

SE-Recht

mit grenzüberschreitender Verschmelzung

Bearbeitet von

Prof. Dr. Mathias Habersack, Prof. Dr. Florian Drinhausen, Prof. Dr. Gregor Bachmann, Dr. Thomas Bücken, Dr. Hans Diekmann, PD Dr. Gerrit Forst, Prof. Dr. Klaus-Stefan Hohenstatt, Prof. Dr. Georg Jochum, Dr. Roger Kiem, Prof. Dr. Reinhard Marsch-Barner, Dr. Thomas Müller-Bonanni, Dr. Kai-Steffen Scholz, Prof. Dr. Jan Schürnbrand, Prof. Dr. Christoph H. Seibt, Prof. Dr. Gregor Thüsing, Prof. Dr. Dirk A. Verse

2. Auflage 2016. Buch. XXXVIII, 1279 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 68709 9

Format (B x L): 12,8 x 19,4 cm

Gewicht: 923 g

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Gesellschaftsrecht > Europäisches, Internationales Gesellschaftsrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Abs. 2 lit. a) oder der **Verschmelzung durch Neugründung** (Art. 17 Abs. 2 lit. b) erfolgen. Zur begrifflichen Konkretisierung der beiden Verschmelzungsarten wird dabei auf Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 NatVerschmRL Bezug genommen. Darin liegt keine Verweisung auf die weiteren Bestimmungen der NatVerschmRL. Welche Sachnormen im Einzelfall anzuwenden sind, ergibt sich vielmehr aus Art. 15 und Art. 18 (*Schwarz* Rn. 4; *MüKoAktG/Schäfer* Rn. 2). Aufgrund des Auftrags in Art. 69 S. 2 lit. b hat die EU-Kommission geprüft, ob der Begriff der Verschmelzung in Art. 17 Abs. 2 ausgeweitet werden soll. Nach dem **Evaluierungsbericht von 2010** ist eine solche Ausweitung nicht geplant (vgl. Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der SE-VO vom 17.11.2010, KOM(2010) 676, S. 1 ff. und dazu *Kiem CFL* 2011, 134 ff.).

Hinsichtlich der einzelnen Voraussetzungen der SE-Gründung durch Verschmelzung bestehen **Gemeinsamkeiten** mit dem Verschmelzungsrecht nach dem **UmwG**, wie beispielsweise die Notwendigkeit der Erstellung eines Verschmelzungsplans als Gegenstück zum Verschmelzungsvertrag (Art. 20), die Offenlegung des Verschmelzungsvorhabens (Art. 21), die Prüfung des Umtauschverhältnisses (Art. 22), die Zustimmung der Hauptversammlung (Art. 23) und die Eintragung der Verschmelzung im zuständigen Register (Art. 27; van Hulle/Maul/Drinhausen/*Teichmann* Abschnitt 4 § 2 Rn. 3). Unterschiede zum deutschen innerstaatlichen Verschmelzungsrecht ergeben sich insbesondere aus der Beschränkung der Gesellschaftsformen, die an der Verschmelzung zur Gründung einer SE teilnehmen können: Während für die innerstaatliche Verschmelzung nahezu allen Gesellschaftsformen des deutschen Rechts zur Verfügung stehen (s. § 3 Abs. 1 UmwG), können sich gemäß Art. 2 Abs. 1 an der Verschmelzung zur Gründung einer SE lediglich die in **Anhang I** der SE-VO aufgelisteten mitgliedstaatlichen **Aktiengesellschaften** beteiligen. Die KGaA und GmbH gehören nicht dazu. Aufgrund der Gleichstellung in Art. 3 Abs. 1 kann sich dagegen eine **SE** an der Gründung beteiligen (näher → Art. 2 Rn. 5).

Die SE-Gründung im Wege der Verschmelzung durch Aufnahme führt zu einem **Formwechsel der aufnehmenden Aktiengesellschaft** in die Rechtsform der SE (Art. 17 Abs. 2 S. 2 iVm Art. 29 Abs. 1 lit. d). Diese Kombination aus Verschmelzung und formwechselnder Umwandlung (LHT/*Bayer* Rn. 3; *Scheifele* Gründung der SE S. 134) ist dem deutschen innerstaatlichen Umwandlungsrecht unbekannt. Die Rechtsfolgen dieser Umwandlung entsprechen aber dem Formwechsel nach dem UmwG. Die rechtliche und wirtschaftliche Identität der aufnehmenden Gesellschaft bleibt erhalten; sie ändert nur ihre gesellschaftsrechtliche Verfassung (näher *Lutter/Decher/Hoger* UmwG § 190 Rn. 1, § 202 Rn. 7 ff.).

