

SE-Recht

Habersack / Drinhausen

3. Auflage 2022
ISBN 978-3-406-77206-1
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

herigen Aufbringung des Kapitals abhängig gemacht werden kann. Denkbar wären auch Treuhandkonstruktionen (NK-SE/*Schröder* Rn. 10). Auch insofern sperrt Art. 16 Abs. 2 daher nicht die Anwendbarkeit der Regeln zur Vor-SE (NK-SE/*Schröder* Rn. 6 f.).

Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass die Verbindlichkeiten der Vor-SE automatisch auf die SE übergehen, während Abs. 2 nur regelt, dass die SE die Verbindlichkeiten übernehmen kann (in diesem Sinne aber *Hirte* NZG 2002, 1 [4]). Denn Abs. 2 regelt lediglich den Übergang, setzt aber nicht voraus, dass die Verbindlichkeiten nur bei Übernahme auf die SE übergehen dürfen. Bei Übernahme auf die SE erlischt lediglich die Handelndenhaftung. Ob, wie und warum es zur Übernahme der Verbindlichkeiten kommt oder diese unterbleibt, regelt Abs. 2 nicht. Auch insofern steht die Regelung der Anerkennung einer Vor-SE nicht entgegen (NK-SE/*Schröder* Rn. 9; MüKoAktG/*Schäfer* Rn. 4).

b) Vor-SE europäischer Prägung? Diskutiert wird eine sogenannte Vor-SE europäischer Prägung (*Kersting* DB 2001, 2079 [2081 ff.]). Abs. 2 spricht jedoch nur von der Haftung derjenigen, die vor Eintragung der SE in ihrem Namen handeln. Eine Vor-SE europäischer Prägung wird nicht aufgeführt. Es erscheint auch zu komplex, die Vor-SE davon abhängig zu machen, ob der jeweilige Mitgliedstaat bereits vor der Eintragung die teilweise Aufbringung des Kapitals verlangt. Danach wäre eine Vor-SE europäischer Prägung anzuerkennen, sofern es entsprechende Kapitalschutzregeln im jeweiligen Mitgliedstaat gibt. Insofern erscheint es überzeugender, die Frage der Existenz und Ausgestaltung einer Vor-SE generell nach dem jeweiligen Recht des Mitgliedstaates zu beurteilen (ausführliche Darstellung der Gegenargumente bei BeckOGK/*Casper* Rn. 6, 7; im Ergebnis auch MüKo AktG/*Schäfer* Rn. 4; *Schwarz* Rn. 8; LHT/*Bayer* Rn. 4, 6; NK-SE/*Schröder* Rn. 6, 8; *J. Schmidt*, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, 2006, 385).

Darüber hinaus wird die europäische Vor-SE für die Holdinggründung verlangt (vgl. *Drees*, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) in Deutschland und ihre rechtliche Behandlung vor Eintragung (Vor-SE), 2006, 89 ff., 99 ff., 144 ff.; im Hinblick auf die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Vor-SE auch *Schwarz* Rn. 13). Weil die Aktionäre im Rahmen der Holdinggründung ihre Aktien bereits vor Eintragung der SE in die Holding einbringen müssen, wäre die Anerkennung einer Vor-SE erforderlich. Auch hier ist es jedoch Sache des jeweiligen nationalen Rechts, eine Vor-SE anzuerkennen. Ebenso können Treuhandlösungen oder Sonstiges möglich sein (BeckOGK/*Casper* Rn. 8; aA in Bezug auf die Anerkennung der Rechtsfähigkeit aber *Schwarz* Rn. 13, der daraus zudem den Schluss zieht, dass die Anerkennung der Rechtsfähigkeit einer Vor-SE generell europarechtlich vorgegeben sei).

Folglich richtet sich die Anerkennung einer SE nach den nationalen Regeln. Dies folgt aus Art. 15 Abs. 1 (so auch LHT/*Bayer* Rn. 6; MüKoAktG/*Schäfer* Rn. 4; BeckOGK/*Casper* Rn. 9; NK-SE/*Schröder* Rn. 10 ff.; *J. Schmidt*, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, 2006, 385; *Fuchs*, Die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft durch Verschmelzung und das nationale Recht, 2004, 204). Das deutsche Recht kennt die Vorgesellschaft. Für Deutschland ist daher die Vor-SE anzuerkennen. Im Übrigen besteht auch ein besonderes Bedürfnis für die Anerkennung einer Vorgesellschaft aufgrund des relativ langen Gründungsvorgangs einer SE unter Berücksichtigung des Arbeitnehmerbeteiligungsverfahrens (*Schwarz* Rn. 8; *Schäfer* NZG 2004, 785 [789 f.]).

