

Leseprobe zu



Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Hrsg.)

SE-Kommentar

SE-VO - SEAG - SEBG - Arbeitsrecht - Konzernrecht- Steuerrecht

2. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 2015, 1488 Seiten, gebunden Leinen, Kommentar

ISBN 978-3-504-31176-6

249,00 €

Bearbeiter

Prof. Dr. Walter Bayer
o. Professor, Universität Jena
Richter am Thüringer OLG a.D.
Mitglied des Thüringer VerFGH

Prof. Dr. Tim Drygala
o. Professor, Universität Leipzig

Prof. Dr. Ulrich Ehrlicke,
M.A., LL.M. (London)
o. Professor, Universität zu Köln
Richter am OLG a.D.

Prof. Dr. Holger Fleischer, LL.M.
(Ann Arbor)
Direktor, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, Affiliate Professor, Bucerius Law School, Hamburg

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff
o. Professor em., Universität Heidelberg
Richter am OLG a.D.

Prof. Dr. Detlef Kleindiek
o. Professor, Universität Bielefeld

Dr. Christoph Lächler
Rechtsanwalt, Stuttgart

Dr. Gerd H. Langhein
Notar, Hamburg

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter
o. Professor em., Universität Bonn
Rechtsanwalt, Berlin

Prof. Dr. Hanno Merkt, LL.M.
(Univ. of Chicago)
o. Professor, Universität Freiburg
Richter am OLG Karlsruhe

Dr. Stefan Middendorf
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Düsseldorf

Prof. Dr. Hartmut Oetker
o. Professor, Universität Kiel
Richter am Thüringer OLG

Prof. Dr. Wolf-Georg Ringe, M.Jur. (Oxon)
Professor für internationales Wirtschaftsrecht, Copenhagen Business School
Visiting Professor, University of Oxford

Dr. Viola Sailer-Coceani
Rechtsanwältin, München

Prof. Dr. Jessica Schmidt, LL.M.
(Nottingham)
o. Professorin, Universität Bayreuth

Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Schön
Direktor, Max-Planck-Institut für Steuerrecht und öffentliche Finanzen, München
Honorarprofessor,
Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof. Dr. Gerald Spindler
o. Professor, Universität Göttingen

Prof. Dr. Christoph Teichmann
o. Professor, Universität Würzburg

Dr. Hildegard Ziemons
Rechtsanwältin beim Bundesgerichtshof,
Ettlingen

Titel II. Gründung

Abschnitt 1. Allgemeines

Art. 15

[Bei der Gründung anwendbares Recht]

(1) Vorbehaltlich der Bestimmungen dieser Verordnung findet auf die Gründung einer SE das für Aktiengesellschaften geltende Recht des Staates Anwendung, in dem die SE ihren Sitz begründet.

(2) Die Eintragung einer SE wird gemäß Artikel 13 offen gelegt.

I. Regelungsgegenstand und Zweck . . .	1	2. Abgrenzung zu anderen Verweisungs-	
II. Anwendbares Recht		normen	
(Art. 15 Abs. 1 SE-VO)		a) Abgrenzung zu Art. 9 SE-VO	6
1. Inhalt und Rechtsnatur der Verwei-		b) Abgrenzung zu Art. 18 SE-VO und	
sung		Art. 36 SE-VO	7
a) Recht am Sitz der künftigen SE . .	4	3. Umfang der Verweisung	8
b) Kollisionsrechtliche Sachnorm-		III. Offenlegung der Eintragung	
verweisung	5	(Art. 15 Abs. 2 SE-VO)	10

Literatur: *Brandt/Scheifele*, Die Europäische Aktiengesellschaft und das anwendbare Recht, DStR 2002, 547; *Fuchs*, Die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft durch Verschmelzung und das nationale Recht, Diss. Konstanz 2004 (zit.: Gründung); *Kersting*, Societas Europaea: Gründung und Vorgesellschaft, DB 2001, 2079; *Lenz*, Die Europäische wirtschaftliche Interessensvereinigung mit dem Sitz in der Bundesrepublik Deutschland vor Eintragung, 1997; *J. Schmidt*, SE and SCE: two new European company forms – and more to come!, (2006) 27 Co Law 99; *Seibt/Reinhard*, Umwandlung der Aktiengesellschaft in die Europäische Gesellschaft (Societas Europaea), Der Konzern 2005, 407; *Seibt/Saame*, Die Societas Europaea (SE) deutschen Rechts: Anwendungsfelder und Beratungshinweise, AnwBl 2005, 225; *Teichmann*, Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft, ZGR 2002, 383; *Vossius*, Gründung und Umwandlung der deutschen Europäischen Gesellschaft (SE), ZIP 2005, 741; *J. Wagner*, Die Bestimmung des auf die SE anwendbaren Rechts, NZG 2002, 985; *Walden/Meyer-Landrut*, Die grenzüberschreitende Verschmelzung zu einer Europäischen Gesellschaft: Planung und Vorbereitung, DB 2005, 2119.

I. Regelungsgegenstand und Zweck

Art. 15 Abs. 1 SE-VO bestimmt, dass sowohl für alle Formen der **primären SE-Gründung**¹ (dazu Art. 2 Rz. 2) als auch für die sekundäre Gründung gem. Art. 3 Abs. 2 SE-VO² das **(Sach-)Recht der AG des Sitzstaates** maßgeblich ist, soweit die SE-VO selbst

1 *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 15 SE-VO Rz. 10; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 15 SE-VO Rz. 1 (unstreitig).

2 So auch *Maul* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 15 SE-VO Rz. 2; *Casper* in Spindler/Stilz, AktG, Art. 3 SE-VO Rz. 18; *Schwarz* Art. 3 SE-VO Rz. 26; nach a.A. soll insoweit Art. 9 SE-VO gelten: *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 15 SE-VO Rz. 1; *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 15 SE-VO Rz. 10; missverständlich *Casper* in Spindler/Stilz, AktG, Art. 15 SE-VO Rz. 2 im Widerspruch zu Art. 3 Rz. 18.

keine eigenständige Regelung enthält. Die Vorschrift ist somit einerseits eine (partielle) Generalverweisung³, die gewährleisten soll, dass die Gründung der SE grundsätzlich den gleichen Regeln folgt wie die Gründung der nationalen AG⁴, und andererseits eine Auffangnorm für nicht speziell geregelte Fragen des Gründungsrechts⁵.

- 2 **Keine Anwendung** findet Art. 15 Abs. 1 SE-VO hingegen auf **Umwandlungen** einer bereits bestehenden SE. Dies gilt sowohl für die spezialgesetzlich geregelte formwechselnde Umwandlung in eine AG (nach Art. 66) SE-VO als auch für andere Umwandlungen, die das nationale Recht der SE gestattet (vgl. dazu Art. 3 Rz. 2). Anwendbar ist hier allein Art. 9 SE-VO, speziell Abs. 1 lit. c ii⁶.
- 3 Art. 15 Abs. 2 SE-VO ist im Kontext mit Art. 16 Abs. 1 SE-VO zu lesen: Die Gründung einer SE ist erst mit ihrer Eintragung in das in Art. 12 SE-VO bestimmte Register abgeschlossen (dazu Art. 16 Rz. 5). Diese **Eintragung der SE** ist nach Art. 15 Abs. 2 SE-VO **offenzulegen**, wobei gem. Art. 13 SE-VO das Verfahren maßgeblich ist, das von der nationalen Rechtsordnung in Umsetzung der Publizitäts-RL⁷ geschaffen wurde (ausf. unten Rz. 10 f.).

II. Anwendbares Recht (Art. 15 Abs. 1 SE-VO)

1. Inhalt und Rechtsnatur der Verweisung

a) Recht am Sitz der künftigen SE

- 4 Art. 15 Abs. 1 SE-VO erklärt das nationale Recht der AG des Staates für anwendbar, „in dem die SE ihren Sitz begründet“. Als Generalverweisung für das Recht der Gründung der SE kann damit nicht das Recht gemeint sein, das für die SE nach ihrer Eintragung gilt; denn zu diesem Zeitpunkt ist die Gründung bereits abgeschlossen (ausf. Art. 16 Rz. 5; vgl. unten Rz. 6). Anders als die Parallelnorm des Art. 2 Abs. 1 EWIV-VO – die nach h.M. erst ab Eintragung der EWIV anwendbar sein soll, so dass für die Bestimmung des zuvor anwendbaren Rechts die Vorschriften des IPR heranzuziehen seien⁸ – bezieht sich die Verweisung des Art. 15 Abs. 1 SE-VO vielmehr eindeutig auf das Recht der künftigen SE, d.h. auf die Rechtsordnung, in der die **in**

³ So auch Casper in Spindler/Stilz, AktG, Art. 15 SE-VO Rz. 1; Diekmann in Habersack/Drinhausen, Art. 15 SE-VO Rz. 1; Schäfer in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 15 SE-VO Rz. 2; vgl. bereits Brandt/Scheifele, DStR 2002, 547, 555; Fuchs, Gründung, S. 37; Lind, Europäische Aktiengesellschaft, S. 68; Scheifele, Gründung, S. 51.

⁴ Casper in Spindler/Stilz, AktG, Art. 15 SE-VO Rz. 1; Diekmann in Habersack/Drinhausen, Art. 15 SE-VO Rz. 1; Schröder in Manz/Mayer/Schröder, Art. 15 SE-VO Rz. 1.