Umstritten ist, ob der **Sitz der SE** bei der Verschmelzung zur Aufnahme frei gewählt werden kann oder ob er in demselben Mitgliedstaat liegen muss wie der Sitz der aufnehmenden Gründungsgesellschaft. Letzteres – also die zwingende Identität der Sitze von SE und aufnehmender Gründungsgesellschaft – wird teilweise und Hinweis auf Art. 37 Abs. 3 vertreten. Danach darf der Gesellschaftssitz anlässlich einer SE-Gründung durch Formwechsel nicht verlegt werden. Auch beim Formwechsel der aufnehmenden Gesellschaft im Rahmen der Verschmelzungsgründung (Art. 17 Abs. 2 S. 2; → Rn. 3) dürfe der Gesellschaftssitz daher nicht verlegt werden (*Spindler/Stilz/Casper* Rn. 7; *Ihrig/Wagner* BB 2004, 1749 [1752]; *Jannott* in *Jannott/Frodermann* HdB SE Kap. 3 Rn. 5; *KK-AktG/Maul* Rn. 27; *MüKoAktG/Schäfer* Rn. 10; *Spitzbart* RNotZ 2006, 369 [376]; *Kraft/Bron* RIW 2005, 641 [642]). Dagegen spricht allerdings, dass Art. 17 gerade kein derartiges Verbot enthält (für einen Umkehrschluss deshalb LHT/*Bayer* Rn. 3; *Scheifele* Gründung der SE S. 153 f.; *Schwarz* Art. 20 Rn. 21). Auch mit Blick auf die Interessenlage erscheint es weder sachgerecht noch notwendig, das

SE-VO Art. 17

Titel II. Gründung

Verbot aus Art. 37 Abs. 3 oder die Vorschriften des Art. 8 im Rahmen der Verschmelzungsgründung anzuwenden. Denn anders als bei der Gründung durch Formwechsel stehen bei der Verschmelzungsgründung alle Mittel bereit, um den Gefahren zu begegnen, die sich aus dem grenzüberschreitenden Element der Gründung für Gläubiger und Minderheitsaktionäre ergeben (vgl. van Hulle/Maul/Drinhausen/*Teichmann* Abschnitt 4 § 2 Rn. 34). Nimmt an der Gründung einer ausländischen SE etwa eine deutsche Gründungsgesellschaft als aufnehmender Rechtsträger teil, so gelten zum Schutz der Gläubiger der deutschen Gründungsgesellschaft § 8 iVm § 13 Abs. 1 und 2 SEAG analog (→ Art. 24 Rn. 9) und zum Schutz ihrer Minderheitsaktionäre Art. 24 Abs. 2 iVm § 7 iVm § 12 SEAG (→ Art. 24 Rn. 48). Umgehungsmöglichkeiten, die durch ein Verbot analog Art. 37 Abs. 3 verhindert werden sollten, sind nicht ersichtlich. Auch bei der Verschmelzung zur Aufnahme kann der Sitz der SE daher frei gewählt werden (so auch *Schwarz* Art. 20 Rn. 21; *LHT/Bayer* Rn. 4; *Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig/Drinhausen* 10 Jahre SE S. 46; *Widmann/Mayer/Heckschen* UmwG Anh. 14 Rn. 127, 155; *Kallmeyer/Marsch-Barner* UmwG Anh. Rn. 14, 22 aE; van Hulle/Maul/Drinhausen/*Teichmann* Abschnitt 4 § 2 Rn. 34; *Scheifele* Gründung der SE S. 153 f.; *Fuchs* S. 117 f.; *Walden/Meyer-Landrut* DB 2005, 2119 [2125]; wohl auch *Habersack/Verse* EuropGesR § 13 Rn. 20).

