁰⁷⁵ Hierfür lässt sich auch die Wertung des europäischen Umwandlungsrechts anführen, wonach die Rechtsfolge der Vernichtung des Beschlusses keinen sachgemäßen Aktionärsschutz bietet, da sie dem Ziel der Bestandfestigkeit der Umstrukturierung zuwiderläuft.¹⁰⁷⁶ Richtigerweise ist § 202 Abs. 3 UmwG daher analog auf die Sitzverlegung anzuwenden.

1. Sitzverlegungsverbote

Grundsätzlich ist die Gesellschaft in der Wahl des geeigneten Zeitpunktes einer Sitzverlegung frei. Beschränkungen enthalten allerdings Art. 37 Abs. 3 und Art. 8 Abs. 15 SE-VO.¹⁰⁷⁷ Das Verbot bei Umwandlung, „anlässlich“ dieser den Sitz zu verlegen gem. Art. 37 Abs. 3, ist so zu verstehen, dass bis zur Eintragung der durch Umwandlung gegründeten SE eine Verlegung unzulässig ist.¹⁰⁷⁸ Die Verlegung nach Eintragung der SE ist also ohne weiteres möglich.¹⁰⁷⁹ Art.

¹⁰⁷³ Decher, in: Lutter/Winter, UmwG, § 202, Rn. 52. Zur Einführung dieser Regelung aufgrund der allgemeinen Tendenz, gesellschaftsrechtliche Akte möglichst zu erhalten Stratz, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 202, Rn. 4.

¹⁰⁷⁴ Vossius, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 202 UmwG, Rn. 188; Decher, in: Lutter, UmwG, § 202, Rn. 52. Dieser Bestandsschutz wird von einigen Stimmen des Schrifttums kritisiert, wohingegen die h. M. daran festhalten möchte; für die h. M. siehe OLG Frankfurt v. 26.5.2003, 20 W 61/03, NZG 2003, 790, 791; Bork, ZGR 1993, 343, 355; Grunewald, in: Lutter, UmwG, § 202, Rn. 71; Decher, ebda, § 202, Rn. 53; Kübler, in: Semler/Stengel, UmwG, § 202, Rn. 35; Meister/Klöcker, in: Kallmeyer, UmwG, § 202, Rn. 56; Stratz, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 202, Rn. 11; kritisch hingegen Veil, Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH, S. 163 ff., der aufgrund des leichter zu vollziehenden Rückgängigmachens eines Formwechsels gegenüber einer Verschmelzung einen umfassenden Bestandsschutz hierfür ablehnt.

¹⁰⁷⁵ Genauso i. E. Wolf, Abfindungsrechte, S. 114 f.

¹⁰⁷⁶ Vgl. 11. Erwägungsgrund der SpaltRL 82/891/EWG sowie 10. Erwägungsgrund der VerschmRL 2011/35/EU. Zu den zahlreichen Problemen einer Rückabwicklung etwa wegen eines fehlerhaften Kapitalerhöhungsbeschlusses siehe nur Zöllner/Winter, ZHR 158 (1994), 59 ff.

¹⁰⁷⁷ Die Vorschrift des Art. 8 Abs. 15 nimmt Bezug auf Art. 63 SE-VO, wonach das mitgliedstaatliche Recht hinsichtlich der dort genannten Verfahren (zu den Entsprechungen im Deutschen Recht vgl. Zimmer/Ringe in Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 8, Rn. 84 ff.; Zang, Sitz und Verlegung, S. 244 ff.) anzuwenden ist. „Cartesio“ wirft die Frage der Primärrechtskonformität von Art. 37 Abs. 3 und Art. 66 Abs. 1 S. 1 SE-VO auf. Es ist in der Tat kein Grund dafür ersichtlich, weswegen der Wechsel in eine europäische Gesellschaftsform schlechter behandelt werden soll als der in eine andere nationale Rechtsform des Zielstaates. Zu dem Ergebnis der Primärrechtskonformität könnte man nur dann gelangen, wenn der „Zuzugsstaat“ eine Umwandlung in die angestrebte Rechtsform grundsätzlich nicht zuließe (a. A. für einen grenzüberschreitenden Formwechsel jetzt wohl OLG Nürnberg, Beschl. v. 13.2.2012, 12 W 2361/11, NZG 2012, 468, 469). Die SE-VO lässt jedoch grundsätzlich nach Art. 2 Abs. 4 SE-VO die Umwandlung jeder nationalen Aktiengesellschaft in eine SE unter den dort beschriebenen Voraussetzungen zu. Allein wenn ein Grenzübertritt dazukommt, soll dies nicht mehr möglich sein. Hingegen ist eine innerstaatliche Sitzverlegung anlässlich der Umwandlung erlaubt. Die Regelungen wären daher am 4-Faktoren-Test zu messen. Diesbezüglich ist aber konkret ihre Geeignetheit zur Zielerreichung zu bezweifeln. Denn für den Arbeitnehmerschutz kann bereits auf Art. 4 Abs. 4 SE-RL sowie auf Art. 37 Abs. 8 SE-VO und in Sachen „Steuerflucht“ auf Art. 8 Abs. 14 SE-VO verwiesen werden. Aber auch der Minderheitenschutz kann nicht als Rechtfertigungsgrund herangezogen werden. Denn dieser erfordert jedenfalls kein Verbot der Maßnahme an sich.

¹⁰⁷⁸ Vgl. die engl. Sprachfassung: „The registered office may not be transferred from one Member State to another

37 Abs. 3 SE-VO beschränkt also die nationalen Aktiengesellschaften in ihrer Möglichkeit, grenzüberschreitend den Formwechsel zu einer SE zu vollziehen, nicht hingegen die SE selbst, da diese noch gar nicht entstanden ist.¹⁰⁸⁰ Diese Lücke füllt Art. 66 Abs. 1 S. 1 SE-VO mit dem Verbot einer gleichzeitigen Sitzverlegung anlässlich der Umwandlung einer SE in eine nationale Aktiengesellschaft, welches sich aus der Formulierung „dem Recht ihres Mitgliedstaates unterliegende Aktiengesellschaft“ ergibt.¹⁰⁸¹

Fraglich ist, wie gegen einen verbotswidrigen Beschluss vorgegangen werden kann.¹⁰⁸² Von der genauen Qualifizierung des Fehlers hängt die Art der Klagemöglichkeiten der Aktionäre bzw. Außenstehender ab.

Die Nichtigkeitsgründe sind abschließend in § 241 Nr. 1 bis 6 AktG aufgelistet. Die Nichtigkeit kann gerichtlich nach § 249 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 248 Abs. 1 S. 1 AktG mit Wirkung für alle Aktionäre festgestellt werden.¹⁰⁸³ Nichtigkeit liegt nach § 241 Nr. 3 Var. 2 und 3 AktG vor, wenn eine Norm verletzt wurde, die ausschließlich oder überwiegend dem Schutz der Gläubiger der Gesellschaft oder sonst dem öffentlichen Interesse dient. Hintergrund der Vorschrift des Art. 8 Abs. 15 ist der Gläubigerschutz.¹⁰⁸⁴ Damit ist die 2. Variante des § 241 Nr. 3 AktG einschlägig.¹⁰⁸⁵ Nicht ganz so eindeutig einzuordnen ist dagegen Art. 37 Abs. 3 SE-VO. Teilweise wird die Vorschrift als Umgehungsschutz hinsichtlich der Mitbestimmungs- und Steuerregeln angesehen.¹⁰⁸⁶ Stellte man darauf ab, so spräche dies dafür, den Schutzzweck der Norm als „im öffentlichen Interesse gegeben“ im Sinne von § 241 Nr. 3 Alt. 3 AktG anzusehen. Denn hierunter werden von der Rechtsprechung unter anderem auch die §§ 25 ff. MitbestG subsumiert.¹⁰⁸⁷ Nach einem Teil der Literatur ist daneben jedoch auch hier der Schutz der Gläubiger bezweckt.¹⁰⁸⁸ Vertreten wird des Weiteren, die Norm solle Sitzverlegungen durch Gesellschaften nationaler

pursuant to Article 8 at the same time as the conversion is effected“ sowie Schwarz, SE-VO, Art. 37, Rn. 9; Zang, Sitz und Verlegung, S. 248 f.; Schröder, SE-VO, Art. 37, Rn. 7; Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 37 SE-VO, Rn. 6; Paefgen, in: KK AktG, Art. 37 SE-VO, Rn. 10.

¹⁰⁷⁹ Vgl. nur Hunger, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 9. Kap., Rn. 10; Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, Art. 37 SE-VO, Rn. 11; Drinhausen, in: Van Hulle/Maul/Drinhausen, Hdb. SE, 4. Abschnitt, § 5, Rn. 51; Reichert, Der Konzern 2006, 821, 832; Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 37 SE-VO, Rn. 6.

¹⁰⁸⁰ Schäfer, in: MüKo AktG, Art. 37 SE-VO, Rn. 3; Paefgen, in: KK AktG, Art. 37 SE-VO, Rn. 10; Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 37, Rn. 11; Schwarz, SE-VO, Art. 37, Rn. 9; Seibt, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 37, Rn. 4.

¹⁰⁸¹ Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 66, Rn. 1, 6; Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 66 SE-VO, Rn. 1; Seibt, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 66, Rn. 9.

¹⁰⁸² Zum Streit um die Frage der Überprüfung durch die Behörden des Zu- bzw. Wegzugsstaates siehe später unter 5. b. „Prüfungsumfang im Hinblick auf minderheitenschützende Vorschriften“.

¹⁰⁸³ Zur dogmatischen Einordnung der Nichtigkeitsklage vgl. Bartels, ZGR 2008, 723, 732 ff. m. w. N.

¹⁰⁸⁴ Casper in Spindler/Stilz, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 13; Oechsler, in: MüKo, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 33; Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 125; Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 59.

¹⁰⁸⁵ So auch Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 33; Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 59.

¹⁰⁸⁶ Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 30; Schäfer, ebda, Art. 37, Rn. 3; Schwarz, SE-VO, Art. 37, Rn. 9; Paefgen, in: KK AktG, Art. 37 SE-VO, Rn. 18, unter Hinweis darauf, dass diese ratio mit Umsetzung der Mitbestimmungsrichtlinie obsolet geworden ist; Zang, Sitz und Verlegung, S. 248 f.; Herfs-Röttgen, Arbeitnehmerbeteiligung, NZA 2001, S. 424, 426; Seibt, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 37, Rn. 4; Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, Art. 37, Rn. 9; Drinhausen, in: Van Hulle/Maul/Drinhausen, Hdb. SE, 4. Abschnitt, § 5, Rn. 51; Blanquet, ZGR 2002, 20, 46; Scheifele, Gründung, S. 400; Kübler, ZHR 167 (2003), 222, 226; Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 37 SE-VO, Rn. 1.

¹⁰⁸⁷ BGHZ 83, 106, 110; 89, 48, 50.

¹⁰⁸⁸ Hunger, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 9. Kap., Rn. 10, 12; Paefgen, in: KK AktG, Art. 37, Rn. 12.

Rechtsform verhindern, um der geplanten 14. Richtlinie nicht vorzugreifen.¹⁰⁸⁹

Die Frage, ob eine Gründung durch Umwandlung einer nationalen AG in eine SE überhaupt zugelassen werden sollte, war bis zum Schluss strittig. Das hat sich in der Normentwicklung niedergeschlagen: Während Art. 37a SE-VOV 1991 zunächst diese Möglichkeit vorsah, war sie im Vorentwurf 1998 nicht mehr enthalten. In der verabschiedeten Fassung 2001 war sie dann aber wieder aufgenommen, erweitert um das Sitzverlegungsverbot.¹⁰⁹⁰

Für das Motiv „Gläubigerschutz“ spricht, dass – anders als z. B. beim Verlegungsbericht nach Art. 8 Abs. 3 – im Umwandlungsbericht die Auswirkungen des Rechtsformwechsels nur in Bezug auf die Arbeitnehmer und die Aktionäre zu erläutern sind. Es bedarf also gerade keiner Erläuterung für die Gläubiger. Diese wird offensichtlich für entbehrlich gehalten, gerade weil der Schuldner im Inland erhalten bleibt, wenn auch in anderer Rechtsform. Damit ist auch in Bezug auf Art. 37 Abs. 3 SE-VO die Vorschrift des § 241 Nr. 3 Alt. 2 AktG anzuwenden.¹⁰⁹¹

Demnach wäre ein Hauptversammlungsbeschluss, der gegen eines der Sitzverlegungsverbote verstößt, in jedem Fall nichtig und damit unbeachtlich.

2. Verlegungsplan

a. Der Katalog des Art. 8 Abs. 2 S. 2 lit. a-e SE-VO

Der Sitzverlegungsplan ist eine wichtige Informationsquelle für die Gesellschafter im Vorfeld der Hauptversammlung.¹⁰⁹² Er ist nach zutreffender Ansicht nichts anderes als der Entwurf des Verlegungsbeschlusses.¹⁰⁹³ Ein Verzicht auf den Verlegungsplan ist nach allgemeiner Ansicht nicht möglich, da er auch dem Schutz der Gläubiger dient.¹⁰⁹⁴

Neben der Erläuterung der Aktionärsschutzrechte gem. Art. 8 Abs. 2 S. 2 lit. e, auf die im Anschluss noch näher einzugehen ist, sind im Verlegungsplan weitere zwingende Angaben erforderlich. Anzugeben ist zunächst der neue Sitzungssitz, Art. 8 Abs. 2 S. 2 lit. a SE-VO.¹⁰⁹⁵

¹⁰⁸⁹ Kalss in Kalss/Hügel, Vor § 6 SEG, Rn. 17.

¹⁰⁹⁰ Vgl. die Synopse von SE-VOV 1991 und SE-RatsE 1998 in Schwarz, Europ. GesR, Rn. 1190 sowie Rn. 1196.

¹⁰⁹¹ Vgl. zur gläubigerschützenden Funktion Paefgen, KK AktG, Art. 37 SE-VO, Rn. 12; Scheifele, Gründung, S. 423.

¹⁰⁹² Siehe nur Kalss, in: Kalss/Hügel, SE-Kommentar, § 6 SEG, Rn. 2 f.; Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 7; Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 10; Zimmer/Ringe, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 8, Rn. 17; Priester, ZGR 1999, 36, 40.

¹⁰⁹³ Oechsler, in: MüKo, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 10; Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 19; Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 7; Kalss, in: Kalss/Hügel, SE-Kommentar, § 6 SEG, Rn. 5; Priester, ZGR 1999, 36, 40; Zimmer/Ringe, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 8, Rn. 17 a. A. Wenz, in: Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft, S. 236; Heckschen, DNotZ 2003, 251, 265.

¹⁰⁹⁴ Schwarz, SE-VO, Art. 8, Rn. 25; Teichmann, in: Van Hulle/Maul/Drinhausen, Hdb. SE, 7. Abschnitt, Rn. 27; Zang, Sitz und Verlegung, S. 149; Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 42; Witten, Minderheitenschutz, S. 64. Anders als hier lässt Art. 10 SpaltRL (Nachw. Anh. II) einen solchen ausdrücklich zu. Dementsprechend können beim Spaltungsplan aber auch nur die Aktionäre Einsicht verlangen, vgl. Priester, ZGR 1999, S. 37, 41 f.

¹⁰⁹⁵ Dazu Teichmann, in: Van Hulle/Maul/Drinhausen, Hdb. SE, 7. Abschnitt, Rn. 23; Schwarz, SE-VO, Art. 8, Rn. 7; Zang, Sitz und Verlegung, S. 118 f. Gemeint ist wohl die Zuzugsgemeinde, nicht bloß der Zuzugsstaat, vgl.

Mit jedem Sitzverlegungsbeschluss ist zudem zwingend eine Satzungsänderung verbunden, da die Bestimmung des Sitzes fester Bestandteil jeder Satzung ist. Deshalb ist auch die neue Satzung anzugeben (lit. b); „Satzung“ im Sinne der Vorschrift ist die „Satzung im eigentlichen Sinne“ sowie die Gründungsurkunde, wie sich aus Art. 6 SE-VO ergibt. Anzugeben ist der vollständige Text, nicht lediglich die Textänderungen.¹⁰⁹⁶ Im konkreten Fall ergibt sich das Erfordernis zur Wiedergabe des vollständigen Satzungstextes bereits aus dem Wortlaut der Verordnung, da sowohl die deutsche wie auch die englische und französische Fassung von der „Satzung“ sprechen und nicht von den „Satzungsänderungen“.¹⁰⁹⁷ Durch die Neufeststellung der Satzung endet nicht die Wirksamkeit der bislang gültigen Regelungen, soweit diese übernommen werden.¹⁰⁹⁸

Schließlich ist nach lit. d der Zeitplan für die Sitzverlegung aufzuführen.¹⁰⁹⁹ Der Sinn dieser Angabe wird darin gesehen, den von der Sitzverlegung Betroffenen die rechtzeitige Wahrnehmung ihrer Rechte zu ermöglichen.¹¹⁰⁰ Der Zeitplan begründet als Prognose keinen Vertrauensschutz. Für seine Rechtmäßigkeit genügt, dass er kaufmännisch vertretbar ist und sich auf Tatsachen stützt.¹¹⁰¹ Aufzunehmen sind die gesetzlich vorgegebenen Fristen gem. Art. 8 Abs. 4 sowie Abs. 6 S. 1 SE-VO genauso wie die von der Geschäftsleitung zeitlich frei festzulegenden, übrigen Verfahrensschritte der Sitzverlegung.¹¹⁰²

Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 23; Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 7, der zusätzlich die Angabe der Hauptverwaltungsortes verlangt, allerdings ohne dies zu begründen. Dem Verordnungstext kann an dieser Stelle eine derartige Verpflichtung aber nicht entnommen werden. Die Angabe des neuen Sitzungssitzes ist deshalb in jedem Fall als ausreichend anzusehen, i. E. genauso Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 33.

¹⁰⁹⁶ Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 7; Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 24; Oechsler, in: MüKO AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 11, der dies mit dem Normzweck begründet, der es erfordere, den Aktionären und Gläubigern eine möglichst vollständige Einschätzung der rechtlichen Wirksamkeit und der Erfolgsaussichten des Beschlusses zu ermöglichen, genauso Witten, Minderheitenschutz, S. 50. In Bezug auf die Satzungsangabe im Verschmelzungsplan, Art. 20 Abs. 1 S. 2 lit. h SE-VO, stellt sich die Frage, ob bloße Änderungsangaben reichen hingegen nicht. Denn der Inhalt der Satzung der übernehmenden bzw. neu zu gründenden Gesellschaft ist für die Aktionäre der Gründungsgesellschaft bzw. der übertragenden Gesellschaft jedenfalls insgesamt „neu“, vgl. nur Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, UmwStG, § 122c, Rn. 26. Das gleiche gilt für den Gründungsplan bei der Holdinggründung, da sich dieser an dem Verschmelzungsplan orientiert, siehe nur Schäfer, in: MüKo AktG, Art. 32 SE-VO, Rn. 14; Paefgen, in: KK AktG, Art. 32 SE-VO, Rn. 52; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Rn. 30.

¹⁰⁹⁷ „Les statuts envisagés“ (fr) bzw. „the proposed statutes“ (en).

¹⁰⁹⁸ Dies widerspräche dem Kontinuitätsgrundsatz, vgl. Hoyer, Kontinuität, S. 99; siehe auch Zöllner, in: Martens/H. P. Westermann u. a. (Hrsg.), FS Claussen, S. 423, 434. Grundsätzlich anders zu beurteilen ist diesbezüglich die Situation beim Formwechsel, siehe dazu Vossius, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 197, Rn. 171; Petersen, in: KK UmwG, § 202, Rn. 10 (Diskontinuität der Verfassung).

¹⁰⁹⁹ Diese Pflichtangabe fehlt in Art. 20 Abs. 1 S. 2 SE-VO. An seine Stelle treten im Verschmelzungsplan die Angaben nach Art. 20 Abs. 1 S. 2 lit. d und e. Die Verweisung in Art. 32 Abs. 2 S. 3 SE-VO erstreckt sich nicht hierauf, weil sich derartige Angaben hier erübrigen, so dass für die Holdinggründung eine dem Art. 8 Abs. 2 S. 2 lit. d SE-VO entsprechende Vorgabe an sich nahe gelegen hätte.

¹¹⁰⁰ Austmann, in: Münchener Hdb. AG, § 84, Rn. 3.

¹¹⁰¹ Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 16; Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 9; Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 32; Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 33.

¹¹⁰² Teichmann, in: Van Hulle/Maul/Drinhausen, Hdb. SE, 7. Abschnitt, Rn. 23; Hunger, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 9. Kap., Rn. 46 f.; eine Auflistung der anzugebenden Verfahrensschritte gem. Art. 8 Abs. 2 bis 13 SE-VO findet sich bei Zang, Sitz und Verlegung, S. 123 f.

b. Aktionärsschutzrechte nach lit. e 1. Alt.

Die Vorschrift nimmt Bezug auf die von den Mitgliedstaaten aufgrund der Option des Art. 8 Abs. 5 erlassenen Schutzvorschriften. Der weite Wortlaut des Art. 8 Abs. 2 S. 2 lit. e lädt dabei zu Missverständnissen ein. Der Grund für die allgemein gehaltene Formulierung „etwaige zum Schutz der Aktionäre vorgesehene Rechte“¹¹⁰³ erklärt sich aus dem Zusammenhang mit der ebenfalls weiten Fassung des Art. 8 Abs. 5 SE-VO. Entsprechen die nationalen Schutzvorschriften für die Sitzverlegung jedoch denjenigen, die für die Verschmelzung gelten (hier insbesondere durch die Verweisung des § 12 Abs. 2 auf § 7 Abs. 2 bis 7 SEAG sichergestellt), so ist nicht ersichtlich, weswegen anlässlich einer Sitzverlegung strengere oder andere Anforderungen an die Information nach Art. 8 Abs. 2 S. 2 lit. e 1. Alt. zu stellen sein sollen als sie für eine Angabe nach Art. 20 Abs. 1 S. 2 lit. b gelten. Die Forderung, der Verlegungsplan müsse darlegen, wie diese Schutzvorschriften im konkreten Fall umgesetzt werden,¹¹⁰⁴ geht daher zu weit. Es reicht die Angabe, dass eine Barabfindung gewährt wird und in welcher Höhe.¹¹⁰⁵

Der Verlegungsplan muss nach § 12 Abs. 1 S. 3 SEAG selbst den Wortlaut des Angebotes wiedergeben.¹¹⁰⁶ Dem steht nicht entgegen, dass der Katalog des Art. 8 Abs. 2 S. 2 lit. a bis e SE-VO nach h. M. als abschließend anzusehen ist. Dies wird unter anderem im Umkehrschluss aus Art. 20 Abs. 2 SE-VO gefolgert wird, der die Angaben im Verschmelzungsplan ausdrücklich als Mindestangaben kennzeichnet.¹¹⁰⁷ Dass Erschwerungen der Sitzverlegung durch weitere Verfahrensschritte oder zusätzliche Vorgaben vermieden werden sollten, ergibt sich zwar aus dem Sinn und Zweck der SE-VO.¹¹⁰⁸ Nach h. M. sind weitere Inhalte jedoch erlaubt.¹¹⁰⁹ Die teleologi-

¹¹⁰³ Siehe dazu im Vergleich Art. 20 Abs. 1 S. 2 lit. b SE-VO: „das Umtauschverhältnis der Aktien und ggf. die Höhe der Ausgleichsleistung“.

¹¹⁰⁴ Zang, Sitz und Verlegung, S. 124.

¹¹⁰⁵ So wohl auch Zimmer/Ringe, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 8, Rn. 37; Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 34; Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 17 a. E.

¹¹⁰⁶ Darin liegt auch kein Widerspruch zu dem Erfordernis, dass die Barabfindung die Verhältnisse der Gesellschaft „im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Verlegung“ berücksichtigen muss, § 12 Abs. 2 i. V. m. § 7 Abs. 2 S. 1 SEAG. Die Formulierung entspricht der des § 30 Abs. 1 S. 1 UmwG. Wie im Umwandlungsrecht auch, wird der vorläufig für den Verlegungsplan ermittelte Unternehmenswert für die Barabfindung später auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung fortgerechnet, also nicht einfach unverändert zugrunde gelegt, vgl. BGHZ 186, 229 – Stollwerck; so auch Vinçon, Sitzverlegung, S. 145.

¹¹⁰⁷ Zimmer/Ringe in Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 8, Rn. 24; Ringe, Sitzverlegung, S. 115 f.; Zang, Sitz und Verlegung, S. 125 ff. Zu der parallel verlaufenden Diskussion bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung in Bezug auf die Abgeschlossenheit des Verschmelzungsplanes vgl. Bayer/Schmidt, NJW 2006, 401, 402; Brandes, AG 2005, 171, 181; Siepe, Grenzüberschreitende Verschmelzung, S. 133 ff. m. w. N. Zum Verweis auf das Verschmelzungsrecht in Art. 32 Abs. 2 S. 3 Hs. 1 SE-VO für die Holdinggründung siehe Paefgen, in: KK AktG, Art. 32, R. 38.

¹¹⁰⁸ Vgl. hierzu Erwägungsgrund Nr. 1, wonach die Verwirklichung des Binnenmarktes voraussetzt, dass die Unternehmen ihre wirtschaftliche Tätigkeit gemeinschaftsweit umorganisieren können sowie Erwägungsgrund Nr. 5 a. E., der „unverhältnismäßig strenge Auflagen“ für die Verlegung des Sitzes verbietet.

¹¹⁰⁹ Casper in Spindler/Stilz, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 9; Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 21; Drinhausen/Keinath, BB 2006, 725, 727; Oechsler, in: MüKo AktG, SE-VO, Art. 8, Rn. 10; Schwarz, SE-VO, Art. 8, Rn. 14; Teichmann, in: Van Hulle/Drinhausen, Hdb. SE, 7. Abschnitt, Rn. 24; Diekmann, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 8, Rn. 18; Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 32; Kalss, in: Kalss/Hügel, SE-Kommentar, § 6 SEG, Rn. 10; Witten, Minderheitenschutz, S. 52; genauso in Bezug auf den Verschmelzungsplan bei grenzüberschreitender Verschmelzung: Drinhausen in: Semler/Stengel, UmwG, § 122c, Rn. 11; Simon/Rubner, in: KK UmwG, § 122c, Rn. 8; Bayer/Schmidt, NJW 2006, 401, 402 Kallmeyer/Kappes, AG 2006, 224, 231; H.-F. Müller, Der Konzern 2007, 81, 86; a. A. (abschließend): Zimmer/Ringe, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 8, Rn. 24; Krause/Kulpa, ZHR 171 (2007), 38, 57; Louven/Dettmaier/Pöschke/Wenig, BB-Spezial 3/2006, 1, 14.

sche Auslegung ergibt sogar, dass eine Erweiterung der Inhalte dem Informationszweck dienlich sein kann, da sich der Informationsstand durch weitere Angaben verbessert.

Richtigerweise muss allerdings zwischen der Frage, ob eine gesetzliche Erweiterung der zwingenden Inhalte durch die Mitgliedstaaten zulässig ist und der Aufnahme weiterer Punkte im Einzelfall auf freiwilliger Basis durch die Gesellschaft unterschieden werden.¹¹¹⁰ Während letzteres unproblematisch erscheint, könnte der gesetzlichen Ergänzung entgegenstehen, dass eine solche aufgrund der Abgeschlossenheit des Kataloges nur im Rahmen der speziellen Ermächtigungen zulässig ist.¹¹¹¹ Dies ergibt sich im Umkehrschluss daraus, dass Art. 8 gleich an vier Stellen (Abs. 2 S. 1; Abs. 5; Abs. 7 S. 2 und Abs. 14) die Mitgliedstaaten zur ergänzenden Regelung spezieller einzelner Punkte beruft. Da sich § 12 Abs. 1 S. 3 SEAG aber problemlos unter Art. 8 Abs. 5 SE-VO subsumieren lässt, handelt es sich hierbei um eine ausnahmsweise zulässige Ergänzung des Katalogs in Art. 8 Abs. 2 S. 2 lit. a bis e SE-VO.¹¹¹²

Zu der Frage, ob die Angaben über die Barabfindung unter bestimmten Voraussetzungen entfallen können, findet sich keine gesetzliche Regelung. Es sind aber Fälle denkbar, in denen diese Angaben überflüssig erscheinen, und zwar dann, wenn eine Einpersonengesellschaft ihren Sitz verlegt oder wenn sämtliche Aktionäre im Vorhinein auf ihr Barabfindungsrecht verzichtet haben. Im ersten Fall ist ein Austritt denklogisch ausgeschlossen, weil der einzige Aktionär der Sitzverlegung zustimmen muss, im zweiten Fall besteht kein Schutzbedürfnis.¹¹¹³

Über die Angabe der Barabfindung hinaus ist auch der darauf bezogene Prüfungsbericht gem. § 12 Abs. 2 i. V. m. § 7 Abs. 3 S. 2 SEAG aufzunehmen. Die Vorschrift ist wortgleich mit § 30 Abs. 2 S. 1 UmwG, in dessen Begründung es heißt, die Prüfung solle aufgrund der schwerwiegenden Bedeutung des Austritts für die Anteilsinhaber stets stattfinden – anders als die Prüfung des Umtauschverhältnisses. Sie ist durch unabhängige Prüfer durchzuführen.¹¹¹⁴ Die Berechtigten können auf die Prüfung oder den Prüfungsbericht allerdings gem. § 7 Abs. 3 S. 3 SEAG mittels

¹¹¹⁰ Dahingehend differenzierend: Heckschen, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 122a UmwG, Rn. 112 sowie Mayer, ebda, § 122c, Rn. 159; Louven/Dettmaier/Pöschke/Wenig, BB-Spezial 3/2006, 1, 14; Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 32; Drinhausen in: Semler/Stengel, UmwG, § 122c, Rn. 11; abweichend Teichmann, in: Van Hulle/Maul/Drinhausen, Hdb. SE, 7. Abschnitt, Rn. 24, der weitere Inhalte nur insoweit für zulässig erachtet, als diese vom nationalen Recht vorgeschrieben sind.

¹¹¹¹ Anders Teichmann, in: Van Hulle/Maul/Drinhausen, Hdb. SE, 7. Abschnitt, Rn. 24, der hier grundsätzlich das nationale Aktienrecht über die allgemeinen Verweisungsnormen für anwendbar hält.

¹¹¹² Entsprechend die Begründung eines Teils der Literatur zu Art. 5 IntVerschmRL (RL 2005/56/EG), wonach die Angabe des Barabfindungsangebotes gem. § 122i Abs. 1 S. 1 UmwG durch die Ermächtigung des Art. 4 Abs. 2 S. 2 IntVerschmRL gedeckt sei, vgl. Drinhausen, in: Semler/Stengel, UmwG, § 122i UmwG, Rn. 1; Simon/Rubner, in: KK UmwG, § 122i, Rn. 1; Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 122i, Rn. 7; Müller, ZIP 2007, 1081, 1086; Mayer, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 122c UmwG, Rn. 144; Bayer, in: Lutter, UmwG, § 122c, Rn. 29; zur SE-Verschmelzungsgründung entsprechend Neun, in: Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft, S. 87; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 20, Rn. 13; a. A. (Angabe richtlinienwidrig): Louven, ZIP 2006, 2021, 2025.

¹¹¹³ Genauso Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 17 a; Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 35. Der österreichische Gesetzgeber hat, anders als der deutsche, diesem Umstand Rechnung getragen, indem er mit § 11 SEG eine entsprechende Bestimmung aufgenommen hat. Zum Wegfall der Angaben für den Fall, dass sich alle Aktien in der Hand eines Aktionärs befinden vgl. ferner Witten, Minderheitenschutz, S. 51.

¹¹¹⁴ Begründ. zum Entwurf eines Gesetzes zur Bereinigung des Umwandlungsrechts (UmwBerG) v. 1.2.1994, BT-Drucks. 12/6699, S. 95.

notariell beurkundeter Verzichtserklärung verzichten.¹¹¹⁵ Was die Einzelheiten der Bestellung des Prüfers und die Erstellung des Prüfungsberichts angeht, verweist § 7 Abs. 3 S. 2 SEAG auf §§ 10 ff. UmwG.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob eine Prüfung überhaupt für die Sitzverlegung durch den nationalen Gesetzgeber vorgeschrieben werden durfte. Für die Verschmelzung sehen Art. 10, 23 VerschmRL eine derartige Sachverständigenprüfung vor, welche durch Art. 22 SE-VO modifiziert wird.¹¹¹⁶ Nach §§ 9 Abs. 1, 60 UmwG ist der Verschmelzungsvertrag zu prüfen. Art. 32 Abs. 4 S. 1 SE-VO schreibt die Prüfung des Gründungsplans bei Holdinggründung vor. Art. 8 SE-VO regelt das Sitzverlegungsverfahren dagegen, ohne eine solche Prüfung zu verlangen. Hieraus könnte gefolgert werden, dass eine Prüfung des Sitzverlegungsplanes – oder auch nur eines Teils davon – bei der Sitzverlegung nicht erfolgen soll.

Die Sachverständigenprüfung dient der Information der Anteilseigner und dem Schutz ihrer Vermögensinteressen.¹¹¹⁷ Anders als bei der Verschmelzung oder Holding-Bildung ist im Falle der Sitzverlegung nur eine Gesellschaft beteiligt, weswegen mangels Zusammenführung zweier Vermögensmassen auch kein Umtauschverhältnis ermittelt und überprüft werden muss. Die Gefahren seien hier geringer, wird argumentiert, da eine Verwässerung der Anteile nicht drohe.¹¹¹⁸ Damit steht aber lediglich fest, dass der europäische Gesetzgeber keinen Anlass zur Aufnahme eines Prüferfordernisses hatte. Nicht dagegen sind auch die Mitgliedstaaten daran gehindert, eine dahingehende Regelung zu treffen. Die Ermächtigung der nationalen Gesetzgeber in Art. 8 Abs. 5 zum Erlass von Minderheitenschutzvorschriften umfasst auch das Vorschreiben eines Prüfungserfordernisses hinsichtlich der Angemessenheit der Barabfindung.¹¹¹⁹ Der Verweis auf § 7 Abs. 3 SEAG ist daher europarechtskonform.

c. Offenlegung gem. Art. 8 Abs. 2 S. 1 i. V. m. Art. 13 SE-VO

Der Verlegungsplan ist gem. Art. 8 Abs. 2 S. 1, 13 SE-VO offen zu legen.¹¹²⁰ Die Offenlegung

¹¹¹⁵ Witten, Minderheitenschutz, S. 78 unter Hinweis darauf, dass der Verzicht aller Aktionäre zu fordern ist, so dass die Verzichtsmöglichkeit wohl weitgehend leerläuft.

¹¹¹⁶ Siehe ferner Art. 20 Abs. 1g SE-VO, wonach etwaige Sondervorteile, die den Prüfern gewährt werden, im Verschmelzungsplan explizit aufzuführen sind.

¹¹¹⁷ Paefgen, in: KK AktG, Art. 32 SE-VO, Rn. 87; Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 32, Rn. 62; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 32, Rn. 51 (zentrales Element des Minderheitenschutzes).

¹¹¹⁸ Grundmann in Von Rosen (Hrsg.), Die Europa-AG – eine Perspektive für deutsche Unternehmen? S. 47, 54; Kalss, ZGR 2003, 593, 607.

¹¹¹⁹ I. E. wohl auch Vetter, in: Lutter/Hommelhoff, Europäische Gesellschaft, S. 111, 164; vgl. auch die Begründung von Kalss, in: Kalss/Hügel, SE-Kommentar, § 7 SEG, Rn. 3, wonach die Überprüfung der Angemessenheit der Barabfindung durch den Prüfer angesichts des grundsätzlichen Vorschreibens eines derartigen Barabfindungsangebots nur „konsequent“ sei, da sie allein die wirtschaftliche Werthaltigkeit dieses Rechts sichere.

¹¹²⁰ Einzelheiten ergeben sich aus der PubRL, RL 2009/1012/EG (Nachw. Anh. II) und den dazugehörigen nationalen Rechtsvorschriften, vgl. Art. 13 SE-VO. Für Deutschland als Wegzugsstaat bedeutet das, dass der Plan zum Handelsregister einzureichen ist und das Registergericht den Inhalt der Eintragung im elektronischen Informations- und Kommunikationssystem der Landesjustizverwaltung gem. § 10 HGB bekannt macht. § 11 Abs. 1 HGB bestimmt, dass die zum Handelsregister einzureichenden Dokumente sowie der Inhalt einer Eintragung in der Amtssprache eines jeden Mitgliedstaats diesem übermittelt werden können, worauf in geeigneter Weise hingewiesen werden muss.

setzt die Zweimonatsfrist des Art. 8 Abs. 6 S. 1 in Gang, nach deren Ablauf erst der Hauptversammlungsbeschluss gefasst werden kann. Durch Art. 8 Abs. 2 S. 1 SE-VO wird klargestellt, dass die Mitgliedstaaten darüber hinausgehende Offenlegungsvorschriften vorsehen dürfen. Von dieser Ermächtigung hat im Gegensatz zu Deutschland beispielsweise Irland Gebrauch gemacht.¹¹²¹

In der Literatur findet sich die Auffassung, dass § 61 S. 2 UmwG auf die SE-Sitzverlegung analog anzuwenden sei.¹¹²² Zwar finden über Art. 13 SE-VO i. V. m. der PublRL die nationalen Vorschriften über die Handelsregistereintragung Anwendung. Ein expliziter Hinweis, wie ihn § 61 S. 2 sowie § 122d S. 2 Nr. 1 UmwG vorschreiben und wie ihn § 5 S. 2 SEAG erwähnt,¹¹²³ fehlt jedoch für die Sitzverlegung. Daneben hat es der deutsche Gesetzgeber auch versäumt, einen Hinweis auf die Modalitäten der Ausübung der Gläubiger- und Gesellschafterrechte vorzuschreiben sowie die Angabe der Anschrift, unter der eine vollständige Auskunft über diese Modalitäten kostenlos eingeholt werden kann. Für die grenzüberschreitende Verschmelzung verpflichten Art. 21 lit. c und d SE-VO bzw. Art. 6 Abs. 2 c IntVerschmRL¹¹²⁴ zu dieser Angabe. Der deutsche Gesetzgeber hat die europäischen Vorgaben in § 5 S. 1 SEAG und § 122d S. 2 Nr. 4 UmwG jeweils ohne weitere Erläuterungen¹¹²⁵ umgesetzt.

Zweck der Offenlegung ist die Sicherstellung einer ausreichenden Informationsgrundlage der Aktionäre bei der anstehenden Entscheidung.¹¹²⁶ Das Informationsbedürfnis der Gesellschafter und Gläubiger hat der deutsche Gesetzgeber im Übrigen jedoch genauso eingeschätzt wie bei den anderen Maßnahmen, wie aus den ansonsten fast identischen Verfahrensregeln hervorgeht. Auch für die Umwandlungs- und die Holdinggründung fehlen ergänzende Verfahrensvorschriften zur Hinweispublizität. Es sind jedoch keine Gründe ersichtlich, die eine Andersbehandlung dieser Maßnahmen rechtfertigen würden, weswegen in allen drei Fällen eine entsprechende Heranziehung von § 5 S. 1 SEAG sowie § 61 S. 2 UmwG geboten erscheint.¹¹²⁷

d. Einsichtnahmerecht der Aktionäre bezüglich des Verlegungsplans

Unabhängig von der Pflicht zur Offenlegung haben die Aktionäre mindestens einen Monat lang vor der Hauptversammlung das Recht zur Einsicht am Sitzort.¹¹²⁸ Auf Verlangen sind zudem

¹¹²¹ S. o., unter C. I. 3. b.: „Schutz bei Sitzverlegung und Verschmelzung“.

¹¹²² Oechsler, AG 2005, S. 373, 378 f.; a. A. Vinçon, Sitzverlegung, S. 115.

¹¹²³ § 61 UmwG ist nach allg. Ansicht auf die SE-Verschmelzungsgründung direkt über Art. 18 SE-VO anwendbar, vgl. nur Schäfer, in: MüKo AktG, Art. 21 SE-VO, Rn. 1; Weppner, Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung, S. 23 f.; RegE z. SEEG v. 21.6.2004, BT-Drucks. 15/3405, S. 32.

¹¹²⁴ RL 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 (Nachw. Anh. II).

¹¹²⁵ Vgl. die Begründ. z. RegE z. SEEG v., 21.6.2004, BT-Drucks. 15/3405, S. 32 sowie die Begründ. z. RegE eines zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes v. 12.10.2006, BT-Drucks. 16/2919, S. 15.

¹¹²⁶ Paefgen, in: KK AktG, Art. 37 SE-VO, Rn. 66; Schäfer, in: MüKo AktG, Art. 37, Rn. 19.

¹¹²⁷ Vgl. zum Hinweis auf die Modalitäten der Rechtsausübung i. R. d. Sitzverlegung, Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 17 a. E.; entsprechend zur Umwandlungs- und zur Holdinggründung Paefgen, in: KK AktG, Art. 37 SE-VO, Rn. 69 und Art. 33, Rn. 52; Seibt, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 37, Rn. 39; Schäfer, in: MüKo AktG, Art. 37, Rn. 19; Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 37, Rn. 12 m. w. N.

¹¹²⁸ Damit ist eine Auslegung stattdessen am Ort der Hauptverwaltung, sofern dieser vom Sitzungsort abweicht, unzulässig, vgl. Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 51 f.

unentgeltliche Abschriften der Unterlagen auszugeben, Art. 8 Abs. 4 SE-VO. Das Einsichtnahmerecht steht nach dieser Vorschrift nur den Aktionären und Gläubigern zu, nicht aber den Arbeitnehmern oder sonstigen Betroffenen und Interessierten, wie etwa Auskunfteien, ehemaligen Aktionären oder Pressevertretern. Es stellt sich deshalb die Frage, ob den Arbeitnehmern dann ein Einsichtnahmerecht zukommt, wenn sie gleichzeitig Unternehmensanteile halten. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die Gesellschaft Mitarbeiteraktien¹¹²⁹ ausgibt. Es muss davon ausgegangen werden, dass die Arbeitnehmer auch in ihrer Eigenschaft als Gläubiger eigener Lohn- und Gehaltsforderungen kein Einsichtnahmerecht haben sollen.¹¹³⁰ Die durch die Aktien vermittelten Rechte bei Mitarbeiteraktien unterscheiden sich jedoch generell nicht von denen anderer Aktionäre der gleichen Aktiengattung. Dies spricht dafür, auch das Einsichtnahmerecht auf die Halter von Mitarbeiteraktien zu erstrecken. Der aktienrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet eine Erstreckung des Einsichtnahmerechts auf diese Fälle allerdings nicht. Einen derart weitreichenden Gleichbehandlungsgrundsatz kennt das europäische Recht anders als das deutsche Recht nicht.¹¹³¹ Auch die Tatsache, dass die Gegenleistung in der Erbringung der Arbeitspflichten besteht, kann eine Differenzierung nicht begründen. Schließlich geht es Art. 8 Abs. 4 SE-VO ausweislich der positiven Aufzählung von Berechtigten auch nicht primär um den Ausschluss bestimmter Personengruppen, sondern gerade um die Gewährung des Rechts. Dieses soll demnach allen zukommen, die einer der genannten Kategorien zugeordnet werden können. Dafür spricht auch, dass im Vorentwurf 1975 noch spezielle Regelungen zur Vermögensbeteiligung der Arbeitnehmer enthalten waren, jedoch dort keine für die Ausübung von Aktionärsrechten Sondervorschriften zu finden sind.¹¹³² Auch Haltern von Mitarbeiteraktien kommt deshalb das Einsichtsrecht und das Recht zu, Abschriften zu verlangen nach Art. 8 Abs. 4 zu.

Ob dem Recht auf Abschriftenerteilung zwingend durch persönliche Übergabe nachzukommen ist¹¹³³ oder ob auch die Übersendung ausreicht, ergibt sich nicht aus dem Text der Verordnung. Denn anders als die deutsche Fassung, welche ersteres durch die Verwendung des Wortes „Aushändigung“ vielleicht noch nahe legt, tritt an betreffender Stelle im Französischen das insoweit „neutrale“ Wort „obtenir“ und im Englischen „obtain“ mit der gleichen Bedeutung (bekommen,

¹¹²⁹ Darunter ist die vom Arbeitgeber geförderte Abgabe von Aktien der arbeitgebenden Gesellschaft zu verstehen, die den Mitarbeitern als individuelles und direktes Eigentum aufgrund des Mitarbeiterstatus angeboten werden. Ein wesentliches Merkmal der Mitarbeiteraktien – meist in Form von Namensaktien – ist die Vorzugsbedingung beim Erwerb der Titel. Der Vorzugspreis ist das Gegengewicht zur Risikokumulation, die sich daraus ergibt, dass der Mitarbeiter sowohl einkommensmäßig als auch vermögensmäßig durch die Mitarbeiteraktien von dem Arbeitgeber abhängig ist. Angesichts des kürzlich erst in Kraft getretenen Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetzes v. 7.3.2009 (BGBl. I 2009, 451 ff.) zur Förderung dieser Beteiligungsform ist jetzt auch in Deutschland mit einem höheren Anteil an Unternehmen zu rechnen, die von dieser Möglichkeit Gebrauch machen.

¹¹³⁰ Austmann, in: Münchener Hdb AG, § 84, Rn. 4; a. A. Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 51, der argumentiert, die Arbeitnehmer seien nur deswegen nicht genannt, weil sie ohnehin als Gläubiger ihrer (fälligen und in Zukunft fällig werdenden) Lohnforderungen stets erfasst seien.

¹¹³¹ § 53a AktG geht in seiner Allgemeinheit über den umzusetzenden Gehalt des europäischen Gleichbehandlungsgebotes in Art. 42 der zweiten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (KapRL, Nachw. s. u. Anhang II) hinaus, der nur Geltung im Regelungsbereich der gen. Richtlinie beansprucht, vgl. Henze/Notz in GK AktG, § 53a, Rn. 2.

¹¹³² Vgl. Art. 41 und 46 Abs. 2 des Vorentwurfs zur SE-VO 1975; dazu Lutter, in: Lutter, Die Europäische Aktiengesellschaft, 1976, S. 55, 69 f.

¹¹³³ Hierfür Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 54; a. A. Schwarz, SE-VO, Art. 8, Rn. 27.

erhalten).¹¹³⁴ Ein derart enges Verständnis dürfte an dieser Stelle deswegen nicht angebracht sein, zumal die Übersendung von Dokumenten statt persönlicher Übergaben heute gebräuchlich ist und somit als für die Gesellschaft besser planbarer „Standard“ auch hier als ausreichend zu erachten ist.¹¹³⁵ Der bloße Verweis auf eine Internetpublikation genügt andererseits wohl nicht den gesetzlichen Anforderungen.¹¹³⁶ Bezüglich der Einzelheiten ist ein Rückgriff auf die Vorschriften des UmwG, etwa auf §§ 63 Abs. 1 Nr. 1 bis 5, 64 Abs. 1 S. 1, gesperrt. Die SE-VO ist an dieser Stelle (Art. 8 Abs. 4) als abschließend anzusehen und dementsprechend autonom auszulegen.

e. Folgen eines Verstoßes gegen Art. 8 Abs. 2 SE-VO, insbesondere bei bewertungsbezogenen Informationsmängeln

Verstöße gegen die Inhaltsvorgaben des Art. 8 Abs. 2 SE-VO ziehen allgemein die Fehlerhaftigkeit des darauf folgenden Hauptversammlungsbeschlusses und damit dessen Anfechtbarkeit gem. § 243 Abs. 1 AktG nach sich.¹¹³⁷ Dies folgt aus der Entwurfsfunktion des Verlegungsplanes für den Verlegungsbeschluss.¹¹³⁸ Weiterhin kann ein Verstoß dazu führen, dass die Bescheinigung nach Abs. 8 nicht ausgestellt wird.¹¹³⁹ Eine Heilung durch Nachreichen der erforderlichen Angaben während der Hauptversammlung ist nach zutreffender Ansicht nicht möglich.¹¹⁴⁰ Soweit vertreten wird, zusätzliche Angaben über die in lit. a bis e genannten hinaus, seien unzulässig, soll eine dennoch erfolgte Aufnahme die gleichen Rechtsfolgen zeitigen.¹¹⁴¹

Im Einzelnen wird folgendermaßen zwischen den verschiedenen Plan- bzw. Beschlussinhalten differenziert:

Im Schrifttum findet sich die Ansicht, der Plan sei bereits dann fehlerhaft, wenn nicht alle Mitglieder des Leitungs- bzw. Verwaltungsorgans unterzeichnet hätten.¹¹⁴² Dem ist nicht zuzustimmen, da die Unterschriften einer vertretungsberechtigten Anzahl Mitglieder ausreichen.

Für den Fall eines vollständigen Abweichens vom Zeitplan (lit. d) wird teilweise vertreten, dies müsse folgenlos geduldet werden.¹¹⁴³ Nach anderer Ansicht kommt eine Anfechtung in Betracht, wenn die im Zeitplan enthaltene Prognose unrichtig und nicht ernst gemeint war, weil dann die Hauptversammlung auf einer falschen Grundlage entschieden habe. Dies stelle aber aufgrund der

¹¹³⁴ Übersetzung lt. Duden, Großwörterbuch Englisch sowie Pons Online-Lexikon, www. Pons.de.

¹¹³⁵ Ausreichend ist wohl auch die elektronische Übersendung in Dateiform, Ekkenga, in: KK AktG, § 175, Rn. 21.

¹¹³⁶ Ebenso Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 47; Casper, in: SpindlerStilz, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 10.

¹¹³⁷ Göz, ZGR 2008, 593, 626; Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 39; Diekmann, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 8, Rn. 28; Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 17 (zu Abs. 2 lit. e; dazu im Einzelnen sogleich).

¹¹³⁸ Dazu s. o.: D. II. 2. a. „Der Katalog des Art. 8 Abs. 2 S. 2 lit. a - e SE-VO“.

¹¹³⁹ Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 39; Schwarz, SE-VO, Art. 8, Rn. 15; Zang, Sitz und Verlegung, S. 128; Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 47; Diekmann, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 8, Rn. 28; Casper, in: SpindlerStilz, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 10 (zur Einsichtnahme).

¹¹⁴⁰ Schwarz, SE-VO, Art. 8, Rn. 15; Zang, Sitz und Verlegung, S. 128; Vinçon, Sitzverlegung, S. 126 f. sowie Schwab, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 243, Rn. 34; Diekmann, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 8, Rn. 29.

¹¹⁴¹ Zang Sitz und Verlegung, S. 128.

¹¹⁴² Zang, Sitz und Verlegung, S. 127.

¹¹⁴³ Hunger, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 9. Kap., Rn. 48.

einzuhaltenden Frist des § 246 Abs. 1 AktG bloß eine rein theoretische Option dar.¹¹⁴⁴ Aus der Natur der Angabe als reiner Prognose folgt, dass eine Anfechtbarkeit ausscheiden muss, sofern sie sich im Nachhinein als falsch herausstellt. Der Sinn und Zweck der Angabe besteht auch nicht in einer positiv einklagbaren, zeitlichen Festlegung, sondern in der Offenlegung der den Planungen zugrunde gelegten, zeitlichen Schätzung der Verantwortlichen. Demnach ist eine Anfechtungsklage lediglich dann möglich, wenn die Angabe gänzlich unterbleibt oder nachweisbar bewusst unrichtig war. Die Folgen- bzw. Sanktionslosigkeit des Wegfalls einer der Pflichtangaben nach Abs. 2 kann in keinem Fall befürwortet werden, da hiermit ein Anreiz zu gesetzeswidrigem Verhalten geschaffen würde.

Nach § 12 Abs. 2 i. V. m. § 7 Abs. 5 SEAG kann der Verlegungsbeschluss nicht mit der Begründung angefochten werden, „das Angebot sei zu niedrig bemessen oder die Barabfindung sei im Verlegungsplan nicht oder nicht ordnungsgemäß angegeben.“ Über die Reichweite dieses Anfechtungsausschlusses herrscht Unklarheit.¹¹⁴⁵

Nach einer Ansicht macht das vollständige Fehlen einer Erwähnung des Abfindungsangebots den Beschluss anfechtbar. Dieses Ergebnis wird anhand einer richtlinienkonformen Auslegung gewonnen, wobei angenommen wird, dass infolge eines Redaktionsversehens die §§ 12 Abs. 2, 7 Abs. 5 SEAG diesen Fall nicht erfassen.¹¹⁴⁶

Der Verweis des § 12 Abs. 2 SEAG auf § 7 Abs. 5 SEAG ist als bloße Rechtsfolgenverweisung zu verstehen. Bedenken im Hinblick auf den „Verschmelzungsplan“ als Gegenstand des § 7 Abs. 5 SEAG und die Beschränkung der Inhaltsangabe nach Art. 20 Abs. 1 lit. b SE-VO auf das Umtauschverhältnis und ggf. die Höhe der Ausgleichsleistung, bestehen demnach nicht.¹¹⁴⁷ So hat der BGH in seinen beiden Entscheidungen „MEZ“¹¹⁴⁸ und „Aqua Butzke“¹¹⁴⁹ auch für die Parallelproblematik beim Formwechsel entschieden, dass eine Anfechtungsmöglichkeit sowohl beim bloßen Vorliegen von Informationsmängeln als auch bei völligem Informationsausfall – soweit

¹¹⁴⁴ Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 16; Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 33; differenzierend Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 32 (Bejahung der Anfechtbarkeit für den Fall, dass der Zeitplan grob fehlerhaft ist; dies müsse im Einzelfall beurteilt werden).

¹¹⁴⁵ Die Frage aber, ob Anfechtungsklage zu erheben oder ein Spruchverfahren einzuleiten ist, wird deshalb hier auch praktisch relevant, weil die Anfechtungsfrist lediglich einen Monat ab Beschlussfassung läuft, vgl. § 246 Abs. 1 AktG. Daher überzeugt nicht das Argument, die Nachweispflicht gem. Art. 8 Abs. 8 SE-VO schütze die Gesellschafter ausreichend, da die Bescheinigung ohnehin nicht ausgestellt und damit auch die Eintragung nicht vorgenommen werde, wenn bspw. das Barabfindungsangebot fehle, so aber Hoyer, *Kontinuität*, S. 330. Denn auch an anderer Stelle wird gerade nicht erwartet, dass sich die Gesellschafter blind auf die behördlichen Prüfpflichten verlassen. Da die Eintragung aber wohl kaum bis zum Ablauf der Anfechtungsfrist abgelehnt sein dürfte, besteht sehr wohl ein Klärungsbedarf, in welchen Fällen Anfechtungsklage erhoben werden kann.

¹¹⁴⁶ Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 17; ders., AG 2005, 373, 376; i. E. genauso Witten, *Minderheitenschutz*, S. 112; Teichmann, in: Van Hulle/Maul/Drinhausen, *Hdb. SE*, 7. Abschnitt, Rn. 46; Diekmann, in: Habersack/Drinhausen, *SE-Recht*, Art. 8, Rn. 43. Anfechtbarkeit bejaht für das österreichische Recht und bei insoweit identischer Rechtslage auch Kalss, in: Kalss/Hügel, *SE-Kommentar* § 6 SEG, Rn. 14; ebenso für das Umwandlungsrecht Weppner, *Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung*, S. 32; allgemeiner Emmerich, in: Emmerich/Habersack, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, § 293 AktG, Rn. 60. Zur grundlegenden Kritik an der richtlinienkonformen Auslegung Di Fabio, *NJW* 1990, 947 ff.; dazu Brechmann, *Die richtlinienkonforme Auslegung*, S. 214 ff.

¹¹⁴⁷ Dies problematisiert jedoch Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 17.

¹¹⁴⁸ BGH v. 18.12.2000, II ZR 1/99 – MEZ, BGHZ 146, 179.

¹¹⁴⁹ BGH v. 29.1.2001, II ZR 368/98 – Aqua Butzke, *NJW* 2001, 1428 = *GmbHR* 2001, 247, 251 f. m. krit. Anmerk. Bärwaldt; kritisch auch Bayer, *ZHR-Sonderheft* 71 (2002), 137, 148 (Fn. 56).

dieser das Barabfindungsangebot betrifft – ausgeschlossen ist.¹¹⁵⁰ Dasselbe Ergebnis ergibt sich für die Sitzverlegung aus § 12 Abs. 2 i. V. m. § 7 Abs. 5 SEAG.¹¹⁵¹ Hierfür spricht zunächst einmal der Wortlaut. Während § 210 bzw. § 32 UmwG nur vom Umwandlungsbeschluss sprechen, ist der Wortlaut des § 7 Abs. 5 SEAG insoweit eindeutiger. Es reicht hier für das Eingreifen der Vorschrift ein Fehler oder fehlendes Angebot im Verschmelzungsplan in jedem Fall aus. Aufgrund der ansonsten identischen Formulierung in § 7 Abs. 7 S. 1, 2 SEAG und § 212 S. 1, 2 UmwG können überdies keine Zweifel an der Übertragbarkeit der o. g. Rechtsprechung auf die Sitzverlegung bestehen.¹¹⁵² Schließlich ist die Vorschrift, ebenso wie §§ 32, 210 UmwG *leges speciales* zu § 243 Abs. 4 S. 2 AktG.¹¹⁵³

Auch aus Art. 8 Abs. 2 S. 2 lit. e SE-VO ergibt sich kein anderes Ergebnis. Demnach besteht zwar eine Pflicht für die Mitgliedstaaten, etwaige Rechte für Aktionäre im Verlegungsplan anzugeben. Es ginge jedoch zu weit, wollte man daraus auch die Verpflichtung ableiten, ein ganz bestimmtes Rechtsschutzverfahren zur Verfügung zu stellen.¹¹⁵⁴

Anlass für die o. g. Rechtsprechung war jedoch nicht die Frage, wie bei völligem Informationsausfall vorzugehen ist. Im Vordergrund stand vielmehr, ob der hierfür nach dem Wortlaut unzweifelhaft geltende Anfechtungsausschluss auch bloße Informationsmängel beim Abfindungsangebot erfasst. Dies hat der BGH im Wege des Erst-Recht-Schlusses bejaht. Mit dieser Begründung wäre die Rechtsprechung daher auch auf alle Umstrukturierungsfälle übertragbar, für die die einschlägigen Vorschriften ebenfalls eine Unwirksamkeitsklage bei völligem Fehlen eines Abfindungsangebots ausschließen.¹¹⁵⁵ Hierzu gehört auch § 7 Abs. 5 SEAG. Tatsächlich überzeugt eine Differenzierung zwischen dem Informationsausfall und Informationsfehlern auch praktisch im Hinblick auf ein drohendes Unterlaufen des Anfechtungsausschlusses nicht.¹¹⁵⁶ Damit war jedoch lediglich ein Zwischenstand in der Diskussion um die Erstreckung des Ausschlusses auf abfindungswertbezogene Informationsmängel erreicht worden. Für das Endergebnis ist ein kurzer Überblick über die Entwicklung des Streits unvermeidlich.

Vor „MEZ/Aqua-Butzke“ hatte der II. Zivilsenat des BGH eine, die bloßen Informationsmängel

¹¹⁵⁰ Zum aktienrechtlichen Squeeze-Out genauso jetzt BGH, Beschl. v. 16.3.2009, II ZR 302/06Z, NJW-RR 2009, 828, 833 – J.L. GmbH. Zur Problematik bei Formwechsel und Verschmelzung aus der umfangreichen Literatur siehe nur Gehling, in: Semler/Stengel, UmwG, § 8, Rn. 80 ff. sowie § 14, Rn. 32 f.; Heidinger, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 8, Rn. 16; Stratz, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 192, Rn. 15; Mayer, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 8 UmwG, Rn. 69 ff.; Lutter/Drygala, in: Lutter, UmwG, § 8, Rn. 56; Simon, in: KK UmwG, § 8, Rn. 81 ff.

¹¹⁵¹ Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 9, jedoch ohne Stellungnahme zu den Folgen des Anfechtungsausschlusses, was wiederum Oechsler, in: MüKo, AktG, Art. 8 SEVO, Rn. 17 recht weit so interpretiert, dass ein Informationsausfall praktisch rechtsfolgenlos sein solle. Zum Formwechsel siehe nur Marsch-Barner, in: Kallmeyer, UmwG, § 32, Rn. 2.

¹¹⁵² Über die Frage der Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf andere Umstrukturierungsfälle war im Anschluss an „MEZ“ ein heftiger Streit entbrannt, vgl. Würthwein, in: Spindler/Stilz, AktG, § 243, Rn. 141 ff.; Schwab NZG 2007, 521, 522, jeweils m. w. N.; Stratz, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 192, Rn. 15; Simon, in: KK UmwG, § 8, Rn. 82 ff.; Lutter/Drygala, in: Lutter, UmwG, § 8, Rn. 56 f.

¹¹⁵³ Decher, in: Lutter, UmwG, § 210, Rn. 4; weniger deutlich Schäfer, in: MüKo AktG, Art. 20 SE-VO, Rn. 35.

¹¹⁵⁴ So aber Oechsler, AG 2005, 373, 376, der § 12 Abs. 2 i. V. m. § 7 Abs. 5 SEAG dementsprechend gemeinschaftsrechtskonform reduzieren will.

¹¹⁵⁵ So zutreffend Kleindiek, NZG 2001, 552, 554.

¹¹⁵⁶ Auf diesen Aspekt hinweisend auch BGHZ 146, 179, 183 – MEZ.

betreffende Einschränkung des Anfechtungsrechts wiederholt abgelehnt.¹¹⁵⁷ Auf dieser Linie lag auch die obergerichtliche Spruchpraxis.¹¹⁵⁸ Erst mit dem Urteil der Vorinstanz zum zuerst ergangenen BGH-Urteil „MEZ“ bahnte sich der Wechsel an.¹¹⁵⁹ Bereits früh zum damaligen Diskussionsentwurf für das UmwG begann eine Debatte de lege ferenda zu der Frage, ob nicht die Rügen mangelhafter Information über die anzubietende „Gegenleistungen“ besser in das Spruchverfahren verwiesen werden sollten.¹¹⁶⁰ Der ganz überwiegende Teil des Schrifttums ging jedoch trotzdem davon aus, dass unter dem geltenden Recht eine entsprechende Erstreckung des Anfechtungsausschlusses nicht zulässig sei.¹¹⁶¹ Hierfür diente vor allem als Argument, dass die vom Bundesrat vorgeschlagene, dahingehende Ergänzung des Gesetzeswortlauts nicht in das UmwG¹¹⁶² aufgenommen wurde. Auch für das SEEG wurde ein solcher Vorschlag abgelehnt mit dem Hinweis darauf, man wolle der mit dem UMAG geplanten Erstreckung des Anfechtungsausschlusses auf Informationsmängel nicht vorgreifen.¹¹⁶³

Der Gesetzgeber hat mit der am 1.11.2005 in Kraft getretenen Neufassung von § 243 Abs. 4 S. 2 AktG ausgesprochen, dass eine Anfechtungsklage nicht auf unrichtige, unvollständige oder unzureichende Informationen in der Hauptversammlung über die Ermittlung, Höhe oder Angemessenheit von Ausgleich, Abfindung, Zuzahlung oder über sonstige Kompensationen gestützt werden kann, wenn das Gesetz für Bewertungsrügen ein Spruchverfahren vorsieht.¹¹⁶⁴ Nach der Gesetzesbegründung sind damit allerdings lediglich Fehler, Mängel und Unvollständigkeiten in Teilbereichen gemeint. Nicht erfasst sei hingegen die Totalverweigerung von Informationen. Das Anfechtungsrecht müsse in extremen Fällen als zusätzliches Schutzinstrument erhalten bleiben, um zu verhindern, dass das Auskunftsrecht in gravierendem Ausmaß und bewusst missachtet werde.¹¹⁶⁵ Da es in § 243 Abs. 4 S. 2 zudem nur um Informationen in der Hauptversammlung

¹¹⁵⁷ So zum Unternehmensvertrag BGHZ 122, 211, 238 und zur aktienrechtlichen Verschmelzung BGH, Urt. v. 18. 12.1989, II ZR 254/88, NJW-RR 1990, 350, 352.

¹¹⁵⁸ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.3.1999, 17 W 18/99, ZIP 1999, 793, 796; OLG Hamm, Beschl. v. 4.3.1999, 8 W 11/99, ZIP 1999, 798, 800 ff. (jeweils für den Fall einer Verschmelzung nach §§ 2 ff. UmwG). Ausführlich für den Fall des Formwechsels dementsprechend KG Berlin v. 27.11.1988, Az. 14 U 2892/97, NZG 1999, 508, 509 f. m. zust. Anmerk. Zeidler (aufgehoben vom BGH am 29.1.2001, II ZR 368/98 – Aqua Butzke, NJW 2001, 1428).

¹¹⁵⁹ OLG Karlsruhe v. 13.11.1998, 14 U 24/98, NZG 1999, 604 m. zust. Anmerk. Bungert.

¹¹⁶⁰ Zu der grundsätzlichen Kritik des Schrifttums vor „Aqua Butzke“ und „MEZ“ an der Verweisung der Überprüfung der Umtausch-, Ausgleichs-, und Abfindungsleistungen einerseits in das Spruchverfahren und mangelhafter Informationen hierüber andererseits in Anfechtungs- bzw. Unwirksamkeitsklage siehe Hommelhoff, ZGR 1990, 447, 474; ders., ZGR 1993, 452, 471; Bork, ZGR 1993, 343, 354; Röhrich, in: IDW (Hrsg.), Reform des Umwandlungsrecht, S. 64, 68; Hirte, in: IDW (Hrsg.), Reform des Umwandlungsrechts, S. 87; Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des DAV zum RefE des UmwBerG, WM 1993, Sonderbeilage Nr. 2, Rn. 54 (S. 11); Boujong, in: Goerdeler/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Kellermann, S. 1, 14; Hoffmann-Becking, in: Lutter (Hrsg.), 25 Jahre AktG, S. 147, 149; Westermann, ZHR 156 (1992), 203, 225.

¹¹⁶¹ Bork, in: Lutter, UmwG, 2. Aufl. 2000, § 14, Rn. 15 sowie Lutter, ebda, § 8, Rn. 54; Hüffer, AktG, 4. Aufl. 1999, § 304, Rn. 21; Marsch-Barner, in: Kallmeyer, UmwG, 1997, § 8, Rn. 34 und § 14, Rn. 14; ; Lutter/Drygala, in: Lutter, UmwG, § 8, Rn. 57; für die SE entsprechend Vetter, in: Lutter/Hommelhoff, Die Europäische Gesellschaft, S. 111, 129 f.; a. A. (für § 304 Abs. 3 S. 2 AktG) Hirte, ZGR 1994, 644, 659.

¹¹⁶² Begr. RegE UmwBerG, BT-Drucks. 12/7265, S. 6; zur Argumentation hiermit vgl. nur Decher, in: Lutter, UmwG, § 195, Rn. 18.

¹¹⁶³ Stellungnahme des BR und Gegenäußerung der BReg zum SEEG, BT-Drucks. 15/3656, S. 3, 9.

¹¹⁶⁴ Im Schrifttum wurde verbreitet eine derartige gesetzliche Regelung gefordert, siehe nur Kallmeyer, GmbHR 2001, 204; Kleindiek, NZG 2001, 552, 555; kritisch in Bezug auf diese Neufassung allerdings Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 16, Rn. 33 ff.

¹¹⁶⁵ Vgl. Begr. UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 26.

geht, sind auch alle gesetzlich vorgeschriebenen Berichtspflichten nicht erfasst, die vor bzw. außerhalb der Hauptversammlung zu erfüllen sind. Dies sei konsistent mit dem Bestreben, die Information der abwesenden Aktionäre standardisiert zu verbessern und dazu Informationen aus der Hauptversammlung hinaus zu verlagern. Eine Erosion der Aktionärs-Information würde damit vermieden.¹¹⁶⁶

Hierdurch weicht der Gesetzgeber die Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeit durch den BGH wieder auf. Nach zutreffender Ansicht wollte er damit die BGH-Rechtsprechung nur insoweit kodifizieren, als es sich um Informationsdefizite in der Hauptversammlung handelt und im Übrigen einer Erstreckung des Anfechtungsausschlusses durch Auslegung Einhalt gebieten.¹¹⁶⁷ Nach der Gegenansicht ist dagegen die BGH-Rechtsprechung weiterhin anzuwenden.¹¹⁶⁸ Da dem Gesetzgeber zum Zeitpunkt der Gesetzesänderung jedoch die BGH-Rechtsprechung unzweifelhaft bekannt gewesen ist, muss die gesetzgeberische Absicht, einen restriktiven Umgang mit den Anfechtungsausschlüssen zu erreichen, grundsätzlich hingenommen werden.

Danach berechtigen Verstöße im Vorfeld der Hauptversammlung durch abfindungswertbezogene Informationsmängel entgegen der vorausgegangenen Rechtsprechung nunmehr zur Anfechtung des Hauptversammlungsbeschlusses, sofern keine Sonderregeln eingreifen. Solche Sonderregeln enthalten jedoch die §§ 32, 210 UmwG und § 7 Abs. 5 SEAG.¹¹⁶⁹ An dieser Stelle kommt außerdem der Wortlautunterschied zwischen § 7 Abs. 5 SEAG¹¹⁷⁰ und §§ 210, 212 S. 1 UmwG, die ausdrücklich auf den „Umwandlungsbeschluss“ abstellen, zum Tragen. Keine Änderung ergibt sich demnach durch die Neufassung des § 243 Abs. 4 S. 2 AktG zur Frage der Verweisung in das Spruchverfahren bei Nichterwähnung der Barabfindung und bei Informationsmängeln des vorbereitenden Planes. Denn der Wortlaut von § 7 Abs. 5 S. 1 SEAG ist nicht geändert worden.¹¹⁷¹ Der Heranziehung der „Aqua-Butzke/MEZ“-Rechtsprechung des BGH bedarf es insoweit gar nicht.

Die anderslautenden Äußerungen des Gesetzgebers vermögen nichts daran zu ändern, dass bei abfindungswertbezogenen Fehlern oder Fehlen des Barabfindungsangebots im Sitzverlegungsplan allein der Weg in das Spruchverfahren eröffnet ist.¹¹⁷² Bei gänzlichem Fehlen des Barabfin-

¹¹⁶⁶ Begr. UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 26.

¹¹⁶⁷ So auch Schwab, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 243, Rn. 38; ders., NZG 2007, 521, 522; Mayer, in: Widmann-/Mayer, UmwR, § 8 UmwG, Rn. 69.1 f.; Weingärtner, in: Heidel, Aktienrecht, § 1 SpruchG, Rn. 13; Hüffer, AktG, § 243, Rn. 47c; M. Winter, in: Hoffmann-Becking/Ludwig (Hrsg.), FS Happ, S 363, 365 f.; Stratz, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 14, Rn. 25;; Lutter/Drygala, in: Lutter, UmwG, § 8, Rn. 57; Englisch, in: Hölters, AktG, § 243, Rn. 91; Petersen, in: KK UmwG, § 195, Rn. 14; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 293 AktG, Rn. 60; Heinrich/Theusinger, BB 2006, 449, 450; Veil, AG 2005, 567, 570; Meyer, Ausgleichs- und Abfindungsansprüche, S. 213; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 16, Rn. 143.

¹¹⁶⁸ Würthwein, in: Spindler/Stilz, AktG, § 243, Rn. 147; Noack/Zetzsche ZHR 170 (2006), 218, 242; Weißhaupt, ZIP 2005, 1766, 1772; Simon, in: KK UmwG, § 8, Rn. 84 in Bezug auf Informationsdefizite betreffend die Barabfindung im Verschmelzungsbericht.

