

Versicherungsunternehmensrecht

Diehl

2020

ISBN 978-3-406-72000-0

C.H.BECK

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

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

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

Vorschriften **im öffentlichen Interesse** können dabei alle nicht-dispositiven Normen **183** sein. Der Begriff des öffentlichen Interesses ist weit auszulegen;²³⁴ eine Beschränkung der Nichtigkeitsfolge auf mit den wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbare Gestaltungen oder Verstöße gegen strafrechtliche Normen findet nicht statt.²³⁵ Andererseits soll bei der Frage, ob eine Vorschrift im öffentlichen Interesse § 241 Nr. 3 AktG unterfällt, als Auslegungshilfe herangezogen werden, ob die Norm aktionärs-schützenden Charakter hat oder die **rechtlichen Strukturen der Gesellschaft** festlegt.²³⁶ Einer derartigen Einschränkung bedarf es, um den Ausnahmecharakter der Nichtigkeits-folge für evidente oder schwerwiegende Beschlussmängeln²³⁷ beizubehalten und eine Aus- uferung auf alle Fälle der Verletzung im öffentlichen Interesse liegender Normen zu ver- meiden. Daher unterfiele etwa ein Hauptversammlungsbeschluss, der eine § 119 Abs. 2 AktG zu treffende Geschäftsführungsmaßnahme zum Gegenstand hat, deren Inhalt gegen aufsichtsrechtliche Normen verstieße, ohne einen korporativen Bezugspunkt aufzuweisen, nicht § 241 Nr. 3 AktG, wäre aber anfechtbar.

Weitere – **spezielle – Nichtigkeitsgründe** sind in § 250 AktG (Bestellung von Auf- sichtsratsmitgliedern), § 253 AktG (Ergebnisverwendung) und 256 AktG (Jahresabschluss) geregelt. Für Versicherungsaktiengesellschaften ist im Hinblick auf die Nichtigkeit einer Aufsichtsratsbestellung aufgrund Fehlens persönlicher Voraussetzungen gem. § 250 Abs. 1 Nr. 4 iVm § 100 Abs. 1 und 2 AktG zu berücksichtigen, dass die Höchstzahl der zulässigen Mandate gem. § 24 Abs. 3 VAG über § 100 Abs. 2 AktG hinaus beschränkt ist (→ Rn. 135). § 24 Abs. 4 VAG schließt darüber hinaus eine Aufsichtsrats Tätigkeit eines ehemaligen Vorstands aus, wenn bereits zwei ehemalige Geschäftsleiter im Aufsichtsrat vertreten sind (→ Rn. 134); auch ein Verstoß insoweit zieht die Nichtigkeitsfolge nach sich.²³⁸ Die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds, das den aufsichtlichen *fit-and-proper*-Anforde- rungen nicht genügt, ist jedoch nicht nichtig, sondern lediglich anfechtbar gem. § 251 AktG. Dies allerdings nicht wegen mangelnder Sektorenkenntnis gem. § 100 Abs. 5 AktG²³⁹, die das Gesetz nur organbezogen fordert, wohl aber aufgrund inhaltlichen Beschlussmangels durch Verletzung des § 24 VAG.²⁴⁰

Gemäß § 253 AktG ist der **Gewinnverwendungsbeschluss**, gem. § 256 Abs. 1 Nr. 3 **185** AktG der (ausnahmsweise von der Hauptversammlung zu fassende) Beschluss über die Feststellung des Jahresabschlusses u. a. nichtig, wenn **der Abschlussprüfer nicht ord- nungsgemäß**, also nicht durch den Aufsichtsrat gem. § 341k Abs. 2 S. 1 HGB, **bestellt** ist oder wenn der Abschlussprüfer nicht die erforderliche Prüferbefähigung aufweist, weil es sich entgegen § 341k Abs. 1 S. 2 HGB nicht um einen Wirtschaftsprüfer oder eine Wirt- schaftsprüfungsgesellschaft gem. § 319 Abs. 1 S. 1 HGB handelt.

bb) Anfechtbarkeit. Eine Anfechtungsklage kann gem. § 243 Abs. 1 AktG auf jegliche **186** Verletzung eines Gesetzes im materiellen Sinne (oder der Satzung) gestützt werden, unabhängig davon, ob der Beschluss unter Verstoß **gegen solches Gesetz zustande gekommen ist** oder ob sein **Inhalt hiergegen** verstößt. Da eine Anfechtungsklage als Beschlusskontrollinstrument dient,²⁴¹ sind auch Verstöße gegen öffentlich-rechtliche Nor- men ohne (unmittelbaren) Einfluss auf die Gesellschaft, ihre Organe/Organmitglieder oder Aktionäre erfasst. Mithin kann auch jeglicher Beschluss, der den aufsichtsrechtlichen Vor-

²³⁴ Hüffer/Koch AktG § 241 Rn. 19.

