

# Handbuch zur Europäischen Gesellschaft (SE)

Van Hulle / Maul / Drinhausen

2. Auflage 2022  
ISBN 978-3-406-71272-2  
C.H.BECK

Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge auf die durch die Spaltung neu gegründete Gesellschaft übertragen, nicht möglich.<sup>18</sup> Hiergegen spricht Art. 2 Abs. 3 SE-VO, wonach eine Tochter-SE durch Zeichnung von Aktien gegründet werden muss. Das Verfahren der Bar- bzw. Sachgründung richtet sich nach den für Aktiengesellschaften geltenden Regelungen; im Hinblick auf die Beteiligung der Arbeitnehmer kommen die Regelungen des SEBG zur Anwendung (s. → § 14 Rn. 17 ff.). Zudem müssen, soweit die künftige Tochter-SE nach dem monistischen System strukturiert sein soll, bestimmte Anpassungen bei der Gründung vorgenommen werden.

## I. Vorbereitungen zur Einbeziehung der Arbeitnehmer

Das SEBG sieht vor, dass das Verfahren zur Gründung einer Tochter-SE nach Abschluss 11 der Vereinbarung eines Plans zur Gründung derselben zu beginnen hat (§ 4 Abs. 2 SEBG). Wie dieser Plan im Einzelnen ausgestaltet sein soll, regelt das SEBG und auch die SE-VO, die keine materiellen Regelungen zur Gründung einer Tochter-SE beinhaltet, nicht. Entsprechend dem Sinn und Zweck der Regelung, den Zeitpunkt festzulegen, zu dem die Arbeitnehmer über die anstehende Gründung der SE informiert werden sollen, ist lediglich erforderlich, dass sich die Gründer form- und fristlos auf die Gründung einer Tochter einigen, dh zwischen ihnen ein schuldrechtlicher Vertrag abgeschlossen wird. Die Leitungs- bzw. Verwaltungsorgane der Gründer haben, soweit sie selbst oder die künftige Tochter-SE über einen Sitz in Deutschland verfügt, unverzüglich nach Abschluss der Vereinbarung des Plans zur Gründung der Tochter-SE die Arbeitnehmervertretungen in ihren Gesellschaften und ihren Tochtergesellschaften und Betrieben, soweit diese in die Tochtergesellschaft eingebracht werden sollen, über das Gründungsvorhaben zu informieren (s. → § 14 Rn. 22 ff.). Besteht keine Arbeitnehmervertretung, erfolgt diese Information gegenüber den Arbeitnehmern (s. → § 14 Rn. 23). Der Mindestinhalt der Information richtet sich nach § 4 Abs. 3 SEBG (s. → § 14 Rn. 26 ff.). Gleichzeitig sind nach § 4 Abs. 1 SEBG die Arbeitnehmervertretungen und Sprecherausschüsse bzw. Arbeitnehmer schriftlich aufzufordern, das besondere Verhandlungsgremium nach §§ 5 ff. SEBG zu bilden (s. → § 14 Rn. 19).

## II. Gründung

Die Tochtergesellschaft wird mittels notariell beurkundetem **Gründungsprotokoll** 12 errichtet; ihr Inhalt richtet sich nach Art. 15 Abs. 1 SE-VO iVm § 23 AktG. Unter anderem muss das Protokoll die Gründer der Tochter-SE namentlich ausweisen und die Aktienübernahme durch die Gründer und die Zahlungen auf die Einlagen regeln. Im Rahmen der Gründungsurkunde wird die **Satzung** der Tochter-SE festgestellt. Der Inhalt der Satzung richtet sich nach den Regelungen der Verordnung (s. → § 2 Rn. 8), des SEAG (s. → § 2 Rn. 9) und dem Aktiengesetz (insbesondere § 23 Abs. 3, 4 AktG sowie § 26 AktG, s. → § 2 Rn. 9). Zu beachten sind insoweit die zwingenden abweichenden Angaben, die die SE-VO aufstellt, beispielsweise die zwingende Wahl zwischen dualistischem und monistischem Modell, die Angaben zum Sitz und das höhere Mindestgrundkapital von 120 000 Euro. Die Mitglieder des **ersten Aufsichtsorgans** der dualistisch strukturierten SE bzw. des **ersten Verwaltungsrats** bei einer monistisch strukturierten SE sind zu bestellen (s. → § 11 Rn. 21, → § 3 Rn. 8). Die Bestellung des ersten **Abschlussprüfers** erfolgt nach Art. 15 Abs. 1 SE-VO iVm § 30 Abs. 1 AktG durch die Gründer der SE. Die Bestellung hat in notarieller Form zu erfolgen, so dass ihre Vornahme im Rahmen der Gründungsurkunde zweckmäßig erscheint. Im Hinblick auf die Zahlung der **Einlagen**

