

**Die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft
durch Verschmelzung
und das nationale Recht**

Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades
des Doktors der Rechtswissenschaft
an der Universität Konstanz, Fachbereich Rechtswissenschaft

vorgelegt von
Mirjam Fuchs

Tag der mündlichen Prüfung: 1. Juli 2004

Referent: Prof. Dr. jur. Karl-Heinz Fezer

Referent: Prof. Dr. jur. Rainer Hausmann

Vorwort

Diese Arbeit lag der Universität Konstanz im November 2002 als Dissertation vor. Entwicklungen in Rechtsprechung und Literatur wurden bis zu diesem Zeitpunkt eingearbeitet. Da die neuere Entwicklung im europäischen Gesellschaftsrecht nach den Urteilen des EuGH in Sachen „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ einige Ergebnisse der Arbeit überholte, wurde die Arbeit insoweit nachträglich auf den Stand von November 2004 aktualisiert. Die nationalen Gesetze zur Einführung der SE waren bei Abgabe der Arbeit noch nicht erlassen und konnten daher nicht berücksichtigt werden.

Danken möchte ich allen, die mich bei dieser Arbeit begleitet und betreut haben, an erster Stelle meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Karl-Heinz Fezer. Herrn Prof. Dr. Rainer Hausmann bin ich für die Erstellung des Zweitgutachtens ebenfalls zu Dank verpflichtet. Ganz besonders herzlich danke ich meinem Mann Florian, der mich in jeder Hinsicht liebevoll unterstützte und die Mühen des Korrekturlesens auf sich nahm. Sehr dankbar bin ich meinen Eltern, die mich immer bestärkt und begleitet und meine Ausbildung ermöglicht haben. Mein besonderer Dank gilt schließlich meinem Arbeitgeber, der Kanzlei Graf von Westphalen Bappert & Modest, die die Anregung für diese Arbeit lieferte und meine Promotion förderte.

Hausach, im Dezember 2004

Mirjam Fuchs

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
A. Einflüsse des nationalen Rechts im Rahmen der Gründung einer SE durch Verschmelzung	1
B. Gang der Untersuchung	4
1. Kapitel: Die Europäische Aktiengesellschaft	6
A. Ziele des Gesetzgebers	6
B. Die Ausgestaltung	8
I. Die SE als Kapitalgesellschaft	8
II. Gründung	9
III. Sitz der SE	11
IV. Organe der SE	12
V. Beteiligung der Arbeitnehmer	13
VI. Sonstige Bestimmungen	14
2. Kapitel: Das anwendbare Recht	15
A. Historische Veränderungen in der Konzeption der SE-Verordnung	15
B. Vorrang der SE-Verordnung	19
I. Vorrang des Gemeinschaftsrechts	19
II. Regelungsbereich der Verordnung	19
III. Begriff der Regelungslücke	23
IV. Lückenfeststellung	24
V. Lückenfüllung durch Gemeinschaftsrecht	28
C. Subsidiär anzuwendendes Recht	29
I. Die Verweisungsvorschriften und ihr Anwendungsbereich	30
1. Funktion der Verweisungen	30
2. Arten von Verweisungen	30
3. Die Generalverweisung des Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO	32
a) Beschränkung auf den Regelungsbereich	33
b) Anwendbarkeit in der Gründungsphase	36
4. Art. 15 Abs. 1 SE-VO	37
5. Art. 18 SE-VO	39
6. Speziellere Verweisungsnormen	44
II. Umfang der Verweisung	46
1. Allgemeines	46
a) Gesamt- oder Sachnormverweisung	46
aa) Auswirkungen	46
bb) Auslegung	50
b) Dynamische Verweisung	53
c) Verweisung auch auf Richter- und Gewohnheitsrecht	53
d) Verweisung auf zwingendes und auf dispositives Recht	53

III

2. Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO	54
a) Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. i SE-VO	54
b) Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO	55
aa) Sachnorm- oder Gesamtverweisung	55
bb) Sitzstaat der SE	57
3. Art. 15 Abs. 1 SE-VO	59
4. Art. 18 SE-VO	61
5. Sonstige Verweisungen	62
III. Stand der Harmonisierung	63
IV. Rechtsnatur und Auslegung des Verweisungsobjekts	67
1. Rechtsnatur	67
2. Auslegung	68
D. Auslegungszuständigkeit des EuGH und der nationalen Gerichte	70
3. Kapitel: Verschmelzung	73
A. Definition	73
I. Allgemeines	73
II. Verschmelzungsähnliche Vorgänge	76
III. Umfang der Verweisung auf die Verschmelzungsrichtlinie	77
B. Wirkungen	77
I. Vermögensübergang im Wege der Gesamtrechtsnachfolge	78
II. Übergang der Anteilsrechte	80
1. Das Umtauschverhältnis	80
2. Kapitalerhöhung	82
3. Sonderfall Konzernverschmelzung	83
4. Verfahren	85
III. Erlöschen der übertragenden Gesellschaft(en)	86
IV. Annahme der Rechtsform einer SE	86
V. Formvorschriften hinsichtlich der Übertragung einzelner Vermögensgegenstände	86
VI. Übergang der Beschäftigungsbedingungen	87
1. Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag	87
2. Gesetzliche Rechte und Pflichten	88
3. Rechte und Pflichten aus einem Tarifvertrag	89
4. Rechte und Pflichten aus einer Betriebsvereinbarung	90
5. Geltungsbereich	91
4. Kapitel: Die Gründungssubjekte	93
A. Nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründete Aktiengesellschaft	93
I. Beschränkung auf Aktiengesellschaften	93
II. SE als Gründungsgesellschaft	95
B. Sitz und Hauptverwaltung in der Gemeinschaft	96
I. Grundsatz	96
II. Beteiligung einer Gesellschaft mit Sitz außerhalb der EU	97

C. Zahl der Gründer	99
D. Mehrstaatlichkeitsprinzip	100
I. Zweck	100
II. Geltungsbereich	101
III. Das Kriterium	103
E. Verschmelzungsfähigkeit	104
5. Kapitel: Das Gründungsverfahren	107
A. Überblick	107
B. Die einzelnen Verfahrensschritte	108
I. Das Aufstellen eines Verschmelzungsplans	108
1. Rechtsnatur des Verschmelzungsplanes	108
2. Zuständigkeit	110
3. Form des Verschmelzungsplans	111
4. Sprache des Verschmelzungsplans	113
5. Inhalt	114
a) Firma und Sitz (Art. 20 Abs. 1 lit. a SE-VO)	115
aa) Firma der SE	115
bb) Sitz der SE	116
b) Umtauschverhältnis und Ausgleichsleistung (Art. 20 Abs. 1 lit. b SE-VO)	118
c) Übertragung der Aktien der SE (Art. 20 Abs. 1 lit. c SE-VO)	118
d) Gewinnberechtigung (Art. 20 Abs. 1 lit. d SE-VO)	119
e) Stichtag zur Abgrenzung der Rechnungslegung (Art. 20 Abs. 1 lit. e SE-VO)	120
f) Sonderrechte (Art. 20 Abs. 1 lit. f SE-VO)	121
g) Sondervorteile für sonstige Beteiligte (Art. 20 Abs. 1 lit. g SE-VO)	121
h) Satzung (Art. 20 Abs. 1 lit. h SE-VO)	122
aa) Begriff	122
bb) Inhalt	123
cc) Form	131
i) Verfahren zur Festlegung der Arbeitnehmerbeteiligung (Art. 20 Abs. 1 lit. i SE-VO)	132
II. Bekanntmachung des Verschmelzungsvorhabens	133
1. Inhalt	133
2. Verfahren	134
3. Zeitpunkt	134
III. Der Verschmelzungsbericht	136
IV. Die Prüfung durch Sachverständige	137
1. Das anwendbare Recht	137
2. Die Prüfer	138
3. Umfang der Prüfung	140
4. Prüfungsbericht	141
5. Auskunfts- und Einsichtsrecht	141

V. Zustimmung der Hauptversammlung _____	143
1. Vorbereitung der Hauptversammlung _____	145
2. Gegenstand des Beschlusses _____	146
3. Beschlussfassung _____	148
4. Hauptversammlung und Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer ____	149
VI. Rechtmäßigkeitskontrolle _____	149
1. Prüfung in zwei Stufen _____	149
2. Prüfung anhand des für die Gründungsgesellschaften geltenden Rechts _____	155
a) Obligatorische Zweistufigkeit _____	155
b) Zuständigkeit _____	156
c) Verfahren _____	157
d) Behördlicher Einspruch nach Art. 19 SE-VO _____	158
e) Bescheinigung _____	159
3. Prüfung im künftigen Sitzstaat der SE _____	160
a) Zuständigkeit _____	160
b) Verfahren _____	161
VII. Die Eintragung und Bekanntmachung _____	161
1. Eintragung am Sitz der SE _____	161
a) Zuständigkeit und Verfahren _____	161
b) Materielle Eintragungsvoraussetzungen _____	163
c) Wirksamkeit der Verschmelzung und Gründung der SE _____	165
2. Bekanntmachung der Eintragung im Sitzstaat der SE _____	165
3. Offenlegung am Sitz der Gründungsgesellschaften _____	166
4. Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften _____	167
C. Sonderbestimmungen für Verschmelzungen innerhalb eines Konzerns _____	168
I. 100%ige Beteiligung nach Art. 31 Abs. 1 SE-VO _____	168
1. Voraussetzung _____	168
2. Verfahrensvereinfachungen _____	171
3. Das anwendbare Recht _____	175
II. Mehrheitsbeteiligung nach Art. 31 Abs. 2 _____	175
1. Voraussetzungen _____	175
2. Verfahrensvereinfachungen _____	177
3. Das anwendbare Recht _____	178
D. Kapitalaufbringung _____	179
E. Vorschriften zum Schutz der Gläubiger und Minderheitsaktionäre _____	182
I. Schutz der Gläubiger _____	182
1. Allgemeiner Gläubigerschutz _____	183
2. Schutz der Anleihegläubiger _____	184
3. Schutz der Inhaber von mit Sonderrechten ausgestatteten sonstigen Wertpapieren _____	184
II. Schutz der Minderheitsaktionäre _____	186
F. Gründungsmängel und Wirksamkeit der Verschmelzung _____	188

6. Kapitel: Haftung für Handlungen im Gründungsstadium	193
A. Haftung für Verbindlichkeiten, die im Namen der SE abgeschlossen wurden	193
I. Haftung der handelnden Personen	193
1. Zeitlicher Anwendungsbereich	194
a) Zeitpunkt der Rechtshandlung	194
b) Beginn der Haftung	196
2. Handelnde	197
3. „Im Namen der SE“	199
4. Haftungsausschluss	199
a) Übernahme durch SE	199
b) Anders lautende Vereinbarungen	203
5. Inhalt und Umfang der Haftung	203
6. Ausgleich im Innenverhältnis zwischen Handelnden und Gesellschaftern	203
II. Haftung der Gründungsgesellschafter bzw. der „SE in Gründung“	204
B. Schadenersatzpflicht der an der Gründung beteiligten Personen	206
Zusammenfassung	208

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft, Die Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
a.E.	am Ende
Anh.	Anhang
AN-RL	Arbeitnehmer-Richtlinie, Richtlinie 20/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. Nr. L 294/22 vom 10.11.2001
ArbuR	Arbeit und Recht (Zitierweise bis 47.1999)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
BArbBl	Bundesarbeitsblatt
BB	Betriebs-Berater
Begr.	Begründer
BetrR	Der Betriebsrat
BGH	Bundesgerichtshof
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DStR	Deutsches Steuerrecht
ECLR	European Competition Law Review
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EG/EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (neue/ alte Abkürzung); Europäische Gemeinschaft(en)
EU	Europäische Union
EUGEN	Europäische Genossenschaft
EUGEN-VOV	Geänderter Vorschlag für eine Verordnung (EWG) des Rates über das Statut der Europäischen Genossenschaft, ABl. Nr. C 236/17 vom 31.08.1993

EUGGES	Europäische Gegenseitigkeitsgesellschaft
EUGGES-VOV	Geänderter Vorschlag für eine Verordnung (EWG) des Rates über das Statut der Europäischen Gegenseitigkeitsgesellschaft, ABl. Nr. C 236/40 vom 31.08.1993
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Europäischer Verein, Vertrag über die Europäische Union
EUV-VOV	Geänderter Vorschlag für eine Verordnung (EWG) des Rates über das Statut des Europäischen Vereins, ABl. Nr. C 236/1 vom 31.08.1993
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWIV-VO	Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 des Rates vom 25. Juli 1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV), ABl. Nr. L 199 vom 31.07.1985, Berichtigung: ABl. Nr. L 247 vom 14.09.1985 und ABl. Nr. L 124 vom 15.05.1990
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
f	folgende Seite
ff	folgende Seiten
FS	Festschrift
GmbHR	GmbH-Rundschau
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i.V.m.	in Verbindung mit
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IntGesR	Internationales Gesellschaftsrecht
Kap.	Kapitel
lit.	Litera (Buchstabe)
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue juristische Wochenschrift
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
RdA	Recht der Arbeit

RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
Slg.	Sammlung
SE	Societas Europaea
SE-VO	Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. Nr. L 294/1 vom 10.11.2001
SE-VOV 1970	Vorschlag einer Verordnung (EWG) des Rates über das Statut für europäische Aktiengesellschaften, ABIEG Nr. C 124/1 vom 10.10.1970
SE-VOV 1975	Erster geänderter Vorschlag einer Verordnung des Rates über das Statut für Europäische Aktiengesellschaften vom 30.04.1975, Beilage 4/75 zum Bulletin der Europäischen Gemeinschaften
SE-VOV 1989	Vorschlag für eine Verordnung (EWG) des Rates über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, ABl. Nr. C 263/41 vom 16.10.1989
SE-VOV 1991	Dritter geänderter Vorschlag für eine Verordnung über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, ABl. Nr. C 176/1 vom 08.07.1991
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StuW	Steuer und Wirtschaft
SWZ	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
UmwG	Umwandlungsgesetz
Unterabs.	Unterabsatz
vgl.	vergleiche
WM	Wertpapier-Mitteilungen
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zugl.	zugleich

Literaturverzeichnis

- Abeltshauser, Thomas E.** Grundfragen der Europäischen Aktiengesellschaft
EWS 1991, 58
- Aha, Christof** Vorbereitung des Zusammenschlusses im Wege der
Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage durch ein „Business
Combination Agreement“
BB 2001, 2225
- Aicher, Josef** Die Unternehmen der „Economie Sociale“ im Europäischen
Gesellschaftsrecht
in: Allgemeine Probleme des Unternehmensrechts,
Festschrift Gerhard Frotz zum 65. Geburtstag,
Michael Enzinger, Hanns F. Hügel, Walter Dillenz (Hrsg.)
Wien 1993, S. 161
(zitiert: Aicher in: FS Frotz)
- Altmeyen, Holger** Schutz vor „europäischen“ Kapitalgesellschaften
NJW 2004, 97
- Bachner, Michael** Individualarbeits- und kollektivrechtliche Auswirkungen des neuen
Umwandlungsgesetzes
NJW 1995, 2881
- Baumbach, Adolf (Begr.)/ Hopt, Klaus J.**
Handelsgesetzbuch
30. Auflage, München 2000
(zitiert: Baumbach/ Hopt, HGB)
- Baumbach, Adolf (Begr.)/ Hueck, Alfred**
GmbH-Gesetz
17. Auflage, München 2000
(zitiert: Bearbeiter in: Baumbach/ Hueck, GmbHG)
- Bayer, Walter** Die EuGH-Entscheidung „Inspire Art“ und die deutsche GmbH im
Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen
BB 2003, 2357
- Behrens, Peter** Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des
EuGH
IPRax 1999, 323
- Behrens, Peter (Hrsg.)** Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und
europäischen Recht
2. Auflage, Berlin, New York 1997

(zitiert: Bearbeiter in: Behrens, GmbH)

Behrens, Peter

Die Umstrukturierung von Unternehmen durch Sitzverlegung oder Fusion über die Grenze im Licht der Niederlassungsfreiheit im Europäischen Binnenmarkt (Art. 52 und 58 EWGV)
ZGR 1994, 1

Graf von Bernstorff, Christoph

Das Unternehmensrecht in Europa
EWS 1998, 397 und 433

Beutler, Bengt/ Bieber, Roland/ Epiney, Astrid/ Haag, Marcel

Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik
5. Auflage; Baden-Baden 2001
(zitiert: Beutler/ Bieber/ Epiney/ Haag, Europäische Union)

Blanquet, Françoise

Das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea „SE“) – Ein Gemeinschaftsinstrument für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit im Dienste der Unternehmen
ZGR 2002, 20

Blanquet, Françoise

Le Statut de Société européenne : Enfin!
L’Observateur de Bruxelles, N° 41 – 1. März 2001
S. 19

Bleckmann, Albert

Probleme der Auslegung europäischer Richtlinien
ZGR 1992, 364

Bleckmann, Albert

Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofs
NJW 1982, 1177

Boucouché, Jeanne

Die Harmonisierung des Gesellschaftsrechts in der Europäischen Union: Erreichtes und Perspektiven
RIW 1999, 1

Brandt, Ulrich

Überlegungen zu einem SE-Ausführungsgesetz
NZG 2002, 991

Brandt, Ulrich/ Scheifele, Matthias

Die Europäische Aktiengesellschaft und das anwendbare Recht
DStR 2002, 547

vom Brocke, Kai

Die Europäische Genossenschaft – Eine europäische Gesellschaftsform?
Diss., Universität Würzburg ca. 1996
(zitiert: vom Brocke, Europäische Genossenschaft)

Brox, Hans (Begr.)/ Rüthers, Bernd

Arbeitsrecht

15. Auflage; Stuttgart, Berlin, Köln 2002

(zitiert: Brox/ Rüthers, Arbeitsrecht)

Buchheim, RegineEuropäische Aktiengesellschaft und grenzüberschreitende
Konzernverschmelzung. Der aktuelle Entwurf der Rechtsform aus
betriebswirtschaftlicher Sicht

Wiesbaden 2001; zugl. Diss., freie Universität Berlin 2000

(zitiert: Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft)

Bungert, Hartwin/ Beier, Constantin H.Die Europäische Aktiengesellschaft – Das Statut und seine Umsetzung in
die Praxis

EWS 2002, 1

Burtscher, Bertram

Die Europäische Aktiengesellschaft

Historische Entwicklung, Stand, Ausblick

Diss., Innsbruck 1999

(zitiert: Burtscher, Europäische Aktiengesellschaft)

Von Caemmerer, Ernst„Europäische Aktiengesellschaft“ und Angleichung des
Gesellschaftsrechts in der EWG,

in: Das Unternehmen in der Rechtsordnung,

Festgabe für Heinrich Kronstein aus Anlass seines

70.Geburtstages am 12. September 1967, Hrsg.: Kurt H.

Biedenkopf, Helmut Coing, Ernst-Joachim Mestmäcker, Karlsruhe,
1967, S. 172

(zitiert: von Caemmerer in: FS Kronstein)

Caminades, Vesna

Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft durch Fusion

Diplomarbeit; Innsbruck 1993

(zitiert: Caminades, Gründung)

Cascante, José Christian

Kommentar zur Centros-Entscheidung des EuGH

RIW 1999, 450

Dänzer-Vanotti, WolfgangDer europäische Gerichtshof zwischen Rechtsprechung und
Rechtsetzungin: Festschrift für Ulrich Everling, herausgegeben von Ole Due,
Marcus Lutter, Jürgen Schwarze; Baden-Baden 1995, S. 205

(zitiert: Dänzer-Vanotti in: FS Everling)

Däubler, Wolfgang

Grenzüberschreitende Fusion und Arbeitsrecht

- zum Entwurf der Zehnten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie –

- DB 1988, 1850
- Dauses, Manfred (Hrsg.)** Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, Band 1
Stand: März 2002 (11. Ergänzungslieferung)
(zitiert: Bearbeiter in: Dauses, EG-Wirtschaftsrecht)
- Doucet, Michel (Begr.)/ Fleck, Klaus E. W.**
Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache
Teil I: Französisch-Deutsch; 5. Auflage, München 1997
Teil II: Deutsch-Französisch; 6. Auflage, München 2002
(zitiert: Doucet/ Fleck, Wörterbuch)
- Ducouloux-Favard, Claude** Longue histoire pour la naissance de la société européenne
in: La nouvelle société européenne; Supplement à la Revue Lamy Droit
des affaires n° 48 – April 2002, S. 9
(zitiert: Ducouloux-Favard in: La nouvelle société européenne)
- Ebenroth, Carsten Thomas/ Eyles, Uwe**
Die innereuropäische Verlegung des Gesellschaftssitzes als
Ausfluss der Niederlassungsfreiheit? (Teil I)
Die Mobilität von Unternehmen im Spannungsfeld von
Harmonisierungsbestrebungen und der Anerkennung
divergierender Rechtsstandards
DB 1989, 363
- Ebke, Werner** Überseering: „Die wahre Liberalität ist Anerkennung“
JZ 2003, 927
- Eidenmüller, Horst** Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa
ZIP 2002, 2233
- Erman** Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar
Herausgeber: Harm Peter Westermann
10. Auflage; Köln, Münster 2000
- Fischer-Zernin, Cornelius** Der Rechtsangleichungserfolg der Ersten gesellschaftsrechtlichen
Richtlinie der EWG
Tübingen 1986; zugl. Diss., Universität Hamburg 1983/84
(zitiert: Fischer-Zernin, Rechtsangleichungserfolg)
- Förster, Guido/ Lange, Carsten**
Steuerliche Aspekte der Gründung einer Europäischen
Aktiengesellschaft (SE)
DB 2002, 288
- Forsthoff, Ulrich** Abschied von der Sitztheorie. Anmerkung zu den Schlussanträgen des
GA Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer in der Rs. Überseering

- BB 2002, 318
- Forsthoff, Ulrich** Mehr Wahlmöglichkeiten für Unternehmen.
Europarichter: Deutschland muß ausländische Rechtsformen anerkennen.
FAZ vom 13.11.2002, S. 19
- Freitag, Robert** Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im Internationalen
Gesellschaftsrecht
EuZW 1999, 267
- Ganske, Joachim** Änderungen des Verschmelzungsrechts
Zur Dritten gesellschaftsrechtlichen EG-Richtlinie, Gedanken zu ihrer
Umsetzung in deutsches Recht
DB 1981, 1551
- Geiger, Rudolf** EUV/ EGV. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur
Gründung der Europäischen Gemeinschaft. Kommentar
3. Auflage, München 2000
(zitiert: Geiger, EUV/ EGV)
- Gernhuber, Joachim** Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der
Schuldverhältnisse aus anderen Gründen
2. Aufl., Tübingen 1994
(zitiert: Gernhuber, Erfüllung)
- Gessler, E.** Grundfragen der europäischen Handelsgesellschaft
BB 1967, 381
- Geyrhalter, Volker/ Gänßler, Peggy**
Perspektiven nach „Überseering“ – wie geht es weiter?
NZG 2003, 409
- Götz, Volkmar** Europäische Gesetzgebung durch Richtlinien – Zusammenwirken von
Gemeinschaft und Staat
NJW 1992, 1849
- Goutier, Klaus/ Knopf, Rüdiger/ Tulloch, Anthony (Hrsg.)**
Kommentar zum Umwandlungsrecht
Umwandlungsgesetz – Umwandlungssteuergesetz
1. Auflage, Heidelberg 1996
(zitiert: Bearbeiter in: Goutier/ Knopf/ Tulloch, Umwandlungsrecht)
- Grabitz, Eberhard/ Hilf, Meinhard**
Kommentar zur Europäischen Union
Vertrag über die Europäische Union, Vertrag zur Gründung der
Europäischen Gemeinschaft
Loseblattsammlung, Stand Juli 2002

(zitiert: Bearbeiter in: Grabitz/ Hilf, EU)

von der Groeben, Hans/ Thiesing, Jochen/ Ehlermann, Claus-Dieter (Hrsg.)

Kommentar zum EU-/ EG-Vertrag

5. Auflage, Baden-Baden 1997

(zitiert: Bearbeiter in: von der Groeben/ Thiesing/ Ehlermann, EUV/EG)

Großfeld, Bernhard

Europäisches Gesellschaftsrecht

WM 1992, 2121

Großfeld, Bernhard

Europäische Unternehmensbewertung

NZG 2002, 353

Großfeld, Bernhard/ König, Thomas

Das Internationale Gesellschaftsrecht in der Europäischen
Gemeinschaft

RIW 1992, 433

Grote, Ralf

Das neue Statut der Europäischen Aktiengesellschaft zwischen
europäischen und nationalem Recht

Diss., Universität Göttingen 1990

(zitiert: Grote, Europäische Aktiengesellschaft)

Gutsche, Robert

Die Eignung der Europäischen Aktiengesellschaft

Baden-Baden 1994; zugl. Diss., Universität Heidelberg 1993

(zitiert: Gutsche, Europäische Aktiengesellschaft)

Habersack, Mathias

Europäisches Gesellschaftsrecht

München 1999

(zitiert: Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht)

Hanau, Peter

Arbeitsrecht und Mitbestimmung in Umwandlung und Fusion

ZGR 1990, 548

Hanau, Peter

Neuer Anlauf zur mitbestimmten SE

RdA 1998, 231

Hauschka, Christoph E.

Entwicklungslinien und Integrationsfragen der gesellschafts-rechtlichen
Akttypen des Europäischen Gemeinschaftsrechts

AG 1990, 85

Hauschka, Christoph E.

Kontinuität und Wandel im Statut für die Europäische
Aktiengesellschaft (SE) 1989

EuZW 1990, 181

Heckschen, Heribert

Umwandlungsrecht und Insolvenz

in: Umwandlungen im Zivil- und Steuerrecht

Festschrift für Siegfried Widmann zum 65. Geburtstag am 22. Mai 2000

Franz Wassermeyer, Dieter Mayer, Norbert Rieger (Hrsg.)

- Bonn 2000, S. 31
(zitiert: Heckschen in: FS Widmann)
- Heckschen, Heribert** Verschmelzung von Kapitalgesellschaften
Stuttgart 1989
(zitiert: Heckschen, Verschmelzung)
- Heinze, Meinhard** Probleme der Mitbestimmung und Betriebsverfassung bei einer
grenzüberschreitenden Umstrukturierung von Unternehmen im
Binnenmarkt
ZGR 1994, 47
- Helms, Dietmar** Die europäische Privatgesellschaft
Köln 1998; zugl. Diss., Universität Heidelberg 1998
(zitiert: Helms, Europäische Privatgesellschaft)
- Herfs-Röttgen, Ebba** Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft
NZA 2001, 424
- Herfs-Röttgen, Ebba** Probleme der Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen
Aktiengesellschaft
NZA 2002, 358
- Herzig, Norbert/ Förster, Guido**
Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften
DB 1994, 1
- Herzig, Norbert/ Griemla, Stefan**
Steuerliche Aspekte der Europäischen Aktiengesellschaft/
Societas Europaea (SE)
StuW 2002, 55
- Hirte, Heribert** Die Europäische Aktiengesellschaft
NZG 2002, 1
- Hohloch, Gerhard (Hrsg.)** EU-Handbuch Gesellschaftsrecht
Berlin
Loseblattsammlung, Stand August 2001
(zitiert: Bearbeiter in: Hohloch, EU-Handbuch GesR, [Land])
- Hommelhoff, Peter** Die Organisationsverfassung der Europäischen Aktiengesellschaft
in: Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht der Universität Bonn
Symposium über Information, Konsultation und Mitbestimmung der
Arbeitnehmer in der EU
Kongressbericht, Bonn 2001, S. 57
(zitiert: Hommelhoff in: Symposium)
- Hommelhoff, Peter** Einige Bemerkungen zur Organisationsverfassung der

Europäischen Aktiengesellschaft

AG 2001, 279

Hommelhoff, Peter

Gesellschaftsrechtliche Fragen im Entwurf eines SE-Statuts

AG 1990, 422

Hommelhoff, Peter/ Riesenhuber, Karl

Strukturmaßnahmen, insbesondere Verschmelzung und Spaltung im
Europäischen und deutschen Gesellschaftsrecht

in: Grundmann, Stefan (Hrsg.); Systembildung und Systemlücken in
Kerngebieten des Europäischen Privatrechts; Gesellschafts-, Arbeits- und
Schuldvertragsrecht

(zitiert: Hommelhoff/ Riesenhuber in: Grundmann, Systembildung)

Hommelhoff, Peter/ Teichmann, Christoph

Die Europäische Aktiengesellschaft – das Flaggschiff läuft vom Stapel
SZW 2002, 1

Hopt, Klaus J.

Europäische Aktiengesellschaft – per aspera ad astra?

EuZW 2002, 1

Horn, Norbert

Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht und die

EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit – Inspire Art

NJW 2004, 893

Hüffer, Uwe

Aktiengesetz

5. Auflage; München 2002

(zitiert: Hüffer, AktG)

Jaeger, Carsten

Die europäische Aktiengesellschaft – europäischen oder
nationalen Rechts?

Baden-Baden 1994; zugl. Diss., Universität Bonn 1993/94

(zitiert: Jaeger, Europäische Aktiengesellschaft)

Jaeger, Gerold

Kapitalgesellschaften in der EU – dauerhaft Niederlassungs-
berechtigte zweiter Klasse? (Kommentar zu den

Vorlagebeschlüssen des BGH vom 30.3.2000 und das AG

Heidelberg von 3.3.2000 sowie zur Rechtsprechung in den

Niederlanden und Österreich als Antwort auf die Centros-
Entscheidung des EuGH vom 9.3.1999)

NZG 2000, 918

Jahn, Andreas/ Herfs-Röttgen, Ebba

Die Europäische Aktiengesellschaft – Societas Europaea

DB 2001, 631

Joost, Detlev

Arbeitsrechtliche Angaben im Umwandlungsvertrag

- ZIP 1995, 976
- Jung, Eberhard** Die Weitergeltung kollektivvertraglicher Regelungen (Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen) bei einem Betriebsinhaberwechsel
RdA 1981, 360
- Junker, Abbo** Die „zwingenden Bestimmungen“ im neuen internationalen Arbeitsrecht
IPRax 1989, 69
- Kallmeyer, Harald** Die Europäische Aktiengesellschaft – Praktischer Nutzen und Mängel des Statuts
AG 1990, 103
- Kallmeyer, Harald** Umwandlungsgesetz, Kommentar
Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel bei Handelsgesellschaften
2. Auflage, Köln 2001
(zitiert: Bearbeiter in: Kallmeyer, UmwG)
- Kallmeyer, Harald** Zugang zur Europäischen Aktiengesellschaft nach dem Entwurf eines SE-Statuts;
Erwiderung auf Hommelhoff, Gesellschaftsrechtliche Fragen im Entwurf eines SE-Statuts (AG 1990, 422)
AG 1990, 527
- Kersting, Christian** Die Vorgesellschaft im europäischen Gesellschaftsrecht
Köln, Berlin, Bonn, München 2000; zugl. Diss., Universität Bonn
1999/ 2000
(zitiert: Kersting, Vorgesellschaft)
- Kersting, Christian** Societas Europaea: Gründung und Vorgesellschaft
DB 2001, 2079
- Kessel, Wolfgang** Der Entwurf zum Statut der Europäischen Genossenschaft
EuZW 1992, 475
- Kindler, Peter** Niederlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften?
Die „Centros“-Entscheidung des EuGH und das Internationale Privatrecht
NJW 1999, 1993
- Klapdor, Ralf** Überlegungen zur Besteuerung der europäischen Aktiengesellschaft
EuZW 2001, 677
- Kleinsorge, Georg/ Neye, Hans Werner**
Durchbruch erreicht
BArbBl 4/ 2002, 5
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften**
Vorentwurf eines Statuts für europäische Aktiengesellschaften

von Professor Dr. Pieter Sanders

Kollektion Studien

Reihe Wettbewerb Nr. 6

Brüssel 1967

(zitiert: Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vorentwurf eines Statuts von Sanders)

Kropff, Bruno/ Semler, Johannes (Hrsg.)

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz

Band 1: §§ 1- 53 AktG

2. Auflage; München 2000

(zitiert: Bearbeiter in: MüKo AktG)

Kunz, Klaudia

Die Insolvenz der Europäischen Aktiengesellschaft

Frankfurt a.M. 1995; zugl. Diss., Universität Frankfurt a.M. 1994

(zitiert: Kunz, Insolvenz)

Larenz, Karl/ Canaris, Claus-Wilhelm

Methodenlehre der Rechtswissenschaft

3. Auflage, Berlin, Heidelberg 1995

(zitiert: Larenz/ Canaris, Methodenlehre)

Leible, Stefan/ Hoffmann, Jochen

„Überseering“ und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie

Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 5.11.2002 – Rs. C-208/00, RIW 2002, 945 – Überseering

RIW 2002, 925

Lenz, Carl Otto (Hrsg.)

EG-Vertrag. Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der durch den Amsterdamer Vertrag geänderten Fassung

2. Auflage; Köln, Basel, Genf, München, Wien 1999

(zitiert: Bearbeiter in: Lenz, EG-Vertrag)

Lentner, Anton J.

Das Gesellschaftsrecht der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV)

Baden-Baden 1994; zugl. Diss., Universität München 1993

(zitiert: Lentner, EWIV)

Leupold, Andreas

Die Europäische Aktiengesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des deutschen Rechts

Aachen 1993; zugl. Diss., Universität Konstanz 1993

(zitiert: Leupold, Europäische Aktiengesellschaft)

Lutter, Marcus (Hrsg.)

Die Europäische Aktiengesellschaft; eine Stellungnahme zur

Vorlage der Kommission an den Ministerrat der Europäischen Gemeinschaft über das Statut für Europ. Aktienges., vom 30. April 1975
2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1978

(zitiert: Bearbeiter in Lutter, Europäische Aktiengesellschaft)

Lutter, Marcus

Europäische Aktiengesellschaft – Rechtsform mit Zukunft?
BB 2002, 1

Lutter, Marcus

Genügen die vorgeschlagenen Regelungen für eine „Europäische Aktiengesellschaft“?

AG 1990, 413

Lutter, Marcus

Neue Entwicklungen im Gesellschaftsrecht der EU

In: Internationales Gesellschaftsrecht, Hrsg.: Peter Nobel,
Bern 2000; Schriften zum Internationalen Gesellschaftsrecht,
Heft 2/1999; Weiterbildungsstufe HSG, Universität St. Gallen
S. 9

(zitiert: Lutter in: Nobel, Internationales Gesellschaftsrecht)

Lutter, Marcus

Perspektiven eines europäischen Unternehmensrechtes – Versuch einer
Summe

ZGR 1992, 435

Lutter, Marcus (Hrsg.)

Umwandlungsgesetz, Kommentar

2. Auflage, Köln 2000

(zitiert: Bearbeiter in: Lutter, UmwG)

Maitland-Walker, Julian

The Societas Europaea: Useful Corporate Vehicle or Political
Stalking Horse?

in: European Competition Law Review

Oxford Heft 3 /1991, 97

Maul, Silja

Die faktisch abhängige SE (Societas Europaea) im Schnittpunkt
zwischen deutschem und europäischem Recht

München 1998; zugl. Diss., Universität Heidelberg 1997

(zitiert: Maul, Die faktisch abhängige SE)

Meilicke, Wienand

Sitztheorie versus Niederlassungsfreiheit? Besprechung des
Vorlagebeschlusses des BGH vom 30.3.2000

GmbHR 2000, 693

Menjucq, Michel

La société européenne: enfin l'aboutissement!

Le Dalloz, 2001, N° 13, S. 1085

Merkt, Hanno

Der jüngste Entwurf eines Statuts für die Europäische
Aktiengesellschaft

in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler; Europäisches

Privatrecht, Unternehmensrecht, Informationspflichten im Zivilrecht
Tübinger Tagung 11.-14. September 1991

herausgegeben von Joachim Jickeli, Herbert Kotzur, Ulrich Noack,
Helmut Weber

Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar 1992

(zitiert: Merkt in Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1991)

Merkt, Hanno

Europäische Aktiengesellschaft: Gesetzgebung als Selbstzweck?

Kritische Bemerkungen zum Entwurf von 1991

BB 1992, 652

Meyer-Landrut, Andreas

Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung

Gründungsvertrag und innere Verfassung einer EWIV mit Sitz in
der Bundesrepublik Deutschland

Stuttgart 1988

(zitiert: Meyer-Landrut, EWIV)

Moll, Wilhelm

Die Rechtsstellung des Arbeitnehmers nach einem Betriebsübergang

NJW 1993, 2016

Monti, Mario

Statut der Europäischen Aktiengesellschaft; WM 1997, 607

Müller-Gugenberger, Christian/ Schotthöfer, Peter (Hrsg.)

Die EWIV in Europa

München 1995

(zitiert: Bearbeiter in: Müller-Gugenberger/ Schotthöfer, EWIV)

Nagel, Bernhard

Erosion der Mitbestimmung und EG-Kommissionsentwürfe zur
Europäischen Aktiengesellschaft

ArbuR 1990, 205

Nagel, Bernhard

Verschlechterte Regelungen und Vereinbarungen zur
Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft

AuR 2001, 406

Neye, Hans-Werner

Kein neuer Stolperstein für die Europäische Aktiengesellschaft

ZGR 2002, 377

Nobel, Peter

Die Freizügigkeit von juristischen Personen in der EU

in: Internationales Gesellschaftsrecht, Hrsg.: Peter Nobel

Bern 2000, Heft 2/ 1999, Schriften zum internationalen

Gesellschaftsrecht, Weiterbildungsstufe HSG,

Universität St. Gallen, S. 29

(zitiert: Nobel in: Nobel, Internationales Gesellschaftsrecht)

Oppermann, Thomas

Europarecht. Ein Studienbuch

2. Auflage; München 1999

(zitiert: Oppermann, Europarecht)

- Pagel, Regine/ Gless, Sven-E.** Grenzüberschreitende Verschmelzung von Konzernunternehmen durch Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft (SE)
Forschungsbericht Nr. 94-3
Humboldt-Universität zu Berlin, Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät, Institut für Management, 1994
(zitiert: Pagel/ Gless, Verschmelzung)
- Palandt** Bürgerliches Gesetzbuch
61. Auflage, München 2002
(zitiert: Bearbeiter in Palandt)
- Pfister, Wolfgang** Europäisches Gesellschaftsrecht
Schriftenreihe Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsverfassung Band 7
Frankfurt a.M. 1993
(zitiert: Pfister, Europäisches Gesellschaftsrecht)
- Pluskat, Sorika** Die Arbeitnehmerbeteiligung in der geplanten Europäischen AG
DStR 2001, 1483
- Priester, Hans-Joachim** Das neue Verschmelzungsrecht
NJW 1983, 1459
- Priester, Hans-Joachim** EU-Sitzverlegung – Verfahrensablauf
ZGR 1999, 36
- Raiser, Thomas** Die Europäische Aktiengesellschaft und die nationalen Aktiengesetze,
Festschrift für Johannes Semler zum 70. Geburtstag am 28. April 1993 – Unternehmen und Unternehmensführung im Recht, S. 277
(zitiert: Raiser in: FS Semler)
- Rasner, Henning** Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) – ist sie wünschenswert?
ZGR 1992, 314
- Rebmann, Kurt (Hrsg.)** Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Band 1: Allgemeiner Teil, §§ 1 – 240 BGB, AGB-Gesetz
4. Auflage; München 2001
Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil. §§ 241 – 432 BGB, FernAbsG
4. Auflage; München 2001
Band 6: Sachenrecht (§§ 854 – 1296 BGB)
3. Auflage, München 1997
Band 10: Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Art. 1 – 38 EGBGB), Internationales Privatrecht
3. Auflage, München 1998

Band 11: Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht,
Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Art. 50 – 237)
3. Auflage, München 1999
(zitiert: Bearbeiter in: MüKo)

Romain, Alfred / Bader, Hans Anton/ Byrd, Sharon

Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache
Teil I: Englisch – Deutsch
5. Auflage; München, Basel, Wien 2000
(zitiert: Romain/ Bader/ Byrd, Wörterbuch)

Romain, Alfred/ Byrd, Sharon/ Thielecke, Carola

Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache
Teil II: Deutsch – Englisch
4. Auflage; München, Basel, Wien 2002
(zitiert: Romain/ Byrd/ Thielecke, Wörterbuch)

Sanders, P.

Die Europäische Aktiengesellschaft
Probleme des Zugangs und der Mitbestimmung
AG 1967, 344

Sandrock, Otto

Sitzrecht contra Savigny? Zum angeblichen Chaos im internationalen
Gesellschaftsrecht
BB 2004, 897

Sagasser, Bernd / Bula, Thomas

Umwandlungen: Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel,
Vermögensübertragung
Zivil-, Handels- und Steuerrecht
2. Auflage; München 2000
(zitiert: Sagasser/ Bula, Umwandlungen)

Sagasser, Bernd/ Swienty, Claus

Die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft im Wege der
Verschmelzung – Zur Praktikabilität des SE-Statuts in der
Entwurfassung vom 6./16.5.1991
DStR 1991, 1188 und 1222

Schmidt, Karsten

Gesellschaftsrecht
3. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1997
(zitiert: Schmidt, Gesellschaftsrecht)

Schmidt, Karsten (Hrsg.)

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch
Band 1: Erstes Buch. Handelsstand. §§ 1 – 104 HGB
München 1996

(zitiert: Bearbeiter in: MüKo HGB)

Schmitt, Joachim/ Hörtnagl, Robert/ Stratz, Rolf-Christian

Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz

(begründet von Hans Dehmer)

3. Auflage, München 2001

(zitiert: Bearbeiter in: Schmitt/ Hörtnagl/ Stratz, UmwG/ UmwStG)

Schulz, Andreas/ Geismar, Bernhard

Die Europäische Aktiengesellschaft – eine kritische Bestandsaufnahme

DStR 2001, 1078

Schulz, Andreas/ Petersen, Sven

Die Europa-AG: Steuerlicher Handlungsbedarf bei Gründung und

Sitzverlegung

DStR 2002, 1508

Schwarz, Günter Christian Europäisches Gesellschaftsrecht

Baden-Baden 2000

(zitiert: Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht)

Schwarz, Günter Christian Zum Statut der Europäischen Aktiengesellschaft – Die wichtigsten

Neuerungen und Änderungen der Verordnung

ZIP 2001, 1847

Schwarz, Günter Christian/ Lösler, Thomas

Das Recht der Europäischen Aktiengesellschaft

NotBZ 2001, 117

Schwarze, Jürgen (Hrsg.) EU-Kommentar

Baden-Baden 2000

(zitiert: Schwarze, EU)

Scriba, Michael O. E. Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung

Heidelberg 1988, zugl. Diss. Universität Münster/ Westfalen, 1987

(zitiert: Scriba, EWIV)

Selbherr, Paul / Manz, Gerhard

Kommentar zur Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung

(EWIV)

Baden-Baden 1995

(zitiert: Bearbeiter in: Selbherr/ Manz, EWIV)

Soergel, Hans Th. (Begr.)/ Siebert, W. (Hrsg.)

Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen

Band 10: Einführungsgesetz

12. Auflage; Stuttgart, Berlin, Köln 1996

(zitiert: Bearbeiter in: Soergel, EGBGB)

Sonnenberger, Hans-Jürgen

Interne Fusion von Aktiengesellschaften im Gemeinsamen Markt
- Kommissionsvorschlag einer dritten Richtlinie zur Angleichung
des Gesellschaftsrechts –
AG 1971, 76

Spindler, Gerald/ Berner, Olaf

Der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach Inspire Art
RIW 2004, 7

von Staudinger, J.

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und
Nebengesetzen
- EGBGB/ IPR. Internationales Gesellschaftsrecht
Berlin 1998
- Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 362 – 396
13. Bearbeitung. Berlin 1995
(zitiert: Bearbeiter in: Staudinger)

Steding, Rolf

Das Gesellschaftsrecht der EU zwischen Erwartung und
Enttäuschung, NZG 2000, 913

Teichmann, Christoph

Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft
Grundlagen der Ergänzung des europäischen Statuts durch den deutschen
Gesetzgeber
ZGR 2002, 383

Thamm, Rüdiger

Die Europäische Aktiengesellschaft und das Problem der
Lückenfüllung – eine Untersuchung an Hand von
Kapitalsicherungsvorschriften
Diss., Universität Köln 1972
(zitiert: Thamm, Lückenfüllung)

Thoma, Georg/ Leuering, Dieter

Die Europäische Aktiengesellschaft – Societas Europaea
NJW 2002, 1449

Trojan-Limmer, Ursula

Die geänderten Vorschläge für ein Statut der Europäischen
Aktiengesellschaft (SE) – gesellschaftsrechtliche Probleme
RIW 1991, 1010

Ulmer, Peter

Gestaltungsfreiheit in der Europa-AG bietet Vorteile
FAZ v. 21.3.2001, S. 30

Völter, Heike Sabine

Der Lückenschluss im Statut der Europäischen Privatgesellschaft
Köln 2000; zugl. Diss, Universität Heidelberg 1999

- (zitiert: Völter, Europäische Privatgesellschaft)
- Vollmer, Lothar** Der Europäische Verein
ZHR 1993, 373
- Wachter, Thomas** Errichtung, Publizität, Haftung und Insolvenz von Zweigniederlassungen ausländischer Kapitalgesellschaften nach „Inspire Art“
Rechtspraktische Anleitung und Wegweisung
GmbHHR 2003, 1254
- Wachter, Thomas** Auswirkungen des EuGH-Urteils in Sachen Inspire Art Ltd. auf Beratungspraxis und Gesetzgebung
Deutsche GmbH vs. englische private limited company
GmbHHR 2004, 88
- Wagner, Jens** Der Europäische Verein – Eine Gesellschaftsform europäischen oder mitgliedstaatlichen Rechts?
Baden-Baden 2000; zugl. Diss., Universität Würzburg 1999
(zitiert: Wagner, Europäische Verein)
- Wagner, Jens** Die Bestimmung des auf die SE anwendbaren Rechts
NZG 2002, 985
- Wahlers, Henning W.** Art. 100 a EWGV – Unzulässige Rechtsgrundlage für den geänderten Vorschlag einer Verordnung über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft?
AG 1990, 448
- Wehlau, Andreas** Die Europäische Aktiengesellschaft vor der Vollendung?
DWiR 1992, 78
- Wenz, Martin** Die Societas Europaea (SE). Analyse der geplanten Rechtsform und ihre Nutzungsmöglichkeiten für eine europäische Konzernunternehmung.
Berlin 1993; zugl. Diss., Universität Mannheim
(zitiert: Wenz, SE)
- Werlauff, Erik** Ausländische Gesellschaft für inländische Aktivität
„Centros aus dänischer Sicht“
ZIP 1999, 867
- Widmann, Siegfried/ Mayer, Dieter (Hrsg.)** Umwandlungsrecht
Stand: Juni 2002 (65. Ergänzungslieferung); Bonn, Berlin
(zitiert: Bearbeiter in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht)
- Wiesner, Peter M.** Überblick über den Stand des Europäischen Unternehmensrechts
EuZW 1998, 619

- Zimmer, Daniel** Mysterium „Centros“ – Von der schwierigen Suche nach der
Bedeutung eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs
ZHR 2000, 23
- Zimmer, Daniel** Nach „Inspire Art“: Grenzenlose Gestaltungsfreiheit für deutsche
Unternehmen?
NJW 2003, 3585
- Zöllner, Wolfgang (Hrsg.)** Kölner Kommentar zum Aktiengesetz
Bd. 1: §§ 1 – 75 AktG
2. Auflage; Köln, Berlin, Bonn, München 1988
(zitiert: Bearbeiter in: KK AktG)
- Zöllner, Wolfgang/ Loritz, Karl-Georg**
Arbeitsrecht
5. Aufl., München 1998
(zitiert: Zöllner/ Loritz, Arbeitsrecht)

Einleitung

A. Einflüsse des nationalen Rechts im Rahmen der Gründung einer SE durch Verschmelzung

Am 8. Oktober 2001 wurden nach jahrzehntelangen Verhandlungen die „Verordnung... über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)^{1,2} und die „Richtlinie...zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer“³ verabschiedet. Den Mitgliedstaaten wurde eine Frist bis zum 8. Oktober 2004 gesetzt, um die Richtlinie umzusetzen und entsprechende Ausführungsvorschriften zu erlassen. Mit Ablauf der Frist tritt die Verordnung in Kraft, die Europäische Aktiengesellschaft wird Wirklichkeit. Damit steht den Unternehmen neben der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung⁴ eine zweite europäische, supranationale Rechtsform zur Verfügung. Die Europäische Aktiengesellschaft, auch Societas Europaea oder kurz SE genannt, soll Unternehmen in der Europäischen Union grenzüberschreitende Kooperations- und Umstrukturierungsmaßnahmen erleichtern und eine Organisationsform bieten, mit der sie sich innerhalb der Gemeinschaft unabhängig von nationalen Grenzen entfalten können.

Während der Verhandlungen über die Europäische Aktiengesellschaft war die Frage nach dem Einfluss nationalen Rechts heftig umstritten. Der erste Vorschlag einer SE-Verordnung aus dem Jahre 1970 hatte den Anspruch, die Europäische Aktiengesellschaft umfassend und unabhängig von nationalem Recht zu normieren. Im Laufe des Rechtssetzungsverfahrens wurden - auf der Suche nach einem Kompromiss zwischen den Mitgliedstaaten - immer mehr streitige Fragen von einer europäischen Regelung ausgenommen. Die nun verabschiedete Fassung beschränkt sich darauf, die Kernbereiche zu regeln, und verweist im übrigen auf das nationale Recht. Die veränderte Konzeption der SE-Verordnung wird zum Teil heftig kritisiert. Einige Autoren stellen sogar den Sinn der neuen Rechtsform in Frage, weil deren supranationaler Charakter aufgegeben worden

¹ Die Abkürzung SE steht für „societas europaea“. In der amtlichen Überschrift der Verordnung wurde diese lateinische Bezeichnung wörtlich mit „Europäische Gesellschaft“ übersetzt. Die Europäische Kommission hatte in ihren Vorschlägen stattdessen den Begriff „Europäische Aktiengesellschaft“ verwendet. Da die SE der Aktiengesellschaft deutschen Rechts nahe ist und sich der Begriff „Europäische Aktiengesellschaft“ eingebürgert hat, hält diese Arbeit an der bisherigen Terminologie fest. Dazu Neye ZGR 2002, 377 Fn. 2 und Hommelhoff/ Teichmann SZW 2002, 1 (3).

² ABI Nr. L 294/1 ff vom 10.11.2001. Im Folgenden SE-Verordnung bzw. SE-VO.

³ ABI Nr. L 294/22 ff vom 10.11.2001. Im Folgenden Arbeitnehmer-Richtlinie bzw. AN-RL.

sei⁵. Es gäbe keine einheitliche Europäische Aktiengesellschaft mehr, sondern so viele verschiedene SE wie Mitgliedstaaten⁶. Einigkeit besteht jedoch darüber, dass angesichts der bestehenden Unterschiede in den Traditionen und Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten eine einheitliche europäische Konstruktion politisch nicht durchsetzbar war und nur die unterschiedliche nationale Prägung der Europäischen Aktiengesellschaft den Konsens ermöglicht hat. Vor- und Nachteile der Verweisungen auf nationales Recht sollen daher nicht Gegenstand der Untersuchung sein.

Die Arbeit widmet sich rechtlichen Fragen, die sich aus der Konzeption der Verordnung als Rahmenregelung ergeben. Untersucht werden soll, inwieweit die SE-Verordnung eine Frage abschließend regelt und inwiefern nationales Recht zur Anwendung kommt. Es ist zu klären, auf welche Vorschriften die Verordnung im Einzelfall verweist und wie diese Normen mit der SE-Verordnung zusammenwirken. Der Schwerpunkt soll nicht auf der theoretischen Erörterung der Frage des anwendbaren Rechts liegen⁷. Vielmehr wurde das Thema der Gründung einer SE durch Verschmelzung ausgewählt, um zu untersuchen, wie sich SE-Verordnung und nationales Recht gegenseitig beeinflussen und ergänzen. Diese Perspektive bietet den Vorteil, dass die Arbeit sich nicht auf die Darstellung allgemeiner Grundsätze beschränken muss, sondern den abschließenden Charakter einer Regelung, gegebenenfalls die einschlägige Verweisungsnorm und die Gestaltungsspielräume des nationalen Gesetzgebers und des Satzungsgebers konkret bestimmen kann.

Bei der Gründung durch Verschmelzung bestimmen zwei besondere Verweisungsnormen den Einfluss nationalen Rechts: Neben dem Recht des künftigen Sitzstaates der SE nach Art. 15 Abs. 1 SE-VO kommt gemäß Art. 18 SE-VO das Recht der Mitgliedstaaten, in dem die Gründungsgesellschaften ihren Sitz haben, zur Anwendung. Art. 15 Abs. 1 und 18 SE-VO treten neben die übrigen Verweisungen der SE-Verordnung und führen zu speziellen Abgrenzungsfragen. Eine weitere Besonderheit im Bereich der Gründung einer SE durch Verschmelzung liegt darin, dass die nationalen Vorschriften durch die Dritte

⁴ Kurz: EWIV

⁵ Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 4; Jaeger, Europäische Aktiengesellschaft, S. 20 f; Rasner ZGR 1992, 314 ff (insb. 325f); vgl. Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 126; Maitland-Walker ECLR 3/1991, 97 (100)

⁶ So etwa Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 20; Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 63

⁷ Die Systematik des anwendbaren Rechts im Rahmen der SE-Verordnung war bereits Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen, siehe insbesondere Grote, Europäische Aktiengesellschaft (allerdings zum Verordnungsvorschlag von 1989) und Brandt/Scheifele DStR 2002, 547.

Richtlinie über die Verschmelzung von Aktiengesellschaften⁸ teilweise harmonisiert worden sind und die Vorschriften der SE-Verordnung sich an diese Richtlinie anlehnen. Es ergeben sich daher über die Regelung in der SE-Verordnung hinaus Grundsätze, die für die Gründung jeder Europäischen Aktiengesellschaft gelten. Auf eine Darstellung der einzelnen mitgliedstaatlichen Vorschriften, die über die Verweisung zur Anwendung gelangen, wird verzichtet, da sie den Rahmen der Arbeit sprengen würde.

Neben dem eigentlichen Gründungsverfahren nach der SE-Verordnung muss vor der Eintragung der SE ein Verhandlungsverfahren durchgeführt werden, in dem die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer festgelegt werden sollen⁹. Dieses Verfahren ist in der ergänzenden Arbeitnehmer-Richtlinie geregelt. Die Frage des anwendbaren Rechts hat in diesem Zusammenhang eine andere Bedeutung, weil die Richtlinie grundsätzlich nur die Mitgliedstaaten bindet und in nationales Recht umgesetzt werden muss. Die Richtlinie regelt das anwendbare Recht eigenständig¹⁰. Der Bereich der Arbeitnehmerbeteiligung soll daher nicht Gegenstand der folgenden Untersuchungen sein.

Steuerliche Fragen der Gründung einer SE durch Verschmelzung werden im Rahmen der Arbeit ebenfalls nicht behandelt, da an einer Regelung der steuerlichen Fragen noch gearbeitet wird/ die steuerliche Behandlung der SE noch offen ist¹¹. Die Europäische Kommission hat eine breite Diskussion über die Besteuerung von Unternehmen in der Europäischen Union angeregt und wird voraussichtlich im Jahr 2003 einen Bericht über die daraus gezogenen Folgerungen und ihre Pläne – auch betreffend die Besteuerung der SE - veröffentlichen¹².

⁸ 3. RL 78/855/EWG des Rates v. 9.10.1978, ABI Nr. L 295/36 vom 20.10.1978. Im Folgenden Verschmelzungsrichtlinie. Umsetzung in der Bundesrepublik Deutschland durch Gesetz vom 25.10.1982, BGBl. 1982 I, S. 1425, in Kraft seit 1.1.1983

⁹ Näher dazu Herfs-Röttgen NZA 2002, 358; Pluskat DStR 2001, 1483; Nagel AuR 2001, 406

¹⁰ Gemäß Art. 6 AN-RL ist für das Verhandlungsverfahren grundsätzlich das Recht des künftigen Sitzstaates der SE maßgeblich, weitere Regelungen finden sich z.B. in Art. 3 Abs. 2 lit. b, Art. 7 Abs. 1 Unterabs. 2, Abs. 2 und Art. 8 Abs. 3 AN-RL.

¹¹ Weiterführend siehe Schulz/ Petersen DStR 2002, 1508; Herzig/ Griemla StuW 2002, 55; Förster/ Lange DB 2002, 288; Klapdor EuZW 2001, 677

¹² COM(2001)582 final vom 23.10.2001, insb. S. 23

B. Gang der Untersuchung

Für die Auslegung der Normen der SE-Verordnung und der Arbeitnehmerrichtlinie ist es wichtig, die Ziele, die der europäische Gesetzgeber mit der Schaffung der SE verfolgte, und die Ausgestaltung der Rechtsform in ihren Grundzügen zu kennen. Diese Hintergrundinformationen sollen im ersten Kapitel vorangestellt werden.

Im zweiten Kapitel soll die Systematik der Verweisungen in der SE-Verordnung bezogen auf die Gründung durch Verschmelzung untersucht werden. Ein Überblick über die geschichtlichen Veränderungen im Verhältnis zwischen der SE-Verordnung und dem nationalen Recht soll das Verständnis der heutigen SE-Verordnung erleichtern. Zunächst ist zu bestimmen, welche Gegenstände die SE-Verordnung abschließend regelt, da sie nationalem Recht vorgeht. Der anschließende Abschnitt widmet sich der Frage, welche Verweisungsnorm einschlägig ist, wenn eine Regelungslücke vorliegt, und auf welche nationalen Vorschriften sie verweist. Welche Wirkungen eine Verweisung auf das nationale Recht für die Einheitlichkeit der Europäischen Aktiengesellschaft hat, hängt davon ab, ob die nationalen Vorschriften harmonisiert worden sind. Daher soll ein Überblick darüber gegeben werden, in welchen Bereichen eine Angleichung bereits stattgefunden hat und welche Richtlinien in Planung sind. Im Anschluss soll erörtert werden, ob sich die Rechtsnatur und die Auslegung des nationalen Rechts durch die Verweisung ändert. Kurz erläutert werden soll die Zuständigkeitsverteilung zwischen dem EuGH und den nationalen Gerichten, da sich darin das Nebeneinander von europäischem und nationalem Recht widerspiegelt.

In den übrigen Kapiteln drei bis sieben wird die Gründung einer SE durch Verschmelzung umfassend dargestellt und dabei das Zusammenspiel des nationalen und des europäischen Rechts in den einzelnen Regelungsbereichen untersucht. Einleitend sollen der Begriff und die Wirkungen der Verschmelzung geklärt werden. Das anschließende Kapitel befasst sich mit den Voraussetzungen, die die Gründer einer SE in der untersuchten Gründungsvariante erfüllen müssen. Durch das Mehrstaatlichkeitsprinzip kommt dem nationalen Kollisionsrecht dabei Bedeutung zu.

Gegenstand des fünften Kapitels ist das Gründungsverfahren in seinen einzelnen Schritten. Die Verfahrensstationen sind insbesondere im Hinblick auf die Anwendbarkeit des Art. 15 Abs. 1 bzw. 18 SE-VO zu untersuchen. Die Abgrenzung der Verweisungsnormen wirkt bis in die Zuständigkeit im Rahmen der zweistufig angelegten Rechtmäßigkeitskontrolle hinein. Dargestellt werden soll auch, inwieweit das Gründungsverfahren über die SE-Verordnung hinaus durch die Verschmelzungsrichtlinie vereinheitlicht worden ist. Zu untersuchen ist weiter, inwieweit die Satzung von der SE-Verordnung oder nationalem Recht Abweichendes bestimmen darf und inwieweit

Satzungsbestimmungen, die diese Regelungen ergänzen, zulässig sind. Umstritten ist etwa, ob der künftige Sitzstaat der SE die Wahlmöglichkeit zwischen monistischer und dualistischer Organisationsverfassung einschränken kann.

Das siebte Kapitel befasst sich mit der Haftung für Handlungen im Gründungsstadium. Zu klären ist insbesondere, ob der SE-Verordnung Aussagen über die Existenz einer rechtsfähigen Vorgesellschaft entnommen werden können und ob sie hinsichtlich der Übernahme der Verbindlichkeiten durch die SE Vorgaben enthält. Den Abschluss der Arbeit soll eine Zusammenfassung der wesentlichen Untersuchungsergebnisse bilden.

1. Kapitel: Die Europäische Aktiengesellschaft

A. Ziele des Gesetzgebers

Der Europäische Gesetzgeber verspricht sich von der Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft vermehrte grenzüberschreitenden Aktivitäten der Unternehmen in Europa. Durch Konzentrations- und Fusionsmaßnahmen soll das technologische und finanzielle Potential bestehender Unternehmen zusammengefasst¹³ und so die Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmen gegenüber der internationalen, insbesondere der amerikanischen und japanischen Konkurrenz gestärkt werden¹⁴.

Die Europäische Aktiengesellschaft wird als notwendiges Instrument zur Verwirklichung des einheitlichen Europäischen Binnenmarktes betrachtet. Mit ihr soll eine Rechtsform geschaffen werden, die gemeinschaftsweit anerkannt ist und unabhängig vom Ort ihres tatsächlichen oder satzungsmäßigen Sitzes einheitlichen Regeln unterliegt¹⁵. Die Bindung an ein nationales Gesellschaftsrecht soll weitgehend aufgehoben werden, um die rechtlichen Rahmenbedingungen der wirtschaftlichen Verflechtung in Europa anzupassen¹⁶. Die europäische einheitliche Regelung der SE soll es den Unternehmen ermöglichen, ihren Standort nach rein wirtschaftlichen und nicht nach rechtlichen Gesichtspunkten auszuwählen¹⁷. In der Rechtsform der SE können Unternehmen überall in der Europäischen Union auf der Grundlage eines einheitlichen Rechtsrahmens mit einer einheitlichen Geschäftsführung und einem einzigen Berichtssystem wirtschaftlich tätig werden¹⁸. Grenzüberschreitend tätige Unternehmen sind damit nicht mehr auf ein Netz von Holding- und Tochtergesellschaften angewiesen, die in den verschiedenen Mitgliedstaaten niedergelassen sind und für die unterschiedliche nationale Vorschriften gelten¹⁹. Durch den Wegfall der zusätzlichen Leitungsebenen werden unternehmerische Entscheidungsprozesse erleichtert und beschleunigt²⁰. Schlankere Konzernstrukturen senken die Kosten. Nach Einschätzung des Rates für Wettbewerbsfähigkeit könnte die

¹³ 2. Erwägungsgrund

¹⁴ Binnenmarkt und industrielle Zusammenarbeit, Memorandum der Europäischen Kommission vom 8. Juni 1988 (KOM(88) 320 endg.) S. 9; Blanquet ZGR 2002, 20 (28); Helms, Europäische Privatgesellschaft, S. 6

¹⁵ Siehe 6. Erwägungsgrund der SE-VO; Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 117

¹⁶ 4. Erwägungsgrund der SE-VO; Blanquet ZGR 2002, 20 (29)

¹⁷ Blanquet ZGR 2002, 20 (22)

¹⁸ <http://europa.eu.int/comm/internal-market/de/company/company/news/01-1376.htm>; Blanquet ZGR 2002, 20 (28); Schwarz/ Lösler NotBZ 2001, 117

¹⁹ Schwarz/ Lösler NotBZ 2001, 117; Blanquet ZGR 2002, 20 (29)

²⁰ Blanquet ZGR 2002, 20 (29 und 48)

Einführung der SE zu jährlichen Kosteneinsparungen in Höhe von bis zu 30 Milliarden ECU²¹ führen²².

Die in der SE-Verordnung vorgesehene Möglichkeit, Gesellschaften grenzüberschreitend zu verschmelzen, soll die Reorganisation der Produktionsfaktoren fördern. Der Gesetzgeber betrachtet die Reorganisation der Produktionsfaktoren als wichtige Voraussetzung für die Verwirklichung des Binnenmarktes²³. Bislang erlauben die wenigsten Mitgliedstaaten die grenzüberschreitende Verschmelzung, da sie befürchten, dass Gesellschaften sich dadurch strengeren Vorschriften zum Schutz von Gesellschaftern, Gläubigern und Arbeitnehmern entziehen könnten²⁴. Die 1985 vorgeschlagene Fusionsrichtlinie (Zehnte gesellschaftsrechtliche Richtlinie²⁵) wurde bis heute nicht verabschiedet.

Schließlich soll die SE psychologische Schwierigkeiten bei der europäischen Zusammenarbeit überwinden²⁶. Bisher hatten Gesellschaften, die sich zusammenschließen wollten, häufig große Schwierigkeiten, sich auf den Sitz und die Rechtsform der künftigen gemeinsamen Gesellschaft zu einigen. Durch die Wahl der Rechtsform der SE bleibt den Gründern die Entscheidung für eine nationale Gesellschaftsform erspart²⁷. Da die supranationale Rechtsform grundsätzlich einheitlichem europäischem Recht unterliegt, tritt die Frage der Sitzwahl in den

²¹ 30 Milliarden ECU nach dem damaligen Umrechnungskurs entsprechen etwa 27.207 Millionen €. Unter Berufung auf den Ciampi-Bericht spricht Monti (WM 1997, 607) hingegen von 30 Milliarden US-\$.
²² Bericht der Beratergruppe „Wettbewerbsfähigkeit“ unter dem Vorsitz von Carlo Ciampi vom Juni 1995 (sog. Ciampi-Bericht)- Erster Bericht an den Präsidenten der Europäischen Kommission und die Staats- und Regierungschefs, S. 9; siehe auch Monti WM 1997, 607; Blanquet ZGR 2002, 20 (29). Kritisch Teichmann ZGR 2002, 383 (389 Fn. 26).

²³ 1. Erwägungsgrund
²⁴ Herzig/ Förster DB 1994, 1 (2); Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 83; Pagel/ Gless, Verschmelzung, S. 11 f; Blanquet ZGR 2002, 20 (25 und 41). Laut Blanquet ist eine Fusion zwischen Gesellschaften folgender Mitgliedstaaten nicht möglich: Deutschland, Niederlande, Schweden, Irland, Griechenland, Finnland, Dänemark, Österreich und Belgien (insoweit, als eine belgische Gesellschaft nicht durch Fusion von einer ausländischen Gesellschaft übernommen werden kann). Einen Überblick über die Möglichkeit bzw. Unzulässigkeit grenzüberschreitender Verschmelzungen nach deutschem Recht und dem Recht anderer Mitgliedstaaten liefert Widmann in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, Anhang 6 Rn. 22 ff. Laut Widmann ist eine grenzüberschreitende Verschmelzung nach französischem, niederländischem (str.) und spanischem Recht möglich, nach deutschem, dänischem, finnischem, irischem, luxemburgischem und österreichischem Recht und dem Recht des Vereinigten Königreichs nicht möglich.

²⁵ Siehe 2. Kap. C III

²⁶ Siehe dazu auch Teichmann ZGR 2002, 383 (389)
²⁷ 3. Erwägungsgrund; Blanquet ZGR 2002, 20 (25); Hommelhoff/ Teichmann SZW 2002, 1 (2 f)

Hintergrund²⁸. Wird zum Beispiel eine französische von einer deutschen Gesellschaft übernommen, werden die Gesellschafter dies weniger als Niederlage empfinden, wenn sie nicht in einer deutschen Gesellschaft aufgehen, sondern Teil einer europäischen Gesellschaft werden²⁹. Das europäische Image kann der SE zudem einen Vorteil gegenüber staatlichen Stellen in anderen Mitgliedstaaten, ausländischen Geschäftspartnern und inländischen Marktteilnehmern verschaffen³⁰.

B. Die Ausgestaltung

Die Europäische Aktiengesellschaft ist in zwei Rechtsakten geregelt: In einer Verordnung³¹, die unmittelbar in allen Mitgliedstaaten gilt, und einer Richtlinie³², die die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE zum Gegenstand hat und in nationales Recht umgesetzt werden muss.

I. Die SE als Kapitalgesellschaft

Die SE ist eine juristische Person (Art. 1 Abs. 3 SE-VO), die vorbehaltlich der Bestimmungen der SE-Verordnung wie eine nationale Aktiengesellschaft behandelt wird (Art. 10 SE-VO). Das Grundkapital der SE ist in Aktien zerlegt (Art. 1 Abs. 2 S. 1 SE-VO) und beträgt mindestens 120 000 € (Art. 4 Abs. 2 SE-VO)³³. Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen. Die Pflicht der Aktionäre beschränkt sich darauf, ihre Einlage zu erbringen (Art. 1 Abs. 2 S. 2 SE-VO)³⁴. Im Übrigen gelten für das Kapital der SE, die Kapitalaufbringung und –erhaltung, die Ausgabe von Wertpapieren und sonstige Kapitalmaßnahmen die Vorschriften, die auf eine im Sitzstaat der SE ansässige Aktiengesellschaft Anwendung finden würden (Art. 5 SE-VO).

²⁸ Thoma/ Leuring NJW 2002, 1449 (1454)

²⁹ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 193; Blanquet ZGR 2002, 20 (36 und 48); Herzig/ Griemla StuW 2002, 55 (56); näher Sanders AG 1967, 344 (345)

³⁰ Blanquet ZGR 2002, 20 (36); Pagel/ Gless, Verschmelzung, S. 50; Helms, Europäische Privatgesellschaft, S. 10; Herzig/ Griemla StuW 2002, 55 (56)

³¹ Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft

³² Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Status der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer

³³ Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, die ein höheres gezeichnetes Kapital für Gesellschaften vorsehen, die bestimmte Arten von Tätigkeiten ausüben, gelten auch für SE mit Sitz in dem betreffenden Mitgliedstaat (Art. 4 Abs. 3 SE-VO)

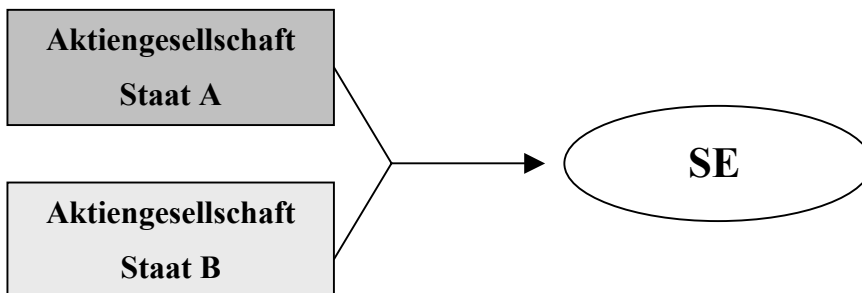
³⁴ Thoma/ Leuring NJW 2002, 1449 (1450); Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 1092

II. Gründung

Eine Europäische Aktiengesellschaft kann im gesamten Gebiet der EU gegründet werden (Art. 1 Abs. 1 SE-VO). Für alle Gründungsvarianten gilt gemäß Art. 2 Abs. 1 – 4 SE-VO: Die direkte Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft durch natürliche Personen ist nicht möglich. Die Gründungsunternehmen müssen mehrstaatlich sein³⁵. Außerdem müssen die Gründungsgesellschaften – solange es sich nicht um SE handelt (vgl. Art. 3 Abs. 1 SE-VO) – nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet worden sein und ihren Sitz und ihre Hauptverwaltung in der EU haben. Ein Mitgliedstaat kann gemäß Art. 2 Abs. 5 SE-VO mittels einer Bestimmung im Ausführungsgesetz auch eine Gesellschaft, die ihre Hauptverwaltung außerhalb der Gemeinschaft hat, als Gründungsgesellschaft zulassen. Voraussetzung ist, dass die Gesellschaft nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet worden ist, ihren Sitz dort hat und mit der Wirtschaft dieses Mitgliedstaats in tatsächlicher und dauerhafter Verbindung steht.

Folgende Gründungsarten sieht die Verordnung vor:

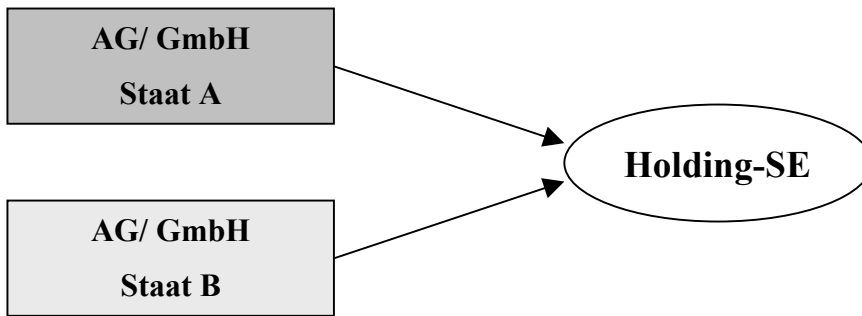
- Eine SE kann gemäß Art. 2 Abs. 1 SE-VO durch die Verschmelzung von Aktiengesellschaften gegründet werden. Voraussetzung ist, dass mindestens zwei der Gründungsgesellschaften in verschiedenen Mitgliedstaaten liegen.



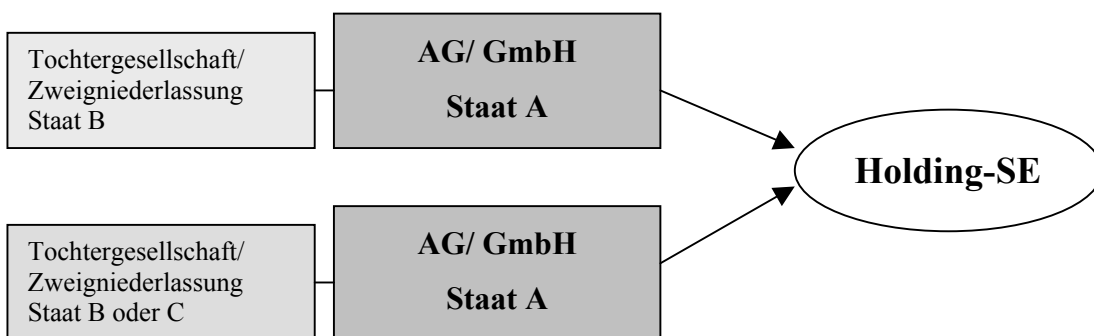
- Nach Art. 2 Abs. 2 SE-VO kann eine Holding-SE von Aktiengesellschaften und GmbHs gegründet werden. Dabei müssen entweder mindestens zwei dieser Gesellschaften dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen (Art. 2 Abs. 2 lit. a SE-VO) oder seit mindestens zwei Jahren eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegende Tochtergesellschaft oder eine Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat haben (Art. 2 Abs. 2 lit. b SE-VO).

³⁵ Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, dass eine SE eine Tochter-SE nach Art. 3 II 1 SE-VO gründet. Die Gründung erhält ihren grenzüberschreitenden, europäischen Charakter hier dadurch, dass die Gründerin eine Europäische Aktiengesellschaft ist (Pagel/ Gless, Verschmelzung, S. 27; Thoma/ Leuring NJW 2002, 1449 (1451)).

Art. 2 Abs. 2 lit. a SE-VO:

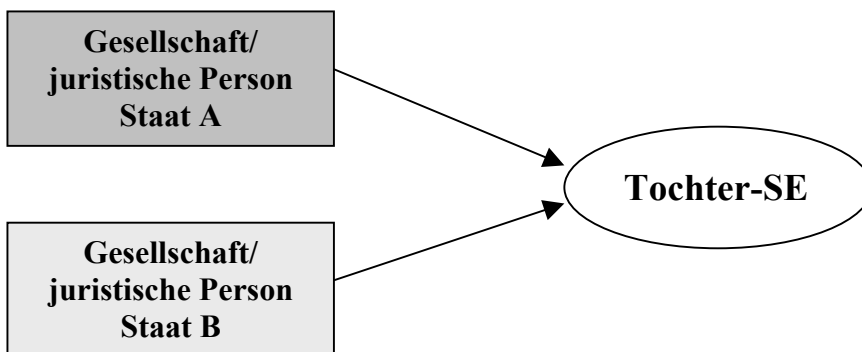


Art. 2 Abs. 2 lit. b SE-VO:

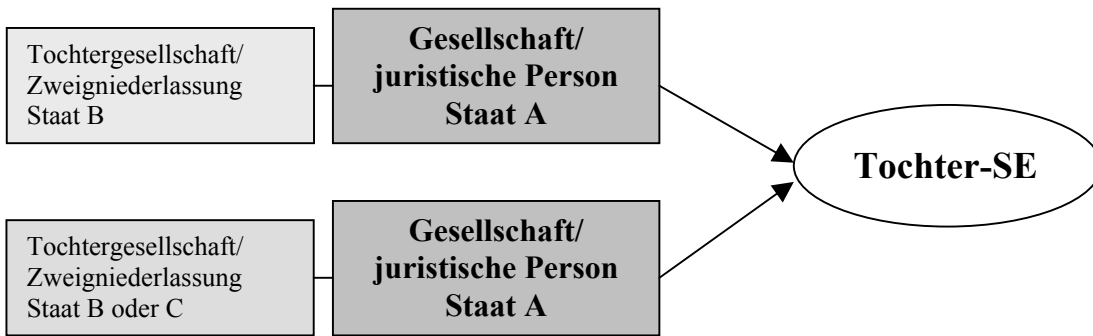


- Die Gründung einer Tochter-SE steht gemäß Art. 2 Abs. 3 SE-VO juristischen Personen und Gesellschaften unabhängig von ihrer Rechtsfähigkeit offen. Auch hierfür ist Voraussetzung, dass entweder mindestens zwei der Gründer dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen (Art. 2 Abs. 3 lit. a SE-VO) oder seit mindestens zwei Jahren eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegende Tochtergesellschaft oder eine Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat haben (Art. 2 Abs. 3 lit. b SE-VO).

Art. 2 Abs. 3 lit. a SE-VO:



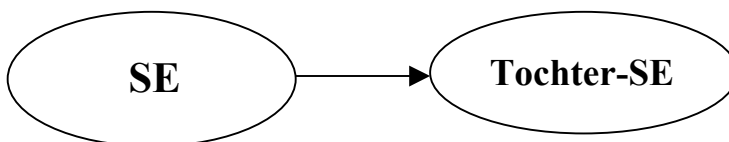
Art. 2 Abs. 3 lit. b SE-VO:



- Eine nationale Aktiengesellschaft kann gemäß Art. 2 Abs. 4 SE-VO in eine SE umgewandelt werden, wenn sie seit mindestens zwei Jahren eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegende Tochtergesellschaft hat.



- Eine SE kann sich an allen Gründungsvarianten wie eine nationale Aktiengesellschaft beteiligen (Art. 3 Abs. 1 SE-VO). Daneben hat sie als einzige Rechtsform die Möglichkeit, eine 100%ige Tochter-SE gründen (Art. 3 Abs. 2 S. 1 SE-VO).



Eingetragen wird eine SE gemäß Art. 12 Abs. 1 SE-VO in das Register ihres Sitzstaates. Ein europäisches Handelsregister soll nicht eingerichtet werden. Die Gründung einer SE ist gemäß Art. 14 Abs. 1 SE-VO im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt zu machen.

III. Sitz der SE

Gemäß Art. 7 S. 1 SE-VO müssen der in der Satzung bestimmte Sitz und die Hauptverwaltung der Gesellschaft im selben Mitgliedstaat liegen. Am selben Ort müssen sich Satzungssitz und Hauptverwaltung gemäß Art. 7 S. 2 SE-VO nur dann befinden, wenn der Sitzstaat der SE dies vorschreibt. Verstößt eine SE gegen eine dieser Pflichten aus Art. 7 SE-VO, kann sie gemäß Art. 64 Abs. 2 SE-VO zwangsweise liquidiert werden.

Eine SE kann ihren Satzungssitz gemäß Art. 8 SE-VO unter Wahrung ihrer Identität in einen anderen Mitgliedstaat verlegen. Dazu ist weder die Liquidation der Gesellschaft noch eine Neugründung erforderlich. Nationalen Aktiengesellschaften war dies bisher nach dem Recht der meisten Mitgliedstaaten nicht möglich³⁶. Inwieweit darin ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften aus Art. 43 und 48 EG liegt, ist, insbesondere seit der Centros-Entscheidung des EuGH³⁷, umstritten³⁸. Der EuGH entschied in dem Urteil „Überseering“³⁹, dass der Mitgliedstaat, in den eine Gesellschaft ihren Verwaltungssitz verlegt, aufgrund der Niederlassungsfreiheit (Art. 43 und 48 EG) verpflichtet ist, die Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit der ausländischen Gesellschaft anzuerkennen, die diese nach dem Recht ihres Gründungsstaates besitzt.

Das Verfahren der Sitzverlegung der SE entspricht im Wesentlichen dem einer Umwandlung nach deutschem Umwandlungsrecht. Aktionäre, Gläubiger und Arbeitnehmer der Gesellschaft werden vor den nachteiligen Wirkungen der Sitzverlegung geschützt⁴⁰. Die weitreichende Anwendbarkeit nationalen Rechts bringt es mit sich, dass die SE ihre Satzung und ihre Organisation dem Recht des Zuzugsstaates anpassen muss.

IV. Organe der SE

Hinsichtlich der Organstruktur können die Satzungsgeber gemäß Art. 38 lit. b SE-VO zwischen dualistischem und monistischem Modell wählen⁴¹. Es besteht die Möglichkeit, die SE nach dem anglo-amerikanischen Board-System mit einem Verwaltungsorgan auszustatten (monistisches Modell). Die Geschäftsführung und deren Überwachung können aber auch wie in einer deutschen AG zwei getrennten Organen übertragen werden (dualistisches Modell). Daneben tritt gemäß Art. 38 lit. a SE-VO in jedem Fall die Hauptversammlung als weiteres Organ der SE. Innerhalb des Leitungs- oder

³⁶ Wenz, SE, S. 37 f; Blanquet ZGR 2002, 20 (41); Ebenroth/ Eyles DB 1989, 363 (365 f); Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 133 und 165; Pagel/ Gless, Verschmelzung, S. 42; zu den einzelnen Mitgliedstaaten siehe Behrens, GmbH, GR 54 (Digenopoulos), P 58 (Rau), E 54 (Keil), I 55 (Kronke), GB/Nl/EI 62 (Behrens), DK 52 (Carsten), NL 58 (Gotzen), L 51 (Behrens), B 52 (Behrens), F 53 (Behrens); vgl. zum deutschen Recht Hüffer, AktG, § 5 Rn. 12; BGHZ 25, 134 (144).

³⁷ Insb. EuGH, Rs. C-212/97 (Centros Ltd/ Erhvervsog Selskabsstyrelsen), Slg. 1999, I-1459 = NJW 1999, 2027; vgl. auch Schlussanträge des Generalanwalts Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer NZG 2002, 16 auf Vorlage des BGH (NZG 2000, 926)

³⁸ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 166; Forsthoff BB 2002, 318; Zimmer ZHR 2000, 23; Behrens IPRax 1999, 323; Freitag EuZW 1999, 267; Steding NZG 2000, 913; Jaeger NZG 2000, 918; Meilicke GmbH 2000, 693; Hueck/ Fastrich in: Baumbach/ Hueck, GmbHG, § 4 a Rn. 10

³⁹ EuGH ZIP 2002, 2037. Die Entscheidung erging auf einen Vorlagebeschluss des BGH vom 30.3.2000 (NZG 2000, 926).

⁴⁰ Siehe Art. 8 Abs. 2 bis 16 SE-VO

Verwaltungsorgans können gemäß Art. 39 Abs. 1 S. 2, 43 Abs. 1 S. 2 SE-VO ein oder mehrere Geschäftsführer mit der Führung der laufenden Geschäfte beauftragt werden, wenn der Sitzstaat der SE dies vorsieht. Die Amtszeit der Organmitglieder wird gemäß Art. 46 Abs. 1 SE-VO in der Satzung auf höchstens sechs Jahre festgelegt.

V. Beteiligung der Arbeitnehmer

Um die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE zu regeln, wurde eine Verhandlungslösung mit Auffangregelung gewählt⁴². Die Modalitäten der Unterrichtung, Anhörung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer werden danach vorzugsweise im Wege freier Verhandlungen zwischen der Unternehmensführung und einem besonderen Verhandlungsgremium der Arbeitnehmerseite festgelegt. Scheitern die Verhandlungen, greift gemäß Art. 7 AN-RL grundsätzlich eine Auffangregelung, die hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer bestimmte Standardanforderungen sichert. Nach der Auffangregelung ist ein Vertretungsorgan der Arbeitnehmer der SE, ihrer Tochtergesellschaften und Betriebe einzurichten⁴³, das in grenzüberschreitenden Angelegenheiten unterrichtet und angehört werden muss⁴⁴.

Sowohl im Fall einer Vereinbarung, als auch bei Anwendung der Auffangregelung gelten gemäß Art. 13 Abs. 3 lit. a AN-RL die nationalen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten für die Beteiligung der Arbeitnehmer der SE, ihrer Tochtergesellschaften und Betriebe mit Ausnahme der Mitbestimmung weiter. Lediglich ein Europäischer Betriebsrat ist nicht einzurichten, es sei denn, das besondere Verhandlungsgremium beschließt, die Verhandlungen nicht aufzunehmen oder abzubrechen⁴⁵.

Für die Mitbestimmung gilt das Prinzip des Bestandsschutzes. Wenn vor der Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft in den beteiligten Unternehmen Mitbestimmungsrechte bestanden, sollen diese Rechte auch nach der Gründung nicht gegen den Willen der Mehrheit der Arbeitnehmer verringert werden können⁴⁶. Bei der Gründung durch Umwandlung befürchtet man eine „Flucht aus der Mitbestimmung“ und ist deshalb besonders streng: Die Vereinbarung muss zwingend „in Bezug auf alle

⁴¹ Teilweise wird vertreten, dass der Mitgliedstaat diese Wahlfreiheit beschränken kann, indem er es unterlässt, das ihm fremde System zu regeln. Siehe näher 5. Kapitel B I 5 h bb (5).

⁴² Siehe 8. Erwägungsgrund der Arbeitnehmer-Richtlinie.

⁴³ Teil 1 der Auffangregelung

⁴⁴ Teil 2 der Auffangregelung

⁴⁵ Art. 13 Abs. 1 AN-RL

⁴⁶ Vgl. Art. 3 Abs. 4 S. 3, Abs. 6 2. Unterabs. AN-RL; Teil 3 lit. b der Auffangregelung

Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung zumindest das gleiche Ausmaß“ gewährleisten, das in der umzuwandelnden Gesellschaft besteht⁴⁷.

VI. Sonstige Bestimmungen

Hinsichtlich des Jahresabschlusses und des konsolidierten Abschlusses verweisen Art. 62 f SE-VO auf das für Aktiengesellschaften geltende Recht des Sitzstaates der SE. Auch für die Auflösung, Liquidation, Zahlungsunfähigkeit und Zahlungseinstellung der SE gelten gemäß Art. 63 SE-VO die gleichen Vorschriften wie für eine nach dem Recht des Sitzstaats der SE gegründete Aktiengesellschaft. Nicht von der Verordnung erfasst werden das Wettbewerbsrecht, der gewerbliche Rechtsschutz, das Insolvenzrecht, das Konzernrecht und das Steuerrecht, so dass insoweit die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten und das Gemeinschaftsrecht zur Anwendung kommen⁴⁸. Gelingt es den Mitgliedstaaten nicht, die Besteuerung der SE einheitlich europäisch zu regeln, wird eine SE steuerlich wie eine nationale Aktiengesellschaft behandelt werden. Das würde dazu führen, dass etwa bei grenzüberschreitenden Zusammenschlüssen stille Reserven der beteiligten Unternehmen bei Anwendung des deutschen Steuerrechts aufgedeckt und versteuert würden, weil eine EU-Fusionsrichtlinie aus dem Jahre 1990 bislang nur teilweise umgesetzt ist. Entsprechendes gilt für Sitzverlegungen.

⁴⁷ Vgl. Art. 3 Abs. 6 3. Unterabs.; 4 Abs. 4 AN-RL; Teil 3 lit. a der Auffangregelung

⁴⁸ Siehe 20. Erwägungsgrund

2. Kapitel: Das anwendbare Recht

A. Historische Veränderungen in der Konzeption der SE-Verordnung

Der Entwurf eines SE-Statuts, den eine Gruppe von Sachverständigen um Professor Sanders 1967 vorlegte⁴⁹, sowie die ersten Vorschläge der Europäischen Kommission aus den Jahren 1970⁵⁰ und 1975⁵¹ regelten die Europäische Aktiengesellschaft umfassend und damit gemeinschaftsweit einheitlich. Die Sachverständigen und die Europäische Kommission waren damals der Ansicht, die mit der Schaffung einer Europäischen Aktiengesellschaft verfolgten Ziele⁵² könnten nur mit einer von nationalem Recht völlig unabhängigen Rechtsform erreicht werden⁵³. Art. 7 Abs. 1 S. 1 als zentrale Rechtsanwendungsvorschrift der Verordnungsvorschläge von 1970 und 1975 stellt klar, dass „vorbehaltlich entgegenstehender Vorschriften die vom Statut behandelten Gegenstände selbst hinsichtlich der Rechtsfragen, die nicht ausdrücklich geregelt werden, der Anwendung des Rechts der Mitgliedstaaten entzogen“ sind. Regelungslücken in der SE-Verordnung sind gemäß Art. 7 Abs. 1 S. 2 lit. a und b SE-VOV 1989/1991 mit Hilfe der allgemeinen Grundsätze, auf denen das Statut beruht, zu schließen. Zeigen diese keine Lösung auf, ist auf die allgemeinen Regeln oder gemeinsamen allgemeinen Grundsätze der Rechte der Mitgliedstaaten zurückzugreifen. Dass außerhalb des Regelungsbereichs der gemeinschaftsrechtlichen Verordnung nationales Recht zur Anwendung kommt, ist ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts und hätte der Regelung in Art. 7 Abs. 2 der Vorschläge nicht bedurft⁵⁴.

An ihrem Anspruch, die SE umfassend zu regeln, sind die Vorschläge von 1970 und 1975 gescheitert⁵⁵. Die Mitgliedstaaten waren nicht bereit, einer Rechtsform zuzustimmen, die nicht ihren gesellschaftsrechtlichen Traditionen und Vorschriften entsprach⁵⁶.

⁴⁹ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vorentwurf eines Statuts von Sanders

⁵⁰ Vorschlag einer Verordnung (EWG) des Rates über das Statut für europäische Aktiengesellschaften, ABl Nr. C 124/1 vom 10.10.1970

⁵¹ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Beilage 4/75 zum Bulletin der EG

⁵² Siehe I. Kap. A

⁵³ 7. und 12. Erwägungsgrund der Entwürfe von 1989 und 1991; Sanders AG 1967, 344 (345); gleicher Ansicht ist Gessler BB 1967, 381 (384)

⁵⁴ So auch von Caemmerer in: FS Kronstein S. 172 (194) zur entsprechenden Vorschrift im Entwurf von Sanders

⁵⁵ Wahlers AG 1990, 448 (449); Teichmann ZGR 2002, 383 (390); Helms, Europäische Privatgesellschaft, S. 20; Art. 7 Nr. 1 der Begründung zum Vorschlag einer SE-Verordnung von 1989 (Bundesratsdrucksache 488/89 vom 13.09.1989): „zu umfangreiches, detailliertes und zwingendes Statut“.

⁵⁶ Blanquet ZGR 2002, 20 (23); Wahlers AG 1990, 448 (449); Helms, Europäische Privatgesellschaft, S. 20

Insbesondere fürchteten sie, die Unternehmen in ihrem Hoheitsgebiet könnten die supranationale Rechtsform nutzen, um sich den nationalen Gesetzen zu entziehen⁵⁷. Wegen mangelnder Praktikabilität kritisiert wurde daneben das Verfahren der Lückenschließung, wie es Art. 7 der Vorschläge vorsah. Die Suche nach gemeinsamen Rechtsgrundsätzen sei umständlich, wenig erfolgversprechend und führe zu Rechtsunsicherheit⁵⁸.

Angesichts der Widerstände gab die Europäische Kommission bei der Erarbeitung des Vorschlags von 1989⁵⁹ die Absicht einer umfassenden einheitlichen Regelung auf⁶⁰. Im 5. Erwägungsgrund des Vorschlags von 1989 ist nur noch von einer weitestgehenden juristischen Einheitlichkeit die Rede. Um einen Kompromiss zwischen den Mitgliedstaaten zu erleichtern, wurden besonders streitige Punkte wie das Steuerrecht und das Konzernrecht aus dem Regelungsbereich der Verordnung herausgenommen mit der Folge, dass insoweit nationales Recht zur Anwendung kommt und höchstens punktuell Sonderregelungen für die SE gelten⁶¹. Die Beteiligung der Arbeitnehmer wurde ebenfalls aus dem Regelungsbereich der Verordnung genommen und in einer getrennten Richtlinie⁶² geregelt. Diese Richtlinie stellt verschiedene alternative Lösungen zur Auswahl und ermöglicht auf diesem Weg den Mitgliedstaaten, die Regelung der Arbeitnehmerbeteiligung ihren rechtlichen und sozialen Bedingungen und Traditionen anzupassen⁶³. Der Verordnungsvorschlag beschränkt sich darauf, die Bereiche selbständig zu regeln, in denen für das Funktionieren der SE eine einheitliche Gemeinschaftsregelung erforderlich ist⁶⁴. In den übrigen Bereichen verweist er auf geltendes EG-Recht und das Aktienrecht der Mitgliedstaaten. Die Europäische Kommission rechtfertigt dies mit der seit dem Verordnungsvorschlag von 1975 fortgeschrittenen Harmonisierung der

⁵⁷ Blanquet ZGR 2002, 20 (23); Helms, Europäische Privatgesellschaft, S. 20

⁵⁸ Merkt BB 1992, 652 (656); Hauschka EuZW 1990, 181 (183); ders. AG 1991, 85 (101 f); Völter, Europäische Privatgesellschaft, S. 88

⁵⁹ ABI Nr. C 263/41 vom 16.10.1989

⁶⁰ 7. und 12. Erwägungsgrund des Vorschlags von 1989; Völter, Europäische Privatgesellschaft, S. 88

⁶¹ 15. und 20. Erwägungsgrund. Punktuelle Sonderregelungen außerhalb des Regelungsbereichs der Verordnung werden auch als „kursorische Einzelregelungen“ bezeichnet, siehe Meyer-Landrut, EWIV, S. 23 (führte den Begriff der kursorischen Regelung ein); Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (553, Fn. 66); Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 955; Wagner, Europäische Verein, S. 54. Entsprechende punktuelle Regelungen finden sich etwa in Art. 114 SE-VOV 1989 in Bezug auf das Konzernrecht und in Art. 133 SE-VOV 1989 in Bezug auf die Besteuerung der SE.