II. Verschmelzungsarten

- 5 **1. Unterscheidung der Verschmelzungsarten.** Die meisten Vorschriften der SE-VO zur SE-Gründung durch Verschmelzung finden sowohl auf die Verschmelzung durch Aufnahme als auch auf die Verschmelzung durch Neugründung Anwendung (*Scheifele* Gründung der SE S. 135). Eine Ausnahme hiervon bildet die Differenzierung der Rechtsfolgen beider Verschmelzungsarten in **Art. 29 Abs. 1 und Abs. 2**. Zudem trifft **Art. 31** besondere Regelungen für die Verschmelzung nach Art. 17 Abs. 2 lit. a. Die dabei vorgesehenen Erleichterungen für Mutter-Tochter-Verschmelzungen finden nur Anwendung auf die Verschmelzung durch Aufnahme. Ferner können sich aus den gemäß Art. 18 oder Art. 15 Abs. 1 ergänzend anwendbaren Vorschriften des nationalen Verschmelzungsrechts der Gründungsgesellschaften Unterschiede ergeben (*Scheifele* Gründung der SE S. 135). So regeln in Deutschland die §§ 4–35 und §§ 60–72 UmwG die Verschmelzung von Aktiengesellschaften durch Aufnahme, während für die Verschmelzung durch Neugründung einer AG die Besonderheiten der §§ 36–38 und §§ 73–77 UmwG zu beachten sind (NK-SE/*Schröder* Rn. 25; *Schwarz* Rn. 10). Besonders zu beachten sind die Zweijahresfrist in §§ 67, 76 Abs. 1 UmwG und die Vorschriften über die Kapitalerhöhung bei einer aufnehmenden AG (§§ 66 ff. UmwG, §§ 182 ff. AktG; *LHT/Bayer* Rn. 8)
- 6 **2. Verschmelzung durch Aufnahme.** Eine Verschmelzung durch Aufnahme bezeichnet gemäß Art. 3 Abs. 1 NatVerschmRL den Vorgang, „durch den eine oder mehrere Gesellschaften ihr gesamtes Aktiv- und Passivvermögen im Wege der Auflösung ohne Abwicklung auf eine andere Gesellschaft übertragen, und zwar gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft an die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft oder Gesellschaften und ggf. einer baren Zuzahlung, die den zehnten Teil des Nennbetrags oder, wenn ein Nennbetrag nicht vorhanden ist, des rechnerischen Wertes der gewährten Aktien nicht übersteigt“. **Rechtsfolgen** der (wirksamen) Verschmelzung durch Aufnahme zur Gründung einer SE sind gemäß Art. 29 Abs. 1 der Übergang des Vermögens der übertragenden auf die übernehmende Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge, die Erlangung der Rechtsstellung als Aktionär der übernehmenden Gesellschaft durch die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft(en), das Er-

löschen der übertragenden Gesellschaft(en) und schließlich die Annahme der Rechtsform der SE durch die übernehmende Gesellschaft (im Einzelnen → Art. 29 Rn. 2 ff.). Unterliegt die übertragende Gesellschaft dem Recht eines anderen Mitgliedstaates als die übernehmende Gesellschaft, so führt die Verschmelzung zu einer Gesamtrechtsnachfolge, Anteilsgewährung und Auflösung **über die Grenze** (MüKoAktG/Schäfer Rn. 1 bezeichnet dies unscharf als „Sitzverlegung“; s. dazu auch *Marsch-Barner* FS Haarmann, 2015, S. 115, 131). Zulässig ist auch die **Konzernverschmelzung** in der Form, dass eine Tochter-AG auf die Mutter-AG verschmolzen wird. Für diesen upstream-merger enthält Art. 31 bestimmte Erleichterungen (→ Art. 31 Rn. 7 ff.). Der umgekehrte Fall (downstream-merger) ist dagegen nicht vorgesehen (*Scheifele* Gründung der SE S. 281, 287; *Schwarz* Art. 31 Rn. 5, 22).

