

# Der Konzern

Heft 4/2011

9. Jahrgang

Seiten 135–196

## Herausgeber

Prof. Dr. Stefan Simon (geschäftsführend)  
Prof. Dr. Andreas Cahn, LL.M., Ewald Dötsch, Prof. Dr. Hans-Joachim Böcking

## Herausgeberbeirat

Prof. Dr. Hans-Georg Bruns, Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb, Prof. Dr. Manfred Eibelshäuser, Dr. Christoph Ernst, Prof. Dr. Gerrit Frotscher, Prof. Dr. Joachim Hennrichs, Prof. Dr. Norbert Herzig, Prof. Dr. Johanna Hey, Prof. Dr. Michael Hommel, Prof. Karel van Hulle, Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Prof. Dr. Susanne Kalss, LL.M., Prof. Dr. Georg Kämpfer, Prof. Dr. Hans-Georg Koppensteiner, LL.M., Gert Müller-Gatermann, Prof. Dr. Ulrich Noack, Prof. Dr. Rolf Nonnenmacher, Prof. Dr. Norbert Pfitzer, Prof. Dr. Jochen Reichert, Prof. Dr. Carsten Schäfer, Achim Schmidt, Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt, Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Schön, Prof. Dr. Dr. h.c. Franz Wassermeyer

## Formwechsel einer SE in eine KGaA und »vernünftige« Zweifel an der Auslegung des Art. 66 SE-VO

Von Prof. Dr. *Günter Reiner*, Hamburg\*

### Einleitung

- I. Auslegungsfrage
    1. Überblick über das Meinungsbild in Deutschland
    2. Argumente der Anhänger einer weiten Auslegung
      - a) Wortlaut
      - b) Grundsatz der subsidiären Anwendung nationalen Rechts
      - c) Europäische Niederlassungsfreiheit
      - d) Diskriminierungsverbot nach Art. 10 SE-VO
      - e) Formwechsel als Mindeststandard
      - f) Praktikabilitätsargument
    - Zwischenergebnis
    3. Argumente der Anhänger einer engen Auslegung
      - a) Wortlaut
      - b) Eng auszulegende Ausnahmegesetz
      - c) Normzweck des Missbrauchsschutzes
      - d) Überprüfungsvorbehalt des Art. 69 SE-VO
      - e) Spiegelbildlichkeit von Formwechsel zu und von SE
      - f) Entstehungsgeschichte
        - aa) Verschmelzung
        - bb) Formwechsel
        - cc) Folgerungen für Auslegung des Art. 66 SE-VO
    4. Vergleich mit Vorschlag eines Statuts der Europäischen Privatgesellschaft
    5. Zwischenergebnis
  - II. Vorlagepflicht trotz Eilverfahrens
  - III. Erforderlichkeit der Rechtsauskunft
- Ergebnis

### Einleitung

Am 12. 5. 2010 hat die Hauptversammlung der Fresenius SE den Formwechsel der Gesellschaft in die Rechtsform der KGaA (»Fresenius SE & Co. KGaA«) unter Beitritt der Asion SE, die künftig als Fresenius Management SE firmieren soll, beschlossen. Mehrere Aktionäre haben gegen diesen Beschluss Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage erhoben. Auf Antrag der Fresenius SE hat das OLG

Frankfurt a.M. am 2. 12. 2010 in einem Freigabeverfahren (5 Sch 3/10) gemäß §§ 198 III, 16 III UmwG festgestellt, dass die Erhebung dieser Klage der Eintragung der neuen Rechtsform gemäß § 198 I UmwG in das Handelsregister nicht entgegensteht.

Das Hauptsache- und das Freigabeverfahren werfen eine Reihe interessanter Fragen des europäischen und nationalen Aktien- und Umwandlungsrechts auf. Nur auf einen einzigen, allerdings wesentlichen Aspekt, der auch in Zusammenhang mit der anstehenden Revision der am 8. 10. 2004 in Kraft getretenen Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. 10. 2001 »über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)« (nachfolgend: SE-VO) eine Rolle spielen könnte (vgl. Art. 69 SE-VO),<sup>1</sup> soll hier eingegangen werden: die Frage nämlich, ob der direkte Formwechsel einer SE in eine KGaA *europarechtlich*, namentlich im Hinblick auf Art. 66 I 1 SE-VO, zulässig ist, und damit verbunden die verfahrensrechtliche Frage, ob die erste Frage, wenn sie in einem nationalen Gerichtsverfahren, insbesondere einem Freigabeverfahren,

\* Der Autor ist Inhaber der Professur für Bürgerliches Recht, Handels-, Gesellschafts-, Wirtschaftsrecht und Steuerrecht an der Helmut-Schmidt-Universität (Universität der Bundeswehr) und Richter am Hanseatischen Oberlandesgericht.

<sup>1</sup> Vgl. das Fazit der EU-Kommission in ihrem Bericht an das Europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der SE-VO v. 17. 11. 2010, KOM(2010) 676 endgültig, S. 11: »Sechs Jahre Erfahrungen mit der SE-Verordnung« hätten »gezeigt, dass die Anwendung des Statuts in der Praxis eine Reihe von Problemen« aufwerfe. Die Kommission denke »derzeit über mögliche Änderungen des SE-Statuts nach, um gegebenenfalls 2012 Vorschläge vorzulegen«.

ren, entscheidungsrelevant werden sollte, dem EuGH nach Art. 267 III AEUV zur Vorabentscheidung vorzulegen wäre.

Das OLG Frankfurt a.M. hat die materiell-rechtliche Frage bejaht und seine Vorlagepflicht für das Freigabeverfahren verneint. Diese Auffassung begegnet erheblichen Bedenken, wie nachfolgend gezeigt wird. Nach Art. 267 III i.V.m. I lit. b AEUV ist ein einzelstaatliches Gericht, »dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können«, »zur Anrufung des Gerichtshofs verpflichtet«, wenn ihm »in einem schwebenden Verfahren« eine Frage »über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union« gestellt wird. Zudem muss die Beantwortung der vorgelegten Frage aus Sicht des Gerichts für die Entscheidung »erforderlich« sein. Das entsprechende Merkmal des Art. 267 II AEUV ist auf Art. 267 III AEUV übertragbar.<sup>2</sup>

Die Voraussetzung eines »schwebenden Verfahrens bei einem einzelstaatlichen Gericht« (Art. 267 III AEUV) ist im Hauptsache- und im Freigabeverfahren ohne Weiteres erfüllt. Auch im Freigabeverfahren agieren die Gerichte als Spruchkörper und nicht wie in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit<sup>3</sup> als Verwaltungsbehörden (im europarechtlichen Sinn), ihre Entscheidungen besitzen Rechtsprechungscharakter.<sup>4</sup>

Das Merkmal der Erschöpfung des Rechtswegs, die das Vorlagerecht nach Art. 267 II AEUV zur Vorlagepflicht werden lässt, ist im Hauptsacheverfahren regelmäßig erst in der Revisionsinstanz, also vor dem BGH erfüllt. Dies gilt auch dann, wenn das Berufungsgericht (OLG) die Revision nicht nach § 543 ZPO zulässt, denn die Nichtzulassungsbeschwerde (§ 544 ZPO)<sup>5</sup> ist als »Rechtsmittel des innerstaatlichen Rechts« i.S.d. Art. 267 III AEUV anzusehen, weil sie dem Revisionsgericht die Möglichkeit gibt, die (entscheidungsrelevante) Frage der Auslegung europäischen Rechts selbst aufzugreifen und dem EuGH vorzulegen.<sup>6</sup> Im Freigabeverfahren, das direkt vor dem OLG stattfindet (§ 16 III 7 i.V.m. § 198 III UmwG), ist der Rechtsweg immer erschöpft. Der Beschluss, der das Freigabeverfahren beendet, kann nicht mehr »mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts« i.S. des Art. 267 AEUV angefochten werden, nach § 16 III 9 (i.V.m. § 198 III) UmwG ist er »unanfechtbar.« Außerordentliche Rechtsbehelfe wie z.B. die Gehörsrüge gemäß § 321a ZPO bleiben im Rahmen des Art. 267 III AEUV außer Betracht.<sup>7</sup> Auf den Meinungsstreit zwischen der konkreten und der abstrakten Sichtweise<sup>8</sup> bei der Erschöpfung des Rechtswegs kommt es nicht an.

Als kritische, genauer zu prüfende Tatbestandsmerkmale der Vorlegungspflicht verbleiben das Vorliegen einer Auslegungsfrage (I.) und die Erforderlichkeit der Rechtsauskunft (III.). Ebenfalls notwendig ist eine genauere Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EuGH zur Entbehrlichkeit von Vorlagen in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes (II.).

## I. Auslegungsfrage

Nach Art. 66 I 1 SE-VO kann eine SE »in eine dem Recht ihres Sitzstaats unterliegende Aktiengesellschaft umgewandelt werden«.<sup>9</sup> Eine »Aktiengesellschaft« i.S. dieser Vorschrift ist eine solche nach Anhang I der VO (vgl.

- 2 Z.B. EuGH, Urt. v. 6. 10. 1982 – Rs. 283/81, Srl CILFIT und Lanificio di Gavardo SpA gegen Ministero della Sanità, EuGHE 1982, 3415, Rn. 10, zu Art. 177 EWGV: Aus dem »Verhältnis zwischen den Abs. 2 und 3 des Art. 177« ergebe sich, »dass die in Abs. 3 genannten Gerichte die Frage, ob für den Erlass ihrer Entscheidung eine Entscheidung über die gemeinschaftsrechtliche Frage erforderlich« sei, »in eigener Zuständigkeit« beurteilen. Die Gerichte seien nicht zur Vorlage verpflichtet, »wenn die Frage nicht entscheidungserheblich« sei; aus dem Schrifttum z.B. Schwarze, in: Schwarze, Art. 234 EGV, Rn. 45.
- 3 S. RegE UMAG v. 14. 3. 2005, BT-Drucks. 15/5092, S. 28: »Das Freigabeverfahren ist als spezielles Eilverfahren konzipiert, es gelten die Regeln der ZPO, nicht des FGG«.
- 4 Zu diesem Kriterium z.B. EuGH, Urt. v. 16. 12. 2008 – C-210/06, EuGHE 2008, I-9641, Cartesio Oktató és Szolgáltató bt, Tz. 56 ff.; Schwarze, in: Schwarze, Art. 234 EGV, Rn. 27, m.w.N. aus der Rechtsprechung des EuGH.
- 5 Der bis zum 31. 12. 2011 befristete Ausschluss der Beschwerde nach § 26 Nr. EGZPO wird regelmäßig nicht einschlägig sein, weil der Streitwert und damit auch der Wert der mit der Revision geltend zu machenden Beschwer in den einschlägigen Fällen angesichts ihrer Bedeutung für die Parteien (§ 247 I AktG) den Betrag von 20.000 EUR übersteigen wird.
- 6 Vgl. EuGH, Urt. v. 4. 6. 2002 – C-99/00, EuGHE 2002, I-04839, Lyckeskog, Tz. 16, zu Art. 234 EGV in Zusammenhang mit der Straftatscheidung eines schwedischen Berufungsgerichts, die nur nach besonderer Zulassung durch das Revisionsgericht angefochten werden kann: Der Umstand, dass die Anfechtung einer gerichtlichen Entscheidung »nur nach vorheriger Zulassungserklärung durch das oberste Gericht in der Sache geprüft werden« könne, führe »nicht dazu, dass den Parteien das Rechtsmittel entzogen« werde; für die verwaltungsgerichtliche Nichtzulassungsbeschwerde nach § 133 I VwGO zuvor z.B. schon BVerwG, Beschl. v. 14. 12. 1992 – 5 B 72/92, EuZW 1993, 263, juris-Rn. 2 (zu Art. 177 III EWGV). Aus dem Schrifttum z.B. Dausen, in: Dausen, EU-Wirtschaftsrecht, 26. Auflage 2010, P.II. (Vorabentscheidungsverfahren), Rn. 185: Der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision komme der »Charakter eines Rechtsmittels i.S. von Art. 234 III EGV« zu; Wegener, in: Callies/Ruffert, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2007, Art. 234 EGV, Rn. 23; ebenso (speziell für die Nichtzulassungsbeschwerde im verwaltungsgerichtlichen und finanzgerichtlichen Verfahren) Schwarze, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2009, Art. 234, Rn. 42, m.N. zur (älteren) Gegenmeinung. Unklar, weil nicht auf die Möglichkeit einer Zulassungsbeschwerde eingehend, Kotzur, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/EAUV, 5. Aufl. 2010, Art. 267 AEUV, Rn. 18: Hänge die Statthaftigkeit eines Rechtsmittels von seiner besonderen Zulassung durch das Gericht ab, so sei das Gericht nur dann nicht vorlagepflichtig, wenn es das Rechtsmittel zulasse.
- 7 Z.B. Schwarze, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2009, Art. 234, Rn. 42.
- 8 Hierzu z.B. Schwarze, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 234 EGV, Rn. 41.
- 9 »Umwandlung« i.S. des SE-VO bedeutet »formwechselnde Umwandlung« (z.B. Casper, in: Spindler/Stilz, 2. Aufl., Art. 2, 3 SE-VO, Rn. 17), also Formwechsel. Der Begriff ist nicht identisch mit dem weiteren Begriff des § 1 I UmwG (Verschmelzung, Spaltung, Vermögensübertragung, Formwechsel).

Art. 2 I SE-VO), d.h. für Deutschland eine »Aktiengesellschaft« (AG<sup>10</sup>) i.S. des deutschen Rechts, d.h. i.S. des ersten Buchs (§§ 1–277) des AktG. Eine KGaA ist keine AG in diesem Sinne.<sup>11</sup> Dies wirft die Frage auf, ob Art. 66 SE-VO dem Formwechsel einer SE mit Sitz in Deutschland in eine KGaA mit Sitz in Deutschland entgegensteht. Dabei handelt es sich um eine Auslegungsfrage i.S. des § 267 III AEUV. Die (Verabschiedung der) SE-VO durch den Rat stellt eine »Handlung« eines Organs der Union i.S. dieser Vorschrift dar.<sup>12</sup> »Auslegung« ist die Ermittlung des Inhalts und der Tragweite einer (gemeinschaftsrechtlichen) Vorschrift, hier also des Art. 66 SE-VO, mit Blick auf einen bestimmten Sachverhalt.<sup>13</sup>

Der EuGH verneint allerdings eine Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte trotz Bestehens einer Auslegungsfrage,<sup>14</sup>

(1) wenn die zu entscheidende Rechtsfrage in einem gleich gelagerten Vorlageverfahren bereits entschieden worden ist,<sup>15</sup>

(2) wenn bereits eine gesicherte Rechtsprechung des Gerichtshofs vorliegt, durch die die betreffende Rechtsfrage gelöst wird, selbst wenn die Fragen nicht vollkommen identisch sind,<sup>16</sup>

oder

(3) wenn die richtige Auslegung des Gemeinschaftsrechts derart »offenkundig« ist, dass keinerlei Raum für »vernünftige« Zweifel an der Entscheidung der gestellten Frage bleibt (sog. *acte-claire*-Doktrin).<sup>17</sup>

Die Voraussetzungen für eine Ausnahme von der Vorlagepflicht nach den Nr. (1) und (2) sind vorliegend soweit ersichtlich nicht erfüllt. Entscheidungen des EuGH zur Auslegung des Art. 66 SE-VO sind nicht bekannt.

Das Bestehen einer vorlagepflichtigen Auslegungsfrage könnte hier aber gemäß Nr. (3) zu verneinen sein, wenn keine »vernünftigen« Zweifel daran bestehen, dass Art. 66 SE den Formwechsel einer deutschen SE in eine deutsche KGaA zulässt oder umgekehrt ihr entgegensteht.

Dies ist nachfolgend zu untersuchen. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass der EuGH bezüglich der Offenkundigkeit als Ausnahmetatbestand eine restriktive Linie verfolgt.<sup>18</sup> Selbst wenn die Offenkundigkeit aus nationaler Sicht zu bejahen sein sollte, muss das (ansonsten vorlagepflichtige) Gericht zusätzlich der Überzeugung sein, dass auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten die gleiche Gewissheit bestünde.<sup>19</sup>

## 1. Überblick über das Meinungsbild in Deutschland

Die nachfolgende Untersuchung des Meinungsbilds zur Auslegung des Art. 66 SE-VO beschränkt sich im Wesentlichen auf Deutschland. Jedenfalls für den Fall, dass die Offenkundigkeit der Auslegung aus deutscher Sicht zu verneinen sein sollte, reicht dies für eine Vorlagepflicht aus. Ein umfassender Überblick über das gesamte Meinungsbild im Bereich der EU ist schon aus sprachlichen Gründen mit vernünftigem Aufwand nicht zu bewerkstelligen und wird vom EuGH auch nicht verlangt.