<sup>18</sup> Scheifele, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 2004, S. 390 f.; Lutter/Hommelhoff EU-Gesellschaft/Bayer 58.

gelten die §§ 36 Abs. 2 und 36a AktG iVm Art. 15 SE-VO, dh auf Bareinlagen muss mindestens ein Viertel des Nennbetrages sowie das Aufgeld einbezahlt sein. Bei Sacheinlagen muss die Leistung der Einlagen vor der Anmeldung erfolgt sein, sofern nicht bloß ein Vermögensgegenstand einzubringen ist. Im Einzelfall kann zudem die Zustimmung der Gründer erforderlich sein (s. → Rn. 14). Nach Art. 15 Abs. 1 SE-VO iVm § 32 AktG haben die Gründer einen **Gründungsbericht** zu erstellen. Dieser ist bei dualistisch strukturierten SE durch die Mitglieder des Leitungsorgans und des Aufsichtsorgans zu prüfen (Art. 15 Abs. 1 SE-VO iVm § 33 Abs. 1 AktG). Für monistisch strukturierte SE ist die Gründungsprüfung durch die Mitglieder des Verwaltungsrats vorzunehmen (§ 22 Abs. 6 SEAG). Zusätzlich hat eine externe Gründungsprüfung durch einen oder mehrere gerichtlich bestellte Gründungsprüfer stattzufinden, wenn eine der genannten Voraussetzungen erfüllt ist (Art. 15 Abs. 1 SE-VO iVm § 33 Abs. 2 AktG). Durch das Leitungsorgan und das Aufsichtsorgan bzw. den Verwaltungsrat ist ein Gründungsprüfungsbericht zu erstatten (Art. 15 Abs. 1 SE-VO iVm § 34 Abs. 2 AktG). Die Handelndenhaftung nach Art. 16 Abs. 2 SE-VO (s. → § 4 Rn. 13) greift im Fall der Tochtergründung mit der Feststellung der Satzung und der Übernahme der Aktien ein.<sup>19</sup>

### III. Erfordernis auf Seiten der Gründer

- 13 Die Erfordernisse auf Seiten der Gründer zur Gründung einer Tochter-SE richten sich nach den jeweils auf den Gründungsrechtsträger anwendbaren Regelungen des nationalen Aktienrechts (Art. 36 SE-VO).<sup>20</sup>

#### 1. AG

- 14 Aus deutscher Sicht ist insoweit das Vorhandensein einer **Konzernkontrollklausel** in der Satzung,<sup>21</sup> dh. einer Ermächtigung zur Gründung von Tochtergesellschaften erforderlich. Liegt sie nicht vor, empfiehlt sich vor der Gründung eine entsprechende Satzungsänderung. Weiteres Erfordernis kann im Ausnahmefall die Zustimmung der Hauptversammlung der Gründungsgesellschaft sein. Das gilt zum einen, wenn die Satzung die Zustimmung der Hauptversammlung vorsieht. In diesem Fall benötigen die Leitungsorgane im Innenverhältnis die Zustimmung. Zum anderen kann die Zustimmung erforderlich sein, soweit die **Holz Müller- bzw. Gelatine-Grundsätze** Anwendung finden (s. → § 17 Rn. 14) oder das **gesamte Vermögen** übertragen wird (§ 179a AktG). Demgegenüber kommen aufgrund des grenzüberschreitenden Charakters keine besonderen Zustimmungserfordernisse zur Anwendung. Insbesondere ist es nicht erforderlich, dass die Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung der Gründungsgesellschaft der Gründung der gemeinsamen Tochter-SE zustimmt. Das gilt auch dann, wenn der Sitz der künftigen Tochtergesellschaft außerhalb der Bundesrepublik Deutschland liegt.<sup>22</sup> Fraglich ist indessen, ob Kompetenzen der Gesellschafterversammlungen der Gründungsgesellschaften bestehen, wenn mit der Gründung der Tochtergesellschaft die strengerer Verfahren zur Gründung einer SE im Wege der Verschmelzung oder einer Holding-SE **umgangen** werden. Diskutiert wird zunächst der Fall, dass in eine gemeinsame SE-Tochtergesellschaft von den beiden Gründungsgesellschaften jeweils das gesamte Vermögen eingebracht wird, was im Ergebnis einer Verschmelzung gleichkommt (synthetischer Zusammenschluss). Dass insoweit eine Regelungslücke auf Verordnungsebene vorliegt, die durch analoge Anwendung der Art. 17 ff.