Die **Anteilsübertragung** an die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft 7 kann dergestalt erfolgen, dass (1) bereits existierende **eigene Aktien** der übernehmenden Aktiengesellschaft übertragen werden, (2) **Aktien** übertragen werden, die die **übertragende Gesellschaft** an der übernehmenden Gesellschaft hält oder (3) **neue Aktien** ausgegeben werden (NK-SE/Schröder Art. 17 Rn. 18). Sofern neue Aktien ausgegeben werden, ist hierfür regelmäßig eine **Kapitalerhöhung** notwendig, für die gemäß Art. 18 die allgemeinen Vorschriften des Rechts gelten, dem die übernehmende Gesellschaft unterliegt (*Scheifele* Gründung der SE S. 134 f.; *Schwarz* Rn. 7; aA offenbar NK-SE/Schröder Rn. 18, der das gemäß Art. 5 für die SE maßgebende Recht anwenden möchte; dies kann aber erst nach Gründung der SE gelten; ähnlich *Theisen/Wenz/Neum* S. 129, der über die Verweisung des Art. 15 Abs. 1 zum Recht des Sitzstaates der SE gelangt). Im Falle einer deutschen Aktiengesellschaft sind dies vor allem die Vorschriften der §§ 68, 69 UmwG (*Kallmeyer/Marsch-Barner* UmwG Anh. Rn. 62). Dabei sind insbesondere die in § 68 Abs. 1 S. 1 UmwG normierten Kapitalerhöhungsverbote zu beachten (zu Einzelheiten s. *Kallmeyer/Marsch-Barner* UmwG § 68 Rn. 2 ff.; *Scheifele* Gründung der SE S. 135). Eine Kapitalerhöhung bei einer übernehmenden deutschen Aktiengesellschaft ist gemäß Art. 18 iVm § 68 Abs. 1 S. 3 nicht erforderlich, soweit die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft(en) auf die Anteilsgewährung verzichten (*Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Hörtnagl* Rn. 7). § 69 UmwG enthält Erleichterungen für die Durchführung einer etwaigen Kapitalerhöhung (*Scheifele* Gründung der SE S. 135; zu weiteren Einzelheiten s. *Kallmeyer/Marsch-Barner* UmwG § 69 Rn. 4 ff.). So ist beispielsweise das Bezugsrecht der Aktionäre der übernehmenden deutschen Gesellschaft gemäß § 186 AktG ausgeschlossen.

3. Verschmelzung durch Neugründung. Die Verschmelzung durch Neu- 8 gründung bezeichnet gemäß Art. 4 Abs. 1 NatVerschmRL den 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 ggf. einer baren Zuzahlung, die den zehnten Teil des Nennbetrags oder, wenn der Nennbetrag nicht vorhanden ist, des rechnerischen Wertes der gewährten Aktien nicht übersteigt“. **Rechtsfolgen** der Verschmelzung durch Neugründung sind gemäß Art. 29 Abs. 2, dass das Vermögen aller übertragenden Gesellschaften im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die neu gegründete SE übergeht, die Aktionäre der übertragenden Gesellschaften Aktionäre der neuen SE werden und die Gründungsgesellschaften erlöschen. Insofern gleicht die Verschmelzung durch Neugründung in ihrem Ablauf weitgehend der Verschmelzung durch Aufnahme mit dem Unterschied, dass die Vermögensübertragung und die Aktiengewährung nicht an bzw. durch eine der Gründungsgesellschaften erfolgt, sondern an bzw. durch eine neu zu gründende Gesellschaft (*Scheifele* Gründung

SE-VO Art. 17

Titel II. Gründung

der SE S. 135; *Schwarz* Rn. 9), und alle übertragenden Gesellschaften erlöschen. Der **Sitz der neuen SE** kann innerhalb des Geltungsbereichs der SE-VO frei gewählt werden. Er muss nicht zwingend im Sitzstaat einer der Gründungsgesellschaften liegen (*MüKoAktG/Schäfer* Rn. 11; *Kallmeyer/Marsch-Barner UmwG Anh. Rn. 22*; auch → Rn. 3).

