

VORTRAG AM 17. MÄRZ 2005 IM QUELLENHOF ZU AACHEN VOR DEM

BUS INESS CLUB AACHEN -MAASTRICHT E.V.

DIE EUROPÄISCHE GESELLSCHAFT (SE)

**ATTRAKTIVE RECHTSFORM FÜR UNTERNEHMEN
IM DREILÄNDERECK ?**

REFERENT UND BEARBEITER DER ARBEITSUNTERLAGEN

DR. CHRISTOPH TERBRACK

NOTAR

WILHELMSTR. 62 -52070 AACHEN
TELEFON (0241) 47790-0
TELEFAX (0241) 47790-40
E-MAIL info@specks-terbrack.de

GLIEDERUNG

I. Einleitung

1. 1. Gesetzeshistorie
2. 2. Allgemeines zur SE-VO und den Einführungsgesetzen

II. Rechtsnatur der SE

III. Gründung einer SE

1. 1. Einschränkung der Gründungsfreiheit
2. 2. Gründungsarten

IV. Organisationsverfassung der SE

1. 1. Dualistische SE
2. 2. Monistische SE

V. Arbeitnehmerbeteiligung

1. 1. Verhandlungsvorrang
2. 2. Auffangregelung

VI. Finanzverfassung

VII. Besteuerung

VIII. Einsatzmöglichkeiten der SE in der Unternehmenspraxis

Anhang I: SE - VO
Anhang II: SEEG

LITERATURAUSWAHL

Schmitz in AnwaltKommentar Aktienrecht: Die europäische Aktiengesellschaft, 2003; **Baums/Cahn**: Die europäische Aktiengesellschaft - Umsetzungsfragen und Perspektiven, 2004; **EI Mahi**: Die europäische Aktiengesellschaft, 2004; **Nagel** - Ist die europäische Aktiengesellschaft (SE) attraktiv?, in DB 2004, Seite 1299; **Ihrig/Wagner**: Das Gesetz zur Einführung der europäischen Gesellschaft (SEEG) auf der Zielgeraden, in BB 2004, Seite 1749; **Schäfer**: Das Gesellschaftsrecht (weiter) auf dem Weg nach Europa - am Beispiel der SE-Gründung, in NZG 2004, Seite 785; **Wisskirchen/Prinz**: Das Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer europäischen Gesellschaft (SE), in DB 2004, Seite 2638.

I. Einleitung

Nach über 40 Jahren Diskussion und verschiedensten Entwürfen ist am 8. Oktober 2004 die Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (im Folgenden **SE-VO** genannt) in Kraft getreten. Offiziell lautet die Bezeichnung der Gesellschaftsform, die häufig als Europäische Aktiengesellschaft bezeichnet wird, **Societas Europaea**, auch **SE** abgekürzt.

1. Gesetzeshistorie

Die Genesis der SE begann bereits im Jahre 1959 auf einem Kongreß des französischen Notariats. Nachdem dort erstmals Überlegungen zu einer supranationalen Rechtsform diskutiert wurden, griff ein Mitglied einer von der Kommission eingesetzten Sachverständigengruppe diese Idee auf und schuf einen Vorentwurf eines Statutes für die SE, der im Jahre 1970 dem Ministerrat vorgelegt wurde. Eine Vielzahl von Stellungnahmen veranlaßten die Kommission, den Vorschlag völlig zu überarbeiten. Aber auch die daraufhin im Jahre 1975 vorgelegte, geänderte Fassung stieß auf erhebliche Widerstände. Weitere Entwürfe in den Jahren 1988, 1989 und 1991 scheiterten an diversen Einwendungen, insbesondere an der Problematik der Mitbestimmung der Arbeitnehmer. Sie stand fortan im Mittelpunkt der Diskussion und konnte erst durch den Gipfel von Nizza am 20. Dezember 2000 gelöst werden.

2. Allgemeines zur SE-VO und den Einführungsgesetzen

Die SE-VO verzichtet weitgehend auf die Schaffung zwingenden Einheitsrechtes, vielmehr enthält sie zu vielen Bereichen (Konzernrecht, Beschlußfassung der Aktionäre, Übertragung von Aktien pp.) nur sporadische oder gar keine Regelungen. Daher kommt in der Praxis den nationalen Einführungsgesetzen (in Deutschland das Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft vom 22. Dezember 2004, BGBl. I Seite 3675, im Folgenden **SEEG** genannt, enthaltend in Art. 1 das **Ausführungsgesetz über das Statut der SE**, im Folgenden **SEAG** genannt, sowie in Art. 2 das **Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer SE**, im Folgenden **SEBG** genannt) sowie dem Verweis in der SE-VO auf das nationale Aktienrecht des Sitzstaates (Art. 9 Abs. 1 SE-VO) große Bedeutung zu.