⁵ So auch Diekmann in Habersack/Drinhausen, Art. 15 SE-VO Rz. 1; Maul in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 15 SE-VO Rz. 5; Schäfer in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 15 SE-VO Rz. 3; vgl. bereits Scheifele, Gründung, S. 51; Schröder in Manz/Mayer/Schröder, Art. 15 SE-VO Rz. 2; Schwarz, Art. 15 SE-VO Rz. 1; Teichmann ZGR 2002, 383, 414.

⁶ Schröder in Manz/Mayer/Schröder, Art. 66 SE-VO Rz. 7, 9; Schwarz, Art. 66 SE-VO Rz. 10, 30.

⁷ RL 2009/101/EG v. 16.9.2009, ABl. EU Nr. L 258 v. 1.10.2009, S. 11; abgedruckt und erläutert bei Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, § 19; ursprünglich Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9.3.1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. EG Nr. L 65 v. 14.3.1968, S. 8; zur Änderung näher Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, § 19 Rz. 5 ff.

⁸ So Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 12 Rz. 1; Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, § 40 Rz. 7/9; a.A. Manz in Selbherr/Manz, Komm. zur EWIV, 1995, Art. 2 SE-VO Rz. 14; Lenz, EWIV, S. 48 ff.

Gründung befindliche SE planmäßig ihren Sitz haben soll⁹. Wie generell (vgl. etwa Art. 2 Rz. 11) ist auch hier der satzungsmäßige Sitz der SE gemeint. Abzustellen ist somit im Ergebnis auf den im Gründungsplan (vgl. Art. 20 Abs. 1 Satz 2 lit. a SE-VO) festgelegten Sitz der SE¹⁰.

b) Kollisionsrechtliche Sachnormverweisung

Da Art. 15 Abs. 1 SE-VO eine Entscheidung über die anwendbare Rechtsordnung trifft, hat die Vorschrift internationalprivatrechtlichen Charakter und ist als **Kollisionsnorm** zu qualifizieren¹¹. Allerdings wird nicht im Wege einer Gesamtverweisung auf die gesamte Rechtsordnung – also einschließlich des Internationalen Privatrechts – des künftigen Sitzstaates verwiesen, sondern unmittelbar auf das **Sachrecht** des künftigen Sitzstaates¹² (Einzelheiten unten Rz. 8 f.; so die auch die h.M. zu Art. 9 SE-VO, anders aber *Hommelhoff/Teichmann*, ausf. Art. 9 Rz. 26 ff.).

2. Abgrenzung zu anderen Verweisungsnormen

a) Abgrenzung zu Art. 9 SE-VO

Die Anwendungsbereiche von Art. 9 SE-VO und Art. 15 Abs. 1 SE-VO schließen einander nach ganz herrschender und zutreffender Auffassung gegenseitig aus: **Art. 9 SE-VO** gilt nämlich, wie sich aus seinem Wortlaut und der Systematik der SE-VO ergibt, nur für die bereits „gegründete“ SE, d.h. ab Eintragung (vgl. Art. 16 Abs. 1 SE-VO), während **Art. 15 SE-VO** für die **Gründung** gilt¹³.

b) Abgrenzung zu Art. 18 SE-VO und Art. 36 SE-VO

Art. 15 Abs. 1 SE-VO gilt aber nicht für die gesamte Gründungsphase, sondern lediglich für die Endphase der Gründung (sog. Vollzugsphase), d.h. diejenigen Verfahrensschritte, die bereits die **Sphäre der künftigen SE** betreffen¹⁴. In der Vorbereitungs- und

-
- ⁹ *Casper* in Spindler/Stilz, AktG, Art. 15 SE-VO Rz. 5; *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 15 SE-VO Rz. 12; *Maul* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 15 SE-VO Rz. 8; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 15 SE-VO Rz. 1; *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 15 SE-VO Rz. 5; *Schwarz*, Art. 15 Rz. 16; vgl. bereits *Teichmann*, ZGR 2002, 383, 414; *Kersting*, DB 2001, 2079, 2080; teilw. abw. *Hügel* in Kalss/Hügel, Vor § 17 SEG Art. 15 Rz. 8.
- ¹⁰ Ebenso *Casper* in Spindler/Stilz, AktG, Art. 15 SE-VO Rz. 5; *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 15 SE-VO Rz. 12; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 15 SE-VO Rz. 10; *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 15 SE-VO Rz. 10; *Schwarz*, Art. 15 SE-VO Rz. 16.
- ¹¹ *Scheifele*, Gründung, S. 51; *Schwarz*, Art. 15 SE-VO Rz. 18; *Maul* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 15 SE-VO Rz. 8; vgl. auch *Wagner*, NZG 2002, 985, 987. Anders jedoch *Teichmann*, ZGR 2002, 383, 396.
- ¹² *Casper* in Spindler/Stilz, AktG, Art. 15 SE-VO Rz. 1; *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 15 SE-VO Rz. 11; *Maul* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 15 SE-VO Rz. 8; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 15 SE-VO Rz. 4; vgl. auch *Brandt/Scheifele*, DStR 2002, 547, 553; *Wagner*, NZG 2002, 985, 987.
- ¹³ Wie hier *Casper* in Spindler/Stilz, AktG, Art. 15 SE-VO Rz. 4; *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 15 SE-VO Rz. 3; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 15 SE-VO Rz. 6; *Maul* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 15 SE-VO Rz. 6; vgl. bereits *Fuchs*, Gründung, S. 39; *Kalss* in Baums/Cahn, Europäische Aktiengesellschaft, S. 106, 115; *Lind*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 68; *Scheifele*, Gründung, S. 51; *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 15 SE-VO Rz. 3; *Schwarz*, Art. 9 SE-VO Rz. 6; *C. Teichmann*, ZGR 2002, 383, 415 f.; *Walden/Meyer-Landrut*, DB 2005, 2119, 2120. Anders jedoch *Hügel* in Kalss/Hügel, Vor § 17 SEG Art. 15 Rz. 8; *Schindler*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 22 (Anwendung des Art. 9 SE-VO auch in der Gründungsphase).
- ¹⁴ So auch *Casper* in Spindler/Stilz, AktG, Art. 15 SE-VO Rz. 3; *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 15 SE-VO Rz. 7; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 15 SE-VO Rz. 8; *Maul* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 15 SE-VO Rz. 7; vgl. auch schon *Bayer* in Lutter/

Beschlussphase, d.h. im Hinblick auf diejenigen Verfahrensschritte, die noch der **Sphäre der einzelnen Gründungsgesellschaften** zuzuordnen sind, bestimmt sich das anwendbare Recht hingegen **nach Art. 18 SE-VO**¹⁵ (die Norm gilt direkt nur für die Verschmelzung¹⁶, analog aber auch für die Holding-Gründung, vgl. dazu Art. 32 Rz. 7) und Art. 36 SE-VO (für die Tochter-SE)¹⁷.

3. Umfang der Verweisung

- 8 Anwendbar sind nach Art. 15 Abs. 1 SE-VO **alle Vorschriften**, die für **Aktiengesellschaften** im Sitzstaat der künftigen SE **gelten**. Die Verweisung bezieht sich somit – aus deutscher Sicht – nicht nur auf das Aktienrecht i.e.S. (das AktG), sondern darüber hinaus auch auf das UmwG, soweit es auf AG anwendbar ist, aber auch auf das allgemeine Zivilrecht¹⁸. Erfasst wird sowohl das geschriebene als auch das ungeschriebene Recht¹⁹ einschließlich Rechtsfortbildungen durch Rechtsprechung und Lehre²⁰.
- 9 Anwendbar sind – soweit nicht die SE-VO eine vorrangige Regelung enthält – im Falle der Gründung einer SE durch **Verschmelzung** (Art. 2 Abs. 1, 17 ff. SE-VO) daher insbesondere die §§ 2 ff. UmwG und ergänzend die §§ 1–53 AktG²¹. Im Falle der **Holding-Gründung** (Art. 2 Abs. 2, 32 ff. SE-VO) sind aufgrund der engen Verwandtschaft der Holding-Bildung zur Verschmelzung ebenfalls die §§ 2 ff. UmwG anzuwenden, jedenfalls insoweit sich nicht ausnahmsweise holdinggründungsspezifische Besonderheiten ergeben²² (ausf. dazu Art. 32 Rz. 5). Wird eine gemeinsame **Tochter-SE** errich-

Hommelhoff, Europäische Gesellschaft, S. 25, 33; *Hügel* in Kalss/Hügel, Vor § 17 SEG Art. 15 SE-VO Rz. 5; *Scheifele*, Gründung, S. 37, 51; *J. Schmidt*, (2006) 27 Co Law 99, 101; *Schwarz*, Art. 15 SE-VO Rz. 10, 15; *Teichmann*, ZGR 2002, 383, 416; *Walden/Meyer-Landrut*, DB 2005, 2119, 2120; anders wohl nur *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 15 SE-VO Rz. 4 (teilweise kumulative Anwendung von Art. 15 Abs. 1 SE-VO und Art. 18 SE-VO).