<sup>19</sup> Kersting DB 2001, 2079 (2081 ff.).

<sup>20</sup> BeckOGK/Casper, 1.2.2021, SE-VO Art. 2, 3 Rn. 16; Scheifele, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 2004, 390.

<sup>21</sup> Schwarz Art. 36 Rn. 11 ff.; MüKoAktG/Schäfer SE-VO Art. 35, 36 Rn. 5.

<sup>22</sup> Scheifele, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 2004, 392 f.

SE-VO zu schließen wäre,<sup>23</sup> ist im Ergebnis abzulehnen.<sup>24</sup> Zum einen kann bei der Tochtergründung nicht von dem gleichen Schutzbedürfnis der Aktionäre wie im Fall der Verschmelzung ausgegangen werden. Bei der Tochtergründung bleibt die Gründungsgesellschaft anders als bei der Verschmelzung bestehen, so dass die Gesellschafter in der ursprünglichen Gesellschaft verbleiben; es findet kein Anteilstausch statt. Zudem kommt es anders als bei der Verschmelzung nicht zur Gesamtrechtsnachfolge.<sup>25</sup> Zum anderen entspricht es dem Grundprinzip der SE-VO, in nicht geregelten Fällen auf das nationale Recht zu verweisen. Im Ergebnis verbleibt es daher bei der Anwendung nationalen Rechts, so dass sich eine Zustimmungspflicht lediglich aus § 179a AktG bzw. den Grundsätzen der Holzmüller/Gelatine-Rechtsprechung ergeben kann.<sup>26</sup> Bei dem weiteren sich in Diskussion befindlichen Fall, der der Gründung einer Holding-SE gleichkommt (zwei Gesellschaften gründen in einem ersten Schritt jeweils eine nationale Tochtergesellschaft, in die sie ihr wesentliches Betriebsvermögen einbringen; in einem zweiten Schritt gründen sie eine gemeinsame Tochter-SE, in die das Vermögen der beiden [nationalen] Tochtergesellschaften eingelegt wird), sind im Ergebnis ebenfalls nicht die Regelungen zur SE-Gründung entsprechend anzuwenden (Art. 32 ff. SE-VO). In den zu vergleichenden Fällen besteht ein unterschiedliches Maß an Schutzbedürftigkeit der Gesellschafter, was vor allem darauf zurückzuführen ist, dass die gemeinsame Tochter-SE abhängige Gesellschaft ist; sie also weiter durch die Gründer kontrolliert werden kann, was bei der Gründung nach Art. 32 ff. SE-VO nicht der Fall wäre. Zudem ist auch hier der gewollte rudimentäre Charakter der SE-VO mit in die Betrachtung einzubeziehen.<sup>27</sup> Auch insoweit verbleibt es bei der Anwendung der nationalen Regelungen.

## 2. GmbH

Ist eine GmbH Gründer, haben die Geschäftsführer beabsichtigte Maßnahmen, die einen 15 außergewöhnlichen Charakter haben und mit besonderen Risiken verbunden sind, von sich aus den Gesellschaftern zur Beschlussfassung vorzulegen (§ 49 GmbHG). Insoweit ist im Einzelfall zu messen, ob die Gründung einer gemeinsamen Tochter diese Anforderungen erfüllt.<sup>28</sup>

## 3. Personenhandelsgesellschaft

Handelt es sich bei einem Gründer um eine Personenhandelsgesellschaft, bedürfen konzernbildende Maßnahmen grundsätzlich der Zustimmung der Gesellschafter, da diese eine 16 außergewöhnliche Maßnahme iSd § 116 Abs. 2 HGB, § 164 S. 1 HGB bzw. Grundlagengeschäfte darstellen.<sup>29</sup>

## IV. Bewertung/Besteuerung

Zur Bewertung und Besteuerung ist auf die Anforderungen des § 19 Rn. 70 ff. zu verwei- 17 sen.