II. Rechtsnatur der SE

Die SE ist eine mit **eigener Rechtspersönlichkeit** ausgestattete Gesellschaft, deren Kapital in Aktien zerlegt ist. Sie ist - zumindest im Kern (vgl. vorstehend Ziffer I.2.) - eine für den **gesamten EG-Raum einheitliche Rechtsform** für transnationale Beteiligungen. Sie kann ihren Sitz im EG-Raum frei wählen.

III. Gründung einer SE

1. Einschränkungen der Gründungsfreiheit

Die Gründung einer SE unterliegt verschiedenen Einschränkungen:

- a) Zum einen gibt es einen **numerus-clausus der Gründungsarten** (vgl. Art. 2 Abs. bis 4 SE-VO), der nur vier direkte Wege der Gründung einer SE zulässt (dazu sogleich nachfolgend Ziffer 2. lit. a) bis d)); hinzu kommt eine weitere, abgeleitete Gründungsmöglichkeit (nachfolgend unter Ziffer 2. lit. e) dargestellt).
- b) Daneben besteht ein **numerus-clausus der Gründungsgesellschafter**. Gründungsgesellschafter können nur die in der SE-VO bestimmten Gesellschaften (im wesentlichen AG und GmbH der Mitgliederstaaten gem. Anhang I und II der SE-VO) sein.
- c) Schließlich werden die Gründungsmöglichkeiten durch das **Prinzip der Mehrstaatlichkeit** eingeschränkt. Abgesehen von der Gründung einer Tochter SE (dazu nachfolgend Ziffer 2. lit. e)) müssen alle anderen Gründungsarten mindestens zwei Mitgliedsstaaten berühren.

2. Gründungsarten

Die SE-VO enthält in Art. 2 Abs. 1 bis 4 und in Art. 3 Abs. 2 insgesamt fünf Gründungsarten.

- a) Eine SE kann durch **Verschmelzung von Aktiengesellschaften** gegründet werden, sofern mindestens zwei von ihnen dem Recht verschiedener Mitgliedsstaaten unterliegen (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Anhang I zur SE-VO, Art. 17 bis 31 SE-VO).

Die Verschmelzung erfolgt entweder **zur Aufnahme** (z.B. indem eine ausländische Aktiengesellschaft auf eine deutsche Aktiengesellschaft verschmolzen wird, wodurch die ausländische, übertragende Aktiengesellschaft erlischt und aus der deutschen, aufnehmenden Aktiengesellschaft eine SE wird) oder **zur Neugründung** (z.B. indem eine deutsche und eine ausländische Aktiengesellschaft verschmolzen werden und dadurch eine neue SE entsteht, wobei beide übertragenden Aktiengesellschaften erlöschen).

Der Anmeldung und Eintragung hat ein förmliches Verfahren zur Wahrung der Rechte der Gläubiger, Minderheitsaktionäre und ggfs. der Arbeitnehmer vorauszugehen:

-Die Leitungs- und Verwaltungsorgane der beteiligten Aktiengesellschaften stellen einen Verschmelzungsplan auf, der u.a. die Satzung der künftigen SE enthält (Art. 20 SE-VO).

-Der Verschmelzungsplan wird beim Registergericht der beteiligten Aktiengesellschaften zusammen mit den in Art. 21 SE-VO enthaltenen Angaben zwecks Bekanntmachung (§ 5 SEAG, §

61 UmwG).

- Die Hauptversammlungen der beteiligten Aktiengesellschaften stimmen dem Verschmelzungsplan zu (Art. 23 SE-VO).
- Die Registergerichte der beteiligten Aktiengesellschaften stellen auf Antrag eine Bescheinigung über die Rechtmäßigkeit der der Verschmelzung vorangehenden Rechtshandlungen und Formalitäten aus (Art. 25 Abs. 2 SE-VO).
- Binnen 6 Monaten nach Ausstellung der Bescheinigungen legen die beteiligten Aktiengesellschaften dem für den Sitz der SE zuständigen Registergericht diese Bescheinigungen nebst dem Verschmelzungsplan vor und melden die Durchführung der Verschmelzung an (Art. 26 SE-VO). Mit Eintragung der SE werden die Registergerichte der beteiligten Aktiengesellschaften informiert, damit diese dann die Löschung der verschmolzenen Gesellschaften eintragen.