²³⁵ Hüffer/Schäfer in MüKoAktG § 241 Rn. 56; Würthwein in Spindler/Stilz AktG § 241 Rn. 214.

²³⁶ Würthwein in Spindler/Stilz AktG § 241 Rn. 215 f.

²³⁷ Hüffer/Koch AktG § 241 Rn. 1.

²³⁸ Vgl. insoweit zur Analogie des § 250 Abs. 1 Nr. 4 AktG auf einen Verstoß gegen § 105 AktG (Ausschluss gleichzeitigen Vorstands- und Aufsichtsratsmandats): Hüffer/Koch AktG § 250 Rn. 11; aA Simons in Hölters AktG § 250 Rn. 19.

²³⁹ Simon in Hölters AktG § 100 Rn. 78.

²⁴⁰ Vgl. Koch in MüKoAktG § 251 Rn. 4 hins. Verstoßes gegen satzungsmäßige Anforderungen gem. § 100 Abs. 4 AktG.

²⁴¹ Hüffer/Koch AktG § 243 Rn. 3, 22.

gaben oder Regelungen inhaltlich widerspricht mit der Anfechtungsklage angegriffen werden.

- 187 **cc) Klageberechtigung.** Die Nichtigkeitsklage gem. § 249 AktG kann nur von dem dort genannten Personenkreis erhoben werden, nicht aber von Dritten. Der **BaFin steht diese Klagemöglichkeit daher nicht zu.** Denkbar wäre insoweit die Erhebung der allgemeinen Feststellungsklage gem. § 256 ZPO auf Nichtigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses, die anders als die nach § 249 AktG lediglich *inter partes* wirkt und für die es der Darlegung eines eigenen **Feststellungsinteresses** bedarf. Hieran wird es – ungeachtet des Grundes der Nichtigkeit – stets mangeln, da die Aufsichtsbehörde über ein eigenes, abschließendes aufsichtsrechtliches Instrumentarium zur Beseitigung von Missständen verfügt, und andere als aufsichtsrechtlich begründbare Missstände nicht von dem Kontroll- und Prüfungsauftrag der BaFin umfasst sind. Die BaFin kann auch keine Beschlüsse im Wege der Anfechtungsklage gem. § 246 AktG für nichtig erklären lassen, da sie nicht gem. § 245 AktG anfechtungsbefugt ist; eine Klage müsste als unbegründet abgewiesen werden.²⁴² Denkbar ist aber, dass ein von der BaFin eingesetzter Sonderbeauftragter, dem die Kompetenzen eines klageberechtigten Organs übertragen worden sind (→ Rn. 190), Klage erhebt.
- 188 **c) Aufsichtsbehördliche Eingriffsrechte.** Auch im Kompetenzbereich der Hauptversammlung hat die BaFin Ein- und Mitwirkungsrechte. Dies gilt etwa im Hinblick auf ihren **Genehmigungsvorbehalt** betreffend Satzungsänderungen (Ausnahme: Kapitalerhöhungen; § 12 Abs. 1 iVm § 9 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4 Nr. 1 lit. b VAG), hinsichtlich Umwandlungen nach dem Umwandlungsgesetz (§ 14 VAG) sowie hinsichtlich des Abschlusses oder der Änderung von Unternehmensverträgen gem. §§ 291 ff. AktG, soweit eine Vertragspartei eine Erstversicherungsaktiengesellschaft ist (§ 12 Abs. 1 S. 1 VAG).
- 189 Die BaFin kann darüber hinaus eigeninitiativ **Änderungen der Satzung** als Teil des Geschäftsplanes unter den Voraussetzungen des § 300 S. 1 VAG verlangen. Dies dürfte nur möglich sein, wenn sie in der konkreten Satzungsausgestaltung einen Missstand entdeckt,²⁴³ etwa weil sie gegen nicht-dispositives Recht verstößt, und hierdurch die Belange der Versicherten nicht mehr ausreichend gewahrt sind.²⁴⁴
- 190 Wie in Aufsichtsratssitzungen kann die BaFin auch **in Hauptversammlungen Präsenz** zeigen und verlangen dort angehört zu werden (§ 306 Abs. 1 Nr. 4 VAG). Das wohl stärkste Eingriffsrecht betreffend die Hauptversammlung ist das Recht der BaFin gem. § 307 VAG, einen **Sonderbeauftragten** einzusetzen und diesem die Befugnisse der Hauptversammlung ganz oder teilweise zu übertragen. Darüber hinaus gehende Kompetenzen können ihm nicht übertragen werden. Allerdings kann er als „faktischer Alleinaktionär“ aufgrund seiner Satzungsänderungskompetenz die Grundlagen der Aktiengesellschaft in einem Maße verändern, wie es einzelnen Aktionären (ohne Zusammenwirken) nicht möglich wäre. Hinzu kommt, dass ein- und demselben Sonderbeauftragten die Befugnisse gleich mehrerer Organe übertragen werden können (§ 307 Abs. 4 S. 3 VAG), womit das aktienrechtlich austarierte Kompetenzgefüge zwischen den Organen völlig außer Kraft gesetzt werden kann.²⁴⁵ Welche Voraussetzungen für einen derart gravierenden Eingriff in das Eigentumsrecht der Aktionäre gem. Art. 14 GG gelten, regelt § 307 VAG nicht; es darf daher bezweifelt werden, dass die Norm den rechtsstaatlichen Anforderungen an den Gesetzesvorbehalt genügt.²⁴⁶ Jedenfalls gebietet der **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**, dass mildere Eingriffsmöglichkeiten, etwa Maßnahmen der allgemeinen Missstandsaufsicht

