



A. Einleitung und Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Der Europäische Ministerrat hat im Oktober 2001 die Verordnung über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (SEVO)¹ sowie die ergänzende Richtlinie über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (SERL)² erlassen. Dadurch wird dem Rechtsverkehr die Gründung bzw. die Zusammenführung der Geschäftsaktivitäten in einer supranational-europäischen Rechtsform ermöglicht. Die SE-Gründung und die grenzüberschreitende Fusion ermöglichen die grenzüberschreitende Zusammenführung von Unternehmen, so dass der umständliche und kostenintensive Weg über die Einzelrechtsnachfolge durch Betriebs- oder Anteilseinbringung und anschließender Liquidation der eingebrachten Gesellschaft obsolet geworden ist.³

Die Rechtsform der SE erfreut sich in Deutschland wachsender Beliebtheit, sowohl bei Unternehmen, die als Konzernspitze fungieren (bspw. Allianz BASF, Porsche und MAN), als auch bei mittelständischen Unternehmen.⁴ Der deutsche Gesetzgeber war teilweise zum Erlass von SE-spezifischen Regelungen verpflichtet. Dies zeigt sich sehr deutlich für die Leitungsstruktur einer monistischen SE und den mitbestimmungsrechtlichen Regelungen. Die vom deutschen Gesetzgeber erlassenen Regelungen sowie die Vorgaben in der SEVO stellen für Unternehmer die Grundlagen dar, die sie bei ihrer Entscheidung eine SE zu gründen berücksichtigen müssen. Die Entscheidung zu einem Rechtsformwechsel bzw. eine Unternehmensreorganisation in Form einer SE hängt dabei im Wesentlichen davon ab, (i) welche Möglichkeiten der Gesetzgeber vorsieht eine SE zu gründen, (ii) wie ein Konzern gestaltet werden kann, (iii) welche Anforderungen hinsichtlich des Minderheitenschutzes und des Gläubigerschutzes zu beachten sind, (iv) welche Gestaltungsmöglichkeiten in Bezug auf die Leitungsstruktur vorhanden sind, (v) welche steuerrechtlichen Auswirkungen die Gründung einer SE hat und (vi) welche Anforderungen hinsichtlich der Arbeitnehmermitbestimmung erfüllt werden müssen.

Diese Arbeit verfolgt das Ziel die sich aus dem Gesetz ergebenden Risiken und Chancen, die für eine SE bestehen, anhand der SEVO und ihrer deutschen Ausführungsgesetze aufzuzeigen. Dabei werden die Bereiche Gründungsmöglichkeiten, Konzernrecht der SE, Minderheitenschutz und Gläubigerschutz bei Gründung der SE, Leitungsstruktur, Steuerrecht der SE mit Ausnahme der Regelungen zur Organschaft und Arbeitnehmermitbestimmung untersucht.

¹ Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. EG Nr. L 294 v. 10.11. 2001, 1-21.

² Richtlinie 2001/86/EG des Rates zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer v. 8.10. 2001, ABl. EG Nr. L 294 v. 10.11. 2001, 22- 32.

³ Schäfer; MüKoAktG Band 7, Art. 17 SEVO Rn.1; C. Schäfer; NZG 2004, 785, 789; Neun in Theisen/Wenz S. 70; für frühere Hilfskonstruktionen: vgl. Hoffmann, NZG 1999, 1077; Baums, FS Zöller, 1998, S. 65; Schulz/Petersen DStR 2002, 1508 f.

⁴ Vgl. dazu ausführlich anhand einer empirischen Erhebung Schmidt, „Going Europe“, Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) als attraktive Rechtsformalternative in: Bayer, Die Aktiengesellschaft im Spiegel der Rechtstatsachenforschung, S. 51 ff.



B. Gründungstatbestände und Sitzverlegung

Das Recht der SE beinhaltet keine Vorgaben für die Gründung einer reinen europäischen Gesellschaft, die für alle europäischen Mitgliedstaaten auf dieselben Vorschriften Bezug nimmt. Vielmehr verweist die SEVO hinsichtlich der Gründung, des Konzernrechts, des Minderheitenschutzes, der Organisationsstruktur und der Besteuerung umfänglich oder teilweise auf das nationale Recht am Sitz der SE und ermächtigt den nationalen Gesetzgeber darüber hinaus zum Erlass von Ausführungsgesetzen. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, inwieweit die Vorschriften der SEVO und das auf deren Grundlage vom deutschen Gesetzgeber erlassene Ausführungsgesetz eine einheitliche Systematik bezüglich der Gründungstatbestände verfolgen und welche rechtlichen Probleme sich innerhalb der einzelnen Gründungsverfahren ergeben und inwieweit dadurch der Anreiz für den Rechtsverkehr gemindert wird, bei grenzüberschreitenden Unternehmen die Rechtsform einer SE anzunehmen.

I. Verschmelzung von Aktiengesellschaften Art. 2 Abs. 1, Art. 17 ff SEVO, §§ 5 ff SEAG

Eine SE kann durch Verschmelzung von Aktiengesellschaften⁵ gegründet werden, Art 2 Abs. 1 SEVO. Dabei regeln die Art. 17 ff SEVO die Arten der Verschmelzung und das Verschmelzungsverfahren.

