

# Recht der SE und der grenzüberschreitenden Umwandlung

Habersack / Drinhausen

4. Auflage 2025  
ISBN 978-3-406-80912-5  
C.H.BECK

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

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://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://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://beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

europäische Norm zuwiderlaufe (zB LHT/Bayer Rn. 18; ähnlich BeckOGK/Casper Rn. 17). In der Regel wird es nicht zu einer Haftung einer SE bei einem schon bestehenden Rechtsträger kommen. Denn im Falle der Verschmelzung auf einen schon bestehenden Rechtsträger werden die Rechtshandlungen für den bestehenden Rechtsträger und nicht für die zukünftige SE vorgenommen. Insofern stellt sich nicht die Frage der Handelndenhaftung. Im Übrigen kann aber auch bei Verschmelzung durch Aufnahme der aufzunehmende Rechtsträger nicht verpflichtet werden, sondern die zukünftige SE. Dann stellt sich die Frage der Handelndenhaftung. Aufgrund des klaren Wortlauts ist dabei die Handelndenhaftung des Abs. 2 einschlägig. Eine teleologische Reduktion ist nicht erforderlich.

## 2. Voraussetzungen

**a) Zeitlicher Anwendungsbereich.** Die Haftung trifft Rechtshandlungen **9** vor Eintragung der SE. Denn nach Eintragung der SE sind die Gläubiger nicht mehr schutzbedürftig (Schwarz Rn. 17; MüKoAktG/Schäfer Rn. 17, 21). Für Rechtshandlungen nach Eintragung haftet entweder die SE oder (über nationales Recht) der Handelnde als falsus procurator.

Der Zeitraum beginnt mit Rechtshandlungen, die im Namen der zukünftigen **10** SE vorgenommen werden. Diese können weit vor Beschlussfassung über die Satzung oder sonstigen Gründungshandlungen vorgenommen worden sein. Die Gründung muss jedoch im Zeitpunkt der Rechtshandlung schon beabsichtigt sein (LHT/Bayer Rn. 19; ähnlich in NK-SE/Schröder Rn. 18 f.; J. Schmidt, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, 2006, S. 401; Zöllter-Petzoldt, Die Verknüpfung von europäischem und nationalem Recht bei der Gründung einer SE, 2005, S. 185). Aus deutscher Sicht ist dies gegeben, wenn die Vorgründungsgesellschaft gegründet worden ist.

**b) Rechtshandlungen.** Die Haftung nach Abs. 2 verlangt eine Rechtshandlung **11** im Namen der SE. Als Rechtshandlungen kommen nur rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Handlungen in Betracht. Nicht ausreichend ist ein tatsächliches Handeln (Realakt), welches lediglich rechtliche Haftungsfolgen nach sich zieht, wie zB deliktisches Verhalten. Die Verantwortlichkeit für tatsächliches Verhalten, wie zB deliktische Handlungen, richtet sich nach nationalem Recht (Schwarz Rn. 28; LHT/Bayer Rn. 24; BeckOGK/Casper Rn. 14; NK-SE/Schröder Rn. 20; Fuchs, Die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft durch Verschmelzung und das nationale Recht, 2004, S. 197). Auch gesetzliche Schuldverhältnisse sind nicht erfasst, es sei denn, sie sind auf ein entsprechendes Handeln zurückzuführen, wie zB Ansprüche aus culpa in contrahendo, Geschäftsführung ohne Auftrag oder Ansprüche aus Leistungskondiktion (BeckOGK/Casper Rn. 14; MüKoAktG/Schäfer Rn. 18). Die Handlung muss gegenüber einem Dritten, dh Gesellschaftsfremden, vorgenommen worden sein. Hierzu zählen nicht die Gründer. Diese sollen nicht die Gründungsrisiken auf andere Mitgründer abwälzen können (MüKoAktG/Schäfer Rn. 18).