III. Überblick über den Ablauf der Gründung einer SE durch Verschmelzung

- 9 Im Rahmen der Gründung einer SE im Wege der Verschmelzung lassen sich **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 (vgl. *Widmann/Mayer/Heckschen UmwG Anh. 14 Rn. 145*).
- 10 **1. Vorbereitungsphase.** In die Vorbereitungsphase fallen folgende Maßnahmen:
- Strukturierung: Entscheidung der beteiligten Vorstände, ob die Gründung einer SE die gewünschten Ziele verwirklichen kann und auf welchem durch Art. 2 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) unter Beachtung von Formerfordernissen gemäß Art. 18 iVm dem nationalen Verschmelzungsrecht der jeweiligen Gründungsgesellschaft (der Verschmelzungsplan für eine deutsche AG ist gemäß Art. 18 iVm § 6 UmwG notariell zu beurkunden; dies kann vor oder nach der Beschlussfassung der Hauptversammlung über die Verschmelzung geschehen, → Art. 20 Rn. 5 ff.);
 - Entwurf der Satzung der SE, die Bestandteil des Verschmelzungsplans wird;
 - Erstellung des Verschmelzungsberichts für jede Gründungsgesellschaft oder eines gemeinsamen Verschmelzungsberichts, wenn erforderlich (Art. 18 iVm dem nationalen Verschmelzungsrecht der jeweiligen Gründungsgesellschaft; für eine Gründungsgesellschaft deutschen Rechts ist der Verschmelzungsbericht unter den Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 UmwG entbehrlich, → Art. 20 Rn. 44 f.);
 - 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 erforderlich ist (für eine Gründungsgesellschaft deutschen Rechts sind Verschmelzungsprüfung und Erstellung eines Prüfungsberichts unter den Voraussetzungen der § 12 Abs. 3 bzw. § 9 Abs. 3 iVm § 8 Abs. 3 UmwG entbehrlich, → Art. 22 Rn. 23);
 - Herbeiführung erforderlicher Organbeschlüsse (bei deutscher AG zB Beschluss des Aufsichtsrats, sofern gemäß § 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 gemäß Art. 25 Abs. 1 eine den Anforderungen des § 17 Abs. 2 UmwG genügende Schlussbilanz vorzulegen

- (→ Art. 25 Rn. 10). Zwischenbilanzen sind gemäß Art. 18 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 gemäß Art. 18 iVm § 61 UmwG) und Bekanntmachung der Angaben gemäß Art. 21;
 - Zugänglichmachen des Verschmelzungsplans gegenüber sonstigen Parteien gemäß Art. 18 iVm dem nationalen Verschmelzungsrecht der jeweiligen Gründungsgesellschaft (bei deutscher Aktiengesellschaft Zuleitung des Verschmelzungsplans an den zuständigen Betriebsrat gemäß 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 gemäß § 4 SEBG (→ SEBG § 4 Rn. 4 ff.);
 - Einberufung der Hauptversammlung und Zugänglichmachen aller erforderlichen Unterlagen zur Information der Aktionäre (bei deutscher Aktiengesellschaft gemäß Art. 18 iVm § 63 UmwG sowie §§ 121 ff. AktG).

2. Beschlussphase. In die Beschlussphase fallen folgende Maßnahmen:

11

- Durchführung der Hauptversammlung der Gründungsgesellschaften mit Beschlussfassung über:
- Zustimmung zum Verschmelzungsplan (Art. 23 Abs. 1; bei deutscher Aktiengesellschaft gilt das Mehrheitserfordernis gemäß Art. 18 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 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);
- bei übernehmender Gesellschaft deutschen Rechts Bestellung des Abschlussprüfers (Art. 15 Abs. 1 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 auf die Unterbreitung eines Abfindungsangebots im Verschmelzungsplan, Verzicht auf Verschmelzungsbericht, Verschmelzungsprüfung und Verschmelzungsprüfungsbericht);
- Beendigung des Verfahrens zur Regelung der Arbeitnehmerbeteiligung in der SE durch (i) Abschluss einer Vereinbarung (bei SE mit Sitz in Deutschland gemäß § 21 SEBG) oder (ii) Nichtaufnahme oder Abbruch der Verhandlungen durch das besondere Verhandlungsgremium (bei SE mit Sitz in Deutschland gemäß § 16 Abs. 1 und Abs. 2 SEBG) oder (iii) Ablauf der Verhandlungsfrist und Eingreifen der gesetzlichen Auffangregelungen (bei SE mit Sitz in Deutschland gemäß §§ 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 gemäß Art. 23 Abs. 2 unter einen entsprechenden Vorbehalt gestellt wurde.