1. Verschmelzungsarten

Art. 17 Abs. 1 stellt mit seinem Verweis auf Art. 2 Abs. 1 SEVO klar, dass sich zwei Aktiengesellschaften verschiedener Nationalität zusammenschließen können. Hingegen sind Kapitalgesellschaften mit beschränkter Haftung keine tauglichen Rechtsformen für die Verschmelzungsgründung. Mit dieser Regelung wurde bereits vor der Verschmelzungsrichtlinie⁶ und den darauf basierenden Änderungen des Umwandlungsgesetzes⁷ eine Grundlage für transnationale Verschmelzungen geschaffen. Dabei ist der umständliche und kostenintensive Weg über die Einzelrechtsnachfolge durch

⁵ Hierbei kommen jedoch nur die in Anhang I der SEVO genannten Aktiengesellschaften in Betracht. Dabei handelt es sich um eine enumerative Aufzählung der einer Aktiengesellschaft entsprechenden mitgliedsstaatlichen Gesellschaften. Aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 5 SEVO kann geschlossen werden, dass als Gründungsgesellschaften nur mitgliedsstaatliche Aktiengesellschaften in Betracht kommen, die ihren Sitz und ihre Verwaltung in der Gemeinschaft haben. Darüber hinaus kann auch eine Gesellschaft Gründungsgesellschaft sein, wenn sie keine Hauptverwaltung in der Gemeinschaft hat, jedoch nach dem Recht eines Mitgliedsstaates gegründet wurde, ihren Sitz in diesem Mitgliedsstaat hat und in dauerhafter und tatsächlicher Weise wirtschaftliche Verbindungen zu diesem Staat unterhält (geschäftliche Niederlassung), Art. 2 Abs. 5 SEVO. Von dem Wahlrecht nach Art. 2 Abs. 5 SEVO haben nur die Niederlande und Großbritannien Gebrauch gemacht (vgl. *Schön/Schön/Schindler*, SE-SteuerR, S. 72), weswegen dieser Fall für eine deutsche Gründungsgesellschaft keine Rolle spielt.

⁶ RiL 2005/56/EG Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten.

⁷ Zweites Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 19.04.2007.

Betriebs- oder Anteilseinbringung unter anschließender Liquidation der eingebrachten Gesellschaft, obsolet geworden.⁸

In Art. 17 Abs. 2 SEVO werden die bereits aus dem Umwandlungsgesetz bekannten Verschmelzungsverfahren durch Aufnahme, lit. a), und durch Neugründung, lit. b) für die SE-Gründung festgelegt.

Im ersten Fall nimmt die aufnehmende Gesellschaft die Rechtsform der SE an, Art. 17 Abs. 2 Satz 1 SEVO. Im zweiten Fall entsteht die SE in Form der neu gegründeten Gesellschaft, Art. 17 Abs. 2 Satz 2 SEVO. Die Aufnahme und Neugründung sind Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 der Fusionsrichtlinie⁹ entnommen und erfolgen durch Übertragung des gesamten Aktiv- und Passivvermögens im Wege der Auflösung ohne Abwicklung der übertragenden Gesellschaften gegen Gewährung von Aktien der aufnehmenden Gesellschaft an die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft und ggf. einer baren Zuzahlung.

Unabhängig davon ob eine Verschmelzung nach Art. 17 Abs. 2 lit. a) oder b) SEVO durchgeführt wird, enthält Art. 17 Abs. 2 SEVO keine Verweisung auf die Fusionsrichtlinie. Die Anwendbarkeit der einzelnen Sachnormen wird aus den Verweisungstatbeständen Art. 15 und Art. 18 SEVO abgeleitet¹⁰. Art. 18 SEVO verweist auf die geltenden Rechtsvorschriften des Mitgliedsstaates, dessen Recht die SE unterliegt. Welches mitgliedstaatliche Recht für die SE Anwendung findet, richtet sich nach dem Sitz der SE, Art. 15 Abs. 1 SEVO. Für eine in Deutschland ansässige SE finden folglich die Regelungen des Umwandlungsgesetzes Anwendung.¹¹ Dabei ist jedoch zu beachten, dass die deutschen Regelungen des Umwandlungsgesetzes nachrangig zu den Art. 17 – 31 SEVO gelten.¹² In diesem Zusammenhang ist unproblematisch, dass das deutsche Umwandlungsrecht einen gleichzeitigen Formwechsel der aufnehmenden Gesellschaft nicht kennt. Es ist aufgrund der Verweisung aus Art. 18 SEVO für eine in Deutschland entstehende SE nicht das Verschmelzungsrecht der Fusionsrichtlinie entscheidend, sondern das nationale Verschmelzungsrecht¹³.

⁸ Schäfer; MüKoAktG Band 7, Art. 17 SEVO Rn.1; C. Schäfer; NZG 2004, 785, 789; Neun in Theisen/Wenz S. 70; für frühere Hilfskonstruktionen: vgl. Hoffmann, NZG 1999, 1077; Baums, FS Zöller, 1998, S. 65; Schulz/Petersen DStR 2002, 1508 f.

⁹ Dritte gesellschaftsrechtliche Richtlinie 78/855/EWG.

¹⁰ Art. 15 und Art. 18 SEVO stellen ein zweigliedriges Verweisungssystem dar. Art. 18 SEVO betrifft die Gründungsgesellschaften und verweist auf das Sitzstaatrecht. Hingegen betrifft Art. 15 SEVO die SE und verhilft deren Sitzstaatrecht zur Anwendung. Zur Abgrenzung zwischen Art. 15 und Art. 18 SEVO ausführlich: Teichmann/van Hulle/Maul/Drinhausen, Handbuch SE, Abschnitt 4 § 2 Rn. 15 ff.

¹¹ Schäfer; MüKoAktG Band 7, Art. 17 SEVO Rn. 2; Teichmann, ZGR 2002, 385, 415 f; Hügel in Kalss/Hügel Vor § 17 SEG Art. 17 SEVO; Bayer/Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar Art. 17 Rn. 1.