- 15 So auch *Casper* in Spindler/Stilz, AktG, Art. 15 SE-VO Rz. 3; *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 15 SE-VO Rz. 7; *Schäfer* in MünchKomm. AktG Art. 15 SE-VO Rz. 8; *Maul* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 15 SE-VO Rz. 7.
- 16 *Hügel* in Kalss/Hügel, Vor § 17 SEG Art. 15 Rz. 6; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, Europäische Gesellschaft, S. 95, 100; *Lind*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 106; *Scheifele*, Gründung, S. 37, 39, 41; *J. Schmidt*, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, S. 157; *J. Schmidt*, (2006) 27 Co Law 99, 101; *Schwarz*, Art. 18 SE-VO Rz. 16; *Teichmann*, ZGR 2002, 383, 416; *Walden/Meyer-Landrut*, DB 2005, 2119; so auch schon *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, Europäische Gesellschaft, S. 25, 32 f.
- 17 *Jannott* in Jannott/Frodermann, Handbuch Europäische Aktiengesellschaft, § 3 Rz. 205; *Kalss* in Kalss/Hügel, Vor § 17 SEG – Gründung der SE Rz. 27; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, Europäische Gesellschaft, S. 95, 101; *Lind*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 124; *Neun* in Theisen/Wenz, Europäische Aktiengesellschaft, S. 57, 74, 186; *Scheifele*, Gründung, S. 390, 392; *J. Schmidt*, (2006) 27 Co Law 99, 101; *Schwarz*, Art. 36 SE-VO Rz. 5, 10; *Seibt/Saame*, AnwBl 2005, 225, 232; *Teichmann*, ZGR 2003, 367, 396; so auch schon *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, Europäische Gesellschaft, S. 25, 58.
- 18 *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 15 SE-VO Rz. 13; *Hügel* in Kalss/Hügel, Vor § 17 SEG Art. 15 Rz. 29; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 15 SE-VO Rz. 10; *Scheifele*, Gründung, S. 53 ff.; *J. Schmidt*, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, S. 159; *Schwarz*, Art. 15 Rz. 20.
- 19 *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 15 SE-VO Rz. 10; allgemein für die Verweisungen in der SE-VO: *Brandt/Scheifele*, DStR 2002, 547, 553; *Wagner*, NZG 2002, 985, 987; *Schwarz*, Einleitung Rz. 134 m.z.w.N.
- 20 *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 15 SE-VO Rz. 13; *Maul* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 15 SE-VO Rz. 9; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 15 SE-VO Rz. 10.
- 21 *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 15 SE-VO Rz. 14; *Maul* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 15 SE-VO Rz. 10; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 15 SE-VO Rz. 10; *Schwarz*, Art. 15 SE-VO Rz. 21, 23.
- 22 *Maul* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 15 SE-VO Rz. 10; *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 15 SE-VO Rz. 14.

tet (Art. 2 Abs. 3, 36, 37 SE-VO), dann kommen insbesondere die Vorschriften zur Bar- und Sachgründung der §§ 1–53 AktG zur Anwendung²³, nicht jedoch § 123 UmwG, da hier eine Spaltung durch Ausgliederung – anders als im Rahmen der sekundären SE-Gründung gem. Art. 3 Abs. 2 SE-VO (vgl. Art. 3 Rz. 16) – nicht möglich ist²⁴ (ausf. Art. 36 Rz. 16). Im Falle der **Umwandlung** einer **AG** gem. Art. 2 Abs. 4, 37 SE-VO in eine SE verweist Art. 15 Abs. 1 SE-VO vorrangig auf die §§ 190 ff. UmwG²⁵, und zwar auch auf die §§ 238 ff. UmwG²⁶.

III. Offenlegung der Eintragung (Art. 15 Abs. 2 SE-VO)

Offenzulegen ist nach Art. 15 Abs. 2 SE-VO die Eintragung der SE gem. Art. 13 SE-VO 10 (in das in Art. 12 SE-VO genannte Register). Diese Offenlegung hat nur deklaratorischen Charakter²⁷; denn als Rechtspersönlichkeit ist die SE bereits mit der Eintragung entstanden (Art. 16 Abs. 1 SE-VO, vgl. Art. 16 Rz. 5). Für eine **SE mit Sitz in Deutschland** gilt: Das zuständige Registergericht (Art. 12 Abs. 1 SE-VO, § 3 SEAG) hat die Eintragung gem. § 10 HGB bekannt zu machen²⁸ (näher Art. 13 Rz. 5).

Hiervon zu unterscheiden sind die Offenlegungspflichten nach **Art. 14 SE-VO** und **Art. 28 SE-VO**: Erstere stellt sicher, dass die Gründung der SE im gesamten EWR-Raum publik wird (näher Art. 14 Rz. 1); Art. 28 SE-VO gewährleistet bei der Gründung einer SE durch Verschmelzung die Publizität in den Mitgliedstaaten der beteiligten Gründungsgesellschaften (vgl. Art. 28 Rz. 1 ff.)²⁹. 11

Art. 16

[Erwerb der Rechtspersönlichkeit]

(1) Die SE erwirbt die Rechtspersönlichkeit am Tag ihrer Eintragung in das in Artikel 12 genannte Register.

(2) Wurden im Namen der SE vor ihrer Eintragung gemäß Artikel 12 Rechtshandlungen vorgenommen und übernimmt die SE nach der Eintragung die sich aus diesen Rechtshandlungen ergebenden Verpflichtungen nicht, so haften die natürlichen Personen, die Gesellschaften oder anderen juristischen Personen, die diese Rechtshand-

²³ Bayer in Lutter/Hommelhoff, Europäische Gesellschaft, S. 25, 58; Hügel in Kalss/Hügel, Vor § 17 SEG Art. 15 Rz. 33; Maul in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 15 SE-VO Rz. 10; Schwarz, Art. 15 SE-VO Rz. 21, 23, Art. 36 Rz. 20 f.

²⁴ Zust. Diekmann in Habersack/Drinhausen, Art. 15 SE-VO Rz. 14.

²⁵ Maul in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 15 SE-VO Rz. 10; Diekmann in Habersack/Drinhausen, Art. 15 SE-VO Rz. 15; Schröder in Manz/Mayer/Schröder, Art. 15 SE-VO Rz. 35; Schwarz, Art. 15 SE-VO Rz. 21; Seibt/Reinhard, Der Konzern 2005, 408, 409.

²⁶ So auch Diekmann in Habersack/Drinhausen, Art. 15 SE-VO Rz. 15; vgl. bereits Scheifele, Gründung, S. 54; Schröder in Manz/Mayer/Schröder, Art. 15 SE-VO Rz. 35; Schwarz, Art. 15 SE-VO Rz. 22; Seibt/Reinhard, Der Konzern 2005, 407, 409.

²⁷ Casper in Spindler/Stilz, AktG, Art. 15 SE-VO Rz. 1; Diekmann in Habersack/Drinhausen, Art. 15 SE-VO Rz. 2, 24; Maul in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 15 SE-VO Rz. 11; vgl. bereits Kersting, DB 2001, 2079, 2080; Schröder in Manz/Mayer/Schröder, Art. 15 SE-VO Rz. 34; Schwarz, Art. 15 SE-VO Rz. 2.

²⁸ Diekmann in Habersack/Drinhausen, Art. 15 SE-VO Rz. 25.

²⁹ Vgl. Schwarz, Art. 15 SE-VO Rz. 27; zust. Diekmann in Habersack/Drinhausen, Art. 15 SE-VO Rz. 26.

lungen vorgenommen haben, vorbehaltlich anders lautender Vereinbarungen unbegrenzt und gesamtschuldnerisch.

I. Regelungsgegenstand und -zweck . . .	1	b) Haftungszeitraum	19
II. Erwerb der Rechtspersönlichkeit (Art. 16 Abs. 1 SE-VO)	5	2. Handeln im Namen der SE	
III. Vor-SE		a) Handelnder	20
1. Verweis auf das Recht der Vor-AG . .	6	b) Rechtshandlungen	24
a) Rechtsnatur und Rechtsfähigkeit . .	7	c) Im Namen der SE	25
b) Anwendbare Regeln	9	3. Haftungsausschluss	26
c) Außenverhältnis	10	4. Rechtsfolgen	29
d) Unterbilanz- und Verlustdeckungs- haftung	11	5. Regress	30
2. Besonderheiten bei der SE	12	6. Konkurrenzen	33
IV. Handelndenhaftung (Art. 16 Abs. 2 SE-VO)		V. Ergänzende Anwendung des AktG . .	34
1. Allgemeines			
a) Anwendungsbereich	18		

Literatur: *Casper*, Die Vor-SE – nationale oder europäische Vorgesellschaft?, Der Konzern 2007, 244; *Fuchs*, Die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft durch Verschmelzung und das nationale Recht, Diss. Konstanz 2004 (zit.: Gründung); *Hirte*, Die Europäische Aktiengesellschaft, NZG 2002, 1; *Hirte*, Die Europäische Aktiengesellschaft – ein Überblick nach Inkrafttreten der deutschen Ausführungsgesetzgebung, DStR 2005, 653 und 700; *Kersting*, Die Vorgesellschaft im europäischen Gesellschaftsrecht, 2000; *Kersting*, Societas Europaea: Gründung und Vorgesellschaft, DB 2001, 2079; *Koke*, Die Finanzverfassung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) mit Sitz in Deutschland, 2005 (zit.: Finanzverfassung); *Oechsler*, Kapitalerhaltung in der Europäischen Gesellschaft (SE), NZG 2005, 449; *Paefgen*, Handelndenhaftung bei europäischen Ausländsgesellschaften, GmbHR 2005, 957; *Schäfer*, Das Gesellschaftsrecht (weiter) auf dem Weg nach Europa – am Beispiel der SE-Gründung, NZG 2004, 785; *Teichmann*, Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft, ZGR 2002, 383; *Vossius*, Gründung und Umwandlung der deutschen Europäischen Gesellschaft (SE), ZIP 2005, 741; *Zöllner-Petzoldt*, Die Verknüpfung von europäischem und nationalem Recht bei der Gründung einer Societas Europaea (SE). Dargestellt am Beispiel der Gründung einer gemeinsamen Tochtergesellschaft nach Art. 2 Abs. 3, 35 f. SE-VO in Deutschland, England und Spanien, 2005 (zit.: Verknüpfung).