Die Vor-SE ist allerdings nicht bei allen Gründungsformen erforderlich. Bei der Verschmelzung zur Aufnahme sowie auch beim Formwechsel besteht bis zur Durchführung der Maßnahme eine rechtsfähige Gesellschaft. In diesen Fällen besteht daher kein Bedürfnis, eine Vor-SE anzuerkennen (MHdB AG/*Austmann* § 84 Rn. 75). Alle vor Eintragung der SE begründeten Verbindlichkeiten treffen

die Ausgangsgesellschaften und gehen ipso iure auf die SE über bzw. verbleiben bei Scheitern der Gründung beim Ausgangsrechtsträger (BeckOGK/*Casper* Rn. 10; MüKoAktG/*Schäfer* Rn. 6; LHT/*Bayer* Rn. 12; *Schwarz* Rn. 9; NK-SE/*Schröder* Rn. 3, 53). Bei Anerkennung einer Vor-SE in diesen Fällen würde sich vielmehr die Frage des Verhältnisses der Vor-SE zu den Ausgangsrechtsträgern stellen (BeckOGK/*Casper* Rn. 10; MüKoAktG/*Schäfer* Rn. 6). Hinsichtlich anderer Gründungsformen besteht hingegen ein Bedürfnis für eine Vor-SE, weil eine Kontinuität des Rechtsträgers anders als bei Verschmelzung zur Aufnahme und bei Formwechsel nicht vorhanden ist.

- 28 Bei einer Einpersonengründung bestehen keine Unterschiede. Auch diesbezüglich sind die Grundsätze der Vor-SE anzuwenden. Hierfür spricht zudem Art. 2 Abs. 1 RL 2009/102/EG (früher Art. 2 Abs. 1 RL 89/667/EWG aF; ebenso LHT/*Bayer* Rn. 8 mwN; NK-SE/*Schröder* Rn. 72 ff.; *J. Schmidt*, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, 2006, 389).
- 29 **2. Rechtsnatur, Rechtsfähigkeit, Entstehung und Dauer.** Die Vor-SE nach deutschem Recht ist – wie die Vor-AG – als Rechtsträger *sui generis* und Gesamthandsgesellschaft zu qualifizieren (BeckOGK/*Casper* Rn. 9; LHT/*Bayer* Rn. 7; MüKoAktG/*Schäfer* Rn. 4 f.; NK-SE/*Schröder* Rn. 52; nach *Schwarz* Rn. 11 ff. soll sich die Rechtsfähigkeit hingegen aus der SE-VO ergeben). Im Hinblick auf den Zeitpunkt ist wie folgt zu unterscheiden:
- 30 Für die Gründung der Tochtergesellschaft verbleibt es dabei, dass die Vor-SE mit der Errichtung der Gesellschaft durch Feststellung der Satzung und zusätzlich die Übernahme sämtlicher Aktien durch die Gründer (§ 29 AktG; so LHT/*Bayer* Rn. 15; *Schwarz* Rn. 10; NK-SE/*Schröder* Rn. 54; *J. Schmidt*, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, 2006, 388; *Casper* Der Konzern 2007, 244 [249]) entsteht. Dies folgt aus Art. 36, der bezüglich der Gründung der Vor-SE auf das nationale Recht verweist (so BeckOGK/*Casper* Rn. 11; MüKoAktG/*Schäfer* Rn. 7). Dies gilt auch für sekundäre SE-Gründungen (vgl. Art. 3 Abs. 2; LHT/*Bayer* Rn. 15).
- 31 Bei der Verschmelzung durch Neugründung ist auf den letzten Beschluss der Hauptversammlung abzustellen, der zur Wirksamkeit des Verschmelzungsvertrages führt (Art. 23; BeckOGK/*Casper* Rn. 11; MüKoAktG/*Schäfer* Rn. 7; LHT/*Bayer* Rn. 14; *Schwarz* Rn. 10; *Kersting* DB 2001, 2079 [2081]; *J. Schmidt*, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, 2006, 387 f.). Sofern der Hauptversammlung nur der Entwurf des Verschmelzungsplans vorgelegt worden ist, ist auf die notarielle Beurkundung des Verschmelzungsplans abzustellen (LHT/*Bayer* Rn. 14; NK-SE/*Schröder* Rn. 54).
- 32 Bei der Holding-Gründung kommt es grundsätzlich ebenfalls auf den letzten zustimmenden Hauptversammlungsbeschluss an, wobei umstritten ist, ob darüber hinaus die Einbringung der Mindestanteilsquote erforderlich ist bzw. welche Folgen das Nichterreichen nach sich zieht (NK-SE/*Schröder* Rn. 54; MüKoAktG/*Schäfer* Rn. 7; *J. Schmidt*, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, 2006, 388 f.; offenbar auch *Schwarz* Rn. 10; BeckOGK/*Casper* Rn. 11, nach denen die Vor-SE jedoch endet, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass die Mindestquote nicht erreicht wurde, dh die Vor-SE erlischt wegen Scheiterns der Gründung). Aufgrund des Gläubigerschutzes ist die Mindestanteilsquote jedoch nicht zu erbringen.
- 33 Die Vor-SE endet üblicherweise mit der Eintragung der SE in das Handelsregister (Art. 12 Abs. 1). Mit Eintragung in das Handelsregister wandelt sich die Vor-SE in die SE um. Alle Aktiva und Passiva gehen ipso iure auf die SE über (BeckOGK/*Casper* Rn. 11; LHT/*Bayer* Rn. 7, 16; *Schwarz* Rn. 10; NK-SE/*Schröder* Rn. 13, 61; *J. Schmidt*, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, 2006, 398; *Zöllter-Petzoldt*, Die Verknüpfung von europäischem und nationalem Recht bei der Gründung einer SE, 2005, 48 f.). Ansonsten endet die SE mit Aufgabe bzw.