<sup>23</sup> Teichmann ZGR 2002, 383 (438); Casper FS Ulmer, 2003, 51 (63); die Frage ebenfalls aufwerfend Hommelhoff/Teichmann SZW 2002, 1 (9).

<sup>24</sup> Scheifele, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 2004, 395; NK-SE/Schröder SE-VO Art. 35 Rn. 7.

<sup>25</sup> Vgl. Hüffer/Koch/Koch AktG § 179a Rn. 12a; Bungert NZG 1998, 367 ff.

<sup>26</sup> S. im Einzelnen Hüffer/Koch/Koch AktG § 179a Rn. 23.

<sup>27</sup> Scheifele, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 2004, 395.

<sup>28</sup> Scheifele, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 2004, 396; Schwarz Art. 36 Rn. 18; MüKoAktG/Schäfer SE-VO Art. 35, 36 Rn. 6.

<sup>29</sup> Emmerich/Habersack KonzernR § 9 II 1; Schwarz Art. 36 Rn. 19; MüKoAktG/Schäfer SE-VO Art. 35, 36 Rn. 6.

## V. Anmeldung der Gründung

- 18 Die Gründung der Tochter-SE ist beim zuständigen Registergericht (s. → § 2 Rn. 17) anzumelden (Art. 15 Abs. 1 SE-VO iVm §§ 3, 21 AktG). Die Tochter-SE ist von allen Gründern, allen Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsrats bzw. allen Mitgliedern des Verwaltungsrats und allen geschäftsführenden Direktoren anzumelden. Der Inhalt der Anmeldung, Nachweise und Anlagen richten sich nach nationalem Aktienrecht. Zudem ist ein Nachweis über die Vereinbarung der Arbeitnehmerbeteiligung vorzulegen oder, soweit keine Einigung getroffen wurde, ein Nachweis, dass die Verhandlungen nicht aufgenommen bzw. abgebrochen wurden oder die Verhandlungsfrist abgelaufen ist.

## VI. Eintragung

- 19 Ergibt die Prüfung durch das Registergericht nach § 38 AktG, dass die Tochter-SE ordnungsgemäß errichtet und angemeldet ist und die Voraussetzungen des Art. 12 Abs. 2 SE-VO erfüllt sind (zu Mängeln s. → § 2 Rn. 18), wird sie in das Handelsregister in Abteilung B eingetragen (s. → § 2 Rn. 19). Mit der Eintragung entsteht die Tochter-SE (Art. 15 Abs. 1 SE-VO iVm § 41 Abs. 1 S. 1 AktG; zur Vor-SE s. → § 4 Rn. 9 ff., 17).

## VII. Kapitalmarktrechtliche Publizitätspflichten

- 20 Ist eine börsennotierte Gesellschaft an der Gründung einer gemeinsamen Tochtergesellschaft beteiligt, besteht eine ad-hoc-Meldepflicht, soweit die Maßnahme eine erhebliche Kursbeeinflussung bewirken kann.<sup>30</sup>

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

---

<sup>30</sup> Kalss ZGR 2003, 593 (637).

## § 8 Umwandlung

### Übersicht

|                                                                                               | Rn. |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. Einführung .....                                                                           | 1   |
| B. Regelungstechnik .....                                                                     | 8   |
| C. Gründungsphasen .....                                                                      | 10  |
| D. Voraussetzungen und Ablauf der Gründung .....                                              | 14  |
| I. Umwandlungsfähige Rechtsträger .....                                                       | 14  |
| 1. Aktiengesellschaft .....                                                                   | 15  |
| 2. Tochtergesellschaft, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegt ....            | 16  |
| II. Vorbereitung der Hauptversammlung .....                                                   | 17  |
| 1. Erstellung des Umwandlungsplans .....                                                      | 17  |
| 2. Offenlegung des Umwandlungsplans .....                                                     | 29  |
| 3. Erstellung des Umwandlungsberichts .....                                                   | 32  |
| 4. Bescheinigung über Nettovermögenswerte .....                                               | 35  |
| 5. Einberufung der Hauptversammlung .....                                                     | 39  |
| III. Beschlussfassung durch die Hauptversammlung .....                                        | 41  |
| IV. Eintragung der SE .....                                                                   | 46  |
| E. Einzelfragen .....                                                                         | 51  |
| I. Erforderlichkeit von Gründungsprüfungen (§ 33 AktG) und Gründungsbericht (§ 32 AktG) ..... | 51  |
| II. Barabfindungsangebot (§§ 207 ff. UmwG) .....                                              | 54  |
| III. Verbot der grenzüberschreitenden Sitzverlegung anlässlich des Formwechsels ....          | 58  |