In Deutschland haben weder das Gesetz zur Ausführung der SE-VO (SE-Ausführungsgesetz – SEAG) noch

das UmwG oder andere Gesetze eine spezielle Regelung zum Formwechsel in die Rechtsform der SE hinein, geschweige denn aus ihr heraus getroffen, die Aufschluss über die Einschätzung des *deutschen Gesetzgebers* gewähren könnte. Nach Art. 9 I lit. c (ii) und 10 SE-VO wird die SE in jedem Mitgliedstaat jedoch wie eine nationale Aktiengesellschaft behandelt, soweit die SE-VO nichts Abweichendes bestimmt. Daher ist der Formwechsel einer deutschen SE in eine (deutsche) KGaA gemäß 191 I Nr. 2, II Nr. 3 UmwG, der den (nationalen) Formwechsel einer Kapitalgesellschaft i.S. des § 3 I Nr. 3 UmwG (AG, GmbH, KGaA) in eine andere Kapitalgesellschaft gestattet,<sup>20</sup> trotz des umwandlungsrechtlichen *numerus clausus* (§ 3 UmwG) möglich,<sup>21</sup> vorausgesetzt Art. 66 SE-VO steht einer solchen Gleichbehandlung von SE und AG nicht entgegen. Das UmwG ist also *offen* für Formwechsel der SE in eine KGaA, unterstellt aber nicht seine Zulässigkeit.

Die Regierungsbegründung zum Zweiten Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes<sup>22</sup> geht ausdrücklich davon aus, dass unter die neuen §§ 122a ff. UmwG (»Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften«) auch »SE mit Sitz in Deutschland« fallen. Die Richtlinie 2005/56/EG »über die Verschmelzung

10 Die Abkürzung »AG« wird nachfolgend, um Missverständnisse auszuschließen, nur dann verwendet, wenn speziell die Aktiengesellschaft deutschen Rechts gemeint ist.

11 Dass eine (deutsche) KGaA aus europarechtlicher Sicht mit einer deutschen AG nicht identisch ist, ergibt sich bereits aus Art. 1 der Ersten Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie 68/151/EWG, der für Deutschland ausdrücklich zwischen den folgenden Rechtsformen unterscheidet: »die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung«.

12 Vgl. *Schwarze*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2009, Art. 234 EGV, Rn. 8: Unter »Handlungen der Organe sei (u.a.) das gesamte sekundäre Gemeinschaftsrecht zu verstehen; ebenso z.B. *Kotzur*, in: *Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/EAUV, 5. Aufl., Art. 267, Rn. 8.

13 Z.B. *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 6. Aufl., Baden-Baden 2003, Art. 234 EGV, Rn. 30; *Kotzur*, in: *Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/EAUV, 5. Aufl., Art. 267 AEUV, Rn. 7.

14 S. z.B. auch die Übersicht bei *Ehricke*, in: *Streinz*, EUV/EGV, München 2003, Art. 234, Rn. 44, m.w.N.

15 Z.B. EuGH, Urt. v. 27. 3. 1963 – Rs. 28–30/62, da *Costa /J. Niederländische Finanzverwaltung*, EuGHE 1963, 63, 81; EuGH, v. 6. 10. 1982 – Rs. 283/81, *Srl CILFIT und Lanificio di Gavardo SpA gegen Ministero della Sanità*, EuGHE 1982, 3415, Tz. 13; EuGH, Urt. v. 4. 11. 1997 – Rs. C-337/95, *Parfums Christian Dior /J. Evora*, EuGHE 1997, I-6013, Tz. 31.

16 EuGH, Urt. v. 6. 10. 1982 – Rs. 283/81, *CILFIT*, EuGHE 1982, 3415, Tz. 14.

17 EuGH, Urt. v. 6. 10. 1982 – Rs. 283/81, *CILFIT*, EuGHE 1982, 3415, Tz. 16 ff.

18 *Schwarze*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2009, Art. 234 EGV, Rn. 46.

19 *Schwarze*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 234 EGV, Rn. 46.

20 S. auch §§ 240 II, 245 II, 250 UmwG, die den Formwechsel einer AG in eine KGaA sogar ausdrücklich nennen.

21 So auch *Casper*, in: *Spindler/Stilz*, 2. Aufl., Art. 2, 3 SE-VO, Rn. 33, ohne Vorbehalt bezüglich Art. 66 SE-VO, was aus Sicht der von ihm vertretenen Auffassung konsequent ist.

22 BT-Drucks. 16/2919, S. 14.

von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten«,<sup>23</sup> deren Umsetzung die Gesetzesänderung diene, erwähnt zwar die SE-VO (Erwägungsgrund 13, Art. 16 III), nämlich via Verweisung in Zusammenhang mit der Mitbestimmung der Arbeitnehmer, nicht aber – vor allem nicht bei Art. 2 Nr. 1 – in Zusammenhang mit Definition der »Kapitalgesellschaft«, so dass für die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Verschmelzung mit einer SE die SE-VO *sedes materiae* bleibt. Demnach scheint die Bundesregierung Art. 66 SE-VO, wenn sie die Vorschrift in diesem Zusammenhang überhaupt im Blick hatte,<sup>24</sup> jedenfalls nicht in dem Maße für abschließend zu halten, dass über den dort geregelten Formwechsel der SE in eine nationale Aktiengesellschaft hinaus keinerlei andere, insbesondere keine (über Art. 2 I–III i.V.m. 3 I SE-VO hinaus gehenden) grenzüberschreitenden Umwandlungen (i.w.S. des § 1 I UmwG<sup>25</sup>) zulässig wären. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass aus Sicht der Regierung auch ein *nicht* grenzüberschreitenden Formwechsel von der SE zur KGaA zulässig wäre.<sup>26</sup> Davon abgesehen wäre der Standpunkt der Bundesregierung in dieser Hinsicht nur einer von vielen – besondere Autorität zur Auslegung des Europarechts besitzt die Regierung nicht.

Der Meinungsstand im rechtswissenschaftlichen Schrifttum ist uneinheitlich. Die zahlenmäßig inzwischen deutlich überwiegenden Stimmen<sup>27</sup> äußern sich, in der Regel unter Berufung auf die Verweisungsnorm des Art. 9 I lic. (ii), zugunsten der Zulässigkeit eines Formwechsels der SE auch in andere Rechtsformen als diejenige der Aktiengesellschaft, namentlich der GmbH oder der KGaA. Sie betrachten Art. 66 SE-VO in Bezug auf den Formwechsel als Mindestnorm ohne abschließenden Charakter, die auch Raum für weitere Formen von Umwandlungen i.S. des UmwG (insbesondere Formwechsel in andere Rechtsformen,<sup>28</sup> Verschmelzungen) lässt (nachfolgend: weite Auslegung),<sup>29</sup> wobei teilweise, aber nicht von allen eine entsprechende Anwendung der zweijährigen Sperrfrist des Art. 66 I 2 SE-VO sowie der formalen Anforderungen des Art. 66 III – VI SE-VO befürwortet wird.<sup>30</sup> Für eine enge Auslegung des Art. 66 SE-VO, die vom abschließenden Charakter (Sperrwirkung) des Art. 66 SE-VO zumindest für die Fallgruppe des Formwechsels, überwiegend aber in Bezug auf sämtliche Umwandlungen i.w.S. (mit Ausnahme der Verschmelzung mit einer anderen SE) ausgeht, spricht sich ein zahlenmäßig geringerer Teil der Autoren aus.<sup>31</sup>

*Rechtsprechung* deutscher Gerichte zur Auslegung des Art. 66 SE-VO ist bislang allein in Gestalt des eingangs bereits erwähnten Beschlusses des OLG Frankfurt a.M. vom 2. 12. 2010 bekannt geworden. Das OLG<sup>32</sup> schließt sich der aus seiner Sicht »ganz herrschenden Auffassung in der Fachliteratur« an, dass Art. 66 SE-VO nicht abschließend sei. Neue Argumente trägt das Gericht nicht bei.

Um abschätzen zu können, wie gefestigt die unterschiedlichen Ansichten und wie »vernünftig« die Zweifel an der jeweiligen Gegenauffassung sind, ist eine nähere Auseinandersetzung mit den einzelnen Argumenten erforderlich. Schon der Umstand, dass zwei Autoren (*Schäfer*; *Drinhausen*)<sup>33</sup> inzwischen von den Anhängern der

23 ABIEU Nr. L 310/1 v. 25. 11. 2005.

24 Die Gesetzesbegründung (zu § 122 a II und zu § 122 b I UmwG) nennt lediglich die Art. 9 I lic. (ii) und Art. 10, nicht aber Art. 66 SE-VO (BT-Drucks. 16/2919, S. 14).

25 »Umwandlung« i.S. der SE-VO (Art. 2 IV, 37 und 66, Erwägungsgrund 11) bedeutet demgegenüber ausschließlich »Formwechsel«.

26 So aber wohl *Casper*, in: Spindler/Stilz, 2. Aufl., Art. 2, 3 SE-VO, Rn. 33, der gerade auch im Kontext der »Beteiligungsfähigkeit der SE an nationalen Verschmelzungsvorgängen« auf die Begr. RegE, BT-Drucks. 16/2919, S. 29 f., verweist.

27 S. *Schäfer*, in: MünchKomm-AktG, 3. Aufl., erscheint demnächst, Art. 66 SE-VO Rn. 1: Mit der »inzwischen h.M.« könne der SE grundsätzlich der Weg in die übrigen Umwandlungsformen unter analoger Anwendung des Art. 66 I 2 SE-VO eröffnet werden; anders noch *ders.*, Voraufgabe (2006), Art. 66 SE-VO, Rn. 1.

28 Manche (z.B. *Kiem*, in: KK-AktG, Art. 66 Rn. 11; ablehnend z.B. *Casper*, in: Spindler/Stilz, 2. Aufl., Art. 2, 3 SE-VO Rn. 33, dort Fn. 156) gehen sogar so weit, den Formwechsel der SE in eine nationale Aktiengesellschaft ganz nach nationalem Recht (§§ 190 ff. UmwG) *ungeachtet* der Anforderungen des Art. 66 SE-VO für zulässig zu erachten (»keinerlei Sperrwirkung gegenüber dem nationalen Umwandlungsrecht«).

29 Z.B. *Oplustil/Schneider*, Zur Stellung der Europäischen Aktiengesellschaft im Umwandlungsrecht, NZG 2003, 13, 16 (mit ausführlicher Begründung); *Schröder*, in: Manz/Mayer/Schröder, Die Europäische Aktiengesellschaft SE, 2. Aufl. 2010, Art. 66 SE-VO Rn. 9: Die Regelung sei nicht abschließend. Die SE-VO enthalte keine Regelung zur formwechselnden Umwandlung in Gesellschaften anderer Rechtsform als der einer AG nationalen Rechts; *Marsch-Barner*, Die Rechtsstellung der Europäischen Gesellschaft (SE) im Umwandlungsrecht, FS Happ, 2006, S. 165, 177 (ohne Begründung); *ders.*, in: Kallmeyer, UmwG, 4. Aufl. 2010, Anhang, Rn. 133; *Schwarz*, SE-VO, München 2006, Art. 3 Rn. 38 und Art. 66 Rn. 29 ff.; *Seibt*, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Köln 2008, Art. 66 SE-VO Rn. 10 (ohne Begründung); *Heckschen*, in: Widmann/Mayer, UmwR, 87. Erg.-Lf. März 2006, Anhang 14 (SE-VO) Rn. 520 f.; *Kossmann/Heinrich*, ZIP 2007, 164, 168; *Schäfer*, in: MünchKomm-AktG, 3. Aufl., erscheint demnächst, Art. 66 SE-VO, Rn. 1; *Drinhausen*, in: Semler/Stengel, UmwG, 3. Aufl., erscheint demnächst, anders *ders.* noch in der 2. Aufl. (2007), Einleitung C Rn. 63; *Casper*, in: Spindler/Stilz, 2. Aufl., Art. 2, 3 SE-VO Rn. 39; *Simon/Rubner*, in: KK-UmwG, 2009, vor § 122 a Rn. 31 (ohne sich mit Art. 66 SE-VO auseinanderzusetzen: Die Möglichkeiten der Umwandlung der bereits bestehenden Gesellschaft seien in der SE-VO »nicht geregelt«); *Happ/Göthel*, in: Lutter/Winter, UmwG, 4. Aufl. 2009, § 226, Rn. 1, Fn. 4 (ohne Begründung); zurückhaltender *Decher*, in: Lutter/Winter, UmwG, Einf. vor § 190 Rn. 31: In der Literatur gebe es »erste Überlegungen, über die Regelung des Art. 66 SE-VO hinausgehend auch den Formwechsel der SE in andere Rechtsformen als die AG zu ermöglichen«; *DNotI*, Gutachten, DNotI-Report 2010, 184, 185 f.; *Arbeitskreis Aktien- und Kapitalmarktrecht (AAK)*, ZIP 2009, 698, der (unter 3.) *de lege ferenda* eine entsprechende »Klarstellung« des Art. 66 SE-VO vorschlägt und dessen zwölf Mitglieder zum Teil identisch mit den vorgenannten Autoren sind; aus Sicht der Praxis auch *Ernst & Young Société d'Avocats*, Study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company (SE) – 2008/S 144–192482, Final report, 9. 12. 2009, S. 287, die empfiehlt, in Art. 66 eine Klarstellung dahingehend einzufügen, dass die Zweijahresfrist des Abs. 1 S. 2 auch für den Formwechsel in andere nationale Rechtsformen gilt, und damit die Zulässigkeit solcher Formwechsel stillschweigend unterstellen.

engen zu denen der weiten Auslegung gewechselt sind, deutet bereits darauf hin, dass die Meinungsfindung keineswegs einfach und die Beantwortung der Auslegungsfrage nicht offenkundig ist.

## 2. Argumente der Anhänger einer weiten Auslegung

### a) Wortlaut

Die Fresenius SE hat sich im Freigabeverfahren vor dem OLG Frankfurt a.M. darauf berufen, bereits aus der Formulierung des Art. 66 I 2 SE-VO lasse sich dessen nicht abschließender Charakter erkennen. Hätte der europäische Gesetzgeber den abschließenden Charakter dieser Vorschrift gewollt, hätte er klargestellt, dass eine SE »nur« in eine Aktiengesellschaft umgewandelt werden könne.

Dieses Argument ist nicht haltbar und wird, soweit überschaubar, im rechtswissenschaftlichen Schrifttum auch nicht vertreten. Ihm wäre entgegen zu halten, dass der (europäische wie nationale) Gesetzgeber keineswegs immer, wenn eine Regelung abschließend sein soll, dies durch entsprechende Signalwörter kennzeichnet. Als Beispiel hierfür eignet sich Art. 2 IV SE-VO, der die Gründung einer SE durch Formwechsel mit den Worten regelt:

»Eine Aktiengesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet worden ist und ihren Sitz sowie ihre Hauptverwaltung in der Gemeinschaft hat, kann in eine SE umgewandelt werden, wenn sie seit mindestens zwei Jahren eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegende Tochtergesellschaft hat.«

Obwohl der zitierte Satz ebenfalls ohne das Wort »nur« oder ein vergleichbares Wort auskommt, besteht allgemeine Einigkeit darüber, dass andere Rechtsformen als Aktiengesellschaften nicht in eine SE umgewandelt werden können.<sup>34</sup>

Es überrascht nicht, dass der Wortlaut des Art. 66 I SE-VO daher auch für die Begründung der Gegenansicht in Anspruch genommen wird. Hätte der europäische Verordnungsgeber die Möglichkeit des Formwechsels einer SE in andere Gesellschaftsformen nationalen Rechts zu lassen wollen, so wird argumentiert, hätte er dies ausdrücklich vorsehen können, indem er anstelle des Wortes »Aktiengesellschaft« das Wort »Gesellschaft« oder »Kapitalgesellschaft« verwendet hätte.<sup>35</sup>

Aber auch dieses Argument überzeugt nicht. Eindeutig ist der Wortlaut lediglich insofern, als er die formwechselnde Umwandlung in eine Aktiengesellschaft zulässt. Ein abschließender Charakter der Regelung lässt sich dem Wortlaut ebenso wenig entnehmen wie ein nicht abschließender Charakter. Der Blick auf den englischen,

»An SE may be converted into a public limited-liability company governed by the law of the Member State in which its registered office is situated.«

französischen,

»La SE peut se transformer en société anonyme relevant du droit de l'Etat membre de son siège statutaire.«

und spanischen Text der Vorschrift,

»La SE podrá transformarse en sociedad anónima sujeta al ordenamiento jurídico del Estado miembro de su domicilio social.«

um nur exemplarisch drei dem Verf. zugängliche fremdsprachliche Fassungen<sup>36</sup> herauszugreifen, bringt keine

30 Z.B. Oplustil/Schneider, NZG 2003, 13, 15; Casper, in: Spindler/Stilz, 2. Aufl., Art. 2, 3 SE-VO Rn. 39; Schwarz, SE-VO, München 2006, Art. 66 Rn. 31.