Scheitern der Gründung (MüKoAktG/Schäfer Rn. 7; BeckOGK/Casper Rn. 11; Schwarz Rn. 10 aE; NK-SE/Schröder Rn. 13; Kersting DB 2001, 2079). Wann von einem Scheitern auszugehen ist, bestimmt sich nach nationalem Recht (BeckOGK/Casper Rn. 11). Dabei ist die SE-Holdinggründung gescheitert, wenn die Mindestanteilsquote nach Art. 33 Abs. 2 nicht erreicht wird (s. dazu BeckOGK/Casper Rn. 11; MüKoAktG/Schäfer Rn. 7; Jannott in Jannott/Frodermann SE-HdB Kap. 3 Rn. 314). Dies ist dann der Fall, wenn nach vernünftiger Ansicht davon auszugehen sein wird, dass die Mindestanteilsquote nicht mehr erfüllt wird. Grundsätzlich ist von einem Scheitern auszugehen, wenn aufgrund wirtschaftlicher Betrachtung von einer Fortführung der Gründung nicht mehr auszugehen ist. Für die SE mit geplantem Sitz in Deutschland führt das Scheitern der Eintragung bzw. Aufgabe der Gründungsabsicht dazu, dass diese rückwirkend wie eine Personengesellschaft mit gesamtschuldnerischer Außenhaftung zu behandeln ist (MüKoAktG/Schäfer Rn. 3).

3. Anwendbare Regeln/Organisationsverfassung. Grundsätzlich sind für die Vor-SE alle Regeln für die SE anwendbar, sofern diese nicht die Eintragung bzw. Rechtspersönlichkeit im Gegensatz zur Rechtsfähigkeit voraussetzen (LHT/Bayer Rn. 9; Schwarz Rn. 14; J. Schmidt, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, 2006, 390). Im Innenverhältnis gilt somit das Organisationsrecht der SE. Die Geschäftsführung obliegt daher entweder dem Vorstand oder dem Verwaltungsrat (Schwarz Rn. 14). Die Gesellschafter sind verpflichtet, an allen Maßnahmen mitzuwirken, die für die Eintragung der SE erforderlich sind; dies betrifft insbesondere die Mindesteinzahlung (LHT/Bayer Rn. 9). Im Außenverhältnis obliegt dem geschäftsführungsbefugten Organ (Vorstand bzw. Verwaltungsrat) die Vertretung der Vor-SE.

Streitig ist, ob – wie für die Vor-AG – die Vertretungsmacht beschränkt ist auf den Zweck der Vorgesellschaft und damit auf die gründungsnotwendigen Geschäfte (so LHT/Bayer Rn. 10 mwN, wobei die Gründer allerdings berechtigt sind, die Vertretungsmacht zu erweitern; in diesem Sinne auch NK-SE/Schröder Rn. 57f.) oder aber ob die Vertretungsmacht unbeschränkt ist, § 44 Abs. 1 SEAG (so Schwarz Rn. 15 mwN). Für eine Beschränkung spricht der Schutz derjenigen Gesellschafter, die an den Geschäften nicht selbst beteiligt sind (LHT/Bayer Rn. 10; NK-SE/Schröder Rn. 58). Unabhängig davon soll aber in Fällen der Sachgründung auf jeden Fall eine weitgehend unbeschränkte Vertretungsmacht bestehen (Schwarz Rn. 15; LHT/Bayer Rn. 11).

4. Gründerhaftung. Ob neben der Handelndenhaftung des Abs. 2 ergänzend eine Haftung der Gründer (wie zB in Deutschland in Form der Unterbilanz- und Verlustdeckungshaftung) besteht, richtet sich über Art. 15 Abs. 1 nach nationalem Recht (BeckOGK/Casper Rn. 12, 15; NK-SE/Schröder Rn. 49; Schwarz Rn. 40). Eine Gründerhaftung kann Abs. 2 auch im Ansatz nicht verwirklichen, weil es sich nicht um eine Haftung gegenüber der späteren SE, sondern um eine Außenhaftung handelt. Deshalb kann die Kapitalaufbringung so nicht gesichert werden. Im Übrigen erlischt die Haftung des Handelnden in der Regel mit der Gründung der SE, weil die Verbindlichkeiten übergehen. Die Handelndenhaftung ist daher in der Regel auf die Gründungsphase oder das Scheitern der Gründung beschränkt. Abs. 2 stellt keine Gründerhaftung dar; die Vorschrift sperrt aber auch keine anders geartete Gründerhaftung (MüKoAktG/Schäfer Rn. 20; Schwarz Rn. 22).