¹² Die SEVO enthält Regelungen für die Verschmelzungspläne (Art. 20), die Bekanntmachung (Art. 21), die Rechtmäßigkeitskontrolle (Art. 25, 26), die Wirksamkeit der Verschmelzung und Gründung der SE (Art. 27), die Offenlegung (Art. 28), die Wirkung der Verschmelzung (Art. 29), die Unumkehrbarkeit (Art. 30) und die Besonderheiten bei Mehrheitsbeteiligungen (Art. 31). Somit kann ein Rückgriff auf die nationalen Verschmelzungsregelungen nur für den Verschmelzungsbericht, die Verschmelzungsprüfung und den Verschmelzungsbeschluss erfolgen. Vgl. hierzu Hörtnagel/Schmitt/Hörtnagel/Stratz, UmwG UmwStG, SEVO Art. 18 Rn. 3.

¹³ Art. 18 SEVO beinhaltet eine vollumfängliche Verweisung in das nationale Umwandlungsrecht vgl. Hekschen/Widmann/Mayer, UmwG, Anh SE Rn. 210; Teichmann, ZGR 2002, 383, 423; Kalss, ZGR 2003, 593, 618; Bayer/Lutter/Hommelhoff SE S. 39



2. Verschmelzungsverfahren

a. Verschmelzung durch Aufnahme Art. 17 Abs. 2 lit. a) SEVO

Bei dem Verschmelzungsverfahren ist nach der Art der Verschmelzungsgründung zu unterscheiden:

Wird eine Verschmelzung durch Aufnahme gewählt, Art. 17 Abs.2 lit. a) SEVO, überträgt die übertragende Gesellschaft ihr Vermögen im Wege der Universalsukzession auf die aufnehmende Gesellschaft, welche gleichzeitig die Form einer SE annimmt. Dafür bedarf es eines Verschmelzungsplanes, Art. 20 SEVO, dem von jeder Hauptversammlung aller sich verschmelzenden Gesellschaften zuzustimmen ist, Art. 23 SEVO. Ferner müssen die Vertretungsorgane über die Verweisung von Art. 18 SEVO auch einen Verschmelzungsbericht mit dem Inhalt des § 8 UmwG fertigen und eine Prüfung der Verschmelzung durch Sachverständige, § 9 UmwG, vornehmen lassen.¹⁴

Wirksam wird die Verschmelzung mit der Eintragung nach Art. 27, 12 SEVO in das Handelsregister. Diese Eintragung wird jedoch erst vorgenommen, wenn eine Rechtmäßigkeitsprüfung auf der Ebene der Gründungsgesellschaften, Art. 25 SEVO, und auf Ebene der SE selbst, Art. 26 SEVO, stattgefunden hat. Auf der Ebene der Gründungsgesellschaften sind für die Rechtmäßigkeitsprüfung der einzelnen Verfahrensschritte für die in Deutschland ansässige Gründungsgesellschaft die Amtsgerichte¹⁵ zuständig, Art. 68 Abs. 2 SEVO i.V.m. § 4 SEAG i.V.m. § 125 I, II FGG. Für die auf zweiter Ebene vorzunehmende Kontrolle der Rechtmäßigkeitsprüfung ergibt sich über die Ermächtigungsgrundlage des Art. 68 Abs. 2 SEVO aufgrund des § 4 SEAG ebenfalls die Zuständigkeit der Amtsgerichte. Dabei regeln SEVO und SEAG nicht in welcher Sprache der Verschmelzungsplan für eine wirksame Eintragung beim Handelsregister eingereicht werden muss. Wegen § 8 FGG i.V.m. § 184 GVG ist entweder ein in deutscher Sprache abgefasster Verschmelzungsplan oder eine beglaubigte Übersetzung eines fremdsprachigen Textes einzureichen.¹⁶

b. Verschmelzung durch Neugründung Art. 17 Abs.2 lit. b) SEVO

Bei dieser Gründungsart verschmelzen alle beteiligten Gesellschaften unter Übertragung ihrer Vermögensmassen im Wege der Universalsukzession auf die neu entstehende SE, ohne dass es einer Liquidation der Gründungsgesellschaften bedarf, Art. 29 Abs. 2 SEVO. Hinsichtlich

¹⁴ Vgl. *Teichmann*, ZGR 2003, 367, 374. Die Prüfung der Verschmelzung dient auch der Information der Aktionäre. Dies kann aus Art. 22 SEVO abgeleitet werden, der den Bericht der Sachverständigenprüfung ausdrücklich an die Aktionäre adressiert.

¹⁵ In Deutschland ist das Amtsgericht für die Führung des Handelsregisters zuständig, § 8 HGB i.V.m. § 125 I, II FGG

¹⁶ So auch *Spitzbart*, RNotZ 2006, 369, 389. Hingegen geht *Bayer/Lutter/Hommelhoff*, Die Europäische Gesellschaft, 2005, S. 34, davon aus, dass der Verschmelzungsplan zweisprachig abgefasst werden kann und gegenüber dem Handelsregister nur die deutsche Fassung ausschlaggebend sei. *Scheifele*, Gründung, S. 177, geht davon aus, dass der Verschmelzungsplan in allen Amtssprachen der beteiligten Gesellschaften abzufassen sei und alle Sprachfassungen gegenüber allen relevanten Registergerichten verbindlich sind. Dem folgt *Marsch-Barner/Kallmeyer*, UmwG, Anh. Rn. 30, mit der Ausnahme, dass nur die Sprachfassung in der Amtssprache des betreffenden Registergerichts von Bedeutung ist.

des Verschmelzungsverfahrens ergeben sich keine Unterschiede zur Verschmelzung durch Aufnahme.