31 Z.B. Kalss, in: Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft: SE-Kommentar, Wien 2004, Vor § 17 SEG Rn. 46; Kalls/Zollner, Der Weg aus der SE, (österr.) RdW 2004, 587, 588 f.: Die Autoren halten zwar neben dem Formwechsel weitere »Rechtstechniken« zum Verlassen der supranationalen Rechtsform für möglich, wollen in Art. 66 SE-VO aber, gestützt auf den Wortlaut und einen Vergleich mit Art. 2 IV der SE-VO, ein Gebot der »Rechtsformkongruenz« hineinlesen, so dass auch eine Verschmelzung und Abspaltung in analoger Anwendung des Art. 66 I 1 SE-VO nur auf eine Aktiengesellschaft als übernehmende Gesellschaft möglich sein soll; Veil, in: Jannott/Frodermann, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft: Societas Europaea, Heidelberg 2005 Kap. 10 Rn. 18; Vossious, Gründung und Umwandlung der deutschen Europäischen Gesellschaft (SE), ZIP 2005, 741, 749 (ohne Begründung); Schäfer, in: MünchKomm-AktG, 2. Aufl. 2006, Art. 66 SE-VO, Rn. 1, 14; Drinhausen, in: Semler/Stengel, UmwG, 2. Aufl., München 2007, Einleitung C Rn. 63; Bartone/Klapdor, Die Europäische Aktiengesellschaft: Recht, Steuer, Betriebswirtschaft, 2. Aufl., Berlin 2007, Nr. 2.4, S. 88 (unter knappem Hinweis auf den Wortlaut); wohl auch Happ/Göthel, in: Lutter/Winter, UmwG, 4. Aufl. Köln 2009, Rn. 1 (ohne Begründung); Behrens, in: Dausen, Hb EU-Wirtschaftsrecht, E.III. Gesellschaftsrecht, EL 14 2004, Rn. 167, der sich unter Hinweis auf Art. 66 SE-VO mit der Aussage begnügt, die SE könne formwechselnd in eine Aktiengesellschaft, die dem Recht ihres Sitzstaates unterliege, umgewandelt werden; ferner (ohne ausdrückliche Benennung des Formwechsels) wohl Hirte, Die Europäische Aktiengesellschaft, NZG 2002, 1, 9 f.; ders., Die Europäische Aktiengesellschaft – ein Überblick nach In-Kraft-Treten der deutschen Ausführungsgesetzgebung (Teil II), DStR 2005, 700, 704: Er hält jedenfalls, offenbar allein im Hinblick auf den engen Wortlaut des Art. 66 SE-VO, die Verschmelzung mehrerer SE zu einer neuen SE, die Spaltung einer SE sowie die »Ausgliederung« einer Tochter-SE für unzulässig. S. auch Casper, Erfahrungen und Reformbedarf bei der SE – Gesellschaftsrechtliche Reformvorschläge, ZHR 173 (2009), 181, 194: »Vermittelnd« lasse sich »mit guten Gründen vertreten, dass Art. 66 SE-VO nur den Formwechsel nach nationalem Umwandlungsrecht, nicht aber sonstige Umwandlungsvorgänge wie Verschmelzung oder Spaltung in eine nationale Gesellschaft« sperre.

32 OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 2. 12. 2010, S. 6, m.w.N.

33 S. die Nachweise in Fn. 27 und 29. Im Übrigen werden auch Stengel/Schwanna (in: Semler/Stengel, UmwG, § 191, Rn. 12) in der geplanten Neuauflage ihre bisherige Ansicht (2. Aufl. 2007) von der Sperrwirkung des Art. 66 SE-VO aufgegeben. Sie schließen sich in diesem Punkt aus Gründen der Einheitlichkeit des Kommentars aber lediglich dem Mitautor Drinhausen an.

34 Z.B. Schröder, in: Manz/Mayer/Schröder, 2. Aufl. 2010, Art. 37 SE-VO, Rn. 1 (»nur eine Aktiengesellschaft« gemäß Anhang I der VO).

35 Oplustil/Schneider, NZG 2003, 13, 15. Selbst Casper (in: Spindler/Stilz, 2. Aufl., Art. 2, 3 Rn. 39) als Vertreter der weiten Auslegung konzidiert, der »abschließende Wortlaut des Art. 66 I SE-VO« spreche »an sich« gegen die Möglichkeit einer formwechselnden Umwandlung nach den §§ 190 ff. UmwG in andere Gesellschaftsformen.

36 Alle amtlichen Sprachfassungen der EU-Rechtsakte sind gleichermaßen verbindlich wie die deutsche und eignen sich daher für die Auslegung. S. EuGH, Urt. v. 6. 10. 1982 – Rs. 283/81, Srl

größere Klarheit. Auch diese Formulierungen lassen sich jeweils gleichzeitig mit einem abschließenden oder einem nicht abschließenden Charakter vereinbaren.

### b) Grundsatz der subsidiären Anwendung nationalen Rechts

Ein Argument, das im Schrifttum zugunsten einer weiten Auslegung des Art. 66 SE-VO angeführt wird, ist der im Erwägungsgrund 9 der SE-VO angesprochene und in Art. 9 I lit. c SE-VO ausgeformte Grundsatz der subsidiären Anwendung nationalen Aktienrechts (sog. »Subsidiaritätsgrundsatz«). Nach Erwägungsgrund 9 sind »seit der Vorlage des Kommissionsvorschlages für eine Verordnung über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaften im Jahre 1970 und der Vorlage des 1975 geänderten Vorschlages ... bei der Angleichung des nationalen Gesellschaftsrechts beachtliche Fortschritte erzielt worden, so dass in Bereichen, in denen es für das Funktionieren der SE keiner einheitlichen Gemeinschaftsregelung bedarf, auf das Aktienrecht des Sitzmitgliedstaats verwiesen werden kann.« Gemäß Art. 9 I lit. c. (ii) unterliegt die SE »in Bezug auf die nicht durch diese Verordnung geregelten Bereiche oder, sofern ein Bereich nur teilweise geregelt ist, in Bezug auf die nicht von dieser Verordnung erfassten Aspekte« »den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, die auf eine nach dem Recht des Sitzstaats der SE gegründete Aktiengesellschaft Anwendung finden würden«.

Die Behauptung allerdings, ein »weit reichender Regelungswille des Gesetzgebers, mit Art. 66 eine abschließende Möglichkeit der Rückumwandlung zu schaffen«, sei »im Lichte des Subsidiaritätsprinzips ... zweifelhaft«,<sup>37</sup> würde erst dann überzeugen, wenn nachgewiesen würde, dass die SE aus Sicht des Gesetzgebers in Bezug auf die sonstigen Fälle des Formwechsels »keiner einheitlichen Gemeinschaftsregelung« i.S. des 9. Erwägungsgrundes bedurfte. Dieser Nachweis wird gerade nicht erbracht.

Das Prinzip der subsidiären Anwendung nationalen Rechts erklärt nur die Lückenhaftigkeit der SE-VO und deren (ausdrückliche) Verweisungen auf das nationale Recht. Vorliegend kommt mangels ausdrücklicher Verweisung in Art. 66 SE-VO allein die Verweisung in Art. 9 I lit. c. SE-VO in Betracht. Dabei stellt sich die Frage, ob der Formwechsel einer SE in eine andere Rechtsform als eine Aktiengesellschaft ein »nicht durch diese Verordnung geregelter Bereich« bzw. ein »nicht von dieser Verordnung erfasster Aspekt« (man könnte sagen: des teilweise geregelten Bereichs des Formwechsels) ist. Für die Beantwortung dieser Frage trägt das Prinzip der subsidiären Anwendung nationalen Rechts nichts bei. Der im Schrifttum verwendete Ausdruck »Subsidiaritätsprinzip«<sup>38</sup> ist in diesem Zusammenhang ohnehin missverständlich, weil er unter dem Eindruck des gleichnamigen primärrechtlichen Grundsatzes (z.B. Art. 5 III EUV) zu Unrecht suggeriert, jede von nationalem Aktienrecht abweichende Regelung der VO sei besonders rechtfertigungsbedürftig, im Zweifel gelte nationales Aktienrecht. Diese Sichtweise würde den Zweck einer einheitlichen europäischen Rechtsform konterkarieren und verkennen, dass die ergänzende Verweisung auf das nationale Recht für Aktiengesellschaften

kein Gebot des primärrechtlichen Subsidiaritätsgrundsatzes, sondern eine freie Gestaltungsentscheidung des europäischen Gesetzgebers war. Art. 9 I lit. c. der SE-VO setzt nicht (vollständig) geregelte Bereiche oder Aspekte voraus, die Vorschrift gibt nichts – auch nicht unter Berücksichtigung des Erwägungsgrundes 9 – für die (der vorgelegten Argumentation zugrunde liegende) Annahme her, die Regelungen der VO seien im Zweifel eng auszulegen.

### c) Europäische Niederlassungsfreiheit

Jüngere Stellungnahmen zugunsten der weiten Auslegung berufen sich unterstützend auf die neuen Möglichkeiten der grenzüberschreitenden Verschmelzung von nationalen Gesellschaften, wie sie der EuGH im »SEVIC«-Urteil<sup>39</sup> unter Berufung auf die primärrechtliche Niederlassungsfreiheit (Art. 43 und 48 EG = Art. 49 und 54 AEUV) und im Vorgriff auf die bereits erwähnte, bis Dezember 2007 umzusetzende Richtlinie 2005/56/EG »über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten« statuiert hat.<sup>40</sup> Tatsächlich ist die SE-VO, soweit sie die »gemeinschaftsweite Reorganisation der Produktionsfaktoren« (Erwägungsgrund 1) und die Zusammenfassung der Unternehmen mehrerer Mitgliedstaaten »durch Konzentrations- und Fusionsmaßnahmen« (Erwägungsgrund 2) zum Ziel hat, von einem ähnlichen Geist geprägt wie das SEVIC-Urteil des EuGH<sup>41</sup> – und

CILFIT, EuGHE 1982, 3415, Tz. 18, wo der Gerichtshof zur Ermittlung der Offenkundigkeit einer Auslegungsfrage im Kontext des Art. 177 EWGV explizit einen Vergleich der unterschiedlichen sprachlichen Fassungen verlangt.

37 Drinhausen, in: Semler/Stengel, UmwG, 3. Aufl. (erscheint demnächst, anders noch Voraufgabe), Einleitung C, Rn. 63, zur Begründung seiner Meinungsänderung.

38 Z.B. Drinhausen (ebenda), Rn. 63.

39 EuGH, v. 13. 12. 2005 – C-411/03, SEVIC Systems AG, EuGHE 2005, I-10805.

40 Schäfer, in: MünchKomm-AktG, 3. Aufl., erscheint demnächst, Art. 66 SE-VO Rn. 1; vgl. auch Casper/Weller, NZG 2009, 681, 686, unter Berufung auf ein *obiter dictum* des EuGH im Urteil v. 16. 12. 2008 (C-210/06, EuGHE 2008, I-9641, Cartesio Oktató és Szolgáltató bt) dort unter Tz. 111–113, allerdings nur für den grenzüberschreitenden Formwechsel: Verstehe man den Begriff der Umwandlung in diesem Urteil »eher rechtstechnisch i.S. des Umwandlungsgesetzes«, schein »die in Deutschland ansässige SE prima vista in der Lage zu sein, sich nach dem Recht des Zuzugsstaats in eine SE mit Sitz eben in diesem Aufnahme-staat umwandeln zu können, sofern dieser aufnehmende Mitgliedstaat eine solche »formwechselnde Hineinwandlung« für ausländische Aktiengesellschaften« vorsehe. Am Ende wollen die Autoren (ebenda, S. 686) die Cartesio-Entscheidung dann aber (aus den »besseren Gründen«) in dem Sinne verstehen, dass dort (Tz. 111–113) mit »Umwandlung« (nur) die identitätswahrende Verlegung des Satzungssitzes gemeint ist. Die SE könne sich daher (doch) nicht auf Cartesio berufen, »da ihr bereits ein auf Art. 8 SE-VO gestütztes Recht zur identitätswahrenden Sitzverlegung« zustehe.

41 S. EuGH, Urt. v. 13. 12. 2005 – C-411/03, EuGHE 2005, I-10805, Tz. 19: »Grenzüberschreitende Verschmelzungen« entsprächen »wie andere Gesellschaftsumwandlungen den Zusammenarbeits- und Umgestaltungsbedürfnissen von Gesellschaften mit Sitz in verschiedenen Mitgliedstaaten«. Sie stellten »beson-

wie die Richtlinie 2005/56/EG, diese speziell bezogen auf die hier nicht näher interessierende Umwandlungsform der Verschmelzung.<sup>42</sup> Mit dieser Erkenntnis freilich ist für die Auslegung des Art. 66 SE-VO noch nichts Konkretes gewonnen. Dass es dem Ordnungsgeber nicht darum ging, beliebige Möglichkeiten der grenzüberschreitenden Reorganisation zu schaffen, belegen die Restriktionen bei der SE-Gründung (Art. 2, 15 ff. SE-VO).

Ergänzend wird im Schrifttum darauf hingewiesen, dass die SE-VO als Sekundärrecht der Niederlassungsfreiheit nicht entgegenstehen dürfe und dass im Interesse der Verwirklichung des Binnenmarkts nicht nur die Gründung einer SE, sondern auch (über eine bloße Sitzverlegung hinaus) die Mobilität einer bereits bestehenden SE liege. Habe der SE-Verordnungsgeber insoweit etwas anderes erreichen wollen, hätte er dies klar in der SE-VO zum Ausdruck bringen und im Lichte des Grundprinzips der Niederlassungsfreiheit begründen müssen.<sup>43</sup> Vereinzelt wird sogar das Umschwenken von der engen zur weiten Auslegung des Art. 66 SE-VO mit den Auswirkungen der SEVIC-Entscheidung in Verbindung gebracht.<sup>44</sup>

So integrationsfreundlich sich diese Argumentation auch anhört: Zwingend ist sie nicht.<sup>45</sup> Die Niederlassungsfreiheit sowie das SEVIC-Urteil richten sich gegen die Diskriminierung von ausländischen Gesellschaften gegenüber einheimischen,<sup>46</sup> nicht aber gegen die Benachteiligung bestimmter Rechtsformen gegenüber anderen Rechtsformen, zwischen denen die EU-Bürger (und Dritte) frei auswählen können. Aus dem Urteil folgt nicht etwa, dass jede ausländische (oder europarechtliche) Rechtsform mit jeder inländischen verschmelzbar oder in jede inländische umwandelbar sein müsste.

Dass der SE nach Art. 66 SE-VO möglicherweise etwas nicht gestattet ist, was eine Aktiengesellschaft nationalen Rechts nach ihrer Rechtsordnung zu tun vermag – z.B. sich in eine KGaA oder GmbH umwandeln – wäre keine begründungsbedürftige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, sondern bloße Ausgestaltung einer supranationalen Rechtsform, die der sekundäre EU-Gesetzgeber in Ausübung seines Gestaltungsspielraums geschaffen hat, auf die er aber auch ganz hätte verzichten können.

Abgesehen davon geht es beim Formwechsel einer SE mit Sitz im Inland in eine nationale Gesellschaft mit gleichem Sitz, wie er Gegenstand der vorliegenden Betrachtungen ist, um einen Vorgang, dem ein grenzüberschreitender Bezug, der Gegenstand der Niederlassungsfreiheit sein könnte, von vornherein fehlt. Dass die Rechtsform der SE ihre Grundlage im Wesentlichen im Europarecht findet, macht sie nicht zur Person »eines anderen Mitgliedstaats« i.S. des Art. 49 i.V.m. 54 AEUV, der bei Gesellschaften für grenzüberschreitenden Bezug allein auf den »satzungsmäßigen Sitz«, die »Hauptverwaltung« und die »Hauptniederlassung« abstellt.<sup>47</sup>

#### d) Diskriminierungsverbot nach Art. 10 SE-VO

Auch aus dem Gebot, die SE in jedem Mitgliedstaat wie eine Aktiengesellschaft zu behandeln, die nach dem Recht des Sitzstaats der SE gegründet wurde (Art. 10 SE-VO, s. auch Erwägungsgrund 5), lässt sich eine weite Ausle-

gung des Art. 66 SE-VO nicht ableiten.<sup>48</sup> Dieses Diskriminierungsverbot gilt ausdrücklich »vorbehaltlich der Bestimmungen dieser Verordnung«, also einschließlich des Art. 66. Im Übrigen passt das Diskriminierungsverbot schon deshalb nicht, weil es sich an die nationalen Gesetzgeber und – selbstverständlich – nicht an den Ordnungsgeber selbst richtet. Letzterem stand es frei, die SE einem anderen Regime zu unterwerfen, als die nationalen Gesetzgeber es für ihre Aktiengesellschaften bereitstellen.