Für die Gründung einer SE mit Sitz in Deutschland kommt daher eine Verlustdeckungshaftung (bei Scheitern der Gründung) bzw. eine Unterbilanzhaftung (bei Eintragung) in Betracht (LHT/Bayer Rn. 11, 16; J. Schmidt, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, 2006, 392; Casper Der Konzern 2007, 244 [250]). Dies gilt allerdings nur, wenn eine Vor-SE existiert, was nicht der Fall ist bei Verschmel-

zung zur Aufnahme sowie bei Umwandlung (vgl. BeckOGK/*Casper* Rn. 12 mit Verweis auf die Begründung bei *Jannott* in *Jannott/Frodermann SE-HdB* Kap. 3 Rn. 325 ff.; aA wohl *MüKoAktG/Schäfer* Rn. 8). Streitig ist, ob es sich um eine proratarische Innenhaftung (so in *NK-SE/Schröder* Rn. 67; differenzierend *BeckOGK/Casper* Rn. 12: grundsätzlich Binnenhaftung, Außenhaftung nur bei der Gründung einer Tochter-SE nach Art. 3 Abs. 2, weil es sich dabei immer um eine Ein-Personen-Gründung handelt) oder eine unbeschränkte Außenhaftung (dafür *LHT/Bayer* Rn. 11) handelt. Im Ergebnis kann es sich nur um eine Innenhaftung handeln, denn die Außenstehenden sind ausreichend durch die Vor-SE bzw. die Haftung der Handelnden nach Abs. 2 geschützt.

- 38 Gründer und damit Haftende sind in allen Gründungsformen nur die Gründungsgesellschaften und nicht auch die Gesellschafter dieser Gründungsgesellschaften (*LHT/Bayer* Rn. 17; *MüKoAktG/Schäfer* Rn. 8; *BeckOGK/Casper* Rn. 12; *J. Schmidt*, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, 2006, 392; *Koke*, Die Finanzverfassung der SE mit Sitz in Deutschland, 2005, 40; *Teichmann ZGR* 2003, 367 [392]). Denn die Gesellschafter der Gründungsgesellschaften haben in der Regel bis auf die Zustimmung zu den entsprechenden Beschlüssen der Gesellschafter keinen Einfluss auf den Gründungsvorgang. Sie treten nicht nach außen auf. Sie steuern auch nicht den Gründungsvorgang mit entsprechenden Anmeldungen zum Handelsregister, die die Wirksamkeit der SE als Voraussetzung für die Eintragung im Handelsregister und damit der Wirksamkeit der SE bilden und damit den Übergang der Haftung auf die SE bilden (vgl. *MüKoAktG/Schäfer* Rn. 8; *LHT/Bayer* Rn. 17; *BeckOGK/Casper* Rn. 12). Zudem geht das Vermögen der Gründungsgesellschaften mit Eintragung der SE ipso iure auf diese über, so dass das Vermögen der Gründungsgesellschaften als Haftungsfonds zur Verfügung steht (*BeckOGK/Casper* Rn. 12). Etwas anderes gilt allerdings im Falle der Holding-Gründung. Die gründende Gesellschaft bleibt bestehen. Allerdings wird sie auch nicht zu Gesellschaftern der SE (in diesem Sinne wohl *Jannott* in *Jannott/Frodermann SE-HdB* Kap. 3 Rn. 329; bzw. wird die Haftung der Gründungsgesellschaften wegen ihrer Eigenschaft als Tochtergesellschaft der SE abgelehnt). Aber auch hier haben die Gesellschafter der Gründungsgesellschaft keinen maßgeblichen bzw. mitbestimmenden Einfluss auf den Gründungsvorgang. Dieser folgt insbesondere auch nicht daraus, dass sie Anteilseigner der SE werden (*MüKoAktG/Schäfer* Rn. 8; *LHT/Bayer* Rn. 17; *BeckOGK/Casper* Rn. 12).
- 39 **5. Gründung einer Vorrats-SE.** Fraglich war, ob eine SE auch als Vorrats-SE gegründet werden kann (*MüKoAktG/Schäfer* Rn. 9). Dies könnte eine eigenständige, nicht vom numerus clausus der Gründung der SE dargestellte Variante umfassen (vgl. *Forst NZG* 2009, 687 [690]). Auch wurde dies als Flucht aus der Mitbestimmung gesehen (vgl. *Casper/Schäfer ZIP* 2007, 653 [654 f.]). Die Praxis hat sich inzwischen längst auf die Gründung von Vorrats-SE eingestellt. Der *Numerus Clausus* der Gründungsformen sowie auch eine etwaige Flucht aus der Mitbestimmung sprechen nicht gegen eine Vorrats-SE. Denn die Gründung einer Vorrats-SE im Rahmen der vorgegebenen Voraussetzung unter Begründung einer SE ist nicht rechtsmissbräuchlich. Der Flucht aus der Mitbestimmung kann anderweitig, zB im Rahmen des § 18 Abs. 3 SEBG, begegnet werden (vgl. *Hörtig*, Gründungs- und Umstrukturierungsmöglichkeiten bei der SE, 2011, 128 f.; s. im Übrigen auch *MüKoAktG/Schäfer* Rn. 12 ff.).
- 40 Ebenfalls war fraglich, ob der Gründung einer Vorrats-SE die Regelungen zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer entgegenstehen. Art. 12 Abs. 2 geht insoweit offenbar davon aus, dass die zu gründende SE über Arbeitnehmer verfügt, mit denen über eine Mitbestimmungslösung verhandelt werden kann, zumal solche Verhandlungen grundsätzlich bei jeder SE-Gründung unabhängig von der Anzahl der Arbeitnehmer durchzuführen sind (Art. 1 Abs. 2, 3 Abs. 1 *Beteiligungs-RL*;

