SOCIETAS EUROPAEA – SE – PRAXISLEITFADEN ZUR UMWANDLUNG IN EINE EUROPÄISCHE AKTIENGSELLSCHAFT

MOTIVATION FÜR DIE WAHL DER SOCIETAS EUROPAEA

Bereits 2004 hat der deutsche Gesetzgeber die europäische Aktiengesellschaft (abgekürzt „SE“ für Societas Europaea) unter Umsetzung entsprechender EU-Vorgaben als weitere Rechtsform in Deutschland eingeführt. Damit ist sie die erste europäische Rechtsform, die losgelöst von nationalem Recht in allen Ländern der Europäischen Union mit vergleichbarem Regelungskleid gewählt werden kann. Zunächst konnte sich diese neue Rechtsform – von wenigen Großkonzernen im DAX-Segment abgesehen – nur zögerlich in der deutschen Unternehmenslandschaft etablieren. Inzwischen haben aber auch mittelständisch geprägte und eigentümergeführte Unternehmen erkannt, dass die SE eine attraktive und flexible Rechtsform ist.

Die Motive für die Wahl der SE sind unterschiedlich: Für international tätige Unternehmen kann es interessant sein, die selbstständigen nationalen Rechtsformen aufzulösen und unter dem Dach einer SE unselbständige Niederlassungen und Betriebsstätten in ganz Europa zu errichten.

In anderen Fällen steht das in Deutschland nun erstmals mögliche Wahlrecht zwischen einem dualistischen System mit Vorstand und kontrollierendem Aufsichtsrat einerseits und einem monistischen System mit einem einheitlichen Führungs- und Überwachungsgremium (Verwaltungsrat) andererseits im Vordergrund. Besonders interessant: So kann eine monistische Leitungsstruktur, wie sie für den Mittelstand typisch ist, mit einer kapitalmarktfähigen Gesellschaftsform kombiniert werden. Dadurch bieten sich auch alternative Finanzierungsoptionen.

Ein besonderer Vorteil der SE besteht zudem darin, dass Mitbestimmungsstrukturen auf dem aktuellen Niveau festgeschrieben werden können, auch wenn die Anzahl der Mitarbeiter eines Unternehmens weiter wächst und die für die Mitbestimmung relevanten Größen im Laufe der Zeit überschritten werden.

Diese Broschüre gibt einen Überblick über die SE. Ob diese Rechtsform in Ihrem speziellen Fall die richtige ist, muss im Einzelfall geprüft werden. Hierfür stehen wir Ihnen jederzeit gerne als Berater zur Verfügung.

LEITUNGSSTRUKTUR EINER SOCIETAS EUROPAEA

In den Mitgliedstaaten der Europäischen Union bestehen erhebliche Unterschiede hinsichtlich der Leitung und Kontrolle von Aktiengesellschaften. Grundsätzlich ist hierbei zwischen dualistischen und monistischen Leitungssystemen mit unterschiedlichen Ausprägungen zu unterscheiden.

Während das monistische Leitungssystem im Wesentlichen im angelsächsischen und romanischen Rechtsraum bekannt ist, ist das dualistische Modell insbesondere im deutschen und österreichischen Aktienrecht verankert. Die SE eröffnet die Möglichkeit, zwischen einem monistischen und einem dualistischen Leitungssystem zu wählen.

Entscheidet sich ein Unternehmen mit Sitz in Deutschland für eine SE mit dualistischem Leitungssystem, gelten weitgehend dem deutschen Aktiengesetz vergleichbare Regelungen.

Wird dagegen das monistische Leitungssystem für die SE gewählt, besteht neben der Hauptversammlung als zentralem Willensbildungsorgan lediglich ein Verwaltungsrat, aus dem heraus einzelnen sog. geschäftsführenden Direktoren die Geschäftsführung der SE übertragen wird.

Zahlreiche Regelungen über die Amtsdauer, die Haftung, die zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfte sowie über die Voraussetzungen für die Beschlussfassung gelten für beide Leitungsstrukturen.

AUFBAU EINER SE UND RECHTSSTELLUNG DER ORGANE

HAUPTVERSAMMLUNG

Die SE kann auf Leitungsebene wahlweise monistisch oder dualistisch strukturiert sein. In beiden Leitungssystemen besteht als weiteres Organ zudem die Hauptversammlung. Die Aufgaben, Zuständigkeiten, Befugnisse und die Rechtstellung der Hauptversammlung unterscheiden sich in beiden Leitungssystemen nicht wesentlich. Sie richten sich bei einer in Deutschland ansässigen SE in weiten Teilen nach deutschem Aktienrecht.

Eine Besonderheit gegenüber dem deutschen Aktiengesetz ergibt sich im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerbeteiligung in mitbestimmten Aufsichts- bzw. Verwaltungsräten, da hier grds. eine Zuständigkeit der Hauptversammlung für die Bestellung der Arbeitnehmervertreter und – im Falle einer monistischen Führungsstruktur – für die Abberufung der Arbeitnehmervertreter besteht. Dabei ist die Hauptversammlung allerdings an Wahlvorschläge der Arbeitnehmerseite gebunden.