¹¹⁶⁹ Diese sind leges speciales zu § 243 Abs. 4 S. 2 AktG, s. o.

¹¹⁷⁰ § 122i Abs. 2 S. 1 i. V. m. 32 UmwG stellt übrigens ebenso auf den „Verschmelzungsplan“ ab, wie sich aus dem Normzusammenhang mit § 122i Abs. 1 UmwG sowie aus dem Fehlen eines „Verschmelzungsvertrages“ ergibt.

¹¹⁷¹ Vgl. die hierzu auch die Forderung von Weißhaupt, in die §§ 14 Abs. 2, 195 Abs. 2, 32, 210 UmwG, §§ 304 Abs. 3 S. 2, 305 Abs. 5 S. 1, 320b Abs. 2 S. 1, 327f Abs. 1 S. 1 AktG den Anfechtungsausschluss wegen der Rüge von Informationsmängeln als weitere Ausschlussvariante einzufügen, WM 2004, 705, 711.

¹¹⁷² Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 110; wohl auch Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn.

dungsangebots dürfte zudem bereits die Bescheinigung nach Art. 8 Abs. 8 SE-VO verweigert werden. Dies hat zur Folge, dass es gar nicht erst zu einer Eintragung der Sitzverlegung kommt und im Zuge dessen auch die Antragsfrist für das Spruchverfahren nicht zu laufen beginnt.¹¹⁷³

3. Verlegungsbericht

a. Inhaltliche Anforderungen

Neben dem Verlegungsplan ist nach Art. 8 Abs. 3 SE-VO ein Verlegungsbericht zu erstellen. Der Bericht weist im Vergleich zum Verlegungsplan Unterschiede in Funktion und Inhalt auf. Während der Plan als Beschlussentwurf dient und dementsprechend einen feststellenden Charakter besitzt, enthält der Bericht weitergehende Erläuterungen, die keines Beschlusses bedürfen und allein der Information der Aktionäre, Gläubiger und Arbeitnehmer dienen.¹¹⁷⁴ Der Bericht hat deshalb rein darstellenden Charakter. Die Erstellung des Verlegungsberichts ist zwingend, ein Verzicht hierauf ist nicht möglich, wie sich aus dem Schutzzweck ergibt.¹¹⁷⁵ Die Aktionäre sollen im Vorhinein über die für die anstehende Entscheidung relevanten Gesichtspunkte umfassend informiert werden. Gläubiger und Arbeitnehmer sollen vor nachteiligen Auswirkungen und wesentlichen Änderungen gewarnt werden.¹¹⁷⁶ Eine Parallelregelung findet sich in § 8 Abs. 1 S. 1 UmwG, der über Art. 18 SE-VO nach allgemeiner Ansicht auch auf SE-Verschmelzungsgründungen Anwendung findet.¹¹⁷⁷ Eine weitere Parallelregelung enthält Art. 32 Abs. 2 S. 2 SE-VO für die Holdinggründung. Bei der Holdinggründung ist allerdings der Gründungsbericht Bestandteil des Gründungsplanes im Unterschied zur Sitzverlegung, aber auch zur Verschmelzungsgrün-

148 i. V. m. Art. 24, Rn. 45; Göz, ZGR 2008, 593, 626, 627; unklar Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 9; zum Verschmelzungsplan nach dem UmwG Kalss, in: Semler/Stengel, UmwG, § 29, Rn. 23 a. E.; vgl. ferner Lutter/Drygala, in: Lutter, UmwG, § 8, Rn. 56, die tendenziell für abfindungswertbezogene Informationsmängel einen Anfechtungsausschluss zumindest dann für vertretbar halten, wenn es sich um Umstrukturierungen handelt, die ohne Anteilstausch von Statten gehen; a. A. Weppner, Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung, S. 32, der ohne auf den Wortlaut einzugehen, die Anfechtbarkeit für diese Fälle bejaht.

¹¹⁷³ Vgl. § 4 Abs. 1 Nr. 6 SpruchG.

¹¹⁷⁴ Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 41; Zimmer/Ringe, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 8, Rn. 26; Schwarz, SE-VO, Art. 8, Rn. 19; Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 42.

¹¹⁷⁵ Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 45; Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 42; Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 11; Diekmann, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 8, Rn. 32; Heckschen, in: Widmann/Mayer, UmwG, Anh. 14, Europäische Gesellschaft (SE), Rn. 422; a. A. allerdings Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 21, der dies damit begründet, ein Verzicht komme ohnehin nur bei homogen strukturierten SE's in Betracht, wo der Informationsaufwand dann auch entbehrlich sei. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass eine Erfassung aller Gläubiger selbst dann kaum möglich sein wird. Jedenfalls erscheint sie aber als zu unsicher. Zudem bedeutete wohl schon die Ermittlung potentiell Betroffener ähnlich viel Aufwand wie die Erstellung des Berichts. Ob auf den Umwandlungsbericht i. R. d. SE-Gründung nach Art. 37 Abs. 4 SE-VO verzichtet werden kann, ist hingegen umstritten, siehe nur Paefgen, in: KK AktG, Art. 37, Rn. 51, 63 m. w. N.

¹¹⁷⁶ Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 19; Teichmann, in: Van Hulle/Maul/Drinhausen, Hdb. SE, 7. Abschnitt, Rn. 28; Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 49, wonach der Bericht den Aktionären eine Plausibilitätskontrolle für eine sachgerechte Entscheidung über die Sitzverlegung ermöglichen soll.

¹¹⁷⁷ Schäfer, in: MüKo AktG, Art. 22 SE-VO, Rn. 13; Neun, in: Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft, S. 98; Teichmann ZGR 2002, 383, 423; Jannott, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 3. Kap., Rn. 56; Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 22 SE-VO, Rn. 6.

dung.¹¹⁷⁸

Art. 8 Abs. 3 SE-VO verlangt, dass in dem Bericht die „rechtlichen und wirtschaftlichen Aspekte“ der Verlegung zu erläutern und zu begründen sind. Des Weiteren wird eine Darlegung der „Auswirkungen der Sitzverlegung für Aktionäre, Gläubiger und Arbeitnehmer im Einzelnen“ gefordert. Die Vorschrift enthält damit unbestimmte Rechtsbegriffe, die der Konkretisierung bedürfen.¹¹⁷⁹

Ähnliche Vorschriften älterer Richtlinien sind etwas schärfer formuliert und beziehen sich außerdem auf Maßnahmen, deren rechtliche und wirtschaftliche Folgen besser einzugrenzen sind. So verlangt Art. 9 der dritten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie konkret „einen ausführlichen schriftlichen Bericht, in dem der Verschmelzungsplan und insbesondere das Umtauschverhältnis der Aktien rechtlich und wirtschaftlich erläutert und begründet werden.“¹¹⁸⁰ Die unterschiedliche Formulierung legt es nahe, dass diesbezüglich nicht ohne Weiteres auf die zu der Parallelvorschrift existierende Literatur und Rechtsprechung abgestellt werden kann.¹¹⁸¹ Umgekehrt hat Art. 8 Abs. 3 SE-VO wohl als Vorbild für Art. 7 IntVerschmRL¹¹⁸² gedient, wovon der fast gleich lautende Wortlaut Zeugnis ablegt.

In der Literatur wurde vorgeschlagen, eine den §§ 8, 127 und 192 UmwG entsprechende Konkretisierung des Berichtsinhalts im SEAG zu schaffen.¹¹⁸³ Nach zutreffender Ansicht existiert hierfür aber keine Ermächtigungsgrundlage. Eine solche ist weder ausdrücklich in Art. 8 Abs. 3 SE-VO noch stillschweigend in dem Mangel noch weiter detaillierter Inhaltsanforderungen seitens der SE-VO enthalten.¹¹⁸⁴ Die SE-VO ist an dieser Stelle als abschließend anzusehen und autonom auszulegen.¹¹⁸⁵

An den Inhalt des Verlegungsberichts werden hohe Anforderungen gestellt. Teilweise wird gefordert, der Umzug solle in einen größeren Zusammenhang gestellt werden und mit einem

¹¹⁷⁸ Vgl. den insoweit eindeutigen Wortlaut des Art. 32 Abs. 2 S. 2 SE-VO. Anders auch als in Art. 37 Abs. 4, ist für die Verpflichtung zur Erstellung mit Art. 8 Abs. 3 SE-VO ein eigener Absatz geschaffen worden. Auch wird für das Recht zur Einsichtnahme ausdrücklich Bezug genommen auf Verlegungsplan und -bericht, vgl. Art. 8 Abs. 4. Zur Anlehnung des Umwandlungsberichts nach Art. 37 Abs. 4 an den Gründungsbericht als integralem Bestandteil des Planes bei Holdinggründung hingegen siehe Paefgen, in: KK AktG, Art. 37 SE-VO, Rn. 49; Schwarz, SE-VO, Art. 37, Rn. 31; Schäfer, in: MüKo AktG, Art. 37 SE-VO, Rn. 16.

¹¹⁷⁹ Witten, Minderheitenschutz, S. 59.

¹¹⁸⁰ RL 78/855/EWG (VerschmRL); Art. 7 der RL 82/891/EWG (SpaltRL) ist identisch formuliert in Bezug auf die Spaltung (Nachweise jeweils siehe Anhang II).

¹¹⁸¹ Ähnlich Teichmann in: Van Hulle/Maul/Drinhausen, Hdb. SE, 7. Abschnitt, Rn. 27 f., der eine Anlehnung an andere Berichte zwar für möglich hält, jedoch fordert, den Verlegungsbericht in seiner besonderen Eigenart zu würdigen. Auch seien die Auswirkungen beispielsweise nicht mit denen einer Verschmelzung vergleichbar. Anders Brandt, NZG 2002, S. 991, 994; Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 11.

¹¹⁸² RL 2005/56/EG (Nachw. siehe Anhang II).

¹¹⁸³ Brandt, NZG 2002, S. 991, 994. Trotz abweichenden Wortlautes dennoch für gleiche inhaltliche Anforderungen an die Berichterstattung bei der Holdinggründung nach der SE-VO wie i. R. v. § 8 UmwG Neun, in: Theisen/Wenz, Europäische Aktiengesellschaft, S. 146; Scheifele, Gründung, S. 325; Schäfer, in: MüKo AktG, Art. 32, Rn. 18; eine doppelte Analogie zumindest in Bezug auf das Erfordernis eines Hinweises auf besondere Bewertungsschwierigkeiten über Art. 18 SE-VO, § 8 Abs. 1 S. 2 UmwG befürwortend Paefgen, in: KK AktG, Art. 32 SE-VO, Rn. 71; allgemein in Bezug auf die Sitzverlegung genauso Witten, Minderheitenschutz, S. 60.

¹¹⁸⁴ Schwarz, SE-VO, Art. 8, Rn. 26; Zang, Sitz und Verlegung, S. 148 f.; Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 44.

¹¹⁸⁵ Grundlegend zur Auslegung der SE-VO Casper, in: Habersack/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Ulmer, S. 51, 54 ff.; Hommelhoff/Teichmann, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 9, Rn. 36 ff.

schlüssigen Gesamtkonzept der Unternehmensstrategie in Einklang stehen.¹¹⁸⁶ Dies darf jedoch nicht soweit gehen, dass die sachliche Rechtfertigung der Maßnahme unter Darstellung und Abwägung alternativer Umstrukturierungsmaßnahmen verlangt wird.¹¹⁸⁷ Aufzunehmen sind die Informationen, die zu einer eigenen Bewertung der Verlegung benötigt werden.¹¹⁸⁸ Nicht erforderlich ist nach allgemeiner Ansicht dagegen eine umfassende, rechts- und wirtschaftsvergleichende Darstellung aller Einzelaspekte.¹¹⁸⁹ Bei der folgenden Darstellung der einzelnen Anforderungen ist immer von der Funktion des Berichts auszugehen, die Sitzverlegungsentscheidung und ihre Folgen für die Betroffenen transparent werden zu lassen. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass ein zu hoher Detaillierungsgrad die Aktionäre und Gläubiger überfordern und dem Informationszweck so letztlich zuwiderlaufen könnte.¹¹⁹⁰ Die Informationen sollen einem juristischen Laien und „Durchschnittsaktionär“ eine Beurteilung der Maßnahme erlauben.¹¹⁹¹

(1) Rechtliche Aspekte der Verlegung

Nach dem Verordnungstext ist zwischen der „Erläuterung und Begründung der rechtlichen bzw. wirtschaftlichen Aspekte“ und der „Darstellung der Auswirkungen für Gläubiger, Aktionäre und Arbeitnehmer im Einzelnen“ (im Folgenden: Einzelerläuterungen) zu differenzieren. Aus dem Schutzzweck des Berichts folgt, dass mit „rechtlichen Aspekten“ u. a. Rechtsänderungen und Rechtsfragen von besonderem Interesse für die Aktionäre gemeint sind. Daneben müssen aber auch rechtliche Änderungen, die keine direkten Auswirkungen auf die zu schützenden Gruppen haben, aufgenommen werden. Dies ergibt sich aus dem Vergleich mit der allgemeiner gehaltenen Formulierung „Darstellung der Auswirkungen“.¹¹⁹² Anzusprechen sind damit nicht nur Satzungsänderungen und die Änderungen der Vorschriften, auf die die SE-VO verweist, sondern darüber hinaus die wichtigsten Gebiete aus dem allgemeinen wirtschaftsrechtlichen Umfeld, wie beispielsweise das Steuerrecht und Teile des öffentlichen Wirtschaftsrechts.¹¹⁹³ Aus dem mate-

¹¹⁸⁶ Zimmer/Ringe in Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 8, Rn. 27.

¹¹⁸⁷ H. P. Westermann, in: Bierich (Hrsg.), FS Semler, S. 651, 657, 662 f., der zu Recht darauf verweist, dass – abgesehen von der praktischen Unmöglichkeit – eine Abwägung i. R. d. Grundsatzes „des mildereren Mittels“ daran scheitert, dass damit dem gesetzlichen Gestaltungsspielraum der Mehrheit unzulässig eingeengt und der Minderheit eine gesetzlich nicht vorgesehene Verteidigungsmöglichkeit hinzugefügt würde. Nach verbreiteter Ansicht ist hingegen die Darlegung möglicher Alternativen erforderlich, vgl. Paefgen, in: KK AktG, Art. 37 SE-VO, Rn. 54; Seibt, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 37, Rn. 41; Neun, in: Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft, S. 51, 176 f.; Bärwaldt, in: Semler/Stengel, UmwG, § 192, Rn. 6; Stratz, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 192, Rn. 9.

¹¹⁸⁸ Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 49 (Plausibilitätskontrolle); Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 19; siehe zum Verschmelzungsbericht BGHZ 107, 296, 302 – Kochs-Adler; BGH v. 18.12.1989, II ZR 254/88, NJW-RR 1990, 350, 351; dazu etwa H. P. Westermann, in: Bierich (Hrsg.), FS Semler, S. 651, 654.

¹¹⁸⁹ Schwarz, SE-VO, Art. 8, Rn. 19; Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 11; Brandt, NZG 2002, 991, 994; Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 22; Witten, Minderheitenschutz, S. 61; Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 43; Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 49.

¹¹⁹⁰ Brandt, NZG 2002, S. 991, 994; H. P. Westermann, in: Bierich (Hrsg.), FS Semler, S. 651, 655.

¹¹⁹¹ Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 49 sowie Paefgen, in: KK AktG, Art. 32 SE-VO, Rn. 69 zum Gründungsbericht bei Holdinggründung; Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 23; siehe auch H. P. Westermann, in: Bierich (Hrsg.), FS Semler, S. 651, 655 entsprechend zum Verschmelzungsbericht; Neun, in: Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft, S. 147.

¹¹⁹² Diesen Unterschied verkennend Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 19 ff.; differenzierend dagegen Teichmann, in: Van Hulle/Maul/Drinhausen, Hdb. SE, 7. Abschnitt, Rn. 29 ff.

¹¹⁹³ Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO Art. 8, Rn. 43; Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 48;

riellen Recht wären z. B. Änderungen durch das nationale Recht zu erwähnen. Zu nennen wäre etwa im Kontext mit der Ausgestaltung des gewählten Leitungsmodells der SE,¹¹⁹⁴ wie und in welchem Publikationsorgan Bekanntmachungen der Gesellschaft künftig durchzuführen sind oder wohin die Hauptverwaltung verlegt wird, insbesondere bei Abweichungen vom Sitzort. Teilweise wird auch eine detaillierte Erläuterung der wesentlichen Schritte des Verlegungsverfahrens befürwortet unter Betonung des Aspekts, dass die Verlegung nicht mit der Auflösung der Gesellschaft verbunden ist.¹¹⁹⁵ Dies erscheint im Hinblick auf die Darlegung des Zeitplanes nach Art. 8 Abs. 2 S. 2 lit. d SE-VO und die „Einzelerläuterungen der Auswirkungen“ im Bericht jedoch eher entbehrlich. Eine Beschränkung andererseits auf die zur Überprüfung der Gesetzmäßigkeit der Verlegung notwendigen Informationen kann nicht befürwortet werden.¹¹⁹⁶ Die Aktionäre sollen vielmehr in die Lage versetzt werden, eine sachgerechte Entscheidung zu treffen.¹¹⁹⁷

(2) Wirtschaftliche Aspekte der Verlegung

Wie auch in Bezug auf die rechtlichen Aspekte, sind hier nicht sämtliche (wirtschaftlichen) Feinheiten aufzunehmen. Lediglich die wesentlichen, sich ändernden Aspekte wie die Kosten der Sitzverlegung sowie etwaige Verlagerungen von Betriebsvermögen sind zu nennen.¹¹⁹⁸ Anders als bei den rechtlichen Auswirkungen beruht die Erwartung der wirtschaftlichen Veränderungen auf mehr oder weniger sicheren Prognosen. Soweit diese durch besondere Untersuchungen erhärtet werden können, sind deren Ergebnisse und Begründungen offenzulegen und ggf. näher zu erläutern. Der Bericht hat demnach die Aspekte aufzuzeigen, die es erlauben, die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit der Verlegung zu beurteilen.¹¹⁹⁹

(3) Auswirkungen für die Aktionäre

Im Unterschied zu der allgemeinen Darstellung (s. o.) sind zusätzlich die konkreten „Auswirkungen für die Aktionäre“ zu erläutern. Hinsichtlich des Umfangs kann man sich auch hier an

Zimmer/Ringe in Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 8, Rn. 27 sprechen allgemeiner von gesellschafts- und steuerrechtlichen Aspekten.

¹¹⁹⁴ Vgl. zur Berichtspflicht bei der Verschmelzung Bayer, ZIP 1997, 1613, 1619 f., wonach insbesondere bei Mischverschmelzungen die Anteilsinhaber über die wesentlichen Strukturunterschiede der beiden Rechtsformen zu unterrichten sind. Ein Teil der Literatur ordnet Kompetenzverschiebungen unter den Organen dagegen den „Auswirkungen für die Aktionäre“ zu, vgl. Schwarz, SE-VO, Art. 8, Rn. 21; Zang, Sitz und Verlegung, S. 144.

¹¹⁹⁵ Teichmann, in: Van Hulle/Maul/Drinhausen, Hdb. SE, 7. Abschnitt, Rn. 29.

¹¹⁹⁶ So aber Schwarz, SE-VO, Art. 8, Rn. 20; Zang, Sitz und Verlegung, S. 141.

¹¹⁹⁷ Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 49; Witten, Minderheitenschutz, S. 60.

¹¹⁹⁸ Genauso Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 48; Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 21; Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 44.

¹¹⁹⁹ Schwarz, SE-VO, Art. 8, Rn. 20; Zang, Sitz und Verlegung, S. 141; entsprechend zur formwechselnden SE-Gründung und zur Holdinggründung auch Paefgen, in: KK AktG, Art. 37, Rn. 52, Art. 32, Rn. 70; zur Holdinggründung desweiteren Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 32, Rn. 42; Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 32 SE-VO, Rn. 15; ausführlich dazu H. P. Westermann, in: Bierich (Hrsg.), FS Semler, S. 651, 654. Die Berichtspflichten gehen demnach weniger weit als beim Formwechsel, für den die Pflicht zur Beifügung einer Vermögensaufstellung besteht, vgl. hierzu sowie insbesondere zu dem Streit um die inhaltlichen Anforderungen Bayer, ZIP 1997, 1613, 1620.

dem Wissenshorizont eines durchschnittlichen Aktionärs orientieren.¹²⁰⁰ Des Weiteren können die aufzunehmenden inhaltlichen Anforderungen durch das Herausfiltern solcher Änderungen eingegrenzt werden, die nennenswerte Folgen persönlicher (z. B. Veränderungen der Mitgliedschaftsrechte) oder wirtschaftlicher Art (z. B. steuerliche Behandlung von Aktieneigentum) für die Betroffenen haben.¹²⁰¹ Dabei dürften – entsprechend den oben rechtsvergleichend abgehandelten Aktionärsrechten – vor allem Änderungen beim Dividendenanspruch, dem Bezugsrecht bei Kapitalerhöhung, beim Stimmrecht, im Bereich von Auskunfts-, Antrags-, Kontroll- und Sonderprüfungsrechten, Anfechtung und Spruchverfahren sowie beim materiellen Minderheitenschutz bei Strukturmaßnahmen (einschließlich der Schutzvorschriften anderer Mitgliedstaaten bei Gründung und Sitzverlegung der SE) aufzunehmen sein.

Eine Beschränkung allein auf die Darstellung der Änderungen der Mitgliedschaft, wie sie Zang vorschlägt,¹²⁰² ist hingegen abzulehnen. So können etwa auch Fragen der Außenhaftung relevant und damit aufzunehmen sein.¹²⁰³ Der Formulierung „im Einzelnen“ kommt keine eigenständige Bedeutung zu, was die Tatsache belegt, dass die anderen Sprachfassungen einen entsprechenden Begriff nicht enthalten.¹²⁰⁴

b. Einsichtnahmerecht der Aktionäre bezüglich des Verlegungsberichts

Hinsichtlich der Auslegung zur Einsichtnahme nach Art. 8 Abs. 4 SE-VO gilt das zum Verlegungsplan bereits Ausgeführte entsprechend. Anders als der Plan ist der Bericht nur auszulegen, nicht aber offen zu legen nach Abs. 2 S. 1, d. h. nach den Bekanntmachungsvorschriften öffentlich zu publizieren. Damit wirkt sich hier besonders die Problematik der Nichtnennung weiterer Betroffener neben den Aktionären und Gläubigern aus, speziell die der Arbeitnehmer.¹²⁰⁵

c. Folgen eines Verstoßes gegen Art. 8 Abs. 3

Nach allgemeiner Ansicht gilt für die fehlerhafte Erstellung oder Nichterstellung des Verlegungsberichts das gleiche wie für den Verlegungsplan.¹²⁰⁶ Fehler im Verlegungsbericht stellen demnach

¹²⁰⁰ Nachw. oben (Fn. 1222).

¹²⁰¹ Näher dazu Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 51; Schwarz, SE-VO, Art. 8, Rn. 21; Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 46.

¹²⁰² Zang, Sitz und Verlegung, S. 144; ähnlich Sagasser/Link, in: Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen, § 32 Grenzüberschreitende Sitzverlegung, Rn. 30.

¹²⁰³ Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-O, Rn. 22.

¹²⁰⁴ Ähnlich Witten, Minderheitenschutz, S. 61; Hunger, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 9. Kap., Rn. 73; allgemeiner Brandt, NZG 2002, 991, 994.

¹²⁰⁵ Dazu s. o. unter D. II. 2. d. „Einsichtnahmerecht der Aktionäre“.

¹²⁰⁶ Schwarz, SE-VO, Art. 8, Rn. 23; Zang, Sitz und Verlegung, S. 149 f.; Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 49; Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 47. Allerdings ist zu beachten, dass der Verlegungsplan als Beschlussentwurf fungiert. Fehler im Bericht als bloßem Verfahrensdokument können hingegen nicht zu einem materiellen Beschlussmangel führen. Demnach ist weitere Voraussetzung der Anfechtbarkeit (sofern nicht ohnehin durch § 7 Abs. 5 S. 1 i. V. m. § 12 Abs. 2 SEAG ausgeschlossen, dazu s. o.), dass der Verfahrensverstoß „relevant“ ist für das Mitgliedschafts- bzw. Mitwirkungsrecht des Aktionär. Dies ist eine Frage des Einzelfalls. Näher zum Ganzen Göz in Hüffer, AktG, § 243, Rn. 8; zur Relevanztheorie vgl. oben: D. II.: „Das Verlegungsverfahren und die Anfechtungsmöglichkeiten“.

Verfahrensverstöße nach § 243 Abs. 1 AktG dar. Da es sich hierbei um Informationspflichtverletzungen handelt, sind zudem die Voraussetzungen des § 243 Abs. 4 S. 1 AktG zu beachten.¹²⁰⁷ In den oben für den Verlegungsplan aufgezeigten Grenzen müsste an für sich eine Anfechtung in Bezug auf barabfindungswertbezogene Informationsmängel gleichfalls ausgeschlossen sein.

Dem könnte allerdings der Wortlaut des § 7 Abs. 5 S. 1 SEAG entgegenstehen, der zwar eine Ausnahme von der generellen Anfechtbarkeit für den Fall anordnet, dass das Angebot an die Minderheitsaktionäre zu niedrig bemessen oder dass die Barabfindung im Verlegungsplan nicht oder nicht ordnungsgemäß angeboten worden ist. Der Fall, dass die Erläuterungen zur Barabfindung im Verlegungsbericht gänzlich fehlen oder fehlerhaft sind, wird jedoch nicht erwähnt. Daraus könnte man verschiedene Schlüsse ziehen: Entweder es handelt sich um eine technisch bedingte Auslassung, die dadurch hervorgerufen wird, dass es sich bei § 7 Abs. 5 SEAG, auf den verwiesen wird, eigentlich um eine Vorschrift zur Verschmelzung handelt. Dementsprechend ist in § 7 Abs. 5 auch allein vom „Verschmelzungsplan“ die Rede, da es einen „Verschmelzungsbericht“ des Leitungsorgans nicht gibt. Hieraus könnte dann gefolgert werden, dass dieses Versehen nicht dazu führen sollte, dass Fehler bei den Erläuterungen zur Barabfindung im Verlegungsbericht die Anfechtbarkeit nach sich ziehen. Oder man geht vom Wortlaut aus und sieht hier ein durchaus beabsichtigtes Auseinanderfallen der Behandlung von Plan und Bericht. Dass eine ausdrückliche Regelung zur Vermeidung derartiger Unsicherheiten keineswegs abwegig wäre, zeigt die Formulierung des österreichischen § 13 Abs. 1 SEG, der die Ausnahme von der Anfechtbarkeit ausdrücklich auf die genannten Erläuterungen im Verlegungsbericht erstreckt.

Auch §§ 210, 212 UmwG beziehen den nach § 192 Abs. 1 S. 1 UmwG zu erstellenden Umwandlungsbericht nicht in den Wortlaut des gesetzlichen Anfechtungsausschlusses mit ein. Abfindungswertbezogene Fehler im Umwandlungsbericht sind hingegen nach der BGH-Rechtsprechung vom Anfechtungsausschluss nach dessen Sinn und Zweck erst recht erfasst.¹²⁰⁸

Dem steht jedoch die eindeutige Intention des Gesetzgebers entgegen, einer weiten Auslegung der Bestimmungen entgegenzutreten, die die Anfechtung ausschließen.¹²⁰⁹ Eine restriktive Handhabung ist danach nicht nur in Bezug auf § 243 Abs. 4 S. 2 AktG geboten, sondern ebenso i. R. d. § 7 Abs. 5 S. 1 SEAG zu bevorzugen. Nach hier vertretener Ansicht scheidet damit eine teleologische Erweiterung des Wortlautes auf den Verlegungsbericht aus. Informationsfehler im Bericht berechtigen demnach – anders als die ausdrücklich genannten Fehler im Verlegungsplan – auch soweit sie sich auf die Barabfindung beziehen, zur Anfechtung unter den Voraussetzungen des Art. 243 Abs. 4 S. 1 AktG

¹²⁰⁷ § 243 Abs. 4 S. 1 AktG setzt voraus, dass die Informationspflichtverletzung einen Verfahrensverstoß i.S.d. Abs. 1 darstellt, vgl. Würthwein, in: Spindler/Stilz, AktG, § 243, Rn. 246; Englisch, in: Hölters, AktG, § 243, Rn. 82; Heinrich/Theusinger, BB 2006, 229, 451; a. A. Kersting, ZGR 2007, 319, 329, der das Anfechtungsrecht allein auf § 243 Abs. 4 S. 1 stützt und demnach einen Gesetzesverstoß nicht verlangt.

¹²⁰⁸ BGHZ 146, 179, 186 – MEZ; genauso zum Verlegungsbericht i. E. auch Oechsler in MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 20.

¹²⁰⁹ Begr. RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 26; kritisch dazu Heinrich/Theusinger, BB 2006, 449, 450. Näher dazu bereits oben unter: D. II. 2. e. „Folgen eines Verstoßes gegen Art. 8 Abs. 2 SE-VO, insbesondere bei bewertungsbezogenen Informationsmängeln“.

d. Folgen eines Verstoßes gegen Art. 8 Abs. 4

Wie bei anderen Verfahrensfehlern kann der Hauptversammlungsbeschluss bei fehlerhafter oder unterlassener Gewährung der Einsichtnahme oder Abschrifterteilung grundsätzlich gem. § 243 Abs. 4 S. 1 AktG angefochten werden.¹²¹⁰ Voraussetzung ist, „dass ein objektiv urteilender Aktionär die Erteilung der Information als wesentliche Voraussetzung für die sachgerechte Wahrnehmung seiner Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte angesehen hätte“.¹²¹¹ Demgegenüber wird in der Literatur zumeist vertreten, bei der Nichtaushändigung verlangter Abschriften sei des Weiteren erforderlich, dass der Beschluss nicht auch ohne die Stimmen der betroffenen Aktionäre zustande gekommen wäre.¹²¹² Damit würde der Nachweis strenger Kausalität gefordert, womit im Ergebnis Verstöße gegen die Abschrifterteilungspflicht nie eine Anfechtung begründen könnten. Diese Ansicht ist spätestens seit der Neufassung des § 243 Abs. 4 AktG durch das UMAG als überholt abzulehnen.¹²¹³

Es bleibt die Frage zu beantworten, ob den klagewilligen Aktionär eine Rügeobliegenheit trifft. In der Rechtsprechung ist dies in Fällen von Verstößen gegen das Recht auf Einsicht oder Abschrift angenommen worden. Dann soll den die Unvollständigkeit der Inhalte erkennenden Aktionär ebenso eine Nachfragepflicht treffen¹²¹⁴ wie den Aktionär, dessen Wunsch auf Abschrifterteilung nicht nachgekommen worden ist.¹²¹⁵ Der Klageausschluss lässt sich dabei auf einen Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) stützen, da dieser Grundsatz sich auch im Aktienrecht als Schranke gegen die unzulässige Rechtsausübung auswirkt.¹²¹⁶ Dahinter steht wohl auch der Gedanke, dass eine Klage erst als letztes Mittel in Betracht kommt. Solange andere Wege der Problemlösung schnell und leicht Abhilfe schaffen können, sind diese wenigstens zu versuchen, so auch hier.

¹²¹⁰ Str.: Nach einer Ansicht soll der Verstoß gegen das Einsichtsrecht zur Nichtigkeit führen, vgl. Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 67. Richtigerweise ist allerdings bloß Anfechtbarkeit gegeben, da die Fristen und Einsichtsrechte keinesfalls überwiegend dem Gläubigerschutz dienen, siehe Veil, in: KK AktG, Art. 8, Rn. 56; Diekmann, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 8, Rn. 51 m. w. N. Näher zum Verstoß gegen die formellen Wirksamkeitsvoraussetzungen später, unter: 4. a. (3).

¹²¹¹ Näher zu Einzelfällen und Ausnahmen: Göz in Hüffer, AktG, § 243, Rn. 21; Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, § 243, Rn. 128, 130; eingehend zum „objektiv urteilenden Aktionär“ Schwab, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 243, Rn. 32.

¹²¹² Zang, Sitz und Verlegung, S. 171; Drygala, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 175, Rn. 13; Reger, in: Bürgers/Körper, § 175, Rn. 10; ders., in: Widmann/Mayer, UmwG, § 63, Rn. 35; Diekmann, in: Semler/Stengel, UmwG, § 63, Rn. 28; Hüffer, AktG, § 175, Rn. 6 sowie § 243, Rn. 47 a. Zum Begriff der Wesentlichkeit näher Kersting, ZGR 2007, 319, 329 ff.

¹²¹³ So auch Grunewald, in: Lutter, UmwG, § 63, Rn. 10 (Fn. 4); Simon, in: KK UmwG, § 63, Rn. 41; Schwab, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 243, Rn. 31: „Bei vorenthaltenen Informationen ist entscheidend, ob der objektiv urteilende Aktionär sich geweigert hätte, an der Abstimmung teilzunehmen“; Leuering, ZIP 2000, 2053, 2058 m. w. N.

¹²¹⁴ LG Frankfurt v. 13.11.2001, 3/4 O 14/01, AG 2002, 356.

¹²¹⁵ Leuering, ZIP 2000, 2053, 2059; Reger, in: Bürgers/Körper, AktG, § 175 Rn. 10.

¹²¹⁶ Leuering, ZIP 2000, 2053, 2059.

4. Verlegungsbeschluss

a. Formelle Wirksamkeitsvoraussetzungen

(1) Mehrheitserfordernis, Art. 8 Abs. 6 S. 2, Art. 59 Abs. 1 SE-VO

Durch den Anteilseigner-Entscheid erfährt die Gesellschafterminderheit einen besonderen Schutz auf subtile Art und Weise, da das Beschlusserfordernis untrennbar mit den Informationsrechten vor der Beschlussfassung, aber auch mit dem Anfechtungsrecht verbunden ist.¹²¹⁷ Der Sitzverlegungsbeschluss bedarf einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen, sofern die Vorschriften eines Mitgliedstaates nicht eine „größere Mehrheit vorsehen oder zulassen“, Art. 59 Abs. 1 SE-VO.¹²¹⁸

§ 179 Abs. 2 S. 1 AktG sieht eine Dreiviertel-Mehrheit des bei Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals vor. „Vertreten“ ist das Kapital dann, wenn die Inhaber der darauf entfallenden Aktien wirksam ihr Stimmrecht ausgeübt haben. Nicht gezählt werden hierbei Stimmenthaltungen.¹²¹⁹ Damit wollte der Gesetzgeber ursprünglich verhindern, dass Satzungsänderungen allein durch Mehrstimmrechtsaktionäre herbeigeführt werden können, die nicht gleichzeitig die Kapitalmehrheit besitzen.¹²²⁰ Mit dem Verbot der Mehrstimmrechtsaktien in § 12 Abs. 2 AktG besteht diese Gefahr zwar nicht mehr, es bleibt jedoch bei der Bezugsgröße „Grundkapital“. Da die SE-VO nach dem Wortlaut nur ein strengeres Mehrheitserfordernis bezogen auf die Stimmen zulässt, wird von einem Teil der Literatur vertreten, § 179 Abs. 2 S. 1 AktG müsste europarechtskonform ausgelegt und statt Kapitalmehrheit „Stimmenmehrheit“ gelesen werden.¹²²¹ Nach a. A. müssen beide Mehrheitserfordernisse, d. h. eine Dreiviertelmehrheit, jeweils sowohl bezogen auf die Stimmen als auch auf das vertretene Grundkapital, kumulativ erfüllt werden.¹²²² Schließlich soll § 179 Abs. 2 S. 1 AktG nach einer dritten Ansicht überhaupt keine Anwendung finden, da hier ein „aliud“ geregelt sei, so dass es bei der Zweidrittelmehrheit der SE-VO bliebe.¹²²³

Ein Verständnis der Kapitalmehrheit als „Stimmenmehrheit“, wie von ersterer Ansicht vorgeschlagen, begegnet erheblichen Bedenken, da Stimmen- und Kapitalmehrheit völlig verschiedene

¹²¹⁷ Hommelhoff, ZGR 1993, 452, 253 f., der in dem Beschlusserfordernis daher ein „Kernstück“ des Minderheitenschutzes sieht, S. 455.

¹²¹⁸ Das Mehrheitserfordernis bei Holdinggründung hingegen lässt die SE-VO offen, siehe dazu Paefgen, in: KK AktG, Art. 32 SE-VO, Rn. 115; Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 32, Rn. 82 (Art. 18, 36, 37 Abs. 7 S. 2 SE-VO analog); Kalss, ZGR 2003, 593, 632, Schulz/Geismar, DStR 2001, 1078, 1081; Teichmann, ZGR 2003, 367, 392 m. w. N.; eine Heranziehung anderer SE-VO-Vorschriften zur Lückenfüllung ablehnend Casper, in: Habersack/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Ulmer, 51, 60 f. Ausdrücklich regelt jetzt § 10 Abs. 1 SEAG das Mehrheitserfordernis.

¹²¹⁹ Stein, in: MüKo AktG, § 179, Rn. 82; Hüffer, AktG, § 179, Rn. 14; Zöllner, in: KK AktG, § 179, Rn. 151; Seibt, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 179, Rn. 28.

¹²²⁰ Stein, in: MüKo AktG, § 179, Rn. 81; BGH, Urt. v. 28.11.1974, II ZR 176/72, AG 1975, 16, 17; siehe auch RGZ 125, 356, 359; Zöllner, in: KK AktG, § 179, Rn. 151; Wiedemann, in: GK AktG, § 179, Rn. 112.

¹²²¹ Schwarz, SE-VO, Art. 57, Rn. 10; Binder/Jünemann/Merz/Sinewe, Die Europäische Aktiengesellschaft (SE), S. 265; Witten, Minderheitenschutz, S. 96; Kubis, in: MüKo AktG, Art. 59 SE-VO, Rn. 6. Zum selben Ergebnis kommt auch Mayer, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 57, Rn. 10, der in der abweichenden Terminologie gar kein Problem sieht, ebenso Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 57.

¹²²² Auch Teichmann, in: Van Hulle/Maul/Drinhausen, Hdb. SE, 7. Abschnitt, Rn. 36 schlägt dies sicherheitshalber aus praktischen Gründen vor; a. A. wiederum Kiem, in: KK AktG, Art. 57 SE-VO, Rn. 36 ff., 39 sowie Art. 59, Rn. 16, 17, der für eine unveränderte Anwendung nationaler Kapitalmehrheitserfordernisse auf die SE eintritt.

¹²²³ Maul, in: Van Hulle/Maul/Drinhausen, Hdb. SE, 5. Abschnitt, § 4, Rn. 68.

Bedeutungen haben.¹²²⁴ Auch die Erfüllung beider Voraussetzungen zu verlangen, wäre nicht korrekt, da der nationale Gesetzgeber damit den Rahmen der ihm von der SE-VO eingeräumten Freiheit überspannen würde. Denn was unter „größere Mehrheit“ in Art. 59 Abs. 1 SE-VO zu verstehen ist, bestimmt sich rein nach autonomer europarechtlicher Auslegung und nicht etwa entsprechend dem Verständnis der „größeren Mehrheit“ i. S. d. § 133 Abs. 1 2. Hs. 1. Alt. bzw. § 179 Abs. 2 S. 1 AktG. Dieses Verständnis ist im Übrigen schon deswegen nicht auf Art. 59 Abs. 1 übertragbar, weil § 179 Abs. 2 S. 3 daneben „weitere Erfordernisse“¹²²⁵ aufführt, und damit eine vollkommen abweichende, differenzierende Terminologie verwendet.¹²²⁶ Dennoch muss auf eine Anwendung der Vorschrift des § 179 Abs. 2 S. 1 AktG nicht gänzlich verzichtet werden. Vielmehr ist diese Vorschrift europarechtskonform teleologisch auf die Fälle zu reduzieren, in denen die vorgeschriebene Kapitalmehrheit gleichzeitig wenigstens die Zweidrittel-Stimmenmehrheit der SE-VO erreicht.¹²²⁷ Nicht zulässige Erleichterungen sind so ausgeschlossen. Praktisch bedeutet dies in den meisten Fällen eine uneingeschränkte Anwendung des § 179 Abs. 2 S. 1 AktG. Ein Unterschreiten des in Art. 59 Abs. 1 SE-VO vorgeschriebenen Quorums droht nur dann, wenn die Satzung Höchststimmrechte vorsieht, vgl. § 134 Abs. 1 S. 2 AktG.

Ebenfalls als problematisch in diesem Kontext wird angesehen, dass § 179 Abs. 2 S. 2 AktG wiederum eine Abweichung durch die Satzung zulässt. Hiergegen wurde eingewandt, dass damit das deutsche Recht nicht eine größere Mehrheit „vorsehe oder zulasse“, wie es in Art. 59 Abs. 1 SE-VO als Voraussetzung der Anwendung nationaler Abweichungen formuliert ist. Denn hierdurch würden nur zwingende nationale Vorschriften zur Anwendung berufen.¹²²⁸ Dass durch Satzung keine kleinere als die nach Art. 59 Abs. 1 vorgeschriebene Zweidrittel-Mehrheit für einen Sitzverlegungsbeschluss zugelassen wird, ist dabei im deutschen Recht ohnehin sichergestellt. Zwar bedarf grundsätzlich jeder Beschluss erst einmal nur der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen gem. § 133 Abs. 1 1. Hs. AktG.¹²²⁹ Durch Satzung nach § 51 S. 1 SEAG kann außerdem bestimmt werden, dass die einfache Mehrheit für Satzungsänderungen ausreicht, sofern mindestens die Hälfte des Grundkapitals bei der Abstimmung vertreten ist. Davon ist der Sitzverlegungsbeschluss in S. 2 jedoch ausdrücklich ausgenommen. Im Übrigen spricht gerade die Formulierung „zulassen“, in Abgrenzung zu „vorsehen“, dafür, dass nicht bloß zwingende

¹²²⁴ So auch Teichmann, in: Van Hulle/Maul/Drinhausen, Hdb. SE, 7. Abschnitt, Rn. 36.

¹²²⁵ Aus dem Fehlen einer dahingehenden Bestimmung in der SE-VO zum Aufstellen „weiterer Erfordernisse“ für einen Sitzverlegungsbeschluss i. V. m. der alleinigen Hauptversammlungszuständigkeit gem. Art. 59 Abs. 1 SE-VO ergibt sich, dass der Sitzverlegungsbeschluss auch nicht von der Zustimmung einzelner oder gar aller Aktionäre abhängig gemacht werden kann, wie dies § 13 Abs. 2 UmwG für die Verschmelzung ausdrücklich ermöglicht; a. A. unter Hinweis auf den formwechselnden Charakter der Verlegung Oechsler, in: MüKo, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 26.

¹²²⁶ Ähnlich Schwarz, SE-VO, Art. 59, Rn. 16; a. A. Mayer, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 57, Rn. 10; vgl. auch § 133 Abs. 1 2. Hs. AktG, der als Alternative zur „größeren Mehrheit“ insoweit ganz ähnlich wie § 179 Abs. 2 S. 3 AktG „weitere Erfordernisse“ kennt. Für die Möglichkeit, auch bei der SE „weitere Erfordernisse“ vorzusehen hingegen Krause, in: Müller-Graff/Teichmann, Europäisches Gesellschaftsrecht auf neuen Wegen, S. 103, 117 f.; Seibt, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 59, Rn. 15.

¹²²⁷ Genauso i. E. Zang, Sitz und Verlegung, S. 184; Witten, Minderheitenschutz, S. 97; wohl auch Hunger, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 9. Kap., Rn. 88; Ringe, Sitzverlegung, S. 111.

¹²²⁸ Brandt, Hauptversammlung, S. 246, der die Anwendung speziell im Falle des Sitzverlegungsbeschluss aber wiederum für möglich hält, vgl. S. 253; Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 57.

¹²²⁹ BGH v. 28.11.1974, II ZR 176/72, NJW 1975, 212, 213; Körber, in: Bürgers/Körber, AktG, § 179, Rn. 32 f.; Seibt, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 179, Rn. 27; Stein, in: MüKo AktG, § 179, Rn. 85 ff.

Vorschriften erlaubt sind.¹²³⁰

(2) Übrige formelle Voraussetzungen

Der Verlegungsbeschluss kann gem. Art. 8 Abs. 6 S. 1 SE-VO erst zwei Monate nach der Offenlegung des Verlegungsplans gefasst werden. Diese Frist dient der Sicherstellung, dass betroffene Dritte, Aktionäre und Gläubiger ausreichend Zeit zur Wahrnehmung ihrer Rechte hatten, weswegen sie auch zwingend einzuhalten ist.¹²³¹

Über die Generalverweisung des Art. 9 Abs. 1 lit. c ii SE-VO sind zusätzlich nationale Formvorschriften für Gesellschafterbeschlüsse anwendbar. Eine eigene Formvorschrift war ursprünglich in Art. 99 SE-VOV 1991 enthalten, wurde dann aber gestrichen.¹²³² Gemäß § 130 Abs. 1 S. 1, Abs. 4 S. 1 AktG muss der Hauptversammlungsbeschluss durch notarielle Niederschrift beurkundet werden.¹²³³

Die Aktionäre haben gegen die Gesellschaft grundsätzlich keinen Anspruch auf Einsichtnahme in oder Abschrifterteilung von dem Hauptversammlungsprotokoll. Erst nach Einreichung haben sie einen entsprechenden Anspruch gegenüber dem Handelsregister nach § 9 Abs. 1 S. 1, Abs. 4 S. 1 und 2, Abs. 4 S. 1 HGB. Hat die Gesellschaft dennoch einzelnen Aktionären Einsicht gewährt oder Abschriften erteilt, ist sie gegenüber anderen, bei entsprechendem Verlangen, zur Gleichbehandlung verpflichtet nach § 53a AktG.¹²³⁴

(3) Folgen eines Verstoßes gegen die formellen Wirksamkeitsvoraussetzungen

Wird die Zweimonatsfrist nach Art. 8 Abs. 6 S. 1 nicht eingehalten, führt dies nicht gleich zur Nichtigkeit, sondern lediglich zur Anfechtbarkeit des Beschlusses.¹²³⁵ Die Gegenansicht, die auf

¹²³⁰ Genauso i. E. Ringe, Sitzverlegung, S. 111, der mit Hilfe einer Wortlautauslegung des Verbs „vorsehen“ auch dispositiv Normen als erfasst ansieht. Dieses Ergebnis ergibt sich auch durch einen Vergleich mit dem Wortlaut des Art. 57, der im Gegensatz dazu für alle anderen Hauptversammlungsbeschlüsse Abweichungen nur zulässt, sofern der Mitgliedstaat nicht eine größere Mehrheit „vorschreibt“, siehe Mayer, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 59 Rn. 12.

¹²³¹ Daraus ergibt sich zugleich, dass es auch nicht möglich ist, den Verlegungsbeschluss aufschiebend bedingt durch den Fristablauf bereits mit dem Beschluss über die Aufstellung des Verlegungsplans zu fassen, siehe Schröder in Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 66; Zimmer/Ringe, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 8, Rn. 42 sowie Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 26.

¹²³² Vgl. SE-VOV 1991, BT-Drucks. 12/1004, S.11.

¹²³³ Wenz, in: Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft, S. 240. Diese Niederschrift ist unverzüglich nach Abs. 5 zum Handelsregister einzureichen. Die Anmeldung muss mit der Bescheinigung eines Notars versehen sein, dass die geänderten Bestimmungen der Satzung mit dem Beschluss über die Satzungsänderung und die unveränderten Bestimmungen mit dem zuletzt zum Handelsregister eingereichten vollständigen Wortlaut der Satzung übereinstimmen, § 181 Abs. 1 S. 2 2. Hs. AktG.

¹²³⁴ Vgl. Ziemons, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 130, Rn. 65; Reger in Bürgers/Körber, AktG, § 130, Rn. 61; ebenso Werner, in: GK AktG, § 130, Rn. 121 f. (für Wortprotokolle); a. A. wohl Kubis, in: MüKo AktG, § 130, Rn. 68.

¹²³⁵ Göz, ZGR 2008, 593, 626; Diekmann, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 8, Rn. 51 m. w. N.

den Normzweck unter anderem des Gläubigerschutzes abstellt,¹²³⁶ übersieht, dass es sich nur um einen Verfahrensfehler handelt, § 241 Nr. 3 AktG aber einen inhaltlichen Verstoß voraussetzt.¹²³⁷

Wird die erforderliche Mehrheit nicht erreicht, jedoch fälschlicherweise ein positiver Beschluss protokolliert, etwa durch Berücksichtigung unwirksamer Stimmabgaben, so ist ebenfalls bloß Anfechtbarkeit gegeben.¹²³⁸ Ausnahmsweise ist hier jedoch Voraussetzung, entsprechend der früher geltenden Kausalitätstheorie, dass ohne die fehlerhafte Ergebnisfeststellung der Beschluss nicht zustande gekommen wäre („potentielle Kausalität“).¹²³⁹

Gemäß § 241 Nr. 2 AktG hat das Unterlassen der Beurkundung oder die fehlerhafte Beurkundung hingegen die Nichtigkeit des Beschlusses zur Folge. Mit Eintragung des Sitzverlegungsbeschlusses in das Handelsregister tritt allerdings nach § 242 Abs. 1 AktG Heilung ein. Kommt das Leitungsorgan der Einreichungspflicht zum Handelsregister nicht nach, so kann diese nach § 14 S. 1 HGB im Zwangsgeldverfahren nach den §§ 388 ff. FamFG durchgesetzt werden. Verstößt der Notar schuldhaft gegen seine Amtspflichten, greift der allgemeine Schadenersatzanspruch gem. § 19 Abs. 1 S. 1 BNotO. Dieser kommt nicht nur der Gesellschaft, sondern auch den betroffenen Aktionären zugute. Er ist jedoch wie der Amtshaftungsanspruch gegenüber Beamten subsidiär im Sinne des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB.¹²⁴⁰

Eine Bestimmung, welche die Folgen von Einberufungsmängeln anspricht, existierte früher mit Art. 91 Abs. 2 SE-VOV 1989,¹²⁴¹ der in der SE-VO keine Entsprechung mehr findet. Über die Verweisung des Art. 10 SE-VO auf das nationale Recht gilt jedoch, dass derartige Fehler geheilt werden können.¹²⁴²

Daneben darf die Sitzverlegung nicht gegen Art. 8 Abs. 15 SE-VO verstoßen. Verstößt ein Hauptversammlungsbeschluss gegen eines der Sitzverlegungsverbote, so ist er unheilbar nichtig.¹²⁴³

b. Materielle Beschlusskontrolle

Bei der Frage, ob für Hauptversammlungsbeschlüsse materielle Beschlussvoraussetzungen mit der Folge der Anfechtbarkeit bei Verletzung gelten, handelt es sich um ein Grundproblem des

¹²³⁶ Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 67; Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 33.

¹²³⁷ Es reicht nicht, dass organisationsrechtliche Normen letztlich auch den Gläubigern zugute kommen, vgl. Hüffer, AktG, § 241, Rn. 17; siehe ferner zur Erforderlichkeit eines Inhaltsverstoßes Würthwein, in: Spindler/Stilz, AktG, § 241, Rn. 194; Hüffer, in: MüKo AktG, § 241, Rn. 46.

¹²³⁸ Es handelt sich um einen Verfahrensfehler, der gem. § 243 Abs. 1 AktG den Beschluss anfechtbar werden lässt, vgl. BGH NJW-RR 2006, 1110, 1113; Göz, in: Bürgers/Körber, AktG, § 243, Rn. 7; Hüffer, AktG, § 243, Rn. 11; zur Behandlung sog. „stimmloser Beschlüsse“ siehe ferner Semler/Asmus, NZG 2004, 881.

¹²³⁹ Zöllner, in: KK AktG (1. Aufl.), § 243, Rn. 97 ff.; Würthwein, in: Spindler/Stilz, AktG, § 243, Rn. 125; Hüffer, AktG, § 243, Rn. 19; Göz, in: Bürgers/Körber, § 243, Rn. 8 f.; Englisch, in: Hölters, AktG, § 243, Rn. 25.

¹²⁴⁰ Näher dazu Kubis, in: MüKo AktG, § 130, Rn. 82; Wicke, in: Spindler/Stilz, § 130, Rn. 69; Reger, in: Bürgers/Körber, AktG § 130, Rn. 59.

¹²⁴¹ SE-VOV 1989, BT-Drucks. 11/5427.

¹²⁴² Vgl. § 121 Abs. 6 AktG; Spindler, in: Lutter (Hrsg.), Europäische Gesellschaft, S. 223, 243.

¹²⁴³ S. o. unter D. II. 1. „Sitzverlegungsverbote“.

Gesellschaftsrechts, welches seit langem äußerst umstritten ist.¹²⁴⁴

Ganz überwiegend werden materielle Beschlusserfordernisse in der Literatur heute aus der Treupflicht hergeleitet.¹²⁴⁵ Demgegenüber hat der BGH – ohne die Treupflicht explizit dabei heranzuziehen – bekanntlich für den Bezugsrechtsausschluss festgestellt, dass dieser nicht im freien Ermessen der Mehrheit liege, sondern einer Rechtfertigung bedürfe.¹²⁴⁶ Eine inhaltliche Ausfüllung dieses Rechtfertigungserfordernisses erfolgte dann in der „Kali und Salz- Entscheidung“,¹²⁴⁷ welche im Folgenden weiter entwickelt und modifiziert wurde.¹²⁴⁸ Für die materielle Beschlusskontrolle¹²⁴⁹ bedeutet dies, dass der Eingriff der Mehrheit in die Mitgliedschaftsrechte der Minderheit nur unter bestimmten Bedingungen zulässig ist. So muss er aus der Sicht im Zeitpunkt der Beschlussfassung auch bei gebührender Berücksichtigung der Folgen für die betroffenen Aktionäre durch sachliche Gründe im Interesse der Gesellschaft gerechtfertigt sein und die Abwägung mit den Interessen der Minderheit darf nicht dessen Unverhältnismäßigkeit ergeben.¹²⁵⁰ Eine teilweise Aufgabe oder zumindest erhebliche Einschränkung lässt sich schließlich dem Siemens-Nold-Urteil entnehmen.¹²⁵¹ Maßgebend für die Zulässigkeit des Bezugsrechtsausschlusses soll danach nur noch sein, dass der Beschluss „im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft“ liegt. Eine Erforderlichkeits- und Angemessenheitsprüfung findet hier nicht mehr statt.¹²⁵²

Auf eine ausführliche Darstellung der gesamten Entwicklung der Rechtsprechung sowie des um-

¹²⁴⁴ Siehe dazu Wiedemann, GesR I, S. 435; Martens, in: Lutter/Stimpel u. a. (Hrsg.), FS Fischer (1979), S. 437, 445 f.; Lutter, ZGR 1981, 171, 178; Zöllner, Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 318 ff.; Hommelhoff, ZGR 1993, 452, 458; Timm, ZGR 1987, 403 ff.; Paefgen, Unternehmerische Entscheidungen, S. 66 ff. insbesondere zur Übertragbarkeit der Siemens/Nold-Formel auf andere Strukturentscheidungen (S. 105 ff.). Zum Sonderfall des Bezugsrechtsausschlusses siehe Wiedemann, GesR I, S. 447 ff.; Schumann, Bezugsrecht und Bezugsrechtsausschluss, S. 39 ff.; Zusammenfassung bei: Henze, DStR 1993, 1863, 1867 ff.; Schindler, Austrittsrecht, S. 167 ff. m. w. N.; überblicksartig G. H. Roth/Schubert, in: MüKo BGB, § 242, Rn. 479 ff.; Fastrich, in: Hönn/Oetker u. a. (Hrsg.), FS Kreutz, S. 585 ff.; Englisch, in: Hölter, AktG, § 243, Rn. 38 ff.; Hüffer, in: MüKo AktG, § 243, Rn. 53 f. Den Meinungsstand zur Inhaltskontrolle von Umwandlungsbeschlüssen zusammenfassend auch Hofmann, Minderheitenschutz, S. 549 ff.

¹²⁴⁵ Vgl. Hüffer, AktG, § 243, Rn. 21; ders., in: MüKo, AktG, § 243, Rn. 57; Zöllner, AG 2000, 145, 153 ff.; ihm folgend: Würthwein, in: Spindler/Stilz, AktG, § 243, Rn. 178; Boese, Anwendungsgrenzen, S. 24; Schwab, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 243, Rn. 11; ausführlich Wiedemann, in: Kübler/Mertens/Werner (Hrsg.), FS Heinsius, 949, 950 ff., der drei verschiedene Arten der Treupflicht unterscheidet. Ein anderer Ansatz findet sich bei Fastrich, in: Hönn/Oetker u. a. (Hrsg.), FS Kreutz, S. 585, 591, der maßgeblich auf ein Versagen der „Richtigkeitsgewähr“ analog der Inhaltskontrolle von Verträgen in typisierbaren Konstellationen abstellt. Die unterschiedlichen Auffassungen über Rechtsgrundlage sowie Inhalt der Treupflicht zusammenfassend Henze, BB 1996, 489, 491 ff.; Boese, Anwendungsgrenzen, S. 16 ff.

¹²⁴⁶ BGHZ 21, 354, 357 f. – Minimax I; BGHZ 33, 175, 186 – Minimax II.

¹²⁴⁷ BGHZ 71, 40.

¹²⁴⁸ Vgl. nur BGHZ 83, 319 – Holzmann; BGHZ 125, 239 – Deutsche Bank.

¹²⁴⁹ Terminologisch erscheint es hier zweckmäßig, sich an der üblichen Bezeichnung als „materielle Beschlusskontrolle“ zu orientieren, siehe etwa Schwab, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 243, Rn. 11. Die Begriffe „Sachgrund“ oder „sachliche Rechtfertigung“ sind ebenso gebräuchlich, wobei insbesondere die Bezeichnung „Sachgrund“ Kritik durch die Rechtsprechung auf sich gezogen hat, vgl. Boese, Anwendungsgrenzen, S. 3 f.; Paefgen, Unternehmerische Entscheidungen, S. 66; Zöllner, AG 2000, 145, 154.

¹²⁵⁰ BGHZ 71, 40, 43 ff. – Kali und Salz; aus der Literatur siehe nur Hüffer, in: MüKo, AktG, § 243, Rn. 57; ebenso bereits Zöllner, Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 350 ff.

¹²⁵¹ BGHZ 136, 133 – Siemens/Nold; zu den Konsequenzen dieser Entscheidung u. a. Hofmeister, NZG 2000, 713 ff.; Paefgen, Unternehmerische Entscheidungen, S. 74 ff.; Wiedemann, ZGR 1980, 147, 156 f.; Kraft/Krieger, in: Münchener Hdb. AG, § 56, Rn. 79 m. w. N.

¹²⁵² BGHZ 136, 133, Leitsatz a und der Sache nach ebenso S. 139; zustimmend Bungert, NJW 1998, 488 ff.; Hüffer, AktG, § 203, Rn. 11 f.; Kindler, ZGR 1998, 35 ff.

fangreichen Schrifttums zu dieser Frage muss an dieser Stelle verzichtet werden. Wichtig ist zunächst lediglich, dass der BGH bislang nicht entschieden hat, ob auch Umwandlungsbeschlüsse einer Inhaltskontrolle zu unterziehen sind.¹²⁵³ Auch der Gesetzgeber des Umwandlungsgesetzes hat dies ausdrücklich offen gelassen.¹²⁵⁴ Die ganz h. M. lehnt eine materielle Beschlusskontrolle für den Formwechsel ab.¹²⁵⁵ Zu den ablehnenden Stimmen ist auch *Mülbert* zu rechnen, dessen Theorie des rein vermögensmäßigen Schutzes der Aktionäre sich grundsätzlich nicht mit dem Institut der materiellen Inhaltskontrolle verträgt, soweit diese über die Bindung an den Verbandszweck hinausreicht.¹²⁵⁶

Unter Verweis auf das „Süssen“-Urteil des BGH¹²⁵⁷ fordert *Paefgen* die materielle Kontrolle des Holdinggründungsbeschlusses nach Art. 32 Abs. 6 SE-VO.¹²⁵⁸ Grund der Kontrolle ist in diesem Fall die Begründung einer Abhängigkeit, weswegen eine Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf die Sitzverlegung jedenfalls ausscheidet.

In Bezug auf den Sitzverlegungsbeschluss sind kaum Stellungnahmen zu finden. Soweit dies vereinzelt doch der Fall ist, wird eine Sachkontrolle mit dem Hinweis auf die Niederlassungsfreiheit abgelehnt. Die Niederlassungsfreiheit sei Sachgrund genug.¹²⁵⁹ Diese Begründung vermag jedoch vor dem Hintergrund nicht zu überzeugen, dass die materielle Beschlusskontrolle gerade zu einer Rechtfertigung im Einzelfall führen soll. Zwar eröffnet die Niederlassungsfreiheit für die Gesellschaft bestimmte Möglichkeiten, zu denen nach oben vertretener Auffassung auch die Sitzverlegung nach Art. 8 SE-VO zählt. Sie tritt aber in Bezug auf die konkrete Hauptversammlungskompetenz zur Beschlussfassung hinter die entsprechenden Regelungen zurück, hier vor allem Art. 8 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Abs. 2 S. 1, Abs. 6 S. 2, Art. 59 Abs. 1 SE-VO. Zum anderen setzt diese Auffassung die Rechtsgrundlagen- mit der Rechtfertigungsebene gleich,

¹²⁵³ Selbst soweit der Schutz speziell des Aktionärsinteresses an der Aufrechterhaltung seiner quotalen Beteiligung grundsätzlich anerkannt ist, ist nicht geklärt, ob alle Maßnahmen, die dieses Interesse betreffen, einer materiellen Beschlusskontrolle zu unterziehen sind, vgl. Boese, Anwendungsgrenzen, S. 2. Zu den Ansätzen in der Rechtsprechung, welche jedoch höchst vage sind, näher Dauner-Lieb/Tettinger, in: KK UmwG, § 233, Rn. 54 ff.

¹²⁵⁴ Ausweislich der Begründung zum UmwG war er sich zwar des Problems der materiellen Beschlusskontrolle als „Grundsatzproblem des Gesellschaftsrechts“ bewusst, enthielt sich jedoch einer Regelung, vgl. BT-Drucks. 12/6699, S. 86.

¹²⁵⁵ Petersen, in: KK UmwG, § 193, Rn. 3; Stratz, in: Schmitt/Hörtnagl/Start, UmwG, § 201, Rn. 2; Semler, in: Münchener Hdb. AG, § 41, Rn. 35; Happ/Göthel, in: Lutter, UmwG, § 233, Rn. 52 f. sowie Decher, ebda, § 193, Rn. 9; Meyer-Landrut/Kiem WM 1997, 1361, 1365; vgl. auch Zimmermann, in: Kallmeyer, UmwG, § 193, Rn. 10; Bärwaldt, in: Semler/Stengel, UmwG, § 193, Rn. 30; Ihrig, ebda, § 233, Rn. 28; wohl auch Vollrath, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 193 UmwG, Rn. 52; Bayer, ZIP 1997, 1613, 1624; K. Schmidt, in: GK AktG, § 243, Rn. 46; Weiler, NZG 2008, 527, 530; Zöllner, AG 2000, 145, 155; im Grundsatz zustimmend auch Paefgen, Unternehmerische Entscheidungen, S. 113; genauso zum Delisting Meyer-Landrut/Kiem, WM 1997, 1361, 1367; differenzierend Dauner-Lieb/Tettinger, in: KK UmwG, § 233, Rn. 53, wonach eine Kontrolle der gestaltbaren Folgen möglich sein muss; a. A. (Kontrolle jeder mehrheitlichen Beschlussfassung) Wiedemann, ZGR 1980, 147, 157; ders., in: Kübler/Mertens (Hrsg.), FS Heinsius, S. 949, 963; ähnlich Martens, GmbHR 1984, 265, 269 f.

¹²⁵⁶ Mülbert, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt S. 356 ff.; diesem zustimmend Schwark, in: Martens/H. P. Westermann u. a. (Hrsg.), FS Claussen, S. 357, 363; kritisch dazu Hüffer, in: MüKo AktG, § 243, Rn. 56.

¹²⁵⁷ BGHZ 80, 69 – Süssen.

¹²⁵⁸ Paefgen, in: KK AktG, Art. 32 SE-VO, Rn. 124 f.; a. A. Göz, ZGR 2008, 593, 605. Aufgegriffen hat die Problematik für die Holdinggründung zuvor Teichmann, AG 2004, 67, 70 ff., der allerdings ein klares Ergebnis vermissen lässt.

¹²⁵⁹ So Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 28; Hoger, Kontinuität, S. 279; i. E. genauso, allerdings ohne Begründung Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 59.

was in der Konsequenz immer zu einem Ausschluss der materiellen Beschlusskontrolle führen muss. Dementsprechend müsste z. B. auch § 186 Abs. 3 S. 1 AktG als Sachgrund gelten – jeder Beschluss trüge seine Rechtfertigung in sich.¹²⁶⁰

Das Verhältnis der materiellen Beschlusskontrolle zur Niederlassungsfreiheit ist indes ein anderes: Die aus einer etwaigen materiellen Beschlusskontrolle folgende Beschränkung wäre – wie auch die gesetzlichen Regelungen zum Minderheitenschutz – ihrerseits nach den Regeln des „Vier-Faktoren-Tests“ an der Niederlassungsfreiheit zu messen.¹²⁶¹

Unabhängig davon, woraus das Erfordernis einer materiellen Beschlusskontrolle herzuleiten wäre, muss jedoch zuerst geklärt werden, in welchem Verhältnis dazu die gesetzlichen Minderheitsrechte, insbesondere die Abfindungsansprüche stehen. Denn die h. M. nimmt an, dass eine materielle Beschlusskontrolle überhaupt nur möglich und erforderlich ist, wenn keine normative Abwägung in diesem Sinne existiert.¹²⁶² Tatsächlich ist eine Rechtskontrolle auch von Umwandlungsbeschlüssen aber zumindest in beschränktem Umfang allgemein anerkannt, und zwar in den Fällen der Ungleichbehandlung¹²⁶³ und des Verstoßes gegen gesellschaftsrechtliche Treuepflichten, etwa durch die Verfolgung von Sondervorteilen bzw. Missbrauch.¹²⁶⁴ Die Anteilshaber selbst haben es demzufolge in der Hand, einen etwaigen Missbrauch des Gestaltungsmittels durch eine Unwirksamkeitsklage zu sanktionieren. Daran ist auch für den Sitzverlegungsbeschluss festzuhalten, wenn auch konkrete Verstöße hier schwer vorstellbar sind.

Die materielle Beschlusskontrolle nach der Kali- und Salz-Formel geht jedoch über diese negativen Begrenzungen der Mehrheitsmacht hinaus, indem sie als Wirksamkeitsvoraussetzung des Beschlusses eine positive Pflicht statuiert, die Entscheidung sachlich im Interesse der Gesellschaft zu rechtfertigen. Es ist demnach darzulegen, dass die Entscheidung insbesondere zur weiteren Verfolgung des Gesellschaftszwecks geeignet, erforderlich und – auch im Hinblick auf

¹²⁶⁰ So die Formulierung des BGH (allein) hinsichtlich des Auflösungsbeschlusses: BGH v. 28.1.1980, II ZR 124/78, BGHZ 76, 352, 353; 103, 184, 190 – Linotype; ebenso in Bezug auf den Formwechsel Happ/Göthel, in: Lutter, UmwG, § 233, Rn. 52.

¹²⁶¹ Zur Vereinbarkeit der materiellen Beschlusskontrolle mit der EG-Kapitalrichtlinie vgl. EuGH v. 19.11.1996, Rs. C-42/95, Slg. 1996, I-6028 (für Sachkapitalerhöhung) – Siemens/Nold sowie die Schlussanträge des Generalanwalts Tesauo, ZIP 1996, 1825; Peifer, in: MüKo AktG, § 186, Rn. 78; Schumann, Bezugsrecht und Bezugsabschluss, S. 37; a. A. Drinkuth, Die Kapitalrichtlinie, S. 245 f.; Kindler, ZHR 158 (1994), 339, 357 f., der aus der Berichtspflicht des Art. 29 Abs. 4 KapRL direkt das Erfordernis eines besonderen Gesellschaftsinteresses ableitet; entsprechend kritisch ders. zum Siemens/Nold-Urteil, ZGR 1998, 35, 41 ff.

¹²⁶² Lutter, ZGR 1981, 171, 176; Wiedemann, ZGR 1999, 857, 871; Hüffer, in: MüKo, AktG, § 243, Rn. 57; Decher, in: Lutter, UmwG, § 193, Rn. 9; Petersen, in: KK UmwG, § 193, Rn. 3; Binnewies, GmbHR 1997, 727, 728 ff.; Priester, ZGR 1990, 420, 443; Zöllner, AG 2000, 145, 155; Henze, ZIP 1995, 1473, 1476; Boese, Anwendungsgrenzen, S. 28, 30, 32; Meyer-Landrut/Kiem, WM 1997, 1361, 1365; H. P. Westermann, in: Bierich (Hrsg.), FS Semler, S. 651, 660 f., 666; Semler, in: Münchener Hdb. AG, § 41, Rn. 35; ähnlich auch Teichmann, AG 2004, 67, 72; differenzierend Paefgen, in: KK AktG, Art. 32 SE-VO, Rn. 123 zur SE-Holdinggründung; grundlegend zum Ganzen ders., Unternehmerische Kontrolle, S. 108 ff.

¹²⁶³ BGH v. 9.5.2005, II ZR 29/03, NZG 2005, 722, 723 f.; hierzu Dauner-Lieb/Tettinger, in: KK UmwG, § 233, Rn. 54.

¹²⁶⁴ BGHZ 80, 69, 71; 103, 184, 190, 193 – Linotype; K. Schmidt, in: GK AktG, § 243, Rn. 46 f.; Binnewies, GmbHR 1997, 727; Lamprecht, ZIP 1996, 1372 f. zu OLG Düsseldorf, ZIP 1996, 1211; Henze, ZIP 1995, 1473, 1477; ders., BB 1996, 489, 490 ff.; Meyer-Landrut/Kiem, WM 1997, 1361, 1366; Ihrig, in: Semler/Stengel, UmwG, § 233, Rn. 29; Happ/Göthel, UmwG, § 233, Rn. 53. Vgl. zum Machtmissbrauch ferner Semler, in: Münchener Hdb. AG, § 41, Rn. 36; Decher, in: Lutter, UmwG, § 193, Rn. 9 a. E., Fastrich, in: Hönn/Oetker u. a. (Hrsg.), FS Kreutz, S. 585 f.; differenzierend Dauner-Lieb/Tettinger, in: KK UmwG, § 233, Rn. 52, 66.

die Interessen der überstimmten Minderheit – angemessen ist.¹²⁶⁵ Richtig daran ist, dass auch eine unter Umständen vorgesehene Barleistung als Kompensation nichts an der Bindung an den Gesellschaftszweck zu ändern vermag.¹²⁶⁶ Dies ergibt sich bereits daraus, dass andernfalls ein „Freikaufen“ vom Einstimmigkeitsprinzip möglich wäre, welches für die Änderung des Formalziels gilt.¹²⁶⁷ Ob im konkreten Fall jedoch Bedarf für eine derartige Verhältnismäßigkeitsprüfung besteht, hängt davon ab, ob die gesetzlichen Minderheitsrechte sich innerhalb des durch den Zivilgesetzgeber zu gewährenden verfassungsrechtlich verbürgten Mindestschutzes bewegen, dahinter zurückbleiben oder sogar darüber hinausgehen. Denn Zielrichtung der materiellen Beschlusskontrolle ist gleichfalls der Schutz der überstimmten Aktionäre. Aus Sicht des Gewaltenteilungs- und Demokratieprinzips ist es jedoch in erster Linie die Aufgabe des Gesetzgebers, den Einfluss der Grundrechte auf das Privatrecht zur Geltung zu bringen.¹²⁶⁸ Hat der Gesetzgeber demnach der Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG innewohnenden Schutzgebotsfunktion¹²⁶⁹ bereits hinreichend entsprochen oder sie gar übertroffen,¹²⁷⁰ verbleibt kein Raum für eine weitergehende Verhältnismäßigkeitskontrolle. Umgekehrt ist eine solche Kontrolle jedoch nicht bereits deswegen ausgeschlossen, weil überhaupt gesetzliche Regeln zum Schutz der Minderheitsaktionäre existieren. Denn solche können aus verfassungsrechtlicher Sicht unzureichend sein. Hat der Gesetzgeber von seiner Befugnis zur Inhalts- und Schrankenbestimmung im Rahmen des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG jedoch Gebrauch gemacht, so wird die unmittelbare Kontrolle der Verhältnismäßigkeit der Mehrheitsentscheidung durch die Möglichkeit einer Überprüfung der gesetzlichen Schutzregeln anhand des Verfassungsrechts insoweit verdrängt. Im Ergebnis sind damit lediglich Korrekturen solcher Hauptversammlungsbeschlüsse durch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zu befürworten, für die keine oder nur unzureichende gesetzliche Schutzregelungen existieren.¹²⁷¹

¹²⁶⁵ BGHZ 71, 40, 46 – Kali und Salz; BGHZ 80, 69, 74; 103, 184, 190, 193 – Linotype. Der maßgebliche Unterschied besteht dabei nicht nur in den abweichenden Kontrollkriterien, sondern vor allem in der Frage der Darlegungs- und Beweislast im Anfechtungs- bzw. Feststellungsprozess, vgl. Binnewies, GmbHR 1997, 727; K. Schmidt, in: GK AktG, § 243, Rn. 47.