*dere, für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes wichtige Modalitäten der Ausübung der Niederlassungsfreiheit dar« und gehört »damit zu den wirtschaftlichen Tätigkeiten, hinsichtlich deren die Mitgliedstaaten die Niederlassungsfreiheit nach Artikel 43 EG beachten« müssten. Hierzu Kossmann/Heinrich, ZIP 2007, 164, 167: Dies entspreche den in der SE-VO vorangestellten Erwägungsgründen 1, 2 und 5.*

42 Vgl. den Erwägungsgrund 1 der Richtlinie 2005/56/EG, wo von einem »Bedarf an Kooperation und Reorganisation« innerhalb Europas bei Kapitalgesellschaften die Rede ist; ferner Erwägungsgrund 3, der sich ausdrücklich auf die Niederlassungsfreiheit bezieht. S. auch Begr. RegE zum Zweiten Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, BT-Drucks. 16/2919, S. 11 (unter ausdrücklicher Berufung auf das SEVIC-Urteil): Mit der Umsetzung der Richtlinie würden »zugleich die Anforderungen erfüllt, die der Europäische Gerichtshof für den wirtschaftlich wichtigen Bereich der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aufgestellt« habe.

43 Kossmann/Heinrich, ZIP 2007, 164, 167.

44 Schäfer, in: MünchKomm-AktG, 3. Aufl., erscheint demnächst, Art. 66 SE-VO Rn. 1, auch 14, (ohne Hinweis auf seine abweichende Meinung in der Voraufgabe): Die SEVIC-Entscheidung zwingt zu weiter Auslegung zumindest in Bezug auf grenzüberschreitende Verschmelzungen. Das werde »für die Bestimmung des Normzwecks des Art. 66 allgemein zu berücksichtigen sein«.

45 So aber wohl Schäfer (ebenda, Rn. 1), der diesen, in der Voraufgabe noch nicht enthaltenen Gedanken offenbar zum Anlass nimmt, von der engen zur weiten Auslegung des Art. 66 SE-VO umzuschwenken (ohne diesen Meinungswandel – jedenfalls in der dem Verf. vorliegenden Manuskriptfassung – offen zu legen).

46 EuGH, Urt. v. 13. 12. 2005 – C-411/03, SEVIC Systems AG, EuGHE 2005, I-10805, Tz. 22 f.: Da nach (damaligem) deutschem Recht das Mittel der Verschmelzung nicht zur Verfügung stehe, wenn eine der Gesellschaften ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als der BRD habe, begründe »dieses Recht eine unterschiedliche Behandlung von Gesellschaften nach Maßgabe dessen, ob es sich um eine innerstaatliche oder um eine grenzüberschreitende Verschmelzung« handle. Eine solche unterschiedliche Behandlung stelle »eine Beschränkung i.S. der Art. 43 EG und 48 EGV dar, die im Widerspruch zur Niederlassungsfreiheit« stehe.

47 Schäfer (ebenda, Rn. 1) versucht diesem Einwand zuvor zu kommen, indem er etwas unscharf argumentiert, der Umstand, dass die SEVIC-Entscheidung dazu zwingt, die grenzüberschreitende Verschmelzbarkeit der SE nach den §§ 122a ff. UmwG anzuerkennen, werde »auch für die Bestimmung des Normzwecks des Art. 66 allgemein zu berücksichtigen« sein. Solange diese Aussage aber nicht konkretisiert und begründet wird, bleibt sie wertlos.

48 So aber Oechsler, in: MünchKomm-AktG, 2. Aufl., vor § 1 SE-VO Rn 18, m.w.N.: Das Diskriminierungsverbot des Art. 10 spreche für die Anwendbarkeit des UmwG in dem Umfang, der auch für die AG gelte.

Das Diskriminierungsargument ist damit im vorliegenden Kontext wertlos.

#### e) Formwechsel als Mindeststandard

Weiter wird mit dem (behaupteten, nicht weiter nachgewiesenen) Normzweck argumentiert, Art. 66 SE-VO wolle den Formwechsel in eine nationale Aktengesellschaft (»Renationalisierung«) in solchen Sitzstaaten ermöglichen, deren Recht einen Formwechsel bislang allgemein nicht kenne.<sup>49</sup> Dementsprechend schließe die Regelung nicht aus, dass die SE auch andere im nationalen Recht ihres Sitzstaates vorgesehene Formwechselvarianten in Anspruch nehmen, um die Ebene des Gemeinschaftsrechts unter Einhaltung der in diesem Recht vorgeschriebenen zweijährigen Sperrfrist zu verlassen.<sup>50</sup> Dass die Verordnung sich ausgerechnet auf den Formwechsel als Mindeststandard beschränkt, wird damit erklärt, die Anwendung nationalen Umwandlungsrechts könne speziell hier wegen der Gleichstellung der SE mit der Aktiengesellschaft in Art. 10 SE-VO zu Problemen führen; eine SE, die als Aktiengesellschaft gelte, könne nicht erst noch in eine Aktiengesellschaft umgewandelt werden.<sup>51</sup>

Ob der Formwechsel einer Aktiengesellschaft bei Erlass der SE-VO im Jahre 2001 tatsächlich nicht nach sämtlichen nationalen Rechtsordnungen der damals 14 Mitgliedstaaten bekannt war, mag dahingestellt bleiben. Dass es ein Hauptanliegen des europäischen Gesetzgebers war, die Renationalisierung der SE in Ländern sicherzustellen, die bis dahin das Rechtsinstitut des Formwechsels nicht kannten, und dass es zumindest daneben nicht auch noch Zweck der Regelung war, den Kreis der Renationalisierungsinstrumente auf den Formwechsel, und zwar einen solchen in eine nationale Aktiengesellschaft zu beschränken, ist damit noch nicht belegt. Da das angebliche Hauptmotiv nur einen Teil, vermutlich einen kleineren, des Binnenmarktes betroffen haben dürfte und es daher nicht sofort auf der Hand lag, hätte es nahe gelegen, es in den Erwägungsgründen oder in den Begründungen zu den Vorentwürfen (eingehend zur Entstehungsgeschichte s. unten 3.f)) zu erläutern. Dies ist nicht geschehen. Außerdem müsste man sich dann, wenn es wirklich primär um das Rechtsinstitut des Formwechsels und nicht um Beschränkungen für die SE gegangen sein sollte, fragen, warum die Gemeinschaft nicht eine *generelle* Einführung des Formwechsels und nicht nur für die SE erwogen und warum sie nicht entsprechende Bestimmungen in die Verschmelzungsrichtlinie 78/855/EWG (3. Gesellschaftsrechtliche Richtlinie)<sup>52</sup> oder in die Richtlinie 2005/56/EG zur internationalen Verschmelzung eingefügt hat.<sup>53</sup>

Nicht zuletzt müsste man sich fragen, warum sich der Verordnungsgeber nur um die Verfügbarkeit des Formwechsels in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, nicht aber um diejenige sonstiger Rechtstechniken gesorgt hat, die ebenfalls die abwicklungslose Beendigung einer Aktiengesellschaft (bzw. deren Rechtsform) zur Folge haben. Die Verfügbarkeit des Rechtsinstituts der Verschmelzung in den nationalen Rechtsordnungen ist für die Aktiengesellschaft zwar durch die Verschmelzungsrichtlinie 78/855/EWG sichergestellt. Anders ist es aber bei der

Spaltung; die Spaltungsrichtlinie (6. Gesellschaftsrechtliche Richtlinie)<sup>54</sup> steht ausdrücklich unter dem Vorbehalt (Art. 1, 25), dass die Mitgliedstaaten ihren Aktiengesellschaften die Spaltung gestatten.

Der weitere Gedanke, die Regelung des Formwechsels sei speziell für die SE erforderlich gewesen, weil man die SE als fingierte Aktiengesellschaft nationalen Rechts sonst nicht in eine Aktiengesellschaft umwandeln könnte, erscheint reichlich konstruiert. Mit einfachem juristischen Handwerkszeug, namentlich einer teleologischen Reduktion des Art. 10 SE-VO, hätte sich dieses scheinbare Paradoxon auch ohne Art. 66 I 1 SE-VO überwinden lassen.

#### f) Praktikabilitätsargument

Ein häufig verwendetes Argument gegen die Sperrwirkung des Art. 66 SE-VO lautet, es seien keine triftigen Gründe ersichtlich, warum nur ein Formwechsel in die Aktiengesellschaft (des Sitzstaates) möglich sein solle, wenn die Aktiengesellschaft anschließend – außerhalb des Anwendungsbereichs der SE-VO – in einem zweiten Schritt (»Umweg«) sowieso in jede beliebige Rechtsform nach nationalem Recht umgewandelt werden könne. Dies sei purer Formalismus; es führe zu einem erheblichen Mehraufwand an Zeit und Kosten, den der Verordnungsgeber nicht gewollt haben könne.<sup>55</sup> Wenn man zulasse,

49 Z.B. *Oplustil/Schneider*, NZG 2003, 13, 16: Ein wesentlicher Zweck der Regelung könnte darin liegen, es der SE zu ermöglichen, »sich mindestens in eine nationale AG umwandeln zu können«; *Schäfer*, in: MünchKomm-AktG, 3. Aufl., erscheint demnächst, Art. 66 SE-VO Rn. 1 und 14; insofern schon – wenn auch mit anderer Schlussfolgerung – *ders.*, Voraufgabe, Rn. 1: Art. 66 wolle den Formwechsel ermöglichen, und zwar auch einer solchen SE, deren Sitzstaatrecht diese Umwandlungsvariante nicht anbiete; *Kiem*, in: KK-AktG, 3. Aufl. 2010, Art. 66 SE-VO Rn. 11; *Casper*, in: Spindler/Stilz, Art. 2, 3 SE-VO Rn. 39; *Arbeitskreis Aktien- und Kapitalmarktrecht (AAK)*, ZIP 2009, 698.

50 *Oplustil/Schneider*, NZG 2003, 13, 16 f.

51 Andeutungsweise *Heckschen*, in: Widmann/Mayer, Erg.-Lief. März 2006, Anhang 14 Rn. 521; so nun auch OLG Frankfurt a.M., Beschl. 2. 12. 2010 – 5 Sch 3/10, S. 6: Ein Regelungsbedarf für eine Umwandlung der SE in eine nationale andere Körperschaft habe für die Verordnung nicht bestanden, weil es mit der Verweisung auf das Recht der Aktiengesellschaft »brauchbare nationale Umwandlungsvorschriften bereits« gegeben habe. »Nur die Umwandlung der SE selbst in eine Aktiengesellschaft« habe »national noch nicht geregelt sein« können und »damit in der SE-VO geregelt werden« müssen.

52 Dritte Richtlinie 78/855/EWG des Rates v. 9. 10. 1978 »gemäß Art. 54 III lit. g des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften«, ABIEG Nr. L 295/36 v. 20. 10. 1978.

53 Richtlinie 2005/56/EG v. 26. 10. 2005 »über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten«, ABIEU Nr. L 310/1 v. 25. 11. 2005.

54 Sechste Richtlinie 82/891/EWG v. 17. 12. 1982 »gemäß Artikel 54 III lit. g des Vertrages betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften«, ABIEG Nr. L 378/47 v. 31. 12. 1982.

55 Sinngemäß z.B. *Oplustil/Schneider*, NZG 2003, 13, 15; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Europäische AG, S. 25, 29; *Kossmann/Heinrich*, ZIP 2007, 164, 168; *Casper*, in: Spindler/Stilz, 2. Aufl., Art. 2, 3 SE-VO Rn. 39: »Umweg würde nur einen zusätzlichen Kosten- und Zeitaufwand verursachen«; *DNofI*, Gut-



dass die SE auch andersartige, im nationalen Umwandlungsrecht vorgesehene Formwechselvarianten in Anspruch nehmen, reichen die den Schutz der Gesellschaftsgläubiger und Anteilshaber bezweckenden Regelungen aus, die im nationalen Recht vorgesehen seien.<sup>56</sup> Keine Einigkeit besteht bei den Befürwortern der weiten Auslegung indessen darüber, ob und in welchem Umfang in diesen Fällen zusätzlich die Regelungen des Art. 66 I, III–VI SE-VO analog anzuwenden sind.<sup>57</sup>

Auf den ersten Blick erscheint der Einwand des »puren Formalismus« bestechend, weil er dem Gedanken der Effektivität und damit dem »*effet utile*« zu folgen scheint, der die Auslegung des Europarechts durch den EuGH prägt.<sup>58</sup> Die Effektivität der »Umstrukturierungs- und Kooperationsmaßnahmen«<sup>59</sup> ist aber nur eines von mehreren Anliegen der SE-VO, die gemäß dem *effet-utile*-Prinzip zu verwirklichen sind und der »pure Formalismus« ist insofern möglicherweise bereits in der SE-VO selbst angelegt. Dass die wirtschaftliche Effektivität nicht alleiniger Maßstab des Verordnungsgebers bei der Auswahl der rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten war, zeigen die Verfahrensregelungen nach Art. 66 I 2, III–VI SE-VO, die den Schutz der Minderheitsgesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer bezwecken, und vor allem die Gründungsvorschriften. Die Art. 2 IV, 37 SE-VO aber, um beim Gestaltungsinstrument des Formwechsels zu bleiben, betrachtet man unstrittig als abschließend (oben a)). Dabei lassen sie sich in entsprechender Weise umschiffen, indem man eine nationale Gesellschaft, die keine Aktiengesellschaft ist, zunächst in eine Aktiengesellschaft und danach (»Umweg«) in eine SE umwandelt. Auch im nationalen deutschen Umwandlungsrecht existiert übrigens keineswegs (genauso wenig wie in vielen anderen Rechtsgebieten und vorbehaltlich des Einwands der Gesetzesumgehung bzw. des Rechtsmissbrauchs und ggf. auch des Scheingeschäfts) ein Grundsatz der Arbitragefreiheit in dem Sinne, dass eine Kombination aus Transaktionen, die wirtschaftlich einer anderen, einheitlichen Transaktion entspricht, gleich wie diese Transaktion zu behandeln wäre.<sup>60</sup> Hinzu kommt, dass schon angesichts der Mitwirkungsrechte der Aktionäre, die diese bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs und des Anstrebens verbotener Sondervorteile nach freiem Ermessen ausüben,<sup>61</sup> die nachfolgende formwechselnde Umwandlung der aus der SE entstandenen AG in eine weitere Rechtsform (§§ 190 ff. UmwG) keineswegs als bloße Formalität bezeichnet werden kann.

Wer sich von diesen Überlegungen nicht beeindruckt lassen und nur speziell für den Formwechsel aus der SE heraus unterstellen möchte, dass die direkte Umwandlung in eine andere (nationale) Rechtsform als die Aktiengesellschaft nicht anders behandelt werden darf als die indirekte über den Formwechsel in eine Aktiengesellschaft, setzt sich noch einem weiteren Einwand aus. Die Annahme, Art. 66 SE-VO sei nicht abschließend, ist nicht der einzige (und daher zwingende) Weg, die Gleichbehandlung zwischen dem direktem und indirektem Formwechsel einer SE in eine Nicht-Aktiengesellschaft zu bewirken: Anstatt auf diese Weise von vornherein dem Druck der Vertragspraxis i.S. einer »normativen Kraft des Faktischen« nachzugeben, wäre zunächst, damit zumindest diese Schluss-

folgerung überzeugen kann, nachzuweisen, dass man einer Regelungsarbitrage der genannten Art nicht auch unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung bzw. des institutionellen Rechtsmissbrauchs<sup>62</sup> wirkungsvoll zu begegnen vermag.

Die gleichen Argumente, die dem Vorwurf des »puren Formalismus« entgegenstehen, gelten für den damit verwandten, ebenfalls gegen eine allzu enge Auslegung des Art. 66 SE-VO vorgebrachten Einwand, die SE solle nicht zur umwandlungsrechtlichen »Einbahnstraße« werden und gegenüber anderen Rechtsformen einen Wettbewerbsnachteil durch Beschränkungen beim »Exit« erleiden.<sup>63</sup> Außerdem ist keineswegs ausgeschlossen, dass die

achten, DNotI-Report 2010, 184, 185 (»bloßer Formalismus, der unnötige Kosten auslöst«). So auch OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 2. 12. 2010 – 5 Sch 3/10, S. 6 f.: Für die Geltung der Verweisung zur SE auf nationales Umwandlungsrecht spreche weiter, »dass eine Beschränkung der Umwandlung der SE nur in eine Aktiengesellschaft durch einen Doppelschritt umgangen werden könnte und dass sie die vom europäischen Verordnungsgeber erstrebte Attraktivität der SE durch eine Benachteiligung gegenüber nationalen Aktiengesellschaften ohne ausreichende Rechtfertigung einschränken würde«.