### A. Einführung

Art. 2 Abs. 4 SE-VO erlaubt die Gründung einer SE durch Formwechsel. Die SE-VO 1 spricht zwar von „Umwandlung“, diese entspricht aber – in der Terminologie des UmwG – dem Formwechsel. Die Gründungsart des Formwechsels steht nur den in Anh. I der SE-VO aufgeführten Gesellschaften der Mitgliedstaaten offen, in Deutschland also der **Aktiengesellschaft**. Das Gründungsverfahren der formwechselnden Umwandlung ist in Art. 37 SE-VO geregelt. Im Verordnungsentwurf von 1991 war eine (noch) weniger umfangreiche Regelung als die des Art. 37 SE-VO enthalten. Zwischenzeitlich war sogar ein gänzlicher Verzicht auf diese Gründungsform beabsichtigt, da eine „Flucht aus der Mitbestimmung“ befürchtet wurde.<sup>1</sup> Durch die Vorgaben der Richtlinie über die Arbeitnehmerbeteiligung (in Deutschland umgesetzt durch die Regelungen des SEBG) soll jedoch heute das vor der Umwandlung bestehende Maß an Mitbestimmung auch bei der Gründung durch Formwechsel erhalten bleiben (§. § 21 Abs. 6 SEBG: Verbot eines geringeren Mitbestimmungsniveaus durch Vereinbarung, und § 35 Abs. 1 SEBG: Fortgeltung des vor der Umwandlung bestehenden Mitbestimmungsniveaus bei Eingreifen der gesetzlichen Aufangeregungen; vgl. dazu im Einzelnen → § 14 Rn. 233, 304f.). Da Art. 37 Abs. 3 SE-VO die **Sitzverlegung** in einen anderen Mitgliedstaat im Zuge des Formwechsels **verbietet**, kann eine dem deutschen Recht unterliegende Aktiengesellschaft immer nur in eine deutschem Recht unterliegende SE formgewechselt werden. Ist eine grenzüberschreitende Sitzverlegung beabsichtigt, kann diese erst **nach vollzogenem Formwechsel** unter den Voraussetzungen des Art. 8 SE-VO erfolgen; Art. 37 Abs. 3 SE-VO verbietet nur das zeitliche Zusammenfallen der Umwandlung mit der Sitzverlegung (näher → Rn. 58). Die

<sup>1</sup> Vgl. NK-SE/Schröder Vor Art. 37 Rn. 1; Scheifele, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 2004, 398f.

Gründung einer SE durch Formwechsel ist heute die für börsennotierte Gesellschaften am häufigsten verwendete Gründungsart.