- b) Mindestens zwei nationale Kapitalgesellschaften (AG und/oder GmbH) können eine **Holding-SE** gründen. Zwei Gründungsgesellschaften müssen dabei entweder dem Recht verschiedener Mitgliedsstaaten unterliegen oder seit mindestens zwei Jahren eine dem Recht eines anderen Mitgliedsstaates unterliegende Tochtergesellschaft oder eine Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedsstaat haben (Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Anhang I zur SE-VO, Art. 32 bis 34 SE-VO).

Zur Gründung müssen mehr als 50 % der Anteile an den Gründungsgesellschaften durch deren Anteilhaber in die Holding-SE eingebracht werden; im Gegenzug werden den Anteilhabern Aktien an der Holding-SE gewährt. Die SE wird durch diesen Vorgang zur "Muttergesellschaft" der Gründungsgesellschaften. Der Gründungsablauf gestaltet sich wie folgt:

- Die Leitungs- und Verwaltungsorgane der beteiligten Gesellschaften stellen einen Gründungsplan auf, der u.a. die Satzung der künftigen SE, einen Gründungsbericht und ein Abfindungsangebot enthält, sofern der Sitz der Holding-SE im Ausland liegt oder sie selbst abhängig i.S.d. § 17 AktG ist (Art. 32 Abs. 3 SE-VO).-Der Gründungsplan wird bei den beteiligten Registergerichten zwecks Bekanntmachung eingereicht (Art. 32 Abs. 3 SE-VO).
- Die Haupt- bzw. Gesellschafterversammlungen der Gründungsgesellschaften stimmen dem Gründungsplan frühestens einen Monat nach seiner Bekanntmachung zu (Art. 32 Abs. 6 SE-VO) und melden die Holding-SE zur Eintragung an.

- c) Mindestens zwei nationale Gesellschaften nach Art. 48 Abs. 2 EGV oder juristische Personen des öffentlichen Rechts der Mitgliedsstaaten können eine gemeinsame **Tochter-SE** gründen (Art. 2 Abs. 3, Art. 35 und Art. 36 SE-VO). Die Gründung und Anmeldung der Tochter-SE erfolgt ohne

vorangehende besondere Formalitäten. Die SE-VO verweist hier allein auf das nationale Aktienrecht des Staates, in dem der Sitz der SE liegen soll (Art. 36 SE-VO).

- d) Eine nationale Aktiengesellschaft kann in eine **SE umgewandelt** werden, wenn sie seit mindestens zwei Jahren eine dem Recht eines anderen Mitgliedsstaates unterliegende Tochtergesellschaft hat (Art. 2 Abs. 4, Art. 37 SE-VO). Die Umwandlung entspricht dem Formwechsel nach dem deutschen Umwandlungsrecht (§§ 190 ff. UmwG). Anlässlich der Umwandlung verlegt werden (Art. 37 Abs. 3 SE-VO).
- e) Eine bereits bestehende SE kann ihrerseits **Tochtergesellschaften** in der Rechtsform der SE gründen (Art. 3 Abs. 2 SE-VO).

IV. Organisationsverfassung der SE

Grundsätzlich gilt für die SE das aus dem deutschen Aktienrecht bekannte Prinzip der Satzungsstrenge. Es gibt aber auch Wahlmöglichkeiten bei der Gestaltung der Satzung einer SE, die dem deutschen Recht bisher fremd waren. So ist es möglich, bei der Leitung und Kontrolle einer SE zwischen der sog. **dualistischen SE** und der **monistischen SE** zu wählen.

1. Dualistische SE

Eine dualistische SE hat - wie die Aktiengesellschaft nach deutschem Aktienrecht auch - neben der Hauptversammlung ein **Leitungsorgan** (Art. 39 Abs. 1 SE-VO) entsprechend dem Vorstand und ein **Aufsichtsorgan** (Art. 39 Abs. 2 SE-VO) entsprechend dem Aufsichtsrat.