c. Doppelzuständigkeit der Amtsgerichte bei einer in Deutschland zu gründenden SE unter Beteiligung einer deutschen Gründungsgesellschaft

Sowohl für die Verschmelzung durch Aufnahme als auch für die Verschmelzung durch Neugründung ergibt sich bei einer in Deutschland zu gründenden SE unter Beteiligung einer deutschen Gründungsgesellschaft eine Doppelzuständigkeit der Registergerichte für die Rechtmäßigkeitsprüfungen auf Ebene der deutschen Gründungsgesellschaft, Art. 25 Abs. 1 SEVO, und der deutschen SE, Art. 26 Abs. 1 SEVO. In diesem Falle sind die deutschen Amtsgerichte in beiden Fällen zuständig wie sich aus Art. 68 Abs. 2 SEVO i.V.m. § 4 SEAG i.V.m. § 125 Abs. 1 und 2 FGG i.V.m. § 8 HGB ergibt. Diese Doppelzuständigkeit der Amtsgerichte ist jedoch unproblematisch. Das System der Rechtmäßigkeitskontrolle aus den Art. 25 und Art. 26 SEVO ist nämlich kein zweistufiges, sondern ein zweigliedriges Überprüfungssystem. Das Verhältnis zwischen Art. 25 und Art. 26 SEVO beinhaltet keinen Devolutiveffekt, der die Prüfung der in Art. 25 SEVO genannten Behörde zur Kontrolle an die in Art. 26 SEVO genannte Behörde weitergibt. Vielmehr unterscheiden sich die Prüfungen in sachlichen Aspekten¹⁷.

Aus Art. 25 SEVO geht hervor, dass die Amtsgerichte kontrollieren, inwieweit die in Deutschland ansässige Gründungsgesellschaft die einschlägigen verschmelzungsrechtlichen Vorschriften beachtet hat. Für solche Gründungsgesellschaften verweist Art. 25 Abs. 1 SEVO auf die §§ 16, 17 UmwG¹⁸. Zum Prüfungsumfang gehört demnach, ob die Vertretungsorgane der Gründungsgesellschaft die Verschmelzung zur Eintragung in das Handelsregister am Rechtsträgersitz angemeldet haben, § 16 Abs. 1 UmwG, und inwieweit eine Erklärung der Vertretungsorgane vorliegt, dass eine Klage gegen die Wirksamkeit des Verschmelzungsbeschlusses nicht wirksam erhoben oder rechtskräftig abgewiesen wurde, § 16 Abs. 2 UmwG. In § 17 UmwG wird darüber hinaus festgelegt welche Dokumente bei der Anmeldung vorzulegen sind.

Dagegen unterscheidet sich das Prüfprogramm aus Art. 26 SEVO erheblich, da eine Prüfung auf Ebene der SE erfolgt. Gegenstand der Überprüfung nach Art. 26 Abs. 1 SEVO ist die Durchführung der Verschmelzung und die Gründung der SE. In diesem Zusammenhang muss das Amtsgericht prüfen, ob alle Gründungsvoraussetzungen für die SE vorliegen. Das sind in erster Linie die Eintragungsvoraussetzungen aus Art. 12 SEVO. Demnach muss eine Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer, Art. 12 Abs. 2 SEVO, vorliegen. In einem weiteren Schritt wird die Vereinbarkeit der SE-Satzung mit der Mitbestimmungsregelung überprüft, Art. 12 Abs. 4 SEVO. Darüber hinaus wird nach Art. 26 Abs. 4 SEVO auch kontrolliert, ob die Gründung der SE den Anforderungen des Sitzstaates genügt, die sich nach Art. 15 Abs. 1 SEVO aus dem jeweiligen nationalen Regelungen für Aktiengesellschaften ergeben. Hiernach ist das für Aktiengesellschaften bestehende nationale

¹⁷ Insoweit ist die nichtamtliche Überschrift „ Art. 25 [Rechtmäßigkeitsprüfung]“ und „Art. 26 [Kontrolle der Rechtmäßigkeitsprüfung]“ irreführend.

¹⁸ *Teichmann*, ZGR 2002, 383, 432; *Schäfer*, MüKoAktG Band 7; Art. 25 SEVO Rn. 4.

Verschmelzungsrecht zu prüfen, so dass für eine in Deutschland ansässige Aktiengesellschaften als Prüfungsmaßstab die §§ 16 f, 36 Abs. 2¹⁹ und 245 ff UmwG in Betracht kommen.²⁰ Daneben wird die Rechtmäßigkeit und Vollständigkeit der SE-Satzung²¹ und die Mehrstaatlichkeit geprüft.

Zum Prüfungsumfang nach Art. 26 Abs. 1 SEVO gehört auch die Rechtmäßigkeit der Verschmelzung. Aus Art. 26 Abs. 3 SEVO ergibt sich, dass die Amtsgerichte prüfen müssen, ob ein gleichlautender Verschmelzungsplan der Gründungsgesellschaften und eine Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer vorliegen. Der Prüfkatalog des Art. 26 Abs. 3 SEVO ist nicht abschließend, wie die Verwendung des Wortes „insbesondere“ zeigt. Hier besteht nun Unklarheit welchen genauen Prüfungsgegenstand Art. 26 Abs. 3 SEVO für die Amtsgerichte vorsieht. Teile im Schrifttum stellen sich auf den Standpunkt, dass die Einhaltung der Verfahrensvorschriften, denen die Gründungsgesellschaften unterliegen nicht mehr nach Art. 26 Abs. 1 SEVO Prüfungsgegenstand sind. Dies sei nicht mehr notwendig, da die in Art. 25 Abs. 1 SEVO genannte Behörde bereits eine Rechtmäßigkeitsprüfung des Verschmelzungsverfahrens vorgenommen habe und bei Rechtmäßigkeit eine Bescheinigung nach Art. 25 Abs. 2 SEVO ausstellt. Die Rechtmäßigkeitsbescheinigung habe insoweit abschließenden Charakter.²² Diese Ansicht wird zunächst durch Art. 26 Abs. 2 SEVO gestützt. Danach sollen die Gründungsgesellschaften zur Überprüfung der ordnungsgemäßen Verschmelzung die nach Art. 25 Abs. 2 SEVO erteilte Rechtmäßigkeitsbescheinigung vorlegen.