²⁴² Hüffer/Schäfer in MüKoAktG § 245 Rn. 3.

²⁴³ Kaulbach/Erdmann in BeckOK VAG § 300 Rn. 4.

²⁴⁴ Dreher in Prölss/Dreher VAG § 300 Rn. 8; Mösbauer BB 1987, 1688 (1692).

²⁴⁵ Vgl. Hoffmann in Prölss/Dreher VAG § 307 Rn. 30.

²⁴⁶ Grote in HK-VAG VAG § 307 Rn. 12 f.; Hoffmann in Prölss/Dreher VAG § 307 Rn. 13; Bürkle VersR 2015, 941 (944).

gem. § 298 VAG,²⁴⁷ Verwarnung, Abberufung von Inhabern von Schlüsselfunktionen, Mitgliedern der Geschäftsführung oder des Aufsichtsrats, Änderung des Satzung etc, nicht ausreichend sind.

Soweit dem Sonderbeauftragten keine Befugnisse des Organs Hauptversammlung übertragen werden, verbleibt diese Kompetenz bei den Aktionären als Mitgliedern dieses Organs. Macht der Sonderbeauftragte von seinen Rechten hingegen keinen Gebrauch, so kann dennoch die **Hauptversammlung** die betreffenden **Kompetenzen** nicht wahrnehmen, da sie insoweit ruhen.²⁴⁸

Das **Haftungsregime**, nach dem der Sonderbeauftragte bei fahrlässigem, einschließlich grob fahrlässigem, Verhalten in Höhe von maximal 1 Mio. EUR (bzw. 4 Mio. EUR bei börsennotierten Gesellschaften) in Anspruch genommen werden kann, dürfte – selbst bei Versicherbarkeit über eine D&O-Versicherung – eher kosmetischer Natur sein, insbesondere, da die Beschränkung auch bei Übernahme der Befugnisse mehrerer Organe greift. Eine **Amtshaftung der BaFin** gem. § 839 BGB iVm Art. 34 GG dürfte kaum jemals greifen, da die BaFin aufgrund der Weisungsungebundenheit des Sonderbeauftragten im Wesentlichen nur ein **Auswahlverschulden** treffen kann,²⁴⁹ das schwer nachzuweisen ist.

B. Die Versicherungs-SE

§ 8 Abs. 2 VAG ermöglicht neben einer Aktiengesellschaft auch einer Europäischen Gesellschaft (auch Europäische Aktiengesellschaft oder Societas Europaea – SE) den Betrieb eines Versicherungsunternehmens. Bei SE handelt es sich um eine **supranationale, europäische Rechtsform**, die die Regeln zur Aktiengesellschaft im jeweiligen Sitzstaat angelehnt ist. In Deutschland entspricht die SE weitgehend der Aktiengesellschaft. Es gibt nur wenige Sonderregeln, die sich im Wesentlichen auf die Gründung der SE beziehen.

Die Idee einer Europäischen Gesellschaft reifte bereits in den 1960er Jahren. 1967 wurde der erste Entwurf eines Statuts für eine Europäische Gesellschaft (Societas Europaea, SE) vorgelegt²⁵⁰, das die Gründung einer Aktiengesellschaft auf europäischer Ebene ermöglichen sollte. Doch erst fast 35 Jahre später in 2001 konnten die erforderlichen europäischen Rechtsakte verabschiedet werden (→ Rn. 197). Danach kann eine SE durch die Verschmelzung bestehender nationaler Aktiengesellschaften entstehen, wobei mindestens zwei der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften ihren Sitz in unterschiedlichen Mitgliedstaaten haben müssen. Außerdem ist die Gründung einer SE durch die Errichtung einer gemeinsamen Holdinggesellschaft ist möglich. Hieran können sich nicht nur Aktiengesellschaften, sondern auch GmbH beteiligen. Sofern mindesten zwei Gesellschaften in verschiedenen Mitgliedstaaten ansässig sind oder eine Tochtergesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat haben können sie ebenfalls eine gemeinsame Holding errichten. Auch eine einmal errichtete SE kann ihrerseits SE-Töchter gründen. Schließlich ist noch die Umwandlung einer nationalen AG in eine SE möglich, wenn diese AG seit mindestens zwei Jahren eine Tochtergesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat hat.