⁶² Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Ergänzung des SE-Statuts hinsichtlich der Stellung der Arbeitnehmer, ABI Nr. C 263/69 vom 16.10.1989

⁶³ Einleitung zur Begründung des Vorschlags einer SE-Verordnung von 1989 (Bundsratsdrucksache 488/89 vom 13.09.1989); vgl. auch Blanquet ZGR 2002, 20 (23 f)

⁶⁴ 9. Erwägungsgrund des Verordnungsvorschlags von 1989

nationalen Aktienrechte⁶⁵. Regelungslücken in der SE-Verordnung sollen gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. a SE-VOV 1989 wie in den vorhergehenden Vorschlägen unter Heranziehung der Grundsätze, auf denen die Verordnung beruht, geschlossen werden. Helfen diese nicht weiter, ist gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. b SE-VOV 1989 das im Sitzstaat der SE für Aktiengesellschaften geltende Recht anzuwenden.

Der Vorschlag von 1991⁶⁶ führt die begonnene Entwicklung fort. Die Generalverweisung in Art. 7 SE-VOV 1991 verzichtet vollständig auf die Anwendung „allgemeiner Grundsätze“. Subsidiär zur Verordnung soll das im Sitzstaat der SE für Aktiengesellschaften geltende Recht zur Anwendung kommen. Verschiedene Normen verweisen für bestimmte Bereiche auf nationales Recht. Einige Vorschriften werden mit der Begründung gestrichen, sie seien durch die Verweisungen überflüssig geworden⁶⁷.

Die dargestellte Entwicklung schlägt sich im Umfang der Verordnungsvorschläge nieder. Die Vorschläge von 1970 und 1975 waren mit 284 Artikeln plus Anhang bzw. 340 Artikel zuzüglich vier Anhängen sehr umfangreich. Mit Hilfe von Verweisungen auf das Recht der Mitgliedstaaten konnte der Vorschlag von 1989 auf 137 Artikel konzentriert werden. Der Vorschlag von 1991 wurde noch einmal auf 108 Artikel gekürzt. Nachdem weitere Vorschriften zugunsten der Anwendung nationalen Rechts gestrichen wurden, umfasst die 2001 verabschiedete SE-Verordnung noch 70 Artikel. Die Autoren Brandt und Scheifele⁶⁸ zählten darin 84 Verweisungen⁶⁹. Merkt hat die SE-Verordnung als eine „Mischung aus Aktiengesetz und Aktienkollisionsgesetz“ bezeichnet⁷⁰. Regelt die Verordnung einen Bereich oder Aspekt nicht, kommt gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO das Recht der Mitgliedstaaten zur Anwendung. Daneben bestimmen einzelne Vorschriften das anwendbare nationale Recht in speziellen Fragen.

Mit der SE-Verordnung haben sich auch die Vorschriften über die Gründung einer SE durch Verschmelzung von einer umfassenden Regelung zu einer Rahmenregelung entwickelt. Die Vorschläge von 1970 und 1975 regeln diese Gründungsform noch eigenständig und abschließend.

⁶⁵ 9. Erwägungsgrund des Verordnungsvorschlags von 1989; zum Stand der Harmonisierung siehe 2. Kap. C III

⁶⁶ Geänderter Vorschlag für eine Verordnung (EWG) des Rates über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, ABl Nr. C 176/1 vom 08.07.1991; geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Ergänzung des SE-Statuts hinsichtlich der Stellung der Arbeitnehmer, ABl Nr. C 138/8 vom 29.05.1991

⁶⁷ Siehe die Begründung der Europäischen Kommission zur Streichung der Art. 13 bis 15 oder 70 und 84 in der Begründung zum Vorschlag einer SE-Verordnung von 1991, Bundestagsdrucksache 12/1004 vom 30.07.1991, abgedruckt bei Gutsche, Europäische Aktiengesellschaft, S. 247 ff

⁶⁸ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547

⁶⁹ Inklusive Ermächtigungs- und Verpflichtungsnormen, siehe unten 2. Kap. C I 2

Der Verordnungsvorschlag von 1989 – wie auch die späteren Vorschläge und die heutige Verordnung - regelt das Verfahren der Gründung durch Fusion in Anlehnung an die Verschmelzungsrichtlinie⁷¹. Deren Bestimmungen wurden lediglich ergänzt, um dem grenzüberschreitenden Charakter der Verschmelzung Rechnung zu tragen⁷². Der Gesetzgeber arbeitet mit zahlreichen Verweisen auf die durch die Verschmelzungsrichtlinie harmonisierten Vorschriften der Mitgliedstaaten, in dem die Gründungsgesellschaften oder die SE ihren Sitz haben⁷³. Eine zentrale Verweisungsnorm wie in den Art. 15 Abs. 1 und 18 SE-VO findet sich im damaligen Vorschlag jedoch noch nicht.

Der Vorschlag von 1991 führt mit Art. 11 a Abs. 1 SE-VOV 1991 eine Norm ein, die für den gesamten Bereich der Gründung subsidiär die Vorschriften, die im künftigen Sitzstaat der SE für die Gründung von Aktiengesellschaften gelten, zur Anwendung beruft. Art. 11a Abs. 1 SE-VOV 1991 entspricht somit dem jetzigen Art. 15 Abs. 1 SE-VO. Daneben finden sich in den Vorschriften über die Gründung durch Verschmelzung weiterhin verschiedene Spezialverweisungen⁷⁴. Einige Vorschriften wurden unter Hinweis auf Art.

⁷⁰ Merkt BB 1992, 652 (654)

⁷¹ 3. RL 78/855/EWG des Rates v. 9.10.1978, ABl Nr. L 295/36 vom 20.10.1978; Umsetzung in der Bundesrepublik Deutschland durch Gesetz vom 25.10.1982, BGBl. 1982 I, S. 1425, in Kraft seit 1.1.1983

⁷² Einleitung der Begründung zu dem Vorschlag einer SE-Verordnung von 1989 (Bundesratsdrucksache 488/89 vom 13.09.1989); Merkt in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1991, S. 176

⁷³ Art. 13 (Gründungsakt und Satzung: Recht des Sitzstaates der SE); Art. 14 (Prüfung der Sacheinlagen: Recht des Sitzstaates der SE); Art. 15 (Gründungsprüfung: Recht des Sitzstaates der SE); Art. 18 Abs. 2 und 3 (öffentliche Beurkundung: das auf die Gründungsgesellschaften anzuwendende nationale Recht); Art. 19 (Bekanntmachung des Verschmelzungsplans: Recht der Mitgliedstaaten); Art. 22 (Verschmelzungsbeschluss und Information der Aktionäre: Recht der Mitgliedstaaten); Art. 23 (Gläubigerschutz: das auf die Gründungsgesellschaften anwendbare nationale Recht); Art. 24 (Kontrolle der Rechtmäßigkeit: nach Recht, dem die Gründungsgesellschaften unterliegen, und nach Recht des Sitzstaates der SE); Art. 25 (Zeitpunkt der Entstehung der SE: Recht des Sitzstaates der SE); Art. 27 (Haftung des Verwaltungs- oder Leitungsorgans und der Sachverständigen: Recht des Mitgliedstaates der Gründungsgesellschaft); Art. 29 (Nichtigkeit: das für die betroffene Gesellschaft geltende nationale Recht, Recht des Sitzstaates der SE)

⁷⁴ Art. 18 Abs. 2 (öffentliche Beurkundung des Verschmelzungsplans: das auf die Gründungsgesellschaften anzuwendende Recht); Art. 19 (Bekanntmachung des Verschmelzungsplans: nationales Verschmelzungsrecht); Art. 22 (Verschmelzungsbeschluss: nationales Verschmelzungsrecht); Art. 23 (Gläubigerschutz: nationales Recht, das für jede der Gründungsgesellschaften gilt); Art. 24 (Rechtmäßigkeitskontrolle nach dem Recht des Staates, dem die Gründungsgesellschaft im Fall einer Verschmelzung von Aktiengesellschaften unterliegt); Art. 26 (Offenlegung: harmonisiertes nationales Recht); Art. 27 Abs. 2 (Formvorschriften der Mitgliedstaaten); Art. 28 (Haftung der Mitglieder des Leitungs- oder Verwaltungsorgans sowie der Sachverständigen: Recht des Mitgliedstaates, dem die Gründungsgesellschaft unterliegt); Art. 29 (Nichtigkeit: vorbehaltlich Recht des Sitzstaates der SE); Art. 30 (vereinfachtes Verschmelzungsverfahren: Recht, dem die herrschende Gesellschaft unterliegt)

11a Abs. 1 SE-VOV 1991 gestrichen. Anders als im Vorschlag von 1989 ist der Zeitpunkt, in dem die SE Rechtspersönlichkeit erwirbt, im Vorschlag von 1991 einheitlich geregelt⁷⁵.

Die 2001 verabschiedete SE-Verordnung regelt das Recht, das im Bereich der Gründung durch Verschmelzung Anwendung findet, in zwei zentralen Verweisungsnormen. Gemäß Art. 18 SE-VO sind auf jede Gründungsgesellschaft die Verschmelzungsvorschriften des Mitgliedstaates, dessen Recht sie unterliegt, anzuwenden, soweit die Verordnung eine Regelungslücke aufweist. Daneben kommt über Art. 15 Abs. 1 SE-VO das Gründungsrecht im Sitzstaat der SE zur Anwendung. Für bestimmte Gründungsaspekte enthält die SE-Verordnung Spezialverweisungen.

B. Vorrang der SE-Verordnung

I. Vorrang des Gemeinschaftsrechts

Die SE-Verordnung hat als europäisches Gemeinschaftsrecht Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten⁷⁶. Gemäß Art. 249 2. Unterabs. S. 2 EG ist sie in allen Mitgliedstaaten verbindliches und unmittelbar geltendes Recht. Art. 9 Abs. 1 lit. a SE-VO wirkt insoweit lediglich klarstellend.

II. Regelungsbereich der Verordnung

Innerhalb des Regelungsbereichs der SE-Verordnung gilt wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts das Recht der Mitgliedstaaten nur aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Verweisung⁷⁷, außerhalb des Regelungsbereichs findet es grundsätzlich uneingeschränkt Anwendung. Daher soll nachfolgend der Regelungsbereich der SE-Verordnung bestimmt werden⁷⁸.

Einerseits geht der Regelungsbereich der SE-Verordnung über ihre ausdrücklichen sachlichen Regelungen hinaus. Das ergibt sich aus der Konzeption der SE-Verordnung, nur die Kernbereiche selbst zu regeln und hinsichtlich nicht oder nur teilweise geregelter

⁷⁵ Siehe dazu Begründung der Europäischen Kommission zu Art. 16 des Vorschlags einer SE-Verordnung von 1991, Bundestagsdrucksache 12/1004 vom 30.07.1991, abgedruckt bei Gutsche, Europäische Aktiengesellschaft, S. 247

⁷⁶ EuGH, Rs. 6/64 (Costa/ ENEL), Slg. 1964, 1251 (1269 ff)

⁷⁷ Meyer-Landrut, EWIV, S. 20

⁷⁸ Näher in Bezug auf den Europäischen Verein: Wagner, Europäische Verein, S. 52; allgemein in Bezug auf gemeinschaftsrechtliche Gesellschaftsformen: Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 955

Aspekte das anwendbare Recht zu bestimmen⁷⁹. Die SE-Verordnung trifft andererseits punktuell Regelungen außerhalb ihres eigentlichen Regelungsbereichs⁸⁰. In Art. 63 SE-VO bestimmt sie zum Beispiel das Recht, das für das Insolvenzverfahren der SE gelten soll. Das Konkursrecht liegt laut 20. Erwägungsgrund außerhalb des Regelungsbereichs der SE-Verordnung. Allein das Vorliegen einer Regelung sagt also noch nichts über den Umfang des Regelungsbereichs aus⁸¹.

Wie der Regelungsbereich einer gemeinschaftsrechtlichen Verordnung zur Einführung einer supranationalen Gesellschaftsform im Allgemeinen und der Regelungsbereich der SE-Verordnung im Besonderen zu bestimmen ist, ist umstritten⁸².

In Bezug auf die Verordnung über die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung wird vertreten, der Regelungsbereich beschränke sich auf die Innenverhältnisse der Gesellschaft, die Außenverhältnisse würden davon nicht erfasst⁸³. Diese Auffassung findet eine Stütze in der Generalverweisung des Art. 2 I EWIV-VO, deren Anwendungsbereich sich auf den Gründungsvertrag und die innere Verfassung der Gesellschaft beschränkt. Ein entsprechender Hinweis auf den Regelungsbereich der SE-Verordnung fehlt in Art. 9 Abs. 1 lit. c. Ziff. ii SE-VO⁸⁴. Gegen eine Übertragung dieser Grundsätze auf die SE-Verordnung spricht aber vor allem, dass zu den Außenverhältnissen auch der Schutz der Gläubiger gehört⁸⁵. Bei der SE als Kapitalgesellschaft kommt dem Gläubigerschutz eine weit größere Bedeutung zu als bei

⁷⁹ Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 955; Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (549)

⁸⁰ So etwa Art. 63 SE-VO, der u.a. das Insolvenzrecht zum Gegenstand hat, das ausweislich des 20. Erwägungsgrundes nicht zum Regelungsbereich der SE-Verordnung gehört.

⁸¹ Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 955; Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (549); zum Europäischen Verein: Wagner, Europäische Verein, S. 54; Meyer-Landrut, EWIV, S. 23 führte dafür den Begriff der „kursorischen Regelung“ ein.

Anders als hier laut Grote (Europäische Aktiengesellschaft, S. 92) Goldman – Lyon-Caen, Droit commercial européen, Anm. 248.

Grote (Europäische Aktiengesellschaft, S. 177 und 188 ff) bezeichnet Normen in der SE-Verordnung, die für Gegenstände außerhalb des eigentlichen Regelungsbereichs auf nationales Recht Bezug nehmen, als „Hinweise“ auf das Recht eines Mitgliedstaats und unterscheidet sie von den „echten Verweisungsnormen“ innerhalb des Regelungsbereichs. „Hinweise“ wirken seiner Ansicht nach lediglich klarstellend.

⁸² Einen Überblick über die Theorien bieten Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 100 – 112, Helms, Europäische Privatgesellschaft, S. 168 - 170, Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (549 - 551) und Völter, Europäische Privatgesellschaft, S. 44 - 47.

⁸³ So Meyer-Landrut, EWIV, S. 16 ff

⁸⁴ Darauf verweist auch Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 102

⁸⁵ Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 102; Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (550); ebenso für die Europäische Privatgesellschaft: Helms, Europäische Privatgesellschaft, S. 168; Völter, Europäische Privatgesellschaft, S. 45

der EWIV als Personengesellschaft⁸⁶. Der Schutz der Gläubiger der SE muss einheitlich oder zumindest gleichwertig geregelt werden, um den Gläubigern der SE Rechtssicherheit und dem Markt Vertrauen in die neu geschaffene Rechtsform zu geben⁸⁷. Dieser Ansicht ist wohl auch der Gesetzgeber, der zahlreiche Bestimmungen zum Schutz der Gläubiger in die SE-Verordnung aufnahm.

Andere unterscheiden zwischen Organisations- und Tätigkeitsrecht und ordnen nur ersteres dem Regelungsbereich der SE-Verordnung zu⁸⁸. Da bisher ungeklärt ist, was zum aktienrechtlichen Organisationsrecht zählt, eignet sich diese Unterscheidung nicht dazu, den Regelungsbereich der SE-Verordnung abzugrenzen⁸⁹. Zudem ist zu befürchten, dass der Gläubigerschutz dem Tätigkeitsbereich der SE zugeordnet wird, und damit aus dem Regelungsbereich der SE-Verordnung fällt⁹⁰.

Nach anderer Ansicht zählen zum Regelungsbereich der SE-Verordnung alle Rechtsfragen, die man kollisionsrechtlich als zum Aktienrecht gehörig qualifizieren würde⁹¹. Den Umfang des Gesellschaftsstatuts bestimmen dabei einige im Wege einer rechtsvergleichenden Umschau⁹², andere nach der Rechtsordnung, auf die Art. 9 Abs. 1 lit. c. Ziff. ii SE-VO verweist⁹³.

⁸⁶ Helms, Europäische Privatgesellschaft, S. 168; Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 102

⁸⁷ Ähnlich zur Europäischen Privatgesellschaft: Helms, Europäische Privatgesellschaft, S. 168

⁸⁸ Lindacher in: Lutter, Europäische Aktiengesellschaft, S. 1 (3) zum Vorschlag von 1975 (Lindacher grenzt den Regelungsbereich des Vorschlags daneben nach den Grundsätzen der Internationalen Gesellschaftsrechte in den Mitgliedstaaten ab); Gessler BB 1967, 381 (384) zum Vorentwurf von Sanders

⁸⁹ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (550); Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 102; ebenso zur Europäischen Privatgesellschaft: Helms, Europäische Privatgesellschaft, S. 168 und Völter, Europäische Privatgesellschaft, S. 46

⁹⁰ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (550)

⁹¹ Von Caemmerer in: FS Kronstein, S. 172 (195); Lindacher in: Lutter, Europäische Aktiengesellschaft, S. 1 (5); Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 106; Helms, Europäische Privatgesellschaft, S. 168 auch in Bezug auf die SE-Verordnung; im Grundsatz ebenso Völter, Europäische Privatgesellschaft, S. 46 in Bezug auf das Statut über die Europäische Privatgesellschaft

⁹² Lindacher in: Lutter, Europäische Aktiengesellschaft, S. 1 (5)

⁹³ Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 109; Helms, Europäische Privatgesellschaft, S. 170 zum Statut über die Europäische Privatgesellschaft. In Bezug auf das Statut über die Europäische Privatgesellschaft lässt Völter (Europäische Privatgesellschaft, S. 46) diese Frage angesichts der geringen Unterschiede zwischen den verschiedenen mitgliedstaatlichen Regelungen offen.

Diese Ansicht lässt außer Acht, dass Gemeinschaftsrecht nach ständiger Rechtsprechung des EuGH vorrangig aus sich selbst heraus auszulegen ist⁹⁴. Auch der Regelungsbereich der SE-Verordnung ist demnach soweit wie möglich autonom europarechtlich zu bestimmen⁹⁵. Maßgeblich sind in erster Linie die sachlichen Regelungen in der Verordnung sowie Ziel und Zweck der Verordnung⁹⁶. In Ausnahmefällen kann auf eine rechtsvergleichende Umschau der Rechte der Mitgliedstaaten zurückgegriffen werden⁹⁷. Dieser Auffassung sind auch die Autoren Brandt und Scheifele, die in Anlehnung an Wagner⁹⁸ verschiedene gemeinschaftsrechtliche Kriterien zur Abgrenzung des Regelungsbereichs zusammengestellt haben⁹⁹. Demnach gehören nach dem Zweck der SE-Verordnung, eine supranationale Rechtsform zu schaffen, die Gründung und die innere Organisation der Gesellschaft zu den „ureigensten“ Regelungsgegenständen. Das gleiche soll für die Finanz- bzw. Kapitalverfassung gelten. Zur Wahrung der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Subsidiarität¹⁰⁰ sind zu weitgehende Eingriffe in das Recht der Mitgliedstaaten zu vermeiden¹⁰¹. Der Regelungsdichte in der SE-Verordnung messen Brandt und Scheifele anders als Wagner¹⁰² kaum Bedeutung zu¹⁰³. Aus dem 20. Erwägungsgrund zur SE-Verordnung ergibt sich, dass nach dem Willen des Gesetzgebers das Steuerrecht, das Wettbewerbsrecht, der gewerbliche Rechtsschutz und das Insolvenzrecht nicht zum Regelungsbereich der Verordnung zählen¹⁰⁴. Aufschlüsse lassen sich auch aus den verschiedenen Verordnungsvorschlägen ziehen. Ist ein Gebiet selbst in den Vorschlägen von 1970 und 1975, die eine umfassende Regelung anstrebten, nicht geregelt, liegt die Vermutung nahe, dass dieses Gebiet nicht zum Regelungsbereich der SE-Verordnung gehört¹⁰⁵. Da die Regelung nur so weit gehen kann wie die Ermächtigung des Gesetzgebers in Art. 308 EG reicht, beschränkt sich der Regelungsbereich der SE-Verordnung auf die Gegenstände, die zur Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes

⁹⁴ EuGH, Rs. 49/71 (Hagen OHG/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel), Slg. 1972, 23 (34); EuGH, Rs. 69/79 (Jordens-Vosters/ Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Leder- en Lederverwerkende Industrie), Slg. 1980, 75 (84)

⁹⁵ Ebenso zum Statut über die Europäische Genossenschaft: vom Brocke, Europäische Genossenschaft, S. 15. Ebenso zum Statut über den Europäischen Verein: Wagner, Europäische Verein, S. 54

⁹⁶ Ebenso zum Statut über den Europäischen Verein: Wagner, Europäische Verein, S. 54

⁹⁷ Darin liegt ein allgemeiner europarechtlicher Auslegungsgrundsatz, Oppermann, Europarecht, Rn. 684. Ebenso speziell zur SE-VO Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (550).

⁹⁸ Wagner, Europäische Verein, S. 53 ff; siehe auch Wagner NZG 2002, 985 (988)

⁹⁹ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (550 f)

¹⁰⁰ 29. Erwägungsgrund

¹⁰¹ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (550); Wagner, Europäische Verein, S. 55

¹⁰² Wagner, Europäische Verein, S. 55

¹⁰³ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (550 f)

¹⁰⁴ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (551). Vergleichbar Wagner, Europäische Verein, S. 55

europäisch geregelt werden müssen¹⁰⁶. Nach dem Grundsatz der Effektivität („effet utile“) muss sich der Regelungsbereich auf alle Rechtsfragen erstrecken, deren einheitliche Regelung erforderlich ist, um das Ziel der SE-Verordnung zu erreichen¹⁰⁷.

Die Gründung ist nach allen Ansichten in ihrem Kernbereich, nach der hier vertretenen Auffassung vollumfänglich Teil des Regelungsbereichs der SE-Verordnung. Der Meinungsstreit kann daher für die vorliegende Arbeit nur in Bereichen erheblich werden, die wie das Firmenrecht und das Registerverfahrensrecht im weiteren Sinne mit der Gründung zusammenhängen.

III. Begriff der Regelungslücke

Nach den Verweisungsnormen Art. 9 Abs. 1 lit. c, 15 Abs. 1 und 18 SE-VO kommt nationales Recht zur Anwendung, wenn eine Regelungslücke besteht¹⁰⁸. Für die Annahme einer Regelungslücke genügt es nicht, dass die SE-Verordnung zu einer bestimmten Frage schweigt. Der Gesetzgeber kann die Frage auch bewusst nicht geregelt und damit die Anwendung nationalen Rechts ausgeschlossen haben¹⁰⁹. Eine Regelungslücke wird in der Methodenlehre des deutschen Rechts überwiegend als „eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes“ definiert¹¹⁰. Wo es um Regelungslücken im Gemeinschaftsrecht als Voraussetzung für die Anwendung nationalen Rechts geht, kann Planwidrigkeit nicht bedeuten, dass dem Gesetzgeber das Fehlen einer Regelung nicht bewusst gewesen sein darf¹¹¹. Denn der europäische Gesetzgeber setzt Regelungslücken in Verbindungen mit Verweisungsnormen in der SE-Verordnung bewusst als Mittel der

¹⁰⁵ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (551)

¹⁰⁶ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (551)

¹⁰⁷ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (551). Ebenso zum Regelungsbereich des geplanten Statuts über die Europäische Privatgesellschaft: Völter, Europäische Privatgesellschaft, S. 47; Helms, Europäische Privatgesellschaft, S. 170

¹⁰⁸ Siehe Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO, Art. 15 Abs. 1 SE-VO und Art. 18 SE-VO.

¹⁰⁹ Vgl. Larenz/ Canaris, Methodenlehre, S. 191 zur Regelungslücke als Voraussetzung der richterlichen Rechtsfortbildung; Völter, Europäische Privatgesellschaft, S. 36 zur Feststellung von Lücken im Statut der Europäischen Privatgesellschaft; Dänzer-Vanotti in: FS Everling S. 205 (219); Wagner, Europäische Verein, S. 63

¹¹⁰ Larenz/ Canaris, Methodenlehre, S. 194 m.w.N.; Dänzer-Vanotti in: FS Everling S. 205 (219); Thamm (Lückenfüllung, S. 21) verwendet diese Definition auch in Bezug auf die SE-Verordnung.

¹¹¹ Nach Ansicht der Autoren Larenz und Canaris (Methodenlehre, S. 199) können auch Punkte, die der Gesetzgeber bewusst offen lässt, um ihre Entscheidung der Rechtsprechung und der Wissenschaft zu überlassen, unter den Begriff der Regelungslücke fallen. Ebenso Thamm, Lückenfüllung, S. 22. A.A. wohl Völter, Europäische Privatgesellschaft, S. 36. Brandt/ Scheifele (DStR 2002, 547 (551)) verstehen unter der planwidrigen lediglich die unbewusste Unvollständigkeit, und sprechen sich daher für eine abweichende Definition der Regelungslücke im Gemeinschaftsrecht aus. Siehe auch vom Brocke, Europäische Genossenschaft, S. 15; Wagner, Europäische Verein, S. 39; Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 48.

Gesetzgebungstechnik ein¹¹², um nationales Recht zur Anwendung zu berufen¹¹³. Anders als in der nationalen Methodenlehre geht es nicht in erster Linie darum, die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung abzustecken. Vielmehr soll mit Hilfe des Begriffs der Regelungslücke der Anwendungsbereich der Verweisungsnormen in der Verordnung bestimmt werden. Eine Regelungslücke liegt vor, wenn der Gesetzgeber eine Frage nicht selbst regeln, sondern ihre Regelung dem Recht der Mitgliedstaaten überlassen wollte. Eine Unvollständigkeit ist in diesem Sinne planwidrig, wenn nach der Systematik und Zielsetzung der Regelung und dem Willen des Gesetzgebers¹¹⁴ eine Frage nicht ungeregelt bleiben, sondern der Regelung durch nationales Recht überlassen werden soll. Mit anderen Worten liegt eine Regelungslücke nur dort vor, wo die europäische Regelung nicht abschließend ist¹¹⁵.

IV. Lückenfeststellung

Wenn sich der SE-Verordnung – zumindest im Wege der Auslegung - eine Regelung entnehmen lässt, besteht keine Regelungslücke¹¹⁶. Der Wortlaut des Art. 9 Abs. 1 lit. a SE-VO bestätigt das, indem er anders als Art. 9 Abs. 1 lit. b SE-VO nicht nur von den ausdrücklichen Bestimmungen spricht.

An einer Regelungslücke fehlt es außerdem, soweit die Satzung der Gesellschaft mit ausdrücklicher Erlaubnis der SE-Verordnung eine Regelung trifft¹¹⁷.

Enthält die SE-Verordnung Normen zu dem jeweiligen Bereich, ohne aber die konkrete Frage zu regeln, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln, ob die SE-Verordnung insoweit abschließend zu verstehen ist oder ob nationales Recht ergänzend zur Anwendung kommt¹¹⁸. Bei der Auslegung von Sekundärrecht kommt dem Ziel und Zweck des Gesetzes besondere Bedeutung zu¹¹⁹. Die SE-Verordnung ist „lückenhaft“, soweit die

¹¹² Siehe etwa 9. Erwägungsgrund und die Begründung der Europäischen Kommission zur Streichung der Art. 13 und 14, 15, 70 und 84 in der Begründung zum Vorschlag einer SE-Verordnung von 1991, Bundestagsdrucksache 12/1004 vom 30.07.1991, abgedruckt bei Gutsche, Europäische Aktiengesellschaft, S. 247 ff

¹¹³ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (551)

¹¹⁴ Das sind nach Dänzer-Vanotti in: FS Everling S. 205 (219) (m.w.N.) die entscheidenden Kriterien zur Bestimmung der Planwidrigkeit.

¹¹⁵ Vgl. Völter, Europäische Privatgesellschaft, S. 41 f

¹¹⁶ Wagner, Europäische Verein, S. 56; Völter, Europäische Privatgesellschaft, S. 38

¹¹⁷ Wagner, Europäische Verein, S. 47 und 61 zu der Vorschrift im Verordnungsvorschlag zur Einführung eines Europäischen Vereins, die Art. 9 SE-VO entspricht; Raiser in: FS Semler, S. 277 (282). Die Grundregel in Art. 9 Abs. 1 lit. b SE-VO gilt daher auch im Rahmen der Spezialverweisungen, siehe 5. Kap. B I 5 h bb (2).

¹¹⁸ zur Feststellung von Regelungslücken im Vorschlag von 1989 vgl. Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 76 ff

¹¹⁹ Bleckmann NJW 1982, 1177 (1178); Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (552)

bestehenden Normen nicht ausreichen, die Regelungsabsicht des Gesetzgebers zu erfüllen¹²⁰. Eine Regelungslücke liegt nahe, wenn Fragen, die sich in Bezug auf die Gründung, Organisation und Tätigkeit einer Aktiengesellschaft typischerweise stellen, in der SE-Verordnung nicht behandelt werden¹²¹. Für eine Regelungslücke kann sprechen, dass der betreffende Aspekt in den nationalen Gesellschaftsrechten geregelt ist¹²².

Die Systematik der SE-Verordnung spricht im Zweifel für eine Regelungslücke. In ihrer heutigen Fassung beschränkt sich die SE-Verordnung darauf, die wichtigsten Fragen im Zusammenhang mit der SE selbst zu regeln und verweist im Übrigen auf das nationale Recht. Die SE-Verordnung hat nicht den Anspruch die Materie abschließend zu regeln, sondern enthält gezielt weitgehende Lücken, die der Gesetzgeber durch nationales Recht geschlossen sehen will¹²³. Deutlich wird dies insbesondere in der Generalverweisung in Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO und in den Verweisungen der Art. 15 Abs. 1 und 18 SE-VO für den Bereich der Gründung durch Verschmelzung. Art. 18 SE-VO schreibt die Anwendung nationalen Rechts in den „nicht erfassten Teilbereiche(n) eines von diesem Abschnitt nur teilweise abgedeckten Bereichs“ vor und stellt damit klar, dass grundsätzlich eine Regelungslücke vorliegt, wenn die SE-Verordnung eine Frage nicht regelt.

Für die Lückenhaftigkeit der Verordnung spricht die Entstehungsgeschichte der SE-Verordnung und der Wille des Gesetzgebers, wie er in den Erwägungsgründen und den Begründungen früherer Entwürfe zum Ausdruck kommt¹²⁴. Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wurden zunehmend Vorschriften der SE-Verordnung

Das Gebot der autonom europäischen Auslegung folgt aus dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts. Das die SE-Verordnung zunächst aus sich selbst heraus auszulegen ist, ergibt sich nach Ansicht von Kunz (Insolvenz, S. 52) ferner daraus, dass der Rückgriff auf die „allgemeinen Grundsätze, auf denen das Statut beruht“, den Art. 7 Abs. 1 lit. a SE-VOV 1975 und 1989 vorsahen, nach der Begründung der Europäischen Kommission zu dessen Streichung (Begründung der Europäischen Kommission zu Art. 7 des Vorschlags einer SE-Verordnung von 1991, Bundestagsdrucksache 12/1004 vom 30.07.1991, abgedruckt bei Gutsche, Europäische Aktiengesellschaft, S. 246) nicht aufgegeben, sondern nur präzisiert und klarer formuliert werden sollte.

Auch Thamm (Lückenfüllung, S. 23) weist darauf hin, dass die Lückenhaftigkeit einer Bestimmung primär der „ratio legis“ entnommen werden kann.

¹²⁰ Larenz/ Canaris, Methodenlehre, S. 193; Völter, Europäische Privatgesellschaft, S. 36; vom Brocke, Europäische Genossenschaft, S. 15

¹²¹ Jaeger, Europäische Aktiengesellschaft, S. 24; Wagner NZG 2002, 985 (989); Wagner, Europäische Verein, S. 64; Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 959

¹²² Jaeger, Europäische Aktiengesellschaft, S. 24; Wagner NZG 2002, 985 (989); Wagner, Europäische Verein, S. 64; Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 959; Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (552) (zumindest, „wenn es sich bei dem betreffenden mitgliedstaatlichen Recht um harmonisiertes Recht handelt“)

¹²³ Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 954 und 959; Wagner, Europäische Verein, S. 64; Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (552)

ausdrücklich zugunsten der Anwendbarkeit nationalen Rechts gestrichen¹²⁵. In ihrer Begründung zu Art. 11a des Verordnungsentwurfs von 1991, der dem heutigen Art. 15 Abs. 1 SE-VO entspricht, stellt die Europäische Kommission klar, dass „auf die SE neben den ausdrücklichen Bestimmungen der Verordnung alle Vorschriften anwendbar sind, die nach dem Recht des Sitzstaates der SE für die Gründung von Aktiengesellschaften gelten“¹²⁶.

Ob die SE-Verordnung abschließenden Charakter hat, kann endgültig nur in Bezug auf die einzelne Regelung geklärt werden. Die Annahme einer Regelungslücke bedarf jedoch eines geringeren Begründungsaufwands als die Feststellung einer abschließenden Regelung¹²⁷. Angesichts der Konzeption der SE-Verordnung kann erwartet werden, dass der Verordnungsgeber, will er den Rückgriff auf nationales Recht in Bezug auf einen bestimmten Aspekt ausschließen, dies regelmäßig ausdrücklich klarstellt, wie er es etwa in Art. 3 Abs. 2 S. 1 SE-VO oder Art. 25 Abs. 3 Satz 1 SE-VO getan hat¹²⁸.

Kunz¹²⁹ vertritt zum Entwurf von 1991 die gegenteilige Ansicht, es bestehe grundsätzlich eine Vermutung für eine abschließende Regelung. Nationales Recht komme über die Generalverweisung in Art. 7 Abs. 1 lit. b SE-VO nur dann zur Anwendung, wenn dies im Einzelfall aus sachlichen Gründen notwendig sei. Ein solcher Grund sei insbesondere dann anzunehmen, wenn die möglichst reibungslose Einfügung der SE in den nationalen Rechts- und Wirtschaftsverkehr in Frage stehe. Kunz begründet ihre Auffassung damit, dass die Vorschriften, die für bestimmte Rechtsfragen nationales Recht für anwendbar erklären, ansonsten neben der Generalverweisung überflüssig wären.

Diese Auffassung überzeugt nicht. Die Anzeichen für eine grundsätzlich gerade nicht abschließende Konzeption der SE-Verordnung überwiegen. In Art. 7 a.F. und Art. 9 SE-VO n.F. finden sich keinerlei Anhaltspunkte für die Notwendigkeit einer sachlichen Rechtfertigung. Einige der von Kunz genannten Einzelverweisungen sind im Entwurf von

¹²⁴ Jaeger, Europäische Aktiengesellschaft, S. 24; siehe auch 9. Erwägungsgrund

¹²⁵ Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 24; vgl. Jaeger, Europäische Aktiengesellschaft, S. 24

¹²⁶ Begründung der Europäischen Kommission zum Vorschlag von 1991, BT-Drucksache 12/1004 vom 30.7.91; siehe auch Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 25

¹²⁷ Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 959; Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (552); Jaeger, Europäische Aktiengesellschaft, S. 24; Wagner NZG 2002, 985 (989); ähnlich Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 24; Wagner, Europäische Verein, S. 64; Rasner ZGR 1992, 314 (319), geht wohl ebenfalls davon aus, dass zur Ergänzung der Verordnung immer nationales Recht heranzuziehen sei; unentschieden Trojan-Limmer RIW 1991, 1010 (1012); a.A. Wenz, SE, S. 33, der jede Regelung im Einzelfall auf ihre Abgeschlossenheit hin überprüfen will, dagegen wohl wiederum Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 24

¹²⁸ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (552)

¹²⁹ Kunz, Insolvenz, S. 52 - 56

2001 gestrichen worden, wohl weil sie neben einer der generellen Verweisungsnormen als überflüssig erkannt wurden¹³⁰. Im Bereich der Gründung durch Verschmelzung ist die Auffassung von Kunz ohne wesentliche Relevanz, da für diesen Bereich Art. 15 Abs. 1 und 18 SE-VO auf einzelstaatliches Recht verweisen. Kunz stellt die Vermutung für eine abschließende Regelung in der Verordnung gerade nur für den Bereich der Generalverweisung auf und nimmt Verweisungen für bestimmte Bereiche wie etwa Art. 11 a SE-VOV 1991¹³¹ davon aus¹³².

Eine abschließende Regelung ist ausnahmsweise dann anzunehmen, wenn Ziel und Zweck der Vorschriften der SE-Verordnung die ergänzende Anwendung nationalen Rechts ausschließen. So ist etwa die Aufzählung der Gründungsformen in Art. 2 und 3 SE-VO abschließend zu verstehen, da der Ordnungsgeber damit den Zugang zur SE beschränken wollte. Die Sitzverlegung der SE ist in Art. 8 SE-VO grundsätzlich abschließend geregelt¹³³, da zusätzliche nationale Anforderungen den in Art. 8 SE-VO gefundenen Ausgleich zwischen den verschiedenen beteiligten Interessen stören würden. Im Extremfall könnten nationale Vorschriften die Sitzverlegung derart erschweren, dass der Aufwand dem einer Neugründung gleich käme, die durch Art. 8 SE-VO gerade vermieden werden soll¹³⁴.

Die Gründung einer SE durch Verschmelzung ist im Vergleich zu den übrigen Gründungsformen sehr detailliert geregelt. Das nationale Verschmelzungsrecht, auf das Art. 18 SE-VO verweist, ist durch die Verschmelzungsrichtlinie¹³⁵ harmonisiert worden. Der Einfluss des nationalen Rechts ist daher geringer als in anderen Bereichen. Gerade deshalb ist eine genaue Abgrenzung von nationalem und europäischem Recht erforderlich und mit größeren Schwierigkeiten im Detail verbunden, als in Bereichen wie der Gründung einer Tochter-SE, in denen sich die Verordnung weitgehend darauf beschränkt, auf nationales Recht zu verweisen.

¹³⁰ Im Bereich der Gründung durch Verschmelzung wurden Art. 22 und 29 gestrichen, die Kunz, *Insolvenz*, in Fn. 243 f auf S. 54 nennt.

¹³¹ Entspricht dem heutigen Art. 15 SE-VO

¹³² Kunz, *Insolvenz*, S. 54 f (Art. 11 a Abs. 1 erwähnt sie in Fn. 243 ausdrücklich)

¹³³ a.A. Brandt 2002, 991 (994)

¹³⁴ Wenz, *SE*, S. 48 und 50; Trojan-Limmer *RIW* 1991, 1010 (1016); Grote, *Europäische Aktiengesellschaft*, S. 168 f; Buchheim, *Europäische Aktiengesellschaft*, S. 130; a.A.: Priester *ZGR* 1999, 36 ff; vgl. auch Brandt/ Scheifele *DStR* 2002, 547 (553)

¹³⁵ 3. RL 78/855/EWG des Rates v. 9.10.1978, ABl Nr. L 295/36 vom 20.10.1978; Umsetzung in der Bundesrepublik Deutschland durch Gesetz vom 25.10.1982, BGBl. 1982 I, S. 1425, in Kraft seit 1.1.1983

V. Lückenfüllung durch Gemeinschaftsrecht

Brandt und Scheifele¹³⁶ vertreten die Auffassung, dass eine „SE-spezifische Regelungslücke“ nicht durch Rückgriff auf nationales Recht, sondern im Wege der Rechtsfortbildung aus der SE-Verordnung heraus geschlossen werden müsse. Eine „SE-spezifische Regelungslücke“ liege vor, wenn die betreffende Rechtsfrage den nationalen Gesellschaftsformen fremd ist und eine Besonderheit der SE darstellt¹³⁷. Darunter fällt z.B. die Frage, ob die SE auch nach der Gründung zwingend mehrstaatlich sein muss¹³⁸. Um eine „SE-spezifische Regelungslücke“ handle es sich außerdem dann, wenn die gemeinschaftsweite Rechtsform der SE eine gemeinschaftseinheitliche Regelung verlange¹³⁹. Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO sei nach dem Zweck der Norm dahin auszulegen, dass die Generalverweisung nur diejenigen Regelungslücken umfasse, die sinnvollerweise durch mitgliedstaatliches Recht zu füllen seien.

Soweit sich eine Frage wirklich nur spezifisch für die Rechtsform der SE stellt¹⁴⁰, ist den Autoren zuzustimmen, da nur auf diesem Weg sachgerechte Lösungen möglich sind¹⁴¹. Die Lückenfüllung aus der SE-Verordnung heraus muss aber angesichts der Regelungen in Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO und Art. 10 SE-VO auf wenige Ausnahmefälle beschränkt bleiben¹⁴². Hinsichtlich der Vorliegens einer SE-spezifischen Frage ist ein strenger Maßstab anzulegen. Die meisten Fragen, die sich hinsichtlich der Rechtsform der SE stellen, werden zumindest vergleichbar im Recht der Mitgliedstaaten für nationale Aktiengesellschaft beantwortet.

Die Auffassung¹⁴³, wonach Lücken aus dem Gemeinschaftsrecht zu schließen sind, wenn die supranationale Rechtsform der SE eine gemeinschaftseinheitliche Regelung verlangt,

¹³⁶ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (552 f)

¹³⁷ Kritisch Hauschka AG 1990, 85 (92) (in Bezug auf die Ausfüllung von Lücken in der EWIV-VO)

¹³⁸ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (553); siehe auch 4. Kap. D II

¹³⁹ Ähnlich Thamm, Lückenfüllung, S. 27

¹⁴⁰ So formulieren Brandt und Scheifele (DStR 2002, 547 (552)) die Voraussetzung eine Lückenfüllung aus der SE-VO heraus an anderer Stelle.

¹⁴¹ Ebenso Wagner NZG 2002, 985 (989)

¹⁴² Ebenso Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (552)

¹⁴³ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (553); Raiser in: FS Semler, S. 277 (283); Teichmann ZGR 2002, 383 (408). Vom Brocke (Europäische Genossenschaft, S. 18) will trotz Art. 4 des Vorschlags für eine Verordnung über das Statut der Europäischen Genossenschaft von 1993, der mit Art. 9 SE-VO vergleichbar ist, Lücken in der Verordnung über das Statut der Europäischen Genossenschaft primär aus der Verordnung heraus schließen. Ob Völter, Europäische Privatgesellschaft, S. 47 auch zur Lückenschließung aus dem Gemeinschaftsrecht Stellung nehmen will, oder ob er sich allein auf die Bestimmung des Regelungsbereichs der SE-Verordnung bezieht, ist fraglich.

kann den 9. Erwägungsgrund und den Effektivitätsgrundsatz für sich anführen. Aus dem 9. Erwägungsgrund geht hervor, dass der Gesetzgeber nur soweit auf nationales Recht verweisen wollte, wie „es für das Funktionieren der SE keiner einheitlichen Gemeinschaftsregelung bedarf“. Nach dem Grundsatz der Effektivität¹⁴⁴ ist die Verordnung und insbesondere Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO so auszulegen, dass die SE-Verordnung ihre volle Wirkung entfalten kann.

Das Problem liegt darin zu definieren, wann das von der Verordnung verfolgte Ziel ohne einheitliche europäische Regelung nicht erreicht werden kann. Die Ansichten in der Literatur gehen weit auseinander¹⁴⁵. Einige Autoren vertreten gar die Ansicht, das Ziel der Schaffung einer supranationalen Rechtsform könne nur erreicht werden, wenn das gesamte Gesellschaftsrecht einheitlich geregelt werde¹⁴⁶. Es ist Aufgabe des Europäischen Gesetzgebers zu entscheiden, wieviel Einheitlichkeit die supranationale Rechtsform benötigt. Die Rechtsprechung hat den gefundenen politischen Kompromiss, der insbesondere in Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO zum Ausdruck kommt, zu respektieren. Etwas anderes kann nur in den wenigen Bereichen, wie zum Beispiel der Sitzverlegung nach Art. 8 SE-VO, gelten, die der Europäische Gesetzgeber in der SE-Verordnung erkennbar unabhängig von nationalem Recht regeln wollte¹⁴⁷. Hier sind ausnahmsweise auftretende Regelungslücken aus der SE-Verordnung heraus zu schließen.

C. Subsidiär anzuwendendes Recht

Innerhalb des Regelungsbereichs der Verordnung ist das Recht der Mitgliedstaaten nur aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Verweisung anwendbar. Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist die Gründung, die zum „ureigensten“¹⁴⁸ Regelungsbereich der SE-Verordnung gehört. Das folgende Kapitel widmet sich daher allein der Anwendung nationalen Rechts kraft gemeinschaftsrechtlicher Anordnung.

¹⁴⁴ Oppermann, Europarecht, Rn. 686; Bleckmann ZGR 1992, 364 (368), schließt daraus, dass, wenn das von der Richtlinie verfolgte Ziel ohne eine einheitliche europäische Regelung nicht erreicht werden kann, die Lücken durch Rückgriff auf die Prinzipien des Europäischen Gemeinschaftsrechts zu füllen sind.

¹⁴⁵ Wenz, SE, S. 27; Raiser in: FS Semler, S. 277 (280); Heinze ZGR 1994, 47 (64)

¹⁴⁶ Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 4; Jaeger, Europäische Aktiengesellschaft, S. 20 f; Rasner ZGR 1992, 314 ff (insb. 325f); Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 63; vgl. Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 126

¹⁴⁷ Dazu 2. Kap. B IV. Für Art. 8 SE-VO ebenso Brandt und Scheifele (DStR 2002, 547 (553)).

I. Die Verweisungsvorschriften und ihr Anwendungsbereich

1. Funktion der Verweisungen

Verweise auf nationales Recht erlauben dem europäischen Gesetzgeber, sich in der SE-Verordnung auf die Regelung der Bereiche zu beschränken, in denen es für das Funktionieren der SE einer einheitlichen Gemeinschaftsregelung bedarf¹⁴⁹. Die SE-Verordnung wird dadurch schlanker und konsensfähiger. Die Autonomie der Mitgliedstaaten im Bereich der Sachnormen wird nicht berührt¹⁵⁰, die kollisionsrechtliche Behandlung der SE aber vereinheitlicht.

Die Vorschriften der SE-Verordnung über die Gründung der SE kollidieren nicht mit nationalem Recht. Das Recht der Mitgliedstaaten regelt die Gründung der SE nicht. Die Verweisungsnormen Art. 15 Abs. 1 und 18 SE-VO heben folglich nicht den Vorrang des Gemeinschaftsrechts auf¹⁵¹, sondern begründen die Anwendbarkeit nationalen Aktien- und Verschmelzungsrechts¹⁵². Als einseitige, zwingende Rechtsanwendungsbefehle unterscheiden sich die Verweisungen in der SE-Verordnung von den Verweisungen im Sinne des Internationalen Privatrechts¹⁵³.

Spezialverweisungen sind neben der Generalverweisung erforderlich, wenn für bestimmte Rechtsfragen andere mitgliedstaatliche Vorschriften als die über die Generalverweisung anzuwendenden gelten sollen¹⁵⁴. Eine Spezialverweisung kann ferner der Klarstellung dienen, dass eine bestimmte Regelung in der SE-Verordnung nicht abschließend ist¹⁵⁵.

2. Arten von Verweisungen

Zu unterscheiden ist zwischen der Generalverweisung und Spezialverweisungen. Während eine Spezialverweisung in Bezug auf eine konkrete Rechtsfrage oder einen konkreten Gegenstand auf nationale Normen verweist¹⁵⁶, erklärt die Generalverweisung das mitgliedstaatliche Recht allgemein für subsidiär anwendbar¹⁵⁷. Art. 9 SE-VO als

¹⁴⁸ So zur EWIV-VO: Meyer-Landrut, EWIV, S. 16; zum Vorschlag eines Statuts über den Europäischen Verein: Wagner, Europäische Verein, S. 54; zur SE Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (550)

¹⁴⁹ 9. Erwägungsgrund

¹⁵⁰ Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 46

¹⁵¹ Vgl. Wagner, Europäische Verein, S. 58

¹⁵² Teichmann ZGR 2002, 383 (395)

¹⁵³ Teichmann ZGR 2002, 383 (396); Sonnenberger in: MüKo Einl. IPR Rn. 130 f

¹⁵⁴ Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 957

¹⁵⁵ Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 957

¹⁵⁶ Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 957; Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (553); Wagner, Europäische Verein, S. 49

¹⁵⁷ Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 957

„zentrale Rechtsanwendungsvorschrift“¹⁵⁸ enthält in Absatz 1 lit. c Ziff. ii eine Generalverweisung. Spezialverweisungen finden sich etwa in Art. 24 Abs. 1 und 25 Abs. 1 SE-VO. Normen, die wie Art. 15 Abs. 1 und 18 SE-VO für einen bestimmten Bereich und nicht nur für einzelne Rechtsfragen auf nationales Recht Bezug nehmen, können auch als partielle Generalverweisungen bezeichnet werden¹⁵⁹, werden aber in der Regel zu den Spezialverweisungen gezählt¹⁶⁰.

Die Generalverweisung ist nur dann anwendbar, wenn das auf die konkrete Rechtsfrage anzuwendende Recht nicht durch eine Spezialverweisung bestimmt wird¹⁶¹. Das folgt aus der in Art. 9 Abs. 1 SE-VO angeordneten Hierarchie, nach der nationales Recht über die Generalverweisung nur anwendbar sein soll, soweit die Bestimmungen in der Verordnung einen Aspekt nicht regeln. Zu diesem Bestimmungen zählen auch die Spezialverweisungen¹⁶². Indem die Spezialverweisungen bestimmen, welches Recht für einen bestimmten Bereich gelten soll, regeln sie die betreffende Rechtsfrage. Der Vorrang der Spezialverweisungen vor der Generalverweisung ergibt sich darüber hinaus aus dem Spezialitätsgrundsatz, der auch im Europarecht gilt¹⁶³.

Der Begriff der Spezialverweisung umfasst neben der einfachen Verweisung die Ermächtigung und die Verpflichtung¹⁶⁴. Die einfache Verweisung bringt das mitgliedstaatliche Recht, das bereits für entsprechende nationale Rechtsformen gilt, zur Anwendung¹⁶⁵. Die Ermächtigung berechtigt den nationalen Gesetzgeber, von einer in der Verordnung getroffenen Sachregelung abzuweichen¹⁶⁶, und ermöglicht so die Anpassung an nationale Besonderheiten¹⁶⁷. Um eine Verpflichtung handelt es sich, wenn die SE-

¹⁵⁸ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547

¹⁵⁹ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547

¹⁶⁰ So etwa Brandt/ Scheifele, DStR 2002, 547 (553 Fn. 67; 554 f).

¹⁶¹ Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 957

¹⁶² Wagner, Europäische Verein, S. 49; Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (553 f)

¹⁶³ Beutler/ Bieher/ Epiney/ Haag, Europäische Union, S. 235; Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (553); Wagner, Europäische Verein, S. 50 Fn. 20

¹⁶⁴ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (553); Wagner, Europäische Verein, S. 49; Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 958

¹⁶⁵ Wagner, Europäische Verein, S. 49 und 58; Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 958. Es handelt sich nicht um eine statische, sondern um eine dynamische Verweisung, siehe unten 2. Kap. C II 1. Unter den Vorschriften über die Gründung durch Verschmelzung finden sich einfache Verweisungen in den Art. 15 Abs. 1; 18; 24 Abs. 1; 25 Abs. 1; 25 Abs. 3; Art. 26 Abs. 1 (Zuständigkeit); 28; 29 Abs. 3; 31 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 Unterabs. 1 SE-VO.

¹⁶⁶ Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 958; Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 37; Wagner, Europäische Verein, S. 50. Die Gründung durch Verschmelzung betreffend enthält die SE-Verordnung folgende Ermächtigungen: Art. 2 Abs. 5; 7 S. 2; Art. 19 Unterabs. 1; 24 Abs. 2; 31 Abs. 2 Unterabs. 2.

¹⁶⁷ Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 958

Verordnung von dem nationalen Gesetzgeber verlangt, eine bestimmte Rechtsfrage speziell für die SE zu regeln¹⁶⁸.

Normadressat einer Verpflichtungs- oder Ermächtigungsnorm ist zunächst nur der nationale Gesetzgeber¹⁶⁹. Sobald er entsprechende Vorschriften erlassen hat, wirkt die Ermächtigung oder Verpflichtung jedoch wie eine einfache Verweisung und verpflichtet den Rechtsanwender, die aufgrund der Ermächtigung oder Verpflichtung erlassenen Vorschriften anzuwenden¹⁷⁰. Denn es ist gerade Sinn und Zweck von Verpflichtungs- und Ermächtigungsnormen, dass entsprechende Vorschriften nicht nur erlassen werden müssen oder dürfen, sondern auch angewendet werden¹⁷¹. Diese Wirkung rechtfertigt es, Ermächtigungen und Verpflichtungen zu den Verweisungen zu zählen. Im Geltungsbereich der Verpflichtungen und Ermächtigungen ist die Generalverweisung in Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO mangels Regelungslücke nicht anzuwenden¹⁷².

Grote¹⁷³ unterscheidet daneben „echte Verweisungsnormen“ innerhalb des eigentlichen Regelungsbereichs der SE-Verordnung und schlichte „Hinweise“ auf das Recht der Mitgliedstaaten außerhalb des Regelungsbereichs, die nur der Erleichterung des Gesetzesverständnisses dienen. Dem kann nicht gefolgt werden. Verweisungsnormen außerhalb des eigentlichen Regelungsbereichs der SE-Verordnung wirken nicht rein deklaratorisch, sondern sind einheitliches gemeinschaftsrechtliches Internationales Privatrecht und gehen als solches dem Internationalen Privatrecht der Mitgliedstaaten vor¹⁷⁴.

3. Die Generalverweisung des Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO

Die „zentrale Rechtsanwendungsvorschrift“¹⁷⁵ Art. 9 SE-VO legt die Hierarchie der Vorschriften für die SE fest. Vorrangig unterliegt die SE gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. a SE-

¹⁶⁸ Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 958; Wagner, Europäische Verein, S. 50; Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (553). Eine solche Verpflichtung normiert Art. 19 Unterabs. 2 SE-VO.

¹⁶⁹ Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 958; Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (553); Wagner, Europäische Verein, S. 50

¹⁷⁰ Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 958 Fn. 48; Wagner NZG 2002, 985 (986); Wagner, Europäische Verein, S. 50

¹⁷¹ Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 958 Fn. 48; ebenso in Bezug auf Art. 6 Abs. 1 lit. c EUV-VOV: Wagner, Europäische Verein, S. 50

¹⁷² Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 958 Fn. 48; ebenso in Bezug auf Art. 6 Abs. 1 lit. c EUV-VOV: Wagner, Europäische Verein, S. 50

¹⁷³ Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 177 und 188 ff

¹⁷⁴ Ebenso zum Vorschlag eines Statuts über den Europäischen Verein: Wagner, Europäische Verein, S. 58.

¹⁷⁵ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 im Anschluss an vom Brocke, Europäische Genossenschaft, S. 4 zu Art. 4 Abs. 1 EUGEN-VOV und Wagner, Europäische Verein, S. 47 zu Art. 6 Abs. 1 EUV-VOV.

VO den Bestimmungen der SE-Verordnung. Sofern die SE-Verordnung es ausdrücklich zulässt, gelten gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. b SE-VO die Bestimmungen der Satzung der SE. Regelungslücken sind in erster Linie mit Hilfe der nationalen Ausführungsbestimmungen zur SE-Verordnung und der Vorschriften, die in Umsetzung der Arbeitnehmerrichtlinie erlassen wurden, zu schließen. Im Übrigen gelten die „Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, die auf eine nach dem Recht des Sitzstaats der SE gegründete Aktiengesellschaft Anwendung finden würden“.

a) Beschränkung auf den Regelungsbereich

Teilweise wird vertreten, dass Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO auch außerhalb des Regelungsbereichs der SE-Verordnung gelte. Nationale Vorschriften, etwa des Gewerbe-, Steuer- oder Vertragsrechts, kämen nur mittelbar und unter den von Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO vorgegebenen Bedingungen zur Anwendung¹⁷⁶. Für diese Auffassung lässt sich der Wortlaut des Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO anführen, nach dem die Vorschrift auch „in Bezug auf die nicht durch diese Verordnung geregelten Bereiche“ gilt. Art. 7 SE-VOV 1989, der Vorgänger des Art. 9 SE-VO, bezog sich in seinem Absatz 3 ebenfalls auf die „von dieser Verordnung nicht geregelten Bereiche“ und stellte dadurch das anwendbare Recht außerhalb des Regelungsbereichs fest¹⁷⁷.

Die Formulierung in Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO ist jedoch anders zu verstehen als die des Art. 7 SE-VOV 1989. Art. 9 Abs. 1 lit. c Alt. 1 SE-VO setzt voraus, dass die SE-Verordnung keine sachlichen Bestimmungen hinsichtlich des betreffenden Gegenstandes enthält, der Gegenstand aber grundsätzlich zu ihrem Regelungsbereich gehört¹⁷⁸. Die zweite Alternative „sofern ein Bereich nur teilweise geregelt ist“ ist in den Fällen einschlägig, in denen die SE-Verordnung zwar zu dem Bereich, zu dem die konkrete Rechtsfrage gehört, Regelungen trifft, die konkrete Rechtsfrage aber nicht beantwortet¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Für Anwendung des Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO auch außerhalb des Regelungsbereichs der SE-VO: Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 128; ebenso wohl Wenz, SE, S. 30 zu Art. 7 I b und IV des Vorschlags von 1991; bezüglich des nahezu wortgleichen Art. 4 I EUGEN-VO: vom Brocke, Europäische Genossenschaft, S. 14. Einschränkend zum fast identischen Art. 5 Abs. 1 lit. c EUV-VO: Wagner, Europäische Verein, S. 68. Ebenfalls einschränkend Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 961 zu Art. 6 Abs. 1 lit. c Alt. 1 EUV-VOV 1993, Art. 4 Abs. 1 lit. c Alt. 1 EUGEN-VOV 1993, Art. 5 Abs. 1 lit. c Alt. 1 EUGES-VO 1993.

¹⁷⁷ Näher siehe Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (548)

¹⁷⁸ Ebenso Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (549)

¹⁷⁹ Ebenso Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (549), Brandt und Scheifele nennen als Beispiel die Frage der Stimmrechtsvertretung in der Hauptversammlung. Die Beschlussfassung in der Hauptversammlung ist Gegenstand des Art. 57 SE-VO und damit in der SE-Verordnung teilweise geregelt.

Dass der Gesetzgeber Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO so verstanden wissen wollte, ergibt sich aus dem 20. Erwägungsgrund zur SE-Verordnung, der klarstellt, dass außerhalb des Regelungsbereichs der SE-Verordnung das Gemeinschaftsrecht und das Recht der Mitgliedstaaten gilt.

Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO kann nur so weit reichen wie die Kompetenz des Europäischen Gesetzgebers. Diese beschränkt Art. 308 EG aber auf Maßnahmen, die erforderlich sind, um eines der Ziele der Gesellschaft zu verwirklichen. Der Europäische Gesetzgeber hat dabei das Subsidiaritätsprinzip¹⁸⁰ zu beachten. Zur Verwirklichung des Binnenmarktes¹⁸¹, dem erklärten Ziel der SE-Verordnung¹⁸², ist es nicht erforderlich, auf europäischer Ebene zu regeln, welches Privat-, Verwaltungs-, Steuer-, Urheberrecht usw. auf die SE Anwendung findet. Auch Art. 7 Abs. 3 des Verordnungsvorschlags von 1989 tat dies nicht, sondern enthielt lediglich einen deklaratorischen Hinweis auf das außerhalb des Regelungsbereichs anzuwendende Recht¹⁸³. Eine ungleiche Behandlung von nationalen und Europäischen Aktiengesellschaften ist insoweit nicht gerechtfertigt und muss deshalb unterbleiben¹⁸⁴.

Auch unter den Vertretern einer weiten Auslegung des Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO findet sich die Ansicht, die Generalverweisung gelte nur soweit außerhalb des Regelungsbereichs der SE-Verordnung, als ein unmittelbarer Bezug zur Rechtsform der SE bestehe. Wenn die SE wie jeder andere am Rechtsverkehr Beteiligte betroffen sei, gelange die Generalverweisung nicht zur Anwendung¹⁸⁵.

Allein der mit Art. 7 SE-VOV 1989 übereinstimmende Wortlaut rechtfertigt eine extensive Auslegung des Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO nicht, da der Auslegung nach dem Wortlaut im Europarecht nur eine beschränkte Aussagekraft zukommt. Die Formulierung in Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO wurde zudem nicht direkt dem Art. 7 Abs. 3 SE-VOV 1989

¹⁸⁰ Art. 5 Abs. 2 EG

¹⁸¹ Art. 14 EG

¹⁸² 1. Erwägungsgrund der SE-Verordnung

¹⁸³ So auch von Caemmerer in: FS Kronstein S. 172 (195) zur entsprechenden Vorschrift im Vorentwurf von Sanders.

¹⁸⁴ 5. Erwägungsgrund. Schwarz (Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 1103) und Wagner, Europäische Verein, S. 49 begründen ihre Ansicht, Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO gelte nur, soweit ein unmittelbarer Bezug zur Rechtsform der SE bestehe, die SE also nicht wie jeder andere am Rechtsverkehr Beteiligte betroffen sei, in ähnlicher Weise unter Hinweis auf Art. 7 IV des Verordnungsvorschlags von 1991 bzw. Art. 6 Abs. 3 EUV-VOV, die dem heutigen Art. 10 SE-VO entsprechen.

¹⁸⁵ Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 1103. Ebenso Wagner, Europäischer Verein, S. 68 zu Art. 5 Abs. 1 lit. c EUV-VO, der mit Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO nahezu identisch ist (so evtl. auch seine Äußerung auf S. 69 zu verstehen, Verweisungsobjekt der Generalverweisung sei das Vereinsrecht). Ebenso Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 961 zu den entsprechend formulierten Generalverweisungen in Art. 6 Abs. 1 lit. c Alt. 1 EUV-VOV 1993, Art. 4 Abs. 1 lit. c Alt. 1 EUGEN-VOV 1993, Art. 5 Abs. 1 lit. c Alt. 1 EUGES-VO 1993.

entnommen. Art. 7 SE-VOV 1991, der unmittelbare Vorgänger des Art. 9 SE-VO, enthielt keine entsprechende Formulierung. Aus der Begründung der Europäischen Kommission zu Art. 7 SE-VOV 1991¹⁸⁶ geht hervor, dass in den von der Verordnung nicht abgedeckten Bereichen das Gemeinschaftsrecht und das nationale Recht nicht über Art. 7 Abs. 1 SE-VOV 1991, sondern direkt anzuwenden sind.

Soweit die SE-Verordnung nicht ausnahmsweise eine „kursorische Einzelregelung“¹⁸⁷ trifft, unterliegt die Europäische Aktiengesellschaft daher außerhalb des Regelungsbereichs der SE-Verordnung wie jede andere Gesellschaft sonstigem Gemeinschaftsrecht und vor allem nationalem Recht¹⁸⁸. Nationales Recht gilt hier unmittelbar. Die Kollisionsnormen der Mitgliedstaaten bestimmen das maßgebliche Sachrecht. Im Streitfall wendet das angerufene Gericht das Kollisionsrecht seines Mitgliedstaates an¹⁸⁹.

Der Meinungsstreit ist im Rahmen der vorliegenden Arbeit nur von beschränkter Bedeutung, da die Gründung durch Verschmelzung zum Regelungsbereich der SE-Verordnung zählt¹⁹⁰. Lediglich bei Rechtsfragen, die nur im weiteren Sinne mit der Gründung zusammenhängen, können die Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.

Auch in den übrigen Bereichen wirkt sich der Meinungsstreit nur in seltenen Konstellationen aus, wenn man davon ausgeht, dass sich gemäß Art. 9 Abs. I lit. c Ziff. ii SE-VO das im Einzelfall anwendbare Recht grundsätzlich ebenfalls nach dem Kollisionsrecht des befassen Gerichts bestimmt¹⁹¹. Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO weicht dann insoweit von der unmittelbaren Anwendung des einzelstaatlichen Rechts ab, als er anordnet, dass die SE wie eine Aktiengesellschaft zu behandeln ist, die nach dem Recht des Sitzstaats gegründet wurde. Das Ergebnis wird dadurch nur dann beeinflusst, wenn die SE ihren Sitz nach der Gründung verlegt hat und das maßgebliche Kollisionsrecht an das Recht des Staates anknüpft, nach dem die Gesellschaft gegründet wurde.

Ein Unterschied kann sich weiter daraus ergeben, dass Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO auf das Recht allein der Mitgliedstaaten verweist. Beschränkt sich die Anwendung der

¹⁸⁶ Begründung der Europäischen Kommission zum Vorschlag von 1991, BT-Drucksache 12/1004 vom 30.7.91

¹⁸⁷ Siehe Fn. 60 und 2. Kap. B II.

¹⁸⁸ So auch der 20. Erwägungsgrund; von Caemmerer in: FS Kronstein S. 172 (195); Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 961.

¹⁸⁹ Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 961; Begründung der Europäischen Kommission zu Art. 7 des Vorschlags einer SE-Verordnung von 1989 (Bundratsdrucksache 488/89 vom 13.09.1989)

¹⁹⁰ Siehe 2. Kap. B II

Norm auf den Regelungsbereich der SE-Verordnung, ermittelt ein Gericht, das in einem Nicht-Mitgliedstaat angerufen wird, das anzuwendende Sachrecht außerhalb des Regelungsbereichs der SE-Verordnung anhand seines eigenen Kollisionsrechts. Wendet man hingegen Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO außerhalb des Regelungsbereichs an und versteht die Vorschrift als Generalverweisung auch auf das Kollisionsrecht der Mitgliedstaaten, muss ein Gericht, das in einem Nicht-Mitgliedstaat zur Entscheidung berufen wird, das Kollisionsrecht der Mitgliedstaaten anwenden. Ungeklärt ist, wessen Internationales Privatrecht im Einzelfall anzuwenden wäre. Auch dieser Unterschied ist von eher theoretischer Bedeutung, da über Angelegenheiten der SE regelmäßig das Gericht eines Mitgliedstaats entscheiden wird.

b) Anwendbarkeit in der Gründungsphase

Art. 9 SE-VO verweist auf die „Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates, die auf eine ... gegründete Aktiengesellschaft Anwendung finden würden,“ und damit nach seinem Wortlaut weder auf die Vorschriften über die Gründung einer Gesellschaft noch auf die nationalen Bestimmungen über die Vorgesellschaft¹⁹². In der Gründungsphase ist die SE noch nicht existent, so dass Art. 9 SE-VO, der bestimmt, welchen Vorschriften „die SE unterliegt“, auch insoweit nicht einschlägig ist¹⁹³.

Die gleiche Frage wird in Bezug auf Art. 2 EWIV-VO diskutiert. Diese Vorschrift erklärt „das innerstaatliche Recht des Staates, in dem die Vereinigung nach dem Gründungsvertrag ihren Sitz hat“, für anwendbar. Die Autoren Meyer-Landrut, Selbherr und Manz vertreten die Ansicht, dass Art. 2 EWIV-VO trotz des Wortlauts auch in der Gründungsphase und auf die Vorvereinigung anwendbar sei¹⁹⁴. Sie berufen sich dabei insbesondere auf Gründe der Praktikabilität und Rechtssicherheit. Nach dem Willen der Gründer und – in Anbetracht der Teilregelung in Art. 9 Abs. 2 EWIV-VO – dem Willen des Gesetzgebers solle bereits in der Gründungsphase und für die Vorvereinigung das durch die EWIV-Verordnung bestimmte Recht gelten.

Bei der SE liegt die Sache insoweit anders, als Art. 15 Abs. 1 und 18 SE-VO für den Bereich der Gründung durch Verschmelzung das subsidiär anzuwendende Recht bestimmen. Als die spezielleren Regelungen gehen sie Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO

¹⁹¹ Siehe 2. Kap. C II 2 b aa

¹⁹² Die englische und französische Fassung des Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO lauten entsprechend: „the provisions of Member States‘ laws which would apply to a public limited-liability company formed in accordance with the law of the Member State in which the SE has its registered office“ bzw. „les dispositions de loi des Etats membres qui s‘appliqueraient à une société anonyme constituée selon le droit de l‘Etat membre dans lequel la SE a son siège statutaire.“

¹⁹³ Gegen eine Anwendung des Art. 9 Abs. 1 SE-VO auf die Gründung spricht sich auch Teichmann (ZGR 2002, 383 (415 f)) aus.

¹⁹⁴ Meyer-Landrut, EWIV, S. 158 f; Manz in: Selbherr/ Manz, EWIV, Art. 2 Rn. 14

vor. Selbst wenn man die Voraussetzungen der Generalverweisung für gegeben erachtet, kommt sie im Bereich der Gründung nicht zur Anwendung. Es ist daher nicht notwendig, ihren Anwendungsbereich über den Wortlaut der Norm hinaus auszudehnen. Für die hier vertretene Auslegung spricht auch, dass Art. 11 a Abs. 1 SE-VOV 1991, der Art. 15 Abs. 1 SE-VO entspricht, andernfalls neben der Generalverweisung in Art. 7 Abs. 1 lit. b SE-VOV 1991 überflüssig gewesen wäre, da beide Vorschriften auf das Aktienrecht des Sitzstaates verweisen.

4. Art. 15 Abs. 1 SE-VO

Art. 15 Abs. 1 SE-VO bestimmt, dass für die Gründung der SE das Aktienrecht des künftigen Sitzstaates der SE gelten soll, soweit die Bestimmungen der SE-Verordnung keine abschließende Regelung treffen. Art. 15 Abs. 1 SE-VO stellt eine sog. partielle Generalverweisung für den Bereich der Gründung dar¹⁹⁵. In ihrer Begründung zu dem mit Art. 15 Abs. 1 SE-VO fast wortgleichen Art. 11 a SE-VOV 1991 stellt die Europäische Kommission klar, dass auf die SE neben den ausdrücklichen Bestimmungen der Verordnung alle Vorschriften anwendbar sind, die nach dem Recht des Sitzstaates der SE für die Gründung von Aktiengesellschaften gelten¹⁹⁶. Wie die sonstigen Regelungen in der SE-Verordnung¹⁹⁷ sind die Vorschriften über die Gründung grundsätzlich nicht abschließend gedacht. Art. 15 Abs. 1 SE-VO soll gewährleisten, dass die SE grundsätzlich die gleichen Gründungsvoraussetzungen erfüllt wie eine nationale Aktiengesellschaft, die auf vergleichbarem Wege gegründet wird.

Der Begriff der Gründung ist nicht eng zu fassen wie in Art. 26 Abs. 1 SE-VO, der darunter nur die Entstehung der SE im Zeitpunkt der Eintragung versteht, nicht aber das vorangehende Verfahren. Dem Zweck der Verweisung und dem Willen der Europäischen Kommission entsprechend, ist der Begriff der Gründung in dem weiten Sinne zu verstehen, den er als Überschrift des zweiten Titels der SE-Verordnung hat¹⁹⁸.

Art. 18 SE-VO, der auf das Verschmelzungsrecht verweist, dem die Gründungsgesellschaften unterliegen, steht einer weiten Auslegung des Begriffs „Gründung“ nicht entgegen. Die Vorschriften über die Gründung einer Holding-SE oder die Gründung einer SE durch Umwandlung kennen eine dem Art. 18 SE-VO entsprechende Vorschrift nicht. Sie regeln die Verfahrensabschnitte, die die an der

¹⁹⁵ Siehe 2. Kap. B II 2

¹⁹⁶ Begründung der Europäischen Kommission zum Vorschlag von 1991, BT-Drucksache 12/1004 vom 30.7.91

¹⁹⁷ Siehe 2. Kap. B IV

¹⁹⁸ So im Ergebnis wohl auch Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (553)

Gründung beteiligten Gesellschaften betreffen, nicht abschließend¹⁹⁹. Folglich muss Art. 15 Abs. 1 SE-VO auch bezüglich dieser Verfahrensabschnitte zur Anwendung gelangen. Der Begriff der Gründung kann nicht allein für die Gründungsform der Verschmelzung enger gefasst werden.

Für eine weite Auslegung spricht zudem die Geschichte der Norm. Im Vorschlag einer SE-Verordnung von 1991 gab es noch keine Norm, die dem heutigen Art. 18 SE-VO entsprochen hätte. Art. 11 a Abs. 1 SE-VOV 1991, die Vorgängernorm zu Art. 15 Abs. 1 SE-VO, bezog sich damals auf das gesamte Gründungsverfahren²⁰⁰.

Art. 2 Abs. 1 EWIV-VO erklärt u.a. in Bezug auf den Gründungsvertrag der EWIV das Recht ihres Sitzstaates für anwendbar und ist insoweit mit Art. 15 Abs. 1 SE-VO vergleichbar. Teilweise wird vertreten, Art. 2 EWIV-VO sei erst ab Eintragung der EWIV anwendbar, da die Gesellschaft davor keinen Sitz habe²⁰¹. Anders als Art. 2 Abs. 1 EWIV-VO spricht Art. 15 Abs. 1 SE-VO aber nicht von dem Staat, in dem die Gesellschaft „ihren Sitz hat“, sondern von dem Staat, in dem sie „ihren Sitz begründet“. Im Gegensatz zu Art. 2 Abs. 1 EWIV-VO gilt Art. 15 Abs. 1 SE-VO nur für die Gründung der SE. Würde man ihren Geltungsbereich auf die Zeit nach der Eintragung und damit nach Abschluss des Gründungsverfahrens beschränken, wäre die Vorschrift sinnlos²⁰². Art. 15 Abs. 1 SE-VO ist folglich auf den gesamten Gründungsvorgang anzuwenden²⁰³.

Eine andere Frage ist, inwieweit Art. 15 Abs. 1 SE-VO von spezielleren Regelungen verdrängt wird. Die Verweisung gilt „vorbehaltlich der Bestimmungen dieser Verordnung“ und setzt damit eine Regelungslücke²⁰⁴ voraus. Zu den „Bestimmungen dieser Verordnung“, die der Anwendung des Art. 15 Abs. 1 SE-VO entgegenstehen können, zählen speziellere Verweisungsnormen, da dem Wortlaut keine Beschränkung auf materielle Regelungen zu entnehmen ist. Zwischen sachrechtlichen Regelungen und Spezialverweisungen, die das anwendbare Recht für einen enger definierten Bereich bestimmen und dadurch die betreffende Rechtsfrage regeln, besteht kein funktionaler Unterschied²⁰⁵. Der Vorrang einer spezielleren gegenüber einer allgemeineren

¹⁹⁹ In den Vorschriften Art. 32-34 SE-VO über die Gründung einer Holding-SE fehlt etwa eine Vorschrift über die Mehrheit, die für den Verschmelzungsbeschluss erforderlich ist.

²⁰⁰ Trojan-Limmer RIW 1991, 1010 (1013); Schwarz/ Lösler NotBZ 2001, 117 (119); Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 135

²⁰¹ Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 1010; Scriba, EWIV, S. 101 ff; a.A.: Manz in: Selbherr/ Manz, EWIV, Art. 2 Rn. 14; Meyer-Landrut, EWIV, S. 158

²⁰² Teichmann ZGR 2002, 383 (414 f)

²⁰³ Kersting DB 2001, 2079 f; Teichmann ZGR 2002, 383 (414 f)

²⁰⁴ Zur Feststellung von Regelungslücken siehe 2. Kapitel B IV

²⁰⁵ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (553)

Verweisung ergibt sich zudem aus dem Spezialitätsgrundsatz, der auch im Gemeinschaftsrecht gilt²⁰⁶.

Zwischen Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO und Art. 15 Abs. 1 SE-VO besteht kein Konkurrenzverhältnis, weil Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO vor der Gründung der SE nicht anwendbar ist²⁰⁷.

Spezialverweisungen im Titel II der SE-Verordnung über die Gründung der SE gehen Art. 15 Abs. 1 SE-VO regelmäßig vor. Eine nähere Abgrenzung soll in den Abschnitten über die jeweilige Verweisungsnorm vorgenommen werden²⁰⁸.

5. Art. 18 SE-VO

Bei der Gründung einer SE durch Verschmelzung ist gemäß Art. 18 SE-VO auf jede Gründungsgesellschaft nationales Verschmelzungsrecht anzuwenden. Voraussetzung ist, dass der Bereich, zu dem die Rechtsfrage gehört, von den Verordnungsvorschriften über die Gründung durch Verschmelzung überhaupt nicht geregelt ist²⁰⁹ oder diese Vorschriften zwar den Bereich im weiteren Sinne nicht aber die konkrete Rechtsfrage regeln²¹⁰. Art. 18 SE-VO formuliert die Voraussetzung für die Anwendung des mitgliedstaatlichen Rechts damit ähnlich wie Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO und setzt eine Regelungslücke voraus²¹¹. Die gewählte Formulierung stellt zudem zweierlei klar: Der Regelungsbereich der Verordnung beschränkt sich nicht auf die ausdrücklich geregelten Bereiche und die Normen über die Gründung durch Verschmelzung sind grundsätzlich nicht abschließend zu verstehen. Die Anwendung des Art. 18 SE-VO ist ausgeschlossen, soweit eine sachliche Regelung oder eine speziellere Verweisungsnorm in den Vorschriften dieses Abschnitts der SE-Verordnung existiert.

Art. 18 SE-VO nennt keine konkrete rechtliche Frage, für die nationalen Verschmelzungsvorschriften gelten sollen, sondern bestimmt, dass „auf jede Gründungsgesellschaft“ die für die Verschmelzung von Aktiengesellschaften geltenden Vorschriften des Mitgliedstaats anzuwenden sind, dessen Recht die jeweilige Gründungsgesellschaft unterliegt. Die Verweisung gilt nicht für die gesamte Verschmelzung, sondern lediglich für Rechtsfragen, die in einer gewissen Beziehung zu

²⁰⁶ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (553) im Anschluss an Beutler/ Bieber/ Pipkorn/ Streil, Die Europäische Union, 4. Aufl. 1993, S. 206; Wagner, Europäische Verein, S. 50 Fn. 20

²⁰⁷ Siehe 2. Kap. C I 3 b; unklar Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (553 Fn. 67)

²⁰⁸ Zur Abgrenzung zwischen Art. 15 Abs. 1 SE-VO und Art. 18 SE-VO siehe 2. Kap. C I 5. Zur Abgrenzung zwischen Art. 15 Abs. 1 und sonstigen Spezialverweisungen siehe 2. Kap. C I 6.

²⁰⁹ Art. 18 Alt. 1 SE-VO

²¹⁰ Art. 18 Alt. 2 SE-VO

der Gründungsgesellschaft stehen. „Gründungsgesellschaften“ sind die sich verschmelzenden, d.h. die übertragenden und ggf. die aufnehmenden Gesellschaften. Die englische²¹² und die französische²¹³ Fassung des Art. 18 SE-VO bringen zum Ausdruck, dass jede Gründungsgesellschaft den Verschmelzungsvorschriften ihres Mitgliedstaates unterliegt. Diese Formulierungen legen es nahe, Art. 18 SE-VO anzuwenden, soweit Rechte und Pflichten der betreffenden Gründungsgesellschaften in Frage stehen. Aufschluss gibt möglicherweise auch Art. 36 SE-VO, die Parallelvorschrift zu Art. 18 SE-VO in Bezug auf die Gründung einer Tochter-SE. Art. 36 SE-VO schreibt vor, dass „auf die an der Gründung beteiligten Gesellschaften ... die Vorschriften über deren Beteiligung an der Gründung einer Tochtergesellschaft in Form einer Aktiengesellschaft nationalen Rechts“ Anwendung finden. Es geht also darum, in welcher Form sich die Gründungsgesellschaft an der Gründung an der Gründung beteiligen darf und muss. Das legt den Schluss nahe, dass nationales Verschmelzungsrecht über Art. 18 SE-VO in Bezug auf die Rechte und Pflichten der Gründungsgesellschaften gelten soll. Die Geltung des Art. 18 SE-VO erstreckt sich folglich einerseits auf das Recht der Gesellschaft, sich an der Gründung zu beteiligen, andererseits auf die Verfahrenshandlungen, die von der Gesellschaft im Gründungsverfahren vorgenommen werden müssen. Die Anknüpfung in Art. 18 SE-VO entspricht der Behandlung grenzüberschreitender Fusionen im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht, wonach für die Verschmelzungsfähigkeit und das Gründungsverfahren das Gesellschaftsstatut der jeweiligen Gründungsgesellschaft maßgeblich ist²¹⁴.

Bei der Auslegung von Gemeinschaftsrecht ist der Wortlaut nur begrenzt aussagekräftig. Wichtiger sind Ziel und Zweck der Norm. Die Vorschriften über die Gründung durch Verschmelzung in der SE-Verordnung dienen in erster Linie dem Schutz der Gläubiger und Anteilseigner der Gründungsgesellschaften. Der Verschmelzungsrichtlinie, an die sich die Vorschriften anlehnen, wird dieser Zweck in den Erwägungsgründen ausdrücklich zugewiesen²¹⁵. Da sich die Vorschriften über die Gründung durch Verschmelzung an die Verschmelzungsrichtlinie anlehnen, liegt es nahe, dass sie das gleiche Ziel verfolgen.. Die Aktionäre und Gläubiger der Gründungsgesellschaften

²¹¹ Siehe dazu 2. Kap. B III und IV

²¹² „each company involved in the formation of an SE by merger shall be governed by“

...
²¹³ „chaque société participant à la constitution d’une SE par voie de fusion est soumise aux ..“

²¹⁴ Kindler in: MüKo IntGesR Rn. 664 ff; Großfeld in: Staudinger IntGesR Rn. 683. Auf diese Parallele weist auch Teichmann (ZGR 2002, 383 (417 Fn. 157)) hin. Die grenzüberschreitende Verschmelzung scheidet nicht am Kollisionsrecht, sondern am materiellen deutschen Recht, siehe Behrens ZGR 1994, 1 (13)

²¹⁵ 4. und 6. Erwägungsgrund der Verschmelzungsrichtlinie; siehe auch Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 207 und Ganske DB 1981, 1551

bedürfen besonderen Schutzes, weil die Verschmelzung zum Erlöschen der übertragenden Gesellschaften und ggf. zur Gesamtrechtsnachfolge durch die aufnehmende Gesellschaft und die Erweiterung des Kreises ihrer Aktionäre führt. Durch den Verweis in Art. 18 SE-VO auf das Recht des Mitgliedstaates, dem die Gründungsgesellschaft unterliegt, sollen die Gläubiger und Aktionäre der Gründungsgesellschaft in den nicht von der Verordnung geregelten Bereichen so gestellt werden wie bei einer nationalen Verschmelzung. Den Betroffenen soll eine gewisse Rechtssicherheit gewährt werden. Es bleibt ihnen erspart, sich mit dem fremden Recht eines anderen Mitgliedstaates, etwa des künftigen Sitzstaates der SE, vertraut zu machen. Über Art. 18 SE-VO kommen folglich diejenigen Vorschriften zur Anwendung, die dem Schutz der Aktionäre und Gläubiger der Gründungsgesellschaft dienen. Berücksichtigt man dazu den Wortlaut des Art. 18 SE-VO, umfasst die Verweisung alle Vorschriften, die Rechte und Pflichten der Gründungsgesellschaft und ihrer Organe zum Schutz der Anteilseigner und der Gläubiger der Gründungsgesellschaft begründen.

Art. 18 SE-VO muss im Zusammenhang mit Art. 15 Abs. 1 SE-VO gesehen werden. Art. 15 Abs. 1 und Art. 18 SE-VO stehen in einem Verhältnis der Konkurrenz, weil die Vorschriften, auf die sie verweisen, den gleichen Gegenstand haben. Art. 15 Abs. 1 SE-VO ist die allgemeinere Vorschrift, da sie für alle Gründungsformen gilt. Sie geht daher Art. 18 SE-VO nicht vor, der nur unter dem Vorbehalt der Bestimmungen des Abschnitts über die Gründung durch Verschmelzung steht. Die Autoren Brandt und Scheifele schließen aus der Stellung des Art. 15 Abs. 1 SE-VO und des Art. 18 SE-VO im Aufbau der SE-Verordnung vielmehr, dass Art. 18 SE-VO die allgemeinere Verweisung in Art. 15 Abs. 1 SE-VO verdrängt²¹⁶. Das würde aber bedeuten, dass die Gründungs- und Verschmelzungsvorschriften des künftigen Sitzstaates der SE in keiner Weise zu berücksichtigen wären. Statt dessen wären bei jedem Schritt des Gründungsverfahrens so viele verschiedene Verschmelzungsrechte wie Gründungsgesellschaften zu beachten. Das für das Gründungsverfahren geltende Recht wäre dann schwer zu überblicken und nur mit erhöhtem Aufwand umzusetzen. Im Einzelfall müssten Widersprüche zwischen den verschiedenen Vorschriften gelöst werden. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Verschmelzungsrichtlinie zwar zu einer Gleichwertigkeit der mitgliedstaatlichen Vorschriften über die Verschmelzung von Aktiengesellschaften, nicht aber zu deren Vereinheitlichung geführt hat. Daher sprechen bereits Gründe der Praktikabilität gegen eine solche Auslegung. Außerdem lässt sich Art. 26 Abs. 4 SE-VO entnehmen, dass Art. 15 Abs. 1 SE-VO auch bei der Gründung durch Verschmelzung Anwendung findet.

²¹⁶ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (554 f)

Ziel und Zweck des Art. 15 Abs. 1 SE-VO erfordern dessen Geltung auch bei der Gründung durch Verschmelzung²¹⁷. Die Anwendung des Gründungsrechts, das im künftigen Sitzstaat der SE gilt, soll die Gläubiger und die künftigen Anteilseigner der SE schützen. Sie sollen sich darauf verlassen können, dass - vorbehaltlich der SE-Verordnung - die gleichen Gründungsvoraussetzungen gelten wie für nationale Aktiengesellschaften dieses Mitgliedstaats. Von Bedeutung für die Gläubiger ist insbesondere, dass die Satzung mit dem Recht des künftigen Sitzstaates der SE vereinbar ist und die behördliche bzw. gerichtliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Verschmelzung die gleichen Anforderungen erfüllt wie bei der rein nationalen Gründung, Verschmelzung oder Umwandlung. Zu diesem Zweck bedarf es der Anwendung des Art. 15 Abs. 1 SE-VO auch bei der Gründung durch Verschmelzung neben Art. 18 SE-VO. Soweit es zum Schutz der künftigen Gläubiger und der künftigen Anteilseigner der SE erforderlich ist, sind über Art. 15 Abs. 1 SE-VO die Vorschriften des künftigen Sitzstaates der SE über die Verschmelzung zu einer Aktiengesellschaft anzuwenden. Art. 15 Abs. 1 und 18 SE-VO betreffen verschiedene Sphären. Art. 18 SE-VO betrifft die Sphäre der Gründungsgesellschaften, in der es um die Wahrung der Interessen der Anteilseigner und Gläubiger der jeweiligen Gründungsgesellschaft geht. Gegenstand des Art. 15 Abs. 1 SE-VO ist die Sphäre der SE, in der es um den Schutz der künftigen Gläubiger und Anteilseigner der SE geht²¹⁸.

Die Vorschriften über die Gründung einer SE durch Verschmelzung ordnen an einigen Stellen an, welches Recht für einen bestimmten rechtlichen Aspekt gelten soll. Als Spezialverweisungen gehen sie Art. 15 Abs. 1 und 18 SE-VO vor. Unterteilt man die Spezialverweisungen in Vorschriften, die auf das Recht des künftigen Sitzstaates der SE verweisen, und in Verweisungen auf das Recht, dem die jeweilige Gründungsgesellschaft unterliegt, bestätigt sich die hier vertretene Sphärenabgrenzung. Soweit es um die Interessen der Anteilseigner und Gläubiger der Gründungsgesellschaften geht, findet nach dem Willen des Gesetzgebers das Recht, dem die Gründungsgesellschaft unterliegt, Anwendung. So verweist Art. 24 SE-VO zum Schutz der Minderheitsaktionäre und Gläubiger der Gründungsgesellschaft und der Inhaber von Sonderrechten gegenüber der Gründungsgesellschaft auf das mitgliedstaatliche Recht, dem die jeweilige

²¹⁷ Vgl. Kindler in: MüKo IntGesR Rn. 659, der die Anwendung des Rechts der aufnehmenden Gesellschaft bei transnationalen Verschmelzungen ebenfalls für unverzichtbar erklärt.

²¹⁸ Priester (ZGR 1999, 36 (38)) nimmt eine ähnliche Sphärenabgrenzung bei der grenzüberschreitenden Sitzverlegung nach dem Vorschlag für eine Vierzehnte Richtlinie vor. Dabei grenzt er die Sphäre des Wegzugstaates, in der es um die Minderheitsgesellschafter und die bisherigen Gläubiger der Gesellschaft geht, von der Sphäre des Zuzugsstaates ab, in der es um den Schutz der künftigen Gläubiger und Gesellschafter geht.

Gründungsgesellschaft unterliegt. Die Bekanntmachung des Verschmelzungsplans und die Offenlegung der Durchführung der Verschmelzung, die beide dem Schutz der Anteilseigner und der Gläubiger der Gründungsgesellschaften dienen, richten sich gemäß Art. 21²¹⁹ und 28 SE-VO nach den Vorschriften des Mitgliedstaates der Gründungsgesellschaft. Die zweite Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle hingegen, die den Interessen der späteren Gläubiger und Anteilseigner der SE dient, erfolgt gemäß Art. 26 SE-VO nach dem Recht des künftigen Sitzstaates der SE.

Die Anwendungsbereiche von Art. 15 Abs. 1 und Art. 18 SE-VO können sich überschneiden. Dient ein Verfahrensschritt sowohl dem Schutz der Anteilseigner und Gläubiger der Gründungsgesellschaften als auch dazu, die Interessen der künftigen Gläubiger und Anteilseigner der SE zu wahren, sind die Vorschriften des künftigen Sitzstaates der SE und die Verschmelzungsvorschriften des Mitgliedstaats, dessen Recht die Gründungsgesellschaft unterliegt, kumulativ anzuwenden. Das bedeutet, dass die Anforderungen beider Rechtsordnungen erfüllt werden müssen. Treffen die verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlich strenge Regelungen, ist die strengere Vorschrift maßgeblich²²⁰.

Das Gleiche muss gelten, wenn die Vorschriften der Mitgliedstaaten verschiedener Gründungsgesellschaften gemäß Art. 18 SE-VO auf denselben Sachverhalt anzuwenden sind²²¹. Führen die Gründungsgesellschaften den betreffenden Verfahrensschritt getrennt durch, wendet jede Gründungsgesellschaft das Recht des Mitgliedstaates, dem sie unterliegt, an. Wird eine Vorbereitungsmaßnahme, etwa die Sachverständigenprüfung oder die Erstellung des Verschmelzungsplans von den Gründungsgesellschaften gemeinsam vorgenommen, sind die Rechte aller Gründungsgesellschaften zu beachten, d.h. die strengste Norm ist zu erfüllen²²². Widersprechen sich die für die verschiedenen Gründungsgesellschaften maßgeblichen Normen, müssen die Maßnahmen für die Gründungsgesellschaften getrennt durchgeführt werden.

²¹⁹ Art. 21 SE-VO ermächtigt den Mitgliedstaat zu darüberhinausgehenden Auflagen.

²²⁰ Blanquet, L'Observateur de Bruxelles, Nr. 41, S. 20

²²¹ Vgl. Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 81 f zur grenzüberschreitenden Verschmelzung außerhalb der SE-Verordnung.

²²² Das entspricht der Regelung im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht. Danach sind auf das Verfahren einer grenzüberschreitenden Verschmelzung die Rechte der Gründungsgesellschaften nebeneinander anzuwenden. Solange eine Gesellschaft einen Verfahrensschritt isoliert vornimmt, ist ihr Personalstatut maßgeblich. Werden die beteiligten Gesellschaften gemeinsam tätig, ist die strengste der Rechtsordnungen zu beachten. Siehe Großfeld in: Staudinger IntGesR Rn. 683 mwN; Kindler in: MüKo IntGesR Rn. 668; Behrens ZGR 1994, 1 (13).