Es kann jedoch keine Rede davon sein, dass diese Bescheinigung das Kontrollverfahren auf Ebene der Gründungsgesellschaften endgültig abschließt, so dass die nach Art. 26 Abs. 1 SEVO zuständige Behörde keine Möglichkeit zu Kontrolle hat.²³ Vielmehr ergibt sich aus Art. 26 Abs. 3 SEVO, dass die nach Art. 26 Abs. 1 SEVO zuständige Behörde jederzeit auch eine Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Verschmelzungsverfahrens auf Ebene der Gründungsgesellschaften vornehmen kann.²⁴ Art. 26 Abs. 3 SEVO stellt eine Konkretisierung des Prüfungsmaßstabs aus Art. 26 Abs. 1 SEVO dar.²⁵ Damit steht jedoch auch fest, dass der Prüfungsmaßstab des Art. 26 Abs. 3 SEVO nicht abschließend ist, wie aus der Verwendung des Wortes „insbesondere“ hervorgeht. Deshalb kann die in Art. 26 Abs. 1 SEVO genannte Behörde ihren Prüfungsmaßstab auf alle im Verschmelzungsverfahren zu prüfende Aspekte der Art. 25 und 26 SEVO ausdehnen. Neben dem Wortlaut des Art. 26 Abs. 3 SEVO kann dieses Ergebnis auch auf systematische und teleologische Argumente gestützt werden.

Bei systematischer Betrachtung ergibt sich, dass der Umfang der Kontrolle in Art. 26 Abs. 3 SEVO geregelt ist. Hingegen ist die Art und Weise wie die Gründungsgesellschaften ein rechtmäßiges Verschmelzungsverfahren nachweisen können, vorher, in Art. 26 Abs. 2 SEVO

¹⁹ Über die Verweisung des § 36 Abs. 2 UmwG finden die §§ 23 ff AktG Anwendung.

²⁰ Schäfer; MüKoAktG Band 7; Art. 26 SEVO Rn. 12.

²¹ Ergänzend soll hier auch noch die Vereinbarkeit der SE Satzung mit nationalen Bestimmungen des Sitzstaates geprüft werden. So Schäfer; MüKoAktG Band 7, Art. 26 SEVO Rn. 12 und Scheifele, Gründung S. 276.

²² Teichmann/van Hulle/ Maul/Drinhausen, Handbuch SE, § 2 Rn 66; Heckschen/Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Anhang 14 Rn. 266; Schäfer, MüKoAktG, Band 9/2, Art. 25 Rn. 6, hingegen unklar Art. 26 Rn. 3; Schwarz, Art. 26 Rn. 16.

²³ Siehe Fn. 14.

²⁴ Zustimmend Hörtnagel/Schmitt/Hörtnagel/Stratz, UmwG UmwStG, SEVO, Art. 26 Rn. 3 ff.

²⁵ Schäfer MüKoAktG Band 7, Art. 26 SEVO Rn. 2.



geregelt. Die Kontrollmöglichkeiten der Sitzstaatbehörde umfassen damit die Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Verschmelzungsverfahrens, denn Abs. 3 bezieht sich nicht nur auf Abs. 1, sondern auch auf Abs. 2.

Auch teleologische Gründe sprechen dafür der Sitzstaatbehörde ein fakultatives Überprüfungsrecht des Verschmelzungsverfahrens einzuräumen. Der Sinn und Zweck der Art. 25 und 26 SEVO liegt in der Wahrung der Voraussetzungen für die Verschmelzung²⁶ und der Gründung einer SE. Damit soll dem Gläubiger²⁷ und Aktionärsschutz²⁸ Rechnung getragen werden. Dies wird mit § 16 Abs. 2 Satz 1 UmwG erreicht. Er fordert eine Negativerklärung der Vertretungsorgane für eine wirksame Eintragung der Verschmelzung. Dabei muss die Erklärung beinhalten, dass eine Klage²⁹ gegen die Wirksamkeit des Verschmelzungsbeschlusses nicht oder nicht fristgerecht erhoben bzw. rechtskräftig abgewiesen oder zurückgenommen wurde. Der Aktionärsschutz wird durch § 17 Abs. 1 UmwG erweitert.³⁰ Dort wird für die Eintragung einer Verschmelzung verlangt, dass alle Zustimmungserklärungen und die nach § 8 Abs. 3, § 9 Abs. 3 und § 12 Abs. 3 UmwG abzugebenden Verzichtserklärungen vorliegen. All diese Vorgaben werden zwar bereits im Rahmen der Prüfung von Art 25 SEVO durch das zuständige Amtsgericht geprüft. Gleichwohl ist die Gründung der SE das Ergebnis der von den Gründungsgesellschaften durchgeführten Verschmelzungsverfahren, so dass der Prüfmaßstab nach Art. 26 Abs. 3 SEVO auch die Rechtmäßigkeit der Verschmelzungsverfahren beinhalten kann. Die Rechtmäßigkeitsbescheinigung nach Art. 25 Abs. 2 SEVO könnte jedoch eine abschließende Wirkung entfalten, wenn sie für die Kontrollbehörde nach Art. 26 Abs. 3 SEVO Bindungswirkung entfaltet. Dies kann für eine in Deutschland zu gründende SE unter Beteiligung einer deutschen Gründungsgesellschaft angezweifelt werden.³¹ Nach § 4 SEAG muss für die deutsche Gründungsgesellschaft die Rechtmäßigkeitsbescheinigung durch das Handelsregistergericht³² erstellt werden. Danach stellt sie eine Handelsregistersache dar³³ und ergeht als Verfügung im Sinne von § 19 FGG.³⁴ Aus § 18 FGG ergibt sich jedoch für das erlassende Gericht keine Bindungswirkung, da es die Verfügung jederzeit ändern kann, wenn es sie nachträglich für ungerechtfertigt hält.