56 Oplustil/Schneider, NZG 2003, 13, 15; ähnlich z.B. auch DNotI, Gutachten, DNotI-Report 2010, 184, 185.

57 Im Sinne einer Analogie zu § 66 II – VI SE-VO z.B. Oplustil/Schneider, NZG 2003, 13, 15 (»in jedem Fall des Formwechsels hinsichtlich des Verfahrens neben den Vorschriften des nationalen Umwandlungsrechts«); Casper, in: Spindler/Stilz, 2. Aufl., Art. 2, 3 SE-VO Rn. 39. Für eine analoge Anwendung des Sitzverlegungsverbots gem. Art. 66 I 1 und der Sperrfrist des Art. 66 I 2 SE-VO Seibt, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 66 SE-VO Rn. 10; für eine Analogie wohl nur zu Art. 66 I 2 SE-VO Schäfer, MünchKomm-AktG, kommende 3. Aufl., Art. 66 SE-VO Rn. 1; Arbeitskreis Aktien- und Kapitalmarktrecht (AAK), ZIP 2009, 698. Gegen jede Analogie Kiem, in: KK-AktG, Art. 66 Rn. 11 f.

58 Z.B. Blechmann/Pieper, in: Dausen, Hb EU-WirtschaftsR, B.I., Erg.-Lief. 5, Rn. 19, m.w.N. aus der Rechtsprechung.

59 So Erwägungsgrund 3 der SE-VO, ausdrücklich mit Blick auf Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten.

60 Zu methodischen Lösungswegen zur Vermeidung von Regelungsarbitrage speziell im Kontext der Finanzarbitrage Reiner, Derivative Finanzinstrumente im Recht, Baden-Baden 2002, S. 68 ff.

61 S. z.B. OLG Düsseldorf, Urt. v. 16. 1. 2003 – 6 U 60/02, ZIP 2003, 1749, juris-Rn. 44: Im Falle einer formwechselnden Umwandlung unterliege »der Beschluss lediglich einer Missbrauchskontrolle«.

62 Zum Verhältnis zwischen Gesetzesumgehung und Rechtsmissbrauch z.B. Sieker, Umgehungsgeschäfte: typische Strukturen und Mechanismen ihrer Bekämpfung, 2001, S. 12 ff.

63 In diese Richtung z.B. Veil, in: Jannott/Frodermann, Kap. 10, Rn. 12: Es laufe der »Konzeption der SE-VO, eine SE in jedem Mitgliedstaat wie eine nationale AG zu behandeln« (Art. 10 SE-VO), zuwider, wenn sie »zahlreiche praktisch relevante Formen einer Unternehmensumwandlung nicht nutzen« könne. Der Autor, der im Übrigen einen Formwechsel in andere Rechtsformen als die AG ablehnt (s. oben Fn. 31) und sich lediglich über den Wortlaut des Art. 66 SE-VO hinaus für die Zulässigkeit einer innerstaatlichen Verschmelzung ausspricht (Rn. 19), fügt aber ausdrücklich hinzu, dies gelte nur vorbehaltlich der Bestimmungen der SE-VO. S. ferner OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 2. 12. 2010 – 5 Sch 3/10, S. 6 f. (oben Fn. 55).

Bestandsfestigkeit der SE, die durch eine enge Auslegung des Art. 66 SE-VO gefördert wird, die Attraktivität der Rechtsform bei den Anlegern sogar erhöhen könnte. Auch aus Sicht des europäischen Gesetzgebers, der die »juristische Einheitlichkeit der europäischen Unternehmen« als gebotene Folge ihrer »wirtschaftlichen« betrachtet,<sup>64</sup> ist es keineswegs selbstverständlich, dass die Beendigung der SE im gleichen Maße gefördert werden sollte wie ihre Gründung.

### Zwischenergebnis

Keines der zugunsten der weiten Auslegung des Art. 66 SE-VO angeführten Argumente hat sich als zwingend oder auch nur plausibel i.S. rationaler Evidenz herausgestellt.

## 3. Argumente der Anhänger einer engen Auslegung

### a) Wortlaut

Auch die Anhänger einer engen, insbesondere den Formwechsel der SE auf andere Rechtsformen als diejenige der Aktiengesellschaft ablehnenden Ansicht, berufen sich auf den Wortlaut. Bezüglich der Mehrdeutigkeit des Wortlauts kann auf die obigen Ausführungen (2.a)) verwiesen werden.

### b) Eng auszulegende Ausnahmevorschrift

Des Weiteren findet man die Aussage, Art. 66 SE-VO sei als »Ausnahmevorschrift« eng auszulegen.<sup>65</sup> Dies ist nichts weiter als eine *petitio principii*, denn dass Art. 66 SE-VO eine Ausnahmevorschrift ist, soll ja gerade erst bewiesen werden. Im Übrigen lässt sich das Argument – je nachdem, worin man die »Ausnahme« sieht: in der *Zulassung* des Formwechsels in eine Aktiengesellschaft oder in den *besonderen Anforderungen*, die diese Vorschrift an den Formwechsel in eine Aktiengesellschaft stellt – auch nach Belieben umdrehen.

### c) Normzweck des Missbrauchsschutzes

Teilweise wurde darauf hingewiesen, die Beschränkung des Art. 66 SE-VO auf den Formwechsel in eine Aktiengesellschaft nach dem Recht des Sitzstaates diene dem Zweck, Missbräuche zu verhindern.<sup>66</sup> Für den Abschluss einer Sitzverlegung zu Lasten der Mitbestimmung (vgl. Art. 66 I 1) und die Sperrfrist (Art. 66 I 2 SE-VO) ist dies unbestreitbar. Warum aber ein Formwechsel in eine andere Rechtsform als diejenige der Aktiengesellschaft *per se* ebenfalls eine Missbrauchsfahr darstellen soll, soweit sie nach den Regeln der nationalen Umwandlungsgesetze erfolgt, ist nicht auf Anhieb ersichtlich. Möglicherweise dachte der europäische Gesetzgeber an solche Mitgliedstaaten, die eine auf die Rechtsform der Aktiengesellschaft beschränkte unternehmerische Mitbestimmung kennen, für den Formwechsel aber keine Vorschriften zum Erhalt der Mitbestimmung bereitstellen, insbesondere weil sie das Rechtsinstitut des Formwechsels nicht kennen. Dass der Schutz der Mitbestimmung ein wichtiges Anliegen des Ordnungsgebers war, kann man der Entstehungsgeschichte entnehmen (s. unten 3. f.). Jedenfalls

lässt sich der Missbrauchsschutz beim identitätswahrenden Wechsel in andere Rechtsformen zum Teil bereits durch eine analoge Anwendung des Sitzverlegungsverbots des Art. 66 I 1 SE-VO und der Sperrfrist des Art. 66 I 2 SE-VO verwirklichen.<sup>67</sup> Das Missbrauchsargument hat im vorliegenden Zusammenhang somit nur eine beschränkte Überzeugungskraft.

### d) Überprüfungsvorbehalt des Art. 69 SE-VO

Als weiteres Argument für die enge Auslegung wird der Überprüfungsvorbehalt in Art. 69 SE-VO genannt. Diese Schlussbestimmung (die die Kommission auffordert, spätestens fünf Jahre nach Inkrafttreten der Verordnung »einen Bericht über die Anwendung der Verordnung sowie gegebenenfalls Vorschläge für Änderungen« vorzulegen<sup>68</sup>), verdeutliche, so wird vorgebracht, dass sich der europäische Gesetzgeber im Dezember 2000 bewusst gewesen sei, dass die geschaffene Rechtslage einen vorläufigen Charakter habe.<sup>69</sup> Dies spreche gegen eine »rechtsfortbildende Anerkennung« von Umwandlungsformen, die in Art. 66 SE-VO nicht ausdrücklich genannt seien.

Zu entgegnen ist, dass Art. 69 zwar den gesamten Inhalt der SE-VO erfasst, in den von ihm ausdrücklich genannten (»insbesondere«) Punkten (Art. 69 S. 2 lit. a–d) aber den Regelungsgegenstand speziell des Art. 66 gar nicht berührt. Im Kontext der Umwandlung (i.w.S.) regt lit. b lediglich an, darüber nachzudenken, »den Begriff der Verschmelzung in Art. 17 II auszuweiten, um auch andere als die in der Verschmelzungsrichtlinie 78/855/EWG definierte Formen der »Verschmelzung« (nicht: Formwechsel) zur Gründung (nicht zur Beendigung der SE) zuzulassen.<sup>70</sup> Es wird sich wohl auch kein allgemein anwendbarer Satz des Europarechts mit dem Inhalt feststellen lassen, dass eine Regelung mit Überprüfungsvorbehalt keiner Rechtsfortbildung zugänglich ist. Vor allem aber geht es bei der vorliegenden Frage, ob Art. 66 SE-VO den Formwechsel in Gesellschaften anderer Rechtsform als der Aktiengesellschaft zulässt, gar nicht um Rechts-

64 S. Erwägungsgrund 6, S. 1 der SE-VO: »Die juristische Einheitlichkeit der europäischen Unternehmen muss ihrer wirtschaftlichen weitestgehend entsprechen«.

65 Z.B. Vossius, ZIP 2005, 741, 748 f.

66 Z.B. noch aus dem Blickwinkel der engen Auslegung Schäfer, MünchKomm-AktG, 2. Aufl., Art. 66 SE-VO Rn. 3 (zu Art. 66 I 1); ders. insoweit noch unverändert in 3. Aufl. (erscheint demnächst), Rn. 3, wobei er nun – nicht ganz widerspruchsfrei – die Aussage nachschiebt, »nach dem Normzweck« schließe »dies aber den Formwechsel in andere Rechtsformen nicht aus, wenn nur Abs. 1 S. 2 [Sperrfrist] analog angewendet« werde.

67 So in Bezug auf Art. 66 I 2 SE-VO jetzt ausdrücklich Schäfer, MünchKomm-AktG, 3. Aufl. (erscheint demnächst), Art. 66 SE-VO Rn. 1.

68 Dies ist inzwischen geschehen, s. den Bericht der Kommission, oben Fn. 1.

69 Veil, in: Jannott/Frodermann, Kap. 10, Rn. 17, unter gleichzeitiger Berufung auf die Entstehungsgeschichte (dazu unten c) ff.); sich diesem Argument anschließend Schäfer, in: MünchKomm-AktG, 2. Aufl. 2006, Art. 66 SE-VO Rn. 14.

70 Ähnlich Kossmann/Heinrich, ZIP 2007, 164, 166.

fortbildung, sondern nur – noch innerhalb des möglichen Gesetzeswortlauts – um Auslegung.

#### e) Spiegelbildlichkeit von Formwechsel *in* und *aus* SE

Gewichtiger ist da schon das Argument, auch die Gründung einer SE durch Formwechsel sei in Art. 2 IV SE-VO ausschließlich der Rechtsform der Aktiengesellschaft vorbehalten. Dies deute darauf hin, dass die »Rückumwandlung« in eine nationale Gesellschaft ebenfalls nur in Form einer Aktiengesellschaft gewollt sei.<sup>71</sup>

Diese Überlegung ist immerhin plausibel, allerdings keineswegs zwingend.<sup>72</sup> Es gibt keinen allgemeinen Grundsatz der »Symmetrie« im Recht; entscheidend, was die Struktur der Rechtsordnung betrifft, ist allein der aus dem Gleichheitssatz abgeleitete Gedanke der Systemgerechtigkeit und Folgerichtigkeit.<sup>73</sup> Dass die Beschränkung des Formwechsels (und der Verschmelzung, Art. 2 I SE-VO) *in* die SE von denselben, einer Überprüfung auf Folgerichtigkeit zugänglichen teleologischen Überlegungen (nämlich das typischerweise überörtliche Tätigkeitsfeld von Unternehmen in Rechtsform der Aktiengesellschaft und deren Bedürfnis nach Neuordnung ihrer Tätigkeiten auf Gemeinschaftsebene<sup>74</sup>) geprägt wäre wie seine Beschränkung beim Weg *aus* der SE ist jedenfalls nicht ohne Weiteres erkennbar.

Immerhin findet der Gedanke der Spiegelbildlichkeit des Formwechsels bei Gründung und Beendigung der SE aber einen gewissen Anhaltspunkt in der Entstehungsgeschichte der Verordnung. In der Begründung der Kommission zu den Art. 264 und 265 des ursprünglichen Entwurfs einer »Verordnung des Rates über die Satzung einer Europäischen Aktiengesellschaft« vom 30. 6. 1970<sup>75</sup>, die dem Art. 66 funktionell entsprechen, finden sich nämlich die Sätze:

»Die Beschränkung auf die Rechtsform der Aktiengesellschaft als Aufnahmeform entspricht der Beschränkung des Zugangs zu Europäischen Aktiengesellschaften. Die Strukturgleichheit dieser Unternehmensform erleichtert die Regelung.« [Hervorhebung durch Verf.]

Allerdings sah der erste Entwurf die Gründung der SE durch Formwechsel (aus einer Aktiengesellschaft) im Gegensatz zur Gründung durch »Fusion« (von Aktiengesellschaften) noch gar nicht vor, wohl aber die *Beendigung* dieser Rechtsform durch Formwechsel in eine Aktiengesellschaft (Art. 264 f.). Diese Beobachtung relativiert die historische Bedeutung des Arguments der Spiegelbildlichkeit also wieder, wobei aber auch zu berücksichtigen ist, dass nach dem Entwurf von 1970 ausschließlich Aktiengesellschaften eine SE (durch Fusion, Errichtung einer Holdinggesellschaft oder einer gemeinsamen Tochtergesellschaft, Art. 2) gründen können sollten. Stärker jedenfalls als die inhaltliche Überzeugungskraft dieses Zitats wiegt aber der dahinter stehende gesetzgeberische Wille der Kommission (dazu nachstehend unten f)).

#### f) Entstehungsgeschichte

Maßgebend stützt sich die enge Auslegung auf die Entstehungsgeschichte der SE-VO. »*Quintessenz aus der Ent-*

*stehungsgeschichte*« sei, so wird argumentiert, dass der europäische Gesetzgeber auch rein nationale Umwandlungen – in Gestalt eines Formwechsels und einer Verschmelzung einer SE mit einer nationalen Aktiengesellschaft (desselben Sitzstaates) – »*stets für regelungsbedürftig erachtet*« habe; er habe es für notwendig gehalten, die Zulässigkeit anzusprechen und festzulegen, nach welchen Regeln sich der Vorgang vollziehe.<sup>76</sup> Dieser Aussage lässt sich nicht uneingeschränkt folgen; erforderlich ist eine differenziertere Betrachtung.

#### aa) Verschmelzung

Wichtige Aufschlüsse gewährt bereits die Entstehungsgeschichte der SE-VO in Bezug auf die *Verschmelzung* der schon bestehenden SE mit nationalen Gesellschaften und insbesondere auf sie. Die SE-VO regelt die Verschmelzung der bestehenden SE überhaupt nicht (ausdrücklich), so dass die Zulässigkeit der Verschmelzung ebenso wie die Zulässigkeit des Formwechsels in eine Gesellschaft anderer Form als derjenigen einer Aktiengesellschaft davon abhängt, ob und in welchem Umfang Art. 66 SE-VO das Thema Umwandlung (i. w. S.) der bestehenden SE abschließend regelt. Demgegenüber war die Verschmelzung der bestehenden SE mit anderen SE sowie mit nationalen Aktiengesellschaften in den ersten drei Verordnungsentwürfen (1970, 1975, 1989) jeweils in einem eigenen Titel (Hauptabschnitt) ausdrücklich geregelt.<sup>77</sup>

71 *Drinhausen*, in *Semler/Stengel*, 2. Aufl. 2007, Einleitung C, Rn. 63; anders *ders.*, ebenda, in 3. Aufl. (erscheint demnächst); *Kalss*, in: *Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft: SE-Kommentar, Wien 2004, Vor § 17 SEG, Rn. 46: Die Beschränkung der Rückumwandlung der SE nur in eine AG erkläre sich aus den Gründungsformen; *Kalss/Zollner*, (österreich.) RdW 2004, 587, 588: Die in Art. 66 I SE-VO geforderte »*Rechtsformkongruenz*« lasse sich am ehesten verstehen als »*Gegenstück*« zur Gründungsvariante des Art. 2 IV SE-VO. S. auch (ohne allerdings daraus die Folgerung einer engen Auslegung zu ziehen) *Casper*, in: *Spindler/Stilz*, Art. 66 SE-VO Rn. 1: Art. 66 regle »*spiegelbildlich zu Art. 37 die (Rück)Umwandlung in eine nationale Aktiengesellschaft durch formwechselnde Umwandlung, sozusagen die Renationalisierung durch einen actus contrarius*«.

72 So auch OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 2. 12. 2010 – 5 Sch 3/10, S. 7: »*Dass die SE ausschließlich durch Formwechsel aus einer Aktiengesellschaft entstehen*« könne, lege es »*nabe, auch die Rückumwandlung im Sinn einer Spiegelbildlichkeit so zu beschränken*«. »*Zwingend*« sei »*dies indessen nicht*«.

73 Hierzu jüngst z.B. BVerfG, Beschl. v. 12. 10. 2010 – 1 BvL 12/07, DStR 2010, 2393, juris-Rn. 51 f. (Beurteilung des § 8b III 1 KStG am Maßstab der Folgerichtigkeit der steuerlichen Belastungsentscheidung).