vgl. auch § 4 Abs. 4 SEBG). Eine Vorrats-SE hat indes keine Arbeitnehmer. Bei einem späteren Anstieg der Arbeitnehmerzahlen mit Aufnahme der werbenden Tätigkeit der SE sehen die SE-VO und das SEBG Neu- oder Nachverhandlungen nicht vor.

Allerdings besteht eine Pflicht zur Nachverhandlung über eine Analogie zu § 1 Abs. 4 SEBG, § 18 Abs. 3 SEBG, wonach die für die Gründung geltenden Grundsätze auch für Strukturänderungen gelten. Die Aufnahme der operativen Tätigkeit, dh die wirtschaftliche Neugründung ist ein gründungsähnlicher Vorgang, der als Strukturmaßnahme einzuordnen ist. Die Arbeitnehmer der ehemaligen Vorrats-SE sind daher über die Neuverhandlungspflicht geschützt wie bei der Gründung einer werbenden SE.

Darüber hinaus darf eine SE erst nach Abschluss der Verhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung in das Handelsregister eingetragen werden (Art. 12 Abs. 2). Da mit Aufnahme der werbenden Tätigkeit durch eine Vorrats-SE Satzungsänderungen (Kapitalerhöhung, Sitzverlegung, Änderung des Unternehmensgegenstands), analog Art. 12 Abs. 2, vorgenommen werden, dürfen diese erst mit Abschluss der Arbeitnehmerbeteiligung im Handelsregister eingetragen werden. Vor diesem Hintergrund wirkt ein Verbot der Vorratsgründung jedenfalls überzogen bzw. unverhältnismäßig (s. zum Ganzen MüKoAktG/Schäfer R.n. 13).

Abschnitt 2. Gründung einer SE durch Verschmelzung

[Gründung einer SE durch Verschmelzung]

17 (1) Eine SE kann gemäß Artikel 2 Absatz 1 durch Verschmelzung gegründet werden.

(2) Die Verschmelzung erfolgt

- a) entweder nach dem Verfahren der Verschmelzung durch Aufnahme gemäß Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 78/855/EWG (Dritte Richtlinie 78/855/EWG des Rates vom 9. Oktober 1978 gemäß Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften (ABl. L 295 vom 20.10.1978, S. 36). Zuletzt geändert durch die Beitrittsakte von 1994)
- b) oder nach dem Verfahren der Verschmelzung durch Gründung einer neuen Gesellschaft gemäß Artikel 4 Absatz 1 der genannten Richtlinie.

¹ Im Falle einer Verschmelzung durch Aufnahme nimmt die aufnehmende Gesellschaft bei der Verschmelzung die Form einer SE an. ² Im Falle einer Verschmelzung durch Gründung einer neuen Gesellschaft ist die neue Gesellschaft eine SE.

Schrifttum: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig (Hrsg.), 10 Jahre SE, 2015; Fuchs, Die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft durch Verschmelzung und das nationale Recht, 2004; Ihrig/Wagner, Das Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) auf der Zielgeraden, BB 2004, 1749; Kiem, Der Evaluierungsbericht der EU-Kommission zur SE-Verordnung, CFL 2011, 134; Kraft/Bron, Defizite bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung – eine sekundärrechtliche Bestandsaufnahme, RIW 2005, 641; Marsch-Barner, Zur grenzüberschreitenden Mobilität deutscher Kapitalgesellschaften, FS Haarmann, 2015, 115; Spitzbart, Die Europäische Aktiengesellschaft (Societas Europaea – SE) – Aufbau und Gründung, RNotZ 2006, 369; Walden/Meyer-Landrut, Die grenzüberschreitende Verschmelzung zu einer Europäischen Gesellschaft: Planung und Vorbereitung, DB 2005, 2119.