Eine SE gilt als **Aktiengesellschaft** und unterliegt dem Recht des Landes, in welchem sie ihren Sitz nimmt. Es wird dadurch das nationale Aktienrecht zur Grundlage, die durch die direkt anwendbaren Bestimmungen des SE-Statuts ergänzt werden. Das gezeichnete Kapital einer SE muss mindestens 120.000 EUR betragen. Der Sitz muss sich in dem EU-Mitgliedstaat befinden, in dem sich auch die Hauptverwaltung befindet. Dort ist sie auch in das Register einzutragen. Sie hat die Wahl zwischen einer monistischen (nur ein einziges Verwaltungsorgan) und einer dualistischen Struktur (Aufsichtsorgan und Leitungsorgan). Auf den Jahresabschluss der SE sind die europäischen Vorschriften zur Rechnungslegung

²⁴⁷ Kaulbach/Erdmann in BeckOK VAG § 307 Rn. 9.

²⁴⁸ Ähnlich Hoffmann in Prölss/Dreher VAG § 307 Rn. 40.

²⁴⁹ Hoffmann in Prölss/Dreher VAG § 307 Rn. 72.

²⁵⁰ Zur Historie der SE Blanquet ZGR 2002, 20 ff.

bzw. im Fall einer Börsennotierung die internationalen Rechnungslegungsstandards (IAS/IFRS) anzuwenden. Für Prüfung und Publizität gilt das Gleiche wie für nationale Aktiengesellschaften im Sitzland.

- 196 Zur Regelung der **Mitbestimmung** in der SE wurde eine eigene Richtlinie geschaffen, die von den Mitgliedsstaaten umzusetzen war. Die Einrichtung eines besonderen Verhandlungsgremiums vor der eigentlichen Gründung der SE soll sicherstellen, dass die für die konkrete Gesellschaft geeignete Form der Mitbestimmung gefunden werden kann.

I. Rechtsgrundlagen der SE

- 197 Als im Kern europäische Rechtsform setzt das Recht der SE auf **europäische Vorgaben** auf. Kernvorschrift ist die VO (EG) 2157/2001 (SE-VO), die als europäische Verordnung in den EU-Mitgliedstaaten unmittelbar gilt (vgl. Art. 288 Abs. 2 AEUV). Sie wird ergänzt durch das deutsche SE-Ausführungsgesetz (SEAG). Außerdem hat der Europäische Rat die RL 2001/86/EG vom 8.10.2001 hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer einer SE-Richtlinie erlassen, die durch das SE-Beteiligungsgesetz (SEBG) in deutsches Recht umgesetzt wurde.
- 198 Nach Art. 9 VO (EG) 2157/2001 unterliegt die SE neben dieser Verordnung in Deutschland dem **SEAG** und dem **SEBG** sowie insbesondere dem Aktiengesetz.

1. VO (EG) 2157/2001

- 199 Die **VO (EG) 2157/2001** enthält etwa 50 %²⁵¹ des für die SE maßgeblichen Gesellschaftsrechts. Dabei handelt es sich um die Regelungen zur **Gründung einer SE** und zur **Organisationsverfassung**. Sie findet in den Mitgliedsstaaten unmittelbar Anwendung und ist gegenüber dem nationalen Recht vorrangig, sofern die VO (EG) 2157/2001 eine bestimmte Frage regelt, ist diese Regelung gegenüber den Vorschriften des nationalen Rechts **vorrangig**, Art. 9 Abs. 1 lit. a VO (EG) 2157/2001. Zusätzlich findet nach Maßgabe von Art. 9 Abs. 1 lit. c VO (EG) 2157/2001 ergänzend das nationale Recht des Sitzstaates Anwendung. Letzteres ist von erheblicher rechtspraktischer Bedeutung, da die SE-VO wesentliche Teilbereiche des Gesellschaftsrechts nicht regelt, insoweit also **lückenhaft** ist.²⁵²
- 200 Im Rahmen der Organisationsverfassung der SE befasst sich die VO (EG) 2157/2001 mit speziellen Governance Regelungen zum **dualistischen System** (Art. 39–42) und zum **monistischen System** (Art. 43–54) sowie für beide Systeme geltenden Vorgaben (Art. 46–51). In Art. 52–60 befasst sich die VO (EG) 2157/2001 mit der Hauptversammlung, wobei diese keine grundsätzlichen Änderungen zur Hauptversammlung einer SE enthalten. Gleiches gilt für Art. 61 und 62 VO (EG) 2157/2001, die sich mit der Rechnungslegung und dem konsolidierten Jahresabschluss befassen. Art. 63–67 VO (EG) 2157/2001 befassen sich mit der Auflösung, der Liquidation sowie der Insolvenz des SE. Hierfür gelten ebenfalls im Wesentlichen die nationalen Vorschriften für eine Aktiengesellschaft. Zusätzlich wird der Formwechsel in eine Aktiengesellschaft nach dem nationalen Recht des Sitzstaates ermöglicht.