6. Speziellere Verweisungsnormen

Nach dem Grundsatz der Spezialität geht eine Verweisung, die das anwendbare Recht in Bezug auf einen speziellen Aspekt regelt, einer Verweisung für einen allgemeineren Bereich vor. Der Vorrang der Spezialverweisungen gegenüber Art. 15 Abs. 1 und 18 SE-VO ergibt sich zudem daraus, dass diese beiden Vorschriften eine Regelungslücke voraussetzen.

Anhaltspunkte dafür, ob eine speziellere Regelung vorliegt, liefert der Aufbau der SE-Verordnung²²³. Da Art. 15 Abs. 1 SE-VO im Abschnitt Allgemeines (Abschnitt 1 des Titels II) angesiedelt ist und für alle Gründungsformen gilt, tritt er hinter den Verweisungen in den Vorschriften über die Gründung durch Verschmelzung (Abschnitt 2 des Titels II) in der Regel zurück²²⁴. Art. 18 SE-VO als die allgemeinere Vorschrift wird von den sonstigen Verweisungen in den Vorschriften über die Gründung durch Verschmelzung²²⁵ verdrängt²²⁶.

Hinsichtlich der Verweisungen außerhalb des Abschnitts über die Gründung durch Verschmelzung lässt sich eine solche allgemeine Regel nicht aufstellen. Es muss in jedem Einzelfall geprüft werden, welche Vorschrift die speziellere ist.

Art. 15 Abs. 2 i.V.m. 13 SE-VO ordnet an, dass die Eintragung der SE nach den Vorschriften des Sitzstaates der SE offen zu legen ist. Art. 15 Abs. 1 SE-VO, der das subsidiär anwendbare Recht generell für die Gründung der SE bestimmt, tritt dahinter als die allgemeinere Vorschrift zurück. Art. 18 SE-VO ist neben Art. 15 Abs. 2 SE-VO nicht anwendbar, weil die Offenlegung der Eintragung – im Gegensatz zur Offenlegung der Durchführung der Verschmelzung nach Art. 28 SE-VO im Register der Gründungsgesellschaft – nicht die Gläubiger und Anteilseigner der Gründungsgesellschaft schützt.

Fraglich ist, ob die Kapitalaufbringung bei Gründung der SE Gegenstand des Art. 5 SE-VO oder der Verweisung in Art. 15 Abs. 1 SE-VO ist. Art. 18 SE-VO ist in Bezug auf die Kapitalaufbringung nicht anzuwenden, weil die entsprechenden Vorschriften dem Schutz der künftigen Gläubiger der SE und nicht der Gläubiger und Anteilseigner der Gründungsgesellschaften dienen.

²²³ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (554 f)

²²⁴ Das gilt – wie eben ausgeführt – nicht für die Verweisung in Art. 18 SE-VO.

²²⁵ Art. 17 Abs. 2 S. 1; Art. 19 Unterabs. 1; Art. 19 Abs. 2 S. 2; Art. 21; Art. 24 Abs. 1; Art. 24 Abs. 2; Art. 25 Abs. 1; Art. 25 Abs. 3; Art. 26 Abs. 1; Art. 28; Art. 29 Abs. 3; Art. 31 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 Unterabs. 1; Art. 31 Abs. 2 Unterabs. 2 SE-VO

²²⁶ Ebenso Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (554 f)

Die Kapitalaufbringung bei der Gründung kann sowohl dem von Art. 5 SE-VO erfassten Bereich „Kapital“ als auch dem Gebiet der „Gründung“ - und damit Art. 15 Abs. 1 SE-VO - zugeordnet werden. Betrachtet man die früheren Vorschläge einer SE-Verordnung, ist die Sachgründungsprüfung, soweit sie ausdrücklich erwähnt wird, im Kapitel über die Gründung geregelt²²⁷. Wann, in welcher Höhe und Form die Einlagen zu erbringen sind, ist hingegen Gegenstand des Kapitels „Kapital“²²⁸. Anhand der Begriffe „Kapital“ und „Gründung“ kann somit die einschlägige Verweisungsnorm nicht ermittelt werden.

Nach seinem Wortlaut setzt Art. 5 SE-VO die Eintragung der SE voraus („eingetragen ist“), ist also in der Gründungsphase nicht anwendbar²²⁹. Für die Kapitalaufbringung, insbesondere eine eventuell erforderliche Kapitalerhöhung oder Sachgründungsprüfung, ist daher Art. 15 Abs. 1 SE-VO maßgeblich, solange die SE noch nicht im Register ihres Sitzstaates eingetragen ist²³⁰.

Die Frage, ob Art. 5 oder 15 Abs. 1 SE-VO auf die Kapitalaufbringung bei der Gründung anzuwenden ist, bleibt ohne große praktische Bedeutung, da über beide Vorschriften regelmäßig²³¹ das Recht des Sitzstaates der SE zur Anwendung gelangt. Dieser Gleichlauf gewährleistet, dass der gesamte Bereich der Kapitalaufbringung und – erhaltung sich nach demselben Recht richtet. Dadurch werden Regelungslücken, Unstimmigkeiten und Widersprüche vermieden, die entstehen könnten, wenn sich z.B. die Einlagepflicht vor der Eintragung der SE nach einer anderen Rechtsordnung beurteilen würde als nach der Gründung.

Art. 10 SE-VO ist keine Verweisungsnorm, sondern verbietet dem Gesetzgeber, die SE – vorbehaltlich der SE-Verordnung – anders als nationale Aktiengesellschaften zu behandeln.

²²⁷ Art. 15 Abs. 3 b SE-VOV 1970; Art. 35 b SE-VOV 1975 in Bezug auf Gründung einer Tochtergesellschaft.

Die Prüfung der Bewertung von Sacheinlagen, die im Rahmen einer Kapitalerhöhung geleistet werden, war hingegen im Kapitel über das Kapital vorgeschrieben: Art. 42 Abs. 3 SE-VOV 1970; Art. 41 Abs. 2 SE-VOV 1975; Art. 42 Abs. 2 SE-VOV 1989; Art. 42 Abs. 4 SE-VOV 1991.

²²⁸ Art. 38 Abs. 2 a und 2 b SE-VOV 1991; Art. 38 Abs. 2 S. 2 und 3 SE-VOV 1989; Art. 40 Abs. 2 SE-VOV 1975; Art. 40 Abs. 2 SE-VOV 1970

²²⁹ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (555 Fn. 87)

²³⁰ Ebenso in Bezug auf die Sachgründungsvorschriften: Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 135 und Trojan-Limmer RIW 1991, 1010 (1013), jeweils zu SE-VOV 1991. Nicht ganz eindeutig: Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (555). A.A. wohl Teichmann ZGR 2002, 383 (387)

²³¹ Etwas anderes gilt nur, wenn der künftige Sitz und die geplante Hauptverwaltung der SE unter Verstoß gegen Art. 7 S. 1 SE-VO in verschiedenen Mitgliedstaaten liegen. Nach Auffassung von Wagner NZG 2002, 985 (987 und 989) verweisen Art. 5 und Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO ausnahmslos auf das Sachrecht des Sitzstaates der SE.

II. Umfang der Verweisung

1. Allgemeines

a) Gesamt- oder Sachnormverweisung

In Bezug auf den Umfang der Verweisung ist – wie bei Verweisungen im Sinne des Internationalen Privatrechts - zwischen Gesamt- und Sachnormverweisungen zu unterscheiden²³². Eine Sachnormverweisung beruft unmittelbar die sachlichen Vorschriften eines bestimmten Staates zur Anwendung. Eine Gesamtverweisung hingegen verweist allgemein auf das Recht eines bestimmten Staates und damit auch auf sein Internationales Privatrecht, anhand dessen das maßgebliche Sachrecht zu ermitteln ist.

aa) Auswirkungen

Welche Auswirkungen die Wertung als Gesamt- oder als Sachnormverweisung hat, richtet sich nach dem Internationalen Privatrecht der Mitgliedstaaten. In den Mitgliedstaaten der Europäischen Union wurde das Recht, das auf eine Gesellschaft anzuwenden ist, bisher nach unterschiedlichen Kriterien bestimmt²³³. In den meisten kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen, darunter Deutschland, galt die Sitztheorie²³⁴. Danach unterliegt eine Gesellschaft dem Recht des Staates, in dem ihr tatsächlicher Verwaltungssitz, d.h. ihre Hauptverwaltung²³⁵ liegt. Die Gründungstheorie, die traditionell vor allem im anglo-amerikanischen Rechtskreis vorherrscht,²³⁶ beurteilt die Rechtsverhältnisse einer Gesellschaft nach dem Recht des Staates, nach dem die Gesellschaft gegründet wurde²³⁷.

²³² Sonnenberger in: MüKo Einl IPR Rn. 331 und Art. 4 EGBGB Rn. 1 ff

²³³ Überblick bei Großfeld in: Staudinger IntGesR Rn. 120; Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 152; Nobel in: Nobel, Internationales Gesellschaftsrecht, S. 29 (33)

²³⁴ Der Sitztheorie folgten Deutschland (st. Rspr. des BGH, so z.B. BGHZ 97, 269 (271) mwN; Hüffer, AktG, § 1 Rn. 25 mwN), Griechenland (Digenopoulos in: Behrens, GmbH, GR 51; Großfeld in: Staudinger IntGesR Rn. 153), Portugal (Rau in: Behrens, GmbH, P 55; Stieb in: Hohloch, EU-Handbuch GesR, Portugal Rn. 7; Großfeld in: Staudinger IntGesR Rn. 153), Spanien (Keil in: Behrens, GmbH E 51; Martinez in: Hohloch, EU-Handbuch GesR, Spanien Rn. 7; Großfeld in: Staudinger IntGesR Rn. 153), Luxemburg (Behrens in: Behrens, GmbH, L 48; Großfeld in: Staudinger IntGesR Rn. 153), Belgien (Behrens in: Behrens, GmbH, B 49; Großfeld in: Staudinger IntGesR Rn. 153), Frankreich (Behrens in: Behrens, GmbH, F 50; Großfeld in: Staudinger IntGesR Rn. 153) und Österreich (Szep in: Hohloch, EU-Handbuch GesR, Österreich Rn. 14; Großfeld in: Staudinger IntGesR Rn. 153; Anwendung der Sitztheorie aber durch Art. 48 Abs. 1 EG i.V.m. Art. 43 EG eingeschränkt, siehe OGH RIW 2000, 378 (380)).

²³⁵ Hüffer, AktG, § 1 Rn. 25, Nobel in: Nobel, Internationales Gesellschaftsrecht, S. 29 (33)

²³⁶²³⁶ Die Gründungstheorie vertreten Großbritannien und Irland (Behrens in: Behrens, GmbH, GB/NI/EI 59; Hohloch in: Hohloch, EU-Handbuch GesR, Vereinigtes Königreich Rn. 8; Großfeld in: Staudinger IntGesR Rn. 156; Kindler in: MüKo IntGesR Rn. 266 und 381), die Niederlande (Gotzen in: Behrens, GmbH, NL 55; Mehring in: Hohloch, EU-Handbuch GesR, Niederlande Rn. 6; Großfeld in: Staudinger IntGesR Rn. 157; Kindler

Mehrere Entscheidungen des EuGH haben inzwischen klargestellt, daß im Anwendungsbereich der Art. 43 und 48 EG für die Sitztheorie kein Raum mehr ist. Zahlreiche Autoren und der österreichische OGH entnahmen dies bereits dem sog. Centros-Urteil²³⁸ des EuGH vom 09.03.1999²³⁹. Darin entschied der EuGH, dass eine dänische Behörde gegen die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43 i.V.m. 48 EG verstößt, wenn sie die Zweigniederlassung einer Gesellschaft nicht einträgt, weil die Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig errichtet worden ist und ihren Satzungssitz hat, aber ihren tatsächlichen Verwaltungssitz von Anfang an in Dänemark hatte. Andere verteidigten auch nach der „Centros“-Entscheidung die Sitztheorie²⁴⁰.

Nach den Urteilen des EuGH in Sachen „Überseering“²⁴¹ und „Inspire Art Ltd.“²⁴² bleibt aber kaum noch Deutungsspielraum: Inzwischen besteht weitgehend Einigkeit in Rechtsprechung und Literatur, daß die Anwendung der Sitztheorie zumindest auf Zuzugsfälle gegen die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43, 48 EG verstößt und auf eine Gesellschaft selbst dann ihr Gründungsrecht

in: MüKo IntGesR Rn. 266 und 381), Finnland (Collan/ Uusitalo in: Hohloch, EU-Handbuch GesR, Finnland Rn. 7), Schweden (Foerster in: Hohloch, EU-Handbuch GesR, Schweden Rn. 20), Liechtenstein (Kindler in: MüKo IntGesR Rn. 381), eingeschränkt bisher Dänemark (Satzungssitz und tatsächlicher Verwaltungssitz müssen nach bisherigem dänischem Recht im gleichen Staat liegen. Carsten in: Behrens, GmbH, DK 49; Alsted/ Hansen in: Hohloch, EU-Handbuch GesR, Dänemark Rn. 8. Nach Ansicht von Großfeld in: Staudinger IntGesR Rn. 154 und Kindler in: MüKo IntGesR Rn. 382 folgt Dänemark – im Wesentlichen – der Sitztheorie). Italien wendete die Gründungstheorie auf Gesellschaften mit satzungsmäßigem Sitz und geschäftlichem Schwerpunkt im Ausland an; Gesellschaften mit Satzungssitz oder geschäftlichem Schwerpunkt in Italien unterlagen hingegen dem italienischem materiellen Gesellschaftsrecht (Großfeld in: Staudinger IntGesR Rn. 154; Kindler in: MüKo IntGesR Rn. 266 und 381).

²³⁷ Zum Teil wird auch gesagt, die Gründungstheorie knüpfe an den Ort des Satzungssitzes (Behrens IPrax 1999, 323 (329); Kindler in: MüKo IntGesR Rn. 7) bzw. den Ort der Eintragung in das Handelsregister (Werlauff ZIP 1999, 867 (868); Nobel in: Nobel, Internationales Gesellschaftsrecht, S. 29 (33)) an. Der Grund dafür ist wohl, dass nach dem materiellen Recht der Gründungstheorie-Staaten regelmäßig der Satzungssitz im Gründungsstaat liegen muss und die Eintragung im Register des Gründungsstaates erfolgt (Behrens ZGR 1994, 1 (5); Behrens in: Behrens, GmbH, GB/Ni/EI 59; Ebenroth/ Eyles DB 1989, 363 (368))

²³⁸ EuGH NZG 1999, 298

²³⁹ OGH RIW 2000, 378; Freitag EuZW 1999, 267; Cascante RIW 1999, 450; ForsthoFF BB 2002, 318; Burtscher, Europäische Aktiengesellschaft, S. 146

²⁴⁰ Zimmer ZHR 2000, 23; Kindler NJW 1999, 1993, Jaeger NZG 2000, 918; Geiger, EUV/ EGV, Art. 48 EG Rn. 11; Hueck/ Fastrich in: Baumbach/ Hueck, GmbHG, § 4 a Rn. 10, Jaeger NZG 2000, 918 (921); vgl. auch BGH EWiR 2002, 97

²⁴¹ EuGH ZIP 2002, 2037

²⁴² Entscheidung des EuGH vom 30.09.2003, GmbHR 2003, 1260

anzuwenden ist, wenn sie im Gründungsstaat nie tätig war²⁴³. In Sachen „Überseering“ entschied der EuGH am 05.11.2002, dass der Mitgliedstaat, in den eine Gesellschaft ihren Verwaltungssitz verlegt, aufgrund der Niederlassungsfreiheit (Art. 43 und 48 EG) verpflichtet ist, die Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit der ausländischen Gesellschaft anzuerkennen, die diese nach dem Recht ihres Gründungsstaates besitzt. Der Entscheidung „Inspire Art Ltd.“ vom 30.09.2003²⁴⁴ lag die Frage zugrunde, ob eine nach englischem Recht gegründete, aber allein in den Niederlanden operativ tätige Gesellschaft den niederländischen Sondervorschriften für sog. Scheinauslandsgesellschaften unterworfen werden darf. Der EuGH entschied, daß die vom englischen Gründungsrecht abweichenden Regelungen über Kapitalausstattung und Geschäftsführerhaftung nicht angewendet werden dürfen, selbst wenn die Auslandgründung ausschließlich dazu diene, in den Genuß der vorteilhafteren englischen Vorschriften zu kommen.

Noch in der Diskussion ist lediglich, ob die Gläubiger der Gesellschaft durch eine gesonderte, vom Gesellschaftsstatut losgelöste Anknüpfung geschützt werden sollen²⁴⁵. Umstritten ist insbesondere, in welchem Umfang solche Sonderanknüpfungen zulässig sind²⁴⁶. Befürwortet wird zum Teil eine gesonderte deliktsrechtliche Anknüpfung²⁴⁷, insbesondere eine Anwendung des § 826 BGB²⁴⁸, eine Haftung wegen existenzvernichtendem Eingriff²⁴⁹, eine insolvenzrechtliche Anknüpfung²⁵⁰, ein Haftungsdurchgriff wegen

²⁴³ BGHZ 154, 185 (vgl. aber andererseits die Entscheidung BGH BB 2003, 810 (811), in der der BGH außerhalb des Anwendungsbereichs der Art. 43, 48 EG an der Sitztheorie festhält); BGH ZIP 2004, 1549; OLG Zweibrücken GmbHR 2003, 530; BayObLG BayObLGZ 2002, 413; OLG Celle GmbHR 2003, 532; KG DB 2003, 2695 (2696); Bayer BB 2003, 2357; Ebke JZ 2003, 927; Eidenmüller ZIP 2002, 2233; Geyrhalter/Gänßler in NZG 2003, 409; Horn NJW 2004, 893; a.A. Altmeyden NJW 2004, 97

²⁴⁴ Entscheidung des EuGH vom 30.09.2003, GmbHR 2003, 1260

²⁴⁵ Bayer BB 2003, 2357 (2364f); Eidenmüller ZIP 2002, 2233 (2242); Geyrhalter/Gänßler NZG 2003, 409 (414); Horn NJW 2004, 893 (898f); Sandrock BB 2004, 897 (899); Leible/ Hoffmann RIW 2002, 925; Zimmer NJW 2003, 3585 (3588 ff); Spindler/ Berner RIW 2004, 7; Wachter GmbHR 2003, 1254; dagegen: Ebke JZ 2003, 927 (932)

²⁴⁶ Nach Auffassung von Spindler/ Berner RIW 2004, 7 ist höchstens die Anwendung von Vorschriften zum Schutz gesetzlicher Gläubiger, die durch die Vorschriften des Gründungsstaates nicht ausreichend geschützt werden, denkbar.

²⁴⁷ Bayer BB 2003, 2357 (2364f); Horn NJW 2004, 893 (898f); Wachter GmbHR 2003, 1254; Sandrock BB 2004, 897 (899) (allerdings nur in seltenen Ausnahmefällen)

²⁴⁸ Leible/ Hoffmann RIW 2002, 925

²⁴⁹ Eidenmüller ZIP 2002, 2233 (2242); Horn NJW 2004, 893 (898f); Zimmer NJW 2003, 3585 (3588 ff); Wachter GmbHR 2003, 1254

²⁵⁰ Geyrhalter/ Gänßler NZG 2003, 409 (414); Horn NJW 2004, 893 (898f); Zimmer NJW 2003, 3585 (3588 ff) (Sonderanknüpfung nicht bezüglich Anfechtung

Vermögensvermischung oder materieller Unterkapitalisierung²⁵¹ oder eine Anwendung der Grundsätze eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen²⁵². Am weitesten geht Altmeppen²⁵³: Nach dessen Auffassung ist zwar das Recht des Gründungsstaates auf die eigentliche Gründung, Verfassungsänderungen sowie das Erlöschen und die Umwandlung der Gesellschaft anzuwenden. Zum Schutz der Gläubiger der Gesellschaft richte sich die Insolvenzverschleppungshaftung, Existenzvernichtungshaftung, Kapitalerhaltung und der Kapitalersatz einer nach Deutschland zugezogenen Gesellschaft aber nach deutschem Recht.

Wendet man die Gründungstheorie auf die SE an, gelangt man zunächst zu dem Ergebnis, dass sich die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft nach europäischem Recht beurteilen, da die SE nach diesem gegründet worden ist. Für die Frage, welches Recht nach der SE-Verordnung subsidiär zur Anwendung gelangt, ist dieses Ergebnis nicht hilfreich. Es muss daher auf das Gebot des Art. 10 SE-VO zurückgegriffen werden, wonach die SE wie eine Aktiengesellschaft zu behandeln ist, die nach dem Recht des Sitzstaates der SE gegründet wurde. Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO wiederholt dieses Gebot ausdrücklich. Nach der Gründungstheorie ist daher auf die SE das Recht des Sitzstaates der SE anzuwenden.

Da die SE gemäß Art. 7 S. 1 SE-VO verpflichtet ist, ihren satzungsmäßigen Sitz und ihre Hauptverwaltung in den gleichen Mitgliedstaat zu legen, führen Gründungstheorie und Sitztheorie in aller Regel zum gleichen Ergebnis. Unabhängig von der Ausgestaltung des Internationalen Privatrechts gelangen die Sachnormen des Sitzstaates der SE zur Anwendung.

Nur, wenn Satzungssitz und Hauptverwaltung unter Verstoß gegen Art. 7 S. 1 SE-VO in verschiedenen Mitgliedstaaten liegen, kann nach der Sitztheorie ein anderes Recht zur Anwendung gelangen als nach der Gründungstheorie²⁵⁴. Da

eigenkapitalersetzender Darlehen im Insolvenzverfahren, aber wohl schon bezüglich Insolvenzantragspflicht und Insolvenzverschleppungshaftung); Wachter GmbHR 2003, 1254

²⁵¹ Zimmer NJW 2003, 3585 (3588 ff)

²⁵² Eidenmüller ZIP 2002, 2233 (2242)

²⁵³ NJW 2004, 97

²⁵⁴ Führt die grenzüberschreitende Verlegung des Satzungssitzes auch nach dem Recht der Gründungstheoriestaaten zu einem Statutenwechsel, hat das seinen Grund im materiellen Recht dieser Staaten, das regelmäßig vorschreibt, dass der Satzungssitz der Gesellschaft im Gründungsstaat liegen muss (Behrens ZGR 1994, 1 (5); Behrens in: Behrens, GmbH, GB/NI/EI 59; Ebenroth/ Eyles DB 1989, 363 (368); Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 152; vgl. auch Behrens IPrax 1999, 323 (330)). Kollisionsrechtlich ist der Satzungssitz ohne eigenständige Bedeutung (Behrens in: Behrens, GmbH, GB/NI/EI 59).

Art. 64 SE-VO Sanktionen bis hin zur Zwangsliquidation vorsieht, wird dieser Fall kaum vorkommen. In der Gründungsphase ist ein Auseinanderfallen von Satzungs- und tatsächlichem Verwaltungssitz sehr unwahrscheinlich, da das Registergericht prüft, ob Satzungssitz und geplante oder eingerichtete Hauptverwaltung im selben Mitgliedstaat liegen, und andernfalls die Eintragung ablehnt.

bb) Auslegung

Ob eine Norm eine Gesamt- oder eine Sachnormverweisung enthält, ist durch Auslegung zu ermitteln. Staatsvertragliche Kollisionsnormen kennzeichnen Sachnormverweisungen üblicherweise, indem sie von Verweisungen auf das „innerstaatliche Recht“ - im Unterschied zu Verweisungen auf das „einzelstaatliche Recht“ bei Gesamtverweisungen - sprechen²⁵⁵. Die EWIV-Verordnung hat diese Unterscheidung übernommen²⁵⁶. In den Vorschriften der SE-Verordnung, die für die Gründung durch Verschmelzung relevant sind, verwendet der Europäische Gesetzgeber diese Terminologie nicht²⁵⁷. Lediglich in Art. 31 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 Unterabs. 1 SE-VO taucht der Begriff der „einzelstaatlichen (Rechts-) Vorschriften“ auf. Da der Gesetzgeber in der SE-Verordnung nicht durchgängig zwischen einzelstaatlichem und innerstaatlichem Recht unterscheidet, ist diese Wortwahl nur begrenzt aussagekräftig²⁵⁸.

Wird auf die Vorschriften, die ein bestimmter Mitgliedstaat in Umsetzung einer Richtlinie erlassen hat, oder auf konkret bezeichnete Sachvorschriften verwiesen, liegt eine Sachnormverweisung vor²⁵⁹. Eine Verweisung auf „das Recht der Mitgliedstaaten“ oder „die Vorschriften der Mitgliedstaaten“ stellt eine Gesamtverweisung dar, da die maßgebliche Rechtsordnung zunächst mit Hilfe des mitgliedstaatlichen Kollisionsrechts ermittelt werden muss²⁶⁰. Bestimmt eine Ermächtigung oder Verpflichtung den Anwendungsbereich der nationalen Vorschriften, die auf ihrer Grundlage erlassen werden, liegt eine Sachnormverweisung vor²⁶¹.

Im Bereich der Gründung verweist die Verordnung an einigen Stellen auf Vorschriften des Mitgliedstaats, dessen Recht „die ... Gesellschaft unterliegt“

²⁵⁵ Meyer-Landrut, EWIV, S. 18; Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 960

²⁵⁶ Scriba, EWIV, S. 50

²⁵⁷ Anders als in Art. 2 Abs. 1 EWIV-VO, der auf „... das innerstaatliche Recht des Staates ..., in dem die Vereinigung nach dem Gründungsvertrag ihren Sitz hat“ verweist, siehe Meyer-Landrut, EWIV, S. 14.

²⁵⁸ Teichmann ZGR 2002, 383 (397)

²⁵⁹ Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 960; Wagner, Europäische Verein, S.

59

²⁶⁰ Vgl. Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 50

oder dessen Recht „für die ...Gesellschaft gilt“²⁶². Welchem Recht die Gesellschaft unterliegt, ermittelt das angerufene Gericht oder die entscheidende Behörde anhand des Internationalen Privatrechts seines bzw. ihres Mitgliedstaates. Ob eine Gesamt- oder eine Sachnormverweisung vorliegt, ist davon unabhängig und entscheidet sich danach, ob auf bestimmte Vorschriften oder allgemein auf das Recht jenes Mitgliedstaats verwiesen wird. Eine Gesamtverweisung auf das „Recht, dem die Gesellschaft unterliegt“, unterscheidet sich von einer Sachnormverweisung auf dieses Recht durch die Möglichkeit einer Weiter- oder Zurückverweisung. Die Unterscheidung ist jedoch praktisch kaum von Bedeutung. Die Rechtmäßigkeit der Verschmelzung wird – was die Verfahrenshandlungen betrifft, für die das Gesellschaftsstatut der Gründungsgesellschaft maßgeblich ist - gemäß Art. 25 SE-VO in dem Mitgliedstaat, dessen Recht die Gründungsgesellschaft unterliegt, geprüft. Stellt die angerufene Behörde oder das mit der Prüfung beauftragte Gericht fest, dass die Gründungsgesellschaft dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegt, weist sie bzw. es den Antrag mangels Zuständigkeit ab. Bejaht die Behörde oder das Gericht die Zuständigkeit, prüft sie die Verschmelzung anhand des Sachrechts ihres Mitgliedstaates. Eine Weiter- oder Zurückverweisung ist daher ausgeschlossen.

Die herrschende Literatur²⁶³ legt Verweisungen in den Verordnungen über gemeinschaftsrechtliche Gesellschaftsformen im Zweifel als Sachnormverweisungen aus. Sie begründet dies mit Sinn und Zweck der Verweisungsnormen. Eine europäische Rechtsform solle so weit wie möglich einheitlich geregelt sein. Wo die Verordnung selbst keine sachliche Regelung treffe, solle wenigstens die Frage, welches Sachrecht zur Anwendung gelange, einheitlich beantwortet werden. Das gewährleiste nur eine Sachnormverweisung, da es bei einer Gesamtverweisung zu Weiterverweisungen kommen könne.

Die Einheitlichkeit der europäischen Rechtsform wird aber – entgegen dieser Auffassung – durch Weiterverweisungen nicht gefährdet²⁶⁴. Das Internationale Privatrecht des Mitgliedstaates, auf dessen Recht verwiesen wird, beruft für alle gesellschaftsrechtlichen Fragen dasselbe Recht zur Anwendung, so dass auch bei

²⁶¹ Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 1112

²⁶² So etwa in Art. 19 Unterabs. 1 SE-VO und Art. 24 Abs. 1 und 2 SE-VO.

²⁶³ Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 960; Wagner NZG 2002, 985 (987); Wagner, Europäische Verein, S. 59 zu Art. 6 Abs, 1 EUV-VO, der Art. 9 Abs. 1 SE-VO entspricht; vom Brocke, Europäische Genossenschaft, S. 19; a.A. Teichmann ZGR 2002, 383 (397)

einer Gesamtverweisung das Sachrecht eines einzigen Mitgliedstaates anzuwenden wäre und zwar unabhängig vom Internationalen Privatrecht des Rechtsanwenders. Nur, wenn generell auf das Recht der Mitgliedstaaten verwiesen wird, ohne einen bestimmten Mitgliedstaat zu benennen, wendet jedes Gericht sein eigenes Internationales Privatrecht an. Selbst in diesem Fall kommt in aller Regel das gleiche Sachrecht zur Anwendung, da die Anknüpfungskriterien Sitz und Hauptverwaltung gemäß Art. 7 S. 1 SE-VO im gleichen Mitgliedstaat liegen müssen²⁶⁵.

Verweisungen auf „das Recht der Mitgliedstaaten“ können zudem nicht als Sachnormverweisungen ausgelegt werden²⁶⁶, weil unklar bliebe, welche Rechtsordnung maßgeblich wäre.

Für eine Sachnormverweisung spricht allerdings, darin ist der h.L.²⁶⁷ zuzustimmen, dass sie höhere Rechtssicherheit bietet. Der Rechtsanwender kann das anwendbare Sachrecht leicht und sicher aus der Verordnung ersehen. Bei einer Gesamtverweisung lassen sich die maßgeblichen Vorschriften weniger leicht bestimmen, weil das Kollisionsrecht in den Mitgliedstaaten unterschiedlich ausgestaltet ist und zuerst mehr oder weniger aufwändig recherchiert werden muss. Da die Internationalen Privatrechte zum gleichen Ergebnis kommen, solange Satzungssitz und Hauptverwaltung im gleichen Mitgliedstaat liegen, bietet die Sachnormverweisung jedoch nur dann einen Vorteil, wenn ausnahmsweise ein Verstoß gegen Art. 7 S. 2 SE-VO vorliegt. Auch zu einer Weiterverweisung auf das Recht eines Nichtmitgliedstaates, die einige Autoren²⁶⁸ bei einer Gesamtverweisung fürchtet, kann es nur unter dieser Voraussetzung kommen. Ein Grundsatz, wonach eine Verweisung im Zweifel eine Sachnormverweisung ist, existiert demnach nicht.

²⁶⁴ Ebenso Teichmann ZGR 2002, 383 (397)

²⁶⁵ Ebenso Teichmann ZGR 2002, 383 (397)

²⁶⁶ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (549) erwägt dies zumindest.

²⁶⁷ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (549); Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 50; Wagner, Europäische Verein, S. 59 zu Art. 6 Abs. 1 EUV-VO, der Art. 9 Abs. 1 SE-VO entspricht; Meyer-Landrut, EWIV, S. 14

²⁶⁸ Wagner, Europäische Verein, S. 59 zu Art. 6 Abs. 1 EUV-VO, der Art. 9 Abs. 1 SE-VO entspricht; vom Brocke, Europäische Genossenschaft, S. 19

b) Dynamische Verweisung

Die Verweisungen in der SE-Verordnung sind dynamische Verweisungen²⁶⁹ auf das mitgliedstaatliche Recht in seiner jeweils gültigen Fassung. Ändert der nationale Gesetzgeber die betreffenden Vorschriften, gelten für die SE die geänderten Vorschriften.

c) Verweisung auch auf Richter- und Gewohnheitsrecht

Die Verweisungen erstrecken sich auch auf das zu den jeweiligen nationalen Vorschriften entwickelte Richter- und Gewohnheitsrecht²⁷⁰. Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Verweisungen, die regelmäßig auf das „Recht“ oder die „Rechtsvorschriften“ verweisen²⁷¹. Der Begriff der „Rechtsvorschriften“ umfasst nach der Rechtsprechung des EuGH²⁷² auch die richterliche Auslegung und die richterliche Rechtsfortbildung. Zudem gebietet der Zweck der Verweisungsnorm eine solche Auslegung²⁷³. Das nationale Recht kann bei der Anwendung auf Europäische Aktiengesellschaften ebenso ergänzungsbedürftig sein wie bei der Anwendung auf nationale Aktiengesellschaften. Insbesondere in Ländern wie Großbritannien und Irland, deren Recht weitgehend auf „common law“ beruht, aber auch in anderen Mitgliedstaaten, wäre das Gesellschaftsrecht ohne die ungeschriebenen Rechtssätze und die richterliche Auslegung funktionsunfähig. Wäre der Rückgriff auf die Auslegung durch die nationalen Gerichte versperrt, hätte dies außerdem die unerwünschte Konsequenz, dass der EuGH nationales Recht auslegen müsste²⁷⁴.

d) Verweisung auf zwingendes und auf dispositives Recht

Die SE-Verordnung verweist gleichermaßen auf zwingendes wie auf dispositives Recht²⁷⁵. Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. iii SE-VO bestätigt dies, indem er bestimmt, dass die Satzung der SE von den nationalen Vorschriften im gleichen Umfang abweichen darf wie die Satzung nationaler Aktiengesellschaften. Vorbehaltlich abweichender Satzungsbestimmungen gilt dispositives Recht damit auch für die SE.

²⁶⁹ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (553); Wagner NZG 2002, 985 (987); Wagner, Europäische Verein, S. 58 zur EUV-VOV

²⁷⁰ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (553); Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 20; Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 43; Teichmann ZGR 2002, 383 (398); Wagner NZG 2002, 985 (987); Wagner, Europäische Verein, S. 65 zu Art. 6 Abs. 1 EUV-VO, der Art. 9 Abs. 1 SE-VO entspricht; Schulz/ Geismar (DStR 2001, 1078 (1079)) und Ulmer (FAZ vom 21.3.2001, S. 30) bezeichnen diese Frage als unklar.

²⁷¹ A.A. Teichmann ZGR 2002, 383 (398)

²⁷² EuGH, Rs. C-132/91, C-138/91, C-139/91 (Katsikas/Konstantinidis), ZIP 1993, 221 (224) m.w.N.; ebenso Taschner in: von der Groeben/ Thiesing/ Ehlermann, EUV/ EG, Art. 100 EG Rn. 29

²⁷³ Ebenso Teichmann ZGR 2002, 383 (398)

²⁷⁴ Teichmann ZGR 2002, 383 (399)

²⁷⁵ Als unklar bezeichnet dies Merkt BB 1992, 652 (657).

2. Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO

a) Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. i SE-VO

In der Hierarchie der Rechtsquellen der SE stehen vor den für nationale Aktiengesellschaften geltenden Vorschriften die „Rechtsvorschriften, die die Mitgliedstaaten in Anwendung der speziell die SE betreffenden Gemeinschaftsmaßnahmen erlassen“. Gemeinschaftsmaßnahmen, die speziell die SE betreffen, sind die SE-Verordnung und die sie ergänzende Arbeitnehmerrichtlinie. Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. i SE-VO erfasst also zum einen die Vorschriften, die die Mitgliedstaaten in Umsetzung der Arbeitnehmerrichtlinie erlassen²⁷⁶. Zum anderen bezieht sich die Norm auf die Bestimmungen, die die Mitgliedstaaten erlassen, um die SE-Verordnung auszuführen und ihre nationalen Aktienrechte der SE-Verordnung anzupassen²⁷⁷.

Inhaltlich zieht Art. 10 SE-VO der Gestaltungsfreiheit des nationalen Gesetzgebers enge Grenzen²⁷⁸. Danach dürfen die Mitgliedstaaten die SE nur dann anders behandeln als eine Aktiengesellschaft, die nach dem Recht des Sitzstaats der SE gegründet wurde, wenn die SE-Verordnung sie dazu verpflichtet oder ermächtigt²⁷⁹. Wie sich aus dem 5. Erwägungsgrund ergibt, haben die Mitgliedstaaten zudem darauf zu achten, dass das Zusammenspiel von SE-Verordnung, Ausführungsgesetzen und nationalen Vorschriften weder zu einer Diskriminierung der Europäischen noch der nationalen Aktiengesellschaften führt. Eine Ungleichbehandlung, die durch den supranationalen Charakter der SE oder ihre grenzüberschreitende Tätigkeit sachlich begründet ist, stellt keine solche Diskriminierung dar²⁸⁰.

In Bezug auf Bestimmungen, die aufgrund einer Ermächtigung oder Verpflichtung in der SE-Verordnung erlassen wurde, wirkt die Verweisung in Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. i SE-VO lediglich deklaratorisch, da die Ermächtigungs- oder Verpflichtungsnorm selbst die Anwendung der erlassenen Bestimmungen anordnet²⁸¹. Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. i SE-VO

²⁷⁶ Burtscher, Europäische Aktiengesellschaft, S. 139

²⁷⁷ Blanquet ZGR 2002, 20 (50)

Die SE-Verordnung gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Ein Ausführungsgesetz ändert daran nichts, sondern dient nur dazu, die SE-Verordnung in die nationalen Vorschriften einzupassen. Ebenso Pagel/ Gless, Verschmelzung, S. 23f.

Es empfiehlt sich, die Ausführungsvorschriften im Rahmen eines Artikelgesetzes zu erlassen, das daneben die Arbeitnehmerrichtlinie umsetzt und sonstige notwendigen Gesetzesänderungen vornimmt, siehe Neye ZGR 2002, 377 (382).

²⁷⁸ Siehe auch 5. Erwägungsgrund zur SE-Verordnung.

²⁷⁹ Teichmann ZGR 2002, 383 (399) schließt dies bereits aus dem Wortlaut des Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. i SE-VO.

²⁸⁰ Siehe dazu Teichmann ZGR 2002, 383 (401)

²⁸¹ Siehe oben 2. Kap. C I 2; In Bezug auf den entsprechenden Art. 6 Abs. 1 lit. c 1. Spiegelstrich EUV-VOV folgert Wagner (Europäische Verein, S. 64) – entgegen der hier vertretenen Ansicht –, dass die mitgliedstaatlichen Ausführungsgesetze zur Verordnung

weist den aufgrund der Ermächtigung oder Verpflichtung erlassenen Vorschriften aber ihren Platz in der Normenhierarchie zu.

Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. i SE-VO verweist auf die Vorschriften, die die Mitgliedstaaten in Ausführung der SE-Verordnung und in Umsetzung der Arbeitnehmer-Richtlinie erlassen, und ist daher Sachnormverweisung²⁸². Für welche SE die Ausführungs- und Umsetzungsnormen gelten, bestimmt die betreffende Ermächtigungs- oder Verpflichtungsnorm in der Verordnung bzw. die Arbeitnehmerrichtlinie²⁸³.

b) Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO

aa) Sachnorm- oder Gesamtverweisung

Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO verweist auf die „Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, die auf eine nach dem Recht des Sitzstaats der SE gegründete Aktiengesellschaft Anwendung finden würden“. Aus diesem Wortlaut wird teilweise geschlossen, die Generalverweisung sei eine Sachnormverweisung auf das Aktienrecht des Sitzstaates der SE²⁸⁴. Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO nennt als Verweisungsziel aber gerade nicht das Aktienrecht des Sitzstaates der SE, sondern die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten²⁸⁵. Er bezeichnet die maßgebliche Rechtsordnung nicht konkret, sondern gibt nur das Kriterium vor, das ihrer Ermittlung zugrunde zu legen ist: Anzuwenden sind die Rechtsvorschriften, die für eine nach dem Recht des Sitzstaats der SE gegründete Aktiengesellschaft gelten würden. Welche Rechtsvorschriften das sind, bestimmt sich nach den Kollisionsnormen der Mitgliedstaaten²⁸⁶.

von der Vorschrift nicht erfasst würden. Ebenso zum entsprechenden Art. 4 Abs. 1 lit. c 1. Spiegelstrich EUGEN-VOV vom Brocke, Europäische Genossenschaft, S. 26

²⁸² Ebenso zum entsprechenden Art. 4 Abs. 1 lit. c 1. Spiegelstrich EUGEN-VOV vom Brocke, Europäische Genossenschaft, S. 26

²⁸³ Ebenso zum entsprechenden Art. 4 Abs. 1 lit. c 1. Spiegelstrich EUGEN-VOV vom Brocke, Europäische Genossenschaft, S. 26

²⁸⁴ So in Bezug auf den entsprechenden Art. 6 Abs. 1 lit. c 1. Spiegelstrich EUV-VOV: Wagner, Europäische Verein, S. 59 und 65; ebenso hinsichtlich der SE wohl Hommelhoff/ Teichmann SZW 2002, 1 (4) und Duculoux-Favard in: La nouvelle société européenne, S. 9 (13). Von einer Sachnormverweisung geht auch Wagner NZG 2002, 985 (989) aus und begründet dies mit dem Sinn und Zweck der Verweisung. Dazu siehe 2. Kap. C II 1.

²⁸⁵ Grote (Europäische Aktiengesellschaft, S. 50) macht Einordnung als Gesamt- oder Sachnormverweisung ebenfalls davon abhängig, ob auf die maßgebliche Rechtsordnung verbindlich ausgewählt wird oder ob lediglich auf das Recht der Mitgliedstaaten verwiesen wird.

²⁸⁶ Blanquet ZGR 2002, 20 (50) und Lutter BB 2002, 1 (3) sehen in Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO eine Verweisung auf das Recht des Sitzstaates der SE, ohne dies näher zu begründen. Bei Art. 4 Abs. 1 lit. c 2. Spiegelstrich EUGEN-VOV, der Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO entspricht, geht vom Brocke (Europäische Genossenschaft, S. 28) aus Gründen der Praktikabilität und Rechtssicherheit von einer Sachnormverweisung aus.

Hätte der Europäische Gesetzgeber direkt auf das Aktienrecht des Sitzstaates der SE verweisen wollen, hätte er eine einfachere Formulierung gewählt, wie er es in früheren Fassungen getan hat. Art. 7 Abs. 1 lit. b SE-VOV 1989 und Art. 7 Abs. 1 lit. b 1. Spiegelstrich SE-VOV 1991 verwiesen auf das „im Sitzstaat der SE für Aktiengesellschaften geltenden Recht“ und waren Sachnormverweisungen²⁸⁷. Die neue, weniger eingängige Fassung der Generalverweisung in der verabschiedeten SE-Verordnung kann nur damit erklärt werden, dass der Gesetzgeber inhaltlich eine Änderung von einer Sachnormverweisung zu einer Gesamtverweisung vornehmen wollte. Das bestätigt ein Vergleich der Generalverweisung mit Art. 15 Abs. 1 SE-VO. Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO nennt als Verweisungsziel nicht wie Art. 15 Abs. 1 SE-VO das Recht des künftigen Sitzstaates, weil er nicht – zumindest nicht unmittelbar – auf dessen Recht, sondern auf das Recht der Mitgliedstaaten verweisen will.

Der neunte Erwägungsgrund zur SE-Verordnung steht der hier vertretenen Auslegung nicht entgegen, da infolge des Art. 7 S. 1 SE-VO über Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO in aller Regel das Aktienrecht des Sitzstaates der SE zur Anwendung kommt²⁸⁸ und zudem viele Spezialverweisungen auf dieses Recht verweisen²⁸⁹.

Wenn aber nach dem Willen des Gesetzgebers über Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO i.V.m. Art. 7 S. 2 SE-VO das Sachrecht des Sitzstaates der SE maßgeblich sein soll, stellt sich die Frage, warum er nicht direkt darauf verwiesen hat. Vermutlich hätte eine Verweisung auf das Recht des Mitgliedstaates, in dem die SE ihren satzungsmäßigen Sitz hat, den Eindruck erweckt, die SE-Verordnung folge der Gründungstheorie, und wäre auf den Widerstand der Mitgliedstaaten, die die Sitztheorie vertraten, gestoßen²⁹⁰. Der Gesetzgeber hat mit Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO und Art. 7 S. 2 SE-VO eine Lösung gefunden, die beide

²⁸⁷ Zu Art. 7 Abs. 1 lit. b SE-VOV 1989: Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 50; Begründung zu Art. 7 des Vorschlags einer SE-Verordnung von 1989 (Bundratsdrucksache 488/89 vom 13.09.1989). Zu Art. 7 Abs. 1 lit. b 1. Spiegelstrich SE-VOV 1991: Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 1100; Thoma/ Leuring NJW 2002, 1449 (1450)

²⁸⁸ Liegen Satzungssitz und Hauptverwaltung der Gesellschaft im selben Mitgliedstaat, ist nach der Gründungs-, wie nach der Sitztheorie das Recht dieses Mitgliedstaats anzuwenden. Siehe oben 2. Kap. C II 1

²⁸⁹ Siehe etwa Art. 4 III, 8 V, VII 1. Unterabs., XIV 1. Unterabs., 13, 15 I, 61 SE-VO

²⁹⁰ Ebenso vom Brocke, Europäische Genossenschaft, S. 27 zum entsprechenden Art. 4 Abs. 1 lit. c 2. Spiegelstrich EUGEN-VOV; Wagner, Europäische Verein, S. 51 zu den entsprechenden Vorschriften im EUV-VOV. Vgl. Menjuq Le Dalloz 2001, N° 13, 1085 (1088)

Theorien vereint²⁹¹. Er konnte nicht unmittelbar auf das Recht des Staates, in dem Satzungssitz und Hauptverwaltung liegen, verweisen, da dies bei einem Verstoß gegen Art. 7 S. 1 SE-VO zu einer Regelungslücke geführt hätte.

Anders als bei einem direkten Verweis auf das Sitzstaatsrecht gibt der Blick in die publizitätspflichtige²⁹² Satzung der SE keine Gewissheit über das subsidiär anwendbare Recht. Diese Minderung der Rechtssicherheit hat der Gesetzgeber mit der Änderung der Generalverweisung gegenüber den vorangegangenen Vorschlägen²⁹³ in Kauf genommen.

Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO verweist damit auf das gesamte Recht der Mitgliedstaaten, insbesondere deren Internationales Gesellschaftsrecht, Aktienrecht, Umwandlungs- und Verschmelzungsrecht. Welche Rechtsordnung im Einzelfall maßgeblich ist, entscheidet das Internationale Privatrecht des entscheidungsberufenen Gerichts. Die SE ist dabei gemäß Art. 10 SE-VO wie eine Aktiengesellschaft, die nach dem Recht ihres Sitzstaates gegründet wurde, zu behandeln.

bb) Sitzstaat der SE

Sitzstaat der SE ist der Mitgliedstaat, in dem sich der von der Satzung bestimmte Sitz befindet. Die SE-Verordnung versteht unter dem „Sitz der SE“ nicht den

²⁹¹ Der 27. Erwägungsgrund stellt klar, dass dem Art. 7, 1 SE-VO i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO keine Entscheidung des Ordnungsgebers über die Sitz- oder die Gründungstheorie entnommen werden kann. So auch Schwarz ZIP 2001, 1847 (1849); Hirte NZG 2002, 1 (4); a.A. Schulz/ Geismar (DStR 2001, 1078 (1079)) und Burtscher (Europäische Aktiengesellschaft, S. 139 und 146), nach deren Auffassung die SE-Verordnung von der Sitztheorie ausgeht. Der Verordnungsvorschlag von 1989 folgt nach Ansicht von Grote (Europäische Aktiengesellschaft, S. 151 f, 156 und 189 Nr. 4) der Sitztheorie, nach Auffassung von Hauschka (AG 1990, 85 (97)) der Gründungstheorie. Im Vorschlag von 1991, dessen Generalverweisung noch auf das Recht des Sitzstaates der SE verwies sahen einige Autoren die Sitztheorie bestätigt (Großfeld WM 1992, 2121 (2127); Großfeld/ König RIW 1992, 433 (435); Großfeld in: Staudinger IntGesR Rn. 128; Pagel/ Gless, Verschmelzung, S. 22; Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 132). Der Gründungstheorie näher steht dieser Vorschlag nach Ansicht von Schwarz (Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 1113) und Leupold (Europäische Aktiengesellschaft, S. 27 und 30).

²⁹² Art. 2 Abs. 1 lit. a Publizitätsrichtlinie (RL 68/151/EWG vom 9. März 1968, ABl Nr. L 65/8 vom 14.3.1968)

²⁹³ Nach Art. 7 Abs. 1 lit. b SE-VOV 1989 und Art. 7 Abs. 1 lit. b 1. Spiegelstrich SE-VOV 1991 kommt das Recht des Sitzstaates der SE auch dann zur Anwendung, wenn Satzungssitz und Hauptverwaltung in verschiedenen Mitgliedstaaten liegen, siehe Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 156.

effektiven Verwaltungssitz²⁹⁴. Das ergibt sich aus Art. 7 S. 1 SE-VO, der dies zwar – anders als in den Vorentwürfen²⁹⁵ - nicht mehr ausdrücklich bestimmt, aber erkennbar zwischen dem Sitz und der Hauptverwaltung der SE differenziert. Auch Art. 7 S. 2 SE-VO und Art. 64 Abs. 1 lit. a SE-VO stellen Sitz und Hauptverwaltung als nicht begriffsnotwendig identisch einander gegenüber. Die englische und französische Übersetzung der SE-Verordnung sprechen von „registered office“ bzw. „siège statutaire“ und sind damit eindeutig.

Eine Europäische Aktiengesellschaft kann nur einen Sitz im Sinne des Art. 7 SE-VO haben. Die Vorschrift in den Entwürfen von 1970 und 1975²⁹⁶, die einen Doppel- oder Mehrfachsitz erlaubte, wurde nach mehrfacher Kritik²⁹⁷ gestrichen. Angesichts der zahlreichen Verweisungen²⁹⁸ auf das Recht des Sitzstaates in der heutigen SE-Verordnung würde ein Doppel- oder Mehrfachsitz zur parallelen Geltung mehrerer Rechtsordnungen und damit zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen.

Der Sitz der SE muss gemäß Art. 7 S. 1 SE-VO an einem Ort innerhalb der Europäischen Gemeinschaft begründet werden. Er muss in dem Mitgliedstaat liegen, in dem sich auch die Hauptverwaltung der SE befindet²⁹⁸. Unter dem Ort der Hauptverwaltung ist wie in Art. 48 EG²⁹⁹ der Ort zu verstehen, an dem die Willensbildung und die eigentliche unternehmerische Leitung der Gesellschaft erfolgt, regelmäßig der Sitz der Gesellschaftsorgane³⁰⁰. Nach der Begründung der Europäischen Kommission zu Art. 5 SE-VOV 1989 ist der Ort der

²⁹⁴ So auch Schwarz ZIP 2001, 1847 (1849); Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 151; Merkt in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1991, S. 169 (176); Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 132; Teichmann ZGR 2002, 383 (456); zu den entsprechenden Vorschriften des EUV-VOV Wagner, Europäische Verein, S. 51

²⁹⁵ Vgl. jeweils Art. 5 im Vorschlag von 1970, 1975, 1989, 1991

²⁹⁶ Art. 5, 3 der Entwürfe von 1970 und 1975

²⁹⁷ Barz/ Lutter in: Lutter, Europäische Aktiengesellschaft, S. 23; Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 151 Fn. 402. Beide Autoren verweisen auch auf diesbezügliche Bedenken des Europäischen Parlaments

²⁹⁸ Beachte Art. 69, 2 lit. a SE-VO. Danach hat die Europäische Kommission spätestens fünf Jahre nach Inkrafttreten der SE-Verordnung einen Bericht vorzulegen, in dem sie sich u.a. mit der Frage auseinandersetzt, ob es zweckmäßig ist, zuzulassen, dass sich die Hauptverwaltung und der Sitz der SE in verschiedenen Mitgliedstaaten befinden.

²⁹⁹ Zum Begriff der Hauptverwaltung im Sinne des Art. 48 EG: Troberg in: von der Groeben/Thiesing/ Ehlermann, EUV/ EG, Art. 58 EG Rn. 7; Geiger, EUV/EGV, Art. 48 EG Rn. 8

³⁰⁰ So auch Wagner, Europäische Verein, S. 51 zu Art. 4 Abs. 3 EUV-VOV.

Hauptverwaltung der „tatsächliche und effektive Sitz“ der Gesellschaft³⁰¹. Damit lehnt sich die Europäische Kommission an den Begriff des effektiven Verwaltungssitzes an, wie er von den Vertretern der Sitztheorie als Anknüpfungsmerkmal verwendet wird. Art. 7 S. 1 SE-VO und der Sitztheorie liegt die gleiche Überlegung zugrunde. Es soll verhindert werden, dass die Gründer den Sitz der SE allein unter dem Gesichtspunkt wählen, welcher Mitgliedstaat die niedrigsten rechtlichen Anforderungen stellt und damit den geringsten Schutz für Arbeitnehmer, Minderheitsaktionäre und Gläubiger bieten (sog. Delaware-Effekt). Die Sitzwahl soll nicht dazu missbraucht werden können, strengere Vorschriften des Mitgliedstaates, der von der Tätigkeit der Gesellschaft am meisten betroffen ist, zu umgehen³⁰². Die Kriterien, anhand derer der für die Sitztheorie maßgebliche effektive Verwaltungssitz einer Gesellschaft ermittelt wird, können daher herangezogen werden, um den Ort der Hauptverwaltung zu bestimmen³⁰³.

Eine Vermutung dafür, dass sich der Ort der Hauptverwaltung am Satzungssitz befindet, besteht nicht³⁰⁴. Sie würde der Anordnung in Art. 7 S. 1 SE-VO widersprechen, wonach der Satzungssitz der Hauptverwaltung folgt und nicht umgekehrt³⁰⁵.

3. Art. 15 Abs. 1 SE-VO

Art. 15 Abs. 1 SE-VO verweist auf „das für Aktiengesellschaften geltende Recht des Staates, in dem die SE ihren Sitz begründet“. Verweisungsobjekt ist nicht allgemein das Recht der Mitgliedstaaten wie in Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO. Vielmehr bestimmt Art. 15 Abs. 1 SE-VO selbst das Recht des künftigen Sitzstaates der SE zur maßgeblichen Rechtsordnung, und überlässt deren Bestimmung nicht dem Internationalen Privatrecht der Mitgliedstaaten. Dass der Gesetzgeber, anders als in anderen Normen der Verordnung, ausdrücklich auf das Recht des Sitzstaates Bezug nimmt, legt die Vermutung nahe, dass nach seinem Willen diese Rechtsordnung im Ergebnis auch sachlich zur Anwendung kommen soll³⁰⁶. Verweisungsziel sind nach dem Wortlaut („auf

³⁰¹ Begründung der Europäischen Kommission zum Vorschlag von 1989, Bundesratsdrucksache 488/89, S. 10; vgl Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 31

³⁰² Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 162 ; Kindler in: MüKo IntGesR Rn. 10 und 313

³⁰³ Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 162 ff; Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 31 f. Ebenso Meyer-Landrut (EWIV, S. 32) zum Begriff der Hauptverwaltung im Sinne der EWIV-VO.

³⁰⁴ Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 32 ; Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 164 f

³⁰⁵ Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 164 f

³⁰⁶ Manz in: Selbherr/ Manz, EWIV, Vorbemerkungen Rn. 16

die Gründung“ und „das für Aktiengesellschaften geltende Recht“) die Vorschriften über die Gründung von Aktiengesellschaften und damit ganz bestimmte Sachvorschriften. Die Europäische Kommission schrieb in ihrer Begründung zu Art. 11a SE-VOV 1991³⁰⁷, es seien „alle Vorschriften anwendbar, die nach dem Recht des Sitzstaates der SE für die Gründung von Aktiengesellschaften gelten“. Auf das Internationale Gesellschaftsrecht des künftigen Sitzstaates verweist Art. 15 Abs. 1 SE-VO nicht. Aus dem Wortlaut ergibt sich, dass es sich bei Art. 15 Abs. 1 SE-VO um eine Sachnormverweisung handelt³⁰⁸. Würde in Bezug auf die Gründung der SE auf das nationale Kollisionsrecht verwiesen, sähen sich die Vertreter der Gründungstheorie vor ein Problem gestellt. Maßgebliches kollisionsrechtliches Anknüpfungskriterium ist nach ihrer Ansicht das Gründungsrecht der Gesellschaft. Das maßgebliche Gründungsrecht gälte es mit Hilfe des Kollisionsrechts im Rahmen des Art. 15 Abs. 1 SE-VO aber gerade zu bestimmen. Die Gründungstheorie käme, wäre Art. 15 Abs. 1 SE-VO eine Gesamtnormverweisung, zu keinem Ergebnis. Schließlich spricht die höhere Rechtssicherheit, die eine Sachnormverweisung bietet³⁰⁹, für die hier vertretene Auslegung.

Der Wortlaut des Art. 15 Abs. 1 SE-VO und des Art. 18 SE-VO könnte darauf hindeuten, dass Art. 15 Abs. 1 SE-VO nur auf die Vorschriften, die für die direkte Neugründung einer Aktiengesellschaft gelten, Bezug nimmt und nationales Verschmelzungsrecht allein über Art. 18 SE-VO zur Anwendung gelangt. Gründung im Sinne des Art. 15 Abs. 1 SE-VO ist jedoch – wie in der Überschrift des Titels II der SE-Verordnung - als Oberbegriff für die verschiedenen Gründungsarten der SE zu verstehen³¹⁰. Es wäre nicht sachgerecht, die Neugründungsvorschriften uneingeschränkt auf die Verschmelzung zu einer SE anzuwenden. Sie gelten nur insofern, als die nationalen Verschmelzungsvorschriften auf die allgemeinen Gründungsvorschriften verweisen³¹¹. Art. 15 Abs. 1 SE-VO soll gewährleisten, dass die bei nationalen Gründungsvorgängen geltenden Anforderungen erfüllt werden, nicht aber strengere Voraussetzungen statuieren.

³⁰⁷ Begründung der Europäischen Kommission zum Vorschlag von 1991, BT-Drucksache 12/1004 vom 30.7.91; abgedruckt bei Gutsche, Europäische Aktiengesellschaft, S. 247

³⁰⁸ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (553); Wagner NZG 2002, 985 (987). Nach Ansicht von Schwarz (Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 960) liegt bei einem Verweis auf das Recht bestimmter Rechtsformen eine Sachnormverweisung vor. Blanquet ZGR 2002, 20 (51) wertet Art. 15 Abs. 1 SE-VO ohne Begründung ebenfalls als Sachnormverweisung.

³⁰⁹ Siehe 2. Kap. C II 2 b bb

³¹⁰ Thoma/ Leuring NJW 2002, 1449 (1451) ist ebenfalls der Ansicht, dass über Art. 15 Abs. 1 SE-VO nationales Aktien- und Umwandlungsrecht und damit Verschmelzungsrecht zur Anwendung gelangt.

³¹¹ Vgl. etwa Art. 23 Abs. 4 Verschmelzungsrichtlinie; § 36 Abs. 2 des deutschen UmwG

Art. 15 Abs. 1 SE-VO verweist auf das Recht des Mitgliedstaats, in dem die SE ihren satzungsmäßigen Sitz begründen wird³¹². In der Gründungsphase, in der Art. 15 Abs. 1 SE-VO zur Anwendung kommt, ist der Ort maßgeblich, an dem die Gründer den Sitz der SE errichten wollen und der in der Satzung, die als Teil des Verschmelzungsplans zu Beginn des Gründungsverfahrens aufgestellt und veröffentlicht werden muss, als Sitzungssitz genannt ist.

Der Sitzungssitz bleibt auch dann maßgeblich, wenn die Gründer beabsichtigen, die Hauptverwaltung der SE entgegen Art. 7 S. 1 SE-VO nicht im künftigen Sitzstaat der SE einzurichten³¹³. Art. 15 Abs. 1 SE-VO schafft Rechtssicherheit, weil der künftige Sitzungssitz aus der nach Art. 21 SE-VO zu veröffentlichenden Satzung leicht ersichtlich ist³¹⁴.

4. Art. 18 SE-VO

Art. 18 SE-VO verweist auf „die ...für die Verschmelzung von Aktiengesellschaften geltenden Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats ..., dessen Recht sie [die SE] unterliegt“. Verweisungsziel ist das Verschmelzungsrecht dieses Mitgliedstaats und damit ein bestimmtes Sachrecht³¹⁵. Den Mitgliedstaat, dessen Recht die SE unterliegt, bestimmt das zur Entscheidung berufene Gericht³¹⁶ anhand seines Internationalen Gesellschaftsrechts³¹⁷. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll das Recht zur Anwendung kommen, das für eine nationale Verschmelzung der Gründungsgesellschaft maßgeblich wäre³¹⁸.

Das mitgliedstaatliche Verschmelzungsrecht muss mit der Dritten Richtlinie betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften, der sog. Verschmelzungsrichtlinie³¹⁹, im Einklang stehen. Die Vorschriften der SE-Verordnung über die Gründung der SE durch Verschmelzung lehnen sich an diese Richtlinie an³²⁰. Die Gründung der SE durch Verschmelzung erfolgt grundsätzlich nach dem in der Richtlinie vorgesehenen Verfahren.

³¹² Unter Sitz versteht die SE-Verordnung den Ort, den die Satzung als Sitz bestimmt. Siehe 2. Kap. C II 2 b bb.

³¹³ Vgl. Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 156

³¹⁴ Ebenso zu anderen Verweisen auf das Sachrecht des Sitzstaates: Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 156; Wagner, Europäische Verein, S. 51

³¹⁵ Ebenso Wagner NZG 2002, 985 (990). A.A. Teichmann ZGR 2002, 383 (417 Fn. 157)

³¹⁶ In der Regel wird dies das Gericht sein, das die erste Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle nach Art. 25 Abs. 1 SE-VO durchführt, siehe 5. Kap. B VI 2 b.

³¹⁷ Ebenso Wagner NZG 2002, 985 (990)

³¹⁸ Siehe auch 2. Kap. C I 5

³¹⁹ 3. RL 78/855/EWG des Rates v. 9.10.1978, ABl Nr. L 295/36 vom 20.10.1978; Umsetzung in der Bundesrepublik Deutschland durch Gesetz vom 25.10.1982, BGBl. 1982 I, S. 1425, in Kraft seit 1.1.1983

³²⁰ Einleitung der Begründung zu dem Vorschlag einer SE-Verordnung von 1989 (Bundesratsdrucksache 488/89 vom 13.09.1989)

Die SE-Verordnung enthält lediglich einige SE-spezifische Sonderregelungen, die sich vor allem aus dem grenzüberschreitenden Charakter der Verschmelzung ergeben³²¹. Da in Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie die nationalen Verschmelzungsrechte harmonisiert wurden, gelten trotz der Verweisungen der SE-Verordnung auf nationales Recht für die Gründung einer SE durch Verschmelzung gemeinschaftsweit gleiche Maßstäbe. Identisch sind die nationalen Verschmelzungsrechte hingegen nicht, da die Verschmelzungsrichtlinie den Mitgliedstaaten Gestaltungsmöglichkeiten und Wahlrechte gewährt³²².

Art. 18 SE-VO verlangt, dass die nationalen Verschmelzungsvorschriften mit der Richtlinie vereinbar sind. Er weist damit auf einen Grundsatz hin, der für alle Vorschriften gilt, durch die gemeinschaftsrechtliche Richtlinien in nationales Recht umgesetzt werden: Die nationalen Normen dürfen nur soweit angewendet werden, wie sie nicht im Widerspruch zur umgesetzten Richtlinie stehen³²³, und sind richtlinienkonform auszulegen, das heißt unter Berücksichtigung des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie³²⁴.

5. Sonstige Verweisungen

Verpflichtungs- und Ermächtigungsnormen verweisen auf alle abweichenden bzw. ergänzenden Vorschriften, die der nationale Gesetzgeber aufgrund der Ermächtigungs- oder Verpflichtungsnorm erlässt. Es handelt sich somit um Sachnormverweisungen. Der Umfang der Verweisung ergibt sich aus der Reichweite der Ermächtigung oder Verpflichtung, die regelmäßig in der Verordnungsvorschrift festgelegt ist³²⁵.

Verweist die Verordnung auf das Recht, dem die jeweilige verschmelzende Gesellschaft unterliegt³²⁶ oder das für diese Gesellschaft gilt³²⁷, ist – wie im Rahmen des Art. 18 SE-VO³²⁸ - dieses Recht mit Hilfe der Grundsätze des Internationalen Privatrechts zu

³²¹ Einleitung der Begründung zu dem Vorschlag einer SE-Verordnung von 1989 (Bundesratsdrucksache 488/89 vom 13.09.1989); Merkt in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1991, S. 176

³²² Wenz, SE, S. 30; Lutter AG 1990, 413 (417); Trojan-Limmer RIW 1991, 1010 (1013)

³²³ Götz NJW 1992, 1849 (1854)

³²⁴ Vgl. EuGH, Rs. 14/83 (Colson und Kammann/ Nordrhein-Westfalen), Slg. 1984, 1891; Götz NJW 1992, 1849 (1853); Schmidt in: von der Groeben/ Thiesing/ Ehlermann, EUV/EG, Art. 189 EG Rn. 38

³²⁵ Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 958; Wagner, Europäische Verein, S. 50

³²⁶ Art. 19 Unterabs. 1, 21, 22, 24 Abs. 2, 25 Abs. 1 und 3; 31 Abs. 1 und 2 Unterabs. 1 SE-VO

³²⁷ Art. 24 Abs. 1 SE-VO

³²⁸ Siehe 2. Kap. C II 4

ermitteln. Dabei wendet das zur Entscheidung berufene Gericht das Internationale Privatrecht des Mitgliedstaats an, dessen Gerichtsbarkeit es angehört.

Die genannten Verweisungsnormen überlassen die Bestimmung der maßgeblichen Rechtsordnung zwar dem Internationalen Privatrecht der Mitgliedstaaten, verweisen aber innerhalb der so ermittelten Rechtsordnung auf ganz bestimmte Vorschriften, etwa bestimmte Schutzvorschriften³²⁹, das Verschmelzungsrecht³³⁰ oder Normen, die aufgrund einer Ermächtigung erlassen wurden³³¹. Daher handelt es sich um Sachnormverweisungen.

Das gilt auch für Art. 31 Abs. 1 und 2 Unterabs. 1 SE-VO, obwohl dort der Begriff „einzelstaatliche (Rechts-)Vorschriften“ verwendet wird, der in der völkerrechtlichen Terminologie für eine Gesamtnormverweisung steht³³². Die Formulierung lässt sich möglicherweise damit erklären, dass die Verweisung einer Gesamtverweisung ähnelt. Sie überlässt es dem zur Entscheidung berufenen Gericht, die maßgebliche Rechtsordnung anhand seines Internationalen Privatrechts zu bestimmen.

Der Umfang sonstiger Spezialverweisungen, die die Gründung durch Verschmelzung betreffen, soll in ihrem jeweiligen thematischen Zusammenhang in den folgenden Kapiteln untersucht werden.³³³

III. Stand der Harmonisierung

Der Ordnungsgeber hat die Verweisungen auf das Recht der Mitgliedstaaten damit gerechtfertigt, dass die nationalen Gesellschaftrechte zunehmend angeglichen worden seien³³⁴. Nach Ansicht von Lutter sind bereits 50 Prozent des nationalen Aktienrechts harmonisiert³³⁵. Vom Umfang der Angleichung hängt es ab, wie national verschieden oder einheitlich europäisch Europäische Aktiengesellschaften sind. Im folgenden soll daher der Stand der Harmonisierung, soweit er für die Gründung der SE relevant ist, kurz dargestellt werden. Zu beachten ist, dass die Richtlinien nicht die Vereinheitlichung sondern nur eine „funktionale Gleichwertigkeit“ der nationalen Vorschriften anstreben³³⁶.

³²⁹ So etwa Art. 24 Abs. 1 SE-VO.

³³⁰ So etwa Art. 25 Abs. 1 und 31 Abs. 1 SE-VO.

³³¹ So etwa Art. 19 Unterabs. 1 und 24 Abs. 2 SE-VO.

³³² Siehe 2. Kap. C II 1

³³³ Zu Art. 12 Abs. 1 SE-VO siehe 5. Kap. B VII 1. Zu Art. 17 Abs. 2 S. 1 lit. a und b siehe 3. Kap. A I. Zu Art. 29 Abs. 3 SE-VO siehe 3. Kap. B V. Zu Art. 26 Abs. 1 SE-VO siehe 5. Kap. B VI 2. Zu Art. 28 SE-VO siehe 5. Kap. B VII 3. Zu Art. 31 Abs. 2 Unterabs. 2 SE-VO siehe 5. Kap. C II 1.

³³⁴ 9. Erwägungsgrund zum SE-VOV 1989

³³⁵ Lutter in: Nobel, Internationales Gesellschaftsrecht, S. 9 (15)

³³⁶ Wenz, SE, S. 30; Lutter AG 1990, 413 (417); Trojan-Limmer RIW 1991, 1010 (1013); Graf von Bernstoff EWS 1998, 397 (398)

Sie setzen gewisse Mindeststandards, lassen dem nationalen Gesetzgeber im übrigen aber Gestaltungsspielraum.

Bislang sind neun gesellschaftsrechtliche Richtlinien erlassen worden³³⁷. Für die Gründung einer SE ist zunächst die Erste Richtlinie über die Publizität, die Vertretungsmacht der Organe und die Nichtigkeit von Gesellschaften, die sog. Publizitätsrichtlinie³³⁸, von Bedeutung. Sie befasst sich in erster Linie mit der Pflicht der Kapitalgesellschaften, ihre rechtlichen Verhältnisse offen zu legen, und den Wirkungen der Publizität³³⁹. Auf diese Vorschriften nimmt die SE-Verordnung in Art. 12 Abs. 1, 13, 21 lit. b und 28 SE-VO Bezug. Art. 7 Publizitätsrichtlinie regelt die Haftung für den Fall, dass im Namen einer in Gründung befindlichen Gesellschaft gehandelt wurde. Die Regelung entspricht im Wesentlichen Art. 16 Abs. 2 SE-VO. Gemäß Art. 10 Publizitätsrichtlinie sind der Errichtungsakt und die Satzung einer Gesellschaft öffentlich zu beurkunden, falls das Gründungsrecht keine vorbeugende gerichtliche oder behördliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Gründung vorsieht.

Die sog. Kapitalrichtlinie³⁴⁰ hat einzelne Fragen der Gründung der Aktiengesellschaft und die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals zum Gegenstand. Sie schreibt den Mindestinhalt der Satzung und des Errichtungsakts vor³⁴¹ und regelt die Kapitalaufbringung im Zusammenhang mit der Gründung³⁴². Die Kapitalerhöhung, die die aufnehmende Gesellschaft bei der Verschmelzung durch Aufnahme regelmäßig durchführen muss, ist in den Art. 25 ff Kapitalrichtlinie geregelt. Weiter verbietet die Kapitalrichtlinie der Gesellschaft – bis auf einige Ausnahmen – den Erwerb eigener Aktien³⁴³.

An die Dritte Richtlinie über die Verschmelzung von Aktiengesellschaften (Verschmelzungsrichtlinie³⁴⁴) lehnen sich die Vorschriften der Verordnung über die Gründung der SE durch Verschmelzung an. Die Vorschriften über den Jahresabschluss

³³⁷ Überblick bei Kindler in: MüKo IntGesR Rn. 13 ff und Wiesner EuZW 1998, 619

³³⁸ 1. RL 68/151/EWG vom 9.3.1968, ABl Nr. L 65/8 vom 14.3.1968; Umsetzung in der Bundesrepublik Deutschland durch Gesetz vom 15.8.1969, BGBl 1969 I, S. 1146, in Kraft seit 1.9.1969

³³⁹ Art. 2 bis 6 Publizitätsrichtlinie

³⁴⁰ 2. RL 77/91/EWG vom 13.12.1976; ABl Nr. L 26/1 vom 31.1.1977; Umsetzung in der Bundesrepublik Deutschland durch Gesetz vom 13.12.1978, BGBl. 1978 I, S. 1959, in Kraft seit 1.7.1979; geändert durch RL 92/101/EWG des Rates vom 23.11.1992 zur Änderung der RL 77/91/EWG, ABl Nr. L 347/64 vom 28.11.1992

³⁴¹ Art. 2 und 3 Kapitalrichtlinie

³⁴² Art. 7 bis 10 und 12 Kapitalrichtlinie

³⁴³ Art. 18 bis 24 a Kapitalrichtlinie

³⁴⁴ 3. RL 78/855/EWG des Rates v. 9.10.1978, ABl Nr. L 295/36 vom 20.10.1978; Umsetzung in der Bundesrepublik Deutschland durch Gesetz vom 25.10.1982, BGBl. 1982 I, S. 1425, in Kraft seit 1.1.1983

von Gesellschaften wurden durch die Vierte Richtlinie über den Jahresabschluss von Kapitalgesellschaften (Bilanzrichtlinie³⁴⁵) und Siebten Richtlinie über den konsolidierten Abschluss (Konzernbilanzrichtlinie³⁴⁶) harmonisiert.

Die steuerliche Fusionsrichtlinie³⁴⁷ gewährleistet die Steuerneutralität grenzüberschreitender Verschmelzungen. Der deutsche Gesetzgeber hat die Richtlinie in Bezug auf die Behandlung grenzüberschreitender Verschmelzungen bislang nicht umgesetzt. Er begründete dies damit, die grenzüberschreitende Verschmelzung sei gesellschaftsrechtlich nicht möglich³⁴⁸. Die SE-Verordnung, die in allen Mitgliedstaaten unmittelbar gilt, schafft die Möglichkeit grenzüberschreitender Verschmelzung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge. Der nationale Gesetzgeber ist daher verpflichtet, die steuerliche Fusionsrichtlinie auch insoweit zu transformieren³⁴⁹.

Der Erlass weiterer gesellschaftsrechtliche Richtlinien, die für die SE von Bedeutung wären, ist in der Diskussion. Seit 1972 liegt der Vorschlag einer Fünften Richtlinie über die Struktur der Aktiengesellschaft sowie die Befugnisse und Verpflichtungen ihrer Organe, der sog. Strukturrichtlinie³⁵⁰, vor. Die Verabschiedung der Richtlinie scheiterte

³⁴⁵ 4. RL 78/660/EWG des Rates vom 25.7.1978, ABl Nr. L 222/11 vom 14.8.1978; erste Änderung durch Richtlinie 84/569/EWG des Rates vom 27.11.1984 zur Änderung der in ECU ausgedrückten Beträge der Richtlinie 78/660/EWG (ABl Nr. L 314/28 vom 4.12.1984), Umsetzung in der Bundesrepublik Deutschland durch Gesetz vom 19.12.1985 – „Bilanzrichtliniengesetz“ (BGBl. 1985 I, S. 2355); zweite Änderung durch die Mittelstandsrichtlinie (RL 90/604/EWG des Rates vom 8.11.1990, ABl Nr. L 317/57 vom 16.11.1990); dritte Änderung durch RL 94/8/EG (ABl Nr. L 82/33 vom 25.3.1994). Die erste Änderungsrichtlinie ist in der Bundesrepublik Deutschland bereits im „Bilanzrichtliniengesetz“ berücksichtigt worden; die beiden letzten Änderungsrichtlinien sind durch Gesetz vom 25.7.1994 (BGBl 1994, I, S. 1682) umgesetzt worden (in Kraft seit 5.8.1994). Der Anwendungsbereich der Richtlinie ist durch die GmbH&Co.KG-Richtlinie (RL 90/604/EWG des Rates vom 8.11.1990, ABl Nr. L 317/60 vom 16.11.1990) erweitert worden; Durchführungsgesetz 1998 noch in Vorbereitung.

³⁴⁶ 7. RL 83/349/EWG des Rates vom 13.6.1983, ABl Nr. L 193/1 vom 18.7.1983; Umsetzung in der Bundesrepublik Deutschland durch Gesetz vom 19.12.1985 – „Bilanzrichtliniengesetz“ – (BGBl 1985, I, S. 2355), in Kraft seit 1.1.1986; Änderungen der Richtlinie insbesondere durch die GmbH & Co. KG-Richtlinie und die Mittelstandsrichtlinie (s. Fn. zu Viertes Richtlinie)

³⁴⁷ Richtlinie 90/434 des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, ABl Nr. L 225/1 vom 20.08.1990, geändert durch Beitrittsakte 1995, ABl Nr. L 11/144 vom 01.01.1995

³⁴⁸ BT-Drucksache 12/1108, S. 80

³⁴⁹ Herzig/ Griemla StuW 2002, 55 (56); Schulz/ Geismar DStR 2001, 1078 (1083); Förster/ Lange DB 2002, 288 (290)

³⁵⁰ Ursprünglicher Kommissionsvorschlag vom 27.9.1972, ABl Nr. C 131/49 vom 13.12.1972; geänderter Vorschlag vom 19.8.1983, ABl Nr. C 240/2 vom 9.9.1983; erneut geändert durch Vorschlag vom 20.12.1990, ABl Nr. C 7/4 vom 11.1.1991, sowie durch weiteren Vorschlag vom 20.11.1991, ABl Nr. C 321/9 vom 12.12.1991

bislang insbesondere daran, dass sich die Mitgliedstaaten über die Wahl von monistischem oder dualistischem System, die Mitbestimmungsfrage und Fragen des Steuerrechts nicht einigen konnten. Seit der Ersten Lesung im Europäischen Parlament am 27.10.1999 ist das Verfahren ins Stocken geraten.

Der Vorschlag einer Konzernrechtsrichtlinie³⁵¹ wurde zurückgestellt³⁵², nachdem die meisten Mitgliedstaaten eine Kodifizierung des Konzernrechts weder für notwendig noch für zweckmäßig erachteten³⁵³.

Auch die Zehnte Richtlinie betreffend die grenzüberschreitende Verschmelzung, die sog. Internationale Verschmelzungsrichtlinie³⁵⁴, befindet sich weiter im Vorschlagsstadium. Uneinigkeit herrscht vor allem über die Frage der Mitbestimmung. Die Europäische Kommission hat einen geänderten Vorschlag angekündigt, der weitgehend mit Verweisungen auf die Verschmelzungsrichtlinie und nationales Recht arbeiten soll³⁵⁵. Die geplante stark reduzierte Richtlinie hätte auf die Gründung der SE durch Verschmelzung voraussichtlich kaum Auswirkungen.

Die Verabschiedung der SE-Verordnung hat neuen Schwung in den Prozess europäischer Rechtsangleichung gebracht. So könnte etwa die Lösung der Mitbestimmung in der SE der Einigung über die Internationale Verschmelzungsrichtlinie und die Strukturrichtlinie den Weg weisen.

Die nationalen Vorschriften, auf die die SE-Verordnung verweist, müssen mit den Richtlinien in Einklang stehen³⁵⁶. Auch die nationalen Ausführungsgesetze zur SE-Verordnung und die Vorschriften, die in Umsetzung der die SE-Verordnung ergänzenden Arbeitnehmerrichtlinie erlassen werden, müssen gemäß Art. 9 Abs. 2 SE-VO den Anforderungen der Richtlinien genügen³⁵⁷. Im Zweifelsfall sind die Vorschriften so auszulegen, dass sie mit den Richtlinien vereinbar sind³⁵⁸. Art. 9 Abs. 2 SE-VO wirkt

³⁵¹ Geänderter Vorentwurf einer 9. RL von 1984 über das Konzernrecht (KOM-DOK. III/1639/84; abgedruckt bei Lutter, Europäisches Unternehmensrecht, S. 244 ff)

³⁵² Wiesner EuZW 1998, 619 (626)

³⁵³ Die meisten Mitgliedstaaten kennen keinerlei gesetzliche Regelungen des Konzerns, lediglich in Portugal und Deutschland ist das Konzernrecht kodifiziert, vgl. Decker, DStR 1997, 879; Lutter in: Nobel, Internationales Gesellschaftsrecht, S. 9 (22 f)

³⁵⁴ Vorschlag einer 10. RL vom 14.1.1985 betreffend die grenzüberschreitende Verschmelzung, ABl Nr. C 23/11 vom 25.1.1985

³⁵⁵ Boucourechliev RIW 1999, 1 (5)

³⁵⁶ Götz NJW 1992, 1849 (1854)

³⁵⁷ Schwarz ZIP 2001, 1847 (1849)

³⁵⁸ Ebenso allgemein zur Auslegung nationaler Umsetzungsvorschriften: EuGH, Rs. 14/83 (Colson und Kammann/ Nordrhein-Westfalen), Slg. 1984, 1891; Götz NJW 1992, 1849 (1853); Schmidt in: von der Groeben/ Thiesing/ Ehlermann, EUV/EG, Art. 189 EG Rn. 38

nicht rein deklaratorisch, da die Richtlinien sich nur auf nationale, nicht auf Europäische Aktiengesellschaften beziehen.

IV. Rechtsnatur und Auslegung des Verweisungsobjekts

1. Rechtsnatur

Grote³⁵⁹ vertritt die Ansicht, die mitgliedstaatlichen Vorschriften, die über Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO oder eine der Spezialverweisungen zur Anwendung kämen, erlangten durch die Verweisung die Qualität sekundären Gemeinschaftsrechts. Die nationale Vorschrift werde Bestandteil der Verweisungsnorm und nehme deren Rechtsnatur an. Grote bezeichnet die aufgrund der Verweisungen anwendbaren Normen als „unechtes Gemeinschaftsrecht“. Zur Bestätigung seiner Ansicht führt Grote Art. 100 SE-VOV 1989 an, der die Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen bei „Verletzung der Bestimmungen dieser Verordnung“ erlaubte. Nach dem Willen des Ordnungsgebers sei eine Anfechtung auch bei Verletzung des subsidiär anzuwendenden nationalen Rechts möglich. Aus der Formulierung des Art. 100 SE-VOV 1989 sei daher zu schließen, dass der Ordnungsgeber das subsidiäre nationale Recht als Bestandteil der Verordnung aufgefasst habe.

Träfe die Ansicht Grotes zu, würde die Bezugnahme in der Verweisung dem nationalen Gesetzgeber die Kompetenz nehmen, die betreffende Vorschrift zu ändern und die in ihr behandelte Frage anderweitig zu regeln³⁶⁰. Das aber will der Ordnungsgeber nicht. Sekundäres Gemeinschaftsrecht und einzelstaatliches Recht entspringen verschiedenen autonomen Rechtsquellen. Der europäische Gesetzgeber kann nationales Recht hinsichtlich bestimmter Sachverhalte für anwendbar erklären, er kann ihm aber nicht die Qualität von Gemeinschaftsrecht verleihen³⁶¹. Wäre das aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Verweisung anzuwendende Recht Gemeinschaftsrecht, hätte dies zur Folge, dass der mitgliedstaatliche Gesetzgeber, indem er von einer Ermächtigung in der SE-Verordnung Gebrauch macht, sekundäres Gemeinschaftsrecht erließe³⁶². Zudem läge die Auslegungszuständigkeit für das subsidiär anzuwendende, ursprünglich nationale Recht beim EuGH. Diese Konsequenz will selbst Grote nicht ziehen³⁶³. Die Theorie des „unechten Gemeinschaftsrechts“ ist daher abzulehnen³⁶⁴. Die Vorschriften,

³⁵⁹ Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 52 ff; ebenso wohl Ulmer, FAZ 21.3.2001, S. 30.

³⁶⁰ Maul, Die faktisch abhängige SE, S. 21

³⁶¹ Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 21

³⁶² Vgl. Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 956 Fn. 44

³⁶³ Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 55 ff; Leupold (Europäische Aktiengesellschaft, S. 21) wirft ihm deshalb zurecht einen „systematischen Bruch“ vor.

³⁶⁴ Ebenso Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 21; Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 956 Fn. 44

die über die General- und Spezialverweisungen der Verordnung zur Anwendung berufen werden, behalten ihre nationale Rechtsnatur.

2. Auslegung

Da die mitgliedstaatlichen Vorschriften, auf die die SE-Verordnungen verweist, nationales Recht bleiben, sind sie grundsätzlich nach nationalen und nicht nach den für Europarecht geltenden Grundsätzen auszulegen³⁶⁵. Dienen die nationalen Normen allerdings der Umsetzung europäischer Richtlinien³⁶⁶, sind sie richtlinienkonform auszulegen³⁶⁷. Die nationalen Gerichte müssen ihre Auslegung soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der europäischen Richtlinie ausrichten, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen.

Darüber hinaus ist eine prinzipielle Auslegung anhand europäischer Grundsätze abzulehnen. Sie könnte zu Schwierigkeiten führen, weil das nationale Aktiengesetz auf der Grundlage nationaler Methodik entwickelt wurde³⁶⁸. Das nationale Recht ist auch nicht deshalb nach europäischen Grundsätzen auszulegen, weil dies dem Angehörigen einer fremden Rechtsordnung leichter fallen würde. Denn die Schwierigkeiten, die mit der Anwendung fremder Rechtsgrundsätze verbunden sind, nimmt der Verordnungsgeber in Kauf, wenn er auf nationales Recht verweist. Zudem hat die Auslegung anhand nationaler Methodik den Vorteil, dass auf vorhandene Literatur und Kasuistik zurückgegriffen werden kann. Verwendet man eine einheitliche Auslegungsmethode unabhängig davon, ob die betreffende Norm direkt oder aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Verweisung anzuwenden ist, vermeidet man nicht nur Rechtsunsicherheiten³⁶⁹, sondern entspricht auch dem Grundsatz der möglichst weitgehenden Gleichbehandlung von SE und nationalen Gesellschaften³⁷⁰. Dass es bei der nationalen Auslegung bleibt, ergibt sich ferner im Umkehrschluss aus der Entscheidung des EuGH³⁷¹, dass die vom Gemeinschaftsrecht verwendeten Begriffe in der Gemeinschaft einheitlich ausgelegt und angewandt werden müssten, es sei denn, es liege eine ausdrückliche oder stillschweigende Verweisung vor. Verweist die Vorschrift auf nationales „Recht“ oder mitgliedstaatliche „Rechtsvorschriften“, folgt nach Ansicht

³⁶⁵ Ebenso Maul, Die faktisch abhängige SE, S.21. Grote (Europäische Aktiengesellschaft, S. 54) kommt entsprechend seiner oben dargestellten Auffassung zu einer Auslegung des Verweisungsobjekts nach europäischen Grundsätzen.

³⁶⁶ Zum Stand der Harmonisierung siehe 2. Kap. C III.

³⁶⁷ EuGH – Marleasing/ La Comercial Internacional de Alimentación, C-106/89 – Slg. 1990, -1135 (4159)

³⁶⁸ Maul, Die faktisch abhängige SE, S.21

³⁶⁹ Ebenso Maul, Die faktisch abhängige SE, S.21

³⁷⁰ Art. 10 SE-VO; 5. Erwägungsgrund; Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii. SE-VO

des EuGH bereits aus dem Wortlaut, dass die Verweisung auch die richterliche Auslegungspraxis umfasst³⁷².

Trotzdem können die Vorschriften, auf die verwiesen wird, auf die SE nicht in allen Fällen in der gleichen Weise wie auf nationale Sachverhalte angewendet werden. Für Verweisungen gilt generell, dass „unsachgemäße Gleichsetzungen“ zu vermeiden sind³⁷³. Differenzierungen, die die zu regelnden Lebensverhältnisse gebieten, dürfen nicht ausgeschlossen werden³⁷⁴. Die Verweisungsnormen Art. 3 Abs. 2 S. 2 und 37 Abs. 6 SE-VO bringen dies zum Ausdruck, indem sie von einer sinngemäßen Anwendung der Vorschriften sprechen. Gemäß Art. 24 Abs. 1 SE-VO ist bei der Anwendung der betreffenden nationalen Normen der grenzüberschreitende Charakter der Verschmelzung zu berücksichtigen. Diese Formulierungen sind als klarstellende Hinweise zu verstehen. Die nationalen Normen sind, falls erforderlich, auch dann anzupassen, wenn die Verweisungen keinen solchen Hinweis enthält³⁷⁵. Denn durch die Verweisung wird die nationale Norm aus dem sie umgebenden System von Vorschriften herausgelöst. Sie muss in ihren neuen, durch die SE-Verordnung geprägten Regelungszusammenhang eingefügt werden³⁷⁶. Dafür kann es erforderlich werden, die Norm nicht strikt, sondern sinngemäß anzuwenden. Dem steht nicht entgegen, dass die Verordnung in Art. 9 Abs. 3 SE-VO anordnet, die Vorschriften, die für die Geschäftstätigkeit der SE gelten, seien „uneingeschränkt“ anzuwenden. Das Wirtschaftsverwaltungsrecht, auf das Art. 9 Abs. 3 SE-VO Bezug nimmt, liegt außerhalb des Regelungsbereichs der SE-Verordnung³⁷⁷, so dass es sich nicht um eine Verweisung handelt.

Sinngemäße Anwendung bedeutet zunächst, dass die Merkmale des Tatbestands, auf den verwiesen wird, erforderlichenfalls nach ihrer Funktion und Stellung im Sinnzusammenhang zu ersetzen sind³⁷⁸. Spricht eine Vorschrift des deutschen Aktiengesetzes vom „Vorstand der Aktiengesellschaft“, tritt an dessen Stelle das Leitungsorgan der SE, oder, soweit sachgerecht, das Verwaltungsorgan der SE. Der Begriff der Gründer im deutschen Aktiengesetz ist im Zusammenhang mit der Gründung

³⁷¹ EuGH, Rs. 49/71 (Hagen), Slg. 1972, 23 (24, 35)

³⁷² EuGH, Rs. C-132/91, C-138/91, C-139/91 (Katsikas/Konstantinidis), ZIP 1993, 221 (224) m.w.N. Siehe 2. Kap. C II 1

³⁷³ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 82; Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (554); ähnlich Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 79

³⁷⁴ Larenz/ Canaris, Methodenlehre, S. 82

³⁷⁵ So auch Larenz/ Canaris, Methodenlehre, S. 82. Ebenso unter Hinweis auf die geringe Aussagekraft des Wortlauts bei der Auslegung von Gemeinschaftsrecht: Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (554).

³⁷⁶ Vgl. Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 182 und 186

³⁷⁷ So schon zum umfassenden Vorschlag einer SE-Verordnung von 1975: Lindacher in: Lutter, Europäische Aktiengesellschaft, S. 1 (3)

³⁷⁸ Larenz/ Canaris, Methodenlehre, S. 82

einer SE durch Verschmelzung durch den der Gründungsgesellschaften oder der sich verschmelzenden Gesellschaften zu ersetzen³⁷⁹.

In Ausnahmefällen ist die nationale Norm eingeschränkt oder modifiziert anzuwenden. Voraussetzung ist, dass die Besonderheiten der SE, die sich aus der SE-Verordnung ergeben, dies erfordern³⁸⁰. Soweit die nationale Norm mit den Rechtsgrundsätzen der SE-Verordnung in Widerspruch steht, ist wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts und des Vorbehalts entgegenstehender Verordnungsbestimmungen in Art. 10 SE-VO³⁸¹ eine rein sinngemäße oder eingeschränkte Anwendung gerechtfertigt³⁸². Wegen des Gleichbehandlungsgebots des Art. 10 SE-VO und dem Willen des Verordnungsgebers, der in der Verweisung zum Ausdruck kommt, muss dies jedoch die absolute Ausnahme bleiben³⁸³. Je umfassender der jeweilige Bereich in der Verordnung geregelt ist, desto eher ist eine Differenzierung gerechtfertigt. Verweist die SE-Verordnung für den gesamten Bereich auf nationales Recht und trifft selbst keine sachliche Regelung, scheidet eine Anpassung in der Regel aus, weil die Verordnung dafür keinen Maßstab setzt³⁸⁴. Kaum Anpassungsbedarf wird in den Bereichen bestehen, die durch europäische Richtlinien weitgehend harmonisiert wurden³⁸⁵.

D. Auslegungszuständigkeit des EuGH und der nationalen Gerichte

Die Auslegung der SE-Verordnung obliegt in erster Linie den nationalen Gerichten und Behörden, die sie anwenden³⁸⁶. Damit die SE-Verordnung in sämtlichen Mitgliedstaaten einheitlich ausgelegt und angewendet wird³⁸⁷, sind die nationalen Gerichte unter den Voraussetzungen des Art. 234 EG berechtigt bzw. verpflichtet, den EuGH über die Auslegung der SE-Verordnung vorab entscheiden zu lassen. Das nationale Gericht bleibt

³⁷⁹ Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 182

³⁸⁰ Ebenso Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (554)

³⁸¹ Auch der 5. Erwägungsgrund wendet sich nur gegen eine Ungleichbehandlung nationaler und europäischer Aktiengesellschaften, die nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist.

³⁸² Im Ergebnis ebenso Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 79 und 182

³⁸³ Im Ergebnis ebenso Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (554). Auch Grote (Europäische Aktiengesellschaft, S. 186) mahnt in diesem Zusammenhang zur Beachtung des Art. 10 SE-VO.

³⁸⁴ Ebenso Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (554)

³⁸⁵ Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 79

³⁸⁶ Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 55; vgl. Krück in: von der Groeben/ Thiesing/ Ehlermann, EUV/ EG, Art. 177 EG Rn. 12

³⁸⁷ EuGH, Rs. 166/73 (Theinmühlen /Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide), Slg. 1974, 33 Rn. 2; Schwarze in: Schwarze, EU, Art. 234 EG Rn. 2; Krück in: von der Groeben/ Thiesing/ Ehlermann, EUV/ EG, Art. 177 EG Rn. 13

dabei für die Entscheidung des konkreten, bei ihm anhängigen Rechtsstreits verantwortlich. Der EuGH klärt lediglich in einem Zwischenverfahren abstrakt die ihm vorgelegten Fragen des Gemeinschaftsrechts³⁸⁸.