¹²⁶⁶ Wiedemann, GesR I, S. 446; Paefgen, Unternehmerische Entscheidungen, S. 96; ders., in: KK AktG, Art. 32, Rn. 123; Mülbart, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, S. 351 f., 354 f.

¹²⁶⁷ H. M. für die Aufgabe des erwerbswirtschaftlichen Zwecks: Holzborn, in: Spindler/Stilz, AktG, § 179, Rn. 60; Zöllner, in: KK AktG, § 179, Rn. 113; Röhrich, in: GK AktG, § 23, Rn. 91; Stein, in: MüKo AktG, § 179, Rn. 132. Für andere Zweckänderungen (Änderungen des Unternehmensgegenstands) vgl. hingegen Wiedemann, GesR I, S. 155; ders. in: GK AktG, § 179, Rn. 3 f.; Zöllner, in: KK AktG, § 179, Rn. 2, wonach hier qualifizierte Stimmenmehrheit genügt.

¹²⁶⁸ Ähnlich Wiedemann, ZGR 1999, 857, 871; Durner, in: Schmoeckel (Hrsg.), Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, S. 21. Für einen zwischen der Frage der Bindung an den Gesellschaftszweck und der Notwendigkeit einer darüber hinausgehenden Beschlusskontrolle differenzierenden Ansatz ebenso Paefgen, Unternehmerische Entscheidungen, S. 113.

¹²⁶⁹ Dazu vgl. die Ausführungen oben unter: C. II. 8. a. (2) „Eigentumsgrundrecht und Spielraum des Gesetzgebers: Zum Verhältnis zwischen Zwangsausschluss und Austrittsrecht“.

¹²⁷⁰ Dies ist zum einen der Fall, wenn die Schutzgebotsfunktion erst gar nicht zum Tragen kommt, weil die Schwelle eines hinreichend schweren Eingriffs in die Grundrechte der Minderheitsaktionäre gar nicht erst überschritten wurde und zum anderen dann, wenn diese zwar grundsätzlich zum Tragen kommt, die gesetzlichen Regelungen den Nachteil der Minderheit aber überkompensieren.

¹²⁷¹ Paefgen geht demgegenüber generell von einem nur anhand des Gesellschaftsinteresses überprüfbareren Ermessensspielraum der Organe bei unternehmerischen Entscheidungen aus. Eine darüber hinausgehende Verhältnismäßigkeitskontrolle soll durch gesetzliche Abfindungsvorschriften nur verdrängt werden, wenn und soweit diese etwaige aus der Treupflicht abzuleitende Minderheitsinteressen bei der Artikulation des Gesellschaftsinteresses hinreichend berücksichtigen, vgl. Paefgen, in: KK AktG, Art. 32 SE-VO, Rn. 123, 126 f.; ders., Unternehmerische Entscheidungen, S. 113 f. Von diesem Ansatz unterscheidet sich die hier vertretene

Durch die Möglichkeit des Austrittsrechts anlässlich einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung werden die minderheitsbelastenden Wirkungen nach hier vertretener Ansicht jedoch bereits überkompensiert. Eine materielle Beschlusskontrolle i. S. e. Verhältnismäßigkeitsprüfung ist deshalb für den Sitzverlegungsbeschluss generell abzulehnen.¹²⁷²

Dieses Ergebnis, die grenzüberschreitende Sitzverlegung keiner materiellen Beschlusskontrolle zu unterwerfen, widerspräche nicht einmal dem Erfordernis einer solchen Kontrolle in der Form, wie es der BGH in seiner „Kali und Salz- Entscheidung“¹²⁷³ ursprünglich gefordert hatte. Denn die Sitzverlegung trifft im Gegensatz zu einem Bezugsrechtsausschluss und stattdessen insoweit vergleichbar mit einem Auflösungsbeschluss Mehrheits- und Minderheitsgesellschaftler jeweils im Rahmen ihrer Beteiligung gleichermaßen.¹²⁷⁴

c. Rechtsfolgen des Beschlusses und Organhaftung

(1) Anwendbarkeit des deutschen Rechts

Mangels spezieller Vorschriften der SE-VO richten sich die allgemeinen Folgen des Beschlusses und die Haftung der Organe gegenüber den Aktionären grundsätzlich nach dem Recht des Sitzstaates gem. Art. 10 SE-VO.¹²⁷⁵ Art. 51 SE-VO gilt nur für die Haftung für Schäden der SE. Aus dem Wegfall spezieller Bestimmungen zu einer Aktionärsklage, die noch in Art. 81 a SE-VOV 1975 enthalten waren, kann nicht gefolgert werden, dass der Ordnungsgeber die Ersatzpflicht auf Schäden der SE begrenzen wollte.¹²⁷⁶ Auch nicht zur Anwendung gelangt Art. 9 Abs. 1 c ii SE-VO.¹²⁷⁷ Denn die Außenhaftung der SE fällt nicht mehr in den Regelungsbereich der Verordnung, so dass diesbezüglich auch der Erlass SE-spezifischen Rechts durch die Mitgliedstaaten im Hinblick auf diesen Gegenstand gehindert ist.

Wegen der Anknüpfung an den Satzungssitz ist im Folgenden zwischen den Rechtsfolgen des Beschlusses, den Ansprüchen mit Entstehenszeitpunkt vor und nach Wirksamwerden der Sitzverlegung zu unterscheiden. Besonderheiten betreffend Anspruchsinhalt und -voraussetzungen ergeben sich für die Sitzverlegung aufgrund der strikten Verweisung auf das Sitzstaatrecht nicht.

Ansicht damit lediglich in ihrem verfassungsrechtlichen Ausgangspunkt. Im Ergebnis würde wohl in den Fällen einer verfassungsrechtlichen Unterschreitung des gesetzlichen Mindestschutzes die hier vorgeschlagene Kontrolle zum gleichen Ergebnis führen.

¹²⁷² Entsprechend zum Formwechsel etwa Binnewies, GmbHR 1997, 272, 279 f.

¹²⁷³ BGHZ 71, 40.

¹²⁷⁴ Entsprechend zum Auflösungsbeschluss Henze, ZIP 1995, 1473, 1476, für den der BGH entschieden hat, dass hier eine materielle Beschlusskontrolle zu Zwecken des Minderheitenschutzes grundsätzlich nicht verlangt werden kann, vgl. BGHZ 103, 184, 188 – Linotype; ferner BGHZ 76, 352, 353; zustimmend etwa Boese, Anwendungsgrenzen, S. 15 m. w. N. Für eine Beschränkung der Inhaltskontrolle auf die Fälle, in denen ein Interessenkonflikt zu befürchten ist, auch Paefgen, in: KK AktG, Art. 32 SE-VO, Rn. 127.

¹²⁷⁵ I. E. genauso, Eberspächer, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 51, SE-VO, Rn. 1, allerdings ohne Nennung der Verweisungsvorschrift; vgl. dazu die Ausführungen oben, unter: B. II. 4. b. (2) „Art. 10 und der Regelungsbereich der SE-VO“. Zur Anwendbarkeit gelangt demnach auch die deutsche „Business Judgement Rule“ gem. §§ 116 S. 1, 93 Abs. 1 S. 2 AktG, siehe Paefgen, in: KK AktG, Art. 40, Rn. 13.

¹²⁷⁶ Im Einzelnen dazu Teichmann, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 51, Rn. 2 ff., 11; Manz, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-Kommentar, Art. 51, Rn. 9; Merkt, ZGR 2003, 650, 674.

¹²⁷⁷ So aber Siems, in: KK AktG, Art. 51 SE-VO, Rn. 1; Merkt, ZGR 2003, 650, 674; Hirte, NZG 2002, 1, 5.

(2) Ausführungspflicht und Schadenersatz gem. § 93 AktG

Der Beschluss löst nach § 83 Abs. 2 AktG die Verpflichtung des Vorstands zur Ausführung dieses Beschlusses aus.¹²⁷⁸ Zu den Ausführungspflichten bei satzungsändernden Beschlüssen gehört immer die Eintragung des Beschlusses.¹²⁷⁹ Diese richtet sich für wegziehende deutsche SE`s nach Art. 8 Abs. 6 S. 2 SE-VO i. V. m. Art. 59 Abs. 3, 13 SE-VO, der wiederum auf die Offenlegungsvorschriften des nationalen Rechts verweist, also § 181 Abs. 1 S. 2 und 2 AktG. Im Fall einer Sitzverlegung gehört daneben die Veranlassung des Ausstellens der Bescheinigung nach Art. 8 Abs. 8 SE-VO zu den Ausführungspflichten. Verstöße gegen diese Verpflichtung können intern Schadenersatzansprüche der Gesellschaft nach Art. 51 SE-VO i. V. m. §§ 83 Abs. 2, 93 Abs. 2 S. 1 AktG hervorrufen¹²⁸⁰ und eine Abberufung des Vorstands „aus wichtigem Grund“ gem. § 84 Abs. 3 S. 1, 2 AktG rechtfertigen.¹²⁸¹

Ob den Aktionären hinsichtlich der Durchführung des Hauptversammlungsbeschlusses zudem ein individueller Erfüllungsanspruch gegen die Gesellschaft zukommt, der sich aus ihren Mitgliedschaftsrechten ergibt, oder ob lediglich der Aufsichtsrat anspruchsberechtigt ist, ist umstritten. Nach einer Ansicht kommt allein dem Aufsichtsrat als Kontrollorgan die Befugnis zu, Erfüllung zu verlangen. Die aus der Mitgliedschaft resultierenden Rechte der Aktionäre beschränken sich dieser Ansicht zufolge auf Stimmrecht und Mitwirkungsbefugnisse i. R. d. Hauptversammlung.¹²⁸² Nach der Gegenansicht folgt aus der vertraglichen, auf gegenseitigen Verpflichtungen beruhenden Natur der Mitgliedschaft bereits ein solches Recht.¹²⁸³ Dies wird damit begründet, dass die Leitungspflicht der Organe nichts anderes sei als die Kehrseite des Anspruchs des Aktionärs auf gesetz- und satzungskonformes Verhalten der Gesellschaft.¹²⁸⁴ Auch die Minderheitsrechte wären dieser Auffassung zufolge letztlich Teil eines einheitlichen Anspruchs der Aktionäre auf Einhaltung der durch Satzung und Gesetz gezogenen Grenzen des Organhan-

¹²⁷⁸ Dazu zählen alle Maßnahmen, die zum Wirksamwerden im Außenverhältnis und zur tatsächlichen Verlegung führen, z. B. die Anmeldung beim zuständigen Register, aber auch diejenigen Maßnahmen, die von Gesetzes wegen zwingend an die Sitzverlegung geknüpft sind, wie etwa die Verlegung der Hauptverwaltung.

¹²⁷⁹ Fleischer, BB 2005, 2025.

¹²⁸⁰ Vgl. Paefgen, in: KK AktG, Art. 40 SE-VO, Rn. 13; Habersack, in: GK AktG, § 83, Rn. 14 (Pflicht zur Handelsregisteranmeldung). Bei einer SE mit monistischer Struktur ist § 93 auf den dort vorhandenen Verwaltungsrat nach § 39 SEAG und auf die geschäftsführenden Direktoren nach § 40 Abs. 8 SEAG entsprechend anwendbar, vgl. Hölters, AktG, § 93, Rn. 10; Spindler, in: Lutter (Hrsg.), Europäische Gesellschaft, S. 223, 235 f. Dazu im Einzelnen Merkt, ZGR 2003, 650, 671 ff.

¹²⁸¹ Reichert/Brandes, in: MüKo AktG, Art. 39 SE-VO, Rn. 33; Paefgen, in: KK AktG, Art. 39, Rn. 69 f.; Schwarz, SE-VO, Art. 39, Rn. 63; Eberspächer, in: Spindler/Stilz, Art. 39, Rn. 9; Seibt, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 39, Rn. 24; Hirte, NZG 2002, 1, 5; a. A. (grundlose Abberufung jederzeit möglich) Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 495; Schindler, Europäische Aktiengesellschaft, S. 68 f.; Theisen/Hölzl in Theisen/Wenz S. 288 für die monistische SE. Siehe ferner zur Abberufung Rasner, ZGR 1992, 314, 322.

¹²⁸² Bauer Organklagen zwischen Vorstand und Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, 1986, S. 105; Lutter, AcP 180 (1980), 84, 140 ff.; ders., JZ 2000, 837, 841; Hoffmann-Becking, ZHR 167 (2003), 357, 360 f.; Baums, Gutachten zum 63. DJT (2000), F 200 f.; Hopt, in: GK AktG, § 93, Rn. 469.

¹²⁸³ Paefgen, Unternehmerische Entscheidungen, S. 314 ff. m. ausführlicher Begründ.; ders., ZHR 172 (2008), 42, 79 f.; neuerdings so auch Mertens/Cahn in KK AktG, § 83, Rn. 12, § 93, Rn. 240, Vorb. § 76, Rn. 5; genauso: Hüffer, AktG, § 83, Rn. 6 a. E. (Aktionärsklagen ausnahmsweise zulässig); Spindler, in: MüKo AktG, § 83, Rn. 25; Habersack, in: GK AktG, § 83, Rn. 16; Zöllner ZGR 1988, 392, 415; Becker, Verwaltungskontrolle durch Gesellschafterrechte, S. 75 ff. und S. 598 ff.; Hommelhoff ZHR 143 (1979), 288, 310; Seibt, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 83, Rn. 14; Hölters, AktG, § 83, Rn. 12; Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93, Rn. 292.

¹²⁸⁴ Paefgen, Unternehmerische Entscheidungen, S. 317; Becker, Verwaltungskontrolle durch Gesellschafterrechte, S. 76 f.

delns.¹²⁸⁵ Für den hier interessierenden Anspruch auf Unterlassen der Durchführung eines rechtswidrigen Sitzverlegungsbeschlusses dürfte, folgt man dieser Auffassung, jedenfalls nichts anderes gelten.¹²⁸⁶

Tatsächlich überzeugt eine isolierte Beurteilung jeweils von (präventiven und nachträglichen) Kontroll- und Ausgleichsrechten der Aktionäre nicht. Es kann aber weder im Gesellschafts- noch im Aktionärsinteresse liegen, erkanntermaßen rechtswidriges Organhandeln zuzulassen, um dann im Nachgang die Folgen im Klagewege zu bekämpfen. Demnach könnten auch die Minderheitsaktionäre verlangen, dass ein rechtswidriger Sitzverlegungsbeschluss gar nicht erst zur Eintragung in das Handelsregister des Wegzugsstaates angemeldet wird. Dies hätte zur Folge, dass es in diesem Fall an einer „der Verlegung vorangehenden Rechtshandlung bzw. Formalität des Wegzugsstaates“ fehlt, so dass die Rechtmäßigkeitsbescheinigung nach Art. 8 Abs. 8 SE-VO auch nicht ausgestellt werden kann. Verweigerte man mit der Gegenauffassung jedoch eine präventive Rechtmäßigkeitskontrolle, so würde das Austrittsrecht gegen Barabfindung nicht zuletzt auch der Kompensation solcher Fehler dienen, für die etwaige nachgelagerte Schadenersatzansprüche allein als ungenügend anzusehen wären. Diese zweifelhafte Funktion würde nicht nur dazu führen, dass sich ein Teil der Aktionäre damit elegant aus der Verantwortung zurückziehen könnte, sondern würde darüber hinaus helfen, die Rechtsverletzung mit Wirkung für alle Gesellschafter zu zementieren. Dies sollte vermieden werden. Ein präventiver Anspruch ist den Aktionären deshalb aus den oben genannten Gründen zuzuerkennen.

Aus dem Blickwinkel der die Sitzverlegung ablehnenden Minderheit stellt sich des Weiteren die Frage, wann auf der Grundlage des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG bei Durchführung einer fehlerhaften Sitzverlegungsentscheidung auf Schadenersatz geklagt werden kann. § 93 wurde i. R. d. UMAG-Reform neu formuliert und verankert in Abs. 1 S. 2, dem Vorbild des US-amerikanischen Rechts folgend, eine „Business Judgement Rule“ jetzt auch im deutschen Recht.¹²⁸⁷ Die Vorschrift schafft damit einen neuen Rahmen für das Spannungsverhältnis zwischen unternehmerischem Ermessen und Überprüfbarkeit des Organhandelns.¹²⁸⁸ Sie verleiht den Aktionären allerdings keine Individualklagebefugnis.¹²⁸⁹

Ausgeschlossen ist die Klage zudem, wenn ein gesetzmäßiger Hauptversammlungsbeschluss zugrunde liegt. Ein Hauptversammlungsbeschluss ist gesetzmäßig, wenn er weder nichtig noch anfechtbar ist. Auf gesetzwidrige Beschlüsse können sich die den Beschluss ausführenden Vorstandsmitglieder nicht berufen.¹²⁹⁰ Durch den Ablauf der Anfechtungsfrist werden jedoch an-

¹²⁸⁵ Paefgen, *Unternehmerische Entscheidungen*, S. 319. Zu den geschriebenen und ungeschriebenen Grenzen der Mehrheitsmacht im Einzelnen vgl. oben b. „Materielle Beschlusskontrolle“.

¹²⁸⁶ Becker, *Verwaltungskontrolle durch Gesellschafterrechte*, S. 621; zu den Voraussetzungen im Einzelnen vgl. Paefgen, *Unternehmerische Entscheidungen*, S. 321 ff.

¹²⁸⁷ Ausführlich dazu Paefgen, AG 2004, 245 ff. m. w. N.; ferner Hüffer, in: Bayer/Habersack (Hrsg.), *Aktienrecht im Wandel II*, S. 377 ff. Zur Einführung der „Business Judgement Rule“ auch im griechischen Gesellschaftsrecht siehe ferner Rokas, in: Grundmann/Mülbert u. a. (Hrsg.), *FS Hopt*, S. 3291, 3297.

¹²⁸⁸ Eingehend hierzu BGHZ 135, 244 ff.; 152, 280 ff.; näher zu dieser Rechtsprechung Paefgen, AG 2004, 245, 247 sowie grundlegend hierzu ders., *Unternehmerische Entscheidungen*, S. 151 ff., 257 ff.

¹²⁸⁹ Anders ist die Rechtslage diesbezüglich z. B. in Schweden, wo die Gesellschaftsorgane auch gegenüber den Aktionären grundsätzlich für Schäden haften, die aus gesetzes- oder satzungswidrigem Verhalten folgen, vgl. Hein, in: Jannott/Frodermann, *Hdb. Europ. AG*, 16. Kap., Rn. 3447.

¹²⁹⁰ Spindler, in: *MüKo AktG*, § 93, Rn. 208; Fleischer, *BB* 2005, 2015, 2026; Habersack, in: *GK AktG*, § 83, Rn.

fechtbare Beschlüsse rückwirkend unanfechtbar. Streitig ist deshalb, ob sie dann auch gesetzmäßig im Sinne des § 93 Abs. 4 S. 1 sind, so dass sie das Handeln der Vorstandsmitglieder decken.¹²⁹¹ Nach wohl h. M. soll eine Haftung in diesen Fällen nur dann zu bejahen sein, wenn es der Vorstand pflichtwidrig unterlassen hat, den Beschluss durch Anfechtung zu beseitigen und der Gesellschaft Schäden durch die Ausführung dieses Beschlusses drohen.¹²⁹² Fehlt es hingegen an der Anfechtbarkeit, ist der Hauptversammlungsbeschluss aber dennoch schädlich für die Gesellschaft, so kann hieraus auch keine Haftung des ausführenden Organs erwachsen.¹²⁹³ Entsprechendes hat für einen Hauptversammlungsbeschluss zu gelten, welcher zwar nichtig ist, für den aber nach den Vorschriften des § 242 AktG Heilung eingetreten ist.¹²⁹⁴ Daraus folgt, dass im Falle einer Eintragung der Sitzverlegung im Zuzugsstaat selbst bei Nichtigkeit zumeist keine Möglichkeit mehr besteht, wegen Schäden der Gesellschaft gegen diesen Beschluss vorzugehen. Soweit aber das pflichtwidrige Unterlassen einer Anfechtung in Frage steht, ergibt sich im Ergebnis für das deutsche Recht dasselbe aus der abschließenden Verweisung in Art. 51 SE-VO auf das Recht des Zuzugsstaates.

Den Anspruch gegen die Gesellschaft macht im Regelfall der Aufsichtsrat nach § 112 AktG geltend. Ausnahmsweise kann er auch aufgrund eines Mehrheitsbeschlusses bzw. auf Verlangen einer Minderheit verfolgt werden.¹²⁹⁵ Die Geltendmachung der Ersatzansprüche aus § 93 Abs. 2 AktG richtet sich in diesem Fall nach § 147 AktG.¹²⁹⁶ Nach § 147 Abs. 1 S. 1 AktG müssen die Ansprüche geltend gemacht werden, wenn die Hauptversammlung dies mit einfacher Stimmenmehrheit beschließt.¹²⁹⁷ Im Regelfall erfolgt die Bestellung eines besonderen Vertreters zum Zweck der Geltendmachung der Ersatzansprüche durch Mehrheitsbeschluss der Hauptversammlung nach § 147 Abs. 2 S. 1 AktG.¹²⁹⁸ Das Gericht kann diesen aber auch auf Antrag ersetzen

12; Haertlein, ZHR 168 (2004), 437, 445 f.; Mertens/Cahn, in: KK AktG, § 83, Rn. 9; Wiesner, in: Münchener Hdb. AG, § 26, Rn. 15.

¹²⁹¹ Hierfür: Fleischer, BB 2005, 2025, 2027; Haertlein, ZHR 168 (2004), 437, 446; Hüffer, AktG, § 93, Rn. 25; Habersack, in: GK AktG, § 83, Rn. 12; dagegen: Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, S. 269. Ausführlich zum Ganzen Volhard, ZGR 1996, 55 ff.

¹²⁹² Mertens/Cahn, in: KK AktG, § 93, Rn. 156; Spindler, in: MüKo AktG, § 93, Rn. 208; Fleischer in Spindler/Stilz, AktG, § 93, Rn. 271, 273; ders., BB 2005, 2025, 2027; Hefermehl, in: Fischer/Hefermehl (Hrsg.), FS Schilling, S. 159, 167; Hopt in GK AktG, § 93, Rn. 323.

¹²⁹³ Hefermehl, in: Fischer/Hefermehl (Hrsg.), FS Schilling, S. 159, 168. Nach zutreffender Ansicht stellt die Auferlegung gesellschaftsschädlichen Verhaltens auch keinen Anfechtungsgrund dar, weil eine Selbstschädigung der Gesellschafter grundsätzlich nicht ausgeschlossen ist, vgl. nur Spindler, in: MüKo AktG, § 93, Rn. 208; a. A. Zöllner, Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 43, 326 ff., der die Anfechtbarkeit der Beschlüsse über § 243 hinaus auf jede fahrlässige Verletzung der Verbandsinteressen bzw. jede pflichtwidrige Schädlichkeit erweitert.

¹²⁹⁴ Spindler, in: MüKo AktG, § 93, Rn. 209; Hüffer, AktG, § 93, Rn. 26, § 242, Rn. 7; Hopt, in: GK AktG, § 93, Rn. 321; Fleischer in Spindler/Stilz, § 93, Rn. 230; ders., BB 2005, 2025, 202; a. A. Casper, Die Heilung nichtiger Beschlüsse, S. 188 f., der den Vorstand in keinem Fall nach Heilung für das Versäumen der Erhebung einer Nichtigkeitsklage mehr verantwortlich machen will; Mertens/Cahn, in: KK AktG, § 93, Rn. 155.

¹²⁹⁵ Baums, Gutachten zum 63. DJT (2000), F 224; Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93, Rn. 290.

¹²⁹⁶ Dazu bereits rechtsvergleichend oben: C. I. 2. b. (5) „Kontroll- und Sonderprüfungsrechte“. Zu den verfolgbaren Ansprüchen gehören auch solche gegen bereits ausgeschiedene Organmitglieder, vgl. Schröer, in: MüKo AktG, § 147, Rn. 16; Holzborn, in: Bürgers/Körber, AktG, § 147, Rn. 4; Hüffer, AktG, § 147, Rn. 2; Mock, in: Spindler/Stilz, AktG, § 147, Rn. 13.

¹²⁹⁷ Siehe zur vergleichbaren Rechtslage in Belgien Bertrand/Coibion, ECFR 2009, 270, 282.

¹²⁹⁸ Der besondere Vertreter hat in jüngerer Zeit vermehrt die Aufmerksamkeit in Literatur und Rechtsprechung auf sich gezogen, wobei insbesondere um dessen Informations- und Auskunftsrechte gestritten wurde, vgl. nur OLG München, v. 28.11.2007, 7 U 4498/07, NZG 2008, 230; hierzu: Mock, DB 2008, 393 ff.; Wirth/Pospiech, DB

einer Aktionärsminorität, deren Anteile zusammen 10% des Grundkapitals oder den anteiligen Betrag von einer Million Euro erreichen, wenn dies dem Gericht „zweckmäßig“ erscheint, § 147 Abs. 2 S. 2 AktG.¹²⁹⁹ Der besondere Vertreter ist jedenfalls nur befugt, Ansprüche der Gesellschaft geltend zu machen, nicht solche, die speziell den Minderheitsaktionären zukommen.¹³⁰⁰ Er wird damit zwar im Interesse des Minderheitenschutzes tätig, allerdings nur zur Abwendung der aus Interessenskonflikten entstehenden Gefahr einer Nichtdurchsetzung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft.¹³⁰¹

§ 148 Abs. 1 S. 1 AktG erlaubt unter bestimmten Voraussetzungen neuerdings jedoch auch eine Geltendmachung der Ansprüche durch einzelne Aktionäre im eigenen Namen. Erforderlich ist hierfür ein erfolgreicher Antrag auf Klagezulassung, über den gerichtlich nach Prüfung der in § 148 Abs. 1 S. 2 genannten Voraussetzungen entschieden wird.¹³⁰² Klage und Klagezulassungsverfahren sind subsidiär gegenüber einer Klage durch die Gesellschaft selbst, vgl. Abs. 3 S. 1 und 2. Da aber auch § 148 S. 1 AktG keine Individualklage auf Ersatz persönlicher Schäden erlaubt, sondern lediglich eine, zudem höchst umständliche, Modifikation der klageweisen Durchsetzung von Schäden der Gesellschaft darstellt, dürfte ihr Anwendungsbereich gering sein.

(3) Schadenersatzanspruch analog §§ 25 f., 205 f. UmwG

Neben die allgemeinen Haftungsgrundlagen nach dem AktG treten besondere Haftungstatbestände des Umwandlungsrechts, aus denen sich Ansprüche der Aktionäre auf Geltendmachung eigener Schäden infolge von Umstrukturierungen ergeben.¹³⁰³ So sehen § 25 Abs. 1 S. 1 und 205 Abs. 1 S. 1 UmwG jeweils eine Haftung der Mitglieder des Vertretungsorgans und, sofern vorhanden, des Aufsichtsorgans¹³⁰⁴ des übertragenden bzw. formwechselnden Rechtsträgers unter anderem für die Schäden vor, die den Anteilsinhabern durch die Verschmelzung oder den Formwechsel entstanden sind.

Als ersatzfähiger Schaden i. S. d. § 205 Abs. 1 S. 1 UmwG ist jeder Vermögensnachteil anzu-

2008, 2471 ff.; Verhoeven, ZIP 2008, 245 ff.; Kling, ZGR 2009, 190 ff. Nach dem jüngsten Urteil des OLG München v. 28.11.2007, 7 U 4498/07, NZG 2008, 230, 235 kommt dem besonderen Vertreter nur eine Vertretungsbefugnis zu während die h. M. in ihm ein Organ der Gesellschaft sieht, vgl. BGH, Urt. v. 18.12.1980, II ZR 140/79, NJW 1981, 1097, 1098; LG München I, Urt. v. 6.9.2007, 5HK O 12570/07, NZG 2007, 916; Mock, DB 2008, 393, 395; ders., in: Spindler/Stilz, AktG, § 147, Rn. 25; Bezenberger, in: GK AktG, § 147, Rn. 52; Schröder, in: MüKo AktG, § 147, Rn. 43; Verhoeven, ZIP 2008, 245, 246; Hirschmann, in: Hölters, AktG, § 147, Rn. 10; Kling, ZGR 2009, 190, 212.

¹²⁹⁹ Dies ist vor allem dann zu bejahen, wenn objektive Anhaltspunkte eine sachgerechte Geltendmachung durch die Organe bzw. den von der Mehrheit bestellten besonderen Vertreter nicht erwarten lassen, vgl. nur Spindler, in: K. Schmitt/Lutter, AktG, § 147, Rn. 17. Kritisch zum Vertretungszwang Baums, Gutachten zum 63. DJT (2000), F 253.

¹³⁰⁰ OLG München, v. 28.11.2007, 7 U 4498/07, NZG 2008, 230, 233; Mock, DB 2008, 393, 394 f.

¹³⁰¹ Mock, DB 2008, 393, 395.

¹³⁰² Zum Mindestquorum s. o. C. I. 2. b. (5) „Kontroll- und Sonderprüfungsrechte“.

¹³⁰³ Dabei werden andere Haftungsvorschriften grundsätzlich nicht durch die spezielle Haftung verdrängt, vgl. nur Kübler, in: Semler/Stengel, UmwG, § 205, Rn. 20.

¹³⁰⁴ Für den Zeitpunkt der Organzugehörigkeit kommt es allein auf das pflichtwidrige Verhalten an, mehrere Organmitglieder haften als Gesamtschuldner, Kübler, in: Semler/Stengel, UmwG, § 205, Rn. 6, 7; Decher, in: Lutter, UmwG, § 205, Rn. 3, 5.

sehen, der sich für die Anspruchsberechtigten aus dem Vermögensvergleich vor und nach Wirksamwerden des Formwechsels ergibt, sofern er auf einer Pflichtverletzung der Organmitglieder beruht.¹³⁰⁵ Die Pflicht der Organmitglieder erstreckt sich dabei nicht nur auf die rechtliche, sondern auch auf die wirtschaftliche Überwachung des gesamten Formwechsels. Die Verwaltungsträger müssen dafür Sorge tragen, dass von Anfang an unzweckmäßige Gestaltungen unterbleiben („konzeptionelle Fehler“).¹³⁰⁶ Insbesondere die Prüfung der Vermögenslage ist hier eingeschlossen, wobei in der Literatur angenommen wird, dass sich diese Sorgfaltspflicht beim Formwechsel vor allem auf die Erstellung des Umwandlungsberichts erstreckt.¹³⁰⁷ Ersatzfähige Schäden entstehen aber auch und gerade beim Wegfall geldwerter, in der Satzung verankerter Minderheitenrechte.¹³⁰⁸

Für die Ersatzpflicht genügt jede Fahrlässigkeit, wobei den Klägern eine Beweislastumkehr zugute kommt, d. h. die Organmitglieder müssen sich gem §§ 205 I S. 2, 25 I S. 2 UmwG exkulpieren.¹³⁰⁹ Der Anspruch richtet sich allein auf finanziellen Ausgleich.¹³¹⁰ Er ist nach § 206 S. 1 i. V. m. S. 2 UmwG durch einen vom Gericht zu bestellenden „Zwangsvertreter“ geltend zu machen, wodurch die Bündelung zahlreicher Individualansprüche sichergestellt werden soll und der damit eine gänzlich andere Funktion hat als der besondere Vertreter nach § 147 Abs. 2 S. 1 bzw. S. 2 AktG.¹³¹¹

Diese Vorschriften kommen unter anderem damit einer in der VerschmRL bzw. SpaltRL enthaltenen Regelungsverpflichtung¹³¹² nach, Vorschriften vorzusehen, welche eine Haftung des Verwaltungs- oder Leitungsorgans und des Verschmelzungs- bzw. Spaltungsprüfers für schuldhaftes Verhalten von Mitgliedern dieser Organe bei der Vorbereitung und dem Vollzug der jeweiligen Umstrukturierungsmaßnahme gegenüber den Aktionären begründen. Eine entsprechende Bestimmung fehlt in der SE-VO, woraus jedoch nicht geschlossen werden muss, dass die für andere Umstrukturierungen im mitgliedstaatlichen Recht vorhandenen Haftungsvorschriften nicht auf die Sitzverlegung erstreckt werden sollten. Vielmehr entspräche dies gerade dem europäischen Informationsmodell,¹³¹³ zu dem auch die flankierenden Haftungsvorschriften gehören, soweit es um Informationspflichtverletzungen geht.¹³¹⁴ Dazu zählen jedenfalls auch Fehler bei

¹³⁰⁵ Stratz, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 205, Rn. 12, 13; Kübler, in: Semler/Stengel, UmwG, § 205, Rn. 18; Drinhausen/Keinath, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 205 UmwG, Rn. 4; Decher, in: Lutter, UmwG, § 205, Rn. 20.

¹³⁰⁶ Stratz, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 205, Rn. 14; Vossius, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 205 UmwG, Rn. 16 ff.; Petersen, in: KK UmwG, § 205, Rn. 14, 17.

¹³⁰⁷ Diesbezüglich kommt den Organmitgliedern allerdings ein weiterer Spielraum zu, vgl. Kübler, in: Semler/Stengel, UmwG, § 205, Rn. 9; Decher, in: Lutter, UmwG, § 205, Rn. 15; Laumann, in: Goutier/Knopf/Tulloch, UmwR § 205, Rn. 12; siehe ferner dazu BGHZ 135, 244, 251 ff. – ARAG/Garmenbeck.

¹³⁰⁸ Vossius, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 205 UmwG, Rn. 16; siehe auch Laumann, in: Goutier/Knopf/Tulloch, UmwR § 205, Rn. 23; Stratz, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 205, Rn. 8 a. E.

¹³⁰⁹ Kübler, in: Semler/Stengel, UmwG, § 205, Rn. 12; Decher, in: Lutter, UmwG, § 205, Rn. 19.

¹³¹⁰ Kübler, in: Semler/Stengel, UmwG, § 205, Rn. 18; Decher, in: Lutter, UmwG, § 205, Rn. 21.

¹³¹¹ RegBegr. BT-Drucks. 12/6699, S. 145; Baums, Gutachten zum 63. DJT (2000), F 37; Decher, in: Lutter, UmwG, § 206, Rn. 1.

¹³¹² Art. 20 f. RL 2011/35/EU (VerschmRL) und Art. 18 RL 82/891/EWG (SpaltRL), Fundstellennachweise s. Anhang II.

¹³¹³ Hierzu bereits oben D. I. „Einführung“.

¹³¹⁴ Dies entspricht auch dem Effizienzgebot des Art. 4 Abs. 3 S. 2 EUV (früher Art. 10 EG), welches gebietet, dass Sanktionen für den Verstoß gegen europarechtliche Vorgaben – auch durch Haftung – „jedenfalls wirksam,

der Erstellung der Umstrukturierungsberichte.

Wie beim Formwechsel dürfte zwar auch bei einer Sitzverlegung die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts geringer sein als bei den anderen Umstrukturierungen, weil der Rechtsträger vor und nach Wirksamwerden der Maßnahme identisch ist.¹³¹⁵ Aber selbst unter Berücksichtigung der Beschränkung auf solche Schäden, die durch pflichtwidriges Organhandeln verursacht wurden, kann der Norm nicht jede Bedeutung abgesprochen werden.¹³¹⁶ So ließe sich auf § 205 Abs. 1 S. 1 UmwG beispielsweise die Geltendmachung von Rechtsverfolgungskosten im Rahmen einer Nichtigkeitsklage stützen, die auf Grund pflichtwidriger Herbeiführung der Eintragung (z. B. durch bewusste Falschangaben in der Negativerklärung nach § 14 SEAG) und damit bewirkte Heilung bestimmter Fehler vergeblich aufgewendet wurden.¹³¹⁷ Erfasst wäre aber auch der Verlust von Sonderrechten ohne Kompensation,¹³¹⁸ eine infolge des Wechsels des Sekundärrechts im Zuge der Sitzverlegung nicht unbedeutende Fallgruppe. Daraus wird ersichtlich, dass auch das Fehlen eines Anteilstauschs bei der Sitzverlegung im Hinblick auf § 205 Abs. 1 S. 1 UmwG nicht zur Begründung einer Ablehnung der analogen Erstreckung auf die Sitzverlegung taugt.

Das Fehlen einer Parallelvorschrift für die Sitzverlegung, aber auch für die SE-Verschmelzungsgründung, wiegt umso schwerer, als es sich um einen deliktischen Spezialanspruch handelt. Die Organhaftung ist im Vergleich zur Haftung der Vertretungs- und Aufsichtsorgane nach den allgemeinen gesellschaftlichen Regeln verschärft und dient als Korrektiv für die Irreversibilität des Formwechsels nach Eintragung im Register trotz etwaiger Mängel.¹³¹⁹ Bejaht man eine entsprechende Wirkung der Eintragung analog § 202 Abs. 3 UmwG auch beim Sitzwechsel,¹³²⁰ so müsste konsequenterweise § 205 Abs. 1 S. 1 UmwG ebenfalls auf diesen erstreckt werden.

Eine Regelungslücke bestünde jedenfalls. Ein derartiger Anspruch der Aktionäre kann auch nicht aus § 12 Abs. 2 i. V. m. 7 Abs. 2 S. 3 SEAG gefolgert werden, die inhaltlich § 6 Abs. 3 S. 2 SEAG bzw. §§ 196 S. 3, 15 Abs. 2 S. 2 UmwG entsprechen. Die Vorschrift bestimmt nur, dass die Geltendmachung weiterer Schäden nicht ausgeschlossen ist, bildet jedoch selbst keine eigene

verhältnismäßig und abschreckend“ sein müssen und nicht weniger mild als bei Verletzung von vergleichbaren Pflichten, die allein aus dem nationalen Recht folgen (Diskriminierungsverbot), vgl. EuGH v. 21.9.1989, Rs. 68/88, Slg. 1989, 2965 (Tz. 25) – Kommission/Griechenland; EuGH v. 10.7.1990, Rs. C-326/88, Slg. 1990, I-2911 (Tz. 17) – Hansen.

¹³¹⁵ So in Bezug auf den Formwechsel Stratz, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 205, Rn. 8; Decher, in: Lutter, UmwG, § 205, Rn. 20; Drinhausen/Keinath, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 205, Rn. 2. Dies erklärt auch die weitgehende Bedeutungslosigkeit des § 205 in der gerichtlichen Praxis, so dass Beispiele für einen Schaden i. S. d. Vorschrift schwerlich zu finden sind, vgl. OLG Hamm, Urt. v. 9.11.2005, 11 U 70/04, ZIP 2006, 1296 (juris Rn. 154 ff.) m. Anmerk. Büchel, ebda, 2289 ff. (offen lassend, ob ein Ersatzanspruch nach § 205 vorliegt).

¹³¹⁶ Kritisch hingegen Petersen, in: KK UmwG, § 205, Rn. 3 ff.

¹³¹⁷ Es ist allerdings str., ob § 205 auch Pflichtverletzungen erfasst, die zeitlich nach dem Beschluss stattfinden. Hierfür: Laumann, in: Goutier/Knopf/Tulloch, § 205, Rn. 16; wohl auch Drinhausen/Keinath, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 205 UmwG, Rn. 1 („...im Rahmen von Vorbereitung oder Durchführung des Formwechsels“); a. A. Decher, in: Lutter, UmwG, § 205, Rn. 17 m. w. N.

¹³¹⁸ Drinhausen/Keinath, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 205 UmwG, Rn. 5; vgl. auch Petersen, in: KK UmwG, § 205, Rn. 9, der die Diskontinuität der Verfassung als wesentlichen Grund für die Regelung identifiziert.

¹³¹⁹ Decher, in: Lutter, UmwG, § 205, Rn. 1; Petersen, in: KK UmwG, § 205, Rn. 4, 9.

¹³²⁰ S. o.: D. II. „Das Verlegungsverfahren und die Anfechtungsmöglichkeiten“.

Anspruchsgrundlage.¹³²¹

Auch soweit andere mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen eine vergleichbare Möglichkeit für die Anteilsinhaber kennen, durch eine Organpflichtverletzung entstandene Schäden persönlich einzuklagen,¹³²² ist diese nicht auf bestimmte Umwandlungsvarianten beschränkt. Erfasst wären damit dort automatisch auch Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit dem Sitzverlegungsverfahren.¹³²³

Probleme bereitet hier allerdings die internationale Anwendbarkeit der Normen des Umwandlungsgesetzes. Wie eingangs bereits erwähnt, richtet sich nach hier vertretener Auffassung die Beurteilung etwaiger Schadenersatzansprüche nach dem Recht des Zuzugsstaats. Denn der Anspruch entstünde gerade erst durch die Sitzverlegung, setzte also deren Wirksamkeit voraus. Dieses Problem besteht auch bezüglich des Barabfindungsanspruchs, hat in diesem Kontext aber, anders als hier, bereits die Aufmerksamkeit der Literatur erlangt und soll deshalb auch dort später erörtert werden. Im Ergebnis kann sich dann für die analoge Anwendbarkeit des § 205 Abs. 1 S. 1 UmwG aus insoweit vergleichbaren Gründen kein Unterschied ergeben.

d. Widerspruch gem. § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG

(1) Negatives Votum

Gem. § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG müssen die Aktionäre „gegen den Verlegungsbeschluss Widerspruch zur Niederschrift“ erklärt haben.¹³²⁴ Die deutsche Fassung des Art. 8 Abs. 5 SE-VO besagt hingegen, dass sich die Minderheitsaktionäre „gegen die Verlegung ausgesprochen“ haben müssen. In einigen Mitgliedstaaten wird davon ausgegangen, die Aktionäre müssten gegen den jeweiligen Hauptversammlungsbeschluss gestimmt haben, um anspruchsberechtigt zu sein.¹³²⁵ So verwendet der polnische Gesetzestext etwa das Wort „glosowali“, das vom Wortstamm „glosowanie“ („Die Abstimmung“) abgeleitet ist.¹³²⁶

Diese Klarheit lässt die deutsche Textfassung vermissen. Die Formulierungen „sich gegen etwas aussprechen“ und „dagegen abstimmen“ dürfen nach einer Ansicht im Schrifttum nicht gleichgesetzt werden. Ihnen komme nach allgemeinem Sprachgebrauch eine unterschiedliche Bedeutung zu. Danach soll es nicht Voraussetzung des Abfindungsanspruchs sein, dass der Anteilsinhaber

¹³²¹ Stratz, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 15, Rn. 20.

¹³²² So etwa im belgischen Recht nach Art. 528 BCC, wobei jedoch eine Verletzung von Gesetz oder Rechnungslegungsvorschriften vorliegen muss, vgl. Betrand/Coibion, ECFR 2009, 270, 284 ff., genauso in Frankreich, vgl. Grelon, ECFR 2009, 205, 213.

¹³²³ Freilich handelt es sich hierbei nicht um ein Argument, welches direkt zur Begründung einer Analogie im deutschen Recht taugt, vgl. nur Casper, in: Habersack/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Ulmer, S. 51, 57 f.

¹³²⁴ Zu den gleichgestellten Fällen vgl. § 12 Abs. 1 S. 5 SEAG i. V. m. § 29 Abs. 2 UmwG.

¹³²⁵ So etwa in Finnland, vgl. Heikel/Nybergh in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), *The European Company*, Vol. I, S. 207 (Sitzverlegung) und genauso in Polen, dazu sogleich.

¹³²⁶ Übersetzung lt. Pons, *Großwörterbuch Polnisch-Deutsch*; die betreffende Textstelle findet sich in Art. 48 S. 1: „Akcjonariusze ktorzy glosowali przeciwko uchwale o przeniesieniu siedziby statutowej SE z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej do innego panstwa cztonkowskiego, moga zadac wykupu swoich akcji.“ (Dziennik Ustaw Nr. 62 vom 4. März 2005, S. 4131 ff.) und bedeutet: Aktionäre, die gegen die Sitzverlegung der SE von Polen in einen anderen Mitgliedstaat gestimmt haben, können die Rücknahme ihrer Anteile verlangen.

gegen die Maßnahme in der Hauptversammlung gestimmt hat.¹³²⁷ Dies kann jedoch dahinstehen, da sich der nationale Gesetzgeber ausdrücklich für ein Widerspruchserfordernis entschieden hat. Nach ganz überwiegender Ansicht können jedoch nur die Aktionäre widersprechen, die vorher gegen den Sitzverlegungsbeschluss gestimmt haben.¹³²⁸ Davon geht auch der deutsche Gesetzgeber aus.¹³²⁹ Dabei ist die Voraussetzung eines negativen Votums mit der SE-VO auch vereinbar. Zwar lassen die englische und französische Fassung¹³³⁰ keine Einschränkung der Art und Weise des Widerspruches erkennen. Auch könnte man argumentieren, der europäische Gesetzgeber überlasse den Mitgliedstaaten allein die Frage des „Ob“ und des „Wie“ von Schutzrechten zur weiteren Ausgestaltung, nicht hingegen die Festlegung des berechtigten Personenkreises, also die Frage des „Wer“. Da jedoch sogar ein Verzicht auf jeglichen weiteren Minderheitenschutz von der Verordnung gedeckt ist, muss es erst recht erlaubt sein, lediglich den Personenkreis durch zusätzliche Voraussetzungen weiter zu verengen.

Würde man zudem auf das Erfordernis eines negativen Votums der Aktionäre verzichten, so könnte dies zu dem Ergebnis führen, dass im Extremfall alle Aktionäre dem Verlegungsbeschluss zustimmten, um dann im Anschluss auszutreten und Barabfindung zu verlangen. Damit mutierte der Minderheitenschutz zu einem allgemeinen Austrittsrecht zum Festpreis. Dies entspricht aber nicht dem Zweck der Vorschrift und würde die Gesellschaft unverhältnismäßig belasten.¹³³¹ Man könnte die Notwendigkeit eines entsprechenden Votums dabei auch auf das Verbot widersprüchlichen Verhaltens („venire contra factum proprium“) stützen. Ein entsprechendes Votum wird man daher wohl verlangen können.¹³³² Es ist der Gegenansicht aber zuzugeben, dass die praktische Nachweisbarkeit schwierig ist, da zwar die Protokollierung des Abstimmungsergebnisses, nicht aber die des Abstimmungsverhaltens Einzelner vorgeschrieben ist.¹³³³ Bei Verbindung mit dem Widerspruch zur Niederschrift dürften hier aber i. d. R. kaum Zweifel aufkommen. Problematisch sind in diesem Zusammenhang auch die Fälle, in denen aus einem Stimmbindungs-

¹³²⁷ Marsch-Barner in Kallmeyer, UmwG, § 29, Rn. 13; Meister/Klößker, ebda, § 207, Rn. 15; Schaub, NZG 1998, 626, 628; Teichmann, ZGR 2003, S. 367, 384; Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 109; differenzierend Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 58, der annimmt, dass auch diejenigen Aktionäre in den Schutz einzubeziehen sind, die sich auf andere Art und Weise als durch ablehnende Stimmabgabe dagegen ausgesprochen haben, sofern sie nicht an der HV teilgenommen haben. Vgl. auch den ebenfalls uneindeutigen Wortlaut von Art. 4 Abs. 2 S. 2 IntVerschmRL (RL 2005/56/EG, s. Anh. II), wonach die Aktionäre die Verschmelzung „abgelehnt“ haben müssen, dazu Leister, Austrittsrechte, S. 76.

¹³²⁸ Grunewald in Lutter, UmwG, § 29 Rn. 10; Schaub, NZG 1998, S. 626, 628; Ringe, Sitzverlegung, S. 121; Zimmer/Ringe in Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 8, Rn. 34; Leister, Austrittsrechte, S. 76; Vinçon, Sitzverlegung, S. 148 f.; Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 56a; Wolf, Abfindungsrechte, S. 97; entsprechend für die Verschmelzung und den Formwechsel: Hunger, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, Kap. 9, Rn. 94; Behnke, Spruchverfahren, S. 84.

¹³²⁹ Begründ. RefE SEEG, BT-Drucks. 15/3405, S. 33 zu § 7 SEAG.

¹³³⁰ ...“who oppose a transfer“ (en) bzw. ...“qui se sont prononcés contre le transfert“ (fr), vgl. Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 58.

¹³³¹ Siehe auch Paefgen, in: KK AktG, Art. 34 SE-VO, Rn. 17; Schäfer, in: MüKo AktG, Art. 34, Rn. 3; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 34, Rn. 11 (entsprechend zur Holdinggründung); Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 20 SE-VO, Rn. 11; Schäfer, in: MüKo AktG, Art. 20, Rn. 23; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 24, Rn. 27 m. w. N. (zur Barabfindung bei Verschmelzungsgründung).

¹³³² Entsprechend zum Widerspruchserfordernis für das Austrittsrecht bei Holdinggründung Paefgen, in: KK AktG, Art. 34 SE-VO, Rn. 17; wohl auch Schäfer, in: MüKo AktG, Art. 34 SE-VO, Rn. 3; Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 34 SE-VO, Rn. 3 und Art. 20, Rn. 11; offener Schwarz, SE-VO, Art. 34, Rn. 4, der neben dem gem. § 9 Abs. 1 SEAG geforderten Widerspruch auch ausreichen lassen will, dass der dem Gründungsbeschluss zustimmende Aktionär sich die Geltendmachung seiner Rechte vorbehalten hat.

¹³³³ Darauf weist zu Recht Behnke, Spruchverfahren, S. 85, hin.

vertrag eine Verpflichtung zur Zustimmung folgt. Ausnahmsweise kann hier nicht aus der Zustimmung geschlossen werden, dass der Aktionär die vermögensrechtlichen Folgen mittragen wollte.¹³³⁴

(2) Erhebung in der Hauptversammlung

Eine Erhebung des Widerspruchs vor der Hauptversammlung scheidet aufgrund des Erfordernisses einer vorhergehenden entsprechenden Stimmabgabe aus mit der Folge, dass auch erst zu diesem Zeitpunkt klar wird, wie viele Aktionäre beabsichtigen auszutreten. Der Gesellschaft wird auf diese Weise eine vorangehende Kalkulation des zur Abfindung benötigten Betrages erschwert. Die Höhe dieses Betrages wäre jedoch unter Umständen sogar geeignet, die endgültige Entscheidung über die Sitzverlegung zu beeinflussen und mag im Falle einer nicht sonderlich liquiden Gesellschaft sogar dazu führen, dass diese von ihren Plänen absieht, noch bevor die Hauptversammlung darüber zu entscheiden hätte.¹³³⁵ Dieser Misstand wäre unschwer zu beheben mit einer Vorschrift analog der Bestimmung des Model Act der Vereinigten Staaten von Amerika, MBCA § 81, wonach die Aktionäre vor der Abstimmung schriftlich mitzuteilen haben, dass sie im Falle eines positiven Beschlusses auszutreten beabsichtigen.¹³³⁶ Zu erörtern wäre dann allenfalls, inwieweit die Absichtserklärung der Aktionäre Bindungswirkung entfaltet. Eine Vorwegnahme des Hauptversammlungsbeschlusses wäre damit jedenfalls ebenso wenig verbunden wie eine Bindung hinsichtlich des späteren Stimmverhaltens. Genauso ist der Widerruf selbst auch nur Voraussetzung für den Austritt, zwingt jedoch nicht dazu.¹³³⁷

(3) Formerfordernis

Der Widerspruch muss „zur Niederschrift erklärt“ werden. Diese Formulierung erscheint unvollständig. § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG nennt die zuständige Stelle im Unterschied zu anderen Vorschriften nicht.¹³³⁸ Durch die Mitwirkung dieser aber unterscheidet sich das Niederschriftserfordernis gerade von der allgemeinen Schriftform. Denn eine „Niederschrift“ im gewöhnlichen Wortsinne

¹³³⁴ Lutter/Bork, UmwG, § 29, Rn. 10.

¹³³⁵ Vgl. Albertini, The Appraisal Remedy, S. 15.

¹³³⁶ Hommelhoff, ZGR 1993, 452, 471 schlägt ebenfalls vor, eine kurze Anmeldung genügen zu lassen und alsdann den Verwaltungsorganen bzw. dem Leitungsorgan die Möglichkeit zu geben, sich nach Ablauf der Anmeldefrist wieder vom Umstrukturierungsvorhaben zu lösen.

¹³³⁷ Vgl. Kalss, in: Kalss/Hügel, SE-Kommentar, § 12 SEG, Vor Rn. 1 entsprechend zur österreichischen Rechtslage. So ist es bspw. denkbar, dass der Aktionär von der Austrittsmöglichkeit Abstand nimmt und stattdessen Klage gegen den Sitzverlegungsbeschluss erhebt, vgl. die Ausführungen zum Umwandlungsrecht von Kalss, in: Semler/Stengel, UmwG, § 29, Rn. 21. Ein Widerruf der Erklärung sollte ebenfalls wie nach den amerikanischen Vorschriften zugelassen werden, zur amerikanischen Widerrufsregelung siehe Albertini, The Appraisal Remedy, S. 19.

¹³³⁸ Das Gesetz kennt die „Niederschrift beim Urkundsbeamten der Geschäftsstelle“ im öffentlichen Recht (§§ 67a Abs. 2 S. 1, 81 Abs. 1 S. 1, 147 Abs. 1 S. 1, 151, 172 Abs. 2 S. 4 VwGO) bzw. die Erklärung „zur Niederschrift des Gerichts“ (§ 630 Abs. 2 S. 2 ZPO) oder des Nachlassgerichts (§ 1945 Abs. 1 BGB) im Zivilrecht, sowie „zur Niederschrift eines Notars“ (§§ 1410, 2231 Nr. 1, 2232, 2276 BGB) und „zur Niederschrift des Bürgermeisters der Gemeinde“ (§ 2249 Abs. 1 S. 1 BGB). Davon zu unterscheiden ist die allgemeine Schriftform nach § 126 BGB.

wird in beiden Fällen verlangt, nur wird sie im ersten Fall durch einen gesetzlich bestimmten Dritten ausgeführt. „Zur Niederschrift der genannten Stelle“ bedeutet daher soviel wie „schriftlich durch die genannte Stelle festzuhalten“. Man könnte deswegen § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG so interpretieren, dass lediglich eine andere Formulierung für ein allgemeines Schriftformerfordernis gewählt wurde. Dagegen lässt sich einwenden, dass in den Fällen einer gesetzlich verlangten Niederschrift durch einen Dritten, diese durch den Adressaten der Erklärung anzufertigen ist – sofern ein solcher feststellbar ist.¹³³⁹ Im konkreten Fall aber existiert mit der SE ein eindeutiger Adressat der Erklärung.

Zudem kennt das Aktiengesetz den „Widerspruch zur Niederschrift“ ebenfalls, wie sich aus den §§ 50, 93 Abs. 4 S. 2, 132 Abs. 2 S. 1, 245 Nr. 1, 302 Abs. 3 S. 3. sowie 309 Abs. 2 S. 1 AktG ergibt. Gemeint ist in diesen Fällen die Erhebung gegenüber dem Versammlungsleiter der Hauptversammlung, der den Widerspruch protokolliert. Der Aktionär muss allerdings nicht auf Protokollierung bestehen. Unterbleibt deshalb die Aufnahme in das Protokoll, so hindert dies eine spätere Klageerhebung nicht, wenn er den Beweis über den tatsächlich erklärten Widerspruch in anderer Weise führen kann.¹³⁴⁰ Nichts anderes aber hat in Bezug auf den Widerspruch gegen den Sitzverlegungsbeschluss zu gelten. Er ist gegenüber der Gesellschaft zu erklären und wird i. d. R. durch die darüber angefertigte Niederschrift bewiesen.

(4) Rechtsfolgen fehlenden Widerspruchs

Fehlt der Widerspruch gem. § 245 Nr. 1 AktG, so ist die daraufhin erhobene Anfechtungsklage nach ganz h. M. unbegründet und nicht bloß unzulässig, da dem Anfechtungsrecht materiell-rechtlicher Charakter zukommt.¹³⁴¹ Anders ist dies im Spruchverfahren: Zwar ist auch nach § 12 i. V. m. § 7 Abs. 7 S. 1 bzw. 2 SEAG der Widerspruch einschließlich des negativen Votums materiell-rechtliche Voraussetzung für den Barabfindungsanspruch des Aktionärs. Jedoch ist im Spruchverfahren nur die Angemessenheit der Kompensation Verfahrensgegenstand und nicht der Anspruch des Aktionärs (auf die Barabfindung selbst).¹³⁴² Deshalb gehört die Antragsberechtigung des Aktionärs, welche gem. §§ 3 Abs. 2 Nr. 4, 1 Nr. 5 SpruchG i. V. m. den §§ 12 Abs. 2, 7 Abs. 7 S. 1 bzw. 2 SEAG den Widerspruch voraussetzt, nach ganz h. M. zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Spruchverfahrens.¹³⁴³

¹³³⁹ Dies trifft in allen Fällen der Erklärungen gegenüber den Gerichten zu, etwa bei Einreichung einer Klage, nicht aber z. B. auf die Ausschlagung einer Erbschaft oder die Errichtung eines Nottestaments, wo dem Formerfordernis schwerpunktmäßig etwas andere Funktionen zukommen. Zu den verschiedenen Funktionen näher Ellenberger, in: Palandt, BGB, § 125, Rn. 2 ff.

¹³⁴⁰ Schwab, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 245, Rn. 17; Göz, in: Bürgers/Körber, AktG, § 245, Rn. 11; Dörr, in: Spindler/Stilz, AktG, § 245, Rn. 29; Zöllner, in: KK AktG (1. Aufl.), § 245, Rn. 36.

¹³⁴¹ Göz, in: Bürgers/Körber, AktG, § 245, Rn. 3, 11; Hüffer, AktG, § 245, Rn. 2; MüKo AktG, § 245, Rn. 3; Dörr, in: Spindler/Stilz, AktG, § 245, Rn. 29; Zöllner, in: KK AktG (1. Aufl.), § 245, Rn. 2.

¹³⁴² Spindler/Stilz, AktG, § 1 SpruchG, Rn. 1; Riegger, in: KK SpruchG, Einl., Rn. 2.

¹³⁴³ LG Frankfurt v. 28.1.2005, 3-05 O 103/04, NZG 2005, 323 f.; Wasmann, in: KK SpruchG, § 3 Rn. 1; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 3 SpruchG, Rn. 2; Hüffer, AktG, § 305 Anh. § 3 SpruchG, Rn. 1; Drescher, in: Spindler/Stilz, AktG, § 3 SpruchG, Rn. 21; Volhard, in: Semler/Stengel, UmwG, § 3 SpruchG, Rn. 11; Kubis, in: MüKo AktG, § 3 SpruchG, Rn. 25; Simons, in: Hölter, AktG, § 3 SpruchG, Rn. 2; Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 3 SpruchG, Rn. 8. Darstellung des Streitstandes und Nachweise

e. Gesonderte Abstimmung nach Aktiengattung

Existieren verschiedene Aktiengattungen, so müssen grundsätzlich bei Beschlüssen, die die spezifischen Rechte einer Aktiengattung berühren, die Inhaber der betreffenden Aktien mit qualifizierter Mehrheit zustimmen, Art. 60 Abs. 1 SE-VO.¹³⁴⁴ Entsprechende Bestimmungen finden sich in Art. 25 Abs. 3, Art. 31, 38 der Kapitalrichtlinie¹³⁴⁵ und in Art. 7 Abs. 2 VerschRL.¹³⁴⁶ Unter dem Begriff der Aktiengattung ist die Gesamtheit der Aktien mit gleichen Rechten zu verstehen, § 11 S. 2 AktG. Nichts anderes dürfte für das Begriffsverständnis im Rahmen der SE-VO gelten. Im deutschen Recht wird insbesondere zwischen stimmrechtslosen Vorzugsaktien und Stammaktien unterschieden. Mehrstimmrechtsaktien sind in den Staaten, die diese für zulässig erachten,¹³⁴⁷ ebenfalls als eigene Aktiengattung einzuordnen. Möglicherweise macht die Sitzverlegung in bestimmten Konstellationen – keinesfalls notwendig ist die Zustimmung getrennt nach Aktiengattungen bei jeder Sitzverlegung¹³⁴⁸ – eine Sonderabstimmung im obigen Sinne notwendig. Dies soll im Folgenden untersucht werden.

Verlegt die SE ihren Sitz in einen Mitgliedstaat, in dem eine bisher vorhandene Aktiengattung des alten Sitzstaats nicht bekannt ist, so stellt sich die Frage nach den Folgen für diese Aktien.¹³⁴⁹ Gem. Art. 5 SE-VO ist das mitgliedstaatliche Recht anwendbar.¹³⁵⁰ Im Schrifttum findet sich die Auffassung, die im Zeitpunkt der Sitzverlegung existierenden Aktien könnten in dieser Form im neuen Sitzstaat weiter bestehen bleiben, auch wenn nach dessen Recht die betreffende Aktiengattung nicht erlaubt ist. § 5 EG AktG richte sich nach seiner historischen Auslegung nur an die nationale Aktiengesellschaft und stehe einer anderweitigen Regelung bei der SE daher nicht entgegen. Anderenfalls würden Sonderbeschlüsse notwendig, die im Hinblick auf die damit verbundenen Erschwerungen einer Verlegung nicht akzeptabel seien.¹³⁵¹ Dieses Ergebnis erscheint jedoch im Hinblick auf Art. 5 SE-VO gleich in zweifacher Hinsicht bedenklich, und zwar einerseits in Bezug auf die ausdrückliche Gleichstellung mit den dortigen nationalen Aktiengesellschaften, wie auch bezüglich der dortigen Begrenzung des Anwendungsbereichs des betreffenden nationalen Rechts auf SE's mit Sitz in diesem Mitgliedstaat. Zudem führte diese Lösung in der Praxis zu erheblichen Folgeschwierigkeiten, etwa bezüglich der Frage der Behand-

zur größtenteils mittlerweile aufgegebenen Gegenansicht bei Meyer, Ausgleichs- und Abfindungsansprüche, S. 232 ff.

¹³⁴⁴ Zum (engen) Anwendungsbereich des Art. 60 SE-VO siehe auch Spindler, in: Lutter/Hommelhoff, SE-VO, Art. 60, Rn. 1.

¹³⁴⁵ RL 77/91/EWG – Kapitalrichtlinie (Nachweis s. Anhang II).

¹³⁴⁶ RL 78/855/EWG bzw. Art. 7 Abs. 2 RL 2011/35/EU (Nachweise Anhang II).

¹³⁴⁷ Dazu s. o., unter: C. I. 2. b. (3) „Stimmrecht“.

¹³⁴⁸ Anders Wenz, in: Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft, S. 239.

¹³⁴⁹ So stellt sich das Problem bspw. bei einer Sitzverlegung von Schweden, das Mehrstimmrechtsaktien erlaubt, nach Griechenland, wo sie ausdrücklich verboten sind, vgl. Schwarz, SE-VO, Art. 8, Rn. 54 sowie oben C. I. 2. b. (3) „Stimmrecht“.

¹³⁵⁰ Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 5 SE-VO, Rn. 36; Fleischer, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 5, Rn. 10; Ziemons, ebda, Anh. I Art. 5, Rn. 10: Regelungen über Art, Typ und Gattung erfasst einschließlich einzelner gattungsbegründender mitgliedschaftlicher Aspekte; Mayer, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 5, Rn. 22; Diese Vorschrift geht in ihrem Anwendungsbereich als Spezialverweisung anderen Verweisungen der SE-VO auf das mitgliedstaatliche Recht wie etwa Art. 9 Abs. 1 lit. c ii vor, vgl. Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 5 SE-VO, Rn. 1; ähnlich Fleischer, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 5, Rn. 2 („partielle Generalverweisung“) sowie Rn. 4 (spezieller im Verhältnis zu Art. 10 SE-VO).

¹³⁵¹ Brandt, Hauptversammlung, S. 239.

lung dieser Aktien beispielsweise bei einer Übertragung oder hinsichtlich ihres Verhältnisses zu anderen Aktiengattungen im Zuzugsstaat.¹³⁵²

Die Einräumung vergleichbarer Sonderrechte im Zuzugsstaat kann richtigerweise nur auf dem normalen Weg erfolgen. Die Änderung von Aktiengattungen wird durch Satzungsänderung bewirkt, durch die sich das Verhältnis der unterschiedlichen Aktiengattungen untereinander verschiebt.¹³⁵³ Sie bedarf immer der Zustimmung der betroffenen Aktionäre nach § 179 Abs. 3 S. 1-3 i. V. m. Abs. 2 S. 1 bzw. 141 Abs. 1 AktG (Aufhebung des Vorzugs) bzw. nach § 233 Abs. 2 S. 1 2. Hs. oder § 240 Abs. 1 S. 1 2. Hs. jeweils i. V. m. § 65 Abs. 2 UmwG für eine Veränderung anlässlich eines Formwechsels. Die Anwendung dieser Vorschriften wird allerdings von Art. 60 Abs. 1 SE-VO verdrängt, welcher für die Beschlüsse der SE eine abschließende Bestimmung darstellt.

Fraglich ist aber, ob Art. 60 Abs. 1 SE-VO hier überhaupt anwendbar ist, denn der Verweis des Art. 8 Abs. 6 S. 2 SE-VO nennt nur Art. 59 ausdrücklich.¹³⁵⁴

Gegen die Anwendbarkeit könnte man den Zweck der Vorschrift anführen. Das Erfordernis der Sonderabstimmung dient dem Schutz der betroffenen Aktionäre vor Rechtsbeeinträchtigungen durch die Mehrheit.¹³⁵⁵ Dementsprechend wäre die Anwendung der Norm zu verneinen, wenn statt eines reinen Rechtsverlusts ein Zuwachs an Rechten beschlossen werden soll. Ein solcher würde im o. g. Beispiel etwa in der Gewährung des Stimmrechts liegen, welche der Regelfall sein dürfte. Dass mit der Umwandlung ein Verlust der Vorzüge einhergeht, tritt dann in den Hintergrund, da die Stämme traditionell zu einem höheren Kurswert gehandelt werden. Es ist daher summenmäßig von einer wirtschaftlichen Wertsteigerung auszugehen, die sich in der Praxis auch darin ausdrückt, dass die Unternehmen anlässlich der Umwandlung in Stammaktien häufig sog. Umwandlungsprämien verlangen.¹³⁵⁶ Gegen diese teleologische Reduktion spricht auch nicht der Verordnungstext, welcher in der deutschen Fassung zwar nur voraussetzt, dass die Rechte „berührt“ werden.¹³⁵⁷ Im Französischen wird hingegen der Begriff „porter atteinte à qc.“ verwendet, welchem eindeutig ein negativer Bedeutungssinn zukommt (beeinträchtigen).¹³⁵⁸ Im Englischen („affected“) reicht die Bandbreite der möglichen Wortbedeutung vom neutralen „Berühren“, „Betreffen“ bis hin zum „Schädigen“, „Beeinträchtigen“ und ist daher in diesem Zusammenhang nicht hilfreich.¹³⁵⁹ Jedoch ist auch nach der italienischen, niederländischen und

¹³⁵² Vgl. Schwarz, SE-VO, Art. 8, Rn. 54.

¹³⁵³ Genauso Fleischer, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 5, Rn. 23.

¹³⁵⁴ So geht Kalss, in: Kalss/Hügel, SE-Kommentar, § 10 SEG, Rn. 6 ff. im Einklag mit dem österreichischen Gesetzgeber davon aus, es seien die „allgemeinen Regeln über die Beschlussfassung“ des österreichischen Rechts anwendbar. Ohne auf Art. 60 SE-VO einzugehen, werden alsdann Sonderbeschlüsse allein auf der Grundlage des § 146 Abs. 2 öAktG geprüft.

¹³⁵⁵ Spindler, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 60, Rn. 2; Schwarz, SE-VO, Art. 60, Rn. 1; Kubis, in: MüKo AktG, Art. 60 SE-VO, Rn. 1; Eberspächer, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 60, Rn. 1; Mayer, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 60, Rn. 1; vgl. auch Liebscher, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 141 AktG, Rn. 1; Bormann, in: Spindler/Stilz, AktG, § 141, Rn. 1; Volhard, in: MüKo AktG, § 141, Rn. 1.

¹³⁵⁶ Dagegen für die Unbeachtlichkeit einer Vorteilsausgleichung, allerdings nur in Bezug auf einen Ausgleich innerhalb der verschiedenen Vorrechte, Bezenberger, Vorzugsaktien, S. 138.

¹³⁵⁷ Für eine Auslegung wie „Nachteil“ i. S. d. § 179 Abs. 3 AktG Witten, Minderheitenschutz, S. 98.

¹³⁵⁸ Übersetzung nach Pons Großwörterbuch Französisch; vgl. auch Langenscheidt, Aktiv-Wörterbuch Französisch: „angreifen“.