2. Das SE-Ausführungsgesetz

- 201 Das SEAG befasst sich mit speziellen Regelungen zu **Verfahren und Zuständigkeiten** im Zusammenhang mit der Gründung und dem Aufbau einer SE. Es enthält Einzelheiten zu den Verfahren im Rahmen der Gründung einer SE wie zum Beispiel zur Verbesserung des Umtauschverhältnisses sowie zum Abfindungsangebot im Rahmen einer Verschmelzung

²⁵¹ Lutter in Lutter/Hommelhoff/Teichmann Einf. SE-VO Rn. 5.

²⁵² Habersack/Drinhausen SE-Recht Einl. Rn. 4 ff.; Lutter in Lutter/Hommelhoff/Teichmann Einf. SE-VO Rn. 5.

bzw. Gründung einer Holding-SE und zum Gläubigerschutz bei einer Gründung durch Verschmelzung. Außerdem sind Regelungen zur Governance der SE im Rahmen eines dualistischen bzw. monistischen Systems enthalten.

3. SE-Beteiligungsgesetz

Die SEBG setzt die SE-Beteiligungsrichtlinie in deutsches Recht um. Diese regelt die unternehmerische und betriebliche **Beteiligung der Arbeitnehmer** in der SE. Da die Arbeitnehmerbeteiligung in erster Linie Gegenstand einer zwischen der Unternehmensleitung und der Arbeitnehmerseite ausgehandelten Beteiligungsvereinbarung ist, enthält das SEBG Regelungen zur Bildung und Zusammensetzung des besonderen Verhandlungsgremiums, sowie Auffangregelungen für den Fall, dass eine Vereinbarung nicht zustande kommt (→ Rn. 220).

II. Gründung einer SE

Die Gründung einer SE kann durch **grenzüberschreitende Verschmelzung**, durch Gründung einer **Holding-SE** oder einer **Tochter-SE** sowie durch **Formwechsel** erfolgen.

1. Überblick über die Gründung einer SE durch Verschmelzung

Die Gründung einer SE durch Verschmelzung wird durch Art. 2 Abs. 1 VO (EG) 2157/2001 ermöglicht. Danach können Aktiengesellschaften, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet worden sind und ihre Sitz oder ihre Hauptverwaltung in der EU haben, durch Verschmelzung einer SE gründen. Aussetzung ist nach Art. 2 Abs. 1 VO (EG) 2157/2001, dass mindestens zwei an einer Verschmelzung beteiligten Aktiengesellschaft dem Recht unterschiedlicher Mitgliedsstaaten unterliegen. Das Gründungsverfahren richtet sich nach Art. 17 VO (EG) 2157/2001 in Verbindung mit den §§ 5 ff. SEAG.

Der Ablauf einer Gründung durch Verschmelzung lässt sich in drei Phasen unterscheiden: Die **Vorbereitungsphase**, der die Entscheidung der Leitungsorgane der Gründungsgesellschaften zur Vornahme der Verschmelzung vorausgeht, die **Beschlussphase**, in der die Hauptversammlungen der Gründungsgesellschaften über die Verschmelzung beschließen, und die **Vollzugsphase**, in der von den zuständigen nationalen Stellen die Rechtmäßigkeit von Vorbereitung und Durchführung der Verschmelzung und der SE-Gründung geprüft wird, und die mit der Eintragung der SE in das zuständige Register ihres Sitzstaates endet.²⁵³

In der **Vorbereitungsphase** sind folgende Maßnahmen erforderlich²⁵⁴:

- Strukturierung: Entscheidung der beteiligten Vorstände, ob die Gründung einer SE die gewünschten Ziele verwirklichen kann und auf welchem durch Art. 2 VO (EG) 2157/2001 vorgegebenen Wege die SE gegründet werden soll; bei Gründung durch Verschmelzung Entscheidung für Verschmelzung durch Aufnahme oder durch Neugründung;
- Aufstellung von gleichlautenden Verschmelzungsplänen (Art. 20 VO (EG) 2157/2001) unter Beachtung von nationalen Formerfordernissen gem. Art. 18 VO (EG) 2157/2001. Sie sind nach § 6 UmwG notariell zu beurkunden;
- Entwurf der Satzung der SE, die Bestandteil des Verschmelzungsplans nach Art. 20 VO (EG) 2157/2001 wird;
- Erstellung des Verschmelzungsberichts für jede Gründungsgesellschaft oder eines gemeinsamen Verschmelzungsberichts, wenn nicht nach Art. 18 VO (EG) 2157/2001 iVm § 8 Abs. 3 UmwG (→ § 28 Rn. 76 ff.) entbehrlich;

²⁵³ Widmann/Mayer/Heckschen UmwG Anh. 14 Rn. 145; Marsch-Barner in Habersack/Drinhausen SE-Recht Art. 17 Rn. 9.