Übersicht

	Rn.
I. Allgemeines	1
II. Verschmelzungsarten	5
1. Unterscheidung der Verschmelzungsarten	5
2. Verschmelzung durch Aufnahme	6
3. Verschmelzung durch Neugründung	8
III. Überblick über den Ablauf der Gründung einer SE durch Verschmelzung	9
1. Vorbereitungsphase	10
2. Beschlussphase	11
3. Vollzugsphase	12

I. Allgemeines

- 1 Art. 17 konkretisiert die **SE-Gründung durch Verschmelzung**, für die Art. 2 Abs. 1 bereits die beteiligungsfähigen Rechtsträger festlegt (→ Art. 2 Rn. 5). Wie nach der RL 2011/35/EU (Art. 2–4 RL 2011/35/EU, jetzt Art. 88–90 GesR–RL) und wie im deutschen innerstaatlichen Verschmelzungsrecht (§ 2 UmwG) kann die Verschmelzung zur Gründung einer SE im Wege der **Verschmelzung durch Aufnahme** (Art. 17 Abs. 2 lit. a) oder der **Verschmelzung durch Neugründung** (Art. 17 Abs. 2 lit. b) erfolgen. Zur begrifflichen Konkretisierung der beiden Verschmelzungsarten wird dabei auf Art. 3 Abs. 1 RL 2011/35/EU und Art. 4 Abs. 1 RL 2011/35/EU (jetzt Art. 89, 90 GesR–RL) Bezug genommen. Darin liegt keine Verweisung auf die weiteren Bestimmungen der Richtlinie. Welche Sachnormen im Einzelfall anzuwenden sind, ergibt sich vielmehr aus Art. 15 und Art. 18 (*Schwarz* Rn. 4; *MüKoAktG/Schäfer* Rn. 2). Aufgrund des Auftrags in Art. 69 S. 2 lit. b hat die EU-Kommission geprüft, ob der Begriff der Verschmelzung in Art. 17 Abs. 2 ausgeweitet werden soll. Nach dem **Evaluierungsbericht von 2010** ist eine solche Ausweitung nicht geplant (vgl. Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der SE-VO vom 17.11.2010, KOM (2010) 676, 1 ff.; dazu *Kiem* CFL 2011, 134 ff.).
- 2 Hinsichtlich der einzelnen Voraussetzungen der SE-Gründung durch Verschmelzung bestehen **Gemeinsamkeiten** mit dem Verschmelzungsrecht nach dem **UmwG**, wie beispielsweise die Notwendigkeit der Erstellung eines Verschmelzungsplans als Gegenstück zum Verschmelzungsvertrag (Art. 20), die Offenlegung des Verschmelzungsvorhabens (Art. 21), die Prüfung des Umtauschverhältnisses (Art. 22), die Zustimmung der Hauptversammlung (Art. 23) und die Eintragung der Verschmelzung im zuständigen Register (Art. 27; *Teichmann* in *Van Hulle/Maul/Drinhausen SE-HdB* Abschnitt 4 § 2 Rn. 3). Unterschiede zum deutschen innerstaatlichen Verschmelzungsrecht ergeben sich insbesondere aus der Beschränkung der Gesellschaftsformen, die an der Verschmelzung zur Gründung einer SE teilnehmen können: Während für die innerstaatliche Verschmelzung nahezu alle Gesellschaftsformen des deutschen Rechts zur Verfügung stehen (s. § 3 Abs. 1 UmwG), können sich gemäß Art. 2 Abs. 1 an der Verschmelzung zur Gründung einer SE lediglich die in **Anhang I** der SE-VO aufgelisteten mitgliedstaatlichen **Aktiengesellschaften** beteiligen. Die KGaA und GmbH gehören nicht zu den nach der SE-VO verschmelzungsfähigen Rechtsformen. Aufgrund der Gleichstellung in Art. 3 Abs. 1 kann sich dagegen eine **SE** an der Gründung einer weiteren SE beteiligen (näher → Art. 2 Rn. 5).
- 3 Die SE-Gründung im Wege der Verschmelzung durch Aufnahme führt zugleich zu einem **Formwechsel der aufnehmenden Aktiengesellschaft** in die Rechtsform der SE (Art. 17 Abs. 2 S. 2 iVm Art. 29 Abs. 1 lit. d). Diese Kom-

bination aus Verschmelzung und formwechselnder Umwandlung (LHT/*Bayer* Rn. 3; *Scheifele*, Die Gründung der SE, 2004, 134) ist dem deutschen innerstaatlichen Umwandlungsrecht unbekannt. Die Rechtsfolgen dieser Umwandlung entsprechen aber dem Formwechsel nach dem UmwG. Die rechtliche und wirtschaftliche Identität der aufnehmenden Gesellschaft bleibt erhalten; sie ändert nur ihre gesellschaftsrechtliche Verfassung (näher Lutter/*Hoger* UmwG § 190 Rn. 1; Lutter/*Hoger* UmwG § 202 Rn. 7 ff.).