Ein mitgliedstaatliches Gericht kann dem EuGH Fragen über die Auslegung des Gemeinschaftsrechts vorlegen, wenn es deren Beantwortung im konkreten Verfahren für entscheidungserheblich hält³⁸⁹. Zur Vorlage verpflichtet ist das Gericht, wenn seine Entscheidungen nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können. Nach h.M. ist entscheidend, ob gegen die Entscheidung im konkreten Verfahren ein ordentliches Rechtsmittel gegeben wäre (konkrete Betrachtungsweise). Ein Teil der Literatur hingegen hält nur Gerichte, die in dem Mitgliedstaat generell in letzter Instanz entscheiden, für vorlagepflichtig (abstrakte Betrachtungsweise)³⁹⁰. Der EuGH hat die Frage bisher nicht entschieden, scheint aber der konkreten Theorie zu folgen³⁹¹.

Die Vorlagepflicht entfällt, wenn die gestellte Frage bereits in einem gleichgelagerten Fall Gegenstand einer Vorabentscheidung gewesen ist³⁹² oder wenn bereits eine gesicherte Rechtsprechung des EuGH vorliegt, durch die die betreffende Rechtsfrage gelöst ist. Das gilt selbst dann, wenn die strittigen Fragen nicht vollkommen identisch sind³⁹³. Ferner kann das letztinstanzliche Gericht von der Vorlage absehen, wenn die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, dass keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel bleibt³⁹⁴. Der EuGH stellt dabei hohe Anforderungen an die Offenkundigkeit.

In Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes sind die letztinstanzlichen wie die übrigen Gerichte nur berechtigt, nicht aber verpflichtet, den EuGH zur Vorabentscheidung anzurufen³⁹⁵.

³⁸⁸ Schwarze in: Schwarze, EU, Art. 234 EG Rn. 3; Geiger, EUV/EGV, Art. 234 EG Rn. 5

³⁸⁹ Art. 234 2. Unterabs. EG; siehe dazu Geiger, EUV/EGV, Art. 234 EG Rn. 12.

³⁹⁰ Zum Streitstand siehe Krück in: von der Groeben/ Thiesing/ Ehlermann, EUV/EG, Art. 177 EG Rn. 67 ff m.w.N.

³⁹¹ EuGH, Rs. 6/64 (COSTA/ ENEL), Slg. 1964, 1253; ders. Rs. 35 und 36/82 (Morson), Slg. 1982, 3723; siehe dazu Krück in: von der Groeben/ Thiesing/ Ehlermann, EUV/EG, Art. 177 EG Rn. 67 ff; Geiger, EUV/EGV, Art. 234 EG Rn. 14

³⁹² EuGH, Rs. 283/81 (Srl C.I.L.F.I.T., Lanificio die Gavardo SpA), Slg. 1982, 3415 Rn. 13; Rs. C-337/95 (Parfums Christian Dior), Slg. 1997, I-6013 Rn. 31; so schon verb. Rs 28 bis 30/62 (Da Costa u.a.), Slg. 1963, 63, 81

³⁹³ EuGH Rs. 283/81 (Srl C.I.L.F.I.T., Lanificio die Gavardo SpA), Slg. 1982, 3415 Rn. 14

³⁹⁴ Schwarze in: Schwarze, EU, Art. 234 EG Rn. 46; Krück in: von der Groeben/ Thiesing/ Ehlermann, EUV/EG, Art. 177 EG Rn. 72

³⁹⁵ EuGH, Rs. 107/76 (Hoffmann-La Roche/ Centrafarm), Slg. 1977, 957 Rn. 4 und 6; verb. Rs. 35 u.36/82 (Morson und Jhanjan/Niederländischer Staat), Slg. 1982, 3723 Rn. 10; Schwarze in: Schwarze, EU, Art. 234 EG Rn. 34 und 44

Indem der EuGH über die Reichweite der Bestimmungen der SE-Verordnung entscheidet, bestimmt er gleichzeitig den Anwendungsbereich des subsidiär anzuwendenden nationalen Rechts³⁹⁶. Der EuGH entscheidet darüber, ob die Bestimmungen, die der nationale Gesetzgeber aufgrund einer Ermächtigung oder Verpflichtung in der SE-Verordnung erlassen hat, und sonstige Bestimmungen der nationalen Ausführungsgesetze mit der SE-Verordnung in Einklang stehen³⁹⁷. Weiter entscheidet er über die Richtlinienkonformität der nationalen Bestimmungen, die zur Umsetzung der Arbeitnehmerrichtlinie erlassen wurden³⁹⁸. Der EuGH kann oder muss von den nationalen Gerichten ferner angerufen werden, wenn die Vereinbarkeit des subsidiär anzuwendenden nationalen Rechts mit Gemeinschaftsrecht, insbesondere mit EG-Richtlinien, in Frage steht oder es um dessen richtlinienkonforme Auslegung geht. Bei der Gründung der SE durch Verschmelzung wird dabei insbesondere die Verschmelzungsrichtlinie von Bedeutung sein. Ansonsten bleibt die Auslegung des nationalen Rechts alleinige Aufgabe der nationalen Gerichte³⁹⁹, selbst wenn die nationalen Vorschriften aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Verweisung in der SE-Verordnung zur Anwendung gelangen⁴⁰⁰.

³⁹⁶ Wenz, SE, S. 34; Lutter ZGR 1992, 435 (446)

³⁹⁷ Wenz, SE, S. 34

³⁹⁸ Wenz, SE, S. 34 Fn. 143

³⁹⁹ EuGH, Rs. 75/63 (Unger/Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten), Slg 1964, 379, 398; Schwarze, EU, Art. 234 EG Rn. 13

⁴⁰⁰ Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 55; Wenz, SE, S. 34 f

3. Kapitel: Verschmelzung

A. Definition

I. Allgemeines

Die SE-Verordnung übernimmt die Definition der Verschmelzung aus der Verschmelzungsrichtlinie⁴⁰¹. Art. 17 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 1 SE-VO verweist dazu auf Art. 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 Verschmelzungsrichtlinie.

Art. 3 Abs. 1 Verschmelzungsrichtlinie lautet:

Im Sinne dieser Richtlinie ist die Verschmelzung durch Aufnahme der 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 gegebenenfalls einer baren Zuzahlung, die den zehnten Teil des Nennbetrags oder, wenn ein Nennbetrag nicht vorhanden ist, des rechnerischen Wertes der gewährten Aktien nicht übersteigt.

Art. 4 Abs. 1 Verschmelzungsrichtlinie bestimmt:

Im Sinne dieser Richtlinie ist die Verschmelzung durch Gründung einer neuen Gesellschaft der Vorgang, durch den mehrere Gesellschaften ihr gesamtes Aktiv- und Passivvermögen im Wege der Auflösung ohne Abwicklung auf eine Gesellschaft, die sie gründen, übertragen und zwar gegen Gewährung von Aktien der neuen Gesellschaft an ihre Aktionäre und gegebenenfalls einer baren Zuzahlung, die den zehnten Teil des Nennbetrags oder, wenn der Nennbetrag nicht vorhanden ist, des rechnerischen Wertes der gewährten Aktien nicht übersteigt

Die Definition der Verschmelzung ist direkt der Verschmelzungsrichtlinie zu entnehmen. Die nationalen Vorschriften, mit denen Art. 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 Verschmelzungsrichtlinie umgesetzt wurden, sind nicht anzuwenden.

Wesensmerkmal der Verschmelzung ist die Zusammenführung zweier oder mehrerer Gesellschaften zu einer einzigen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge, wobei die Anteilsinhaber erlöschender Gesellschaften Anteilsrechte an der übernehmenden

⁴⁰¹ Dritte gesellschaftsrechtliche Richtlinie des Rates betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften vom 9. Oktober 1978, ABl Nr. L 295/36 vom 20.10.1978

Gesellschaft erhalten⁴⁰². Unterschieden wird zwischen der Verschmelzung durch Aufnahme⁴⁰³ und der Verschmelzung durch Neugründung.

Bei der Verschmelzung durch Aufnahme überträgt eine Gesellschaft oder übertragen mehrere Gesellschaften ihr Vermögen auf eine bereits bestehende Gesellschaft. Die übertragenden Gesellschaften erlöschen mit dem Vollzug der Verschmelzung⁴⁰⁴. Die aufnehmende Gesellschaft nimmt die Form einer SE an⁴⁰⁵. Die Aktionäre der erlöschenden Gesellschaften erhalten Aktien der SE. Um die Anteile gewähren zu können, muss die aufnehmende Gesellschaft in der Regel eine Kapitalerhöhung durchführen.

Bei der Verschmelzung durch Neugründung übertragen zwei oder mehr bereits bestehende Gesellschaften ihr gesamtes Vermögen auf eine neu zu gründende Gesellschaft. Im Unterschied zur Verschmelzung durch Aufnahme wird der endgültige Rechtsträger der vereinigten Vermögen mit Vollzug der Verschmelzung erst gebildet. Die neu zu gründende Gesellschaft ist eine SE⁴⁰⁶. Die Aktionäre der Gründungsgesellschaften werden mit dem Vollzug der Verschmelzung Aktionäre der SE. Die Gründungsgesellschaften erlöschen⁴⁰⁷.

In der nationalen Praxis ist die Verschmelzung durch Aufnahme wesentlich häufiger als die Verschmelzung durch Neugründung⁴⁰⁸. Die Verschmelzung durch Aufnahme kann kostengünstiger und schneller durchgeführt werden, da nicht wie bei der Neugründung eine Satzung neu ausgearbeitet und beurkundet, die Gesellschaft ins Handelsregister eingetragen und die Unternehmensleitung neu besetzt werden muss⁴⁰⁹. Bei der Gründung einer SE bietet die Verschmelzung durch Aufnahme diese Vorteile nicht.

Wie sich aus Art. 20 Abs. 1 lit. h SE-VO ergibt, ist auch im Fall der Verschmelzung durch Aufnahme die Satzung der künftigen SE in den Verschmelzungsplan aufzunehmen. Die Satzung der aufnehmenden Gesellschaft kann nicht uneingeschränkt übernommen werden, sondern muss zumindest den für die neue Rechtsform geltenden Regeln angepaßt werden. Da die Satzung Teil des Verschmelzungsplans ist, kann die SE nur gegründet

⁴⁰² Vgl. die Definition von Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 13 III 1 a

⁴⁰³ Die Verschmelzung durch Aufnahme war in den Verordnungsvorschlägen von 1970, 1975, 1989 und 1991 nicht vorgesehen. Siehe dazu etwa Sagasser/ Swienty DStR 1991, 1188 (1190).

⁴⁰⁴ Art. 29 Abs. 1 lit. c SE-VO

⁴⁰⁵ Art. 17 Abs. 2 S. 2 SE-VO

⁴⁰⁶ Art. 17 Abs. 2 S. 3 SE-VO

⁴⁰⁷ Art. 29 Abs. 2 lit. c SE-VO

⁴⁰⁸ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 44 und 137; Pagel/ Gless, Verschmelzung, S. 10

⁴⁰⁹ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 44; Pagel/ Gless, Verschmelzung, S. 10; Heckschen, Verschmelzung, S. 47; Sagasser/ Bula, Umwandlungen, J 146

werden, wenn sich die Gründungsgesellschaften über den Inhalt der Satzung einigen und die Anteilseigner aller Gründungsgesellschaften ihr zustimmen.

Die Mitglieder der Organe der SE müssen nach dem in der SE-Verordnung vorgesehenen Verfahren⁴¹⁰ bestellt werden. Wird das Organisationssystem beibehalten, ist es grundsätzlich möglich, dass die bisherigen Amtsträger ihre Funktion auch in der SE wahrnehmen. Voraussetzung ist aber, dass die Gründungsgesellschaften bzw. die Anteilseigner der SE, die die Organmitglieder bestellen⁴¹¹, dies beschließen.

Schließlich muss die Gründung der SE gemäß Art. 12 Abs. 1 SE-VO bei beiden Gründungsvarianten in das Handelsregister eingetragen werden.

Wendet man die Definition der Verschmelzung streng wörtlich an, liegt in den Fällen des Art. 31 Abs. 1 SE-VO keine Verschmelzung vor. Art. 31 Abs. 1 SE-VO ordnet an, dass den Aktionären der übertragenden Gesellschaft keine Aktien gewährt werden, wenn bei einer Verschmelzung durch Aufnahme eine Gründungsgesellschaft sämtliche Aktien und sonstige Stimmrecht verleihende Wertpapiere einer anderen Gründungsgesellschaft besitzt. Trotzdem bezeichnet Art. 31 Abs. 1 S. 1 SE-VO diesen Vorgang als Verschmelzung.

Die Anteilsgewährung ist folglich nur solange zwingendes Merkmal der Verschmelzung, als Art. 31 Abs. 1 SE-VO nichts anderes vorschreibt. Das Merkmal dient letztlich dazu, die Fälle aus dem Begriff der Verschmelzung herauszunehmen, in denen die Aktionäre der übertragenden Gesellschaften nicht hauptsächlich mit Aktien der aufnehmenden Gesellschaft, sondern mit Geldleistungen im Wert von mehr als 10 % des Nennwertes oder – mangels Nennwertes - rechnerischen Wertes der im Austausch ausgegebenen Aktien oder anderen Gegenleistungen entschädigt werden⁴¹². Dadurch soll die weitestmögliche Erhaltung der Gesellschafteridentität sichergestellt werden⁴¹³.

In allen Konstellationen, die Art. 31 Abs. 1 SE-VO nicht erfasst, werden die Aktien der übertragenden Gesellschaften gemäß Art. 29 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 lit. b SE-VO in vollem Umfang gegen Aktien der aufnehmenden Gesellschaft bzw. der SE ausgetauscht⁴¹⁴. Die Definition der Verschmelzung ist erfüllt.

⁴¹⁰ Art. 39 Abs. 2, 40 Abs. 2, 43 Abs. 3 SE-VO

⁴¹¹ Siehe Art. 39 Abs. 2 und 40 Abs. 2 SE-VO

⁴¹² Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 39; Caminades, Gründung, S. 178 zu Art. 2 Abs. 2 Verschmelzungsrichtlinie

⁴¹³ Bermel in: Goutier/ Knopf/ Tulloch, Umwandlungsrecht, § 2 UmwG Rn. 22

⁴¹⁴ Näher dazu siehe 3. Kap. B II 3

II. Verschmelzungsähnliche Vorgänge

Nicht unter den Begriff der Verschmelzung im Sinne der SE-Verordnung fällt die sog. unechte Verschmelzung⁴¹⁵, bei der die Vermögen mehrerer Gesellschaften im Wege der Einzelrechtsnachfolge vereinigt werden, so dass wirtschaftlich ein vergleichbares Ergebnis wie bei einer Verschmelzung erzielt wird.

Das kann dadurch geschehen, dass eine Gesellschaft ein Unternehmen oder einen Unternehmensteil in eine andere Gesellschaft einbringt und dafür Anteile an ihr erhält⁴¹⁶.

Im Gegensatz zur Verschmelzung werden die Anteile der einbringenden Gesellschaft und nicht ihren Gesellschaftern gewährt. Die Zielgesellschaft wird anders als bei der Verschmelzung nicht zur Gesamtrechtsnachfolgerin der übertragenden Gesellschaft. Die einbringende Gesellschaft bleibt als selbständiges Rechtssubjekt bestehen. Sie kann die erhaltenen Anteile im Wege der Liquidation an ihre Gesellschafter auskehren.

Ein ähnliches Ergebnis wird erzielt, wenn die Anteilseigner der übertragenden Gesellschaft ihre Anteile als Sacheinlage in die übernehmende Gesellschaft einbringen und als Ausgleich Anteile an der übernehmenden Gesellschaft erhalten⁴¹⁷. Anschließend wird die übertragende Gesellschaft liquidiert und ihr Vermögen geht auf die übernehmende Gesellschaft über. Auch hier fehlt es an der für die Verschmelzung typischen Gesamtrechtsnachfolge und der Auflösung der übertragenden Gesellschaft ohne Abwicklung.

Keine Verschmelzung im Sinne der SE-Verordnung liegt vor, wenn nicht alle übertragenden Gesellschaften aufhören zu bestehen oder wenn die bare Zuzahlung, die den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft gewährt wird, die in der Verschmelzungsdefinition festgelegte 10 %-Grenze übersteigt⁴¹⁸.

Der Begriff der Fusion wird in der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Literatur teilweise wesentlich weiter gefasst als der Begriff der Verschmelzung in der SE-Verordnung. Einige erstrecken den Begriff auf Vorgänge der Konzernbildung durch Verträge, Kapitalbeteiligungen oder personelle Verflechtung⁴¹⁹. Andere setzen die Fusion

⁴¹⁵ Bermel in: Goutier/ Knopf/ Tulloch, Umwandlungsrecht, § 1 UmwG Rn. 21

⁴¹⁶ Dazu Widmann in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, Anhang 6 Rn. 36; Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 40

⁴¹⁷ Dazu Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 41; Widmann in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, Anhang 6 Rn. 37.

⁴¹⁸ Art. 30 f Verschmelzungsrichtlinie stellt diese Vorgänge der Verschmelzung gleich und ordnet grundsätzlich die Anwendung der Verschmelzungsvorschriften an. Für den Bereich der SE-Verordnung gilt dies mangels Verweises auf Art. 30 f Verschmelzungsrichtlinie nicht.

⁴¹⁹ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 36; Pagel/ Gless, Verschmelzung, S. 8; Heckschen, Verschmelzung, S. 1

– in Anlehnung an das englische Mergers and Acquisitions - mit der Übernahme einer Gesellschaft gleich, verlangen also den Erwerb einer mehrheitlichen Kapitalbeteiligung an einem anderen Unternehmen⁴²⁰. In der vorliegenden Arbeit wird der Begriff Fusion aber synonym zu dem der Verschmelzung verwendet.

Innerhalb einer Frist von 5 Jahren nach Inkrafttreten der SE-Verordnung soll die Europäische Kommission gemäß Art. 69 S. 2 lit. b SE-VO prüfen, ob der Begriff der Verschmelzung auf andere als die in Art. 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 Verschmelzungsrichtlinie genannten Vorgänge auszuweiten ist.

III. Umfang der Verweisung auf die Verschmelzungsrichtlinie

Aus dem Wortlaut des Art. 17 Abs. 2 S. 1 SE-VO („die Verschmelzung erfolgt nach dem Verfahren ... gemäß Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie....“) könnte man schließen, dass auch die sonstigen Vorschriften der Richtlinie über das Verschmelzungsverfahren direkt anzuwenden sein sollen. Die Wahlrechte, die die Richtlinie den Mitgliedstaaten einräumt, könnten dann von den Gründungsgesellschaften ausgeübt werden. Die Gestaltungsfreiheit, die den Mitgliedstaaten zusteht, käme den Gesellschaften zugute.

Art. 17 Abs. 2 S. 1 SE-VO spricht nicht von dem „Verfahren nach der Verschmelzungsrichtlinie“, sondern „dem Verfahren gemäß Art. 3 Abs. 1 bzw. 4 Abs. 1 der Richtlinie“. Die Bezugnahme auf diese zwei Normen stellt klar, dass nicht die gesamte Verschmelzungsrichtlinie direkt anzuwenden sein soll. Art. 17 Abs. 2 S. 1 SE-VO soll lediglich den in Art. 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 Verschmelzungsrichtlinie beschriebenen Vorgang als Verschmelzung definieren⁴²¹. Lücken in den Vorschriften über die Gründung der SE durch Verschmelzung sind gemäß Art. 15 Abs. 1 und 18 SE-VO durch Rückgriff auf nationales Recht zu schließen, so dass für eine direkte Anwendung der Verschmelzungsrichtlinie kein Raum bleibt. Art. 18 SE-VO erklärt die Verschmelzungsrichtlinie nicht für direkt anwendbar, sondern verweist auf die nationalen Bestimmungen, die mit ihr in Einklang stehen.

B. Wirkungen

Die wesentlichen Wirkungen der Verschmelzung ordnet die SE-Verordnung in Art. 29 Abs. 1 und 2 SE-VO an. Dazu zählen der Vermögensübergang im Wege der Gesamtrechtsnachfolge, der Übergang der Anteilsrechte, das Erlöschen der übertragenden Gesellschaft(en) und ggf. der Formwechsel der übernehmenden Gesellschaft zu einer SE.

⁴²⁰ Pagel/ Gless, Verschmelzung, S. 9; Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 36

⁴²¹ Ebenso Teichmann ZGR 2002, 383 (415 Fn. 153)

Diese Rechtsfolgen treten gemäß Art. 29 Abs. 1 und 2 SE-VO „ipso iure“ mit dem Vollzug der Verschmelzung ein. Das nationale Recht kann den Eintritt der Rechtsfolgen also nicht von weiteren Voraussetzungen abhängig machen⁴²². Die Verschmelzung und die Gründung der SE werden gemäß Art. 27 SE-VO mit ihrer Eintragung in das Handelsregister des Sitzstaates der SE wirksam. Mängel der Verschmelzung lassen gemäß Art. 30 Abs. 1 SE-VO die Wirkungen der Verschmelzung unberührt⁴²³.

Aus den nationalen Vorschriften können sich weitere Wirkungen der Verschmelzung ergeben. Mangels anderer Anhaltspunkte ist Art. 29 Abs. 1 und 2 SE-VO grundsätzlich nicht abschließend zu verstehen⁴²⁴. Beispielsweise findet auf eine deutsche Gründungsgesellschaft § 20 Abs. 1 Nr. 4 UmwG Anwendung, wonach die Verschmelzung den Beurkundungsmangel des Verschmelzungsvertrags heilt. Maßgeblich ist gemäß Art. 18 SE-VO das Recht der Gründungsgesellschaften, da es um die Interessen ihrer Anteilseigner geht.

Art. 29 SE-VO regelt im ersten Absatz die Wirkungen einer Verschmelzung durch Aufnahme, im zweiten Absatz die Rechtsfolgen einer Verschmelzung durch Neugründung.

I. Vermögensübergang im Wege der Gesamtrechtsnachfolge

Die zentrale Wirkung der Verschmelzung ordnen Art. 29 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 lit. b SE-VO an. Danach geht das gesamte Aktiv- und Passivvermögen der übertragenden Gesellschaften im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die aufnehmende Gesellschaft bzw. die SE über. Gesamtrechtsnachfolge bedeutet, dass mit dem Vollzug der Verschmelzung die SE in die Rechtsposition der übertragenden Gesellschaft(-en) eintritt⁴²⁵. Dies geschieht ohne weitere Handlungen und unabhängig davon, ob die Beteiligten von der Verschmelzung wissen, die Zusammensetzung des Vermögens kennen oder den Vermögensübergang wollen⁴²⁶. Die Gesamtrechtsnachfolge wirkt nicht nur im Verhältnis der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften, sondern gegenüber jedermann⁴²⁷. Der Spezialitätsgrundsatz, wonach jeder Gegenstand für sich und nach den für ihn geltenden Regeln übertragen werden muss, findet bei der

⁴²² Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 220 zu Art. 19 Abs. 1 Verschmelzungsrichtlinie

⁴²³ Siehe 5. Kap. F

⁴²⁴ A.A. Teichmann ZGR 2002, 383 (417 Fn. 157)

⁴²⁵ Stratz in: Schmitt/ Hörtnagl/ Stratz, UmwG/ UmwStG, § 1 UmwG Rn. 26; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 12 IV 4. Zur Gesamtrechtsnachfolge bei einer nationalen Verschmelzung nach deutschem Recht vgl. Stratz in: Schmitt/ Hörtnagl/ Stratz, UmwG/ UmwStG, § 20 UmwG Rn. 18 ff und Bermel in: Goutier/ Knopf/ Tulloch, Umwandlungsrecht, § 20 UmwG Rn. 12 ff.

⁴²⁶ Stratz in: Schmitt/ Hörtnagl/ Stratz, UmwG/ UmwStG, § 2 UmwG Rn. 5

Gesamtrechtsnachfolge keine Anwendung⁴²⁸. Die SE tritt in die Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaften ein, ohne dass die betroffenen Gläubiger zustimmen müssten⁴²⁹. Bankkonten werden lediglich deklaratorisch umgeschrieben⁴³⁰. Grundstücke gehen ohne Auflassung und Eintragung über, die Grundbücher müssen nur berichtigt werden⁴³¹. Im Vergleich zur Einzelrechtsnachfolge spart die Gesamtrechtsnachfolge erheblich Zeit, Aufwand und Kosten⁴³².

Art. 29 Abs. 3 SE-VO, wonach die Übertragung bestimmter Vermögensgegenstände von der Erfüllung besonderer Formalitäten abhängig gemacht werden kann, steht dem nicht entgegen. Er erlaubt lediglich gewisse Ausnahmen vom Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge.

Einzelne Rechtspositionen, die wegen ihrer Höchstpersönlichkeit unübertragbar sind, gehen nicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die SE über⁴³³. Ob es sich um eine solche Rechtsposition handelt, ist durch Auslegung des Rechtsverhältnisses zu ermitteln. Bei Aktiengesellschaften als juristischen Personen steht das persönliche Verhältnis selten im Vordergrund. Höchstpersönlich und deshalb nicht übertragbar ist zum Beispiel die Mitgliedschaft in einem Verband⁴³⁴.

Die SE kann ihre Haftung für die Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaften nicht beschränken⁴³⁵. Der Übergang der Verbindlichkeiten auf die SE kraft Gesetzes schließt Auflösungsmöglichkeiten, die sich aus dem Vertrag oder dem Vertragsrecht ergeben, nicht aus⁴³⁶. Die Fusion kann beispielsweise ein „wichtiger Grund“ sein, der zur Kündigung des Vertrages berechtigt⁴³⁷. Im Anwendungsbereich des deutschen

⁴²⁷ Art. 19 Abs. 1 lit. a, 23 der Verschmelzungsrichtlinie stellt dies klar. Wie hier Schwarz ZIP 2001, 1847 (1851).

⁴²⁸ Stratz in: Schmitt/ Hörtnagl/ Stratz, UmwG/ UmwStG, § 2 UmwG Rn. 5; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 12 IV 4

⁴²⁹ Stratz in: Schmitt/ Hörtnagl/ Stratz, UmwG/ UmwStG, § 1 UmwG Rn. 26; Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 37; Pagel/ Gless, Verschmelzung, S. 10 Fn. 46

⁴³⁰ So für das deutsche Verschmelzungsrecht Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 12 IV 4 b

⁴³¹ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 37; Pagel/ Gless, Verschmelzung, S. 10 Fn. 46. Für das deutsche Verschmelzungsrecht Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 12 IV 4 b.

⁴³² Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 37

⁴³³ So für die Gesamtrechtsnachfolge nach dem deutschen Verschmelzungsrecht Bernel in: Goutier/ Knopf/ Tulloch, Umwandlungsrecht, § 20 UmwG Rn. 11; Stratz in: Schmitt/ Hörtnagl/ Stratz, UmwG/ UmwStG, § 20 UmwG Rn. 66

⁴³⁴ So für das deutsche Verschmelzungsrecht Stratz in: Schmitt/ Hörtnagl/ Stratz, UmwG/ UmwStG, § 20 UmwG Rn. 83; Bernel in: Goutier/ Knopf/ Tulloch, Umwandlungsrecht, § 20 UmwG Rn. 17

⁴³⁵ So für das deutsche Verschmelzungsrecht Stratz in: Schmitt/ Hörtnagl/ Stratz, UmwG/ UmwStG, § 20 UmwG Rn. 4

⁴³⁶ Sonnenberger AG 1971, 76 (80)

⁴³⁷ A.a.O.

Vertragsrechts kann der Eintritt der SE in einen Vertrag der übertragenden Gesellschaft zum Wegfall der Geschäftsgrundlage führen⁴³⁸.

Da die SE die Gesamtrechtsnachfolge übernimmt, muss die übertragende Gesellschaft nicht abgewickelt werden. Daraus können sich erhebliche zivil- wie auch steuerrechtliche Vorteile ergeben⁴³⁹.

II. Übergang der Anteilsrechte

Die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft werden gemäß Art. 29 Abs. 1 lit. b bzw. Abs. 2 lit. b SE-VO Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft bzw. der SE. Die Anteilsrechte gehen kraft Gesetzes über, die Aktienurkunden müssen dazu nicht übertragen werden⁴⁴⁰. Die Aktien der übertragenden Gesellschaft werden in Aktien der SE umgetauscht. Bei der Verschmelzung durch Neugründung werden die Aktien der neuen Gesellschaft ausgegeben. Bei der Verschmelzung durch Aufnahme können vorhandene eigene Anteile der übernehmenden Aktiengesellschaft oder durch eine Kapitalerhöhung neu entstandene Aktien ausgegeben werden.

1. Das Umtauschverhältnis

Die Leitungs- bzw. Verwaltungsorgane der Gründungsgesellschaften einigen sich im Rahmen der Verhandlungen über den Verschmelzungsplan darüber, wie viele Anteile an der SE die Aktionäre der übertragenden Gesellschaften als Gegenleistung erhalten⁴⁴¹. Das Umtauschverhältnis entscheidet über den Anteil, den die Aktionäre der übertragenden Gesellschafter am Kapital und damit am künftigen Erfolg der SE haben. Bei einer Verschmelzung durch Aufnahme bestimmt das Umtauschverhältnis gleichzeitig den relativen Kapitalanteil der Aktionäre der aufnehmenden Gesellschaft an der SE⁴⁴².

Die SE-Verordnung sieht verschiedene Mechanismen vor, die ein „angemessenes“ Umtauschverhältnis gewährleisten sollen. Das Umtauschverhältnis ist Teil des Verschmelzungsplans, den die Aktionäre der Gründungsgesellschaften mindestens einen Monat vor der Hauptversammlung einsehen können⁴⁴³. Die Verwaltungs- bzw. Leitungsorgane der Gründungsgesellschaft haben in ihrem Verschmelzungsbericht das

⁴³⁸ A.a.O.

⁴³⁹ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 37

⁴⁴⁰ Bermel in: Goutier/ Knopf/ Tulloch, Umwandlungsrecht, § 20 UmwG Rn. 50

⁴⁴¹ Das Umtauschverhältnis ist gemäß Art. 20 Abs. 1 lit. b SE-VO notwendiger Bestandteil des Verschmelzungsplans.

⁴⁴² Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 39

Umtauschverhältnis rechtlich und wirtschaftlich zu erläutern⁴⁴³. Die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses ist zentraler Gegenstand der Sachverständigenprüfung nach Art. 22 SE-VO⁴⁴⁵. Art. 25 Abs. 3 S. 1 SE-VO erlaubt unter bestimmten Voraussetzungen ein Verfahren zur Kontrolle und Änderung des Umtauschverhältnisses⁴⁴⁶. Die Leitungs- bzw. Verwaltungsorgane der Gründungsgesellschaften können grundsätzlich ein unangemessenes Umtauschverhältnis vereinbaren. Sie müssen dann aber damit rechnen, dass die Hauptversammlungen dem Verschmelzungsplan nicht zustimmen – mit der Folge, dass die Verschmelzung scheitert - oder Aktionäre, soweit möglich, ein Verfahren nach Art. 25 Abs. 3 SE-VO einleiten.

Weder die Verschmelzungsrichtlinie noch die SE-Verordnung definieren den Begriff der Angemessenheit. Nach deutschem Verschmelzungsrecht ist das Umtauschverhältnis angemessen, wenn den Aktionären der übertragenden Gesellschaften für den Verlust ihrer Anteile eine vermögensmäßig entsprechende Beteiligung an der übernehmenden Gesellschaft gewährt wird⁴⁴⁷. Der europarechtliche Begriff der Angemessenheit ist nach dem allgemeinen Wortsinn und dem Zweck des Tatbestandsmerkmals in der gleichen Weise zu verstehen⁴⁴⁸.

Die SE-Verordnung bestimmt nicht, nach welcher Methode die Unternehmen zu bewerten sind. Da ein angemessenes Umtauschverhältnis dem Schutz der Anteilseigner der Gründungsgesellschaften dient, ist die Regelungslücke grundsätzlich gemäß Art. 18 SE-VO zu schließen⁴⁴⁹. Das würde bedeuten, dass hinsichtlich der Bewertung auf jede Gründungsgesellschaft das Verschmelzungsrecht des Mitgliedstaates, dessen Recht sie unterliegt, anzuwenden wäre. Um das Verhältnis der Unternehmenswerte korrekt ermitteln zu können, muss aber jedes Unternehmen anhand der gleichen Grundsätze und Methode bewertet werden⁴⁵⁰. Unterschiedliche Bewertungsmethoden können zu unterschiedlichen Werten und damit abweichenden Umtauschverhältnissen führen⁴⁵¹. Den

⁴⁴³ Das ergibt sich aus den nationalen Umsetzungsvorschriften zu Art. 11 Abs. 1 lit. a Verschmelzungsrichtlinie, die über Art. 18 SE-VO zur Anwendung kommen (siehe 5. Kap. B V 1).

⁴⁴⁴ Siehe 5. Kap. B IV

⁴⁴⁵ Art. 10 Abs. 2 Verschmelzungsrichtlinie i.V.m. nationalen Umsetzungsvorschriften i.V.m. Art. 18 Abs. 1 SE-VO (siehe 5. Kap. B IV)

⁴⁴⁶ Siehe 5. Kap. E II

⁴⁴⁷ Lutter in: Lutter, UmwG, § 5 Rn. 18

⁴⁴⁸ Im Ergebnis ebenso Sagasser/ Swienty DStR 1991, 1188 (1192). Großfeld NZG 2002, 353 (354) und Buchfeld S. 38 setzen ebenfalls die Unternehmenswerte zueinander ins Verhältnis, um zu einem „angemessenen Umtauschverhältnis“ im Sinne der SE-Verordnung zu gelangen.

⁴⁴⁹ Vgl. auch Großfeld NZG 2002, 353 (354)

⁴⁵⁰ Ebenso Großfeld NZG 2002, 353 (354)

⁴⁵¹ Sagasser/ Swienty DStR 1991, 1188 (1192)

Gründungsgesellschaften ist daher zu empfehlen, sich im Vorfeld auf eine Bewertungsmethode zu einigen und alle beteiligten Unternehmen einheitlich danach zu bewerten⁴⁵². Die Wahl der Bewertungsmethode ist im Verschmelzungsbericht zu erläutern. Die Sachverständigen prüfen, ob die Methode angemessen ist und welche Bedeutung ihr zukommt⁴⁵³.

Bare Zuzahlungen zu den Anteilen dienen vor allem dazu, praktikable Umtauschverhältnisse herzustellen⁴⁵⁴. Die Zuzahlung darf den zehnten Teil des Nennbetrags der im Austausch gewährten Aktien nicht übersteigen⁴⁵⁵. Ist - wie bei den deutschen Stückaktien - ein Nennbetrag nicht vorhanden, darf die Zuzahlung 10 % des rechnerischen Wertes der ausgegebenen Aktien nicht übersteigen. Im Gegensatz zu den Anteilsrechten geht der Betrag nicht kraft Gesetzes mit der Verschmelzung auf die Aktionäre der übertragenden Gesellschaften über, sondern muss ihnen von der SE ausbezahlt werden.

2. Kapitalerhöhung

Um den Aktionären der übertragenden Gesellschaften Aktien ausgeben zu können, muss die aufnehmende Aktiengesellschaft eine Kapitalerhöhung durchführen. Eine Kapitalerhöhung ist nicht erforderlich, soweit der Anteilsübergang ausnahmsweise nach Art. 31 Abs. 1 S. 1 SE-VO entfällt oder die übertragende Gesellschaft eigene Anteile hält oder durch die Verschmelzung erwirbt, die sie zur Entschädigung der Aktionäre benutzen kann⁴⁵⁶.

Im Fall der Verschmelzung durch Neugründung ist eine Kapitalerhöhung nicht notwendig⁴⁵⁷.

⁴⁵² Zur „europäischen Unternehmensbewertung“ siehe Großfeld NZG 2002, 353. Er gibt bei grenzüberschreitenden Bewertungen dem Discounted Cash-Flow-Verfahren gegenüber dem Ertragswertverfahren den Vorzug, weil sich ersteres von den Beurteilungsspielräumen der Rechnungslegung weiter löse (a.a.O. S. 355). Leupold (Europäische Aktiengesellschaft, S. 48) ist der Ansicht, der sachverständige Verschmelzungsprüfer müsse das Umtauschverhältnis anhand einer in seinem Mitgliedstaat zulässigen Bewertungsmethode prüfen. Ein Beispiel zur Bestimmung des Umtauschverhältnisses bildet Sagasser/ Swienty DStR 1991, 1188 (1192f). Stratz in: Schmitt/ Hörtnagl/ Stratz, UmwG/ UmwStG, § 5 UmwG Rn. 8 ff liefert einen Überblick über verschiedene Bewertungsmethoden.

⁴⁵³ Art. 10 Abs. 2 Unterabs. 1 lit. b Verschmelzungsrichtlinie, siehe 5. Kap. B IV 3

⁴⁵⁴ Sonnenberger AG 1971, 76 (77) zum Vorschlag einer Verschmelzungsrichtlinie; Lutter in: Lutter, UmwG, § 5 Rn. 25; Bermel/ Hannappel in: Goutier/ Knopf/ Tulloch, Umwandlungsrecht, § 5 UmwG Rn. 42

⁴⁵⁵ Art. 17 Abs. 2 Unterabs. 1 lit. a und b SE-VO i.V.m. Art. 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 Verschmelzungsrichtlinie

⁴⁵⁶ Pagel/ Gless, Verschmelzung, S. 10; Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 38

Die Kapitalerhöhung bei der Gründungsgesellschaft ist in der SE-Verordnung nicht ausdrücklich geregelt. Sie gehört jedoch zum Regelungsbereich der SE-Verordnung, da die Vorschriften über die Kapitalerhöhung die Aufbringung des Kapitals der SE sichern. Im Rahmen des Kapitalerhöhungsverfahrens wird geprüft, ob der Wert des Vermögens der übertragenden Gesellschaft(en) mindestens so hoch ist wie der Betrag, um den das Kapital erhöht werden soll. Dadurch wird verhindert, dass die Aktien der SE unter ihrem Nennbetrag bzw. ihrem rechnerischen Wert an die Aktionären der übertragenden Gesellschaft(en) ausgegeben werden und die Verschmelzung gegen das Verbot der Unterpri-Emission⁴⁵⁸ verstößt.

Da das Vermögen der übertragenden Gesellschaften als Sacheinlage erst mit dem Vollzug der Verschmelzung geleistet wird⁴⁵⁹, schützen die Vorschriften über die Kapitalerhöhung allein die künftigen Gläubiger der SE. Die Gläubiger der Gründungsgesellschaften werden vor Nachteilen durch die Verschmelzung durch Art. 24 Abs. 1 SE-VO geschützt. Folglich ist gemäß Art. 15 Abs. 1 SE-VO das Recht des künftigen Sitzstaates der SE maßgeblich⁴⁶⁰. Art. 5 SE-VO befasst sich nur mit Kapitalerhöhungen der SE und ist außerdem nicht anzuwenden, bevor die SE nicht im Register ihres Sitzstaates eingetragen ist⁴⁶¹.

Viele Rechtsordnungen sehen für die Kapitalerhöhung, die der Durchführung der Verschmelzung dient, ein vereinfachtes Verfahren vor⁴⁶². Die entsprechenden Erleichterungen gelten für die Verschmelzung zu einer SE nur soweit, als die SE-Verordnung die Vornahme des betreffenden Verfahrensschrittes nicht uneingeschränkt anordnet.

3. Sonderfall Konzernverschmelzung

Art. 31 Abs. 1 S. 1 SE-VO schließt den Übergang der Anteilsrechte gemäß Art. 29 Abs. 1 lit. b SE-VO aus, wenn sich bei einer Verschmelzung durch Aufnahme sämtliche Aktien und sonstige Stimmrecht verleihenden Wertpapiere einer Gründungsgesellschaft in der Hand einer anderen Gründungsgesellschaft befinden⁴⁶³. Von dieser Ausnahme abgesehen

⁴⁵⁷ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 38 Fn. 145

⁴⁵⁸ Die Unterpri-Emission ist gemäß Art. 8 Kapitalrichtlinie gemeinschaftsweit verboten.

⁴⁵⁹ Art. 29 Abs. 1 lit. a SE-VO

⁴⁶⁰ Siehe auch 2. Kap. C I 6

⁴⁶¹ 2. Kap. C I 6

⁴⁶² Gemäß Art. 27 Abs. 3 Kapitalrichtlinie können die Mitgliedstaaten für die Kapitalerhöhung zur Durchführung einer Verschmelzung auf einen Sachverständigenbericht über die Sacheinlagen verzichten. Das deutsche Verschmelzungsrecht sieht in § 69 UmwG ein vereinfachtes Verfahren der Kapitalerhöhung vor.

⁴⁶³ Zu den davon erfassten Konstellationen siehe 5. Kap. C I 1

werden Anteile an der übertragenden Gesellschaft in vollem Umfang gegen Aktien der SE eingetauscht, selbst wenn das nationale Recht in Übereinstimmung mit der Verschmelzungsrichtlinie einen Anteilsübergang verbietet⁴⁶⁴. Die SE-Verordnung sieht andere Ausnahmen als in Art. 31 Abs. 1 SE-VO nicht vor und ermächtigt die Mitgliedstaaten nicht, von Art. 29 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 lit. c SE-VO abweichende Vorschriften zu erlassen. Die SE-Verordnung hat Art. 19 Abs. 2 Verschmelzungsrichtlinie nicht übernommen, wonach ein Anteilsübergang nicht stattfindet, soweit sich Aktien der übertragenden Gesellschaft im Besitz der übernehmenden Gesellschaft, der übertragenden Gesellschaft oder einer Person, die für Rechnung der Gesellschaft handelt, befinden⁴⁶⁵. Die nationalen Bestimmungen, die in Umsetzung dieser Vorschrift der Verschmelzungsrichtlinie erlassen wurden, sind auf die Verschmelzung nach der SE-Verordnung wegen des Vorrangs des gemeinschaftsrechtlichen Art. 29 SE-VO nicht anzuwenden. Für die Anwendung des Art. 15 Abs. 1 oder 18 SE-VO fehlt es an einer Regelungslücke.

Anteilsgewährungsanspruch und –pflicht können durch die Konzernverschmelzung in der Person der SE zusammenfallen⁴⁶⁶. Das rechtfertigt es nicht, Art. 29 Abs. 1 lit. b bzw. Abs. 2 lit. b SE-VO einschränkend auszulegen. Es ist kein zwingender Rechtsgrundsatz, dass Konfusion zum Erlöschen von Verbindlichkeit und Anspruch führt⁴⁶⁷. Das deutsche Recht kennt zahlreiche Ausnahmen von diesem Grundsatz⁴⁶⁸. Selbst wenn ein allgemeiner Rechtsgrundsatz bestünde, dass Recht und Pflicht bei Konfusion erlöschen, träte dieser hinter Art. 29 SE-VO zurück.

⁴⁶⁴ Dieser Ansicht sind wohl auch Pagel/ Gless, Verschmelzung, S. 10, da sie in der Konstellation des Art. 19 Abs. 2 lit. b Verschmelzungsrichtlinie von einem Anteilstausch nach der SE-Verordnung ausgehen. A.A. Vossius in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 20 UmwG Rn. 437

⁴⁶⁵ Nach Ansicht von Vossius in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 20 UmwG Rn. 437, gelten die nationalen Umsetzungsvorschriften zu Art. 19 Abs. 2 Verschmelzungsrichtlinie über Art. 5 und 9 SE-VO.

⁴⁶⁶ Die Europäische Kommission begründet Art. 28 Abs. 1 S. 2 SE-VOV 1975, wonach die Aktien der Gründungsgesellschaften erlöschen, die einer SE als Rechtsnachfolgerin einer anderen Gründungsgesellschaft zufallen, mit dem Zusammenfallen von Forderungsrecht und Leistungspflicht in einer Person (Beilage 4/75 zum Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, S. 138). Zur Konfusion siehe auch Bermel in: Goutier/ Knopf/ Tulloch, Umwandlungsrecht, § 20 UmwG Rn. 39; Gernhuber, Erfüllung, S. 386 ff.

⁴⁶⁷ Gernhuber, Erfüllung, S. 388. Die Europäische Kommission weist in ihrer Begründung zu Art. 28 SE-VOV 1975 darauf hin, dass das Erlöschen von Leistungspflicht und Forderungsrecht bei Konfusion „üblich“ ist. Sie betrachtet das Erlöschen folglich nicht als zwingende Rechtsfolge.

⁴⁶⁸ Olzen in: Staudinger Einl. zu §§ 362 ff BGB Rn. 25ff; Gernhuber, Erfüllung, S. 386 f; Wenzel in: MüKo Vor § 362 BGB Rn. 4; Westermann in: Erman vor § 362 Rn. 3

Art. 29 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 lit. b SE-VO findet auch dann uneingeschränkt Anwendung, wenn die SE dadurch eigene Anteile erwirbt. Der Erwerb eigener Aktien im Wege der Gesamtrechtsnachfolge wird vom europäischen Recht gebilligt⁴⁶⁹.

Es verwundert, dass der Verordnungsgeber eine dem Art. 19 Abs. 2 Verschmelzungsrichtlinie entsprechende Regelung nicht aufgenommen hat. Frühere Vorschläge einer SE-Verordnung⁴⁷⁰ sahen noch vor, dass Anteile erlöschen bzw. für kraftlos erklärt werden, soweit sie durch die Verschmelzung zu eigenen Anteilen der SE würden. Es ist kein Grund ersichtlich, das Entstehen eigener Anteile bei einer 100%igen Beteiligung im Sinne des Art. 31 Abs. 1 SE-VO anders zu bewerten als z.B. bei einer 99%igen Beteiligung im Sinne des Art. 31 Abs. 2 SE-VO.

4. Verfahren

Die Anteile gehen gemäß Art. 29 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 lit. b SE-VO kraft Gesetzes über, ohne dass die Aktionäre Aktien entgegen nehmen oder in sonstiger Weise mitwirken müssten⁴⁷¹. Wie die Anteilseigner in den Besitz der Aktien und der baren Zuzahlungen gelangen, regelt die SE-Verordnung nicht. Sie ordnet weder an, was mit den alten Aktien geschieht, noch wer die Kosten des Aktientauschs trägt. Es ist daher auf nationales Recht zurückzugreifen. Die Vorschriften, welche die Übertragung der Aktien regeln, dienen vornehmlich dem Schutz der Aktionäre der Gründungsgesellschaften. Z.B. soll § 71 des deutschen Umwandlungsgesetzes, der zur Bestellung eines Treuhänders verpflichtet und die Übergabe der Aktien und der Zuzahlungen zur Eintragungsvoraussetzung macht, verhindern, dass die Gründungsgesellschaft erlischt, ohne dass deren Aktionäre Anteile an der aufnehmenden oder neu gegründeten Gesellschaft erhalten hätten. Daher sind gemäß Art. 18 SE-VO die für die Verschmelzung von Aktiengesellschaften geltenden Vorschriften des Mitgliedstaates anzuwenden, dessen Recht die jeweilige Gründungsgesellschaft unterliegt.

Soweit Einzelheiten wie die Ernennung eines Treuhänders und die Übernahme der Kosten dem Parteiwillen überlassen bleiben, sind entsprechende Vereinbarungen gemäß Art. 20 Abs. 1 lit. c SE-VO in den Verschmelzungsplan aufzunehmen⁴⁷².

⁴⁶⁹ Art. 20 Abs. 1 lit. b Kapitalrichtlinie

⁴⁷⁰ Art. 28 Abs. 1 SE-VOV 1975; Art. 20 S. 2 SE-VOV 1989

⁴⁷¹ Ebenso zum deutschen Verschmelzungsrecht: Lutter in: Lutter, UmwG § 20 Rn. 53; Bermel in: Goutier/ Knopf/ Tulloch, Umwandlungsrecht, § 20 UmwG Rn. 50; Marsch-Barnier in: Kallmeyer, UmwG, § 20 Rn. 29

⁴⁷² Siehe 5. Kap. B I 5 c

III. Erlöschen der übertragenden Gesellschaft(en)

Mit dem Vollzug der Verschmelzung erlöschen gemäß Art. 29 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 lit. c SE-VO die übertragende(en) Gesellschaft(en) kraft Gesetzes. Einer Eintragung des Erlöschens bedarf es nicht⁴⁷³. Die Gesellschaften werden nicht abgewickelt, wie die Definition der Verschmelzung klar stellt. Dadurch werden die mit der Abwicklung verbundenen zivil- und steuerrechtlichen Nachteile vermieden⁴⁷⁴. Mit dem Erlöschen hören die übertragenden Gesellschaften auf, als Rechtsträger zu existieren, und werden zu rechtlich unselbständigen Zweigniederlassungen bzw. Teilbetrieben der SE⁴⁷⁵.

Mit der Gesellschaft erlöschen die an ihr bestehenden Anteilsrechte der Aktionäre. Zum Ausgleich erhalten die Aktionäre der übertragenden Gesellschaften gemäß Art. 29 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 lit. b SE-VO Anteile an der aufnehmenden Gesellschaft bzw. der SE.

IV. Annahme der Rechtsform einer SE

Der Vollzug der Verschmelzung durch Aufnahme bewirkt gemäß Art. 29 Abs. 1 lit. d SE-VO ipso iure einen Formwechsel der aufnehmenden Gesellschaft⁴⁷⁶. Die Gesellschaft nimmt die Rechtsform einer SE an, ohne ihre Identität zu verlieren. Von diesem Zeitpunkt unterliegt die Gesellschaft den Bestimmungen der SE-Verordnung und der Satzung der SE.

Über die zahlreichen Verweisungen der SE-Verordnung findet auf die neu gegründete SE weitgehend das Aktienrecht des Sitzstaates der SE Anwendung⁴⁷⁷ und damit die gleichen Vorschriften, die zuvor für die aufnehmende Gesellschaft galten. Die mit dem Formwechsel verbundenen Veränderungen halten sich daher in Grenzen.

Der Wechsel zu einer europäischen Gesellschaftsform kann den Integrationsprozess der Verschmelzung erleichtern, da beispielsweise die französische und britische Tochtergesellschaften nicht einfach durch Übertragung auf die deutsche Muttergesellschaft aufgelöst, sondern Teil einer grenzüberschreitenden Gesellschaft europäischen Rechts werden⁴⁷⁸.

V. Formvorschriften hinsichtlich der Übertragung einzelner Vermögensgegenstände

Die Gesamtrechtsnachfolge nach Art. 29 Abs. 1 lit. a bzw. Abs. 2 lit. a SE-VO verbietet es den Mitgliedstaaten, die Übertragung einzelner Rechtspositionen an Bedingungen zu

⁴⁷³ So zum deutschen Verschmelzungsrecht Stratz in: Schmitt/ Hörtnagl/ Stratz, UmwG/ UmwStG, § 20 UmwG Rn. 6

⁴⁷⁴ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 37

⁴⁷⁵ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 37

⁴⁷⁶ Herzig/ Griemla Stuw 2002, 55 (57)

⁴⁷⁷ Dies gilt nicht, wenn Sitz und Hauptverwaltung der SE unter Verstoß gegen Art. 7, 1 SE-VO nicht im selben Mitgliedstaat liegen.

⁴⁷⁸ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 193

knüpfen. Die Wirksamkeit des Rechtsübergangs gegenüber Dritten kann jedoch gemäß Art. 29 Abs. 3 SE-VO von der Erfüllung besonderer Formalitäten abhängig gemacht werden⁴⁷⁹. Zu denken ist dabei insbesondere an die Berichtigung öffentlicher Register⁴⁸⁰, die Übergabe einer Sache, o.ä..

Art. 29 Abs. 3 SE-VO bestimmt das anwendbare Recht nicht. Es bleibt bei der Regelung in Art. 15 Abs. 1 und 18 SE-VO. Art. 29 Abs. 3 SE-VO ermächtigt die Mitgliedstaaten nicht, speziell für die SE entsprechende Vorschriften zu erlassen, sondern schreibt die Anwendung der Vorschriften vor, die für die Verschmelzung von Aktiengesellschaften gelten. Er stellt klar, dass Art. 29 Abs. 1 lit. a, Abs. 2 lit. a SE-VO nicht abschließend ist und abweichende nationale Vorschriften anzuwenden sind.

Ob Art. 15 Abs. 1 oder Art. 18 SE-VO einschlägig ist, bestimmt sich nach dem Zweck der anzuwendenden Vorschriften. Normen, die die Wirksamkeit gegenüber Dritten an die Einhaltung bestimmter Formalitäten knüpfen, dienen der Publizität⁴⁸¹ und sollen den Dritten in seinem Vertrauen darauf schützen, dass sich die Rechtsposition noch im Vermögen des bisherigen Inhabers befindet. Z.B. kann es darum gehen, ob ein Dritter eine Sache vom bisherigen Eigentümer gutgläubig erwerben oder ob ein Schuldner dem bisherigen Gläubiger gegenüber wirksam erfüllen kann. Die Vorschriften dienen folglich den Interessen der Gläubiger der bisherigen Gesellschaft. Daher ist über Art. 18 SE-VO das Verschmelzungsrecht des Mitgliedstaates anzuwenden, dessen Recht die Gründungsgesellschaft, zu deren Vermögen die Rechtsposition gehört, unterliegt.

Gemäß Art. 29 Abs. 3 SE-VO können die Formalitäten sowohl von der SE als auch von den Gründungsgesellschaften erfüllt bzw. veranlasst⁴⁸² werden. Abweichende nationale Vorschriften sind nicht zu beachten.

VI. Übergang der Beschäftigungsbedingungen

1. Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag

Der Übergang der Rechte und Pflichten der Gründungsgesellschaften aus den Arbeitsverträgen auf die SE ergibt sich unmittelbar aus der Gesamtrechtsnachfolge. Art. 29 Abs. 4 SE-VO wirkt insoweit lediglich klarstellend. Die nationalen Verschmelzungsvorschriften ordnen gemäß Art. 3 Abs. 1 der „Richtlinie zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der

⁴⁷⁹ Wenz, SE, S. 53 Fn. 44; Vossius in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 20 UmwG Rn. 400 Fn. 1; Ganske DB 1981, 1551 (1556 Fn. 42)

⁴⁸⁰ Ganske DB 1981, 1551 (1556) zum entsprechenden Art. 19 Abs. 3 Verschmelzungsrichtlinie

⁴⁸¹ Vgl. Quack in: MüKo § 929 BGB Rn. 3

⁴⁸² Die Regelung entspricht Art. 19 Abs. 3 S. 2 Verschmelzungsrichtlinie, der richtigerweise von Veranlassung spricht.

Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen⁴⁸³ ebenfalls einen entsprechenden Übergang an. Diese Richtlinie ist beim Übergang von Unternehmen und Betrieben auf einen anderen Inhaber infolge Verschmelzung anzuwenden⁴⁸⁴. Art. 29 Abs. 4 SE-VO hindert – wie Art. 3 Abs. 1 Betriebsübergangsrichtlinie⁴⁸⁵ – den Arbeitnehmer nicht daran, der Vertragsübernahme zu widersprechen.

2. Gesetzliche Rechte und Pflichten

Gemäß Art. 29 Abs. 4 SE-VO gehen mit der Verschmelzung außerdem die „aufgrund der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten ... bestehenden Rechte und Pflichten ... hinsichtlich der Beschäftigungsbedingungen“ auf die SE über.

Maßgeblich sind die Rechtsvorschriften, die „zum Zeitpunkt der Eintragung“ für das Arbeitsverhältnis galten. Sie bestimmen sich nach den Grundsätzen des Internationalen Privatrechts, die durch Art. 6 und 7 Abs. 2 Römisches EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht⁴⁸⁶ harmonisiert wurden⁴⁸⁷. Danach sind die Parteien grundsätzlich frei, das anzuwendende Recht zu wählen. Fehlt eine Rechtsvereinbarung, ist das Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes, die *lex loci laboris*, anzuwenden, es sei denn, aus den gesamten Umständen des Arbeitsverhältnisses ergäbe sich eine engere Verbindung zu einem anderen Staat. Die Anwendung von Arbeitnehmerschutzvorschriften⁴⁸⁸ und Eingriffsnormen kann durch Rechtswahl nur teilweise ausgeschlossen werden⁴⁸⁹.

Soweit die Betriebe unverändert bestehen bleiben, würde sich das anzuwendende Recht auch ohne Art. 29 Abs. 4 SE-VO durch die Verschmelzung regelmäßig nicht ändern. Wird im Zuge der Verschmelzung der Betrieb einem anderen Betrieb eingegliedert,

⁴⁸³ Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen, ABl Nr. L 61/26 vom 05.03.77; im Folgenden Betriebsübergangsrichtlinie genannt.

⁴⁸⁴ Art. 1 Abs. 1 Betriebsübergangsrichtlinie

⁴⁸⁵ EuGH ZIP 1993, 221

⁴⁸⁶ Römisches EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht v. 19.6.1980, ABl Nr. L 266 vom 9.10.1980 (kurz: EVÜ). Diesen Normen entsprechen im deutschen Recht Art. 30 und 34 EGBGB.

⁴⁸⁷ Zu den Grundsätzen im Einzelnen siehe Eichenhofer in: Dausen, EG-Wirtschaftsrecht, D III Rn. 29; Zöllner/ Loritz, Arbeitsrecht, § 9 III; Brox/ Rütters, ArbR, Rn. 49 f.

⁴⁸⁸ Z.B. Vorschriften über den medizinischen und technischen Arbeitsschutz, Arbeitszeitrecht, Mutterschutz, Schwerbehindertenschutz

⁴⁸⁹ Eichenhofer in: Dausen, EG-Wirtschaftsrecht, D III Rn. 29; Brox/ Rütters, Arbeitsrecht, Rn. 49 f; Junker IPRax 1989, 69 (73 f). Zum Verhältnis des Art. 30 EGBGB zu Art. 34 EGBGB siehe Martiny in: MüKo Art. 34 EGBGB Rn. 85; Sonnenberger in MüKo Einl IPR Rn. 54; Junker IPRax 1989, 69 (73 f).

gelten die Pflichten der Gründungsgesellschaften aus den öffentlichen Arbeitsrechtsnormen auf individualarbeitsrechtlicher Ebene für die SE weiter.

Auch ohne Art. 29 Abs. 4 SE-VO wären nach der Verschmelzung regelmäßig die gleichen einzelstaatlichen arbeitsrechtlichen Vorschriften anzuwenden wie vor der Verschmelzung. Eine von der Gründungsgesellschaft und dem Arbeitnehmer getroffene Rechtswahl wirkt mit dem gesamten Arbeitsvertrag für die SE fort. Besteht keine solche Vereinbarung, wird grundsätzlich an den Arbeitsort angeknüpft, der sich durch die Verschmelzung in aller Regel nicht ändert.

Sollte sich der Arbeitsort im Anschluss an die Verschmelzung ändern, steht Art. 29 Abs. 4 SE-VO einem Wechsel des Arbeitsstatuts nicht entgegen. Art. 29 Abs. 4 SE-VO verdrängt das Internationale Arbeitsrecht und die hinter der subsidiären Anknüpfung an den Arbeitsort stehende Wertung nicht. Die Norm soll verhindern, dass Vorschriften durch die Verschmelzung außer Kraft gesetzt werden, nicht die Geltung eines bestimmten Rechts für die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses festschreiben. Beruht der Wechsel des Arbeitsstatuts auf einer Verlegung des Arbeitsortes, ist Art. 29 Abs. 4 SE-VO nicht einschlägig, weil dieser nur unmittelbare Wirkungen der Verschmelzung normiert.

Neben den geschriebenen Normen gelten solche des Richter- und Gewohnheitsrechts fort. Das ergibt sich aus der Verwendung des Begriffes „Rechtsvorschriften“⁴⁹⁰ und der Einbeziehung der „Gepflogenheiten“.

3. Rechte und Pflichten aus einem Tarifvertrag

Der Begriff der Gepflogenheiten umfasst laut 20. Erwägungsgrund zur Arbeitnehmer-Richtlinie unter anderem „Tarifverträge auf verschiedenen Ebenen – national, sektoral und unternehmensbezogen“. Es kann davon ausgegangen werden, dass der europäische Gesetzgeber den Begriff in der SE-Verordnung im gleichen Sinn verstanden wissen will. Die tarifvertraglich begründeten Rechte und Pflichten der Gründungsgesellschaften hinsichtlich der Beschäftigungsbedingungen gehen daher auf die SE über.

Rechte und Pflichten aus Verbandstarifverträgen bestehen regelmäßig nur auf einzelvertraglicher Ebene fort. Ein Verbandstarifvertrag bindet die SE nur dann kollektivrechtlich, wenn sie in den fachlichen Zuständigkeitsbereich des Tarifvertrages fällt und Mitglied im Arbeitgeberverband ist⁴⁹¹. Die Mitgliedschaft im

⁴⁹⁰ EuGH Rs. C-132/91, C-138/91, C-139/91 (Katsikas/Konstantinidis), ZIP 1993, 221 (224) m.w.N.; ebenso Taschner in: von der Groeben/ Thiesing/ Ehlermann, EUV/ EG Art. 100 EG Rn. 29; siehe 2. Kap. C II 1

⁴⁹¹ Nagel ArbuR 1990, 205 (212); Heinze ZGR 1994, 47 (56); Moll NJW 1993, 2016 (2019 f); Bachner NJW 1995, 2881 (2882); Hanau ZGR 1990, 548 (553). Wenn der Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt worden ist, gilt er als Rechtsvorschrift im Sinne des Art. 29 Abs. 4 SE-VO für die SE.

Arbeitgeberverband ist höchstpersönlicher Natur und geht nicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge über⁴⁹². Das nationale Tarifvertragsrecht kann den Übergang der Mitgliedschaft jedoch anordnen oder zulassen⁴⁹³.

Ob ein Firmentarifvertrag aufgrund der Gesamtrechtsnachfolge kollektivrechtlich fortgilt, wenn die Betriebsidentität erhalten bleibt, ist umstritten⁴⁹⁴. Die kollektivrechtliche Bindung der SE lässt sich im Unterschied zum Verbandstarifvertrag vertreten, weil dafür eine Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband nicht erforderlich ist. Art. 29 Abs. 4 SE-VO stellt sicher, dass die Rechte und Pflichten aus Firmentarifverträgen zumindest individualvertraglich erhalten bleiben.

4. Rechte und Pflichten aus einer Betriebsvereinbarung

Dem 20. Erwägungsgrund zur Arbeitnehmer-Richtlinie ist nicht zu entnehmen, ob auch Betriebsvereinbarungen zu den „Gepflogenheiten“ zählen. In der deutschen Übersetzung der Arbeitnehmerrichtlinie werden Tarifverträge als Beispiel für Gepflogenheiten angeführt. Die französische Fassung spricht von „conventions collectives“, die englische Fassung von „collective agreements“. Diese Begriffe umfassen die Betriebsvereinbarung nicht⁴⁹⁵.

Für einen Übergang der Rechte und Pflichten aus Betriebsvereinbarungen spricht zunächst Art. 3 Abs. 2 Betriebsübergangsrichtlinie. Danach müssen die Mitgliedstaaten eine durch Verschmelzung entstandene Gesellschaft verpflichten, die „in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen“ aufrecht zu erhalten. Zu den Kollektivverträgen im Sinne der Betriebsübergangsrichtlinie zählt die Betriebsvereinbarung⁴⁹⁶.

Sinn und Zweck des Art. 29 Abs. 4 SE-VO wie der Betriebsübergangsrichtlinie ist es, die Ansprüche der Arbeitnehmer bei einem Inhaberwechsel zu wahren⁴⁹⁷. Es besteht kein Anlass, die Ansprüche aus Betriebsvereinbarungen davon auszunehmen.

⁴⁹² Vossius in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 20 UmwG Rn. 144; Stratz in: Schmitt/ Hörtnagl/ Stratz, UmwG/ UmwStG, § 20 UmwG Rn. 83; Däubler DB 1988, 1850 (1852); Joost ZIP 1995, 976 (979); Hanau ZGR 1990, 548 (553)

⁴⁹³ So etwa § 40 BGB, siehe Bermel in: Goutier/ Knopf/ Tulloch, Umwandlungsrecht, § 20 UmwG Rn.17

⁴⁹⁴ Dafür: Vossius in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 20 UmwG Rn. 146 m.w.N.; Moll NJW 1993, 2016 (2020); Bachner NJW 1995, 2881 (2882); dagegen: Däubler DB 1988, 1850 (1852); Hanau ZGR 1990, 548 (554)

⁴⁹⁵ Siehe zur Übersetzung von „conventions collectives“ und „Betriebsvereinbarung“ Doucet/ Fleck, Wörterbuch. Zur Übersetzung von „collective agreements“ siehe Romain/ Bader/ Byrd, Wörterbuch. Zur englischen Übersetzung von „Betriebsvereinbarung“ siehe Romain/ Byrd/ Thielecke, Wörterbuch.

⁴⁹⁶ Jung RdA 1981, 360 (361); vgl. Zöllner/ Loritz Arbeitsrecht § 6 II b. Entsprechend hat der deutsche Gesetzgeber die Richtlinie in § 613 a Abs. 1 S. 2 BGB umgesetzt.

⁴⁹⁷ 2. Erwägungsgrund der Betriebsübergangsrichtlinie

Betriebsvereinbarungen sind daher zu den Gepflogenheiten im Sinne des Art. 29 Abs. 4 SE-VO zu zählen.

Eine Betriebsvereinbarung wirkt für das mit der SE bestehende Arbeitsverhältnis kollektivrechtlich fort, wenn der Betrieb als solcher unverändert bestehen bleibt⁴⁹⁸. Nationale Beteiligungsrechte und Vertretungsorgane der Arbeitnehmer bleiben nach der Verschmelzung grundsätzlich bestehen, wie Art. 13 Abs. 3 lit. a AN-RL klarstellt. Verliert der Betrieb seine Identität, gelten gemäß Art. 29 Abs. 4 SE-VO die durch die Betriebsvereinbarung begründeten Rechte und Pflichten hinsichtlich der Beschäftigungsbedingungen auf der Ebene des individuellen Arbeitsverhältnisses fort.

5. Geltungsbereich

Art. 29 Abs. 4 SE-VO sagt nichts darüber, wie lange die Rechte und Pflichten nach der Verschmelzung weiter bestehen. Art. 29 Abs. 4 SE-VO soll den Arbeitnehmer nicht besser stellen, als er ohne Verschmelzung gestanden hätte. Deshalb kann nicht davon ausgegangen werden, dass z.B. die Rechte und Pflichten aus einem Tarifvertrag bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses unveränderbar bestehen bleiben. Zwei Lösungen bieten sich an: Entweder man stellt den Arbeitnehmer so, wie wenn die Verschmelzung nicht stattgefunden hätte. Die Arbeitsbedingungen sind dann so lange aufrecht zu erhalten, wie die Gründungsgesellschaft ohne die Verschmelzung an den Tarifvertrag bzw. die Betriebsvereinbarung gebunden gewesen wäre. Oder man greift auf die zeitlichen Beschränkungen zurück, die gemäß Art. 3 Abs. 2 Betriebsübergangsrichtlinie für nationale Verschmelzungen gelten. Gemäß Art. 3 Abs. 2 Unterabs. 1 Betriebsübergangsrichtlinie sind die in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen bis zu der Kündigung oder dem Ablauf des Kollektivvertrags bzw. bis zum Inkrafttreten oder bis zu der Anwendung eines anderen Kollektivvertrags aufrecht zu erhalten. Die Mitgliedstaaten können gemäß Art. 3 Abs. 2 Unterabs. 2 Betriebsübergangsrichtlinie den Zeitraum, in dem die Arbeitsbedingungen aufrechterhalten werden müssen, auf ein Jahr oder länger begrenzen. Vor dem Hintergrund, dass die SE-Verordnung als Rahmenregelung zu verstehen ist, die durch nationales Recht auszufüllen ist, liegt es näher, Art. 29 Abs. 4 SE-VO insoweit als nicht abschließend zu verstehen und das nationale Verschmelzungsrecht ergänzend

⁴⁹⁸ Zöllner/ Loritz Arbeitsrecht § 20 III 9; Bermel/ Hannappel in: Goutier/ Knopf/ Tulloch, Umwandlungsrecht, § 5 UmwG Rn. 74; Stratz in: Schmitt/ Hörtnagl/ Stratz, UmwG/ UmwStG, § 20 UmwG Rn. 82; Moll NJW 1993, 2016 (2019); Joost ZIP 1995, 976 (980)

heranzuziehen⁴⁹⁹. Da der Übergang der Arbeitsbedingungen die Arbeitnehmer der Gründungsgesellschaften schützen soll, kommt über Art. 18 SE-VO das Recht des Mitgliedstaates, dem die jeweilige Gründungsgesellschaft unterliegt, zur Anwendung.

Die Rechte und Pflichten der Gründungsgesellschaften gelten für die SE bezogen auf das jeweilige Arbeitsverhältnis fort. Die tarifvertraglichen Regelungen, die im Verhältnis einer Gründungsgesellschaft zu ihren ehemaligen Arbeitnehmern galten, haben keine Auswirkungen auf die Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer der anderen Gründungsgesellschaften.

⁴⁹⁹ Buchheim (Europäische Aktiengesellschaft, S. 212 Fn. 98) versteht Art. 28 Abs. 4 SE-VO lediglich als Hinweis darauf, dass es sich um einen Betriebsübergang handelt, und kommt ebenfalls zur Anwendung der nationalen Vorschriften, die in Umsetzung des Art. 3 Abs. 1 und 2 Betriebsübergangsrichtlinie erlassen wurden.

4. Kapitel: Die Gründungssubjekte

Art. 2 und 3 SE-VO zählen die Möglichkeiten, eine SE zu gründen, abschließend auf⁵⁰⁰. Die Gründung einer SE durch Verschmelzung ist Aktiengesellschaften im Sinne des Anhangs I zur SE-Verordnung vorbehalten, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet worden sind⁵⁰¹ und ihren Sitz und ihre Hauptverwaltung in der Gemeinschaft haben⁵⁰². Mindestens zwei⁵⁰³ der sich verschmelzenden Aktiengesellschaften müssen dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen⁵⁰⁴.

A. Nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründete Aktiengesellschaft

I. Beschränkung auf Aktiengesellschaften

Als Gründerinnen sind nur Aktiengesellschaften zugelassen⁵⁰⁵. Anhang I zur SE-Verordnung zählt die Aktiengesellschaften im Sinne der SE-Verordnung abschließend auf. Die Aktiengesellschaften müssen „nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet“ worden sein, d.h. die in einem der Mitgliedstaaten normierten Gründungsvoraussetzungen erfüllen und das dort vorgeschriebene Gründungsverfahren durchlaufen haben.

Gesellschaften mit beschränkter Haftung können sich an der Gründung einer SE durch Verschmelzung nicht beteiligen. Zum Teil wird dies damit begründet, die Regelungen über die SE seien wegen der parallelen Anwendung von SE-Verordnung und nationalem Recht zu kompliziert und die Rechtsform damit zu teuer für kleine und mittlere Unternehmen⁵⁰⁶. Da für die SE der Grundsatz der Satzungsstrenge⁵⁰⁷ gelte, fehle der

⁵⁰⁰ Hommelhoff AG 2001, 279 (281) und Thoma/ Leuring NJW 2002, 1449 (1451) sprechen vom „numerus clausus der Gründungsformen“.

⁵⁰¹ Dazu näher unter A.

⁵⁰² Dazu näher unter B.

⁵⁰³ Zur Zahl der Gründer näher unter C.

⁵⁰⁴ Dazu näher unter D.

⁵⁰⁵ Anders ist es gemäß Art. 2 Abs. 2 und 3 SE-VO bei der Gründung einer Holding- oder Tochter-SE.

⁵⁰⁶ Merkt BB 1992, 652 (655); ders. in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1991, S. 168 (174); Pfister, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 75. Das Argument, die umfangreichen Vorschriften zum Schutz der Kapitalanleger in der SE-Verordnung seien auf börsennotierte Gesellschaften zugeschnitten, greift nach Streichung dieser Vorschriften nicht mehr.

⁵⁰⁷ Die Satzung darf gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. b SE-VO von der SE-Verordnung nur abweichen, soweit die SE-Verordnung dies ausdrücklich zulässt. Soweit nationales Aktienrecht gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO oder aufgrund einer Spezialverweisung Anwendung findet, bestimmt gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. iii SE-VO dieses den Umfang der Satzungsautonomie. Siehe dazu 5. Kap. B I 5 h bb (2).

Rechtsform die für kleine und mittlere Unternehmen nötige Flexibilität⁵⁰⁸. Andererseits sollen nach dem Willen des Gesetzgebers auch kleine und mittlere Unternehmen Zugang zur SE haben, soweit sie das erforderliche Mindestkapital aufbringen⁵⁰⁹. Der Grund der Zugangsbeschränkung liegt möglicherweise in der Furcht der Mitgliedstaaten, die europäische Rechtsform könne die nationalen Gesellschaftsformen weitgehend verdrängen. Sie sind daher bestrebt, den Zugang zur SE möglichst überschaubar zu halten⁵¹⁰. Vielfach wurde gefordert, die für GmbHs bestehende Zugangsbeschränkung aufzuheben⁵¹¹. Indem die SE-Verordnung allein auf die Rechtsform abstellt, vernachlässigt sie die unterschiedliche funktionale Bedeutung der GmbH in den Mitgliedstaaten⁵¹². Der *société anonyme*, die im französischen Wirtschaftsleben eine der deutschen GmbH entsprechende funktionale Stellung einnimmt, steht die Gründungsform offen. Will sich eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung an der Gründung einer SE durch Verschmelzung beteiligen, bleibt ihr nur die – mit Aufwand und Kosten verbundene - Möglichkeit, sich zunächst in eine nationale Aktiengesellschaft umzuwandeln⁵¹³.

Eine Gesellschaft, die nicht Aktiengesellschaft ist, kann sich gemäß Art. 2 Abs. 1 SE-VO selbst dann nicht an der Verschmelzung beteiligen, wenn daneben zwei Aktiengesellschaften beteiligt sind.

Art. 2 Abs. 1 SE-VO steht der Beteiligung einer GmbH, sonstigen Gesellschaft oder natürlichen Person an der gegründeten SE nicht entgegen⁵¹⁴. Die Gründungsvorschrift umschreibt nicht gleichzeitig die Mitgliedsfähigkeit⁵¹⁵. Anteilseigner der SE werden nicht die sich verschmelzenden Aktiengesellschaften, sondern deren Aktionäre, die regelmäßig

⁵⁰⁸ Merkt BB 1992, 652 (655); ders. in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1991, S. 168 (174); Teichmann ZGR 2002, 383 (388); vgl. Hommelhoff in: Symposium, S. 57 (80)

⁵⁰⁹ 13. Erwägungsgrund zur SE-Verordnung, dazu Hommelhoff, AG 2001, 279 (280)

⁵¹⁰ Hommelhoff AG 2001, 279 (281); ders. in: Symposium, S. 57 (64 f)

⁵¹¹ Wenz, SE, S. 67; Rasner, ZGR 1992, 314 (320); Wehlau DWiR 1992, 78 (79); Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 174; Trojan-Limmer RIW 1991, 1010 (1013); Pagel/ Gless, Verschmelzung, S. 28; Hommelhoff in: Symposium, S. 57 (64)

⁵¹² Trojan-Limmer RIW 1991, 1010 (1013)

⁵¹³ Hommelhoff AG 2001, 279 (281); Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 174; Pagel/Gless, Verschmelzung, S. 28

⁵¹⁴ Hommelhoff AG 2001, 279 (280); ders. in: Symposium, S. 57 (62); Rasner ZGR 1992, 320; Aicher FS Frotz S. 161 (167)

⁵¹⁵ In Bezug auf die Gründungsvorschriften des EUV-VOV wird dies vertreten, siehe Wagner, Europäische Verein, S. 137 m.w.N. und Vollmer ZHR 1993, 373. Die Gründungsvorschriften der EUGEN-VOV (insb. Art. 9 EUGEN-VOV) befassen sich nicht mit der Mitgliedsfähigkeit, siehe Kessel EuZW 1992, 475 (476); Aicher in: FS Frotz S. 161 (167). Art. 4 EWIV-VO regelt die Mitgliedsfähigkeit ausdrücklich.

keine Aktiengesellschaften sind⁵¹⁶. Der Gesetzgeber hat den Kreis der möglichen Anteilseigner folglich nicht auf Aktiengesellschaften beschränkt. Die spätere Möglichkeit, sich an der SE zu beteiligen, stellt den Sinn der strengen Gründungsvorschriften in Frage⁵¹⁷ und erleichtert deren Umgehung.

Nach Ansicht von Hirte⁵¹⁸ kann eine SE nicht durch Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften gegründet werden, wenn eine der Gesellschaften von der anderen abhängig ist. Hirte begründet seine Ansicht damit, dass andernfalls Art. 2 Abs. 4 SE-VO unterlaufen werden könnte. Nach dieser Vorschrift kann sich eine Aktiengesellschaft nur dann in eine SE umwandeln, wenn ihre Tochtergesellschaft mindestens zwei Jahre existiert. Art. 31 Abs. 1 SE-VO stellt jedoch klar, dass eine Tochter- auf ihre Muttergesellschaft zu einer SE verschmolzen werden kann. Der Verordnungsgeber hat bewusst in Kauf genommen, dass der numerus clausus der Gründungsformen mit seinen unterschiedlichen Voraussetzungen umgangen werden kann.⁵¹⁹ Die formale Beachtung der Gründungsvoraussetzungen reicht demnach aus⁵²⁰.

Nach der SE-Verordnung kann eine nationale Aktiengesellschaft keine 100%ige Tochter-SE ausgründen⁵²¹. Diese Zugangsbeschränkung kann umgangen werden, indem die nationale Aktiengesellschaft in zwei verschiedenen Mitgliedstaaten Tochter-Aktiengesellschaften nationalen Rechts gründet und diese anschließend nach Art. 2 Abs. 1 SE-VO zu einer SE verschmelzen⁵²².

II. SE als Gründungsgesellschaft

Eine SE kann gemäß Art. 3 Abs. 1 SE-VO Gründungsgesellschaft sein. Sie kann mit nationalen oder europäischen Aktiengesellschaften zu einer SE verschmelzen.

Gemäß Art. 3 Abs. 1 SE-VO sind Europäische Aktiengesellschaften „zum Zwecke der Anwendung des Art. 2“ Abs. 1 SE-VO wie nationale Aktiengesellschaften zu behandeln,

⁵¹⁶ Art. 29 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 lit. b SE-VO

⁵¹⁷ Vgl. Wagner, Europäische Verein, S. 137

⁵¹⁸ Hirte NZG 2002, 1 (3)

⁵¹⁹ Die Europäische Kommission stellt in ihrer Begründung zu Art. 2 SE-VOV 1989 (Bundesratsdrucksache 488/89 vom 13.09.1989) fest: „Falls Gesellschaften mit beschränkter Haftung eine SE gründen wollen, müssen sie sich zuvor in Aktiengesellschaften nach dem Recht ihres Mitgliedstaates umwandeln“. Außerdem hat die Literatur vor Umgehungsmöglichkeiten vielfach gewarnt, siehe Barz/ Lutter in: Lutter, Europäische Aktiengesellschaft, S. 17 (19); Abeltshauer EWS 1991, 58 (61); Hommelhoff AG 1990, 422 (423); Kallmeyer AG 1990, 103 (106); Merkt BB 1992, 652 (655); Trojan-Limmer RIW 1991, 1010 (1013); Wenz, SE, S. 65.

⁵²⁰ Ebenso Teichmann ZGR 2002, 383 (412)

⁵²¹ Art. 3 Abs. 2 SE-VO

⁵²² Hommelhoff AG 1990, 422 (424); Wenz, SE, S. 66; Hirte NZG 2002, 1 (4)

die dem Recht des Staates unterliegen, in dem sie ihren Sitz haben. Entgegen seinem Wortlaut ist Art. 3 Abs. 1 SE-VO auch außerhalb des Art. 2 SE-VO maßgeblich. Zum Beispiel verweist Art. 18 SE-VO auf die Vorschriften des Mitgliedstaates, dessen Recht die Gründungsgesellschaft unterliegt. Die SE unterliegt primär europäischem, nicht nationalem Recht. Deshalb ist an dieser Stelle auf Art. 3 Abs. 1 SE-VO zurückzugreifen⁵²³. Das Gleiche gilt bei sonstigen Verweisungen auf das Recht, dem die Gründungsgesellschaft unterliegt

B. Sitz und Hauptverwaltung in der Gemeinschaft

I. Grundsatz

Sitz im Sinne des Art. 2 Abs. 1 SE-VO ist der Ort, den die Satzung als Sitz bestimmt⁵²⁴. Unter Sitz ist nicht der tatsächliche Verwaltungssitz zu verstehen, da Art. 2 Abs. 1 SE-VO und andere Verordnungsvorschriften zwischen Sitz und Hauptverwaltung unterscheiden⁵²⁵.

Soweit die Satzung der Aktiengesellschaft einen Doppelsitz⁵²⁶ bestimmt, ist die Voraussetzung des Art. 2 Abs. 1 SE-VO bereits dann erfüllt, wenn sich einer der Sitzorte in der Gemeinschaft befindet. Liegen ein Sitz und die Hauptverwaltung, als zweite Voraussetzung des Art. 2 Abs. 1 SE-VO, innerhalb der Gemeinschaft, ist der erforderliche Bezug zur Europäischen Union gewährleistet.

Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber den Begriff der Hauptverwaltung in der gesamten SE-Verordnung einheitlich verwendet. Es kann daher auf die Ausführungen zur Hauptverwaltung im Sinne des Art. 7 SE-VO verwiesen werden⁵²⁷. Unerheblich ist, dass Art. 7 SE-VO sich auf die Hauptverwaltung der SE, Art. 2 SE-VO aber auf die Hauptverwaltung der Gründungsgesellschaften bezieht. Unter dem Ort der Hauptverwaltung ist grundsätzlich der Ort zu verstehen, an dem die Willensbildung und die eigentliche unternehmerische Leitung der Gesellschaft erfolgt, regelmäßig der Sitz der Gesellschaftsorgane.

⁵²³ Ebenso Hommelhoff/ Teichmann SZW 2002, 1 (10), die sich daneben auf Art. 36 SE-VO stützen, da dieser „allgemein die Gründung einer Tochter-SE“ betreffe. Vgl. Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 143. A.A. Wagner NZG 2002, 985 (990)

⁵²⁴ So auch Schwarz ZIP 2001, 1847 (1849 und 1850); vgl. auch 11. Erwägungsgrund, welcher der Hauptverwaltung den satzungsmäßigen Sitz entgegenstellt.

⁵²⁵ Siehe auch 2. Kap. C II 2 b bb.

⁵²⁶ Nach deutschem Aktienrecht ist ein Doppelsitz nur ausnahmsweise zulässig: Hüffer, AktG, § 5 Rn. 10

⁵²⁷ Siehe 2. Kap. C II 2 b bb.

Der satzungsmäßige Sitz und die Hauptverwaltung der Gründungsgesellschaft müssen in der Europäischen Gemeinschaft, nicht notwendigerweise im gleichen Mitgliedstaat liegen. Dadurch wird gewährleistet, dass die Gründungsgesellschaft unabhängig von der Ausgestaltung des jeweiligen Internationalen Privatrechts dem Recht eines Mitgliedstaates unterliegt.

II. Beteiligung einer Gesellschaft mit Sitz außerhalb der EU

Art. 2 Abs. 5 SE-VO ermächtigt die Mitgliedstaaten, Gesellschaften, die ihre Hauptverwaltung nicht in der Gemeinschaft haben, als Gründungsgesellschaften zuzulassen. Voraussetzung ist, dass die Gesellschaft „nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet wurde“ und ihren Satzungssitz⁵²⁸ „in diesem Mitgliedstaat“ hat. Zusätzlich muss die Gesellschaft „mit der Wirtschaft eines Mitgliedstaats in tatsächlicher und dauerhafter Verbindung“ stehen. Laut 23. Erwägungsgrund der SE-Verordnung ist dies entsprechend der Grundsätze des allgemeinen Programms zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit von 1962⁵²⁹ zu beurteilen. Der Verordnungsgeber erläutert, dass eine solche Verbindung besteht, wenn die Gesellschaft in dem Mitgliedstaat eine Niederlassung⁵³⁰ hat, von dem aus sie ihre Geschäfte betreibt⁵³¹. Eine Verbindung, die den Anforderungen des allgemeinen Niederlassungsprogramms und damit des Art. 2 Abs. 5 SE-VO genügt, liegt weiter dann vor, wenn die EU ein wichtiges Absatzgebiet der Gesellschaft darstellt oder wenn die Gesellschaft hier bedeutende Investitionen vorgenommen hat⁵³².

Art. 2 Abs. 5 SE-VO setzt voraus, dass Sitzstaat und Gründungsstaat der Gesellschaft übereinstimmen. Nach seinem Wortlaut genügt es, wenn die dauerhafte Verbindung zur Wirtschaft irgendeines Mitgliedstaates besteht. Hommelhoff⁵³³ ist der Auffassung, dass die wirtschaftliche Verbindung zum Gründungsstaat bestehen muss. Dem Gründungsstaat

⁵²⁸ Art. 2 Abs. 5 SE-VO spricht nur von „Sitz“. Aus der Gegenüberstellung zur Hauptverwaltung, der Terminologie der SE-Verordnung in anderen Vorschriften und aus der englischen und französischen Fassung lässt sich schließen, dass darunter der Satzungssitz zu verstehen ist.

⁵²⁹ ABl Nr. 2 vom 15.1. 1962, S. 36; berichtet im ABl Nr. 10 vom 10.2.1962, S. 167

⁵³⁰ Zum europäischen Begriff der Niederlassung siehe Roth in: Dausen, EG-Wirtschaftsrecht, E I Rn. 36

⁵³¹ Ebenso Troberg in: von der Groeben/ Thiesing/ Ehlermann, EUV/EG, Art. 58 EG Rn. 8; Scheuer in: Lenz, EG-Vertrag, Art. 48 Rn. 4; Blanquet ZGR 2002, 20 (45); vgl. Randelzhofer/ Forsthoff in: Grabitz/ Hilf, EU, Art. 48 EG Rn. 23

⁵³² Troberg in: von der Groeben/ Thiesing/ Ehlermann, EUV/EG, Art. 58 EG Rn. 8; Scheuer in: Lenz, EG-Vertrag, Art. 48 Rn. 4

⁵³³ Hommelhoff AG 2001, 279 (281, Fn. 17); ders. in: Symposium, S. 57 (66 f); anders wohl Hommelhoff/ Teichmann SZW 2002, 1 (7). Im Ergebnis ebenso Buchheim,

könne die Entscheidung, ob eine nach seinem Recht gegründete Gesellschaft einer innergemeinschaftlichen Gesellschaft gleichgestellt und damit privilegiert werden soll, nicht zugesprochen werden, wenn diese Privilegierung ihre Grundlage in den wirtschaftlichen Beziehungen zu einem dritten Mitgliedstaat findet. Vielmehr habe dieser andere Mitgliedstaat in einem solchen Fall ein Mitentscheidungsrecht. Da Art. 2 Abs. 5 SE-VO dieses nicht vorsehe, könne eine Gesellschaft mit außergemeinschaftlicher Hauptverwaltung nur dann einer innergemeinschaftlichen Gesellschaft gleichgestellt werden, wenn die wirtschaftliche Verbindung zum Gründungsstaat besteht. Die Verwendung des unbestimmten Artikels einerseits und des Demonstrativpronomens andererseits⁵³⁴ lässt jedoch auf eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers schließen, die Verbindung zur Wirtschaft irgendeines Mitgliedstaats genügen zu lassen.

Art. 2 Abs. 5 SE-VO bestimmt nicht, welche Rechtsordnung über die Zulassung der Gesellschaft entscheidet. Eine aufgrund Art. 2 Abs. 5 SE-VO erlassene Vorschrift dient dem Interesse der verschmelzungswilligen Gesellschaft bzw. ihrer Aktionäre, sich an einer SE zu beteiligen. Sie ist daher der Sphäre der Gründungsgesellschaften zuzuordnen. Gemäß Art. 18 SE-VO richtet sich die Verschmelzungsfähigkeit der Gesellschaft nach dem Recht des Mitgliedstaates, dem sie unterliegt⁵³⁵. Die Interessen der künftigen Gläubiger und Anteilseigner der SE werden durch die außereuropäische Hauptverwaltung der Gründungsgesellschaft nicht berührt, da diese nach der Verschmelzung als solche nicht mehr besteht. Die Hauptverwaltung der gegründeten SE muss sich innerhalb der Gemeinschaft befinden. Art. 15 Abs. 1 SE-VO ist daher nicht einschlägig.

Da die Gesellschaft nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet worden sein und ihren Satzungssitz in diesem Mitgliedstaat haben muß, genießt sie gemäß Art. 43, 48 EG Niederlassungsfreiheit. Auch die Mitgliedstaaten, die bisher die Sitztheorie vertraten, müssen die Gesellschaft daher anerkennen⁵³⁶.

Europäische Aktiengesellschaft, S. 136 (Fn. 172). In die gleiche Richtung tendiert Teichmann ZGR 2002, 383 (414).

⁵³⁴ Die englische und die französische Übersetzung des Art. 2 Abs. 5 SE-VO verwenden diese in der gleichen Weise.

⁵³⁵ Siehe 2. Kap. C I 5. Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 136 Fn. 172 wendet ebenfalls das Recht des Mitgliedstaates, dem die Gesellschaft unterliegt, an.

⁵³⁶ Nach dem früheren Meinungsstand richtete sich Art. 2 Abs. 5 SE-VO nur an Gründungstheoriestaaten, siehe Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 136 (Fn. 172); Hommelhoff/ Teichmann SZW 2002, 1 (7). Die Sitztheorie erkennt eine Gesellschaft, die ihren Sitz, nicht aber ihre Hauptverwaltung in ihrem Hoheitsgebiet hat, regelmäßig nicht an. Die Gesellschaft unterliegt nach der Sitztheorie dem Recht des außereuropäischen Staates, in dem sie ihre Hauptverwaltung hat. Dieser kann von der Ermächtigung des Art. 2 Abs. 5 SE-VO keinen Gebrauch machen und die Gesellschaft nicht zur Gründung der SE zulassen.

Die Zulassung der Gesellschaft zur Gründung wird auf der 1. Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle nach Art. 25 SE-VO geprüft. Das zuständige Gericht oder die zuständige Behörde in dem Staat, nach dessen Recht die Gesellschaft gegründet wurde⁵³⁷, d.h. regelmäßig ihrem Sitzstaat⁵³⁸, entscheidet anhand seines Sachrechts⁵³⁹, ob die Gesellschaft sich an der Gründung beteiligen darf.

Hat der Mitgliedstaat, dem die Gründungsgesellschaft angehört, von der Ermächtigung keinen Gebrauch gemacht, bleibt den Unternehmen, die ihre Hauptverwaltung außerhalb der Gemeinschaft haben, die Möglichkeit, sich über europäische Tochtergesellschaften oder durch den Erwerb von Beteiligungen Zugang zur SE zu verschaffen⁵⁴⁰. Außerdem besteht die Möglichkeit, solche Unternehmen als Sacheinlage in die SE einzubringen⁵⁴¹.

C. Zahl der Gründer

Es müssen mindestens zwei Aktiengesellschaften an der Verschmelzung beteiligt sein, wie aus dem letzten Halbsatz des Art. 2 Abs. 1 SE-VO hervorgeht.

Art. 3 Abs. 2 S. 2 SE-VO schließt im Rahmen der Gründung einer Tochter-SE durch eine SE die Anwendung nationaler Vorschriften aus, die eine Mehrzahl von Gründern verlangen. Daraus lässt sich schließen, dass entsprechende Vorschriften bei den übrigen Gründungsformen Anwendung finden. Fordert das nationale, für Aktiengesellschaften geltende Recht eine bestimmte Zahl von Gründern, gilt dies auch für die Gründung einer SE mit Sitz in diesem Mitgliedstaat⁵⁴².

Nationale Vorschriften, gemäß denen eine Aktiengesellschaft mehr als einen Aktionär haben muss, sind auf die SE anzuwenden. Das ergibt sich im Umkehrschluss aus Art. 3 Abs. 1 S. 2 SE-VO, wonach entsprechende Vorschriften für die Gründung einer Tochter-SE durch eine SE nicht gelten. Schreibt das nationale Recht vor, dass mindestens zwei Aktionäre an einer Aktiengesellschaft beteiligt sein müssen, dürfen zwei 100%ige Tochtergesellschaften derselben Gesellschaft nicht zu einer SE mit Sitz in diesem Mitgliedstaat verschmelzen.