²⁵⁴ Marsch-Barner in Habersack/Drinhausen SE-Recht Art. 17 Rn. 10.

- Bestellung eines Verschmelzungsprüfers für jede Gründungsgesellschaft oder eines gemeinsamen Verschmelzungsprüfers sowie Vornahme der Verschmelzungsprüfung(en) und Erstellung des Verschmelzungsprüfungsberichts für jede Gründungsgesellschaft oder des gemeinsamen Verschmelzungsprüfungsberichts; wenn eine Verschmelzungsprüfung wenn nicht nach Art. 18 VO (EG) 2157/2001 iVm § 12 Abs. 3 bzw. § 9 Abs. 3 iVm § 8 Abs. 3 UmwG (→ § 28 Rn. 76 ff.) entbehrlich;
 - Herbeiführung erforderlicher Organbeschlüsse (bei deutscher AG zB Beschluss des Aufsichtsrats, sofern gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG vorgesehen, oder bei freiwilliger Einbindung);
 - Aufstellung von Schluss- und/oder Zwischenbilanzen der Gründungsgesellschaften, sofern erforderlich. Für eine übertragende AG deutschen Rechts ist im Rahmen der Rechtmäßigkeitsprüfung gem. Art. 25 Abs. 1 eine den Anforderungen des § 17 Abs. 2 UmwG genügende Schlussbilanz vorzulegen. Zwischenbilanzen sind gem. Art. 18 VO (EG) 2157/2001 iVm § 63 Abs. 1 Nr. 3 UmwG zur Information der Aktionäre im Vorfeld der Hauptversammlung zu erstellen, wenn der jeweils vorliegende Jahresabschluss sich auf ein Geschäftsjahr bezieht, das länger als sechs Monate zurückliegt;
 - Offenlegung des Verschmelzungsplans (bei deutscher Aktiengesellschaft gem. Art. 18 VO (EG) 2157/2001 iVm § 61 UmwG) und Bekanntmachung der Angaben gem. Art. 21 VO (EG) 2157/2001;
 - Zugänglichmachen des Verschmelzungsplans gegenüber sonstigen Parteien gem. Art. 18 VO (EG) 2157/2001 iVm dem nationalen Verschmelzungsrecht der jeweiligen Gründungsgesellschaft (bei deutscher Aktiengesellschaft Zuleitung des Verschmelzungsplans an den zuständigen Betriebsrat gem. Art. 18 iVm § 5 Abs. 3 UmwG);
 - Einleitung und Durchführung des Verhandlungsverfahrens zur Regelung der Arbeitnehmerbeteiligung in der SE; bei SE mit Sitz in Deutschland erfolgt die Einleitung durch Information und Aufforderung zur Bildung des besonderen Verhandlungsgremiums gem. § 4 SEBG;
 - Einberufung der Hauptversammlung und Zugänglichmachen aller erforderlichen Unterlagen zur Information der Aktionäre (bei deutscher Aktiengesellschaft gem. Art. 18 VO (EG) 2157/2001 iVm § 63 UmwG sowie §§ 121 ff. AktG).
- 207** In der **Beschlussphase** sind die Hauptversammlungen der Gründungsgesellschaften mit den folgenden Beschlüssen durchzuführen:²⁵⁵
- Zustimmung zum Verschmelzungsplan (Art. 23 Abs. 1 VO (EG) 2157/2001; bei deutscher Aktiengesellschaft gilt das Mehrheitserfordernis gem. Art. 18 VO (EG) 2157/2001 iVm § 65 UmwG);
 - ggf. Aufnahme des Vorbehalts der ausdrücklichen Genehmigung einer etwaigen Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer (Art. 23 Abs. 2);
 - bei übernehmender Gesellschaft ggf. Kapitalerhöhung zur Gewährung von Aktien an die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft(en); unter den Voraussetzungen von Art. 18 VO (EG) 2157/2001 iVm § 68 UmwG ist eine Kapitalerhöhung entbehrlich, wenn die übernehmende Gesellschaft eine deutsche AG ist;
 - bei übernehmender Gesellschaft Bestellung der Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans der SE, soweit diese nicht in der Satzung bestellt werden (Art. 40 Abs. 2 bzw. Art. 43 Abs. 3 VO (EG) 2157/2001);
 - bei übernehmender Gesellschaft deutschen Rechts Bestellung des Abschlussprüfers (Art. 15 Abs. 1 VO (EG) 2157/2001 iVm § 30 Abs. 1 AktG);
 - ggf. weitere Beschlusspunkte;
 - ggf. Abgabe von Verzichtserklärungen durch die Aktionäre (bei deutscher Aktiengesellschaft kommen in Betracht: Verzicht auf die Erhebung von Klagen gegen die Wirksamkeit des Verschmelzungsbeschlusses, Verzicht auf die Gewährung von Aktien, Verzicht

²⁵⁵ Marsch-Barner in Habersack/Drinhausen SE-Recht Art. 17 Rn. 11.