- 2 Im Gegensatz zu den anderen Gründungsarten sind die formwechselnde Gesellschaft und die entstandene SE **identische Rechtspersönlichkeiten** (vgl. Art. 37 Abs. 2 SE-VO; diese Rechtsfolge entspricht der eines Formwechsels nach §§ 190 ff. UmwG, vgl. § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Es kommt daher – anders als bei anderen Gründungsformen – nicht zu einer Übertragung von Vermögen oder Gesellschaftsanteilen. Der Formwechsel erfordert, ähnlich wie der Formwechsel nach dem UmwG, einen **Beschluss der Hauptversammlung** der Gesellschaft, der nach den aktien- bzw. umwandlungsrechtlichen Vorschriften vorzubereiten ist, und die **Eintragung** des Formwechsels in das Handelsregister.
- 3 Besonderheiten gegenüber dem Formwechsel nach dem UmwG finden sich in folgenden Punkten:
- 4 Art. 37 Abs. 4 SE-VO verlangt die Erstellung eines **Umwandlungsplans**, der vor der Fassung des Hauptversammlungsbeschlusses über die Umwandlung beim Handelsregister offenzulegen ist (→ Rn. 17 ff.). Demgegenüber ist für den Formwechsel nach deutschem Umwandlungsrecht lediglich der Entwurf des Umwandlungsbeschlusses vorgesehen (§ 194 UmwG), der im Vorfeld der Hauptversammlung einer formwechselnden Aktiengesellschaft oder KGaA nach zutreffender Ansicht in der Einberufung der Hauptversammlung bekanntzumachen<sup>2</sup> und gem. § 194 Abs. 2 UmwG dem zuständigen Betriebsrat zu übermitteln ist.
- 5 Der **Umwandlungsbericht** muss auch die Auswirkungen der Umwandlung auf die Arbeitnehmer der Gesellschaft erläutern (→ Rn. 32 ff.).
- 6 Nach allgemeiner Ansicht entfällt ein **Barabfindungsangebot** für der Umwandlung widersprechende Aktionäre (→ Rn. 54 ff.).
- 7 Nach heute weit überwiegender Auffassung ist **keine Gründungsprüfung und kein Gründungsbericht** nach den §§ 32 ff. AktG erforderlich; an deren Stelle tritt die in Art. 37 Abs. 6 SE-VO vorgeschriebene Prüfung und Bescheinigung der Nettovermögensdeckung (→ Rn. 51 ff.).

## B. Regelungstechnik

- 8 Wie bei den übrigen Gründungsformen sind für die Umwandlung in eine SE vorrangig die Vorschriften der SE-Verordnung anzuwenden, hier also **Art. 37 SE-VO**. Nur soweit die SE-VO für einen Bereich keine Regelungen vorsieht, kann im Ergebnis auf das **nationale Recht** der formwechselnden Gesellschaft zurückgegriffen werden. Im Fall der Umwandlung einer deutschen Aktiengesellschaft in eine SE gelten daher die Vorschriften des **AktG** und des **UmwG** (§§ 190 ff.) **ergänzend**.
- 9 Umstritten ist dabei die **Rechtsgrundlage**, auf der ein Rückgriff auf nationales Aktien- bzw. Umwandlungsrecht erfolgen kann. Nach überzeugender Auffassung gilt hier **Art. 15 Abs. 1 SE-VO**, wonach auf die Gründung einer SE das für Aktiengesellschaften geltende Recht des künftigen Sitzstaats der SE Anwendung findet, soweit die Verordnung selbst keine Regelungen trifft.<sup>3</sup> Für den Formwechsel bedeutet dies, dass zunächst die Regelungen des UmwG über den Formwechsel in eine Aktiengesellschaft (§§ 190 ff. UmwG) und subsidiär dazu (entspr. § 197 UmwG) die Gründungsvorschriften für die Neugründung von Aktiengesellschaften (in Deutschland die §§ 23 ff. AktG) gelten. Art. 15 Abs. 1 SE-VO stellt eine Auffangregelung dar, die grundsätzlich für den gesamten Grün-

<sup>2</sup> So etwa Kallmeyer/*Blasche* UmwG § 230 Rn. 10; Semler/Stengel/*Ihrig* UmwG § 230 Rn. 13; Habersack/*Wicke/Sparfeld* UmwG § 230 Rn. 17.

<sup>3</sup> Habersack/*Drinhausen/Bücker* SE-VO Art. 37 Rn. 4; Kallmeyer/*Marsch-Barner/Wilk* UmwG Anh. I Rn. 92; Widmann/Mayer/*Heckschen* Anh. 14 Rn. 377; MüKoAktG/*Schäfer* SE-VO Art. 37 Rn. 4.