DAS MONISTISCHE LEITUNGSSYSTEM

Das monistische Leitungssystem orientiert sich an der Board-Konstruktion des angloamerikanischen Rechts. Eine SE mit einem monistischen Leitungssystem verfügt neben der Hauptversammlung über einen Verwaltungsrat, der die Gesellschaft leitet, die Grundlinien ihrer Tätigkeit bestimmt und deren Umsetzung überwacht.

Verwaltungsrat

Der Verwaltungsrat ist das zentrale Führungsorgan im monistischen Leitungssystem. Er legt die grundlegenden Leitlinien der Geschäftspolitik fest und überwacht zugleich die geschäftsführenden Direktoren bei der Führung des Tagesgeschäfts. Dabei unterliegt er den gleichen Sorgfaltspflichten wie ein Vorstand nach deutschem Aktienrecht und, da dem Verwaltungsrat darüber hinaus eine Überwachungs- und Prüfpflicht zukommt, zudem den Sorgfaltspflichten eines Aufsichtsrats in der dualistischen Struktur. Der Verwaltungsrat hat hierbei die Förderung des Unternehmenswohls sowie die Be-

rücksichtigung der Aktionärs- und Arbeitnehmerinteressen in seine Entscheidungen einzubeziehen. Zur Sicherung des Fortbestandes der Gesellschaft hat er zudem ein Überwachungssystem einzurichten, um Missstände und Fehlentwicklungen frühzeitig entdecken und gegensteuern zu können. Als weiteres Element seiner Kontrollfunktion hat der Verwaltungsrat das Recht, aber auch die Pflicht, die Bücher einzusehen und zu prüfen. Die persönlichen Voraussetzungen und Qualifikationen, über die die Mitglieder des Verwaltungsrates verfügen müssen, entsprechen denen von Aufsichtsorganmitgliedern im dualistischen System.

Sofern nicht besondere Regelungen des Mitbestimmungsgesetzes greifen, werden die Verwaltungsratsmitglieder von der Hauptversammlung für maximal sechs Jahre gewählt. Allerdings kann die Satzung der SE eine abweichende – jedoch nur kürzere – Amtsdauer vorsehen.

Grundsätzlich besteht der Verwaltungsrat einer SE aus mindestens drei Personen. Die maximale Anzahl an Verwaltungsratsmitgliedern beträgt je nach Höhe des Grundkapitals zwischen neun und einundzwanzig Personen. Ausnahmen von der generellen Besetzung des Verwaltungsrates sieht das Gesetz in den Fällen vor, in denen das Grundkapital unter EUR 3 Mio. liegt. In diesem Fall kann die Satzung eine geringere Anzahl von Verwaltungsratsmitgliedern vorsehen.

Hinweis: *Im Extremfall wäre damit sogar ein „Ein-Personen-Verwaltungsrat" möglich. Damit soll beispielsweise Tochtergesellschaften in der Rechtsform der SE eine schlanke Führungsstruktur ermöglicht werden.*

Aktionären mit Namensaktien stehen unter bestimmten Voraussetzungen besondere Entsendungsrechte in den Verwaltungsrat zu.

Der eingerichtete Verwaltungsrat bestimmt einen Vorsitzenden, der bei paritätischer Mitbestimmung zwingend dem Lager der Anteilseigner der SE anzugehören hat. Er wird durch die Hauptversammlung bestellt.

Geschäftsführende Direktoren

Der Verwaltungsrat bestellt geschäftsführende Direktoren. Diese führen das Tagesgeschäft der SE. Die geschäftsführenden Direktoren können dem Verwaltungsrat angehören (soweit sie dort nicht die Mehrheit stellen). Es können aber auch dem Verwaltungsrat nicht angehörende Direktoren bestellt werden. Der Direktor bzw. die Direktoren vertreten die SE gerichtlich und außergerichtlich.

Bei der monistisch strukturierten SE ist es möglich, dass der Vorsitzende des Verwaltungsrates zugleich geschäftsführender Direktor ist. In diesem Fall kommt es zu einer Vereinigung zwischen Leitung, Kontrolle und operativer Geschäftsführung in einer Person. Derzeit existieren noch keine klaren Regelungen zur Vermeidung damit verbundener Risiken und Interessenskonflikte.

Bewertung aus der Sicht mittelständischer Unternehmen

Das monistische Leitungssystem bietet, insbesondere für mittelständische Unternehmen, ein hohes Maß an Flexibilität. Die im Mittelstand vorherrschenden personalistischen Strukturen lassen sich hier gut abbilden. So ist es beispielsweise möglich, dass der beherrschende Gesellschafter gleichzeitig Verwaltungsratsvorsitzender und geschäftsführender Direktor ist und somit alle wesentlichen Unternehmensentscheidungen treffen kann. Hierdurch können Strukturen geschaffen werden, die aus der GmbH oder der GmbH & Co. KG bekannt sind, jedoch kombiniert mit dem Vorteil der Kapitalmarktfähigkeit des Unternehmens.