¹³⁵⁹ Übersetzung gemäß Duden, Großwörterbuch Englisch, Leo (www.leo.org) und Woxikon (www.woxikon.de).

spanischen Textfassung eine Nachteilszufügung gefordert.¹³⁶⁰ Auch nach der Begründung der Kommission zu Art. 98 SE-VOV 1989 setzt die Vorschrift eine Schädigung der Aktionärsrechte voraus. „Berührung der Rechte“ wird daher im Ergebnis wie „Nachteil“ i. R. d. § 179 Abs. 3 AktG auszulegen sein.¹³⁶¹

Im Fall der Sitzverlegung spräche zudem gegen die Anwendbarkeit des Art. 60 Abs. 1 SE-VO, dass diese für jeden Aktionär Rechtsänderungen bereithält, die ihn mehr oder weniger stark berühren. Es sind danach lediglich zufällige Abstufungen in der persönlichen Betroffenheit erkennbar. Die Umwandlung einer Aktiengattung ist so gesehen lediglich eine Änderung unter in der Regel mehreren erforderlichen Satzungsanpassungen. Durch ein Sonderabstimmungsrecht geriete die gesamte Umstrukturierungsentscheidung in die Abhängigkeit von der Willensbildung einer unter Umständen kleinen Gruppe von Aktionären und damit einhergehend würde eine von vielen Änderungen unverhältnismäßig hervorgehoben. Die Überführung einer Aktiengattung in eine andere ist ein Anhängsel der allgemeinen Umstrukturierungsentscheidung und es ist deshalb fraglich, ob sie selber zum Fallstrick für das ganze Unterfangen werden darf. Die Situation ist nicht vergleichbar mit einer separaten Änderung der Gattungsrechte. Ebenso wenig kommt § 141 Abs. 1 AktG beim Abschluss von Unternehmensverträgen zum Zuge, obwohl davon insbesondere der Gewinnvortrag betroffen ist, denn inhaltlich gibt die Vorzugsstellung kein Recht auf fort-dauernde Unabhängigkeit der Gesellschaft.¹³⁶² Genauso wenig, so könnte man argumentieren, vermittelt die Inhaberschaft einer bestimmten Aktiengattung ein Recht auf Beibehaltung des inländischen Sitzes. Es existiert nicht einmal eine den §§ 204, 23 UmwG entsprechende Vorschrift für die Sitzverlegung. Das dort für Umwandlungen angeordnete Ziel der Aufrechterhaltung der Rechtsstellung von Sonderrechtinhabern findet sich hier aus gutem Grund nicht wieder. Hierin kommt – wie auch im Fehlen einer dem § 196 UmwG vergleichbaren Vorschrift – zum Ausdruck, dass dem Gesetzgeber die mitgliedschaftliche Rechtsstellung bei Sitzverlegungen weniger schutzwürdig erschien. Er habe sich bewusst darauf beschränkt, lediglich den Vermögenswert der jeweiligen Beteiligung zu schützen.¹³⁶³

Zu Recht wird in der Literatur auch darauf hingewiesen, dass durch das Erfordernis einer Sonderabstimmung ein erhebliches Erpressungspotential für die Inhaber von Aktien der betroffenen Aktiengattung eröffnet würde, da diese ihre Zustimmung leicht von dem Angebot attraktiver Ausgleichsangebote abhängig machen können.¹³⁶⁴

Es sprechen jedoch die besseren Argumente für die Anwendbarkeit des Art. 60 Abs. 1 SE-VO. Hier lässt sich zum einen die Normentwicklung des Art. 8 anführen, dessen Vorgängervorschrift

¹³⁶⁰ Brandt, Hauptversammlung, S. 259.

¹³⁶¹ SE-VOV 1989, BT-Drucks. 11/5427, S. 15; i. E. genauso auch Hunger, in Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 9. Kap., Rn. 89.

¹³⁶² Bezenberger, Vorzugsaktien, S. 124. Siehe auch Hüffer, § 141 AktG, Rn. 11 allgemein zum Anwendungsbereich, dem Beschlüsse nicht unterfallen, wenn die Vorzugsaktien „den Grund der späteren Rechtsminderung von Anfang an in sich tragen“, etwa bei einem Bedingungseintritt; vgl. ferner Volhard, in: MüKo AktG, § 141, Rn. 7, wonach mittelbare Beeinträchtigungen, die nicht Inhalt, sondern lediglich Folge des Beschlusses seien, nicht erfasst werden.

¹³⁶³ Hoyer, Kontinuität, S. 336.

¹³⁶⁴ Brandt, Hauptversammlung, S. 239; ähnlich Hommelhoff, ZGR 1993, 452, 460 für die nicht verhältnismäßige Umstrukturierung.

Art. 5a Abs. 2 Unterabs. 2 S. 2 SE-VOV 1991 auf sämtliche Vorschriften zur Satzungsänderung verwies und damit das Zustimmungserfordernis durch eine Sonderversammlung nach Art. 92 Abs. 2 SE-VOV mit einschloss.¹³⁶⁵ Es sind nach Ansicht der Literatur deshalb auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass mit der Wortlautänderung der Vorschrift eine inhaltliche Änderung einhergehen sollte.¹³⁶⁶

Zum anderen müsste man, wenn man diesen Argumenten folgt, sämtliche Sonderbeschlüsse der Vorzugsaktionäre anlässlich von Umwandlungen in Frage stellen. Dabei gilt dieses Sonderbeschlusserfordernis nicht nur im nationalen Recht für Verschmelzung und Formwechsel, einschließlich abfindungsfreie Formwechsel einer AG in eine KGaA und umgekehrt.¹³⁶⁷ Es gilt vielmehr auch für den Wechsel zwischen den Rechtsformen AG und SE nach Art. 66 Abs. 6 S. 2 bzw. 37 Abs. 7 S. 2, die auf Art. 7 Abs. 2 VerschmRL¹³⁶⁸ verweisen. Damit ergibt sich aus der Systematik und der Entwicklungsgeschichte der Norm, dass Art. 60 Abs. 1 SE-VO auch auf die Sitzverlegung zu erstrecken ist, selbst wenn dies mit Blick auf die behindernden Wirkungen dieses Sonderbeschlusserfordernisses kritikwürdig erscheint.¹³⁶⁹

5. Bescheinigung nach Art. 8 Abs. 8 SE-VO i. V. m. § 14 SEAG

a. Bescheinigungssperre und Freigabeverfahren

Im Wegzugsstaat der SE hat die zuständige Behörde eine Bescheinigung darüber auszustellen, dass die der Verlegung vorhergehenden Rechtshandlungen und Formalitäten durchgeführt bzw. eingehalten wurden. Fehlt diese, darf die SE nicht im Register des Zuzugsstaates eingetragen werden.¹³⁷⁰ Nach § 14 SEAG ist es Voraussetzung für die Ausstellung, dass die Vertretungsorgane einer SE erklärt haben, dass keine gegen die Wirksamkeit des Beschlusses gerichtete Klage fristgemäß erhoben oder rechtskräftig abgewiesen bzw. zurückgenommen worden ist.

¹³⁶⁵ Fraglich wäre dann, ob sich die erforderliche Mehrheit nach Art. 59 Abs. 1 i. V. m. § 179 Abs. 2 AktG richtet – hierfür Schwarz, SE-VO, Art. 8, Rn. 55, Fn. 107 – mit der Konsequenz einer notwendigen Dreiviertelmehrheit bezogen auf das bei der Abstimmung vertretene Grundkapital oder ob auch eine speziell für die Sonderversammlung geltende Regelung gem. Art. 59 Abs. 2 durch die Mitgliedstaaten getroffen werden darf. Im deutschen Recht existiert mit § 141 Abs. 3 S. 2 AktG eine derartige Spezialvorschrift, die für den Sonderbeschluss der Vorzugsaktionäre über die Aufhebung des Vorzugs eine Dreiviertel-Mehrheit der abgegebenen Stimmen vorsieht. Für Deutschland wäre damit das Ergebnis dasselbe.

¹³⁶⁶ Schwarz, SE-VO, Art. 8, Rn. 55; die Anwendbarkeit voraussetzend auch Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 57; Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 68 a. E.; Zimmer/Ringe, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 8, Rn. 40; Hoger, Kontinuität, S. 322; Vinçon, Sitzverlegung, S. 155, die für den Fall der Nichtbeachtung von Art. 60 bzw. Nichterreichen der erforderlichen Mehrheit schwebende Unwirksamkeit des Satzungsbeschlusses annimmt.

¹³⁶⁷ Diese ist dabei nicht einmal an weitere Voraussetzungen geknüpft, auch nicht an eine Beeinträchtigung der Gattungsrechte, vgl. §§ 233 Abs. 2 2. Hs. bzw. 240 Abs. 1 S. 1 2. Hs. i. V. m. § 65 Abs. 2 UmwG.

¹³⁶⁸ RL 78/855/EG bzw. 2011/35/EU (Nachweise s. Anhang II).

¹³⁶⁹ I. E. für die Anwendung des Art. 60 Abs. 1 auch Brandt, Hauptversammlung, S. 254; Witten, Minderheitenschutz, S. 99; Hoger, Kontinuität, S. 322; Diekmann, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 8, Rn. 47.

¹³⁷⁰ Vgl. Art. 8 Abs. 9 SE-VO. Zur Bindungswirkung der Bescheinigung hinsichtlich der Eintragung im Zuzugsstaat nach Art. 8 Abs. 10 SE-VO siehe Vetter, in: Lutter/Hommelhoff, Die Europäische Gesellschaft, S. 111, 118 f.; zur Bedeutung von § 10 Abs. 2 SEAG bei der Holdinggründung siehe Paefgen, in: KK AktG, Art. 33, Rn. 108 ff.; zur grenzüberschreitenden Verschmelzung Bayer, in: Lutter, UmwG, § 122k, Rn. 14 und 22, § 122l, Rn. 19 f.

Die Negativerklärung nach § 14 SEAG folgt dem Vorbild des § 16 Abs. 2 UmwG. Eingeschlossen ist hier neben der Anfechtungsklage auch die Nichtigkeitsklage, nach § 249 Abs. 1 S. 1 AktG,¹³⁷¹ nicht aber die einfache Feststellungsklage nach § 256 ZPO.¹³⁷² Da sich auch Anträge im Spruchverfahren nicht gegen die Wirksamkeit des Verlegungsbeschlusses richten, sind diese ebenfalls nicht umfasst.¹³⁷³

Es könnte aber eine analoge Anwendung von Art. 25 Abs. 3 S. 3 SE-VO erwogen werden, wonach ein Hinweis in der Bescheinigung auf ein laufendes Spruchverfahren zwingend aufzunehmen wäre.¹³⁷⁴ Zumindest aber sei ein Hinweis auf laufende Abfindungsprozesse in der auszustellenden Rechtmäßigkeitsbescheinigung zulässig.¹³⁷⁵ Nach der hiesigen Rechtslage beginnt die Antragsfrist für das Spruchverfahren nach § 4 Abs. 1 Nr. 6 SpruchG erst mit Eintragung der SE im neuen Sitzstaat. Da die Eintragung gem. Art. 8 Abs. 9 SE-VO andererseits aber das Vorliegen der Rechtmäßigkeitsbescheinigung voraussetzt,¹³⁷⁶ stellt sich diese Frage in der Praxis derzeit gar nicht, so dass sie folglich auch keiner Regelung bedarf.

Droht hingegen eine Bescheinigungssperre aufgrund anhängiger Anfechtungsklagen, so könnte die im Schrifttum diskutierte, analoge Anwendung des Freigabeverfahrens nach § 16 Abs. 3 UmwG zu einer Aufhebung führen.¹³⁷⁷ Dadurch wäre die SE vor offensichtlich unbegründeten oder unzulässigen Anfechtungsklagen geschützt, da das mit der Anfechtungsklage befasste Gericht durch Beschluss auf Antrag der Gesellschaft feststellen könnte, dass die Klage der Ausstellung der Bescheinigung nicht entgegensteht. Darüber hinaus könnte das Gericht eine Interessenabwägung nach Art des allgemeinen Eilrechtsschutzes vornehmen und danach mit demselben Ergebnis entscheiden.

¹³⁷¹ Ob § 249 Abs. 1 AktG analog auf die Unwirksamkeitsfeststellungsklage anzuwenden ist, ist str., siehe dazu nur Hüffer, AktG, § 249, Rn. 21 m. w. N. Die Negativerklärung würde sich bejahendenfalls dann auch auf diese Klageart erstrecken. Die Zulässigkeit der Anordnung einer Negativerklärung im SEAG folgt direkt aus Art. 8 Abs. 7 S. 1, entsprechend zu Art. 33 Abs. 5 bei der Holdinggründung Paefgen, in: KK AktG, Art. 33, Rn. 106.

¹³⁷² Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 18. Die allgemeine Feststellungsklage kann im Anwendungsbereich der beschlussrechtlichen Nichtigkeitsklage nach § 249 AktG ohnehin nicht von Aktionären erhoben werden, da es angesichts des besonderen aktienrechtlichen Rechtsbehelfs gegen die Hauptversammlungsbeschlüsse am Feststellungsinteresse fehlt, vgl. BGHZ 70, 384, 388; Bartels, ZGR 2008, 723, 734; K. Schmidt, in: Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 45, Rdn. 82 a. E. Zur Zulässigkeit der (allgemeinen) Feststellungsklage gegen Verwaltungshandeln siehe jedoch BGHZ 164, 249 (Leitsatz) – Mangusta/Commerzbank II; dazu Drinkuth, AG 2006, 142, 145 ff.; Reichert/Senger, Der Konzern 2006, 338, 343 f.; Waclawik, ZIP 2006, 397 ff.

¹³⁷³ Oechsler, in: MüKo, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 48. Der Antrag im Spruchverfahren ist auf die Gestaltung eines Rechtsverhältnisses gerichtet, vgl. Kubis, in: MüKo AktG, § 4 SpruchG, Rn. 3; Leuring, in: Simon, SpruchG, § 4, Rn. 7.

¹³⁷⁴ Restriktiv im Hinblick auf die Lückenschließung innerhalb der SE-VO per analoger Anwendung anderer europäischer (SE-VO-) Vorschriften Casper, in: Habersack/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Ulmer, S. 51, 56 f. Keine Probleme diesbezüglich sieht hingegen Teichmann, ZGR 2002, 383, 408; ders., European Private Law 2011, 145, 161.

¹³⁷⁵ Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 48, der hier allerdings eine entsprechende Eintragung ins Handelsregister statt in die Bescheinigung befürwortet.

¹³⁷⁶ Vgl. auch den insoweit fast inhaltsgleichen § 16 Abs. 2 S. 2 UmwG.

¹³⁷⁷ Oechsler, in: MüKo, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 48; Göz, ZGR 2008, 593, 627; Vinçon, Sitzverlegung, S. 158; Jannott, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 9. Kap., Rn. 137; Witten, Minderheitenschutz, S. 119; Austmann, in: Münchener Hdb. AG, § 83, Rn. 38; a. A. hingegen: Teichmann, in: Van Hulle/Maul/Drinhausen (Hrsg.), Hdb. SE, S. 260, Rn. 38; Sagasser/Link, in: Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen, § 32 Grenzüberschreitende Sitzverlegung, Rn. 50.

Der Gesetzgeber äußert sich an keiner Stelle zum Freigabeverfahren.¹³⁷⁸ Der Verweis auf den Ausschluss der Anfechtungsklage in Bezug auf Abfindungsstreitigkeiten in § 12 Abs. 2 i. V. m. § 7 Abs. 5 SEAG kann jedenfalls nicht als Argument gegen die analoge Heranziehung dienen, da auch § 32 UmwG einen solchen Ausschluss vorsieht, an den sich § 7 Abs. 5 SEAG anlehnt.¹³⁷⁹ Dagegen sprechen könnte jedoch, dass auch der zur Freigabe i. R. d. Registersperre neu eingeführte § 246a AktG nicht den Fall der Bescheinigungsfreigabe bei Sitzverlegung berücksichtigt.¹³⁸⁰ Die Vorschrift enthält einen abschließenden Katalog, der nicht einfach um ungeschriebene Anwendungsfälle erweitert werden kann.¹³⁸¹ Sowohl § 246a AktG als auch § 16 Abs. 3 UmwG dient aber der Verhinderung der Auswirkung missbräuchlicher Anfechtungsklagen.¹³⁸² Und § 16 Abs. 3 ist ausdrücklich gem. § 122k Abs. 1 S. 2 UmwG auch auf internationale Verschmelzungen anzuwenden. Daraus folgt, dass bei einer „einfachen Sitzverlegung“ dieser sinngemäß erst recht zu gelten hat. Allein dies entspricht dem gesetzlichen System.¹³⁸³ Für den Formwechsel einer SE in eine KGaA hat zudem kürzlich das OLG Frankfurt entschieden, dass § 16 Abs. 3 UmwG hierauf analog anwendbar sei.¹³⁸⁴

b. Prüfungsumfang im Hinblick auf minderheitenschützende Vorschriften

Nach § 12 Abs. 2 i. V. m. § 7 Abs. 3 S. 1 SEAG ist die Angemessenheit einer anzubietenden Barabfindung durch einen Prüfer zu kontrollieren. Dieser wird vom Gericht bestellt, §§ 12 Abs. 2, 7 Abs. 3 S. 2 i. V. m. § 10 Abs. 1 S. 1 UmwG.¹³⁸⁵ Da der Prüfbericht zu den „Formalitäten, die der Verlegung vorangehen“, zu zählen ist, muss seine Existenz auch Gegenstand der Prüfung durch das Registergericht sein. Er ist der Anmeldung beizufügen.¹³⁸⁶

Nach herrschender Literaturlauffassung gehören auch Sitzverlegungsverbote zum Prüfungsumfang.¹³⁸⁷ Wie bereits oben festgestellt, handelt es sich bei den Sitzverlegungsverboten um mate-

¹³⁷⁸ Siehe RegBegr. SEEG, BT-Drucks. 15/3405.

¹³⁷⁹ Siehe RegBegr. SEEG, BT-Drucks. 15/3405, S. 33. Anders als hier Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 18.

¹³⁸⁰ Zu diesem Argument Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 48; Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 63.

¹³⁸¹ Hüffer, AktG, § 246a, Rn. 4; Göz, in: Bürgers/Körber, AktG, § 246 a, Rn. 2; Veil, AG 2005, 567, 575; kritisch zum Freigabeverfahren: Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 16, Rn. 36 f., 39; Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 63.

¹³⁸² Begründ. UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 29; Begründ. UmwG, BT-Drucks. 12/6699, S. 88 f.

¹³⁸³ Diekmann, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 8, Rn. 84; a. A. Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 18; vgl. in Bezug auf die Holdinggründung Paefgen, in: KK AktG, Art. 33 SE-VO, Rn. 110 ff.; Göz, ZGR 2008, 593, 606; Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 33 SE-VO, Rn. 18 m. w. N.; a. A. zur Holdinggründung (keine analoge Anwendung) Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 33, Rn. 54; Heckschen, in: Widmann/Mayer, UmwR, Anh. 14, Rn. 328 ff.; Schwarz, SE-VO, Art. 33, Rn. 47; Jannott, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ AG, § 3, Rn. 183. Für ein Freigabeverfahren bei Verschmelzungsgründung DAV Handelsrechtsausschuss, NZG 2004, 957, 958; Spitzbart, RNotZ 2006, 369, 397; Göz, ZGR 2008, 593, 603.

¹³⁸⁴ OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 2.12.2010 – 5 Sch 3/10, NZG 2012, 351.

¹³⁸⁵ Dadurch soll dessen Objektivität erreicht werden, die vor gesetzlicher Verankerung der gerichtlichen Bestellung durch das Spruchverfahrensneuordnungsgesetz aufgrund der Beauftragung durch die Gesellschaft häufig vermisst worden war, dazu Puszkajler in KK SpruchG, Vorb. §§ 7 bis 11, Rn. 30.

¹³⁸⁶ Für einen Zuzug in die BRD vgl. § 17 Abs. 1 bzw. § 199 UmwG.

¹³⁸⁷ Austmann, in: Münchener Hdb. AG, § 84, Rn. 6; Schwarz, SE-VO, Art. 8, Rn. 45; Ringe, Sitzverlegung, S. 144; Zimmer/Ringe, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), SE-Kommentar, Art. 8, Rn. 59; Vinçon, Sitzverlegung, S. 173;

rielle Vorgaben, deren Verletzung nicht bloß die Rechtswidrigkeit, sondern die Nichtigkeit des Sitzverlegungsbeschlusses bewirkt.¹³⁸⁸ Die Registergerichte haben Nichtigkeitsgründe jedoch von Amts wegen zu prüfen.¹³⁸⁹ Die Sitzverlegungsverbote sind deshalb grundsätzlich vom Prüfungsumfang erfasst.¹³⁹⁰

Praktisch steht allerdings entgegen, dass die Behörde des Wegzugsstaats ihre Prüfung vor Ausstellung der Bescheinigung nach Art. 8 Abs. 8 SE-VO regelmäßig anhand des einzureichenden Verlegungsplans und -berichts, der Niederschrift des Sitzverlegungsbeschlusses sowie der Versicherung der Leistung von Sicherheiten und einer Negativerklärung betreffend Anfechtungsklagen durchführen wird.¹³⁹¹ Diese Dokumente geben jedoch regelmäßig keine Auskunft über ein eventuelles Sitzverlegungshindernis nach Art. 37 Abs. 3 bzw. Art. 8 Abs. 15. So wird mit Hilfe der Negativerklärung gem. § 14 SEAG dem Registergericht ebenfalls gerade eigener Prüfungsaufwand erspart. Genauso wird mit einer Versicherung des Leitungsorgans auch der Nachweis des Gläubigerschutzes erbracht, vgl. § 13 Abs. 3 SEAG. Dementsprechend wäre es systemkonform gewesen, hätte der Gesetzgeber eine dieser Erklärungen auch auf die Sitzverlegungsverbote erstreckt, worauf allerdings verzichtet wurde.

Nicht zu prüfen ist auch das Barabfindungsangebot selber. Festzustellen ist insoweit nur, ob es formell korrekt in den Verlegungsplan aufgenommen wurde oder nicht. Die die Barabfindung betreffenden Bewertungsfragen bleiben dem Spruchverfahren vorbehalten.¹³⁹² Eine den Minderheitenschutz verstärkende Wirkung hätte es aber vor allem, wenn die Finanzierbarkeit der Barabfindung zu prüfen und diese damit Voraussetzung der Eintragung wäre.¹³⁹³ Dem Gesetz lässt sich eine dahingehende Eintragungsvoraussetzung indes nicht entnehmen, weswegen eine dahingehende Prüf- und Nachweispflicht de lege lata abzulehnen ist.

Fällt die Prüfung nach Art. 8 Abs. 8 SE-VO positiv aus und liegen keine von Amts wegen zu beachtenden Formmängel der Anmeldung vor, so wird die Satzungsänderung in das Register des Wegzugsstaates eingetragen. Die Ausstellung der Bescheinigung kann in Deutschland in Form einer Abschrift dieser Eintragung nach § 9 Abs. 4 HGB bestehen.¹³⁹⁴ Sie ist mit einem

unklar Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, Art. 8, Rn. 85, 127, der die Sitzverlegungsverbote ausdrücklich nicht nennt, zumindest für Art. 8 Abs. 15 die Prüfung jedoch verlangt.

¹³⁸⁸ I. E. genauso Göz, ZGR 2008, 593, 626 f.; Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 33. Hier müsste konkret die gerichtliche Feststellung der Nichtigkeit beantragt werden, siehe oben: D. II. 1. „Sitzverlegungsverbote“.

¹³⁸⁹ BGHZ 84, 285, 287 ff.; Hüffer, in: MüKo AktG, § 241, Rn. 95; Würthwein, in: Spindler/Stilz, AktG, § 241, Rn. 112; Zöllner, in: KK AktG (1. Aufl.), § 241, Rn. 33; Koch, in: GK HGB, § 8, Rn. 106; Lutter, NJW 1969, 1873 f. m. w. N. in Fn. 9; differenzierend K. Schmidt, in: GK AktG, § 241, Rn. 22, wonach das Registergericht Bedenken in tatsächlicher Hinsicht nur nachgehen muss, wenn konkrete Anhaltspunkte dies gebieten.

¹³⁹⁰ Umstritten ist zudem, ob die Sitzverlegungsverbote auch Teil der von der zuständigen Stelle des neuen Sitzstaates gem. Art. 8 Abs. 9 zu prüfenden Formalitäten sind. Für diese Prüfungsmöglichkeit, allerdings ohne Begründung, Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 127, a. A. Ringe, Sitzverlegung, S. 145; Zimmer/Ringe, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 8, Rn. 77.

¹³⁹¹ Vgl. Teichmann, in: Van Hulle/Maul/Drinhausen, Hdb. SE, 7. Abschnitt, Rn. 40.

¹³⁹² Siehe auch Vinçon, Sitzverlegung, S. 173.

¹³⁹³ Hierfür Kalss, in: Kalss/Hügel, SE-Kommentar, § 12 SEG, Rn. 5, wonach die Gesellschaft vor der Eintragung verpflichtet sei, die Anzahl austrittswilliger Aktionäre festzustellen. Gelänge ihr das nicht, müsse die Eintragung unterbleiben.

¹³⁹⁴ Zimmer/Ringe, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), SE-Kommentar, Art. 8, Rn. 56; Austmann, in: Münchener Hdb AG, § 84, Rn. 6; Teichmann, ZGR 2002, 383, 460; Heckschen, DNotZ 2003, 251, 266; kritisch Zang, Sitz und

Vorläufigkeitsvermerk zu versehen, der darüber aufklärt, dass die Änderung erst mit Eintragung in das Register des Zuzugsstaates wirksam wird.

c. Folgen eines Verstoßes gegen Art. 8 Abs. 8 SE-VO

Wird die SE trotz Vorliegen eines Verfahrensmangels im neuen Sitzstaat eingetragen, so scheidet aufgrund der Bindungswirkung der Eintragung im Zuzugsstaat die nachträgliche Nichtigkeitsfeststellung der Verlegung im Normalfall aus.¹³⁹⁵ Für das Nichtvorliegen der Bescheinigung nach Art. 8 Abs. 8 SE-VO enthält allerdings Art. 30 Unterabs. 2 SE-VO für die Verschmelzung eine Sonderbestimmung, wonach das Fehlen der Rechtmäßigkeitsprüfung des Wegzugsstaates einen Grund für die Auflösung der SE darstellen kann. Eine entsprechende Regelung für die Sitzverlegung fehlt. Vereinzelt wird deswegen eine analoge Anwendung befürwortet.¹³⁹⁶

Gegen eine analoge Anwendung von Art. 30 Unterabs. 2 SE-VO spricht, dass die Bedeutung der Rechtmäßigkeitskontrolle bei der Sitzverlegung nicht dieselbe ist wie bei der Verschmelzung, bei der die Gründung einer neuen Gesellschaft beabsichtigt ist. So geht die Prüfung bei der Verschmelzung auch inhaltlich weiter; insbesondere erstreckt sie sich auf die Beteiligungsvereinbarung mit den Arbeitnehmern und die Gründungsvorschriften des Sitzstaates, Art. 26 Abs. 3 und 4 SE-VO. Auch erscheint die Übertragung der Rechtsfolge auf die Sitzverlegung unpassend. Die Auflösung hat bei der Verschmelzung als einer Gründungsform eine Wirkung, die der einem Rückgängigmachen gleichkommt. Die Auflösung der SE stellte sich bei bloßer Sitzverlegung hingegen als unverhältnismäßig dar. Dies gilt umso mehr, als dass nicht einmal ein Fehler des Sitzverlegungsverfahrens an sich vorliegen muss, sondern das Fehlen der entsprechenden Bescheinigung an sich ausreicht. Fehlt die Rechtmäßigkeitsbescheinigung, ist die Verlegung daher dennoch wirksam.

6. Kein Minderheitenschutz durch Art. 8 Abs. 13 und Abs. 14 SE-VO

Die Offenlegung nach Art. 8 Abs. 13 S. 1 dient der Information der Öffentlichkeit; ihre Wirkungen treten damit gegenüber „Dritten“ ein. Wer „Dritter“ i. S. d. Vorschrift ist, ist dort nicht bestimmt. Auch die Publizitätsrichtlinie verwendet diese Bezeichnung, erklärt sie jedoch nicht. Es ist hier von dem einheitlichen Verständnis auszugehen, dass damit jede nicht zur Gesellschaft zugehörige Person gemeint ist. Keine Dritten sind demnach Organmitglieder und Aktionäre.¹³⁹⁷

Verlegung, S. 218, im Hinblick auf das Zusammenfallen von Bescheinigung und Handelsregisterauszug, der fordert, dass die Bescheinigung in der Form zu erfolgen habe, in der auch die Bescheinigungen nach Art. 54 und 58 S. 2 i. V. m. dem Anhang V bzw. Art. 57 Abs. 4 S. 2 i. V. m. Anhang VI der EuGVVO ergehen. Auch enthielten Art. 8 Abs. 10 und Abs. 11 ausdrückliche Regelungen zu der Frage, welche Eintragungen in den Registern der Zu- und Wegzugsstaats vorzunehmen seien, woraus im Umkehrschluss folge, dass die Bescheinigung nicht in Form einer Registereintragung ergehen dürfe.

¹³⁹⁵ Auf die Eintragung findet § 202 Abs. 3 UmwG entsprechende Anwendung, siehe oben: D. II. „Das Verlegungsverfahren und die Anfechtungsmöglichkeiten“.

¹³⁹⁶ Diekmann, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 8, Rn. 58; Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 33.

¹³⁹⁷ Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 61; ders., AG 2005, S. 373, 378; Casper, in: Spindler/Stilz, AktG,

Diesen gegenüber treten die Wirkungen der Sitzverlegung bereits mit Eintragung im neuen Sitzstaat ein. Damit können die Offenlegungsvorschriften auch nicht mehr dem Minderheitenschutz dienen.

Art. 8 Abs. 14 eröffnet für die Mitgliedstaaten die Option, die Verhinderung einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung durch den Einspruch einer zuständigen Behörde des Wegzugsstaates aus Gründen des öffentlichen Interesses gesetzlich zuzulassen. Deutschland hat von dieser Option keinen Gebrauch gemacht, anders als etwa Großbritannien, Österreich, Spanien,¹³⁹⁸ Belgien,¹³⁹⁹ die Niederlande,¹⁴⁰⁰ Litauen, Portugal¹⁴⁰¹ und Lettland.¹⁴⁰² Im Allgemeinen nicht als Gründe „öffentlichen“ Interesses können aber wohl die Belange der Aktionäre gelten, weswegen die Regelung ebenfalls keine minderheitenschützende Wirkung entfaltet.¹⁴⁰³

7. Folge des Austritts: Der Erwerb eigener Aktien

a. Zur Anwendbarkeit deutscher Kapitalschutzvorschriften

Als problematisch im Hinblick auf das Austrittsrecht der Aktionäre erweist sich bei näherer Betrachtung § 12 Abs. 1 S. 2 SEAG, der die entsprechende Anwendung der §§ 71 ff. AktG über den Erwerb eigener Aktien anordnet. Ein schwer überwindbares Hindernis speziell im Falle der Sitzverlegung stellt hier der Wechsel des Rechtsregimes dar. Der Wechsel führt bei reiner Wortlautbetrachtung dazu, dass die Anwendbarkeit der deutschen Kapitalerhaltungsvorschriften – und mit ihnen § 71 AktG – mit der Eintragung im neuen Sitzstaat gekappt werden, da Art. 5 SE-VO für die Kapitalerhaltung ausdrücklich die Vorschriften des Sitzstaates der SE für anwendbar erklärt.¹⁴⁰⁴ Erlaubt aber das Recht des neuen Sitzstaates keinen Eigenerwerb von Aktien anlässlich

Art. 8 SE-VO, Rn. 22 a. E.

¹³⁹⁸ Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 31; Zimmer/Ringe, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 8, Rn. 61.

¹³⁹⁹ Van Cutsem, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 105, wonach der Wirtschaftsminister die Sitzverlegung untersagen kann, wenn sie gegen die öffentliche Ordnung verstößt; siehe auch Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 31; Zimmer/Ringe, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 8, Rn. 61.

¹⁴⁰⁰ Vgl. Van den Bos/Koenig, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 2698; Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 31; Zimmer/Ringe, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 8, Rn. 61.

¹⁴⁰¹ Pessanha/Castro Marques, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 3276 (u. U. Zustimmung der Sektoralaufsichts- oder Überwachungsbehörde erforderlich).

¹⁴⁰² Dabei sieht die Regelung des lettischen Ausführungsgesetzes vor, dass das Finanzamt und das Amt für Finanzdienstleistungsaufsicht i. V. m. einer staatlichen Prüfung eine Sitzverlegung verhindern können. Die litauische Regelung lässt hingegen zu, dass der Justizminister allein unter Verweis auf ein „öffentliches Interesse“ die Sitzverlegung verhindern kann, vgl. Urbelis, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 2079; dazu auch Csehi, in: Jung, Supranationale Gesellschaftsformen im Typenwettbewerb, S. 17, 31, der des Weiteren darauf hinweist, dass auch in Ungarn in der Praxis mit staatlichen Interventionen gerechnet werden könne, ungeachtet der Tatsache, dass das ungarische Recht die Option nicht ausnutzt. Das Schweigen des Gesetzgebers sei dort kein Hinderungsgrund für staatliches Einschreiten. Zum lettischen Recht siehe ferner Cakste-Razna, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 1881.

¹⁴⁰³ Zimmer/Ringe, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 8, Rn. 63.

¹⁴⁰⁴ Darauf weist u. a. der DAV-Handelsrechtsausschuss in seiner Stellungnahme zum SEEG-Regierungsentwurf hin, NZG 2004, 957, 959; ebenso DAV-Stellungnahme z. Diskussionsentwurf, NZG 2004, 75, 80; Krause, in: Müller-Graff/Teichmann, Europäisches Gesellschaftsrecht auf neuen Wegen, S. 103, 115 ff.; Vetter in: Lutter/Hommelhoff, Europäische Aktiengesellschaft, S. 111, 163 f.; Witten, Minderheitenschutz, S. 141; Zang, Sitz und Verlegung, S. 174; Vinçon, Sitzverlegung, S. 249; zur Parallelproblematik der Anwendbarkeit von § 54

einer Abfindungsverpflichtung bei Sitzverlegung, so könnte damit das durch das deutsche Recht gewährte Austrittsrecht unterlaufen werden.¹⁴⁰⁵

Im Schrifttum wird vorgeschlagen, eine dem § 207 Abs. 1 S. 2 UmwG entsprechende Vorschrift zu schaffen. Diese solle ein Barabfindungsangebot schon für den Fall vorschreiben, dass der Anteilsinhaber sein Ausscheiden aus dem Rechtsträger erklärt, sofern Vorschriften des Zuzugsstaates ein Ausscheiden verhindern würden.¹⁴⁰⁶ Eine derartige Vorschrift existiert aber nicht, so dass allenfalls eine Analogie zu § 207 Abs. 1 S. 2 UmwG in Frage käme. Im Ergebnis bliebe damit das Austrittsrecht bei fehlender Möglichkeit des Erwerbs eigener Aktien erhalten. Keine Probleme würden indes dann auftreten, wenn auch nach der Rechtsordnung des Zuzugsstaates ein entsprechender Verstoß als mit der Eintragung geheilt anzusehen wäre.

Die h. M. löst das Parallelproblem bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung mit Hilfe der Ermächtigung des Art. 4 Abs. 2 S. 1 IntVerschmRL¹⁴⁰⁷ bzw. des Art. 24 Abs. 2 i. V. m. Art. 25 Abs. 3 S. 4 SE-VO.¹⁴⁰⁸ Dieser Ansicht zufolge sollen die Bestimmungen allgemein klarstellen, dass die Rechtsordnung einer beteiligten Gesellschaft durch die Rechtsordnung einer anderen beteiligten Gesellschaft überlagert werden könne, wenn dies zur Entfaltung des Schutzsystems erforderlich sei.¹⁴⁰⁹ Dem ist nicht zuzustimmen. Gegen eine derart weitreichende Auslegung spricht der Wortlaut.¹⁴¹⁰

Die Lösung ergibt sich vielmehr aus der Sitzfiktion des Art. 8 Abs. 16 SE-VO. Im Verordnungsentwurf 1991 fand sich eine derartige Regelung nicht. Auch in der Sitzverlegungsrichtlinie fehlt

Abs. 4 bzw. § 68 Abs. 3 UmwG bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung rechtsvergleichend (mit dem engl. Recht) Siepe, Grenzüberschreitende Verschmelzung, S. 245 ff. Nach Hoger, Kontinuität, S. 43 f., 325 f. soll es bei der Anwendung der Kapitalschutzregeln des neuen Sitzstaates auch im Hinblick auf den Eigenerwerb aufgrund des Austrittsrechts bleiben; anders Casper, ZHR 173 (2009), 181, 207, der die Kapitalschutzregeln der Sitzstaaten der Gründungsgesellschaften über Art. 24 Abs. 2 SE-VO für anwendbar hält.

¹⁴⁰⁵ Die KapRL verhindert einen solchen Ausschluss jedenfalls nicht, vgl. Art. 19, 20 Abs. 1 lit. d KapRL (RL 77/91/EWG, Fundstelle s. Anh. II). Nach Hoger, Kontinuität, S. 330, soll die Treuepflicht den Mehrheitsaktionären die Sitzverlegung verbieten für den Fall, dass die Kapitalschutzregeln des Zuzugsstaates wegen der Barabfindungspflicht nicht eingehalten werden könnten. Kurz darauf stellt er jedoch zutreffend fest, dass das gemeinschaftsrechtliche Effektivitätsgebot („*effet utile*“) dazu zwingt, „das Institut der Sitzverlegung in der Praxis durchführbar zu machen“ (S. 331).

¹⁴⁰⁶ Zang, Sitz und Verlegung, S. 174; ihm folgend Vinçon, Sitzverlegung, S. 251. Für eine Lösung *de lege ferenda* bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung auch Lennerz, Die internationale Verschmelzung, S. 183; Siepe, Grenzüberschreitende Verschmelzung, S. 247 f.; Louven/Dettmeier/Pöschke/Wenig, BB-Spezial 3/2006, 1, 10; Louven, ZIP 2006, 2021, 2026; ähnlich Teichmann, ZGR 2003, 367, 378, der ebenfalls ganz allgemein für einen Fristbeginn vor Eintragung plädiert. Für die Zulässigkeit eines Antrags vor Wirksamwerden auch Meyer, Ausgleichs- und Abfindungsansprüche, S. 261. Anders hingegen Vetter, in: Lutter/Hommelhoff, Die Europäische Gesellschaft, S. 111, 128; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 24, Rn. 44, die vorschlagen, den Anspruch zwar in voller Höhe anzuerkennen, der SE jedoch zuzugestehen, ihn erst dann zu erfüllen, wenn dies nach den ausländischen Kapitalschutzregeln möglich ist. Diese Lösung findet allerdings keine Stütze im Gesetz.

¹⁴⁰⁷ RL 2005/56/EG (Nachweis s. Anh. II).

¹⁴⁰⁸ Beutel, Grenzüberschreitende Verschmelzung, S. 260, 274; Begr. RegE SEEG, BT-Drucks. 15/3405, S. 33; Scheifele, Gründung, S. 250; Teichmann, ZGR 2003, 367, 378; Schäfer, in: MüKo AktG, Art. 20 SE-VO, Rn. 24; Klein, RNotZ 2007, 565, 600; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 24, Rn. 56.

¹⁴⁰⁹ Beutel, Grenzüberschreitende Verschmelzung, S. 260.

¹⁴¹⁰ A. A. Witten, Minderheitenschutz, S. 178 f. Wie hier dagegen auch Siepe, Grenzüberschreitende Verschmelzung, S. 247. Auch im europäischen Recht bildet der Wortlaut den ersten Zugriff für die Auslegung, wobei dieser allerdings andererseits selbst bei hinreichend klarer Formulierung keine zwingende Auslegungsgrenze darstellt, siehe Casper, in: Habersack/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Ulmer, 51, 55.

eine entsprechende Vorschrift.¹⁴¹¹ Art. 8 Abs. 16 SE-VO geht ursprünglich auf die Vorgängervorschrift des Art. I-4 Abs. 3 des VE 1966 zurück,¹⁴¹² die allerdings zunächst ausschließlich prozessrechtlich verstanden wurde.¹⁴¹³ Für eine weite Auslegung dahingehend, dass alle Forderungen erfasst sein sollen, deren Rechtsboden bereits vor der Sitzverlegung bereitet wurde, spricht jedoch der Zweck der Vorschrift: Die Regelung will verhindern, dass die bisherigen Gläubiger durch die Sitzverlegung benachteiligt werden und zielt damit auf den Vertrauensschutz der Gläubiger ab. Nach den allgemeinen Regeln würde die Forderung an sich erst mit Wirksamwerden der Sitzverlegung entstehen.¹⁴¹⁴

In der Literatur wird im Zusammenhang mit der Frage der internationalen Zuständigkeit deutscher Spruchgerichte hingegen zum Teil angenommen, dass der Anspruch auf Barabfindung bereits mit dem Verlegungsbeschluss im Sinne der Vorschrift entstanden sei, sofern nur der Aktionär Widerspruch eingelegt habe.¹⁴¹⁵ Art. 8 Abs. 16 liege die Annahme zugrunde, dass der Entstehungszeitpunkt der Forderung dann gegeben sei, wenn die rechtliche Grundlage der Forderung geschaffen werde.

Besser begründen lässt sich die Anwendbarkeit der Kapitalschutzvorschriften des Wegzugstaates jedoch, wenn man von der Überlegung ausgeht, dass die Minderheitsaktionäre der SE als Anteilseigner zu einem Zeitpunkt beitraten, zu dem diese im Geltungsbereich dieser Vorschriften ihren Sitz hatte. Denn Grund des späteren Abfindungsanspruchs, dessen Sicherung § 71 AktG unter anderem dient, ist die im Zeitpunkt der Begründung der Mitgliedschaft geschaffene Verbindung zwischen Aktionär und der Gesellschaft. Der an die Sitzverlegung anknüpfende gesetzliche Barabfindungsanspruch schließlich betrifft dieses Rechtsverhältnis der Aktionäre untereinander. Er ist gesetzlicher Ausfluss der auf einem privatautonomen Erwerbsakt beruhenden Mitgliedschaft. Das Vertrauen in die damit erworbene Rechtsstellung umfasst nach der Vorstellung des Gesetzgebers damit auch den Anspruch auf spätere Barabfindung, so dass die Aktionäre in allen diesen betreffenden Fragen nicht schlechter zu behandeln sind als die Altgläubiger der Gesellschaft.

Die Vorschriften über den Erwerb eigener Aktien regeln aber, soweit sie hier interessieren, gerade das Verhältnis zwischen Gläubigerschutz und Schutz der austrittswilligen Minderheitsaktionäre. Will man daher den deutschen Minderheitenschutz und andererseits den nationalen Gläubigerschutz über Art. 8 Abs. 16 SE-VO zur Anwendung bringen, so ist es nur konsequent, auch die Anwendung der deutschen Kapitalschutzregelungen zu befürworten. Einem derartigen Normverständnis steht auch der Wortlaut nicht entgegen.¹⁴¹⁶

¹⁴¹¹ Vgl. Art. 5a SE-VOV 1991, BT-Drucks. 12/1004, S. 18 f.; Teichmann, ZGR 2002, 383, 461 (Fn. 268).

¹⁴¹² Sanders, VE SE-Statut (1966), S. 4.

¹⁴¹³ Sanders, VE SE-Statut (1966), S. 12 f.

¹⁴¹⁴ S. o. unter C. III. 1. „Abfindungsangebot, Entstehen und Fälligkeit des Barabfindungsanspruchs“.

¹⁴¹⁵ Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 131; Oechsler, Sitzverlegung, AG 2005, S. 373, 375 f.; ders., in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 58; für die Anwendbarkeit des Art. 8 Abs. 16 i. E. auch Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 25; ders., ZHR 173 (2009), 181, 210 f. sowie Austmann in Hoffmann-Becking (Hrsg.), Münchener Handbuch, § 84, Rn. 13; Zimmer/Ringe, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), SE-Kommentar, Art. 8, Rn. 38.

¹⁴¹⁶ Witten, Minderheitenschutz, S. 178.

b. Der Verweis auf §§ 71 ff. AktG

Ist aber die Anwendung deutscher Kapitalschutzvorschriften auf diese Weise sichergestellt, so muss als nächstes der Inhalt des Verweises auf §§ 71 ff. AktG näher untersucht werden, denn hieraus können sich Grenzen für den Eigenerwerb der Aktien und damit für den Minderheitenschutz bei Sitzverlegung ergeben.

§ 71 Abs. 1 AktG enthält acht Fallgruppen, bei deren Vorliegen ausnahmsweise der Erwerb eigener Aktien zulässig ist. Es stellt sich die Frage, ob eine der genannten Fallgruppen auszuwählen ist, die der Aktienrücknahme bei Sitzverlegung der SE am nächsten kommt.¹⁴¹⁷ Da je nach Fallgruppe unterschiedliche Besonderheiten zu beachten sein können, wie etwa die 5%-Schwelle bei Anwendung von Abs. 1 Nr. 7 bzw. nach Abs. 2 S. 1 die 10%-Grenze bei den Nrn. 1 bis 3, 7 und 8, muss hierfür zunächst entschieden werden, ob es sich um eine Rechtsgrund- oder eine Rechtsfolgenverweisung handelt. Ist letzteres der Fall, so könnten nur die für alle Fallgruppen gemeinsam geltenden Vorschriften anzuwenden sein, da ja gerade auf eine Einordnung nach dem Rechtsgrund der Ausnahme verzichtet wird.

Aus § 12 Abs. 1 S. 2 2. Hs. SEAG kann jedoch geschlossen werden, dass auf den Rechtsgrund verwiesen wird, da Verstöße gegen Abs. 1 oder 2 erst dann feststellbar sind, nachdem eine Eingruppierung nach den Nrn. 1 bis 8 erfolgt ist. Nahe liegend ist es, die Nr. 3 entsprechend anzuwenden,¹⁴¹⁸ womit § 71 Abs. 2 AktG für die Sitzverlegung zumindest teilweise irrelevant wird, da weder der Erwerb eigener Aktien bei einem Verstoß gegen die Absätze 1 oder 2 unwirksam ist (vgl. Abs. 4 S. 1) noch das schuldrechtliche Geschäft in diesem Falle nichtig ist (vgl. § 12 Abs. 1 S. 2, 2. Hs. SEAG).¹⁴¹⁹ Weil schließlich Abs. 3 lediglich Regelungen für die Nummern 1, 2 und 8 enthält, bleibt von § 71 AktG bei reiner Wortlautbetrachtung keinerlei Rechtsfolge für den Eigenerwerb anlässlich der Sitzverlegung einer SE übrig.

Verstöße gegen § 71 Abs. 2 sollen nach der im Schrifttum vorherrschenden Auffassung zu § 29 UmwG dennoch nicht folgenlos bleiben. Vielmehr soll der Hauptversammlungsbeschluss rechtswidrig und anfechtbar sein, wenn sich abzeichnet, dass mehr als 10% Aktionäre das Abfindungsangebot voraussichtlich annehmen werden.¹⁴²⁰ Scheint es zunächst so, als würde diese Schwelle nicht erreicht werden, liegt die Anzahl der das Angebot annehmenden Gesellschafter dann aber wider Erwarten doch darüber, so sei dagegen der Erwerb zwar nicht nichtig, nach umstrittener

¹⁴¹⁷ In diesem Sinne Hunger in Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 9. Kap., Rn. 100; Vinçon, Sitzverlegung, S. 149 f.; Oechsler, NZG 2005, 449, 451, die insoweit folgerichtig auf § 71 Abs. 1 Nr. 3 AktG abstellen.

¹⁴¹⁸ So auch Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 24; Vinçon, Sitzverlegung, S. 149 f.; Hoger, Kontinuität, S. 43 unter Verweis auf die umwandlungsrechtliche Barabfindung.

¹⁴¹⁹ Diese Bestimmung ist gleichlautend mit der des § 207 Abs. 1 S. 1 2. Hs. und räumt damit dem Schutz der Anteilsinhaber Vorrang vor den Kapitalerhaltungsregeln ein, vgl. Decher, in: Lutter, UmwG, § 207, Rn. 18; Meister/Klöcker, in: Kallmeyer, § 207, Rn. 35; abweichend Böttcher, Gesellschafter- und Gläubigerschutz beim Formwechsel, S. 141 f.; Petersen, Gläubigerschutz, S. 32; ders., in: KK UmwG, § 207, Rn. 9; Veith, Der Gläubigerschutz beim Formwechsel nach dem Umwandlungsgesetz, S. 101. Entsprechend nennt auch die Begr. zum RegE des SEEG, BT-Drucks. 15/3405, S. 35 § 207 UmwG als Vorbild.

¹⁴²⁰ Vetter in: Lutter/Hommelhoff, Europäische Gesellschaft, S. 111, 146; Kallmeyer in: Marsch-Barner, UmwG, § 29, Rn. 27 sowie Meister/Klöcker, ebda, § 207, Rn. 35; Kalss, in: Semler/Stengel, UmwG, § 29, Rn. 33 sowie § 207, Rn. 11; Grunewald, in: Ebenroth/Hesselberger u. a. (Hrsg.), FS Boujong, S. 175, 192; dies., in: Lutter, UmwG, § 29, Rn. 25; Decher, in: Lutter, UmwG, § 207, Rn. 18; a. A. Stratz, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 29, Rn. 12.

Meinung steht aber der Gesellschaft dann ein Leistungsverweigerungsrecht zu, solange nicht § 71 Abs. 2 AktG entsprochen werden kann.¹⁴²¹

Letztere Ansicht erscheint allerdings ausgesprochen problematisch, da das Gesetz diese Lösung nicht vorsieht. Die Auffassung führt außerdem in der Folge zu zahlreichen Widersprüchen. Entgegen der prinzipiellen Verantwortlichkeit der Gesellschaft für die Einhaltung der Kapitalchutzregeln wird hier das Risiko, diese nicht erfüllen zu können, auf die Minderheitsgesellschafter abgewälzt. Im Grundsatz aber haben die Folgen derartiger Gesetzesverletzungen – soweit man solche im vorliegenden Fall überhaupt bejahen möchte – alle Anteilseigner und zwar entsprechend ihrer Beteiligung zu tragen. Die Leistungsverweigerung hier wäre vergleichbar mit der Weigerung eines Unternehmens angesichts seiner prekären finanziellen Lage, die Forderungen einiger ausgewählter Gläubiger zu befriedigen, mit der Begründung, anderenfalls müsse es Insolvenz wegen Zahlungsunfähigkeit anmelden.¹⁴²² Selbst eine drohende Insolvenz begründet jedoch kein Leistungsverweigerungsrecht. Kommt es aber zum Insolvenzverfahren, so realisiert sich auch hier ein Risiko, das alle Massegläubiger und nicht nur die zeitlich letzten zu tragen haben. Sie alle nehmen entsprechend ihrer Forderungshöhe relativ gleich am Ausfall teil.

Der die Leistungsverweigerung befürwortenden Ansicht ist andererseits zuzugeben, dass andernfalls ein grundsätzlicher Konflikt mit dem Kapitalbindungsgrundsatz und damit mit dem Gläubigerschutz im Allgemeinen entsteht.¹⁴²³ Dieser Konflikt ist allerdings von Gesetzes wegen dahingehend gelöst, dass dem Schutz widersprechender Anteilsinhaber hier der Vorrang eingeräumt wird.¹⁴²⁴ Der Beschluss ist damit bei einem Verstoß gegen § 71 Abs. 2 S. 1 oder 2 AktG i. V. m. § 12 Abs. 1 S. 2 SEAG rechtswidrig; anfechtbar ist der Verstoß nur, wenn er vorhersehbar war.

Jedenfalls anwendbar wäre an für sich auch § 71c Abs. 2, wonach die Gesellschaft ihre zulässigerweise nach § 71 Abs. 1 erworbenen Aktien, soweit sie die 10%-Grenze überschreiten, binnen drei Jahren verkaufen muss.¹⁴²⁵ Zu diesem Zeitpunkt gilt aber bereits das Recht des neuen Sitzstaates, so dass sich die Folgen nach den dort geltenden Vorschriften richten. Diese sind

¹⁴²¹ Vetter in: Lutter/Hommelhoff, Europäische Gesellschaft, S. 111, 146; ausführlich ders., ZHR 168 (2004), 8, 23 f.; ähnlich Petersen, Gläubigerschutz, S. 31 f. sowie ders., in: KK UmwG, § 207, Rn. 15 f., der eine Rückzahlungspflicht aus § 62 AktG befürwortet; a. A. Goutier/Knopf/Tulloch, UmwG, § 29, Rn. 29; Grunewald in Lutter, UmwG, § 29, Rn. 26; dies., in: Ebenroth/Hesselberger u. a. (Hrsg.), FS Boujong, S. 175, 192; Kalss, in: Semler/Stengel, UmwG, § 207, Rn. 11; Meister/Klöcker, in: Kallmeyer, UmwG, § 207, Rn. 34; Decher, in: Lutter, UmwG, § 207, Rn. 19.

¹⁴²² Dieses allerdings wenig realistische Beispiel berücksichtigt nicht den Insolvenzgrund der „drohenden Zahlungsunfähigkeit“.

¹⁴²³ Siehe hierzu nur Vetter, ZHR 168 (2004), 8, 17 ff.; allgemein zu diesem Grundsatz Luttermann, in: MüKo AktG, Das Bilanzrecht der Aktiengesellschaft, Rn. 114 ff.

¹⁴²⁴ So bereits die Begründung zu § 29 DiskE UmwG 1988, Bundesanzeiger Beilage 1988 Nr. 214 a, S. 55, wonach auch bei Übersteigen der 10%-Grenze die Pflicht zum Barabfindungsangebot bestehen bleibt.

¹⁴²⁵ Cahn, in: Spindler/Stilz, AktG, § 71c, Rn. 2; unklar: Wiesner, in: Münchener Hdb. AG, § 15, Rn. 20; a. A. Arnold, in: Habersack/Mülbert/Schlitt, § 7, Rn. 33 (Fn. 85); Paefgen, in: KK AktG, Art. 34 SE-VO, Rn. 27; Hüffer, AktG, § 71c, Rn. 4, § 71c Abs. 2; Oechsler, in: MüKo AktG, § 71c, Rn. 9, die § 71c Abs. 2 nur auf die Fälle des § 71 Abs. 1 Nr. 4-6 für anwendbar halten mit der Begründung, alle anderen würden bereits der Jahresfrist des § 71c Abs. 1 unterliegen. Nach richtlinienkonformer Auslegung ist jedoch zumindest auch Nr. 3 in den Anwendungsbereich einzubeziehen. Denn § 71c Abs. 2 beruht auf Art. 20 Abs. 2 und 3 der KapRL, der den Verkauf innerhalb von 3 Jahren für den abfindungsbedingten Eigenerwerb in Abs. 1 lit. d vorschreibt siehe nur Cahn, in: Spindler/Stilz, AktG, § 71c, Rn. 1; vgl. des Weiteren Art. 21 KapRL für die Jahresfrist. Es kann sich also bei der Nennung des § 71 Abs. 2 in § 71c Abs. 1 nur um ein Redaktionsversehen handeln. Die h. M. sieht ein solches hingegen in der Nichtnennung des § 71 Abs. 2 S. 1 in § 71c Abs. 2, vgl. nur Oechsler, ebda.

jedoch durch Art. 20 Abs. 1 lit. d, Abs. 2 der KapRL harmonisiert.¹⁴²⁶

8. Allgemeines Einberufungs- und Bekanntmachungsrecht der Aktionärsminorität

§ 50 Abs. 1 SEAG i. V. m. Art. 55 Abs. 1 1. Hs. SE-VO räumt wie § 122 Abs. 1 S. 1 1. Hs. AktG der Aktionärsminorität ein Recht zur Einberufung der Hauptversammlung ein, sofern diese ein Quorum von 5% der Anteile am Grundkapital erreicht.¹⁴²⁷ Eines besonderen Grundes bedarf es nach Art. 54 Abs. 2 SE-VO zur Einberufung nicht.¹⁴²⁸ Davon werden andere Minderheitenrechte auf Einberufung in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen nicht berührt.¹⁴²⁹

Darüber hinaus besteht jederzeit für die Aktionäre die Möglichkeit, unter den gleichen Voraussetzungen weitere Tagesordnungspunkte nach Art. 56 SE-VO zu bestimmen und bekannt zu machen.¹⁴³⁰ Daraus ergeben sich interessante Möglichkeiten für die Aktionärsminorität zur Bildung von Koalitionen bereits im Vorfeld einer geplanten Sitzverlegung und zum Erhalt eines umfassenden „Stimmungsbildes“ der Anteilseigner zu der geplanten Umstrukturierung auf diesem Weg. Dabei wäre selbst im Zeitpunkt der Bekanntmachung des Sitzverlegungsplans noch eine Einberufung der Hauptversammlung theoretisch möglich, da gem. Art. 53 SE-VO i. V. m. § 123 Abs. 1 S. 1 AktG lediglich eine dreißigtägige Frist einzuhalten wäre, der Verlegungsbeschluss jedoch gem. Art. 8 Abs. 6 S. 1 SE-VO frühestens zwei Monate nach Offenlegung des Plans gefasst werden kann.

9. Internationale Zuständigkeit für Beschlussmängelklagen

Unter anderem für Anfechtungsklagen begründet Art. 22 Nr. 2 S. 1 EuGVVO die ausschließliche

¹⁴²⁶ Siehe vorhergehende Fußnote. Fundstellennachweis zur KapRL in Anh. II.

¹⁴²⁷ Damit weicht der deutsche Gesetzgeber vom Regelfall des Art. 55 Abs. 1 1. Hs SE-VO ab, der erst 10% Anteilsbesitz genügen lässt, um einen Gleichlauf mit dem AktG herzustellen, vgl. Spindler, in: Lutter/Hommelhoff, Europäische Gesellschaft, S. 223, 241 f. 10% verlangen demgegenüber bspw. das polnische und das schwedische Recht, für Polen vgl. Szumański/Duda, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 16. Kap., Rn. 3005, für Schweden, Hein, ebda, Rn. 3457.

¹⁴²⁸ Einzelheiten zum Verfahren bei Brandt, Hauptversammlung, S. 188 ff. Zur Durchsetzung des Einberufungsrechts siehe Art. 55 Abs. 3 SE-VO. Diese Vorschrift soll auch analog auf das Recht nach Art. 56 SE-VO anwendbar sein, Brandt, ebda, S. 219 ff.; Spindler, in: Lutter (Hrsg.), Europäische Gesellschaft, S. 223, 243 f.

¹⁴²⁹ Vgl. Art. 55 S. 2 SE-VO. Solche bestehen etwa im britischen Recht, vgl. Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, IV. Kap., § 41, Rn. 160 a. E.

¹⁴³⁰ Alternativ soll hier nach § 50 Abs. 2 SEAG aber im Unterschied zum Einberufungsrecht nach Abs. 1 und zur gesetzlichen Grundlage des Art. 56 SE-VO auch das Erreichen von 500.000 Euro am Gesamtkapital ausreichend sein. Die Zulässigkeit der Festlegung eines Fixbetrags wird in der Literatur z. T. im Hinblick auf ihre Europarechtskonformität angezweifelt, vgl. Spindler, in: Lutter (Hrsg.), Europäische Gesellschaft, S. 223, 243; Schwarz, SE-VO, Art. 56, Rn. 9; für die Gegenansicht etwa: Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, IV. Kap., § 41, Rn. 160; DAV-Handelsrechtsausschuss, NZG 2004, 75, 85; so wohl auch Kubis, in: MüKo AktG, Art. 56, Rn. 5. Strittig ist des Weiteren, ob für die Durchsetzung Art. 55 Abs. 3 SE-VO analog anwendbar sei, hierfür die h. M.: Eberspächer, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 55, 56, Rn. 12; Spindler, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 56, Rn. 21; Kubis, in: MüKo AktG, Art. 56 SE-VO, Rn. 22; Schwarz, SE-VO, Art. 56, Rn. 20; näher Brandt, Hauptversammlung, S. 219 f., 221 zu den Einzelheiten des Verfahrens; a. A. Maul, in: Van Hulle/Maul/-Drinhausen, Hdb. SE, 5. Abschn., § 4, Rn. 59; Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, IV. Kap., § 41, Rn. 160; Mayer, in: Manz/Mayer/Schröder, Art. 56, Rn. 13.

Zuständigkeit am Sitz der Gesellschaft. Die Bestimmung des Sitzes richtet sich gem. S. 2 nach dem nationalen Kollisionsrecht. Nicht einschlägig ist damit Art. 60 Abs. 1 EuGVVO.¹⁴³¹ Die Beurteilung des Sitzortes richtet sich in Deutschland nach wie vor nach der Sitztheorie.¹⁴³² Für die SE ist allerdings zu klären, welche Rolle hier Art. 8 Abs. 16 SE-VO zukommt. Die Vorschrift gilt nur für Forderungen sog. „Altgläubiger“ und ist deshalb nicht direkt anwendbar. Ihr Grundgedanke, eine Schlechterstellung durch Verlagerung der prozessualen Zuständigkeit im Zuge der Sitzverlegung, zu verhindern, kann jedoch auch hier zu einem sachgerechten Ergebnis beitragen. Soweit Art. 22 Nr. 2 S. 2 EuGVVO auf den Sitzort verweist, wie er sich aus den Vorschriften des internationalen Privatrechts ergibt, ist Art. 8 Abs. 16 SE-VO zur Bestimmung des Sitzortes heranzuziehen. Diesem Verständnis zufolge käme der Vorschrift die Funktion einer die Mitgliedstaaten unionsrechtlich bindenden Definition des Gesellschaftssitzes zu. Im Einklang mit der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers¹⁴³³ lässt sich diese Funktion dabei sinnvoll auf die Bestimmung gerichtlicher Zuständigkeit begrenzen. Damit bliebe auch für Anfechtungsklagen von Aktionären einer ins Ausland verziehenden SE der Gerichtsstand in Deutschland begründet.

Anfechtungsklagen sind gem. § 246 Abs. 1 AktG innerhalb eines Monats nach Beschlussfassung zu erheben und die neue Eintragung im Zielstaat ist erst nach Vorlage der Negativbescheinigung gem. Art. 8 Abs. 9 SE-VO i. V. m. § 14 SEAG möglich. Hieraus ergibt sich also eine versteckte Frist, vor deren Ablauf das Wirksamwerden der Sitzverlegung nicht möglich ist. Darüber hinaus entfalten etwaige erhobene Anfechtungsklagen faktisch eine aufschiebende Wirkung, da mangels Negativerklärung, respektive Bescheinigung keine Eintragung in das Register des Zuzugsstaates möglich ist.¹⁴³⁴ Gleichzeitig ist so auch sichergestellt, dass die internationale Zuständigkeit für Anfechtungsklagen gegen den Sitzverlegungsbeschluss einer SE, die ins Ausland verlegen möchte, jedenfalls in Deutschland begründet wird.¹⁴³⁵

10. Ergebnis zu Verlegungsverfahren und Anfechtungsmöglichkeiten

So detailliert die Sitzverlegungsvorschriften auch auf den ersten Blick erscheinen, lassen sie doch etliche Fragen offen. Soweit es sich hierbei um Regelungslücken handelt, hilft häufig die analoge

¹⁴³¹ Geimer, in: Geimer/Schütze, Europ. Zivilverfahrensrecht, Art. 22 EuGVVO, Rn. 213; Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, § 6, Rn. 118; Gottwald, in: MüKo ZPO, Art. 22 EuGVVO, Rn. 30.

¹⁴³² Vgl. BGH v. 3.2.2011, II ZR 28/10, DB 2011, 2197, 2198, der lediglich für „Auslandsgesellschaften“, die in einem Mitgliedstaat gegründet wurden, die Gründungstheorie i. R. v. Art. 22 Nr. 2 EuGVVO anwendet; genauso Schilling, IPrax 2005, 208, 2017; Hess, Europ. Zivilprozessrecht, § 6, Rn. 118; Ringe, IPrax 2007, 388, 392, der dies jedoch nicht mit der Niederlassungsfreiheit begründet, sondern auf Sinn und Zweck des Art. 22 Nr. 2 EuGVVO stützt; i. E. wohl auch Wagner, in: Lutter (Hrsg.), Auslandsgesellschaften, S. 223, 265 f.; Geimer, in: Geimer/Schütze, Europ. Zivilverfahrensrecht, Art. 22 EuGVVO, Rn. 213 m. w. N., wonach Zuständigkeitskonflikte bei Doppelsitz außerhalb des Anwendungsbereichs der NLF nach Art. 29 EuGVVO zu lösen sind; a. A. Kindler, NZG 2010, 576, 578 (unbeschränkte Anwendung der Sitztheorie). Nach Kropholler/Von Hein, Europ. ZivilprozR, Art. 22 EuGVO, Rn. 41 soll für den Sitz der SE direkt Art. 7 SE-VO zur Anwendung kommen.

¹⁴³³ Siehe dazu bereits oben, Fn. 1450.

¹⁴³⁴ Bungert/Beier, EWS 2002, S. 1, 6; Schindler, Europäische Aktiengesellschaft, S. 52; Schwarz, SE-VO, Art. 8, Rn. 33; Zang, Sitz und Verlegung, S. 187 f.; Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 63, 90, 93.

¹⁴³⁵ Zuständig ist grundsätzlich das Landgericht, in dessen Bezirk die SE ihren Sitz hat, § 246 Abs. 3 AktG, vgl. Göz, ZGR 2008, 593, 596 mit weiteren Einzelheiten, die hier aus Platzgründen nicht gesondert abgehandelt werden können. Besonderheiten ergeben sich für die Beschlussmängelklage auch im Hinblick auf die Vertretung der monistischen SE gegenüber einer AG nicht, vgl. Göz, ebda, S. 598.

Heranziehung der umwandlungsrechtlichen Vorschriften weiter. So sind etwa die §§ 202 Abs. 3, 205 f. UmwG auch auf die Sitzverlegung anwendbar. Dem steht auch nicht entgegen, dass die SE-VO im Gegensatz zu VerschmRL¹⁴³⁶ bzw. SpaltRL¹⁴³⁷ keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten vorsieht, Vorschriften zu erlassen, welche eine Haftung des Verwaltungs- oder Leitungsorgans und des Verschmelzungs- bzw. Spaltungsprüfers für schuldhaftes Verhalten von Mitgliedern dieses Organs bei der Vorbereitung und dem Vollzug der jeweiligen Umstrukturierungsmaßnahme gegenüber den Aktionären begründen. Die analoge Anwendung des § 205 UmwG befindet sich vielmehr im Einklang mit dem europäischen Informationsmodell,¹⁴³⁸ zu dem auch die flankierenden Haftungsvorschriften gehören, soweit es um Informationspflichtverletzungen geht, etwa im Zusammenhang mit der Erstellung des Sitzverlegungsberichts. Dafür spricht zudem das europäische Effizienzgebot, welches gebietet, dass Sanktionen für den Verstoß gegen europarechtliche Vorgaben – auch die Haftung – „jedenfalls wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein müssen und nicht weniger mild als bei Verletzung von vergleichbaren Pflichten, die allein aus dem nationalen Recht folgen (Diskriminierungsverbot).¹⁴³⁹

Ebenso ist das Freigabeverfahren nach § 16 Abs. 3 UmwG für die Sitzverlegung analog heranzuziehen. Mit Hilfe dieser Vorschrift soll vor allem die Wirkung missbräuchlicher Anfechtungsklagen durchbrochen werden. Sie gilt über § 198 Abs. 3 UmwG auch für den Formwechsel bzw. gem. § 122k Abs. 1 S. 2 UmwG für die grenzüberschreitende Verschmelzung und muss daher ebenfalls Anwendung auf die Sitzverlegung finden.

Im Falle des Verweises von § 7 Abs. 4 i. V. m. § 12 Abs. 1 S. 2 SEAG auf die §§ 71 ff. AktG hilft nur noch ein Rückgriff auf Art. 8 Abs. 16 SE-VO, um überhaupt die Anwendbarkeit deutscher Kapitalschutzregeln auch nach Eintragung im Zuzugsstaat sicherzustellen.

Neben den Regelungslücken sind noch weitere gesetzgeberische Versäumnisse anzumahnen. Hierzu zählt etwa die Tatsache, dass weder der umsetzende deutsche, noch der europäische Gesetzgeber eine ausdrückliche Regelung dazu getroffen hat, ob der Barabfindungsanspruch der Aktionäre ein negatives Votum i. R. d. Hauptversammlungsbeschlusses voraussetzt. Richtigerweise wird man ein solches wohl verlangen können.

Näher zu untersuchen war des Weiteren die Frage, wie und ob sich die Neufassung des § 243 Abs. 4 S. 2 AktG auf die Abgrenzung zwischen Spruchverfahren und Anfechtungsklage hinsichtlich der Sitzverlegung auswirkt. Im Ergebnis ergab sich hier für Fehler im Verlegungsplan jedoch keine Änderung, denn der Wortlaut von § 7 Abs. 5 S. 1 SEAG ist nicht geändert worden.¹⁴⁴⁰ Einer Heranziehung der „Aqua-Butzke/MEZ“-Rechtsprechung des BGH bedarf es insoweit ebenfalls nicht. Aus § 7 Abs. 5 S. 1 i. V. m. § 12 Abs. 2 SEAG ergibt sich direkt, dass bei abfindungswertbezogenen Fehlern oder Fehlen des Barabfindungsangebots im Sitzverlegungsplan

¹⁴³⁶ Art. 20 f. RL 2011/35/EU (Fundstellennachweis Anh. II).

¹⁴³⁷ Art. 18 RL 82/891/EWG (Fundstellennachweis Anh. II).

¹⁴³⁸ Hierzu bereits oben in der Einführung: D. I.

¹⁴³⁹ Siehe Art. 4 Abs. 3 S. 2 EUV (früher Art. 10 EG); vgl. EuGH v. 21.9.1989, Rs. 68/88, Slg. 1989, 2965 (Tz. 25) – Kommission/Griechenland; EuGH v. 10.7.1990, Rs. C-326/88, Slg. 1990, I-2911 (Tz. 17) – Hansen.

¹⁴⁴⁰ Vgl. hierzu auch die Forderung von Weißhaupt, WM 2004, 705, 711, in die §§ 14 Abs. 2, 195 Abs. 2, 32, 210 UmwG, §§ 304 Abs. 3 S. 2, 305 Abs. 5 S. 1, 320b Abs. 2 S. 1, 327f Abs. 1 S. 1 AktG den Anfechtungsausschluss wegen der Rüge von Informationsmängeln jeweils als weitere Ausschlussvariante einzufügen.

allein der Weg in das Spruchverfahren eröffnet ist. Anders ist dies jedoch in Bezug auf Fehler im Verlegungsbericht, denn diese finden in den Vorschriften keine Erwähnung, so dass eine enge Auslegung dem Wunsch des Gesetzgebers entsprechend zur Anfechtbarkeit dieser führt.¹⁴⁴¹ Eine klarstellende Regelung wäre auch hier wünschenswert.

Für Unklarheiten sorgt des Weiteren der Wortlaut des Art. 8 Abs. 6 S. 2 SE-VO, denn der dortige Verweis umfasst nicht ausdrücklich Art. 60 Abs. 1 SE-VO. Im Ergebnis ist jedoch auch das Sonderbeschlusserfordernis im Falle der Sitzverlegung anwendbar, wie sich aus Gesetzgebungsgeschichte und Systematik ergibt.¹⁴⁴²

Auch § 179 Abs. 2 S. 1 AktG, der eine Dreiviertel-Mehrheit des bei Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals zur Wirksamkeitsvoraussetzung macht, wirft hinsichtlich seiner Anwendbarkeit Fragen auf. Art. 59 Abs. 1 SE-VO lässt nur ein strengeres Mehrheitserfordernis bezogen auf die Stimmen zu. Richtiger Ansicht zufolge ist § 179 Abs. 2 S. 1 AktG daher europarechtskonform teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass die Vorschrift nur anzuwenden ist, soweit die vorgeschriebene Kapitalmehrheit gleichzeitig wenigstens die Zweidrittel-Stimmenmehrheit der SE-VO erreicht.¹⁴⁴³

Eine materielle Beschlusskontrolle ist für den Sitzverlegungsbeschluss abzulehnen. Hat der Gesetzgeber von seiner Befugnis zur Inhalts- und Schrankenbestimmung im Rahmen des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG durch minderheitenschützende Regelungen Gebrauch gemacht, so wird die unmittelbare Kontrolle der Verhältnismäßigkeit der Mehrheitsentscheidung durch die Möglichkeit einer Überprüfung der gesetzlichen Schutzregeln anhand des Verfassungsrechts insoweit verdrängt. § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG geht aber bereits über das verfassungsrechtlich Gebotene hinaus, weswegen es einer materiellen Beschlusskontrolle nicht bedarf.¹⁴⁴⁴ Die Begründung dieses Ergebnisses mithilfe der Niederlassungsfreiheit vermag hingegen nicht zu überzeugen.¹⁴⁴⁵

Die Gesamtschau der für den Minderheitenschutz relevanten Verfahrens- und Informationsrechte verdeutlicht, dass auf europäischer Ebene bei einer Sitzverlegung, wie bei anderen Umstrukturierungen auch, bereits ein hohes Schutzniveau gewährleistet ist. Insbesondere werden die Minderheitsaktionäre durch die gleich an mehreren Stellen anzutreffende Verpflichtung zur Information geschützt. Eines darüber hinausgehenden Barabfindungsanspruches bedarf es demnach auch unter dem verfahrensrechtlichen Blickwinkel nicht unbedingt.¹⁴⁴⁶

¹⁴⁴¹ Begr. RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 26; kritisch dazu Heinrich/Theusinger, BB 2006, 449, 450. Näher dazu oben unter D. II. 3. c.: „Folgen eines Verstoßes gegen Art. 8 Abs. 3 SE-VO“.