Umstritten ist, ob der **Sitz der SE** bei der Verschmelzung zur Aufnahme frei 4 gewählt werden kann oder ob er in demselben Mitgliedstaat liegen muss wie der Sitz der aufnehmenden Gründungsgesellschaft. Letzteres – also die zwingende Identität der Sitze von SE und aufnehmender Gründungsgesellschaft – wird teilweise unter Hinweis auf Art. 37 Abs. 3 vertreten. Danach darf der Gesellschaftssitz anlässlich einer SE-Gründung durch Formwechsel nicht verlegt werden. Auch beim Formwechsel der aufnehmenden Gesellschaft im Rahmen der Verschmelzungsgründung (Art. 17 Abs. 2 S. 2; → Rn. 3) dürfe der Gesellschaftssitz daher nicht verlegt werden (BeckOGK/*Eberspächer* Rn. 8; *Ihrig/Wagner* BB 2004, 1749 [1752]; *Jannott* in *Jannott/Frodermann SE-HdB* Kap. 3 Rn. 5; *Kölner Komm AktG/Maul* Rn. 27; *MüKoAktG/Schäfer* Rn. 10; *Spitzbart* RNotZ 2006, 369 [376]; *Kraft/Bron* RIW 2005, 641 [642]). Dagegen spricht allerdings, dass Art. 17 gerade kein derartiges Verbot enthält (für einen Umkehrschluss deshalb LHT/*Bayer* Rn. 3; *Scheifele*, Die Gründung der SE, 2004, 153 f.; *Schwarz* Art. 20 Rn. 21). Auch mit Blick auf die Interessenlage erscheint es weder sachgerecht noch notwendig, das Verbot aus Art. 37 Abs. 3 oder die Vorschriften des Art. 8 im Rahmen der Verschmelzungsgründung anzuwenden. Denn anders als bei der Gründung durch Formwechsel stehen bei der Verschmelzungsgründung alle Mittel bereit, um den Gefahren zu begegnen, die sich aus dem grenzüberschreitenden Element der Gründung für Gläubiger und Minderheitsaktionäre ergeben (vgl. *Teichmann* in *Van Hulle/Maul/Drinhausen SE-HdB* Abschnitt 4 § 2 Rn. 34). Nimmt an der Gründung einer ausländischen SE etwa eine deutsche Gründungsgesellschaft als aufnehmender Rechtsträger teil, so gelten zum Schutz der Gläubiger der deutschen Gründungsgesellschaft § 8 SEAG iVm § 13 Abs. 1 und 2 SEAG analog (→ Art. 24 Rn. 9) und zum Schutz ihrer Minderheitsaktionäre Art. 24 Abs. 2 iVm § 7 SEAG iVm § 12 SEAG (→ Art. 24 Rn. 48). Umgehungsmöglichkeiten, die durch ein Verbot analog Art. 37 Abs. 3 verhindert werden sollten, sind nicht ersichtlich. Auch bei der Verschmelzung zur Aufnahme kann der Sitz der SE daher frei gewählt werden (so auch *Schwarz* Art. 20 Rn. 21; LHT/*Bayer* Rn. 4; *Bergmann/Kiem/Müllbert/Verse/Wittig/Drinhausen* 10 Jahre SE S. 46; *Widmann/Mayer/Heckschen* UmwG Anh. 14 Rn. 127, 155; *Kallmeyer/Marsch-Barner/Wilk* UmwG Anh. I Rn. 14, 22 aE; *Teichmann* in *Van Hulle/Maul/Drinhausen SE-HdB* Abschnitt 4 § 2 Rn. 34; *Scheifele*, Die Gründung der SE, 2004, 153 f.; *Fuchs*, Die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft durch Verschmelzung und das nationale Recht, 2004, 117 f.; *Walden/Meyer-Landnut* DB 2005, 2119 [2125]; wohl auch *Habersack/Verse* EuGesR § 13 Rn. 20).

II. Verschmelzungsarten

1. Unterscheidung der Verschmelzungsarten. Die meisten Vorschriften 5 der SE-VO zur SE-Gründung durch Verschmelzung finden sowohl auf die Verschmelzung durch Aufnahme als auch auf die Verschmelzung durch Neugründung Anwendung (*Scheifele*, Die Gründung der SE, 2004, 135). Eine Ausnahme hiervon bildet die Differenzierung der Rechtsfolgen beider Verschmelzungsarten in **Art. 29 Abs. 1 und Abs. 2**. Zudem trifft **Art. 31** besondere Regelungen für die Verschmelzung nach Art. 17 Abs. 2 lit. a. Die dabei vorgesehenen Erleichterungen für Mutter-Tochter-Verschmelzungen finden nur Anwendung auf die