I. Regelungsgegenstand und -zweck

- 1 Art. 16 Abs. 1 SE-VO trifft unabhängig von den unterschiedlichen nationalen Rechten der Mitgliedstaaten¹ die vorrangige europarechtliche Entscheidung, dass die SE mit ihrer Eintragung in das nach Art. 12 SE-VO bestimmte Register die **Rechtspersönlichkeit i.S.v. Art. 1 Abs. 3 SE-VO erwirbt**². Weder ist somit bereits die Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrages ausreichend, noch erst die Bekanntmachung der Eintragung erforderlich; die Offenlegung ist zwar nach Art. 15 Abs. 2 SE-VO vorgeschrieben, hat jedoch lediglich deklaratorischen Charakter (Art. 15 Rz. 10). Mit der Eintragung ist das **Gründungsverfahren abgeschlossen**. Die Rechtslage entspricht somit der Regelung in § 41 Abs. 1 Satz 1 AktG³.

1 Dazu Begr. der Kommission zum SE-VOE 1991, BT-Drucks. 12/1004, S. 3.

2 Ähnlich *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 1; *Maul* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 1; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 2.

3 Dazu *Drygala* in K. Schmidt/Lutter, § 41 AktG Rz. 3.

Art. 16 Abs. 2 SE-VO regelt nach dem Vorbild von Art. 8 der 1. (Publizitäts-)RL⁴ die **Handelndenhaftung** vor Eintragung der SE. Die Norm entspricht in ihrem Kern der Regelung in § 41 Abs. 1 Satz 2 AktG⁵.

Die Vorschrift hat einen **doppelten Normzweck**: Zur **Vermeidung von Rechtsunsicherheit** wird für alle Mitgliedstaaten verbindlich festgestellt, dass die SE als juristische Person erst mit ihrer Eintragung entsteht⁶. Die Haftung der Handelnden dient dem **Gläubigerschutz**⁷, und zwar insbesondere dann, wenn im Namen der SE Rechtsgeschäfte vor ihrer Eintragung ohne *Vertretungsmacht* getätigt wurden und aus diesem Grund eine Haftung der späteren SE ausscheidet⁸. Mittelbar erzeugt die Handelndenhaftung damit sowohl einen Druck dahin, die Eintragung zur Vermeidung des Haftungszwischenraumes möglichst zügig zu betreiben, als auch dahin, dafür Sorge zu tragen, dass alle vor der Eintragung eingegangenen Verbindlichkeiten von der SE übernommen werden⁹.

Dagegen trifft Art. 16 SE-VO **keine Aussage** zu der Frage, ob auch im Recht der SE die **aus zahlreichen nationalen Rechten bekannte Rechtsfigur der Vorgesellschaft**¹⁰ als **eigene Rechtsform** anzuerkennen ist¹¹. Europarechtliche Vorgaben bestehen insoweit – entgegen anderslautenden Behauptungen im Schrifttum – weder im positiven¹² noch im negativen Sinne¹³. Welchen Charakter die in Gründung befindliche SE im Falle eines notwendigen Durchgangsstadiums bis zu ihrer Eintragung hat, insbesondere ob bereits eine **Vor-SE** als Rechtsträger sui generis existiert und inwieweit über die Handelndenhaftung des Art. 16 Abs. 2 SE-VO hinaus auch die Gesellschafter für

-
- 4 RL 2009/101/EG v. 16.9.2009, ABl. EU Nr. L 258 v. 1.10.2009, S. 11; abgedruckt und erläutert bei *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, § 19; ursprünglich Art. 7 der Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9.3.1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. EG Nr. L 65 v. 14.3.1968, S. 8; zur Änderung näher *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, § 19 Rz. 5 ff.
- 5 Ähnlich *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 2; *Maul* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 12; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 15.
- 6 *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 1; *Schwarz*, Art. 16 SE-VO Rz. 1; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 2.
- 7 *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, § 19 Rz. 57 ff.; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 2; *J. Schmidt*, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, S. 384 f.; *Schwarz*, Art. 16 SE-VO Rz. 1.
- 8 Richtig *Schwarz*, Art. 16 SE-VO Rz. 1; vgl. für das nationale Recht auch BGH v. 14.6.2004 – II ZR 47/02, GmbHR 2004, 1151 m. zust. Anm. *Bergmann*; zust. auch *Bayer*, LMK 2004, 209; gegen eine Beschränkung auf eine falsus procurator-Haftung; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 15; vgl. für das nationale Recht auch *Drygala* in K. Schmidt/Lutter, § 41 AktG Rz. 28.
- 9 Richtig *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 2; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 2.
- 10 Rechtsvergleichend *Kersting*, Die Vorgesellschaft im europäischen Gesellschaftsrecht.
- 11 Ebenso *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 4; *Hügel* in Kalss/Hügel, Vor § 17 SEG Art. 16 Rz. 2; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 Rz. 2; vgl. bereits *Casper*, Der Konzern 2007, 244, 246; *Jannott* in Jannott/Frodermann, Handbuch Europäische Aktiengesellschaft, § 3 Rz. 311; *Schwarz*, Art. 16 SE-VO Rz. 8.
- 12 So aber *Kersting*, DB 2001, 2079, 2080; *Kersting*, GmbHR 2003, 1466, 1467; wohl auch *Greda* in Kalss/Hügel, § 2 SEG Rz. 16. S. zur Parallelproblematik im Rahmen der 1. RL noch *Schön*, RabelsZ 64 (2000), 1, 16 ff.; dagegen bereits zu Recht *Mülbert/Nienhaus*, RabelsZ 65 (2001), 513, 527 ff., 533 ff.; *Kalss*, ZHR 166 (2002), 133 ff.; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 5 Rz. 21.
- 13 So aber *Hirte*, NZG 2002, 1, 4; *Hirte*, DStR 2005, 653, 656; *Vossius*, ZIP 2005, 741, 742.

Verbindlichkeiten der Vor-SE einzustehen haben, bestimmt sich vielmehr aufgrund des Verweises in Art. 15 Abs. 1 SE-VO allein nach dem Recht der AG **im künftigen Sitzstaat der SE**¹⁴ (ausf. unten Rz. 6 ff.).

II. Erwerb der Rechtspersönlichkeit (Art. 16 Abs. 1 SE-VO)

- 5 Gemäß Art. 16 Abs. 1 SE-VO erwirbt die SE ihre Rechtspersönlichkeit mit Eintragung in das in Art. 12 SE-VO bestimmte Register (vgl. dazu bereits oben Rz. 1), in Deutschland also mit der Eintragung in das Handelsregister (§ 3 SEAG)¹⁵. Voraussetzungen und Verfahren der Eintragung richten sich nach den jeweiligen Gründungsvorschriften.

III. Vor-SE

1. Verweis auf das Recht der Vor-AG

- 6 Die in Art. 16 Abs. 2 SE-VO angeordnete Handelndenhaftung (ausf. unten Rz. 18 ff.) schließt die Existenz einer Vor-SE als Rechtsfigur *sui generis* sowie eine (zusätzliche) Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft nicht aus (dazu bereits oben Rz. 4). Die Frage wird vielmehr aufgrund der Verweisung in Art. 15 Abs. 1 SE-VO nach dem – geschriebenen und ungeschriebenen – Recht der AG im Sitzstaat der künftigen SE entschieden¹⁶ (dazu ausf. Art. 15 Rz. 8 f.). Für eine SE mit Sitz in Deutschland **gilt somit das Recht der Vor-AG**¹⁷. Dies bedeutet:

a) Rechtsnatur und Rechtsfähigkeit

- 7 Soweit die Vor-SE notwendiges Durchgangsstadium zur Errichtung der SE ist (ausf. unten Rz. 12 ff.) ist sie als **Rechtsträger sui generis** zu qualifizieren¹⁸. Mit Eintragung und damit verbundener Erlangung der Rechtspersönlichkeit i.S.v. Art. 16 Abs. 1 SE-VO wandelt sie sich *ipso iure* und mit allen Aktiva und Passiva in die SE um¹⁹. Die

14 So auch *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 24 ff.; *Maul* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 4; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 4.

15 *Casper* in Spindler/Stilz, AktG, Art. 16 SE-VO Rz. 3; *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 5; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 3.

16 Ebenso *Casper*, Der Konzern 2007, 244, 249; *Fuchs*, Gründung, S. 205; *Hügel* in Kalss/Hügel, Vor § 17 SEG Art. 16 Rz. 2; *Jannott* in Jannott/Frodermann, Handbuch Europäische Aktiengesellschaft, § 3 Rz. 311; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 4; *J. Schmidt*, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, S. 385; *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 11 ff., 52 ff.; *Zöllner-Petzoldt*, Verknüpfung, S. 193.