**c) Handeln im Namen der SE.** Das Handeln muss im Namen der SE **12** erfolgen. Dazu muss der Handelnde nach außen kenntlich machen, nicht im eigenen Namen, sondern im Namen der zukünftigen SE zu handeln. Ausreichend ist im Namen der zu gründenden SE aufzutreten und nicht nur im Namen der SE nach Eintragung (vgl. BeckOGK/Casper Rn. 14; MüKoAktG/Schäfer Rn. 17; Schwarz Rn. 29; LHT/Bayer Rn. 25; NK-SE/Schröder Rn. 21 f.; Kersting DB 2001, 278 (284); J. Schmidt, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, 2006, S. 398).

Sofern der Handelnde im Namen der SE auftritt, die Haftung allerdings **13** ausdrücklich und für den Dritten erkennbar auf die zukünftige SE beschränkt und

darüber hinaus seine persönliche Haftung ausschließt, nimmt er zwar eine Rechtshandlung im Namen der SE vor, will aber deutlich erkennbar nicht persönlich haften. In diesen Fällen besteht aus Sinn und Zweck der Norm kein Bedürfnis für den Schutz des Gläubigers, der von vornherein darauf hingewiesen worden ist, dass die Haftung auf das zukünftige Vermögen der SE beschränkt ist und damit auch davon abhängt, ob die SE Rechtspersönlichkeit erlangt. Der Gläubiger ist in diesem Fall nicht schutzwürdig. Die Haftung für das Handeln im Namen der SE kann daher beschränkt werden, indem der Handelnde deutlich macht, dass nur die SE und nicht ihn die Rechtsfolgen treffen sollen.

- 14 d) Handelnder.** Handelnder ist jede natürliche oder juristische Person, die tatsächlich im Namen der künftigen SE auftritt. Es kommt nicht darauf an, ob der Handelnde dazu befugt ist, dh ob er entsprechende Vertretungsmacht hat. Grundsätzlich treten somit die bisherigen Rechtsträger auf. Die Handelnden sind daher diese Gesellschaften und nicht die Vertreter dieser Gründungsgesellschaften, die damit persönlich nicht haften. Denn die Vertreter der Gründungsgesellschaften handeln in der Regel für die Gründungsgesellschaft und haften daher nur im Rahmen ihrer Tätigkeit als Organ für diese Gesellschaft (str.; aA NK-SE/Schröder Rn. 31, wonach sowohl die juristische Person als auch deren Organe haften; vgl. auch Schwarz Rn. 27). Eine direkte Haftung der Organmitglieder der Gründungsgesellschaften aus Art. 16 Abs. 2 kommt daher nicht in Betracht (BeckOGK/Casper Rn. 15 aE; aA Schwarz Rn. 20; NK-SE/Schröder Rn. 24f.). Etwas anderes gilt nur dann, wenn das Organmitglied nicht für die Gründungsgesellschaft, sondern ausdrücklich im Namen der zukünftigen SE auftritt (so Schwarz Rn. 21, 27; Fuchs, Die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft durch Verschmelzung und das nationale Recht, 2004, S. 197).
- 15** Die Anteilshaber der Gründungsgesellschaften sind grundsätzlich nicht Handelnde iSd Art. 16 Abs. 2, sofern sich ihr Handeln auf die Mitwirkung am Gründungsbeschluss oder auf sonstige gesellschaftsinterne Akte der Gründungsgesellschaften beschränkt (LHT/Bayer Rn. 23 mwN; Schwarz Rn. 24–26; aA aber Hirte DStR 2005, 653 (656) Fn. 4; Hirte NZG 2002, 1 (4) Fn. 37; Kersting DB 2001, 2079 (2082 ff.); Schindler, Europäische Aktiengesellschaft, 2007, 19; Paefgen GmbHR 2005, 957 (964)). Denn die Anteilshaber der Gründungsgesellschaften handeln nicht gegenüber Dritten im Außenverhältnis. Sie nehmen vielmehr gründungsinterne gesellschaftsrechtliche Akte zur Gründung der SE vor.
- 16** Aus deutscher Sicht stellt sich die Frage, ob bei Bestehen einer Vor-SE nur die Organe der Vor-SE und damit die künftigen Organe der SE als Handelnde im Sinne des Abs. 2 in Betracht kommen (zu den Organmitgliedern der Gründungsgesellschaften → Rn. 14). Dies wird in Anlehnung an die Parallelvorschrift im § 41 Abs. 1 S. 2 AktG teilweise vertreten (vgl. die Nachweise bei Schwarz Rn. 19 Fn. 45). Denn nur die Organe der künftigen SE können Handlungen im Namen der SE vornehmen (so MüKoAktG/Schäfer Rn. 19; Schäfer NZG 2004, 785 (791); Schwarz Rn. 27; tendenziell auch BeckOGK/Casper Rn. 15; aA LHT/Bayer Rn. 21). Art. 16 Abs. 2 bestimmt jedoch eine umfassende Handelndenhaftung. Diese Handelndenhaftung ist vorrangig, vgl. auch Art. 15 Abs. 1, wonach das Gründungsrecht nur vorbehaltlich der Bestimmungen der SE-VO gilt. Auch stellt Art. 16 Abs. 2 einen Mindeststandard auf europäischer Ebene zur Haftung im Vorfeld der SE dar (LHT/Bayer Rn. 18, 21; vgl. NK-SE/Schröder Rn. 23). Insofern ist eine Reduzierung der Haftung der Handelnden auf die Organe der Vor-SE bzw. der künftigen SE abzulehnen (so auch LHT/Bayer Rn. 21 mwN; NK-SE/Schröder Rn. 23).
- 17 e) Haftungsausschluss durch Übernahme der SE.** Mit Eintragung der SE im Register geht die Haftung vom Handelnden auf die SE über. Dies ist keine