74 S. die Erwägungsgründe des Verordnungsentwurfs vom 30. 6. 1970 (KOM [70] 600 endg), zit. nach BSG 27. 2. 2008 – B 12 KR 23/ 06 R, <http://lexetius.com/2008,1725>; Rn. 32.

75 KOM [70] 600 endg, ABl. Nr. C 124/1 v. 10. 10. 1970, BT-Drucks. VI/1109 v. 19. 8. 1970, S. 100.

76 *Veil*, in: *Jannott/Frodermann*, Kap. 10, Rn. 17; ihm folgend z.B. *Schäfer*, in: *MünchKomm-AktG*, 2. Aufl. 2006, Art. 66 SE-VO Rn. 1; *ders.*, a.a.O., ebenso noch in 3. Aufl., Rn. 1 (erscheint demnächst).

77 S. Art. 83 lit. j (Hauptversammlungskompetenz u.a. für Entscheidung über »Fusion«) und Titel XI (»Fusion«, Art. 269–274) des Kommissionsentwurfs einer »*Verordnung des Rates über die*

Wie sich der Begründung des ersten (Vor-)Entwurfs von 1970 entnehmen lässt, sollte die »Fusion« der SE dort abschließend normiert werden, soweit »am Ende einer solchen Operation eine Europäische Aktiengesellschaft« steht, nicht aber für den »umgekehrten Vorgang, dass eine Europäische Aktiengesellschaft von einer Aktiengesellschaft nationalen Rechts aufgenommen wird« [Hervorhebung durch den Verf.].<sup>78</sup> Fusionen in diese Richtung hielt die Kommission damals ausdrücklich für »möglich«, sie verzichtete aber auf entsprechende Vorschriften für diesen Fall, weil sie der Ansicht war, seine Regelung unterliege (ausschließlich) »nationalem Recht«.<sup>79</sup>

Erst mit ihrem Geänderten Vorschlag von 1975 ist die Kommission dann – vor allem auf Anregung des Wirtschafts- und Sozialausschusses, der in seiner Stellungnahme die Regelung der Aufnahme einer SE durch eine AG nationalen Rechts *im Statut* für erforderlich hielt<sup>80</sup> – von dieser Ansicht abgewichen<sup>81</sup> und hat dort auch die übertragende Verschmelzung der SE auf eine nationale Aktiengesellschaft ausdrücklich und vergleichsweise detailliert geregelt, nämlich im 3. Abschnitt des Titels XI (Art. 272–272 i) die verschmelzende »Aufnahme einer S.E. durch eine Aktiengesellschaft nationalen Rechts« und im 4. Abschnitt (Art. 273–273 i) die »Verschmelzung durch Gründung einer neuen Aktiengesellschaft nationalen Rechts« (Art. 273–273 i).

Titel VIII des Entwurfs von 1989 schließlich, der der Verschmelzung nur zwei kurze Artikel widmet, beschränkt sich darauf, die zulässigen Arten der Verschmelzung aufzuzählen – nämlich mit anderen SE und nationalen Aktiengesellschaften in beide Richtungen (Art. 131) – und verweist im Übrigen auf eine entsprechende Anwendung der Verschmelzungsrichtlinie 78/855/EWG (Art. 132 I) bzw. der Gründungsvorschriften des Titels II (Art. 132 II).

Im Entwurf von 1991<sup>82</sup> wird demgegenüber die Verschmelzung überhaupt nicht mehr erwähnt. Die Aussage, der europäische Gesetzgeber habe Formwechsel und Verschmelzung einer SE mit einer nationalen Aktiengesellschaft »stets für regelungsbedürftig erachtet«, trifft also schon in Bezug auf die Verschmelzung in dieser allgemeinen Form nicht zu. Wie noch zu sehen sein wird, ist die Situation in Bezug auf den Formwechsel ähnlich.

Deutlich wird aus der geschilderten Entwicklungslinie aber etwas anderes: Die Kommission hat die Verschmelzung der SE mit einer nationalen Gesellschaft, die *nicht* Aktiengesellschaft ist, in keinem ihrer Entwürfe vorgesehen und, mehr noch, auch nicht nach Maßgabe nationaler Rechtsordnungen für möglich gehalten. Die Kommission hat genau und bewusst nach der *Rechtsform* der Gesellschaft unterschieden, in die eine SE umgewandelt (i.w.S.) werden können soll.

#### bb) Formwechsel

Ein Blick auf die Behandlung des Formwechsels (»Umwandlung«<sup>83</sup>) selbst in den vier Entwürfen bestätigt diesen Eindruck. Ihr lassen sich bei genauer Betrachtung<sup>84</sup> deutliche Anhaltspunkte für die enge Auslegung entnehmen. In den beiden Entwürfen von 1970 und 1975 ist der »Um-

wandlung« jeweils ein eigener Titel X (Art. 264–268) gewidmet.

Art. 264 des ersten SE-VO-Entwurfs von 1970 lautet wörtlich wie folgt:

- »1. Die S.E. kann durch einen satzungsändernden Beschluss der Hauptversammlung in eine Aktiengesellschaft des Rechtes eines der Mitgliedstaaten umgewandelt werden.
2. Die Umwandlung ist nur gestattet, wenn drei Jahre nach der Gründung verstrichen sind.
3. Die Umwandlung erfolgt in eine Aktiengesellschaft des Rechtes desjenigen Mitgliedstaates, in dem sich der Ort der tatsächlichen Geschäftsleitung der S.E. befindet.«

Art. 265 des Entwurfs regelt die Berichtspflicht des Vorstands (vgl. Art. 66 III SE-VO) und ist hier nicht weiter von Interesse.

Die Begründung der Kommission zu den Art. 264 und 265 des Entwurfs liest sich unter Punkt 1<sup>85</sup> wie folgt:<sup>86</sup>

- »1. Um Missbräuchen der Umwandlung in das Recht eines Mitgliedstaates vorzubeugen, ist die Umwandlung nicht frei zulässig. Das Statut verlangt eine wirt-

Satzung einer Europäischen Aktiengesellschaft« von 1970, BT-Drucks. VI/1109 v. 19. 8. 1970; Art. 83 lit. k (Hauptversammlungskompetenz für Entscheidung über »Verschmelzung«) und Titel XI (»Verschmelzung«, Art. 269–274) des Geänderten Vorschlags einer Verordnung des Rates über das Statut für Europäische Aktiengesellschaften v. 1975, BT-Drucks. 7/3713 v. 2. 6. 1975; Art. 81 lit. k (Hauptversammlungskompetenz für Entscheidung über »Verschmelzung«) und Titel VIII (»Verschmelzung«, Art. 131 – 132) des Vorschlags für eine Verordnung (EWG) des Rates über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, KOM(89) 268 endg. – SYN 218 v. 25. 8. 1989, ABIEG Nr. C 263/41 v. 16. 10. 1989, BR-Drucks. 488/89 (= ZIP 1989, 1619 ff.).

78 S. Vorbemerkung vor Art. 269 des Entwurfs, BT-Drucks. VI/1109, S. 101.

79 S. Vorbemerkung vor Art. 269 des Entwurfs, BT-Drucks. VI/1109, S. 101.

80 S. Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses, ABIEG Nr. C 131/32 v. 13. 12. 1972.

81 S. die Begründung des zweiten Entwurfs, die im Übrigen auf die Begründung des ersten Entwurfs verweist, BT-Drucks. 7/3713, S. 248, r. Sp.

82 Geänderter Vorschlag für eine Verordnung (EWG) des Rates über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, KOM(91) 174 endg. – SYN 218, ABIEG Nr. C 176/1 v. 8. 7. 1991.

83 Aus dem Zusammenhang, insb. der Abgrenzung zur Fusion (Art. 269 ff. des Entwurfs) ergibt sich, dass »Umwandlung« hier – ebenso wie in der geltenden Fassung der SE-VO – i.e.S. des Formwechsels zu verstehen ist.

84 S. auch *Oplustil/Schneider*, NZG 2003, 13, 15: Ein Rückblick auf die Entstehungsgeschichte der SE-Verordnung zeige, »dass wenn ein Formwechsel in den einzelnen Entwürfen überhaupt Erwähnung« gefunden habe, »dann immer nur von einem solchen in eine AG nationalen Rechts die Rede« gewesen sei (»vgl. Art. 264–268 SE-Entwurf 1970 und 1975«).

85 Punkt 2 der Begründung betrifft den satzungsändernden Hauptversammlungsbeschluss sowie den Bericht des Vorstands und ist im vorliegenden Kontext nicht weiter von Interesse.

86 BT-Drucks. VI/1109, S. 100.

schaftliche Bindung des Unternehmens an den Mitgliedstaat, dessen Recht sich die Gesellschaft künftig unterwerfen will. Es sieht diese als gegeben an, wenn sich der Ort der tatsächlichen Geschäftsleitung in diesem Mitgliedstaat befindet. Ferner ist es erforderlich, dass das Unternehmen mindestens drei Jahre als Europäische Aktiengesellschaft bestanden hat.

Durch das Aufstellen dieser Erfordernisse konnte eine Umwandlung in die Rechtsform einer Aktiengesellschaft jedes Mitgliedstaates ohne Rücksicht auf die Herkunft der ursprünglichen Gründungsgesellschaften zugelassen werden. Die Beschränkung auf die Rechtsform der Aktiengesellschaft als Aufnahmeform entspricht der Beschränkung des Zugangs zu Europäischen Aktiengesellschaften. Die Strukturgleichheit dieser Unternehmensform erleichtert die Regelung. Jede weitere formändernde Umwandlung nach nationalem Recht bleibt den Unternehmen unbenommen.« [Hervorhebung durch Verf.]

Die Aussage »Die Beschränkung auf die Rechtsform der Aktiengesellschaft als Aufnahmeform entspricht der Beschränkung des Zugangs zu Europäischen Aktiengesellschaften«<sup>87</sup> kann im Kontext des vorausgehenden Satzes, der von »Zulassung« einer »Umwandlung in die Rechtsform einer Aktiengesellschaft jedes Mitgliedstaates« spricht, allein so verstanden werden, dass Art. 264 des Entwurfs die formwechselnde Umwandlung einer SE auf eine nationale Aktiengesellschaft als Zielrechtsform beschränkt. Für etwaige Formwechsel der SE in andere Rechtsformen als Aktiengesellschaften aufgrund nationaler Umwandlungsvorschriften der Mitgliedstaaten bleibt daneben kein Raum mehr – umso weniger, als sich der erste Verordnungsentwurf im Grundsatz noch anders als die geltende SE-VO als Vollregelung verstanden hatte. Gemäß Art. 7 Nr. 1 Satz 1 dieses Entwurfs (insoweit unverändert im Entwurf von 1975) waren »vorbehaltlich entgegenstehender Vorschriften . . . die von dem Statut behandelten Gegenstände selbst hinsichtlich der Rechtsfragen, die nicht ausdrücklich geregelt werden, der Anwendung des Rechts der Mitgliedstaaten entzogen«.

Wer versucht, aus dem letzten Satz des zitierten Ausschnitts aus der Kommissionsbegründung zu den Art. 264 und 265 (»Jede weitere formändernde Umwandlung nach nationalem Recht bleibt den Unternehmen unbenommen«) den umgekehrten Schluss zu ziehen, die Kommission habe neben Art. 264 jede Art von Formwechsel der SE in eine nationale Rechtsform für zulässig erachtet,<sup>88</sup> reißt diesen Satz aus seinem Zusammenhang und missachtet die vorausgehenden Sätze. In deren Licht betrachtet kann das Adjektiv »weitere« (formändernde Umwandlung) nur zeitlich im Sinne von »nachfolgender« formändernder Umwandlung der nationalen Aktiengesellschaft in eine andere Rechtsform verstanden werden, nicht aber i.S. einer »zusätzlichen« Gestaltungsalternative.

Der geänderte Vorschlag einer SE-VO von 1975 enthielt eine ähnliche Regelung. Art. 264 dieses Entwurfs lautete:<sup>89</sup>

»1. Die S.E. kann auf Vorschlag des Vorstandes, der der Zustimmung des Aufsichtsrats bedarf, durch Satzungs-

änderung in eine Aktiengesellschaft des Rechts eines der Mitgliedstaaten umgewandelt werden.

2. unverändert [im Vergleich zum Entwurf von 1970]

3. unverändert [im Vergleich zum Entwurf von 1970]

4. Sind in den Organen der Aktiengesellschaft, in die die S.E. umgewandelt werden soll, die Arbeitnehmer nicht in einer der Regelung für die S.E. gleichwertigen Weise vertreten, so ist die Zustimmung des Aufsichtsrats zur Umwandlung nur wirksam, wenn die Mehrheit der Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat für die Umwandlung gestimmt hat«.

Der einzige wesentliche Unterschied zum Entwurf von 1970 besteht also darin, dass der Schutz der unternehmerischen Mitbestimmung dort auf direktem Wege sichergestellt wird und nicht nur indirekt durch eine Beschränkung der Wahl des Sitzungssitzes.

In der Begründung dieses zweiten Entwurfs schreibt die Kommission dementsprechend einleitend zum Titel X (»Umwandlung«):<sup>90</sup>

»Der Grundsatz, dass eine S.E. sich in eine Aktiengesellschaft nationalen Rechts umwandeln kann, ist vom Europäischen Parlament und vom Wirtschafts- und Sozialausschuss gebilligt worden.

Die Regelung der Umwandlung ist aber in Art. 264 und 265 um Vorschriften ergänzt worden, die den Bestand der Vertretung der Arbeitnehmer in den Organen der Gesellschaft sichern sollen.

[. . .]«.

Der Verweis auf die Zustimmung des Europäischen Parlaments und des Wirtschafts- und Sozialausschusses zur Möglichkeit des Formwechsels in eine Aktiengesellschaft nationalen Rechts (im ursprünglichen Entwurf) belegt, dass die Kommission im Geänderten Entwurf an diesem Grundsatz festhalten und den Kreis der nationalen Rechtsformen, in die eine SE umgewandelt werden können sollte, nicht erweitern wollte. Gegenteilige Anhaltspunkte sind nicht ersichtlich.

Beide Entwürfe waren letztlich nicht mehrheitsfähig; der Regelungsansatz einer umfassenden Vollnormierung der SE auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene mit einem echten Konzernrecht, der Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats und der Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat bei gleichzeitiger Festlegung auf das dualistische System mit Vorstand und Aufsichtsrat war vielen Mitgliedstaaten zu »revolutionär«; der Rat hat die Arbeiten an dem Statut daher im Jahre 1982 ausgesetzt.<sup>91</sup>

87 Zur inhaltlichen Bedeutung dieses Arguments s. oben e).

88 So insb. das Vorbringen der Fresenius SE im Verfahren vor dem OLG Frankfurt a.M.

89 BT-Drucks. 7/3713 v. 2. 6. 1975, S. 149.

90 BT-Drucks. 7/3713, S. 247.

91 So berichtet bei *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 22 f.; sie spricht (ebenda, S. 46) insoweit von einer »Abwehrreaktion« des Rats aufgrund des Umstands, dass die Entwürfe von 1970/1975 »die ›Toleranzschwelle‹ der Mitgliedstaaten«, was eine einheitliche Regelung anbelange, mit den Fassungen von 1970/1975 erreicht hätten.

Die Kommissionsentwürfe von 1989 und 1991 beschränken sich auf das »Rückgrat« der SE;<sup>92</sup> sie sind deutlich schlanker dank zahlreicher Verweise auf das Recht der Mitgliedstaaten, die durch die zwischenzeitliche Harmonisierung des Gesellschaftsrechts einfacher geworden sind,<sup>93</sup> und enthalten anders als die beiden vorausgehenden Entwürfe aus den 70er-Jahren keinen Titel »Umwandlung« mehr. Im Entwurf von 1989 ist wenigstens noch die ausdrückliche Nennung der »Umwandlung« bei den Hauptversammlungskompetenzen geblieben (Art. 81 lit. j), die bereits in den Entwürfen von 1970 (dort Art. 83 lit. i: »Umwandlung der Gesellschaft«) und 1975 (dort inhaltlich unverändert Art. 83 lit. j) enthalten war. Mangels eigener Vorschriften des Entwurfs von 1989 zur Umwandlung der SE kommt hier dann in der Tat nur eine Umwandlung entsprechend den nationalen Vorschriften der Mitgliedstaaten für Aktiengesellschaften in Betracht, die gemäß Art. 7 III und IV des Entwurfs »in den von dieser Verordnung nicht geregelten Bereichen« anwendbar sind. Eine Beschränkung des Formwechsels auf die Rechtsform der Aktiengesellschaft ist insoweit nicht erkennbar, es sei denn, man würde versuchen, die Wertung der Verschmelzungsvorschriften (hierzu oben aa) fruchtbar zu machen.