17 *Casper* in Spindler/Stilz, AktG, Art. 16 SE-VO Rz. 9; *Maul* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 6; *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 21; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 5; *J. Schmidt*, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, S. 283. Vgl. auch *Jannott* in Jannott/Frodermann, Handbuch Europäische Aktiengesellschaft, § 3 Rz. 316 f.; *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 51 ff.

18 *Casper* in Spindler/Stilz, AktG, Art. 16 SE-VO Rz. 9; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 5; für die Vor-GmbH: BGH v. 12.7.1956 – II ZR 218/54, BGHZ 21, 242, 246; BGH v. 24.10.1968 – II ZR 216/66, BGHZ 51, 30, 32; BGH v. 18.1.2000 – XI ZR 71/99, BGHZ 143, 314, 319; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, § 11 GmbHG Rz. 5 m.w.N.; für die Vor-AG: *Drygala* in K. Schmidt/Lutter, § 41 AktG Rz. 4 m.w.N.

19 *Casper*, Der Konzern 2007, 244, 249; *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 60; *Schwarz*, Art. 16 SE-VO Rz. 31; vgl. auch *Hügel* in Kalss/Hügel, Vor § 17 SEG Art. 16 Rz. 3 (für die parallele Rechtslage bei der „österreichischen“ SE); für die Vor-GmbH: BGH v. 9.3.1981 – II ZR 54/80, BGHZ 80, 129, 138; *K. Schmidt* in Scholz, 11. Aufl. § 11 GmbHG Rz. 25; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, § 11 GmbHG Rz. 5; für die Vor-AG: *Drygala* in K. Schmidt/Lutter, § 41 AktG Rz. 18 f. m.w.N.; i.E. auch (aber als Gesamtrechtsnachfolge qua-

Vor-SE ist rechtsfähig²⁰; geleistete Einlagen gehen in ihr Eigentum über²¹ und müssen nach Aufgabe des Vorbelastungsverbots²² auch nicht mehr thesauriert, sondern können für Zwecke der SE verwendet werden; der Schutz der Kapitalaufbringung wird durch die Vorbelastungshaftung übernommen²³ (dazu ausf. unten Rz. 11).

Diese Grundsätze gelten auch im Falle der **Ei**npersonengründung²⁴. Soweit im Schrifttum für das nationale Recht zwischen der Einpersonen- und der Mehrpersonengesellschaft Unterschiede gemacht werden²⁵, überzeugt dies weder dogmatisch²⁶ noch lässt sich diese Differenzierung mit europäischem Recht vereinbaren²⁷ (vgl. Art. 2 Abs. 1 der EinpersonengesellschaftsRL).²⁸

b) Anwendbare Regeln

Auf die Vor-SE sind die Regeln der SE anwendbar mit Ausnahme der Vorschriften, die ihre Eintragung (nicht: Rechtsfähigkeit) voraussetzen²⁹. Die Gesellschafter sind verpflichtet, die Mindesteinzahlungen vorzunehmen und an allen Maßnahmen mitzuwirken, die für die Eintragung der Gesellschaft erforderlich sind³⁰.

lifizierend) Hüffer, 10. Aufl. § 41 AktG Rz. 16 m.w.N.; wie hier aber nun Koch in Hüffer, § 41 AktG Rz. 16.

- 20 Casper in Spindler/Stilz, AktG, Art. 16 SE-VO Rz. 9; Schröder in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 52; Schwarz, Art. 16 SE-VO Rz. 11 ff.; für die Vor-GmbH: BGH v. 9.3.1981 – II ZR 54/80, BGHZ 80, 129, 132; BGH v. 16.3.1992 – II ZB 17/91, BGHZ 117, 323, 326; K. Schmidt in Scholz, 11. Aufl., § 11 GmbHG Rz. 27; Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 11 GmbHG Rz. 5; für die Vor-AG: Pentz in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., § 41 AktG Rz. 22, 24; ähnlich auch noch Hüffer, 10. Aufl., § 41 AktG Rz. 4, 10 (teilrechtsfähig).
- 21 So für die Vor-GmbH: Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 11 GmbHG Rz. 5; K. Schmidt in Scholz, 11. Aufl., § 11 GmbHG Rz. 31; ähnlich (Gesamthandsvermögen) BGH v. 9.3.1981 – II ZR 54/80, BGHZ 80, 129, 135; Pentz in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., § 41 Rz. 3; Koch in Hüffer, § 41 AktG Rz. 16.
- 22 Durch BGH v. 9.3.1981 – II ZR 54/80, BGHZ 80, 129; dazu ausf. Ulmer, ZGR 1981, 594 ff. m.w.N.
- 23 Ausf. K. Schmidt in Scholz, 11. Aufl., § 11 GmbHG Rz. 44 ff.
- 24 Speziell für die SE: J. Schmidt, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, S. 389; zust. Diekmann in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO § 67 Rz. 31; für die AG: K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 41 AktG Rz. 135; für die GmbH: Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 11 GmbHG Rz. 28; K. Schmidt in Scholz, 11. Aufl., § 11 GmbHG Rz. 169.
- 25 So vor allem Hüffer, 10. Aufl. § 41 AktG Rz. 17a ff.; nunmehr aber wie hier Koch in Hüffer, § 41 AktG Rz. 17c.
- 26 Richtig Drygala in K. Schmidt/Lutter, § 41 AktG Rz. 4.
- 27 Wie hier auch Diekmann in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 28; Jannott in Jannott/Frodermann, Handbuch Europäische Aktiengesellschaft, § 3 Rz. 313; J. Schmidt, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, S. 389; Schröder in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 72 ff.
- 28 RL 2009/102/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.9.2009; ABl. EU Nr. L 258 v. 1.10.2009, S. 20; abgedruckt und kommentiert bei Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, § 29; früher Zwölfte Richtlinie 89/667/EWG des Rates vom 21.12.1989 auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, ABl. EG Nr. L 395 v. 30.12.1989, S. 40; zur Änderung Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, § 29 Rz. 3 f.
- 29 J. Schmidt, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, S. 390; Schwarz, Art. 16 SE-VO Rz. 14; Diekmann in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 34; Schröder in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 54 ff.; für die Vor-GmbH: BGH v. 12.7.1956 – II ZR 218/54, BGHZ 21, 246; BGH v. 24.10.1968 – II ZR 216/66, BGHZ 51, 30, 32; Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 11 GmbHG Rz. 7. Einzelheiten: Drygala in K. Schmidt/Lutter, § 41 AktG Rz. 2 ff.
- 30 So für die Vor-GmbH: Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 11 GmbHG Rz. 11; für die Vor-AG: Pentz in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., § 41 Rz. 41.

c) Außenverhältnis

- 10 Die **Vertretung** der Vor-SE obliegt dem Leitungsorgan (dualistisches System) bzw. den geschäftsführenden Direktoren (monistisches System, vgl. § 41 Abs. 1 SEAG)³¹. Ebenso wie bei der Vor-AG ist die Vertretungsmacht im Stadium der Vor-SE allerdings nach zutreffender Ansicht nicht schon entsprechend § 82 Abs. 1 AktG bzw. § 44 Abs. 1 SE-AG unbeschränkt und unbeschränkbar³², sondern wird durch den Zweck der Vor-gesellschaft **begrenzt**³³; eine generell unbeschränkte Vertretungsmacht würde nämlich auch die Gesellschafter mit der Vorbelastungshaftung (dazu unten Rz. 11) bedrohen, die mit der vorzeitigen Geschäftsaufnahme nicht einverstanden sind oder hiervon gar nichts wissen. Die Vertretungsmacht ist daher bei Bargründungen allgemein auf solche Rechtshandlungen beschränkt, die zur Herbeiführung der Eintragung notwendig sind; wird dagegen ein Unternehmen eingebracht, so deckt sich die Vertretungsmacht i.E. weitgehend mit der unbeschränkt Vertretungsmacht gem. § 82 Abs. 1 AktG bzw. § 44 Abs. 1 SEAG; i.Ü. sind die Gründer aber ohne weiteres berechtigt, die derart beschränkte Vertretungsmacht einverständlich zu erweitern³⁴.

d) Unterbilanz- und Verlustdeckungshaftung

- 11 Ebenso wie bei der Vor-AG trifft auch die Gründer der Vor-SE die sog. Verlustdeckungs- und Unterbilanzhaftung³⁵. Nach der Rspr³⁶. und h.L.³⁷ handelt es sich hierbei grundsätzlich um eine unbeschränkte proratarische Innenhaftung. Weitaus stimmiger – insbesondere in Anbetracht der zahlreichen Ausnahmen, zu denen sich die h.M. genötigt sieht – ist allerdings das von einer starken Literaturmeinung befürwortete Konzept einer unbeschränkten Außenhaftung³⁸.

31 *J. Schmidt*, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, S. 390 f.; *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 34; *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 57; *Schwarz*, Art. 16 SE-VO Rz. 15. Insofern unzutreffend *Jannott* in Jannott/Frodermann, Handbuch Europäische Aktiengesellschaft, § 3 Rz. 317 (Vertretung durch den Verwaltungsrat).

32 So für die Vor-SE: *Jannott* in Jannott/Frodermann, Handbuch Europäische Aktiengesellschaft, § 3 Rz. 317; *Schwarz*, Art. 16 SE-VO Rz. 15; für die Vor-AG: *Pentz* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., § 41 Rz. 34; *K. Schmidt* in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 41 AktG Rz. 58.