¹⁴⁴² S. o. D. II. 4. e.: „Gesonderte Abstimmung nach Aktiengattung“.

¹⁴⁴³ Genauso i. E. Zang, Sitz und Verlegung, S. 184; Ringe, Sitzverlegung, S. 111; Witten, Minderheitenschutz, S. 97; wohl auch Hunger, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 9. Kap., Rn. 88.

¹⁴⁴⁴ Entsprechend zum Formwechsel Binnewies, GmbHR 1997, 272, 279 f.

¹⁴⁴⁵ So Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 28; Hoger, Kontinuität, S. 279; i. E. genauso, allerdings ohne Begründung Veil, in: KK AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 59.

¹⁴⁴⁶ So in Bezug auf grenzüberschreitende Verschmelzungen auch Eyles, Niederlassungsrecht, S. 480 f. sowie Grundmann, European Company Law, S. 582. Diesbezüglich wäre wohl anders zu entscheiden, wenn keine einheitlichen, auch dem Minderheitenschutz dienenden Verfahrensvorschriften existierten. Grundmann/Möslein, in: Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel II, S. 63 sprechen diesbezüglich von „hinreichender Information“ als verfassungsmäßiger Mindestgarantie für Aktionäre im Europarecht bei Strukturmaßnahmen; Grundmann, DStR 2004, 232; entsprechend zum Gläubigerschutz auch Teichmann, European Private Law 2011,

Dieser Ansicht ist im Übrigen auch die h. M. in Bezug auf Auslandsgesellschaften. Dieser zufolge sollen die europäischen Informationspflichten ausreichen, um einen adäquaten Schutz der Minderheitsaktionäre ausländischer Gesellschaften für den Fall zu bewirken, dass deren Gesellschaftsstatut keinen weitergehenden Schutz vorsieht.¹⁴⁴⁷

Nimmt man zugleich das in Art. 50 Abs. 2 g AEUV festgeschriebene Ziel ernst, wonach die Union für die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit, soweit erforderlich durch Richtlinien zu sorgen hat, die „die Schutzbestimmungen koordinieren, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften (...) im Interesse der Gesellschafter (...) vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten“,¹⁴⁴⁸ so muss man sich in der Tat fragen, ob eine Regelung wie die des Art. 8 Abs. 5 SE-VO hierzu passt. Wenn noch nicht einmal für die europäischen Gesellschaftsformen, die sogar auf Art. 352 AEUV gestützt werden mussten, da allein hiernach eine Vereinheitlichung erlaubt ist, eine dahingehende Harmonisierung zu erreichen ist, ergibt das ein sehr schwaches Bild dieser Unionskompetenz. Denn jegliches Auseinanderfallen der Schutzvorschriften führt automatisch zu einer Ungleichbehandlung der Minderheitsaktionäre, aber auch der Europäischen Aktiengesellschaften verschiedener Sitzmitgliedstaaten.¹⁴⁴⁹

Mit dem einheitlich geltenden Verfahrens- und Informationsschutz der SE-VO ist zweifellos ein wesentlicher Schritt in die richtige Richtung gemacht worden.¹⁴⁵⁰ Durch eine „Scheinharmonisierung“ im Stil des Art. 8 Abs. 5 SE-VO wird demgegenüber gerade wieder die Gleichwertigkeit, Effektivität und Transparenz der Schutzbestimmungen im Binnenmarkt aufs Spiel gesetzt.¹⁴⁵¹

III. Spruchverfahren

1. Einführung

Das prozessual als „echtes Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit“ zwischen ZPO und FamFG einzuordnende Spruchverfahren¹⁴⁵² hat im Laufe seiner Entwicklung zahlreiche Ände-

145, 173; ähnlich desw. Forsthoff, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 2, Rn. 81 f. Vgl. hinsichtl. des Gläubigerschutzes auch EuGH v. 30.9.2003, Slg. 2003, I-10155 (Rn. 135) – Inspire Art; EuGH v. 9.3.1999, Rs. C 212/97, Slg. 1999, I-1459 (Rn. 36) – Centros. Übergreifend zum europäischen „Informationsmodell“: Eidenmüller/Rehm, ZGR 2004, 159, 171 ff.; Eidenmüller, JZ 2004, 24, 27 f.

¹⁴⁴⁷ Rehm, in: Eidenmüller (Hrsg.), Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 4, Rn. 47 (S. 102); Kieninger, ZGR 1999, 724, 745; Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325, 346; Kersting, NZG 2003, 9, 12 f.; Großerichter, DStR 2003, 159, 168.

¹⁴⁴⁸ Schön, ZHR 1996, 221, 224 bemerkt zu Recht, dass diese Vorschrift aktuell durch den EuGH praktisch „zur Bedeutungslosigkeit verdammt ist.“

¹⁴⁴⁹ Ähnlich Schön, ZHR 1996, 221, 238, der zu Recht anmerkt, eine Differenzierung zwischen den Minderheitsgesellschaftern unterschiedlicher Staatsangehörigkeit überzeuge jedenfalls nicht und ein „unübersichtliches Geflecht paralleler Schutzregelungen“ ablehnt. Generell weniger Verweisungen aus Gründen der Rechtssicherheit und Vereinfachung einer Sitzverlegung fordert auch Casper, ZHR 173 (2009), 181, 185 f., 189.

¹⁴⁵⁰ Mit der Beschränkung auf eine Rahmengesetzgebung, innerhalb derer den Mitgliedstaaten etwa durch Art. 8 Abs. 5 SE-VO weitgehende Freiheit eingeräumt wird, ist man jedoch auf halber Strecke stehen geblieben. So bringt dies die Gefahr mit sich, die Nachteile der Rechtsvereinheitlichung und der Systemkonkurrenz zu vereinnahmen, vgl. Schön, ZHR 1996, 221, 239 f.

¹⁴⁵¹ Entsprechend Schön, ZHR 1996, 221, 243 f. zur Übernahmerichtlinie.

¹⁴⁵² OLG Düsseldorf v. 22.1.1999, 19 W 5796, AG 1999, 321 – Lippe-Weser-Zucker AG; Bilda, NZG 2000, 296, 298; Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 22 a, Rn. 5; Lutter/Bezzener, AG 2000, 433, 437; Simon,

rungen erfahren, auch was seine Funktion und den Schutzzweck angeht.¹⁴⁵³ Der Zweck des Spruchverfahrens wird heute hauptsächlich im Schutz der Minderheitsgesellschafter gesehen.¹⁴⁵⁴ Dadurch, dass es aber beispielsweise auch der Überprüfung der Wertrelationen im Falle der baren Zuzahlung im Verschmelzungsfall gem. § 1 Nr. 4 SpruchG dient, kommt es in solchen Fällen allen Anteilseignern zugute.¹⁴⁵⁵ Der Gesetzgeber hätte genauso die Möglichkeit gehabt, der Sicherstellung einer vollen Kompensation und damit dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes durch die Zurverfügungstellung der Beschlussmängelklage zu genügen. Vor diesem Hintergrund ist weiter nach der besonderen Rechtfertigung gerade des Spruchverfahrens zu fragen.¹⁴⁵⁶ Neben dem gesetzgeberischen Ziel einer Verhinderung von Blockaden der Umstrukturierungen durch Anfechtungsklagen der Minderheitsaktionäre¹⁴⁵⁷ spielt die inter-omnes-Wirkung gem. § 13 S. 2 SpruchG eine Rolle.¹⁴⁵⁸ Danach erstreckt sich die Beschlusswirkung auf alle wirtschaftlich Betroffenen, nicht bloß auf die Prozessparteien. Hierdurch wird dem Gleichbehandlungsgrundsatz für Aktionäre Rechnung getragen.¹⁴⁵⁹ Es werden durch den Vorrang des Spruchverfahrens gleichzeitig die Interessen der Gesellschaft und der Mehrheitsaktionäre geschützt.¹⁴⁶⁰

Gem. § 1 Nr. 5 SpruchG findet das Spruchverfahren Anwendung für die Bestimmung der Zuzahlung an Anteilsinhaber oder die Überprüfung der Angemessenheit der Barabfindung bei Gründung oder Sitzverlegung der SE. Daneben kann es stattfinden, wenn die Barabfindung nicht ordnungsgemäß angeboten wurde.¹⁴⁶¹ § 1 Nr. 5 SpruchG wurde als erste Änderung des am 1. 9. 2003 in Kraft getretenen SpruchG durch Art. 5 SEEG¹⁴⁶² eingefügt. Da § 1 SpruchG nur klarstellende Funktion zukommt, ergibt sich die Statthaftigkeit des Verfahrens bereits jeweils aus den hierauf verweisenden Gesetzen.¹⁴⁶³ Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich dem Untersuchungsgegenstand entsprechend auf die Vorstellung der wichtigsten Besonderheiten des

SpruchG, Einführung, Rn. 1; Schindler, Austrittsrecht, S. 153; Volhard, in: Semler/Stengel, UmwG, § 7 SpruchG, Rn. 13.

¹⁴⁵³ Hierzu näher Wittgens, Spruchverfahrensgesetz, S. 6 ff.; zur Entwicklung seit Inkrafttreten desw. Kubis, in: MüKo AktG, Vorb. SpruchG, Rn. 4.f.

¹⁴⁵⁴ Begr. RegE z. Spruchverfahrensneuordnungsg, BT-Drucks. 15/371, S. 1; Holler, Das Verhältnis von Anfechtungsklage und Spruchverfahren, S. 35 f.; Böttcher, Gesellschafter- und Gläubigerschutz beim Formwechsel, S. 137. Zur generellen Verbesserung der Rechtsschutzsituation durch die Existenz des Spruchverfahrens vgl. Hommelhoff, ZGR 1993, 452, 469 f.; Martens, AG 2000, 301, 302; Vetter, ZHR 168 (2004), 8, 13 betont hingegen die erhöhte Rechtssicherheit für Strukturmaßnahmen.

¹⁴⁵⁵ Simon, SpruchG, Einführung, Rn. 2; zur praktischen Bedeutung des Spruchverfahrens ferner Kubis, in: MüKo AktG, Vorb. SpruchG, Rn. 6 f.; Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 22a, Rn. 4.

¹⁴⁵⁶ BVerfG, Beschl. v. 23.8.2000, 1 BvR 68/95 und 1 BvR 147/97, NJW 2001, 279 ff. – Moto Meter; hierzu Vetter, ZHR 168 (2004), 8, 37 f.; Meyer, Ausgleichs- und Abfindungsansprüche, S. 122; Simon, SpruchG, Einführung, Rn. 9. Zu der „Ersatzfunktion“ des Spruchverfahrens siehe ferner Zöllner, AG 2000, 145, 151.

¹⁴⁵⁷ Begr. RegE z. Spruchverfahrensneuordnungsg, BT-Drucks. 15/371, S. 1; zu dieser Blockadewirkung Holler, Das Verhältnis von Anfechtungsklage und Spruchverfahren, S. 40 ff.; Witten, Minderheitenschutz, S. 124; zum Wesen des Spruchverfahrens und seinen Hauptanwendungsfällen ferner Lutter/Bezenberger, AG 2000, 433, 434 f.

¹⁴⁵⁸ Simon SpruchG, Einführung, Rn. 10

¹⁴⁵⁹ Siehe § 53 a AktG; Drescher, in: Spindler/Stilz, AktG, § 13 SpruchG, Rn. 1.

¹⁴⁶⁰ Simon SpruchG, Einführung, Rn. 13; Witten, Minderheitenschutz, S. 125; Simons, in: Hölters, AktG, § 1 SpruchG, Rn. 1.

¹⁴⁶¹ § 12 Abs. 2 i. V. m. 7 Abs. 7 SEAG für die Sitzverlegung; Wittgens, Spruchverfahrensgesetz, S. 25. Zu dem Sonderfall der Informationspflichtverletzungen s. o.: D. II. 2. e. „Folgen eines Verstoßes gegen Art. 8 Abs. 2, insbesondere bei bewertungsbezogenen Informationsmängeln“.

¹⁴⁶² BGBl. I 2004, 3675, 3698 f.

¹⁴⁶³ Wasmann, in: KK SpruchG, § 1 Rn. 1; Drescher, in: Spindler/Stilz, AktG, § 1 SpruchG, Rn. 7; Simons, in: Hölters, AktG, § 1 SpruchG, Rn. 1; Hüffer, AktG, Anh. § 305, § 1 SpruchG, Rn. 1; abweichend Kubis, in: MüKo AktG, § 1 SpruchG, Rn. 1, der für die ausdrücklich genannten Verfahren die Statthaftigkeit direkt aus § 1 folgert.

Spruchverfahrens sowie spezifische Probleme des Spruchverfahrens nach § 1 Nr. 5 SpruchG.

2. Verhältnis zur Anfechtungsklage

Spruchverfahren und Anfechtungsklage schließen einander im Anwendungsbereich des § 7 Abs. 5 i. V. m. § 12 Abs. 2 SEAG aus.¹⁴⁶⁴ Das Spruchverfahren als Spezialverfahren für Bewertungsfragen verfolgt andere Zwecke als die Anfechtungsklage. Vor dem Hintergrund der Kompensationsfunktion des Spruchverfahrens in Bezug auf den Anfechtungsausschluss¹⁴⁶⁵ verbleibt für die Anfechtungsklage neben dem Spruchverfahren vor allem dort ein eigener Anwendungsbereich, wo ein kongruenter Schutz des Aktionärs durch Anstrengung eines Spruchverfahrens nicht gewährleistet ist.¹⁴⁶⁶

Im Falle der erfolgreichen Anfechtung eines Beschlusses stellt sich die Frage nach den Auswirkungen auf ein laufendes Spruchverfahren. Die Nichtigerklärung wirkt zurück, woraus man ableiten könnte, dass es sich um ein erledigendes Ereignis handelt und die Kompensationsansprüche auch rückwirkend entfallen.¹⁴⁶⁷ Nach der Gegenauffassung sollen die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft zur Anwendung kommen und eine Fortsetzung des Spruchverfahrens zulässig sein.¹⁴⁶⁸ Zugrunde lagen in den bislang entschiedenen und diskutierten Fällen stets Unternehmensverträge. Die Argumente müssen also erst daraufhin untersucht werden, ob sie auch auf die Sitzverlegung übertragbar sind.

Die dogmatische Grundlage der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft findet sich nach heute vorherrschender Ansicht in der Doppelnatur des Gesellschaftsvertrages als Schuld- und Organisationsvertrag.¹⁴⁶⁹ Danach bleibt bei Fehlern des Vertrags die Organisation der Gesellschaft unberührt. Sie ist dann lediglich mit Wirkung für die Zukunft kündbar und wird in der Folge abgewickelt. Zweck dieser Konstruktion ist es, eine praktisch undurchführbare vollständige Rück-

¹⁴⁶⁴ Krieger/Mennicke, in: Lutter/Winter, UmwG, § 1 SpruchG, Rn. 18; vgl. auch Hommelhoff, ZGR 1990, 447, 473, der insoweit von einer „Verfahrenaufspaltung“ zwischen Anfechtungs- und Spruchverfahren spricht; ähnlich ders., ZGR 1993, 452, 469; siehe zu diesem Begriff auch den Diskussionsbericht, abgedr. bei Kleindiek, ZGR 1990, 477, 480.

¹⁴⁶⁵ Begr. RegE UmwBerG 1994, Bt-Drucks. 12/6699, zu § 14 UmwG, S. 87; Lutter/Bezenberger, AG 2000, 433, 435; Martens, AG 2000, 301, 303; Holler, Das Verhältnis von Anfechtungsklage und Spruchverfahren, S. 47.

¹⁴⁶⁶ Zöllner, in: Semler/Hommelhoff, ZGR Sonderheft 12 (1994), 147, 150; Holler, Das Verhältnis von Anfechtungsklage und Spruchverfahren, S. 53. Zur Abgrenzung der Verfahrensarten bei abfindungswertbezogenen Informationsmängeln siehe oben: D. II. 2. e.: „Folgen eines Verstoßes gegen Art. 8 Abs. 2, insbesondere bei bewertungsbezogenen Informationsmängeln“ (für den Verlegungsplan) sowie II. 3. c. „Folgen eines Verstoßes gegen Art. 8 Abs. 3“ (für den Verlegungsbericht).

¹⁴⁶⁷ OLG Zweibrücken, Beschl. v. 2.3.2004 – 3 W 167/03, JZ 2005, 198; Kubis, in: MüKo AktG, § 1 SpruchG, Rn. 17; a. A. Wittgens, Spruchverfahrensgesetz, S. 275.

¹⁴⁶⁸ Bredow/Tribulowsky, NZG 2002, 841, 843; Puszkajler, in: KK SpruchG, § 11, Rn. 52; i. E. auch Luttermann, JZ 2005, 201, 203; Drescher, in: Spindler/Stilz, AktG, § 1 SpruchG, Rn. 34; in diese Richtung auch Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 11 SpruchG, Rn. 11 a. Erledigung tritt hingegen dann ein, wenn ein Unternehmensvertrag nicht nur wirksam angefochten wurde, sondern auch nie vollzogen wurde, vgl. OLG Hamburg v. 1.11.2004 – 11 W 5/04, NZG 2005, 604.

¹⁴⁶⁹ Kraft, in: KK AktG, § 275, Rn. 3; Paschke, ZHR 155 (1991), 1, 5; Ulmer, in: MüKo BGB, § 705, Rn. 354 ff.; Hüffer, in: MüKo AktG, § 275, Rn. 6; Füller, in: Bürgers/Körber, § 275, Rn. 1; ausführlich dazu, zugleich aber kritisch in Bezug auf die Anwendung im Bereich der Kapitalgesellschaften Bälz, in: Münchener Hdb. BGB-Ges. (Bd. 1), § 100, Rn. 50 ff.

abwicklung der Gesellschaft auf den Zeitpunkt ihres Entstehens zu vermeiden. Demnach bietet sich zwar eine Anwendung auf den Unternehmensvertrag zweier zumal inländischer Unternehmen an, auf eine europäische Gesellschaft, die ihren Sitz verlegt, erscheint eine Anwendung dieser Grundsätze jedoch nicht zwingend. Schon die Sachverhalte „einseitige Unternehmensentscheidung“ statt „(mehrseitiger) Vertrag“ sind nicht miteinander vergleichbar.

Allerdings sieht § 202 Abs. 3 UmwG trotz insoweit ähnlicher Lage auch für den Formwechsel vor, dass Mängel des Formwechsels die Wirkung der Eintragung unberührt lassen. Gemeinsamer Hintergrund dieser Vorschrift, wie auch der Parallelvorschriften für Verschmelzung und Spaltung¹⁴⁷⁰ sowie der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft, ist neben den schon angedeuteten praktischen Erwägungen nämlich vor allem der Vertrauens- und Bestandsschutz des Rechtsverkehrs.¹⁴⁷¹ Möchte man aber § 202 Abs. 3 UmwG analog für die Sitzverlegung heranziehen,¹⁴⁷² so muss auch im Fall einer Nichtigerklärung das Spruchverfahren weitergeführt werden können. Hierfür ist die Sitzverlegung als wirksam anzusehen mit der Folge, dass auch die Abfindungsansprüche nach § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG entstehen.

3. Keine Einschränkung nach Art. 25 Abs. 3 S. 1 SE-VO

§ 12 Abs. 2 SEAG verweist unter anderem auch auf § 7 Abs. 7 S. 3 SEAG, wonach ein Spruchverfahren vor deutschen Gerichten auch von den Aktionären einer übertragenden Gesellschaft mit Sitz im Ausland angestrengt werden kann. Voraussetzung hierfür ist, dass nach dem Recht dieses Staates ein Verfahren zur Abfindung der Minderheitsaktionäre vorgesehen ist und deutsche Gerichte für die Durchführung eines solchen Verfahrens international zuständig sind.¹⁴⁷³ Kennt der betreffende Sitzstaat kein derartiges Verfahren, so fordert § 7 Abs. 7 S. 1 SEAG i. V. m. Art. 25 Abs. 3 S. 1 SE-VO stattdessen die Zustimmung der Gesellschaft, die ihren Sitz in diesem Staat hat.¹⁴⁷⁴ Dabei handelt es sich um ein spezielles Zulässigkeitsanfordernis für das Spruchverfahren.¹⁴⁷⁵ Unabhängig von der Frage also, wie sich die internationale Zuständigkeit für deutsche Gerichte begründen lässt (dazu später), wäre es Voraussetzung, dass der neue Sitzstaat ein dem Spruchverfahren entsprechendes Verfahren kennt, was zumeist gerade nicht der Fall sein dürfte.¹⁴⁷⁶ In Bezug auf die Parallelproblematik bei der Holdinggründung, für die ebenfalls in § 9 Abs. 2 auf § 7 Abs. 7 SEAG verwiesen wird, wird die (analoge) Anwendung des Art. 25 Abs. 3

¹⁴⁷⁰ Siehe §§ 20 Abs. 2, 131 Abs. 2 UmwG. Zu § 202 Abs. 2 vgl. desw. die Ausführungen oben, unter: D. II. „Das Verlegungsverfahren und die Anfechtungsmöglichkeiten“.

¹⁴⁷¹ Hüffer, in: MüKo AktG, § 275, Rn. 5 f.; Bälz, in: Münchener Hdb. BGB-Ges. (Bd. 1), § 100, Rn. 51; näher hierzu Paschke, ZHR 155 (1991), 1, 3 ff.; zu den Wirkungen des Bestandsschutzes siehe auch Decher, in: Lutter, UmwG, § 202, Rn. 60; Meister/Klöcker, in: Kallmeyer, UmwG, § 202, Rn. 56 ff.; vgl. ferner zu den Funktionen auch Zöllner/Winter, ZHR 158 (1994), 59, 79.

¹⁴⁷² Zur analogen Anwendbarkeit des § 202 Abs. 3 UmwG s. o. unter D. II. „Das Verlegungsverfahren und die Anfechtungsmöglichkeiten“.

¹⁴⁷³ Der deutsche Gesetzgeber geht dabei davon aus, dass sich diese aus der EuGVVO bzw. aus einer Gerichtsstandsvereinbarung ergeben könne, ohne dies jedoch weiter zu spezifizieren, vgl. BT-Drucks. 15/3405, S. 32.

¹⁴⁷⁴ Dazu Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 24 SE-VO, Rn. 9; zur Kritik an dieser Regelung („prohibitive Wirkung“) vgl. Schwarz, SE-VO, Art. 25 Rn. 30 im Anschluss an Scheifele, Gründung, S. 244.

¹⁴⁷⁵ Schäfer, in: MüKo AktG, Art. 25 SE-VO, Rn. 12; Maul, in: KK, SE-VO, Art. 25, Rn. 26.

¹⁴⁷⁶ Vgl. nur Siepe, Grenzüberschreitende Verschmelzung, S. 237.

S. 1 SE-VO befürwortet.¹⁴⁷⁷

Hintergrund des Zustimmungserfordernisses ist jedoch, dass sich der Barabfindungsanspruch gegen die mit Eintragung entstehende SE richtet und sich deshalb mittelbar zu Lasten der Aktionäre der anderen Gründungsgesellschaft(en) auswirkt.¹⁴⁷⁸ Ein entsprechendes Schutzbedürfnis ist bei Sitzverlegung, anders auch als bei der Holdinggründung, mangels Beteiligung einer oder mehrerer anderer Gesellschaften jedoch nicht gegeben. Dementsprechend ist der Verweis in § 12 Abs. 2 teleologisch zu reduzieren; einer Zustimmung bedarf es daher nicht.¹⁴⁷⁹

4. Internationale Zuständigkeit

a. Problemstellung

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung im Spruchverfahren ist gem. § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 i. V. m. § 1 Nr. 5 SpruchG innerhalb von drei Monaten nach Bekanntmachung der Neueintragung und damit nach Wirksamwerden der Sitzverlegung zu stellen, so dass die Zuständigkeit eines deutschen Gerichts nach § 2 Abs. 1 S. 1 SpruchG fraglich erscheint.¹⁴⁸⁰ Eine Zuständigkeit nach dieser Vorschrift kommt in diesem Zeitpunkt eigentlich nicht mehr in Betracht, weil der Sitz der SE nicht mehr in einen deutschen LG-Bezirk fällt. Im Übrigen richtet sich die internationale Zuständigkeit nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 60 Abs. 1 EuGVVO. Von den Bestimmungen der EuGVVO als höherrangigem Recht kann der nationale Gesetzgeber nicht einfach abweichen.

Bei der Verschmelzungs- und in Grenzen auch bei der Holdinggründung besteht das gleiche Problem.¹⁴⁸¹ Die h. M. in der Literatur löst das Problem speziell für die Verschmelzungs- und Holdinggründung sowie die grenzüberschreitende Verschmelzung nach dem UmwG zumeist über den Anerkennungsbeschluss der ausländischen Verschmelzungspartner nach Art. 25 Abs. 3 S. 1 SE-VO: Wenn ein Partner die Anwendbarkeit des Spruchverfahrens anerkenne, müsse es auch seinem Willen entsprechen, dass ein Gerichtsstand nach § 2 Abs. 1 S. 1 SpruchG begründet

¹⁴⁷⁷ Reg-Begr. zum SEAG, BT-Drucks. 15/3405, S. 34; Casper, ZHR 173 (2009), 181, 205; ders., in: Habersack/-Hommelhoff u. a. (Hrsg.), FS Ulmer, S. 51, 60; Schäfer, in: MüKo AktG, Art. 34 SE-VO, Rn. 4; Teichmann, ZGR 2002, 383, 437; Kalss, ZGR 2003, 593, 633; Paefgen, in: KK AktG, Art. 34 SE-VO, Rn. 6 und 9; Brandes, AG 2005, 177, 184 f.; Jannott, in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ. AG, 3. Kap., Rn. 189.

¹⁴⁷⁸ Schäfer, in: MüKo AktG, Art. 25 SE-VO, Rn. 11; Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 24 SE-VO, Rn. 9.

¹⁴⁷⁹ Ähnlich, Vetter, in: Lutter/Hommelhoff, Europäische Gesellschaft, S. 111, 164; Meyer, Ausgleichs- und Abfindungsansprüche, S. 158; i. E. genauso, allerdings ohne Begründung, auch Witten, Minderheitenschutz, S. 107; a. A. wohl Kubis, in: MüKo AktG, § 1 SpruchG, Rn. 14; Krieger/Mennicke, in: Lutter/Winter, UmwG, § 1 SpruchG, Rn. 10, 8.

¹⁴⁸⁰ Der österreichische Gesetzgeber umgeht an dieser Stelle das Problem, indem er in § 13 Abs. 2 SEG festlegt, dass der Antrag zur gerichtlichen Überprüfung innerhalb eines Monats nach Beschlussfassung zu stellen sei.

¹⁴⁸¹ Zur Verschmelzung nach der SE-VO und nach der IntVerschmRL (RL 2005/56/EG) eingehend Weppner, Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften (2010), S. 76 ff.; zur Holdinggründung vgl. Paefgen, in: KK AktG, Art. 34 SE-VO, Rn. 32 f.; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 34, Rn. 28, wobei hier die Lage insofern weniger problematisch ist, als dass sich bei „sitzverlegender Holdinggründung“ ins Ausland die Barabfindungsansprüche gegen die (fortbestehende) deutsche Gründungsgesellschaft richten. Unausgegoren erscheinen hier allein die Vorschriften, die eine Zuständigkeit deutscher Gerichte für Spruchverfahren zugunsten von Aktionären ausländischer Gründungsgesellschaften begründen wollen: §§ 7 Abs. 7 S. 3 i. V. m. 9 Abs. 2 SEAG; dazu Paefgen, ebda, Rn. 33.

ist.¹⁴⁸² Im Anerkennungsbeschluss der Verschmelzungspartner liegt nach dieser Auffassung konkret ein Antrag auf Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung mit den deutschen Abfindungsberechtigten, an den im Wege der Universalsukzession auch der aufnehmende Rechtsträger im Sinne des § 145 BGB gebunden ist.¹⁴⁸³

Mangels Zustimmungserfordernis bleibt dieser Lösungsweg bei der Sitzverlegung versperrt. Für die verbleibenden Fälle bei der Verschmelzungs- bzw. Holdinggründung¹⁴⁸⁴ bzw. für die Vertreter, die eine Lösung über die Zustimmung generell ablehnen, stellt sich die Situation wie bei der Sitzverlegung dar, die Argumente sind daher übertragbar.¹⁴⁸⁵

b. Anwendbarkeit der EuGVVO auf das Spruchverfahren

Die nationalen Regelungen über die örtliche bzw. internationale Zuständigkeit werden durch die spezielleren Vorschriften der EuGVVO verdrängt, sofern diese eingreifen.¹⁴⁸⁶ Die Frage einer Anwendung der EuGVVO auf das Spruchverfahren wird in der Literatur, soweit ersichtlich, durchgängig bejaht.¹⁴⁸⁷ Nach Art. 1 S. 1 EuGVVO ist die Verordnung auf Zivil- und Handels-sachen anzuwenden. Nach der Art der Gerichtsbarkeit wird dabei nicht unterschieden, insbesondere fallen auch Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit grundsätzlich darunter.¹⁴⁸⁸ Demnach ist auch das Spruchverfahren erfasst.

¹⁴⁸² Casper, in: Spindler/Stilz, Art. 24 SE-VO, Rn. 12; Schäfer, in: MüKo AktG, Art. 24 SE-VO, Rn. 15; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 24, Rn. 30; für grenzüberschreitende Verschmelzungen außerhalb der SE-VO wird entsprechend Art. 10 Abs. 3 S. 1 und 4 der IntVerschmRL (Nachw. s. Anh. II) herangezogen; dazu näher Nießen, NZG 2006, 441, 442; Weppner, Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung, S. 91 ff.; Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 122h, Rn. 11; Drinhausen, in: Semler/Stengel, UmwG, § 122h, Rn. 8; Bayer, in: Lutter, UmwG, § 122h, Rn. 21; Siepe, Grenzüberschreitende Verschmelzung, S. 238.

¹⁴⁸³ Oechsler, NZG 2006, 161, 164 f.; i. E. genauso Schäfer, in: MüKo AktG, Art. 25 SE-VO, Rn. 12; Siepe, Grenzüberschreitende Verschmelzung, S. 238 f.; Hügél, in: Kalss/Hügél, SE-Kommentar, §§ 21, 22 SEG, Rn. 25. Hiergegen wendet sich Weppner, Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung, S. 85 ff.

¹⁴⁸⁴ Das sind die Fälle, in denen Art. 25 Abs. 3 S. 1 SE-VO keine Anwendung findet, weil die ausländische Rechtsordnung ebenfalls ein solches Verfahren kennt.

¹⁴⁸⁵ Ein Teil der Literatur plädiert hier für eine Gerichtsstandsvereinbarung, so etwa Forsthoff, DStR 2006, 613, 614; Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 122h, Rn. 12 (alternativ könne Art. 5 Nr. 1 a EuGVVO zur Anwendung kommen); z. T. wird allein eine Anwendung der EuGVVO befürwortet: Kiem, WM 2006, 1091, 1097; H.-F. Müller, Der Konzern 2007, 81, 85; Simon/Rubner, Der Konzern 2006, 835, 841; alternativ EuGVVO, Schiedsvereinbarung oder Gerichtsstandsvereinbarung: Drinhausen, in: Semler/Stengel, UmwG, § 122h, Rn. 10; Bayer, in: Lutter, UmwG, § 122h, Rn. 22; ähnlich Müller, ZIP 2007, 1081, 1086 (Art. 60 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 EuGVVO oder Gerichtsstandsvereinbarung).

¹⁴⁸⁶ Kropholler/Von Hein, Europ. ZivilprozR, Einl. EuGVO, Rn. 40. Zur Doppelfunktionalität der örtlichen Zuständigkeit nach §§ 12 ff. ZPO sowie zur Normenhierarchie in diesem Bereich ferner Weppner, Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung, S. 79 f.

¹⁴⁸⁷ Noch zur EuGVÜ: Behnke, Spruchverfahren, S. 62; Wasmann, in: KK SpruchG, § 2, Rn. 21 m. w. N.; Maul, AG 1998, S. 404, 409 f.; Geimer, in: Bundesnotarkammer (Hrsg.), FS Schippel, S. 869, 873. Bereits zur EuGVVO gehen von der grundsätzlichen Anwendbarkeit aus Oechsler, in: MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 58; Hüffer, AktG, Anh. § 305, § 2 SpruchG, Rn. 3; Weppner, Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung, S. 99 ff.; Mock, IPrax 2009, 271, 273; Paefgen, in: KK AktG, Art. 34, Rn. 33; Kropholler/Von Hein, Europ. ZivilprozR, Art. 22 EuGVO, Rn. 39; anders allerdings Simon, in: Simon, SpruchG, § 2, Rn. 23, wonach sich die internationale Zuständigkeit der Spruchgerichte direkt über die Verweisungen in der SE-VO u. a. für die Sitzverlegung nach § 2 SpruchG richte.

¹⁴⁸⁸ Gottwald, in: MüKo ZPO, Art. 1 EuGVVO, Rn. 2; Mäsch, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Zwangsvollstreckungsrecht, Art. 32 EuGVVO, Rn. 11; Kropholler/Von Hein, Europ. ZivilprozR, Art. 1 EuGVO, Rn. 12.

Dass die klassischen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Art. 1 Abs. 2 lit. a EuGVVO ausgenommen sind, ändert nichts an diesem Ergebnis. Auch wenn der Gesetzgeber eine Umgestaltung des Spruchverfahrens zu einem reinen Parteiprozess nach dem Vorbild des ZPO-Verfahrens anlässlich der Neuregelung im SpruchG nicht für sinnvoll erachtet hat,¹⁴⁸⁹ steht es diesem insgesamt doch näher als den in Art. 1 Abs. 2 lit. a EuGVVO genannten Verfahren.

Insbesondere durch § 8 SpruchG und speziell dessen Abs. 3, der auf § 138 ZPO verweist, lehnt sich das Spruchverfahren stark an das ZPO-Verfahren an. Grundsätze aus dem FG-Bereich, wie die Amtsermittlung, sind erheblich eingeschränkt.¹⁴⁹⁰ Die historische Auslegung ergibt zudem, dass auch das EuGVÜ als Vorgänger der EuGVVO nur auf bestimmte Bereiche, die der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterliegen, nicht erstreckt werden sollte, etwa Vormundschafts- und Erbschaftssachen.¹⁴⁹¹

c. Meinungsstreit über die einschlägige Gerichtsstandsbestimmung

Die Ansichten darüber, welche Gerichtsstandsbestimmung für das Spruchverfahren heranzuziehen ist, gehen auseinander. Nach einer Ansicht im Schrifttum ist Art. 22 Nr. 2 EuGVVO entsprechend zur Begründung des internationalen Gerichtsstandes für Spruchverfahren nach dem SpruchG anzuwenden.¹⁴⁹² Danach befindet sich der ausschließliche Gerichtsstand für Klagen zur Feststellung der Ungültigkeit von Organbeschlüssen einer Gesellschaft in dem Mitgliedstaat, in dem die Gesellschaft ihren Sitz hat.¹⁴⁹³

Nach anderer Ansicht ist Art. 5 Nr. 1a EuGVVO heranzuziehen.¹⁴⁹⁴ Nach der Vorschrift ist eine Person mit Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates vor dem Gericht des Ortes zu verklagen, an dem die Verpflichtung zu erfüllen ist oder zu erfüllen wäre, wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Gegenstand des Verfahrens bilden. Der EuGH versteht unter „vertraglichen Ansprüchen“ in diesem Sinne alle „von einer Partei gegenüber einer anderen freiwillig¹⁴⁹⁵ eingegangene Verpflichtungen“, ausgehend von einer autonomen Auslegung des

¹⁴⁸⁹ Begründ. zum SpruchG, BT-Drucks. 15/371, S. 11 f. Auch die historische Exegese lässt keinen Schluss auf eine eindeutige Festlegung zwischen den beiden Verfahrensarten zu, vgl. Kubis, in: Kindler/Koch u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, S. 567, 572.

¹⁴⁹⁰ Zur Zugehörigkeit des Spruchverfahrens deshalb auch zu den echten „Streitverfahren“ vgl. Kubis, in: Kindler/Koch u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, S. 567, 572 f.; Winter/Nießen, NZG 2007, 13.

¹⁴⁹¹ Maul, AG 1998, 404, 410.

¹⁴⁹² Wasmann, in: KK SpruchG, Art. 2, Rn. 21; Behnke, Spruchverfahren, S. 61 ff.; Hüffer, AktG, Anhang zu § 305 AktG § 2 SpruchG, Rn. 3; Kindler, in: MüKo BGB IntGesR (Bd. 11), Rn. 853; Drescher, in: Spindler/Stilz, § 2 SpruchG, Rn. 7; Paefgen, in: KK AktG, Art. 34 SE-VO, Rn. 33 zur Holdinggründung; Wedemann, NZG 2011, 733, 735; Meyer, Ausgleichs- und Abfindungsansprüche, S. 230; in diese Richtung gehend auch Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 2 SpruchG, Rn. 13; differenzierend Meilicke, Lochner, AG 2010, 23, 32 f., die speziell für die Sitzverlegung Art. 8 Abs. 16 SE-VO vorrangig anwenden wollen.

¹⁴⁹³ Kritisch dazu Nießen, NZG 2006, 441, 442 f.; Weppner, Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung, S. 109 ff.

¹⁴⁹⁴ Mock, IPrax 2009, 271, 274 ff.; Simon/Rubner, Der Konzern 2006, 835, 840, 842; Ringe, IPrax 2007, 388, 394; Heckschen, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 122h, Rn. 62 zur internationalen Verschmelzung; Kropholler/Von hein, Europ. ZivilprozR, Art. 5 EuGVO, Rn. 13.

¹⁴⁹⁵ Zu den vertraglichen Ansprüchen i. d. S. zählt der EuGH u. a. vertragsähnliche Verpflichtungen, die zwar durch bewusstes Verhalten ausgelöst wurden, nicht jedoch auf eine vertragliche Bindung abzielten, vgl. EuGH v. 20.1. 2005, Rs. C-27/02, Slg. I-2005, 481 (Tz. 45 ff.) – Engler/Janus Versand. Kritisch zum Merkmal der Freiwillig-

Vertragsbegriffs.¹⁴⁹⁶ Auch Verhältnisse aus körperschaftlichem oder gesellschaftsrechtlichem Kontext ordnet der EuGH gemeinhin als vertraglich ein. Ausdrücklich als vertraglich hat der EuGH auch diejenigen Verpflichtungen behandelt, die einer Person als Mitglied eines Vereins obliegen, da der Beitritt zu einem Verein zwischen den Mitgliedern enge Bindungen schaffe, die denen zwischen Vertragsparteien ähnelten.¹⁴⁹⁷ Genauso sieht der EuGH die Rechtsverhältnisse von Aktionären untereinander und zwischen Aktionären und der Gesellschaft aus der Satzung als vertraglich i. S. d. Art. 5 Nr. 1 EuGVVO an.¹⁴⁹⁸

Der Barabfindungsanspruch beim Austritt des Minderheitsaktionärs ist nach hier vertretener Ansicht zwar gesetzlicher Natur. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass der EuGH den Anspruch nach dieser Rechtsprechung ebenfalls als „vertraglich“ im obigen Sinn ansehen würde.¹⁴⁹⁹

Maßgebend für die Bestimmung des entscheidenden Erfüllungsortes ist das Recht, welches nach den Kollisionsnormen des Gerichtsstaates auf die streitige Verpflichtung anwendbar ist (*lex causae*).¹⁵⁰⁰ Das deutsche Spruchgericht müsste also deutsches Kollisionsrecht anwenden. Art. 8 SE-VO hilft an dieser Stelle gerade nicht weiter, da dort keine Bestimmung zu der Frage anzutreffen ist, wo der Erfüllungsort etwaiger Barabfindungsansprüche zu lokalisieren ist. Nach deutschem IPR richtet sich das anwendbare Recht bei Umstrukturierungen einer Gesellschaft nach dem Personalstatut der jeweiligen Gesellschaft, weswegen im hier zu untersuchenden Wegzugsfall einer SE der Erfüllungsort nach dem ausländischen Recht zu bestimmen wäre.¹⁵⁰¹ Nur wenn dieses also den Erfüllungsort in Deutschland sieht, könnte aufgrund dieser Rückverweisung auch hierzulande ein Spruchverfahren beantragt werden. Für den Fall, dass das Recht des Zuzugsstaates genauso wie das deutsche Recht für Zahlungsansprüche gem. §§ 269, 270 Abs. 4 BGB als Erfüllungsort den Ort bestimmt, an dem der Schuldner zur Zeit der

keit Martiny, in: Schütze (Hrsg.), FS Geimer, S. 641, 649 ff.

¹⁴⁹⁶ EuGH Urt. v. 17.6.1992, Rs. C-26/91, Slg. 1992 I, 3967 (Leitsatz) – Handte/TCMS = JZ 1995, 90 m. Anmerk. Karl-Nikolaus Peifer (noch zu Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ); ferner EuGH, Urt. v. 27.10.1998 Rs. C-51/97, Slg. 1998 I, 6511, Rn. 17 – Réunion européenne/Spliethoffs Bevrachtungskantoor; Kropholler/Von Hein, Europ. ZivilprozR Art. 5 EuGVO, Rn. 5. Die durch die autonome Auslegung bewirkte Spaltung des Vertragsbegriffes in einen „materiell-rechtlichen“ und in einen „verfahrensrechtlichen“ wird im Schrifttum überwiegend kritisch gesehen, vgl. nur Wagner, in: Lutter (Hrsg.), Auslandsgesellschaften, S. 223, 268 f.; Geimer, in: Geimer/Schütze, Europ. Zivilverfahrensrecht, Art. 22, Rn. 16 f. m. w. N.; zustimmend hingegen Gottwald, in: MüKo EuGVVO, Art. 5, Rn. 4.

¹⁴⁹⁷ EuGH v. 22.3.1983, Rs. 34/82, Slg. 1983, 987 – Peters/ZNAV.

¹⁴⁹⁸ EuGH v. 10.3.1992, Rs. C-214/89, Slg. 1992 I, 1745, Rn. 16 – Powell Duffryn plc/Petereit.

¹⁴⁹⁹ Begründen ließe sich dies konkret damit, dass auch hier das Verhältnis zwischen den Anspruchsberechtigten und der Gesellschaft betroffen ist, das sich nach dem Gesellschaftsvertrag bestimmt, in dem auch die Abfindungsansprüche im Grundsatz mit angelegt waren, vgl. Nießen, NZG 2006, 441, 443; Mock, IPrax 2009, 271, 275; ähnlich auch Weppner, Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung, S. 117.

¹⁵⁰⁰ EuGH v. 28.9.1999, Rs. C-440/97, Slg. 1999, I-6307 (Tz. 13) – GIE Groupe Concorde /Kapitän; Auer, in: Geimer/Schütze, Europ. Zivilverfahrensrecht, B Vorb. I 10b Art. 5 Rn. 45; Mock, IPrax 2009, 271, 275; Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, § 6, Rn. 49; Weppner, Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung, S. 112. Zur Kritik der Literatur hieran vgl. nur Gsell, IPrax 2002, 484, 485 f.; Geimer, in: Geimer/Schütze, Europ. Zivilverfahrensrecht, Art. 5, Rn. 77 ff.; Hau, IPrax 2000, 354, 360; Jayme, IPrax 1995, 13 f.; dazu auch Bittner, in: Staudinger, BGB (2009), § 269, Rn. 60.

¹⁵⁰¹ Dies übersehen Weppner, Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung, S. 120 sowie Mock, IPrax 2009, 271, 276, die die Tatsache des ausländischen Sitzungssitzes der Gesellschaft nach der Umstrukturierung ignorieren und deshalb zur Bestimmung des Erfüllungsortes nach deutschem Sachrecht gelangen.

Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte,¹⁵⁰² so wäre aber auch danach kein Gerichtsstand in Deutschland begründet. Denn die Entstehung der Forderung ist bei Annahme des Abfindungsangebotes und somit nach Wirksamwerden der Sitzverlegung gegeben.¹⁵⁰³

Schließlich wird vertreten, die internationale Zuständigkeit sei im vorliegenden Fall nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 60 Abs. 1 lit. a-c EuGVVO zu bestimmen, wonach der Sitz der Gesellschaft eine ausländische Zuständigkeit begründe.¹⁵⁰⁴

Genau genommen stellt Art. 2 i. V. m. Art. 60 Abs. 1 lit. a-c EuGVVO aber drei Gerichtsstände alternativ¹⁵⁰⁵ zur Wahl. Dem Wohnort gleichgestellte Anknüpfungspunkte für Gesellschaften sind danach neben dem Satzungssitz auch die Orte der Hauptverwaltung¹⁵⁰⁶ und der Hauptniederlassung. Diese fallen wohl im Regelfall schon aufgrund von Art. 7 S. 1 SE-VO im neuen Sitzstaat zusammen.¹⁵⁰⁷

d. Stellungnahme

Befriedigend ist die Anwendung der oben genannten Vorschriften der EuGVVO jedenfalls nicht, da sie mit erheblichen Unsicherheiten behaftet ist bzw. den Gerichtsstand im neuen Sitzstaat begründet.¹⁵⁰⁸ Gelangt man über die EuGVVO aber zu einem Gerichtsstand im Zuzugsstaat, so würde dies bedeuten, dass ein Spruchverfahren zumeist schon deswegen nicht stattfinden kann, weil es in dem jeweiligen Land gar kein entsprechendes Verfahren gibt. Aber selbst wenn dies so wäre, wie etwa in Österreich,¹⁵⁰⁹ kann das betreffende Verfahren nicht ohne weiteres mit dem deutschen Spruchverfahren gleichgesetzt werden. Da es sich um Prozessrecht handelt, kann auch nicht darauf verwiesen werden, dass das ausländische Gericht eben deutsches Recht anzuwenden habe. Ausnahmsweise fällt hier die Frage, ob Rechtsschutz überhaupt erlangt werden kann, i. d.

¹⁵⁰² Bei juristischen Personen ist dies der „Sitz“ der Gesellschaft i. S. v. „Satzungssitz“, vgl. § 24 BGB, siehe nur Ringe, IPrax 2007, 388, 393 m. w. N.

¹⁵⁰³ S. o. unter C. III. 1.: „Abfindungsangebot, Entstehen und Fälligkeit des Barabfindungsanspruchs“. I. E. genauso Lennerz, Die internationale Verschmelzung, S. 186. Weppner, Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung, S. 120 f. übersieht an dieser Stelle, dass der Leistungsort für die jeweils konkret geschuldete Leistung zu bestimmen ist. Sind mehrere Verpflichtungen, etwa durch Vertrag, miteinander verbunden, so ist für jede Verpflichtung der Leistungsort gesondert zu bestimmen. Die Einheitlichkeit eines Schuldverhältnisses indiziert nicht zugleich die Einheit des Leistungsortes. Auch Leistung und Gegenleistung müssen nicht notwendigerweise stets am selben Leistungsort erbracht werden, vgl. Krüger, in: MüKo BGB, § 269, Rn. 10. Man könnte allenfalls über eine Ausnahme von dem Grundsatz nachdenken, dass nachträgliche Wohnsitzveränderungen die Bestimmung des Erfüllungsortes nicht mehr berühren. Hierzu etwa Bittner, in: Staudinger, BGB, § 269, Rn. 8.

¹⁵⁰⁴ Kiem, WM 2006, 1091, 1097 (Fn. 59); H.-F. Müller, Der Konzern 2007, 81, 85; Wittgens, Spruchverfahrensgesetz, S. 63 ff. Hier könne nur der deutsche Gesetzgeber nachbessern, indem er den Annahmezeitraum für das Angebot auf die Zeit vor der Eintragung im neuen Sitzstaat vorverlegt, so Vinçon, Sitzverlegung, S. 254 f. Damit wird aber gerade keine Lösung für die aktuelle Rechtslage geboten.

¹⁵⁰⁵ Vgl. BGH, Beschl. v. 27.6.2007 – XII ZB 114/06, EuZW 2007, 580, Rn. 11; Zimmer/Ringe, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 8, Rn. 97.

¹⁵⁰⁶ Zum Begriff der Hauptverwaltung in diesem Zusammenhang siehe nur BGH, Beschl. v. 27.6.2007 -XII ZB 114/06, Rn. 11, EuZW 2007, 580, 582.

¹⁵⁰⁷ Für dieses Ergebnis dennoch Geimer, in: Bundesnotarkammer (Hrsg.), FS Schippel, S. 869, 881.

¹⁵⁰⁸ Zu den Auswirkungen der Begründung eines ausländischen Gerichtsstandes genauer Meilicke/Lochner, AG 2010, 23 ff.

¹⁵⁰⁹ Gemäß § 13 Abs. 2 öSEG ist ein entsprechender Antrag möglich.

R. mit der Frage der internationalen Zuständigkeit der Gerichte zusammen.¹⁵¹⁰

Unabhängig davon ist es auch nicht einsichtig, warum ein Anteilsinhaber, zu dessen Schutz im alten Sitzstaat ein Austrittsrecht normiert wurde, im Hinblick auf sich daran anschließende Streitigkeiten über die Höhe der Barabfindung an den neuen Sitzstaat verwiesen werden soll. Dies würde den allen mitgliedstaatlichen Austrittsrechten zugrunde liegenden Schutzgedanken, dass keinem Anteilsinhaber die Folgen einer Sitzverlegung aufgedrängt werden dürfen, konterkarieren. Denn genau diese Folgen würden ihn dann treffen, indem er bestenfalls darauf angewiesen wäre, in einem anderen Mitgliedstaat die Angemessenheit der Abfindung gerichtlich überprüfen zu lassen¹⁵¹¹ und schlimmstenfalls sogar sämtliche Möglichkeiten, gerichtlichen Rechtsschutz zu erlangen, verliert.

Eine Umgehung des ganzen Problembereichs durch verfrühte Antragseinreichung bei Gericht ist nicht möglich. Zwar findet sich in Literatur und Rechtsprechung die Auffassung, dass ein Antrag schon vor Fristbeginn möglich ist.¹⁵¹² Aber auch nach dieser Ansicht ist die Entscheidung darüber bis Fristbeginn auszusetzen, so dass bezüglich der übrigen Voraussetzungen nicht auf den Zeitpunkt des tatsächlichen Antragseingangs, sondern auf den Fristbeginn abgestellt wird.¹⁵¹³

e. Lösung

Grundsätzlich bieten sich methodisch nun drei Möglichkeiten an, zu einem anderen Ergebnis zu gelangen:

Man könnte über ein erweitertes Verständnis von Art. 8 Abs. 5 SE-VO einen inländischen Gerichtsstand begründen. Dies setzt voraus, dass die Vorschrift auch dahingehend verstanden werden kann, dass sie nicht nur die Ermächtigung enthält, den Minderheitenschutz prozessual auszugestalten. Sie müsste darüber hinaus eine kollisionsrechtliche Regelung darstellen, die zwingend das Verfahren der gerichtlichen Geltendmachung in den Staat verweist, in dessen Gesetzen auch die Anspruchsvoraussetzungen geregelt sind. Dem steht jedoch der Wortlaut entgegen, wonach die Mitgliedstaaten Vorschriften „in Bezug auf die in ihrem Hoheitsgebiet eingetragenen SE“

¹⁵¹⁰ Zu diesem Aspekt im Lichte der verfassungsrechtlichen Bedeutung der Frage (etwa beim aktienrechtlichen Squeeze-Out) vgl. Meilicke/Lochner, AG 2010, 23, 26.

¹⁵¹¹ Zu den Einzelheiten im Fall einer Geltendmachung von Zuzahlungs- bzw. Barabfindungsansprüchen vor ausländischen Gerichten vgl. Weppner, Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung, S. 123 ff.

¹⁵¹² Volhard in: MüKo AktG, § 4 SpruchG, Rn. 4 (zulässig); ders., in: Semler/Stengel, UmwG, § 4 SpruchG, Rn. 6 (möglich, aber unzulässig bis Fristbeginn); Hüffer, AktG, Anh. § 305, § 4 SpruchG, Rn. 5; für Zulässigkeit allein von Anträgen zwischen Eintragung und Bekanntmachung: LG Frankfurt a. M., Beschl. v. 10.3.2004 – 3/5 O 74/03, ZIP 2004, 808 f.; Drescher, in: Spindler/Stilz, AktG, § 4 SpruchG, Rn. 6; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 4 SpruchG, Rn. 5; Meyer, Ausgleichs- und Abfindungsansprüche, S. 261. Umstritten ist in diesem Kontext, ob nur der Eingang beim zuständigen Gericht fristwährend sein kann, vgl. Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 4 SpruchG, Rn. 5 a; Hüffer, ebda. Für ausnahmslose Abweisung wegen Unzulässigkeit in diesem Fall Krieger/Mennicke, in: Lutter/Winter, UmwG, § 4 SpruchG, Rn. 7.

¹⁵¹³ Volhard in: MüKo AktG, § 4 SpruchG, Rn. 4; a. A. Drescher, in: Spindler/Stilz, AktG, § 4 SpruchG, Rn. 6 (keine Aussetzung, Abweisung vor Eintragung möglich). Eine internationale Unzuständigkeit des Gerichts könnte damit daher nicht überwunden werden.

zum Schutz der Minderheitsaktionäre erlassen können.¹⁵¹⁴

Zweitens könnte man versuchen, mithilfe vor allem derjenigen Vorschriften der EuGVVO, die einen Gerichtsstand am Wohnort des Klägers begründen, notfalls im Wege des Analogieschlusses oder unter Zuhilfenahme allgemeiner Rechtsgrundsätze die deutschen Gerichte für zuständig zu erklären. In die vorteilhafte Lage eines Gerichtsstandes quasi „vor der eigenen Haustür“ versetzt die EuGVVO beispielsweise Verbraucher, Versicherungsnehmer, Arbeitnehmer oder durch unerlaubte Handlungen Geschädigte.¹⁵¹⁵ Ausgehend davon, dass Art. 2 Abs. 1 EuGVVO teleologisch zu reduzieren ist¹⁵¹⁶ und deshalb den vorliegenden Fall auch nicht erfasst, könnte mit Hilfe des europäischen Justizgewähranspruches möglicherweise ein Gerichtsstand im Wegzugsstaat begründet werden. Er ist in Art. 6 und 13 EMRK¹⁵¹⁷ verankert und taucht ab 1986 auch in der Rechtsprechung des EuGH auf.¹⁵¹⁸ Zu beachten wären des Weiteren allerdings die speziellen Vorgaben des EuGH für die Auslegung der besonderen Zuständigkeiten der EuGVVO. Hiernach muss der Beklagte vernünftigerweise vorhersehen können, vor welchem anderen Gericht als dem des Staates, in dem er seinen Wohnsitz hat, er verklagt werden kann.¹⁵¹⁹

Dieses Umwegs bedarf es allerdings dann nicht, wenn Art. 8 Abs. 16 SE-VO bereits die internationale Zuständigkeit im Wegzugsstaat begründet.¹⁵²⁰ Tatsächlich lässt sich diese Vorschrift auch

¹⁵¹⁴ Hierzu s. o. unter: II. 7. a. „Zur Anwendbarkeit deutscher Kapitalschutzvorschriften“.

¹⁵¹⁵ Für die Zuständigkeitsbegründung mittels des Gerichtsstands der unerlaubten Handlung etwa Maul, AG 1998, S. 404, 409 f. Das Verhältnis der Parteien beim Spruchverfahren im Anschluss an eine Sitzverlegung entspricht tatsächlich eher der Falltypik dieser Prozessrechtsverhältnisse. Charakteristisch ist in solchen Fällen, dass ein Einzelner einer größeren Organisation gegenübersteht, der gleichzeitig nur „einer von vielen seiner Art“ ist. Dies führt regelmäßig dazu, dass die Forderung dieser Einzelperson für die Gegenseite nur geringe Bedeutung, für den Gläubiger dagegen naturgemäß großes Gewicht hat. Zu dieser Gruppe der „Organisationsmacht“ zählen die Forderungen der Arbeitnehmer, Versicherungsnehmer und Verbraucher. Auch die typischerweise dem Spruchverfahren zugrundeliegende Minderheits-/Mehrheitskonstellation könnte man hierunter fassen. An dieser Stelle enthält die EuGVVO demnach eine Regelungslücke. Diese Lücke war auch unbeabsichtigt, da die EuGVVO rund vier Jahre vor Inkrafttreten der SE-VO Geltung erlangte. Zu dieser Zeit war aber der Sonderfall eines Verfahrens zur Überprüfung der Angemessenheit der Barabfindung, speziell nach einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung, noch nicht normiert. Erst am 20.12.2000 kam es auf dem Gipfel von Nizza zu einer politischen Einigung über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft und in der Folge am 8. Oktober 2001 zu dessen Verabschiedung. Fast zeitgleich mit der Einigung über die spätere SE-VO wurde die EuGVVO am 22.12.2000 jedoch bereits verabschiedet.

¹⁵¹⁶ Dem liegt die Prämisse zugrunde, dass Art. 2 Abs. 1 EuGVVO von dem Gedanken ausgeht, dass sich ein Schuldner plötzlich einer Klage gegenüber sieht, von der der Schuldner überrascht wurde. Dem Vorteil des Klägers, der nicht nur das Ob, sondern auch Zeitpunkt und Art des Klageangriffs bestimmt, entspricht die Vergünstigung des Beklagten, den ihm aufgezwungenen Rechtsstreit nicht auch noch an einem auswärtigen Gerichtsstand austragen zu müssen, siehe Vollkommer, in: Zöller, ZPO, § 12, Rn. 2. Kann aber das Gleichgewicht durch den schuldnerfreundlichen Gerichtsstands nicht einfach wieder hergestellt werden, sind Abweichungen hiervon vorgesehen.

¹⁵¹⁷ Durch Art. 6 Abs. 3 EUV i. d. F. des Lissabon-Vertrages ist die EMRK nunmehr auch ausdrücklich einbezogen und in den Rang des Primärrechts erhoben.

¹⁵¹⁸ EuGH, Urt. v. 15.5.1986, Rs. 222/84, Slg. 1986, 1651, 1663 (Rn. 18 f.) – Johnston.

¹⁵¹⁹ EuGH v. 17.6.1992, Rs. C-26/91, Slg. 1992, I-3967 (Rn. 18) – Handte.

¹⁵²⁰ Hierfür Meilicke/Lochner, AG 2010, 23, 32; Oechsler, AG 2005, 373, 376; Schwarz, SE-VO, Art. 8, Rn. 30; Krause, in: Müller-Graff, Europäisches Gesellschaftsrecht auf neuen Wegen, S. 103, 115; Diekmann, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 8, Rn. 123; wohl auch Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 27 a. E.; ders., ZHR 173 (2009), 181, 211; vgl. auch die Ausführungen unter II. 7. a. „Zur Anwendbarkeit deutscher Kapitalschutzvorschriften“. Anders als oben befürwortet Witten, Minderheitenschutz, S. 182, hier in Bezug auf die internationale Zuständigkeit deutscher Spruchgerichte eine Lösung über Art. 8 Abs. 16 SE-VO. Begründet wird dies mit dem rein prozessualen Zuschnitt der Norm nach dem Willen des historischen Gesetzgebers. Dabei wird allerdings übersehen, dass Art. 8 Abs. 5, aus dem die Anwendbarkeit der

für die vorliegende Konstellation fruchtbar machen. Sie erfasst, wie oben festgestellt, auch den Barabfindungsanspruch der Minderheitsaktionäre.¹⁵²¹ Die darauffolgende Einleitung des Spruchverfahrens dient nur dessen Konkretisierung; der Beschluss wirkt „inter omnes“ auch zugunsten der nicht am Verfahren direkt beteiligten Minderheitsaktionäre. Die Ansicht, die lediglich den Entstehenszeitpunkt des Abfindungsanspruchs auf den Zeitpunkt des Verlegungsbeschlusses vorverlegen will, greift allerdings zu kurz. Denn der Entstehensgrund, auf den es hier maßgeblich ankommt, ist schon im Gesellschaftsvertrag allgemein und für den einzelnen Aktionär damit bereits in dem Zeitpunkt angelegt, in dem er sich in dessen Wirkbereich durch Beitritt begeben hat. Denn alleiniger Zweck ist die Kompensation von Inhaltsänderungen der in diesem Zeitpunkt bereits begründeten Mitgliedschaft. Daraus ergibt sich aber, dass die Abfindungsgläubiger letztlich allen anderen „normalen Altgläubigern“ von Art. 8 Abs. 16 SE-VO gleichzustellen sind und in der Folge auch in den Genuss der Gerichtsstandsfiction kommen müssen.

Alternativ oder zur Absicherung des gefundenen Ergebnisses könnte man zusätzlich eine Gerichtsstandsvereinbarung erwägen. Zu beachten ist hier, dass nach Art. 23 Abs. 5 EuGVVO Gerichtsstandsvereinbarungen, bezogen auf von Art. 22 erfasste Gegenstände, nicht zulässig sind. Im Übrigen wäre eine solche Vereinbarung allerdings möglich.¹⁵²²

5. Funktionelle Zuständigkeit

§ 2 Abs. 2 SpruchG a. F.¹⁵²³ enthielt eine Regelung zur funktionellen Zuständigkeit, wonach die Kammer für Handelssachen statt der Zivilkammer zur Entscheidung berufen war, sofern das zuständige Landgericht eine solche eingerichtet hatte. Der Absatz wurde jedoch mit Wirkung zum 1.9.2009 gestrichen.¹⁵²⁴ An seine Stelle treten die allgemeinen Vorschriften des GVG. Dort bestimmt neuerdings § 71 Abs. 2 Nr. 4 e GVG, dass für alle Verfahren nach dem Spruchgesetz die Landgerichte streitwertunabhängig ausschließlich zuständig sind. Nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 werden die Verfahren außerdem als Handelssachen eingeordnet. Solche gelangen aber im Regelfall nur auf Antrag zur KfH, entweder gem. § 96 Abs. 1 GVG durch Verlangen in der Antrags- bzw. Klageschrift, oder auf fristgemäßen Antrag der Gegenseite in ihrer Erwiderung gem. § 98 Abs. 1 GVG. Eine Verweisung von Amts wegen ist ausgeschlossen.¹⁵²⁵ Damit können sich in der Praxis jedoch erhebliche Probleme dadurch ergeben, dass Anträge verschiedener Antragsteller zum gleichen Gegenstand sowohl bei den Zivilkammern als auch bei den Kammern für Handelssachen eingehen. Letzteres tritt dann ein, wenn der Antragsteller direkt die KfH als Adressaten

Kapitalschutzvorschriften folgen soll, nur zur Regelung von Schutzvorschriften für SE's mit Sitz im Inland ermächtigt. Nach der Sitzverlegung bedarf es damit zwingend einer Fiction, wie sie allein Art. 8 Abs. 16 anordnet.

¹⁵²¹ S. o.: II. 7. a. „Zur Anwendbarkeit deutscher Kapitalschutzvorschriften“.

¹⁵²² Hierfür Mock, IPrax 2009, 271, 277; Nießen, NZG 2006, 441, 445; Wittgens, Spruchverfahrensgesetz, S. 66; Luttermann, EWiR 2008, 69, 70; kritisch hingegen Meilicke/Lochner, AG 2010, 23, 26, die zu Recht darauf verwiesen, dass eine solche Vereinbarung durch die satzungändernde Mehrheit beschlossen werden müsste, was dem Zweck, gerade der Minderheit Schutz zu gewähren, ersichtlich entgegenläuft.

¹⁵²³ SpruchG vom 12. Juni 2003 (BGBl. I S. 838).

¹⁵²⁴ Art. 42 des Gesetzes vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586).

¹⁵²⁵ Siehe § 98 Abs. 3 GVG.

nennt.¹⁵²⁶ Aufgrund der inter-omnes-Wirkung der Entscheidung müssen diese Verfahren verbunden werden. Eine Verbindung von Amts wegen wiederum wäre jedoch nur zu den Zivilkammern möglich; zu einer KfH zu verbinden ist nicht zulässig.¹⁵²⁷

Das Problem liegt wohl darin begründet, dass der Gesetzgeber bei der Zusammenfassung der bisher einzelgesetzlich geregelten Zuweisungen an die Kammern für Handelssachen in § 95 GVG n. F. übersehen hat, dass der fraglichen Zuweisung vorher eine (vom Regelfall abweichende) zwingende Qualität zukam. Eine Verlagerung der Zuständigkeit war nach herrschender Literaturauffassung mit der Gesetzesänderung nicht beabsichtigt.¹⁵²⁸ Mit dem Erlass des FamFG ist eine Neufassung etlicher Vorschriften anderer Gesetze notwendig geworden. Nach der Gesetzesbegründung hat der Gesetzgeber dabei nur die bisher bewährten Inhalte übernehmen wollen.¹⁵²⁹ Die Streichung im SpruchG wird in der Gesetzesbegründung nicht weiter kommentiert. Dort begnügt man sich mit dem Hinweis, es handle sich um eine „Folgeänderung zu § 95 Abs. 2 GVG“.¹⁵³⁰

Dabei führt die für die o. g. Fälle neu entstandene Verweisungskette nun leicht zu Missverständnissen, die sich bei richtiger Lesart jedoch vermeiden lassen. Denn in §§ 96, 98 GVG ist immer von „Klägern“ und „Beklagten“ sowie vom Antrag in der „Klageschrift“ die Rede. Diese Terminologie ist in Bezug auf die normalen Zivilprozesse korrekt, nicht jedoch für Spruchverfahren. Dort spricht man ausschließlich von „Antragsteller“, „Antragsgegner“ und der „Antragsschrift“. Daher sollten die fraglichen Vorschriften wohl nur für diejenigen Handelssachen i. S. d. § 98 GVG anwendbar sein, auf die die verwendete Terminologie auch zutrifft und die im Wege der ZPO-Klage geltend gemacht werden.¹⁵³¹

Für dieses Ergebnis lässt sich des Weiteren die Systematik anführen. So wurden die inhaltlich gleichen Vorschriften des § 293 c Abs. 1 S. 4 AktG sowie des § 10 Abs. 2 S. 2 UmwG – betreffend die Bestellung sachverständiger Prüfer i. R. v. Unternehmensverträgen, Verschmelzungen bzw. bei einem Squeeze Out¹⁵³² – nicht gestrichen. Diese Bestimmungen machen unter Effizienzgesichtspunkten aber nur dann Sinn, wenn man unterstellt, dass die Zuständigkeit der KfH ohnehin gegeben ist, für die dem Spruchverfahren regelmäßig vorausgehende Prüferbestellung aber kein Zusatzaufwand durch die zeitaufwändigere Hinzuziehung von Handelsrichtern generiert werden soll.

¹⁵²⁶ Ausführlich zu dieser Problematik Kiefner/Kersjes, NZG 2012, 244, 246.

¹⁵²⁷ Greger, in: Zöller, ZPO § 147, Rn. 2; Leipold, in: Stein/Jonas, ZPO, § 147, Rn. 12.

¹⁵²⁸ Hüffer, AktG, § 2 SpruchG, Rn. 5; Kubis, in: MüKo AktG, § 2, Rn. 6; Drescher, in: Spindler/Stilz, § 2 SpruchG, Rn. 3; Emmerich/Habersack, GmbH- und Aktienkonzernrecht, § 3 SpruchG, Rn. 9; Volhard, in: Semler/Stengel, UmwG, § 2 SpruchG, Rn. 4; wohl auch Krieger/Mennicke, in: Lutter/Winter, UmwG, § 2 SpruchG, Rn. 9 a. E., die es allerdings rechtspolitisch für wünschenswert gehalten hätten, tatsächlich die Entscheidung in die Zuständigkeit der mit drei Berufsrichtern besetzten Zivilkammern zu legen; vgl. ferner Weingärtner, in: Heidel, Aktienrecht, § 2 SpruchG, Rn. 15, der zur Begründung auf die Übernahme des Wortlautes hinsichtlich der Alleinentscheidungsbefugnis des „Vorsitzenden“ einer „Kammer für Handelssachen“ in § 2 Abs. 2 S. 1 SpruchG n. F. verweist; ebenso Kiefner/Kersjes, NZG 2012, 244, 245; a. A. jedoch LG München I, Beschl. v. 25.11.2009 – 38 O 21051/09, NZG 2010, 520; Simons, in: Hölters, AktG, § 2 SpruchG, Rn. 2, 10; ders., NZG 2012, 609, 611.

¹⁵²⁹ Vgl. die amtliche Begründ. zum FGG-Reformgesetz (FGG-RG) v. 7.9.2007, BT-Drucks. 16/6308, S. 319 f.

¹⁵³⁰ FGG-ReformG, BT-Drucks. 16/6308, S. 330.

¹⁵³¹ Genauso Drescher, in: Spindler/Stilz, AktG, § 2 SpruchG, Rn. 19; Ederle/Theusinger, in: Bürgers/Körber, AktG, Anh. § 306, § 2 SpruchG, Rn. 7; Kiefner/Kersjes, NZG 2012, 244, 245.

¹⁵³² Vgl. § 327c Abs. 2 S. 4 AktG, der auf § 293c Abs. 1 S. 4 AktG verweist.

Hinzu kommt der Befund, dass auch in weiteren Fällen einer Streichung von Spezialvorschriften zur funktionellen Zuständigkeit der KfH, die Regelungen für das normale Klageverfahren ebenfalls nicht passen: So ist beispielsweise auch für das Verfahren nach § 98 Abs. 1 AktG die zwingende Zuweisung an die Spezialkammern weggefallen. Bei der gerichtlichen Auseinandersetzung über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats aber bleibt unklar, wem hier die Rolle eines Antragsgegners, der die Verhandlung vor der KfH beantragen könnte, überhaupt zukommen soll. Hier sind nur verschiedene Interessensgruppen bzw. Einzelpersonen wie Gewerkschaften, Aufsichtsratsmitglieder oder die Gesellschaft zu beteiligen.