- auf die Unterbreitung eines Abfindungsangebots im Verschmelzungsplan, Verzicht auf Verschmelzungsbericht, Verschmelzungsprüfung und Verschmelzungsprüfungsbericht);
- Beendigung des Verfahrens zur Regelung der Arbeitnehmerbeteiligung in der SE durch (1) Abschluss einer Vereinbarung (bei SE mit Sitz in Deutschland gem. § 21 SEBG) oder (2) Nichtaufnahme oder Abbruch der Verhandlungen durch das besondere Verhandlungsgremium (bei SE mit Sitz in Deutschland gem. § 16 Abs. 1 und Abs. 2 SEBG) oder (3) Ablauf der Verhandlungsfrist und Eingreifen der gesetzlichen Auffangregelungen (bei SE mit Sitz in Deutschland gem. §§ 22 Abs. 1 Nr. 2, 34 SEBG);
 - Überprüfung der Vereinbarkeit der Satzung der SE mit der Vereinbarung über die Arbeitnehmerbeteiligung und, sofern notwendig, Anpassung der Satzung;
 - ggf. Zustimmung der Hauptversammlung zur Vereinbarung über die Arbeitnehmerbeteiligung, wenn der Zustimmungsbeschluss zum Verschmelzungsplan gem. Art. 23 Abs. 2 VO (EG) 2157/2001 unter einen entsprechenden Vorbehalt gestellt wurde.

Die **Vollzugsphase** umfasst folgende Schritte:²⁵⁶

208

- Sicherheitsleistung an berechnigte Gläubiger, soweit erforderlich (bei deutscher übertragender Aktiengesellschaft und Sitz der SE im Ausland gem. Art. 24 VO (EG) 2157/2001 iVm §§ 8, 13 Abs. 1 SEAG);
- Rechtmäßigkeitsprüfungen bei allen Gründungsgesellschaften gem. Art. 25 Abs. 1 VO (EG) 2157/2001 und Ausstellung von Rechtmäßigkeitsbescheinigungen gem. Art. 25 Abs. 2; zur Entbehrlichkeit einer gesonderten Rechtmäßigkeitsbescheinigung für eine übernehmende Gesellschaft, wenn dieselbe nationale Stelle für die Prüfung gem. Art. 25 VO (EG) 2157/2001 und die Prüfung gem. Art. 26 VO (EG) 2157/2001 zuständig ist;
- Prüfungsverfahren gem. Art. 26 VO (EG) 2157/2001 durch zuständige nationale Stelle am Sitz der SE unter Vorlage der Rechtmäßigkeitsbescheinigungen der Gründungsgesellschaften;
- Eintragung der Verschmelzung und der SE in das zuständige Register ihres Sitzstaates (Art. 27, 12 VO (EG) 2157/2001);
- Offenlegung der Verschmelzung auf der Ebene der Gründungsgesellschaften gem. Art. 28 VO (EG) 2157/2001 und der SE-Gründung gem. Art. 15 Abs. 2, 13 und 14 VO (EG) 2157/2001.

2. Gründung einer Holding-SE

Die Gründung einer Holding-SE richtet sich nach Art. 2 sowie Art. 32 f. VO (EG) 2157/2001. Danach können Aktiengesellschaften und GmbH die nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet worden sind und ihren Sitz sowie ihre Hauptverwaltung in der EU haben die Gründung einer Holding SE anstreben, sofern mindestens zwei der Gesellschaften (Holdinggesellschaft bzw. Beteiligungsgesellschaft) dem **Recht verschiedener Mitgliedschaften** unterliegen oder seit mindestens zwei Jahren eine dem Recht eines anderen EU-Mitgliedsstaats unterliegen Tochtergesellschaft oder eine Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat haben (Art. 2 VO (EG) 2157/2001).

Die Gründung erfolgt in zwei Stufen. Stufe 1 ist in Art. 32 VO (EG) 2157/2001 geregelt. Danach ist ein **Gründungsplan** aufzustellen, durch die Gründungsgesellschaften offen zu legen (Art. 32 Abs. 2 und Abs. 3) nach Art. 32 Abs. 4 und Abs. 5 VO (EG) 2157/2001 durch einen oder mehrere externe Prüfer prüfen zu lassen. Die Gesellschafterversammlung der Gründungsgesellschaften müssen dem Gründungsplan zustimmen (Art. 32 Abs. 6 VO (EG) 2157/2001). Außerdem ist das Beteiligungsverfahren der Arbeitnehmer nach Maßgabe des SEBG durchzuführen (Art. 32 Abs. 6 VO (EG) 2157/2001).