SE-VO Art. 18

Titel II. Gründung

- 12 **3. Vollzugsphase.** In die Vollzugsphase fallen folgende Schritte:
- Sicherheitsleistung an berechnigte Gläubiger, soweit erforderlich (bei deutscher übertragender Aktiengesellschaft und Sitz der SE im Ausland gemäß Art. 24 iVm §§ 8, 13 Abs. 1 SEAG);
 - Rechtmäßigkeitsprüfungen bei allen Gründungsgesellschaften gemäß Art. 25 Abs. 1 und Ausstellung von Rechtmäßigkeitsbescheinigungen gemäß Art. 25 Abs. 2; zur Entbehrlichkeit einer gesonderten Rechtmäßigkeitsbescheinigung für eine übernehmende Gesellschaft, wenn dieselbe nationale Stelle für die Prüfung gemäß Art. 25 und die Prüfung gemäß Art. 26 zuständig ist, → Art. 25 R.n. 27;
 - Prüfungsverfahren gemäß Art. 26 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);
 - Offenlegung der Verschmelzung auf der Ebene der Gründungsgesellschaften gemäß Art. 28 und der SE-Gründung gemäß Art. 15 Abs. 2, 13 und 14.

[Anwendung geltender Rechtsvorschriften]

18 In den von diesem Abschnitt nicht erfassten Bereichen sowie in den nicht erfassten Teilbereichen eines von diesem Abschnitt nur teilweise abgedeckten Bereichs sind bei der Gründung einer SE durch Verschmelzung auf jede Gründungsgesellschaft die mit der Richtlinie 78/855/EWG in Einklang stehenden, für die Verschmelzung von Aktiengesellschaften geltenden Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats anzuwenden, dessen Recht sie unterliegt.

I. Normzweck

- 1 Art. 18 ist eine Spezialverweisung für die Errichtung einer SE durch Verschmelzung und erklärt in Ergänzung der SE-VO für jede beteiligte **Gründungsgesellschaft** das jeweils für sie geltende **nationale Verschmelzungsrecht**, welches auf der Grundlage der NatVerschmRL harmonisiert ist, für anwendbar. Die Regelung trägt dem Umstand Rechnung, dass die Gründung einer SE durch Verschmelzung in der SE-VO nicht umfassend geregelt ist (van Hulle/Maul/Drinhausen/*Teichmann* Abschnitt 4 § 2 Rn. 13). Art. 18 ist dabei *lex specialis* zu Art. 15, aber nachrangig zu den Regelungen der Art. 19 ff. (LHT/*Bayer* Rn. 1; *Jünemann* in BJMS SE § 2 Rn. 46; Spindler/Stilz/*Casper* Rn. 1; KK-AktG/*Maul* Rn. 1; MüKoAktG/*Schäfer* Rn. 1; *Schwarz* Rn. 1). Vor Anwendung der nationalen Verschmelzungsvorschriften ist daher immer zu prüfen, inwieweit die SE-VO selbst Regelungen bereithält.

II. Anwendungsbereich

- 2 **1. Verschmelzungsgründung.** Ausweislich seines Wortlauts ist Art. 18 unmittelbar nur anwendbar, wenn die SE im Wege der **Verschmelzung** gegründet wird. Die Norm differenziert dabei nicht zwischen den verschiedenen Verschmelzungsvarianten, so dass sie gleichermaßen für die Verschmelzung durch Aufnahme als auch die Verschmelzung durch Neugründung gilt (zu den einzelnen Verschmelzungsvarianten im Wege der Verschmelzung durch Aufnahme bzw. Neugründung → Art. 17 Rn. 5 ff.). Eine **entsprechende Anwendung** kommt

bei Gründung einer **Holding-SE** gemäß Art. 32 in Betracht (→ Art. 32 Rn. 10; ferner LHT/Bayer Rn. 2; KK-AktG/Maul Rn. 2; Schwarz Rn. 9).

2. Keine oder nur teilweise Regelung in den Art. 19 ff. Die Verweisung **3** des Art. 18 ins nationale Verschmelzungsrecht greift ferner nur ein, wenn sich aus dem zweiten Abschnitt, genauer gesagt aus den Art. 19 ff., oder aus den dortigen Spezialverweisungen (insbesondere Art. 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 30 Abs. 1) und Ermächtigungsnormen in Verbindung mit nationalen Ausführungsgesetzen (etwa Art. 21 iVm § 5 SEAG) keine oder nur eine unvollständige Regelung einer Rechtsfrage ergibt (LHT/Bayer Rn. 1; Spindler/Stilz/Casper Rn. 3; KK-AktG/Maul Rn. 4; MüKoAktG/Schäfer Rn. 4; Schwarz Rn. 10). Es muss also eine **Regelungslücke** auf der Ebene der SE-VO vorliegen. Dabei ist, anders als für eine Analogie, nicht erforderlich, dass die Regelungslücke planwidrig ist; im Gegenteil ist eine planwidrige Regelungslücke zunächst durch Analogiebildung auf der Ebene der SE-VO zu schließen und ein Rückgriff auf Art. 18 iVm dem nationalen Recht nur zulässig, wenn dies nicht möglich ist (MüKoAktG/Schäfer Rn. 4; Schwarz Rn. 10; vgl. auch KK-AktG/Maul Rn. 4).