2. Monistische SE Eine monistische SE hat - angelehnt am englischen board-system - **ein einziges Organ**, den **Verwaltungsrat**, der die Gesellschaft leitet, die Grundlinien ihrer Tätigkeit bestimmt und deren Umsetzung überwacht. Der Verwaltungsrat hat also einerseits - wie der Vorstand einer Aktiengesellschaft - die Leitungsverantwortung, andererseits aber auch - wie der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft Überwachungs- und Beratungsfunktion. Der Verwaltungsrat bestellt einen oder mehrere Mitglieder oder Dritte zu **geschäftsführenden Direktoren**, welche die Gesellschaft vertreten. Diese Bestellung von geschäftsführenden Direktoren ändert an der Leitungsverantwortung des Verwaltungsrates nichts; denn die Letztverantwortlichkeit für die Unternehmenspolitik sowie die strategischen Entscheidungen der SE liegen allein bei dem Verwaltungsrat.

V. Arbeitnehmerbeteiligung

Die Einzelheiten der Arbeitnehmerbeteiligung waren zwischen den Mitgliedsstaaten bis zuletzt heftig umstritten und einer der Gründe, warum die Rechtsform der SE eine so lange Entstehungszeit benötigte.

Im Hinblick auf diese Kontroverse ist ein Kompromiß gefunden worden, der vorrangig auf Verhandlungen zwischen Unternehmensleitung und Arbeitnehmern abstellt und, falls die Verhandlungen scheitern, eine **Auffangregelung** zum Zuge kommen läßt. Für diese ist kennzeichnend, daß sie für bisher mitbestimmungsfreie Gesellschaften im Wesentlichen nur Anhörungs- und Unterrichtsrechte einräumt, während sie bei mitbestimmten Unternehmen, die in eine SE-Gründung einbezogen werden, regelmäßig die Mitbestimmung fortsetzt.

Die Regelungen über die Mitbestimmung sind in Ergänzung der SE-VO in einer Richtlinie (2001/86EG) geregelt. Das deutsche Gesetz zur Umsetzung dieser Vorgaben ist das Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer europäischen Gesellschaft (im Folgenden **SEBG** genannt).

Vermutet wird derzeit, dass sich die Gründungsbereitschaft gerade ausländischer Investoren zu einer SE in Deutschland in Grenzen halten wird, da sich im Zweifelsfall der höchste Mitbestimmungs-Standard - also der deutsche - einer an der SE beteiligten Gesellschaft durchsetzt. Dies wird derzeit als entscheidender Wettbewerbsnachteil für deutsche Unternehmen und damit auch für den Arbeitsmarkt gewertet. Im europäischen Vergleich haben 12 der 25 Mitgliedstaaten der EU keine Unternehmensmitbestimmung (dies sind: Belgien, Griechenland, Irland, Italien, Portugal, Spanien, Großbritannien, Litauen, Lettland, Estland, Malta, Zypern; etwas Anderes gilt teilweise in diesen Staaten für Staatsunternehmen). Andere so z.B. Frankreich - haben keine Mitbestimmung i.S. der Richtlinie.

1. Verhandlungsvorrang

Konkretisiert sich die Gründung einer SE, haben die Leitungs- bzw. Verwaltungsorgane der künftigen SE Schritte einzuleiten, um mit den Arbeitnehmern über die Beteiligung in der SE zu verhandeln. Es wird ein **besonderes Verhandlungsgremium** als Vertretung der Arbeitnehmer eingesetzt. Dieses Verhandlungsgremium hat die Aufgabe, gemeinsam mit den Leitungs- bzw. Verwaltungsorganen eine schriftliche Vereinbarung abzufassen, welche die Beteiligung der Arbeitnehmer sichert. Die Verhandlungsdauer ist grundsätzlich auf sechs Monate begrenzt. Sie kann jedoch durch Übereinkunft der Parteien auf insgesamt ein Jahr verlängert werden. Kann bis zum Ende des Verhandlungszeitraumes keine Einigung erzielt werden, wird aber an dem Ziel der Gründung festgehalten, findet die sogenannte **Auffangregelung** Anwendung.