²⁶ Für in Deutschland ansässige Gründungsgesellschaften ist hierfür über Art. 25 Abs. 1 SEVO das deutsche Verschmelzungsrecht, §§ 16, 17 UmwG, zu beachten.

²⁷ Gläubigerschutz besteht auch bei der Verschmelzungsgründung. Die Gründungsgesellschaften müssen gewährleisten, dass die Gläubiger über ihren Anspruch auf Sicherheitsleistung nach § 22 bzw. § 23 UmwG informiert werden. Dafür hat regelmäßig ein Hinweis im Rahmen der Bekanntmachung nach Art. 21 Abs. 1 lit. c) SEVO zu ergehen. Zustimmend *Bayer/Lutter/Hommelhoff*, SE-Kommentar Art. 24 Rn. 17.

²⁸ Über Art. 25 Abs. 1 SEVO finden die Schutzvorschriften §§ 16, 17 UmwG Anwendung.

²⁹ Klagen in diesem Sinne können die Anfechtungsklage, §§ 241, 249 AktG, die Nichtigkeitsklage, §§ 243, 249 AktG und die auf Feststellung der Nichtigkeit oder Unwirksamkeit gerichtete allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO sein. Vgl. dazu *Schwanna/Semmler/Stengel*, UmwG, § 16 Rn. 15.

³⁰ So auch ohne Begründung *Hörtnagel/Schmitt/Hörtnagel/Stratz*, UmwG UmwStG, UmwG § 17 Rn 2; RegE-Begr BR-Drs 75/94 zu § 17 Abs. 1 UmwG

³¹ Für eine Bindungswirkung. *Schäfer*, MüKoAktG Band 7, Art. 25 SEVO Rn. 6; *Trojan-Limmer*, RIW 1991, 1010, 1014; *Schleifele*, Gründung S. 272.

³² In Deutschland verwalten die Amtsgerichte das Handelsregister § 125 Abs. 1 und 2 FGG.

³³ BR-Drucks. 438/04 zu § 4 SEAG.

³⁴ So auch *Oechsler*, MüKoAktG Band 7, Art. 8 SEVO Rn. 45 für die Bescheinigung nach Art. 8 Abs. 8 SEVO bei der Sitzverlegung.

Eine fakultative Überprüfungsmöglichkeit ist deshalb sinnvoll, um einen umfassenden Gläubiger- und Aktionärsschutz zu gewähren. Die Ausgestaltung einer fakultativen Kontrolle der Amtsgerichte als Kontrollbehörde nach Art. 26 Abs. 1 SEVO bei Gründung einer SE in Deutschland ist jedoch nicht im SEAG geregelt. In Anbetracht der restriktiven Formulierung von Art. 68 Abs. 2 SEVO fehlte dem deutschen Gesetzgeber dazu auch die Ermächtigungsgrundlage. Dennoch kann der Rahmen für eine fakultative Kontrolle des Verschmelzungsverfahrens aus Art. 25 und Art. 26 SEVO hergeleitet werden. Einen Ansatzpunkt bietet hierbei der nationalstaatliche Schutzzweck der Verschmelzungs Vorschriften. Für eine in Deutschland ansässige Gründungsgesellschaft steht dabei der Aktionärs- und Gläubigerschutz im Vordergrund. Vereinzelt wird für eine fakultative Überprüfungsmöglichkeit das Vorliegen von Auffälligkeiten gefordert.³⁵ Unklar bleibt allerdings welcher Natur diese Auffälligkeiten sein sollen. Klar ist jedoch, dass sich solche Auffälligkeiten nur auf die Rechtmäßigkeit der Verschmelzung auf Ebene der Gründungsgesellschaften beziehen können. Beispiele für solche Verdachtsmomente können das Fehlen der Negativklärung aus § 16 Abs. 2 UmwG oder die Nichtbeachtung der in § 17 Abs. 1 UmwG vorgeschriebenen Form sein. Fraglich ist dann, ob generell ein Verdachtsmoment für die Kontrollbehörde gegeben sein muss. Das Gesetz selbst nimmt hierzu keine Stellung. Praktische Erwägungen mögen dafür sprechen, können jedoch nicht der Maßstab sein.³⁶ Nach Art. 26 Abs. 3 SEVO ist eine erneute Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Verschmelzung auf Ebene der verschmelzenden Gesellschaften durch die Amtsgerichte jederzeit möglich, da der Prüfungsumfang in Art. 26 Abs. 3 SEVO in keiner Weise beschränkt ist. Vielmehr ist die Einhaltung der Verfahrenshandlungen bei den sich verschmelzenden Gründungsgesellschaften Voraussetzung für die Durchführung der Verschmelzung und der Gründung der SE.³⁷ Deshalb muss es für die nach Art. 26 Abs. 1 SEVO zuständige Behörde jederzeit möglich sein die Rechtmäßigkeit der Verschmelzung auf Ebene der Gründungsgesellschaften zu überprüfen.