3. Verfahren bei den Gründungsgesellschaften. Schließlich erfasst die Verweisung **4** nur Rechtsfragen im Bereich des von den **Gründungsgesellschaften** zu durchlaufenden Verfahrens (KK-AktG/Maul Rn. 3; Schwarz Rn. 8); das Verfahren auf der Ebene der zu gründenden SE unterliegt hingegen gemäß der Verweisung des Art. 15 Abs. 1 dem Recht des Sitzstaates der SE. Art. 18 findet daher in der **Vorbereitungs- und Beschlussphase** der SE-Gründung Anwendung, während Art. 15 in der Vollzugsphase einschlägig ist (LHT/Bayer Rn. 3; KK-AktG/Maul Rn. 3; Schwarz Rn. 16; van Hulle/Maul/Drinhausen/Teichmann Abschnitt 4 § 2 Rn. 15 f.; zu den einzelnen Phasen → Art. 17 Rn. 9 ff.). Art. 9 kommt hingegen in der Gründungsphase keine Bedeutung zu, da die Vorschrift nur das auf die bestehende SE anwendbare Recht regelt (Kals/Hügel/Hügel SEG Vor § 17 Rn. 2; MüKoAktG/Schäfer Rn. 1; van Hulle/Maul/Drinhausen/Teichmann Abschnitt 4 § 2 Rn. 15 ff.).

III. Verweisungsumfang

1. Verweisungsobjekt. Art. 18 verweist auf die Verschmelzungsvorschriften **5** des Mitgliedstaates, „dessen Recht“ die betreffende Gründungsgesellschaft unterliegt. Im Gegensatz zu Art. 15 Abs. 1 (→ Art. 15 Rn. 1) und Art. 9 (→ Art. 9 Rn. 34 ff.) ist dies als **Gesamtnormverweisung** zu verstehen, die das Internationale Privatrecht der Gründungsgesellschaften einschließt (LHT/Bayer Rn. 4; Spindler/Stilz/Casper Rn. 1; KK-AktG/Maul Rn. 5; MüKoAktG/Schäfer Rn. 2; Schwarz Rn. 18 ff.). Welches nationale Verschmelzungsrecht maßgeblich ist, folgt daher aus dem **Gesellschaftsstatut der jeweiligen Gründungsgesellschaft**. Dies richtet sich grundsätzlich danach, ob die Rechtsordnung der betroffenen Gründungsgesellschaft der **Sitz- oder Gründungstheorie** folgt. Jedoch sind für Rechtsordnungen, welche grundsätzlich der Sitztheorie folgen, die Modifikationen aufgrund der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit (EuGH Slg. 1999, I-1459 = NJW 1999, 2027 – Centros; Slg. 2002, I-9919 = NZG 2002, 1164 – Überseering; Slg. 2003, I-10155 = NZG 2003, 1064 – Inspire Art) zu berücksichtigen. Da danach ein EU- bzw. EWR-Mitgliedstaat eine in einem anderen Mitgliedstaat gegründete Gesellschaft anerkennen muss, ist im Ergebnis bei reinen EU- bzw. EWR-Sachverhalten grundsätzlich die Gründungstheorie anzuwenden (LHT/Bayer Rn. 4; MüKoAktG/Schäfer Rn. 2). So findet auf eine Aktiengesellschaft, die nach dem Recht eines anderen EU-/EWR-Mitgliedstaats gegründet wurde und ihren Verwaltungssitz in Deutschland hat, das Recht ihres Gründungsstaates Anwendung (LHT/Bayer Rn. 7; Bayer/J. Schmidt ZHR 173

SE-VO Art. 19

Titel II. Gründung

(2009), 735 [739]; teilweise abweichend MüKoAktG/Schäfer Rn. 2, wonach zusätzlich das deutsche Verschmelzungsrecht Anwendung finden könne), zumindest, soweit dieses keine Rückverweisung auf das deutsche Recht ausspricht (zur Zulässigkeit von Rückverweisungen auf das Recht des Verwaltungssitzstaates innerhalb von EU/EWR MüKoBGB/Kindler IntGesR Rn. 428 mwN). Für eine nach deutschem Recht gegründete AG mit Verwaltungssitz im Ausland ist hingegen das deutsche Verschmelzungsrecht maßgeblich.