2. Auffangregelung

Je nachdem, ob in den an der SE-Gründung beteiligten Gesellschaften bereits Mitbestimmungsregelungen auf Unternehmensebene bestehen, hat die Auffangregelung folgende Konsequenzen:

- a) Waren die an der SE-Gründung beteiligten Gesellschaften bislang **mitbestimmungsfrei**, muß

ein **Vertretungsorgan** eingesetzt werden, das sich aus Arbeitnehmern der SE, ihrer Tochtergesellschaften und Betrieben zusammensetzt. Dem Vertretungsorgan sind Anhörungs- und Unterrichtsrechte einzuräumen.

b) Im Hinblick auf eine an der SE-Gründung beteiligten Gesellschaft, welche der Mitbestimmung nach deutschem Recht unterliegt, sind folgende Fälle zu unterscheiden:

- Wird die SE durch Umwandlung gegründet, gilt grundsätzlich das bisherige Mitbestimmungsregime fort. Im Falle der Gründung einer SE durch Verschmelzung wird die Mitbestimmung auf die SE erstreckt, wenn vor der Eintragung in einem Gründungsunternehmen bereits Mitbestimmung bestand und sich auf mindestens 25 % der Arbeitnehmer der künftigen SE erstreckt oder vor der Eintragung der SE zwar Mitbestimmung bestand, sich diese aber auf weniger als 25 % der Arbeitnehmer der zukünftigen SE erstreckt, und ein besonderes Verhandlungsgremium den Beschluss faßt, daß die Auffangregelung Anwendung finden soll.
- Im Falle der Gründung einer Holding- oder Tochter-SE finden die gleichen Grundsätze wie bei der Verschmelzung Anwendung, allerdings kommt es nur dann zur Mitbestimmung, wenn sich die Regelungen über die Mitbestimmung auf 50 % der Arbeitnehmer der zukünftigen SE erstrecken.

VI. Finanzverfassung Das Eigenkapital der SE beträgt **mindestens 120.000,00 Euro**. Es ist in Aktien zerlegt. Nach Art. 1 Abs. 2 S. 2 SE-VO haftet jeder Aktionär nur bis zur Höhe des von ihm gezeichneten Kapitals. Damit ist gemeint, dass den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber nur deren Vermögen haftet. Bezüglich der rechtlichen Behandlung des Kapitals, dessen Erhaltung und Änderung sowie für die Aktien gelten die Vorschriften des nationalen Aktienrechts. Bei einer in Deutschland einzutragenden SE sind somit bei einer Bargründung mindestens 30.000,00 Euro aufzubringen (ein Viertel des Nennbetrages nebst dem vollen Betrag eines etwaig vereinbarten Agios, vgl. § 36a AktG).

VII. Besteuerung

Hinsichtlich der laufenden Besteuerung steht die SE der nationalen Aktiengesellschaft gleich. Die SE-VO sieht keinerlei steuerliche Sonderbestimmungen vor. Damit ist eine in Deutschland ansässige SE unbeschränkt körperschafts- und gewerbesteuerpflichtig. Im übrigen gelten neben den allgemeinen Regeln des nationalen und internationalen Steuerrechts die bestehenden Doppelbesteuerungsabkommen sowie das 1990 zusammen mit der FRL und der Mutter-Tochter-Richtlinie verabschiedete Schiedsübereinkommen.

VIII. Einsatzmöglichkeiten der SE in der Unternehmenspraxis

Von grundlegender Bedeutung für den Erfolg der neuen supranational-europäischen Rechtsform der SE sind insbesondere die konkreten Möglichkeiten ihres Einsatzes in der Unternehmenspraxis. Nur wenn sich in den Anwendungsmöglichkeiten einer SE rechtsformspezifische Vorteile, insbesondere in der Ausgestaltung der statutarischen Organisationsstruktur von Unternehmen im europäischen Binnenakt realisieren lassen, hat die SE eine Chance, sich - anders als die erfolglose EWiV - gegenüber der Vielzahl nationaler und vertrauter Rechtsformer durchzusetzen. Als Einsatzmöglichkeiten in der Unternehmenspraxis kommen vor allen Dingen folgende Fälle in Betracht:

- Grenzüberschreitende Verschmelzungen von zwei gleichberechtigten Unternehmen.
 - Grenzüberschreitende Akquisition eines ausländischen Zielunternehmens.
 - Reorganisation der europäischen Gesellschaftsstruktur eines Unternehmens aus einem Drittstaat durch Zwischenschaltung einer Europa-Holding.
- Verschmelzung nationaler Gesellschaften bei einer einheitlich europäischen Gesellschaft mit Niederlassungen in verschiedenen Mitgliedsstaaten.
- Identitätswahrende Sitzverlegung einer SE über die Grenzen von einem Mitgliedsstaat der EU in einen anderen.