⁵³⁷ Art. 25 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 SE-VO: „Mitgliedstaat...., dessen Recht die jeweilige verschmelzende Gesellschaft unterliegt“

⁵³⁸ Siehe 2. Kap. C II 1 Fn. 234

⁵³⁹ Art. 18 SE-VO: „Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates...., dessen Recht sie unterliegt“

⁵⁴⁰ Von Caemmerer in: FS Kronstein S. 185

⁵⁴¹ Hirte NZG 2002, 1 (4); Menjuq Le Dalloz 2001, N° 13, 1085 (1087)

D. Mehrstaatlichkeitsprinzip

I. Zweck

Ziel der SE-Verordnung ist es, grenzüberschreitend tätigen Unternehmen die Neuordnung ihrer Aktivitäten zu ermöglichen⁵⁴³. Die Gründung einer SE muss daher einen grenzüberschreitenden Charakter aufweisen⁵⁴⁴. Durch Verschmelzung kann eine SE nur gegründet werden, wenn mindestens zwei der Gründungsgesellschaften „dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen“⁵⁴⁵. Diese Voraussetzung wird als „strenges Prinzip der Mehrstaatlichkeit“ bezeichnet⁵⁴⁶.

Das Mehrstaatlichkeitsprinzip soll den Rechtsverkehr in seinem Vertrauen darauf schützen, dass eine Gesellschaft, die den Rechtsformzusatz europäisch trägt, sich grenzüberschreitend betätigt oder zumindest über die für eine europaweite Tätigkeit erforderliche Größe und Marktstellung verfügt⁵⁴⁷.

Nicht zuletzt soll das Mehrstaatlichkeitserfordernis verhindern, dass die Rechtsform der SE die nationalen Gesellschaftsformen verdrängt. Nationale Gesellschaften sollen sich dem möglicherweise strengeren nationalen Aktienrecht nicht durch eine Flucht in die europäische Rechtsform entziehen können⁵⁴⁸. Das Subsidiaritätsprinzip verbietet es dem europäischen Gesetzgeber, eine europäische Rechtsform ohne grenzüberschreitenden Bezug zu schaffen⁵⁴⁹.

Verschiedentlich werden Zweifel geäußert, ob das Mehrstaatlichkeitserfordernis seinen Zweck erfüllen kann⁵⁵⁰. Da Mehrstaatlichkeit nur im Zeitpunkt der Gründung vorliegen muss⁵⁵¹, garantiert das Erfordernis nicht, dass sich die gegründete SE tatsächlich

⁵⁴² Nicht eindeutig a.A.: Rasner ZGR 1992, 320

⁵⁴³ 1. Erwägungsgrund

⁵⁴⁴ Pagel/ Gless, Verschmelzung, S. 25; Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 135

⁵⁴⁵ Art. 2 Abs. 1 SE-VO

⁵⁴⁶ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 135

⁵⁴⁷ Hommelhoff AG 1990, 422 (423); Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 70; Pagel/ Gless, Verschmelzung, S. 27 f.; vgl. Gessler BB 1967, 381 (382, 383)

⁵⁴⁸ Merkt BB 1992, 652 (655); Hommelhoff AG 2001, 279 (280); Jaeger BetrR 1998, 5 (9)

⁵⁴⁹ Hommelhoff AG 2001, 279 (281); ders. in: Symposium, S. 57 (65); Hirte NZG 2002, 1 (4); vgl. 29. Erwägungsgrund

⁵⁵⁰ Überblick über die Kritikpunkte bei Wenz, SE, S. 64 f.; siehe auch Änderungsvorschläge des Europäischen Parlaments, ABI Nr.C 48/73 ff vom 25.2.91, Änderungen 4, 7 und 8; Hommelhoff AG 1990, 422 (423); Merkt BB 1992, 652 (655); Hauschka EuZW 1990, 181; Pfister, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 75; Trojan-Limmer RIW 1991, 1010 (1013); Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 70; Barz/Lutter in: Lutter, Europäische Aktiengesellschaft, S. 21

⁵⁵¹ Siehe 4. Kap. D II

grenzüberschreitend betätigt⁵⁵². Das Mehrstaatlichkeitserfordernis schützt den Rechtsverkehr daher nicht vor Täuschungen⁵⁵³. Durch Scheingründungen kann das Mehrstaatlichkeitsprinzip umgangen werden. Mit dem Ziel, die grenzüberschreitende wirtschaftliche Betätigung zu fördern, lässt sich nur schwer vereinbaren, dass Unternehmen, die eine europaweite Tätigkeit anstreben, keine SE gründen können⁵⁵⁴.

II. Geltungsbereich

Die Autoren Pagel und Gless⁵⁵⁵ vertreten zum Verordnungsvorschlag von 1991 die Ansicht, dass das Mehrstaatlichkeitserfordernis entfalle, wenn sich eine SE als Gründungsgesellschaft an der Verschmelzung beteilige. Das ist insoweit nachvollziehbar, als die verschmelzungswillige SE an sich bereits grenzüberschreitenden Charakter hat. Art. 3 Abs. 1 SE-VO ordnet jedoch im Gegensatz zu dem Vorschlag von 1991 an, dass die SE im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 SE-VO wie eine Aktiengesellschaft zu behandeln ist, die dem Recht des Sitzmitgliedstaats unterliegt. Bei ihrer Beteiligung auf das Mehrstaatlichkeitserfordernis zu verzichten, würde dagegen eine Sonderbehandlung im Vergleich zu nationalen Aktiengesellschaften bedeuten. Folglich unterliegt auch die Gründung unter Beteiligung einer SE dem Mehrstaatlichkeitsprinzip.

Eine Aktiengesellschaft und eine SE mit Sitz und Hauptverwaltung im selben Mitgliedstaat können nicht nach Art. 2 Abs. 1 SE-VO zu einer SE verschmelzen. Möglicherweise steht ihnen aber eine Verschmelzung nach dem für nationale Aktiengesellschaften geltenden Verschmelzungsrecht offen. Art. 132 Abs. 1 SE-VOV 1991 sah vor, dass eine SE mit anderen SE oder mit Aktiengesellschaften, die ihren Sitz im selben Mitgliedstaat haben, nach dem harmonisierten Verschmelzungsrecht der Mitgliedstaaten verschmolzen werden kann. Nachdem Art. 132 Abs. 1 SE-VOV 1991 gestrichen wurde, ist zu differenzieren:

Da Art. 2 und 3 SE-VO die Möglichkeiten, eine SE zu gründen, abschließend aufzählen⁵⁵⁶, scheidet eine Verschmelzung durch Neugründung einer SE aus⁵⁵⁷. Es fehlt an einer Regelungslücke, die gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO durch nationales Verschmelzungsrecht geschlossen werden könnte.

Eine Verschmelzung durch Aufnahme wird durch Art. 2 und 3 SE-VO nicht ausgeschlossen. Nationales Verschmelzungsrecht über Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO

⁵⁵² Merkt BB 1992, 652 (655)

⁵⁵³ Hommelhoff AG 1990, 422 (423); dagegen: Kallmeyer AG 1990, 527 (528)

⁵⁵⁴ Hommelhoff AG 1990, 422 (424); Wehlau DWiR 1992, 78 (79); Sanders AG 1967, 344 (347); Merkt in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1991, S. 168 (175); Kallmeyer AG 1990, 527 (528); a.A. Pagel/ Gless, Verschmelzung, S. 27

⁵⁵⁵ Pagel/ Gless, Verschmelzung, S. 27

⁵⁵⁶ Hommelhoff AG 2001, 279 (281); Thoma/ Leuering NJW 2002, 1449 (1451)

⁵⁵⁷ Ebenso Vossius in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 20 UmwG Rn. 424

anzuwenden, ist sachgerecht⁵⁵⁸. Die SE-Verordnung lehnt sich weitgehend an die Verschmelzungsrichtlinie an und modifiziert deren Bestimmungen nur punktuell, um dem grenzüberschreitenden Charakter der Verschmelzung Rechnung zu tragen⁵⁵⁹. Werden zwei Gesellschaften verschmolzen, die dem gleichen Recht unterliegen, kann mangels grenzüberschreitenden Charakters das harmonisierte Verschmelzungsrecht der Mitgliedstaaten unverändert Anwendung finden.

Daneben haben die Gesellschaften die Möglichkeit, zu einer Aktiengesellschaft nationalen Rechts zu verschmelzen.

Mehrstaatlichkeit verlangt die SE-Verordnung nur für den Zeitpunkt der Gründung. Eine Pflicht der SE, die Mehrstaatlichkeit aufrecht zu erhalten, sieht sie nicht vor. Darin kann keine Regelungslücke gesehen werden, die durch nationales Recht auszufüllen wäre. Das nationale Recht nimmt zur Mehrstaatlichkeit naturgemäß keine Stellung. Eine nationale Lösung könnte außerdem dazu führen, dass einige, nicht aber alle SE zur Mehrstaatlichkeit verpflichtet wären. Der Rechtsverkehr könnte sich auf den grenzüberschreitenden Charakter der SE nicht verlassen und das Mehrstaatlichkeitsprinzip seinem Zweck nicht gerecht werden. Es handelt sich um eine „SE-spezifische Regelungslücke“ die aus der SE-Verordnung heraus geschlossen werden muss⁵⁶⁰. Da ein Rückgriff auf nationales Recht offensichtlich ausscheidet, ist davon auszugehen, dass der europäische Gesetzgeber der SE an die Aufhebung der Mehrstaatlichkeit keine rechtlichen Folgen knüpfen wollte. Entfällt der Bezug der SE zu verschiedenen Mitgliedstaaten nach der Gründung, führt dies demnach weder zur Auflösung der Gesellschaft oder noch zu sonstigen Sanktionen⁵⁶¹.

Der Rechtsformzusatz SE bezeichnet lediglich die Rechtsform, in der die Gesellschaft organisiert ist. Sein Bestandteil „europäisch“ hat keine eigenständige Bedeutung in dem Sinne, dass eine SE auf eine gemeinschaftsweite Tätigkeit hinweisen würde. Eine SE, die das Merkmal der Mehrstaatlichkeit nicht mehr erfüllt, täuscht den Rechtsverkehr daher nicht⁵⁶².

⁵⁵⁸ Ebenso Vossius in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 20 UmwG Rn. 424 f

⁵⁵⁹ Einleitung der Begründung zu dem Vorschlag einer SE-Verordnung von 1989 (Bundesratsdrucksache 488/89 vom 13.09.1989); Merkt in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1991, S. 176

⁵⁶⁰ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (553); siehe auch 2. Kap. B V

⁵⁶¹ Hirte NZG 2002, 1 (10); Thoma/ Leuring NJW 2002, 1449 (1451 Fn. 34); anders noch der Vorschlag von Gessler BB 1967, 381 (384)

⁵⁶² Ebenso Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 125 f; a.A. Gessler BB 1967, 383 f

III. Das Kriterium

Kriterium für die Frage der Mehrstaatlichkeit ist nicht der Sitz oder die Hauptverwaltung⁵⁶³ der Gesellschaften, sondern das Recht, dem die Gesellschaften unterliegen⁵⁶⁴. Mindestens zwei der Gründungsgesellschaften müssen verschiedenen Rechtsordnungen unterliegen. Das Gesellschaftsstatut jeder weiteren an der Gründung beteiligten Aktiengesellschaft ist unerheblich.

Ob das Erfordernis der Mehrstaatlichkeit erfüllt ist, kann daher davon abhängen, ob der Rechtsanwender⁵⁶⁵ der Gründungs- oder der Sitztheorie folgt, d.h. auf die Gesellschaft das Recht ihres Gründungsstaates oder das Recht ihres Sitzstaates anwendet⁵⁶⁶. Darin liegt kein Verstoß gegen den Grundsatz, dass die Verordnung autonom europarechtlich auszulegen ist⁵⁶⁷. Die Definition des Tatbestandsmerkmals ist europäisch. Die Abhängigkeit von nationalem Kollisionsrecht ergibt sich allein daraus, dass nach dem Willen des Europäischen Gesetzgebers Kriterium der Mehrstaatlichkeit die Rechtsordnung sein soll, nach der sich die Gründungsgesellschaft tatsächlich richten muss.

Nach den EuGH-Entscheidungen „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ ist zu erwarten, daß künftig alle Mitgliedstaaten auf Gesellschaften, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründet wurden und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben und folglich Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43, 48 EG genießen, grundsätzlich das Recht ihres Gründungsstaates anwenden⁵⁶⁸. Das Erfordernis der Mehrstaatlichkeit ist daher erfüllt, wenn mindestens zwei der Gründungsgesellschaften in verschiedenen Mitgliedstaaten gegründet wurden.

⁵⁶³ So aber noch Art. 2 I SE-VOV 1991: „sofern mindestens zwei von ihnen ihre Hauptverwaltung in verschiedenen Mitgliedstaaten haben“

⁵⁶⁴ Menjuq (Le Dalloz 2001, N° 13, 1085 (1087)) hingegen ist der Ansicht, die SE-Verordnung verlange, dass mindestens zwei der Aktiengesellschaften ihren Satzungssitz und ihre Hauptverwaltung in verschiedenen Mitgliedstaaten hätten.

⁵⁶⁵ Zu der Frage, wer das Erfordernis der Mehrstaatlichkeit prüft und damit nach welchem Internationalen Gesellschaftsrecht sich die Mehrstaatlichkeit beurteilt, siehe 5. Kap. VI. 1

⁵⁶⁶ Schulz/ Geismar (DStR 2001, 1078 (1080)) gehen ohne Begründung davon aus, dass das Recht, dem die Gründungsgesellschaft unterliegt, immer das Recht ihres Sitzstaates ist.

⁵⁶⁷ Zu diesem Grundsatz siehe EuGH, Rs. 49/71 (Hagen OHG/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel), Slg. 1972, 23 (34); EuGH, Rs. 69/79 (Jordens-Vosters/ Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Leder- en Lederverwerkende Industrie), Slg. 1980, 75 (84); Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht Rn. 80; Schwarze in: Schwarze: EU Art. 220 EGV Rn. 30

⁵⁶⁸ Zu den Entscheidungen des EuGH, Folgeentscheidungen der deutschen Gerichte und dem Meinungsstand in der deutschen Literatur siehe 2. Kap. C II a aa. Der österreichische OGH hat die Sitztheorie ebenfalls aufgegeben (OGH RIW 2000, 378).

E. Verschmelzungsfähigkeit

Art. 2 Abs. 1 SE-VO nennt die Voraussetzungen, die eine Gesellschaft erfüllen muss, um sich an der Gründung einer SE durch Verschmelzung beteiligen zu dürfen, nicht abschließend. Die Mitgliedstaaten können Gesellschaften, die ihrem Recht unterliegen, die Beteiligung an einer solchen Verschmelzung nicht generell verbieten. Die Gründe, die den Gesetzgeber zu Verschmelzungsverboten nach Art. 1 Abs. 1 und 2, 3 Abs. 2 und 4 Abs. 2 Verschmelzungsrichtlinie veranlasst haben, stehen einer grenzüberschreitenden Verschmelzung ebenso wie einer nationalen Verschmelzung entgegen. Die für Aktiengesellschaften geltenden nationalen Verschmelzungsverbote sind daher auf Gesellschaften, die eine SE durch Verschmelzung gründen wollen, anzuwenden⁵⁶⁹. Die Begründung der Europäischen Kommission zum Verordnungsvorschlag von 1991 bestätigt dies⁵⁷⁰. Art. 17 Abs. 2 SE-VOV 1989 hatte angeordnet, dass eine AG in Liquidation vor Verteilung des Vermögens verschmelzungsfähig ist. Seine Streichung wurde damit begründet, dass über die Generalverweisungsnorm nationale, in Umsetzung des Art. 3 Abs. 2 Verschmelzungsrichtlinie ergangene Vorschriften zur Anwendung kämen. Der Rückgriff auf nationales Recht diene der Gleichbehandlung von Aktiengesellschaften, die sich an einer nationalen Verschmelzung beteiligten und Aktiengesellschaften, die eine SE im Wege einer internationalen Verschmelzung gründeten.

Die Verschmelzungsrichtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, ihren nationalen Aktiengesellschaften die Verschmelzung zu ermöglichen. Sie sieht nur drei Fälle vor, in denen die Mitgliedstaaten einer Aktiengesellschaft die Beteiligung an der Verschmelzung verbieten können. Sie betreffen Genossenschaften in der Rechtsform der Aktiengesellschaft⁵⁷¹, Gesellschaften im Konkurs-, Vergleichs- oder ähnlichen Verfahren⁵⁷² und Gesellschaften in Abwicklung⁵⁷³.

Welches nationale Recht für die Verschmelzungsfähigkeit maßgeblich ist, ist für jedes der Verschmelzungsverbote gesondert zu betrachten.

Art. 1 Abs. 2 SE-VO stellt den Mitgliedstaaten frei, Genossenschaften, die in der Rechtsform der Aktiengesellschaft gegründet wurden, von der Anwendung der

⁵⁶⁹ Ebenso Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 44.

⁵⁷⁰ Begründung der Europäischen Kommission zu Art. 17 SE-VOV 1991, BT-Drucksache 12/1004 vom 30.7.91, abgedruckt bei Gutsche, Europäische Aktiengesellschaft, S. 248

⁵⁷¹ Art. 1 Abs. 2 Verschmelzungsrichtlinie

⁵⁷² Art. 1 Abs. 3 Verschmelzungsrichtlinie

⁵⁷³ Art. 3 Abs. 2 und 4 Abs. 2 Verschmelzungsrichtlinie

Verschmelzungsvorschriften auszunehmen. Die Vorschrift bezieht sich auf die im romanischen Rechtskreis bekannte Rechtsform der *société coopérative* bzw. *società cooperativa*, die als Aktiengesellschaft gegründet werden kann⁵⁷⁴. Da die Vorschriften über die Verschmelzung auf diese Gesellschaftsform nur bedingt passen⁵⁷⁵, soll der Mitgliedstaat, dessen Recht diese Gesellschaftsform vorsieht, entscheiden, ob die Verschmelzungsvorschriften insoweit Anwendung finden. Das Verschmelzungsverbot betrifft daher allein die Sphäre der Gründungsgesellschaft dieser Rechtsform. Maßgeblich ist gemäß Art. 18 SE-VO das Recht, dem die betreffende Gründungsgesellschaft unterliegt.

Gemäß Art. 1 Abs. 3 Verschmelzungsrichtlinie können die Mitgliedstaaten die Verschmelzung untersagen, wenn eine oder mehrere der übertragenden oder untergehenden Gesellschaften Gegenstand eines Konkurs-, Vergleichs- oder ähnlichen Verfahrens ist bzw. sind. Das Ziel dieser Verfahren, die Befriedigung der Gläubiger⁵⁷⁶, soll durch eine Verschmelzung nicht gefährdet werden⁵⁷⁷. Ein Verbot nach Art. 1 Abs. 3 Verschmelzungsrichtlinie schützt damit die Gläubiger der Gründungsgesellschaft. Die Interessen der künftigen Gläubiger der SE werden durch das Verbot der Unterpari-Emission gewahrt⁵⁷⁸, ein Verbot nach Art. 1 Abs. 3 Verschmelzungsrichtlinie ist zu ihrem Schutz nicht erforderlich. Über Art. 18 SE-VO sind die Vorschriften des Mitgliedstaates anzuwenden, dessen Recht die jeweilige Gründungsgesellschaft unterliegt.

Art. 3 Abs. 2 und 4 Abs. 2 Verschmelzungsrichtlinie ermächtigen die Mitgliedstaaten, die Verschmelzung zu erlauben, wenn sich eine oder mehrere der übertragenden Gesellschaften in Abwicklung befinden. Voraussetzung ist, dass die Gesellschaft noch nicht mit der Verteilung ihres Vermögens an die Aktionäre begonnen hat. Dadurch soll verhindert werden, dass die Aktionäre durch die Verbindung der Abwicklung mit der Verschmelzung die Ausschüttungsbeschränkungen des Art. 15 Kapitalrichtlinie umgehen⁵⁷⁹. Die Mitgliedstaaten werden einer Gesellschaft in Liquidation nur dann erlauben, sich an einer Verschmelzung zu beteiligen, wenn der Auflösungsgrund beseitigt wurde. Interessen Dritter stehen einer Verschmelzung der Gesellschaft dann nicht mehr entgegen. Die Zulassung der Gesellschaft zur Verschmelzung ist Ausdruck der Privatautonomie der Aktionäre der Gründungsgesellschaften. Sie ist daher der Sphäre der Gründungsgesellschaften zuzurechnen. Gemäß Art. 18 SE-VO entscheidet der

⁵⁷⁴ Sonnenberger AG 1971, 76 (77)

⁵⁷⁵ Sonnenberger AG 1971, 76 (77)

⁵⁷⁶ Siehe z.B. § 1 S. 1 InsO

⁵⁷⁷ Vgl. Heckschen in: FS Widmann, S. 31 (33)

⁵⁷⁸ Heckschen in: FS Widmann, S. 31 (36); Bermel in: Goutier/ Knopf/ Tulloch, Umwandlungsrecht § 3 UmwG Rn. 19; siehe dazu 5. Kap. D

⁵⁷⁹ Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 212

Mitgliedstaat, dessen Recht die betreffende Gründungsgesellschaft unterliegt, über die Fähigkeit der Gesellschaft, sich an der Verschmelzung zu beteiligen.

Der Beginn der Verschmelzungsfähigkeit folgt aus Art. 2 Abs. 1 SE-VO. Diese Vorschrift setzt voraus, dass die Gründungsgesellschaft eine Aktiengesellschaft sein muss. Die Aktiengesellschaft existiert, sobald sie nach dem für sie geltenden nationalen Recht Rechtsfähigkeit erlangt, und ist damit ab diesem Zeitpunkt verschmelzungsfähig.

5. Kapitel: Das Gründungsverfahren

A. Überblick

Das Gründungsverfahren gliedert sich in folgende Verfahrensschritte:

1. Aufstellen des Verschmelzungsplans (Art. 20 SE-VO)

Im Verschmelzungsplan legen die Leitungs- oder die Verwaltungsorgane der Gründungsgesellschaften die Konditionen der Verschmelzung fest. Unter anderem muss die Satzung der zu gründenden SE in den Verschmelzungsplan aufgenommen werden (Art. 20 Abs. 1 lit. h SE-VO).

2. Bekanntmachung des Verschmelzungsvorhabens

Die Offenlegung des Verschmelzungsplans und der in Art. 21 SE-VO genannten Angaben soll die Aktionäre und Gläubiger der sich verschmelzenden Gesellschaften über die geplante Verschmelzung unterrichten und die Gläubiger und Minderheitsaktionäre über die Rechte informieren, die ihnen im Gründungsverfahren zustehen.

3. Verschmelzungsberichte der Verwaltung- oder Leitungsorgane

Im Verschmelzungsbericht erläutert und begründet das Verwaltungs- oder Leitungsorgan der jeweiligen Gründungsgesellschaft den Verschmelzungsplan und bereitet so den Beschluss der Hauptversammlung über die Verschmelzung vor.

4. Prüfung des Verschmelzungsplans durch Sachverständige (Art. 22 SE-VO)

Unabhängige Sachverständige prüfen den Verschmelzungsplan und erstellen einen schriftlichen Bericht für die Aktionäre. Im Mittelpunkt der Prüfung steht die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses.

5. Rechtmäßigkeitskontrolle

Die Rechtmäßigkeit der Verschmelzung wird in zwei Stufen geprüft. Zunächst wird gemäß Art. 25 Abs. 1 SE-VO die Rechtmäßigkeit der Verfahrensabschnitte, die die einzelnen sich verschmelzenden Gesellschaften betreffen, kontrolliert. Prüfungsmaßstab sind die für die Verschmelzung von Aktiengesellschaften geltenden Vorschriften des Mitgliedstaats, dessen Recht die jeweilige Gründungsgesellschaft unterliegt. Die prüfende Behörde bescheinigt gemäß Art. 25 Abs. 2 SE-VO, dass die der Verschmelzung vorangehenden Rechtshandlungen und Formalitäten durchgeführt wurden. Anschließend prüft die zuständige Behörde im künftigen Sitzstaat der SE die Durchführung der Verschmelzung und die Gründung der SE. Sie ist dabei an die Bescheinigung der zuvor prüfenden Behörde gebunden.

6. Zustimmung der Hauptversammlungen (Art. 23 SE-VO)

Die Hauptversammlungen der Gründungsgesellschaften beschließen über den Verschmelzungsplan einschließlich der Satzung der zukünftigen SE.

7. Eintragung und Bekanntmachung der Verschmelzung und der Gründung der SE (Art. 27 SE-VO)

Die SE kann gemäß Art. 12 Abs. 2 SE-VO erst eingetragen werden, wenn die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE feststeht. Gemäß Art. 27 Abs. 1 SE-VO werden Verschmelzung und Gründung der SE mit der Eintragung wirksam.

Vollzieht eine Gesellschaft, die mindestens 90 % der Stimmrecht verleihenden Wertpapiere einer anderen Gründungsgesellschaft hält, eine Verschmelzung durch Aufnahme, vereinfacht Art. 31 SE-VO das Verschmelzungsverfahren⁵⁸⁰.

Die Verhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung in der SE finden parallel zum Gründungsverfahren nach der SE-Verordnung statt. Die Leitungs- oder Verwaltungsorgane der Gründungsgesellschaften leiten gemäß Art. 3 Abs. 1 AN-RL unverzüglich nach Offenlegung des Verschmelzungsplans die erforderlichen Schritte für die Aufnahme von Verhandlungen mit den Arbeitnehmervertretern ein. Die SE kann gemäß Art. 12 Abs. 2 SE-VO erst eingetragen werden, wenn die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE feststeht.

B. Die einzelnen Verfahrensschritte

I. Das Aufstellen eines Verschmelzungsplans

1. Rechtsnatur des Verschmelzungsplanes

Der Verschmelzungsplan ist nicht für jede Gründungsgesellschaft getrennt, sondern als einheitlicher Plan für alle Gründungsgesellschaften aufzustellen. Er ist nach dem Willen des Gesetzgebers ein gemeinsames Dokument der Gründungsgesellschaften⁵⁸¹. Art. 26 Abs. 3 SE-VO verlangt, dass die Hauptversammlungen einem gleich lautenden Verschmelzungsplan zustimmen. Der Wortlaut des Art. 20 Abs. 1 SE-VO bestätigt diese Auslegung⁵⁸². Danach stellen die Leitungs- oder die Verwaltungsorgane nicht jeweils einen, sondern (insgesamt nur) einen Verschmelzungsplan auf.

Der Verschmelzungsplan hat eine einheitliche Rechtsnatur. Weil die nationalen Rechtsordnungen, denen die Gründungsgesellschaften unterliegen, dem

⁵⁸⁰ Näher dazu 5. Kap. C

⁵⁸¹ Vgl. Begründung der Europäischen Kommission zu Art. 18 und 19 SE-VOV 1989, Bundesratsdrucksache 488/89 vom 13.09.1989, S. 13

Verschmelzungsplan möglicherweise verschiedene Rechtsnaturen zuschreiben, kann insoweit nicht auf nationales Recht zurückgegriffen werden. Die Rechtsnatur des Verschmelzungsplans muss in der SE-Verordnung einheitlich und abschließend festgeschrieben sein⁵⁸³. Da eine ausdrückliche Regelung fehlt, ist die Rechtsnatur durch Auslegung der SE-Verordnung zu ermitteln.

Der Verschmelzungsplan legt gemäß Art. 20 Abs. 1 SE-VO fest, dass die übertragende(n) Gesellschaft(en) erlöschen, das Vermögen der Gründungsgesellschaften im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die SE übergeht und – im Fall einer Verschmelzung durch Neugründung – ein neuer Rechtsträger gegründet wird. Der Verschmelzungsplan ist folglich gesellschaftsrechtlicher Organisationsakt, der die Struktur der beteiligten Gesellschaften verändert⁵⁸⁴.

Die Leitungs- bzw. Verwaltungsorgane der Gründungsgesellschaften handeln einen gemeinsamen Verschmelzungsplan aus. Das spricht für einen vertraglichen Charakter des Verschmelzungsplans⁵⁸⁵. Ein Vorhaben wie die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften bedarf einer schuldrechtlichen Bindung der Parteien. Die Angaben im Verschmelzungsplan begründen Rechte und Pflichten der beteiligten Gesellschaften, z.B. die Pflicht, Vermögen zu übertragen, und die Pflicht, die Verschmelzung zum Handelsregister anzumelden. Der Verschmelzungsplan ist somit gleichzeitig schuldrechtlicher Austauschvertrag⁵⁸⁶.

Teichmann⁵⁸⁷ begründet seine gegenteilige Ansicht zum einen damit, dass sich aus einem schuldrechtlichen Austauschvertrag zivilrechtliche Sorgfaltspflichten und eine Haftung ergeben würden, die wahrscheinlich nicht nach allen nationalen Verschmelzungsrechten aus dem Verschmelzungsplan folgten. Die Rechtsnatur ist jedoch der SE-Verordnung und nicht den nationalen Verschmelzungsrechten zu entnehmen. Zum anderen argumentiert Teichmann mit der internationalen Praxis, im Vorfeld der Verschmelzung ein Business Combination Agreement zu schließen. Er folgert daraus, dass ein Bedürfnis gesehen werde, zwischen Organisationsakt (Verschmelzungsplan) und schuldrechtlicher Verpflichtung (BCA) zu trennen. Ein Business Combination Agreement wird aber

⁵⁸² A.A. Teichmann ZGR 2002, 383 (417)

⁵⁸³ Teichmann ZGR 2002, 383 (420)

⁵⁸⁴ Teichmann ZGR 2002, 383 (419). So auch zum Verschmelzungsvertrag nach deutschem Recht: Bermel in: Goutier/ Knopf/ Tulloch, Umwandlungsrecht, § 4 UmwG Rn. 10; Lutter in: Lutter, UmwG, § 4 Rn. 4; Mayer in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 4 UmwG Rn. 25

⁵⁸⁵ So auch Teichmann ZGR 2002, 383 (418)

⁵⁸⁶ So auch zum Verschmelzungsvertrag nach deutschem Recht: Mayer in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 4 UmwG Rn. 26; Lutter in: Lutter, UmwG, § 4 Rn. 5

getroffen, um bereits vor dem Beschluss der Hauptversammlung über den Verschmelzungsplan die Gründungsgesellschaften zu binden und nicht weil der Verschmelzungsplan keine schuldrechtlichen Pflichten begründen würde⁵⁸⁸.

Der Verschmelzungsplan hat keine dingliche Wirkung⁵⁸⁹. Das Vermögen geht erst mit der Eintragung der Verschmelzung gemäß Art. 27 Abs. 1 i.V.m. 29 Abs. 1 lit. a, Abs. 2 lit. a SE-VO auf die SE über. Der Verschmelzungsplan ist lediglich Voraussetzung und Grundlage des gesetzlichen Vermögensübergangs.

Wirksam wird der Verschmelzungsplan, sobald die Hauptversammlungen aller Gründungsgesellschaften gemäß Art. 23 Abs. 1 SE-VO zugestimmt haben⁵⁹⁰.

Soweit sich aus dem Verschmelzungsrecht nichts anderes ergibt, sind die allgemeinen Regeln des Vertragsrechts auf den Verschmelzungsplan anzuwenden⁵⁹¹. Das Vertragsrecht liegt außerhalb des Regelungsbereichs der SE-Verordnung. Die maßgebliche Rechtsordnung wird anhand des Internationalen Privatrechts bestimmt.

2. Zuständigkeit

Der Verschmelzungsplan ist gemäß Art. 20 Abs. 1 S. 1 SE-VO von den Leitungs- bzw. Verwaltungsorganen der Gründungsgesellschaften aufzustellen. Die Frage, ob die Mitglieder eines Organs dabei gemeinschaftlich handeln müssen oder ob auch ein einzelnes Organmitglied oder ein Teil der Organmitglieder die Gesellschaft wirksam vertreten kann, gehört nicht zum Regelungsbereich der SE-Verordnung. Maßgeblich ist die Satzung der jeweiligen Gründungsgesellschaft bzw. das Gesellschaftsrecht, dem die betreffende Gründungsgesellschaft unterliegt.

Da die Gründungsgesellschaften den Verschmelzungsplan nach der SE-Verordnung als gemeinsames Dokument erstellen⁵⁹², ist es nicht zulässig, verschiedenen Versionen des

⁵⁸⁷ Teichmann ZGR 2002, 383 (418 f)

⁵⁸⁸ Aha BB 2001, 2225

⁵⁸⁹ Ebenso zum Verschmelzungsvertrag nach deutschem Recht: Stratz in: Schmitt/Hörtnagl/ Stratz, UmwG/ UmwStG, § 4 UmwG Rn. 7; Bermel in: Goutier/ Knopf/ Tulloch, Umwandlungsrecht, § 4 UmwG Rn. 18; a.A. Mayer in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 4 UmwG Rn. 26

⁵⁹⁰ Siehe 5. Kap. B V

⁵⁹¹ So auch zum Verschmelzungsvertrag nach deutschem Recht: Stratz in: Schmitt/Hörtnagl/ Stratz, UmwG/ UmwStG, § 4 UmwG Rn. 9; Bermel in: Goutier/ Knopf/ Tulloch, Umwandlungsrecht, § 4 UmwG Rn. 14; Mayer in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 4 UmwG Rn. 30

⁵⁹² Siehe 5. Kap. B I 1

Verschmelzungsvertrags vorzulegen, die jeweils den Anforderungen eines anderen Mitgliedstaates genügen⁵⁹³.

3. Form des Verschmelzungsplans

Die SE-Verordnung verlangt für den Verschmelzungsplan keine bestimmte Form. Mangels anderweitiger Anhaltspunkte ist die SE-Verordnung insoweit nicht abschließend zu verstehen⁵⁹⁴. Art. 18 Abs. 2 SE-VOV 1991 schrieb noch vor, dass der Verschmelzungsplan öffentlich beurkundet werden müsse, wenn die Rechtsvorschriften, die auf eine oder mehrere Gründungsgesellschaften anzuwenden seien, dies vorsähen. Die Vorschrift war angesichts der Verweisung in Art. 18 SE-VO überflüssig und wurde wohl deshalb gestrichen⁵⁹⁵. Eine einheitliche europäische Regelung ist hinsichtlich der Form nicht erforderlich, da die nationalen Formerfordernisse, soweit sie sich unterscheiden, kumulativ erfüllt werden können.

Die Form des Verschmelzungsplans gehört zum Regelungsbereich der SE-Verordnung. Das subsidiär anzuwendende Recht bestimmt sich nach Art. 15 Abs.1 oder 18 SE-VO. Der Verschmelzungsplan soll die Aktionäre über die geplante Verschmelzung, insbesondere über die Auswirkungen der Verschmelzung auf ihre Rechtsstellung, informieren⁵⁹⁶. Er liefert den Aktionären der Gründungsgesellschaften die Grundlage für ihren Beschluss über die Verschmelzung. Formvorschriften in Bezug auf den Verschmelzungsplan haben eine Beweissicherungsfunktion⁵⁹⁷ und sollen den Beteiligten die Tragweite der Entscheidung ins Bewußtsein rufen⁵⁹⁸. Die notarielle Beurkundung des Verschmelzungsplans dient der materiellen Richtigkeitsgewähr zum Schutz der Aktionäre der Gründungsgesellschaften⁵⁹⁹. Künftige Anteilseigner und Gläubiger der SE sollen

⁵⁹³ Ebenso Teichmann ZGR 2002, 383 (417). Bei transnationalen Verschmelzungen außerhalb des Anwendungsbereichs der SE-Verordnung sind nach Ansicht von Behrens (ZGR 1994, 1 (13 f)) verschiedene Versionen des Verschmelzungsplans zulässig.

⁵⁹⁴ Teichmann ZGR 2002, 383 (420); Hirte NZG 2002, 1 (3); a.A. Schulz/ Geismar DStR 2001, 1078 (1080)

⁵⁹⁵ Teichmann ZGR 2002, 383 (420)

⁵⁹⁶ So Hommelhoff/ Riesenhuber in: Grundmann, Systembildung, S. 259 (273) zum Verschmelzungsplan nach der Verschmelzungsrichtlinie. Ebenso zum Verschmelzungsvertrag nach deutschem Verschmelzungsrecht: Mayer in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 5 UmwG Rn. 3; Bermel/ Hannappel in: Goutier/ Knopf/ Tulloch, Umwandlungsrecht, § 5 UmwG Rn. 2

⁵⁹⁷ So zur Beurkundung des Verschmelzungsvertrags nach § 6 UmwG: Heckschen in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 6 UmwG Rn. 3; Bermel in: Goutier/ Knopf/ Tulloch, Umwandlungsrecht, § 6 UmwG Rn. 2; kritisch Teichmann ZGR 2002, 383 (421)

⁵⁹⁸ So zum deutschen § 6 UmwG: Lutter in: Lutter, UmwG, § 6 Rn. 2

⁵⁹⁹ Ebenso zur Beurkundung des Verschmelzungsvertrags nach § 6 UmwG: Heckschen in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 6 UmwG Rn. 3. Zur

durch die Aufnahme der geplanten Satzung in den Verschmelzungsplan nicht geschützt werden. Ihre Interessen werden durch die Hinterlegung der Satzung beim Handelsregister bei der Gründung der SE gewahrt. Vorschriften hinsichtlich der Form des Verschmelzungsplans betreffen folglich allein die Sphäre der Gründungsgesellschaften. Damit ist Art. 18 SE-VO und nicht Art. 15 Abs. 1 SE-VO die einschlägige Verweisungsnorm⁶⁰⁰. Die Formvorschriften der Mitgliedstaaten, deren Recht die Gründungsgesellschaften unterliegen, sind kumulativ anzuwenden⁶⁰¹. Der gemeinsame Verschmelzungsplan muss den Anforderungen jeder dieser Rechtsordnungen genügen. Schreibt das nationale Recht vor, dass der Verschmelzungsplan notariell zu beurkunden ist, kann die Anwendung dieser Formvorschrift zudem mit Art. 25 Abs. 1 SE-VO begründet werden, da die notarielle Beurkundung Teil der Rechtmäßigkeitskontrolle ist⁶⁰².

Das Internationale Privatrecht einiger Mitgliedstaaten lässt die Einhaltung der Formvorschriften des Ortes, an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird, genügen⁶⁰³. Eine solche Norm findet auf den Verschmelzungsplan nach der SE-Verordnung keine Anwendung⁶⁰⁴. Art. 18 SE-VO ist eine Sachnormverweisung⁶⁰⁵. Das Kollisionsrecht des betreffenden Mitgliedstaates kommt nicht zur Anwendung.

Nationale Vorschriften sind auch dann subsidiär anzuwenden, wenn sie nicht von „Verschmelzungsplan“, sondern z.B. von „Verschmelzungsvertrag“⁶⁰⁶ sprechen⁶⁰⁷. Entscheidend ist allein, dass der Rechtsakt im nationalen Verschmelzungsrecht die Funktion des Verschmelzungsplans einnimmt. Die verschiedenen nationalen Begriffe

Verschmelzungsrichtlinie Hommelhoff/ Riesenhuber in: Grundmann, Systembildung, S. 259 (273). Ähnlich Teichmann ZGR 2002, 383 (421).

⁶⁰⁰ Im Ergebnis ebenso Hirte NZG 2002, 1 (3); Teichmann ZGR 2002, 383 (420); Brandt/Scheifele DStR 2002, 547 (554).

⁶⁰¹ Das Gleiche gilt nach deutschem Internationales Gesellschaftsrecht bei einer transnationalen Verschmelzung, Kindler in: MüKo IntGesR Rn. 668 und 670.

⁶⁰² Siehe 5. Kap. B VI 2 a. Vgl. Teichmann ZGR 2002, 383 (421). Zur notariellen Beurkundung als Teil der Rechtmäßigkeitskontrolle im deutschen Verschmelzungsrecht: Heckschen in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 6 UmwG Rn. 3

⁶⁰³ Vgl. z.B. Art. 11 Abs. 1 EGBGB im deutschen Recht, der aber auch auf den Verschmelzungsvertrag nach deutschem Recht nicht anzuwenden ist, siehe Lutter in: Lutter, UmwG, § 6 Rn. 7; Einsele in: MüKo § 128 BGB Rn. 4; a.A. Heldrich in: Palandt Art. 11 EGBGB Rn. 13; Kegel in: Soergel, EGBGB, Art. 11 Rn. 24

⁶⁰⁴ A.A. Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 45 f

⁶⁰⁵ Siehe 2. Kap. C II 4

⁶⁰⁶ So z.B. § 6 UmwG

⁶⁰⁷ Trojan-Limmer RIW 1991, 1010 (1014); Sagasser/ Swienty DStR 1991, 1188 (1193); Wenz, SE, S. 54; Hirte NZG 2002, 1 (3); Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 191; eingeschränkt Teichmann ZGR 2002, 383 (420 f); a.A. Schulz/ Geismar DStR 2001, 1078 (1080); vgl. auch Priester ZGR 1999, 36 (40)

füllen den Begriff des Verschmelzungsplans im Sinne der Verschmelzungsrichtlinie aus⁶⁰⁸ und sind daher unter den gleichlautenden Begriff der SE-Verordnung, die sich an die Verschmelzungsrichtlinie anlehnt, zu fassen⁶⁰⁹.

Gemäß Art. 5 Verschmelzungsrichtlinie⁶¹⁰ sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, für den Verschmelzungsplan Schriftform vorzuschreiben. Einige Rechtsordnungen verlangen darüber hinaus, dass der Verschmelzungsplan öffentlich beurkundet wird.

Verlangt eine der nach Art. 18 SE-VO maßgeblichen Rechtsordnungen eine öffentliche Beurkundung des Verschmelzungsplans, und reicht dafür - selbst bei rein nationalen Sachverhalten - die Beurkundung durch einen ausländischen Notar⁶¹¹, so gilt dies auch für den Verschmelzungsplan nach Art. 20 SE-VO. Der supranationale Charakter der SE erfordert es nicht, die nationalen Formvorschriften SE-spezifisch so auszulegen, dass eine Auslandsbeurkundung des Verschmelzungsplans in jedem Fall genügt⁶¹². Als Gründe, die gegen die Anerkennung einer Auslandsbeurkundung sprechen, werden u.a. die fehlende Kenntnis des maßgeblichen nationalen Gesellschaftsrechts, eine geringere Qualifikation des Beurkundenden und eine andere Ausgestaltung des Verfahrens als nach inländischen Formvorschriften angeführt⁶¹³. Diese Gründe können in gleicher Weise gegen eine Auslandsbeurkundung des Verschmelzungsplans nach Art. 20 SE-VO sprechen. Die Kenntnis nationalen Rechts ist aufgrund dessen subsidiärer Geltung erforderlich, um die Rechtmäßigkeit des Plans beurteilen zu können. Da Art. 18 SE-VO nationale Formvorschriften zur Anwendung beruft, kann verlangt werden, dass das ausländische Beurkundungsverfahren dem inländischen zumindest gleichwertig ist.

4. Sprache des Verschmelzungsplans

Die SE-Verordnung regelt nicht, in welcher Sprache der Verschmelzungsplan abzufassen ist. Auch insoweit ist gemäß Art. 18 SE-VO auf die Vorschriften, denen die Gründungsgesellschaften unterliegen, zurückzugreifen. Schreiben diese vor, dass der Verschmelzungsplan in der jeweiligen Landessprache öffentlich zu beurkunden bzw.

⁶⁰⁸ Sonnenberger AG 1971, 76 (78) zum Vorschlag einer Verschmelzungsrichtlinie

⁶⁰⁹ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 191

⁶¹⁰ Bei einer Verschmelzung durch Neugründung ist diese Vorschrift in Verbindung mit Art. 23 Verschmelzungsrichtlinie anzuwenden.

⁶¹¹ Zur Frage, ob eine Auslandsbeurkundung dem Formerfordernis des § 6 UmwG genügt, siehe Lutter in: Lutter, UmwG, § 6 Rn. 8 m.w.N.

⁶¹² So aber Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (554). Art. 18 Abs. 3 S. 3 SE-VOV 1989 ließ für den Fall, dass die Gesellschaftsstatute mehrerer Gründungsgesellschaften eine öffentliche Beurkundung vorschreiben, eine Beurkundung durch jede Person oder Stelle genügen, „die dafür nach den Rechtsvorschriften eines dieser Mitgliedstaaten zuständig ist“.

⁶¹³ Vgl. BGH NJW 1981, 1160; Einsele in: MüKo § 128 BGB Rn. 4

beim Handelsregister vorzulegen ist, muss der Verschmelzungsplan in die verschiedenen Sprachen übersetzt werden⁶¹⁴ ⁶¹⁵. Selbst wenn eine gesetzliche Verpflichtung nicht besteht, sollte der Verschmelzungsplan in den verschiedenen Landessprachen vorliegen, da nur so die Aktionäre und Gläubiger der Gründungsgesellschaften ohne großen Aufwand die ihnen zustehenden Informationen einholen können und der Verschmelzungsplan seinem Zweck gerecht wird⁶¹⁶. Das gilt auch für die Satzung als Bestandteil des Verschmelzungsplans⁶¹⁷.

5. Inhalt

Art. 20 Abs. 1 SE-VO schreibt die Mindestangaben des Verschmelzungsplans vor. Die Gründungsgesellschaften können – so Art. 20 Abs. 2 SE-VO ausdrücklich - dem Verschmelzungsplan weitere Punkte hinzuzufügen.

Die Mitgliedstaaten dürfen keine zusätzlichen Anforderungen an den Inhalt des Verschmelzungsplans stellen⁶¹⁸. Art. 20 Abs. 1 SE-VO ist abschließend zu verstehen, so dass nationale Normen, die für den Verschmelzungsplan weitere Angaben vorschreiben, nicht anzuwenden sind. Das stellt die Europäische Kommission⁶¹⁹ in ihrer Begründung zu Artikel 18 SE-VOV 1991, der Art. 20 Abs. 1 SE-VO entspricht, ausdrücklich klar.

Art. 31 Abs. 1 SE-VO trifft eine Sonderregelung für den Fall, dass eine Verschmelzung durch Aufnahme von einer Gesellschaft, die Inhaberin sämtlicher Stimmrecht verleihender Wertpapiere einer anderen Gründungsgesellschaft ist, vollzogen wird⁶²⁰. Angaben im Verschmelzungsplan zum Umtauschverhältnis, der Aktienübertragung und dem Zeitpunkt der Gewinnbeteiligung sind in diesem Fall entbehrlich.

Im Einzelnen sind folgende Angaben in den Verschmelzungsplan aufzunehmen:

⁶¹⁴ Es dürfen nicht eigenständige Verschmelzungspläne für die verschiedenen Länder aufgestellt werden, siehe 5. Kap. B I 1

⁶¹⁵ Hirte NZG 2002, 1 (4); Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 191 Fn. 25; vgl. Priester ZGR 1999, 36 (41) zum Verlegungsplan der 14. Richtlinie

⁶¹⁶ Ähnlich Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 191 Fn. 25

⁶¹⁷ Hirte NZG 2002, 1 (4)

⁶¹⁸ Trojan-Limmer RIW 1991, 1010 (1012); Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 192; Wenz, SE, S. 53; Sagasser/ Swienty DStR 1991, 1188 (1193)

⁶¹⁹ Begründung der Europäischen Kommission zum Verordnungsvorschlag von 1991, BT-Drucksache 12/1004 vom 30.7.91, abgedruckt bei Gutsche, Europäische Aktiengesellschaft, S. 248

⁶²⁰ Näher 5. Kap. C I

a) Firma und Sitz (Art. 20 Abs. 1 lit. a SE-VO)

Um das Verschmelzungsvorhaben zu bestimmen, müssen Firma und Sitz der Gründungsgesellschaften und die geplante Firma und der voraussichtliche Sitz der SE genannt werden.

aa) Firma der SE

Die SE muss gemäß Art. 11 Abs. 1 SE-VO ihrer Firma den Zusatz „SE“ voran- oder nachstellen. Die Vorschrift ist mangels anderer Anhaltspunkte nicht abschließend zu verstehen⁶²¹. Nationales Firmenrecht kommt ergänzend zur Anwendung.

Ob nationales Recht über Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO oder unmittelbar anzuwenden ist, hängt davon ab, ob das Firmenrecht zum Regelungsbereich der SE-Verordnung gehört. Der Name der Gesellschaft ist nicht der Gründung, der Organisation oder der Kapitalverfassung als den ureigensten Regelungsgegenständen der SE-Verordnung zuzurechnen. Selbst die früheren Vorschläge einer SE-Verordnung, die eine umfassende europäische Regelung anstrebten, schrieben nur die Verwendung des Zusatzes SE vor⁶²². Weder stellten sie weitere inhaltliche Anforderungen, noch beschäftigten sie sich mit dem Firmenschutz, der Haftung bei Firmenfortführung o.ä.. Daraus lässt sich schließen, dass die Firma nicht zum Regelungsbereich der SE-Verordnung gehört⁶²³. Art. 11 Abs. 1 SE-VO und seine Vorgänger sind als kursorische Einzelregelungen zu verstehen⁶²⁴.

Grote⁶²⁵ vertrat zum Vorschlag von 1989 die gleiche Auffassung und begründet sie u.a. damit, dass bei Anwendung der Generalverweisung die ausdifferenzierten Regelungen des Internationalen Privatrechts im Bereich des Firmenrechts und den Grundsatz des „ordre public“ ausgeschalten würden. Da Art. 9 Abs. 1 lit. c

⁶²¹ Sagasser/ Swienty DStR 1991, 1188 (1192); Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 134 Fn. 162. Nach Auffassung des EuGH (EuZW 1998, 117) ist Art. 5 lit. a EWIV-VO, die Parallelvorschrift zu Art. 11 Abs. 1 SE-VO, nicht abschließend zu verstehen.

⁶²² Art. 13 lit. a SE-VOV 1970; Art. 13 lit. a SE-VOV 1975, ebenso Art. 11 l. Unterabs. lit. a SE-VOV 1989

⁶²³ Sagasser/ Swienty DStR 1991, 1188 (1192) wenden nationales Firmenrecht über die Generalklausel Art. 7 Abs. 1 SE-VOV 1991 an. Unklar ist, ob sie die Firma zum Regelungsbereich der SE-Verordnung zählen oder die Generalklausel auch außerhalb des Regelungsbereichs anwenden. Buchheim (Europäische Aktiengesellschaft, S. 193 Fn. 29) wendet ohne Begründung das Firmenrecht des Sitzstaates der SE an.

⁶²⁴ Zum Begriff der kursorischen Einzelregelung siehe 2. Kap. A Fn. 60

⁶²⁵ Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 121ff, insb. S. 124

Ziff. ii SE-VO⁶²⁶ auch auf das nationale Kollisionsrecht verweist, greift dieses Argument nicht mehr.

Offen ist, ob der EuGH sich der hier vertretenen Auffassung anschließen wird. Hinsichtlich der Firma der EWIV wendet der EuGH die Generalklausel des Art. 2 Abs. 1 EWIV-VO an und bringt dadurch stillschweigend zum Ausdruck, dass nach seiner Ansicht die Firma zum Regelungsbereich der EWIV-VO gehört⁶²⁷.

bb) Sitz der SE

Die Entscheidung für einen bestimmten Sitz der künftigen SE muss bereits in diesem frühen Stadium des Verschmelzungsverfahrens getroffen werden, weil sich die Gründung gemäß Art. 15 Abs. 1 SE-VO zum Teil nach dem Recht des künftigen Sitzstaates der SE richtet⁶²⁸.

Wegen der weitreichenden Verweisungen der SE-Verordnung auf das Gesellschaftsstatut der SE bzw. das Recht ihres Sitzstaates, hat die Sitzwahl erhebliche Konsequenzen⁶²⁹ und sollte wohlüberlegt werden. Da die SE gemäß Art. 8 SE-VO ihren Sitz grenzüberschreitend verlegen kann, besteht die Möglichkeit eine einmal getroffene Sitzwahl später zu revidieren.

Zum Sitz der Gesellschaft muss gemäß Art. 7 S. 1 SE-VO ein Ort innerhalb der Europäischen Gemeinschaft bestimmt werden und zwar in dem Mitgliedstaat, in dem sich die Hauptverwaltung der SE befinden wird⁶³⁰. Darüber hinaus kann gemäß Art. 7 S. 2 SE-VO jeder Mitgliedstaat den SE, die in seinem Hoheitsgebiet eingetragen sind, vorschreiben, dass sich Sitz und Hauptverwaltung am selben Ort befinden müssen. Das könnte als Verweisung auf das für nationale Aktiengesellschaften geltende Recht zu verstehen sein. Die Formulierung, der „Mitgliedstaat kann...den...SE... vorschreiben“ spricht aber dafür, dass die Mitgliedstaaten ermächtigt werden sollen, eine entsprechende Vorschrift im

⁶²⁶ Anders nach Ansicht von Grote, Europäische Aktiengesellschaft, Art. 7 Abs. 1 lit. b SE-VOV 1989, siehe Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 156

⁶²⁷ Art. 2 Abs. 1 EWIV-VO ordnet an, dass auf den Gründungsvertrag und die innere Verfassung der EWIV subsidiär das innerstaatliche Recht ihres Sitzstaates anzuwenden ist. Angesichts dieser Beschränkung auf Gründung und Organisation verbietet sich die Anwendung der Generalklausel außerhalb des Regelungsbereichs der EWIV-VO (vgl. die Diskussion zu Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO: 2. Kap. C I 3 a).

Nach Ansicht von Meyer-Landrut (EWIV, S. 154 m.w.N.) zählt die Firma nicht zum Regelungsbereich der EWIV-VO, ebenso wohl Manz in: Selbherr/ Manz, EWIV, Art. 5 Rn. 3.

⁶²⁸ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 193

⁶²⁹ Sagasser/ Swienty DSr 1991, 1188 (1191)

⁶³⁰ Zum Sitz der SE siehe auch 5. Kap. B I 4 h bb und 2. Kap. C II 2 b bb

Rahmen des nationalen Ausführungsgesetzes zur SE-Verordnung zu erlassen⁶³¹. Der Gesetzgeber ist allerdings gehalten, SE nicht ohne sachlichen Grund anders zu behandeln als nationale Aktiengesellschaften⁶³². Der supranationale Charakter der SE rechtfertigt eine Ungleichbehandlung bei der Frage, ob Sitz und Hauptverwaltung am gleichen Ort liegen müssen, nicht⁶³³.

Fraglich ist, ob sich aus den Sitzen der Gründungsgesellschaften weitere Einschränkungen der Sitzwahl ergeben. Art. 37 Abs. 3 SE-VO verbietet ausdrücklich, die Gründung einer SE durch Umwandlung mit der Verlegung des Sitzes in einen anderen Mitgliedstaat zu verbinden. Der künftige Sitz der SE muss sich daher im Sitzstaat der umzuwandelnden Gesellschaft befinden. Die Verschmelzung durch Aufnahme nach Art. 17 Abs. 2 lit. a SE-VO weist insoweit eine Parallele zur Gründung durch Umwandlung auf, als auch bei ihr die aufnehmende Gesellschaft ihre Rechtsidentität behält und von der Rechtsform einer nationalen Aktiengesellschaft in die der SE wechselt. Das Fehlen eines entsprechenden Verbots in Bezug auf diese Gründungsform spricht jedoch dafür, dass der Sitz der SE unabhängig vom Sitz der aufnehmenden Gesellschaft gewählt werden kann⁶³⁴. Der Zweck des Art. 37 Abs. 3 SE-VO bestätigt diese Auslegung. Die Gründung einer SE durch Umwandlung einer nationalen AG war lange Zeit abgelehnt worden⁶³⁵. Experten, die Mitgliedstaaten und die Europäische Kommission befürchteten, dass nationale Aktiengesellschaften diese Gründungsform dazu nutzen würden, sich strengeren nationalen Vorschriften, insbesondere den nationalen Mitbestimmungsvorschriften, zu entziehen⁶³⁶. Die Gründung durch Umwandlung eignet sich dafür besonders, weil die Gründung von einer einzelnen Gesellschaft vollzogen werden kann. Das Verbot, den Gesellschaftssitz anlässlich der Gründung in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen, trägt diesen Bedenken Rechnung. Bei der Verschmelzung durch

⁶³¹ Teichmann (ZGR 2002, 383 (457)) empfiehlt angesichts der unklaren Regelung eine ausdrückliche Regelung im Ausführungsgesetz.

Allgemein zur Frage Ermächtigung oder Verweis auf bestehendes Recht siehe Wenz, SE, S. 33; Merkt BB 1992, 652 (656); Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 958; Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 38 - 41

⁶³² Art. 10 SE-VO und 5. Erwägungsgrund der SE-Verordnung

⁶³³ Ebenso Teichmann ZGR 2002, 383 (457)

⁶³⁴ So wohl auch Bungert/ Beier EWS 2002, 1 (8); a.A. Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 138 und 193

⁶³⁵ Der Vorschlag von 1991 eröffnete diese Gründungsmöglichkeit erstmals.

⁶³⁶ Die Sachverständigen der Davignon-Kommission hatten „gewisse Besorgnisse“ gegenüber dieser Gründungsvariante ausgesprochen (Davignon-Bericht Punkt 35). Siehe auch 10. Erwägungsgrund Satz 2; Jaeger BetrR 1998, 5 (9); Herfs-Röttgen NZA 2001, 424 (426).

Aufnahme ist die Gefahr einer Umgehung strengerer nationaler Vorschriften geringer als bei der Umwandlung und nicht größer als bei der Verschmelzung durch Neugründung, da sich mindestens zwei Gesellschaften an der Gründung beteiligen müssen. Art. 37 Abs. 3 SE-VO ist daher auf die Verschmelzung durch Aufnahme nicht zu übertragen. Bei der Verschmelzung durch Neugründung folgt die Freiheit der Sitzwahl schon daraus, dass die SE völlig neu gegründet wird und mit keiner bestehenden Gesellschaft identisch ist. Der Sitz der SE kann bei beiden Verschmelzungsvarianten außerhalb der Staaten gewählt werden, in denen die Gründungsgesellschaften ihren Sitz hatten.

Ein Sitzverlegungsverfahren nach Art. 8 SE-VO ist nicht durchzuführen, da diese Vorschrift auf die Sitzverlegung einer bereits bestehenden SE zugeschnitten ist. Die Anteilseigner, Gläubiger und Arbeitnehmer der Gründungsgesellschaften sind durch das Verschmelzungsverfahren ausreichend geschützt.

b) Umtauschverhältnis und Ausgleichsleistung (Art. 20 Abs. 1 lit. b SE-VO)

Das Umtauschverhältnis bezeichnet die Zahl der Anteile an der SE, die die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft(en) als Gegenleistung für die Übertragung des Gesellschaftsvermögens erhalten. Welche Bedeutung das Umtauschverhältnis hat und wie es zu bestimmen ist, wurde bereits dargestellt⁶³⁷.

c) Übertragung der Aktien der SE (Art. 20 Abs. 1 lit. c SE-VO)

Die Aktionäre der übertragenden Gesellschaften werden kraft Gesetzes mit der Verschmelzung Aktionäre der SE⁶³⁸. Nationale Vorschriften können den Anteilsübergang nicht von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig machen⁶³⁹. Nationalem Recht und ergänzend der Parteibestimmung im Verschmelzungsplan bleibt es überlassen, die Modalitäten der Anteilsübertragung zu regeln⁶⁴⁰. Da das Verfahren der Anteilsübertragung allein die Interessen der Anteilseigner der übertragenden Gründungsgesellschaften berührt, ist gemäß Art. 18 SE-VO das Recht, dem die betreffende Gründungsgesellschaft unterliegt, anzuwenden.

Bestimmt werden muss insbesondere, wie die Anteile und die baren Zuzahlungen übergeben werden. So sieht z.B. das deutsche Verschmelzungsrecht vor, dass ein Treuhänder zu bestellen ist⁶⁴¹, über den die Aktionäre die Anteile und Zuzahlungen empfangen. Der Treuhänder ist im Verschmelzungsplan zu bezeichnen.

⁶³⁷ Siehe 3. Kap. B II 1

⁶³⁸ Art. 29 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 lit. b SE-VO

⁶³⁹ Siehe 3. Kap. Einleitung zu B

⁶⁴⁰ Sagasser/ Swienty DStR 1991, 1188 (1193)

⁶⁴¹ § 71 Abs. 1 S. 1 UmwG

Der Verschmelzungsplan bestimmt weiter, wer die Kosten trägt, die mit dem Anteilstausch verbunden sind, soweit nicht das nationale Recht die Kostentragung regelt⁶⁴². Anzugeben ist zudem die voraussichtliche Höhe der Kosten⁶⁴³.

Im Interesse der Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft sollte der Verschmelzungsplan ferner darüber Auskunft geben, ob bei einer Verschmelzung durch Aufnahme eigene Anteile der aufnehmenden Gesellschaft übertragen werden oder die zu gewährenden Anteile erst im Wege einer Kapitalerhöhung geschaffen werden sollen⁶⁴⁴.

Nicht erforderlich sind Angaben darüber, was mit den eingetauschten Aktien der Gründungsgesellschaften geschieht, ob sie z.B. für kraftlos erklärt werden⁶⁴⁵. Das Verfahren nach dem Anteilstausch ist nicht mehr zur Anteilsübertragung zu rechnen⁶⁴⁶.

d) Gewinnberechtigung (Art. 20 Abs. 1 lit. d SE-VO)

Der Beginn der Gewinnberechtigung kann im Verschmelzungsplan grundsätzlich frei festgelegt werden. Ist bereits ein Gewinnverwendungsbeschluss gefasst worden, kann im Verschmelzungsplan eine Gewinnberechtigung für das betreffende Geschäftsjahr nicht mehr vereinbart werden⁶⁴⁷. Weitere Einschränkungen können sich aus den nationalen Kapitalvorschriften ergeben, die über Art. 5 SE-VO zur Anwendung gelangen.

Der Beginn der Gewinnberechtigung wird meist auf den Anfang des Geschäftsjahres, in dem die Verschmelzung vollzogen wird, gelegt⁶⁴⁸. Das Dividendenrecht aus den Aktien der SE schließt dann unmittelbar an das Recht auf Beteiligung am Gewinn der Gründungsgesellschaften an. Die SE-Verordnung steht einer variablen Stichtagsregelung

⁶⁴² So zum deutschen Verschmelzungsrecht Marsch-Barner in: Kallmeyer, UmwG, § 5 Rn. 24; a.A. Mayer in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 5 UmwG Rn. 139

⁶⁴³ So zum deutschen Verschmelzungsrecht Lutter in: Lutter, UmwG, § 5 Rn. 26; a.A. Mayer in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 5 UmwG Rn. 139

⁶⁴⁴ Im deutschen Verschmelzungsrecht ist diese Frage umstritten. Wie hier Lutter in: Lutter, UmwG, § 5 Rn. 26; differenzierend Mayer in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 5 UmwG Rn. 139; a.A. wohl Marsch-Barner in: Kallmeyer, UmwG, § 5 Rn. 24 f

⁶⁴⁵ So zum deutschen Verschmelzungsrecht: Marsch-Barner in: Kallmeyer, UmwG, § 5 Rn. 24; Lutter in: Lutter, UmwG, § 5 Rn. 16 empfiehlt diese Angabe, verneint jedoch eine entsprechende Angabepflicht.

⁶⁴⁶ Lutter in: Lutter, UmwG, § 5 Rn. 28

⁶⁴⁷ Ebenso in Bezug auf das deutsche Verschmelzungsrecht: Marsch-Barner in: Kallmeyer, UmwG, § 5 Rn. 28; Mayer in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 5 UmwG Rn. 145

⁶⁴⁸ Sagasser/ Swienty DStR 1991, 1188 (1193); so in Bezug auf das deutsche Verschmelzungsrecht: Lutter in: Lutter, UmwG, § 5 Rn. 30

nicht entgegen⁶⁴⁹. Eine solche empfiehlt sich, wenn zu befürchten ist, dass sich die Eintragung der Verschmelzung verzögert⁶⁵⁰.

„Besonderheiten“ in Bezug auf das Recht auf Beteiligung am Gewinn der SE im Sinne des Art. 20 Abs. 1 lit. d SE-VO können sich aus Sonderrechten einzelner Aktionäre der SE oder aus dem Gewinnverteilungsschlüssel laut Satzung der SE ergeben⁶⁵¹.

e) Stichtag zur Abgrenzung der Rechnungslegung (Art. 20 Abs. 1 lit. e SE-VO)

Gemäß Art. 20 Abs. 1 lit. e SE-VO ist der „Zeitpunkt, von dem an die Handlungen der sich verschmelzenden Gesellschaften unter dem Gesichtspunkt der Rechnungslegung als für Rechnung der SE vorgenommen gelten“, im Verschmelzungsplan anzugeben. Von diesem sog. Verschmelzungsstichtag an ist die übernehmende Gesellschaft verpflichtet, über die Geschäfte der Gründungsgesellschaften Rechnung zu legen⁶⁵². Art. 20 Abs. 1 lit. e SE-VO bestimmt nicht, nach welchen Regeln die Gründungsgesellschaften den Verschmelzungsstichtag festzulegen haben. Insoweit sind gemäß Art. 61 SE-VO die Vorschriften maßgeblich, die für Aktiengesellschaften gelten, die dem Recht des Sitzstaates der SE unterliegen. Art. 20 Abs. 1 lit. e SE-VO schließt eine variable Stichtagsregelung nicht aus.

Der Wortlaut des Art. 20 Abs. 1 lit. e SE-VO („den Zeitpunkt“) könnte dafür sprechen, dass bei Beteiligung mehrerer übertragender Gesellschaften ein einheitlicher Stichtag bestimmt werden muss. Die Verordnung legt in Art. 20 Abs. 1 SE-VO jedoch lediglich den Mindestinhalt des Verschmelzungsplans fest, ohne den Parteien hinsichtlich der Ausgestaltung der einzelnen Vereinbarungen Vorgaben zu machen. Die Rechnungslegung ist nicht Gegenstand des Art. 20 Abs. 1 SE-VO, wie Art. 61 SE-VO zeigt. Vorbehaltlich anders lautender nationaler Vorschriften ist es daher möglich, bei Beteiligung mehrerer übertragender Gesellschaften für jede einen anderen Stichtag festzulegen⁶⁵³.

⁶⁴⁹ Sagasser/ Swienty DStR 1991, 1188 (1193)

⁶⁵⁰ Sagasser/ Swienty DStR 1991, 1188 (1193). Zum deutschen Verschmelzungsrecht: Marsch-Barner in: Kallmeyer, UmwG, § 5 Rn. 29; Mayer in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 5 UmwG Rn. 146

⁶⁵¹ Vgl. zum deutschen Verschmelzungsrecht: Marsch-Barner in: Kallmeyer, UmwG, § 5 Rn. 27

⁶⁵² So zum deutschen Verschmelzungsrecht: Mayer in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 5 UmwG Rn. 153; Bermel/ Hannappel in: Goutier/ Knopf/ Tulloch, Umwandlungsrecht, § 5 UmwG Rn. 52. Vgl. Müller in: Kallmeyer, UmwG, § 5 Rn. 33 m.w.N.

f) Sonderrechte (Art. 20 Abs. 1 lit. f SE-VO)

Zum Mindestinhalt des Verschmelzungsplans gehören die Rechte, die die SE den mit Sonderrechten ausgestatteten Aktionären der Gründungsgesellschaften gewährt, und gegebenenfalls die für diese Personen vorgeschlagenen Maßnahmen. Sonderrechte der Aktionäre können z.B. Vorzugsrechte in Bezug auf den Gewinn oder Liquidationserlös, Vorerwerbsrechte, Stimmrechte oder Rechte bei der Bestellung von Gesellschaftsorganen sein. Die Angabe im Verschmelzungsplan soll die betreffenden Aktionären über ihre Rechtsstellung nach der Verschmelzung in Kenntnis setzen und die Möglichkeit geben, die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu überprüfen⁶⁵⁴. Das Prinzip, dass Aktionäre, die sich in denselben Verhältnissen befinden, gleich zu behandeln sind, gilt gemäß Art. 42 Kapitalrichtlinie in allen Mitgliedstaaten⁶⁵⁵.

Vergünstigungen für Personen, die nicht Aktien, sondern andere Wertpapiere wie z.B. Genussrechte oder Schuldverschreibungen halten, sind gemäß Art. 20 Abs. 1 lit. f SE-VO ebenfalls im Verschmelzungsplan anzugeben. Die Angabe soll die Aktionäre über sämtliche, mit der Verschmelzung verbundene Gegenleistungen informieren⁶⁵⁶.

Art. 20 Abs. 1 lit. f SE-VO bestimmt nicht, welche Rechte den genannten Personen gewährt werden dürfen oder müssen. Die Ansprüche der Inhaber anderer Wertpapiere als Aktien richten sich gemäß Art. 24 Abs. 1 lit. b und c SE-VO nach dem Recht, das für die jeweilige Gründungsgesellschaft gilt⁶⁵⁷. Hinsichtlich der mit Sonderrechten ausgestatteten Aktionäre ist gemäß Art. 18 SE-VO ebenfalls auf dieses Recht zurückzugreifen.

g) Sondervorteile für sonstige Beteiligte (Art. 20 Abs. 1 lit. g SE-VO)

Im Verschmelzungsplan aufzuführen ist gemäß Art. 20 Abs. 1 lit. g SE-VO jeder besondere Vorteil, der den Sachverständigen, die den Verschmelzungsplan prüfen, oder den Organmitgliedern⁶⁵⁸ der Gründungsgesellschaften gewährt wird. Dabei kann es sich um materielle Rechte wie Abfindungen oder um immaterielle Rechte, z.B.

⁶⁵³ Vgl. zum deutschen Verschmelzungsrecht Stratz in: Schmitt/ Hörtnagl/ Stratz, UmwG/ UmwStG, § 5 UmwG Rn. 37; Mayer in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 5 UmwG Rn. 166

⁶⁵⁴ So zum deutschen Verschmelzungsrecht: Stratz in: Schmitt/ Hörtnagl/ Stratz, UmwG/ UmwStG, § 5 UmwG Rn. 39; Bermel/ Hannappel in: Goutier/ Knopf/ Tulloch, Umwandlungsrecht, § 5 UmwG Rn. 61; Mayer in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 5 UmwG Rn. 167

⁶⁵⁵ Behrens in: Dausen, EG-Wirtschaftsrecht, E III Rn. 36

⁶⁵⁶ So zum deutschen Verschmelzungsrecht: Bermel/ Hannappel in: Goutier/ Knopf/ Tulloch, Umwandlungsrecht, § 5 UmwG Rn. 61

⁶⁵⁷ Siehe 5. Kap. E I

⁶⁵⁸ Der Rat stellt zum entsprechenden Art. 5 Abs. 2 lit. g Verschmelzungsrichtlinie fest, dass Abschlussprüfer nicht zu den genannten Aufsichts- oder Kontrollorganen der Gesellschaft gehören (Ratsprotokoll, Ratsdokument R 2337/78 vom 5.10.1978, zitiert nach Ganske DB 1981, 1551 (Fn. 13 und 1552 Fn. 21).

Organpositionen oder Entsendungsrechte, handeln. Die Offenlegung der Vergünstigungen dient dem Schutz der Aktionäre der Gründungsgesellschaften. So können sie selbst beurteilen, ob den Personen, die maßgeblich an der Verschmelzung beteiligt sind und den Aktionäre Informationen liefern, Vorteile gewährt werden, die an ihrer Objektivität zweifeln lassen⁶⁵⁹. Dieser Normzweck erfordert, dass die Leistungen einzelnen, namentlich benannten Personen zugewiesen und nicht lediglich als Gesamtbetrag aufgeführt werden⁶⁶⁰.

Sachverständigenhonorare sind kein besonderer Vorteil, solange es sich nicht um überhöhte Vergütungen handelt⁶⁶¹.

Die Folgen eines Verstoßes regelt Art. 20 Abs. 1 SE-VO nicht. Wird die Bestellung in ein Organ der künftigen SE versprochen, beurteilt sich die Wirksamkeit dieser Zusage nach den Vorschriften der SE-Verordnung über die Organbestellung. Eine solche Zusage bindet die Gründungsgesellschaften nur, wenn die Anteilseigner der Gründungsgesellschaften die Kompetenz haben, die Mitglieder des jeweiligen Organs zu bestellen, oder die Organmitglieder durch die Satzung bestellt werden können⁶⁶² und eine entsprechende Vorschrift in die Satzung aufgenommen wurde⁶⁶³. Die Frage, ob die Gewährung eines Sondervorteils unwirksam ist, wenn dieser nicht im Verschmelzungsplan aufgeführt wurde, beurteilt sich im Übrigen nach nationalem Recht. Da die Norm dem Schutz der Aktionäre der Gründungsgesellschaften dient, kommt über Art. 18 SE-VO das Recht, dem die jeweilige Gründungsgesellschaft unterliegt, zur Anwendung.

h) Satzung (Art. 20 Abs. 1 lit. h SE-VO)

aa) Begriff

Satzung im Sinne des Art. 20 Abs. 1 lit. h. SE-VO ist nur die Satzung im engeren Sinne. Laut Art. 6 SE-VO bezeichnet der Ausdruck „Satzung der SE“ in der Verordnung zwar neben der Satzung im eigentlichen Sinne die Gründungsurkunde. Die Gründungsurkunde bringt den Willen der Parteien, eine

⁶⁵⁹ So zur entsprechenden Norm im deutschen Verschmelzungsrecht auch Mayer in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 5 UmwG Rn. 171

⁶⁶⁰ So zur entsprechenden Norm im deutschen Verschmelzungsrecht auch Mayer in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 5 UmwG Rn. 172

⁶⁶¹ So der Rat der EG ausdrücklich in seinem Protokoll zur entsprechenden Vorschrift der Verschmelzungsrichtlinie, siehe Begründung zum Entwurf des Verschmelzungsrichtlinie-Gesetzes vom 23.11.81, BT-Drucks. 9/1065 S. 15. Ebenso zu Art. 20 Abs. 1 lit. g SE-VO: Sagasser/ Swienty DStR 1991, 1188 (1193).

⁶⁶² Art. 40 Abs. 2 S. 2 SE-VO

⁶⁶³ Vgl. zur entsprechenden Vorschrift im deutschen Verschmelzungsrecht: Stratz in: Schmitt/ Hörtnagl/ Stratz, UmwG/ UmwStG, § 5 UmwG Rn. 42; Mayer in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 5 UmwG Rn. 172

Gesellschaft ins Leben zu rufen, zum Ausdruck⁶⁶⁴. Diese Funktion erfüllt bei der Verschmelzung aber der Verschmelzungsplan. Die Satzung im Sinne des Art. 20 Abs. 1 lit. h SE-VO ist nur einer seiner Bestandteile.

Satzung im eigentlichen Sinne bezeichnet die Gesamtheit der Bestimmungen, die die Grundfragen der Gesellschaft, ihre Organisation und ihre Beziehungen zu den jeweiligen Aktionären regeln⁶⁶⁵.

bb) Inhalt

(1) Der Mindestinhalt

Eine zentrale Norm, die den Mindestinhalt der Satzung regeln würde, findet sich in der SE-Verordnung nicht. Einzelne Vorschriften der SE-Verordnung schreiben vor, dass bestimmte Fragen zwingend in der Satzung beantwortet werden müssen. Die Satzung muss das Organisationssystem nennen (Art. 39 lit. b SE-VO), die Zahl der Organmitglieder (Art. 39 Abs. 4 S. 1 SE-VO; Art. 40 Abs. 3 S. 1 SE-VO; Art. 43 Abs. 2 S. 1 SE-VO), die Amtszeit der Organmitglieder (Art. 46 Abs. 1 SE-VO), die Arten von Geschäften, die der Zustimmung des Aufsichtsorgans bzw. eines ausdrücklichen Beschlusses des Verwaltungsorgans bedürfen (Art. 48 Abs. 1 Unterabs. 1 SE-VO)⁶⁶⁶ und das Verfahren und die Fristen für einen Antrag auf Ergänzung der Tagesordnung, sofern das Recht des Sitzstaates der SE keine entsprechenden Vorschriften enthält (Art. 56 S. 2 SE-VO).

Diese über die gesamte SE-Verordnung verstreuten Vorschriften bestimmen zusammen den Mindestinhalt der Satzung nicht abschließend. Wesentliche Angaben, wie die zu den Gründern, zum Unternehmensgegenstand, zum Kapital und zu den Aktien, schreibt die SE-Verordnung nicht ausdrücklich vor. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber für die SE eine Satzung genügen lassen wollte, die nicht einmal die nach Art. 2 und 3 Kapitalrichtlinie notwendigen Mindestangaben enthält. Die Mitgliedstaaten können mangels abschließender Regelung der SE-Verordnung weitere Satzungsbestimmungen vorschreiben⁶⁶⁷.

Sagasser und Swienty⁶⁶⁸ vertreten die Auffassung, dass der Mindestinhalt der Satzung überhaupt nicht in der SE-Verordnung geregelt sei und gelangen auf

⁶⁶⁴ Caminades, Gründung, S. 11

⁶⁶⁵ Zum entsprechenden Begriff des deutschen Rechts siehe Kraft in: KK AktG § 2 Rn. 5; a.a.O. § 23 Rn. 13; Hüffer, AktG, § 23 Rn. 2

⁶⁶⁶ Eine Liste dieser Arten von Geschäften muss in die Satzung aufgenommen werden, siehe Schwarz ZIP 2001, 1847 (1856); Hommelhoff AG 2001, 279 (284); Hirte NZG 2002, 1 (6)

⁶⁶⁷ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 194

⁶⁶⁸ Sagasser/ Swienty DStR 1991, 1222

diesem Weg zu dem gleichen Ergebnis. Das Fehlen einer der vorgeschriebenen Angaben hindere nach der SE-Verordnung weder die Eintragung, noch führe es zur Nichtigkeit oder zur Auflösung der SE⁶⁶⁹. Ergebe sich das Eintragungshindernis, die Nichtigkeit oder der Auflösungsgrund aus den mitgliedstaatlichen Vorschriften, handle es sich um Mindestinhalt kraft nationalen Rechts und nicht kraft SE-Verordnung.

Welche Angaben die Satzung der SE - neben den in der SE-Verordnung vorgeschriebenen - enthalten muss, bestimmt gemäß Art. 15 Abs. 1 SE-VO das für Aktiengesellschaften geltende Recht des künftigen Sitzstaates der SE. Die Satzung regelt die Rechtsverhältnisse der gegründeten SE und betrifft damit die Aktionäre und Gläubiger der SE. Die Anteilseigner der Gründungsgesellschaften sind nur als künftige Aktionäre der SE betroffen⁶⁷⁰.

Der Verschmelzungsplan dient der umfassenden Information der Aktionäre der Gründungsgesellschaften über die Auswirkungen der Verschmelzung. Zu diesem Zweck schreibt Art. 20 SE-VO vor, dass der Verschmelzungsplan neben anderen Angaben die Satzung der SE enthalten muss. Die inhaltlichen Anforderungen an die Satzung der SE sind jedoch eine andere, davon zu trennende Frage.

Die Satzung der SE regelt die Rechtsverhältnisse der gegründeten SE, insbesondere ihre Organisation und ihr Kapital, und muss daher im Einklang mit den Vorschriften stehen, die – neben der SE-Verordnung – für diese Rechtsverhältnisse maßgeblich sind. Gemäß Art. 5 SE-VO, Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO und verschiedenen Spezialverweisungen ist das regelmäßig⁶⁷¹ das Recht des Sitzstaates der SE. Nach dieser Rechtsordnung ist gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. iii SE-VO auch zu beurteilen, inwieweit die Satzung von den nationalen aktienrechtlichen Vorschriften abweichen darf. Daneben enthält die SE-Verordnung weitere Normen, wie Art. 47 Abs. 1 und 3 und 48 Abs. 2 SE-VO, die die Zulässigkeit von Satzungsbestimmungen an das Recht des Sitzstaates der SE knüpfen. Es ist daher sachgerecht, auch den Mindestinhalt der Satzung nach dieser Rechtsordnung zu beurteilen.

Art. 2 und 3 Kapitalrichtlinie haben die mitgliedstaatlichen Vorschriften über den Mindestinhalt der Satzung harmonisiert. Die Satzung muss demnach zumindest Angaben zu der Rechtsform, der Firma, dem Unternehmensgegenstand, dem Sitz,

⁶⁶⁹ Siehe dazu 5. Kap. B VII 1 b und 5. Kap. F

⁶⁷⁰ A.A. wohl Priester ZGR 1999, 36 (38 f) zum Entwurf einer Sitzverlegungsrichtlinie

den Gründern, dem Kapital, der Zahl der Organmitglieder, den Aktien, zu Sacheinlagen, dem Gründungsaufwand und Sondervorteilen enthalten. Die Mitgliedstaaten können darüber hinaus weitere Angaben verlangen⁶⁷².

(2) Satzungsautonomie

Soweit die SE-Verordnung den betreffenden Aspekt regelt, sind Satzungsbestimmungen der SE gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. b SE-VO nur zulässig, falls die SE-Verordnung dies ausdrücklich bestimmt. Die Satzungsfreiheit muss dem Wortlaut der Verordnung entnommen werden können und darf nicht im Wege der Auslegung ermittelt werden⁶⁷³. Die Vorschriften der SE-Verordnung sind folglich grundsätzlich nicht dispositiv⁶⁷⁴.

Art. 9 Abs. 1 lit. b SE-VO lässt nicht nur abweichende, sondern auch ergänzende Satzungsbestimmungen zu, soweit die SE-Verordnung diese ausdrücklich erlaubt⁶⁷⁵. Das ergibt sich aus den entsprechenden Vorschriften der SE-Verordnung und der in Art. 9 SE-VO aufgestellten Hierarchie der Rechtsquellen. Nationales Recht kann die von der Verordnung ausdrücklich gewährte Satzungsautonomie nicht einschränken⁶⁷⁶. Die Satzung kann in diesem Rahmen selbst von zwingendem nationalem Recht abweichen⁶⁷⁷. Zumindest für einen gewissen Bereich genießen somit alle Europäischen Aktiengesellschaften dieselbe Satzungsautonomie. Eine andere Auslegung ist auch dann nicht möglich, wenn man die französische oder englische Fassung der SE-Verordnung zugrunde legt, in der Art. 9 Abs. 1 lit. b und c SE-VO mit „und“ statt mit „oder“ verbunden sind⁶⁷⁸. Die Anwendungsbereiche von Art. 9 Abs. 1 lit. b und c SE-VO überschneiden sich nicht, da Art. 9 Abs. 1 lit. b SE-VO eine Regelung in der SE-Verordnung und Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO eine Regelungslücke voraussetzt.

⁶⁷¹ Vorausgesetzt, Hauptverwaltung und Sitz der SE liegen, wie in Art. 7 SE-VO vorgeschrieben, im selben Mitgliedstaat.

⁶⁷² Lutter AG 1990, 417

⁶⁷³ Wagner, Europäische Verein, S. 57 zu Art. 6 Abs. 1 EUV-VOV, der Art. 9 Abs. 1 SE-VO entspricht

⁶⁷⁴ Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 1096; Wagner, Europäische Verein, S. 57 zu Art. 6 Abs. 1 EUV-VOV, der Art. 9 Abs. 1 SE-VO entspricht

⁶⁷⁵ Diese Frage wirft Hommelhoff in: Symposium S. 57 (80) auf, ohne sie zu beantworten.

⁶⁷⁶ Wenz, SE, S. 33; Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 1096; Raiser in: FS Semler, S. 282; kritisch Merkt BB 1992, 652 (657); Wagner, Europäische Verein, S. 57 zu Art. 6 Abs. 1 EUV-VOV, der Art. 9 Abs. 1 SE-VO entspricht; a.A.: Vossius in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 20 UmwG Rn. 399 Fn. 1

⁶⁷⁷ Wagner NZG 2002, 985 (986); Wagner, Europäische Verein, S. 47 zu Art. 6 Abs. 1 EUV-VOV, der Art. 9 Abs. 1 SE-VO entspricht

⁶⁷⁸ So aber Vossius in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 20 UmwG Rn. 399 Fn. 1.

Satzungsautonomie gewähren Art. 40 Abs. 2 S. 2 (Bestellung der Mitglieder des ersten Aufsichtsorgans), Art. 43 Abs. 3 S. 2 (Bestellung der Mitglieder des ersten Verwaltungsorgans), Art. 44 Abs. 1 (Häufigkeit der Beratungen des Verwaltungsorgans), Art. 46 Abs. 2 (Wiederbestellung der Organmitglieder), Art. 47 Abs. 1 Unterabs. 1 (juristische Person als Organmitglied)⁶⁷⁹, Art. 47 Abs. 3 (Voraussetzungen der Mitgliedschaft), Art. 50 Abs. 1 und 2 (Beschlussfassung und Beschlussfähigkeit der Organe), Art. 52 S. 2 (Zuständigkeit der Hauptversammlung), Art. 55 Abs. 1 2. HS (Aktionärsminderheit, die die Hauptversammlung einberufen und die Tagesordnung aufstellen kann) und Art. 56 S. 3 SE-VO (Aktionärsminderheit, die eine Ergänzung der Tagesordnung beantragen kann). Daneben sind selbstverständlich jene Satzungsbestimmungen kraft ausdrücklicher Erlaubnis zulässig, zu deren Erlass die SE-Verordnung verpflichtet⁶⁸⁰. Auffallend ist, dass der Verordnungsgeber Satzungsbestimmungen nur im Bereich der Organisation der SE ausdrücklich zulässt⁶⁸¹.

Sofern die SE-Verordnung eine Regelungslücke aufweist und über Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO nationales Recht zur Anwendung kommt, reicht die Satzungsautonomie der SE gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. iii SE-VO so weit wie die nationaler Aktiengesellschaften⁶⁸². Zwingende Vorschriften des nationalen Aktienrechts gehen in diesem Bereich der Satzung der SE vor⁶⁸³. Das nationale Aktienrecht muss – im Gegensatz zur SE-Verordnung – die Satzungsautonomie nicht unbedingt ausdrücklich gewähren⁶⁸⁴. Für eine in Deutschland ansässige SE gilt demnach der Grundsatz der Satzungsstrenge nach § 23 V AktG.

Kommt nationales Recht nicht über Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO, sondern über eine der Spezialverweisungen, z.B. Art. 5 oder Art. 53 SE-VO, zur

⁶⁷⁹ Die Einordnung in den Kreis dieser Vorschriften ist gerechtfertigt, weil aus Art. 47 Abs. 1 SE-VO im Umkehrschluss folgt, dass grundsätzlich Gesellschaften und juristischen Personen nicht Organmitglied sein können.

⁶⁸⁰ Siehe Aufzählung zu Anfang dieses Abschnitts bb

⁶⁸¹ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (555)

⁶⁸² Blanquet ZGR 2002, 20 (48). Der nationale Gesetzgeber kann daher von einer Ermächtigung in der SE-Verordnung nicht in der Weise Gebrauch machen, daß er die Ermächtigung an den Satzungsgeber weiterleitet, siehe Brandt NZG 2002, 991.

⁶⁸³ Begründung der Europäischen Kommission zum Entwurf von 1991, BT-Drucksache 12/1004 vom 30.7.91 zu entsprechendem Artikel 7; abgedruckt bei Gutsche, Europäische Aktiengesellschaft, S. 246

⁶⁸⁴ Begründung der Europäischen Kommission zum Entwurf von 1991, BT-Drucksache 12/1004 vom 30.7.91 zu entsprechendem Artikel 7: „unabhängig davon, ob diese Vertragsfreiheit ausdrücklich der Satzung überlassen ist oder aufgrund des Prinzips der Willensfreiheit ausgeübt wird“ (abgedruckt bei Gutsche, Europäische Aktiengesellschaft, S. 247)

Anwendung, richtet sich die Satzungsfreiheit ebenfalls nach dem für Aktiengesellschaften geltenden nationalen Recht. Art. 9 SE-VO legt die Hierarchie der Normen, die auf die SE anzuwenden sind, fest. Da die Verordnung die Satzungsautonomie nur an dieser Stelle generell regelt, muss der Gedanke des Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. iii SE-VO auch im Bereich der Spezialverweisungen gelten. Im Übrigen liegt es nahe, bei einer Verweisung auf nationale Vorschriften auch die Zulässigkeit abweichender Satzungsbestimmungen nach der betreffenden Rechtsordnung zu bestimmen. Damit wird dem in Art. 9 und 10 SE-VO zum Ausdruck kommenden Grundgedanken der SE-Verordnung Rechnung getragen, dass die SE wie eine nationale Aktiengesellschaft zu behandeln ist, soweit die SE-Verordnung nichts anderes bestimmt⁶⁸⁵.

(3) Verhältnis zur Vereinbarung über die Arbeitnehmerbeteiligung in der SE

Die Satzung darf gemäß Art. 12 Abs. 4 SE-VO nicht im Widerspruch zu einer nach Art. 3 AN-RL geschlossenen Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE stehen⁶⁸⁶. Zu dem Zeitpunkt, in dem der Verschmelzungsplan aufgestellt wird, existiert eine solche Vereinbarung noch nicht, da die Vereinbarungen mit den Arbeitnehmern gemäß Art. 3 Abs. 1 AN-RL erst nach Offenlegung des Verschmelzungsplans einzuleiten sind.

(4) Verschmelzung durch Aufnahme

Da Art. 20 Abs. 1 SE-VO nicht zwischen der Verschmelzung durch Aufnahme und der Verschmelzung durch Neugründung unterscheidet, muss der Verschmelzungsplan auch im Fall der Verschmelzung durch Aufnahme in den Verschmelzungsplan die Satzung der künftigen SE enthalten. Die Satzung der aufnehmenden Aktiengesellschaft kann zumindest nicht uneingeschränkt übernommen werden, da für die Gesellschaft nach der Verschmelzung die SE-Verordnung und damit andere Regeln gelten als vor der Verschmelzung.

(5) Insbesondere: Die Wahl eines Organisationssystems

Gemäß Art. 38 lit. b SE-VO haben die Satzungsgeber die Wahl, die SE nach dem monistischen oder dem dualistischen System zu organisieren⁶⁸⁷. Das dualistische

⁶⁸⁵ Vgl. auch 5. Erwägungsgrund

⁶⁸⁶ Siehe dazu 5. Kap. V 4

⁶⁸⁷ Dabei handelt es sich um die in den Mitgliedstaaten bekannten Organisationsmodelle. Aktiengesellschaften in Dänemark, Deutschland und den Niederlanden (große AG) verfügen über eine dualistische Organverfassung. Aktiengesellschaften in Belgien, England, Griechenland, Irland, (eingeschränkt) Italien, Luxemburg, Portugal und Spanien sind monistisch organisiert (siehe Wenz, SE, S. 74; Jaeger, Europäische

System trennt zwischen einem Leitungsorgan, das die Geschäfte der Gesellschaft führt, und einem Aufsichtsorgan, das das Leitungsorgan überwacht. Im monistischen System werden Geschäftsführung und Überwachung von einem einzigen Organ wahrgenommen⁶⁸⁸.

Vereinzelt wird vertreten, der nationale Gesetzgeber könne diese Wahlfreiheit beschränken, indem er das Organisationssystem, das seinem Aktienrecht fremd ist, im Ausführungsgesetz nicht regelt⁶⁸⁹. Gemäß Art. 39 Abs. 5 und 43 Abs. 4 SE-VO „kann“ der Mitgliedstaat entsprechende Vorschriften erlassen⁶⁹⁰. Nach dem Wortlaut ist er dazu nicht verpflichtet. Wenn der Mitgliedstaat von der Ermächtigung keinen Gebrauch mache, so die Auffassung, zwingt er die SE mit Sitz in seinem Hoheitsgebiet⁶⁹¹, die dort für Aktiengesellschaften geltende Organverfassung anzunehmen.

Diese Ansicht ist mit dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts nicht vereinbar⁶⁹². Die SE-Verordnung ermächtigt die Mitgliedstaaten nicht, das in Art. 38 lit. b SE-VO gewährte Unternehmenswahlrecht einzuschränken. Art. 61 Spiegelstrich 1 S. 2 SE-VOV 1991, nach dem die Mitgliedstaaten den SE mit Sitz in ihrem Hoheitsgebiet ein bestimmtes System vorschreiben konnten, ist in die aktuelle

Aktiengesellschaft, S. 138; Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 73). Frankreich lässt seinen sociétés anonymes die Wahl zwischen den beiden Systemen (siehe Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 73).

Zu den Vor- und Nachteilen der Systeme siehe Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 146 und 148

⁶⁸⁸ Art. 39 SE-VO zählt die möglichen Organe einer SE für beide Organisationsmodelle nicht abschließend auf (Ebenso Gutsche, Europäische Aktiengesellschaft, S. 161). Das folgt aus der Erwähnung eines „anderen Organ(s)“ in Art. 54 Abs. 2 SE-VO. Ob zusätzliche Organe eingerichtet werden können, bestimmt gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO das nationale Recht. Zu beachten ist, dass die SE-Verordnung die Geschäftsführung und deren Überwachung in die alleinige Zuständigkeit der in Art. 38 SE-VO genannten Organe legt, so dass dem zusätzlichen Organ nur beratende Funktion zukommen kann (Vgl. Gutsche, Europäische Aktiengesellschaft, S. 161).

⁶⁸⁹ Vossius in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 20 UmwG Rn. 399 Fn. 1; Schulz/ Geismar DStR 2001, 1078 (1082); nicht eindeutig: Jahn/ Herfs-Röttgen AG 2001, 631 (633)

⁶⁹⁰ Die französische Fassung lautet entsprechend „peut adopter“, die englische Übersetzung „may adopt“.

⁶⁹¹ Art. 39 Abs. 5 und 43 Abs. 4 SE-VO sind so auszulegen, dass die entsprechenden Ausführungsbestimmungen für SE mit Sitz im Hoheitsgebiet des jeweiligen Mitgliedstaates gelten. Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO und die Spezialverweisungen in den Art. 46 ff SE-VO sind nicht anzuwenden, da die Ermächtigungsnormen eine Verweisung beinhalten (siehe 2. Kap. C I 2). Ihnen ist jedoch der Grundsatz zu entnehmen, dass auf die Organisation der SE ergänzend das Recht ihres Sitzstaates anzuwenden ist.