Hieraus ergibt sich insgesamt, dass es im Ergebnis nach richtiger Lesart für die Verfahren nach dem SpruchG bei der Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen bleiben sollte. Eine Klarstellung durch den Gesetzgeber wäre allerdings wünschenswert und wohl nach dem Beschluss des LG München I auch erforderlich.¹⁵³³ Hier böte es sich an, dahingehenden Forderungen des Bundesrates¹⁵³⁴ im Gesetzgebungsverfahren zur Aktienrechtsnovelle 2012 zu entsprechen.¹⁵³⁵

6. Verfahrensbeteiligte

a. Antragsteller

Antragsberechtigt ist gemäß § 3 S. 1 Nr. 4 und S. 2 i. V. m. § 1 Nr. 5 SpruchG jeder Aktionär, der im Zeitpunkt der Antragstellung Anteilsinhaber ist.¹⁵³⁶ Daneben ist jedoch für die Antragstellung auch der Nachweis der materiellen Anspruchsvoraussetzungen, also der Beteiligung im Zeitpunkt des Hauptversammlungsbeschlusses erforderlich, was allerdings neben dem Nachweis des Widerspruches keine eigene Bedeutung erlangt.¹⁵³⁷ In Ergänzung zu den obigen Ausführungen hinsichtlich der Übertragbarkeit des Abfindungsanspruchs ist festzustellen, dass es genügt, wenn der Antragsteller das Vorliegen dieser materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzungen in der Person seines Rechtsvorgängers sowie die eigene Aktien- und Anspruchsinhaberschaft im Zeitpunkt der Antragstellung beweist.¹⁵³⁸ Zwar wird in Bezug auf Umwandlungen von der ganz h. M. vertreten, dass der Antragsteller Anteilsinhaber des alten bzw. übertragenden Rechtsträgers gewesen sein muss.¹⁵³⁹ Dahinter steht aber die Absicht, mittels dieses Erfordernisses solche An-

¹⁵³³ LG München I, Beschl. v. 25.11.2009 – 38 O 21051/09, NZG 2010, 520; dazu siehe oben.

¹⁵³⁴ Stellungnahme des BR zum Gesetzentwurf der BReg v. 10.2.12, BR-Drucks. 852/11 (B), S. 4 f.

¹⁵³⁵ Genauso Kiefner/Kersjes, NZG 2012, 244, 247.

¹⁵³⁶ Hingegen ist im österreichischen Spruchverfahren Voraussetzung der Antragsberechtigung, dass einer oder mehrere Antragsteller gemeinsam ein Mindestquorum von 1% des Grundkapitals bzw. 70.000 € Nennbetrag erreichen, vgl. hierzu Kalss, in: Kalss/Hügel, SE-Kommentar, § 13 SEG, Rn. 11. Zur dogmatischen Einordnung der Antragsberechtigung siehe Meyer, Ausgleichs- und Abfindungsansprüche, S. 232 ff. Da sich hier keine für Sitzverlegungen spezifische Probleme stellen, kann eine vertiefte Untersuchung an dieser Stelle unterbleiben.

¹⁵³⁷ Kubis, in: MüKo AktG, § 3 SpruchG, Rn. 15, 18; Leuring, in: Simon, SpruchG, § 3, Rn. 32; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 3 SpruchG, Rn. 12; Wasmann, in: KK SpruchG, § 3 Rn. 16; ders. WM 2004, 819, 822. Zum Erfordernis eines negativen Votums s. o.: D. II. 4. d. (1) „Negatives Votum“.

¹⁵³⁸ Vgl. Wittgens, Spruchverfahrensgesetz, S. 82; Klöcker/Frowein, SpruchG, § 3, Rn. 22; a. A. wohl Weingärtner, in: Heidel, Aktienrecht, § 3 SpruchG, Rn. 8; Krieger/Mennicke, in: Lutter/Winter, UmwG, § 3 SpruchG, Rn. 7.

¹⁵³⁹ LG Dortmund v. 3.5.2004, 20 O 50/04, AG 2004, 623 – A. Friedr. Flender AG; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 3 SpruchG, Rn. 12; Wasmann, WM 2004, 819, 822; ders., in: KK SpruchG, § 3, Rn. 15; Kubis, in: MüKo, AktG, § 3 SpruchG, Rn. 15 sowie 18 (entsprechend zur SE-Gründung).

teilsinhaber am übernehmenden Rechtsträger bei der Verschmelzung auszuschließen, die bereits vor der Umwandlung an diesem beteiligt waren und keine neuen Aktien hinzuerworben haben.¹⁵⁴⁰ Dies ist hingegen bei der Sitzverlegung entbehrlich mangels Beteiligung mehrerer Rechtsträger. Mit anderen Worten: Jede Aktie der verzogenen SE war auch von dem Umzug betroffen.

Der Nachweis der Antragsberechtigung kann nur durch Urkunden erbracht werden gem. § 3 S. 3 SpruchG.¹⁵⁴¹ Entgegen einer im Schrifttum vertretenen Ansicht¹⁵⁴² ist S. 3 auch auf die SE anwendbar.¹⁵⁴³ Die Gegenansicht verweist darauf, dass die Vorschrift den Nachweis lediglich der „Aktionäre“ verlange, statt von „Anteilsinhabern“ zu sprechen wie § 3 S. 1 Nr. 4 bzw. § 1 S. 1 Nr. 5 SpruchG. Dies erscheint jedoch zu formalistisch angesichts des auch bei Beteiligung einer SE anstrebswerten Zwecks, langwierige Beweisaufnahmen zu verhindern.

Erwirbt ein Dritter Aktien vom Antragsteller erst nach Einleitung eines Spruchverfahrens, so fallen die materielle Berechtigung und die verfahrensrechtliche Position auseinander. Dann soll allerdings nach überwiegender Literatursicht § 265 Abs. 2 S. 1 ZPO analog anzuwenden sein, mit der Folge, dass der Veräußerer in Prozessstandschaft für den Erwerber das einmal eingeleitete Spruchverfahren weiterbetreibt.¹⁵⁴⁴ Dies wird damit begründet, dass sich die Rechtskraftwirkung nach § 13 S. 2 SpruchG auch auf zwischenzeitlich ausgeschiedene Aktionäre erstreckt und nur so auch die Antragsgegnerin vor immer neuen Verfahrensbeteiligten geschützt werde.¹⁵⁴⁵

Der abweichenden Ansicht, die einen Fortbestand der Anteilsinhaberschaft bis zur Beendigung des Spruchverfahrens für erforderlich hält, andernfalls den Antragsteller ersatzlos ausscheiden lassen will,¹⁵⁴⁶ ist aus diesem Grund nicht zuzustimmen. § 3 Abs. 1 S. 2 SpruchG verlangt für

¹⁵⁴⁰ Vgl. nur Wasmann, in: KK SpruchG, § 3, Rn. 15; Kubis, in: MüKo, AktG, § 3 SpruchG, Rn. 15.

¹⁵⁴¹ Die genaue Bedeutung von § 3 S. 2 SpruchG war zunächst umstritten: Nach überwiegender Rechtsprechung sollte der Nachweis auch nach Ablauf der Antragsfrist auf Rüge des Antragsgegners ausreichen: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.2.2005, I-19 W 12/04 ZIP 2005, 1369, 137, OLG Stuttgart, Beschl. v. 13.9.2004, 20 W 13/04, ZIP 2004, 1907, 1908 und OLG Frankfurt a. M. v. 9.1.2006 – 20 W 166/05, NZG 2006, 667. Dagegen wendete sich ein Teil der Rechtsprechung und Literatur, siehe etwa Wittgens, Spruchverfahrensgesetz, S. 85 ff.; Wasmann, in: KK SpruchG, § 3, Rn. 23; weitere Nachweise bei Meyer, Ausgleichs- und Abfindungsansprüche, S. 243 ff. Nach einer Divergenzvorlage des KG Berlin entschied der BGH 2008 im Sinne der o.g. Rechtsprechung, vgl. BGHZ 177, 131.

¹⁵⁴² Simons, in: Hölters, AktG, § 3 SpruchG, Rn. 22; wohl auch Ederle/Theusinger, in: Bürgers/Körper, AktG, Anh § 306, § 3 SpruchG, Rn. 17a.

¹⁵⁴³ Wie hier wohl auch Leuering, in: Simon, SpruchG, § 3, Rn. 64.

¹⁵⁴⁴ Ebenso OLG Stuttgart, Beschl. v. 19.3.2008, 20 W 3/06, NZG 2008, 670 (nur LS); OLG Düsseldorf v. 22.1.1999, 19 W 5/96, Lippe-Weser-Zucker AG, AG 1999, 321; Kubis, in: MüKo AktG, § 3 SpruchG, Rn. 10 (für den Squeeze-Out); Bork, in: Lutter, UmwG, § 15, Rn. 2 (hinsichtlich des Zuzuzahlungsanspruches bei Verschmelzung); Krieger, in: Lutter, Umwandlungsrechtstage, S. 275, 280; Büchel, NZG 2003, 793, 795; Leuering, in: Simon, § 3 SpruchG, Rn. 22 f. (für den Beherrschungs- und Gweinnabführungsvertrag); anders hingegen für Umwandlungen, vgl. Leuering, ebda Rn. 34 a. E.; Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 3 SpruchG Rn. 5 (für die Umwandlung); Schulenberg, AG 1998, 74, 81; Wasmann, in: KK SpruchG, § 3, Rn. 6; ähnlich Drescher, in: Spindler/Stilz, § 3 SpruchG, Rn. 25; allgemein für alle Fälle eine Lösung über § 265 Abs. 2 ZPO befürwortend: Klöcker/Frowein, SpruchG, § 3 Rn. 27 f.; Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 5. Aufl., § 3 SpruchG Rn. 8, 12.

¹⁵⁴⁵ Kubis, in: MüKo AktG, § 3 SpruchG, Rn. 10; ähnlich OLG Düsseldorf v. 22.1.1999, 19 W 5796, AG 1999, 321 – Lippe-Weser-Zucker AG, wonach es außerdem unökonomisch wäre, müsste jedes Mal während des Verfahrens die Antragsberechtigung neu überprüft werden.

¹⁵⁴⁶ OLG Frankfurt, Beschl. v. 16.9.1971 – 13 W 182/70, NJW 1972, 641, 642; für das neue Recht wohl auch Bilda NZG 2005, 375, 378.

die Sitzverlegung nur die Aktionärserschaft „zum Zeitpunkt der Antragstellung“.

Ebenso wenig vermag die Meinung zu überzeugen, die einen Übergang der Antragsberechtigung auf den Erwerber annimmt, der sodann als Antragsteller in das Verfahren eintrete.¹⁵⁴⁷ Für den Bereich des Spruchverfahrens hat der BGH zudem ausdrücklich entschieden, dass die Antragsbefugnis auch dann bestehen bleibt, wenn der Anteilsinhaber während des laufenden Spruchverfahrens unfreiwillig seine Aktionärsstellung durch Beendigung des Unternehmensvertrags¹⁵⁴⁸ oder durch Mehrheitseingliederung¹⁵⁴⁹ verliert. Die analoge Anwendung des § 265 Abs. 2 S. 1 ZPO ist angesichts der Länge der i. d. R. mehrere Jahre andauernden Spruchverfahren auch dringend geboten. In dieser Zeit können vielfältige Veränderungen in der Anteilsinhaberschaft eintreten, wobei gegebenenfalls auch eine Vervielfachung der Anzahl beteiligter Antragsteller droht. Außerdem könnte ein Verlust der Antragsbefugnis die Übertragung der Anteile über Jahre hinweg ausschließen und damit berechtigten Interessen widersprechen.¹⁵⁵⁰ Dies sind Gesichtspunkte, denen die Bestimmungen des § 265 Abs. 2 ZPO im Interesse der Prozessökonomie und im Parteiinteresse Rechnung tragen will.¹⁵⁵¹

b. Antragsgegnerin

§ 5 Nr. 5 1. Alt. SpruchG bezeichnet die SE als Antragsgegnerin. Die zutreffende Bezeichnung des Antragsgegners gehört nach § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 zum Mindestinhalt der notwendigen Begründung des Antrags. Fehlt diese Angabe oder ist sie unrichtig, so ist der Antrag unzulässig.¹⁵⁵² Bei der Vertretung des Antragsgegners gelten die allgemeinen organschaftlichen Vertretungsregelungen.¹⁵⁵³ Für die monistisch geführte SE mit deutschem Sitz enthält § 41 SEAG die einschlägigen Bestimmungen. Findet ein Spruchverfahren anlässlich einer Sitzverlegung statt, so stellt sich unter Umständen die Frage, ob die Bezeichnung des Antragsgegners unter Nennung der vertretungsberechtigten Personen erforderlich ist. Relevant wird diese Frage dann, wenn sich die Vertreter mit der Anwendbarkeit der Vertretungsregeln des neuen Sitzstaates geändert haben.

§ 5 Nr. 5 SpruchG sieht nur für den Fall der Holdinggründung (Alt. 2) explizit vor, dass sich der

¹⁵⁴⁷ BayObLG, Beschl. v. 18.3.2002, 3Z BR 6/02 2002, NZG 2002, 877, 878 (zu § 304 Abs. 4 AktG a. F.); OLG Frankfurt v. 18.12.1989, 20 W 478/89, WM 1990, 148 f.; Hüffer, AktG, Anh. § 305, § 3 SpruchG, Rn. 5a; Drescher, in: Spindler/Stilz, AktG, § 3 SpruchG, Rn. 24; Koppensteiner, in: KK, Anh. § 327 f., Rn. 9; Krieger/Mennicke, in: Lutter, UmwG, § 3 SpruchG, Rn. 4, 7 (anders nur für den Fall eines Zwangsausschlusses).

¹⁵⁴⁸ BGHZ 135, 374 (Leitsatz) – Guano; BGHZ 167, 299, 306 – Jenoptik, jeweils zu § 305 AktG.

¹⁵⁴⁹ BGHZ 147, 108 – DAT/Altana (Leitsatz a).

¹⁵⁵⁰ Ebenso OLG Stuttgart, Beschl. v. 19.3.2008, 20 W 3/06, BeckRS 2008, 12675, NZG 2008, 670 (nur Leitsätze).

¹⁵⁵¹ Vgl. zum Zweck des § 265 Abs. 2 ZPO nur Greger, in: Zöllner, ZPO, § 265, Rn. 1; Becker-Eberhard, in: MüKo ZPO (2004), § 265, Rn. 2 f.

¹⁵⁵² H. M.: Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 5 SpruchG, Rn. 5; Kubis, in: MüKo AktG, § 5 SpruchG, Rn. 6; wohl auch Drescher, in: Spindler/Stilz, AktG, § 4 SpruchG, Rn. 18, § 5, Rn. 1; Simons, in: Hölter, AktG, § 5, Rn. 1, 8 und § 4, Rn. 33, der zur Begründung auf die Systematik der §§ 4 und 5 SpruchG und den von Abs. 2 verfolgten Zweck der Verfahrensbeschleunigung (Vervollständigung des Antrags innerhalb der Antragsbegründungsfrist) verweist; Wasmann, in: KK SpruchG, § 5, Rn. 2; Klöcker/Frowein, SpruchG, § 5, Rn. 1; a. A. (Frage der Begründetheit) Leuring, in: Simon, SpruchG, § 4, Rn. 35, 37; Puszkajler, in: KK SpruchG, § 11, Rn. 11; Krieger/Mennicke, in: Lutter, UmwG, § 4 SpruchG, Rn. 11, § 5 SpruchG, Rn. 1.

¹⁵⁵³ Kubis, in: MüKo AktG, § 5 SpruchG, Rn. 1; Simons, in: Hölter, AktG, § 5 SpruchG, Rn. 6.

Antrag gegen die die Gründung anstrebende (deutsche) Gesellschaft zu richten habe. Das SpruchG hilft an dieser Stelle damit nicht weiter. Es ist jedoch angesichts dessen, dass nur eine Gesellschaft beteiligt ist, auch keine Verwechslungsgefahr gegeben. Im Allgemeinen reicht es ohnehin aus, wenn die Gesellschaft unter Angabe ihres (neuen) Sitzes und der Anschrift sowie dem Zusatz „vertreten durch den Vorstand“ (für die dualistische SE) bezeichnet wird; eine namentliche Nennung ist nicht von Nöten.¹⁵⁵⁴ Eine erkennbare Falschbezeichnung ist zudem unschädlich.¹⁵⁵⁵ Sollten die Vertretungsregeln sich daher mit der Sitzverlegung tatsächlich geändert haben, ergeben sich hieraus für den Antrag im Spruchverfahren keine besonderen Schwierigkeiten.

c. Gemeinsamer Vertreter

Die Einrichtung eines gemeinsamen Vertreters nach § 6 SpruchG ist eine Besonderheit des Spruchverfahrens.¹⁵⁵⁶ Er soll die Interessen der Antragsberechtigten vertreten, die keinen Antrag gestellt haben und damit insgesamt zur Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes der Aktionäre beitragen.¹⁵⁵⁷ Damit bietet er eine prozessuale Verstärkung des Minderheitenschutzes besonderer Art. Voraussetzung für seine Bestellung ist mindestens ein zulässiger Antrag auf Durchführung des Spruchverfahrens.

§ 6a SpruchG, der speziell bei SE-Gründungen anwendbar ist, gilt hingegen nicht für die Sitzverlegung. Denn diese Vorschrift dient ausweislich ihres Wortlautes dem Schutz der selbst nicht antragsberechtigten Anteilsinhaber und hat damit die Aktionäre der beteiligten ausländischen Gründungsgesellschaften im Fokus.¹⁵⁵⁸

Die Stellung als gemeinsamer Vertreter ist einerseits durch seine Einordnung als gesetzlicher Vertreter gem. § 6 Abs. 1 S. 1 2. Hs. und andererseits durch seine Unabhängigkeit von den Antragstellern gekennzeichnet.¹⁵⁵⁹ Diese findet darin Ausdruck, dass er nach § 6 Abs. 3¹⁵⁶⁰ dazu berech-

¹⁵⁵⁴ Leuring, in: Simon, SpruchG, § 4, Rn. 36; Wasmann, in: KK SpruchG, § 4, Rn. 11; Greger, in: Zöllner, ZPO, § 253, Rn. 8 entsprechend zur GmbH: „vertreten durch den Geschäftsführer“. Grundsätzlich ist die Bezeichnung auch der Auslegung zugänglich, vgl. BGHZ 107, 296 (1. Leitsatz) – Kochs-Adler; BGH, Urt. v. 16.5.1983, VIII ZR 34/82, NJW 1983, 2448.

¹⁵⁵⁵ Leuring, in: Simon, SpruchG, § 4, Rn. 36; BGH, Urt. v. 16.5.1983, VIII ZR 34/82, NJW 1983, 2448 f.: „Bei unrichtiger äußerer Bezeichnung ist grundsätzlich diejenige Person als Partei anzusprechen, die erkennbar durch die Parteibezeichnung betroffen werden soll.“

¹⁵⁵⁶ Kritisch hierzu: Hoffmann-Becking, ZGR 1990, 482, 500; Wiesen, ZGR 1990, 503, 509; Stilz, in: Habersack/-Hommelhoff (Hrsg.), FS Goette, S. 529, 544; siehe auch die Diskussionsbeiträge i. R. d. ZGR-Symposiums 1990 bei Frey, ZGR 1990, 511, 512.

¹⁵⁵⁷ Wasmann, in: KK SpruchG, § 6 Rn. 13.

¹⁵⁵⁸ Vgl. nur Simon, in: Simon, SpruchG, §§ 6a-6c, Rn. 4 f.; Ederle/Theusinger, in: Bürgers/Körber, AktG, Anh. § 306, § 6a SpruchG, Rn. 1; Krieger/Mennicke, in: Lutter/Winter, UmwG, § 6a SpruchG, Rn. 1, wonach die Vorschrift die für die Zustimmung erforderliche Akzeptanz des deutschen Spruchverfahrens bei den Anteilsinhabern anderer beteiligter Gesellschaften fördern soll.

¹⁵⁵⁹ Die zutreffende rechtliche Qualifizierung der Stellung des gemeinsamen Vertreters ist allerdings noch nicht endgültig geklärt, vgl. Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 6 SpruchG, Rn. 13; Wittgens, Spruchverfahrensgesetz, S. 115 f.

¹⁵⁶⁰ Zur erstmaligen Einführung dieser Möglichkeit 1994 durch den Gesetzgeber in § 308 Abs. 3 S. 1 UmwG a. F. siehe RegE Begr UmwG 1994, BT-Drucks. 12/6699, S. 170; dazu auch Schindler, Austrittsrecht (1999), S. 155.; Hüffer, AktG, Anh. § 305, § 6 SpruchG, Rn. 9; Neye, in: Lutter (Hrsg.), Umwandlungsrechtstage, S. 1, 16;

tigt ist, das Verfahren im Falle einer Antragsrücknahme selbst fortzuführen sowie Einwendungen vorzubringen, mit denen die Antragsteller bereits präkludiert sind.¹⁵⁶¹ Darüber hinaus ist auch sein Einverständnis wie das der Antragsteller mit einem verfahrensbeendenden Vergleich nach § 11 Abs. 2 SpruchG erforderlich.¹⁵⁶² Die Funktion des gemeinsamen Vertreters gründet letzten Endes auf der inter-omnes-Wirkung des späteren Beschlusses. Erst diese Rechtskrafterstreckung auf Dritte macht es notwendig, in das Verfahren einen Stellvertreter mit der Aufgabe einzubinden, ein „Auskaufen von Antragstellern“ zu verhindern.¹⁵⁶³ Die Kosten des gemeinsamen Vertreters hat die Antragsgegnerin zu tragen gem. § 6 Abs. 2 S. 1 SpruchG.

Umstritten ist, inwieweit er befugt sein soll, Beschwerde einzulegen.¹⁵⁶⁴ Weitgehend einig ist man sich dagegen in der Bejahung einer Schadenersatzpflicht gegenüber den Vertretenen bei schuldhafter Pflichtverletzung.¹⁵⁶⁵ Der gemeinsame Vertreter wird in der Regel durch das Gericht bestellt. Gegen die gerichtliche Bestellung oder Abberufung bzw. die Verweigerung einer dieser Entscheidungen kann Beschwerde nach §§ 58 ff. FamFG eingelegt werden. Die Frage, ob sofortige Beschwerde oder „normale“ Beschwerde statthaft ist, hat sich mit der Aufhebung des Unterschieds durch das FamFG erledigt.¹⁵⁶⁶

Leuring, in: Simon, SpruchG, § 6, Rn. 39; Witten, Minderheitenschutz, S. 140.

¹⁵⁶¹ Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 6 SpruchG, Rn. 11; zur Befugnis, neue Einwendungen vorzubringen allgemein Puzkajler, Der Konzern 2006, 256 f.; Wasmann, in: KK SpruchG, § 6, Rn. 14; Wittgens Spruchverfahrensgesetz, S. 117. Generell ist aber str., ob der gemeinsame Vertreter zusätzliche Angriffe innerhalb des Verfahrensgegenstandes gegen die Kompensationsfeststellung vorbringen darf oder nicht. Dies verneint entgegen der h. M. etwa Weingärtner, in: Heidel, Aktienrecht, § 6 SpruchG, Rn. 13 f. m. w. N. auch zur h. M. Allgemein zur Zulässigkeit des Nachschiebens bewertungsrelevanter Rügen und zur Begrenzung durch den Verfahrensgegenstand auch Kubis, in: Kindler/Koch u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, S. 567, 571 f.

¹⁵⁶² Volhard, in: Semler/Stengel, UmwG, § 11 SpruchG, Rn. 11; Drescher, in: Spindler/Stilz, AktG, § 11 SpruchG, Rn. 3; Büchel, NZG 2003, 793, 799; Krieger/Mennicke, in: Lutter, UmwG, Anh. I, § 11 SpruchG, Rn. 5 f.; Währholz, in: Widmann/Mayer, UmwR, Anh. 13, § 11 SpruchG, Rn. 25; Puzkajler, in: KK SpruchG, § 11, Rn. 25; Klöcker/Frowein, SpruchG, § 11, Rn. 11; a. A. Simon, in: Simon, SpruchG, § 11, Rn. 17.

¹⁵⁶³ RegBegr. SpruchG, BT-Drucks. 15/371, S. 14; Wasmann, in: KK SpruchG, § 6 Rn. 11; Drescher, in: Spindler/Stilz, AktG, § 6 SpruchG, Rn. 1; Hüffer, AktG, § 6 SpruchG, Rn. 6; zur Funktion des gemeinsamen Vertreters siehe auch Weingärtner, in: Heidel, Aktienrecht, § 6 SpruchG, Rn. 14. Umstritten ist auch, ob seine besondere Funktion es rechtfertigt, dem gemeinsamen Vertreter weitergehende Einwendungsmöglichkeiten zuzubilligen als den Antragstellern, dahingehend: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 7 SpruchG, Rn. 4a; Wasmann, in: KK SpruchG, § 4, Rn. 19; Büchel, NZG 2003, 793, 797; Winter/Nießen, NZG 2007, 13, 16; a. A. Krieger/Mennicke, in: Lutter, UmwG, § 4 SpruchG, Rn. 16; Kubis, in: Kindler/Koch u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, S. 567, 571 f., der zutreffend auch insoweit auf der Gültigkeit der durch den Verfahrensgegenstand gezogenen Grenzen besteht.

¹⁵⁶⁴ Für Beschwerdebefugnis: BayObLG, Beschl. v. 18.12.2002, 3Z BR 116/00, ZIP 2003, 253, 254; OLG Karlsruhe v. 29.8.1994, 15 W 19/94, AG 1995, 139; Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 22a, Rn. 15; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 6 SpruchG, Rn. 17; Leuring, in: Simon, SpruchG, § 6, Rn. 28; Volhard, in: Semler/Stengel, UmwG, § 6 SpruchG, Rn. 14; Gude, AG 2005, 233, 234. Nach früher h. M. hingegen zu verneinen, siehe BayObLG, Beschl. v. 20.6.1991, BReg. 3 Z 36/91, BayObLGZ 1991, 235, 236 ff., BayObLG, Beschl. v. 16.4.1992, 3Z BR 1/92, BayObLGZ 1992, 91, 94 f., OLG Celle, Beschl. v. 4.4.1979, 9 W 2/77, AG 1979, 230, 231; OLG Hamburg, Beschl. v. 17.8.1979, 11 W 2/79, AG 1980, 163; zuletzt Witten, Minderheitenschutz, S. 148; zum Streitstand s. auch Wasmann, in: KK SpruchG, § 6, Rn. 20; Wittgens, Spruchverfahrensgesetz, S. 244 f.

¹⁵⁶⁵ Dies lässt sich freilich schwer begründen angesichts seiner Weisungsfreiheit, der fehlenden Rechenschaftspflicht im Übrigen und dem Nichtzustandekommen eines rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses mit den Vertretenen, siehe Behnke, Spruchverfahren, S. 55 f. m. w. N.; Wasmann, in: KK SpruchG, § 6, Rn. 21 f.; Weingärtner, in: Heidel, Aktienrecht, § 6 SpruchG, Rn. 12; Hüffer, AktG, § 6 SpruchG, Rn. 6.

¹⁵⁶⁶ Zum alten Streit vgl. die Darstellung bei Behnke, Spruchverfahren, S. 53; zur Angleichung siehe RegBegr. FamFG, BT-Drucks. 16/6308, S. 166.

7. Antragsbegründung

Neu eingeführt wurde mit § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 S. 1 SpruchG das Erfordernis des Vorbringens konkreter Bewertungsrügen. Der unscharfe Begriff der „konkreten Einwendungen“ bereitet Probleme.¹⁵⁶⁷ In der Begründung heißt es dazu, die Anforderungen dürften nicht überspannt werden.¹⁵⁶⁸ Die Literatur möchte demgegenüber zum Teil einen strengen Maßstab anlegen.¹⁵⁶⁹ Dies soll an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden. Nicht ausreichend sind jedenfalls Begründungen, die sich auf einen Satz oder aber auf formelhafte, pauschale und nicht auf den Einzelfall bezogene Behauptungen beschränken.¹⁵⁷⁰

Dabei muss sich der Antragsteller nur auf die Einwendungen stützen, die sich aus den Unterlagen gem. § 7 Abs. 3 ergeben. Hieraus wird teilweise gefolgert, dass konkrete Einwendungen dann unterbleiben können, wenn es im konkreten Fall keine Unterlagen nach § 7 Abs. 3 S. 1 gibt.¹⁵⁷¹ Dies trifft auf die Sitzverlegung bei reiner Wortlautbetrachtung zu, denn verlangt wird nur die Vorlage des Berichts über den Unternehmensvertrag, des Eingliederungsberichts, des Berichts über die Übertragung der Aktien auf den Hauptaktionär oder des Umwandlungsberichts. Gemäß Abs. 3 S. 2 ist dem noch der dazugehörige Prüfbericht hinzuzufügen, sofern vorhanden. Mit der Vorlage dieser Unterlagen durch den Antragsgegner werden sie zum Gegenstand des jeweiligen Verfahrens und müssen folglich auch den anderen Verfahrensbeteiligten sowie dem gemeinsamen Vertreter zur Verfügung gestellt werden. Die Vorschrift dient der Gewähr rechtlichen Gehörs.¹⁵⁷² Wenn aber die Vorlagepflicht nach § Abs. 3 S. 1 und S. 2 SpruchG der Information des Gerichts und die Antragsmöglichkeit der Antragsteller zur Erlangung von Abschriften nach S. 3 der Ermöglichung einer Begründung ihres Antrags dient, so muss dies auch in einem Spruchverfahren anlässlich der Sitzverlegung im Hinblick auf den Verlegungsbericht sowie die dazugehörige Prüfung des Abfindungsangebots gelten. Diesbezüglich ist von einer unbeabsichtigten Lücke im Gesetzestext auszugehen. Auch der Prüfbericht nach § 12 Abs. 2 i. V. m. § 7 Abs. 3 S. 1 SEAG ist nicht etwa wegen seines beschränkten Prüfprogramms im Vergleich zu den in anderen Umstrukturierungsfällen anzufertigenden Prüfberichten auszunehmen. Im Gegenteil muss ein Prüf-

¹⁵⁶⁷ Wasmann, in: KK SpruchG, § 4, Rn. 15 f.; ders., WM 2004, 819, 823; hierzu auch Kubis, in: Kindler/Koch u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, S. 567, 569 ff.

¹⁵⁶⁸ BT-Drucks. 15/371, S. 13.

¹⁵⁶⁹ Bungert/Mennicke, BB 2003, 2021, 2026; Lamb/Schluck-Amend, DB 2003, 1259, 1262; ebenso Weingärtner, in: Heidel, Aktienrecht, § 4 SpruchG, Rn. 16 f. Zu den Einzelheiten vgl. auch Krieger/Mennicke, in: Lutter/Winter, UmwG, § 4 SpruchG, Rn. 19; Meyer, Ausgleichs- und Abfindungsansprüche, S. 254 ff.; Ederle/Theusinger, in: Bürgers/Körber, AktG, § 4 SpruchG, Rn. 9; Kubis, in: Kindler/Koch u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, S. 567, 569 f. sowie Hüffer, AktG, § 4 SpruchG, Rn. 8; Simons, in: Hölter, AktG, § 4 SpruchG, Rn. 18 ff.; kritisch hingegen Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 4 SpruchG, Rn. 9.

¹⁵⁷⁰ Bungert/Mennicke, BB 2003, 2021, 2026; Hüffer, AktG, Anh. § 305, § 4 SpruchG, Rn. 8; Wasmann, in: KK SpruchG, § 4, Rn. 17; ders., WM 2004, 819, 823; Lamb/Schluck-Amend, DB 2003, 1259, 1262; Drescher, in: Spindler/Stilz, AktG, § 4 SpruchG, Rn. 22; Krieger/Mennicke, in: Lutter/Winter, UmwG, § 4 SpruchG, Rn. 19; Simons, in: Hölter, AktG, § 4 SpruchG, Rn. 18.

¹⁵⁷¹ Krieger/Mennicke, in: Lutter/Winter, UmwG, SpruchG, § 4, Rn. 18; Drescher, in: Spindler/Stilz, AktG, § 4 SpruchG, Rn. 21; als Beispiel wurde hier etwa das Delisting angeführt: Wasmann, in: KK SpruchG, § 4, Rn. 18; a. A. diesbezüglich jedoch Kubis, in: MüKo AktG, § 4 SpruchG, Rn. 22 für den Fall, dass auf freiwilliger Basis ein Vorstandsbericht erstellt wurde. Dann müsse sich die Bewertungsrüge mit diesem Bericht befassen und etwaige Mängel desselben analog § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 S. 1 auch konkret beanstanden.

¹⁵⁷² Puszkajler in KK SpruchG, § 7, Rn. 1; vgl. dazu auch Volhard, in: MüKo AktG, § 7 SpruchG, Rn. 2; ders., in: Semler/Stengel, UmwG, § 7 SpruchG, Rn. 2 ff.; Simons, in: Hölter, AktG, § 7 SpruchG, Rn. 20; Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 7 SpruchG, Rn. 3.

bericht, der nur die Angemessenheit der Barabfindung zum Gegenstand hat, erst recht erfasst sein. Denn allein darum geht es im Spruchverfahren. Der Verweis in § 4 Abs. 2 Nr. 4 Hs. 2 SpruchG dient darüber hinaus wohl auch nur dazu, klarzustellen, dass der Antragsteller die ihm aus Anlass der Strukturmaßnahme bekannt zu machenden Informationen optimal zu nutzen und zu verarbeiten hat.¹⁵⁷³ Im Ergebnis muss die Bestimmung des § 7 Abs. 3 SpruchG daher analog auf den Verlegungsbericht nebst Prüfbericht der Abfindung angewandt werden.

8. Abschluss des Verfahrens

Das Verfahren endet mit einem Vergleich oder aber einem mit Gründen versehenen Beschluss nach § 11 Abs. 1 SpruchG.¹⁵⁷⁴ Vorrangig hat das Gericht auf eine gütliche Einigung „bedacht“ zu sein, Abs. 2 S. 1.¹⁵⁷⁵ Unabhängig von der Form der Verfahrensbeendigung scheiden kleine Korrekturen des Angebots aufgrund der Unschärfen jeder Unternehmensbewertung aus. Eine Differenz im Bereich weniger Prozente kann das Verdikt einer unangemessenen Kompensationsfestsetzung nicht rechtfertigen.¹⁵⁷⁶ Das Gericht kann eine höhere als die beantragte Kompensation festsetzen, nicht möglich ist dagegen die Herabsetzung der Barabfindungshöhe.¹⁵⁷⁷ Die Entscheidung wird durch die Kammer oder, wenn alle Beteiligten zustimmen, durch den Vorsitzenden alleine getroffen, § 2 Abs. 2 S. 2 SpruchG.¹⁵⁷⁸

Trotz weitverbreitet praktizierter Vergleiche¹⁵⁷⁹ wurde jahrelang die Vergleichsfähigkeit der Spruchsachen von Gesetzgeber und Schrifttum mit der Begründung abgestritten, die Beteiligten könnten einen Hauptversammlungsbeschluss nicht abändern und die inter-omnes-Wirkung nicht herbeiführen.¹⁵⁸⁰ Der Gesetzgeber hat es versäumt, die Allgemeinverbindlichkeit gesetzlich vorzusehen, so dass der Vergleichstext selber hierfür eine entsprechende Klausel in Form einer Zusage an alle außenstehenden Aktionäre enthalten muss.¹⁵⁸¹ Aus dem Vergleich kann nur voll-

¹⁵⁷³ Die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung ist daher missverständlich, da sie jedenfalls nicht darauf abzielt, die Anforderungen an die Begründungslast zu begrenzen, sondern sie vielmehr zu erhöhen, vgl. Kubis, in: Kindler/Koch u. a. (Hrsg.), FS Hüffer, S. 567, 569 f.

¹⁵⁷⁴ Daneben kommen natürlich die auch aus anderen Verfahren bekannten verfahrensbeendenden Möglichkeiten in Betracht wie Antragsrücknahme oder Erledigung der Hauptsache, vgl. Puzskajler in KK SpruchG, § 11, Rn. 42 ff.

¹⁵⁷⁵ Abweichend von § 36 Abs. 1 S. 2 FamFG muss das Gericht also nicht auf eine gütliche Einigung „hinwirken“. Zu diesem Wortlautunterschied näher Volhard, in: Semler/Stengel, UmwG, § 11 SpruchG, Rn. 6.

¹⁵⁷⁶ Puzskajler in KK SpruchG, § 7, Rn. 48.

¹⁵⁷⁷ Allg. Meinung, siehe nur Puzskajler in KK SpruchG, § 11, Rn. 14; Kubis, in: MüKo AktG, § 11 SpruchG, Rn. 6; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 11 SpruchG, Rn. 3; Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 11 SpruchG, Rn. 5; Krieger/Mennicke, in: Lutter/Winter, UmwG, § 11 SpruchG Rn. 2; eine Ausnahme von dem grundsätzlich für alle Spruchverfahren geltenden Verbot der reformatio in peius bildet § 5 Abs. 4 EGAktG, der eine Herabsetzung der Kompensation für die Abschaffung von Mehrstimmrechtsaktien durch die Hauptversammlung zulässt.

¹⁵⁷⁸ Bei Verwerfung als unzulässig entscheidet ausnahmsweise der Vorsitzende allein, vgl. § 3 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 SpruchG.

¹⁵⁷⁹ Durch die Häufigkeit von Vergleichen ist die Kosten-Nutzen-Relation für die Minderheitsaktionäre besonders gut, vgl. Kubis, in: MüKo AktG, Vorb. SpruchG, Rn. 6.

¹⁵⁸⁰ Puzskajler in KK SpruchG, § 11, Rn. 23; Drescher, in: Spindler/Stilz, AktG, § 11 SpruchG, Rn. 2; zur Nichtanerkennung vor Inkrafttreten des SpruchG vgl. auch Simons, in: Hölter, AktG, § 11 SpruchG, Rn. 2.

¹⁵⁸¹ H. M.: Drescher, in: Spindler/Stilz, AktG, § 11 SpruchG, Rn. 6; Zimmer/Meese, NZG 2004, 201, 203; Puzskajler, in: KK SpruchG, § 11, Rn. 27; Krieger/Mennicke, in: Lutter, UmwG, § 11 SpruchG, Rn. 6;

streckt werden, wenn darin ein Zahlungsanspruch direkt begründet wird, andernfalls sind die Antragsteller bei Nichtzahlung auf die Leistungsklage angewiesen.¹⁵⁸² Eine besondere Schwierigkeit des Vergleichs im Spruchverfahren stellt angesichts der Vielzahl der dort vertretenen Interessen auch die Notwendigkeit eines Mitwirkens aller Beteiligten dar.¹⁵⁸³ Möchte ein Beteiligter den geschlossenen Vergleich wieder zu Fall bringen, so muss er die Fortsetzung des Spruchverfahrens beantragen; eine Anfechtung ist nicht möglich.¹⁵⁸⁴

9. Ergebnis zum Spruchverfahren

Auch die Regelungen über das Spruchverfahren entpuppen sich im Hinblick auf den Anwendungsfall „Sitzverlegung“ nicht immer als passgenau. So geht der Verweis in § 12 Abs. 2 auf § 7 Abs. 5 i. V. m. Art. 25 Abs. 3 S. 1 SE-VO ins Leere. Dies folgt aus Sinn und Zweck der Vorschrift.

Aus § 4 S. 2 Nr. 4 S. 1 SpruchG folgt des Weiteren, dass sich der Antragsteller nur auf die Einwendungen stützen muss, die sich aus den Unterlagen gem. § 7 Abs. 3 ergeben. Die fehlende Erwähnung des Verlegungsberichts in der dortigen Aufzählung ist als planwidrige Regelungslücke anzusehen, welche nach Sinn und Zweck im Wege analoger Anwendung zu schließen ist.

Für den Fall, dass ein Beschluss erfolgreich angefochten wird, stellt sich die Frage nach der Auswirkung auf ein laufendes Spruchverfahren. Befürwortet man allerdings die entsprechende Anwendung des § 202 Abs. 3 UmwG auf die Sitzverlegung,¹⁵⁸⁵ so muss auch im Fall einer Nichtigerklärung das Spruchverfahren weitergeführt werden können. Danach ist die Sitzverlegung als wirksam anzusehen mit der Folge, dass auch die Abfindungsansprüche nach § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG entstehen.¹⁵⁸⁶

Erwirbt ein Dritter Aktien vom Antragsteller erst nach Einleitung eines Spruchverfahrens, so fallen die materielle Berechtigung und die verfahrensrechtliche Position auseinander. Hier ist mit der herrschenden Literaturansicht die analoge Anwendung von § 265 Abs. 2 S. 1 bis 3 ZPO zu

Klöcker/Frowein, SpruchG, § 11, Rn. 14; Kubis, in: MüKo AktG, § 11 SpruchG, Rn. 13; a. A. Simon, in: Simon, SpruchG, § 11, Rn. 20; Schüppen, in: Münchner Anwaltshandbuch Aktienrecht, § 40, Rn. 47, der wohl davon ausgeht, der Vergleich habe automatisch inter-omnes-Wirkung.

¹⁵⁸² Simons, in: Hölters, AktG, § 11 SpruchG, Rn. 17; Drescher, in: Spindler/Stilz, AktG, § 11 SpruchG, Rn. 9; Krieger/Mennicke, in: Lutter/Winter, UmwG, § 11 SpruchG, Rn. 8; Simon, in: Simon, SpruchG, § 11, Rn. 33; a. A. jedoch Volhard, in: Semler/Stengel, UmwG, § 11 SpruchG, Rn. 9; Ederle/Theusinger, in: Bürgers/Körper, AktG, Anh. § 306, § 11 SpruchG, Rn. 1; Puzkajler, in: KK SpruchG, § 11, Rn. 16, die generell Vollstreckbarkeit verneinen. Klöcker/Frowein, SpruchG, § 11, Rn. 17 hingegen sieht allgemein Vollstreckbarkeit nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO als gegeben an.

¹⁵⁸³ Volhard, in: Semler/Stengel, UmwG, § 11 SpruchG, Rn. 8; Simons, in: Hölters, AktG, § 11 SpruchG, Rn. 14; Drescher, in: Spindler/Stilz, AktG, § 11 SpruchG, Rn. 7. Im Zuge dessen kann es dazu kommen, dass ein oder wenige Antragsteller aus sachlich nicht gerechtfertigten Motiven ihre Mitwirkung an einem für alle Minderheitsaktionäre vorteilhaften Vergleich verweigern. Zu den dann noch verbleibenden Möglichkeiten ausführlich Lask, in: Hanna/Roos/Saenger (Hrsg.), FS Werner, S. 139, 142 ff.

¹⁵⁸⁴ Über die Fortsetzung des Verfahrens wird durch Zwischenbeschluss entschieden, welcher wiederum anfechtbar ist, vgl. Puzkajler in KK SpruchG, § 11, Rn. 37.

¹⁵⁸⁵ S. o.: D. II. „Das Verlegungsverfahren und die Anfechtungsmöglichkeiten“.

¹⁵⁸⁶ Zu den Wirkungen des Bestandsschutzes näher Decher, in: Lutter, UmwG, § 202, Rn. 60; Meister/Klöcker, in: Kallmeyer, UmwG, § 202, Rn. 56 ff.

befürworten, mit der Folge, dass der Veräußerer in Prozessstandschaft für den Erwerber das einmal eingeleitete Spruchverfahren weiterbetreibt.¹⁵⁸⁷

Erhebliche Probleme bereitet schlussendlich die Begründung der internationalen Zuständigkeit deutscher Spruchgerichte nach Eintragung der Sitzverlegung. Die EuGVVO hält jedenfalls keine überzeugende Lösung parat. Die internationale Zuständigkeit lässt sich vielmehr nach zutreffender Ansicht allein über Art. 8 Abs. 16 SE-VO begründen. Auch im Bereich der funktionellen Zuständigkeit ergeben sich Unklarheiten durch die Streichung des § 2 Abs. 2 SpruchG a. F. mit Wirkung zum 1. 9. 2009. Nach den jetzt einschlägigen Bestimmungen des GVG ließe sich im Regelfall keine ausschließliche Zuständigkeit der KfH begründen. Dennoch muss es im Ergebnis nach richtiger Lesart für die Verfahren nach dem SpruchG bei der ausschließlichen Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen bleiben. Hierfür sprechen terminologische und systematische Gründe sowie die Gesetzgebungsgeschichte.¹⁵⁸⁸

¹⁵⁸⁷ Nachweise s. o.: 6. a. „Antragsteller“.

¹⁵⁸⁸ S. o. 5. „Funktionelle Zuständigkeit“.

20 Thesen:

1. Die Europäische Gesellschaft verbindet die Vorteile einer Harmonisierung und der Stärkung des Wettbewerbs, indem zum einen europäisches Sekundärrecht geschaffen wird und zum anderen der Wettbewerb zwischen den Rechtsformen befördert wird durch das Hinzutreten einer weiteren Rechtsformalternative. Zwischen den Mitgliedstaaten existieren wesentliche Unterschiede, die Sitzverlegungen attraktiv erscheinen lassen. Erste Daten über Sitzverlegungen könnten darauf hindeuten, dass die SE in Ländern mit hohem Schutzniveau für Minderheitsaktionäre als Vehikel genutzt wird, das Land zu verlassen.
2. Art. 10 SE-VO hat für die Sitzverlegung keine Bedeutung, da diese Vorschrift hierauf nicht anwendbar ist. Zwischen der europäischen Niederlassungsfreiheit und Art. 10 SE-VO besteht ein Exklusivitätsverhältnis. Die SE-Sitzverlegung fällt in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit.
3. Art. 8 SE-VO regelt lediglich den Sonderfall des primärrechtlich garantierten, grenzüberschreitenden Formwechsels einer SE des Wegzugsstaates in eine SE des Zuzugsstaates. Folglich gelten hierfür nicht die Vorgaben der Rechtsprechung zur „Verwaltungssitzverlegung“, wie vielfach angenommen wird, sondern die der „Cartesio“-Rechtsprechung. Art. 7, 64 SE-VO sind – gemessen an den hieraus folgenden Vorgaben – nicht primärrechtswidrig, da es auch dem Zielmitgliedstaat des grenzüberschreitenden Formwechsels erlaubt ist, die Begründung der Hauptverwaltung im neuen Satzungssitzstaat zu verlangen.
4. Mit der Neufassung des § 5 AktG hat die AG die SE in Sachen „Sitzverlegung“ zumindest teilweise überholt. Dennoch kommt der Sitzverlegungsmöglichkeit der SE nach wie vor und erst recht nach „Cartesio“ eine wichtige Stellung und mögliche Vorbildfunktion für die Schaffung weiterer rechtssicherer Verfahren auch für andere Rechtsformen zu.
5. Neben dem grenzüberschreitenden Formwechsel nach Art. 8 SE-VO ist es einer SE unbenommen, auch ohne Wechsel des Sekundärrechts (also statuterhaltend) wegzuziehen mit Hilfe der Errichtung einer Zweigniederlassung und gleichzeitiger Mutation zur „Scheinauslandsgesellschaft“. Art. 7 S. 1 SE-VO steht dem nach richtiger Auslegung nicht entgegen. Die SE ist trotz dieser Vorschrift somit als „centrosfähig“ anzusehen.
6. Da der europäische Gesetzgeber sich überwiegend auf die Formulierung von Ermächtigungsnormen für entsprechende Schutzvorschriften beschränkt hat und nur selten eigene Entscheidungen auf diesem Gebiet getroffen hat, kann von einem „System europäischer Abfindungsansprüche“ (noch) nicht gesprochen werden.
7. § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG ist mit dem Grundgesetz zu vereinbaren. Umgekehrt folgt aus dem Verfassungsrecht kein Zwang zum Erlass entsprechender Schutzvorschriften. Spezielle verfassungsrechtliche Vorgaben folgen für die SE-Sitzverlegung weder aus Art. 14 Abs. 1 GG noch aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Dabei scheitert die Anwendung der DAT/Altana-Rechtsprechung auf die Sitzverlegung konkret an der fehlenden Vergleichbarkeit mit den Zwangsausschlüssen hinsichtlich der Eingriffsintensität.

8. § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG ist auch unionsrechtskonform. Als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ist die Vorschrift zwar Rechtfertigungsbedürftig. Es ist jedoch sehr wahrscheinlich, dass auch der EuGH eine Rechtfertigung aus Gründen des Allgemeininteresses, hier des Minderheitenschutzes, annehmen würde. Dem EuGH zufolge steht es den Mitgliedstaaten frei, das Schutzniveau selbständig zu bestimmen. Unterschiede zwischen verschiedenen Mitgliedstaaten sind demnach grundsätzlich hinzunehmen.¹⁵⁸⁹ Auch hat bereits der europäische Gesetzgeber mit Art. 8 Abs. 5 SE-VO zum Ausdruck gebracht, dass er eine Bejahung des Schutzbedürfnisses für möglich hält.

9. Begründet durch die Verweise in § 9 Abs. 2 und § 12 Abs. 2 SEAG bildet die SE-Verschmelzungsgründung gesetzestechnisch den Modellfall für die im SEAG geregelten Umstrukturierungen. Hingegen bauen die Abfindungsansprüche anlässlich von Verschmelzungs- und Holdinggründung auf dem Schutzbedürfnis bei der isolierten Sitzverlegung auf, soweit der danach zu gewährende Schutz jeweils einen Sitz im europäischen Ausland voraussetzt. Somit kann die SE-Sitzverlegung hinsichtlich des Minderheitenschutzes als ein „materieller Modellfall“ bezeichnet werden.

10. Der Vergleich der europäischen Rechtsordnungen zeigt, dass tatsächlich Potential für negative Veränderungen der Aktionärsstellung bei einem grenzüberschreitenden Sitzwechsel besteht. Genauso wahrscheinlich ist es jedoch, dass nur marginale Änderungen zu verzeichnen sind oder mehrheitlich ein Zuwachs an Rechten eintritt. Die meisten Mitgliedstaaten, die der Sitztheorie folgen und ihren nationalen Aktiengesellschaften keinen Wegzug erlauben, haben von der Option des Art. 8 Abs. 5 SE-VO Gebrauch gemacht. Die durch das MoMiG bewirkte Neuorientierung Deutschlands würde es demzufolge ebenfalls nahelegen, § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG auf den Prüfstand zu stellen.

11. Die den Barabfindungsansprüchen nach den §§ 12 Abs. 1 S. 1, 7 Abs. 1 S. 1, 9 Abs. 1 S. 1, 1. Fall SEAG, 122i Abs. 1 S. 1 UmwG zugrunde liegende Wertung widerspricht dem im Aktien- und Übernahmerecht angelegten Grundsatz der Gleichbehandlung von grenzüberschreitenden mit nationalen Umstrukturierungen, der insbesondere in der Neufassung des § 305 Abs. 2 Nr. 1 AktG zum Ausdruck kommt. Die eine derartige Gleichstellung ablehnende, und im Rahmen des § 305 AktG als überholt geltende Ansicht hat im Zuge der Einführung des Minderheitenschutzes bei Sitzverlegung eine bemerkenswerte Renaissance erfahren.

12. Auch aus dem Grundsatz der Gleichachtung von Barabfindung und Abfindung in liquiden Aktien, wie er sich Art. 5 Abs. 5 Unterabs. 2 u. 3 der ÜbRL und im nationalen Recht im Wege des Umkehrschlusses § 29 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. UmwG entnehmen lässt, und dem Prinzip der vorrangigen Abfindung in Aktien (Primärschutz) als dem Grundsatz der Erhaltung einer Beteiligung am Unternehmen lässt sich folgern, dass zumindest für die Minderheitsaktionäre börsennotierter Europäischer Gesellschaften, soweit sie liquide Aktien besitzen, eine Barabfindung gerade nicht erforderlich ist.

¹⁵⁸⁹ EuGH v. 1.6.2010, C-570, 571/07 (Rn. 68 f.), EuZW 2010, 578, 581; EuGH v. 8.9.2009, C-42/07 – Liga Portuguesa, Slg. 2009, I-7633, EuZW 2009, 689, 691 (Rn. 58).

13. Die Formwechsel nach Art. 37 und Art. 66 SE-VO sind abfindungsfrei, ebenso wie solche zwischen AG und KGaA. Treffend lässt sich in all diesen Fällen von „Teilformwechseln“ sprechen. Denn im Unterschied zu den abfindungsauslösenden Formwechseln nach dem UmwG fällt der Eingriff in die mitgliedschaftliche Position insgesamt schwächer aus, da jeweils ein bedeutender Teil der Gesellschaftsorganisationsregeln anwendbar bleibt. Der Verweis auf § 207 UmwG zur Begründung eines Schutzbedürfnisses der Minderheitsaktionäre anlässlich der SE-Sitzverlegung allein überzeugt daher nicht.

14. Soweit in der Literatur für Aktiengesellschaften ein außerordentliches Austrittsrecht anerkannt wird, soll dieses subsidiär gegenüber einer Veräußerung am Kapitalmarkt sein. Daneben bezwecken die kapitalmarktrechtlichen Vorschriften auch den Schutz des einzelnen Anlegers. Die weit fortgeschrittene Harmonisierung auf diesem Gebiet führt schließlich zu einer geringeren Eingriffsintensität der SE-Sitzverlegung für die Minderheitsaktionäre börsennotierter Gesellschaften. Die Ermächtigung, besondere Schutzvorschriften für Minderheitsaktionäre zu erlassen, sollte deshalb auf nicht börsennotierte Gesellschaften beschränkt werden. Wenigstens aber sollte § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG, wenn schon nicht gestrichen, zumindest dahingehend eingeschränkt werden.

15. Der Abfindungsanspruch nach § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG entsteht unfreiwillig und ist damit gesetzlicher Natur. Er ist unabhängig von der Aktie übertragbar. Auf ihn kann vertraglich verzichtet werden. Ein Teilaustritt ist möglich, auch sind die Halter vinkulierter Namensaktien nicht vom Anwendungsbereich des Austritts- und Barabfindungsanspruchs ausgenommen. Eine Vorleistungspflicht des Aktionärs zur Rückgabe der Aktien gegen Barabfindung besteht nicht. Eine Leistungspflicht Zug um Zug lässt sich mangels Synallagma nicht begründen.

16. „Angemessen“ im Sinne des Art. 8 Abs. 5 SE-VO ist der Minderheitenschutz, wenn er zur Erreichung der verfolgten Ziele geeignet ist und nicht über das hinausgeht, was hierzu erforderlich ist.¹⁵⁹⁰ Hat sich der Mitgliedstaat aber für die Gewährung einer Barabfindung entschieden, so ist diesen Erfordernissen auch nur dann entsprochen, wenn diese „vollen Wertersatz“ verspricht. Dies schließt ein alleiniges Abstellen auf den Börsenkurs aus, denn bei freiwilligem Austritt (im Unterschied zu einem Zwangsausschluss) besteht daneben ohnehin die Möglichkeit einer Veräußerung zum Börsenkurs. Bezüglich der Einzelheiten kann die Rechtsprechung der nationalen Gerichte zu Höhe und Berechnung der Barabfindung herangezogen werden.

17. Neben dem Barabfindungsanspruch gewähren die Informationspflichten und Mitwirkungsrechte nach dem „Europäischen Informationsmodell“ auch den Minderheitsaktionären Schutz. Diesbezüglich kann man durchaus von einem „europäischen System“ sprechen. Dazu gehören auch die flankierenden Haftungsvorschriften, soweit es um Informationspflichtverletzungen geht. Hier gebietet nicht zuletzt das europäische Effizienzgebot eine analoge Anwendung der §§ 205 f. UmwG auf die Sitzverlegung.

¹⁵⁹⁰ EuGH v. 13.12.2005, C-411/03 – SEVIC Systems AG, Slg. 2005, I-10805 (Rn. 29); ferner EuGH v. 6.3.2007, C-338/04 u. a., Slg. 2007, I-1891 (Rn. 49) – Placanica; EuGH v. 8.9.2009, C-42/07 – Liga Portuguesa, Slg. 2009, I-7633, EuZW 2009, 689, 691 (Rn. 60); ähnlich Paefgen, in: KK AktG, Art. 34 SE-VO, Rn. 3, wonach „die Ausübung von Minderheitenrechten die Durchführung der geplanten Umstrukturierungsmaßnahme nicht unangemessen behindern dürfen.“

18. Aus dem Wortlaut des § 7 Abs. 5 S. 1 i. V. m. § 12 Abs. 2 SEAG ergibt sich, dass bei abfindungswertbezogenen Fehlern oder Fehlen des Barabfindungsangebots im Sitzverlegungsplan allein der Weg in das Spruchverfahren eröffnet ist. Anders ist dies jedoch in Bezug auf Fehler im Verlegungsbericht, denn diese finden in den Vorschriften keine Erwähnung. Folglich führt eine enge Auslegung entsprechend dem Wunsch des Gesetzgebers bei Neufassung des § 243 Abs. 4 S. 2 AktG hier zur Anfechtbarkeit. Eine klarstellende Regelung wäre wünschenswert. Einer Heranziehung der BGH-Rechtsprechung¹⁵⁹¹ bedarf es diesbezüglich nicht.

19. Eine materielle Beschlusskontrolle ist für den Sitzverlegungsbeschluss abzulehnen. Im Ergebnis sind lediglich Korrekturen solcher Hauptversammlungsbeschlüsse durch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zu befürworten, für die keine oder nur unzureichende gesetzliche Schutzregelungen existieren. § 12 Abs. 1 S. 1 SEAG geht aber bereits über das verfassungsrechtlich Gebotene hinaus, weswegen es einer materiellen Beschlusskontrolle nicht bedarf. Die Begründung dieses Ergebnisses mithilfe der Niederlassungsfreiheit vermag hingegen nicht zu überzeugen.

20. Um die Anwendbarkeit sowohl der deutschen Kapitalschutzregeln gem. §§ 71 ff. AktG über den Verweis des § 7 Abs. 4 i. V. m. § 12 Abs. 1 S. 2 SEAG als auch die internationale Zuständigkeit der deutschen Spruchgerichte sicherzustellen, bedarf es eines Rückgriffs auf Art. 8 Abs. 16 SE-VO. Auch im Bereich der funktionellen Zuständigkeit ergeben sich Unklarheiten durch die Streichung des § 2 Abs. 2 SpruchG a. F. Im Ergebnis muss es hier entgegen den Vorschriften des GVG bei der ausschließlichen Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen bleiben.

¹⁵⁹¹ BGHZ 146, 179 – MEZ; BGH v. 29.1.2001, II ZR 368/98, NJW 2001, 1428 – Aqua Butzke.

Anhang I:

Überblick zu den Sitzverlegungsmöglichkeiten im Anwendungsbereich der primären Niederlassungsfreiheit:

Verwaltungssitz	Verl. nach D	von ST-Staat	„Wechselbalg“ BGHZ 151, 204: Insel Jersey	Weiterexistenz als OHG/GbR
Satzungssitz	Verl. nach D	von ST-Staat	Cartesio/MoMiG	Weiterexistenz entspr. Formwechselföglichkeiten nach UmwG
Verwaltungssitz	Verl. nach D	von GT-Staat	Überseering	unverändert/statutserhaltend
Satzungssitz	Verl. nach D	von GT-Staat	Cartesio/MoMiG	Weiterexistenz entspr. Formwechselföglichkeiten nach UmwG
Verwaltungssitz	Verl. von D	nach ST-/GT-Staat	MoMiG/Überseering	unverändert/statutserhaltend
Satzungssitz	Verl. von D	nach GT-Staat	Cartesio	Weiterexistenz entspr. innerstaatlichen Formwechselföglichkeiten des Zuzugsstaats
Satzungssitz	Verl. von D	nach ST-Staat	Cartesio/ diskriminierungsfreie Anwendung innerstaatlicher Vorschriften	Weiterexistenz entspr. innerstaatlichen Formwechselföglichkeiten des Zuzugsstaats, u. U. aber Zwang zu gleichzeitiger Verwaltungssitz-Verlegung!

(D=Deutschland; GT=Gründungstheorie; ST=Sitztheorie)

Anhang II:

- Erste gesellschaftsrechtliche RL 68/151/EWG – Publizitätsrichtlinie (PublRL) v. 9. 3. 1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. L 65 v. 14.3.1968, S. 8, sowie RL 2003/58/EG – Offenlegungspflichten von Gesellschaften, ABl. Nr. L 221 v. 4.9.2003, S. 0013-0016, nunmehr ersetzt durch RL 2009/101/EG v. 16.9.2009, ABl. L 258 Abs. 5. 1.11.2009, S. 11
- Zweite gesellschaftsrechtliche RL 77/91/EWG – Kapitalrichtlinie (KapRL), ABl. Nr. L 026 v. 31.01.1977 S. 0001 – 0013, umgesetzt durch das Gesetz zur Durchführung der Zweiten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts v. 13.12.1978, BGBl. I 1978 S. 1959
- Dritte gesellschaftsrechtliche RL 78/855/EWG – Verschmelzungsrichtlinie (VerschmRL), ABl. Nr. L 295 v. 20.10.1978 S. 0036 – 0043, abgelöst durch RL 2011/35/EU vom 1.7.2011, ABl. Nr. L 110, S. 1
- Vierte gesellschaftsrechtliche RL 78/660/EWG – Bilanzrichtlinie (BilanzRL), ABl. Nr. L 222 vom 14.8.1978 S. 0011 – 0031
- Sechste gesellschaftsrechtliche RL 82/891/EWG – Spaltungsrichtlinie (SpaltRL), ABl. Nr. L 378 Abs. 5. 31.12.1982 S. 0047 – 0054; zusammen umgesetzt durch das Gesetz über die Spaltung der von der Treuhandanstalt verwalteten Unternehmen (SpTrVG) vom 5.4.1991, BGBl. I 1991 S. 854
- Siebte gesellschaftsrechtliche Richtlinie 83/349/EWG – Konzernabschlussrichtlinie, ABl. Nr. L 193 v. 18.7.1983 S. 0001 – 0017 und Achte gesellschaftsrechtliche RL 84/253/EWG, ABl. Nr. L 126 v. 12.5.1984 S. 0020 – 0026, zusammen umgesetzt durch das Gesetz zur Durchführung der Vierten, Siebten und Achten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts (Bilanzrichtlinien-Gesetz-BiRiG) vom 19.12.1985, BGBl. I v. 24.12.1985 S. 2355
- Elfte gesellschaftsrechtliche RL 89/666/EWG – Publizitätsrichtlinie für Zweigniederlassungen (ZweigNLPublRL), ABl. Nr. L 395 v. 30.12.1989 S. 0036 – 0039, umgesetzt durch das Gesetz zur Durchführung der Elften gesellschaftsrechtlichen RL vom 22.7.1993, BGBl. I 1993 S. 1282
- RL 2004/25/EG – Übernahmerichtlinie (ÜbRL), ABl. Nr. L 142 vom 30.4.2004 S. 0012 – 0023, umgesetzt durch das Übernahmerichtlinie-Umsetzungsgesetz v. 8.7.2006, BGBl. I 2006, S. 1426 ff.
- RL 2004/109/EG – Wertpapierinfo-Transparenzrichtlinie (WpTranspRL), ABl. Nr. L 390 v. 31.12.2004, S. 38-57; umgesetzt durch das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister v. 10.11.2006 – EHUG, BGBl. I 2006, S. 2553
- Zehnte gesellschaftsrechtliche RL 2005/56/EG – Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus

verschiedenen Mitgliedstaaten (IntVerschmRL), ABl. Nr. L 310 v. 25.11.2005, S. 001-009, umgesetzt durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes v. 19.4.2007, BGBl. I 2007, S. 542 und das Gesetz zur Umsetzung der Regelungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten v. 21.12.2006, BGBl. I 2006, S. 3332

- Achte gesellschaftsrechtliche RL 2006/43/EG – Abschlussprüfungen, ABl. Nr. L 157 Abs. 5. 6.9.2006, S. 87 – 107 und RL 2006/46/EG – Jahresabschlüsse, ABl. L 224 v. 16.8.2006, S. 1-7, Umsetzung durch das Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechts-Modernisierungsgesetz /BilMoG) v. 25.5.09, BGBl. I 2009, S.1102

- RL 2006/68/EG zur Änderung der RL 77/91/EWG – Kapitalrichtlinie (KapRL, s. o.), ABl. Nr. L 264 v. 25.9.2006, S. 32-36 und RL 2007/36/EG, ABl. Nr. L 184 v. 14.7.2007, S. 17-24 – Aktionärsrechte, Umsetzung durch das Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) v. 30.7.09, BGBl. I 2009, S. 2479

- RL 2009/133/EG des Rates vom 19.10.2009, ABl. Nr. L 310 S.34 – Fusionsrichtlinie

Abkürzungsverzeichnis:

a. A.	andere/r Ansicht
a. E.	am Ende
a. F.	alte/r Fassung
aaO	am angegebenen Ort
abgedr.	abgedruckt
abl.	ablehnend
Abl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft/Amtsgericht
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Art.	Artikel
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeiter
Begr.	Begründer
Begr.	Begründung
Beschl.	Beschluss
BGBI. I	Bundesgesetzblatt Teil 1
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BReg	Bundesregierung
Bsp.	Beispiel
bspw.	beispielsweise
BT	Bundestag
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
bulg.	bulgarisch/e/s
CA	Companies Act
Chap.	Chapter
DAV	Deutscher Anwaltverein
Ders.	Derselbe
desw.	des weiteren
Dies.	Dieselbe/n
DiskE	Diskussionsentwurf
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DSW	Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz
ebda	ebenda
EBOR	European Business Organization Law Review
ECFR	European Company and Financial Law Review
ECLR	European Competition Law Review
ECR	European Public Limited-Liability Company Regulations 2007
Einl.	Einleitung
en.	englisch
endg.	endgültig
etc.	et cetera
europ.	europäische/s
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
fr.	französisch
Frankf. a. M.	Frankfurt am Main
FS	Festschrift
FSMA	Financial Services and Markets Act 2000
G.	Gesetz
gem.	gemäß
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
H. A.	Herrschende/r Ansicht

H. M.	Herrschende/r Meinung
Habil.-Schr.	Habilitationsschrift
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
HV	Hauptversammlung
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Ergebnis
i. S. d.	im Sinne des/der
i. Ü.	im Übrigen
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer
insbes.	insbesondere
IPR	Internationales Privatrecht
ital.	italienisch/e/s
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
krit.	Kritisch
lit.	litera
Loseblattsamml.	Loseblattsammlung
lt.	laut
Ltd.	Limited
m. Anmerk.	mit Anmerkung
m. Besprech.	mit Besprechung
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue/r Fassung
Nachw.	Nachweis/e
NLF	Niederlassungsfreiheit
No.	Numero
o. g.	oben genannte/n
öBGBI	österreichisches Bundesgesetzblatt
poz.	Pozycja (polnisch: Stelle/Position)
prop.	Proposition
RCL	repertorio de legislación civil (spanische Gesetzesblätter)
RefE	Referentenentwurf
RegBegr.	Regierungsbegründung
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rothenburg/Tbr.	Rothenburg ob der Tauber
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
s. o.	siehe oben
s. u.	siehe unten
S.	Seite/Satz
s.	siehe
S.A.R.L.	Société à responsabilité limitée
SA	Société anonyme
SCE	Societas Cooperativa Europaea
SE	Societas Europaea
Sec.	Section
SEG	österreichisches SE-Gesetz
SE-VOV	Vorentwurf SE-VO
Slg.	Amtliche Sammlung (EuGH)
SPE	Societas Privata Europaea
TdLit	Teil der Literatur
Tz.	Teilziffer
u. a.	unter anderem/n
u. U.	unter Umständen
u. v. m.	und viele/s mehr
u.	und

ungar. GWG	ungarisches Gesetz über Wirtschaftsgesellschaften
Univ.	Universität
Unterabs.	Unterabsatz
Urt.	Urteil
US	United States
v. (Datum)	vom (Datum)
VE	Vorentwurf
Verl.	Verlag
vgl.	vergleiche
VGR	Gesellschaftsrechtliche Vereinigung
Vol.	Volume
Vorb.	Vorbemerkung
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
WiRO	Wirtschaft und Recht in Osteuropa
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
z.	zum
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
zugl.	zugleich
zust.	zustimmend

Für die Abkürzungen der Zeitschriftentitel, Gerichte und der Gesetze wird, soweit sie hier nicht aufgeführt sind, verwiesen auf Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, Verlag de Gruyter, Berlin 2008

Literaturverzeichnis:

Aderhold, Lutz/Grunewald, Barbara/Klingberg, Dietgard/Paefgen, Walter G. (Hrsg.), Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2008

Adolff, Johannes: Unternehmensbewertung in der börsennotierten Aktiengesellschaft, Verlag C. H. Beck, München 2007, zugl.: Univ. München, Habil.-Schr. 2004

Adolff, Johannes/Thieves, Johannes: Über den Umgang mit einem entschlossenen Gesetzgeber: Die aktienrechtliche Lösung des BGH für den Rückzug von der Börse Anmerkung zum Urteil des BGH vom 25.11.2002 (Macroton), BB 2003, 167 ff.

Aerssen, Rick van: Die Antragsbefugnis im Spruchstellenverfahren des Aktiengesetzes und im Spruchverfahren des Umwandlungsgesetzes, AG 1999, 249 ff.

Albertini, Flurin von: The Appraisal Remedy zum Austrittsrecht des Aktionärs im amerikanischen Gesellschaftsrecht, ADAG Administration und Druck AG, Zürich 1983 (zit.: The Appraisal Remedy)

Alcock, Alistair/Birds, John/Gale, Steve (Hrsg.), Alcock, Birds and Gale on the Companies Act 2006, Jordans Publishing Ltd., Bristol 2009 (zit.: Alcock/Birds/Gale, CA 2006)

Altmeppen, Holger: Zeitliche und sachliche Begrenzung von Abfindungsansprüchen gegen das herrschende Unternehmen im Spruchverfahren, in: Habersack/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer (2003), S. 3 ff.

Altmeppen, Holger/Roth, Günther H.: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Verlag C. H. Beck, 7. Aufl., München 2012

Altmeppen, Holger/Fitz, Hanns/Honsell, Heinrich: Festschrift für Günther H. Roth, Verlag C. H. Beck, München 2011

Altmeppen, Holger/Wilhelm, Jan: Gegen die Hysterie um die Niederlassungsfreiheit der Scheinauslandsgesellschaften, DB 2004, 1083 ff.

Anders, Dietmar/Pfüller, Markus: Delisting-Motive vor dem Hintergrund neuerer Rechtsentwicklungen, NZG 2003, 459 ff.

Assmann, Heinz-Dieter/Pötzsch, Thorsten/Schneider, Uwe H.: Wertpapier- und Übernahmegesetz Kommentar, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2005 (zit.: Bearb., in: Assmann/Pötzsch/Schneider, WpÜG, § 31, Rn. 45)

Augustinic, Igor: Societas Europaea slowakischer Ausprägung, WiRO 2005, 261 ff.

Bach, Albrecht: Direkte Wirkungen von EG-Richtlinien, JZ 1990, 1108 ff.

Bachmann, Gregor: Der Verwaltungsrat der monistischen SE, ZGR 2008, 779 ff.

Bachner, Thomas/Doralt, Peter/Winner, Martin (Hrsg.): Schutz der Minderheitsaktionäre in Mittel- und Osteuropa, Nomos Verlag, Wien 2010

Bahlmann, Kai: Der Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft – Wege der Verwirklichung –, EuR 1982, 1 ff.

Bar, Christian von (Hrsg.): Europäisches Gemeinschaftsrecht und internationales Privatrecht, Carl Heymanns Verlag KG, Köln 1991 (Bearb., in: Von Bar, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 3, 6)

Barrocas, Margarida Pereira: Portugal, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. II (2008), S. 289

ff.

Bartels, Klaus: Die allgemeine Feststellungsklage im Kreis der verbandsinternen Aktionärsklagen, ZGR 2008, 723 ff.

Barth, Daniel: Voraussetzungen und Grenzen des legislativen Wettbewerbs in der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts, Verlag Peter Lang GmbH, Frankfurt a. M. 2008 (zit.: Barth, Legislativer Wettbewerb)

Barthel, Dirk: Das Recht zum rechtsformwechselnden Umzug – Zum Vorlagebeschluss des Obersten Gerichts Ungarns vom 17.6.2010 (EuGH Rs. C-378/10), EWS 2011, 131 ff.