rechtsgeschäftliche Schuldübernahme. Vielmehr gehen die Verpflichtungen des Ausgangsrechtsträgers (bei der Umwandlung oder Verschmelzung zur Aufnahme der bisherigen Rechtsträger) kraft Gesetzes auf die SE über. Es besteht kein Bedarf mehr für eine Handelndenhaftung, da der neue Rechtsträger entstanden ist. Die Handelndenhaftung erlischt (LHT/Bayer Rn. 26 f.; BeckOGK/Casper Rn. 16; MüKoAktG/Schäfer Rn. 21; J. Schmidt, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, 2006, S. 404). Insofern ist die Übernahme der Haftung durch die SE keine auflösende Bedingung (so aber zB BeckOGK/Casper Rn. 16; MüKoAktG/Schäfer Rn. 21; NK-SE/Schröder Rn. 47). Es handelt sich vielmehr um einen gesetzlichen Haftungsausschluss (Schwarz Rn. 18, 34). Der Haftungsausschluss betrifft allerdings nur das Handeln des Haftenden im Außenverhältnis. Von Ansprüchen im Innenverhältnis wird der Handelnde nicht befreit, wie zB Rückgewähransprüchen aufgrund einer verbotenen Einlage (NK-SE/Schröder Rn. 34 ff.).

Der Haftungsausschluss besteht nur, wenn der Handelnde die SE wirksam verpflichtet hat. Sofern der Handelnde nicht für die SE gehandelt hat, kommt eine Haftungsübernahme durch die SE nicht in Betracht. In solchen Fällen kann die SE die Verbindlichkeit jedoch rechtsgeschäftlich übernehmen, zB durch befreiende Schuldübernahme. Auch kann die SE das Handeln des vollmachtlosen Vertreters nach § 177 BGB genehmigen, was dann ebenfalls zur Handelndenhaftung und mit Eintragung der SE im Register zum Ausschluss der Haftung des Handelnden führt (MüKoAktG/Schäfer Rn. 21; LHT/Bayer Rn. 28; im Ergebnis NK-SE/Schröder Rn. 62). Die Schuldübernahme bzw. Genehmigung erfolgt durch das Vertretungsorgan, wobei der Handelnde iSd Abs. 2 jeweils von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen ist (Schwarz Rn. 35).