⁶⁹² Ebenso Schwarz ZIP 2001, 1847 (1854); Bungert/ Beier EWS 2002, 1 (3); vgl. Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 130

SE-Verordnung nicht übernommen worden⁶⁹³. Aus Art. 9 Abs. 1 lit. b SE-VO i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. i SE-VO folgt, dass die Wahl des Satzungsgebers unabhängig von einer nationalen Ausführungsregelung ist⁶⁹⁴. Die Gründer können sich frei zwischen den Organisationssystemen entscheiden, auch wenn der nationale Gesetzgeber keine Ausführungsvorschriften nach Art. 39 Abs. 5 und 43 Abs. 4 SE-VO erlassen hat⁶⁹⁵. Ein Vergleich mit dem Vorschlag von 1989 bestätigt diese Auslegung. Die Gründer der SE konnten nach jenem Vorschlag in der Wahl einer Organisationsstruktur unstreitig nicht beschränkt werden, selbst wenn das nationale Aktienrecht ihres Sitzstaates lediglich eines der Systeme vorsah⁶⁹⁶. Dem stand nicht entgegen, dass der Vorschlag den Erlass von Bestimmungen bezüglich des dem nationalen Aktienrecht fremden Systems nicht vorschrieb⁶⁹⁷.

Umstritten ist, ob die Mitgliedstaaten – entgegen der Formulierung in Art. 39 Abs. 5 und 43 Abs. 4 SE-VO – verpflichtet sind, Vorschriften in Bezug auf das fremde Organsystem zu erlassen⁶⁹⁸. Eine solche Pflicht könnte sich aus Art. 68 Abs. 1 SE-VO ergeben, der den Mitgliedstaaten vorschreibt, „alle geeigneten Vorkehrungen“ zu treffen, „um das Wirksamwerden dieser SE-Verordnung zu gewährleisten“. Der Rat und die Kommission haben erklärt, dass eine Verpflichtung aus Art. 68 Abs. 1 SE-VO insbesondere für den Fall besteht, „dass sich ein Mitgliedstaat veranlasst sieht, für die SE spezielle Maßnahmen zur

⁶⁹³ Hommelhoff AG 2001, 279 (282)

⁶⁹⁴ Bungert/ Beier EWS 2002, 1 (3)

⁶⁹⁵ Ebenso Blanquet ZGR 2002, 20 (49); Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 130 und 144; Lutter BB 2002, 1 (4); Thoma/ Leuring NJW 2002, 1449 (1451); Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (554 Fn. 71); Hommelhoff in: Symposium, S. 57 (69); ders. AG 2001, 279 (282); Teichmann ZGR 2002, 383 (442); Bungert/ Beier EWS 2002, 1 (3); wohl auch Blanquet, L'Observateur de Bruxelles, Nr. 41, S. 19; Kleinsorge/ Neye BArbBl 4/ 2002, 5 (7)

⁶⁹⁶ Vgl. Kallmeyer AG 90, 104

⁶⁹⁷ Auch den Art. 39 V und 43 IV SE-VO entsprechende Vorschriften existierten nach diesem Entwurf nicht.

⁶⁹⁸ Eine Verpflichtung lehnen ab: Blanquet ZGR 2002, 20 (49); Hirte NZG 2002, 1 (5, Fn. 51); Hopt EuZW 2002, 1 (5 Fn. 51); Thoma/ Leuring NJW 2002, 1449 (1451); wohl Menjucq Le Dalloz 2001, N° 13, 1085 (1088); Teichmann ZGR 2002, 383 (442); Schulz/ Geismar DStR 2001, 1078 (1082); Schwarz ZIP 2001, 1847 (1854). Ebenso das Europäische Parlament, das fordert, „erlassen ... kann“ in Art. 39 Abs. 5 SE-VO durch „erlässt“ zu ersetzen (Änderungsantrag 13 im Bericht vom 26.06.01 über den Entwurf einer Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), A5-0243/2001). Von einer Verpflichtung gehen aus: Lutter BB 2002, 1 (4); Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (554 Fn. 71); wohl Hommelhoff in: Symposium S. 57 (69); von einem faktischen Zwang spricht Bungert/ Beier EWS 2002, 1 (3). Unklar Hommelhoff (AG 2001, 279), der einerseits von „Regelungsermächtigung“ (S. 282) spricht, andererseits

Anwendung dieser Verordnung zu treffen, weil es in seinem nationalen Recht bestimmte Rechtsstrukturen von Gesellschaften nicht gibt⁶⁹⁹. Voraussetzung für eine Handlungspflicht der Mitgliedstaaten ist, dass das fremde Organisationsmodell ohne Ausführungsvorschriften im Sinne des Art. 39 Abs. 5 bzw. Art. 43 Abs. 4 SE-VO nicht funktionsfähig ist. Andernfalls wäre das Wirksamwerden der Verordnung auch ohne die entsprechenden Vorschriften gewährleistet.

Die SE-Verordnung trifft Regelungen zum dualistischen wie zum monistischen Modell. Allerdings lässt sie viele Fragen offen. Den wichtigen Punkt der Vertretung der SE behandelt sie nicht, ebensowenig die Lösung von Interessenkonflikten oder die Geschäftsordnung. Über die Spezialverweisungen in den Art. 46 ff SE-VO und über Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO kommt insoweit nationales Recht zur Anwendung⁷⁰⁰. Das muss grundsätzlich auch dann gelten, wenn die nationalen Vorschriften auf ein anderes Organisationssystem zugeschnitten sind und vorrangige⁷⁰¹ Ausführungsvorschriften nach Art. 39 Abs. 5 bzw. Art. 43 Abs. 4 SE-VO nicht existieren⁷⁰². Die SE-Verordnung verweist auf das für Aktiengesellschaften geltende Recht, ohne nach dem Organisationsmodell zu unterscheiden. Bezieht sich eine nationale Vorschrift auf das Leitungs- oder Aufsichtsorgan, muss im Einzelfall geprüft werden, ob sich die Norm nach ihrem Sinn und Zweck⁷⁰³ auf das Verwaltungsorgan übertragen lässt, und umgekehrt⁷⁰⁴. Vorschriften, die über eine Verweisung zur Anwendung gelangen, müssen dem veränderten Regelungszusammenhang entsprechend sinngemäß ausgelegt werden⁷⁰⁵. Die hier vertretene Auffassung gewährleistet die vom Verordnungsgeber angestrebte⁷⁰⁶ weitgehende Gleichbehandlung nationaler und europäischer Aktiengesellschaften. Die SE-Verordnung und die subsidiär anzuwendenden nationalen Vorschriften werden regelmäßig alle wesentlichen

davon, dass sich der deutsche Gesetzgeber einer „Regelung nicht entziehen könne“ (S. 284).

⁶⁹⁹ Erklärungen für das Ratsprotokoll (zum geänderten Vorschlag vom 19.12.2000), Ratsdokument 14717/00 ADD 1 vom 19.12.2001

⁷⁰⁰ A.A. Kunz, *Insolvenz*, S. 128 ff

⁷⁰¹ Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. i i.V.m. Ziff. ii SE-VO

⁷⁰² A.A. wohl Teichmann *ZGR* 2002, 383 (442)

⁷⁰³ Im Bereich des harmonisierten Rechts sind die Richtlinien zur Auslegung heranzuziehen.

⁷⁰⁴ Der hier vertretenen Ansicht folgt auch Gutsche (*Europäische Aktiengesellschaft*, S. 163), wenn er die Anwendung des § 120 AktG auf das Verwaltungsorgan einer monistischen SE damit begründet, dass § 120 AktG "für den Vorstand und den Aufsichtsrat einer AG gleichermaßen" gilt und daher auf das Verwaltungsorgan, das "die Kompetenzen von Vorstand und Aufsichtsorgan in sich vereint", übertragbar sei.

⁷⁰⁵ Siehe 2. Kap. C IV 2

Fragen abdecken, so dass die Leitung der SE auch ohne nationales Ausführungsgesetz nach Art. 39 Abs. 5 bzw. 43 Abs. 4 SE-VO funktionsfähig sein wird⁷⁰⁷. Sollte dies ausnahmsweise nicht der Fall sein, verpflichtet Art. 68 Abs. 1 SE-VO i.V.m. Art. 39 Abs. 5 bzw. 43 Abs. 4 SE-VO den nationalen Gesetzgeber, entsprechende Ausführungsbestimmungen zu erlassen.

Eine ausführliche Regelung des Organisationsmodells in der Satzung kann nationale Ausführungsbestimmungen nicht ersetzen. Satzungsfreiheit besteht nur in dem von Art. 9 Abs. 1 lit. b und lit. c Ziff. iii SE-VO abgesteckten Rahmen⁷⁰⁸. Insbesondere in Ländern, in denen – wie in Deutschland – der Grundsatz der Satzungsstrenge gilt, kann das Organisationsmodell nicht weitgehend durch die Satzung geregelt werden⁷⁰⁹.

Den nationalen Gesetzgebern ist zu empfehlen, von der Ermächtigung in Art. 39 Abs. 5 bzw. Art. 43 Abs. 4 SE-VO Gebrauch zu machen⁷¹⁰. Sie verhindern damit Auslegungsschwierigkeiten bei der Übertragung der aktienrechtlichen Vorschriften auf das fremde System, erleichtern die Unternehmensleitung⁷¹¹ und sorgen für Rechtssicherheit⁷¹².

cc) Form

Die SE-Verordnung schreibt keine bestimmte Form der Satzung vor. Als Bestandteil des Verschmelzungsplans unterliegt die Satzung den für diesen geltenden Form-⁷¹³ und Bekanntmachungsvorschriften⁷¹⁴. Daneben sind die Anforderungen, die das nationale Aktienrecht an die Form der Satzung stellt, zu erfüllen. Maßgeblich sind gemäß Art. 15 Abs. 1 SE-VO die Vorschriften des künftigen Sitzstaates der SE⁷¹⁵, da die Satzung der Sphäre der SE zuzurechnen ist⁷¹⁶. Die Satzung regelt die Rechte und Pflichten der Aktionäre der SE, die

⁷⁰⁶ Art. 10 SE-VO und vierzehnter Erwägungsgrund

⁷⁰⁷ Im Ergebnis ebenso Teichmann ZGR 2002, 383 (442), der allerdings die Vorschriften des anderen Organisationsmodells nicht überträgt, sondern nur die Vorschriften der SE-Verordnung anwendet.

⁷⁰⁸ Siehe 5. Kap. B I 5 h bb (2).

⁷⁰⁹ Teichmann ZGR 2002, 383 (442) schließt eine Ausgestaltung des Organisationsmodells durch die Satzung völlig aus.

⁷¹⁰ Ebenso Teichmann ZGR 2002, 383 (442); Hopt EuZW 2002, 1 (5); Hirte NZG 2002, 1 (5)

⁷¹¹ Ebenso Teichmann ZGR 2002, 383 (442)

⁷¹² Ebenso Teichmann ZGR 2002, 383 (442)

⁷¹³ Siehe 5. Kap. B I 3

⁷¹⁴ Siehe 5. Kap. B II

⁷¹⁵ Ebenso ohne Begründung Bungert/ Beier EWS 2002, 1 (2). Kersting DB 2001, 2079 (2080) lässt offen, ob nationales Recht über Art. 15 Abs. 1 SE-VO oder über Art. 18 SE-VO zur Anwendung kommt.

⁷¹⁶ Siehe auch 5. Kap. B I 5 h bb (1)

Organisation und das Kapital der SE und berührt damit die Interessen der Aktionäre und der Gläubiger der SE. Die Formvorschriften dienen in erster Linie der Rechtssicherheit⁷¹⁷ und der materiellen Richtigkeitsgewähr zum Schutz dieser Personen. Gleichzeitig sollen sie die Gründer der Gesellschaft, d.h. in unserem Fall die Gründungsgesellschaften, warnen⁷¹⁸. Deshalb sind gemäß Art. 18 SE-VO zusätzlich die Formvorschriften der Mitgliedstaaten zu beachten, deren Recht die Gründungsgesellschaften unterliegen.

Aus der Pflicht zur Offenlegung der Satzung nach Art. 2 Abs. 1 lit. a Publizitätsrichtlinie folgt die Notwendigkeit der Schriftform⁷¹⁹. Art. 10 Publizitätsrichtlinie ordnet an, dass die Satzung öffentlich beurkundet werden muss, wenn das betreffende nationale Recht keine vorbeugende Verwaltungs- oder gerichtliche Kontrolle der Gesellschaftsgründung vorschreibt⁷²⁰. Strengere Formvorschriften der Mitgliedstaaten sind zulässig.

i) Verfahren zur Festlegung der Arbeitnehmerbeteiligung (Art. 20 Abs. 1 lit. i SE-VO)

Das Verfahren, nach dem die Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer geschlossen wird, ist in den nationalen Umsetzungsvorschriften zur Arbeitnehmerrichtlinie geregelt. Aufgabe des Verschmelzungsplans ist es nicht, jene Vorschriften wiederzugeben. Es genügt eine kurze Darstellung, wie das Verfahren im konkreten Fall geplant ist. Der Verschmelzungsplan sollte insbesondere Auskunft darüber geben, wer von Seiten der Gründungsgesellschaften die Verhandlungen führen wird⁷²¹ und wie die Mitglieder des besonderen Verhandlungsgremiums der Arbeitnehmer gewählt oder bestellt werden⁷²².

⁷¹⁷ Ebenso Hüffer, AktG, § 23 Rn. 1 zur notariellen Beurkundung der Satzung nach deutschem Recht

⁷¹⁸ Ebenso Hüffer, AktG, § 23 Rn. 1 zur notariellen Beurkundung der Satzung nach deutschem Recht

⁷¹⁹ Kersting DB 2001, 2079 (2080)

⁷²⁰ Kersting DB 2001, 2079 (2080) hält eine öffentliche Beurkundung der Satzung nicht für erforderlich, weil Art. 25 f SE-VO eine Kontrolle der Gründung vorschreibt. Art. 10 Publizitätsrichtlinie findet auf die Satzung der SE jedoch nicht direkt Anwendung (ebenso Bungert/ Beier EWS 2002, 1 (2, Fn. 18)). Maßgeblich sind gemäß Art. 15 Abs. 1 bzw. Art. 18 SE-VO die Formvorschriften der Mitgliedstaaten. Daher ist darauf abzustellen, ob jene eine Gründungskontrolle vorschreiben.

⁷²¹ „Das jeweils zuständige Organ“ der beteiligten Gesellschaften im Sinne des Art. 3 Abs. 3 AN-RL.

⁷²² Siehe die nationalen Umsetzungsvorschriften zu Art. 3 Abs. 2 lit. b AN-RL.

II. Bekanntmachung des Verschmelzungsvorhabens

1. Inhalt

Art. 21 SE-VO ordnet an, dass für jede Gründungsgesellschaft bestimmte Angaben im Amtsblatt des Mitgliedstaates, dessen Recht sie unterliegt, bekannt zu machen sind. Die Bekanntmachung soll die Gläubiger und die Aktionäre⁷²³, insbesondere die Minderheitsaktionäre, der Gründungsgesellschaften über das Verschmelzungsvorhaben und ihre Rechte⁷²⁴ im Verschmelzungsverfahren informieren⁷²⁵. Während Art. 15 Abs. 2 SE-VO und Art. 28 SE-VO erst nach Vollzug der Verschmelzung greifen, gewährleistet Art. 21 SE-VO die Information der Betroffenen und der Öffentlichkeit im Vorfeld der Verschmelzung.

Die Liste der Mindestangaben in Art. 21 SE-VO ist nicht abschließend. Die Norm behält dem Mitgliedstaat, dessen Recht die Gründungsgesellschaft unterliegt, „weitere Auflagen“ vor, d.h. erlaubt ihm, weitergehende inhaltliche Anforderungen zu stellen. Art. 21 SE-VO ermächtigt den Mitgliedstaat, spezielle Regelungen für die SE erlassen⁷²⁶. Daneben sind die für Aktiengesellschaften geltenden Vorschriften des nationalen Verschmelzungsrechts anzuwenden. Es ist davon auszugehen, dass der Europäische Gesetzgeber den Aktionären bei der Verschmelzung zu einer SE nicht weniger Informationen zukommen lassen will als bei einer nationalen Verschmelzung. Gemäß Art. 6 Verschmelzungsrichtlinie⁷²⁷ ist bei nationalen Verschmelzungen der Verschmelzungsplan bekannt zu machen. Art. 19 Abs. 1 SE-VOV 1991 ordnete dies auch für die Verschmelzung zu einer SE an. Er wurde wohl deshalb nicht in die SE-Verordnung übernommen, weil er durch die Verweisung auf das nationale Verschmelzungsrecht überflüssig geworden ist. Dafür sprechen Art. 32 Abs. 3 SE-VO und Art. 37 Abs. 5 SE-VO, die – mangels harmonisierter nationaler Vorschriften – die Offenlegung des Gründungs- bzw. Umwandlungsplans anordnen. Es kann dahingestellt bleiben, ob die nationalen Vorschriften über Art. 18 SE-VO zur Anwendung kommen oder ob dem Vorbehalt „weiterer Auflagen“ eine Verweisung auf das für Aktiengesellschaften geltende Verschmelzungsrecht zu entnehmen ist. In beiden Fällen ist das Recht, dem die jeweilige Gründungsgesellschaft unterliegt, ergänzend

⁷²³ Begründung zum Entwurf des Verschmelzungsrichtlinie-Gesetzes vom 23.11.81, BT-Drucks. 9/1065 S. 14

⁷²⁴ Näher zu den Rechten der Gläubiger und Minderheitsaktionäre siehe 5. Kap. E

⁷²⁵ Teichmann ZGR 2002, 383 (422)

⁷²⁶ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (553 Fn. 70); so wohl auch Teichmann ZGR 2002, 383 (422)

⁷²⁷ Bei einer Verschmelzung durch Neugründung ist diese Vorschrift in Verbindung mit Art. 23 Verschmelzungsrichtlinie anzuwenden.

anzuwenden. Art. 15 Abs. 1 SE-VO ist nicht einschlägig, weil die Vorabinformation allein die Gläubiger und Aktionäre der Gründungsgesellschaften schützt⁷²⁸.

2. Verfahren

Die Bekanntmachung erfolgt gemäß Art. 21 SE-VO im Amtsblatt des Mitgliedstaates, dessen Recht die jeweilige Gründungsgesellschaft unterliegt. Die SE-Verordnung regelt das Verfahren der Bekanntmachung nicht, so dass auf nationales Recht zurückzugreifen ist. Nach dem Schutzzweck⁷²⁹ der Bekanntmachung kommt über Art. 18 SE-VO das Recht, dem die jeweilige Gründungsgesellschaft unterliegt, zur Anwendung. Der Vorbehalt „weiterer Auflagen“ in Art. 21 SE-VO verweist nicht auf formelle Vorschriften, sondern bezieht sich lediglich auf inhaltliche Anforderungen⁷³⁰. Die SE-Verordnung schreibt Ort und Inhalt der Bekanntmachung vor und enthält sich jeglicher verfahrensrechtlicher Anordnungen. Von „weiteren Auflagen“ im Sinne von formellen Regelungen kann daher nicht gesprochen werden. Art. 18 SE-VO verweist auf dasselbe Recht wie die Ermächtigung in Art. 21 SE-VO. Das Verfahren richtet sich somit nach den Vorschriften, die auch für sonstige Bekanntmachungen im betreffenden Mitgliedstaat gelten.

Die Publizitätsrichtlinie hat das Bekanntmachungsverfahren in den Mitgliedstaaten angeglichen. Nach Art. 3 Abs. 4 Publizitätsrichtlinie erfolgt die Bekanntmachung im Amtsblatt in Form einer vollständigen oder auszugsweisen Wiedergabe oder in Form eines Hinweises auf die Hinterlegung des Dokuments in der Akte.

3. Zeitpunkt

Art. 21 SE-VO schreibt den Zeitpunkt der Bekanntmachung nicht ausdrücklich vor. Um ihren Zweck⁷³¹ erfüllen zu können, muss die Bekanntmachung so rechtzeitig erfolgen, dass Minderheitsaktionäre und Gläubiger sich in Kenntnis ihrer Rechte für ein bestimmtes Vorgehen im Verschmelzungsverfahren entscheiden können. Ein Verweis auf bestehende nationale Vorschriften würde dies nicht garantieren. Lediglich hinsichtlich des Verschmelzungsplans schreiben die nationalen Vorschriften in Umsetzung des Art. 6 Verschmelzungsrichtlinie vor, dass die Offenlegung mindestens einen Monat vor dem Tage der Hauptversammlung, die über den Verschmelzungsplan zu beschließen hat, erfolgen muss. Mangels Vorgabe in der Verschmelzungsrichtlinie sind die

⁷²⁸ Vgl. Rieger in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 61 UmwG Rn. 1 zum Schutzzweck des § 61 UmwG, mit dem Art. 6 Verschmelzungsrichtlinie ins deutsche Recht umgesetzt wurde.

⁷²⁹ Siehe 5. Kap. B II 1

⁷³⁰ Unklar Teichmann ZGR 2002, 383 (422)

⁷³¹ Siehe 5. Kap. B II 1

Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, die Bekanntmachung der in Art. 21 SE-VO genannten Angaben innerhalb einer bestimmten Frist vorzuschreiben.

Gewisse zeitliche Vorgaben können der SE-Verordnung im Wege der Auslegung entnommen werden. Die Information der Minderheitsaktionäre nach Art. 21 lit. d SE-VO dient im weiteren Sinne der Vorbereitung der Hauptversammlung, die über die Verschmelzung beschließt⁷³². Die betroffenen Aktionäre müssen für ihre Entscheidung über die Verschmelzung wissen, welche Rechte ihnen im Fall eines Widerspruchs zustehen. Die Bekanntmachung nach Art. 21 lit. d SE-VO muss so rechtzeitig vor der entscheidenden Hauptversammlungen erfolgen, dass die Aktionäre nähere Auskünfte unter der angegebenen Anschrift⁷³³ einholen können und ihnen eine zumindest kurze Bedenkzeit bleibt. Eine Bekanntmachung vor Erstellung des Verschmelzungsplans ist hingegen nicht notwendig⁷³⁴, da erst zu diesem Zeitpunkt das Verschmelzungsvorhaben hinreichend konkret ist. Davon ist wohl auch der Ordnungsgeber ausgegangen, wie sich aus der systematischen Stellung des Art. 21 SE-VO nach der Vorschrift über die Erstellung des Verschmelzungsplans ersehen lässt⁷³⁵.

Art. 19 SE-VOV 1991 ordnete an, dass die in Art. 21 lit. a, b, c und e SE-VO genannten Angaben mit dem Verschmelzungsplan bekannt zu machen sind. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber mit der Streichung des Art. 19 Abs. 1 SE-VOV 1991 daran etwas ändern wollte. Die in Art. 21 SE-VO genannten Angaben sollten daher mit dem Verschmelzungsplan, d.h. mindestens einen Monat vor dem Zusammentreten der Hauptversammlung, die über den Verschmelzungsplan beschließt⁷³⁶, bekannt gemacht werden.

Dem nationalen Gesetzgeber ist es nicht verwehrt, im Ausführungsgesetz zur SE-Verordnung den Zeitpunkt der Bekanntmachung nach Art. 21 SE-VO klar zu stellen oder strengere Anforderungen zu stellen, solange er die genannten Vorgaben der Verordnung beachtet⁷³⁷.

⁷³² Teichmann ZGR 2002, 383 (422); Begründung zum Entwurf des Verschmelzungsrichtlinie-Gesetzes vom 23.11.81, BT-Drucks. 9/1065 S. 14

⁷³³ Siehe Art. 21 lit. d SE-VO

⁷³⁴ Ebenso Teichmann ZGR 2002, 383 (422)

⁷³⁵ Teichmann ZGR 2002, 383 (422)

⁷³⁶ Art. 6 Verschmelzungsrichtlinie

⁷³⁷ Teichmann ZGR 2002, 383 (422) spricht sich für eine entsprechende Vorschrift im deutschen Ausführungsgesetz aus.

III. Der Verschmelzungsbericht

Einen Verschmelzungsbericht der Verwaltungs- oder Leitungsorgane der Gründungsgesellschaften schreibt die SE-Verordnung nicht vor⁷³⁸. Art. 20 SE-VOV 1989 und 1991 entsprachen inhaltlich dem Art. 9 Verschmelzungsrichtlinie und sind durch die Verweisung auf das Recht der Gründungsgesellschaften in Art. 18 SE-VO überflüssig geworden. Aus Art. 31 Abs. 2 SE-VO⁷³⁹, der den Verschmelzungsbericht ausnahmsweise für entbehrlich erklärt, lässt sich schließen, dass die SE-Verordnung davon ausgeht, dass grundsätzlich ein Verschmelzungsbericht erstellt werden muss.

Art. 9 Verschmelzungsrichtlinie⁷⁴⁰ schreibt vor, dass das Verwaltungs- oder Leitungsorgan jeder Gründungsgesellschaft einen ausführlichen schriftlichen Bericht erstellt. In diesem Bericht ist der Verschmelzungsplan und insbesondere das Umtauschverhältnis der Aktien rechtlich und wirtschaftlich zu erläutern und zu begründen. Außerdem ist auf besondere Schwierigkeiten bei der Bewertung, soweit solche aufgetreten sind, hinzuweisen.

Der Verschmelzungsbericht richtet sich an die Aktionäre der Gründungsgesellschaften⁷⁴¹ und bereitet mit umfassenden Informationen den Beschluss der Hauptversammlung über den Verschmelzungsplan vor⁷⁴². Der Verschmelzungsplan genügt nicht, um die Aktionäre über die Verschmelzung ausreichend zu informieren⁷⁴³. Er schreibt nur das Ergebnis der Verhandlungen fest⁷⁴⁴. Deshalb ist ein Verschmelzungsbericht erforderlich, in dem der Verschmelzungsplan erläutert und begründet wird. Da der Verschmelzungsplan für die Aktionäre bestimmt ist, liegt sein Schwerpunkt auf der Frage, wie sich die Rechtsstellung

⁷³⁸ Anders ihre Vorschläge, siehe Art. 20 SE-VOV 1991, Art. 20 SE-VOV 1989, Art. 23 a SE-VOV 1975

⁷³⁹ Siehe 5. Kap. C II 2

⁷⁴⁰ Bei einer Verschmelzung durch Neugründung ist diese Vorschrift in Verbindung mit Art. 23 Verschmelzungsrichtlinie anzuwenden.

⁷⁴¹ Deren Einsichtsrecht folgt aus den nationalen Umsetzungsvorschriften zu Art. 11 Abs. 1 lit. d Verschmelzungsrichtlinie i.V.m. Art. 18 SE-VO, siehe 5. Kap. B V 1

⁷⁴² So zur Verschmelzungsrichtlinie: Hommelhoff/ Riesenhuber in: Grundmann, Systembildung, S. 259 (273); Priester NJW 1983, 1459 (1461). Zum Verschmelzungsbericht nach deutschem Recht: Bermel in: Goutier/ Knopf/ Tulloch, Umwandlungsrecht, § 8 UmwG Rn. 2; Müller in: Kallmeyer, UmwG, § 8 Rn.1; Mayer in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 8 UmwG Rn. 9.

⁷⁴³ Begründung zum Entwurf des Verschmelzungsrichtlinie-Gesetzes vom 23.11.81, BT-Drucks. 9/1065 S. 15 zur Verschmelzungsrichtlinie; Sonnenberger AG 1971, 76 (78) zum Vorschlag einer Verschmelzungsrichtlinie; Stratz in: Schmitt/ Hörtnagl, UmwG/ UmwStG, § 8 UmwG Rn. 4 zum deutschen Verschmelzungsrecht

⁷⁴⁴ Stratz in: Schmitt/ Hörtnagl/ Stratz, UmwG/ UmwStG, § 8 UmwG Rn. 4

der Aktionäre infolge der Verschmelzung verändert⁷⁴⁵. Der Verschmelzungsbericht dient ferner den Sachverständigen als eine der Grundlagen ihrer Prüfung⁷⁴⁶.

Der Verschmelzungsbericht ist demnach der Sphäre der Gründungsgesellschaften zuzurechnen, so dass über Art. 18 SE-VO das Recht, dem die jeweilige Gründungsgesellschaft unterliegt, zur Anwendung kommt⁷⁴⁷. Erstellen die Gründungsgesellschaften einen gemeinsamen Verschmelzungsbericht⁷⁴⁸, sind die gemäß Art. 18 SE-VO maßgeblichen Vorschriften kumulativ anzuwenden. Schwierigkeiten und Auslegungsprobleme⁷⁴⁹, die durch im Detail unterschiedliche oder gegensätzliche nationale Vorschriften entstehen, können durch getrennte Berichte - die in allen Mitgliedstaaten zulässig sind - verhindert werden.

IV. Die Prüfung durch Sachverständige

1. Das anwendbare Recht

Bei einer nationalen Verschmelzung prüfen gemäß Art. 10 Verschmelzungsrichtlinie⁷⁵⁰ Sachverständige den Verschmelzungsplan für jede der Gründungsgesellschaften und erstellen einen schriftlichen Bericht für die Aktionäre. Die SE-Verordnung ordnet eine solche Prüfung nicht ausdrücklich an⁷⁵¹. Aus Art. 22 SE-VO und Art. 31 Abs. 2 SE-VO geht hervor, dass eine Verschmelzungsprüfung nach harmonisiertem, nationalem Verschmelzungsrecht stattfinden soll.

Die Prüfung durch Sachverständige ist neben Verschmelzungsplan und Verschmelzungsbericht ein weiterer Bestandteil des Informationssystems, das die Aktionäre der Gründungsgesellschaften schützen soll⁷⁵². Zentraler Prüfungsgegenstand ist

⁷⁴⁵ Ebenso zum Verschmelzungsbericht nach deutschem Recht: Lutter in: Lutter, UmwG, § 8 Rn. 5

⁷⁴⁶ Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 48. Ebenso zum deutschen Verschmelzungsrecht: Bernel in: Goutier/ Knopf/ Tulloch, Umwandlungsrecht, § 8 UmwG Rn. 2; Mayer in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 8 UmwG Rn. 10; Stratz in: Schmitt/ Hörtnagl/ Stratz, UmwG/ UmwStG, § 8 UmwG Rn. 1

⁷⁴⁷ Im Ergebnis ebenso Teichmann ZGR 2002, 383 (423); Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (555)

⁷⁴⁸ Ein gemeinsamer Verschmelzungsbericht muss dazu nach jedem Recht, dem eine oder mehrere der Gründungsgesellschaften unterliegen, zulässig sein.

⁷⁴⁹ Vgl. Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (555)

⁷⁵⁰ Bei einer Verschmelzung durch Neugründung ist diese Vorschrift in Verbindung mit Art. 23 Verschmelzungsrichtlinie anzuwenden.

⁷⁵¹ Anders noch Art. 21 SE-VOV 1991; Art. 21 SE-VOV 1989; Art. 23 SE-VOV 1975

⁷⁵² Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 197; Begründung zum Entwurf des Verschmelzungsrichtlinie-Gesetzes vom 23.11.81, BT-Drucks. 9/1065 S. 15; Hommelhoff/ Riesenhuber in: Grundmann, Systembildung, S. 259 (273); zum deutschen Verschmelzungsrecht: Stratz in: Schmitt/ Hörtnagl/ Stratz, UmwG/ UmwStG, § 9 UmwG Rn. 1, Müller in: Kallmeyer, UmwG, § 9 Rn. 2, Mayer in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 9 UmwG Rn. 15 f. Die Schutzrichtung kommt in der Berichtspflicht gegenüber den Aktionären nach Art. 10 Abs. 1 S. 1

die Frage, ob das Umtauschverhältnis angemessen ermittelt wurde⁷⁵³. Benachteiligungen durch unzutreffende Quoten sollen vorbeugend⁷⁵⁴ verhindert werden. Die Aktionäre sollen in Kenntnis der vermögensrechtlichen Auswirkungen über den Verschmelzungsplan beschließen können. Die Prüfung durch unabhängige Sachverständige gewährleistet, dass der Verschmelzungsplan auch dort richtig und angemessen ist, wo die Gesellschaftsorgane den Aktionären aus Vertraulichkeitsinteressen Informationen vorenthalten dürfen⁷⁵⁵.

Die Sachverständigenprüfung ist damit der Sphäre der Gründungsgesellschaften zuzurechnen. Gemäß Art. 18 SE-VO ist die Prüfung nach den Vorschriften des Mitgliedsstaates, dessen Recht die Gründungsgesellschaft unterliegt, durchzuführen. Zu beachten ist Art. 22 SE-VO, der für die Verschmelzung zu einer SE zwei vorrangige Sonderregelungen trifft. Zum einen erlaubt er eine gemeinsame Prüfung und einen einheitlichen Bericht für beide Gründungsgesellschaften. Art. 11 Abs. 1 S. 2 Verschmelzungsrichtlinie⁷⁵⁶ hat den Mitgliedstaaten insoweit eine Option eingeräumt. Da sich die Methoden der Unternehmensbewertung von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterscheiden können, ist bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung zu einer SE die Möglichkeit eines gemeinsamen Berichts von größerer Bedeutung⁷⁵⁷. Zum anderen gewährt Art. 22 Unterabs. 2 SE-VO den Prüfern ein Auskunfts- und Einsichtsrecht gegenüber allen Gründungsgesellschaften.

Bei einer gemeinsamen Prüfung gelten die mitgliedstaatlichen Vorschriften, denen die Gründungsgesellschaften unterliegen, kumulativ, so dass die strengste Vorschrift maßgeblich ist. Widersprechen sich die Vorschriften im Einzelnen, müssen getrennte Prüfungen durchgeführt werden.

2. Die Prüfer

Soll für jede Gründungsgesellschaft getrennt geprüft werden, müssen die Sachverständigen gemäß Art. 10 Abs. 1 Verschmelzungsrichtlinie durch ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde bestellt oder zugelassen sein. Das Verwaltungs- bzw. Leitungsorgan der jeweiligen Gründungsgesellschaft kann somit einen oder mehrere

Verschmelzungsrichtlinie und dem Einsichtsrecht der Aktionäre nach Art. 11 Abs. 1 e Verschmelzungsrichtlinie zum Ausdruck.

⁷⁵³ Art. 10 Abs. 2 S. 1 Verschmelzungsrichtlinie

⁷⁵⁴ Eine nachträgliche Kontrolle des Umtauschverhältnisses ist nur in den Grenzen des Art. 25 Abs. 3 SE-VO zulässig.

⁷⁵⁵ Ebenso zur Prüfung nach deutschem Verschmelzungsrecht: Müller in: Kallmeyer, UmwG, § 9 Rn. 2

⁷⁵⁶ Bei einer Verschmelzung durch Neugründung ist diese Vorschrift in Verbindung mit Art. 23 Verschmelzungsrichtlinie anzuwenden.

⁷⁵⁷ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 139 Fn. 184

staatlich zugelassene Prüfer bestellen oder durch ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde bestellen lassen.

Entscheiden sich die Gründungsgesellschaften für eine gemeinsame Prüfung des Verschmelzungsplans, muss ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde den Sachverständigen bestellen. Im Gegensatz zu Art. 21 Abs. 4 SE-VOV 1991 und Art. 10 Abs. 1 Verschmelzungsrichtlinie lässt Art. 22 Unterabs. 1 SE-VO die behördliche oder gerichtliche Zulassung des Sachverständigen nicht genügen, so dass die Gründungsgesellschaften den Sachverständigen nicht selbst bestellen können.

Die Leitungs- bzw. Verwaltungsorgane der Gründungsgesellschaften müssen die einheitliche Prüfung gemeinsam beantragen. Der Antrag ist bei einem Gericht oder eine Verwaltungsbehörde eines Mitgliedstaates, dessen Recht eine der Gründungsgesellschaften oder die künftige SE unterliegt, zu stellen.

Die Sachverständigen müssen unabhängig sein, d.h. sie dürfen weder unmittelbar noch mittelbar als Anteilseigner, Organe, Organmitglieder, Arbeitnehmer usw. mit den Gesellschaften verbunden sein⁷⁵⁸. Die Formulierung in Art. 22 Unterabs. 1 SE-VO „Als Alternative zur Heranziehung von Sachverständigen, die für Rechnung jeder der sich verschmelzenden Gesellschaften tätig sind...“ steht dem nicht entgegen⁷⁵⁹. Dadurch wird der Prüfung durch gemeinsame Sachverständige die getrennte Prüfung für jede Gründungsgesellschaft gegenüber gestellt, nicht aber das nach Art. 10 Abs. 1 S. 1 Verschmelzungsrichtlinie geltende Erfordernis der Unabhängigkeit aufgehoben⁷⁶⁰. Der Schutz der Aktionäre erfordert die Unabhängigkeit der Prüfer bei der getrennten Prüfung wie bei der gemeinsamen, bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung zu einer SE wie bei der nationalen Verschmelzung. Ein Blick auf die Vorschriften über die Gründung einer Holding-SE bestätigt dies⁷⁶¹. Art. 32 Abs. 4 SE-VO schreibt vor, dass die getrennte und die gemeinsame Prüfung von unabhängigen Sachverständigen durchgeführt werden⁷⁶².

Die Anforderungen an die Person des oder der Sachverständigen ergeben sich im Übrigen gemäß Art. 18 SE-VO aus dem Verschmelzungsrecht, dem die jeweilige Gründungsgesellschaft unterliegt. Haben sich die Gründungsgesellschaften für eine

⁷⁵⁸ So die nationalen Umsetzungsvorschriften zu Art. 10 Abs. 1 Verschmelzungsrichtlinie i.V.m. Art. 18 SE-VO, vgl. § 11 Abs. 1 S. 1 UmwG i.V.m. § 319 Abs. 2 HGB

⁷⁵⁹ Teichmann ZGR 2002, 383 (423f); a.A. Schwarz ZIP 2001, 1847 (1851)

⁷⁶⁰ Teichmann ZGR 2002, 383 (423)

⁷⁶¹ Teichmann ZGR 2002, 383 (424)

⁷⁶² Vgl. auch Art. 37 Abs. 4 SE-VO, der bei der Umwandlung ebenfalls Unabhängigkeit der Sachverständigen verlangt.

gemeinsame Prüfung entschieden, muss der Sachverständige oder müssen die Sachverständigen die Voraussetzungen jeder dieser Rechtsordnungen erfüllen.

3. Umfang der Prüfung

Gegenstand der Prüfung ist gemäß Art. 10 Verschmelzungsrichtlinie der Verschmelzungsplan. Die Sachverständigen prüfen, ob der Verschmelzungsplan die in Art. 20 Abs. 1 SE-VO vorgeschriebenen Angaben enthält und ob diese inhaltlich richtig sind⁷⁶³. Die Sachverständigen beurteilen den Verschmelzungsplan anhand des Verschmelzungsberichts und der Auskünfte, die ihnen die Gründungsgesellschaften gemäß Art. 22 Unterabs. 2 SE-VO gewähren müssen. Der Verschmelzungsbericht ist aber nicht Gegenstand der Prüfung⁷⁶⁴.

Da die Prüfung dem Schutz der Aktionäre dient, steht in ihrem Mittelpunkt das Umtauschverhältnis, das im Verschmelzungsplan angegeben wurde. Gemäß Art. 10 Abs. 2 Verschmelzungsrichtlinie müssen die Sachverständigen im Prüfungsbericht erklären, ob das Umtauschverhältnis ihrer Ansicht nach angemessen ist⁷⁶⁵. Sie haben dabei anzugeben, nach welcher Methode oder welchen Methoden das vorgeschlagene Umtauschverhältnis bestimmt worden ist, ob die Methoden im konkreten Fall angemessen sind, d.h. den Grundsätzen ordnungsgemäßer Unternehmensbewertung entsprechen⁷⁶⁶, und welche Werte sich bei jeder dieser Methoden ergeben⁷⁶⁷. Die Sachverständigen müssen im Bericht dazu Stellung nehmen, welche „relative Bedeutung“ den Methoden bei der Bestimmung des zugrunde gelegten Unternehmenswertes beigemessen wurde⁷⁶⁸. Schließlich müssen die Sachverständigen in ihrem Bericht auf besondere Schwierigkeiten bei der Bewertung, soweit solche aufgetreten sind, hinweisen⁷⁶⁹. Gelangen die Sachverständigen zu dem Ergebnis, dass das Umtauschverhältnis unangemessen ist, hat dies nur mittelbar Konsequenzen⁷⁷⁰. Die benachteiligten Aktionäre werden aufgrund des Prüfungsberichts ihre Zustimmung zum Verschmelzungsplan in der Hauptversammlung verweigern und – wenn die Mehrheit der Hauptversammlung dem Verschmelzungsplan

⁷⁶³ Vgl. Ganske DB 1981, 1551 (1553) zu Art. 10 Verschmelzungsrichtlinie; Priester NJW 1983, 1459 (1462) zur Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie in deutsches Recht

⁷⁶⁴ Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 48. Ebenso zum deutschen Verschmelzungsrecht: Stratz in: Schmitt/ Hörtnagl/ Stratz, UmwG/UmwStG, § 9 UmwG Rn. 1

⁷⁶⁵ Zur Bestimmung des Umtauschverhältnisses und zum Begriff der Angemessenheit siehe 3. Kap. B II 1. Siehe dazu Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 48

⁷⁶⁶ Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 48; Priester NJW 1983, 1459 (1462)

⁷⁶⁷ Art. 10 Abs. 2 Unterabs. 1 lit. a und b SE-VO

⁷⁶⁸ Art. 10 Abs. 2 Unterabs. 1 lit. b HS. 2 SE-VO

⁷⁶⁹ Art. 10 Abs. 2 Unterabs. 2 SE-VO

⁷⁷⁰ Ebenso zum Bericht der Sachverständigen nach deutschem Verschmelzungsrecht: Zimmermann in: Kallmeyer, UmwG, § 12 Rn. 15; Mayer in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 12 UmwG Rn. 31

zustimmt – soweit möglich ein Verfahren zur Kontrolle des Umtauschverhältnisses nach Art. 25 Abs. 3 SE-VO anstrengen.

Die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit der Verschmelzung ist nicht Gegenstand der Prüfung⁷⁷¹. Sie muss von den Aktionären anhand der Informationen, die ihnen zur Verfügung gestellt werden, beurteilt werden⁷⁷².

4. Prüfungsbericht

Die Sachverständigen erstellen einen schriftlichen Bericht für die Aktionäre⁷⁷³. Haben gemeinsame Sachverständige für alle Gründungsgesellschaften den Verschmelzungsplan geprüft, ist das Prüfungsergebnis gemäß Art. 22 Unterabs. 1 SE-VO in einem einheitlichen Bericht für alle Aktionäre darzustellen. Wurden getrennte Prüfungen durchgeführt, fertigen die Sachverständigen einen Bericht für die Aktionäre der Gesellschaft, für die sie geprüft haben. Das Schriftformerfordernis gilt auch für den einheitlichen Bericht nach Art. 22 Unterabs. 1 SE-VO. Der Ordnungsgeber hat mit Art. 22 Unterabs. 1 SE-VO den mitgliedstaatlichen Vorbehalt des Art 10 Abs. 1 S. 2 SE-VO aufgehoben, ohne den einheitlichen Bericht abschließend zu regeln. Auf den Inhalt und die Form des einheitlichen Berichts findet gemäß Art. 18 SE-VO nationales Recht Anwendung.

In welcher Sprache der Bericht abzufassen ist, bestimmt sich mangels Regelung in der SE-Verordnung gemäß Art. 18 SE-VO nach dem Recht, dem die jeweilige Gründungsgesellschaft unterliegt. Unabhängig von einer gesetzlichen Verpflichtung sollte ein einheitlicher Bericht in die verschiedenen Sprachen der Mitgliedstaaten, deren Recht die Gründungsgesellschaften unterliegen, übersetzt werden⁷⁷⁴. Nur so ist gewährleistet, dass die Prüfung ihren Zweck erfüllt und die Aktionäre aller Gründungsgesellschaften die Informationen erhalten, die sie für die Abstimmung über den Verschmelzungsplan benötigen.

5. Auskunfts- und Einsichtsrecht

Gemäß Art. 22 Unterabs. 2 SE-VO haben die Sachverständigen ein umfassendes Auskunftsrecht gegenüber allen Gründungsgesellschaften, also auch solchen, für die sie nicht bestellt wurden. Die Sachverständigen sind auf diese Informationen angewiesen, um

⁷⁷¹ Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 48. Zur Verschmelzungsrichtlinie: Priester NJW 1983, 1459 (1462); Ganske DB 1981, 1551 (1553); Begründung zum Entwurf des Verschmelzungsrichtlinie-Gesetzes vom 23.11.81, BT-Drucks. 9/1065 S. 16.

⁷⁷² Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 48; Priester NJW 1983, 1459 (1462) zur Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie in deutsches Recht

⁷⁷³ nationale Umsetzungsvorschriften zu Art. 10 Abs. 1 S. 1 Verschmelzungsrichtlinie i.V.m. Art. 18 SE-VO

⁷⁷⁴ Sagasser/ Swienty DStR 1991, 1222 (1223)

die dem Umtauschverhältnis zugrunde liegende Bewertung der anderen Gründungsgesellschaften prüfen zu können⁷⁷⁵.

Art. 22 Unterabs. 2 SE-VO gewährt den Sachverständigen „das Recht, ...alle Auskünfte zu verlangen, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgabe für erforderlich halten“ und nicht wie Art. 10 Abs. 3 Verschmelzungsrichtlinie und Art. 21 Abs. 3 SE-VOV 1991 „das Recht, ... alle zweckdienlichen Auskünfte und Unterlagen zu erhalten und alle erforderlichen Nachprüfungen vorzunehmen“. Fraglich ist, ob mit der veränderten Formulierung die Rechte der Sachverständigen eingeschränkt wurden. Aus der Beschränkung auf „Auskünfte“⁷⁷⁶ könnte man schließen, dass die Sachverständigen nun kein Recht mehr haben, Unterlagen einzusehen und Nachprüfungen vorzunehmen. Dafür würde sprechen, dass das Recht, Unterlagen zu erhalten, in der Verschmelzungsrichtlinie und im Vorschlag von 1991 neben dem Recht auf Auskünfte steht. Dagegen spricht jedoch, dass ohne das Recht, Unterlagen einzusehen und Nachprüfungen vorzunehmen, die Prüfung durch die Sachverständigen kaum die Gewähr dafür bietet, dass das Umtauschverhältnis angemessen festgelegt und der Verschmelzungsplan richtig ist⁷⁷⁷. „Auskunft“ ist daher als Oberbegriff zu verstehen, der die Einsicht in Unterlagen und Nachprüfungen mit erfasst⁷⁷⁸.

Der zweite Unterschied zwischen der Verschmelzungsrichtlinie und Art. 22 Unterabs. 2 SE-VO liegt in den Merkmalen „zweckdienlich“ bzw. „erforderlich“. Während Art. 22 Unterabs. 2 SE-VO verlangt, dass die Sachverständigen die Auskünfte für erforderlich halten, erstreckt Art. 10 Abs. 3 Verschmelzungsrecht das Recht der Sachverständigen auf alle zweckdienlichen Auskünfte. Nachprüfungen dürfen gemäß Art. 10 Abs. 3 Verschmelzungsrichtlinie nur vorgenommen werden, soweit sie „erforderlich“ sind. Das deutet darauf hin, dass Art. 10 Abs. 3 Verschmelzungsrichtlinie zwischen der Erforderlichkeit und der Zweckdienlichkeit unterscheidet. Angesichts der Tatsache, dass die SE-Verordnung hinsichtlich der Prüfung im übrigen – soweit möglich – auf nationales Recht verweist, kann die Aufnahme des Art. 22 Unterabs. 2 SE-VO in die SE-Verordnung nur damit erklärt werden, dass der Verordnungsgeber den Anspruch der Sachverständigen gegenüber dem nationalen Recht einschränken wollte⁷⁷⁹. Wie dargelegt wurde das Recht, Unterlagen einzusehen oder Nachprüfungen vorzunehmen, nicht

⁷⁷⁵ Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 49

⁷⁷⁶ Die französische Übersetzung verwendet die Formulierung „toute information“, die englische Fassung spricht von „any information“.

⁷⁷⁷ Teichmann ZGR 2002, 383 (424)

⁷⁷⁸ Teichmann ZGR 2002, 383 (424)

⁷⁷⁹ Teichmanns Argument, dass Art. 22 Unterabs. 2 SE-VO aufgrund der europäischen Systematik der Umstrukturierungen gleich auszulegen sei wie Art. 10 Abs. 3 Verschmelzungsrichtlinie und deshalb das Merkmal der Erforderlichkeit mit dem der

beschränkt. Die Einschränkung muss also im Merkmal der Erforderlichkeit liegen⁷⁸⁰. Es setzt voraus, dass die Auskunft dem Prüfungszweck dient, geht aber darüber hinaus, indem es verlangt, dass kein anderes, gleich wirksames Mittel verfügbar ist, mit dem dieser Zweck erreicht werden könnte⁷⁸¹. Den Sachverständigen wird allerdings ein gewisser Einschätzungsspielraum eingeräumt, wie sich aus der Formulierung „für erforderlich halten“ ergibt.

Da der Verordnungsgeber das Informationsrecht der Sachverständigen gegenüber dem nationalen Verschmelzungsrecht einschränken wollte, ist Art. 22 Unterabs. 2 SE-VO abschließend zu verstehen. Nationales Recht darf nicht ergänzend angewendet werden.

V. Zustimmung der Hauptversammlung

Die Hauptversammlungen der Gründungsgesellschaften müssen gemäß Art. 23 Abs. 1 SE-VO dem Verschmelzungsplan zustimmen, damit die SE gegründet werden kann. Ohne die Zustimmung aller Hauptversammlungen der Gründungsgesellschaften ist der Verschmelzungsplan nicht wirksam⁷⁸². Die Verschmelzung führt zur Auflösung der übertragenden Gesellschaft, zur Übertragung ihres Vermögens und bei der Verschmelzung durch Aufnahme zur Erweiterung des Aktionärskreises der aufnehmenden Gesellschaft. Sie hat somit weitreichende Auswirkungen für alle Aktionäre. Wegen des Grundlagencharakters muss die Entscheidung über die Verschmelzung bei den Aktionären liegen⁷⁸³.

Stimmen nicht alle Hauptversammlungen dem Verschmelzungsplan mit der erforderlichen Mehrheit⁷⁸⁴ zu, ist das Verschmelzungsverfahren beendet. Halten die Gründungsgesellschaften an dem Verschmelzungsvorhaben fest, muss das Verschmelzungsverfahren erneut durchlaufen werden⁷⁸⁵. Es muss ein anderer Verschmelzungsplan aufgestellt, ein Verschmelzungsbericht verfasst und der Verschmelzungsplan von Sachverständigen geprüft werden.

Zweckdienlichkeit identisch sei, ist deshalb nicht richtig. Siehe Teichmann ZGR 2002, 383 (424f).

⁷⁸⁰ Schwarz ZIP 2001, 1847 (1851) sieht das Informationsrecht der Sachverständigen durch das Merkmal der Erforderlichkeit ebenfalls eingeschränkt.

⁷⁸¹ A.A. Teichmann ZGR 2002, 383 (424), der die Merkmale „erforderlich“ und „zweckdienlich“ für identisch hält.

⁷⁸² Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 201

⁷⁸³ Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 224 zu Art. 7 Verschmelzungsrichtlinie; Bermel in: Goutier/ Knopf/ Tulloch, Umwandlungsrecht, § 13 UmwG Rn. 9 zum deutschen Verschmelzungsrecht

⁷⁸⁴ Siehe 5. Kap. B V 3

⁷⁸⁵ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 201

Da das Zustimmungserfordernis dem Schutz der Aktionäre der Gründungsgesellschaften dient und jede Gründungsgesellschaft eine eigene Hauptversammlung abhält, findet über Art. 18 SE-VO ergänzend das Recht, dem die jeweilige Gründungsgesellschaft unterliegt, Anwendung⁷⁸⁶. Art. 18 SE-VO verweist zwar auf die „mit der Richtlinie 78/855/EWG in Einklang stehenden, für die Verschmelzung von Aktiengesellschaften geltenden Rechtsvorschriften“. Diese Formulierung ist jedoch nicht so zu verstehen, dass nur auf die Vorschriften über die Verschmelzung, etwa die entsprechenden Paragraphen des deutschen Umwandlungsgesetzes, verwiesen würde. Die Verweisung erfasst auch das Aktienrecht, soweit es für die Verschmelzung relevant wird⁷⁸⁷. Das Aktienrecht gilt „für die Verschmelzung von Aktiengesellschaften“ etwa in Bezug auf die Vorbereitung der Hauptversammlung, die über die Verschmelzung beschließt und steht nicht im Widerspruch zur Verschmelzungsrichtlinie.

Die Durchführung der Hauptversammlung, ihre Einberufung nach dem Aktiengesetz, ihr Ablauf sowie die Formbedürftigkeit ihrer Niederschrift⁷⁸⁸ fallen möglicherweise nicht in den Regelungsbereich der SE-Verordnung⁷⁸⁹. Diese Frage kann offen bleiben, weil jedenfalls das Recht, dem die jeweilige Gründungsgesellschaft unterliegt, anzuwenden ist.

Art. 53 SE-VO ist nicht einschlägig, wenn die Gründungsgesellschaft eine nationale Aktiengesellschaft ist⁷⁹⁰. Er regelt allein die Durchführung der Hauptversammlung einer SE.

Beschließt die Hauptversammlung einer SE über die Verschmelzung zu einer SE, geht Art. 3 Abs. 1 SE-VO dem Art. 53 SE-VO vor⁷⁹¹. Danach ist eine SE hinsichtlich der Beteiligung an der Gründung einer SE wie eine Aktiengesellschaft zu behandeln, die dem Recht des Sitzmitgliedstaates der SE unterliegt. Art. 3 Abs. 1 SE-VO führt zur Anwendung der Vorschriften, die gemäß Art. 53 SE-VO auch sonst für die Durchführung einer Hauptversammlung der SE gelten.

⁷⁸⁶ Ebenso Teichmann ZGR 2002, 383 (416 und 425 Fn. 179)

⁷⁸⁷ Teichmann ZGR 2002, 383 (425 Fn. 179)

⁷⁸⁸ Siehe jedoch 5. Kap. B VI 2 a. Wenn die erste Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle in der Form stattfindet, dass die Niederschrift der Hauptversammlung, die über die Verschmelzung beschließt, notariell beurkundet wird, ist die Form der Niederschrift dem Regelungsbereich der SE-VO zuzuordnen. Die für Aktiengesellschaften geltenden Vorschriften des Mitgliedstaates, dessen Recht die Gründungsgesellschaft unterliegt, kommen über Art. 25 Abs. 1 SE-VO zur Anwendung.

⁷⁸⁹ Dagegen spricht hinsichtlich der Einberufung und der Niederschrift, dass Art. 23 b SE-VOV 1975, Art. 22 Abs. 2 SE-VOV 1989 und 1991 Regelungen über die Einberufung der Hauptversammlung treffen und Art. 24 Abs. 5 SE-VOV 1970 und Art. 24 Abs. 3 SE-VOV 1975 ein notarielles Protokoll über die Hauptversammlung verlangen. Teichmann ZGR 2002, 383 (425 Fn. 179) rechnet Einberufung, Ablauf und Durchführung der Hauptversammlung dem Regelungsbereich der SE-Verordnung zu.

⁷⁹⁰ Teichmann ZGR 2002, 383 (425 Fn. 179)

Schreibt das Recht, dem die Gründungsgesellschaft unterliegt, vor, dass das Aufsichtsorgan der Gründungsgesellschaft dem Verschmelzungsplan zustimmen muss, gilt dies auch für den Verschmelzungsplan nach der SE-Verordnung⁷⁹². Art. 23 Abs. 1 SE-Verordnung ist insoweit nicht abschließend zu verstehen.

Nationale Vorschriften, die im Einklang mit Art. 8 Verschmelzungsrichtlinie⁷⁹³ die Zustimmung der Hauptversammlung der übernehmenden Gesellschaft ausnahmsweise für entbehrlich erklären⁷⁹⁴, sind im Rahmen der Verschmelzung zu einer SE nicht anzuwenden⁷⁹⁵. Art. 23 Abs. 1 SE-VO fordert die Zustimmung der Hauptversammlung jeder Gründungsgesellschaft, ohne Ausnahmen zuzulassen.

1. Vorbereitung der Hauptversammlung

Die Einberufung der Hauptversammlung richtet sich, nach dem Recht, dem die jeweilige Gründungsgesellschaft unterliegt⁷⁹⁶.

Hinsichtlich der vorbereitenden Information der Aktionäre stellt Art. 11 Abs. 1 Verschmelzungsrichtlinie⁷⁹⁷ gewisse Mindestanforderungen. Er schreibt vor, dass jeder Aktionär der Gründungsgesellschaften das Recht hat, am Sitz der Gesellschaft zumindest von folgenden Unterlagen Kenntnis zu nehmen:

- a) dem Verschmelzungsplan;
- b) den Jahresabschlüssen und den Geschäftsberichten der sich verschmelzenden Gesellschaften für die letzten drei Geschäftsjahre;
- c) einer Zwischenbilanz⁷⁹⁸, die für einen Zeitpunkt erstellt ist, der nicht vor dem ersten Tag des dritten der Aufstellung des Verschmelzungsplans vorausgehenden Monats liegen darf, sofern der letzte Jahresabschluss sich auf sein mehr als sechs Monate vor der Aufstellung des Verschmelzungsplans abgelaufenes Geschäftsjahr bezieht;
- d) den Verschmelzungsbericht der Verwaltungs- oder Leitungsorgane der Gründungsgesellschaften
- e) die Berichte der Sachverständigen im Sinne des Art. 22 SE-VO.

⁷⁹¹ Vgl. 4. Kap. A II

⁷⁹² Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 196

⁷⁹³ Bei einer Verschmelzung durch Neugründung ist diese Vorschrift in Verbindung mit Art. 23 Verschmelzungsrichtlinie anzuwenden.

⁷⁹⁴ Z.B. § 62 Abs. 1 S. 1 UmwG

⁷⁹⁵ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 199

⁷⁹⁶ Siehe vorangehende Einleitung

⁷⁹⁷ Bei einer Verschmelzung durch Neugründung ist diese Vorschrift in Verbindung mit Art. 23 Verschmelzungsrichtlinie anzuwenden.

⁷⁹⁸ Art. 11 Abs. 2 Verschmelzungsrichtlinie trifft weitere Regelungen in Bezug auf diese Zwischenbilanz.

Das Einsichtsrecht besteht mindestens einen Monat vor dem Tag der Hauptversammlung, die über den Verschmelzungsplan zu beschließen hat. Jedem Aktionär sind gemäß Art. 11 Abs. 3 Verschmelzungsrichtlinie⁷⁹⁹ auf formlosen Antrag Abschriften der Unterlagen kostenlos zu erteilen.

Die nationalen Umsetzungsvorschriften zu Art. 11 Verschmelzungsrichtlinie sind gemäß Art. 18 SE-VO auch auf die Verschmelzung zu einer SE anzuwenden⁸⁰⁰. Ein spezieller Verweis ist überflüssig; Art. 22 Abs. 2 SE-VOV 1991 wurde deshalb gestrichen⁸⁰¹. Art. 18 SE-VO ist maßgeblich, weil die Vorschriften dem Schutz der Aktionäre der Gründungsgesellschaften dienen. Verschmelzungsrichtlinie und SE-Verordnung setzen auf umfassende Informationsrechte, um die Aktionäre zu schützen⁸⁰². Die Information der Aktionäre bereitet die Hauptversammlung vor, die über die Verschmelzung zu beschließen hat, und gewährleistet, dass die Aktionäre in Kenntnis aller relevanten Tatsachen über die Verschmelzung abstimmen⁸⁰³. Das Einsichtsrecht der Aktionäre ist das Kernstück des Schutzkonzepts, indem es den Aktionären den Zugang zu Verschmelzungsplan, Verschmelzungsbericht und dem Ergebnis der Sachverständigenprüfung sichert.

2. Gegenstand des Beschlusses

Die Hauptversammlung beschließt gemäß Art. 23 Abs. 1 SE-VO über den Verschmelzungsplan einschließlich der darin enthaltenen Satzung der SE. Unterscheidet das nationale Recht zwischen Verschmelzungsvertrag und Verschmelzungsentwurf⁸⁰⁴, genügt es, wenn die Hauptversammlung dem Entwurf zustimmt, solange dieser inhaltlich nicht mehr verändert wird⁸⁰⁵. Die SE-Verordnung entnimmt den Begriff des Verschmelzungsplans der Verschmelzungsrichtlinie. Beide Begriffe sind daher identisch auszulegen. Das deutsche Verschmelzungsrecht, das die Zustimmung der Hauptversammlung zum Verschmelzungsentwurf genügen lässt, ist mit der

⁷⁹⁹ Bei einer Verschmelzung durch Neugründung ist diese Vorschrift in Verbindung mit Art. 23 Verschmelzungsrichtlinie anzuwenden.

⁸⁰⁰ Schwarz, ZIP 2001, 1849 (1851, Fn. 43); ebenso wohl Teichmann ZGR 2002, 383 (416); vgl. Schwarz/ Lösler NotBZ 2001, 117 (119).

⁸⁰¹ Schwarz ZIP 2001, 1849 (1851, Fn. 43)

⁸⁰² Begründung zum Entwurf des Verschmelzungsrichtlinie-Gesetzes vom 23.11.81, BT-Drucks. 9/1065 S. 14; Hommelhoff/ Riesenhuber in: Grundmann, Systembildung, S. 259 (273)

⁸⁰³ Begründung zum Entwurf des Verschmelzungsrichtlinie-Gesetzes vom 23.11.81, BT-Drucks. 9/1065 S. 14; Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 222 und 224 zur Verschmelzungsrichtlinie; Hommelhoff/ Riesenhuber in: Grundmann, Systembildung, S. 259 (274)

⁸⁰⁴ So das deutsche Recht, siehe Bermel/ Hannappel in: Goutier/ Knopf/ Tulloch, Umwandlungsrecht, § 5 UmwG Rn. 20; Zimmermann in: Kallmeyer, UmwG, § 13 Rn. 7

Verschmelzungsrichtlinie und folglich auch mit der SE-Verordnung vereinbar⁸⁰⁶. Verschmelzungsvertrag und Verschmelzungsentwurf fallen nach ihrer Funktion unter den Begriff des Verschmelzungsplans im Sinne des Art. 23 Abs. 1 SE-VO⁸⁰⁷. Bei der Unterscheidung zwischen Entwurf und Vertrag im deutschen Recht geht es darum, ob die notarielle Beurkundung vor oder nach der Zustimmung der Hauptversammlung erfolgt⁸⁰⁸. Art. 23 Abs. 1 SE-VO verlangt nicht, dass die Hauptversammlung einem notariell beurkundeten Plan zustimmt. Für die Form des Verschmelzungsplans sind gemäß Art. 18 SE-VO die nationalen Vorschriften maßgeblich⁸⁰⁹. Der Verschmelzungsplan wird in jedem Fall erst wirksam, wenn ihm die Hauptversammlungen aller Gründungsgesellschaften zugestimmt haben und die nationalen Formvorschriften erfüllt sind⁸¹⁰.

Art. 23 Abs. 1 SE-VO verlangt die Zustimmung der Hauptversammlung nur hinsichtlich des Verschmelzungsplans⁸¹¹. Die europäische Regelung in Art. 23 Abs. 1 SE-VO ist erforderlich, weil die Hauptversammlung der übernehmenden Gesellschaft auch in den Fällen des Art. 8 Verschmelzungsrichtlinie über den Verschmelzungsplan beschließen soll. Art. 23 Abs. 1 SE-VO soll das Zustimmungserfordernis nicht auf den Verschmelzungsplan beschränken. Nationale Vorschriften, die die Zustimmung der Hauptversammlungen zu weiteren Punkten fordern, sind über Art. 18 SE-VO anzuwenden. Von Bedeutung ist insbesondere die Zustimmung der Hauptversammlung zu einer gegebenenfalls erforderlichen Kapitalerhöhung⁸¹².

Ein Verfahren zur Kontrolle und Änderung des Umtauschverhältnisses der Aktien oder zur Abfindung von Minderheitsaktionären findet bei der Verschmelzung zu einer SE nur Anwendung, wenn die Gründungsgesellschaften, in deren Mitgliedstaaten ein solches Verfahren nicht besteht, dies „bei der Zustimmung zu dem Verschmelzungsplan...

⁸⁰⁵ Teichmann ZGR 2002, 383 (421); Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 196 Fn. 42.

⁸⁰⁶ Zur Vereinbarkeit mit der Verschmelzungsrichtlinie siehe Mayer in: Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 4 UmwG Rn. 7 und Sonnenberger AG 1971, 76 (78) (letzterer allerdings noch zum Vorschlag einer Verschmelzungsrichtlinie); vgl. auch Priester NJW 1983, 1459 (1462), Ganske DB 1981, 1551 (1553)

⁸⁰⁷ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 191

⁸⁰⁸ Bermel/ Hannappel in: Goutier/ Knopf/ Tulloch, Umwandlungsrecht, § 5 UmwG Rn. 21

⁸⁰⁹ Siehe 5. Kap. B I 3

⁸¹⁰ Vgl. Mayer in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 4 UmwG Rn. 8 f; Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 201 Fn. 65 und S. 196 Fn. 42

⁸¹¹ Anders noch Art. 22 Abs. 1 SE-VOV 1991, der zusätzlich die Zustimmung zum Gründungsakt und der Satzung, die nach dem damaligen Vorschlag nicht in den Verschmelzungsplan aufgenommen werden musste, forderte.

⁸¹² Siehe 5. Kap. D

ausdrücklich akzeptieren⁸¹³. Da die Zustimmung zu diesem Verfahren nicht nachgeholt werden kann, müssen diese Gründungsgesellschaften in der Hauptversammlung, die über den Verschmelzungsplan beschließt, auch über die Anwendung dieses Verfahrens in Bezug auf die betroffenen Gründungsgesellschaften entscheiden.

3. Beschlussfassung

Die Beschlussfassung einschließlich der erforderlichen Mehrheit richtet sich gemäß Art. 18 SE-VO nach dem Recht, dem die jeweilige Gründungsgesellschaft unterliegt⁸¹⁴. Anzuwenden sind die Vorschriften, die für die Verschmelzung von Aktiengesellschaften gelten und mit der Verschmelzungsrichtlinie im Einklang stehen. Die Vorschriften fordern gemäß Art. 7 Abs. 1 Unterabs. 1 S. 2 Verschmelzungsrichtlinie⁸¹⁵ eine Mehrheit von mindestens zwei Dritteln der Stimmen der vertretenen Wertpapiere oder des vertretenen gezeichneten Kapitals. Sie können gemäß Art. 7 Abs. 1 Unterabs. 2 S. 1 Verschmelzungsrichtlinie vorsehen, dass die einfache Mehrheit dieser Stimmen ausreicht, sofern mindestens die Hälfte des gezeichneten Kapitals vertreten ist. Soweit mit der Verschmelzung eine Satzungsänderung verbunden ist, muss die Mehrheit, die für eine Satzungsänderung erforderlich ist, dem Verschmelzungsplan zustimmen⁸¹⁶. Sind mehrere Gattungen von Aktien vorhanden, muss gemäß Art. 7 Abs. 2 Verschmelzungsrichtlinie jede Gattung von Aktionären, deren Rechte durch die Verschmelzung beeinträchtigt werden, in einem Sonderbeschluss der Verschmelzung zustimmen. Dabei gelten die Mehrheitserfordernisse des Art. 7 Abs. 1 Verschmelzungsrichtlinie⁸¹⁷.

Eine SE ist als Gründungsgesellschaft gemäß Art. 3 Abs. 1 SE-VO wie eine Aktiengesellschaft, die dem Recht des Sitzmitgliedstaats der SE unterliegt, zu behandeln⁸¹⁸. Für sie gelten die Mehrheitserfordernisse, die das Recht ihres Sitzmitgliedstaates bei der Verschmelzung von Aktiengesellschaften vorsieht⁸¹⁹. Es kommt daher das Recht zur Anwendung, dass allgemein für die Beschlussfassung der Hauptversammlung der SE gilt⁸²⁰.

⁸¹³ Siehe 5. Kap. E II

⁸¹⁴ Vgl. Teichmann ZGR 2002, 383 (425); Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 140 Fn. 185. Der Verweis in Art. 22 Abs. 1 S. 2 SE-VOV 1991 auf die Umsetzungsvorschriften zu Art. 7 Verschmelzungsrichtlinie ist damit überflüssig geworden.

⁸¹⁵ Bei einer Verschmelzung durch Neugründung ist Art. 7 Verschmelzungsrichtlinie in Verbindung mit Art. 23 Verschmelzungsrichtlinie anzuwenden.

⁸¹⁶ Art. 7 Abs. 1 Unterabs. 2 S. 2 Verschmelzungsrichtlinie

⁸¹⁷ Ganske DB 1981, 1551 (1554)

⁸¹⁸ Siehe 4. Kap. A II

⁸¹⁹ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 143

⁸²⁰ Art. 57, 59 Abs. 1 und 2 SE-VO

4. Hauptversammlung und Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer

Die Verhandlungen zwischen den Leitungs- bzw. Verwaltungsorganen der Gründungsgesellschaften und dem besonderen Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE⁸²¹ werden häufig noch nicht abgeschlossen sein, wenn die Hauptversammlungen über den Verschmelzungsplan beschließen. Die Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer kann sich auf die Satzung der SE und die Rechtsstellung der Aktionäre auswirken, z.B. wenn vereinbart wird, dass die Arbeitnehmer Vertreter in das Aufsichtsorgan der SE entsenden. Die Hauptversammlung kann der Verschmelzung daher gemäß Art. 23 Abs. 2 S. 2 SE-VO unter dem Vorbehalt zustimmen, dass die SE nur eingetragen werden kann, wenn die geschlossene Vereinbarung von der Hauptversammlung ausdrücklich genehmigt wird.

Widerspricht der Inhalt der Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer der künftigen Satzung der SE, wie sie in den Verschmelzungsplan aufgenommen wurde, muss die Satzung geändert werden⁸²². Wird eine Satzungsänderung erforderlich, nachdem die Hauptversammlungen dem Verschmelzungsplan zugestimmt haben und bevor die SE gegründet ist, muss die Hauptversammlung erneut über den Verschmelzungsplan und die darin enthaltene Satzung beschließen⁸²³. Die Gründung der SE kann nur eingetragen werden, wenn die Hauptversammlungen dem Verschmelzungsplan und der darin enthaltenen Satzung in der vorgelegten Fassung zugestimmt haben. Andernfalls könnte das Zustimmungserfordernis durch nachträgliche Änderung der Satzung unterlaufen werden. Der Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer im Ganzen müssen die Hauptversammlungen zwar nur zustimmen, wenn sie sich dieses Recht ausdrücklich vorbehalten. Die Zustimmungspflichtigkeit satzungsändernder Bestimmungen der Vereinbarung ergibt sich jedoch aus Art. 23 Abs. 1 SE-VO⁸²⁴. Art. 12 Abs. 4 Unterabs. 2 SE-VO, wonach – unter mitgliedstaatlichem Vorbehalt – die Satzung der Vereinbarung auch ohne Hauptversammlungsbeschluss angepasst werden kann, ist nicht anwendbar. Er bezieht sich auf Art. 12 Abs. 4 Unterabs. 2 S. 2 SE-VO und damit auf „neue“, nach der Eintragung der SE abgeschlossene Vereinbarungen, wie sich auch aus der Zuständigkeit des Leitungs- oder Verwaltungsorgans der SE schließen lässt.

VI. Rechtmäßigkeitskontrolle

1. Prüfung in zwei Stufen

Die Rechtmäßigkeit der Verschmelzung wird in zwei Stufen kontrolliert. Auf der ersten Stufe prüft die zuständige Behörde des Mitgliedstaats, dem die jeweilige

⁸²¹ Siehe insb. Art. 3 und 4 Arbeitnehmerrichtlinie

⁸²² Art. 12 Abs. 4 Unterabs. 1 S. 1 SE-VO

⁸²³ A.A. wohl Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 155

Gründungsgesellschaft unterliegt, die „Rechtmäßigkeit der Verschmelzung, was die einzelnen sich verschmelzenden Gesellschaften betreffenden Verfahrensabschnitte anbelangt“⁸²⁵. Die Behörde bescheinigt, „dass die der Verschmelzung vorangehenden Rechtshandlungen und Formalitäten durchgeführt wurden“⁸²⁶. Die zweite Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle findet im Sitzstaat der SE statt. Die zuständige Behörde prüft dort die Rechtmäßigkeit der Verschmelzung, „was den Verfahrensabschnitt der Durchführung der Verschmelzung und der Gründung der SE anbelangt“⁸²⁷. Sie ist dabei an den Inhalt der Bescheinigungen der auf der ersten Stufe prüfenden Behörden gebunden⁸²⁸. Die Prüfung erstreckt sich laut Art. 26 Abs. 3 und 4 SE-VO insbesondere darauf, ob die Gründungsgesellschaften einem gleich lautenden Verschmelzungsplan zugestimmt haben, ob eine Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer geschlossen wurde⁸²⁹ und ob gemäß Art. 15 SE-VO die Gründung den gesetzlichen Anforderungen des Sitzstaates genügt⁸³⁰.

Die erste und die zweite Stufe unterscheiden sich nicht nur durch die zuständige Behörde, sondern auch durch den Prüfungsgegenstand. Die Prüfungen nach Art. 25 und 26 SE-VO erstrecken sich auf verschiedene Verfahrensabschnitte. Art. 26 SE-VO spricht zwar von der „Durchführung der Verschmelzung“, meint damit aber nicht das gesamte Verschmelzungsverfahren, sondern nur die Verschmelzung im engeren Sinne, da sonst die Prüfung nicht auf einen „Verfahrensabschnitt“ und einen „Aspekt der Rechtmäßigkeit“ beschränkt wäre. Die englische Übersetzung der SE-Verordnung bestätigt dies. Sie verwendet für die „Durchführung der Verschmelzung“ den Begriff „completion“, was soviel wie Fertigstellung oder Vervollständigung bedeutet. Art. 25 Abs. 2 SE-VO spricht von den „der Verschmelzung vorangehenden Rechtshandlungen“ und fasst damit den Begriff der Verschmelzung ebenfalls eng.

Rein zeitlich können die Prüfungsgegenstände der ersten und der zweiten Stufe der Kontrolle nicht abgegrenzt werden. So fällt nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers die Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer unter die zweite Stufe der Kontrolle, unabhängig davon, wann sie geschlossen wurde. Der

⁸²⁴ A.A. wohl Hanau RdA 1998, 231 (232)

⁸²⁵ Art. 25 Abs. 1 und 2 SE-VO

⁸²⁶ Art. 25 Abs. 2 SE-VO

⁸²⁷ Art. 26 Abs. 1 SE-VO

⁸²⁸ Wenz, SE, S. 57; Trojan-Limmer RIW 1991, 1010 (1014)

⁸²⁹ Art. 26 Abs. 3 SE-VO

⁸³⁰ Art. 26 Abs. 4 SE-VO

Verschmelzungsplan wird zu Beginn des Verschmelzungsverfahrens aufgestellt, ist aber gleichzeitig Voraussetzung für die Eintragung der SE⁸³¹.

Die erste Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle gemäß Art. 25 Abs. 1 SE-VO bildet mit ihrem Prüfungsgegenstand - den Verfahrensabschnitten, die die Gründungsgesellschaften betreffen - und ihrem Prüfungsmaßstab – den Vorschriften des Mitgliedstaates, dessen Recht die jeweilige Gründungsgesellschaft unterliegt – eine Parallele zu Art. 18 SE-VO. Art. 26 Abs. 4 SE-VO weist die Prüfung der Vorschriften des Sitzstaates der SE, die gemäß Art. 15 Abs. 1 SE-VO anzuwenden sind, der zweiten Stufe zu. Der Grund für die Zweistufigkeit der Rechtmäßigkeitskontrolle liegt in dem Zusammenspiel der verschiedenen Rechtsordnungen bei der Gründung einer SE durch Verschmelzung⁸³². Ob die Vorschriften des Mitgliedstaates, dessen Recht die Gründungsgesellschaft unterliegt, eingehalten wurden, prüft eine Behörde dieses Mitgliedstaats⁸³³. Die Einhaltung der über Art. 15 Abs. 1 SE-VO anzuwendenden Vorschriften des Sitzstaates der SE kontrolliert eine Behörde in diesem Staat. Keine Behörde ist daher gezwungen, fremdes Recht anzuwenden⁸³⁴. Die Abgrenzung zwischen Art. 25 und 26 SE-VO muss sich an der Abgrenzung zwischen Art. 18 und 15 Abs. 1 SE-VO nach der Sphäre der Gründungsgesellschaft einerseits und der Sphäre der SE andererseits orientieren⁸³⁵. Spezialverweisungen auf das Recht, dem die jeweilige Gründungsgesellschaft unterliegt, sind ebenfalls der Sphäre der Gründungsgesellschaft zuzurechnen, so dass ihre Einhaltung auf der ersten Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle geprüft wird. Es entspricht der Systematik der SE-Verordnung, dass sich die Rechtmäßigkeitskontrolle hinsichtlich des Schutzes der Aktionäre und Gläubiger der Gründungsgesellschaften nach den Vorschriften des Mitgliedstaates, dessen Recht die Gründungsgesellschaft unterliegt, richtet. Die künftigen Gläubiger und Aktionäre der SE werden durch das Kontrollverfahren im Sitzstaat der SE geschützt. Der Rechtsverkehr kann darauf vertrauen, dass eine SE die gleichen Gründungskontrollen durchlaufen hat wie eine nationale Aktiengesellschaft ihres Sitzstaates.

Da die nationalen Vorschriften nur in dem von der SE-Verordnung vorgegebenen Umfang und unter den dort vorgesehenen Einschränkungen zur Anwendung kommen, haben die prüfenden Behörden auf beiden Stufen die SE-Verordnung zu beachten. Auf

⁸³¹ Ähnlich in Bezug auf die Beschlüsse der Hauptversammlungen Trojan-Limmer RIW 1991, 1010 (1014).

⁸³² Ähnlich Pfister, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 71, nach dessen Ansicht der Zweck der zweistufigen Rechtmäßigkeitskontrolle darin besteht, die verschiedenen Verschmelzungssysteme der Gründungsstaaten in Einklang zu bringen.

⁸³³ So wohl auch Bungert/ Beier EWS 2002, 1 (7)

⁸³⁴ Trojan-Limmer RIW 1991, 1010 (1014)

der ersten Stufe wird geprüft, ob die Vorschriften der SE-Verordnung, die der Sphäre der Gründungsgesellschaften zuzurechnen sind, eingehalten wurden⁸³⁶. Die zuständige Behörde der zweiten Stufe prüft die Rechtmäßigkeit anhand der Verordnungsvorschriften, die der Sphäre der SE zuzurechnen sind, d.h. dem Schutz der künftigen Gläubiger und Aktionäre der SE dienen⁸³⁷. Das erklärt, warum Art. 26 Abs. 4 SE-VO von den Anforderungen gemäß Art. 15 Abs. 1 SE-VO als einem von mehreren Prüfungspunkten spricht.

Nicht in dieses Schema passt, dass gemäß Art. 26 Abs. 3 SE-VO die Behörde auf der zweiten Stufe prüft, ob die Gründungsgesellschaften einem gleich lautenden Verschmelzungsplan zugestimmt haben. Der Verschmelzungsplan ist der Sphäre der Gründungsgesellschaften zuzurechnen. Die ausdrückliche Zuweisung zu Art. 26 SE-VO lässt sich damit erklären, dass nur die Behörde im Sitzstaat der SE von allen Gründungsgesellschaften Unterlagen erhält und damit als einzige in der Lage ist, die Übereinstimmung der Verschmelzungspläne zu prüfen.

Auch die Regelung der Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE lässt sich nicht ohne weiteres einer der Sphären zuordnen. Die Festlegung der Arbeitnehmerbeteiligung als Eintragungsvoraussetzung⁸³⁸ schützt einerseits die Arbeitnehmer der Gründungsgesellschaften vor einem Verlust ihrer Rechte. Andererseits bestimmt die Regelung die Rechte der Arbeitnehmer in der SE. Art. 26 Abs. 3 SE-VO weist diesen Prüfungspunkt ausdrücklich der zweiten Stufe zu⁸³⁹. Da der Abschluss einer Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer nicht Voraussetzung für die Gründung der SE ist, ist Art. 26 Abs. 3 SE-VO so zu verstehen, dass die Behörde kontrolliert, ob die Voraussetzungen des Art. 12 Abs. 2 bzw. 3 SE-VO erfüllt sind. Es genügt daher regelmäßig⁸⁴⁰, wenn das besondere Verhandlungsgremium mit der

⁸³⁵ Eine Parallele zwischen Art. 15 Abs. 1 SE-VO und Art. 26 SE-VO einerseits und Art. 18 SE-VO und Art. 25 SE-VO andererseits zieht auch Teichmann ZGR 2002, 383 (431 f).

⁸³⁶ Ähnlich bezeichnet Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, (S. 202) den Prüfungsgegenstand der ersten Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle als die „Ebene der Gründungsgesellschaft“. An anderer Stelle (S. 140) nennt Buchheim die erste Stufe die „Stufe der Gründungsgesellschaften“ und die zweite „die Stufe der zu gründenden SE“.

⁸³⁷ Z.B. Art. 4 Abs. 2 SE-VO

⁸³⁸ Art. 12 Abs. 2 und 3 SE-VO

⁸³⁹ Blanquet (ZGR 2002, 20 (44)) hingegen ist der Auffassung, dass die zuständige Behörde der ersten Stufe in der „Bescheinigung“ unwiderlegbar feststellt, ob eine Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer geschlossen wurde.

⁸⁴⁰ Etwas anderes gilt nur, wenn der Sitzstaat der SE von der Option des Art. 7 Abs. 3 AN-RL Gebrauch gemacht hat. In diesem Fall kann die SE gemäß Art. 12 Abs. 3 SE-VO nur eingetragen werden, wenn eine Vereinbarung über die Arbeitnehmerbeteiligung geschlossen wurde oder für keine der Gründungsgesellschaften vor der Registrierung der SE Mitbestimmungsvorschriften galten.

erforderlichen Mehrheit beschlossen hat, die Verhandlungen nicht aufzunehmen oder abzuberechnen, oder die Verhandlungsfrist erfolglos abgelaufen ist.

Nach Auffassung von Sagasser und Swienty⁸⁴¹ ist auf der ersten Stufe die Rechtmäßigkeit der von der jeweiligen Gründungsgesellschaft allein zu verabschiedenden Verschmelzungsakte, im Wesentlichen die Rechtmäßigkeit des Verschmelzungsbeschlusses, zu beurteilen. Der gemeinsam erstellte Verschmelzungsplan wäre nach dieser Ansicht auf der zweiten Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle zu prüfen. Das ist nicht sachgerecht, da die Behörde im Sitzstaat der SE dann gemäß Art. 18 SE-VO die Vorschriften der Mitgliedstaaten, deren Recht die Gründungsgesellschaften unterliegen, anwenden müsste.

Im Einzelnen prüft die Behörde gemäß Art. 25 SE-VO im Wesentlichen, ob der Verschmelzungsplan mit den nach Art. 20 Abs. 1 SE-VO erforderlichen Angaben aufgestellt und offengelegt wurde⁸⁴², ob die in Art. 21 SE-VO genannten Angaben bekannt gemacht wurden, ein Verschmelzungsbericht erstellt wurde, Sachverständige den Verschmelzungsplan geprüft und einen Bericht geschrieben haben und die Hauptversammlung dem Verschmelzungsplan zugestimmt hat⁸⁴³.

Die Behörde im Sitzstaat der SE hat die Funktion eines „zentralen Aufsichtsorgans“⁸⁴⁴. Sie prüft auf der zweiten Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle neben den in Art. 26 Abs. 3 SE-VO ausdrücklich genannten Punkten insbesondere die Rechtmäßigkeit der Satzung der SE⁸⁴⁵, die Kapitalaufbringung, soweit das Sitzstaatsrecht dies vorsieht⁸⁴⁶ und, ob sich die Hauptverwaltung der SE im Sitzstaat der künftigen SE⁸⁴⁷ bzw. am künftigen Sitz der SE⁸⁴⁸ befindet⁸⁴⁹. Außerdem kontrolliert sie, ob die Voraussetzungen des Art. 2 Abs. 1

⁸⁴¹ Sagasser/ Swienty DStR 1991, 1222 (1225) zu dem insoweit vergleichbaren Art. 24 Abs. 1 SE-VOV 1991

⁸⁴² Ebenso Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 202

⁸⁴³ Buchheim (Europäische Aktiengesellschaft, S. 202) ordnet den Beschluss der Hauptversammlung ebenfalls der ersten Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle zu.

Falls die Hauptversammlung es sich gemäß Art. 23 Abs. 2 S. 2 SE-VO vorbehalten hat, die Eintragung der SE davon abhängig zu machen, dass sie die Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer ausdrücklich genehmigt, ist auch das Vorliegen dieser Genehmigung auf der ersten Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle zu prüfen. Die Vorschrift soll die Anteilseigner vor unerwarteten Beeinträchtigungen ihrer rechtlichen Interessen schützen und ist daher der Sphäre der Gründungsgesellschaft zuzurechnen. a.A. Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 211 Fn. 94

⁸⁴⁴ Blanquet ZGR 2002, 20 (44)

⁸⁴⁵ Art. 24a Abs. 3 SE-VOV 1991 schrieb dies noch ausdrücklich vor.

⁸⁴⁶ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 211. Siehe 5. Kap. D.

⁸⁴⁷ Art. 7 S. 1 SE-VO

⁸⁴⁸ Hauptverwaltung und Sitz müssen nur dann am selben Ort liegen, wenn der Sitzstaat der SE dies gemäß Art. 7 S. 2 SE-VO vorschreibt.

SE-VO gegeben sind, insbesondere das Mehrstaatlichkeitserfordernis⁸⁵⁰ erfüllt ist. Das Vorliegen dieser Voraussetzung kann nur in einer Gesamtbetrachtung der Gründungsgesellschaften beurteilt werden. Für die Rechtmäßigkeit der Verfahrensabschnitte, die die Gründungsgesellschaften betreffen, ist sie nicht relevant. Das Erfordernis der Mehrstaatlichkeit soll den Rechtsverkehr vor Täuschungen schützen⁸⁵¹ und ist deshalb der Sphäre der SE zuzurechnen. Die Mehrstaatlichkeit ist daher Gegenstand der Rechtmäßigkeitskontrolle im künftigen Sitzstaat der SE und wird nach dessen Internationalem Gesellschaftsrecht beurteilt.

Aus Art. 25 Abs. 3 SE-VO lässt sich schließen, dass die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses und die Abfindung der Minderheitsaktionäre nicht im Rahmen der Rechtmäßigkeitskontrolle nach Art. 25 und 26 SE-VO geprüft wird, sondern in einem getrennten Verfahren und nur unter besonderen Voraussetzungen⁸⁵². Die Bescheinigung nach Art. 25 Abs. 2 SE-VO kann ausgestellt werden, selbst wenn ein Verfahren im Sinne des Art. 25 Abs. 3 SE-VO anhängig ist⁸⁵³. In der Bescheinigung ist gemäß Art. 25 Abs. 3 S. 3 SE-VO auf das laufende Verfahren hinzuweisen.

Auf jeder Stufe prüft die Behörde, bevor sie mit der materiellen Prüfung beginnt, ob die formellen Voraussetzungen der Rechtmäßigkeitskontrolle erfüllt sind, insbesondere ob sie zuständig ist und die erforderlichen Unterlagen vorgelegt wurden. Die Voraussetzungen ergeben sich aus dem jeweiligen nationalen Recht und – in Bezug auf die zweite Stufe – aus Art. 26 Abs. 2 SE-VO. Das bedeutet, dass eine Anfechtungsklage gegen den Verschmelzungsbeschluss einer deutschen Gründungsgesellschaft die Eintragung der SE verzögern könnte⁸⁵⁴.

Die Durchführung der Rechtmäßigkeitskontrolle ist gemäß Art. 27 Abs. 2 SE-VO Voraussetzung dafür, dass die Verschmelzung und die Gründung der SE eingetragen und damit wirksam⁸⁵⁵ werden können. Das Fehlen einer Rechtmäßigkeitskontrolle kann gemäß Art. 30 Unterabs. 2 SE-VO einen Grund für die Auflösung der SE darstellen.

⁸⁴⁹ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 211

⁸⁵⁰ Siehe zu dem Erfordernis der Mehrstaatlichkeit 4. Kap. D

⁸⁵¹ Siehe 4. Kap. D I

⁸⁵² Vgl. zur Rechtmäßigkeitsprüfung nach deutschem Recht: Schwarz in: Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 19 UmwG Rn. 3.2.1; Bermel in: Goutier/ Knopf/ Tulloch, Umwandlungsrecht, § 19 UmwG Rn. 13

⁸⁵³ Art. 25 Abs. 3 S. 2 SE-VO

⁸⁵⁴ Bungert/ Beier EWS 2002, 1 (7); Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 140 und 202; ausführlich Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 49 ff; Jaeger, Europäische Aktiengesellschaft, S. 34.

⁸⁵⁵ Art. 27 Abs. 1 SE-VO

2. Prüfung anhand des für die Gründungsgesellschaften geltenden Rechts

a) Obligatorische Zweistufigkeit

Art. 25 Abs. 1 SE-VO schreibt vor, dass die Rechtmäßigkeit nach den für die Verschmelzung von Aktiengesellschaften geltenden nationalen Vorschriften kontrolliert wird. Unklar ist, ob dadurch bereits die Entscheidung über die Durchführung einer Rechtmäßigkeitsprüfung dem jeweiligen nationalen Recht überlassen bleibt⁸⁵⁶. Die Frage kann offen bleiben, da Art. 16 Verschmelzungsrichtlinie⁸⁵⁷ die Mitgliedstaaten verpflichtet, eine Rechtmäßigkeitskontrolle vorzuschreiben⁸⁵⁸. Falls die Mitgliedstaaten keine umfassende vorbeugende Kontrolle durch ein Gericht⁸⁵⁹ oder eine Verwaltungsbehörde vorsehen, müssen gemäß Art. 16 Verschmelzungsrichtlinie die Niederschriften der Hauptversammlungen, die über die Verschmelzung beschließen, öffentlich beurkundet werden. Das gleiche gilt für den Verschmelzungsvertrag, wenn er nach dem Beschluss der Hauptversammlung geschlossen wird⁸⁶⁰. Die beurkundende Stelle prüft gemäß Art. 16 Abs. 2 Verschmelzungsrichtlinie die Rechtmäßigkeit des gesamten, die Gründungsgesellschaft betreffenden Verfahrensabschnittes⁸⁶¹ da der Hauptversammlungsbeschluss rechtswidrig sein kann, wenn einer der vorbereitenden Schritte nicht ordnungsgemäß durchgeführt wurde⁸⁶². Die Prüfung erstreckt sich damit auch auf den Verschmelzungsplan⁸⁶³, den Verschmelzungsbericht und die Prüfung durch Sachverständige⁸⁶⁴. Art. 25 Abs. 1 SE-VO erfasst auch die Rechtmäßigkeitskontrolle durch einen Notar⁸⁶⁵, wie sich aus der Erwähnung des Notars als eine der möglicherweise zuständigen Behörden in Art. 25 Abs. 2 SE-VO schließen lässt. Dafür spricht zudem Art. 24 Abs. 2 S. 1 SE-VOV 1989, der auf die in Umsetzung des Art. 16 Verschmelzungsrichtlinie erlassenen Vorschriften verweist. Demnach genügt auch nach

⁸⁵⁶ Dafür Sagasser/ Swienty DStR 1991, 1222 (1225f); nicht ganz eindeutig Wenz, SE, S. 56

⁸⁵⁷ Bei einer Verschmelzung durch Neugründung ist diese Vorschrift in Verbindung mit Art. 23 Verschmelzungsrichtlinie anzuwenden.

⁸⁵⁸ A.A. Wenz, SE, S. 56; Sagasser/ Swienty DStR 1991, 1222 (1225f). Für die zwingende Zweistufigkeit auch Blanquet ZGR 2002, 20 (44).

⁸⁵⁹ Wie in Deutschland durch die Registergerichte, siehe Ganske DB 1981, 1551 (1555).

⁸⁶⁰ Art. 16 Abs. 1 S. 2 Verschmelzungsrichtlinie ist im Rahmen der Verschmelzung zu einer SE ohne Bedeutung, da Art. 13 SE-VO die Zustimmung der Hauptversammlung jeder Gründungsgesellschaften verlangt.

⁸⁶¹ Vgl. Ganske DB 1981, 1551 (1555)

⁸⁶² Siehe zum deutschen Verschmelzungsrecht Lutter in: Lutter, UmwG, § 13 Rn. 41

⁸⁶³ So ausdrücklich Art. 16 Abs. 2 Verschmelzungsrichtlinie

⁸⁶⁴ Laut Hommelhoff/ Riesenhuber in: Grundmann, Systembildung, S. 259 (273) gewährleistet Art. 16 Verschmelzungsrichtlinie, dass die Informationsrechte gegenüber den Aktionären eingehalten werden.