dungsvorgang gilt, soweit die Verordnung nichts anderes bestimmt.<sup>4</sup> In Bezug auf die Gründung durch Verschmelzung bestimmt die Verordnung mit der Sonderregelung des Art. 18 etwas anderes, so dass Art. 15 Abs. 1 SE-VO insoweit verdrängt wird. Der Grund für diese Sonderregelung liegt darin, dass die Anwendung des durch Art. 15 Abs. 1 SE-VO berufenen Rechts des zukünftigen Sitzstaates der SE auf das Willensbildungsverfahren einer dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegenden Gründungsgesellschaft wenig sachgerecht erscheint und zu erheblichen Schwierigkeiten führen würde. Das Gleiche gilt auch für die mit Art. 18 SE-VO vergleichbare Verweisungsnorm des Art. 36 SE-VO für die Gründung einer Tochtergesellschaft durch Aktiengesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten. Bei der Gründung durch formwechselnde Umwandlung stellt sich die Lage jedoch anders dar. Hier kann es zu einem Auseinanderfallen der auf die Gründungsgesellschaft und die künftige SE anwendbaren Rechte nicht kommen, da Art. 37 Abs. 3 SE-VO die Sitzverlegung anlässlich der Gründung verbietet. Das Recht des Sitzstaates der SE gemäß Art. 15 Abs. 1 SE-VO ist daher bei dieser Gründungsform immer zwingend identisch mit dem Recht, dem die Gründungsgesellschaft unterliegt. Es bedurfte deshalb keiner mit Art. 18 oder 36 SE-VO vergleichbaren, von Art. 15 Abs. 1 SE-VO abweichenden Sonderregelung. Die von einem Großteil des Schrifttums vorgeschlagene Bildung einer Analogie zu Art. 18 SE-VO<sup>5</sup> ist daher mangels Regelungslücke nicht erforderlich.<sup>6</sup> Auch der Rückgriff auf das vom mitgliedstaatlichen IPR berufene Sachrecht<sup>7</sup> erscheint nicht überzeugend, da die Verordnung der Anwendung des IPR vorgeht.<sup>8</sup>

### C. Gründungsphasen

Der Formwechsel in die SE lässt sich in drei Phasen unterteilen:

Zur Vorbereitung der SE-Gründung muss die über den Formwechsel beschließende Hauptversammlung vorbereitet und einberufen werden (→ Rn. 17 ff.). Hierfür muss das Leitungsorgan der formwechselnden Gesellschaft, in Deutschland also der Vorstand der formwechselnden Aktiengesellschaft, zunächst einen Umwandlungsplan und einen Umwandlungsbericht erstellen. Der Umwandlungsplan ist gemäß Art. 37 Abs. 5 SE-VO einen Monat vor dem Tag der Hauptversammlung offenzulegen und entsprechend § 194 Abs. 2 UmwG dem zuständigen Betriebsrat zuzuleiten. Außerdem ist die Satzung der zukünftigen SE zu verfassen und ein unabhängiger Sachverständiger hat eine Bescheinigung über die Nettovermögenswerte der Aktiengesellschaft zu erstellen (Art. 37 Abs. 6 SE-VO). Spätestens in dieser Phase ist auch das Verfahren zur Beteiligung der Arbeitnehmer einzuleiten; empfehlenswert ist es, das Verfahren so rechtzeitig zu beginnen, dass es noch vor Erstellung von Umwandlungsplan und -bericht abgeschlossen werden kann, um die Ergebnisse aus diesem Verfahren dort bereits berücksichtigen zu können.<sup>9</sup> Gemäß § 4 Abs. 3 S. 2 SEBG hat die Unternehmensleitung das Verfahren durch Information und Aufforderung der Arbeitnehmerseite zur Bildung des sogenannten besonderen Verhandlungsgremiums der Arbeitnehmer unverzüglich nach Offenlegung des Umwandlungsplans einzuleiten. Richtigerweise ist dies jedoch als spätester Zeitpunkt für die Einleitung des Verfahrens

<sup>4</sup> BeckOGK/Eberspächer, 1.2.2021, SE-VO Art. 37 Rn. 5; Teichmann ZGR 2002, 383 (414).

<sup>5</sup> Lutter/Hommelhoff EU-Gesellschaft/Bayer 60; Heckschen DNotZ 2003, 251 (264); Theisen/Wenz EurAG/Neun 160; Kölner Komm AktG/Paeßen SE-VO Art. 37 Rn. 15; Gesamtanalogie zu Art. 18 SE-VO und Art. 36 SE-VO; Scheifele, Die Gründung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 2004, 403, der vorschlägt, jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob eine Analogie in Betracht kommt; Schwarz SE-VO Art. 37 Rn. 10; Teichmann ZGR 2002, 383 (440).

<sup>6</sup> MüKoAktG/Schäfer SE-VO Art. 37 Rn. 4.

<sup>7</sup> Wagner NZG 2002, 985 (990).