Art. 81 des Entwurfs von 1991 verzichtet auf die Aufzählung von Einzelkompetenzen der Hauptversammlung und verweist statt dessen auf Kompetenzregelungen in anderen Vorschriften, nämlich der SE-VO selbst, der SE-Richtlinie zur Ergänzung des SE-Statuts, der Satzung und »des zwingenden Rechts des Sitzstaats«. In Verbindung mit Art. 7 I lit. b, IV des Entwurfs erscheint auch hier ein Formwechsel nach nationalem Umwandlungsrecht in Aktiengesellschaften, aber auch in Gesellschaften sonstiger Rechtsform denkbar, wobei hinsichtlich von Nicht-Aktiengesellschaften der gleiche Vorbehalt wie beim Entwurf von 1989 gilt und noch ein weiterer Aspekt, die Spiegelbildlichkeit, hinzukommt: Zum ersten Mal in der Geschichte der SE-VO sieht nämlich der Entwurf von 1991 die Gründung einer SE durch Formwechsel (»Umwandlung«) vor, wobei die Ausgangsgesellschaft – anders als bei den Gründungsformen »Errichtung einer Holdinggesellschaft« und »gemeinsame Tochtergesellschaft« (Art. 2 Ia, II) zwingend Aktiengesellschaft sein muss (Art. 2 III, 37 a).<sup>94</sup>

#### cc) Folgerungen für Auslegung des Art. 66 SE-VO

Somit lässt sich festhalten: Während die ursprünglichen Entwürfe von 1970 und 1975 den Formwechsel der SE – entsprechend ihrem Ansatz einer umfassenden gemeinschaftsrechtlichen Kodifizierung – selbst und abschließend regelten und sich dabei auf die Aktiengesellschaft als Zielrechtsform beschränkten, verzichteten die Entwürfe aus den Jahren 1989 und 1991 darauf, den Formwechsel näher zu regeln. Sie scheinen dieses Feld im Wesentlichen (mit Ausnahme der Kompetenzzuweisung an die Hauptversammlung gemäß Art. 81 lit. j des Entwurfs von 1989) den nationalen Rechtsordnungen zu überlassen, wobei sich aus systematischen Erwägungen u.U. eine Beschränkung auf Aktiengesellschaften als Zielgesellschaften begründen ließe, was aber keineswegs evident ist.

Auf den ersten Blick steht die SE-VO in ihrer geltenden Fassung den Entwürfen von 1989 und 1991 konzeptionell und inhaltlich deutlich näher als den Entwürfen aus den 70er-Jahren. Bereits mit der ersten Fußnote ihrer Präambel – hinter den Worten »auf Vorschlag der Kommission« – nimmt sie auf diese Entwürfe Bezug. Von den Entwürfen von 1970 und 1975 grenzt sie sich mit ihrem Erwägungsgrund 9 sogar ausdrücklich ab, soweit es die Abkehr vom Grundsatz der Vollnormierung betrifft. Allerdings stammt dieser Erwägungsgrund wie gesehen bereits aus den Entwürfen von 1989 und 1991, die im Vergleich zu den Vorentwürfen keine eigenen materiellen Regelungen zum Formwechsel mehr enthielten. Schon dies spricht dagegen, den Erwägungsgrund speziell auf Art. 66 SE-VO zu beziehen, der erst später auf Betreiben des Rats der Europäischen Gemeinschaft in den Entwurf aufgenommen wurde,<sup>95</sup> und daraus auf den fehlenden Willen des Verordnungsgebers nach einer abschließenden Regelung des Formwechsels zu schließen.

Hinzu kommt, dass das Recht des Formwechsels, anders als etwa das Recht der Verschmelzung und – mit Einschränkungen (oben 2.e) – auch das Recht der Spaltung, europaweit gar nicht harmonisiert ist, was entsprechend der Logik des Erwägungsgrundes 9 eher gegen eine Verweisung auf nationales Recht in diesem Punkt, soweit er in Art. 66 SE-VO nicht ausdrücklich geregelt ist, spricht.

Vor allem enthält Art. 66 I SE-VO im Wesentlichen den gleichen Regelungsgegenstand wie Art. 264 der Entwürfe von 1970/1975, nämlich die Möglichkeit des Formwechsels in eine Aktiengesellschaft, den Zwang zur Kontinuität des Sitzes (Verwaltungssitz bzw. Sitzungssitz) und eine Sperrfrist (drei bzw. zwei Jahre). Gerade vor diesem Hintergrund hätte es, wenn der Gesetzgeber in Bezug auf den

92 Vgl. *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 24: Die Verordnung bilde das »Rückgrat«, das von den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten gestützt werde.

93 S. jeweils den 9. Absatz der Erwägungsgründe beider Entwürfe (wortgleich mit Erwägungsgrund 9 der geltenden SE-VO), wo darauf hingewiesen wird, dass seit der Vorlage der Entwürfe von 1970 und 1975 »bei der Angleichung des nationalen Gesellschaftsrechts beachtliche Fortschritte erzielt worden« seien, »so dass in Bereichen, in denen es für das Funktionieren der SE keiner einheitlichen Gemeinschaftsregelung« bedürfe, »auf das Aktienrecht des Sitzmitgliedstaats verwiesen werden« könne; vgl. auch *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 24 (m.w.N. aus dem französischen Schrifttum), die von einer »Kreuzung aus Gemeinschaftsrecht und den diversen einzelstaatlichen Rechtsordnungen« spricht.

94 S. *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 45, die berichtet, die »Umwandlung« (Formwechsel) einer Aktiengesellschaft nationalen Rechts in eine SE sei 1991 auf Wunsch des Europäischen Parlaments und des Wirtschafts- und Sozialausschusses, die »die Bedingungen für die Inanspruchnahme der SE« hätten »großzügiger gestalten« wollen, in den Verordnungsentwurf aufgenommen worden.

95 Vgl. den Sachstandsbericht des Rats der EU v. 12. 9. 2001 (18.09), 11796/01, SE 3, SOC 326, S. 2: Der Rat habe angesichts der »erheblichen Änderungen, unter anderem auch der Rechtsgrundlage, die er am Kommissionsvorschlag vorgenommen« habe, »beschlossen, das Europäische Parlament vor der endgültigen Annahme der betreffenden Rechtsakte erneut anzuhören.«.

zentralen Punkt des abschließenden Charakters des Formwechsels in eine Aktiengesellschaft von den Vorentwürfen von 1970 und 1975 hätte abweichen (und auf das nationale Recht verweisen) wollen, angesichts der dargestellten Vorgeschichte nahe gelegen, dies im Wortlaut des Art. 66 besonders deutlich zu machen, was eben nicht geschehen ist.

Das Prinzip der subsidiären Anwendung nationalen Rechts gemäß Art. 9 I lit. c (ii) SE-VO, das die SE-VO und die Entwürfe von 1989/1991 (dort jeweils Art. 7, oben bb)) von den Entwürfen von 1970/1975 grundlegend unterscheidet, steht der Übertragbarkeit der engen Auslegung des Art. 264 der älteren Entwürfe auf Art. 66 SE-VO nicht etwa von vornherein entgegen. Sicherlich kommt nach den Entwürfen von 1970/1975 die Ausdehnung des Formwechsels über den Wortlaut des Art. 264 hinaus schon deshalb nicht in Betracht, weil auch das europäische Umwandlungsrecht kaum analogiefähig sein dürfte<sup>96</sup> und weil nach Art. 7 Nr. 1 Satz 1 der Entwürfe »die von dem Statut behandelten Gegenstände selbst hinsichtlich der Rechtsfragen, die nicht ausdrücklich geregelt werden, der Anwendung des Rechts der Mitgliedstaaten entzogen« sind (s. schon oben bb)). Die Einsicht, dass Art. 264 der Entwürfe von 1970 und 1975 in Bezug auf die Rechtsform der Aktiengesellschaft als Umwandlungsziel abschließend ist, wird durch diesen Zusammenhang aber nur *bekräftigt*. Sie steht und fällt nicht mit dem Fehlen einer »Subsidiaritätsklausel«, weil sie wie gesehen nachweislich Ausdruck einer bewussten (eigenen) Gestaltungsentscheidung des europäischen Gesetzgebers zugunsten einer Privilegierung der Rechtsform der Aktiengesellschaft ist.

#### 4. Vergleich mit Vorschlag eines Statuts der Europäischen Privatgesellschaft

Ein Vergleich der SE-VO mit dem (bislang nicht erfolgreichen) Kommissionsvorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft (SPE) vom 25. 6. 2008<sup>97</sup> liefert keine eindeutigen Erkenntnisse.

Einschlägig für den vorliegenden Kontext ist Art. 39 (»Umstrukturierung«). Er hat folgenden Wortlaut:

»Die Umwandlung, Verschmelzung und Spaltung der SPE unterliegt dem anwendbaren nationalen Recht.«<sup>98</sup>

Die Kommission begründet diese Vorschrift wie folgt:<sup>99</sup>

»Der Verordnung zufolge unterliegt die Auflösung oder die Umwandlung einer SPE in eine nationale Gesellschaftsform dem nationalen Recht. Zudem kann die SPE mit anderen Unternehmen verschmelzen oder aufgespalten werden. Diese Verfahren haben gemäß den für Gesellschaften mit beschränkter Haftung geltenden Regeln zu erfolgen.«

Der europarechtliche Begriff der »Umwandlung« bezeichnet auch hier ausschließlich den Formwechsel. Somit wäre bspw. ein Formwechsel der SPE mit Sitz in Deutschland in eine KGaA denkbar. Darauf, ob man die Verweisung auf das nationale Recht in Art. 39 nur auf die Verfahrensregeln des Formwechsels oder auch auf das materielle Umwandlungsrecht bezieht,<sup>100</sup> kommt es nicht an, denn

§ 191 II i.V.m. I und § 3 I Nr. 2 UmwG gestattet ausdrücklich den Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine KGaA.

Eine Abgrenzung zum SE-Statut erfolgt in der Begründung nicht. Von daher ließe sich der angesichts seines Wortlauts unzweifelhaft weite Ansatz des Art. 39 der (geplanten) SPE-VO, sollte er in dieser Form einmal in Kraft treten, gleichermaßen als Bestätigung einer (»modernen«) weiten Auslegung des Art. 66 SE-VO betrachten oder umgekehrt als bewusste Abkehr von seinem engen Ansatz.

Allerdings ist der Vergleich des Art. 66 SE-VO mit Art. 39 SPE-VO schon deshalb nur begrenzt aussagekräftig, weil man die Vorschriften zur Beendigung der Gesellschaft nicht völlig losgelöst von den Gründungsvorschriften betrachten darf. Die Wege zur Gründung der SPE sind aber gemäß Art. 3 I lit. e und Art. 5 I SPE-VO denkbar frei; eine Bindung an bestimmte Rechtsformen seitens Gründungsgesellschafter besteht nicht.<sup>101</sup>

#### 5. Zwischenergebnis

Die Betrachtung der jeweiligen Argumente für und gegen eine weite Auslegung des Art. 66 SE-VO sowie der ergänzende Vergleich dieser Vorschrift mit dem geplanten SPE-Entwurf haben kein eindeutiges Auslegungsergebnis zu Tage befördert. Nach dem gegenwärtigen Stand der Diskussion noch am substanzhaltigsten erscheint die Argumentation mit der Entstehungsgeschichte. Ihr ist immerhin zu entnehmen, dass es zumindest ursprünglich Absicht der Kommission gewesen ist, den Formwechsel aus der SE auf die Rechtsform der Aktiengesellschaft zu beschränken und dass sich Art. 66 der geltenden SE-VO bis zu einem gewissen Grad an dem ursprünglichen Kommissionsentwurf orientiert. Keines der vorgebrachten Argumente in die eine oder andere Richtung ist aber zwingend oder auch nur plausibel i.S. rationaler Evidenz. Auf Seiten der weiten Auslegung wird die mangelnde Offenkundigkeit vor allem nicht durch die schiere Anzahl ihrer

96 Zur fehlenden Analogiefähigkeit des deutschen Umwandlungsrechts z.B. *Heckschen*, in: Widmann/Mayer, UmwR, § 1 UmwG, Erg.-Lf. September 2008, Rn. 384; speziell zum Formwechsel z.B. *Stengel/Schwamma*, in: Semler/Stengel, 2. Aufl., § 190 Rn. 24.

97 KOM(2008) 396 endg.

98 Insofern wortgleich Art. 39 des als Kompromiss gedachten Verordnungsentwurfs der schwedischen Ratspräsidentschaft vom 27. 11. 2009 (Ratsdokument 16115/09 DRS 71 SOC 711 ADD1), der ebenfalls noch keine Einigung im Rat erzielen konnte.

99 KOM(2008) 396 endg., S. 11.

100 Zu diesen Auslegungsmöglichkeiten im Rahmen der entsprechenden Verweisung (»... so gilt das innerstaatliche Recht, das auf die umwandelnde Gesellschaft [...] anwendbar ist«) in der Gründungsvorschrift des Art. 5 II des Verordnungsvorschlags s. *Arens*, Zweifelsfragen »in SPE«: Die Gründung einer »Societas Privata Europaea« (SPE) durch Umwandlung bestehender Gesellschaften, *Der Konzern* 2010, 395, 398.

101 S. auch die Begründung der Kommission, KOM(2008) 396 endg., S. 6: »Für die Gründung einer SPE besteht keine Beschränkung«.

Anhänger ausgeglichen, entscheidend ist die Qualität der Argumente, nicht die Häufigkeit ihrer Wiederholung.

Damit jedenfalls *steht fest*, dass Zweifel an der weiten Auslegung des Art. 66 I 1 SE-VO und damit an der Zulässigkeit des direkten Formwechsels von der SE zur KGaA zumindest »vernünftig«<sup>102</sup> i.S. der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 267 III AEUV, wenn nicht sogar begründet wären. Auf den Meinungsstand im EU-Ausland kommt es insoweit gar nicht mehr an.

## II. Vorlagepflicht trotz Eilverfahrens

Nach der Rechtsprechung des EuGH besteht eine Vorlagepflicht für ein nationales Gericht, dessen Entscheidung nicht mehr angefochten werden kann, entgegen dem Wortlaut des Art. 267 III AEUV ausnahmsweise nicht in »*summarischen und eilbedürftigen Verfahren*«, sofern »*es jeder Partei unbenommen bleibt, ein Hauptverfahren, in dem die im summarischen Verfahren vorläufig entschiedene Frage erneut geprüft werden und den Gegenstand einer Vorlage nach Art. 177 [EWGV, entspricht Art. 267 AEUV] bilden kann, entweder selbst einzuleiten oder dessen Einleitung zu verlangen*« [Hervorhebung durch Verf.].<sup>103</sup>

Das Freigabeverfahren nach § 16 III UmwG ist ohne Zweifel ein *Eilverfahren* mit – jedenfalls in Bezug auf die Fakten – nur *summarischer Prüfung*. Nach § 16 III 5 »*soll*« der Beschluss »*spätestens drei Monate nach Antragstellung ergeben*«; »*Verzögerungen der Entscheidung sind durch unanfechtbaren Beschluss zu begründen*«, der Freigabeantrag profitiert von einer vereinfachten Zustellung nach den §§ 82 I, 84 ZPO an die Prozessbevollmächtigten der Kläger im Hauptverfahren (§ 16 III 2 UmwG). Für die vorgebrachten Tatsachen braucht kein Vollbeweis erbracht zu werden, vielmehr reicht es aus, sie wie im Verfahren des Arrests und der einstweiligen Verfügung (§§ 936, 920 II ZPO) glaubhaft zu machen (§§ 16 III 2 UmwG, 294 ZPO).

Zudem besteht nicht nur die Möglichkeit, ein Hauptverfahren einzuleiten, sondern gemäß § 16 III 1 UmwG (»*nach Erhebung einer Klage gegen die Wirksamkeit eines Verschmelzungsbeschlusses*«) ist die Rechtshängigkeit<sup>104</sup> einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage sogar Voraussetzung des Freigabeverfahrens. Die Möglichkeit, die Auslegungsfrage zu Art. 66 SE-VO dem EuGH erst im Hauptsacheverfahren zur Prüfung vorzulegen, besteht ebenfalls.

Der EuGH hat die Befreiung von der Vorlagepflicht im Eilverfahren jedoch ausdrücklich davon abhängig gemacht, dass dieses Verfahren nur in eine *vorläufige* Entscheidung mündet. Dies ist auch gut nachvollziehbar, denn nur dann fehlt es für die Vorlage an den EuGH zur Vorabentscheidung an einem ausreichend starken Auskunftsinteresse. Das Freigabeverfahren aber ist nicht auf eine vorläufige, sondern eine *endgültige* Entscheidung, nämlich diejenige über die Eintragung des angefochtenen Beschlusses in das Handelsregister, gerichtet; diese Entscheidung ist durch das Hauptsacheverfahren nicht wieder gut zu machen. § 16 III 10 UmwG verweist den An-

fechtungskläger (Antragsgegner des Freigabeverfahrens) ausdrücklich auf einen Schadensersatzanspruch in Geld. Die Beseitigung der Wirkungen der Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister kann nicht verlangt werden (§ 16 III 10 Hs. 2 UmwG). Selbst ein Erfolg der Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage lässt »*die Wirkungen der Eintragung . . . unberührt*« (§ 20 II UmwG).