33 So auch *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 35; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 5; wohl auch *Maul* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 11; vgl. bereits *J. Schmidt*, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, S. 391. Vgl. für die Vor-AG: *Koch* in Hüffer, § 41 AktG Rz. 11; für die Vor-GmbH: BGH v. 9.3.1981 – II ZR 54/80, BGHZ 80, 129, 139; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, § 11 GmbHG Rz. 4; *Meyer*, GmbHR 2002, 1176, 1180 f.

34 So auch *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 58; *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 35; *Maul* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 11; vgl. für die Vor-GmbH: BGH v. 9.3.1981 – II ZR 54/80, BGHZ 80, 129, 139; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, § 11 GmbHG Rz. 14.

35 Ebenso *Casper* in Spindler/Stilz, AktG, Art. 16 SE-VO Rz. 12; *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 37; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 5; *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 67 f.

36 BGH v. 27.1.1997 – II ZR 123/94, BGHZ 134, 333 (für die GmbH); BAG v. 12.1.2004 – 5 AZR 117/04, ZIP 2005, 350, 351 f.; OLG Köln v. 20.12.2001 – 18 U 152/01, NZG 2002, 1066, 1068 (für die AG).

37 Für die SE: *Jannott* in Jannott/Frodermann, Handbuch Europäische Aktiengesellschaft, § 3 Rz. 325 ff.; *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 37; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 5; *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 67; für die AG bzw. GmbH: *Hoffmann-Becking* in MünchHdb. AG, § 3 Rz. 35; *Koch* in Hüffer, § 41 AktG Rz. 9a; *Lutter*, JuS 1998, 1073, 1077; *Wiedemann*, ZIP 1997, 2027, 2033.

38 Für die AG: *Pentz* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., § 41 Rz. 65; *K. Schmidt* in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 41 AktG Rz. 86; für die GmbH: *Bayer* in FS Röhrich, 2005, S. 25, 35; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, § 11 GmbHG Rz. 19, 23; *K. Schmidt* in Scholz, 11. Aufl., § 11 GmbHG Rz. 91 ff. m.w.N.

2. Besonderheiten bei der SE

Für die Rechtsfigur der Vor-SE als notwendiges Durchgangsstadium zur Errichtung einer SE ist – ebenso wie im nationalen Recht³⁹ – **kein Bedarf** im Falle der **Verschmelzungsgründung durch Aufnahme** gem. Art. 17 Abs. 2 lit. a SE-VO sowie des **Formwechsels aus der AG** gem. Art. 37 SE-VO. Denn in beiden Fällen entsteht keine neue juristische Person; vielmehr wandelt sich die jeweilige Gründungsgesellschaft unter Beibehaltung ihrer Identität in eine SE um. Verbindlichkeiten aus Handlungen für die künftige SE treffen nach den Grundsätzen über das unternehmensbezogene Geschäft generell und unbedingt die jeweilige AG als Ausgangsrechtsträger⁴⁰. Insbesondere ist deshalb weder Raum für eine Unterbilanzhaftung noch für eine Verlustdeckungs haftung der Gesellschafter; die Rechtsfigur der Vor-SE geht insoweit ins Leere⁴¹.

Bedeutung hat die Vor-SE hingegen im Falle der Errichtung einer SE im Wege der **Verschmelzung durch Neugründung** gem. Art. 17 Abs. 2 lit. b SE-VO⁴² sowie im Falle der Gründung einer gemeinsamen Holding-SE (Art. 32 ff. SE-VO) oder auch einer gemeinsamen Tochter-SE (Art. 35 f. SE-VO)⁴³, ebenso im Rahmen der sekundären SE-Gründung nach Art. 3 Abs. 2 SE-VO⁴⁴. Allerdings ist zu differenzieren:

Im Falle der **Verschmelzung durch Neugründung** entsteht die Vor-SE, sobald alle Hauptversammlungen der beteiligten Gründungsgesellschaften dem Verschmelzungsplan zugestimmt haben⁴⁵ (dazu Art. 23 Rz. 4 ff.); wurde die Zustimmung lediglich zu einem Entwurf erklärt, dann ist – für die „deutsche SE“ (dazu Art. 23 Rz. 13) – weiterhin noch die notarielle Beurkundung erforderlich⁴⁶.

39 Zur Verschmelzung durch Aufnahme: BGH v. 23.9.1985 – II ZR 284/84, NJW-RR 1986, 115; *K. Schmidt* in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 41 AktG Rz. 11; zum Formwechsel: BGH v. 25.1.1999 – II ZR 383/96, NJW-RR 1999, 1554; *K. Schmidt* in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 41 AktG Rz. 10; a.A. fälschlich *Rieger* in Widmann/Mayer, § 197 UmwG Rz. 199 f.

40 So bereits *Schäfer*, NZG 2004, 785, 790.

41 *Casper*, Der Konzern 2007, 244, 249; *Hügel* in Kalss/Hügel, Vor § 17 SEG Art. 16 Rz. 2; *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 37; *Maul* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 9; *Jannott* in Jannott/Frodermann, Handbuch Europäische Aktiengesellschaft, § 3 Rz. 315; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 6; *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 3; *Schwarz*, Art. 16 SE-VO Rz. 9.

42 *Casper*, Der Konzern 2007, 244, 249; *Hügel* in Kalss/Hügel, Vor § 17 SEG Art. 16 Rz. 2; *Jannott* in Jannott/Frodermann, Handbuch Europäische Aktiengesellschaft, § 3 Rz. 313; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 7; *Maul* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 7; *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 54 (abw. jedoch Rz. 4); *Schwarz*, Art. 16 SE-VO Rz. 10; ebenso für das nationale Recht: *Drygala* in Lutter, § 4 UmwG Rz. 24; *Winter/J. Vetter* in Lutter, § 56 UmwG Rz. 7; *K. Schmidt* in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 41 AktG Rz. 12 (jeweils m.w.N.).

43 *Casper*, Der Konzern 2007, 244, 249; *Maul* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 7; *Hügel* in Kalss/Hügel, Vor § 17 SEG Art. 16 Rz. 2; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 7; *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 5 ff.; *Schwarz*, Art. 16 SE-VO Rz. 10.

44 *Jannott* in Jannott/Frodermann, Handbuch Europäische Aktiengesellschaft, § 3 Rz. 313; *Maul* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 7; *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 72.

45 *Bartone/Klapdor*, Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2007, S. 75; *Casper*, Der Konzern 2007, 244, 249; *Hügel* in Kalss/Hügel, Vor § 17 SEG Art. 16 Rz. 2; *Jannott* in Jannott/Frodermann, Handbuch Europäische Aktiengesellschaft, § 3 Rz. 313; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 7; *J. Schmidt*, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, S. 387 f.; *Schwarz*, Art. 16 SE-VO Rz. 10.

46 Richtig *Jannott* in Jannott/Frodermann, Handbuch Europäische Aktiengesellschaft, § 3 Rz. 313.

- 15 Sowohl für die Errichtung einer Holding-SE als auch für die Errichtung einer Tochter-SE sieht das deutsche Recht keine speziellen Vorschriften vor. Die Vor-SE entsteht in diesen beiden Konstellationen jedoch unproblematisch unter Anwendung der allgemeinen Gründungsvorschriften der AG. Im Falle der **Holdinggründung** entsteht die Vor-SE, sobald die Zustimmungsbeschlüsse aller Gründungsgesellschaften zum Gründungsplan gefasst sind⁴⁷ (dazu Art. 32 Rz. 59 ff.); die Einbringung der Mindestanteilsquote nach Art. 33 Abs. 2 SE-VO (dazu Art. 33 Rz. 7 ff.) ist nicht erforderlich⁴⁸. Im Falle der gemeinsamen **Tochter-SE** sowie der Tochter-SE im Rahmen der sekundären SE-Gründung nach Art. 3 Abs. 2 SE-VO ist maßgeblicher Zeitpunkt die Feststellung der Satzung *und* die Übernahme sämtlicher Aktien⁴⁹.
- 16 Mit der Eintragung in das gem. Art. 12 SE-VO bestimmte Register wandelt sich die Vor-SE ipso iure mit allen Aktiva und Passiva in die SE um (oben Rz. 7). In Betracht kommt jedoch eine **Unterbilanzhaftung** der Gründer (vgl. dazu bereits oben Rz. 11)⁵⁰. Scheitert die Eintragung, so kann die Gründer eine **Verlustdeckungshaftung** treffen (vgl. dazu bereits oben Rz. 11)⁵¹.
- 17 **Haftungssubjekt** sind sowohl bei der Unterbilanz- als auch bei der Verlustdeckungshaftung die Gründer. Dies sind bei allen Varianten der SE-Gründung die **Gründungsgesellschaften**⁵², **nicht** deren **Gesellschafter**⁵³. Dies gilt auch im Falle der Verschmelzung durch Neugründung⁵⁴.

47 *Bartone/Klapdor*, Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2007, S. 75; *Casper*, Der Konzern 2007, 244, 249; *Jannott* in Jannott/Frodermann, Handbuch Europäische Aktiengesellschaft, § 3 Rz. 313; *Lind*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 104; *Schindler*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 18; *Kersting*, DB 2001, 2079, 2080; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 7; *J. Schmidt*, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, S. 388 f.; *Schwarz*, Art. 16 SE-VO Rz. 10.