Verschmelzung durch Aufnahme. Ferner können sich aus den gemäß Art. 18 oder Art. 15 Abs. 1 ergänzend anwendbaren Vorschriften des nationalen Verschmelzungsrechts der Gründungsgesellschaften Unterschiede ergeben (*Scheifele*, Die Gründung der SE, 2004, 135). So regeln in Deutschland die §§ 4–35 UmwG und §§ 60–72 UmwG die Verschmelzung von Aktiengesellschaften durch Aufnahme, während für die Verschmelzung durch Neugründung einer AG die Besonderheiten der §§ 36–38 UmwG und §§ 73–77 UmwG zu beachten sind (NK-SE/*Schröder* Rn. 25; *Schwarz* Rn. 10). Besonders zu beachten sind die Zweijahresfrist in §§ 67, 76 Abs. 1 UmwG und die Vorschriften über die Kapitalerhöhung bei einer aufnehmenden AG (§§ 66 ff. UmwG, §§ 182 ff. AktG; LHT/*Bayer* Rn. 8)

- 6 **2. Verschmelzung durch Aufnahme.** Eine Verschmelzung durch Aufnahme bezeichnet gemäß Art. 3 Abs. 1 RL 2011/35/EU (jetzt Art. 89 Abs. 1 GesR-RL) den Vorgang, „durch den eine oder mehrere Gesellschaften ihr gesamtes Aktiv- und Passivvermögen im Wege der Auflösung ohne Abwicklung auf eine andere Gesellschaft übertragen, und zwar gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft an die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft oder Gesellschaften und ggf. einer baren Zuzahlung, die den zehnten Teil des Nennbetrags oder, wenn ein Nennbetrag nicht vorhanden ist, des rechnerischen Wertes der gewährten Aktien nicht übersteigt“. **Rechtsfolgen** der (wirksamen) Verschmelzung durch Aufnahme zur Gründung einer SE sind gemäß Art. 29 Abs. 1 der Übergang des Vermögens der übertragenden auf die übernehmende Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge, die Erlangung der Rechtsstellung als Aktionär der übernehmenden Gesellschaft durch die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft(en), das Erlöschen der übertragenden Gesellschaft(en) und schließlich die Annahme der Rechtsform der SE durch die übernehmende Gesellschaft (im Einzelnen → Art. 29 Rn. 2 ff.). Unterliegt die übertragende Gesellschaft dem Recht eines anderen Mitgliedstaates als die übernehmende Gesellschaft, so führt die Verschmelzung zu einer Gesamtrechtsnachfolge, Anteilsgewährung und Auflösung **über die Grenze** (MüKoAktG/*Schäfer* Rn. 1 bezeichnet dies unscharf als „Sitzverlegung“; s. dazu auch *Marsch-Barner* FS Haarmann, 2015, 115, 131). Zulässig ist auch die **Konzernverschmelzung** in der Form, dass eine Tochter-AG auf die Mutter-AG verschmolzen wird. Für diesen upstream-merger enthält Art. 31 bestimmte Erleichterungen (→ Art. 31 Rn. 7 ff.). Der umgekehrte Fall (downstream-merger) ist dagegen nicht vorgesehen (*Scheifele*, Die Gründung der SE, 2004, 281, 287; *Schwarz* Art. 31 Rn. 5, 22).
- 7 Die **Anteilsübertragung** an die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft kann dergestalt erfolgen, dass (1) bereits existierende **eigene Aktien** der übernehmenden Aktiengesellschaft übertragen werden, (2) **Aktien** übertragen werden, die **die übertragende Gesellschaft** an der übernehmenden Gesellschaft hält oder (3) **neue Aktien** ausgegeben werden (NK-SE/*Schröder* Art. 17 Rn. 18). Sofern neue Aktien ausgegeben werden, ist hierfür regelmäßig eine **Kapitalerhöhung** notwendig, für die gemäß Art. 18 die allgemeinen Vorschriften des Rechts gelten, dem die übernehmende Gesellschaft unterliegt (*Scheifele*, Die Gründung der SE, 2004, 134 f.; *Schwarz* Rn. 7; aA offenbar NK-SE/*Schröder* Rn. 18, der das gemäß Art. 5 für die SE maßgebende Recht anwenden möchte; dies kann aber erst nach Gründung der SE gelten). Im Falle einer deutschen Aktiengesellschaft sind dies vor allem die Vorschriften der §§ 68, 69 UmwG (Kallmeyer/*Marsch-Barner/Wilk* UmwG Anh. I Rn. 62). Dabei sind insbesondere die in § 68 Abs. 1 S. 1 UmwG normierten Kapitalerhöhungsverbote zu beachten (zu Einzelheiten s. Kallmeyer/*Marsch-Barner/Oppenhoff* UmwG § 68 Rn. 2 ff.; *Scheifele*, Die Gründung der SE, 2004, 135). Eine Kapitalerhöhung bei einer übernehmenden deutschen Aktiengesellschaft ist gemäß Art. 18 iVm § 68 Abs. 1