Ders.: Die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften nach EuGH „Cartesio“ – Die Suche nach dem Gleichgewicht zwischen Wettbewerb im Binnenmarkt und nationalstaatlicher Regelungsautonomie, EWS 2010, 316 ff.

Basedow, Jürgen: Mangold, Audiolux und die allgemeinen Grundsätze des europäischen Privatrechts, in: Grundmann/Mülbert u. a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt (2010), S. 27 ff.

Bauer, Ulrich: Organklagen zwischen Vorstand und Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, Carl Heymanns Verlag, Köln 1986, zugl.: Univ. Darmstadt, Diss. 1984/85

Baumbach, Adolf/Hopt, Klaus J.: Handelsgesetzbuch, Verlag C. H. Beck, 35. Aufl. 2012

Baums, Theodor/Cahn, Andreas (Hrsg.): Die Europäische Aktiengesellschaft – Umsetzungsfragen und Perspektiven, Institute for Law and Finance Series, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlagsges. GmbH, Berlin 2004 (zit.: Baums/Cahn, Die Europäische AG)

Baums, Theodor: Empfiehlt sich eine Neuregelung des aktienrechtlichen Anfechtungs- und Organhaftungsrechts, insbesondere der Klagemöglichkeiten von Aktionären? Gutachten F zum 63. Deutschen Juristentag 2000, Verlag C. H. Beck, München 2000 (zit.: Baums, Gutachten zum 63. DJT (2000), F 241)

Ders.: Europäische Modellgesetze im Gesellschaftsrecht, in: Kley/Leven u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rüdiger von Rosen (2008), S. 525 ff.

Bayer, Walter: Aktionärsklagen de lege lata und de lege ferenda, NJW 2000, 2609 ff.

Ders.: Die EuGH-Entscheidung „Inspire Art“ und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen, BB 2003, 2357 ff.

Ders.: Herrschaftsveränderungen im Vertragskonzern – Besprechung der Entscheidung BGHZ 119, 1 – ZGR 1993, 599 ff.

Ders.: Die Geltendmachung des Abfindungsanspruchs nach beendetem Beherrschungsvertrag, ZIP 2005, 1053 ff.

Ders.: Materielle Schranken und Kontrollinstrumente beim Einsatz des genehmigten Kapitals mit Bezugsrechtsausschluss, ZHR 168 (2004), 132 ff.

Ders.: Aktionärsrechte und Anlegerschutz – Kritische Betrachtung der lex lata und Überlegungen de lege ferenda vor dem Hintergrund des Berichts der Regierungskommission Corporate Governance und des Entwurfs eines 4. Finanzmarktförderungsgesetzes, ZHR Sonderheft 71 (2002), 137 ff.

Ders.: 1000 Tage neues Umwandlungsrecht – Eine Zwischenbilanz, ZIP 1997, 1613 ff.

Ders.: Empfehlen sich besondere Regeln für börsennotierte und für geschlossene Gesellschaften? Gutachten E zum 67. Deutschen Juristentag, Verlag C. H. Beck, München 2008

Ders.: Unterschiede im Aktienrecht zwischen börsennotierten und nichtbörsennotierten Gesellschaften, in: Grundmann/Mülbert u. a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt (2010), S. 373 ff.

Bayer, Walter/Habersack, Mathias: Aktienrecht im Wandel, Bd. II, Grundsatzfragen des Aktienrechts, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 2007 (zit.: Bearb. in: Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel II)

Bayer, Walter/Schmidt, Jessica: Der Regierungsentwurf zur Änderung des Umwandlungsgesetzes – Eine kritische Stellungnahme, NZG 2006, 841 ff.

Dies.: Europäische Gesellschaft (SE) als Rechtsform für den Mittelstand?! AnwBl. 2008, S. 327 ff.

Dies.: „Going European“ – Die SE europaweit auf dem Vormarsch, AG-Report 2007, R 192 ff.

Dies.: Satzungsgestaltung „deutscher“ SE in der Praxis, AG-Report 2008, R 103 ff.

Dies.: Die neue Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften – Inhalt und Anregungen zur Umsetzung in Deutschland, NJW 2006, 401 ff.

Dies.: Der Schutz der grenzüberschreitenden Verschmelzung durch die Niederlassungsfreiheit, ZIP 2006, 210 ff.

Dies.: Grenzüberschreitende Sitzverlegungen und grenzüberschreitende Restrukturierungen nach MoMiG, Cartesio und Trabrennbahn, ZHR 173 (2009), 735 ff.

Becker, Michael: Verwaltungskontrolle durch Gesellschafterrechte, Mohr (Paul Siebeck) Verlag, Tübingen 1997, zugl.: Univ. Hamburg, Habil.-Schr. 1995/96

Behme, Caspar: Der Weg deutscher Aktiengesellschaften ins Ausland – Goldene Brücke statt Stolperpfad, BB 2008, S. 70 ff.

Behme, Caspar/Nohlen, Nicolas: Anmerkung zum Urteil in der Rs. Cartesio, BB 2009, S. 13

Behnke, Thorsten: Das Spruchverfahren nach §§ 306 AktG, 305 ff. UmwG, Peter Lang Frankfurt a. M. 2001 (zit.: Behnke, Spruchverfahren)

Behrens, Peter: Die Umstrukturierung von Unternehmen durch Sitzverlegung oder Fusion über die Grenze im Licht der Niederlassungsfreiheit im europäischen Binnenmarkt (Art. 52 und 58 EWGV), ZGR 1994, 1 ff.

Ders.: Niederlassungsfreiheit und Internationales Gesellschaftsrecht, RabelsZ 52 (1988), 498 ff.

Ders.: Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art, IPrax 2003, 193 ff.

Ders.: Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH, IPrax 1999, 323 ff.

Bertrand, Alexia/Coibion, Arnaud: Shareholder Suits against Directors of a Company, against other Shareholders and against the Company itself under Belgian Law, ECFR 2009, 270 ff.

Beutel, David: Der neue rechtliche Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen in der EU, Herbert Utz Verlag, München 2008, zugl.: Univ. Augsburg, Diss. 2008

Beuthien, Volker/Helios, Martin: Die Umwandlung als transaktionslose Rechtsträgertransformation – Zur Neuordnung des Umwandlungsrechts, NZG 2006, 396 ff.

Bezenberger, Tilman: Vorzugsaktien ohne Stimmrecht, Carl Heymanns Verlag KG, Köln 1990 (zit.: Bezenberger, Vorzugsaktien)

Bierich, Marcus (Hrsg.): Unternehmen und Unternehmensführung im Recht, Festschrift für Johannes Semler zum

70. Geburtstag am 28. April 1993, Verlag De Gruyter, Berlin 1993

Bilda, Klaus: Abfindungsansprüche bei vertragsüberlebenden Spruchverfahren, NZG 2005, 375 ff.

Ders.: Zur Dauer der Spruchstellenverfahren, NZG 2000, 296 ff.

Birk, Dieter (Hrsg.): Transaktionen, Vermögen, pro bono: Festschrift zum zehnjährigen Bestehen von P. u. P., Pöllath und Partners, Verlag C. H. Beck, München 2008

Bismarck, Wiebke von: Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften in Europa, Verlag Peter Lang, Frankfurt a. M. 2005, zugl.: Univ. Bochum, Diss. 2004

Binder, Ulrike/Jünemann, Michael/Merz, Friedrich/Sinewe, Patrick (Hrsg.): Die Europäische Aktiengesellschaft (SE), Gabler Verlag, Wiesbaden 2007

Binge, Christoph/Thölke, Ulrich: „Everything goes!“ – Das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht nach „Inspire Art“, DNotZ 2004, 21 ff.

Binnewies, Burkhard: Formelle und materielle Voraussetzungen von Umwandlungsbeschlüssen, GmbHR 1997, 727 ff.

Bison, Hildegard: Mißbrauch der Anfechtungsklage durch den Aktionär, Verlag Peter Lang GmbH, Frankfurt a. M. 1997, zugl.: Univ. Bonn, Diss. 1996

Blanquet, Françoise: Das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea „SE“), ZGR 2002, 20 ff.

Blomeyer, Wolfgang: Auf dem Weg zur (E)europäischen Genossenschaft. Im Blickpunkt: Vorschläge zur Verbesserung der Kapitalversorgung von Genossenschaften auf der Grundlage des Statutenentwurfs der EG-Kommission, BB 2000, 1741 ff.

Boemle, Max/Geiger, Willi/Pedrazzini, Mario M./Schluep, Walter R. (Hrsg.): Lebendiges Aktienrecht, Festgabe zum 70. Geburtstag von Wolfhart Friedrich Bürgi, Schultheiss Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1971

Boese, Norbert: Die Anwendungsgrenzen des Erfordernisses sachlicher Rechtfertigung bei HV-Beschlüssen, Carl Heymanns Verlag KG, Köln 2003, zugl.: Univ. Tübingen, Diss. 2002/03 (zit.: Boese, Anwendungsgrenzen)

Bödeker, Annette: Dividendenpolitik und Minderheitenschutz in der nicht börsennotierten Kapitalgesellschaft, Nomos Verlagsges., 1. Auflage, Baden-Baden 1999, zugl.: Univ. Heidelberg, Diss. 1996 (zit.: Bödeker, Dividendenpolitik)

Böhringer, Walter: Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV), BWNotZ 1990, 129 ff.

Böttcher, Oliver: Gesellschafter- und Gläubigerschutz beim Formwechsel aus der Personen- in die Kapitalgesellschaft, Nomos Verlagsges., Baden-Baden 2006, zugl.: Univ. Köln, Diss. 2005

Bollacher, Philipp: Keine Verletzung der Niederlassungsfreiheit durch nationale Beschränkungen des Wegzugs von Gesellschaften, RIW 2009, 150 ff.

Borges, Georg: Gläubigerschutz bei ausländischen Gesellschaften mit inländischem Sitz, ZIP 2004, 483 ff.

Bork, Reinhard: Beschlußverfahren und Beschlußkontrolle nach dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bereinigung des Umwandlungsrechts, ZGR 1993, 343 ff.

Bouchon, Martin/Breitenbuch, Albrecht von: Ausländische Aktien als Gegenleistung nach dem WpÜG, ZIP 2004, 58 ff.

Boujong, Karlheinz: Rechtsmißbräuchliche Aktionärsklagen vor dem Bundesgerichtshof. Eine Zwischenbilanz, in:

- Goerdeler/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), Festschrift für Alfred Kellermann (1991), S. 1 ff.
- Bourechliev, Jeanne/Hommelhoff, Peter (Hrsg.): Vorschläge für eine Europäische Privatgesellschaft, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1999
- Brandes, Stephan M.: Cross Border Merger, AG 2005, 177 ff.
- Brandi, Oliver: Die Europäische Aktiengesellschaft im deutschen und internationalen Konzernrecht, NZG 2003, 889 ff.
- Brandi, Oliver/Wilhelm, Alexander: Gesellschaftsrechtliche Strukturmaßnahmen und Börsenkursrechtsprechung – Aktuelle Tendenzen in der Rechtsprechung –, NZG 2009, 1408 ff.
- Brandner, Hans Erich: Minderheitenrechte bei der Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Geschäftsführung, in: Schneider/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), Festschrift für Marcus Lutter (2000), S. 317 ff.
- Brandt, Ulrich/Scheifele, Matthias: Die Europäische Aktiengesellschaft und das anwendbare Recht, DStR 2002, 547 ff.
- Brandt, Ulrich: Überlegungen zu einem SE-Ausführungsgesetz, NZG 2002, S. 991 ff.
- Ders.: Die Hauptversammlung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), Verlag Peter Lang, Frankfurt a. M. 2004 (zit.: Brandt, Hauptversammlung)
- Ders.: Der Diskussionsentwurf zu einem SE-Ausführungsgesetz, DStR 2003, 1208 ff.
- Braun, Vera: Die Wegzugsfreiheit als Teil der Niederlassungsfreiheit, Verlag Peter Lang, Frankfurt a. M. 2010
- Brechmann, Winfried: Die richtlinienkonforme Auslegung, Verlag C. H. Beck, München 1994, zugl.: Univ. München, Diss. 1993
- Bredow, Günther/Tribulowsky, Maik: Auswirkungen von Anfechtungsklage und Squeeze-Out auf ein laufendes Spruchstellenverfahren, NZG 2002, 841 ff.
- Brenner, Michael/Huber, Peter M./Möstl, Markus (Hrsg.): Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel, Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 2004
- Bröhmer, Jürgen/Bieber, Roland/Calliess, Christian/Lengenfeld, Christine/Weber, Stefan/Wolf, Joachim (Hrsg.): Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005, Carl Heymanns Verlag, München 2005
- Bruno, Sabrina/Ruggiero, Eugenio: Public Companies and the Role of Shareholders, Wolters Kluwer Law International BV, Alphen aan de Rijn 2011
- Bruns, Alexander: Die Vertragsfreiheit und ihre Grenzen in Europa und den USA – Movement from Contract to Status? JZ 2007, 385 ff.
- Buckel, Sonja/Christensen, Ralph/Fische-Lescano, Andreas (Hrsg.): Neue Theorien des Rechts, Verlag Lucius und Lucius, Stuttgart 2007
- Buerstedde, Wolfgang: Juristische Methodik des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Nomos Verlagsges., Baden-Baden 2006
- Büchel, Helmut: Neuordnung des Spruchverfahrens, NZG 2003, 793 ff.
- Bürgers, Tobias/Körber, Torsten: Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz, C.F. Müller Verlag, 2. Auflage Heidelberg 2011 (zit.: Bearb., in: Bürgers/Körber, AktG, § 58, Rn. 1)

- Bundesnotarkammer (Hrsg.): Festschrift für Helmut Schippel, C. H. Beck Verlag, München 1996
- Bujalka, Eva M.: Der Schutz von Minderheitsaktionären bei Umstrukturierungen im deutschen und slowakischen Aktienrecht, Peter Lang, Frankfurt a. M. 2006, zugl.: Univ. Köln, Diss. 2005
- Bungert, Hartwin: DAT/Altana: Der BGH gibt der Praxis Rätsel auf, BB 2001, 1163 ff.
- Ders.: Delisting und Hauptversammlung. Zugleich eine Besprechung des Urteils des LG München I, BB 1999, 2634, BB 2000, 53 ff.
- Ders.: BVerfG: Zur Bestimmung des Umtauschverhältnisses bei der Verschmelzung einer AG durch Aufnahme, BB 2011, 459 ff.
- Ders.: Umtauschverhältnis bei Verschmelzungen entspricht nicht den Börsenwerten. Zugleich Anmerkung zu BayObLG, Beschluss vom 18.12.2002, BB 2003, 275, BB 2003, 669 ff.
- Ders.: Ausgliederung durch Einzelrechtsübertragung und analoge Anwendung des Umwandlungsgesetzes – Anmerkung zu LG Karlsruhe, Beschl. v. 6.11.1997 – O 43/97 KfH I –, NZG 1998, 367 ff.
- Ders.: Grenzüberschreitende Verschmelzungsmobilität – Anmerkung zur Sevic-Entscheidung des EuGH, BB 2006, 53 ff.
- Ders.: Die Liberalisierung des Bezugsrechtsausschlusses im Aktienrecht. Zum Siemens/Nold-Urteil des BGH, NJW 1998, 488 ff.
- Bungert, Hartwin/Bednarz, Liane: Anspruchsinhaberschaft von Abfindungsansprüchen bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen, BB 2006, 1865 ff.
- Bungert, Hartwin/Beier, Constantin: Die Europäische Aktiengesellschaft – Das Statut und seine Umsetzung in die Praxis, EWS 2002, S. 1 ff.
- Bungert, Hartwin/Eckert, Jan: Unternehmensbewertung nach Börsenwert: Zivilgerichtliche Umsetzung der BVerfG-Rechtsprechung, BB 2000, 1845 ff.
- Bungert, Hartwin/Mennicke, Petra: BB-Gesetzgebungsreport: Das Spruchverfahrensneuordnungsgesetz, BB 2003, S. 2021 ff.
- Caemmerer, Ernst von: Europäische Aktiengesellschaft, in: Caemmerer, Ernst von (Hrsg.), Festschrift für Heinrich Kronstein (1967), S. 171 ff.
- Caemmerer, Ernst von (Hrsg.): Das Unternehmen in der Rechtsordnung, Festschrift für Heinrich Kronstein, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe 1967
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.): EUV/AEUV Kommentar, Verlag C. H. Beck, 4. Aufl., München 2011
- Canaris, Claus-Wilhelm: Grundrechte und Privatrecht, Verlag De Gruyter, Berlin 1999
- Ders.: Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 202 ff.
- Ders.: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Verlag Duncker Humblot, Berlin 1969
- Canaris, Claus-Wilhelm/Habersack, Mathias/Schäfer, Carsten (Hrsg.): Staub (Begr.), Handelsgesetzbuch Großkommentar, 5. Aufl. Verlag De Gruyter, Berlin 2009 (zit.: Bearb., in: GK HGB, § 8, Rn. 106)
- Caspari, Karl-Burkhard: Anlegerschutz in Deutschland im Lichte der Brüsseler Richtlinien, NZG 2005, 98 ff.

Casper, Matthias: Der Lückenschluß im Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, in: Habersack/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer (2003), S. 51 ff.

Ders.: Erfahrungen und Reformbedarf bei der SE – Gesellschaftsrechtliche Reformvorschläge, ZHR 173 (2009), S. 181 ff.

Ders.: Numerus Clausus und Mehrstaatlichkeit bei der SE-Gründung, AG 2007, 97 ff.

Ders.: Die Heilung nichtiger Beschlüsse im Kapitalgesellschaftsrecht, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1998, zugl.: Univ. Heidelberg, Diss. 1998

Casper, Matthias/Weller, Marc-Philippe: Mobilität und grenzüberschreitende Umstrukturierung der SE, NZG 2009, S. 681 ff.

Čechová, Katarina/Jurková, Michaela: Slovak Republik, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. I (2006), S. 397 ff.

Červinková, Olga: Die Anpassung des tschechischen Gesellschaftsrechts an das Recht der Europäischen Union, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2006, zugl.: Univ. Hamburg, Diss. 2002/2003

Charaktiniotis, Stefanos: Greece, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. II (2008), S. 152 ff.

Christensen, Jan Schans: Danish Company Law Reform, in: Grundmann/Mülbert u. a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt (2010), S. 3321 ff.

Cierpial, Romana/Horwath, Olga: Schutz der Minderheitsaktionäre in Polen, in: Bachner/P. Doralt/Winner (Hrsg.), Schutz der Minderheitsaktionäre in Mittel- und Osteuropa, S. 311 ff.

Däubler, Wolfgang/Heuschmid, Johannes: Cartesio und MoMiG – Sitzverlagerung ins Ausland und Unternehmensmitbestimmung, NZG 2009, 493 ff.

Danelius, Johan: Teh European Company: Report from Sweden, in: Baums/Cahn (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft (2004), S. 38 ff.

Daskalov, Waltschin: Schutz der Minderheitsaktionäre in Ungarn, in: Bachner/P. Doralt/Winner (Hrsg.), Schutz der Minderheitsaktionäre in Mittel- und Osteuropa, S. 751 ff.

Dauses, Manfred: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Verlag C.H. Beck, München 2011

DAV: Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) (SEAG), NZG 2004, 75

DAV Handelsrechtsausschuss: Stellungnahme zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG), NZG 2004, 957 ff.

Ders.: Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bereinigung des Umwandlungsrechts, WM Sonderbeilage Nr. 2/1993, 1 ff.

Ders.: Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, NZG 2006, 737 ff.

Davies, Paul: The European Private Company (SPE); Uniformity, flexibility, competition and the persistence of national law, in: Grundmann/Mülbert u. a. (Hrsg.): Festschrift für Klaus J. Hopt (2010), S. 479 ff.

Ders.: Implementation of the european company (SE) in Great Britain, in: Baums/Cahn (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft (2004), S. 10 ff.

- Damm, Reinhard/Heermann, Peter W./Veil, Rüdiger (Hrsg.): Festschrift für Thomas Raiser zum 70. Geburtstag am 20. Februar 2005, Verlag De Gruyter Recht, Berlin 2005
- Dauner-Lieb, Barbara/Simon, Stefan (Hrsg.): Kölner Kommentar zum UmwG, Carl Heymanns Verlag, Köln 2009 (zit.: Bearb., in: KK UmwG, § 3, Rn. 1)
- Decher, Christian E.: Grenzüberschreitende Umstrukturierungen jenseits von SE und Verschmelzungsrichtlinie, Der Konzern 2006, 805 ff.
- Ders., Bedeutung und Grenzen des Börsenkurses bei Zusammenschlüssen zwischen unabhängigen Unternehmen, in: Wank/Hirte u. a. (Hrsg.), Festschrift für Herbert Wiedemann (2002), S. 787 ff.
- De Diego, Alexander: Die Mobilität der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) im EG-Binnenmarkt, EWS 2005, 446 ff.
- Desache, Jean-Marc: France, Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. II (2008), S. 114 ff.
- Dettling, Heinz-Uwe: Die Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im Aktiengesetz von 1965, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1997, zugl.: Univ. Tübingen, Diss. 1995/1996
- Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e. V.: 15 europäische Länder im Vergleich. Eine rechtsvergleichende Studie über Minderheitenrechte der Aktionäre sowie Stimmrechtsausübung und -vertretung in Europa, Düsseldorf 1999 (zit.: DSW-Europastudie Minderheitenrechte, 1999)
- De Waard, Marianne/Oldenburg, Frits/Storm, Paul: The Netherlands, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. I (2006), S. 263 ff.
- Di Fabio, Udo: Richtlinienkonformität als ranghöchstes Normauslegungsprinzip? NJW 1990, 947 ff.
- Di Marco, Guisepppe: Der Vorschlag der Kommission für eine 14. Richtlinie, ZGR 1999, 3 ff.
- Dimitrova, Raina: Bulgaria, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. II (2008), S. 19 ff.
- Dinkruth, Henrik: Die Kapitalrichtlinie – Mindest- oder Höchstnorm? Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1998, zugl.: Univ. Bielefeld, Diss. 1997
- Doralt, Maria: Sevic: Traum und Wirklichkeit – die grenzüberschreitende Verschmelzung ist Realität, IPrax 2006, 572 ff.
- Doralt, Walter: Managerpflichten in der englischen Limited Companies Act. Kommentar, Linde Verlag, Wien 2011
- Drinhausen, Florian/Keinath, Astrid: Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrichtlinie (ARUG) – Ein Beitrag zur Modernisierung der Hauptversammlung, BB 2008, 1238 ff.
- Dies.: Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes – Erleichterung grenzüberschreitender Verschmelzungen für deutsche Kapitalgesellschaften? BB 2006, 725 ff.
- Drinkuth, Henrik: Rechtsschutz beim genehmigten Kapital, AG 2006, 142 ff.
- Ders.: Die Kapitalrichtlinie, Mindest- oder Höchstnorm? Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1998, zugl.: Univ. Bielefeld, Diss. 1997
- Drücke, Heiner: Anmerk. zu OLG Stuttgart, Beschl. v. 4.2.2000 – 4W 15/98, DB 2000, 713 ff.
- Duden: Oxford Großwörterbuch Englisch, Bibliographisches Institut & F. A. Brockhaus AG, Mannheim 2005
- Dürig, Günter: Grundrechte und Privatrechtsprechung, in: Maunz (Hrsg.), Festschrift für Hans Nawiasky (1956), S.

157 ff.

Durner, Wolfgang: Rechtsgestaltung und Grundrechte, in: Schmoeckel (Hrsg.), Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht (2008), S. 9 ff.

Ebenroth, Carsten Thomas/Eyles, Uwe: Die innereuropäische Verlegung des Gesellschaftssitzes als Ausfluß der Niederlassungsfreiheit? DB 1989, 363 ff.

Ebenroth, Carsten Thomas/Wilken, Oliver: Kollisionsrechtliche Einordnung transnationaler Unternehmensübernahmen, ZVglRWiss 90 (1991), 235 ff.

Ebenroth, Carsten Thomas/Hesselberger, Dieter/Rinne, Manfred Eberhard (Hrsg.): Verantwortung und Gestaltung, Festschrift für Karlheinz Boujong zum 65. Geburtstag, Verlag C. H. Beck, München 1996

Ebert, Sabine: Das anwendbare Konzernrecht der Europäischen Aktiengesellschaft, BB 2003, 1854 ff.

Ebke, Werner F.: Überseering und Inspire Art: Die Revolution im Internationalen Gesellschaftsrecht und ihre Folgen, in: Kniffka u. a. (Hrsg.), Festschrift für Reinhold Thode (2005), S. 593 ff.

Edhall, Klaes/Rutberg, Anne/Rempler, Helena/Andersson, Annika/Liljeholm, Anna-Karin/Kamp-Wigforss, Kerstin: Sweden, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. I (2006), S. 425 ff.

Ego, Alexander: Europäische Niederlassungsfreiheit der Kapitalgesellschaft und deutsches Gläubigerschutzrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2007, zugl.: Univ. Passau, Diss. 2005

Ehricke, Ulrich/Ekkenga, Jens/Oechsler, Jürgen: Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz Kommentar, Verlag C. H. Beck, München 2003 (zit.: Bearb., in: Ehricke/Ekkenga/Oechsler, WpÜG, § 31, Rn. 20)

Ehrlich, Daniela: Anerkennung von Auslandsgesellschaften und Zweigniederlassungen vor österreichischen Gerichten insbesondere im Lichte der EuGH-Urteile Überseering und Centros und unter Berücksichtigung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), RdW 2005, 281 ff.

Eidenmüller, Horst: Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt, JZ 2004, 24 ff.

Ders.: Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa, ZIP 2002, 2233 ff.

Ders.: Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt: Entwicklungsperspektiven des europäischen Gesellschaftsrechts im Schnittpunkt von Gemeinschaftsgesetzgeber und EuGH, in: Baums/Cahn (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft (2004), S. 164 ff.

Ders.: Geschäftsleiter- und Gesellschafterhaftung bei europäischen Auslandsgesellschaften mit tatsächlichem Inlandssitz, NJW 2005, 1618 ff.

Ders. (Hrsg.): Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, Verlag C. H. Beck, München 2004

Eidenmüller, Horst/Engert, Andreas/Hornuf, Lars: Die Societas Europaea: Empirische Bestandsaufnahme und Entwicklungslinien einer neuen Rechtsform, AG 2008, 721 ff.

Dies.: The Societas Europaea: Good News for European Firms ECGI Law Working Paper No. 127, Juli 2009

Dies.: Incorporating under European Law: The Societas Europaea as a Vehicle for Legal Arbitrage, EBOR 10/2009 S. 1 ff.

Dies.: Vom Wert der Wahlfreiheit: Eine empirische Analyse der Societas Europaea als Rechtsformalternative, AG 2009, 845 ff.

Eidenmüller, Horst/Rehm, Gebhard M.: Niederlassungsfreiheit versus Schutz des inländischen Rechtsverkehrs:

Konturen des Europäischen Internationalen Gesellschaftsrechts, ZGR 2004, 159 ff.

Eilers, Stephan/Müller-Eising: Die Umwandlung als neue Form des Unternehmenskaufs, WiB 1995, 449 ff.

Eiselsberg, Maximilian (Hrsg.): Gesellschaftsrecht in Europa, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1997

Elst, Van der/Steen, Van den: Balancing Interests of Minority and Majority Shareholders: A Comparative Analysis of Squeeze-out and Sell-out Rights, ECFR 2009, 391 ff.

Emmerich, Volker/Habersack, Mathias: Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Kommentar, Verlag C.H. Beck, 6. Aufl., München 2010

Dies.: Konzernrecht, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2008

Engert, Andreas: Der international-privatrechtliche und sachrechtliche Anwendungsbereich des Rechts der Europäischen Aktiengesellschaft, ZVglRWiss 104 (2005), 444 ff.

Enriques, Luca: Schweigen ist Gold: Die Europäische Aktiengesellschaft als Katalysator für regulative Arbitrage im Gesellschaftsrecht, ZGR 2004, 735 ff.

Erichsen, Hans-Uwe: Grundrechtliche Schutzpflichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Jura 1997, 85 ff.

Ernst & Young Societe D`Avocats: Study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company (SE), Final Report, 9.12.2009, veröffentlicht im Internet unter:
http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/se/study_SE_9122009_en.pdf

Escher-Weingart, Christina: Reform durch Deregulierung im Kapitalmarktrecht, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 2001, zugl.: Univ. Frankfurt a. M., Habil.-Schr. 1999

Everling, Ulrich: Einlagensicherung der Banken im Europäischen Binnenmarkt, ZHR 162 (1998), 403 ff.

Eyles, Uwe: Das Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1990

Falkenhausen, Bernhard Frhr. Von: Verfassungsrechtliche Grenzen der Mehrheitsherrschaft nach dem Recht der Kapitalgesellschaften (AG und GmbH), Verlag C. F. Müller, Karlsruhe 1967

Fastrich, Lorenz: Materielle Beschlusskontrolle – Eine Skizze, in: Hönn/Oetker u. a. (Hrsg.), Festschrift für Peter Kreuz (2010), S. 585 ff.

Feldhaus, Heiner: OLG München: Verkehrsfähigkeit der Aktien beim Wechsel vom amtlichen Markt in das Segment M:access der Börse München, BB 2008, 1303 ff.

Felix, Dagmar: Einheit der Rechtsordnung, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 1998, zugl.: Univ. Passau, Habil.-Schr. 1997

Ferrante, Patricia/Meyers, Marc: Luxembourg, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. II (2008), S. 252 ff.

Fischer, Curt Ed.: Die „Grundrechte“ für den Einzelaktionär und für Minderheiten, DB 1958, 1263 ff.

Fischer, Robert/Hefermehl, Wolfgang (Hrsg.): Gesellschaftsrecht und Unternehmensrecht, Festschrift für Wolfgang Schilling, Walter de Gruyter, Berlin 1973

Fleischer, Holger: Vorstandspflichten bei rechtswidrigen Hauptversammlungsbeschlüssen, BB 2005, 2025 ff.

Ders.: Die Barabfindung außenstehender Aktionäre nach den §§ 305 und 320b AktG: Stand-alone-Prinzip oder Verbundberücksichtigungsprinzip? ZGR 1997, 368 ff.

Fleischer, Holger/Goette, Wulf (Hrsg.): Münchener Kommentar zum GmbHG, 1. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2010 – 2012

Forster, Karl-Heinz/Grunewald, Barbara/Lutter, Marcus/Semler, Johannes (Hrsg.): Aktien- und Bilanzrecht, Festschrift für Bruno Kropff, IDW-Verlag GmbH, Düsseldorf 1997

Forsthoff, Ulrich: EuGH fördert Vielfalt im Gesellschaftsrecht, DB 2002, 2471 ff.

Ders.: Internationales Gesellschaftsrecht im Umbruch, DB 2003, 979 ff.

Ders.: Internationale Verschmelzungsrichtlinie: Verhältnis zur Niederlassungsfreiheit und Vorwirkung. Handlungszwang für Mitbestimmungsreform, DStR 2006, 613 ff.

Forum Europaeum Konzernrecht: Konzernrecht für Europa, ZGR 1998, 672 ff.

Franz, Alexander: Internationales Gesellschaftsrecht und deutsche Kapitalgesellschaften im In- bzw. Ausland, BB 2009, S. 1250 ff.

Ders./Laeger, Lars: Die Mobilität deutscher Kapitalgesellschaften nach Umsetzung des MoMiG unter Einbeziehung des Referentenentwurfs zum internationalen Gesellschaftsrecht, BB 2008, 678 ff.

Freitag, Robert: Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im Internationalen Gesellschaftsrecht, EuZW 1999, 267 ff.

Frenzel, Ralf: Regioanlegericht Szeged versus OLG München: Verstößt die Ablehnung der Eintragung einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung gegen die Niederlassungsfreiheit? EWS 2008, 130 ff.

Ders.: Immer noch keine Wegzugsfreiheit für Gesellschaften im Europäischen Binnenmarkt – Die Cartesio-Entscheidung des EuGH, EWS 2009, 158 ff.

Frey, Kaspar: Bericht über die Diskussion zum materiellen Gesellschafterschutz i. R. d. ZGR-Symposiums, ZGR 1990, 511 ff.

Fritz, Silke: Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften in der EG: Nach dem Überseering-Urteil des EuGH, Petra Bülow Verlag, Rothenburg/Tbr. 2004 (zit.: Fritz, Grenzüberschreitende Sitzverlegung)

Fritzsche, Michael/Dreier, Peter/Verfürth, Ludger C.: Kommentar zum SpruchG, Verlag Schmidt, 1. Auflage, Berlin 2004

Frobenius, Tilmann: „Cartesio“: Partielle Wegzugsfreiheit für Gesellschaften in Europa, DStR 2009, 487 ff.

Fuhrmann, Lambertus: „Gelatine“ und die Holzmüller-Doktrin: Ende einer juristischen Irrfahrt? AG 2004, 339 ff.

Gärtner, Olaf/Handke, Björn: Unternehmenswertermittlung im Spruchverfahren – Schrittweiser Abschied vom Meistbegünstigungsprinzip des BGH (DAT/Altana), NZG 2012, 247 ff.

Geimer, Reinhold: Das Fehlen des Gerichtsstandes der Mitgliedschaft als gravierender Mangel im Kompetenzsystem der Brüsseler und Luganer Konvention, in: Bundesnotarkammer (Hrsg.), Festschrift für Helmut Schippel (1996), S. 869 ff.

Geimer, Reinhold/Schütze, Rolf A.: Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2010 (zit.: Bearb., in: Geimer/Schütze, Europ. Zivilverfahrensrecht, Art. 22, Rn. 213)

Gerven, Dirk Van/Storm, Paul (Hrsg.): The European Company, Volume I, Cambridge University Press, Cambridge 2006 (zit.: Bearb., in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. I)

- Dies.: The European Company, Volume II, Cambridge University Press, Cambridge 2008 (zit.: Bearb., in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. II)
- Gesell, Beate: Autonom bestimmter Gerichtsstand am Erfüllungsort nach der Brüssel-I-Verordnung, IPrax 2002, 484 ff.
- Gesell, Harald/Krömker, Michael: Grenzüberschreitende Verschmelzungen nach SEVIC: Praxisbericht über die Verschmelzung einer niederländischen auf eine deutsche Kapitalgesellschaft, DB 2006, 2558 ff.
- Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.): Gesellschaftsrecht in der Diskussion, Band 12, 2006: Jahrestagung der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung (VGR), Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2007
- Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.): Gesellschaftsrecht in der Diskussion, Band 2, 1999: Jahrestagung der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung (VGR), Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2000
- Geßler, Ernst/Hefermehl, Wolfgang/Eckardt, Ulrich/Kropff, Bruno (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz, Verlag Franz Vahlen, München 1973 (zit.: Bearb., in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 133, Rn. 5)
- Geyrhalter, Volker/Weber, Thomas: Transnationale Verschmelzungen – im Spannungsfeld zwischen SEVIC Systems und der Verschmelzungsrichtlinie, DStR 2006, 146 ff.
- Geyrhalter, Volker/Gänßler, Peggy: Perspektiven nach „Überseering“ – wie geht es weiter? NZG 2003, 409 ff.
- Ghezzi, Federico/Malberti, Corrado: The Two-Tier-Model and The One-Tier-Model of Corporate Governance in the Italian Reform of Corporate Law, ECLR 2008, 1 ff.
- Gianni, Francesco: Italy, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. II (2008), S. 203 ff.
- Goerdeler, Reinhard/Hommelhoff, Peter/Lutter, Marcus/Odersky, Walter/Wiedemann, Herbert (Hrsg.): Festschrift für Alfred Kellermann zum 70. Geburtstag am 29. November 1990, Verlag De Gruyter Recht, Berlin 1991
- Goette, Wulf: Anmerkung zum Urteil in der Rs. Cartesio, DStR 2009, S. 128
- Ders.: Zur jüngeren Rechtsprechung des II. Zivilsenats zum Gesellschaftsrecht, DStR 2006, 139 ff.
- Ders.: Die GmbH, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2002
- Ders.: Zu den Rechtsfolgen unrichtiger Entsprechenserklärungen, in: Kindler/Koch u. a. (Hrsg.), Festschrift für Uwe Hüffer (2010), S. 225 ff.
- Goette, Wulf/Habersack, Mathias (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Verlag C. H. Beck/Verlag Fanz Vahlen, 3. Auflage München 2012 (zit.: Bearb., in: MüKo AktG, Art. 64 SE-VO, Rn. 3)
- Goette, Wulf/Habersack, Mathias (Hrsg.): Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Verlag RWS Kommunikationsforum, 1. Aufl., Köln 2009
- Götze, Cornelius: „Gelatine“ statt „Holzmüller“ – Zur Reichweite ungeschriebener Mitwirkungsbefugnisse der Hauptversammlung, NZG 2004, 585 ff.
- Göz, Philipp: Beschlussmängelklagen bei der Societas Europaea (SE), ZGR 2008, 593 ff.
- Goutier, Klaus/Knopf, Rüdiger/Tulloch, Anthony (Hrsg.): Kommentar zum Umwandlungsgesetz, 1. Auflage 1996 Frankfurt a. M. (zit.: Bearb., in: Goutier/Knopf/Tulloch, UmwG, § 29, Rn. 35)
- Grabitz, Eberhard (Begr.)/Hilf, Meinhard (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, Bd. I/II EUV/EGV Kommentar, Stand Oktober 2009, Verlag C.H. Beck, München 2009 (zit.: Bearb., in: Grabitz/Hilf (2009), Art. 48 EGV, Rn. 10)

Grabitz, Eberhard (Begr.)/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, Bd. I, EUV/AEUV, Stand August 2012 (48. Ergänzungslieferung), Verlag C. H. Beck München (zit.: Bearb., in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 54 AEUV, Rn. 24)

Grabitz, Eberhard: Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht, Ludwig Appel Verlag, Hamburg 1966

Gräbener, Tobias: Der Schutz außenstehender Gesellschafter im deutschen und französischen Kapitalgesellschaftsrecht, Nomos Verlagsges., Baden-Baden 2010, zugl.: Univ. Heidelberg, Diss. 2009

Grasmann, Günther: System des internationalen Gesellschaftsrechts, Verlag Neue Wirtschaftsbrieftage GmbH, Berlin 1970, zugl.: Univ. München, Habil.-Schr. 1968/69

Grelon, Bernard: Shareholders Lawsuits against the Management of a Company and its Shareholders under French Law, ECFR 2009, 205 ff.

Groeben, von der, Hans/Schwarze, Jürgen: Kommentar zum EG-/EU-Vertrag, Nomos Verlagsges., 6. Auflage Baden-Baden 2003

Groß, Wolfgang: Rechtsprobleme des Delisting, ZHR 165 (2001), 141 ff.

Großerichter, Helge: Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Rechtsraum: Das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht und seine Perspektiven nach der Entscheidung „Überseering“, DStR 2003, 159 ff.

Großfeld, Bernhard: Europäisches Gesellschaftsrecht, WM 1992, S. 2121 ff.

Ders.: Recht der Unternehmensbewertung, 7. Aufl., RWS Verlag GmbH, Köln 2012 (zit.: Großfeld, Unternehmensbewertung, Rn. 1066)

Ders.: Europäische Unternehmensbewertung, NZG 2002, 353 ff.

Grote, Ralf: Das neue Statut der Europäischen Aktiengesellschaft zwischen europäischem und nationalem Recht, Göttingen 1990

Grothe, Helmut: Die „ausländische Kapitalgesellschaft & Co.“: Zulässigkeit grenzüberschreitender Grundtypenvermischungen und Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Gemeinschaftsrechts, Carl Heymanns Verlag KG, Köln 1989

Grundmann, Stefan: Europäisches Gesellschaftsrecht, Verlag C. F. Müller, 2. Aufl. Heidelberg 2011

Ders.: Ausbau des Informationsmodells im Europäischen Gesellschaftsrecht, DStR 2004, 232 ff.

Ders.: Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 2000

Ders.: European Company Law, Intersentia, Oxford 2007

Grundmann, Stefan/Haar, Brigitte/Merkt, Hanno/Mülbert, Peter O./Von Hein, Jan u. a. (Hrsg.): Festschrift für Klaus J. Hopt, De Gruyter, Berlin 2010

Grundmann, Stefan/Möslein, Florian: Die Goldene Aktie, ZGR 2003, 317 ff.

Dies.: Die Auswirkungen der Macroton-Entscheidung auf das kalte Delisting, ZIP 2004, 542 ff.

Grunewald, Barbara: Das Recht zum Austritt aus der Gesellschaft, in: Martens/H. P. Westermann u. a. (Hrsg.), Festschrift für Carsten Peter Claussen (1997), S. 103 ff.

Dies.: Austrittsrechte als Folge von Mischverschmelzungen und Verfügungsbeschränkungen, in:

Erbenroth/Hesselberger u. a. (Hrsg.), Festschrift für Karlheinz Boujong (1996), S. 175 ff.

Grupp, Alexander/Vollmer, Lothar: Der Schutz der Aktionäre beim Börseneintritt und beim Börsenaustritt, ZGR 1995, 459 ff.

Gude, Christian: Zweifelsfragen bei der Beschwerde nach dem Spruchverfahrensgesetz, AG 2005, 233 ff.

Ders.: Strukturänderungen und Unternehmensbewertung zum Börsenkurs, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2004, zugl.: Univ. Hamburg, Diss. 2002/2003 (zit.: Gude, Strukturänderungen)

Gummert, Hans/Weipert, Lutz (Hrsg.): Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1, BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Verlag C. H. Beck, 3. Aufl. München 2009 (zit.: Bearb., in: Münchener Hdb. BGB-Ges. (Band 1), § 100, Rn. 50)

Gyulai-Schmidt, Andrea: Harmonisierung des ungarischen Gesellschaftsrechts mit dem Recht der Europäischen Union, Nomos Verlagsges. Baden-Baden 2004, zugl.: Univ. Hamburg, Diss. 2002/2003 (zit.: Gyulai-Schmidt, Harmonisierung des ungarischen Gesellschaftsrechts)

Haag, Kurt (Hrsg.): Geigel (Begr.), Der Haftpflichtprozess, 26. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2011

Haarmann, Wilhelm/Schüppen, Matthias (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum WpÜG, 3. Aufl., Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Frankfurt a. M. 2008

Haas, Ulrich: Die Betätigungsfreiheit ausländischer Kapitalgesellschaften im Inland, DB 1997, 1501 ff.

Habersack, Mathias: Die Aktionärsklage – Grundlagen, Grenzen und Anwendungsfälle, DStR 1998, 533 ff.

Ders.: Die Mitgliedschaft – subjektives und „sonstiges“ Recht, Mohr Verlag, Tübingen 1996, zugl.: Univ. Heidelberg, Habil.-Schr. 1995

Ders.: Der Finanzplatz Deutschland und die Rechte der Aktionäre, ZIP 2001, 1230 ff.

Ders.: Reformbedarf im Übernahmerecht! ZHR 166 (2002), 619 ff.

Ders.: Das Konzernrecht der „deutschen“ SE, ZGR 2003, 724 ff.

Ders.: Konzernrechtliche Aspekte der Mitbestimmung in der Societas Europaea, Der Konzern 2006, 105 ff.

Ders.: Abfindung für vom herrschenden Unternehmen oder von der beherrschten Gesellschaft erworbene Aktien? AG 2005, 709 ff.

Habersack, Mathias/Drinhausen, Florian: SE-Recht mit grenzüberschreitender Verschmelzung, Kommentar, Verlag C. H. Beck, München 2013

Habersack, Mathias/Hommelhoff, Peter (Hrsg.): Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag, Verlag C. H. Beck, München 2011

Habersack, Mathias/Hommelhoff, Peter/Hüffer, Uwe/Schmidt, Karsten (Hrsg.): Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag, Verlag De Gruyter Recht, Berlin 2003

Habersack, Mathias/Mülbert, Peter O./Schlitt, Michael: Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2. Aufl., Köln 2008

Habersack, Mathias/Stilz, Eberhard: Zur Reform des Beschlussmängelrechts – Bestandsaufnahme nach ARUG und Perspektiven –, ZGR 2010, 710 ff.

Habersack, Mathias/Verse, Dirk A.: Europäisches Gesellschaftsrecht, Verlag C. H. Beck München, 4. Aufl. 2011

- Hable, Andreas/Lukanec, Horst: Austria, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), *The European Company*, Vol. I (2006), S. 119 ff.
- Haertlein, Lutz: Vorstandshaftung wegen (Nicht-)Ausführung eines Gewinnverwendungsbeschlusses mit Dividendenausschüttung, *ZHR* 168 (2004), 437 ff.
- Häuser, Franz/Hammen, Horst/Henrichs, Joachim/Steinbeck, Anja/Siebel, Ulf/Welter, Reinhard: *Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004*, Verlag De Gruyter Recht, Berlin 2004
- Hain, Karl-Eberhard: Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot? *DVB1.* 1993, 982 ff.
- Hailbronner, Kay/Jochum, Georg: *Europarecht II*, Kohlhammer Verlag Stuttgart 2006
- Halasz, Christian/Kloster, Lars: Börsengang – eine Entscheidung der Hauptversammlung? *ZBB* 2001, 474 ff.
- Halen, Curt Christian von: *Das Gesellschaftsstatut nach der Centros-Entscheidung des EuGH*, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg 2001 (zit.: v. Halen, *Das Gesellschaftsstatut*)
- Hanau, Hans: Der Bestandsschutz der Mitgliedschaft anlässlich der Einführung des „Squeeze Out“ im Aktienrecht. Zur Verfassungsmäßigkeit des Zwangsausschlusses, *NZG* 2002, 1040 ff.
- Hanna, Jörg/Roos, Elke/Saenger, Ingo (Hrsg.): *Juristenausbildung als Leidenschaft: Festgabe für Olaf Werner zum 65. Geburtstag*, Verlag Dr. Hinz, Jena 2004
- Happ, Wilhelm (Hrsg.): *Aktienrecht Handbuch – Mustertexte – Kommentar*, Carl Heymanns Verlag GmbH, 3. Auflage, Köln 2007
- Haratsch, Andreas/Koenig, Christian/Pechstein, Matthias: *Europarecht*, Verlag Mohr Siebeck, 7. Auflage Tübingen 2010
- Hau, Wolfgang: Der Vertragsgerichtsstand zwischen judizieller Konsolidierung und legislativer Neukonzeption, *IPrax* 2000, 354 ff.
- Hauschka, Christoph: *Entwicklungslinien und Integrationsfragen der gesellschaftsrechtlichen Akttypen des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, *AG* 1990, 85 ff.
- Hayek, Friedrich August: Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, *Weltwirtschaftliches Archiv* 1968, Nr. 56
- Heckschen, Heribert: Die SE als Option für den Mittelstand, in: Aderhold/Grunewald u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Harm Peter Westermann* (2008), S. 999 ff.
- Ders.: Die Europäische AG aus notarieller Sicht, *DNotZ* 2003, 251 ff.
- Heckschen, Heribert/Gassen, Peter: Der Verzicht auf Anteilsgewähr bei Umwandlungsvorgängen aus gesellschafts- und steuerrechtlicher Sicht, *GWR* 2010, 101 ff.
- Hefermehl, Wolfgang: Zur Haftung der Vorstandsmitglieder bei Ausführung von Hauptversammlungsbeschlüssen, in: Fischer/Hefermehl (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Schilling* (1973), S. 159 ff.
- Heidel, Thomas (Hrsg.): *Aktienrecht und Kapitalmarktrecht*, Nomos Kommentar, Nomos Verlagsges., Baden-Baden 3. Auflage 2011 (zit.: Heidel, *Aktienrecht*, § 59, Rn. 1)
- Heikel, Bernd/Nybergh, Johan: Finland, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), *The European Company*, Vol. I (2006), S. 203 ff.
- Hein, Jan von: *Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland*, Mohr Siebeck Verlag,

Tübingen 2008 (zit.: Von Hein, Rezeption)

Heinrich, Erbo/Theusinger, Ingo: Anfechtung wegen Informationsmängeln und Freigabeverfahren nach dem UMAG – ein ungeklärtes Verhältnis, BB 2006, 449 ff.

Hellwig, Hans-Jürgen/Bormann, Michael: Die Abfindungsregeln beim Going Private – Der Gesetzgeber ist gefordert! ZGR 2002, 465 ff.

Hennrichs, Joachim: Formwechsel und Gesamtrechtsnachfolge bei Umwandlungen, Duncker und Humblot, Berlin 1995, zugl.: Univ. Mainz, Diss. 1994

Hennrichs, Joachim/Pöschke, Moritz/Laage, Gudrun von der/Klavina, Zane: Die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften in Europa. Eine Analyse der Rechtsprechung des EuGH und ein Plädoyer für eine Neuorientierung, WM 2009, 2009 ff.

Henssler, Martin/Strohn, Lutz (Hrsg.): Gesellschaftsrecht Kommentar, Verlag C. H. Beck 1. Auflage München 2011

Henze, Hartwig: Materielle rechtliche Grenzen für Mehrheitsentscheidungen im Aktienrecht (Teil II), DSStR 1993, 1863 ff.

Ders.: Auflösung einer Aktiengesellschaft und Erwerb ihres Vermögens durch den Mehrheitsgesellschafter, ZIP 1995, 1473 ff.

Ders.: Die Treupflicht im Aktienrecht – Gedanken zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes von „Kali und Salz“ über „Linotype“ und „Kochs Adler“ bis zu „Girmes“, BB 1996, 489 ff.

Ders.: Holzmüller vollendet das 21. Lebensjahr, in: Habersack/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer (2003), S. 211 ff.

Ders.: Die Berücksichtigung des Börsenkurses bei der Bemessung von Abfindung und variablem Ausgleich im Unternehmensvertragsrecht, in: Schneider/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), Festschrift für Marcus Lutter (2000), S. 1101 ff.

Ders.: Voraussetzungen und Folgen des Delisting, in: Damm/Heermann u. a. (Hrsg.), Festschrift für Thomas Raiser (2005), S. 145 ff.

Ders.: Die dosierte Einschränkung der aktienrechtlichen Anfechtungsklage in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in: Häuser/Hammen u. a. (Hrsg.), Festschrift für Walther Hadding (2004), S. 409 ff.

Ders.: Erscheinungsformen des squeeze-out von Minderheitsaktionären, in: Wank/Hirte u. a. (Hrsg.), Festschrift für Herbert Wiedemann (2002), S. 935 ff.

Herfs-Röttgen, Ebba: Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft, NZA 2001, S. 424 ff.

Herrler, Sebastian: Ermöglichung grenzüberschreitender Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften durch Änderung des Umwandlungsgesetzes. Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie unter Vernachlässigung der primärrechtlichen Rahmenbedingungen, EuZW 2007, 295 ff.

Ders.: Gewährleistung des Wegzugs von Gesellschaften durch Art. 43, 48 EGV in Form der Herausumwandlung – Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 16.12.2008 – Rs. C210/06 (Cartesio) -, DNotZ 2009, 484 ff.

Herrmann, Christoph: Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, Duncker & Humblot GmbH, Berlin 2003, zugl.: Univ. Bayreuth, Diss. 2002/2003

Herzig, Norbert: Grenzüberschreitende Spaltung von Kapitalgesellschaften, BB 1992, 1251 ff.

- Hess, Burkhard: Europäisches Zivilprozessrecht, Verlag C. F. Müller, Heidelberg 2010
- Hilf, Meinhard: Einheit der Rechtsordnung: EG-Recht und nationales Recht, in: K. Schmidt, Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung? (1994), S. 219 ff.
- Hillgruber, Christian: Grundrechtsschutz im Vertragsrecht, AcP 191 (1991), 69 ff.
- Hilmer, Karsten: Die Übernahmerichtlinie und ihre Umsetzung ins deutsche Recht, Verlag Peter
- Ders.: Bezugsrechtsausschluß und Konzernbildung, Heymanns Verlag Köln 1986, zugl.: Univ. Köln, Diss. 1985
- Ders.: Die Europäische Aktiengesellschaft, NZG 2002, 1 ff.
- Ders.: Grenzen der Vertragsfreiheit bei aktienrechtlichen Unternehmensverträgen, ZGR 1994, 644 ff.
- Hirte, Heribert/Bülow, Christoph von (Hrsg.): Kölner Kommentar zum WpÜG, Carl Heymanns Verlag, Köln 2003 (zit.: Bearb., in: KK WpÜG, § 31, Rn. 24)
- Hirte, Heribert/Bücker, Thomas (Hrsg.): Grenzüberschreitende Gesellschaften, Carl Heymanns Verlag KG Köln 2005 (zit.: Bearb., in: Hirte/Bücker (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften)
- Hobe, Stephan: Europarecht, Carl Heymanns Verlag 6. Auflage, Köln 2010
- Höfling, Wolfram: Vertragsfreiheit, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 1991
- Hölters, Wolfgang: AktG Kommentar, Verlag C.H. Beck, München 2011
- Hönn, Günther/Oetker, Hartmut/Raab, Thomas (Hrsg.): Festschrift für Peter Kreutz, Verlag Luchterhand, Köln 2010
- Höpfner, Clemens: Die systemkonforme Auslegung, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, zugl.: Univ. Konstanz, Diss. 2007
- Hoffmann, Jochen: Die stille Bestattung der Sitztheorie durch den Gesetzgeber, ZIP 2007, S. 1581 ff.
- Ders.: Neue Möglichkeiten zur identitätswahrenden Sitzverlegung in Europa? ZHR 164 (2000), 43 ff.
- Ders.: Das Anknüpfungsmoment der Gründungstheorie, ZVglRWiss 101 (2002), 283 ff.
- Hoffmann-Becking, Michael (Hrsg.): Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4, Verlag C. H. Beck, 3. Auflage, München 2007 (zit.: Bearb., in: Münchener Hdb. AG, § 86, Rn. 10)
- Ders.: Grenzenlose Abwehrklagen für Aktionäre? ZHR 167 (2003), 357 ff.
- Ders.: Der materielle Gesellschafterschutz: Abfindung und Spruchverfahren, ZGR 1990, 482 ff.
- Ders.: Organe: Strukturen und Verantwortlichkeiten, insbes. im monistischen System, ZGR 2004, 355 ff.
- Hoffmann-Becking, Michael/Herfs, Achim: Struktur und Satzung der Familien-KGaA, in: Hommelhoff u. a. (Hrsg.), Festschrift für Walter Sigle (2000), S. 273 ff.
- Hoffmann-Becking, Michael/Ludwig, Rüdiger (Hrsg.): Liber amicorum Wilhelm Happ, Carl Heymanns Verlag, München 2006
- Ders.: „Holzmüller“, „Gelatine“ und die These von der Mediatisierung der Aktionärsrechte, ZHR 172 (2008), 231 ff.
- Hofmann, Christian: Der Minderheitenschutz im Gesellschaftsrecht, De Gruyter GmbH & Co KG, Berlin 2011, zugl.: Univ. Berlin, Habil.-Schr. 2009

Ders.: Gesellschaftsrecht und Art. 14 GG, in: Grundmann/Mülbert u. a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt (2010), S. 833 ff.

Hofmeister, Holger: Der Ausschluss des aktienrechtlichen Bezugsrechts bei börsennotierten AG. Konsequenzen aus BGHZ 136, 133 ff. – Siemens/Nold –, NZG 2000, 713 ff.

Hoger, Andreas: Kontinuität beim Formwechsel nach dem UmwG und der grenzüberschreitenden Verlegung des Sitzes einer SE, Carl Heymanns Verlag GmbH, Köln 2008, zugl.: Univ. Mainz, Diss. 2007 (zit.: Hoger, Kontinuität)

Hohloch, Gerhard (Hrsg.): EU-Handbuch Gesellschaftsrecht, Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, Berlin 1997 (zit.: Bearb., in: Hohloch, Handbuch Niederlande, Rn. 256)

Holler, Lorenz: Das Verhältnis von Anfechtungsklage und Spruchverfahren, Peter Lang, Frankfurt a. M. 2006, zugl.: Univ. Bonn, Diss. 2005

Hommelhoff, Peter: Minderheitenschutz bei Umstrukturierungen, ZGR 1993, 452 ff.

Ders.: Zur Kontrolle strukturändernder Gesellschafterbeschlüsse, ZGR 1990, 447 ff.

Ders.: Zum Konzernrecht in der Europäischen Aktiengesellschaft, AG 2003, 179 ff.

Ders.: Der aktienrechtliche Organstreit, ZHR 143 (1979), 288 ff.

Ders.: Der Beitritt zum Beherrschungsvertrag und seine Auswirkungen auf die Sicherung außenstehender Aktionäre, in: Martens/H. P. Westermann u. a. (Hrsg.), Festschrift für Carsten Peter Claussen (1997), S. 129 ff.

Ders.: Satzungsstrenge und Gestaltungsfreiheit in der Europäischen Aktiengesellschaft, in: Habersack/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer (2003), S. 267 ff.

Hommelhoff, Peter/Hopt, Klaus J./Lutter, Marcus (Hrs.): Konzernrecht und Kapitalmarktrecht, Verlag C. H. Beck, München 2001

Hommelhoff, Peter/Schmidt-Diemitz, Rolf/Sigle, Axel: Familiengesellschaften, Festschrift für Walter Sigle zum 70. Geburtstag, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2000

Hopt, Klaus J.: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht in Europa, ZGR Sonderrecht 13 (1998), 121 ff.

Hopt, Klaus J./Wiedemann, Herbert (Hrsg.): Großkommentar Aktiengesetz, 4. Auflage, De Gruyter Recht Berlin 2008 (zit.: Bearb., in: GK AktG, § 186, Rn. 137)

Hopt, Klaus J./Mübert, Peter O./Kumpan, Christoph: Reformbedarf im Übernahmerecht, AG 2005, 109 ff.

Horn, Hans-Rudolf: Die Vorgesellschaft in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, NJW 1964, 86 ff.

Horn, Norbert: Die Europa-AG im Kontext des europäischen und deutschen Gesellschaftsrechts, DB 2005, 147 ff.

Hüchting, Hans-Jochen: Abfindung und Ausgleich im aktienrechtlichen Beherrschungsvertrag, Carl Heymanns Verlag KG, Köln 1972 (zit.: Hüchting, Abfindung und Ausgleich)

Hüffer, Uwe: Aktiengesetz, 10. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2012

Hüttemann, Rainer: Börsenkurs und Unternehmensbewertung, ZGR 2001, 454 ff.

Ihrig, Hans-Christoph/Wagner, Jens: Das Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) auf der Zielgeraden – Die gesellschafts- und mitbestimmungsrechtlichen Regelungen des Regierungsentwurfs, BB 2004, 1749 ff.

Dies.: Diskussionsentwurf für ein SE-Ausführungsgesetz, BB 2003, 969 ff.

Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW): Reform des Umwandlungsrechts, IDW-Verlag GmbH, Düsseldorf 1993

Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts, Band IX Allgemeine Grundrechtslehren, Verlag C. F. Müller, 3. Aufl., Heidelberg 2011 (zit.: Bearb., in: Isensee/Kirchhof, Hdb StR IX, § 191, Rn. 3)

Jaecks, Jörg/Schönborn, Christoph Ansgar: Die Europäische Aktiengesellschaft, das Internationale und das deutsche Konzernrecht, RIW 2003, 254 ff.

Jaensch, Michael: Der grenzüberschreitende Formwechsel vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH, EWS 2007, 97 ff.

Jahn, Joachim: UMAG: Das Aus für „räuberische Aktionäre“ oder neues Erpressungspotential? BB 2005, 5 ff.

Jayme, Erik: Ein Klägergerichtsstand für den Verkäufer – Der EuGH verfehlt den Sinn des EuGVÜ, IPrax 1995, 13 f.

Jannott, Dirk/Frodermann, Jürgen: Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft – Societas Europaea – C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2005 (zit.: Bearb., in: Jannott/Frodermann, Hdb. Europ AG, 16. Kap., Rn. 189)

Janssens, Elke/Gerven, Dirk van: Belgium, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. I (2006), S. 146 ff.

Jestädt, Guido A.: Niederlassungsfreiheit und Gesellschaftskollisionsrecht, Nomos-Verlag, Baden-Baden 2005, zugl.: Univ. Konstanz, Diss. 2005

Ders.: Bewertungsgegenstand und Bewertungsmethode – Überlegung zur Berücksichtigung von Börsenkursen bei der Ermittlung von Abfindung und Ausgleich, in: Häuser/Hammen u. a. (Hrsg.), Festschrift für Walther Hadding (2004), S. 461 ff.

Jüttner, Andreas: Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Frankfurt a. M. 2005, zugl.: Univ. Marburg, Diss. 2004

Jung, Peter (Hrsg.): Supranationale Gesellschaftsformen im Typenwettbewerb, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 2011

Kalss, Susanne: Der Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE nach dem Diskussionsentwurf, ZGR 2003, 493 ff.

Dies./Hügel, Hanns (Hrsg.): Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, Linde-Verlag, Wien 2004 (zit.: Bearb., in: Kalss/Hügel, SE-Kommentar, § 22 SEG, Rn. 4)

Dies.: Alternativen zum deutschen Aktienkonzernrecht, ZHR 171 (2007), 146 ff.

Dies.: Anlegerinteressen Der Anleger im Handlungsdreieck von Vertrag, Verband und Markt, Springer Verlag, Wien 2001, zugl.: Univ. Wien, Habil.-Schr. 2000 (zit.: Kalss, Anlegerinteressen)

Kallmeyer, Harald: GmbHR-Kommentar zu BGH v. 18. 12. 2000, II ZR 1/99, GmbHR 2001, 204 ff.

Ders.: Grenzüberschreitende Verschmelzungen und Spaltungen? ZIP 1996, 535 ff.

Ders.: Umwandlungsgesetz Kommentar, Dr. Otto Schmidt Verlag Köln, 4. Auflage 2010 (zit.: Bearb., in: Kallmeyer, UmwG, § 1 Rn. 1 ff.)

Ders.: Europa-AG: Strategische Optionen für deutsche Unternehmen, AG 2003, 197 ff.

Kallmeyer, Harald/Kappes, Stephan: Grenzüberschreitende Verschmelzungen und Spaltungen nach Sevic Systems

und der EU-Verschmelzungsrichtlinie, AG 2006, 224 ff.

Karollus, Margit Maria: Die Regelung des Sitzes in der SE-Verordnung. Zugleich zur Frage der Bindung des Gemeinschaftsgesetzgebers an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, in: Köck/Lengauer/Ress (Hrsg.), Festschrift für Robert Fischer (2004), S. 169 ff.

Kegel, Gerhard/Schurig, Klaus: Internationales Privatrecht, Verlag C. H. Beck, 9. Auflage, München 2004

Kersting, Christian: Die aktienrechtliche Beschlussanfechtung wegen unrichtiger, unvollständiger oder verweigerter Erteilung von Informationen, ZGR 2007, 319 ff.

Ders.: Rechtswahlfreiheit im Europäischen Gesellschaftsrecht nach Überseering. Ein Richtlinienvorschlag, NZG 2003, 9 ff.

Kessler, Wolfgang/Huck, Friederike/Obser, Ralph: Wegzug von Kapitalgesellschaften – Teil 1- Gesellschafts- und steuerrechtliche Aspekte der Unternehmensverlagerung ins Ausland nach Lateyrie du Saillant, DStZ 2004, 813 ff.

Kiefner, Alexander/Kersjes, Julia: Spruchverfahren und die Fortgeltung der ausschließlichen funktionellen Zuständigkeit der KfH unter dem FGG-Reformgesetz, NZG 2012, 244 ff.

Kiem, Roger: Die Ermittlung der Verschmelzungswertrelation bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung, ZGR 2007, 542 ff.

Ders.: Die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung im deutschen Umwandlungsgesetz, WM 2006, 1091 ff.

Ders.: Erfahrungen und Reformbedarf bei der SE- Entwicklungsstand und Perspektiven, ZHR 173 (2009), 156 ff.

Kieninger, Eva-Maria: Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 2002

Dies.: Niederlassungsfreiheit als Rechtswahlfreiheit, ZGR 1999, 724 ff.

Kieser, Markus: Die Typenvermischung über die Grenze – Ein Beitrag zum internationalen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, Hartung-Gorre Verlag, Konstanz 1988, zugl.: Univ. Konstanz, Diss. 1988

Kiethe, Kurt: Abkauf von Anfechtungsrechten der Aktionäre – neuere Tendenzen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens räuberischer Aktionäre, NZG 2004, 489 ff.

Kindl, Johann/Meller-Hannich, Caroline/Wolf, Hans-Joachim: Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, Handkommentar, 1. Aufl., Nomos Verlagsges., Baden-Baden 2010

Kindler, Peter: Auf dem Weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft? – Die „Überseering“-Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht NJW 2003, 1073 ff.

Ders.: Geschäftsanteilsabtretungen im Ausland, Verlag C. H. Beck, München 2010

Ders.: Beschränkungen für schweizerische Aktiengesellschaften mit Sitz in Deutschland gelten fort – „Trabrennbahn“, BB 2009, S. 14 ff.

Ders.: Niederlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften? Die „Centros“-Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht, NJW 1999, 1993 ff.

Ders.: Zuständigkeitsfragen beim Binnenstreit in der Auslandsgesellschaft, NZG 2010, 576 ff.

Ders.: Die sachliche Rechtfertigung des aktienrechtlichen Bezugsrechtsausschlusses im Lichte der zweiten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft, ZHR 158 (1994), 339 ff.

- Ders.: Bezugsrechtsausschluß und unternehmerisches Ermessen nach deutschem und europäischem Recht, ZGR 1998, 35 ff.
- Ders.: Der Wegzug von Gesellschaften in Europa, Der Konzern 2006, 811 ff.
- Ders.: Internationales Gesellschaftsrecht 2009: MoMiG, Trabrennbahn, Cartesio und die Folgen, IPrax 2009, 189 ff.
- Ders.: Ende der Diskussion über die so genannte Wegzugsfreiheit, NZG 2009, 130 ff.
- Kindler, Peter/Horstmann, Hendrik: Die EU-Übernehmerichtlinie – Ein „europäischer“ Kompromiss, DStR 2004, S. 866 ff.
- Kindler, Peter/Koch, Jens/Ulmer, Peter/Winter, Martin (Hrsg.): Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, Verlag C. H. Beck, München 2010
- Kirchner, Tobias: Kompensationsleistungen für erzwungene Rechtsverluste der Minderheitsaktionäre im deutschen und französischen Recht, Nomos Verlagsges., Baden-Baden 2007, zugl.: Univ. Halle-Wittenberg, Diss. 2006
- Kirchner, Christian/Painter, Richard/Kaal, Wulf/Höppner, Sven: Europäischer vs. US-amerikanischer Wettbewerb der Gesellschaftsrechte, AG 2012, 469 ff.
- Klein, Eckart: Unmittelbare Geltung, Anwendbarkeit und Wirkung von Europäischem Gemeinschaftsrecht, Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut/Nr. 119, Saarbrücken, 1988
- Klein, Stefan: Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, RNotZ 2007, S. 565 ff.
- Kleindiek, Detlev: Abfindungsbezogene Informationsmängel und Anfechtungsausschluss, NZG 2001, 552 ff.
- Ders.: Bericht über die Diskussion zur Reform von Umwandlung und Fusion, ZGR 1990, 477 ff.
- Kley, Max Dietrich/Leven, Franz-Josef/Rudolph, Bernd/Schneider, Uwe H. (Hrsg.): Aktie und Kapitalmarkt. Festschrift für Rüdiger von Rosen, Schäffer-Poeschel Verlag, Stuttgart 2008
- Kling, Michael: Der besondere Vertreter im Aktienrecht, ZGR 2009, 190 ff.
- Klöcker, Ingo/Frowein, Georg A.: Kommentar z. SpruchG, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1. Aufl., Köln 2004
- Klöhn, Lars: Das System der aktien- und umwandlungsrechtlichen Abfindungsansprüche, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 2009, zugl.: Univ. Göttingen, Habil.-Schr. 2006/07
- Kniffka, Rolf/Quack, Friedrich/Vogel, Thomas/Wagner, Klaus: Festschrift für Prof. Dr. Reinhold Thode zum 65. Geburtstag, Verlag C. H. Beck, München 2005
- Knobbe-Keuk, Brigitte: Umzug von Gesellschaften in Europa, ZHR 154 (1990), 325 ff.
- Kobelt, Robert: Internationale Optionen deutscher Kapitalgesellschaften nach MoMiG, „Cartesio“ und „Trabrennbahn“ – Zur Einschränkung der Sitztheorie, GmbHR 2009, 808 ff.
- Knop, Jan: Gesellschaftsstatut und Niederlassungsfreiheit, Cuvillier Verlag, Göttingen 2008
- Ders.: Die Wegzugsfreiheit nach dem Cartesio-Urteil des EuGH, DZWIR 2009, 147 ff.
- Koch, Oliver: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Duncker & Humblot, Berlin 2003, zugl.: Univ. Göttingen, Diss. 2002 (zit.: Koch, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)
- Koch, Raphael/Eickmann, Marco: Gründungs- oder Sitztheorie: Eine „never ending story“? AG 2009, 73 ff.

Köck, Heribert Franz/Lengauer, Alina/Ress, Georg: Europarecht im Zeitalter der Globalisierung. Festschrift für Peter Fischer, Linde Verlag, Wien 2004 (zit.: Autor, in: Köck/Lengauer/Ress (Hrsg.), FS Fischer (2004))

Köster, Anna-Elisabeth: Die Kodifizierung des Internationalen Gesellschaftsrechts – Bedeutung für die Unternehmensmitbestimmung, ZRP 2008, 214 ff.

Kösters, Friedrich: Rechtsträgerschaft und Haftung bei Kapitalgesellschaften ohne Verwaltungssitz im Gründungsstaat, NZG 1998, 241 ff.

Koppensteiner, Hans-Georg: Die Sitzverlegungsrichtlinie nach Centros, in: Schneider/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), Festschrift für Marcus Lutter (2000), S. 141 ff.

Ders.: Centros und die Folgen, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (VGR) (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 1999, S. 151 ff.

Korom, Veronika/Metzinger, Peter: Freedom of Establishment for Companies: The European Court of Justice confirms and refines its Daily Mail Decision in the Cartesio Case C-210/06, ECFR 2009, 125 ff.

Korsten, Mathias: Vermögensrechtliche Ansprüche der Minderheitsaktionäre beim Squeeze-out und bei der Übernahme, Peter Lang, Frankfurt a. M. 2006, zugl.: Freie Univ. Berlin, Diss. 2006

Kossmann, Alfred/Heinrich, Erbo D.: Möglichkeiten der Umwandlung einer bestehenden SE, ZIP 2007, 164 ff.

Kraft, Gerhard/Bron, Jan: Grundfreiheiten und grenzüberschreitende Verschmelzung im Lichte aktueller EuGH-Rechtsprechung (Sevic), IStR 2006, 26 ff.

Krause, Hartmut: Das deutsche Übernahmegesetz vor dem Hintergrund der EU-Richtlinie, ZGR 2002, 500 ff.

Ders.: Grenzüberschreitende Verschmelzungen – Gesellschaftsrechtliche Aspekte –, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (VGR) (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2006, S. 39 ff.

Ders.: Die Entdeckung des Marktes durch die Rechtsprechung bei der Ermittlung der angemessenen Abfindung im Rahmen aktienrechtlicher Strukturmaßnahmen, in: Grundmann/Mülbert u. a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt (2010), S. 1005 ff.

Krause, Nils/Kulpa, Norman: Grenzüberschreitende Verschmelzungen – Vor dem Hintergrund der „Sevic“-Entscheidung und der Reform des deutschen Umwandlungsrechts, ZHR 171 (2007), 38 ff.