48 Ebenso *Jannott* in Jannott/Frodermann, Handbuch Europäische Aktiengesellschaft, § 3 Rz. 314; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 7 a.E.; *J. Schmidt*, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, S. 388 f.; a.A. *Brandes*, AG 2005, 177, 186; *Hügel* in Kalss/Hügel, Vor § 17 SEG Art. 16 Rz. 2.

49 *Bartone/Klapdor*, Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2007, S. 49, 75; *Hügel* in Kalss/Hügel, Vor § 17 SEG Art. 16 Rz. 2; *Jannott* in Jannott/Frodermann, Handbuch Europäische Aktiengesellschaft, § 3 Rz. 313; *Kersting*, DB 2001, 2079, 2081; *J. Schmidt*, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, S. 388; *Schwarz*, Art. 16 SE-VO Rz. 10; *Maul* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 7; a.A. *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 7 a.E.; *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 56 (nur Feststellung der Satzung). Wie hier für das nationale Recht: *Koch* in Hüffer, § 41 AktG Rz. 3; *K. Schmidt* in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 41 AktG Rz. 39.

50 *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 37; *Maul* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 11; *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 67; ausf. *Jannott* in Jannott/Frodermann, Handbuch Europäische Aktiengesellschaft, § 3 Rz. 325 ff.

51 *Casper*, Der Konzern 2007, 244, 250; *Jannott* in Jannott/Frodermann, Handbuch Europäische Aktiengesellschaft, § 3 Rz. 333; *Maul* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 11; *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 37; *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 68.

52 So bereits *Casper*, Der Konzern 2007, 244, 250; vgl. für die Verschmelzung *Koke*, Finanzverfassung, S. 40; *Scheifele*, Gründung, S. 252; *Teichmann*, ZGR 2003, 367, 392. Vgl. für die Tochter-Gründung auch Art. 36 Rz. 21 f., für die Holding-Gründung ausf. Art. 32 Rz. 11.

53 So auch *Casper* in Spindler/Stilz, AktG, Art. 16 SE-VO Rz. 12; *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 38; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 8.

54 Ausf. hierzu *Casper* in Spindler/Stilz, AktG, Art. 16 SE-VO Rz. 12; ebenso *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 8.

IV. Handelndenhaftung (Art. 16 Abs. 2 SE-VO)

1. Allgemeines

a) Anwendungsbereich

Die Vorschrift des Art. 16 Abs. 2 SE-VO findet auf **alle Formen der SE-Gründung** Anwendung. Die im Schrifttum⁵⁵ vorgeschlagene teleologische Reduktion in denjenigen Fällen der SE-Gründung, in denen die Rechtsfigur der Vor-SE keine Bedeutung hat, weil kein neuer Rechtsträger entsteht und somit der Ausgangsrechtsträger generell in der Haftung ist (oben Rz. 12), würde dem Charakter des Art. 16 Abs. 2 SE-VO als einheitliche, autonom-europäisch geregelte Handelndenhaftung i.S. einer Mindesthaftung⁵⁶ widersprechen. Zuzugeben ist jedoch, dass die Handelndenhaftung in diesen Fällen kaum praktische Bedeutung hat, da hier im Regelfall entweder nach den Grundsätzen des unternehmensbezogenen Geschäfts ohnehin eine Verpflichtung der aufnehmenden bzw. sich umwandelnden Gesellschaft begründet wird oder jedenfalls mit Eintragung eine „Übernahme“ erfolgt⁵⁷ (vgl. dazu unten Rz. 27).

b) Haftungszeitraum

Da die SE-VO die Existenz einer Vorgesellschaft dem nationalen Recht überlässt (s. oben Rz. 4, 6) – d.h. in einer Reihe von Staaten (z.B. in Großbritannien⁵⁸) überhaupt keine Vorgesellschaft bestehen wird – kann der zeitliche Anwendungsbereich der autonom-europäisch zu interpretierenden Handelndenhaftung nach Art. 16 Abs. 2 SE-VO zwangsläufig nicht auf den Zeitraum einer etwaigen Vorgesellschaft beschränkt sein⁵⁹. Vielmehr werden – nicht zuletzt auch im Interesse des von der Norm intendierten umfassenden Gläubigerschutzes – sämtliche Handlungen im Zeitraum **vor Eintragung** der SE erfasst⁶⁰. Ausgeschlossen sind lediglich solche Rechtshandlungen, im Zeitpunkt derer die Gründung einer SE noch nicht einmal in irgendeiner Weise beabsichtigt war⁶¹.

2. Handeln im Namen der SE

a) Handelnder

Handelnder i.S.d. Art. 16 Abs. 2 SE-VO können nicht nur natürliche Personen, sondern auch juristische Personen und Gesellschaften sein⁶².

Im Gegensatz zu § 41 Abs. 1 Satz 2 AktG⁶³ ist der subjektive Anwendungsbereich des autonom-europäisch auszulegenden Art. 16 Abs. 2 SE-VO insbesondere auch

55 Schäfer in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 16.

56 So auch Diekmann in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 7; Schröder in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 15.

57 Ähnlich Diekmann in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 8; Casper in Spindler/Stilz, AktG, Art. 16 SE-VO Rz. 17.

58 Das britische Recht kennt keine Vorgesellschaft, vgl. Heinemann, ZIP 1991, 760; Kersting, Vorgesellschaft, S. 173, 357; Reith, (1988) 37 ICLQ 109, 117; Triebel, Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2012, Kap. 5 Rz. 55 ff. Ausf. zur Rechtslage bei Gründung einer „britischen“ SE: J. Schmidt, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, S. 393 ff.

59 So aber Kersting, DB 2001, 2079, 2081; Schwarz, Art. 16 SE-VO Rz. 17.

60 Ebenso Diekmann in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 10; Hügel in Kalss/Hügel, Vor § 17 SEG Art. 16 Rz. 4; Schröder in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 17 f.

61 So auch Diekmann in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 10; vgl. bereits J. Schmidt, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, S. 401; ähnlich auch Zöllner-Petzoldt, Verknüpfung, S. 186.

62 So auch Diekmann in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 14; Schäfer in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 19.

63 Vgl. dazu BGH v. 31.5.1976 – II ZR 185/74, BGHZ 66, 359, 361; Koch in Hüffer, § 41 AktG Rz. 20; Drygala in K. Schmidt/Lutter, § 41 AktG Rz. 25 f.

nicht auf Organe der Vorgesellschaft **beschränkt**⁶⁴; eine solche Interpretation würde die Handelndenhaftung nämlich in denjenigen Staaten, in denen keine Vorgesellschaft mit für sie handelnden Organen existiert, teilweise leer laufen lassen⁶⁵.

- 22 Bei der Nennung von „juristischen Personen und Gesellschaften“ als potentielle Haftungssubjekte kann es sich demzufolge auch nicht lediglich um eine Bezugnahme auf die nach Art. 47 Abs. 1 SE-VO i.V.m. nationalem Recht zulässige Bestellung juristischer Personen als Organe einer SE (dazu Art. 47 Rz. 2 ff.) handeln⁶⁶. Vielmehr wird damit klargestellt, dass Handelnde i.S.d. Art. 16 Abs. 2 SE-VO generell auch **juristische Personen oder Gesellschaften** – insbesondere auch die jeweiligen Gründungsgesellschaften – sein können⁶⁷.
- 23 **Nicht** unter den Handelndenbegriff des Art. 16 Abs. 2 SE-VO⁶⁸ fallen hingegen die **Anteilsinhaber der Gründungsgesellschaften**⁶⁹: Die bloße Mitwirkung am Gründungsbeschluss stellt kein nach außen gerichtetes Handeln für die SE dar, ebenso wenig wie die Einbringung der Anteile im Falle der Gründung einer Holding-SE⁷⁰.

b) Rechtshandlungen

- 24 Der weit auszulegende Begriff der „Rechtshandlungen“ erfasst sowohl rechtsgeschäftliches als auch rechtsgeschäftsähnliches, nicht aber deliktisches Handeln⁷¹.

c) Im Namen der SE

- 25 Die Handelndenhaftung greift nur im Falle eines Handelns „im Namen der SE“. Im Interesse der Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten, Umgehungen und Zufallsergebnissen erfasst dies richtigerweise aber nicht nur ein explizites Handeln im Namen „der X-SE“, sondern auch ein solches im Namen der „X-SE in Gründung“ oder der „X-Vor-SE“⁷². Anders nur, wenn der im Namen der SE Handelnde **ausdrück-**

64 So aber *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 19; *Schwarz*, Art. 16 SE-VO Rz. 27; vgl. auch *Greda* in Kalss/Hügel, § 2 SEG Rz. 18; *Casper* in Spindler/Stilz, AktG, Art. 16 SE-VO Rz. 15; *Maul* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 15; *Jannott* in Jannott/Frodermann, Handbuch Europäische Aktiengesellschaft, § 3 Rz. 320; *Kersting*, DB 2001, 2079, 2082.

65 Wie hier auch *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 16; *Hügel* in Kalss/Hügel, Vor § 17 SEG Art. 16 Rz. 5; *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 23 ff.; vgl. bereits *Fuchs*, Gründung, S. 197 ff.

66 So aber *Greda* in Kalss/Hügel, § 2 SEG Rz. 18; *Schäfer*, NZG 2004, 785, 791; *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 29 ff.

67 *Casper* in Spindler/Stilz, AktG, Art. 16 SE-VO Rz. 15; *Hügel* in Kalss/Hügel, Vor § 17 SEG Art. 16 Rz. 5; *Kersting*, DB 2001, 2079, 2082 ff.; *Oplustil*, (2003) 4 GLJ 107, 121; *Schwarz*, Art. 16 SE-VO Rz. 21.