### 3. Rechtsfolgen

Die Haftung des Handelnden ist verschuldensunabhängig und unbegrenzt. Mehrere Handelnde haften gesamtschuldnerisch (LHT/Bayer Rn. 29; BeckOGK/Casper Rn. 18; MüKoAktG/Schäfer Rn. 22; NK-SE/Schröder Rn. 43 ff.; Schwarz Rn. 37 ff.; J. Schmidt, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, 2006, S. 406; Fuchs, Die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft durch Verschmelzung und das nationale Recht, 2004, S. 203). Die Haftung ist grundsätzlich auf Erfüllung gerichtet (LHT/Bayer Rn. 29; NK-SE/Schröder Rn. 44; Schwarz Rn. 38; J. Schmidt, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, 2006, S. 406; Kersing DB 2001, 2078 (2084)), vorbehaltlich anderweitiger Vereinbarungen (LHT/Bayer Rn. 29; NK-SE/Schröder Rn. 42; Schwarz Rn. 36; Fuchs, Die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft durch Verschmelzung und das nationale Recht, 2004, S. 203). Das Schuldverhältnis ist ein gesetzliches. Neben der Haftung des Handelnden besteht auch ein Gesamtschuldverhältnis zur Vor-SE, sofern das nationale Recht diese Rechtsfigur kennt. Die Handelnden können alle Einreden und Einwendungen geltend machen, die auch die Vor-SE geltend machen kann (BeckOGK/Casper Rn. 18; NK-SE/Schröder Rn. 46, 50; MüKoAktG/Schäfer Rn. 22). Dies folgt aus Art. 15 bzw. Art. 9 iVm nationalem Recht, da die SE-VO keine Aussage zu Einreden und Einwendungen trifft.

Die Einzelheiten des Gesamtschuldverhältnisses richten sich nach nationalem Recht (vgl. §§ 421 ff. BGB). Dies gilt insbesondere für den Innenausgleich unter mehreren Gesamtschuldnern (LHT/Bayer Rn. 30; NK-SE/Schröder Rn. 46, 50; MüKoAktG/Schäfer Rn. 22). Sofern der Handelnde jedoch ein vertretungsbefugtes Organmitglied der Vor-SE ist, steht ihm bezüglich einer Haftung für pflichtgemäße Handlungen ein Freistellungs- bzw. Erstattungsanspruch gegen die Vor-SE zu (§§ 675, 611, 670 BGB). Anderenfalls kommen Freistellungs- bzw. Erstattungsansprüche nur unter dem Gesichtspunkt einer Geschäftsführung ohne Auftrag in Betracht (LHT/Bayer Rn. 31; NK-SE/Schröder Rn. 69).