<sup>8</sup> Schwarz SE-VO Art. 37 Rn. 10.

<sup>9</sup> Vgl. MüKoAktG/Schäfer SE-VO Art. 37 Rn. 7.

zu verstehen, so dass es der Unternehmensleitung freisteht, auch einen früheren Zeitpunkt zu wählen (→ § 14 Rn. 20).<sup>10</sup>

- 12 Anschließend muss die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft dem Umwandlungsplan zustimmen und die Satzung der SE genehmigen (→ Rn. 41 ff.).
- 13 Schließlich bedarf es noch der Eintragung der SE ins Handelsregister, der konstitutive Wirkung zukommt (Art. 16 Abs. 1; → Rn. 46 ff.).

## D. Voraussetzungen und Ablauf der Gründung

### I. Umwandlungsfähige Rechtsträger

- 14 Wie die übrigen Gründungsformen steht auch die Gründung durch Formwechsel **nur bestimmten**, in der SE-VO abschließend aufgezählten, **Gesellschaftsformen** zur Verfügung. Ferner ist auch für den Formwechsel ein **grenzüberschreitender Bezug** zu einem anderen Mitgliedstaat erforderlich.

#### 1. Aktiengesellschaft

- 15 Die Gründung durch Formwechsel steht ausschließlich den in Anh. I SE-VO aufgeführten Gesellschaftsformen offen. Die Gründungsgesellschaft muss gemäß Art. 2 Abs. 4 SE-VO nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet sein und ihren Sitz und ihre Hauptverwaltung in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union haben. In Deutschland kann eine SE im Wege des Formwechsels nur von einer Aktiengesellschaft gegründet werden. Wird der Formwechsel in eine SE durch eine Gesellschaft anderer Rechtsform angestrebt, bleibt dieser also nur die Möglichkeit, zunächst nach deutschem Umwandlungsrecht den Formwechsel in eine Aktiengesellschaft und anschließend, nach dessen Wirksamwerden, die Umwandlung in eine SE zu vollziehen. Zur Beschleunigung können beide Formwechselmaßnahmen weitgehend parallel vorbereitet werden, so dass die Vollzugsmaßnahmen möglichst zügig aufeinander folgen können. Denkbar ist dabei auch eine „**Kettenumwandlung**“ mit gleichzeitiger Beschlussfassung über beide Umwandlungsmaßnahmen und unmittelbar aufeinanderfolgenden Handelsregistereinträgen.<sup>11</sup> In der Praxis empfiehlt es sich aus Gründen der Rechtssicherheit und zur Vermeidung unnötiger Komplexität jedoch, möglichst die Handelsregistereintragung des Formwechsels aus der Ausgangsrechtsform in die Aktiengesellschaft abzuwarten, bevor die Vollzugsmaßnahmen für den Formwechsel in die SE umgesetzt werden.<sup>12</sup>

#### 2. Tochtergesellschaft, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegt

- 16 Die für alle Gründungsarten notwendige Mehrstaatlichkeit wird durch das Erfordernis des Art. 2 Abs. 4 SE-VO hergestellt, nach dem die formwechselnde Aktiengesellschaft seit mindestens zwei Jahren eine Tochtergesellschaft haben muss, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegt. Zu der Frage, wann eine Gesellschaft (aus Sicht des deutschen IPR) dem Recht eines anderen Staates unterliegt, → § 5 Rn. 24 ff. Im Gegensatz zur Holdinggründung genügt eine Zweigniederlassung der Gründungsgesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat für diese Gründungsform nicht.<sup>13</sup> Unter „Tochtergesellschaft“ iSd Art. 2 Abs. 4 SE-VO ist dabei eine rechtlich selbständige Gesellschaft zu verstehen, an der eine

<sup>10</sup> Habersack/Drinhausen/Hohenstatt/Müller-Bonanni SEBG § 4 Rn. 9; s. auch MÜKoAktG/Jacobs SEBG § 4 Rn. 6.

<sup>11</sup> Dazu Habersack/Drinhausen/Bücker SE-VO Art. 37 Rn. 13.

<sup>12</sup> So auch Habersack/Drinhausen/Bücker SE-VO Art. 37 Rn. 13.

<sup>13</sup> Kritisch zu dieser unterschiedlichen Behandlung Hommelhoff AG 2001, 279 (281).