⁸⁶⁵ A.A. Sagasser/ Swienty DStR 1991, 1222 (1225f) zu Art. 24 SE-VOV 1991, der die Kontrolle durch einen Notar nicht ausdrücklich erwähnte.

der damaligen Regelung eine öffentliche Beurkundung, wenn eine gerichtliche oder Verwaltungskontrolle nicht vorgesehen war.

Die zwingende Zweistufigkeit der Rechtmäßigkeitskontrolle verhindert, dass die Behörde im künftigen Sitzstaat der SE mangels bindender Bescheinigung nach Art. 25 Abs. 2 SE-VO die Wahrung fremder Rechtsvorschriften prüfen muss. In Art. 27 Abs. 2 SE-VO und Art. 30 S. 2 SE-VO wird deutlich, dass die SE-Verordnung von einer notwendig zweistufigen Rechtmäßigkeitskontrolle ausgeht. Art. 27 Abs. 2 SE-VO macht die Eintragung der SE von der „Erfüllung sämtlicher in den Artikeln 25 und 26 vorgesehenen Formalitäten“ abhängig. Art. 30 S. 2 SE-VO nennt „das Fehlen einer Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Verschmelzung gemäß Art. 25 und 26“ als möglichen Auflösungsgrund.

b) Zuständigkeit

Jeder Mitgliedstaat benennt gemäß Art. 68 Abs. 2 SE-VO die zuständige Stelle im Ausführungsgesetz zur SE-Verordnung⁸⁶⁶. Art. 68 Abs. 2 S. 1 SE-VO verpflichtet die Mitgliedstaaten daneben, die zuständige Stelle für die zweite Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle zu benennen. Daraus lässt sich schließen, dass die Norm die Mitgliedstaaten nicht ermächtigt, eine spezielle Zuständigkeit in Bezug auf die SE zu schaffen, denn Art. 26 Abs. 1 SE-VO verweist hinsichtlich der Zuständigkeit ausdrücklich auf nationales Verschmelzungsrecht. Für das gesamte Verfahren der ersten Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle sind gemäß Art. 25 Abs. 1 SE-VO die für Aktiengesellschaften geltenden Vorschriften des Mitgliedstaates maßgeblich, dessen Recht die Gründungsgesellschaft unterliegt. Es ist daher sachgerecht, auch die Zuständigkeit nach diesen Vorschriften zu bestimmen. Dafür spricht außerdem die ausdrückliche Verweisung hinsichtlich der Zuständigkeit in Art. 15 SE-VOV 1989⁸⁶⁷. Zuständig für die erste Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle ist daher die Behörde, die nach dem Recht, dem die Gründungsgesellschaft unterliegt, die Rechtmäßigkeit der Verschmelzung von Aktiengesellschaften in Bezug auf die einzelne Gründungsgesellschaft kontrolliert.

⁸⁶⁶ Dazu Teichmann ZGR 2002, 383 (432)

⁸⁶⁷ In der Begründung zu dieser Vorschrift wird klargestellt, dass die Rechtmäßigkeitsprüfung den Behörden übertragen wird, die diese Prüfung auch für alle anderen Aktiengesellschaften vornehmen (BR-Drucksache 488/89 S. 12). Art. 15 SE-VOV 1989 wurde im Vorschlag von 1991 gestrichen, weil er neben Art. 11 a SE-VOV 1991 (entspricht dem Art. 15 Abs. 1 SE-VO) überflüssig wurde, siehe Begründung der Europäischen Kommission zum Verordnungsvorschlag von 1991, BT-Drucksache 12/1004 vom 30.7.91, abgedruckt bei Gutsche, Europäische Aktiengesellschaft, S. 247.

Art. 16 Abs. 1 S. 1 Verschmelzungsrichtlinie schreibt entweder eine Rechtmäßigkeitskontrolle durch ein Gericht oder eine Behörde oder die öffentliche Beurkundung der Niederschrift der Hauptversammlung, die über die Verschmelzung beschließt,⁸⁶⁸ vor. Weitere Vorgaben hinsichtlich der Rechtmäßigkeitskontrolle sind dem Gemeinschaftsrecht nicht zu entnehmen. Die Verschmelzungsrichtlinie überlässt es dem nationalen Gesetzgeber zu bestimmen, wer ggf. für die öffentliche Beurkundung zuständig ist⁸⁶⁹.

c) Verfahren

Die Rechtmäßigkeit der Verschmelzung wird gemäß Art. 25 Abs. 1 SE-VO „nach den für die Verschmelzung von Aktiengesellschaften geltenden Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, dessen Recht die jeweilige verschmelzende Gesellschaft unterliegt, kontrolliert“. Die Verweisung erstreckt sich auch auf die Vorschriften über das Verfahren. Ebenfalls nach dem in Art. 25 Abs. 1 SE-VO genannten Recht richten sich die formellen Voraussetzungen der Prüfung, insbesondere in welcher Form die Prüfung zu beantragen ist und welche Unterlagen der prüfenden Stelle vorzulegen sind⁸⁷⁰.

Schreibt das Recht eines Mitgliedstaates eine gerichtliche oder verwaltungsbehördliche Rechtmäßigkeitskontrolle und die öffentliche Beurkundung der Niederschriften der Hauptversammlungen vor, folgt aus der Verweisung in Art. 25 Abs. 1 SE-VO, dass beide Kontrollinstrumente bei der Verschmelzung zu einer SE anzuwenden sind. Fraglich ist, ob eine Bescheinigung im Sinne des Art. 25 Abs. 2 SE-VO sowohl über die öffentliche Beurkundung als auch über die gerichtliche bzw. verwaltungsbehördliche Prüfung auszustellen und nach Art. 26 Abs. 2 SE-VO vorzulegen ist. Eine gesonderte Bescheinigung über die öffentliche Beurkundung ist insoweit unnötig, als die Bescheinigung über die gerichtliche oder Verwaltungskontrolle bestätigt, dass die vorgeschriebenen Formalitäten, einschließlich der öffentlichen Beurkundung, eingehalten wurden. Sie könnte lediglich der Bestätigung dienen, dass die Hauptversammlung dem Verschmelzungsplan, wie er nach Art. 26 Abs. 2 SE-VO vorlegt wird, zugestimmt hat.

⁸⁶⁸ Daneben ist gemäß Art. 16 Abs. 1 S. 1 Verschmelzungsrichtlinie der Verschmelzungsvertrag zu beurkunden, wenn er nach diesen Hauptversammlungen geschlossen wurde.

⁸⁶⁹ Ganske DB 1981, 1551 (1554) unter Berufung auf eine Ratsfeststellung zu Art. 16 Abs. 2 Verschmelzungsrichtlinie

⁸⁷⁰ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 202

d) Behördlicher Einspruch nach Art. 19 SE-VO

Auf der ersten Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle ist zu prüfen, ob ein Einspruch gemäß Art. 19 SE-VO gegen die Beteiligung der jeweiligen Gründungsgesellschaft an der Gründung der SE eingelegt wurde⁸⁷¹. Art. 19 Unterabs. 1 SE-VO ermächtigt den einzelnen Mitgliedstaat, die Beteiligung einer Gesellschaft, die seinem Recht unterliegt, an der Gründung einer SE davon abhängig zu machen, dass bestimmte Behörden dieses Mitgliedstaats dagegen keinen Einspruch einlegen. Die Vorschrift verweist nicht auf das für Aktiengesellschaften geltende Recht, sondern berechtigt die Mitgliedstaaten, Vorschriften in Bezug auf die Beteiligung „an der Gründung einer SE“ zu erlassen⁸⁷². Der Geltungsbereich der aufgrund Art. 19 SE-VO erlassenen Normen wird durch die Reichweite der Ermächtigung bestimmt und erstreckt sich auf jede „Gesellschaft, die dem Recht dieses Mitgliedstaates unterliegt“.

Der Einspruch muss gemäß Art. 19 Unterabs. 1 SE-VO vor Erteilung der Bescheinigung nach Art. 25 Abs. 2 SE-VO eingelegt werden. Er ist gemäß Art. 19 Unterabs. 2 S. 1 SE-VO nur aus Gründen des öffentlichen Interesses zulässig. Da die Einspruchsmöglichkeit eine Ausnahme darstellt, die die Freiheit der Gründungsgesellschaft beschränkt, ist Art. 19 SE-VO, insbesondere der Begriff des öffentlichen Interesses, restriktiv auszulegen⁸⁷³. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist zu beachten. Art. 19 SE-VO trägt Vorschriften Großbritanniens Rechnung, die den Steuer- und Sozialbehörden das Recht vorbehalten, den Fortzug einer Gesellschaft zu verhindern, solange diese Sozialversicherungsbeiträge oder Steuern schuldet⁸⁷⁴. Geringere Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer in der SE können einen Einspruch wohl nicht rechtfertigen⁸⁷⁵. Das Mitbestimmungsniveau in der SE sinkt nur dann unter das in den Gründungsgesellschaften, wenn die Mehrheit der Arbeitnehmer durch ihre Vertreter zustimmt⁸⁷⁶. Dazu werden die Arbeitnehmer nur bereit sein, wenn ihnen die Unternehmensleitung in anderen Punkten entgegenkommt und die Arbeitnehmer ihre Stellung – im Gesamten betrachtet – nicht beeinträchtigt sehen. Ein

⁸⁷¹ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 140

⁸⁷² Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 137

⁸⁷³ Im Ergebnis ebenso Manz in: Selbherr/ Manz, EWIV Art. 14 Rn. 7 zum entsprechenden Art. 14 Abs. 4 EWIV-VO. Vgl. Wölker in: von der Groeben/ Thiesing/ Ehlermann, EUV/ EG Art. 48 EG Rn. 95 zur Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch den Vorbehalt der öff. Ordnung, Sicherheit und Gesundheit

⁸⁷⁴ Art. 19 SE-VO gleicht Art. 8 Abs. 14 Unterabs. 1 SE-VO und Art. 14 Abs. 4 EWIV-VO, die insbesondere auf Drängen der britischen Delegation die Mitgliedstaaten ermächtigen, die Wirksamkeit der grenzüberschreitenden Sitzverlegung von einem fehlenden Einspruch abhängig zu machen. Siehe Teichmann ZGR 2002, 383 (432); Scriba, EWIV, S. 94; Manz in: Selbherr/ Manz, EWIV Art. 14 Rn. 6. Teichmann sieht kein Bedürfnis, im deutschen Ausführungsgesetz zur SE-Verordnung eine entsprechende Einspruchsmöglichkeit vorzusehen.

⁸⁷⁵ A.A. Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 138

öffentliches Interesse, die Gründungsgesellschaft an der Verschmelzung zu einer SE zu hindern, besteht nicht.

Sieht ein Mitgliedstaat im Ausführungsgesetz zur SE-Verordnung eine Einspruchsmöglichkeit vor, muss er gemäß Art. 19 Unterabs. 2 S. 2 SE-VO den betroffenen Gesellschaften die Möglichkeit geben, gegen den Einspruch Rechtsmittel einzulegen. Näheres ist im Ausführungsgesetz zu regeln. Die Verschmelzung kann sich durch ein Rechtsmittelverfahren gegen den Einspruch erheblich verzögern⁸⁷⁷. Die Mitgliedstaaten bzw. die einspruchsberechtigten Behörden sollten daher sorgfältig abwägen, ob sie von der Einspruchsmöglichkeit Gebrauch machen⁸⁷⁸.

e) Bescheinigung

Die Stelle, die die Rechtmäßigkeit der Verschmelzung auf der ersten Stufe kontrolliert, erteilt der Gründungsgesellschaft gemäß Art. 25 Abs. 2 SE-VO eine Bescheinigung über die durchgeführte Prüfung⁸⁷⁹. Der nationale Gesetzgeber kann im Ausführungsgesetz näher bestimmen, in welcher Form die Bescheinigung zu erstellen ist⁸⁸⁰.

Gemäß Art. 25 Abs. 2 SE-VO darf die zuständige Behörde die Bescheinigung über die erste Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle nur erteilen, wenn die der Verschmelzung vorangehenden Rechtshandlungen und Formalitäten durchgeführt wurden. Daraus könnte man schließen, dass die Behörde beim geringsten Rechtsverstoß die Bescheinigung solange verweigern muss, bis der Mangel behoben ist. Dann würden die Aktionäre der Gründungsgesellschaft u.U. weitergehend geschützt als bei einer nationalen Verschmelzung, bei der bestimmte Mängel die Eintragung nicht hindern. Das widerspricht dem Sinn des Verweises auf das Verschmelzungsrecht der Mitgliedstaaten. Die nationalen Vorschriften über das Verschmelzungsverfahren stehen mit den Vorschriften über die Folgen eines Rechtsverstoßes in einem Regelungs- und Sinnzusammenhang, der nicht aufgelöst werden sollte. Daher bestimmt das Recht, dem

⁸⁷⁶ Art. 3 Abs. 4, 7 Abs. 1 Unterabs. 2, Abs. 2 lit. b AN-RL i.V.m. Teil 3 der Auffangregelung.

⁸⁷⁷ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 138 und 203

⁸⁷⁸ Deshalb kritisch zur Einspruchsmöglichkeit: Bungert/ Beier EWS 2002, 1 (7 Fn. 59); Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 138 und 203.

⁸⁷⁹ Sagasser/ Swienty DStR 1991, 1222 (1226), nach deren Ansicht die erste Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle nicht in allen Mitgliedstaaten stattfinden muss, halten folgerichtig eine Bescheinigung nur für erforderlich, wenn die erste Stufe der Prüfung im betreffenden Mitgliedstaat vorgeschrieben ist.

⁸⁸⁰ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 202 schlägt vor, die Bescheinigung in Form einer Registereintragung der Verschmelzung für die jeweilige Gründungsgesellschaft mit einem Vorläufigkeitsvermerk bis zur Eintragung der SE zu erteilen.

die Gründungsgesellschaft unterliegt, ob ein Verstoß gegen dieses Recht, die Verschmelzung hindert und damit ob die Behörde die Bescheinigung verweigern muss. Hat die Gründungsgesellschaft im Verschmelzungsverfahren gegen eine Vorschrift der SE-Verordnung verstoßen, die keine Entsprechung im nationalen Recht besitzt, kann hinsichtlich der Folgen des Rechtsverstößes nicht auf nationales Recht zurückgegriffen werden. Maßgeblich ist der dem Art. 25 Abs. 2 SE-VO zu entnehmende Grundsatz, dass bei einem Rechtsverstoß die Bescheinigung nicht ausgestellt werden darf. Etwas anderes kann höchstens dann gelten, wenn die verletzte Norm allein den Interessen der Aktionäre der Gründungsgesellschaft dient und diese auf ihre Einhaltung wirksam verzichtet haben.

Die Vorlage der Bescheinigung nach Art. 26 Abs. 2 SE-VO bei der zuständigen Stelle im Sitzstaat der SE ist Voraussetzung für die zweite Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle. Fehlt die Bescheinigung, kann die Verschmelzung und die Gründung der SE nicht eingetragen und damit nicht wirksam werden⁸⁸¹.

Die Bescheinigung bindet die auf der zweiten Stufe entscheidende Behörde⁸⁸². Finden auf eine Rechtshandlung ausnahmsweise Art. 15 Abs. 1 und 18 SE-VO parallel Anwendung⁸⁸³, muss sie auf der zweiten Stufe erneut auf ihre Rechtmäßigkeit geprüft werden. Die von der Bescheinigung ausgehende Bindungswirkung schließt dies nicht aus, da die Vereinbarkeit der Rechtshandlung mit dem Recht des Sitzstaates der SE auf der ersten Stufe nicht geprüft wurde.

3. Prüfung im künftigen Sitzstaat der SE

a) Zuständigkeit

Auf der zweiten Stufe kontrolliert gemäß Art. 26 Abs. 1 SE-VO die Stelle, die im Sitzstaat der SE für die Prüfung der entsprechenden Voraussetzungen⁸⁸⁴ bei der Verschmelzung von Aktiengesellschaften zuständig ist. Dabei kann es sich um ein Gericht, einen Notar oder eine sonstige Behörde handeln⁸⁸⁵. Gemäß Art. 68 Abs. 2 S. 1 SE-VO muss jeder Mitgliedstaat die zuständige Behörde benennen. Dabei ist er an Art. 26 Abs. 1 SE-VO und damit an die für nationale Verschmelzungen geltende Zuständigkeit gebunden⁸⁸⁶.

⁸⁸¹ Teichmann ZGR 2002, 383 (432); Sagasser/ Swienty DStR 1991, 1222 (1225)

⁸⁸² Wenz, SE, S. 57; Trojan-Limmer RIW 1991, 1010 (1014)

⁸⁸³ Siehe 2. Kap. C I 5

⁸⁸⁴ Zum Prüfungsgegenstand der zweiten Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle siehe 5. Kap. B VI 1

⁸⁸⁵ Grote, Europäische Aktiengesellschaft, S. 183 versteht Art. 15 SE-VOV 1989, der Art. 26 SE-VO entspricht, als Verweis auch auf §§ 33- 35 AktG über die Gründungsprüfung durch Vorstand, Aufsichtsrat und Sachverständige. Art. 26 Abs. 1 SE-VO erfasst aber ausdrücklich nur die Prüfung durch ein Gericht, einen Notar oder eine sonstige Behörde.

b) Verfahren

Art. 26 Abs. 1 SE-VO regelt nicht, nach welchem Recht sich das Verfahren der Rechtmäßigkeitskontrolle richtet. Da die zweite Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle zur Sphäre der SE gehört, ist gemäß Art. 15 Abs. 1 SE-VO das für Aktiengesellschaften geltende Recht des künftigen Sitzstaates der SE maßgeblich. Die nach Art. 26 Abs. 1 SE-VO zuständige Behörde wendet damit das Verfahrensrecht ihres Mitgliedstaates an.

Gemäß Art. 26 Abs. 2 SE-VO muss jede der Gründungsgesellschaften eine Bescheinigung nach Art. 25 Abs. 2 SE-VO und eine Ausfertigung des Verschmelzungsplans, dem ihre Hauptversammlung zugestimmt hat, vorlegen. Die Bescheinigung muss spätestens sechs Monate nach ihrer Ausstellung eingereicht werden. Sind seit Erteilung der Bescheinigung mehr als sechs Monate vergangen, muss die Gründungsgesellschaft die erste Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle erneut durchlaufen und eine neue Bescheinigung vorlegen.

Art. 26 Abs. 2 SE-VO regelt die Pflicht zur Vorlage von Unterlagen nicht abschließend. Andernfalls wäre das Gericht oder die Behörde nicht in der Lage zu überprüfen, ob z.B. eine Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer geschlossen wurde. Entsprechende Vorschriften des nationalen Ausführungsgesetzes und - subsidiär – des für Aktiengesellschaften geltenden Rechts sind daher anzuwenden. Die Satzung der künftigen SE ist nicht gesondert einzureichen, da sie im Verschmelzungsplan enthalten ist.

VII. Die Eintragung und Bekanntmachung

1. Eintragung am Sitz der SE

a) Zuständigkeit und Verfahren

Eine SE wird gemäß Art. 12 SE-VO in ihrem Sitzstaat in das Register eingetragen⁸⁸⁷. Die Idee eines europäischen Handelsregisters⁸⁸⁸ wurde aufgegeben. Art. 12 SE-VO gilt schon und gerade für die erste Eintragung der SE bei ihrer Gründung⁸⁸⁹. Art. 27 Abs. 1 SE-VO verweist nicht auf Art. 12 SE-VO, sondern nennt die Vorschrift nur, um die Eintragung näher zu bezeichnen. Die Frage, ob das Eintragungsverfahren zum Regelungsbereich der SE-Verordnung gehört, ist unerheblich, da die SE-Verordnung eine Regelung enthält, die nationales Recht verdrängt.

Der Schutz der künftigen Gläubiger der SE erfordert keine erweiterte Auslegung, da die entsprechenden Vorschriften über Art. 15 Abs. 1 SE-VO zur Anwendung gelangen.

⁸⁸⁶ a.A. wohl Teichmann ZGR 2002, 383 (432)

⁸⁸⁷ Ausländische Zweigniederlassungen der SE unterliegen gemäß Art. 1 Abs. 1 der Elften Richtlinie vom 21. Dezember 1989 („über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter

Das zuständige Register bestimmt sich gemäß Art. 12 Abs. 1 SE-VO nach dem Recht des künftigen Sitzstaates der SE. Da Art. 12 Abs. 1 SE-VO nicht auf die für Aktiengesellschaften geltenden Zuständigkeitsvorschriften verweist, können die Mitgliedstaaten aus sachlichen Gründen Sonderregelungen im Ausführungsgesetz zur SE-Verordnung treffen⁸⁹⁰. Fehlen Sonderregelungen, ist die Zuständigkeit maßgeblich, die für die Eintragung von Aktiengesellschaft gilt.

Das Eintragungsverfahren richtet sich nach Art. 3 Publizitätsrichtlinie. Nach dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 SE-VO ist die Norm direkt, d.h. nicht über die nationalen Umsetzungsvorschriften, anzuwenden. Gegen eine unmittelbare Verweisung auf die Richtlinie sprechen Gründe der Rechtssicherheit und Praktikabilität. Art. 3 Publizitätsrichtlinie regelt die Eintragung nur unvollständig. Z.B. bestimmt er nicht, in welcher Form die Eintragung anzumelden und in welchen Amtsblättern sie bekannt zu machen ist. Die Anwendung der nationalen Umsetzungsvorschriften dient im Übrigen der von der SE-Verordnung angestrebten Gleichstellung nationaler und europäischer Aktiengesellschaften⁸⁹¹. Die Nennung des Art. 3 Publizitätsrichtlinie ist deshalb nicht als Verweisung auf das Richtlinienrecht zu verstehen⁸⁹², sondern lediglich als Klarstellung, dass die nationalen Vorschriften durch Art. 3 Publizitätsrichtlinie harmonisiert worden sind⁸⁹³. Die Bestimmung des anwendbaren Rechts bleibt Art. 15 Abs. 1 SE-VO⁸⁹⁴, nach der Gründung Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO überlassen. Art. 18 SE-VO ist nicht einschlägig, weil die Eintragung im Sitzstaat der SE den Interessen der künftigen Gläubiger und Aktionäre der SE dient. Auf das Eintragungsverfahren finden die

Rechtsformen errichtet werden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen“, RL 89/666/EWG, ABl Nr. L 395/36 vom 30.12.89) ebenfalls gewissen Offenlegungsvorschriften. Die entsprechenden nationalen Vorschriften finden über Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO Anwendung, siehe Begründung der Europäischen Kommission zum Entwurf von 1991, BT-Drucksache 12/1004 vom 30.7.91 zu Artikel 8, abgedruckt bei Gutsche, Europäische Aktiengesellschaft, S. 247.

⁸⁸⁸ Siehe Art. 8 SE-VOV 1970 und 1975.

⁸⁸⁹ A.A. Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (555)

⁸⁹⁰ Zu den Beschränkungen, denen der Gesetzgeber insoweit unterliegt, siehe 2. Kap. C II 2 a

⁸⁹¹ Siehe insbesondere Art. 10 SE-VO, näher dazu 2. Kap. C II 2 a

⁸⁹² a.A. Gutsche, Europäische Aktiengesellschaft, S. 47 mit der Begründung, dass „das SE-Statut häufiger direkt auf Richtlinien und nicht auf harmonisiertes nationales Recht verweist“. Dieses Argument ist für die heutige Fassung der SE-Verordnung nicht mehr haltbar. Die Verordnung verweist z.B. in Art. 3 Abs. 2 S. 2, 18, 28, 31 Abs. 1 S. 2, 32 Abs. 3 und 4, 33 Abs. 3, 37 Abs. 5 bis 7 und 62 SE-VO ausdrücklich auf nationale Vorschriften, die gemäß den gesellschaftsrechtlichen Richtlinien erlassen wurden.

⁸⁹³ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 134 Rn. 160

⁸⁹⁴ Teichmann ZGR 2002, 383 (416)

Vorschriften des künftigen Sitzstaates der SE, die gemäß Art. 3 Publizitätsrichtlinie erlassen wurden, Anwendung⁸⁹⁵.

b) Materielle Eintragungsvoraussetzungen

Gemäß Art. 12 Abs. 2 und 3 SE-VO darf die SE erst eingetragen werden, wenn die Frage der Arbeitnehmerbeteiligung in der SE geklärt ist. Das ist der Fall, wenn die zuständigen Organe der beteiligten Gesellschaften und das besondere Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer eine Vereinbarung im Sinne des Art. 4 AN-RL geschlossen haben⁸⁹⁶. Die SE kann außerdem gemäß Art. 12 Abs. 2 Var. 2 SE-VO eingetragen werden, wenn das besondere Verhandlungsgremium nach Art. 3 Abs. 6 AN-RL beschließt, keine Verhandlungen aufzunehmen oder bereits aufgenommene Verhandlungen abubrechen. In diesem Fall kommen die nationalen Vorschriften über die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer⁸⁹⁷ einschließlich der Vorschriften über den Europäischen Betriebsrat⁸⁹⁸ zur Anwendung. Die Frage der Arbeitnehmerbeteiligung steht der Eintragung der SE ferner gemäß Art. 12 Abs. 2 Var. 3 SE-VO nicht mehr entgegen, wenn die in Art. 5 AN-RL festgelegte Verhandlungsfrist von sechs Monaten – bzw. von bis zu 12 Monaten bei einer einvernehmlichen Verlängerung – seit der Einsetzung des besonderen Verhandlungsgremiums verstrichen ist. Dann kommt regelmäßig die Auffangregelung zum Tragen⁸⁹⁹.

Sieht der künftige Sitzstaat der SE gemäß Art. 7 Abs. 3 AN-RL vor, dass die Auffangregelung in Bezug auf die Mitbestimmung im Fall einer durch Verschmelzung gegründeten SE nicht anzuwenden ist, setzt die Eintragung der SE gemäß Art. 12 Abs. 3 SE-VO eine Vereinbarung über die Arbeitnehmerbeteiligung – einschließlich der Mitbestimmung - voraus. Etwas anderes gilt nur, wenn für keine der Gründungsgesellschaften vor der Gründung der SE Mitbestimmungsvorschriften galten. Gemäß Art. 12 Abs. 4 Unterabs. 1 S. 1 SE-VO muss die Satzung ggf. mit der Vereinbarung über die Arbeitnehmerbeteiligung vereinbar sein. Hierbei handelt es sich um eine Eintragungsvoraussetzung, wie sich aus dem systematischen Zusammenhang mit Art. 12 Abs. 1 bis 3 SE-VO schließen lässt. Art. 12 Unterabs. 1 S. 2 SE-VO steht dem nicht entgegen, da er nur die Konsequenzen eines Widerspruchs zwischen der Satzung und einer „neuen“, nach der Eintragung geschlossenen Vereinbarung regelt.

⁸⁹⁵ Jaeger, Europäische Aktiengesellschaft, S. 34; Sagasser/ Swienty DStR 1991, 1222 (1225); Wenz, SE, S. 57

⁸⁹⁶ Art. 12 Abs. 2 Var. 1 SE-VO

⁸⁹⁷ Art. 3 Abs. 6 S. 1 AN-RL, Art. 13 Abs. 3 AN-RL

⁸⁹⁸ Art. 13 Abs. 1 Unterabs. 2 AN-RL

⁸⁹⁹ Zu den Voraussetzungen im Einzelnen siehe Art. 7 Abs. 1 und 2 AN-RL.

Gemäß Art. 27 Abs. 2 SE-VO darf die SE erst eingetragen werden, wenn sämtliche in den Art. 25 und 26 SE-VO vorgesehenen Formalitäten erfüllt sind. Stellt die Behörde auf der ersten Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle fest, dass das Verfahren nicht ordnungsgemäß durchgeführt wurde, muss sie u.U. die Bescheinigung nach Art. 25 Abs. 2 SE-VO verweigern⁹⁰⁰. Die SE kann dann gemäß Art. 27 Abs. 2 SE-VO nicht eingetragen werden. Die SE-Verordnung regelt nicht, welche Folgen es hat, wenn die zuständige Behörde auf der zweiten Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle einen Verstoß gegen andere Vorschriften als die über die Arbeitnehmerbeteiligung feststellt. Handelt es sich um einen Verstoß gegen das Recht des Sitzstaates der SE, bestimmt sich auch nach diesem Recht, ob die SE eingetragen werden darf. Gebot und Sanktion stehen in einem Regelungs- und Sinnzusammenhang. Die Verweisung in Art. 15 Abs. 1 SE-VO erstreckt sich daher auch auf die Folgen eines Verstoßes gegen das Sitzstaatsrecht. Fraglich ist, ob die SE eingetragen werden kann, wenn auf der zweiten Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle ein Verstoß gegen die SE-Verordnung, z.B. gegen Art. 2 Abs. 1 oder Art. 43 Abs. 2 S. 1 SE-VO festgestellt wird. Auf nationales Recht kann insoweit nicht zurückgegriffen werden. Zum einen fehlt dort eine Regelung, wenn nicht das nationale Recht eine Vorschrift enthält, die der betreffenden Verordnungsvorschrift entspricht. Zum anderen hinge sonst die Wirkung der SE-Verordnung von nationalem Recht ab. Aus Art. 12 Abs. 2 bis 4 und 27 Abs. 2 SE-VO kann nicht geschlossen werden, dass jeder andere Rechtsverstoß der Eintragung nicht entgegen steht. Sonst müsste die SE eingetragen werden, wenn die zentralen Gründungsvoraussetzungen des Art. 2 Abs. 1 SE-VO nicht erfüllt sind, also etwa nicht alle Gründungsgesellschaften Aktiengesellschaften sind. Ein Verstoß gegen Verordnungsvorschriften sollte in der Regel Sanktionen nach sich ziehen, da ansonsten nicht zu erwarten ist, dass sie eingehalten werden, und die Rechtmäßigkeitskontrolle nach Art. 26 SE-VO keinen Nutzen hat. Im Interesse der künftigen Gläubiger und Aktionäre der SE ist grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Verstoß gegen die Vorschriften der SE-Verordnung, die die Sphäre der SE betreffen, die Eintragung hindert, solange der Mangel nicht behoben ist⁹⁰¹.

Wird die SE eingetragen, obwohl das Verschmelzungsverfahren Mängel aufweist, ist die Verschmelzung laut Art. 30 S. 1 SE-VO wirksam. Das Fehlen der nach Art. 25 und 26 SE-VO vorgeschriebene Rechtmäßigkeitskontrolle kann gemäß Art. 30 S. 2 SE-VO ein Grund für die Auflösung der SE sein..

Wurde ein Verfahren zur Kontrolle und Änderung des Umtauschverhältnisses der Aktien oder zur Abfindung von Minderheitsaktionären im Sinne des Art. 25 Abs. 3 SE-VO

⁹⁰⁰ Siehe 5. Kap. B VI 2 e

eingeleitet, muss der Abschluss des Verfahrens nicht abgewartet werden. Art. 25 Abs. 3 SE-VO setzt ausdrücklich voraus, dass das Verfahren der Eintragung der Verschmelzung nicht entgegen steht. Die Durchführung eines solchen Verfahrens ist daher keine „Formalität“ im Sinne des Art. 27 Abs. 2 SE-VO.

c) Wirksamkeit der Verschmelzung und Gründung der SE

Mit der Eintragung in das Register am Sitz der SE wird die Verschmelzung wirksam⁹⁰² und erlangt die SE Rechtspersönlichkeit⁹⁰³. Eine europäische Regelung⁹⁰⁴ ist im Interesse der Rechtssicherheit erforderlich, weil das Recht der Mitgliedstaaten voneinander abweicht⁹⁰⁵. Während in den meisten Mitgliedstaaten eine Gesellschaft mit der Registereintragung Rechtspersönlichkeit erwirbt, genügt dafür in den Benelux-Ländern die Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrages⁹⁰⁶.

2. Bekanntmachung der Eintragung im Sitzstaat der SE

Die Eintragung der SE ist gemäß Art. 15 Abs. 2⁹⁰⁷ i.V.m. Art. 13 SE-VO nach den Vorschriften des Sitzstaates der SE offen zu legen. Art. 13 SE-VO weist darauf hin, dass das Recht der Mitgliedstaaten insoweit durch die Publizitätsrichtlinie harmonisiert worden ist. Welche Unterlagen mit der Eintragung offen zu legen sind, bestimmt sich ebenfalls nach dem Recht des Sitzstaates der SE. Gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. a Publizitätsrichtlinie erstreckt sich die Offenlegungspflicht zumindest auf den Verschmelzungsplan einschließlich der Satzung der SE.

Gemäß Art. 3 Abs. 4 Publizitätsrichtlinie sind die Eintragung und die publizitätspflichtigen Unterlagen in einem Amtsblatt entweder in Form einer vollständigen oder auszugsweisen Wiedergabe oder in Form eines Hinweises auf die Hinterlegung des Dokuments in der Akte oder auf die Registereintragung bekannt zu machen.

⁹⁰¹ Sagasser/ Swienty (DStR 1991, 1222) hingegen sind der Ansicht, dass Eintragungshindernisse sich nur aus Art. 8 Abs. 3 und 25 SE-VOV 1991 (entsprechen Art. 12 Abs. 2 und 27 Abs. 2 SE-VO) oder aus nationalem Recht ergeben können.

⁹⁰² Zur Wirksamkeit der Verschmelzung gegenüber Dritten siehe 5. Kap. B VII 2

⁹⁰³ Sagasser/ Swienty DStR 1991, 1222 (1225); Pagel/ Gless, Verschmelzung, S. 25 f; Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 136

⁹⁰⁴ Art. 25 SE-VOV 1989 verwies insoweit – unter gewissen Einschränkungen - auf das Recht des Sitzstaates der SE.

⁹⁰⁵ Pagel/ Gless, , Verschmelzung, S. 25 f; Art. 17 Verschmelzungsrichtlinie überlässt die Bestimmung dieses Zeitpunkts den Mitgliedstaaten.

⁹⁰⁶ Pagel/ Gless, Verschmelzung, S. 26

⁹⁰⁷ Art. 15 Abs. 1 SE-VO wird verdrängt, Art. 18 SE-VO ist nicht einschlägig, siehe 2. Kap. C I 6

Die Wirkung der Publizität gehört nicht mehr zum Regelungsbereich der SE-Verordnung. Das anwendbare Recht ist anhand des Internationalen Privatrechts zu bestimmen. Art. 3 Abs. 5 bis 7 Publizitätsrichtlinie hat die nationalen Sachnormen harmonisiert. Publizitätspflichtige Urkunden und Angaben können danach Dritten erst nach ihrer Bekanntmachung im Amtsblatt entgegengehalten werden, es sei denn, die Gesellschaft beweist, dass der Dritte die Urkunden oder Angaben kannte⁹⁰⁸. Dies gilt auch, wenn ein Vorgang vor dem sechzehnten Tag nach dieser Bekanntmachung stattfindet und der Dritte beweist, dass es für ihn nicht möglich war, die Urkunden oder Angaben zu kennen⁹⁰⁹. Zumindest bezüglich der deutschen Umsetzungsvorschriften ist allerdings umstritten, ob diese negative Publizitätswirkung auch für konstitutiv wirkende Eintragungen wie die der Verschmelzung und Gründung gilt⁹¹⁰.

Weichen die Bekanntmachung und das Register inhaltlich voneinander ab, kann sich die Gesellschaft auf die bekannt gemachten Tatsachen nicht berufen. Dritte können sich auf sie berufen, es sei denn, die Gesellschaft beweist, dass sie die Divergenz zu den registrierten Tatsachen kannten⁹¹¹.

3. Offenlegung am Sitz der Gründungsgesellschaften

Die Durchführung der Verschmelzung ist gemäß Art. 28 SE-VO für jede der Gründungsgesellschaften offen zu legen. Die Eintragung in das Register der Gründungsgesellschaft wirkt rein deklaratorisch, da die Verschmelzung gemäß Art. 27 Abs. 1 SE-VO mit der Eintragung in das Register am Sitz der SE vollzogen wird.

Gemäß Art. 3 Abs. 2 und 4 Publizitätsrichtlinie ist die Durchführung der Verschmelzung in das Register einzutragen, in dem die jeweilige Gründungsgesellschaft geführt wird, und im Amtsblatt des jeweiligen Mitgliedstaates bekannt zu machen⁹¹². Die Eintragung kann - abhängig vom anzuwendenden nationalen Recht - durch die Hinterlegung einer Urkunde über die Verschmelzung ersetzt werden. Anzuwenden sind die gemäß Art. 3 Publizitätsrichtlinie erlassenen Vorschriften des Mitgliedstaates, in dem die Gründungsgesellschaft eingetragen ist. Nach ihnen richtet sich das Verfahren, die Zuständigkeit, die Form der Anmeldung und die beizufügenden Unterlagen. Die Mitgliedstaaten sehen in Übereinstimmung mit Art. 18 Abs. 2 SE-VO vor, dass die aufnehmende Gesellschaft die Förmlichkeiten der Offenlegung für die übertragende(n) Gesellschaft(en) selbst veranlassen kann.

⁹⁰⁸ Art. 3 Abs. 5 S. 1 Publizitätsrichtlinie

⁹⁰⁹ Art. 3 Abs. 5 S. 2 Publizitätsrichtlinie

⁹¹⁰ Für die Geltung auch bei konstitutiv wirkenden Eintragungen z.B. Baumbach/ Hopt HGB § 15 Rn. 5; a.A. Lieb in: MüKo HGB § 15 Rn. 19

⁹¹¹ Art. 3 Abs. 6 Unterabs. 2 Publizitätsrichtlinie

Fraglich ist, ob die Verschmelzung bei den Gründungsgesellschaften vor oder nach der Registrierung am Sitz der SE eingetragen werden muss. Die Verschmelzungsrichtlinie lässt die Reihenfolge der Eintragungen offen. Gemäß Art. 28 SE-VO ist die „Durchführung der Verschmelzung“ einzutragen. Das deutet darauf hin, dass die Eintragung erst nach Vollzug der Verschmelzung, d.h. der Eintragung am Sitz der SE, erfolgen soll. Die systematische Stellung des Art. 28 SE-VO nach Art. 27 SE-VO spricht ebenfalls für ein zeitliches Nachfolgen der Eintragung bei den Gründungsgesellschaften. Betrachtet man den Zweck der Eintragung, muss sie zeitlich nach Vollzug der Verschmelzung liegen⁹¹³. Die Eintragung bei den übertragenden Gesellschaften soll das Register, das mit dem Erlöschen der Gründungsgesellschaften unrichtig geworden ist, richtig stellen⁹¹⁴. Sieht das nationale Recht vor, dass die Verschmelzung zuerst bei der Gründungsgesellschaft eingetragen wird, kann diese Regelung auf die SE angewendet werden. Voraussetzung ist, dass die Eintragung den Vermerk enthält, dass die Verschmelzung erst mit der Eintragung in das Register am Sitz der SE Wirkung entfaltet, und die dort erfolgte Eintragung nachgetragen wird⁹¹⁵.

4. Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften

Im Anschluss an die Offenlegung im Sitzstaat der SE gemäß Art. 15 Abs. 2 i.V.m. Art. 13 SE-VO muss die Eintragung der SE gemäß Art. 14 Abs. 1 S. 1 SE-VO im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht werden. Den Inhalt der Veröffentlichung bestimmt Art. 14 Abs.1 S. 2 SE-VO. Die Bekanntmachung erfolgt „zu Informationszwecken“, hat also keine rechtlichen Wirkungen⁹¹⁶. Die Rechtsform der SE wurde für Unternehmen, die in Europa grenzüberschreitend tätig sind, geschaffen. Deshalb soll der Rechtsverkehr auch außerhalb der Sitzstaaten der SE oder der Gründungsgesellschaften über die Gründung der SE informiert werden⁹¹⁷.

Art. 14 Abs. 3 SE-VO lässt offen, wer dem Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften die notwendigen Angaben übermitteln muss. Art. 10 Abs. 2 SE-VOV 1991 verpflichtete die Mitgliedstaaten für die Übermittlung zu sorgen. Diese Pflicht ergibt sich heute aus Art. 68 Abs. 1 SE-VO. Es bleibt den Mitgliedstaaten

⁹¹² Zur Wirkung der Bekanntmachung siehe 5. Kap. B VII 2

⁹¹³ Sagasser/ Swienty DStR 1991, 1222 (1226)

⁹¹⁴ Sagasser/ Swienty DStR 1991, 1222 (1226)

⁹¹⁵ Siehe z.B. § 19 Abs. 1 und 2 UmwG; wie hier Vossius in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 20 UmwG Rn. 426 Fn. 1

⁹¹⁶ So die Europäische Kommission in ihrer Begründung zu der entsprechenden Regelung in Art. 10 des Entwurfs von 1989, Bundesratsdrucksache 488/89 S. 10; Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 1132; Schulz/ Geismar DStR 2001, 1078 (1080)

⁹¹⁷ So die Europäische Kommission in ihrer Begründung zu der entsprechenden Regelung in Art. 10 des Entwurfs von 1989, Bundesratsdrucksache 488/89 S. 10

überlassen, ob sie im Ausführungsgesetz das Registergericht bzw. die eintragende Behörde verpflichten, die Angaben zu übermitteln, oder den Organen der Gesellschaft die Übermittlung auferlegen⁹¹⁸.

C. Sonderbestimmungen für Verschmelzungen innerhalb eines Konzerns

I. 100%ige Beteiligung nach Art. 31 Abs. 1 SE-VO

1. Voraussetzung

Art. 31 Abs. 1 S. 1 SE-VO trifft eine Sonderregelung für den Fall, dass eine Verschmelzung durch Aufnahme⁹¹⁹ „durch eine Gesellschaft vollzogen“ wird, „die Inhaberin sämtlicher Aktien und sonstiger Wertpapiere ist, die Stimmrechte in der Hauptversammlung der anderen Gesellschaft gewähren“. Nach seinem Wortlaut erfasst Art. 31 Abs. 1 S. 1 SE-VO sowohl den sog. upstream merger, die Verschmelzung einer 100%igen Tochter- auf ihre Muttergesellschaft, als auch den in der Praxis seltenen downstream merger, die Verschmelzung einer Mutter- auf ihre 100%ige Tochtergesellschaft. Der Verordnungsgeber sieht in Art. 31 Abs. 1 SE-VO ein vereinfachtes Verfahren vor, weil der für die Verschmelzung typische Interessenkonflikt zwischen den Anteilseignern der verschiedenen Gründungsgesellschaften bei derartigen Konzernverschmelzungen nicht besteht⁹²⁰. Hinter der aufnehmenden und der übertragenden Gesellschaft stehen die selben Personen.

Vom Wortlaut des Art. 31 Abs. 1 S. 1 SE-VO gedeckt ist zudem die Verschmelzung durch Aufnahme, bei der eine übertragende Gesellschaft alle Aktien und Stimmrecht verleihenden Wertpapiere einer anderen übertragenden Gesellschaft hält, also eine Mutter und eine Tochtergesellschaft auf eine dritte Gesellschaft verschmolzen werden. Von den Fällen des downstream und upstream merger unterscheidet sich diese Konstellation dadurch, dass hinter der übertragenden Gesellschaft andere Personen als hinter der aufnehmenden Gesellschaft stehen. Zwischen den Aktionären der übertragenden und denen der aufnehmenden Gesellschaft besteht ein Interessengegensatz. Der Grund für die Verfahrenserleichterungen ist hier nicht gegeben.

⁹¹⁸ Ebenso bei den Veröffentlichungen im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften hinsichtlich EWIV, siehe Manz in: Selbherr/Manz, EWIV, Art. 11 Rn. 4

⁹¹⁹ Auf die Verschmelzung durch Neugründung ist Art. 31 SE-VO – wie auch Art. 24 ff Verschmelzungsrichtlinie – nicht anzuwenden. A.A. noch Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 58 zu Art. 30 a SE-VOV 1991, der sich anders als Art. 31 SE-VO nicht ausdrücklich auf die Verschmelzung durch Aufnahme beschränkte.

⁹²⁰ Näher dazu unter b

Art. 31 Abs. 1 S. 2 SE-VO verweist auf die Vorschriften, „die für die Verschmelzung von Aktiengesellschaften nach Art. 24 Verschmelzungsrichtlinie maßgeblich sind“. Art. 24 Verschmelzungsrichtlinie sieht Verfahrensvereinfachungen für den Fall der Verschmelzung einer 100%igen Tochter- auf ihre Muttergesellschaft vor.

Art. 31 Abs. 1 SE-VO kann nicht so ausgelegt werden, dass Art. 31 Abs. 1 S. 1 SE-VO alle drei, nach dem Wortlaut möglichen Konstellationen erfasst und Art. 31 Abs. 1 S. 2 SE-VO sich nur auf den upstream merger bezieht. Vielmehr lässt sich aus dem Zusammenhang der Sätze schließen, dass Art. 31 Abs. 1 SE-VO insgesamt nur auf den upstream merger Anwendung findet⁹²¹. Dafür spricht der Vergleich mit Art. 30 a Abs. 1 SE-VOV 1991⁹²², dem Vorgänger des Art. 31 Abs. 1 SE-VO, und Art. 31 Abs. 2 SE-VO. Beide Vorschriften beschränken sich darauf, auf Verfahrensvereinfachungen nach dem nationalen Recht zu verweisen. Es ist unwahrscheinlich, dass der Europäische Gesetzgeber das vereinfachte Verfahren auf Konstellationen ausdehnen wollte, die er noch in der Verschmelzungsrichtlinie wie gewöhnliche Verschmelzungen behandelt hat. Bei der Verschmelzung von Mutter- und Tochtergesellschaft auf eine dritte Gesellschaft fehlt zudem die Beteiligungsidentität zwischen übertragender und aufnehmender Gesellschaft, die ein vereinfachtes Verfahren rechtfertigen könnte.

Wäre Art. 31 Abs. 1 S. 1 SE-VO auf die genannten Konstellationen anzuwenden, kämen über Art. 18 SE-VO die nationalen Verschmelzungsvorschriften zur Anwendung. Das Verschmelzungsrecht der Mitgliedstaaten unterwirft die Konstellationen gemäß der Verschmelzungsrichtlinie ohne Einschränkungen dem Verschmelzungsverfahren. Danach müssten z.B. Sachverständige die Verschmelzung prüfen, nur eine gemeinsame Prüfung nach Art. 22 SE-VO wäre – ohne ersichtlichen Grund - ausgeschlossen. Das Leitungs- bzw. Verwaltungsorgan der Gründungsgesellschaft müsste einen Verschmelzungsbericht erstellen. Wenn bei einer Mehrheitsbeteiligung nach Art. 31 Abs. 2 SE-VO der Verschmelzungsbericht entbehrlich ist, muss dies jedoch erst recht für eine Verschmelzung unter Beteiligung einer Muttergesellschaft und ihrer 100%igen Tochtergesellschaft gelten. Hinter Art. 31 Abs. 1 S. 1 SE-VO lässt sich eine gesetzgeberische Konzeption nur erkennen, wenn man ihn in Zusammenhang mit Art. 31 Abs. 1 S. 2 SE-VO betrachtet.

⁹²¹ Ebenso Teichmann ZGR 2002, 383 (431). Für eine Anwendung auch auf den downstream merger: Vossius in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 20 UmwG Rn. 437.

⁹²² Art. 30 a Abs. 1 SE-VOV 1991: „Besitzt eine Gründungsgesellschaft mindestens 90 % der Aktien einer anderen Gründungsgesellschaft, so kann die Verschmelzung nach dem im Recht des Mitgliedstaates, dem die erstere Gesellschaft unterliegt, in Übereinstimmung mit Kapitel IV der RL 78/855/EWG vorgesehenen vereinfachten Verfahren vollzogen werden.“

Art. 31 Abs. 1 SE-VO soll die nationalen Vorschriften über das vereinfachte Verfahren beim upstream merger zur Geltung bringen⁹²³. Indem er bestimmte Verordnungsvorschriften für nicht anwendbar erklärt, stellt er klar, dass sie dem vereinfachten Verfahren nicht - aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts - entgegen stehen⁹²⁴. Der downstream merger und die Verschmelzung von Mutter- und Tochtergesellschaft auf eine dritte Gesellschaft unterliegen nach der SE-Verordnung, wie auch nach der Verschmelzungsrichtlinie, dem normalen Verschmelzungsverfahren ohne Einschränkung.

Art. 31 Abs. 1 SE-VO setzt voraus, dass die aufnehmende Gesellschaft Inhaberin sämtlicher Aktien und sonstiger Wertpapiere ist, die Stimmrechte in der Hauptversammlung der übertragenden Gesellschaft gewähren. Gemäß Art. 26 Verschmelzungsrichtlinie können die Mitgliedstaaten das vereinfachte Verfahren im nationalen Verschmelzungsrecht auch für den Fall anwenden, dass die Wertpapiere der übertragenden Gesellschaft der aufnehmenden Gesellschaft oder Personen gehören, die die Anteile im eigenen Namen aber für Rechnung der aufnehmenden Gesellschaft halten. Art. 31 Abs. 1 S. 1 SE-VO verlangt, dass die Anteile der Gründungsgesellschaft „gehören“ und lässt eine mittelbare Beteiligung nicht genügen. Entsprechend verweist Art. 31 Abs. 1 S. 2 SE-VO nicht auf die Vorschriften, die der Umsetzung des Art. 26 Verschmelzungsrichtlinie dienen. Daher sind bei mittelbarem Aktienbesitz die in Art. 31 Abs. 1 S. 1 SE-VO aufgezählten Verordnungsvorschriften anzuwenden. Die nationalen Umsetzungsvorschriften zu Art. 26 Verschmelzungsrichtlinie gelangen nicht über Art. 18 SE-VO zur Geltung. Art. 31 Abs. 1 und 2 SE-VO sind in dem Sinne abschließend zu verstehen, dass das vereinfachte Verfahren gemäß Kapitel IV Verschmelzungsrichtlinie nur in den genannten Fällen zulässig ist. Außerdem stünden Art. 20 Abs. 1 lit. b, c und d, Art. 22 und 29 Abs. 1 lit. b SE-VO den Verfahrensvereinfachungen entgegen.

Art. 31 Abs. 1 SE-VO äußert sich nicht über den Zeitpunkt, in dem die Beteiligung bestehen muss. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift ist der Zeitpunkt, in dem die Verschmelzung vollzogen wird, gemäß Art. 27 Abs. 1 SE-VO der Moment der Eintragung im Register der SE, maßgeblich⁹²⁵. Wenn sich die übertragende

Art. 30 a Abs. 1 SE-VO fasst den Anwendungsbereich damit zunächst ebenso weit wie Art. 31 Abs. 1 S. 1 SE-VO.

⁹²³ Ebenso Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 141

⁹²⁴ Vgl. Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 141 Fn. 190

⁹²⁵ A.A. Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 58, der auf den Zeitpunkt abstellt, in dem die Hauptversammlung der übertragenden Gesellschaft, an der die aufnehmende Gesellschaft beteiligt ist, über die Verschmelzung beschließt. Ebenso Stratz in: Schmidt/Hörtnagl/ Stratz, UmwG/ UmwStG, § 62 UmwG Rn. 7 zum deutschen

Tochtergesellschaft in diesem Moment zu 100% in den Händen der aufnehmenden Gesellschaft befindet, ist ein Anteilsübergang unerwünscht, weil die aufnehmende Gesellschaft als Aktionärin der erlöschenden Tochtergesellschaft dadurch eigene Aktien erwerben würde⁹²⁶. Die Einhaltung der Vorschriften zum Schutz der Aktionäre der Gründungsgesellschaften ist mangels Interessengegensatzes entbehrlich. Hält die aufnehmende Gesellschaft zu diesem Zeitpunkt nicht 100% der Stimmrecht verleihenden Wertpapiere an der übertragenden Gesellschaft, muss ein Anteilsübergang stattfinden und sind die Schutzvorschriften notwendig.

Unerheblich ist, wie die aufnehmende Gesellschaft in den Besitz der Wertpapiere gelangt ist, z.B. im Wege einer Kapitalerhöhung oder durch Erwerb⁹²⁷.

Sind mehr als zwei übertragende Gesellschaften an der Verschmelzung beteiligt und ist nur eine davon 100%ige Tochtergesellschaft der aufnehmenden Gesellschaft, ist das Verfahren nur im Verhältnis zwischen der aufnehmenden Gesellschaft und dieser Tochtergesellschaft vereinfacht. Die Anteile an den übrigen Gründungsgesellschaften werden in Anteile der SE umgetauscht, diesbezügliche Angaben sind in den Verschmelzungsplan aufzunehmen, das Verwaltungs- oder Leitungsorgan der Gründungsgesellschaften muss einen Verschmelzungsbericht erstellen, Sachverständige müssen die Verschmelzung in Bezug auf diese Gründungsgesellschaften prüfen, usw..

2. Verfahrensvereinfachungen

Art. 31 Abs. 1 SE-VO erleichtert die Verschmelzung einer 100%igen Tochter- auf ihre Muttergesellschaft, indem er einige Vorschriften der SE-Verordnung für nicht anwendbar erklärt und auf die nationalen Vorschriften über das vereinfachte Verfahren gemäß Art. 24 Verschmelzungsrichtlinie verweist. Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, die in Art. 24 Verschmelzungsrichtlinie vorgesehenen Verfahrenserleichterungen in ihr Verschmelzungsrecht aufzunehmen⁹²⁸.

Verschmelzungsrecht. Auf den Zeitpunkt, in dem die Verschmelzung zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet wird, stellen Rieger in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 62 UmwG Rn. 24 und Bermel in: Goutier/ Knopf/ Tulloch, Umwandlungsrecht, § 62 UmwG Rn. 8 ab. Dagegen wendet Grunewald in: Lutter, UmwG, § 62 Rn. 6 zu Recht ein, dass das Fehlen von Unterlagen in der Regel zu einer Zwischenverfügung, nicht zur Zurückweisung des Antrags führt.

⁹²⁶ Siehe 5. Kap. C I 2

⁹²⁷ Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 58; zum deutschen Umwandlungsrecht Bermel in: Goutier/ Knopf/ Tulloch, Umwandlungsrecht, § 62 UmwG Rn. 9

⁹²⁸ Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 217

Gemäß Art. 31 Abs. 1 S. 1 SE-VO⁹²⁹ findet ein Anteilsübergang nach Art. 29 Abs. 1 lit. b SE-VO nicht statt. Mit der Verschmelzung geht das Vermögen der Tochter- auf die Muttergesellschaft über. Gleichzeitig erlischt die Tochtergesellschaft und mit ihr die Anteile der Muttergesellschaft an der Tochtergesellschaft. Im gesetzlichen Regelfall des Art. 29 Abs. 1 lit. b SE-VO werden die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft dafür durch Anteile an der aufnehmenden Gesellschaft entschädigt. Das würde bei einem upstream merger bedeuten, dass die Muttergesellschaft als Aktionärin der erlöschenden Tochtergesellschaft in der Regel⁹³⁰ eine Kapitalerhöhung durchführen müsste, um sich anschließend eigene Anteile zu gewähren. Dieser Erwerb eigener Anteile⁹³¹ ist aus Gründen des Kapitalschutzes unerwünscht und wird durch den Ausschluss des Anteilsübergangs verhindert. Die Nichtanwendung des Art. 29 Abs. 1 lit. b SE-VO kann rechtlich zudem damit begründet werden, dass Verbindlichkeit und Anspruch in der Person der Muttergesellschaft zusammenfallen, d.h. eine Konfusion vorliegt⁹³². Eine Entschädigung der Muttergesellschaft ist wirtschaftlich nicht notwendig, weil die Muttergesellschaft für ihre Beteiligung als gleichwertigen Ersatz das Vermögen der Tochtergesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge erhält⁹³³.

Mangels Anteilsübergang entfallen die Angaben im Verschmelzungsplan zu dem Umtauschverhältnis, den Einzelheiten hinsichtlich der Aktienübertragung und dem Zeitpunkt, von dem an die Aktien ein Recht auf Teilnahme am Gewinn gewähren⁹³⁴.

Bei der Verschmelzung zweier unabhängiger Gesellschaften nimmt die Frage des Umtauschverhältnisses eine zentrale Rolle ein. Die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft wollen an der SE mindestens in einem Umfang beteiligt werden, der wertmäßig ihrer bisherigen Beteiligung an der übertragenden Gesellschaft entspricht. Die Aktionäre der aufnehmenden Gesellschaft haben ein Interesse daran, dass ihre Anteile durch die Aufnahme der neuen Aktionäre nicht „verwässern“, d.h. an Wert verlieren. Beim upstream merger ist ein Interessengegensatz zwischen den Aktionären der übertragenden und der aufnehmenden Gesellschaft ausgeschlossen. Da ein

⁹²⁹ Der Anteilsübergang nach Art. 19 Abs. 1 lit. b Verschmelzungsrichtlinie ist auch im vereinfachten Verfahren nach nationalem Verschmelzungsrecht gemäß Art. 24 S. 2 Verschmelzungsrichtlinie ausgeschlossen.

⁹³⁰ Eine Kapitalerhöhung wäre nicht erforderlich, wenn die Muttergesellschaft bereits über eigene Anteile in ausreichender Zahl verfügte.

⁹³¹ Das grundsätzliche Verbot des Erwerbs eigener Anteile ist gemeinschaftsrechtlich in Art. 18 Abs. 1 Kapitalrichtlinie normiert.

⁹³² Ebenso Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 51 Fn. 180

⁹³³ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 51

⁹³⁴ Art. 31 Abs. 1 S. 1 SE-VO erklärt Art. 5 Abs. 1 lit. b, c und d SE-VO für nicht anwendbar. Das – hier nicht anzuwendende - nationale Recht verzichtet gemäß Art. 24 S. 1 Verschmelzungsrichtlinie ebenfalls auf entsprechende Angaben.

Anteilsübergang nicht stattfindet, müssen die Gesellschaftsvermögen nicht bewertet werden und wird ein Umtauschverhältnis nicht festgelegt. Die Aktionäre der Gründungsgesellschaften bedürfen nicht des Schutzes, den der Verschmelzungsbericht des Leitungs- bzw. Verwaltungsorgan und die Prüfung durch Sachverständige bietet⁹³⁵. Die entsprechenden Vorschriften sind deshalb nicht anzuwenden⁹³⁶. Das Verschmelzungsverfahren kann damit nicht nur kostengünstiger, sondern auch erheblich schneller durchgeführt werden⁹³⁷.

Dem Leitungs- bzw. Verwaltungsorgan der Gründungsgesellschaft bleibt es unbenommen, freiwillig einen Verschmelzungsbericht zu erstellen oder Sachverständige mit einer Prüfung zu beauftragen. Ein Verschmelzungsbericht kann auch bei einem upstream merger sinnvoll sein, um die Aktionäre der aufnehmenden Gesellschaft über die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft, zu informieren⁹³⁸, ihnen die wirtschaftlichen Vorteile der Konzernumstrukturierung aufzuzeigen und sie darüber in Kenntnis zu setzen, inwieweit sich ihre Rechtsstellung durch die Annahme der Rechtsform der SE ändert⁹³⁹. Wird ein Verschmelzungsbericht erstellt oder eine Sachverständigenprüfung durchgeführt, ohne dass eine rechtliche Pflicht bestünde, sind die Gründungsgesellschaften in der Gestaltung frei. Da sie gänzlich auf eine Prüfung verzichten können, muss es ihnen auch möglich sein, eine eingeschränkte Prüfung durchzuführen oder die Verschmelzung gemeinsam mit anderen Gründungsgesellschaften prüfen zu lassen⁹⁴⁰.

Da eine Sachverständigenprüfung nicht erforderlich ist, sind die Vorschriften über die zivilrechtliche Haftung der Sachverständigen nicht anzuwenden⁹⁴¹. Mangels Interessengegensatzes wird auf eine Haftung der Mitglieder des Verwaltungs- bzw. Leitungsorgans im Sinne des Art. 20 Verschmelzungsrichtlinie für schuldhaftes Verhalten bei der Vorbereitung und dem Vollzug der Verschmelzung verzichtet⁹⁴². Das Recht der Aktionäre auf Einsicht in den Verschmelzungsbericht des Leitungs- bzw. Verwaltungsorgans und den Prüfungsbericht der Sachverständigen entfällt ebenfalls⁹⁴³.

⁹³⁵ Kritisch bzgl. des Verschmelzungsberichts: Ganske DB 1981, 1551 (1557) zu Art. 24 Verschmelzungsrichtlinie

⁹³⁶ Art. 31 Abs. 1 SE-VO i.V.m. den Umsetzungsvorschriften zu Art. 24 S. 1 Verschmelzungsrichtlinie. Siehe Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 217 zur Verschmelzungsrichtlinie.

⁹³⁷ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 197

⁹³⁸ Ganske DB 1981, 1551 (1557)

⁹³⁹ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 200

⁹⁴⁰ A.A. Teichmann ZGR 2002, 383 (431), der dies mit Art. 31 Abs. 1 S. 1 SE-VO begründet.

⁹⁴¹ Art. 24 S. 2 Verschmelzungsrichtlinie i.V.m. Art. 21 Verschmelzungsrichtlinie

⁹⁴² Art. 24 S. 2 Verschmelzungsrichtlinie i.V.m. Art. 20 Verschmelzungsrichtlinie

⁹⁴³ Art. 24 S. 2 Verschmelzungsrichtlinie i.V.m. Art. 11 Abs. 1 lit. d und e Verschmelzungsrichtlinie

Auch im vereinfachten Verfahren bleibt es dabei, dass die Hauptversammlungen der Gründungsgesellschaften der Verschmelzung zu einer SE zustimmen müssen⁹⁴⁴. Bezüglich nationaler Verschmelzungen können die Mitgliedstaaten gemäß Art. 25 Verschmelzungsrichtlinie unter bestimmten Voraussetzungen auf einen Verschmelzungsbeschluss verzichten. Die entsprechenden Vorschriften sind bei der Gründung einer SE nicht anzuwenden, da Art. 31 Abs. 1 S. 1 SE-VO keine Ausnahme von Art. 23 Abs. 1 SE-VO normiert. Die Verweisung in Art. 31 Abs. 1 S. 2 SE-VO beschränkt sich auf die in Umsetzung des Art. 24 Verschmelzungsrichtlinie erlassenen Vorschriften⁹⁴⁵.

Der Beschluss der Aktionäre der Muttergesellschaft hat bei der Gründung einer SE durch Verschmelzung eine andere Bedeutung als bei einer nationalen Verschmelzung. Bei einem nationalen upstream merger ist die Zustimmung der Aktionäre der aufnehmenden Muttergesellschaft entbehrlich, weil sich durch die Verschmelzung für sie im Wesentlichen nichts ändert. Aus der indirekten Beteiligung am Vermögen der Tochtergesellschaft wird lediglich eine direkte Beteiligung. Durch die Verschmelzung einer Tochter- auf ihre Muttergesellschaft nach der SE-Verordnung nimmt die Muttergesellschaft gleichzeitig die Rechtsform der SE an. Die Rechte der Aktionäre richten sich nach der Verschmelzung in erster Linie nicht mehr nach nationalem Recht, sondern nach der SE-Verordnung. Diese Veränderung bedarf der Zustimmung der Aktionäre der Muttergesellschaft⁹⁴⁶.

Bei der Zustimmung der Hauptversammlung der Tochtergesellschaft handelt es sich um eine reine Formalität, da die Hauptversammlung sich aus Vertretern der Muttergesellschaft, die die Verschmelzung anstrebt, zusammensetzt⁹⁴⁷.

Soweit die SE-Verordnung und die Verschmelzungsrichtlinie nichts anderes vorschreiben, kann das nationale Verschmelzungsrecht i.V.m. Art. 31 Abs. 1 S. 2 SE-VO

⁹⁴⁴ A.A. Teichmann ZGR 2002, 383 (431); a.A. auch Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 58 zu Art. 30 a Abs. 1 SE-VOV 1991, der sich von Art. 31 Abs. 1 SE-VO insbesondere dadurch unterscheidet, dass er die nicht anzuwendenden Verordnungsvorschriften nicht aufzählt und auf das vereinfachte Verfahren nach Kapitel IV der Verschmelzungsrichtlinie verweist, also nicht allein auf Art. 24 Verschmelzungsrichtlinie Bezug nimmt.

⁹⁴⁵ A.A. Teichmann ZGR 2002, 383 (431), der die Nennung des Art. 24 Verschmelzungsrichtlinie so versteht, dass für die in dieser Norm beschriebenen Fälle der Konzernverschmelzung das nationale Recht gelten soll.

⁹⁴⁶ Ebenso Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 199 f

⁹⁴⁷ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 188 und 200

weitere Erleichterungen vorsehen, etwa hinsichtlich der für die Anmeldung der Verschmelzung notwendigen Unterlagen⁹⁴⁸.

3. Das anwendbare Recht

Maßgeblich sind gemäß Art. 31 Abs. 1 S. 2 SE-VO die „einzelstaatlichen“ Vorschriften, denen die jeweilige Gründungsgesellschaft unterliegt. Trotz der Verwendung des Begriffs „einzelstaatliche Vorschriften“ handelt es sich um eine Sachnormverweisung⁹⁴⁹. Die Verweisung in Art. 31 Abs. 1 S. 2 SE-VO entspricht der Regelung des anwendbaren Rechts in Art. 18 SE-VO. Art. 31 Abs. 1 SE-VO dient lediglich der Klarstellung, dass die nationalen Vorschriften über das vereinfachte Verfahren anzuwenden sind.

Nehmen die Gründungsgesellschaften eine Handlung gemeinsam vor, sind – wie bei der Anwendung des Art. 18 SE-VO – die Vorschriften, denen die einzelnen Gründungsgesellschaften unterliegen, kumulativ anzuwenden. Maßgeblich ist das strengere Recht, so dass Verfahrenserleichterungen nur greifen, wenn die Rechtsordnungen aller betroffenen Gründungsgesellschaften sie vorsehen.

II. Mehrheitsbeteiligung nach Art. 31 Abs. 2

1. Voraussetzungen

Art. 31 Abs. 2 Unterabs. 1 SE-VO setzt voraus, dass „eine Gesellschaft, die Inhaberin mindestens 90%, nicht aber aller der in der Hauptversammlung einer anderen Gesellschaft Stimmrecht verleihenden Aktien und sonstigen Wertpapiere ist, eine Verschmelzung durch Aufnahme“⁹⁵⁰ vollzieht. Entgegen seines weiten Wortlauts ist Art. 31 Abs. 2 SE-VO nur einschlägig, wenn die Verschmelzung auf die mehrheitsbeteiligte Gesellschaft erfolgt⁹⁵¹. Denn nur für diesen Fall können die Mitgliedstaaten gemäß Art. 27 f Verschmelzungsrichtlinie ein vereinfachtes Verfahren vorsehen. Entsprechende nationale Vorschriften sind Voraussetzung für Verfahrenserleichterungen nach Art. 31 Abs. 2 SE-VO.

Aus dem Zusammenhang mit Art. 31 Abs. 1 SE-VO folgt, dass nicht nur Aktien, sondern auch sonstige Wertpapiere nur zählen, wenn sie Stimmrechte verleihen⁹⁵². Der Wortlaut des Art. 31 Abs. 2 SE-VO ist insoweit nicht eindeutig. Sonstiges Wertpapier in diesem

⁹⁴⁸ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 52

⁹⁴⁹ Siehe 2. Kap. C II 1a und 5

⁹⁵⁰ Auf die Verschmelzung durch Neugründung ist Art. 31 Abs. 2 SE-VO – wie auch Art. 27 bis 29 Verschmelzungsrichtlinie – nicht anzuwenden. A.A. noch Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 58 zu Art. 30 a SE-VOV 1991, der sich anders als Art. 31 SE-VO nicht ausdrücklich auf die Verschmelzung durch Aufnahme beschränkte.

⁹⁵¹ Ebenso Teichmann ZGR 2002, 383 (431)

⁹⁵² Nach deutschem Aktienrecht gewähren nur Aktien ein Stimmrecht in der Hauptversammlung, siehe Hüffer, AktG, § 12 Rn. 3

Sinne ist z.B. das *certificat de droit de vote* des französischen Aktienrechts, das durch Aufspaltung der Aktien in Vermögens- und Nichtvermögensrechte entsteht⁹⁵³.

Art. 31 Abs. 2 Unterabs. 2 SE-VO ermächtigt die Mitgliedstaaten, das vereinfachte Verfahren nach Unterabs. 1 darüber hinaus anzuwenden, wenn die aufnehmende Gesellschaft „Inhaberin von Aktien ist, welche mindestens 90% der Stimmrechte, nicht aber alle verleihen“. Sonstige Wertpapiere dürfen somit nicht mitgezählt werden. Im Gegensatz zum ersten Unterabsatz verlangt der zweite Unterabsatz des Art. 31 Abs. 2 SE-VO nicht den Besitz von mindestens 90 % der Stimmrecht verleihenden Wertpapiere, sondern von mindestens 90 % der Stimmrechte. Ein praktischer Unterschied besteht bei Mehrstimmrechten.

Die Verfahrenserleichterungen nach Unterabs. 1 sind nur dann möglich, wenn sie nach dem Gesellschaftsstatut der jeweiligen Gründungsgesellschaft vorgesehen sind. Wendet man Art. 31 Abs. 2 Unterabs. 1 SE-VO auf den Fall des Art. 31 Abs. 2 Unterabs. 2 SE-VO an, stellt sich das Problem, dass das nationale Verschmelzungsrecht gemäß der Verschmelzungsrichtlinie nur für die in Unterabs. 1 genannte Konstellation Sonderregelungen treffen darf. Verfahrenserleichterungen für den Fall, dass die aufnehmende Gesellschaft Aktien besitzt, die 90 % der Stimmrechte in der Hauptversammlung der übertragenden Gesellschaft verleihen, sind nur dann möglich, wenn gleichzeitig die Voraussetzungen des Art. 31 Abs. 2 Unterabs. 1 SE-VO vorliegen. Art. 31 Abs. 2 Unterabs. 1 kann daher nur entsprechend angewandt werden. Verschmelzungsbericht, Prüfung und Einsichtsrecht sind in der in Unterabs. 2 beschriebenen Konstellation entbehrlich, soweit die nationalen Vorschriften dies für den in Art. 31 Abs. 2 Unterabs. 1 SE-VO beschriebenen Fall vorsehen. Maßgeblich ist das Recht, dem die jeweilige Gründungsgesellschaft unterliegt.

Mittelbarer Aktienbesitz genügt auch im Rahmen des Art. 31 Abs. 2 SE-VO nicht, wie sich aus dem Wortlaut („Inhaberin“) und dem Zusammenhang mit Art. 31 Abs. 1 SE-VO schließen lässt. Die Vorschriften, die die Mitgliedstaaten in Umsetzung des Art. 29 Verschmelzungsrichtlinie erlassen haben, sind nicht anzuwenden.

Die SE-Verordnung bestimmt nicht, zu welchem Zeitpunkt die aufnehmende Gesellschaft Inhaberin der Wertpapiere sein muss. Entscheidend ist der Zweck der Verfahrenserleichterungen. Art. 31 Abs. 2 SE-VO bzw. Art. 28 Verschmelzungsrichtlinie sind das Ergebnis einer Abwägung zwischen den Interessen der Minderheitsaktionären und dem Interesse der aufnehmenden Gesellschaft an einer Verfahrensbeschleunigung.

⁹⁵³ Dazu Jaeger, Europäische Aktiengesellschaft, S. 105

Für den Fall, dass die Minderheitsaktionäre zu höchstens 10 % beteiligt sind und ein angemessenes Abfindungsangebot erhalten, hat der europäische Gesetzgeber der Verfahrensbeschleunigung den Vorrang eingeräumt. Da nur die Aktionäre, die von der Verschmelzung betroffen sind, eines Schutzes bedürfen, ist für die Frage der Mehrheitsbeteiligung der Zeitpunkt der Verschmelzung maßgeblich.

2. Verfahrensvereinfachungen

Die Mitgliedstaaten brauchen gemäß Art. 28 Verschmelzungsrichtlinie die Vorschriften über den Verschmelzungsbericht des Leitungs- bzw. Verwaltungsorgans, die Prüfung der Verschmelzung durch Sachverständigen und das Einsichtsrecht der Aktionäre nicht anzuwenden. Voraussetzung ist, dass die Minderheitsaktionäre der übertragenden Gesellschaft ein angemessenes Abfindungsangebot erhalten. Dem Schutz der Aktionäre dient anstelle des Verschmelzungsberichts und der Sachverständigenprüfung die gerichtliche Überprüfung der Barabfindung⁹⁵⁴. Art. 31 Abs. 2 Unterabs. 1 SE-VO stellt klar, dass die entsprechenden nationalen Vorschriften, die zur Umsetzung des Art. 28 Verschmelzungsrichtlinie erlassen wurden, auch im Rahmen der Gründung einer SE durch Verschmelzung gelten.

Der Verschmelzungsplan muss nicht von Sachverständigen geprüft werden. Art. 31 Abs. 2 Unterabs. 1 SE-VO erklärt zwar nur den „Bericht eines oder mehrerer unabhängiger Sachverständiger“ für entbehrlich. Ohne anschließenden Bericht kann die Prüfung ihren Zweck, die Aktionäre zu informieren, aber nicht erfüllen. Art. 31 Abs. 2 Unterabs. 1 SE-VO lehnt sich an Art. 28 Verschmelzungsrichtlinie an, der es den Mitgliedstaaten freistellt, die gesamten Vorschriften über die Prüfung durch Sachverständige anzuwenden.

Was unter den „zur Kontrolle notwendigen Unterlagen“ zu verstehen ist, erklärt sich ebenfalls durch eine Blick auf Art. 28 Verschmelzungsrichtlinie. Danach kann das in Art. 11 Verschmelzungsrecht normierte Einsichtsrecht der Aktionäre eingeschränkt oder aufgehoben werden.

Art. 31 Abs. 2 Unterabs. 1 SE-VO zählt die entbehrlichen Verfahrensschritte abschließend auf. Ein Anteilsübergang nach Art. 29 Abs. 1 lit. b SE-VO findet daher auch insoweit statt, als die aufnehmende Gesellschaft Anteile an der übertragenden Gesellschaft hält⁹⁵⁵. Die Hauptversammlung jeder Gründungsgesellschaft muss der Verschmelzung zustimmen, auch wenn der jeweilige Mitgliedstaat für das vereinfachte Verfahren gemäß Art. 27 Verschmelzungsrichtlinie etwas anderes bestimmt⁹⁵⁶. Art. 23

⁹⁵⁴ Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 217

⁹⁵⁵ Siehe dazu 3. Kap. B II 3

⁹⁵⁶ A.A. Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 58 zu Art. 30 a Abs. 2 SE-VOV 1991, der die entbehrlichen Verfahrensschritte nicht aufzählte

Abs. 1 SE-VO geht den entsprechenden nationalen Vorschriften vor⁹⁵⁷. Grund für die unterschiedliche Behandlung der Verschmelzung nach der SE-Verordnung dürfte – wie im Rahmen des Art. 31 Abs. 1 SE-VO⁹⁵⁸ - der mit der Verschmelzung verbundene Rechtsformwechsel sein⁹⁵⁹.

3. Das anwendbare Recht

Die aufgezählten Verfahrensschritte sind gemäß Art. 31 Abs. 2 Unterabs. 1 SE-VO nur „insoweit erforderlich, als dies entweder in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften, denen die übernehmende Gesellschaft unterliegt, oder in den für die übertragende Gesellschaft maßgeblichen Rechtsvorschriften vorgesehen ist“⁹⁶⁰. Diese Formulierung könnte so verstanden werden, dass die für die übernehmende Gesellschaft geltenden Vorschriften und das Recht, dem die übertragende Gesellschaft unterliegt, kumulativ anzuwenden sind und die strengere Norm maßgeblich ist. Dann könnte die aufnehmende Gesellschaft auf die Erstellung eines Verschmelzungsberichts nur verzichten, wenn sowohl das für sie geltende Verschmelzungsrecht als auch die Vorschriften, denen die übertragende Gesellschaft unterliegt, dies zuließen. Einer solchen Auslegung steht der Zweck des Art. 31 Abs. 2 SE-VO entgegen. Der Verschmelzungsbericht und die Prüfung durch Sachverständige sind nicht erforderlich, soweit die Interessen der Minderheitsaktionäre durch ein angemessenes Abfindungsangebot gewahrt werden. Ob dies der Fall ist, muss für jede Gesellschaft gesondert beurteilt werden, da sich der Schutz der Minderheitsaktionäre gemäß Art. 24 Abs. 2 und 25 Abs. 3 SE-VO nach dem Recht richtet, dem die jeweilige Gründungsgesellschaft unterliegt. Deshalb ist allein das für die jeweilige Gründungsgesellschaft geltende Recht maßgeblich dafür, ob zum Schutz der Minderheitsaktionäre ein Verschmelzungsbericht und eine Prüfung durch Sachverständige notwendig sind. Dafür spricht außerdem Art. 18 SE-VO, wonach auf jede Gründungsgesellschaft subsidiär die Vorschriften des Mitgliedstaates, dessen Recht sie unterliegt, anzuwenden sind.

Eine Einschränkung der Verweisung könnte sich aus Art. 28 Verschmelzungsrichtlinie im Zusammenhang mit Art. 25 Abs. 3 SE-VO ergeben. Gemäß Art. 28 lit. c Verschmelzungsrichtlinie dürfen die Mitgliedstaaten das Verfahren nur unter der Voraussetzung vereinfachen, dass die Minderheitsaktionäre die Höhe der Abfindung gerichtlich überprüfen lassen können. Ein im nationalen Verschmelzungsrecht vorgesehenes Verfahren zur Abfindung von Minderheitsaktionären kann gemäß Art. 25

⁹⁵⁷ Ebenso Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 199 f

⁹⁵⁸ Siehe 5. Kap. C I 2

⁹⁵⁹ Ebenso Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 199 f

Abs. 3 SE-VO durchgeführt werden, wenn die Hauptversammlungen der anderen Gründungsgesellschaften in Mitgliedstaaten, die ein solches Verfahren nicht kennen, dies ausdrücklich akzeptieren. Da die Aktionäre der anderen Gründungsgesellschaft kein Interesse an einer Erhöhung der Barabfindung haben, ist ihre Zustimmung sehr fraglich⁹⁶¹. Stimmen sie nicht zu, kann der Verlust an Informationsrechten, den die Aktionäre durch das vereinfachte Verfahren erleiden, nicht durch eine Überprüfbarkeit der Barabfindung ausgeglichen werden. Nach dem Rechtsgedanken des Art. 28 Verschmelzungsrichtlinie müssten die Berichte erstellt und den Aktionären ein Einsichtsrecht gewährt werden. Art. 31 Abs. 2 SE-VO verknüpft die Anwendung des vereinfachten Verfahrens jedoch nicht mit der gerichtlichen Überprüfbarkeit der Abfindung. Er verweist allein auf die nationalen Vorschriften über das vereinfachte Verfahren. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber den Gedanken des Art. 28 Verschmelzungsrichtlinie im Rahmen des Art. 31 Abs. 2 SE-VO modifiziert hat und die theoretische Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfbarkeit der Abfindung genügen lässt. Die Anwendung des vereinfachten Verfahrens wäre ansonsten mit erheblichen Unsicherheiten verbunden, weil seine Zulässigkeit erst feststünde, wenn die Hauptversammlung der anderen Gründungsgesellschaft über die Verschmelzung - und damit verbunden - die Durchführung des Verfahrens nach Art. 25 Abs. 3 SE-VO beschlossen hätte. Der Verschmelzungsbericht, die Prüfung der Verschmelzung durch Sachverständige und das Einsichtsrecht der Aktionäre müssten diesem Beschluss jedoch - erforderlichenfalls - vorausgehen.

Erfüllt von mehreren übertragenden Gesellschaften nur eine die Voraussetzungen des Art. 31 Abs. 2 SE-VO, sind die Vorschriften über Verschmelzungsbericht, Prüfung und Einsichtsrecht nur im Verhältnis zwischen ihr und der aufnehmenden Gesellschaft nicht anzuwenden. Das folgt aus dem Wort „insoweit“ und der Bezugnahme auf die Vorschriften, denen die aufnehmende und „die übertragende Gesellschaft“ - und nicht etwa die übertragenden Gesellschaften - unterliegen.

D. Kapitalaufbringung

Das Grundkapital der SE muss gemäß Art. 4 Abs. 2 SE-VO mindestens 120.000 € betragen. Art. 4 Abs. 2 SE-VO verwendet den Begriff „gezeichnetes Kapital“, da in

⁹⁶⁰ Hierbei handelt es sich um eine Sachnormverweisung, siehe 2. Kap. C II 1a und 5.

⁹⁶¹ Ebenso Teichmann ZGR 2002, 383 (428)

einigen Mitgliedstaaten Nominalkapital und gezeichnetes Kapital nicht identisch sind⁹⁶². Es handelt sich um den Betrag, zu dessen Einbringung sich die Gründungsgesellschaften verpflichtet haben⁹⁶³. Verlangen die Rechtsvorschriften des Sitzstaates der SE ein höheres Grundkapital für Gesellschaften, die bestimmte Arten von Tätigkeiten ausüben, sind diese Vorschriften gemäß Art. 4 Abs. 3 SE-VO auch auf SE anzuwenden. Entsprechende Sonderregelungen gelten insbesondere für Versicherungsunternehmen und Kreditinstitute⁹⁶⁴. Die Höhe des gezeichneten und ggf. des genehmigten Kapitals ist in der Satzung anzugeben⁹⁶⁵.

Art. 4 Abs. 2 und 3 SE-VO regelt das Mindestkapital der SE abschließend. Nationale Vorschriften, die ein geringeres Mindestkapital vorsehen, sind wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts nicht anzuwenden. Art. 5 SE-VO steht ausdrücklich unter dem Vorbehalt des Art. 4 Abs. 2 SE-VO. Sollte ein Mitgliedstaat ein höheres Grundkapital fordern, ist die entsprechende Norm nur unter der Voraussetzung des Art. 4 Abs. 3 SE-VO auf die SE anzuwenden. Wären strengere nationale Vorschriften bereits über Art. 5 oder 15 Abs. 1 SE-VO anzuwenden, wäre Art. 4 Abs. 3 SE-VO überflüssig. Der europäische Gesetzgeber hat das Mindestkapital bewusst nicht höher angesetzt, um kleinen und mittleren Unternehmen den Zugang zur SE nicht zu versperren⁹⁶⁶.

Im Übrigen verweist die SE-Verordnung hinsichtlich des Kapitals und der Kapitalaufbringung auf das Recht der Mitgliedstaaten. Solange die SE noch nicht im Register ihres Sitzstaates eingetragen ist, bestimmt Art. 15 Abs. 1 SE-VO und nicht Art. 5 SE-VO das anwendbare Recht⁹⁶⁷.

Bei der Verschmelzung durch Aufnahme wie bei der Verschmelzung durch Neugründung wird das Vermögen der übertragenden Gesellschaft als Sacheinlage eingebracht. Im Gegenzug erhalten die Aktionäre der übertragenden Gesellschaften Aktien der SE. Bei beiden Verschmelzungsformen ist das Verbot der Unterpari-Emission, das gemäß Art. 8

⁹⁶² Zum Beispiel in den Niederlanden und in Großbritannien; das Nominalkapital drückt dabei nur aus, bis zu welchem Betrag die Gesellschaft Aktien ausgeben kann, ohne die Satzung ändern zu müssen, vgl. Jaeger, Europäische Aktiengesellschaft, S. 27 und 39

⁹⁶³ So die Europäische Kommission in ihrer Begründung zum Entwurf von 1991, BT-Drucksache 12/1004 vom 30.7.91 zu Art. 4

⁹⁶⁴ Die entsprechenden Vorschriften wurden harmonisiert durch die Zweite Richtlinie vom 23.02.1988 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute (ABl Nr. C 84 vom 31.3.1988, S. 1), Erste Richtlinie vom 24.7.1973 über die Aufnahme und Ausübung der Direktversicherung (ohne Lebensversicherung), (ABl Nr. L 228 vom 16.8.1973, S. 3); Erste Richtlinie vom 5.3. 1979 über die Aufnahme und Ausübung der Direktversicherung (Lebensversicherung) (ABl Nr. L 63 vom 13.3.1979, S. 13).

⁹⁶⁵ Art. 2 lit. c Kapitalrichtlinie

⁹⁶⁶ Siehe 13. Erwägungsgrund

Kapitalrichtlinie gemeinschaftsweit gilt, zu beachten. Der Nennwert bzw. der rechnerische Wert der Aktien, die an die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft ausgegeben werden, darf nicht höher sein als der Wert des Vermögens der übertragenden Gesellschaft⁹⁶⁸. Erfolgt die Verschmelzung auf eine bestehende Gesellschaft, sollen die Vorschriften über die Kapitalerhöhung eine Unterpri-Emission verhindern. Bei einer Verschmelzung durch Neugründung wird die Kapitalaufbringung durch die Gründungsvorschriften gewährleistet. Die Vorschriften über die Kapitalerhöhung bzw. die Gründungsvorschriften gelangen mit den Einschränkungen zur Anwendung, die bei der Verschmelzung nationaler Aktiengesellschaften im künftigen Sitzstaat der SE gelten. Eine Prüfung der Sacheinlagen durch Sachverständige ist bei einer Verschmelzung durch Neugründung oder einer Kapitalerhöhung im Rahmen einer Verschmelzung durch Aufnahme gemeinschaftsrechtlich nicht vorgeschrieben⁹⁶⁹. Der europäische Gesetzgeber hat die Prüfung des Verschmelzungsplans durch Sachverständige gemäß Art. 10 Verschmelzungsrichtlinie i.V.m. Art. 22 SE-VO als ausreichend angesehen⁹⁷⁰. Ebenfalls nach dem Recht des künftigen Sitzstaates der SE richten sich die Konsequenzen eines Verstoßes gegen das Verbot der Unterpri-Emission, insbesondere, ob die Durchführung der Kapitalerhöhung bzw. die Gründung der SE eingetragen werden darf⁹⁷¹ und ob die Aktionäre der SE für die Differenz zwischen dem Nennbetrag der Aktien und dem Wert der erbrachten Einlage haften⁹⁷².

War ein Aktionär der übertragenden Gesellschaft dieser gegenüber noch zur Leistung einer Einlage verpflichtet, besteht diese Pflicht nach der Verschmelzung infolge der Gesamtrechtsnachfolge gegenüber der SE fort. Wann und wie die Einlagepflicht zu erfüllen ist, richtet sich dann gemäß Art. 5 SE-VO nach dem Recht des künftigen Sitzstaates der SE.

⁹⁶⁷ Siehe 2. Kapitel C I 6 zur Kapitalaufbringung im Rahmen der Gründung der SE im Allgemeinen und 3. Kap. II 2 zur Kapitalerhöhung, die zur Durchführung der Verschmelzung erfolgt

⁹⁶⁸ Vgl. Rieger in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 36 UmwG Rn. 163

⁹⁶⁹ Art. 27 Abs. 3 Kapitalrichtlinie; 23 Abs. 4 Verschmelzungsrichtlinie

⁹⁷⁰ Anders der deutsche Gesetzgeber, siehe Begründung zum Entwurf des Verschmelzungsrichtlinie-Gesetzes vom 23.11.81, BT-Drucks. 9/1065 S. 16; siehe auch Priester NJW 1983, 1459 (1462)

⁹⁷¹ Zur Regelung im deutschen Verschmelzungsrecht siehe Rieger in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 36 UmwG Rn. 166 und § 69 Rn. 34

⁹⁷² Zur Regelung im deutschen Verschmelzungsrecht siehe Rieger in: Widmann/ Mayer, Umwandlungsrecht, § 36 UmwG Rn. 167 und Grunewald in: Lutter, UmwG, § 69 Rn. 27

E. Vorschriften zum Schutz der Gläubiger und Minderheitsaktionäre

I. Schutz der Gläubiger

Art. 24 Abs. 1 SE-VO verweist hinsichtlich des Gläubigerschutzes auf das Recht des Mitgliedstaates, das für die jeweilige Gründungsgesellschaft gilt. Es soll „wie bei einer Verschmelzung von Aktiengesellschaften unter Berücksichtigung des grenzüberschreitenden Charakters der Verschmelzung Anwendung“ finden. Die Mitgliedstaaten dürfen demnach besondere Regelungen in Bezug auf die SE treffen, die von dem für Aktiengesellschaften geltenden Verschmelzungsrecht abweichen, soweit der grenzüberschreitende Charakter der Verschmelzung dies rechtfertigt. Ein weitergehender oder anders gestalteter Schutz der Gläubiger kann erforderlich sein, weil bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung – im Unterschied zu einer nationalen Verschmelzung – die Forderung nach der Verschmelzung häufig gegenüber einer ausländischen Schuldnerin durchgesetzt werden muss⁹⁷³. Die Verbindlichkeit gegenüber der Gründungsgesellschaft geht durch die Verschmelzung auf die SE über. Infolge des Erfordernisses der Mehrstaatlichkeit und des europäischen Charakters der Rechtsform wird die SE ihren Sitz häufig in einem anderen Mitgliedstaat als die Gründungsgesellschaft haben. Die gerichtliche Geltendmachung der Forderung und der Zugriff auf das Vermögen der SE werden erschwert. Der Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers ist geringer als bei Art. 24 Abs. 2 SE-VO, der ausdrücklich zum Erlass besonderer Vorschriften zum Schutz der Minderheitsaktionäre ermächtigt, ohne auf das für Aktiengesellschaften geltende Recht Bezug zu nehmen⁹⁷⁴.

Grundsätzlich sind daher die Vorschriften über den Gläubigerschutz bei nationalen Verschmelzungen auf die SE anzuwenden. Erlässt der nationale Gesetzgeber keine Sonderregelung für die SE, ist der grenzüberschreitende Charakter der SE im Rahmen der Auslegung des für Aktiengesellschaften geltenden Rechts zu berücksichtigen. Selbst dort, wo der Gesetzgeber dies nicht ausdrücklich anordnet, sind die Vorschriften, auf die die SE-Verordnung verweist, u.U. sinngemäß anzuwenden⁹⁷⁵. Die ausdrückliche Einschränkung in Art. 24 Abs. 1 SE-VO legt den Schluss nahe, dass eine rein sinngemäße Anwendung gerechtfertigt ist⁹⁷⁶.

⁹⁷³ Vgl. Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 199

⁹⁷⁴ Allerdings setzt Art. 10 SE-VO dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Rahmen des Art. 24 Abs. 2 SE-VO Grenzen, siehe 5. Kap. E II.

⁹⁷⁵ Siehe 2. Kap. C IV 2

⁹⁷⁶ Brandt/ Scheifele DStR 2002, 547 (554)

Aus der Formulierung („Recht..., das jeweils für die sich verschmelzenden Gesellschaften gilt“) ergibt sich, dass die Gläubiger sich nur auf Schutzvorschriften des Rechts berufen können, dem diejenige Gründungsgesellschaft unterliegt, mit der sie in Beziehung stehen.

Art. 24 Abs. 1 lit. a SE-VO bezieht sich auf die Gläubiger der Gründungsgesellschaften im Allgemeinen, während Art. 24 Abs. 1 lit. b und c Sonderregelungen für bestimmte Gruppen von Gläubigern treffen⁹⁷⁷. Diese Einteilung ist den Art. 13 bis 15 Verschmelzungsrichtlinie⁹⁷⁸ entnommen, durch die die Gläubigerschutzvorschriften der Mitgliedstaaten harmonisiert wurden.

1. Allgemeiner Gläubigerschutz

Die Vorschriften zum Schutz der Gläubiger der Gründungsgesellschaften im Sinne des Art. 24 Abs. 1 lit. a SE-VO sind Gegenstand des Art. 13 Verschmelzungsrichtlinie. Gemäß Art. 13 Abs. 1 Verschmelzungsrichtlinie sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, ein „angemessenes Schutzsystem für die Interessen der Gläubiger“ zu schaffen. Zu schützen sind diejenigen Gläubiger, deren Forderungen vor der Bekanntmachung des Verschmelzungsplans⁹⁷⁹ entstanden und zum Zeitpunkt der Bekanntmachung noch nicht fällig sind. Art. 13 Verschmelzungsrichtlinie fordert in der deutschen Übersetzung zwar nicht, dass die Forderungen fällig, sondern dass sie noch nicht „erloschen“ sind. Dabei handelt es sich jedoch um ein Redaktionsversehen, wie ein Blick auf die französische und englische Fassung des Artikels zeigt⁹⁸⁰. Die Gläubiger, deren Forderung fällig ist, bedürfen keines besonderen Schutzes, weil sie den Anspruch sofort einklagen können⁹⁸¹. Art. 13 Verschmelzungsrichtlinie eröffnet dem nationalen Gesetzgeber Spielraum bei der Ausgestaltung des Schutzsystems. Den Mitgliedstaaten steht es frei, den Schutz von bestimmten formalen Voraussetzungen abhängig zu machen⁹⁸². Sie können ihn a priori oder a posteriori gewähren⁹⁸³. Die nationalen Vorschriften müssen den Gläubigern aber zumindest einen Anspruch auf angemessene Sicherheitsleistungen verleihen⁹⁸⁴, wenn die

⁹⁷⁷ Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 231 zu Art. 13 bis 15 Verschmelzungsrichtlinie

⁹⁷⁸ Bei einer Verschmelzung durch Neugründung sind diese Vorschriften in Verbindung mit Art. 23 Verschmelzungsrichtlinie anzuwenden.