Angesichts dieser Sachlage ist die EuGH-Rechtsprechung zur Befreiung von der Vorlagepflicht in Eilverfahren für das Freigabeverfahren nach § 16 III UmwG nicht einschlägig.

Das OLG Frankfurt a.M. ist dennoch zum gegenteiligen Ergebnis gelangt, weil es die Bedeutung des Kriteriums der Endgültigkeit verkannt hat. Seine Einschätzung, »*dass ein Hauptsacheverfahren wegen einer möglicherweise bereits freigegebenen Eintragung der Umwandlung ein anderes Regelungsziel als das Freigabeverfahren hätte*«, sei »*nicht störend*«, weil die Vorlagepflicht gemäß der Rechtsprechung des EuGH »*nur der Sicherung einer einheitlichen Auslegung von Gemeinschaftsrecht in den Mitgliedstaaten*« diene,<sup>105</sup> ist nicht haltbar. Der EuGH hat in dem vom OLG Frankfurt a.M. dazu in Bezug genommenen Morson-Urteil nämlich gerade nicht ausgeführt, Art. 177 EWGV (= Art. 267 AEUV) diene »*nur*« der Sicherung der einheitlichen Auslegung, sondern festgestellt, die Vorschritt habe »*zum Ziel, die einheitliche Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts in sämtlichen Mitgliedstaaten sicherzustellen*« [Hervorhebung durch Verf.].<sup>106</sup> Die Erteilung einer Freigabe mit endgültiger Wirkung ist aber bereits eine »*Anwendung*« des Gemeinschaftsrechts, die nur einheitlich erfolgen soll. Hätte das OLG das Urteil des EuGH nur einen Satz weiter gelesen, hätte es seinen Irrtum bemerkt, denn dort finden sich genau diejenigen Ausführungen zum vorläufigen Charakter der Eilentscheidung, der die Vorlage entbehrlich macht, die bereits ein-

102 In diese Richtung, freilich nicht im Kontext des Art. 267 AEUV, auch Casper, ZHR 173 (2009), 181, 195, mit Blick auf Art. 66 SE-VO: Rechtspolitisch bleibe festzuhalten, dass eine »*Klarstellung des Verhältnisses zum nationalen Umwandlungsrecht in jedem Fall wünschenswert*« sei.

103 Grundlegend EuGH, Urt. v. 24. 5. 1977 – Rs. 107/76, Hoffmann-La Roche/Centrafarm, EuGHE 1977, 957, Tz. 6; ebenso z.B. EuGH, Urt. v. 27. 10. 1982 – verb. Rs. 35/82 und 36/82, Morson und Jhanjan/Niederlande, EuGHE 1982, 3723, Tz. 8 und 10; ebenso unter Berufung auf die Rechtsprechung des EuGH s. BVerfG, Beschl. v. 7. 12. 2006 – 2 BvR 2428/06, Sportwetten, NJW 2007, 1521, Rn. 17; aus dem Schrifttum z.B. Schwarze, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 234 Rn. 44; die Bedeutung des Merkmals der »*Vorläufigkeit*« verkürzend oder zumindest missverständlich Wegener, in: Callies/Ruffert, 3. Aufl. 2007, Art. 234 EGV Rn. 27: Die Entscheidung im summarischen Verfahren müsse »*in dem Sinne vorläufig bleiben*«, als das Gericht »*die einschlägigen Fragen nach der Gültigkeit des außer Anwendung gelassenen Gemeinschaftsrechts zum Gegenstand einer sich unmittelbar anschließenden Vorlage an den Gerichtshof*« mache.

104 S. z.B. Simon, in: KK-UmwG, 2009, § 16 Rn. 56: »*nach Klageerhebung . . . , also nach Zustellung*«.

105 OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 2. 12. 2010 – 5 Sch 3/10, S. 7.

106 EuGH, v. 27. 10. 1982 – verb. Rs. 35/82 und 36/82, Morson und Jhanjan/Niederlande, EuGHE 1982, 3723, Tz. 8.



gangs zu diesem Abschnitt (oben bei Fn. 103) zitiert wurden.

Selbst wenn man von der hier vertretenen Argumentation nicht restlos überzeugt sein sollte, kann man zumindest angesichts der dargelegten EuGH-Rechtsprechung nicht behaupten, die fehlende Einschlägigkeit der Vorlagepflicht sei offenkundig i.S. der EuGH-Rechtsprechung zu Art. 267 III AEUV. Da aber eine Vorlagepflicht gemäß Art. 267 III AEUV zur Frage, wie Art. 267 III AEUV auszulegen ist, aus praktischen Gründen kaum in Betracht kommen dürfte, das Auslegungsmonopol des EuGH aber auch für Art. 267 AEUV selbst gilt, also nicht in das »Ermessen« der nationalen Gerichte gestellt werden darf, wird man die allgemeinen Grundsätze des EuGH zur Vorlagepflicht bei Auslegungsfragen nicht nur in Bezug auf die eigentliche Frage (hier: Art. 66-SE-VO), sondern auch in Bezug auf die Auslegung des Art. 267 AEUV selbst berücksichtigen müssen. D.h. im Klartext: Sobald, wie hier, jedenfalls nicht offenkundig ist, dass nach den bisherigen EuGH-Grundsätzen *nicht* im Freigabeverfahren vorzulegen ist, ist im Zweifel vorzulegen, sofern die Rechtsfrage entscheidungsrelevant ist (III.).

### III. Erforderlichkeit der Rechtsauskunft

Damit eine Pflicht zur Vorlage an den EuGH bejaht werden kann, muss die Rechtsauskunft des Gerichtshofs für das betreffende Verfahren auch erforderlich (entscheidungserheblich) sein. Die Entscheidungserheblichkeit für das Hauptsacheverfahren über die Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage bedarf keiner näheren Ausführungen (§ 243 I AktG). Für das Freigabeverfahren kommt es darauf an, ob die Freigabe bei einem Verstoß des Formwechsels gegen Art. 66 SE-VO nicht erfolgen dürfte. Diese Voraussetzung könnte erfüllt sein, wenn eine solche Europarechtswidrigkeit einen »besonders schweren« Rechtsverstoß des einzutragenden Umwandlungsbeschlusses i.S. des § 16 III 3 Nr. 3 UmwG begründen würde, der ihre Freigabe nach § 16 III 3 Nr. 3 letzter Halbs. UmwG *per se* ausschließt, so dass es dann auf eine Abwägung der gegenseitigen Interessen gemäß § 16 III 3 Nr. 3 UmwG nicht mehr ankommt.<sup>107</sup>

Davon ist auszugehen. Zwar sind die Anforderungen an die »besondere Schwere des Rechtsverstoßes« nach dem Willen des Gesetzgebers sehr hoch, wie aus dem Bericht des Rechtsausschusses zum Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG), das jüngst das Freigabeverfahren reformiert hat, ersichtlich ist.<sup>108</sup> Danach muss es sich »um einen ganz gravierenden Rechtsverstoß handeln«, nicht einmal Rechtsverstöße, die die Nichtigkeit des Beschlusses nach sich ziehen, sollen ohne weiteres ausreichen, vielmehr gehe es »nur um Fälle, in denen es für die Rechtsordnung unerträglich wäre, den Beschluss ohne vertiefte Prüfung im Hauptsacheverfahren eintragen und umsetzen zu lassen«. Dazu zählt der Rechtsausschuss neben absichtlichen Verstößen gegen Aktionärsrechte mit »schweren Folgen« auch den »Verstoß gegen nicht individualschützende Normen«, »etwa wenn ein Beschluss mit besonders grundlegenden Strukturprinzipien des Aktien-

*rechts nicht vereinbar wäre*«, wobei hierzu als Beispiel die Herabsetzung des Grundkapitals der AG auf einen Nennbetrag unter fünfzigtausend Euro genannt wird.

Ein Beschluss über eine vom Gesetz nicht vorgesehene Umwandlung dürfte – auch gemessen an diesem engen Verständnis – bereits für sich genommen als Verletzung eines besonders grundlegenden Strukturprinzips des Gesellschaftsrechts zu qualifizieren sein. Der *numerus clausus* des (deutschen oder europäischen) Umwandlungsrechts definiert den Rahmen, innerhalb dessen die privatautonomen Teilnehmer am Rechtsverkehr ihre Organisationsfreiheit ausüben. Wegen der Drittwirkungen von Umwandlungen kann dieser Rahmen nicht zur Disposition der Rechtsunterworfenen stehen. Geschieht dies doch, indem sie Umwandlungen vornehmen, die im Gesetz gar nicht vorgesehen sind, erheben sie sich von Nutznießern der Privatautonomie zu »Herrschern« über sie. Eine Rechtsordnung, die dieses Verhalten durch eine (nicht mehr umkehrbare) Eintragung im Handelsregister validiert, stellt ihre eigene Autorität als Legitimationsgeberin der Privatautonomie in Frage. Dies darf die Staatsgewalt nicht zulassen.

Hinzu kommt noch ein weiterer, letztlich entscheidender *europarechtlicher* Aspekt. Dass die Rechtmäßigkeit des Umwandlungsbeschlusses und damit die Auslegungsfrage zu Art. 66 SE-VO für sich genommen noch nicht zwangsläufig für den Ausgang des Freigabeverfahrens erheblich ist, liegt an der besonderen, auch für Eilverfahren atypischen Ausgestaltung dieses Verfahrens. Dieses ist – aus rechtsstaatlicher Sicht durchaus nicht unbedenklich – u.U. je nach Ergebnis der Interessenabwägung (§ 16 III 3 Nr. 3 UmwG) bis zur äußersten Grenze des »besonders schweren« Rechtsverstoßes darauf gerichtet, sehenden Auges rechtswidrig zustande gekommenen Beschlüssen durch die Eintragung im Handelsregister zur Wirksamkeit zu verhelfen. Der nationale Gesetzgeber überspannt seinen (europarechtlichen) Spielraum eindeutig jedenfalls dann, wenn er im Rahmen eines solchen Verfahrens dazu beiträgt, dass Beschlüsse durch Eintragung in das Handelsregister perpetuiert werden (§ 16 III 10 Hs. 2, § 20 II UmwG), die unter (möglichem) Verstoß gegen höherrangiges Europarecht zustande gekommen sind.<sup>109</sup>

107 So ausdrücklich Bericht des Rechtsausschusses zum Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG), BT-Drucks. 16/13098, S. 42: Werde ein besonders schwerer Rechtsverstoß angenommen, führe dies »ohne wirtschaftliche Abwägung zur Versagung der Freigabe«; aus dem Schrifttum z.B. Frohnhöfer, in: Widmann/Mayer, § 16 UmwG 12. Erg.-Lief., Jan. 2010, Rn. 171: Bei einer besonderen Schwere des Rechtsverstoßes könne ein Beschluss nach § 16 III 1 UmwG nicht ergehen.

108 Bericht des Rechtsausschusses zum ARUG, BT-Drucks. 16/13098, S. 42.

109 Interessant mag hier ein vergleichender Blick auf Art. 266 der SE-VO-Entwürfe von 1970 und 1975 sein: Danach sollte dem EuGH sogar jeder Beschluss zur Umwandlung (i.S. von Formwechsel) einer S.E. angemeldet werden (Abs. 1), und der Gerichtshof hatte jede Beschlussfassung (1970) bzw. Umwandlung (1975) auf ihre »Ordnungsmäßigkeit« hin zu überprüfen.

Dieses Risiko einer Verletzung von Europarecht darf ein nationales Gericht schon unter dem Gesichtspunkt der Gemeinschaftstreue (Art. 4 III EUV) nicht eingehen, was bedeutet, dass es bei Vorliegen vernünftiger Zweifel (s. oben I.) an der Europarechtmäßigkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses nur zwei europarechtskonforme Möglichkeiten hat, die sich bei genauerer Betrachtung sogar auf eine einzige Möglichkeit reduzieren:

*Entweder* das OLG weist den Freigabeantrag zurück. Eine Vorlage an den EuGH ist dann mangels Entscheidungserheblichkeit der Auslegungsfrage für das Freigabeverfahren nicht erforderlich. Sachgerechter Ansatzpunkt für die Zurückweisung auf dem Boden des geltenden Rechts ist eine europarechtskonforme Auslegung des § 16 III 3 Nr. 3 letzter Halbs. UmwG: Ein Europarechtsverstoß ist immer ein »besonders schwerer« Rechtsverstoß i.S. dieser Vorschrift,<sup>110</sup> und das Gericht hält auch die *Gefahr* eines solchen Rechtsverstoßes für ausreichend groß.

*Oder* aber das Gericht zweifelt daran, ob die Gefahr einer Europarechtswidrigkeit des Beschlusses wirklich schon ausreicht, um die besonderen Anforderungen des § 16 III Nr. 3 letzter Halbs. UmwG zu erfüllen, und kann sich folglich nicht zu einer Zurückweisung des Freigabeantrags durchringen. Dann hat es gemäß Art. 267 III AEUV gar keine andere Wahl und muss die Frage, wie Art. 66 SE-VO auszulegen ist, dem EuGH vorlegen – ungeachtet des Eilcharakters des Freigabeverfahrens (oben II.). Die für die Vorlage erforderliche Entscheidungserheblichkeit der Frage ergibt sich dann zwar nicht schon von selbst, denn aus rein nationaler Sicht müsste das Gericht bei dieser Prämisse die Freigabe ja erteilen. Sie folgt aber aus einer europarechtskonformen Auslegung des § 16 III Nr. 3 UmwG (s. oben). Die relativ niedrige Offenkundigkeitsschwelle der europarechtlichen Vorlagepflicht kann nicht dadurch zur Disposition der Mitgliedstaaten gestellt werden, dass diese durch ihre eigenen Gesetze einfach eine hiervon abweichende Schwelle für die entscheidungserhebliche Wahrscheinlichkeit eines Europarechtsverstoßes bestimmen. Wenn das aber so ist und die Aussetzung des Freigabeverfahrens zum Zwecke der Vorlage ohnehin im Hinblick auf den Beschleunigungszweck des Verfahrens sinnwidrig erscheint, liegt es für das Gericht nahe, von vornherein nach der ersten Alternative vorzugehen und den Antrag im Hinblick auf die Gefahr einer

Europarechtsverletzung zurückzuweisen. Eine für § 16 III Nr. 3 UmwG ausreichende *Gefahr* eines Europarechtsverstoßes sollte folglich immer bereits dann bejaht werden, wenn ein Verstoß des einzutragenden Beschlusses gegen Europarecht mit einem Maß an Wahrscheinlichkeit im Raume steht, das gleichzeitig eine Vorlage nach Art. 267 AEUV rechtfertigt (Gleichlauf der Wahrscheinlichkeitsmaßstäbe).

Sollte das Gericht demgegenüber die Unbedenklichkeit der Eintragung des Formwechsels in das Handelsregister feststellen, ohne zuvor die Auslegungsfrage dem EuGH vorzulegen, wäre dieses Vorgehen nicht nur wegen Verletzung der Vorlagepflicht europarechtswidrig, sondern gleichzeitig ein Verstoß gegen den verfassungsmäßigen Grundsatz des gesetzlichen Richters (Art. 101 I 2 GG).<sup>111</sup>

### Ergebnis

1. Es bestehen mindestens »vernünftige« Zweifel i.S. der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 267 III AEUV daran, dass Art. 66 SE-VO den direkten Formwechsel einer SE mit Sitz in Deutschland in eine deutsche KGaA gestattet.

2. In einem Hauptsacheverfahren über die Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage gegen einen entsprechenden Umwandlungsbeschluss ist die Frage, wie Art. 66 SE-VO richtig auszulegen ist, spätestens in der Revisionsinstanz dem EuGH vorzulegen. Ein Freigabeantrag der SE gemäß §§ 198 III, 16 III UmwG ist wegen der Gefahr eines »besonders schweren« Rechtsverstoßes (§ 16 III Nr. 3 UmwG) zurückzuweisen. Die Erteilung der Freigabe ohne vorherige Aussetzung des Verfahrens und Vorlage der Auslegungsfrage an den EuGH wäre europarechtswidrig.

<sup>110</sup> So wohl auch OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 2. 12. 2010 – 5 Sch 3/10, S. 15: »Eine grobe Verletzung gesetzlicher Vorschriften läge freilich vor, wenn der Umwandlung eine rechtliche Grundlage ganz fehlen würde, weil . . . eine SE ausschließlich in eine AG umgewandelt werden könne«.

<sup>111</sup> Z.B. BVerfG, Beschl. v. 7. 12. 2006 – 2 BvR 2428/06, Sportwetten, NJW 2007, 1521, Rn. 14, m.w.N.: »Der EuGH ist gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 I 2 GG«.