68 So aber *Hirte*, NZG 2002, 1, 4 Fn. 37; *Hirte*, DStR 2005, 653, 656 Fn. 43; *Kersting*, DB 2001, 2079, 2082 ff.; *Schindler*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 19.

69 So auch *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 15; *Schwarz*, Art. 16 SE-VO Rz. 24 ff.

70 So schon *Fuchs*, Gründung, S. 198; *Jannott* in Jannott/Frodermann, Handbuch Europäische Aktiengesellschaft, § 3 Rz. 321; *Oplustil*, (2003) 4 GLJ 107, 121; *Paefgen*, GmbHR 2005, 957, 964; *Schäfer*, NZG 2004, 785, 791; *Zöllter-Petzoldt*, Verknüpfung, S. 188.

71 *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 11; *Casper* in Spindler/Stilz, AktG, Art. 16 SE-VO Rz. 14; *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 20; *Schwarz*, Art. 16 SE-VO Rz. 28.

72 *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 12; *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 21; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 17; *Schwarz*, Art. 16 SE-VO Rz. 29; vgl. bereits *Kersting*, DB 2001, 2078, 2084; *Zöllter-Petzoldt*, Verknüpfung, S. 190.

lich und für den Dritten erkennbar die Haftung auf die künftige SE **beschränkt**; dann ist der Dritte nicht schutzwürdig⁷³.

3. Haftungsausschluss

Negative tatbestandliche Voraussetzung für die Handelndenhaftung ist, dass die mit der Eintragung entstandene SE die Verpflichtung **nicht übernimmt**. Die „Übernahme“ der Verpflichtung ist nicht wörtlich zu nehmen; erfasst werden vielmehr **alle Konstellationen**, in denen entweder der **Ausgangsrechtsträger oder die neue SE** mit ihrem Vermögen dem jeweiligen Gläubiger **haften**, sei es kraft gesetzlicher Anordnung, sei es kraft rechtsgeschäftlicher Übernahme⁷⁴.

Wird die **neue SE** gem. Art. 16 Abs. 1 SE-VO **eingetragen**, so gehen regelmäßig alle Verpflichtungen der Vor-SE ipso iure über (oben Rz. 7, 16) und eine zuvor begründete Handelndenhaftung erlischt⁷⁵. Die Rechtslage ist nicht anders, wenn – wie im Falle der Verschmelzung durch Aufnahme oder des Formwechsels nach Art. 37 SE-VO (oben Rz. 12) – in der Gründungsphase keine Vor-SE existiert hat; denn im Falle der Verschmelzung durch Aufnahme haftet die neu entstandene SE als Gesamtrechtsnachfolgerin (Art. 29 Abs. 1 lit. a SE-VO), im Falle der Umwandlung aufgrund ihrer Identität mit der sich umwandelnden Gesellschaft (vgl. Art. 37 Abs. 2 SE-VO) für die Verbindlichkeit⁷⁶.

Eine gesetzliche Übernahme von Verpflichtungen, die im Namen der künftigen SE eingegangen wurden, findet allerdings trotz Eintragung der neuen SE nicht statt, wenn der Handelnde **nicht vertretungsberechtigt** war⁷⁷. In diesem Fall kann die Haftung dennoch dadurch vermieden werden, dass die Verpflichtung von der SE im Wege der Schuldübernahme **rechtsgeschäftlich übernommen** wird⁷⁸. Der Zustimmung des Gläubigers (vgl. §§ 414, 415 BGB) bedarf es hier nach § 41 Abs. 2 AktG (i.V.m. Art. 15 Abs. 1 SE-VO) grundsätzlich nicht⁷⁹. Das Handeln eines vollmachten Vertreters kann die SE aber auch gem. §§ 177 ff. BGB **genehmigen**; hierfür brauchen die Voraussetzungen des § 41 Abs. 2 AktG nicht vorzuliegen⁸⁰.

73 Richtig *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 13.

74 Ähnlich *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 17; *Casper* in Spindler/Stilz, AktG, Art. 16 SE-VO Rz. 17; *Jannott* in Jannott/Frodermann, Handbuch Europäische Aktiengesellschaft, § 3 Rz. 324; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 21; *Schwarz*, Art. 16 SE-VO Rz. 30 ff.

75 *Casper* in Spindler/Stilz, AktG, Art. 16 SE-VO Rz. 16; *Jannott* in Jannott/Frodermann, Handbuch Europäische Aktiengesellschaft, § 3 Rz. 324; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 21; *Schwarz*, Art. 16 SE-VO Rz. 31; vgl. für die parallele Rechtslage in Österreich auch *Hügel* in Kalss/Hügel, Vor § 17 SEG Art. 16 Rz. 6; für das nationale deutsche Recht: BGH v. 13.6.1977 – II ZR 232/75, BGHZ 69, 95, 103 f.; *Koch* in Hüffer, § 41 AktG Rz. 25; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, § 11 GmbHG Rz. 29; *Pentz* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., § 41 AktG Rz. 109.

76 *J. Schmidt*, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, S. 403. Vgl. für die Verschmelzung durch Aufnahme auch *Fuchs*, Gründung, S. 202; *Kersting*, DB 2001, 2078, 2083.

77 So auch *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 18.

78 *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 21; *Schwarz*, Art. 16 SE-VO Rz. 32; *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 18.

79 *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 21; *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 61.

80 Zutreffend *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 21 a.E.; ebenso *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 18; vgl. zum nationalen Recht *Pentz* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., § 41 AktG Rz. 135, 155.

4. Rechtsfolgen

- 29 Die Handelndenhaftung nach Art. 16 Abs. 2 SE-VO ist eine **unbegrenzte und gesamtschuldnerische Außenhaftung**⁸¹, die im Interesse eines umfassenden Gläubigerschutzes grundsätzlich auf Erfüllung gerichtet ist⁸². Ein Verschulden ist nicht erforderlich⁸³. Die Handelnden können alle Einreden und Einwendungen geltend machen, die auch die Vor-SE geltend machen könnte⁸⁴. Ausweislich des eindeutigen Wortlauts der Norm kann die Haftung jedenfalls durch individuelle Vereinbarung ausgeschlossen werden⁸⁵ (vgl. auch bereits oben Rz. 26); eine Abbedingung durch AGB⁸⁶ oder die Satzung⁸⁷ dürfte hingegen unzulässig sein.

5. Regress

- 30 Der interne Ausgleich zwischen **mehreren Handelnden** bestimmt sich nach den Regeln über die Gesamtschuld⁸⁸.
- 31 Ist der Handelnde ein Organmitglied der (künftigen) SE und hat er pflichtgemäß gehandelt, so hat er gegen diese einen Erstattungsanspruch (§§ 611, 675, 670 BGB)⁸⁹; in sonstigen Fällen kommt ein Regress nur nach GoA-Regeln in Betracht⁹⁰.
- 32 Im Hinblick auf die Frage eines etwaigen Regresses gegen die (**Gründungs-)Gesellschaft** stellt sich dieselbe Problematik wie bei der AG und GmbH, auf die hier nur kurz verwiesen werden kann⁹¹.

6. Konkurrenzen

- 33 § 41 Abs. 1 Satz 2 AktG wird durch die lex specialis des Art. 16 Abs. 2 SE-VO verdrängt⁹².

V. Ergänzende Anwendung des AktG

- 34 Vgl. zu Rechtsnatur und Haftung in der Vor-AG *Drygala* in K. Schmidt/Lutter, § 41 AktG Rz. 2 ff.; speziell zur Unterbilanz- und Verlustdeckungshaftung Rz. 10 ff.

81 *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 19; *Casper* in Spindler/Stilz, AktG, Art. 16 SE-VO Rz. 18; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 22; *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 43 ff.; *Schwarz*, Art. 16 SE-VO Rz. 37 ff.

82 *Kersting*, DB 2001, 2078, 2084; *Schindler*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 19; *J. Schmidt*, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, S. 406; *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 43; *Schwarz*, Art. 16 SE-VO Rz. 38.

83 *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 19; *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 32.

84 *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 19; *Casper* in Spindler/Stilz, AktG, Art. 16 SE-VO Rz. 18; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., Art. 16 SE-VO Rz. 22.

85 So auch *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 19; *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 42; *Schwarz*, Art. 16 SE-VO Rz. 36.

86 Vgl. zu § 41 Abs. 1 Satz 2 AktG: *K. Schmidt* in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 41 AktG Rz. 93.

87 Ebenso *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 42; *Schwarz*, Art. 16 SE-VO Rz. 36.

88 *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 46; vgl. für die AG: *Koch* in Hüffer, § 41 AktG Rz. 26.

89 Vgl. für die AG: *Koch* in Hüffer, § 41 AktG Rz. 26; *Pentz* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., § 41 Rz. 148.

90 So auch *Diekmann* in Habersack/Drinhausen, Art. 16 SE-VO Rz. 20; *Schröder* in Manz/Mayer/Schröder, Art. 16 SE-VO Rz. 69.

91 Vgl. für die AG: *Pentz* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl., § 41 Rz. 149 m.w.N.; für die GmbH: *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, § 11 GmbHG Rz. 30 m.w.N.

92 *J. Schmidt*, „Deutsche“ vs. „britische“ SE, S. 390.