II. Gründung einer Holding SE, Art. 2 Abs. 2, 32 ff SEVO, §§ 9 ff SEAG

1. Gründungsarten

Hierbei ist hervorzuheben, dass sich diese Gründung erheblich von der Verschmelzung unterscheidet, da die Gründungsgesellschaften nicht in einer neuen Gesellschaft oder eine oder mehrere Gründungsgesellschaften in einer beteiligten Gründungsgesellschaft im Wege der Universalsukzession aufgehen, vgl. Art. 32 Abs.1 Uabs. 1 SEVO. Vielmehr erfolgt die Gründung der Holding SE im Wege der Sachgründung durch Anteilstausch.

³⁵ *Hörtnagel/Schmitt/Hörtnagel/Stratz*, UmwG UmwStG, SEVO Art. 26 Rn. 4; *Hekschen/Widmann/Mayer*; UmwG, Loseblatt, Art. 26 Rn 266.

³⁶ Es ist anzunehmen, dass die in Fn. 21 abgebildete Meinung eine Kontrollmöglichkeit nur bei Auffälligkeiten annimmt, um eine Vereinfachung der Verwaltungsarbeit zu ermöglichen, denn dadurch sollen Doppelprüfungen ausgeschlossen werden.

³⁷ Insoweit widersprüchlich *Hörtnagel/Schmitt/Hörtnagel/Stratz*, UmwG UmwStG, SEVO Art. 26 Rn. 4, der aus dieser Argumentation eine zweite Überprüfung auf Ebene der Gründungsgesellschaften nur bei Auffälligkeiten zulassen will.



Nach Art. 2 Abs. 2 lit. a) SEVO ist es ausreichend, wenn mindestens zwei Gründungsgesellschaften³⁸ dem Recht verschiedener Mitgliedsstaaten unterliegen. Unterschiedliche Sitze oder Hauptverwaltungen, wie es Art. 7 SEVO ermöglicht, genügen nicht.³⁹ Ausschlaggebend ist, dass beide Gründungsgesellschaften unterschiedlichen materiellen Gesellschaftsrechten unterliegen.⁴⁰ Die Voraussetzung der Mehrstaatlichkeit kann dadurch erfüllt werden, dass zum Zwecke der Holdinggründung ein Holdingpartner errichtet wurde.⁴¹

Für eine Holdinggründung nach Art. 2 Abs. lit. b) SEVO muss kein mehrstaatlicher Bezug zwischen den Gründungsgesellschaften bestehen. Vielmehr ist es ausreichend, wenn die Gründungsgesellschaften über Tochtergesellschaften⁴² bzw. Zweigniederlassungen⁴³ verfügen, die seit mindestens zwei Jahren dem Recht unterschiedlicher Mitgliedsstaaten unterliegen.

2. Gründungsverfahren

Das Gründungsverfahren nach Art. 32 ff SEVO ist eng an der Verschmelzung orientiert. In einem ersten Schritt müssen die Leitungs- oder Verwaltungsorgane einen Gründungsplan einschließlich Gründungsbericht erstellen, Art. 32 Abs. 2 SEVO. Zwingende Voraussetzung ist, dass mindestens 50% der Gesellschaftsanteile von jeder die Gründung anstrebenden Gesellschaften eingebracht werden. Der Gründungsplan ist einen Monat vor der über die Gründung beschließenden Hauptversammlung gegenüber den die Gründung anstrebenden Gesellschaften offen zu legen⁴⁴. Der Gründungsbericht ist als Bestandteil des Gründungsplans von der Offenlegungspflicht des Art. 32 Abs. 3 SEVO mit umfasst.⁴⁵ Teile im Schrifttum⁴⁶ hingegen gelangen aufgrund teleologischer Reduktion von Art. 32 Abs. 3 SEVO dazu, dass der Gründungsbericht, ähnlich wie der Verschmelzungsbericht bei der Verschmelzung⁴⁷ und der Umwandlungsbericht bei der Umwandlung⁴⁸, nicht Bestandteil des Gründungsplanes ist und deshalb auch nicht unter die Offenlegungspflicht nach Art. 32 Abs. 3 SEVO fällt.

³⁸ Nach Anhang 2 der SEVO kommen als Gründungsgesellschaften nach deutschem Recht die AG, KGaA und die GmbH in Betracht.

³⁹ *Oechsler*, MüKoAktG Band 7, Art. 2 SEVO Rn 5.

⁴⁰ Der Bezug der Mehrstaatlichkeit ergibt sich klar aus dem Wortlaut von Art. 2 Abs.2 SEVO. Daneben macht Erwägungsgrund 10 der Verordnung deutlich, dass Gesellschaften, die unterschiedlichem mitgliedstaatlichem Recht unterliegen eine Holding SE gründen können sollen.

⁴¹ *Oechsler*, MüKoAktG Band 7; Art. 2 SEVO Rn 30.

⁴² Siehe dafür ausführlich *Oechsler*, MüKoAktG Band 7, Art. 2 SEVO Rn 31.

⁴³ Siehe dafür ausführlich *Oechsler*, MüKoAktG Band 7, Art. 2 SEVO Rn 32.

⁴⁴ Die Offenlegung erfolgt dabei nach den Rechtsvorschriften der betreffenden Mitgliedsstaaten entsprechend Art. 3 der Richtlinie 68/151/ EWG. Durch das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister muss seit 1. Januar 2007 die Einreichung des vollständigen Gründungsplans in elektronischer Form beim zuständigen Handelsregister erfolgen, § 12 Abs. 2 HGB

⁴⁵ Vgl. *Drinhausen/van Hulle/Maul/Drinhausen*, Handbuch SE, § 3 Rn 12; *Bayer/Lutter/Hommelhoff*, S. 49; *Neun/Theisen/Wenz* S. 138 f.