## IV. Vor-SE

## 1. Verweis auf nationales Aktienrecht

- 21 a) **Vor-SE trotz Art. 16?** Nach Art. 16 Abs. 1 entsteht die SE erst mit Eintragung im Register. Art. 16 Abs. 2 bestimmt eine Handelndenhaftung. Dies schließt nicht aus, dass vor Eintragung ein rechtsfähiges Gebilde in Gestalt einer Vor-SE existiert (LHT/Bayer Rn. 6; MüKoAktG/Schäfer Rn. 4; Schwarz Rn. 8; J. Schmidt, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, 2006, S. 406; Fuchs, Die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft durch Verschmelzung und das nationale Recht, 2004, S. 205). Zwar verweist Art. 15 vorbehaltlich der Bestimmungen in der SE-VO auf das nationale Recht. Art. 16 Abs. 2 könnte daher als abschließende Regelung zu verstehen sein, die der Anerkennung einer europäischen oder national geprägten Vor-SE entgegensteht (so Hirte NZG 2002, 1 (4); Vossius ZIP 2005, 741 (742)). In Deutschland gibt es jedoch schon bisher eine vergleichbare Handelndenhaftung (§ 41 Abs. 1 S. 2 AktG). Diese steht einer Vorgesellschaft nicht entgegen. Auch ist die bisher schon bestehende Handelndenhaftung unter deutschem Recht auf Art. 8 Publizitäts-RL zurückzuführen. Abs. 2 – wie auch § 41 Abs. 1 S. 2 AktG – sind daher nicht als abschließende Regelung zu verstehen (MüKoAktG/Schäfer Rn. 4; Schäfer NZG 2004, 785 (790 f.); Schwarz Rn. 8; BeckOGK/Casper Rn. 5).
- 22 Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn der Verordnungsgeber bewusst von der Vor-SE abgesehen hätte. Hierfür gibt es jedoch keine Anhaltspunkte (vgl. BeckOGK/Casper Rn. 5). Darüber hinaus spricht für die Vor-SE neben Abs. 2, dass es für Länder, die die Aufbringung des Kapitals vor Eintragung der Gesellschaft im Register verlangen, ein Bedürfnis gibt, die Vor-SE als handelndes Substrat anzuerkennen (vgl. auch MüKoAktG/Schäfer Rn. 4). Dies lässt auch die GesR-RL ausdrücklich zu, wonach die Eintragung der Gesellschaft von der vorherigen Aufbringung des Kapitals abhängig gemacht werden kann. Denkbare 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. 6f.).
- 23 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).
- 24 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 MüKoAktG/Schäfer Rn. 4; Schwarz Rn. 8; LHT/Bayer Rn. 4, 6; NK-SE/Schröder Rn. 6, 8; J. Schmidt, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, 2006, S. 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, S. 89 ff., 99 f., 144 f.; 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, S. 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 (vgl. 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.

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, S. 389).

## 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:

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, S. 388; Casper DK 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, S. 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, S. 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, S. 398; Zöllner-Petzoldt, Die Verknüpfung von europäischem und nationalem Recht bei der Gründung einer SE, 2005, S. 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 (dazu BeckOGK/Casper Rn. 11; MüKoAktG/Schäfer Rn. 7; Jannott/Frodermann SE-HdB/Jannott 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 geplantelem 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

- 34 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, S. 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, S. 392; Casper DK 2007, 244 (250)). Dies gilt allerdings nur, wenn eine Vor-SE existiert, was nicht der Fall ist bei Verschmelzung zur Aufnahme sowie bei Umwandlung (vgl. BeckOGK/Casper Rn. 12 mit Verweis auf die Begründung bei Jannott/Frodermann SE-HdB/Jannott 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.

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, S. 392; Koke, Die Finanzverfassung der SE mit Sitz in Deutschland, 2005, S. 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/Frodermann SE-HdB/Jannott 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).

### 5. Gründung einer Vorrats-SE

- 39 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 (654f.)). 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. Hörting, Gründungs- und Umstrukturierungsmöglichkeiten bei der SE, 2011, S. 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.
- 41 Eine Pflicht zur Nachverhandlung besteht nicht (EuGH v. 16.5.2024-C-706/22, NZG 2024, 902). Verhandlungen und Abschluss von Verhandlungen müssen vor der Eintragung der SE erfolgen. Gewährleistung der Beteiligungsrechte sowie Verhandlungen zwischen den Parteien knüpfen an die Gründung der SE an. Auch gibt es in den Erwägungsgründen zur Richtlinie 2001/86 keinen Hinweis, dass es einer bereits existierenden SE eine Arbeitnehmerbeteiligung nachgeholt werden müsse. Hierfür sprechen auch die teleologischen und systematischen Vorarbeiten zur Richtlinie 2001/86 (EuGH v. 16.5.2024-C-706/22 Rz. 36 f, NZG 2024, 902 ff.; Schreiner, Anm zu EuGH v. 16.5.2024-C-706/22, NZG 2024, 905 f.; Müller-Bonani/Kalb AG 2024, 581 (583 f.))
- 42 Nur im Falle des Missbrauchs ist ein Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren durchzuführen. Missbrauch setzt Absicht voraus, die Arbeitnehmerbeteiligung zu umgehen. Dies wird bei der Gründung einer Vorrats-SE in der Regel nicht