Krieger, Gerd: Aktionärsklage zur Kontrolle des Vorstands- und Aufsichtsratshandelns, ZHR 163 (1999), 343 ff.

Krispenz, Sabine/Seibert, Ann: Quo vadis, europäisches Gesellschaftsrecht? Bericht über die Tagung des Arbeitskreises Europäische Integration e.V. in Verbindung mit dem Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg, in: integration 2008, S. 431 ff. (zit.: Vortragender nach Krispenz/Seibert, Tagungsbericht, in: integration 2008)

Kronke, Herbert: Deutsches Gesellschaftsrecht und grenzüberschreitende Strukturänderungen, ZGR 1994, 26 ff.

Kropff, Bruno: Aktiengesetz – Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 und des Einführungstextes vom 6.9.1965, neu aufgelegt von Thölke, Ulrich, scripvaz-Verlag Christof Krauskopf, Berlin 2005 (zit.: Kropff, AktG 1965)

Kropholler, Jan (Begr.)/Von Hein, Jan: Europäisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl., Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt a. M. 2011 (zit.: Kropholler/Von Hein, Europ. ZivilprozR, Art. 5 EuGVO, Rn. 12)

Krieger, Gerd: Vorzugsaktie und Umstrukturierung, in: Schneider/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), Festschrift für Marcus Lutter (2000), S. 497 ff.

Kruchen, Carsten: Europäische Niederlassungsfreiheit und „inländische“ Kapitalgesellschaften im Sinne von Art. 19 Abs. 3, Nomos Verlagsges., Baden-Baden 2009, zugl.: Univ. Heidelberg, Diss. 2009

Kruse, Tobias: „Fungibilitätsausgleichspflicht“ beim Börsenrückzug? WM 2003, 1843 ff.

Kruse, Viola: Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften innerhalb der EG, Carl Heymanns Verlag, Köln 1997, zugl.: Univ. Bonn, Diss. 1996

Kubis, Dietmar: Verfahrensgegenstand und Amtsermittlung im Spruchverfahren, in: Kindler/Koch u. a. (Hrsg.), Festschrift für Uwe Hüffer (2010), S. 567 ff.

Kübler, Friedrich: Barabfindung bei Gründung einer Europa AG? ZHR 167 (2003), 627 ff.

Ders.: Leitungsstrukturen der Aktiengesellschaft und die Umsetzung des SE-Statuts, ZHR 167 (2003), 222 ff.

Kübler, Friedrich/Mertens, Hans-Joachim/Werner, Winfried: Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag am 25. September 1991, Verlag Walter de Gruyter, Berlin 1991

Kvietkus, Zilvinas/Civilka, Mindaugas: Lithuania, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. I (2006), S. 346 ff.

Lackhoff, Klaus: Deutsches Wirtschaftsverwaltungsrecht und die Grundfreiheiten der Art. 30, 34, 48, 52 und 59 EGV, Nomos Verlagsgesellschaft mbH, Baden-Baden 1994 (zit.: Lackhoff, Deutsches Wirtschaftsverwaltungsrecht)

Lächler, Christoph: Das Konzernrecht der Europäischen Gesellschaft (SE), 1. Aufl., Nomos Verlagsges. Baden-Baden 2007

Ders./Oplustil, Krzysztof: Funktion und Umfang des Regelungsbereichs der SE-Verordnung, NZG 2005, S. 381 ff.

Lamb, Jochen/Schluck-Amend, Alexandra: Die Neuregelung des Spruchverfahrens durch das Spruchverfahrensneuordnungsgesetz, DB 2003, S. 1259 ff.

Lamprecht, Philipp: Haftung des Aktionärs für treupflichtwidrige Stimmabgabe? ZIP 1996, 1372 ff.

Lange, Oliver: Überlegungen zur Umwandlung einer deutschen in eine Europäische Aktiengesellschaft, EuZW 2003, 301 ff.

Langenscheidt: Aktiv-Wörterbuch Französisch, Harper Collins Publisher Ltd, Berlin 2004

Larenz, Karl/Canaris, Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Springer-Verlag, 3. Auflage, Berlin 1995

Lask, Thomas: Die Mitwirkung des Minderheitsaktionärs beim Vergleich im Spruchverfahren, in: Hanna/Roos/Saenger (Hrsg.), Festgabe für Olaf Werner (2004), S. 139 ff.

Latella, Dario: Shareholder Derivative Suits: A Comparative Analysis and the Implications of the European Shareholders Rights Directive, ECFR 2009, 307 ff.

Leible, Stefan: Niederlassungsfreiheit und Sitzverlegungsrichtlinie, ZGR 2004, 531 ff.

Ders.: Warten auf die Sitzverlegungsrichtlinie, in: Altmeppen/Fitz u. a. (Hrsg.), Festschrift für Günther H. Roth (2011), S. 447 ff.

Leible, Stefan/Hoffmann, Jochen: „Überseering“ und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie, RIW 2002, 925 ff.

Dies.: Cartesio – fortgeltende Sitztheorie, grenzüberschreitender Formwechsel und Verbot materiellrechtlicher Wegzugsbeschränkungen, BB 2009, S. 58 ff.

Dies.: Grenzüberschreitende Verschmelzungen im Binnenmarkt nach „Sevic“, RIW 2006, 161 ff

Leisten, Philipp: Vergleich der Austrittsrechte bei grenzüberschreitenden Transaktionen unter Einbeziehung des übernahmerechtlichen Ausschlussrechts, zugl.: Univ. Jena, Diss. (zit.: Leisten, Austrittsrechte)

Lennerz, Ursula: Die internationale Verschmelzung und Spaltung unter Beteiligung deutscher Gesellschaften, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2001

Leuering, Dieter: Die Erteilung von Abschriften an Aktionäre, ZIP 2000, 2053 ff.

Lieb, Manfred/Noack, Ulrich/Westermann, Harm Peter (Hrsg.): Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag, Band I, Carl Heymanns Verlag KG, Köln 1998

Lieder, Jan: Die Haftung der Geschäftsführer und Gesellschafter von EU-Auslandsgesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland, DZWIR 2005, 399 ff.

Louven, Christoph: Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie, ZIP 2006, 2021 ff.

Louven, Christoph/Dettmeier, Michael/Pöschke, Moritz/Wenig, Andreas: Optionen grenzüberschreitender Verschmelzungen innerhalb der EU – gesellschafts- und steuerrechtliche Grundlagen, BB-Special 3/2006, 1 ff.

Lutter, Marcus (Hrsg.): Die Europäische Aktiengesellschaft, Carl Heymanns Verlag Köln 1976 (zit.: Bearb., in: Lutter, Europäische Aktiengesellschaft)

Ders.: Das Europäische Unternehmensrecht im 21. Jahrhundert, ZGR 2000, 1 ff.

Ders.: Theorie der Mitgliedschaft – Prolegomena zu einem allgemeinen Teil des Korporationsrechts, AcP 180 (1980), 84 ff.

Ders.: Zur inhaltlichen Begründung von Mehrheitsentscheidungen – Besprechung der Entscheidung BGH WM 1980, 378, ZGR 1981, 171 ff.

Ders.: Die Eintragung anfechtbarer Hauptversammlungsbeschlüsse im Handelsregister, NJW 1969, 1873 ff.

Ders. (Hrsg.): Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel nach neuem Umwandlungsrecht und Umwandlungssteuerrecht – Kölner Umwandlungsrechtstage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1995 (zit.: Bearb., in: Lutter, Umwandlungsrechtstage)

Ders.: Europäisches Unternehmensrecht, Verlag De Gruyter, 4. Auflage, Berlin 1996 (zit.: Lutter, Europäisches Unternehmensrecht)

Ders. (Hrsg.): 25 Jahre Aktiengesetz. Ein Symposium der Deutschen Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e. V. (DSW), Verlag Das Wertpapier, Düsseldorf 1991 (zit.: Bearb., in: Lutter (Hrsg.), 25 Jahre AktG)

Ders.: Gesellschaftsrecht und Kapitalmarkt, in: Lieb/Noack u. a. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zöllner (1998), S. 363 ff.

Ders. (Hrsg.): Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2005 (zit.: Bearb., in: Lutter (Hrsg.), Europäische Auslandsgesellschaften)

Ders.: „Überseering“ und die Folgen, BB 2003, 7 ff.

Ders.: Aktionärs-Klagerechte, JZ 2000, 837 ff.

Lutter, Marcus/Bezenberger, Tilman: Für eine Reform des Spruchverfahrens im Aktien- und Umwandlungsrecht, AG 2000, 433 ff.

Lutter, Marcus/Bayer, Walter/Schmidt, Jessica: Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, Verlag De Gruyter, 5. Aufl., Berlin 2012 (zit.: Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, § 5, Rn. 3)

Lutter, Marcus/Drygala, Tim: Internationale Verschmelzungen in Europa, JZ 2006, 770 ff.

Dies.: Die übertragende Auflösung: Liquidation der Aktiengesellschaft oder Liquidation des Minderheitenschutzes? in: Forster/Grünwald u. a. (Hrsg.): Festschrift für Bruno Kropff (1997), S. 191 ff.

Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter: SE-Kommentar, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2008 (zit.: Bearb., in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 8, Rn. 11)

Dies. (Hrsg.): Die Europäische Gesellschaft, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2005 (zit.: Bearb., in: Lutter/Hommelhoff, Die Europäische Gesellschaft)

Dies.: GmbH-Gesetz, 18. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2012

Lutter, Marcus/Winter, Martin (Hrsg.): Umwandlungsgesetz, Kommentar, 4. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2009 (zit.: Bearb., in: Lutter, UmwG, § 29, Rn. 10)

Lutter, Marcus/Stimpel, Walter, Wiedemann, Herbert: Festschrift für Robert Fischer, De Gruyter Verlag, Berlin 1979 (zit.: Autor, in: Lutter/Stimpel u. a. (Hrsg.), FS Fischer (1979), S. 437, 445)

Luttermann, Claus: Anmerkung zu OLG Zweibrücken, Beschluss vom 2.3.2004 (3W 167/03), JZ 2005, S. 201 ff.

Ders.: Rechtsnatur und Praxis des Abfindungsanspruchs (§ 305 AktG) als gesetzliches Schuldverhältnis, NZG 2006, 816 ff.

Ders.: Anmerkung zu BGHZ 135, 374, JZ 1997, 1183 ff.

Ders.: Kurzkomentar zu OLG Zweibrücken, Beschl. v. 18.9.2007, 3 W 189/07, EWiR 1/2008, § 327b AktG, S. 69 f.

Lutz, Timo: Hinweise für den Vertragsgestalter bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung unter besonderer Berücksichtigung der Hinausverschmelzung, BWNotZ 2010, 23 ff.

Maier-Reimer, Georg: Verbesserung des Umtauschverhältnisses im Spruchverfahren, ZHR 164 (2000), 563 ff.

Maitland-Walker, Julian: Guide to European Company Laws, 3. Aufl., Sweet and Maxwell, London 2007 (zit.: Maitland-Walker, Guide to European Company Laws)

Manssen, Gerrit: Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Verlag, Tübingen 1994, zugl.: Univ. Regensburg, Habil.-Schr. 1993

Manz, Gerhard/Mayer, Barbara/Schröder, Albert (Hrsg.): Europäische Aktiengesellschaft SE, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2. Auflage 2010 (zit.: Bearb., in: Manz/Mayer/Schröder, SE-VO, Art. 8, Rn. 23)

Marsch-Barner, Reinhard: Die Rechtsstellung der Europäischen Gesellschaft (SE) im Umwandlungsrecht, in: Hoffmann-Becking/Ludwig u. a. (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Happ (2006), S. 165 ff.

Martens, Klaus-Peter: Die GmbH und der Minderheitsschutz, GmbHR 1984, 265 ff.

Ders.: Verschmelzung, Spruchverfahren und Anfechtungsklage in Fällen eines unrichtigen Umtauschverhältnisses, AG 2000, 301 ff.

Ders.: Der Ausschluß des Bezugsrechts: BGHZ 33, S. 175, in: Lutter/Stimpel u. a. (Hrsg.), Festschrift für Robert Fischer (1979), S. 437 ff.

- Martens, Klaus-Peter/Westermann, Harm Peter/Zöllner, Wolfgang: Festschrift für Carsten Peter Claussen zum 70. Geburtstag, Carl Heymanns Verlag KG, Köln 1997
- Martiny, Dieter: Internationale Zuständigkeit für „vertragliche Streitigkeiten“, in: Schütze (Hrsg.), Festschrift für Reinhold Geimer (2002), S. 641 ff.
- Markwardt, Karsten: „Holzmüller“ im vorläufigen Rechtsschutz, WM 2004, 211 ff.
- Martin, Didier/Poracchia, Didier, Company mobility through cross-border transfers of registered offices within the European Union – A new challenge for French law, Journal du droit international 2010, 347 ff.
- Mašurová, Angelika: Schutz der Minderheitsaktionäre in der Slowakei, in: Bachner/P. Doralt/Winner (Hrsg.), Schutz der Minderheitsaktionäre in Mittel- und Osteuropa, S. 581 ff.
- Maul, Silja: Gerichtsstände und Vollstreckungsfragen bei konzernrechtlichen Ansprüchen gegenüber einem herrschenden Unternehmen im EG-Ausland, AG 1998, 404 ff.
- Dies.: Die EU-Übernahmerichtlinie – Ausgewählte Fragen, NZG 2005, 151 ff.
- Maul, Silja/Muffat-Jeandet, Danièle/Simon, Joëlle (Hrsg.): Takeover bids in Europe, Memento Verlag, Kvelaer 2008
- Maunz, Theodor (Hrsg.): Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, Isar Verlag, München 1956
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.): Grundgesetz Kommentar, Verlag C. H. Beck, München, Loseblatts. Stand 64. Ergänzungslieferung Januar 2012
- Mayer, Dieter/Weiler, Simon: Neuregelungen durch das Zweite Gesetz zur Neuregelung des Umwandlungsgesetzes (Teil I), BB 2007, 1235 ff.
- Meilicke, Wienand: Anmerkung zu Cartesio, GmbHR 2009, 92 ff.
- Meilicke, Wienand/Heidel, Thomas: Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 12.3.2001 (DAT/Altana), DB 2001, 969, 973 ff.
- Meilicke, Wienand/Lochner, Daniel: Zuständigkeit der Spruchgerichte nach EuGVVO, AG 2010, 23 ff.
- Meilicke, Wienand/Rabback, Dieter E.: Die EuGH-Entscheidung in der Rechtssache Sevic und die Folgen für das deutsche Umwandlungsrecht nach Handels- und Steuerrecht, GmbHR 2006, 123 ff.
- Merkt, Hanno: Die monistische Unternehmensverfassung für die Europäische Aktiengesellschaft aus deutscher Sicht – Mit vergleichendem Blick auf die Schweiz, das Vereinigte Königreich und Frankreich, ZGR 2003, 650 ff.
- Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.): Handbuch der Grundrechte, Band II, C. F. Müller Verlag Heidelberg 2006
- Mestmäcker, Ernst-Joachim: Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe 1958
- Mestmäcker, Ernst-Joachim/Möller, Hans/Schwarz, Peter (Hrsg.), Eine Ordnungspolitik für Europa, Festschrift für Hans von der Groeben zu seinem 80. Geburtstag, Nomos Verlagsges. Baden-Baden 1987
- Meyer, Peter: Die Grundsätze der Auslegung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Jura 1994, 455 ff.
- Meyer, Vincent: Gesellschaftsrechtliche Ausgleichs- und Abfindungsansprüche im Spruchverfahren, Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, Berlin 2010, zugl.: Univ. Berlin, Diss. 2008 (zit.: Meyer, Ausgleichs- und Abfindungsansprüche)

Meyer-Landrut, Andreas/Kiem, Roger: Der Formwechsel einer Publikumsaktiengesellschaft – Erste Erfahrungen aus der Praxis – Teil I, WM 1997, 1361 ff.

Michalski, Lutz: Kommentar zum GmbHG-Gesetz, Verlag C. H. Beck, 2. Auflage, München 2010 (zit.: Bearb., in: Michalski GmbHG, § 47, Rn. 21)

Milan-Szymáska, Elzbieta: Übersicht über die Gesellschaftsbestimmungen in Polen, in: Eiselsberg, Maximilian (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in Europa (1997), S. 163 ff.

Millentrup, Jochen: Aktionärsgruppen und Entscheidungsmacht in der spanischen Aktiengesellschaft, Lit Verlag, Münster 1995, zugl. Univ. Münster, Diss. 1995 (zit.: Millentrup, Aktionärsgruppen)

Mock, Sebastian: Die Entdeckung des besonderen Vertreters, DB 2008, 393 ff.

Ders.: Spruchverfahren im europäischen Zivilverfahrensrecht, IPrax 2009, 271 ff.

Mörsdorf, Oliver: Beschränkung der Mobilität von EU-Gesellschaften im Binnenmarkt – eine Zwischenbilanz, EuZW 2009, 97 ff.

Möllers, Thomas M. J.: Anlegerschutz im System des Kapitalmarktrechts, in: Grundmann/Mülbert u. a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt (2010), S. 2247 ff.

Mojzesowicz, Karolina: Möglichkeiten und Grenzen einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten, Nomos Verlagsges., Baden-Baden 2001, zugl.: Europa-Univ. Frankfurt (Oder), Diss. 2000

Moritz, Hans: „Squeeze-Out“: Der Ausschluss von Minderheitsaktionären nach §§ 327 ff. AktG, Nomos Verlagsges. Baden-Baden 2004, zugl.: Univ. Lausanne, Diss. 2004 (zit.: Moritz, Squeeze-Out)

Moser, Rudolf: Personalstatut und Außenverhältnis der Aktiengesellschaft, in: Boemle u. a. (Hrsg.), Festschrift für Wolfhart Friedrich Bürgi (1971), S. 283 ff.

Mühl, Axel: Diskriminierung und Beschränkung, Duncker und Humblot, Berlin 2004, zugl.: Univ. Bayreuth, Diss. 2003

Mülbert, Peter O.: Umsetzungsfragen der Übernahmerichtlinie – Erheblicher Änderungsbedarf dabei den heutigen Vorschriften des WpÜG, NZG 2004, 633 ff.

Ders.: Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, Verlag C. H. Beck, München 1995, zugl.: Univ. München, Habil.-Schr. 1994

Ders.: Grundsatz- und Praxisprobleme der Einwirkungen des Art. 14 GG auf das Aktienrecht, in: Grundmann/Mülbert (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt (2010), S. 1039 ff.

Ders.: Rechtsprobleme des Delisting, ZHR 165 (2001), 104 ff.

Ders.: Abschwächungen des mitgliedschaftlichen Bestandsschutzes im Aktienrecht, in: Habersack/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer (2003), S. 433 ff.

Mülbert, Peter O./Schmolke, Klaus Ulrich: Die Reichweite der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften – Anwendungsgrenzen der Artt. 43 ff. EGV bei kollisions- und sachrechtlichen Niederlassungshindernissen, ZVglRWiss 100 (2001), 233 ff.

Mülbert, Peter O./Schneider Uwe H.: Der außervertragliche Abfindungsanspruch im Recht der Pflichtangebote, WM 2003, 2301 ff.

Mülbert, Peter O./Leuschner, Lars: Die verfassungsrechtlichen Gestaltungsvorgaben der Art. 2 Abs. 1, 14 GG nach

den Entscheidungen des BVerfG zur Kapitallebensversicherung, ZHR 170 (2006), 615 ff.

Müller, Hans-Friedrich: Der Schutz der Minderheitsgesellschafter bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung, Der Konzern 2007, 81 ff.

Ders.: Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach dem Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums, NZG 2006, 286 ff.

Ders.: Internationalisierung des deutschen Umwandlungsrechts: Die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung, ZIP 2007, 1081 ff.

Müller, Welf: Unternehmenswert und börsennotierte Aktie, in: Altmeppen/Fitz u. a. (Hrsg.), Festschrift für Günther H. Roth (2011), S. 517 ff.

Ders.: Die Unternehmensbewertung in der Rechtsprechung in: Westermann/Mock (Hrsg.), Festschrift für Georold Bezenberger, (2000), S. 705 ff.

Müller, Welf/Rödter, Thomas (Hrsg.): Beck'sches Handbuch der AG, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2009 (zit.: Bearb., in: Beck'sches Hdb. AG, § 5, Rn. 32)

Müller-Graff, Peter-Christian/Teichmann, Christoph (Hrsg.): Europäisches Gesellschaftsrecht auf neuen Wegen, Nomos Verlagsges., Baden-Baden 2010

Nave, Jose A. Campos: Die Liberalisierung der Wegzugsfreiheit in Europa, BB 2008, 1410 ff.

Neuner, Jörg: Privatrecht und Sozialstaat, Verlag C. H. Beck, München 1999, zugl.: Univ. München, Habil.-Schr. 1997

Neye, Hans-Werner: Die Europäische Aktiengesellschaft – Einführung und Materialiensammlung zum Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG), Verlag C. H. Beck, München 2005 (zit.: Neye, Die Europäische Aktiengesellschaft)

Ders.: Die Vorbereitung der Ausführungsgesetzgebung zur Societas Europaea in Deutschland, in: Baums/Cahn (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft (2004), S. 131 ff.

Ders.: Kein neuer Stolperstein für die Europäische Aktiengesellschaft, ZGR 2002, 377 ff.

Ders.: Die neue Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, ZIP 2005, 1893 ff.

Ders.: Kurzkomentar zu OLG München, Beschl. v. 4.10.2007, 31 Wx 36/07, EWiR 2007, 715 f.

Neye, Hans-Werner/Teichmann, Christoph: Der Entwurf für das Ausführungsgesetz zur Europäischen Aktiengesellschaft, AG 2003, 169 ff.

Nießen, Tobias: Die internationale Zuständigkeit im Spruchverfahren, NZG 2006, S. 441 ff.

Noack, Ulrich: Die Aktionärsrechte-Richtlinie, in: Aderhold/Grunewald u. a. (Hrsg.), Festschrift für H. P. Westermann (2008), S. 203 ff.

Noack, Ulrich/Zetsche, Dirk: Die Informationsanfechtung nach der Neufassung des § 243 Abs. 4 AktG, ZHR 170 (2006), 218 ff.

Nörr, Knut: Aspekte des Referentenentwurfs von 1958 zum Aktiengesetz, in: Lieb/Noack u. a. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zöllner (1998), S. 429 ff.

Oechsler: Die Sitzverlegung der SE nach Art. 8 SE-VO, AG 2005, 373 ff.

Ders.: Die Richtlinie 2005/56/EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, NZG 2006, 161 ff.

Ders.: Kapitalerhaltung in der Europäischen Gesellschaft (SE), NZG 2005, 449 ff.

Oelkers, Janine: Die italienische Aktiengesellschaft im institutionellen Wettbewerb, Linde Verlag Wien 2008 (zit.: Oelkers, Die italienische Aktiengesellschaft)

Oplustil, Krzysztof/Teichmann, Christoph (Hrsg.): The European Company – all over Europe, Verlag De Gruyter Recht, Berlin 2004 (zit.: Bearb., in: Oplustil/Teichmann (Hrsg.), The European Company, S. 12 f.)

Oplustil, Krzysztof/Schneider, Maximilian: Zur Stellung der Europäischen Aktiengesellschaft im Umwandlungsrecht, NZG 2003, 13 ff.

Oppermann, Thomas/Classen, Dieter/Nettesheim, Martin: Europarecht, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2011

Otte, Sabine/Rietschel, Knut: Freifahrtschein für den grenzüberschreitenden Rechtsformwechsel nach „Cartesio“? GmbHR 2009, 983 ff.

Paefgen, Walter G.: Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2002, zugl.: Univ. Tübingen, Habil.-Schr. 2002 (zit.: Paefgen, Unternehmerische Entscheidungen)

Ders.: „Cartesio“: Niederlassungsfreiheit minderer Güte, WM 2009, S. 529 ff.

Ders.: Umwandlung, europäische Grundfreiheiten und Kollisionsrecht, GmbHR 2004, 463 ff.

Ders.: Dogmatische Grundlagen, Anwendungsbereich und Formulierung einer Business Judgement Rule im künftigen UMAG, AG 2004, 245 ff.

Ders.: „Deutsche“ Corporations im System des Gesellschaftskollisionsrechts, DZWiR 2003, 441 ff.

Ders.: Auslandsgesellschaften und Durchsetzung deutscher Schutzinteressen nach Überseering, DB 2003, 487 ff.

Ders.: Wider die gesellschaftsrechtliche Ausländerphobie, ZIP 2004, 2253 ff.

Ders.: Gezeitenwechsel im Gesellschaftskollisionsrecht- Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 5.11.2002- Rs. C-208/00 = WM 2002, 2372 „Überseering“, WM 2003, 561 ff.

Ders.: „Holzmüller“ und der Rechtsschutz des Aktionärs gegen das Verwaltungshandeln im Rechtsvergleich, ZHR 172 (2008), 42 ff.

Ders.: Die NewCo Holding-SE als M&A-Vehikel, in: Altmeppen/Fitz u. a. (Hrsg.), Festschrift für Günther H. Roth (2011), S. 563 ff.

Ders.: Der neue übernahmerechtliche Squeeze-out – die bessere Alternative? in: Aderhold/Grunewald u. a. (Hrsg.), Festschrift für H. P. Westermann (2008), S. 1221 ff.

Ders.: Rezension zu Lars Klöhn: Das System der aktien- und umwandlungsrechtlichen Abfindungsansprüche, Tübingen 2009, ZHR 174 (2010), 741 ff.

Ders./Hörtig, M.: Anmerkung zum Beschluss des LG München I vom 30.8.2007 (5HK O 7195/06), WuB I G 7., 1.08

Palandt, Otto (Begr.)/Bassenge, Peter (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2012

- Pannier, Matthias: Harmonisierung der Aktionärsrechte in Europa, Duncker & Humblot GmbH, Berlin 2003 (zit.: Pannier, Harmonisierung)
- Papadimopoulos, Ioannis: Das Austritts- und Auflösungsrecht als Minderheitsbehelfe de lege ferenda im deutschen und griechischen Aktienrecht, Gießen 1994
- Papp, Sven/Oviier-Neivelt, Maarja: Estonia, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. I (2006), S. 299 ff.
- Paschke, Marian: Die fehlerhafte Korporation, ZHR 155 (1991), 1 ff.
- Paschos, Nikolaos: Die Maßgeblichkeit des Börsenkurses bei Verschmelzungen, ZIP 2003, 1017 ff.
- Panthen, Thomas: Der „Sitz“-Begriff im Internationalen Gesellschaftsrecht, Verlag Peter Lang, Frankfurt a. M. 1988
- Paul, Carsten A.: Derivative Action under English and German Corporate Law – Shareholder Participation between the Tension Filled Areas of Corporate Governance and Malicious Shareholder Interference, ECFR 2010, 81 ff.
- Ders.: Gesetzgeberisches Regelungsanliegen und rechtsdogmatische Einordnung von § 35 WpÜG – Wider die These vom Konzerneingangsschutz, Der Konzern 2009, 80 ff.
- Peli, Carmen/Dinu, Georgeta: Romania, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. II (2008), S. 315 ff.
- Pentz, Andreas: Die Rechtsstellung der Enkel-AG in einer mehrstufigen Unternehmensverbindung, Peter Lang Verlag, Frankfurt a. M. 1994, zugl.: Univ. Heidelberg, Diss. 1994
- Petersen, Jens: Der Gläubigerschutz im Umwandlungsrecht, Verlag C. H. Beck, München 2001, zugl.: Univ. München, Habil.-Schr. 2000/2001 (zit.: Petersen, Gläubigerschutz)
- Plaňiol, Miguel Liria: Spain, in: Van Gerven/Storm, The European Company, Vol. II (2008), S. 362 ff.
- Pons: Großwörterbuch Französisch für Experten und Universität, 1. Aufl., Ernst Klett Verlag, Stuttgart 1999
- Pons: Großwörterbuch Polnisch-Deutsch, Poznań und Ernst Klett Sprachen GmbH, Stuttgart 2008
- Prasuhn, Katharina: Der Schutz von Minderheitsaktionären bei Unternehmensübernahmen nach dem WpÜG, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2009
- Prantl, Johannes: Konzernbildung, Konzernrecht und Minderheitenschutz in Deutschland – Eine ökonomische Analyse, Verlag Peter Lang, Frankfurt a. M. 1994 (zit.: Prantl, Konzernrecht)
- Preuß, Nicola: Auswirkungen der FGG-Reform auf das Spruchverfahren, NZG 2009, 961 ff.
- Price, Charles: Belgische Handelsgesellschaften, in: Eiselsberg, Maximilian (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in Europa (1997), S. 207 ff.
- Priester, Hans-Joachim: EU-Sitzverlegung – Verfahrensablauf, ZGR 1999, S. 36 ff.
- Ders.: Strukturveränderungen – Beschlußvorbereitung und Beschlußfassung, ZGR 1990, 420 ff.
- Pütz, Dagmar: Funktion und Reichweite der aktien- und kapitalmarktrechtlichen Aktionärsinformation in Deutschland, Frankreich und England, Verlag Peter Lang GmbH, Frankfurt a. M. 2006 (zit.: Pütz, Aktionärsinformation)
- Puzkajler, Karl Peter: Verfahrensgegenstand und Rechte des gemeinsamen Vertreters im neuen Spruchverfahren, Der Konzern 2006, 256 f.

- Raiser, Thomas/Veil, Rüdiger: Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl. Verlag Franz Vahlen München 2010
- Rajak, Harry: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht des Vereinigten Königreichs, ZGR Sonderheft 13 (1998), 187 ff.
- Rasner, Henning: Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) – ist sie wünschenswert? ZGR 1992, S. 314, 319
- Rauscher, Thomas/Wax, Peter/Wenzel, Joachim: Münchner Kommentar ZPO, 3. Auflage 2008, Verlag C.H. Beck München (zit.: Bearb., in: MüKo ZPO, § 12, Rn. 1)
- Reichert, Jochem: Aktionärsrechte und Anlegerschutz – Stellungnahme zu den Vorschlägen der Corporate Governance Kommission, ZHR Sonderheft 71 (2002), 165 ff.
- Ders.: Die SE als Gestaltungsinstrument für grenzüberschreitende Umstrukturierungen, Der Konzern 2006, 821 ff.
- Reichert, Jochem/Senger, Michael: Berichtspflicht des Vorstands und Rechtsschutz der Aktionäre gegen Beschlüsse der Verwaltung über die Ausnutzung eines genehmigten Kapitals im Wege der allgemeinen Feststellungsklage, Der Konzern 2006, 338 ff.
- Reul, Adolf: Grundrechte und Vertragsfreiheit im Gesellschaftsrecht, DNotZ 2007, 185 ff.
- Ders.: Grundrechte und Vertragsfreiheit im Gesellschaftsrecht, in: Schmoeckel (Hrsg.), Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht (2008), S. 97 ff.
- Reuter, Alexander: Gesellschaftsrechtliche Fragen der Unternehmensbewertung mit internationalen Bezügen, AG 2007, 881 ff.
- Richter, Wolfgang: Der Kapitalmarkt und sein Gesellschaftsrecht, ZHR 172 (2008), 419 ff.
- Rickford, Jonathan: Current Developments in European Law on the Restructuring of Companies: An Introduction, European Business Law Review (EBLR) 2004, 1225 ff.
- Riegger, Bodo: Der Börsenkurs als Untergrenze der Abfindung? DB 1999, 1889 ff.
- Riegger, Bodo/Wasmann, Dirk: Das Stichtagsprinzip in der Unternehmensbewertung, in: Habersack/Hommelhoff (Hrsg.), Festschrift für Wulf Goette (2011), S. 433 ff.
- Ringe, Wolf-Georg: Die Sitzverlegung der Europäischen Aktiengesellschaft, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2006 (zit.: Ringe, Sitzverlegung)
- Ders.: „Überseering im Verfahrensrecht“ – Zu den Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften auf das Internationale Zivilprozessrecht, IPrax 2007, 388 ff.
- Rodloff, Frank: Börsenkurs statt Unternehmensbewertung. Zur Ermittlung der Abfindung in Spruchstellenverfahren, DB 1999, 1149 ff.
- Röhrich, Volker: Die Rechtsstellung der außenstehenden Aktionäre beim Beitritt zum Beherrschungsvertrag, ZHR 162 (1998), 249 ff.
- Rölike, Arndt/Tonner, Martin: Der Schutz des Minderheitsaktionäres durch Art. 14 GG, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Verlag De Gruyter Recht, Berlin 2009, S. 199 ff.
- Röpke, Katarina: Gläubigerschutzregime im europäischen Wettbewerb der Gesellschaftsrechte, Verlag De Gruyter, Berlin 2007
- Röpke, Katarina/Heine, Klaus: Vertikaler Regulierungswettbewerb und europäischer Binnenmarkt – Die Europäische Aktiengesellschaft als supranationales Rechtsangebot, in: Lenel, Hans Otto/Gröner, Helmut /Hamm,

Walter/Heuss, Ernst u. a. (Hrsg.): Jahrbuch für die Ordnung der Wirtschaft und Gesellschaft (ORDO), Band 56, Lucius und Lucius, Stuttgart 2005 (zit.: Röpke/Heine, Jahrbuch für die Wirtschaft und Ordnung 2005)

Ders.: Zum Austritt des Gesellschafters aus der GmbH, in: Goerdeler/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), Festschrift für Alfred Kellermann (1991), S. 361 ff.

Roitzsch, Frank: Der Minderheitenschutz im Verbandsrecht, Peter Hanstein Verlag GmbH, Königstein 1981, zugl.: Univ. Tübingen, Diss. 1980

Rokas, Nikolaos K.: Die Reform des griechischen Aktienrechts, in: Grundmann/Mülbert u. a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt (2010), S. 3291 ff.

Rollin, Felix in Hopt, Klaus J./Lieb, Manfred/Westermann, Harm Peter (Hrsg.): Die Aktionärsklage in England und Deutschland, Nomos Verlagsges. Baden Baden, 1. Aufl. 2004 (zit.: Rollin, Aktionärsklage)

Rosen, Rüdiger von (Hrsg.): Die Societas Europaea (SE), Dokumentation der Seminare vom 30. März 2006 und vom 24. April 2007, Deutsches Aktieninstitut, Frankfurt a. M. Oktober 2007 (zit.: Bearb., in: Von Rosen (Hrsg.), DAI-Seminare)

Rosen, Rüdiger von (Hrsg.): Die Europa-AG – Eine Perspektive für deutsche Unternehmen?, Deutsches Aktieninstitut, Frankfurt a. M. März 2003, (zit.: Bearb., in: Von Rosen (Hrsg.), Die Europa-AG – Eine Perspektive für deutsche Unternehmen?)

Roth, Günther H.: Die Bedeutung von Cadbury-Schweppes für die Centros-Judikatur des EuGH, EuZW 2010, 607 ff.

Ders.: Vorgaben der Niederlassungsfreiheit für das Kapitalgesellschaftsrecht, C.H. Beck Verlag, München 2010

Roth, Markus: Die übertragende Auflösung nach Einführung des Squeeze-out, NZG 2003, 998 ff.

Roth, Wulf-Henning: Internationales Gesellschaftsrecht nach Überseering, IPrax 2003, 117 ff.

Rotheimer, Marietje: Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht, NZG 2008, 181

Rottbauer, Achim: Anmerkung zu OLG Hamm Beschluss vom 29. 6. 2000 – 15 W 69/00 (LG Münster), NZG 2000, 1236 f.

Ruffert, Matthias: Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Mohr Siebeck Tübingen 2001, zugl.: Univ. Trier., Habil.-Schr. 2000/2001

Ruge, Reinhard: Goldene Aktien und EG-Recht, EuZW 2002, 421 ff.

Ruoff, Michael: Das Schicksal des Abfindungsrechts beim vertragsüberlebenden Spruchverfahren, BB 2005, 2201 ff.

Saenger, Ingo: Wegzug von Personengesellschaften, in: Birk (Hrsg.), Festschrift Pöllath und Partners (2008), S. 295 ff.

Säcker, Franz Jürgen /Rixecker, Roland (Hrsg.) Münchner Kommentar BGB, Band 2, 6. Auflage (2012) sowie Band 11, 5. Auflage (2010), Verlag C.H. Beck, München

Sanders, Vorentwurf eines Statuts für eine SE – EWG-Kommission, Generaldirektion Wettbewerb, 1966, Az. 11000/IV/67, Studie Nr. 6, Reihe Wettbewerb, Brüssel 1967 (zit.: Sanders, VE SE-Statut (1966), S. XII)

Sandrock, Otto: Sitzrecht contra Savigny? BB 2004, 897 ff.

Ders.: Niederlassungsfreiheit und Internationales Gesellschaftsrecht, EWS 2005, 529 ff.

- Sauerbruch, Florens: Das Freigabeverfahren gemäß § 246a Aktiengesetz, GWV Fachverlage GmbH, Wiesbaden 2008, zugl.: Univ. Hamburg, Diss. 2008
- Scamuffa, Nico: Öffentliche Übernahmeangebote, Hartung-Gorre Verlag, Konstanz 2009, zugl.: Univ. Konstanz, Diss. 2009
- Schäfer, Carsten: Das Gesellschaftsrecht (weiter) auf dem Weg nach Europa – am Beispiel der SE-Gründung, NZG 2004, 785 ff.
- Schaffland, Hans-Jürgen/Korte, Otto: Das Genossenschaftsgesetz im Zeichen der Europäisierung und Internationalisierung, NZG 2006, 253 ff.
- Schanze, Erich/Jüttner, Andreas: Anerkennung und Kontrolle ausländischer Gesellschaften – Rechtslage und Perspektiven nach der Überseering-Entscheidung des EuGH, AG 2003, 30 ff.
- Schaub, Bernhard: Das Abfindungsangebot nach § 29 UmwG, NZG 1998, S. 626 ff.
- Scheifele, Matthias: Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), Verlag Peter Lang, Frankfurt a. M. 2004, zugl.: Univ. Würzburg, Diss. 2004 (zit.: Scheifele, Gründung)
- Schilling, Michael: Die ausschließliche internationale Zuständigkeit für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten vor dem Hintergrund der Niederlassungsfreiheit, IPrax 2005, 208 ff.
- Schilling, Theodor: Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, Nomos Verlagsges., Baden-Baden 1994, zugl.: Univ. Berlin, Habil.-Schr. 1994
- Schindler, Clemens Philipp: Die Europäische Aktiengesellschaft. Gesellschafts- und steuerrechtliche Aspekte, Lexis Nexis Verlag ARD ORAC GmbH und Co KG, Wien 2002, zugl.:
- Ders.: Was folgt aus den EuGH-Urteilen in den Rs. Cartesio und SEVIC für die grenzüberschreitende Verschmelzung und das SE-Statut? In: Beck, Karin E. M./Osterloh-Konrad, Christine (Hrsg.), Unternehmensnachfolge, Springer Verlag, Heidelberg 2009, S. 101 ff.
- Schindler, Hendrik: Das Austrittsrecht in Kapitalgesellschaften, Verlag C.H. Beck, München 1999, zugl.: Univ. Köln, Diss. 1997/1998
- Schlitt, Michael: Die gesellschaftsrechtlichen Folgen des regulären Delisting – Macroton und die Folgen, ZIP 2004, 533 ff.
- Schmidt, Jessica: „Deutsche“ versus „britische“ Societas Europaea (SE) – Gründung, Verfassung, Kapitalstruktur, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena 2006 (zit.: J. Schmidt, „deutsche“ vs. „britische“ SE)
- Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus (Hrsg.): Aktiengesetz Kommentar, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2. Aufl., Köln 2010 (zit.: Bearb., in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 186, Rn. 1)
- Schmidt, Karsten (Hrsg.): Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung? Duncker & Humblot GmbH, Berlin 1994
- Ders.: Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. Carl Heymanns Verlag, Köln 2002
- Ders.: Die Umwandlung einer GmbH in eine AG zu Kapitaländerungszwecken, AG 1985, 150 ff.
- Ders.: Macroton oder: weitere Ausdifferenzierung des Aktionärsschutzes durch den BGH, NZG 2003, 601 ff.
- Schmidt-Assmann: Der Schutz des Aktieneigentums durch Art. 14 GG, in: Brenner/Huber/Möstl u. a. (Hrsg.), Festschrift für Peter Badura (2004), S. 1009 ff.

Schmitt, Joachim/Hörtnagl, Robert/Stratz, Rolf-Christian: UmwG UmwStG Kommentar, 5. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2009 (zit.: Bearb., in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 136, Rn. 3)

Schmoeckel, Mathias (Hrsg.): Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, Nomos Verlagsges., Baden-Baden 2008

Schneider, Uwe H./Hommelhoff, Peter/Schmidt, Karsten/Timm, Wolfram/Grunewald, Barbara/Drygala, Tim (Hrsg.), Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2000

Schnichels, Dominik: Reichweite der Niederlassungsfreiheit, Nomos Verlagsges., 1. Aufl., Baden-Baden 1995, zugl.: Univ. München, Diss., 1993

Schnorbus, York: Gestaltungsfreiheit im Umwandlungsrecht, Nomos Verlagsges., Baden-Baden 2001, zugl.: Univ. Mainz, Diss., 2000

Schön, Wolfgang: Freie Wahl zwischen Zweigniederlassung und Tochtergesellschaft – Ein Grundsatz des Europäischen Unternehmensrechts, EWS 2000, S. 281 ff.

Ders. (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1997

Ders.: The Mobility of Companies in Europe and the Organizational Freedom of Company Founders, ECFR 2006, 122 ff.

Ders.: Mindestharmonisierung im europäischen Gesellschaftsrecht, ZHR 1996, 221 ff.

Ders.: Der Aktionär im Verfassungsrecht, in: Habersack/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer (2003), S. 1359 ff.

Ders.: Die Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften im System der Grundfreiheiten, in: Schneider/Hommelhoff u. a. (Hrsg.), Festschrift für Marcus Lutter (2000), S. 685 ff.

Schön, Wolfgang/Schindler, Philipp: Seminar D: Zur Besteuerung der grenzüberschreitenden Sitzverlegung einer Europäischen Aktiengesellschaft, IStR 2004, 571 ff.

Scholz, Franz von (Hrsg.): GmbHG Kommentar, Verlag Dr. Otto Schmidt, 10. Aufl., Köln 2010 (zit.: Bearb., in: Scholz, GmbHG, § 45, Rn. 11)

Schroeder, Ulrich: Finanzielle Unterstützung des Aktienerwerbs, Carl Heymanns Verlag KG, Köln 1995, zugl.: Univ. Bonn, Diss, 1993 (zit.: Schroeder, Finanzielle Unterstützung)

Schüppen, Matthias/Schaub, Bernhard: Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2010

Schütz, Carsten/Bürgers, Tobias/Riotte, Michael: Die Kommanditgesellschaft auf Aktien, Verlag C. H. Beck München 2004 (zit.: Bearb., in: Schütz/Bürgers/Riotte (Hrsg.), Hdb KGaA, § 10, Rn. 105)

Schütze, Rolf A.: Einheit und Vielfalt des Rechts, Festschrift für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag, Verlag C. H. Beck, München 2002

Schulenberg, Matthias: Die Antragsberechtigung gem. §§ 15, 305 ff. UmwG und die „Informationslast“ des Antragstellers im Spruchverfahren, AG 1998, 74 ff.

Schultz-Aßberg, Immo/Rönn, Matthias von (Hrsg.): Internationales Steuer- und Gesellschaftsrecht Aktuell, HDS-Verlag, Weil im Schönbuch 2010

Schulz, Andreas/Geismar, Bernhard: Die Europäische Aktiengesellschaft – Eine kritische Bestandsaufnahme, DSrR

2001, 1078

Schulz, Martin/Sester, Peter: Höchstrichterliche Harmonisierung der Kollisionsregeln im europäischen Gesellschaftsrecht: Durchbruch der Gründungstheorie nach „Überseering“, EWS 2002, 545 ff.

Schulze, Rainer: Europäische Genossenschaft SCE Handbuch, Nomos Verlagsges., 1. Aufl., Baden-Baden 2004 (zit.: Bearb., in: Schulze (Hrsg.), SCE Hdb, 3. Kap., B, Rn. 2)

Schumann, Alexander: Bezugsrecht und Bezugsrechtsausschluß bei Kapitalbeschaffungsmaßnahmen von Aktiengesellschaften, 1. Aufl., Nomos Verlagsges., Baden-Baden 2001, zugl.: Univ. Tübingen, Diss. 2001

Schwab, Martin: Zum intertemporalen Anwendungsbereich des § 243 IV 2 AktG – Zugleich ein Beitrag zur rechtsdogmatischen Einordnung der Vorschrift, NZG 2007, 521 ff.

Schwab, Michael: Abfindungsanspruch außenstehender Aktionäre bei Beendigung des Unternehmensvertrags durch Verschmelzung im Blickpunkt: Guano-Beschluß des BGH (BB 1997, 1705) und neue BVerG-Rechtsprechung, BB 2000, 527 ff.

Schwark, Eberhard: Der vereinfachte Bezugsrechtsausschluß – Zur Auslegung des § 186 Abs. 3 Satz 4 AktG, in: Martens/H. P. Westermann u. a. (Hrsg.), Festschrift für Carsten Peter Claussen (1997), S. 357 ff.

Ders.: Börsenrecht und Anlegerschutz, in: Kley/Leven u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rüdiger von Rosen (2008), S. 493 ff.

Schwark, Eberhard/Geiser, Frank: Delisting, ZHR 161 (1997), 739 ff.

Schwark, Eberhard/Zimmer, Daniel: Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2010

Schwarz, Günter Christian: Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) – SE-VO, Verlag C. H. Beck, München 2006 (zit.: Schwarz, SE-VO, Art. 7, Rn. 1)

Ders.: Europäisches Gesellschaftsrecht, Handbuch für Wissenschaft und Praxis, Nomos Verlagsges., 1. Auflage 2000 Baden-Baden (zit.: Schwarz, Europ. GesR, Rn. 1103)

Schwarze, Jürgen/Becker, Ulrich/Hatje, Armin (Hrsg.): EU-Kommentar, 3. Auflage, Nomos Verlagsges., Baden-Baden 2012

Schwarze, Jürgen (Hrsg.): Wirtschaftsverfassungsrechtliche Garantien für Unternehmen im europäischen Binnenmarkt, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2001

Seibert, Ulrich/Schütz, Karsten: Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts – UMAG, ZIP 2004, 252 ff.

Seibt, Christoph/Heiser, Kristian J.: Analyse der EU-Übernehmerichtlinie und Hinweise für eine Reform des deutschen Übernahmerechts, ZGR 2005, 200 ff.

Semler, Johannes: Überlegungen zur Praktikabilität der Organhaftungsvorschriften, in: Habersack/Hommelhoff (Hrsg.), Festschrift für Wulf Goette (2011), S. 499 ff.

Semler, Johannes/Asmus, Thomas: Der stimmlose Beschluss, NZG 2004, 881 ff.

Semler, Johannes/Stengel, Arndt: Umwandlungsgesetz mit Spruchverfahrensgesetz, Kurzkomentar, 3. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2012 (zit.: Bearb., in: Semler/Stengel, UmwG, § 207, Rn. 1)

Sethe, Rolf: Die personalistische Kapitalgesellschaft mit Börsenzugang, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1996

Siems, Mathias M.: SEVIC: Der letzte Mosaikstein im Internationalen Gesellschaftsrecht der EU? EuZW 2006, 135

ff.

Siepe, Thorsten Matthias: Die grenzüberschreitende Verschmelzung unter Beteiligung deutscher und englischer Kapitalgesellschaften, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2010, zugl.: Univ. Leipzig, Diss. 2010 (zit.: Siepe, Die grenzüberschreitende Verschmelzung)

Silava-Tomsone, Dace/Mikelsone, Iveta/Spigule, Jurgita: Latvia, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. II (2008), S. 231 ff.

Simon, Stefan: Kommentar zum SpruchG, Verlag C.H. Beck, München 2007 (zit.: Simon, SpruchG, § 11, Rn. 2)

Simon, Stefan/Burg, Michael: Zum Anwendungsbereich des § 29 Abs. 1 Satz 1 UmwG beim „kalten Delisting“, Der Konzern 2009, 214 ff.

Simon, Stefan/Rubner, Daniel: Die Umsetzung der Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen ins deutsche Recht, Der Konzern 2006, 835 ff.

Simons, Cornelius: Ungeklärte Zuständigkeitsfragen bei gesellschaftsrechtlichen Auseinandersetzungen, NZG 2012, 609 ff.

Slagter, Wiek: Landesbericht Niederlande zum Begleitgesetz Europäische Gesellschaft, in: Baums/Cahn (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft (2004), S. 30 ff.

Spahlinger, Andreas/Wegen, Gerhard: Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, Verlag C. H. Beck, München 2005

Dies.: Deutsche Gesellschaften in grenzüberschreitenden Umwandlungen nach „Sevic“, NZG 2006, 721 ff.

Spindler, Gerald: Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten – wohin führt der Weg? In: Habersack/Hommelhoff (Hrsg.), Festschrift für Wulf Goette (2011), S. 513 ff.

Spindler, Gerald/Berner, Olaf: Inspire Art – Der europäische Wettbewerb um das Gesellschaftsrecht ist endgültig eröffnet, RIW 2003, 949 ff.

Spindler, Gerald/Stilz, Eberhard: Kommentar zum AktG, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2010 (zit.: Bearb., in: Spindler/Stilz, AktG, § 243, Rn. 43)

Spitzbart, Britta: Die Europäische Aktiengesellschaft (Societas Europaea? SE)? Aufbau der SE und Gründung? RNotZ 2006, 369 ff.

Spliedt, Jürgen D.: Die Kündigungs- und Abfindungsrechte des Personengesellschafters und die Zulässigkeit ihrer Beschränkungen durch gesellschaftsrechtliche Vereinbarungen – Zugleich ein Beitrag zum Minderheitenschutz, Verlag Peter Lang, Frankfurt a. M. 1990 (zit.: Spliedt, Kündigungs- und Abfindungsrechte)

Staudinger, J. von (Hrsg.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Internationales Gesellschaftsrecht (14. Bearbeitung 1998) sowie BGB, Einleitung zu §§ 2141 ff., §§ 241-243 (Neubearbeitung 2009) und §§ 311, 311 a, 312 a-f (Neubearbeitung 2005) Walter de Gruyter GmbH, Berlin

Stein, Friedrich/Jonas, Martin (Hrsg.): ZPO, 22. Aufl., Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 2009

Steinmeyer, Roland/Häger, Michael: WpÜG Kommentar, Erich Schmidt Verlag, 2. Aufl. 2007 (zit.: Bearb., in: Steinmeyer/Häger, WpÜG, § 31, Rn. 20)

Stewen, Tobias: Europäische Niederlassungsfreiheit und deutsches Internationales Steuerrecht, Nomos Verlagsges., Baden-Baden 2007, zugl.: Univ. Bayreuth, Diss. 2007

Stork, Stefan: Die geplante Kodifizierung des Internationalen Gesellschaftsrechts. Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen, GewA 2008, 240 ff.

Streinz, Rudolf (Hrsg.): EUV/AEUV, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2012

Sudhoff, Heinrich (Hrsg.): Unternehmensnachfolge, 5. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2005

Szydlik, Agnieszka/Bondarewski, Magdalena Moczulska/Kozak, Malgorzata/Bernat, Michal/Le Berre, Morvan: Poland, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. I (2006), S. 369 ff.

Szydlo, Marek: The right of Companies to Cross-Border Conversion under the TFEU rules of Freedom of Establishment, ECFR 2010, 414 ff.

Technau, Konstantin: Übernahmerechtliche Austrittsrechte in Verschmelzungsfällen, AG 2002, 260 ff.

Teichmann, Christoph: Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE, ZGR 2003, 367 ff.

Ders., Austrittsrecht und Pflichtangebot bei Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft, AG 2004, 67 ff.

Ders.: Vorschläge für das deutsche Ausführungsgesetz zur Europäischen Aktiengesellschaft, ZIP 2002, 1109 ff.

Ders.: Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft, ZGR 2002, S. 383 ff.

Ders.: Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, Verlag De Gruyter, Berlin 2006

Ders.: European Company Law – Common Principles or Competition between Legislators? European Private Law (EPL) 2011, 145 ff.

Ders.: Binnenmarktmobilität von Gesellschaften nach „Sevic“, ZIP 2006, 355 ff.

Ders.: Cartesio: Die Freiheit zum formwechselnden Wegzug, ZIP 2009, 393 ff.

Theisen, Manuel Rene/Wenz, Martin (Hrsg.): Die Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Schäffer-Poeschel Verlag, Stuttgart 2005

Themaat, Pieter VerLoren Van: Die Aufgabenverteilung zwischen dem Gesetzgeber und dem Europäischen Gerichtshof bei der Gestaltung der Wirtschaftsverfassung und der Europäischen Gemeinschaften, in: Mestmäcker/Möller u. a. (Hrsg.), Festschrift für Hans von der Groeben (1987), S. 425 ff.

Thiermann, Christoph: „Grenzüberschreitende Neugründung einer Gesellschaft“ – ein neues Rechtsinstitut innerhalb der Europäischen Union? EuZW 2012, 209 ff.

Thölke, Ulrich: Kapitalgesellschaft liechtensteinischen Rechts mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland ist rechts- und parteifähig, Anmerkung zu BGHZ 164, 148, DNotZ 2006, 145 ff.

Thorup, Vagn/Hansen, Nikolaj/Hansen, Claus Juel/Ottosen, Arne: Denmark, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. I (2006), S. 174 ff.

Thümmel, Max/Hack, F. Sebastian: Die grenzüberschreitende Verschmelzung von Personengesellschaften, Der Konzern 2009, 1 ff.

Timm, Wolfram: Zur Sachkontrolle von Mehrheitsentscheidungen im Kapitalgesellschaftsrecht, ZGR 1987, 403 ff.

Tomuschat, Christian: Das Europa der Richter, in: Bröhmer/Bieber u. a. (Hrsg.), Festschrift für Georg Ress (2005), S. 857 ff.

Trautrim, Christoph: Das Kollisionsrecht der Personengesellschaften, AVM-Verlag, München 2009

Tröger, Tobias H.: Choice of Jurisdiction in European Corporate Law – Perspectives of European Corporate Governance, EBOR 2005, 3 ff.

Trörlitzsch, Thomas: Aktuelle Tendenzen im Umwandlungsrecht, DStR 1999, 764 ff.

Trost, Annette: Faktische Sitzverlegung unter Sitz- und Gründungstheorie im Vergleich, Verlag Peter Lang, Frankfurt a. M. 2003, zugl.: Univ. Ulm, Diss. 1989

Tsadiras, Alexandros: Cyprus, in: Van Gerven/Storm (Hrsg.), The European Company, Vol. II (2008), S. 63 ff.

Ulmer, Michael J.: Harmonisierungsschranken des Aktienrechts, Universitätsverlag C. Winter, Heidelberg 1998, zugl.: Univ. Heidelberg, Diss. 1996/97 (zit.: Ulmer, Harmonisierungsschranken)

Ulmer, Peter: Gläubigerschutz bei Scheinauslandsgesellschaften- Zum Verhältnis zwischen gläubigerschützendem nationalem Gesellschafts-, Delikts- und Insolvenzrecht und der EG-Niederlassungsfreiheit, NJW 2004, 1201

Ders. (Hrsg.): Hachenburg (Begr.), GmbHG, Walter de Gruyter Verlag, 8. Aufl., Berlin 1992 (zit.: Bearb., in: Hachenburg, GmbHG, Einl., Rn. 162)

Ders.: Die Aktionärsklage als Instrument zur Kontrolle des Vorstands- und Aufsichtsratshandelns, ZHR 163 (1999), 290 ff.

Ulmer, Peter/Habersack, Mathias/Winter, Martin (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Großkommentar, Ergänzungsband MoMiG, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 2010 (zit.: Bearb., in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 35, Rn. 1)

Unger, Dieter Friedrich: Das Recht der Kapitalaufbringung und -erhaltung bei der Aktiengesellschaft im Rechtsvergleich Deutschland, Österreich und Schweiz, Verlag Peter Lang GmbH, Frankfurt a. M. 2006 (zit.: Unger, Kapitalaufbringung und -erhaltung)

Vallender, Heinz: Die Insolvenz von Scheinauslandsgesellschaft, ZGR 2006, 425 ff.

Van Hulle, Karel/Maul, Silja/Drinhausen, Florian: Handbuch zur Europäischen Gesellschaft (SE), Verlag C. H. Beck, München 2007 (zit.: Bearb., in: Van Hulle/Maul/Drinhausen, Hdb. SE, 5. Abschnitt, § 3, Rn. 10)

Veil, Rüdiger: Klagemöglichkeiten bei Beschlussmängeln der Hauptversammlung nach dem UMAG, AG 2005, 567 ff.

Ders.: Unternehmensverträge, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2003, zugl.: Univ. Berlin, Habil.-Schr. 2002

Ders.: Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Verlag Arno Spitz GmbH, Berlin 1996, zugl. Univ. Berlin, Diss. 1995/1996

Ders. (Hrsg.): Europäisches Kapitalmarktrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2011

Veith, Alexander: Der Gläubigerschutz beim Formwechsel nach dem Umwandlungsgesetz, Peter Lang Verlag, Frankfurt a. M. 2003, zugl.: Univ. Mainz, Diss., 2003

Verhoeven, Thomas: Der besondere Vertreter nach § 147 AktG: Erwacht ein schlafender Riese? ZIP 2008, 245 ff.

Vetter, Jochen: Ausweitung des Spruchverfahrens, Überlegungen de lege lata und de lege ferenda, ZHR 168 (2004), S. 8 ff.

Vinçon, Henrike Juliane: Die grenzüberschreitende Sitzverlegung der Europäischen Aktiengesellschaft, 2008, zugl.: Univ. Heidelberg, Diss. 2008 (zit.: Vinçon, Sitzverlegung)

Volhard, Rüdiger: Eigenverantwortlichkeit und Folgepflicht. Muß der Vorstand anfechtbare oder angefochtene

Hauptversammlungsbeschlüsse ausführen und verteidigen? ZGR 1996, 55 ff.

Vossius, Oliver: Gründung und Umwandlung der deutschen Europäischen Gesellschaft (SE), ZIP 2005, 741 ff.

Waclawik, Erich: Der Referentenentwurf des Gesetzes zur Einführung der Europäischen (Aktien)Gesellschaft, DB 2004, 1191 ff.

Ders.: Die Aktionärskontrolle des Verwaltungshandelns bei der Ausnutzung des genehmigten Kapitals der Aktiengesellschaft, ZIP 2006, 397 ff.

Ders.: Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) als Konzerntochter und Joint-Venture-Gesellschaft, DB 2006, 1827 ff.

Wagner, Jens: Die Bestimmung des auf die SE anwendbaren Rechts, NZG 2002, 985 ff.

Wagner, Siegfried: Die verwirrende Rechtsprechung des EuGH in der Frage von Kohärenz und Symmetrie als Rechtfertigungsgründe, Der Konzern 2009, 235 ff.

Walden, Daniel/Meyer-Landrut, Andreas: Die grenzüberschreitende Verschmelzung zu einer Europäischen Gesellschaft: Beschlussfassung und Eintragung, DB 2005, 2619 ff.

Wank, Rolf/Hirte, Heribert/Frey, Kaspar/Fleischer, Holger/Thüsing, Gregor (Hrsg.): Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, Verlag C. H. Beck, München 2002

Wasmann, Dirk: Anforderungen an die Zulässigkeit eines Antrags nach dem Spruchverfahrensgesetz und Auswirkungen der (Un-)Zulässigkeit, WM 2004, 819 ff.

Wasmann, Dirk/Riegger, Bodo (Hrsg.): Kölner Kommentar zum SpruchG, 1. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln 2005 (zit.: Bearb., in: KK SpruchG, § 3, Rn. 5)

Weber, Martin: Börsenkursbestimmung aus ökonomischer Perspektive, ZGR 2004, 280 ff.

Wedemann, Frauke: Kein „Supertorpedo“ für Gesellschaften und ihre Mitglieder – Neues vom EuGH zu Art. 22 Nr. 2 EuGVVO, NZG 2011, 733 ff.

Weiler, Simon: Grenzen des Verzichts auf die Anteilsgewährung im Umwandlungsrecht– Kritische Betrachtung der §§ 54 I 3, 68 I 3 UmwG n. F. und mögliche Mechanismen zum Schutz von Minderheitsgesellschaftern –, NZG 2008, 527 ff.

Weiss, Susanne/Wöhlert, Helge-Thorsten: Die „Sevic-Entscheidung“ des EuGH – „sudden death“ für die Societas Europaea und Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung und Wegbereiter für grenzüberschreitende Spaltungen? WM 2007, 580 ff.

Dies.: Societas Europaea – Der Siegeszug des deutschen Mitbestimmungsrechts in Europa? –, NZG 2006, 121 ff.

Weißhaupt, Frank: Modernisierung des Informationsmängelrechts in der Aktiengesellschaft nach dem UMAG-Regierungsentwurf, WM 2004, 705 ff.

Ders.: Informationsmängel in der Hauptversammlung: die Neuregelungen durch das UMAG, ZIP 2005, 1766 ff.

Weller, Marc-Philippe: Zum identitätswahrenden Wegzug deutscher Gesellschaften, DStR 2004, 1218 ff.

Ders.: Die Rechtsquellendogmatik des Gesellschaftskollisionsrechts, IPrax 2009, 202 ff.

Ders.: „Inspire Art“: Weitgehende Freiheiten beim Einsatz ausländischer Briefkastengesellschaften, DStR 2003, 1800 ff.

- Ders.: Die Verlegung des Main Center of Interest von Deutschland nach England, ZGR 2008, 835 ff.
- Ders.: Das Internationale Gesellschaftsrecht in der neuesten BGH-Rechtsprechung, IPrax 2003, 324 ff.
- Wellkamp, Ludger: Aktionärsschutz, Verlag für Rechts- und Wirtschaftsbücher GmbH, Bonn 1998 (zit.: Wellkamp, Aktionärsschutz)
- Weng, Andreas: Zulässigkeit und Durchführung grenzüberschreitender Verschmelzungen, Verlag Duncker und Humblodt, Berlin 2008, zugl.: Univ. Münster, Diss. 2007 (zit.: Weng, grenzüberschreitende Verschmelzung)
- Wenglorz, Georg: Die grenzüberschreitende „Heraus“-Verschmelzung einer deutschen Kapitalgesellschaft: Und es geht doch! BB 2004, 1061 ff.
- Weppner, Simon: Der gesellschaftsrechtliche Minderheitenschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Mohr Siebeck, Tübingen 2010, zugl. Freie Univ. Berlin, Diss. 2010
- Westermann, Harm Peter: Individualrechte und unternehmerische Handlungsfreiheit im Aktienrecht, ZHR 156 (1992), 203 ff.
- Ders.: Die Zweckmäßigkeit der Verschmelzung als Gegenstand des Verschmelzungsberichts, der Aktionärsentscheidung und der Anfechtungsklage, in: Bierich (Hrsg.), Festschrift für Johannes Semler (1993), S. 651 ff.
- Westermann, Harm Peter/Mock, Klaus (Hrsg.): Festschrift für Georold Bezenberger zum 70. Geburtstag, Verlag De Gruyter Berlin 2000
- Westermann, Harm Peter/Wertenbruch, Johannes: Handbuch der Personengesellschaften, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln 2010 (Loseblattsamml.) (zit.: Bearb., in: Hdb. PersG, § 60, Rn. 4111)
- Wichert, Joachim: Die GmbH und Co KGaA nach dem Beschluss BGHZ 134, 392, AG 2000, 268 ff.
- Wiedemann, Herbert: Gesellschaftsrecht, Band II, Verlag C.H. Beck, München 2004 (zit.: Wiedemann, GesR II)
- Ders.: Gesellschaftsrecht, Band I, Verlag C.H. Beck, München 1980 (zit.: Wiedemann, GesR I)
- Ders.: Die Unternehmensgruppe im Privatrecht, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag, Tübingen 1988 (zit.: Wiedemann, Unternehmensgruppe)
- Ders.: Die Personengesellschaft – Vertrag oder Organisation? ZGR 1996, 286 ff.
- Ders.: Organverantwortung und Gesellschafterklagen in der Aktiengesellschaft, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Westdeutscher Verlag, Opladen 1989
- Ders.: Rechtsethische Maßstäbe im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, ZGR 1980, 147 ff.
- Ders.: Zu den Treupflichten im Gesellschaftsrecht, in: Kübler/Mertens/Werner (Hrsg.), Festschrift für Theodor Heinsius (1991), S. 949 ff.
- Ders.: Minderheitsrechte ernstgenommen. Gedanken aus Anlaß der Magna-Media-Entscheidung BayObLG, ZIP 1998, 2002, ZGR 1999, 857 ff.
- Widmann, Siegfried/Mayer, Dieter (Hrsg.): Umwandlungsrecht Kommentar, Stollfuß Medien GmbH & Co KG, Bonn, Stand: 124. Aktualisierung Oktober 2011 (zit.: Bearb., in: Widmann/Mayer, UmwR, § 207, Rn. 11)
- Wiesen, Heinrich: Der materielle Gesellschafterschutz: Abfindung und Spruchverfahren, ZGR 1990, 503 ff.
- Wilhelmi, Rüdiger: Anmerkung zu EuGH v. 16. 12. 2008, Rs C-210/06, Slg. 2008, I-09641 – Cartesio, JZ 2009, 411

ff.

Wilm, Daniel: Abfindung zum Börsenkurs – Konsequenzen der Entscheidung des BVerfG, NZG 2000, 234 ff.

Wilsing, Hans-Ulrich/Kruse, Tobias: Maßgeblichkeit der Börsenkurse bei umwandlungsrechtlichen Verschmelzungen? DStR 2001, 991 ff.

Windbichler, Christine: „Corporate Group Law for Europe“: Comments in the Forum Europaeum`s Principles and Proposals for a European Corporate Group Law, EBOR 2000, 265 ff.

Winkler, Nina: Das Stimmrecht der Aktionäre in der Europäischen Union, De Gruyter Recht, Berlin 2006 (zit.: Winkler, Stimmrecht)

Winter, Martin: Die Reform des Beschlussanfechtungsrechts – Eine Zwischenbilanz, in: Hoffmann-Becking/Ludwig u. a. (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Happ (2006), S. 363 ff.

Winter, Michael: Planung und Vorbereitung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung, Der Konzern 2007, 24 ff.

Winter, Michael/Nießen, Tobias: Amtsermittlung und Beibringung im Spruchverfahren, NZG 2007, 13 ff.

Wirth, Andreas/Pospiech, Lutz: Der besondere Vertreter gem. § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG als Organ der Aktiengesellschaft? DB 2008, 2471 ff.

Wirth, Gerhard/Arnold, Michael: Anlegerschutz beim Delisting von Aktiengesellschaften, ZIP 2000, 111 ff.

Witten, Judy: Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), Nomos Verlagsges., Baden-Baden 2011, zugl.: Univ. Münster, Diss. 2010 (zit.: Witten, Minderheitenschutz)

Wittgens, Jonas: Das Spruchverfahrensgesetz, De Gruyter Recht, Berlin 2005 (zit.: Wittgens, Spruchverfahrensgesetz)

World Bank/International Bank for Reconstruction and Development: Doing Business 2012, Washington 2012

Wolf, Peter: Abfindungsrechte der Minderheitsaktionäre, Nomos Verlagsges., Baden-Baden 2010, zugl.: Univ. Mannheim, Diss. 2009

Wolf, Jens: Die Haftung des Kommanditisten beim Formwechsel in die GmbH, ZIP 1996, 1200 ff.

Würdinger, Hans: Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen, Verlag C. F. Müller, 4. Aufl., Karlsruhe 1981 (zit.: Würdinger, Aktienrecht)

Wymeersch, Eddy: The Transfer of the Company`s Seat in European Company Law, ECGI Law Working Paper No. 8/2003

Zang, Axel: Sitz und Verlegung des Sitzes einer europäischen Aktiengesellschaft mit Sitz in Deutschland, Verlag Peter Lang, Frankfurt a. M. 2005, zugl.: Univ. Würzburg, Diss. 2004 (zit.: Zang, Sitzverlegung)

Zetsche, Dirk: Reguläres Delisting und deutsches Gesellschaftsrecht, NZG 2000, 1065 ff.

Ziekow, Jan: Über Freizügigkeit und Aufenthalt, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 1997, zugl.: Univ. Berlin, Habil.-Schr. 1995/96

Ziemons, Hildegard: Freie Bahn für den Umzug von Gesellschaften nach Inspire Art?!, ZIP 2003, 1913 ff.

Zimmer, Daniel: Wie es Euch gefällt? Offene Fragen nach dem Überseering-Urteil des EuGH, BB 2003, 1 ff.

Ders.: Nach „Inspire Art“: Grenzenlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen? NJW 2003, 3585 ff.

- Zimmer, Lutz/Meese, Jon Marcus: Vergleiche im Spruchverfahren und bei Anfechtungsklagen, NZG 2004, 201 ff.
- Zimmer, Daniel/Naendrup, Christoph: Das „Cartesio“-Urteil des EuGH: Rück- oder Fortschritt für das internationale Gesellschaftsrecht? NJW 2009, 545 ff.
- Zimmer, Heiko: Das „Koppelungsverbot“ der SE-VO auf dem Prüfstand, EWS 2010, 222 ff.
- Zöller, Richard (Begr.): Zivilprozessordnung, 29. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2012 (zit.: Bearb., in: Zöller, ZPO, § 12, Rn. 2)
- Zöllner, Wolfgang/Noack, Ulrich (Hrsg.): Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2./3. Auflage (soweit erschienen), Carl Heymanns Verlag, Köln 2009/2011 (zit.: Bearb., in: KK AktG, § 133, Rn. 13)
- Dies.: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 1. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln 1985 (zit.: Bearb., in: KK AktG (1. Aufl.), § 133, Rn. 13)
- Zöllner, Wolfgang: Bemerkungen zu allgemeinen Fragen des Referentenentwurfs eines Umwandlungsgesetzes, ZGR 1993, 334 ff.
- Ders.: Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, Verlag C. H. Beck, München 1963, zugl.: Univ. München, Habil.-Schr. 1960 (zit.: Zöllner, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht)
- Ders.: Die sogenannten Gesellschafterklagen im Kapitalgesellschaftsrecht, ZGR 1988, 392 ff.
- Ders.: Schutz der Aktionärsminorität bei einfacher Konzernierung, in: Forster/Grunewald u. a. (Hrsg.), Festschrift für Bruno Kropff (1997), S. 333 ff.
- Ders.: Zur Problematik der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, AG 2000, 145 ff.
- Ders.: Kontrollrechte des einzelnen Aktionärs: Beschränkung, Erweiterung und Missbrauchsbekämpfung, ZGR Sonderheft 12 (1994), 147 ff.
- Ders.: Qualifizierte Konzernierung im Aktienrecht, in: Schön, Wolfgang (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk (1997), S. 369 ff.
- Ders.: Grundsatzüberlegungen zur umfassenden Umstrukturierbarkeit der Gesellschaftsformen nach dem Umwandlungsgesetz, in: Martens/H. P. Westermann u. a. (Hrsg.), Festschrift für Carsten Peter Claussen (1997), S. 423 ff.
- Zöllner, Wolfgang/Winter, Martin: Folgen der Nichtigerklärung durchgeführter Kapitalerhöhungsbeschlüsse, ZHR 158 (1994), 59 ff.
- Zöögling, Ingvar: Schwedisches Gesellschaftsrecht, in: Eiselsberg, Maximilian (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in Europa (1997), S. 245 ff.