⁴⁶ *Kalss*, ZGR 2003, 593, 630; *Schäfer*, MüKoAktG, Band 7, Art. 32 SEVO Rn. 24; *Scheifele*, Gründung, S. 328.

⁴⁷ Ein Verschmelzungsbericht muss erstellt werden, da das SEAG keine Bestimmungen erhält, findet über Art. 18 SEVO § 8 UmwG Anwendung.

⁴⁸ Die Pflicht zur Erstellung eines Umwandlungsberichts ergibt sich aus § 192 UmwG, auf den Art. 18 SEVO verweist.

Diese Meinung vermag nicht zu überzeugen. Art 32 Abs. 2 Satz 2 nennt den Gründungsbericht als Bestandteil des Gründungsplans. Folglich ist der Gründungsbericht zusammen mit dem Gründungsplan offenzulegen. Dies ergibt sich darüber hinaus auch aus der Systematik des Art. 32 SEVO. Die Offenlegungspflicht ist in Art. 32 Abs. 3 SEVO geregelt und umfasst daher Art. 32 Abs. 2 SEVO, der den Gründungsplan in Satz 1 und den Gründungsbericht in Satz 2 erwähnt.⁴⁹

Grundlage einer teleologischen Reduktion ist, dass die Rechtsfolge einer Normanwendung ein mit dem Sinn und Zweck der Norm nicht gewünschtes Ergebnis herbeiführt.⁵⁰ Der Gründungsbericht erläutert, welche wirtschaftlichen und rechtlichen Auswirkungen die Verschmelzung für die Aktionäre und Arbeitnehmer haben.⁵¹ Er entfaltet damit eine Schutzwirkung gegenüber diesen Personengruppen, für die der europäische Gesetzgeber ein Informationsbedürfnis erkannt hat.⁵² Folglich ist eine teleologische Reduktion nicht einschlägig.

Die unterschiedliche Behandlung von Verschmelzungsbericht und Umwandlungsbericht gegenüber dem Gründungsbericht lässt sich auch aus verfahrensrechtlicher Sicht erklären. Bei der Verschmelzung und Umwandlung besteht nach dem Verschmelzungs- oder Umwandlungsverfahren nur noch eine Gesellschaft, die Gründungsgesellschaften gehen in der SE auf. Hingegen wird bei der Holdinggründung eine neue Gesellschaft gegründet und die Gründungsgesellschaften bleiben weiterhin in ihrer ursprünglichen Form bestehen. Dadurch werden die Anteilseigner und Arbeitnehmer mit wirtschaftlichen und rechtlichen Auswirkungen konfrontiert, die bei der Holdinggründung mindestens 3 Gesellschaften betreffen. Da diese Auswirkungen komplex sind und sich die bei der Hauptversammlung Stimmberechtigten bei ihrer Stimmabgabe über die Folgen im Klaren sein müssen, besteht für den Gründungsbericht ein Grund für die Offenlegung nach Art. 32 Abs. 3 SEVO.⁵³

Nach der Offenlegung findet eine Prüfung des Gründungsplanes entsprechend Art. 32 Abs. 4 und 5 SEVO statt. In einem letzten Schritt müssen die Hauptversammlungen⁵⁴ der Gründungsgesellschaften dem Gründungsplan zustimmen, Art. 32 Abs. 6 SEVO.

⁴⁹ Dabei hat die Offenlegung „nach den in den Rechtsvorschriften der einzelnen Mitgliedsstaaten gem. Art. 3 der Richtlinie 68/151/EWG (Erste Richtlinie des Rates vom 9. März 1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedsstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Abs. 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten) vorgesehenen Verfahren zu erfolgen. Für eine deutsche Gründungsgesellschaft muss der Gründungsplan folglich beim Handelsregister zur Eintragung angemeldet werden und nach erfolgter Eintragung bekannt gemacht werden, §§12 Abs. 1, 10 Satz 1 HGB. Zustimmend *Jannott/Jannott/Frodermann*, Handbuch Europäische Aktiengesellschaft, § 3 Rn. 150; für eine Hinterlegung analog § 61 UmwG plädierend *Bayer/Lutter/Hommelhoff*, SE-Kommentar Art. 32 Rn. 47.

⁵⁰ BVerfG NJW, 99, 2861; 97, 2230; *Heinrichs/Palandt*, Einl. Rn. 49.

⁵¹ *Hörtnagel/Schmitt/Hörtnagel/Stratz*, UmwG UmwStG, SEVO, Art. 32 Rn 4; *Kalss*, ZGR 2003, 593, 630.

⁵² Vgl. zum Schutz der Arbeitnehmer Abschlussbericht der Sachverständigengruppe „European systems of worker involvement“, 1997 (Davignonbericht), S.4. Darüber hinaus muss davon ausgegangen werden, dass der europäische Gesetzgeber den Gründungsbericht bewusst auch zum Schutze der Anteilseigner konzipiert hat, da darin die wirtschaftlichen und rechtlichen Auswirkungen geschildert sind.

⁵³ So im Ergebnis auch *Brandes*, AG 2005, 177, 183; *Hügel/Kalss/Hügel*, §§ 25, 26 SEG Rn. 18; *Marsch-Barner/Lutter*, Holding-Handbuch, § 15 Rn. 49.

⁵⁴ Bei GmbHs tritt anstelle der Hauptversammlung die Gesellschafterversammlung.