Nach dem die Anteilsinhaber der Gründungsgesellschaften der Holding-Gründung zugestimmt haben, müssen die einzelnen Gesellschafter nach dem Verfahren des Art. 33 ff. VO (EG) 2157/2001 in Stufe 2 entscheiden, ob sie ihre Anteile an ihrer Gründungsgesell-

²⁵⁶ Marsch-Barner in Habersack/Drinhausen SE-Recht Art. 17 Rn. 12.

schaft in Anteile an der neuen SE eintauschen wollen. Ergänzt wird die Vorschriften der VO (EG) 2157/2001 hinsichtlich des Verfahrens durch §§ 9–11 SEAG, die das Verfahren der Unterbreitung eines Erfindungsangebots für Anteilsinhaber, die gegen die Zustimmungsbeschluss zum Gründungsplan Widerspruch zur Niederschrift erklärt haben, regeln.

3. Gründung einer Tochter-SE

- 212** Die Gründung einer Tochter-SE kommt auf zwei unterschiedlichen Grundlagen in Betracht. Art. 35 VO (EG) 2157/2001 ermöglicht die **Primärgründung** einer Tochter-SE nach Maßgabe von Art. 2 Abs. 3 VO (EG) 2157/2001. Danach können Kapitalgesellschaften sowie juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts, die nach dem Recht eines EU-Mitgliedstaats gegründet worden sind und ihren Sitz sowie ihre Hauptverwaltung in einer in der EU haben, eine Tochter-SE durch Zeichnung ihrer Aktien gründen, sofern die Gründerin und die zu gründende Tochter-SE dem Recht verschiedener Mitgliedsstaaten unterliegen oder seit mindestens zwei Jahren eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegen Tochtergesellschaft oder eine Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat haben.
- 213** Art. 3 Abs. 2 VO (EG) 2157/2001 ermöglicht außerdem die **Sekundärgründung** einer Tochter-SE durch eine SE. Auf deren Gründung ist nach heute herrschender Meinung Art. 36 VO (EG) 2157/2001 anzuwenden.²⁵⁷

4. Formwechsel

- 214** Schließlich kommt die Gründung einer SE durch **Formwechsel einer bestehenden Aktiengesellschaft** in eine SE nach Art. 2 Abs. 4 VO (EG) 2157/2001 in Betracht. Das Verfahren richtet sich nach Art. 37 Abs. 4–8 VO (EG) 2157/2001 und entspricht im Wesentlichen den üblichen Standards einer Umstrukturierung nach dem unionsrechtlich vorgegebenen Rechtsrahmen.²⁵⁸ Hierzu sind im Einzelnen die folgenden **Schritte** erforderlich:²⁵⁹
- Antrag an das zuständige LG zur Bestellung eines sachverständigen Prüfers für die Kapitaldeckungsprüfung;
 - Vorbereitung des Umwandlungsplans durch den Vorstand der formwechselnden AG;
 - Vorbereitung des Umwandlungsberichts, der die wesentlichen rechtlichen und wirtschaftlichen Aspekte der Umwandlung erläutert und begründet und die Auswirkungen auf die Aktionäre und Arbeitnehmer darstellt, ebenfalls durch den Vorstand;
 - Durchführung der Kapitaldeckungsprüfung und Ausstellung der Kapitaldeckungsbescheinigung durch den sachverständigen Prüfer;
 - Ausfertigung des Umwandlungsplans und des Umwandlungsberichts;
 - Offenlegung des Umwandlungsplans;
 - Ggf. Zuleitung des Umwandlungsplans und des Umwandlungsberichts an den zuständigen Betriebsrat (obwohl eine entsprechende Rechtspflicht nicht besteht, kann sich die Zuleitung gleichwohl unter praktischen Gesichtspunkten empfehlen);
 - Einberufung einer Hauptversammlung zur Einholung der Zustimmung zum Umwandlungsplan, Zugänglichmachung der relevanten Unterlagen;
 - Durchführung der Hauptversammlung mit Beschlussfassung über den Umwandlungsplan und (ggf. auch nur vorsorglich) Bestellung der Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsrats, Abgabe etwaiger Verzichtserklärungen (zB auf die Berichterstattung gem. Art. 18, 36 analog VO (EG) 2157/2001 iVm § 192 Abs. 2 S. 1 Alt. 2, S. 2 UmwG;
 - Überwindung etwaiger Anfechtungsklagen im Freigabeverfahren;

²⁵⁷ Scholz in Habersack/Drinhausen SE-Recht Art. 35 Rn. 2; Casper in Spindler/Stilz AktG Art. 35, 36 Rn. 1; Paefgen in KölnKommAktG SE-VO Art. 36 Rn. 33; Widmann/Mayer/Heckschen UmwG Anh. 14 Rn. 337, 399.

²⁵⁸ Paefgen in KölnKommAktG SE-VO Art. 37 Rn. 5.

²⁵⁹ Bückner in Habersack/Drinhausen SE-Recht Art. 37 Rn. 19.