- 6 **2. Anwendbare Vorschriften des Sachrechts.** Wenn das Gesellschaftsstatut bestimmt worden ist, stellt sich die Frage, welche sachrechtlichen Vorschriften Anwendung finden. Zunächst bestimmt Art. 18 selbst, dass diejenigen Rechtsvorschriften anwendbar sind, welche mit der **NatVerschmRL in Einklang stehen**. Dies bedeutet nicht, dass lediglich solche nationalen Normen Anwendung finden, die auf der NatVerschmRL basieren. Vielmehr sind beispielsweise bei Anwendung des deutschen Sachrechts alle Normen des UmwG und AktG betreffend die Verschmelzung anwendbar, sofern sie **nicht im Widerspruch zur NatVerschmRL** stehen (LHT/Bayer Rn. 6; Spindler/Stilz/Casper Rn. 2; KK-AktG/Maul Rn. 6; MüKoAktG/Schäfer Rn. 3; Scheifele Gründung der SE S. 45; Schwarz Rn. 29). Ggf. muss das nationale Recht richtlinienkonform ausgelegt werden (KK-AktG/Maul Rn. 6). Ferner dürfte es geboten sein, auch das **Richterrecht** des jeweiligen Mitgliedstaats zu berücksichtigen (Spindler/Stilz/Casper Rn. 2; KK-AktG/Maul Rn. 7; Scheifele Gründung der SE S. 56; Schwarz Rn. 27). Nur so ist gewährleistet, dass die Verweisung auch geänderte Rechtsansichten erfassen kann (Scheifele Gründung der SE S. 56; Schwarz Rn. 27).
- 7 **3. Maßgebliches deutsches Sachrecht.** Sofern deutsches Sachrecht Anwendung findet, sind insbesondere folgende Normen zu beachten (vgl. LHT/Bayer Rn. 8; KK-AktG/Maul Rn. 8; NK-SE/Schröder Rn. 22 ff.):
- § 5 Abs. 3 UmwG (Zuleitung des Verschmelzungsplans an den Betriebsrat),
 - § 6 UmwG (Form des Verschmelzungsplans),
 - § 8 UmwG (Verschmelzungsbericht),
 - § 13 Abs. 3 UmwG (Form des Verschmelzungsbeschlusses),
 - §§ 60, 73, 9–12 UmwG (Verschmelzungsprüfung),
 - § 61 UmwG (Bekanntmachung des Verschmelzungsplans),
 - §§ 63, 64 UmwG und §§ 121 ff. AktG (Einberufung und Durchführung der Hauptversammlung; Information der Aktionäre),
 - § 65 Abs. 1 UmwG und § 133 AktG (Mehrheitserfordernisse für den Zustimmungsbeschluss der Hauptversammlung),
 - §§ 66 ff. UmwG, §§ 182 ff. AktG (Kapitalerhöhungsvorschriften),
 - § 71 UmwG (Übertragung der Aktien).

[Einspruch gegen eine Verschmelzung]

19 Die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates können vorsehen, dass die Beteiligung einer Gesellschaft, die dem Recht dieses Mitgliedstaates unterliegt, an der Gründung einer SE durch Verschmelzung nur möglich ist, wenn keine zuständige Behörde dieses Mitgliedstaats vor der Erteilung der Bescheinigung gemäß Artikel 25 Absatz 2 dagegen Einspruch erhebt.

¹Dieser Einspruch ist nur aus Gründen des öffentlichen Interesses zulässig. ²Gegen ihn muss ein Rechtsmittel eingelegt werden können.

Schrifttum: Teichmann, Die Einführung der europäischen Aktiengesellschaft, ZGR 2002, 383.