⁹⁷⁹ Zur Bekanntmachung des Verschmelzungsplans gemäß Art. 6 Verschmelzungsrichtlinie siehe 5. Kap. B II

⁹⁸⁰ Die französische Fassung der Verschmelzungsrichtlinie verwendet den Begriff „échues“, die englische die Formulierung „have not fallen due“. Siehe Ganske DB 1981, 1551 (1555 Fn. 35); Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 56.

⁹⁸¹ Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 56

⁹⁸² Sonnenberger AG 1971, 76 (81) zu Art. 11 des dritten Vorschlags einer Verschmelzungsrichtlinie von 1970

⁹⁸³ Ganske DB 1981, 1551 (1555)

⁹⁸⁴ Art. 13 Abs. 2 Verschmelzungsrichtlinie

Lage der Gründungsgesellschaften einen solchen Schutz erforderlich macht und die Gläubiger nicht schon derartige Garantien haben.

Geschützt werden müssen die Gläubiger der aufnehmenden wie die der übertragenden Gesellschaft. Die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft erhalten durch die Verschmelzung eine andere Schuldnerin, die möglicherweise weniger solvent ist oder ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat⁹⁸⁵. Die Gläubiger der aufnehmenden Gesellschaft können durch die Verschmelzung Nachteile erleiden, weil ihre Schuldnerin für die Verbindlichkeiten der anderen Gründungsgesellschaften einstehen muss und die Gläubiger der übertragenden Gesellschaften mit ihnen um die Befriedigung konkurrieren⁹⁸⁶. Dank des Verbots der Unterprior-Emission und der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Verschmelzung wird das Zugriffsobjekt durch die Verschmelzung nur selten geschmälert werden. Deshalb erlaubt Art. 13 Abs. 3 SE-VO, den Schutz für die Gläubiger der aufnehmenden Gesellschaft und für die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft(en) unterschiedlich zu gestalten.

2. Schutz der Anleihegläubiger

Die in Art. 24 Abs. 1 lit. b SE-VO genannten Anleihegläubiger sind gemäß Art. 14 Verschmelzungsrichtlinie unter den gleichen Voraussetzungen und auf die gleiche Weise wie sonstige Gläubiger zu schützen, es sei denn, eine gesetzlich vorgesehene Versammlung der Anleihegläubiger oder jeder einzelne Anleihegläubiger hat der Verschmelzung zugestimmt. Der Begriff Anleihegläubiger im Sinne des Art. 24 Abs. 1 lit. b SE-VO wird nach dem Willen des Gesetzgebers⁹⁸⁷ durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bestimmt. Eine Versammlung der Anleihegläubiger ist im französischen Gesellschaftsrecht vorgesehen⁹⁸⁸. Art. 14 Verschmelzungsrichtlinie stellt klar, dass Vorschriften über die gemeinsame Ausübung der Rechte der Anleihegläubiger daneben anwendbar bleiben.

3. Schutz der Inhaber von mit Sonderrechten ausgestatteten sonstigen Wertpapieren

Art. 24 Abs. 1 lit. c SE-VO nimmt Bezug auf die Vorschriften zum Schutz der Inhaber anderer Wertpapiere, die mit Sonderrechten gegenüber den Gründungsgesellschaften verbunden, jedoch keine Aktien sind. Unter diese Personengruppe fallen insbesondere die Inhaber von handel- und übertragbaren Rechten an der übertragenden Gesellschaft, bei

⁹⁸⁵ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 198; Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 221

⁹⁸⁶ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 198; Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 231

⁹⁸⁷ Protokoll des Rates der Europäischen Gemeinschaften, Ratsdokument R 2337/78 vom 5.10.1978, zitiert nach Ganske DB 1981, 1551 (1555 Fn. 37)

⁹⁸⁸ Sonnenberger AG 1971, 76 (81); Jaeger, Europäische Aktiengesellschaft, S. 36

denen es sich nicht um Rechte der Gläubiger handelt, auf die bereits in Art. 13 Verschmelzungsrichtlinie Bezug genommen wird⁹⁸⁹. Wandel- oder Optionsanleihegläubiger werden nicht über Art. 24 Abs. 1 lit. c SE-VO geschützt, da insoweit Art. 24 Abs. 1 lit. b SE-VO und die gemäß Art. 14 Verschmelzungsrichtlinie erlassenen Vorschriften spezieller sind. Nach deutschem Recht fallen unter Art. 24 Abs. 1 lit. c SE-VO die Inhaber von Wandelschuldverschreibungen, Gewinnschuldverschreibungen und Genussscheinen⁹⁹⁰.

Die Inhaber von Wertpapieren, die mit Sonderrechten gegenüber den Gründungsgesellschaften ausgestattet sind, werden mit Vollzug der Verschmelzung Gläubiger der SE. Ihr Anspruch gegen die Gründungsgesellschaft bestehen infolge der Gesamtrechtsnachfolge nach Art. 29 Abs. 1 lit. a, Abs. 2 lit. a SE-VO grundsätzlich inhaltlich unverändert gegenüber der SE fort. Gewähren die Wertpapiere ein Recht auf Umtausch oder Bezug von Aktien, richtet sich der Anspruch nach der Verschmelzung auf Aktien der SE⁹⁹¹.

Art. 15 Verschmelzungsrichtlinie soll die Wertpapierinhaber vor einer Verwässerung ihrer Rechte schützen⁹⁹². Sie müssen in der SE Rechte erhalten, die mindestens denen gleichwertig sind, die sie in der übertragenden Gesellschaft hatten. Erforderlich ist eine wirtschaftliche Gleichwertigkeit⁹⁹³. Bei Wandelschuldverschreibungen muss das Bezugs- oder Umtauschverhältnis, bei Gewinnschuldverschreibungen die prozentuale Bindung an die Dividende nicht exakt bestehen bleiben⁹⁹⁴.

Ein Anspruch auf Gewährung gleichwertiger Rechte besteht gemäß Art. 15 Verschmelzungsrichtlinie nicht, wenn eine Versammlung der Inhaber – sofern die einzelstaatlichen Vorschriften eine solche Versammlung vorsehen⁹⁹⁵ – der Änderung dieser Rechte oder jeder einzelne Inhaber der Änderung seines Rechts zugestimmt hat.

⁹⁸⁹ Protokoll des Rates der Europäischen Gemeinschaften, zitiert nach Begründung zum Entwurf des Verschmelzungsrichtlinie-Gesetzes vom 23.11.81, BT-Drucks. 9/1065 S. 19

⁹⁹⁰ Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 57; Begründung zum Entwurf des Verschmelzungsrichtlinie-Gesetzes vom 23.11.81, BT-Drucks. 9/1065 S. 19; Ganske DB 1981, 1551 (1555)

⁹⁹¹ Sonnenberger AG 1971, 76 (81) zum dritten Vorschlag einer Verschmelzungsrichtlinie von 1970

⁹⁹² Begründung zum Entwurf des Verschmelzungsrichtlinie-Gesetzes vom 23.11.81, BT-Drucks. 9/1065 S. 19; Ganske DB 1981, 1551 (1555); Priester NJW 1983, 1459 (1464)

⁹⁹³ Begründung zum Entwurf des Verschmelzungsrichtlinie-Gesetzes vom 23.11.81, BT-Drucks. 9/1065 S. 19; Ganske DB 1981, 1551 (1555); Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 57

⁹⁹⁴ Ganske DB 1981, 1551 (1555); Begründung zum Entwurf des Verschmelzungsrichtlinie-Gesetzes vom 23.11.81, BT-Drucks. 9/1065 S. 19; Leupold, Europäische Aktiengesellschaft, S. 57

⁹⁹⁵ Entsprechende Vorschriften existieren z.B. in Frankreich, siehe Sonnenberger AG 1971, 76 (81).

Das Gleiche gilt, wenn die Wertpapierinhaber einen Anspruch auf Rückkauf ihrer Wertpapiere durch die übernehmende Gesellschaft haben.

Da die Inhaber anderer Wertpapiere im Sinne des Art. 24 Abs. 1 lit. c SE-VO Gläubiger einer Gründungsgesellschaft sind, können sie daneben Anspruch auf Sicherheitsleistung gemäß den nach Art. 13 Verschmelzungsrichtlinie erlassenen Vorschriften haben⁹⁹⁶.

II. Schutz der Minderheitsaktionäre

Der Verschmelzungsbeschluss und die vorangehende Information der Aktionäre dienen dem Schutz der Aktionäre der Gründungsgesellschaften. Da es genügt, wenn die Mehrheit der Aktionäre der Verschmelzung zustimmt, sind die Minderheitsaktionäre nur begrenzt geschützt. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Mehrheitsaktionäre die Verschmelzung bei einem ungünstigen Umtauschverhältnis ablehnen würden. Die Zustimmung der Mehrheit der Aktionäre gewährleistet daher, dass die Beteiligung der Minderheitsaktionäre an der SE ihrer Beteiligung an der Gründungsgesellschaft annähernd entspricht. Der erforderliche Hauptversammlungsbeschluss bietet außerdem eine gewisse Sicherheit, dass die Verschmelzung wirtschaftlich zweckmäßig ist⁹⁹⁷.

Unter bestimmten Voraussetzungen findet ein Verfahren zur Kontrolle und Änderung des Umtauschverhältnisses der Aktien⁹⁹⁸ oder zur Abfindung von Minderheitsaktionären, das in dem für die Gründungsgesellschaft geltenden Recht vorgesehen ist, Anwendung. Zum einen darf das Verfahren die Eintragung der Verschmelzung nicht hindern. Zum anderen müssen die Hauptversammlungen der anderen Gründungsgesellschaften, soweit nach dem für sie geltenden Recht ein solches Verfahren nicht möglich ist, im Rahmen des Beschlusses über den Verschmelzungsplan nach Art. 23 Abs. 1 SE-VO dem Verfahren ausdrücklich zugestimmt haben. Die Aktionäre der Gründungsgesellschaften, denen ein Verfahren zur Kontrolle und Änderung des Umtauschverhältnisses nicht zusteht, werden der Durchführung eines solchen Verfahrens nur zustimmen, wenn eine Entscheidung zu Lasten der klagenden Aktionäre möglich und wahrscheinlich ist⁹⁹⁹. Die Aktionäre der Gründungsgesellschaften, deren Recht ein solches Verfahren nicht kennt, haben sonst nur Nachteile zu erwarten. Ihre Zustimmung führt nicht dazu, dass auch ihnen ein solches Verfahren zusteht. Da die Zuzahlung aus dem Vermögen der SE zu bezahlen ist, geht eine Entscheidung zugunsten der Aktionäre einer Gründungsgesellschaft zu Lasten der

⁹⁹⁶ Sonnenberger AG 1971, 76 (81); Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 231

⁹⁹⁷ Hommelhoff/ Riesenhuber in: Grundmann, Systembildung, S. 259 (274)

⁹⁹⁸ Eine Anfechtungsklage, die sich auf die Behauptung eines fehlerhaften Umtauschverhältnisses stützt, ist kein Verfahren in diesem Sinne, da mit der Klage das Umtauschverhältnis nicht geändert werden kann. Im Ergebnis ebenso Teichmann ZGR 2002, 383 (428).

übrigen Aktionäre. Für die übernehmende Gesellschaft und ihre Aktionäre ist die Verfahrensentscheidung gemäß Art. 25 Abs. 3 S. 4 SE-VO bindend.

Um die Minderheitsaktionäre, die in der Hauptversammlung gegen die Verschmelzung gestimmt haben, angemessen zu schützen, können die Mitgliedstaaten gemäß Art. 24 Abs. 2 SE-VO weitergehende Vorschriften erlassen. Art. 24 Abs. 2 SE-VO enthält eine Ermächtigung¹⁰⁰⁰, keine Verweisung auf das für Aktiengesellschaften geltende Recht. Jeder Mitgliedstaat kann Vorschriften in Bezug auf jene Gründungsgesellschaften erlassen, die seinem Recht unterliegen. Will der Mitgliedstaat Minderheitsaktionäre bei der Gründung einer SE anders schützen als Minderheitsaktionäre im Rahmen einer nationalen Verschmelzung, muss er dies sachlich begründen¹⁰⁰¹. Ein weitergehenden Schutz der Minderheitsaktionäre im Sinne des Art. 24 Abs. 2 SE-VO kann damit gerechtfertigt werden, dass sich das Verhältnis zwischen den Aktionären und der Gesellschaft nach der Verschmelzung nach einem anderen Recht richtet als vor der Verschmelzung¹⁰⁰². Da Art. 24 Abs. 2 SE-VO zum Erlass spezieller Regelungen ermächtigt, spricht eine Vermutung dafür, dass eine Unterscheidung zwischen nationalen Verschmelzungen und Verschmelzungen nach der SE-Verordnung gerechtfertigt ist.

Der Schutz ist angemessen, wenn die Interessen der Minderheitsaktionäre und die Interessen der Gläubiger und sonstiger Forderungsberechtigten in einem ausgewogenen Verhältnis stehen¹⁰⁰³. In nationalen Verschmelzungsvorschriften werden Minderheitsaktionäre häufig durch ein Austrittsrecht mit Abfindungsangebot geschützt¹⁰⁰⁴. Bei der Gründung einer SE ist dies nur in den Grenzen des Art. 25 Abs. 3 SE-VO möglich. Indem diese Vorschrift ein Verfahren zur Abfindung von Minderheitsaktionären nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässt, schränkt sie gleichzeitig die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers im Rahmen des Art. 24 Abs. 2 SE-VO ein¹⁰⁰⁵. Art. 25 Abs. 3 SE-VO beruht auf der Überlegung, dass das Vermögen der SE und damit die übrigen Aktionäre für eine Zuzahlung oder Barabfindung der Minderheitsaktionäre nur aufkommen müssen, wenn ihnen ebenfalls ein Verfahren zur Kontrolle und Änderung des Umtauschverhältnisses oder zur Abfindung von

⁹⁹⁹ Teichmann ZGR 2002, 383 (428)

¹⁰⁰⁰ Hommelhoff/ Teichmann SZW 2002, 1 (8)

¹⁰⁰¹ Art. 10 SE-VO und 5. Erwägungsgrund zur SE-VO, siehe 2. Kap. C II 2 a

¹⁰⁰² Die Verschmelzungsrichtlinie schreibt einen besonderen Schutz der Minderheitsaktionäre nicht vor. Da bei einer nationalen Verschmelzung das Gesellschaftsstatut nicht wechselt, wurden die Vorschriften zum Schutz der Aktionäre im Allgemeinen für ausreichend erachtet, siehe Sonnenberger AG 1971, 76 (80 f).

¹⁰⁰³ Vgl. 25 Erwägungsgrund

¹⁰⁰⁴ Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft, S. 201 (Fn. 64); Teichmann ZGR 2002, 383 (425)

¹⁰⁰⁵ A.A. Teichmann ZGR 2002, 383 (426)

Minderheitsaktionären zusteht oder sie der Durchführung des Verfahrens zugunsten der Aktionäre einer anderen Gründungsgesellschaft ausdrücklich zugestimmt haben¹⁰⁰⁶. Von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet macht es keinen Unterschied, ob das Verfahren in dem für Aktiengesellschaften geltenden Verschmelzungsrecht vorgesehen ist oder durch das Ausführungsgesetz zur SE-Verordnung eingeführt wird. Eine Abfindung der Minderheitsaktionäre ist daher nur möglich, wenn das Verfahren die Eintragung der Verschmelzung nicht hindert und die Hauptversammlungen der Gründungsgesellschaften, deren Aktionäre auf ein solches Verfahren nicht zurückgreifen können, dem Verfahren ausdrücklich zugestimmt haben.

F. Gründungsmängel und Wirksamkeit der Verschmelzung

Gemäß Art. 30 Unterabs. 1 SE-VO kann eine Verschmelzung nach ihrer Eintragung grundsätzlich nicht mehr für nichtig erklärt werden. Da die Wirksamkeit der Gründung der SE mit der Wirksamkeit der Verschmelzung untrennbar verbunden ist¹⁰⁰⁷, schließt Art. 30 Unterabs. 1 SE-VO auch die Nichtigkeit der Gründung aus. Mängel des Gründungsverfahrens berühren die Wirksamkeit der Verschmelzung nicht. Das gilt auch für solche Mängel, die so schwerwiegend sind, dass die SE nicht hätte eingetragen werden dürfen¹⁰⁰⁸. Die in Art. 29 Abs. 1 und 2 SE-VO angeordneten weitreichenden Wirkungen der Verschmelzung könnten, wenn überhaupt, nur mit großen rechtlichen und praktischen Schwierigkeiten rückgängig gemacht werden¹⁰⁰⁹. Der Gesetzgeber hat deshalb im Interesse der Rechtssicherheit in den Beziehungen zwischen den beteiligten Gesellschaften, zwischen diesen und Dritten sowie unter den Aktionären¹⁰¹⁰ eine Entschmelzung ausgeschlossen.

Gemäß Art. 30 Unterabs. 2 SE-VO kann das Fehlen einer Rechtmäßigkeitskontrolle im Sinne der Art. 25 und 26 SE-VO einen Grund für die Auflösung der SE darstellen. Es handelt sich dabei um eine Ausnahme von dem in Art. 30 Unterabs. 1 SE-VO normierten

¹⁰⁰⁶ Teichmann ZGR 2002, 383 (428)

¹⁰⁰⁷ Siehe insb. Art. 27 Abs. 1 SE-VO

¹⁰⁰⁸ Zu der Frage, welche Gründungsmängel ein Eintragungshindernis begründen, siehe 5. Kap. B VII 1 b

¹⁰⁰⁹ Ebenso zur Verschmelzung nach der Verschmelzungsrichtlinie: Begründung zum Entwurf des Verschmelzungsrichtlinie-Gesetzes vom 23.11.81, BT-Drucks. 9/1065 S. 19 f; Ganske DB 1981, 1551 (1556); Priester NJW 1983, 1459 (1465); Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 232

¹⁰¹⁰ Damit hat der Gesetzgeber bereits die Beschränkung der Nichtigkeitsfälle in Art. 22 Verschmelzungsrichtlinie begründet, siehe 9. Erwägungsgrund zur Verschmelzungsrichtlinie.

Grundsatz¹⁰¹¹. Zwischen Nichtigkeit und Auflösung der Gesellschaft besteht kein Unterschied, da die Nichtigkeit einer Gesellschaft gemäß Art. 12 Abs. 2 Publizitätsrichtlinie wie bei einer Auflösung zu einer Liquidation der Gesellschaft führt und nie rückwirkt. Art. 29 Abs. 1 SE-VOV 1991¹⁰¹² und Art. 29 SE-VOV 1989 hatten dies noch deutlicher formuliert. Auch bei einer nationalen Verschmelzung kann das Fehlen einer Rechtmäßigkeitskontrolle gemäß Art. 22 Verschmelzungsrichtlinie die Nichtigkeit der Verschmelzung begründen.

Nur das Fehlen einer Rechtmäßigkeitskontrolle, nicht eine mangelhafte Rechtmäßigkeitskontrolle kann die Auflösung der Gesellschaft begründen. Ansonsten wäre jeder Gründungsmangel, aufgrund dessen die Gesellschaft nicht hätte eingetragen werden dürfen, ein Auflösungsgrund. Da die beiden Stufen der Rechtmäßigkeitskontrolle unterschiedlichen Gegenstände und Maßstäbe haben, kann die Nichtigkeit bereits dann erklärt werden, wenn entweder im Staat, dessen Recht die Gründungsgesellschaft unterliegt, oder im Sitzstaat der SE keine Rechtmäßigkeitskontrolle durchgeführt wurde.

Das Fehlen der Rechtmäßigkeitskontrolle „kann“ laut Art. 30 Unterabs. 2 SE-VO einen Auflösungsgrund darstellen. Unklar ist, ob dem nationalen Gesetzgeber dadurch eine Regelungskompetenz verliehen werden soll oder ob Art. 30 Unterabs. 2 SE-VO einen von nationaler Regelung unabhängigen Auflösungsgrund für alle SE normiert¹⁰¹³. Die englische Übersetzung des Art. 30 Unterabs. 2 SE-VO¹⁰¹⁴ spricht für eine Regelungsbefugnis des Gesetzgebers. Die entsprechenden Vorschriften in den Vorschlägen der SE-Verordnung¹⁰¹⁵ setzten voraus, dass das nationale Recht bei Fehlen einer Rechtmäßigkeitskontrolle Nichtigkeit vorsieht¹⁰¹⁶. Dem ist eine Ermächtigung des nationalen Gesetzgebers ebenfalls näher als eine europäische Regelung durch die SE-Verordnung.

Art. 30 Unterabs. 2 SE-VO bestimmt nicht, welches Ausführungsgesetz über die Anerkennung des Auflösungsgrundes entscheidet, d.h. ob der nationale Gesetzgeber den Auflösungsgrund in Bezug auf die seinem Recht unterliegenden Gründungsgesellschaften oder in Bezug auf die in seinem Hoheitsgebiet ansässigen SE vorsehen darf. Art. 15 Abs. 1 und 18 SE-VO geben darüber direkt keine Auskunft, weil sie lediglich die subsidiäre

¹⁰¹¹ Die gerichtliche Feststellung der Nichtigkeit der Gesellschaft ist nur ein Auflösungsstatbestand, siehe zum harmonisierten deutschen Aktienrecht: Hüffer, AktG, § 277 Rn. 1; Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 150.

¹⁰¹² Art. 29 Abs. 1 SE-VOV 1991 schrieb vor: „Die Nichtigkeit einer...wirksam gewordenen Verschmelzung kann nur wegen Fehlens der Kontrolle der Rechtmäßigkeit ...erklärt werden...“

¹⁰¹³ Bungert/ Beier EWS 2002, 1 (7)

¹⁰¹⁴ „The absence of scrutiny of the legality of the merger pursuant to Articles 25 and 26 may be included among the grounds for the winding-up of the SE“.

¹⁰¹⁵ Art. 29 Abs. 1 SE-VOV 1991 und Art. 29 SE-VOV 1989

¹⁰¹⁶ Art. 22 Verschmelzungsrichtlinie zwingt dazu nicht.

Anwendung des für Aktiengesellschaften geltenden Rechts anordnen. Art. 63 SE-VO verweist hinsichtlich der Auflösung und Liquidation der SE auf das für Aktiengesellschaften geltende Recht des Sitzstaates der SE. Die Reichweite der Ermächtigung des Art. 30 Unterabs. 2 SE-VO bzw. den Geltungsbereich einer Vorschrift, die aufgrund Art. 30 Unterabs. 2 SE-VO erlassen wird, regelt er nicht. Aus Art. 63 SE-VO lässt sich nicht schließen, dass sich die Möglichkeit der Auflösung nach Art. 30 Unterabs. 2 SE-VO aus dem Ausführungsgesetz des Sitzstaates der SE ergeben muss. Die systematische Stellung des Art. 30 SE-VO belegt, dass die Auflösung der Gesellschaft wegen Gründungsmängeln den Vorschriften über die Gründung und nicht den Vorschriften über die Auflösung zuzurechnen ist.

Da die SE-Verordnung den Adressaten der Ermächtigung nicht bestimmt, muss der Rechtsgedanke der Art. 15 Abs. 1 und 18 SE-VO herangezogen werden. Ob der Gesetzgeber im Sitzstaat der SE oder im Mitgliedstaat, dessen Recht die Gründungsgesellschaft unterliegt, über die Auflösung entscheidet, richtet sich danach, ob die Sphäre der SE oder die Sphäre der Gründungsgesellschaft betroffen ist. Auf der ersten Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle werden die Verfahrenshandlungen geprüft, die dem Schutz der Gläubiger und Anteilseigner der SE dienen¹⁰¹⁷. Die zweite Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle soll die Interessen der künftigen Anteilseigner und Gläubiger der SE wahren¹⁰¹⁸. Wurde die zweite Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle nicht durchgeführt, bestimmt daher entsprechend Art. 15 Abs. 1 SE-VO das Ausführungsgesetz des Sitzstaates der SE, ob die Gesellschaft aufgelöst werden kann. Die Sphäre der Gründungsgesellschaft ist nicht betroffen, da keine Norm verletzt wurde, die dem Schutz der Gläubiger oder Anteilseigner der Gründungsgesellschaft dient, und die Gründungsgesellschaft im Übrigen nicht mehr existiert. Fehlt die erste Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle ist entsprechend Art. 18 SE-VO das Recht, dem die Gründungsgesellschaft unterliegt, anzuwenden. Daneben ist das Ausführungsgesetz des Sitzstaates der SE anzuwenden, weil zum Schutz des Rechtsverkehrs die SE nur dann aufgelöst werden kann, wenn dies im Recht des Sitzstaates vorgesehen ist¹⁰¹⁹. Das Recht des Sitzstaates der SE und das Recht, dem die Gründungsgesellschaft unterliegt, sind somit kumulativ anzuwenden. Die SE kann wegen Fehlens der ersten Stufe der

¹⁰¹⁷ Siehe 5. Kap. B VI 1

¹⁰¹⁸ Siehe 5. Kap. B VI 1

¹⁰¹⁹ Die Europäische Kommission begründet die zusätzliche Anwendung des Rechts des Sitzstaates der SE damit, dass zum einen das Risiko der Nichtigkeit so weiter eingeschränkt werden kann und zum anderen nach der Verschmelzung nur die SE fortbesteht, siehe Begründung der Europäischen Kommission zu Art. 29 SE-VOV 1989, Bundesratsdrucksache 488/89 vom 13.09.1989, S. 15.

Rechtmäßigkeitskontrolle nur aufgelöst werden, wenn beide Rechtsordnungen dies zulassen¹⁰²⁰.

Sonstige Gründungsmängel können gemäß Art. 30 Unterabs. 1 SE-VO nicht zu einer Abwicklung der Gesellschaft führen. Art. 30 Unterabs. 1 SE-VO schließt nicht nur die Nichtigkeit aus gesellschaftsrechtlichen, sondern auch aus kartellrechtlichen Gründen aus, da er eine dem Art. 22 Abs. 3 Verschmelzungsrichtlinie¹⁰²¹ entsprechende Einschränkung nicht vornimmt.

Für das Auflösungs- und Liquidationsverfahren gelten gemäß Art. 63 SE-VO die Rechtsvorschriften, die für eine Aktiengesellschaft maßgeblich wären, die nach dem Recht des Sitzstaates der SE gegründet worden ist. Art. 22 Verschmelzungsrichtlinie hat die nationalen Vorschriften über das Verfahren der Nichtigkeitsklärung harmonisiert. Danach muss die Nichtigkeit durch gerichtliche Entscheidung ausgesprochen werden¹⁰²². Die Nichtigkeitsklage kann nicht mehr erhoben werden, wenn eine Frist von sechs Monaten verstrichen ist, nachdem die Verschmelzung demgegenüber wirksam geworden ist, der sich auf die Nichtigkeit beruft¹⁰²³. Das Gleiche gilt, wenn der Mangel behoben worden ist¹⁰²⁴. Kann der Mangel, der die Nichtigkeit der Verschmelzung begründen soll, behoben werden, muss das zuständige Gericht eine Frist zur Behebung des Mangels einräumen¹⁰²⁵. Die Entscheidung, durch welche die Nichtigkeit der Verschmelzung ausgesprochen wird, ist offen zu legen¹⁰²⁶. Ein Einspruch Dritter gegen die Entscheidung ist – soweit vorgesehen – nur bis höchstens sechs Monate nach Offenlegung der Entscheidung zulässig¹⁰²⁷. Die Entscheidung berührt nicht die Wirksamkeit der Verpflichtungen, die nach Wirksamwerden der Verschmelzung und vor der Offenlegung der Entscheidung zu Lasten oder zugunsten der übernehmenden Gesellschaft entstanden sind¹⁰²⁸. Die an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften haften als Gesamtschuldner für diese Verpflichtungen¹⁰²⁹. Die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats können vorsehen, dass die Nichtigkeit der Verschmelzung von einer Verwaltungsbehörde statt von einem Gericht ausgesprochen wird, wenn gegen eine solche Entscheidung ein

¹⁰²⁰ Dem entspricht Art. 29 SE-VOV 1989

¹⁰²¹ Siehe dazu Ganske DB 1981, 1551 (1556)

¹⁰²² Art. 22 Abs. 1 lit. a Verschmelzungsrichtlinie

¹⁰²³ Art. 22 Abs. 1 lit. c Verschmelzungsrichtlinie, ebenso Art. 29 Abs. 2 SE-VOV 1991

¹⁰²⁴ Art. 22 Abs. 1 lit. c Verschmelzungsrichtlinie, ebenso Art. 29 Abs. 2 SE-VOV 1991

¹⁰²⁵ Art. 22 Abs. 1 lit. d Verschmelzungsrichtlinie

¹⁰²⁶ Art. 22 Abs. 1 lit. e Verschmelzungsrichtlinie

¹⁰²⁷ Art. 22 Abs. 1 lit. f Verschmelzungsrichtlinie

¹⁰²⁸ Art. 22 Abs. 1 lit. g Verschmelzungsrichtlinie

¹⁰²⁹ Art. 22 Abs. 1 lit. h Verschmelzungsrichtlinie

Rechtsbehelf bei Gericht eingelegt werden kann¹⁰³⁰. Das Verfahren vor der Verwaltungsbehörde kann nur innerhalb einer Frist von sechs Monaten ab dem Zeitpunkt, in dem die Verschmelzung wirksam wird, eingeleitet werden.

Art. 30 S. 1 SE-VO betrifft nicht die Wirksamkeit einzelner Rechtshandlungen im Verschmelzungsverfahren, insbesondere die Wirksamkeit der Verschmelzungsbeschlüsse¹⁰³¹. Gründungsmängel werden durch die Eintragung nicht geheilt. Ansprüche, die auf der Fehlerhaftigkeit einzelner Rechtshandlungen beruhen, können auch nach der Eintragung der Verschmelzung geltend gemacht werden.

¹⁰³⁰ Art. 22 Abs. 2 Verschmelzungsrichtlinie

¹⁰³¹ Begründung zum Entwurf des Verschmelzungsrichtlinie-Gesetzes vom 23.11.81, BT-Drucks. 9/1065 S. 20 und Priester NJW 1983, 1459 (1465) zur Umsetzung des Art. 22 Verschmelzungsrichtlinie

6. Kapitel: Haftung für Handlungen im Gründungsstadium

A. Haftung für Verbindlichkeiten, die im Namen der SE abgeschlossen wurden

Zwischen den ersten Plänen, eine SE durch Verschmelzung zu gründen, und der Eintragung der SE im Register ihres Sitzstaates vergehen üblicherweise mehrere Monate. In dieser Zeit werden häufig bereits Verträge im Namen der künftigen SE abgeschlossen, etwa Mietverträge über Geschäftsräume oder Lieferverträge. Da die SE noch nicht rechtsfähig ist, muss zum Schutz der Gläubiger geklärt werden, wer für die Verbindlichkeiten aus diesen Verträgen haftet. In Betracht kommt eine persönliche Haftung der Handelnden oder die Haftung der Gesamtheit der Gründungsgesellschafter bzw. der „SE in Gründung“.

I. Haftung der handelnden Personen

Die SE-Verordnung behandelt die Haftung im Gründungsstadium in Art. 16 Abs. 2 SE-VO. Wurden im Namen der SE vor ihrer Eintragung gemäß Art. 12 SE-VO Rechtshandlungen vorgenommen und übernimmt die SE nach der Eintragung die sich aus diesen Rechtshandlungen ergebenden Verpflichtungen nicht, haften danach die natürlichen Personen, die Gesellschaften oder anderen juristischen Personen, die diese Rechtshandlungen vorgenommen haben, vorbehaltlich anders lautender Vereinbarungen unbegrenzt und gesamtschuldnerisch. Vorbild des Art. 16 Abs. 2 SE-VO war der fast wortgleiche Art. 7 Publizitätsrichtlinie, durch den die Handelndenhaftung bei der Gründung von Kapitalgesellschaften harmonisiert wurde. Indem der europäische Gesetzgeber die Handelndenhaftung in der SE-Verordnung regelt und nicht auf die harmonisierten nationalen Vorschriften verweist, gewährleistet er eine autonom europäische Auslegung und damit eine einheitliche Behandlung der Handelndenhaftung im Rahmen der Gründung einer SE¹⁰³². Art. 16 Abs. 2 SE-VO verdrängt die nationalen Vorschriften, die in Umsetzung des Art. 7 Publizitätsrichtlinie erlassen wurden¹⁰³³. Die dazu entwickelte Rechtsprechung darf auf Art. 16 Abs. 2 SE-VO nicht unbesehen übertragen werden.

¹⁰³² Kersting DB 2001, 2079 (2080); vgl. auch Helms, Europäische Privatgesellschaft, S. 293

¹⁰³³ Kersting DB 2001, 2079 (2080)

Art. 16 Abs. 2 SE-VO dient dem Schutz des Rechtsverkehrs¹⁰³⁴. Der Dritte, dem gegenüber eine Verbindlichkeit im Namen der SE begründet wird, soll sich darauf verlassen können, dass ihm eine Haftungsmasse zur Verfügung steht¹⁰³⁵. Entweder haftet die Person, die im Namen der Gesellschaft gehandelt hat, oder, wenn sie die Verbindlichkeit übernommen hat, die eingetragene Gesellschaft¹⁰³⁶. Art. 16 Abs. 2 SE-VO ist erforderlich, weil zum Zeitpunkt der Rechtshandlung noch nicht sicher ist, ob das Kapital der Gesellschaft aufgebracht werden wird¹⁰³⁷. Im Außenverhältnis soll der Handelnde, mit dem der Dritte in Kontakt getreten ist, für die Verbindlichkeit einstehen, da er leichter zu ermitteln ist als die nicht-handelnden Gründungsmitglieder¹⁰³⁸. Diese Regelung schützt gleichzeitig die nicht-handelnden Gründungsmitglieder, die nicht unbedingt wissen, dass bereits vor der Gründung der SE Rechtsgeschäfte im Namen der SE abgeschlossen werden¹⁰³⁹. Art. 16 Abs. 2 SE-VO entfaltet eine präventive Sanktionswirkung, indem er den Handelnden davon abhält, unüberlegt Rechtshandlungen im Namen der SE vorzunehmen¹⁰⁴⁰.

1. Zeitlicher Anwendungsbereich

In zeitlicher Hinsicht sind zwei Fragen zu unterscheiden: Zum einen ist zu klären, welche Verbindlichkeiten Art. 16 Abs. 2 SE-VO erfasst, d.h. wann die Rechtshandlung vorgenommen worden sein muss, um eine Haftung des Handelnden zu begründen. Zum anderen gilt es den Zeitpunkt zu bestimmen, ab dem der Handelnde haftet.

a) Zeitpunkt der Rechtshandlung

Nach Auffassung von Kersting¹⁰⁴¹ haftet der Handelnde gemäß Art. 16 Abs. 2 SE-VO nur für Rechtshandlungen nach Zustimmung der Hauptversammlungen zum Verschmelzungsplan¹⁰⁴². Erst dann liege objektiv eine SE in Gründung vor.

¹⁰³⁴ Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 95 zu Art. 7 Publizitätsrichtlinie; Meyer-Landrut, EWIV, S. 160 zum entsprechenden Art. 9 Abs. 2 EWIV-VO

¹⁰³⁵ Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 333 zu Art. 7 Publizitätsrichtlinie; Wagner, Europäische Verein, S. 114 zum entsprechenden Art. 7 Abs. 5 EUV-VOV

¹⁰³⁶ Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 333 zu Art. 7 Publizitätsrichtlinie

¹⁰³⁷ Helms, Europäische Privatgesellschaft, S. 294 zum entsprechenden Art. 15 Abs. 2 des Ratsentwurfs einer SE-Verordnung vom 23.02.1998

¹⁰³⁸ Helms, Europäische Privatgesellschaft, S. 294 zum entsprechenden Art. 15 Abs. 2 des Ratsentwurfs einer SE-Verordnung vom 23.02.1998

¹⁰³⁹ Helms, Europäische Privatgesellschaft, S. 294 f zum entsprechenden Art. 15 Abs. 2 des Ratsentwurfs einer SE-Verordnung vom 23.02.1998

¹⁰⁴⁰ Helms, Europäische Privatgesellschaft, S. 295 zum entsprechenden Art. 15 Abs. 2 des Ratsentwurfs einer SE-Verordnung vom 23.02.1998; zu den Funktionen der Handelndenhaftung siehe auch Pentz MüKo AktG § 41 Rn. 126

¹⁰⁴¹ Kersting DB 2001, 2079 (2081); Kersting, Vorgesellschaft, S. 188 ff und 199

¹⁰⁴² Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 334 hält Art. 7 Publizitätsrichtlinie ebenfalls erst nach dem Gründungsakt - nach deutscher Terminologie in der Phase der

Kersting ist darin zuzustimmen, dass die bloße Behauptung einer „SE in Gründung“ die Haftung nach Art. 16 Abs. 2 SE-VO nicht rechtfertigen kann. Der Handelnde könnte sonst darüber entscheiden, ob nationales Zivilrecht oder die europäische gesellschaftsrechtliche Haftungsnorm zur Anwendung kommt¹⁰⁴³. Das Gemeinschaftsrecht würde zu weit in nationales Schuldrecht eingreifen¹⁰⁴⁴. Die SE-Verordnung ist nicht anwendbar, solange das Verfahren zur Gründung einer SE nicht ernsthaft eingeleitet wurde. Dieser Zeitpunkt liegt aber vor der Zustimmung der Hauptversammlungen. Gemäß Art. 20 SE-VO beginnt das Gründungsverfahren mit der Erstellung des Verschmelzungsplans. Indem sie sich auf einen Verschmelzungsplan verständigen, vereinbaren die Gründungsgesellschaften, dass auf ihre Beziehungen nunmehr die SE-Verordnung Anwendung finden soll¹⁰⁴⁵. Damit verlassen sie das reine Schuldrecht und eröffnen den Anwendungsbereich der SE-Verordnung¹⁰⁴⁶. Im Verschmelzungsplan wird der künftige Sitz der SE festgelegt und die Voraussetzung für die Anwendung zahlreicher Verweisungsnormen der SE-Verordnung geschaffen¹⁰⁴⁷.

Im Interesse eines umfassenden Gläubigerschutzes muss Art. 16 Abs. 2 SE-VO weit ausgelegt und zum frühestmöglichen Zeitpunkt angewendet werden¹⁰⁴⁸. Art. 16 Abs. 2 SE-VO beschränkt seinen Anwendungsbereich in zeitlicher Hinsicht nicht. Er setzt insbesondere nicht voraus, dass die Hauptversammlungen der Gründung zugestimmt haben. Mit dem Verschmelzungsplan, der die Eckpunkte der Verschmelzung und der zu gründenden Gesellschaft festhält, steht die Identität der künftigen SE fest, die die Verbindlichkeiten nach ihrer Eintragung übernehmen kann¹⁰⁴⁹. Unerheblich ist, dass zu diesem Zeitpunkt noch ungewiss ist, ob der Verschmelzungsplan wirksam wird, weil die Hauptversammlungen noch nicht zugestimmt haben. Ob das Verschmelzungsverfahren wie geplant zu Ende geführt wird, ist vor Eintragung der SE und damit bei jeder

Vorgesellschaft - für anwendbar. Ebenso Wagner, Europäische Verein, S. 115 zum entsprechenden Art. 7 Abs. 5 EUV-VOV. Beide begründen ihre Ansicht mit dem Wortlaut („in Gründung befindlichen Gesellschaft“, „in Gründung begriffenen EUV“) und damit, dass andernfalls zu weit in das mitgliedstaatliche Recht der vertraglichen Schuldverhältnisse eingegriffen würde.

¹⁰⁴³ Kersting DB 2001, 2079 (2081)

¹⁰⁴⁴ Vgl. Meyer-Landrut, EWIV, S. 129

¹⁰⁴⁵ Meyer-Landrut, EWIV, 158

¹⁰⁴⁶ Vgl. die frühere Rechtsprechung zu § 41 AktG. Danach sollte § 41 Abs. 1 AktG auch im Vorgründungsstadium anwendbar sein, sobald die zu gründende Gesellschaft greifbare Formen angenommen hatte und identifizierbar geworden war. BGH NJW 1984, 2164 gab diese Rechtsprechung auf und verlangt die Errichtung der Gesellschaft i.S.v. § 29 AktG. Siehe dazu Kraft in: KK AktG § 41 Rn. 97 f m.w.N..

¹⁰⁴⁷ Meyer-Landrut, EWIV, S. 129 zur EWIV-VO

¹⁰⁴⁸ Im Ergebnis ebenso Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 96 zu Art. 7 Publizitätsrichtlinie und Manz in: Selbherr/ Manz, EWIV, Art. 9 Rn. 12 zu Art. 9 Abs. 2 EWIV-VO

Rechtshandlung im Sinne des Art. 16 Abs. 2 SE-VO offen. Art. 16 Abs. 2 SE-VO ist daher anzuwenden, sobald der Verschmelzungsplan aufgestellt ist¹⁰⁵⁰.

Verpflichten sich die Gründungsgesellschaften eine SE durch Verschmelzung zu gründen, noch bevor sie einen Verschmelzungsplan aufgestellt haben, richtet sich die Beziehung zwischen den Gründungsgesellschaften bis zur Aufstellung des Verschmelzungsplans nach dem Recht der Mitgliedstaaten¹⁰⁵¹. Die Vereinbarung entfaltet nur im Verhältnis zwischen den Gründungsgesellschaften Wirkung. Es wäre daher nicht gerechtfertigt, das Recht der Kapitalgesellschaften anzuwenden¹⁰⁵². Das gleiche gilt in dieser Vorgründungsphase für die Haftung der Personen, die im Namen der künftigen SE handeln. Das anzuwendende Recht bestimmt sich nach dem Internationalen Privatrecht der Mitgliedstaaten.

b) Beginn der Haftung

In Bezug auf die Handelndenhaftung nach Art. 9 Abs. 2 EWIV-VO wird vertreten, dass der Anspruch gegen den Handelnden erst mit der Eintragung der EWIV entstehe¹⁰⁵³. Diese Auffassung wird damit begründet, dass die EWIV-VO erst ab dem Zeitpunkt der Eintragung der EWIV anwendbar sei¹⁰⁵⁴. Auf die SE ist diese Auslegung nicht übertragbar. Die SE-Verordnung ist vor Eintragung der SE anwendbar, wie die zahlreichen Vorschriften über das Verschmelzungsverfahren in den Art. 17 ff SE-VO beweisen. Der Schutzzweck des Art. 16 Abs. 2 SE-VO gebietet es, die Vorschrift schon vor der Eintragung anzuwenden¹⁰⁵⁵. Im Interesse eines umfassenden Gläubigerschutzes muss die Handelndenhaftung erst recht greifen, wenn die SE nie eingetragen wird¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁴⁹ Nach Ansicht von Kersting DB 2001, 2079 (2081) steht die Identität der künftigen SE erst mit der Zustimmung der Hauptversammlung fest.

¹⁰⁵⁰ Für eine frühe Anwendung des entsprechenden Art. 9 Abs. 2 SE-VO: Scriba, EWIV, S. 107.

¹⁰⁵¹ Ebenso zu entsprechenden vertraglichen Verhältnissen vor Gründung eines EUV: Wagner, Europäische Verein, S. 109

¹⁰⁵² Vgl. Wagner, Europäische Verein, S. 109 in Bezug auf die Gründung eines EUV; Meyer-Landrut, EWIV, S. 129 in Bezug auf Gründung einer EWIV

¹⁰⁵³ Scriba, EWIV, S. 107; Manz in: Selbherr/ Manz, EWIV, Art. 9 Rn. 5

¹⁰⁵⁴ Scriba, EWIV, S. 107

¹⁰⁵⁵ Im Ergebnis ebenso Kersting DB 2001, 2079 (2081). Wie hier in Bezug auf die EWIV: Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 1068.

Eine andere Frage ist, ob der Handelnden erst haftet, wenn sicher feststeht, dass die Gesellschaft die Verbindlichkeit nicht übernimmt, siehe 6. Kap. A I 4 a.

¹⁰⁵⁶ Ebenso zu Art. 7 Abs. 5 EUV-VOV Wagner, Europäische Verein, S. 116. Zur EWIV: - - insoweit nicht ganz konsequent – Manz in: Selbherr/ Manz, EWIV, Art. 9 Rn. 5; Meyer-Landrut, EWIV, S. 160; Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 1069 m.w.N.; a.A.: Lentner, EWIV, S. 89.

2. Handelnde

Gemäß Art. 16 Abs. 2 SE-VO haftet, wer „im Namen der SE ...Rechtshandlungen vorgenommen“ hat. Rechtshandlungen im Sinne des Art. 16 Abs. 2 SE-VO sind rechtsgeschäftliche oder zumindest rechtsgeschäftsähnliche Handlungen¹⁰⁵⁷. Deliktisches Handeln ist nicht „im Namen der SE“ möglich und wird von der Vorschrift nicht erfasst. Art. 16 Abs. 2 SE-VO unterscheidet nicht danach, ob die Verpflichtungen den in der Satzung festgelegten Gesellschaftszielen bzw. der Errichtung der SE dienen oder nicht¹⁰⁵⁸.

Handelnde im Sinne des Art. 16 Abs. 2 SE-VO können „natürliche Personen, Gesellschaften oder andere juristische Personen“ sein. Um einen umfassenden Gläubigerschutz zu gewährleisten, muss der Begriff des Handelnden weit ausgelegt werden¹⁰⁵⁹. Wer lediglich die Tätigkeit eines anderen billigt, nimmt jedoch keine Rechtshandlung vor und ist daher nicht Handelnder¹⁰⁶⁰.

Als Handelnde kommen in erster Linie die Mitglieder des Vertretungsorgans der künftigen SE in Betracht¹⁰⁶¹. Desweiteren sind die Gründungsgesellschaften, soweit sie Rechtshandlungen im Namen der SE gegenüber Dritten vornehmen, Handelnde im Sinne des Art. 16 Abs. 2 SE-VO¹⁰⁶². Sie werden zwar durch die Verschmelzung nicht zu Gesellschaftern der SE, stehen aber im Verschmelzungsverfahren auch nicht außen vor. Vielmehr sind sie es, die die Verschmelzung betreiben. Unschädlich ist, dass sie nicht persönlich, sondern nur durch ihre Vertretungsorgane handeln können. Indem Art. 16 Abs. 2 SE-VO nicht - wie Art. 7 Publizitätsrichtlinie – von „Personen“, sondern von „natürlichen Personen, ... Gesellschaften oder anderen juristischen Personen“ spricht, stellt er klar, dass auch mittelbares Handeln durch Vertreter die Handelndenhaftung begründen kann¹⁰⁶³.

¹⁰⁵⁷ Ebenso zu Art. 9 Abs. 2 EWIV: Manz in: Selbherr/ Manz, EWIV, Art. 9 Rn. 10, Meyer-Landrut, EWIV, S. 160. Zu Art. 7 Abs. 5 EUV-VOV: Wagner, Europäische Verein, S. 114. Zu § 41 AktG: Hüffer, AktG, § 41 Rn. 21.

¹⁰⁵⁸ Ebenso Scriba, EWIV, S. 107 zu Art. 9 Abs. 2 EWIV-VO

¹⁰⁵⁹ Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 335 zu Art. 7 Publizitätsrichtlinie

¹⁰⁶⁰ Grüninger in: Müller-Gugenberger/ Schotthöfer, EWIV, D Rn. 11 und Manz in: Selbherr/ Manz, EWIV, Art. 9 Rn. 6 zum entsprechenden Art. 9 Abs. 2 EWIV-VO

¹⁰⁶¹ Kersting DB 2001, 2079 (2082); Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 335 zu Art. 7 Publizitätsrichtlinie; Wagner, Europäische Verein, S. 115 zum entsprechenden Art. 7 Abs. 5 EUV-VOV; Helms, Europäische Privatgesellschaft, S. 295 zur Handelndenhaftung nach der SE-VO

¹⁰⁶² Kersting DB 2001, 2079 (2083)

¹⁰⁶³ Kersting DB 2001, 2079 (2083). Offen Wagner, Europäische Verein, S. 115 zum entsprechenden Art. 7 Abs. 5 EUV-VOV und Manz in: Selbherr/ Manz, EWIV, Art. 9 Rn. 8 zum entsprechenden Art. 9 Abs. 2 EWIV-VO. Die Formulierung „Rechtshandlung

Die übertragenden Gründungsgesellschaften erlöschen mit dem Vollzug der Verschmelzung¹⁰⁶⁴. Ihre Verpflichtung aus Art. 16 Abs. 2 SE-VO geht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die SE über¹⁰⁶⁵. Darin ist keine Übernahme im Sinne des Art. 16 Abs. 2 SE-VO zu sehen, da es dem Sinn und Zweck des Art. 16 Abs. 2 SE-VO zuwiderliefe, wenn die übernommene Haftung gerade infolge der Übernahme entfiel¹⁰⁶⁶. Die Aktionäre der Gründungsgesellschaften, die gleichzeitig künftige Anteilseigner der SE sind¹⁰⁶⁷, haften regelmäßig nicht. Die Zustimmung zum Verschmelzungsplan ist keine „Rechtshandlung im Namen der SE“ im Sinne des Art. 16 Abs. 2 SE-VO¹⁰⁶⁸. Sie bestimmt rein gesellschaftsintern das Verhalten der Gründungsgesellschaft. Als Handelnder soll aber nur haften, wer – persönlich oder mittels eines Vertreters - nach außen auftritt. Dem Schutzzweck des Art. 16 Abs. 2 SE-VO entsprechend soll dem Gläubiger ein Anspruch gegen denjenigen zustehen, der ihm gegenüber im Namen der SE gehandelt hat. Gegen eine Haftung der Aktionäre spricht zudem, dass sie ihre Haftung für Handlungen ihrer Gesellschaft gerade beschränkt haben¹⁰⁶⁹.

Fraglich ist, ob auch Personen, die in Vertretung einer natürlichen oder juristischen Person gehandelt haben, unter die Handelndenhaftung fallen oder ob allein der Vertretene haftet¹⁰⁷⁰. Der Wortlaut des Art. 16 Abs. 2 SE-VO erfasst auch die Vertreter, da diese „im Namen der SE“ „Rechtshandlungen vorgenommen haben“. Kersting lehnt eine Haftung der Mitglieder des Vertretungsorgans der Gründungsgesellschaften ab¹⁰⁷¹. Die Haftung dieser Personen sei neben der Haftung der Gründungsgesellschaft und der späteren Haftung der SE, die die Verbindlichkeit der Gründungsgesellschaft im Wege der Rechtsnachfolge übernimmt, nicht erforderlich, um die Gläubiger zu schützen. Dem Wortlaut des Art. 16 Abs. 2 SE-VO ist eine solche Einschränkung jedoch nicht zu entnehmen. Hätte der Gesetzgeber die Haftung der Vertreter ausschließen wollen, hätte er sie ausdrücklich ausnehmen können. Der allgemeine Grundsatz, dass die juristische Person und nicht ihr Organ haftet¹⁰⁷², gilt im Rahmen des Art. 16 Abs. 2 SE-VO nicht.

vorgenommen“ spricht nach ihrer Ansicht für eine alleinige Haftung des persönlich Handelnden.

¹⁰⁶⁴ Art. 29 Abs. 1 lit. c, Abs. 2 lit. c SE-VO

¹⁰⁶⁵ Art. 29 Abs. 1 lit. a, Abs. 2 lit. a SE-VO

¹⁰⁶⁶ Kersting DB 2001, 2079 (2083)

¹⁰⁶⁷ Art. 29 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 lit. b SE-VO

¹⁰⁶⁸ Kersting DB 2001, 2079 (2083)

¹⁰⁶⁹ Kersting DB 2001, 2079 (2083)

¹⁰⁷⁰ Offen Manz in: Selbherr/ Manz, EWIV, Art. 9 Rn. 9 zum entsprechenden Art. 9 Abs. 2 EWIV-VO. Für eine Haftung des Vertreters: Wagner, Europäische Verein, S. 115 zum entsprechenden Art. 7 Abs. 5 EUV-VOV

¹⁰⁷¹ Kersting DB 2001, 2079 (2083)

¹⁰⁷² Manz in: Selbherr/ Manz (EWIV, Art. 9 Rn. 9) führt diesen Grundsatz als Argument gegen eine Haftung des Vertretenen im Rahmen des entsprechenden Art. 9 Abs. 2 EWIV-VO an.

Die Haftung der Mitglieder des Vertretungsorgans der künftigen SE ist der klassische Fall der Handelndenhaftung¹⁰⁷³. Vor allem sie werden – soweit bereits bestellt – im Namen der SE handeln. Die Gläubiger müssen gerade in diesem Fall sicher sein können, dass ihnen eine Haftungsmasse zur Verfügung steht, wenn die SE die Verbindlichkeit nicht übernimmt. Deshalb ist davon auszugehen, dass nicht nur der Vertretene, sondern auch der Vertreter Handelnder im Sinne des Art. 16 Abs. 2 SE-VO ist. Für die Haftung ist ohne Bedeutung, ob der Handelnde wirksam bevollmächtigt war¹⁰⁷⁴.

3. „Im Namen der SE“

Erforderlich ist ein Handeln „im Namen der SE“. Der Handelnde muss dem Geschäftspartner zu erkennen gegeben haben, dass er das Rechtsgeschäft nicht im eigenen Namen, sondern in Vertretung der SE abschließen wollte. Unerheblich ist, ob der Handelnde den Vertragspartner darüber aufgeklärt hat, dass das Gründungsverfahren noch nicht abgeschlossen ist. Die Handelnde haftet unabhängig davon, ob der Vertragspartner weiß, dass die SE noch keine Rechtspersönlichkeit erlangt hat¹⁰⁷⁵.

4. Haftungsausschluss

Der Handelnde haftet nicht, wenn die SE die Verpflichtung, die sich aus der Rechtshandlung ergibt, nach der Eintragung übernimmt. Die Haftung steht ferner unter dem Vorbehalt „anders lautender Vereinbarungen“.

a) Übernahme durch SE

Die SE darf die Verpflichtungen, die sich aus den Rechtshandlungen im Sinne des Art. 16 Abs. 2 SE-VO ergeben, nicht übernommen haben. Die Literatur zu Art. 7 Publizitätsrichtlinie¹⁰⁷⁶ sieht in der fehlenden Übernahme zum Teil eine aufschiebende Bedingung der Handelndenhaftung. Wäre dies zutreffend, könnten die Gläubiger den Handelnden nur belangen, wenn die Eintragung der SE nicht mehr beabsichtigt oder möglich wäre oder die eingetragene SE die Übernahme abgelehnt hätte. Insbesondere der Beweis, dass die Gründer der SE die Eintragungsabsicht aufgegeben haben, wird meist

¹⁰⁷³ Nach deutschem Aktienrecht haften nur die Mitglieder des Vorstands der zu gründenden Gesellschaft, siehe Pentz in: MüKo AktG § 41 Rn. 132. Kersting geht ebenfalls davon aus, dass die Mitglieder des Vertretungsorgans haften, siehe Kersting DB 2001, 2079 (2082).

¹⁰⁷⁴ Manz in: Selbherr/ Manz, EWIV, Art. 9 Rn. 10 zum entsprechenden Art. 9 Abs. 2 EWIV-VO

¹⁰⁷⁵ Manz in: Selbherr/ Manz, EWIV, Art. 9 Rn. 10 zum entsprechenden Art. 9 Abs. 2 EWIV-VO; Wagner, Europäische Verein, S. 114 zum entsprechenden Art. 7 Abs. 5 EUV-VOV

¹⁰⁷⁶ Fischer-Zernin, Rechtsangleichungserfolg, S. 106 f; ähnlich Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 97

nur schwer zu erbringen sein. Solange die SE die Verbindlichkeit nicht übernommen hat und die Gläubiger nicht beweisen können, dass es zu keiner Übernahme kommen wird, könnten die Gläubiger u.U.¹⁰⁷⁷ niemanden haftbar machen. Zweck des Art. 16 Abs. 2 SE-VO ist es aber, den Gläubigern zu jeder Zeit eine Haftungsmasse zur Verfügung zu stellen¹⁰⁷⁸. Art. 16 Abs. 2 SE-VO ist daher so zu verstehen, dass die fehlende Übernahme nicht Voraussetzung der Handelndenhaftung ist, sondern die Übernahme die Handelndenhaftung ausschließt¹⁰⁷⁹. Im Übrigen geht die Qualifikation als aufschiebende Bedingung fehl, weil von der fehlenden Übernahme nicht die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts, sondern eine gesetzliche Haftung abhängig gemacht werden¹⁰⁸⁰.

Die SE kann nur Verbindlichkeiten übernehmen, die in ihrem Namen bzw. im Namen der ihr vorangehenden „SE in Gründung“ abgeschlossen wurden. Das folgt aus dem Wortlaut und dem Sinn des Art. 16 Abs. 2 SE-VO. Die Gläubiger haben mit genau dieser SE bzw. der „SE in Gründung“ ein Rechtsgeschäft abgeschlossen. Sie müssen darauf vertrauen können, dass die Verbindlichkeit nicht ohne ihre Mitwirkung auf eine andere SE übergeht¹⁰⁸¹.

Die Übernahme durch die SE setzt voraus, dass ein Handelnder im Sinne des Art. 16 Abs. 2 SE-VO die Verbindlichkeit begründet hat. Nur dann ist die Anwendung des Gesellschaftsrechts gerechtfertigt. Es besteht gesellschaftsrechtlich keine Notwendigkeit, der SE die Möglichkeit zu geben, Verbindlichkeiten zu übernehmen, die Außenstehende in ihrem Namen begründet haben¹⁰⁸². Das Verhältnis zwischen Außenstehendem, Gläubiger und SE richtet sich nach dem allgemeinen Schuldrecht.

¹⁰⁷⁷ Ob die nicht-handelnden Gründungsgesellschafter haften, hängt vom jeweiligen nationalen Recht ab, siehe 6. Kap A II.

¹⁰⁷⁸ Ebenfalls nicht mit diesem Zweck vereinbar ist die Auffassung Scribas (Scriba, EWIV, S. 107 zu Art. 9 Abs. 2 EWIV-VO), der Handelnde können die Einrede der Vorausklage geltend machen; wie hier Manz in: Selbherr/ Manz, EWIV, Art. 9 Rn. 15 Fn. 221.

¹⁰⁷⁹ Ebenso Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 337 zu Art. 7 Publizitätsrichtlinie; Manz in: Selbherr/ Manz, EWIV, Art. 9 Rn. 15 und im Ergebnis auch Meyer-Landrut, EWIV, S. 160 zum entsprechenden Art. 9 Abs. 2 EWIV-VO.

Schwarz (Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 337) weist darauf hin, dass gemäß Art. 7 Publizitätsrichtlinie die Mitgliedstaaten die Handelndenhaftung bei Übernahme durch die zu gründende nationale Gesellschaft ausschließen können, aber nicht müssen. Im Rahmen des Art. 16 Abs. 2 SE-VO schließt die Übernahme die Handelndenhaftung zwingend aus. Anders als die Richtlinie normiert sie nicht nur Mindeststandards, sondern gilt in den Mitgliedstaaten unmittelbar.

¹⁰⁸⁰ Ebenso Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 337 zu Art. 7 Publizitätsrichtlinie

¹⁰⁸¹ Kersting DB 2001, 2079 (2081)

¹⁰⁸² Kersting DB 2001, 2079 (2085)

Aus Art. 16 Abs. 2 SE-VO folgt, dass die SE die Möglichkeit haben muss, die Verbindlichkeit zu übernehmen¹⁰⁸³. Die Art und Weise der Übernahme regelt weder Art. 16 Abs. 2 SE-VO noch Art. 7 Publizitätsrichtlinie.

Nach Auffassung von Kersting bedeutet Übernahme im Sinne des Art. 16 Abs. 2 SE-VO, dass sich die SE die Rechtshandlung ohne Zustimmung des Vertragspartners zu eigen machen kann¹⁰⁸⁴. Diese Einschränkung kann dem Art. 16 Abs. 2 SE-VO ebensowenig entnommen werden wie Art. 7 Pulizitätsrichtlinie. Art. 16 Abs. 2 SE-VO gibt in keiner Weise vor, wie die Übernahme ausgestaltet sein muss. Da die Verordnung im Zweifel keine abschließende Regelung trifft¹⁰⁸⁵, ist davon auszugehen, dass hinsichtlich der Art und Weise der Übernahme die nationalen Regelungen anzuwenden sind, die die Mitgliedstaaten in Umsetzung des Art. 7 Publizitätsrichtlinie erlassen mussten¹⁰⁸⁶. Danach bedarf die Übernahme z.B. in Großbritannien der Mitwirkung des Gläubigers¹⁰⁸⁷.

Das nationale Recht kann vorsehen, dass die Verbindlichkeiten automatisch auf die SE übergehen oder dass die Übernahme dem Willen der SE überlassen bleibt¹⁰⁸⁸. Aus der Formulierung des Art. 16 Abs. 2 SE-VO ergibt sich, dass der Übergang nicht automatisch erfolgen muss und die SE zur Übernahme nicht unbedingt verpflichtet ist¹⁰⁸⁹. Weder Art. 16 Abs. 2 SE-VO noch Art. 7 Publizitätsrichtlinie schreiben einen Übergang kraft Gesetzes, eine Gesamtrechtsnachfolge oder eine rechtliche Identität zwischen der „SE in Gründung“ und der SE vor¹⁰⁹⁰. Das europäische Recht billigt die unterschiedlichen, mitgliedstaatlichen Regelungen in Bezug auf die Situation vor der Gründung und den Übergang der Verbindlichkeiten.

¹⁰⁸³ Kersting DB 2001, 2079 (2085)

¹⁰⁸⁴ Kersting DB 2001, 2079 (2085)

¹⁰⁸⁵ Siehe 2. Kap. B IV

¹⁰⁸⁶ Ebenso Wagner, Europäische Verein, S. 111 zum entsprechenden Art. 7 Abs. 5 EUV-VOV; vom Brocke, Europäische Genossenschaft, S. 53 zu Art. 5 Abs. 5 EUGEN-VOV. A.A. Kersting DB 2001, 2079 (2085). Art. 7 Publizitätsrichtlinie schreibt den Mitgliedstaaten vor, die Übernahme durch die gegründete Aktiengesellschaft zu ermöglichen, siehe Kersting, Vorgesellschaft, S. 284 und Kersting DB 2001, 2079 (2085).

¹⁰⁸⁷ Jaeger, Europäische Aktiengesellschaft, S. 30; Helms, Europäische Privatgesellschaft, S. 295

¹⁰⁸⁸ So auch Kersting DB 2001, 2079 (2085) zu Art. 7 Publizitätsrichtlinie; Wagner, Europäische Verein, S. 111 zu Art. 7 Publizitätsrichtlinie und Art. 7 Abs. 5 EUV-VOV; vom Brocke, Europäische Genossenschaft, S. 53 und 55 zu Art. 5 Abs. 5 EUGEN-VOV. Für einen automatischen Übergang im Rahmen des entsprechenden Art. 9 Abs. 2 EWIV-VO: Meyer-Landrut, EWIV, S. 160, a.A. Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 1068.

¹⁰⁸⁹ Kersting DB 2001, 2079 (2085)

¹⁰⁹⁰ Jaeger, Europäische Aktiengesellschaft, S. 34. Ebenso zu Art. 7 Publizitätsrichtlinie und Art. 7 Abs. 5 EUV-VOV: Wagner, Europäische Verein, S. 111. Schwarz,

Hat eine übertragende Gesellschaft im Namen der SE gehandelt, haftet die SE nach ihrer Eintragung als deren Rechtsnachfolgerin¹⁰⁹¹ für die eingegangene Verbindlichkeit¹⁰⁹². Darin ist zwar keine Übernahme im Sinne des Art. 16 Abs. 2 SE-VO zu sehen, weil sonst der Gläubiger seinen Anspruch verlieren würde¹⁰⁹³. Wirtschaftlich muss die SE aber – unabhängig von einer Übernahme nach nationalem Recht - für die Verbindlichkeit aus dem in ihrem Namen abgeschlossenen Rechtsgeschäft eintreten¹⁰⁹⁴.

Die aufnehmende Gesellschaft besteht unter Beibehaltung ihrer rechtlichen Identität als SE fort¹⁰⁹⁵. Die SE haftet daher auch für die Verbindlichkeiten, die die aufnehmende Gesellschaft im Namen der SE eingegangen ist.

Kersting¹⁰⁹⁶ vertritt die Auffassung, dass die Verbindlichkeit automatisch auf die SE übergehe, wenn alle künftigen Gesellschafter der SE oder Personen, die von diesen dazu bevollmächtigt worden sind, gehandelt haben. Richtig ist, dass die Haftung aus Art. 16 Abs. 2 SE-VO die Gesellschafter verpflichtet, darauf hin zu wirken, dass die SE die Verbindlichkeit übernimmt. Daraus lässt sich aber nicht schließen, dass Art. 16 Abs. 2 SE-VO für diesen Fall eine automatische Übernahme anordnet. Die Aktionäre der SE können mangels Weisungsbefugnis gegenüber dem Leitungs- bzw. Verwaltungsorgan die Übernahme nicht zwingend durchsetzen¹⁰⁹⁷. Deshalb von der Pflicht der Aktionäre, sich für eine Übernahme einzusetzen, nicht auf einen automatischen Übergang geschlossen werden. Ob die SE die Verbindlichkeiten automatisch oder je nach Einzelfall übernimmt, entscheidet allein das subsidiär anzuwendende nationale Recht.

Maßgeblich ist gemäß Art. 15 Abs. 1 SE-VO das Recht des Sitzstaates der SE, da der Übergang der Verbindlichkeiten allein die Sphäre der SE betrifft. Die Interessen der Aktionäre und Gläubiger der Gründungsgesellschaften werden nicht unmittelbar berührt.

Gehen die Verbindlichkeiten nicht kraft Gesetzes auf die SE über, muss das Leitungs- bzw. Verwaltungsorgan bei der Entscheidung über die Übernahme das Ausschüttungsverbot gemäß Art. 15 Abs. 1 lit. a Kapitalrichtlinie¹⁰⁹⁸ beachten¹⁰⁹⁹. Danach darf die SE ihre Aktionäre nicht durch die Übernahme von ihrer Haftung als Handelnde

Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 337 und 339 zu Art. 7 Publizitätsrichtlinie. A.A. Meyer-Landrut, EWIV, S. 161. Siehe dazu auch 6. Kap. A II.

¹⁰⁹¹ Art. 29 Abs. 1 lit. a, Abs. 2 lit. a SE-VO

¹⁰⁹² Art. 29 Abs. 1 lit. a, Abs. 2 lit. a SE-VO

¹⁰⁹³ Siehe 6. Kap. A I 2

¹⁰⁹⁴ Vgl. Kersting DB 2001, 2079 (2085)

¹⁰⁹⁵ Art. 29 Abs. 1 lit. d SE-VO

¹⁰⁹⁶ Kersting DB 2001, 2079 (2085)

¹⁰⁹⁷ Kersting (a.a.O.) sieht darin ein Argument für eine automatische Übernahme.

¹⁰⁹⁸ Die nationalen Vorschriften, die in Umsetzung des Art. 15 Abs. 1 lit. a Kapitalrichtlinie erlassen wurden, sind gemäß Art. 5 SE-VO auf die SE anzuwenden.

¹⁰⁹⁹ Kersting DB 2001, 2079 (2085)

befreien, wenn dadurch das Grundkapital der SE angegriffen wird. Die Übernahme verstößt nicht gegen das Ausschüttungsverbot, wenn mit der Verbindlichkeit Rechte übernommen werden, die die Belastung ausgleichen¹¹⁰⁰. Übernimmt die SE die Verbindlichkeit trotzdem, haften die Aktionäre bei Kenntnis für den Fehlbetrag¹¹⁰¹

b) Anders lautende Vereinbarungen

Unter „andere lautende Vereinbarung(en)“ im Sinne des Art. 16 Abs. 2 SE-VO ist eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Handelnden und dem Gläubiger zu verstehen, wonach die Haftung des Handelnden im Einzelfall beschränkt oder ausgeschlossen wird¹¹⁰². Nur der Gläubiger des Anspruchs aus Art. 16 Abs. 2 SE-VO kann wirksam auf ihn verzichten.

5. Inhalt und Umfang der Haftung

Die Handelnden haften persönlich und unbegrenzt, d.h. mit ihrem gesamten Vermögen. Handeln mehrere gemeinsam, haften sie für die begründeten Verbindlichkeiten „gesamtschuldnerisch“. Der Gläubiger darf die Leistung nur einmal fordern, kann sich dafür aber an jeden der Handelnden wenden. Inhalt und Umfang der Haftung bestimmen sich grundsätzlich nach der angestrebten Verpflichtung der Gesellschaft, da nur so die Gläubiger umfassend geschützt werden¹¹⁰³.

Gläubiger des Anspruchs aus Art. 16 Abs. 2 SE-VO ist die Person, gegenüber der die Rechtshandlung im Namen der SE vorgenommen wurde¹¹⁰⁴. Das folgt aus dem Schutzzweck des Art. 16 Abs. 2 SE-VO. Eine Haftung beschränkt auf das Innenverhältnis würde außerdem eine teilrechtsfähige „SE in Gründung“ voraussetzen, die nur in einem Teil der Mitgliedstaaten anerkannt wird¹¹⁰⁵.

6. Ausgleich im Innenverhältnis zwischen Handelnden und Gesellschaftern

Soweit die Handelnden im Interesse der künftigen Gesellschafter der SE bzw. der Gründungsgesellschaften der SE Verbindlichkeiten eingehen, liegt es nahe, ihnen einen

¹¹⁰⁰ Kersting DB 2001, 2079 (2086)

¹¹⁰¹ Art. 5 SE-VO i.V.m. den nationalen Umsetzungsvorschriften zu Art. 16 Kapitalrichtlinie

¹¹⁰² vom Brocke, Europäische Genossenschaft, S. 54 zur Handelndenhaftung nach Art. 5 Abs. 5 EUGEN-VOV; Wagner, Europäische Verein, S. 116 zu Art. 7 Abs. 5 EUV-VOV; Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 338 und Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 96 zu Art. 7 Publizitätsrichtlinie; Aicher in: FS Frotz S. 170 zu Art. 5 Abs. 3 EUGEN-VOV, Art. 8 Abs. 5 EUGGES-VOV und Art. 7 Abs. 5 EUV-VOV

¹¹⁰³ Vgl. Hüffer, AktG, § 41 Rn. 24

¹¹⁰⁴ Kersting DB 2001, 2079 (2084)

¹¹⁰⁵ Siehe 6. Kap. A II

Ausgleichsanspruch gegen diese zu gewähren¹¹⁰⁶. Das Innenverhältnis zwischen den Handelnden und den künftigen Gesellschaftern bzw. den Gründern der SE ist nicht Gegenstand des Art. 16 Abs. 2 SE-VO. Mögliche Regressansprüche richten sich nach nationalem Recht und ggf. nach den Vereinbarungen zwischen den Handelnden und den sie beauftragenden Gesellschaftern oder Gründern.

Maßgeblich ist gemäß Art. 15 Abs. 1 SE-VO das Recht des Sitzstaates der SE. Die Verpflichtungen wurden im Namen der SE eingegangen und dienen der Errichtung oder der Tätigkeit der SE. Das Verhältnis zwischen den Handelnden und den Gesellschaftern oder Gründern der SE ist daher der Sphäre der SE zuzurechnen.

II. Haftung der Gründungsgesellschafter bzw. der „SE in Gründung“

Fraglich ist, inwieweit die Gründer und Gründungsgesellschafter der SE haften, wenn sie nicht Handelnde im Sinne des Art. 16 Abs. 2 SE-VO sind. Damit ist die Frage verbunden, ob vor der Gründung eine Vorgründungsgesellschaft oder eine Vorgesellschaft besteht und inwieweit diese rechtsfähig sind.

Der zeitliche Anwendungsbereich der SE-Verordnung beginnt mit dem Aufstellen des Verschmelzungsplans¹¹⁰⁷. Vor diesem Zeitpunkt ist das Recht der Mitgliedstaaten einschließlich deren Kollisionsrecht maßgeblich.

Art. 16 Abs. 2 SE-VO regelt allein die Haftung der Personen, die im Namen der SE gehandelt haben. Ihm kann nicht entnommen werden, dass vor der Eintragung der SE eine (teil-)rechtsfähige „SE in Gründung“ vorliegt¹¹⁰⁸. Art. 16 Abs. 2 SE-VO entspricht weitgehend¹¹⁰⁹ Art. 7 Publizitätsrichtlinie, der die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, eine (teil-)rechtsfähige Vorgesellschaft einzuführen, sondern die unterschiedlichen Modelle in

¹¹⁰⁶ Helms, Europäische Privatgesellschaft, S. 295

¹¹⁰⁷ Siehe 6. Kap. A I 1 a

¹¹⁰⁸ Ebenso Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 337 zu Art. 7 Publizitätsrichtlinie; a.a.O., Rn. 1311 zum entsprechenden Art. 5 Abs. 5 EUGEN-VOV; a.a.O. Rn. 1264/ S. 728 zum entsprechenden Art. 7 Abs. 5 EUV-VOV; A.A. Meyer-Landrut, EWIV, S. 160 zum entsprechenden Art. 9 Abs. 2 EWIV-VO. Nach Ansicht von Kersting (DB 2001, 2079 (2082)) besteht gemäß Art. 16 Abs. 2 SE-VO eine Vor-SE als Bezugspunkt für die Haftung und die Übernahme der Verbindlichkeiten. Ob diese Vor-SE rechtsfähig sei, richte sich gemäß Art. 5 und 15 Abs. 1 SE-VO nach dem Recht des künftigen Sitzstaates der SE. Ebenso Wagner, Europäische Verein, S. 110 f zu Art. 7 Abs. 5 EUV-VOV

¹¹⁰⁹ Die beiden Vorschriften unterscheiden ich im Wesentlichen nur dadurch, dass Art. 16 Abs. 2 SE-VO den Kreis der Personen, die als Handelnde in Betracht kommen, konkretisiert.

den Mitgliedstaaten akzeptiert¹¹¹⁰. Der Regelungsbereich des Art. 16 Abs. 2 SE-VO geht nicht weiter als der des Art. 7 Publizitätsrichtlinie.

Die Vorschriften der SE-Verordnung außerhalb des Gründungskapitels gelten nur für die eingetragene SE. Aus der SE-Verordnung ergibt sich nicht, dass sie so weit wie möglich entsprechend auf die SE in Gründung anzuwenden sind¹¹¹¹. Hätte der europäische Gesetzgeber das deutsche Modell¹¹¹² auf die SE übertragen wollen, hätte er dies ausdrücklich vorschreiben müssen. Art. 16 Abs. 2 SE-VO kann eine Anwendung der betreffenden Vorschriften im Gründungsstadium ebensowenig entnommen werden wie Art. 7 Publizitätsrichtlinie.

Andererseits schließt die Haftung der Handelnden eine Haftung der „SE in Gründung“ oder der Gründungsgesellschafter nicht aus¹¹¹³. Wie Art. 7 Publizitätsrichtlinie regelt Art. 16 Abs. 2 SE-VO die Existenz und Rechtsnatur einer Vorgründungs- oder Vorgesellschaft und die Haftung der Gründungsgesellschafter nicht. Die Vorschriften der SE-Verordnung sind im Zweifel nicht abschließend zu verstehen¹¹¹⁴. Nach Art. 16 Abs. 2 SE-VO haften die Gründungsgesellschafter, wenn ein Vertretungsorgan, das alle Gesellschafter bevollmächtigt haben, im Rahmen seiner Vertretungsmacht Rechtshandlungen im Namen der SE vornimmt. Die Haftung der „Vor-SE“ nach nationalem Recht kann als Folge dieser Haftung verstanden werden¹¹¹⁵. Zwischen Art. 16 Abs. 2 SE-VO und der Haftung der Vorgesellschaft besteht daher kein Gegensatz¹¹¹⁶. Ob eine Vorgründungsgesellschaft oder eine Vorgesellschaft existiert und welche Rechtsnatur sie hat, richtet sich nach nationalem Recht. Das Gleiche gilt für die Frage,

¹¹¹⁰ Fischer-Zernin, Rechtsangleichungserfolg, S. 109 f. Z.B. kennt das englische Recht keine Vorgesellschaft (siehe Helms, Europäische Privatgesellschaft, S. 292). Eine Übersicht über die verschiedenen Modelle in den Mitgliedstaaten liefern Helms, Europäische Privatgesellschaft, S. 288 ff und Jaeger, Europäische Aktiengesellschaft, S. 28 ff.

¹¹¹¹ Meyer-Landrut, EWIV, 158 zum Innenverhältnis der EWIV. A.A. auch Wagner, Europäische Verein, S. 111 und Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 1264 in Bezug auf das Innenverhältnis des EUV. Die SE-Verordnung steht einer nationalen Regelung, die eine entsprechende Anwendung vorsieht, aber nicht entgegen.

¹¹¹² Dazu Pentz in: MüKo AktG § 41 Rn. 24

¹¹¹³ Ebenso Kersting DB 2001, 2079 (2084); Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 337 zu Art. 7 Publizitätsrichtlinie; a.a.O. Rn. 1311 zum entsprechenden Art. 5 Abs. 5 EUGEN-VOV; a.a.O. Rn. 1264/ S. 728 zum entsprechenden Art. 7 Abs. 5 EUV-VOV; Meyer-Landrut, EWIV, 158 zum entsprechenden Art. 9 Abs. 2 EWIV-VO; Aicher in: FS Frotz S. 170 zur EUV-VOV; Manz in: Selbherr/ Manz, EWIV, Art. 1 Rn. 13 zu Art. 9 Abs. 2 EWIV-VO; Wagner, Europäische Verein, S. 111 und S. 116 zu Art. 7 Abs. 5 EUV-VOV; vom Brocke, Europäische Genossenschaft, S. 53 zu Art. 5 Abs. 5 EUGEN-VOV; a.A. Hirte NZG 2002, 1 (4)

¹¹¹⁴ Siehe 2. Kap. B IV

¹¹¹⁵ Kersting DB 2001, 2079 (2084 f)

¹¹¹⁶ Kersting DB 2001, 2079 (2084 f)

inwieweit ggf. die Verbindlichkeiten einer Vorgründungsgesellschaft oder Vorgesellschaft auf die SE übergehen oder von dieser übernommen werden können.

Maßgeblich ist gemäß Art. 15 Abs. 1 SE-VO das für Aktiengesellschaften geltende Recht des künftigen Sitzstaates der SE¹¹¹⁷. Die Existenz und Rechtsnatur der Vorgesellschaft, ihr Verhältnis zur SE und die Haftung der Gründungsgesellschafter betreffen die Gläubiger und die Gesellschafter der künftigen SE und sind der Sphäre der SE zuzurechnen. Die Personen, die Rechtsgeschäfte mit der künftigen SE abschließen, sollen sich darauf verlassen können, dass das Recht des Sitzstaates der SE subsidiär gilt und sie genauso geschützt werden wie bei Rechtsgeschäften mit nationalen „Aktiengesellschaften in Gründung“. Zudem besteht ein Zusammenhang mit Fragen der Kapitalaufbringung¹¹¹⁸, für die nach Art. 15 Abs. 1 bzw. 5 SE-VO das Recht des Sitzstaates der künftigen SE gilt.

B. Schadenersatzpflicht der an der Gründung beteiligten Personen

Die SE-Verordnung regelt nicht, ob und wie die an der Gründung beteiligten Personen für Pflichtverletzungen im Rahmen der Gründung haften¹¹¹⁹. Da die SE-Verordnung insoweit mangels anderer Anhaltspunkte nicht abschließend zu verstehen ist, kommt das Recht der Mitgliedstaaten zur Anwendung¹¹²⁰. Die Haftung des Leitungs- bzw. Verwaltungsorgans einer Gründungsgesellschaft gegenüber den Aktionären dieser Gesellschaft betrifft allein die Sphäre der Gründungsgesellschaft, mit der Folge, dass gemäß Art. 18 SE-VO das Gesellschaftsstatut der Gründungsgesellschaft maßgeblich ist¹¹²¹. Das gilt entsprechend für die Haftung der Sachverständigen, die den Verschmelzungsplan für diese Gesellschaft geprüft¹¹²² haben¹¹²³. Dafür spricht die ausdrückliche Verweisung auf dieses Recht in Art. 28 SE-VOV 1989 und 1991. Hat ein Organ der künftigen SE oder eines seiner Mitglieder

¹¹¹⁷ Ebenso Kersting DB 2001, 2079 (2082). Vergleichbar nach dem EUGEN-VOV (siehe Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 1311), dem EUV-VOV (Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 1264 und Wagner, Europäische Verein, S. 116) und dem SE-VOV von 1991 (Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 1116 Fn. 412, Schwarz/ Lösler NotBZ 2001, 117 (119) und Jaeger, Europäische Aktiengesellschaft, S. 28)

¹¹¹⁸ Unterbilanzhaftung, Vorbelastungsverbot, Erbringung der Einlagen vor Eintragung u.ä.. Siehe auch Kersting DB 2001, 2079 (2082)

¹¹¹⁹ Anders noch Art. 20 SE-VOV 1970 und 1975 und Art. 28 SE-VOV 1989 und 1991.

¹¹²⁰ Trojan-Limmer RIW 1991, 1010 (1013); Pfister, Europ. Gesellschaftsrecht, S. 71; Schwarz/ Lösler NotBZ 2001, 117 (119) zu SE-VOV 1991; Ebenso Schwarz ZIP 2001, 1849 (1851, Fn. 43)

¹¹²¹ Ebenso Schwarz ZIP 2001, 1849 (1851, Fn. 43)

¹¹²² Art. 10 Verschmelzungsrichtlinie, Art. 22 SE-VO, siehe 5. Kap. B IV 1.

¹¹²³ Ebenso Schwarz, ZIP 2001, 1849 (1851, Fn. 43)

seine Pflicht verletzt, ist die Haftung gegenüber den Aktionären der SE der Sphäre der SE zuzurechnen¹¹²⁴. Gemäß Art. 15 Abs. 1 SE-VO ist das Recht des Sitzstaates der SE anzuwenden.

Die Mitgliedstaaten sind gemäß Art. 20 Verschmelzungsrichtlinie verpflichtet, die zivilrechtliche Haftung der Mitglieder des Verwaltungs- oder Leitungsorgans der übertragenden Gesellschaft gegenüber den Aktionären dieser Gesellschaft für schuldhaftes Verhalten bei der Vorbereitung und dem Vollzug der Verschmelzung zu regeln. Gemäß Art. 21 Verschmelzungsrichtlinie müssen sie außerdem vorsehen, dass die Sachverständigen, die den Bericht für die übertragende Gesellschaft erstellen¹¹²⁵, den Aktionären dieser Gesellschaft für schuldhaftes Verhalten bei der Erfüllung ihrer Aufgaben haften. Die Haftung gegenüber den Aktionären soll die betreffenden Personen zur gewissenhaften Erfüllung ihrer Pflichten anhalten und ergänzt das Schutzkonzept der Verschmelzungsrichtlinie bzw. der SE-Verordnung¹¹²⁶. Eine Haftung kommt insbesondere in Betracht, wenn das Umtauschverhältnis zum Nachteil der Aktionäre der jeweiligen Gründungsgesellschaft festgelegt wurde¹¹²⁷.

Das mitgliedstaatliche Recht kann darüber hinaus weitere Haftungstatbestände normieren, insbesondere eine Haftung der Organe der aufnehmenden Gesellschaft bzw. der für diese Gesellschaft prüfenden Sachverständigen anordnen¹¹²⁸.

¹¹²⁴ Für die Haftung gegenüber der Gesellschaft ist Art. 51 SE-VO maßgeblich.

¹¹²⁵ Siehe 5. Kap B IV 4.

¹¹²⁶ Ebenso Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 7 I 6 a dd (Rn. 225) zu Art. 20 f Verschmelzungsrichtlinie

¹¹²⁷ Ebenso Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 225 zu Art. 20 f Verschmelzungsrichtlinie

¹¹²⁸ Ebenso Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 226 zu Art. 20 f Verschmelzungsrichtlinie

Zusammenfassung

1. Die Gründung ist Teil des Regelungsbereichs der SE-Verordnung. Einzelne, mit der Gründung zusammenhängende Bereiche, wie das Firmenrecht, die Publizitätswirkungen und die vertragsrechtliche Beurteilung des Verschmelzungsplans, sind dem Regelungsbereich nicht mehr zuzurechnen.
2. Soweit die SE-Verordnung Regelungslücken aufweist, findet nationales Recht auf die SE Anwendung. Die SE-Verordnung ist nach ihrer Systematik und Entstehungsgeschichte im Zweifel nicht abschließend zu verstehen. Regelt die SE-Verordnung eine Frage nicht ausdrücklich, besteht die Vermutung einer Regelungslücke. Von einer abschließenden Regelung ist ausnahmsweise auszugehen, wenn Ziel und Zweck der Verordnungsvorschrift die ergänzende Anwendung nationalen Rechts ausschließen.
3. Wenn sich eine Rechtsfrage spezifisch für die SE, nicht aber für nationale Gesellschaftsformen stellt, muss die Regelungslücke aus der SE-Verordnung heraus geschlossen werden. Eine Lückenfüllung durch die SE-Verordnung kann nicht allein damit begründet werden, dass die supranationale Rechtsform der SE eine gemeinschaftseinheitliche Regelung verlange.
4. Die Generalverweisung auf das nationale Recht in Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO gilt nur innerhalb des Regelungsbereichs der SE-Verordnung. Die Norm ist in der Gründungsphase nicht anwendbar.
5. Die Vorschriften des Sitzstaates der SE sind über Art. 15 Abs. 1 SE-VO anzuwenden, soweit sie die künftigen Anteilseigner und Gläubiger der SE schützen. Das Verschmelzungsrecht, dem die jeweilige Gründungsgesellschaft unterliegt, ist gemäß Art. 18 SE-VO maßgeblich, soweit es dem Schutz der Aktionäre und Gläubiger der Gründungsgesellschaft dient.

Dient ein Verfahrensschritt der Gründung sowohl dem Schutz der Anteilseigner und Gläubiger der Gründungsgesellschaften als auch dazu, die Interessen der künftigen Gläubiger und Anteilseigner der SE zu wahren, sind die Vorschriften des künftigen Sitzstaates der SE und die Verschmelzungsvorschriften des Mitgliedstaats, dessen Recht die Gründungsgesellschaft unterliegt, kumulativ anzuwenden.

Nehmen die Gründungsgesellschaften eine Handlung im Gründungsverfahren gemeinsam vor, sind die Vorschriften der verschiedenen Mitgliedstaaten kumulativ zu erfüllen.

Die Spezialverweisungen in den Vorschriften über die Gründung durch Verschmelzung verdrängen Art. 15 Abs. 1 SE-VO und Art. 18 SE-VO.

6. Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO ist eine Gesamtnormverweisung. Art. 15 Abs. 1 SE-VO und Art. 18 SE-VO sind Sachnormverweisungen.
7. Die mitgliedstaatlichen Vorschriften, die über die General- und Spezialverweisungen der Verordnung zur Anwendung gelangen, behalten ihre nationale Rechtsnatur. Sie sind grundsätzlich nach nationalen und nicht nach europarechtlichen Methoden auszulegen. In Ausnahmefällen ist die nationale Norm eingeschränkt oder modifiziert anzuwenden, wenn die Besonderheiten der SE dies erfordern.
8. Der Mindestinhalt der Satzung ergibt sich aus der SE-Verordnung und subsidiär aus dem für Aktiengesellschaften geltenden Recht des künftigen Sitzstaates der SE.

Art. 9 Abs. 1 lit. b SE-VO lässt nicht nur von der SE-Verordnung abweichende, sondern auch ergänzende Satzungsbestimmungen zu, soweit die SE-Verordnung diese ausdrücklich erlaubt. Nationales Recht kann die von der Verordnung ausdrücklich gewährte Satzungsfreiheit nicht einschränken.

Sofern die SE-Verordnung eine Regelungslücke aufweist und über Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. ii SE-VO nationales Recht zur Anwendung kommt, reicht die Satzungsfreiheit der SE gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziff. iii SE-VO so weit wie die nationaler Aktiengesellschaften.

Kommt nationales Recht über eine der Spezialverweisungen zur Anwendung richtet sich die Satzungsfreiheit ebenfalls nach dem für Aktiengesellschaften geltenden nationalen Recht.

Der nationale Gesetzgeber kann die Freiheit der Satzungsgeber, ein monistisches oder ein dualistisches Organsystem zu wählen, nicht einschränken. Kennt das nationale Recht nur eines der Organsysteme, sind die organisationsrechtlichen Regelungen – soweit übertragbar – auf das fremde Organsystem sinngemäß anzuwenden. Die Mitgliedstaaten sind in der Regel nicht verpflichtet, Vorschriften in Bezug auf das fremde Organsystem zu erlassen. Etwas anderes gilt nur, wenn die SE-Verordnung und die analog anzuwendenden Vorschriften ihres eigenen Organsystems die Funktionsfähigkeit einer nach dem anderen System organisierten SE nicht gewährleisten.

9. Der Sitz der SE kann bei der Verschmelzung durch Neugründung und bei der Verschmelzung durch Aufnahme außerhalb der Staaten gewählt werden, in denen die Gründungsgesellschaften ihren Sitz haben

10. Für das Gründungsverfahren bis zur Eintragung gilt im Wesentlichen das Gesellschaftsstatut der Gründungsgesellschaft. Die Verschmelzungsfähigkeit richtet sich ebenfalls subsidiär nach diesem Recht. Das Recht des künftigen Sitzstaates der SE ist maßgeblich für die Satzung der SE, die Kapitalaufbringung, die Verhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung nach der AN-Richtlinie und die Registereintragung im Sitzstaat.

Die Rechtmäßigkeit der Verschmelzung wird zwingend zweistufig geprüft. Die Prüfungsgegenstände der zwei Stufen werden wie Art. 18 und 15 Abs. 1 SE-VO nach der Sphäre der Gründungsgesellschaft einerseits und der Sphäre der SE andererseits abgegrenzt. Im Mitgliedstaat, dessen Recht die Gründungsgesellschaft unterliegt, wird geprüft, ob die subsidiär anzuwendenden nationalen Vorschriften und die SE-Verordnungsvorschriften, die dem Schutz der Aktionäre und Gläubiger dienen, eingehalten wurden. Eine Behörde im Sitzstaat der SE kontrolliert in der zweiten Stufe, ob die über Art. 15 Abs. 1 SE-VO anzuwendenden Vorschriften und die SE-Verordnungsvorschriften, die dem Schutz der künftigen Gläubiger und Aktionäre der SE dienen, gewahrt sind. Die Zuständigkeit und das Verfahren richten sich nach dem Recht des jeweiligen Staates.

Das Recht, dem die Gründungsgesellschaft unterliegt, bestimmt, ob ein Verstoß gegen dieses Recht die Eintragung der SE hindert. Liegt ein Verstoß gegen das Recht des Sitzstaates der SE vor, bestimmt sich nach diesem Recht, ob die SE

eingetragen werden darf. Ein Verstoß gegen die SE-Verordnung begründet grundsätzlich ein Eintragungshindernis.

Ist die zweite Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle nicht durchgeführt worden, bestimmt das Ausführungsgesetz des Sitzstaates der SE, ob die Gesellschaft aufgelöst werden kann. Fehlt die erste Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle kann die SE nur aufgelöst werden, wenn sowohl das Recht, dem die Gründungsgesellschaft unterliegt, als auch das Ausführungsgesetz des Sitzstaates der SE dies zulassen. Nur in diesem Fall kommt es zu einer kumulativen Anwendung der beiden Rechtsordnungen.

11. Art. 31 SE-VO vereinfacht das Verschmelzungsverfahren für den Fall, dass die aufnehmende an der übertragenden Gesellschaft beteiligt ist. Entgegen der nationalen Vorschriften findet jedoch auch bei Konzernverschmelzungen ein uneingeschränkter Anteilsübergang statt, es sei denn, die aufnehmende Gesellschaft ist zu 100 % an der übertragenden Gesellschaft beteiligt.

Art. 31 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 Unterabs. 1 SE-VO sind Sachnormverweisungen. Art. 31 Abs. 2 Unterabs. 1 SE-VO verweist allein auf das für die jeweilige Gründungsgesellschaft geltende Recht.

12. Die Handelndenhaftung gemäß Art. 16 Abs. 2 SE-VO greift für jede Handlung ein, die vorgenommen wird, nachdem der Verschmelzungsplan aufgestellt ist. Die Haftung beginnt im Zeitpunkt der Handlung. Die Übernahme der im Gründungsstadium eingegangenen Verbindlichkeit durch die SE schließt die Handelndenhaftung aus. Für die Übernahme der Verbindlichkeiten durch die SE ist gemäß Art. 15 Abs. 1 SE-VO das Recht des Sitzstaates der SE maßgeblich.

Die SE-Verordnung schließt die Existenz einer teilrechtsfähigen „SE in Gründung“ weder aus, noch schreibt sie sie vor. Für die Frage der Existenz und der Haftung einer teilrechtsfähigen Vorgründungsgesellschaft bzw. Vorgesellschaft gilt gemäß Art. 15 Abs. 1 SE-VO das Recht des Sitzstaates.

Die Haftung des Leitungs- bzw. Verwaltungsorgans einer Gründungsgesellschaft und der Sachverständigen richtet sich gemäß Art. 18 SE-VO nach dem Gesellschaftsstatut der jeweiligen Gründungsgesellschaft.