DIE PERSONALISTISCHEN STRUKTUREN LASSEN SICH MIT DEM MONISTISCHEN SYSTEM GUT ABBILDEN.

Das monistische Leitungssystem eignet sich in vergleichbarer Form für mittelständische Unternehmen, deren Geschicke von mehreren Familienstämmen bestimmt werden. Diese können durch eine Mitgliedschaft im Verwaltungsrat die strategischen Entscheidungen treffen, während die operative Leitung einem geschäftsführenden Direktor, der auch ein Externer sein kann, obliegt. Dem Verwaltungsrat käme dann eine beiratsähnliche Funktion zu.
Schließlich bietet das monistische Leitungssystem

Vorteile bei der Unternehmensnachfolge, in dem etwa der designierte Nachfolger als zweiter geschäftsführender Direktor bestellt wird, während der Unternehmensgründer Verwaltungsratsvorsitzender und erster geschäftsführender Direktor ist. Auf diese Weise kann nach und nach die Verantwortung auf den Nachfolger übertragen werden. Dabei behält der Unternehmensgründer jederzeit die Möglichkeit, die Verantwortung wieder an sich zu ziehen.

DAS DUALISTISCHE LEITUNGSSYSTEM

Im dualistischen Leitungssystem gibt es neben der Hauptversammlung einen Vorstand als Leitungsorgan und einen Aufsichtsrat als Aufsichtsorgan. Die gesetzlichen Regelungen orientieren sich dabei stark an den Regelungen des deutschen Aktiengesetzes, soweit für die in Deutschland ansässige SE nicht ohnehin auf dessen entsprechende Anwendung verwiesen wird. Zwischen Vorstand und Aufsichtsrat besteht eine strikte Aufgabentrennung: während der Vorstand die Geschäfte der Gesellschaft in eigener Verantwortung leitet, wird er hierbei durch den Aufsichtsrat überwacht.

Die Aufgaben und Pflichten der Organmitglieder werden in der SE-Verordnung, ergänzt durch nationales Recht, näher definiert.

Vorstand

Der Vorstand kann aus einer oder mehreren Personen bestehen. Bei einem Grundkapital von mehr als EUR 3 Mio. ist ein aus mindestens zwei Mitgliedern bestehender Vorstand zwingend vorgeschrieben. Die Mitglieder des Vorstands können maximal für sechs Jahre bestellt werden. Eine ein- oder mehrmalige Wiederbestellung ist möglich, soweit dies in der Satzung vorgesehen ist.

Der Vorstand führt die Geschäfte der SE in eigener Verantwortung. Dabei erfolgt die Geschäftsführung grundsätzlich durch alle Organmitglieder gemeinschaftlich. Zusätzlich ist der Vorstand verpflichtet, den Aufsichtsrat alle drei Monate über den Gang der Geschäfte der SE und deren voraussichtliche Entwicklung zu unterrichten.

Aufsichtsrat

Auch die Mitglieder des Aufsichtsrats werden für maximal sechs Jahre bestellt. Die Anzahl der Mitglieder im Aufsichtsrat wird durch die Satzung bestimmt. Aus der Mitte der Aufsichtsratsmitglieder wird ein Vorsitzender gewählt. Im Falle der paritätischen Mitbestimmung darf allerdings nur die Hauptversammlung den Vorsitzenden ernennen.

Der Aufsichtsrat ist, wie im deutschen Recht, nicht zur Führung der Geschäfte befugt, vielmehr kommt ihm eine überwachende Tätigkeit zu.

SOZIALVERSICHERUNGSPFLICHT DES LEITUNGSORGANS

Von der Wahl und Ausgestaltung der Leitungssysteme hängt auch die Sozialversicherungspflicht der Mitglieder des Leitungsorgans ab.

Handelt es sich um eine SE mit einer dualistischen Führungsstruktur, setzt sich die Versicherungsfreiheit des Vorstandsmitglieds in der gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung bei einer Umwandlung einer deutschen AG und anschließender Tätigkeit in einer SE fort.

Weist die SE hingegen eine **monistische Führungsstruktur** mit einem Verwaltungsrat auf und ist das vormalige Vorstandsmitglied der AG nach der Umwandlung geschäftsführender Direktor, ohne gleichzeitig Mitglied des Verwaltungsrats zu sein, unterliegt es ebenso wie ein Fremdgeschäftsführer einer GmbH grundsätzlich der Sozialversicherungspflicht. Anders gestaltet sich die Rechtslage bei geschäftsführenden Direktoren, die zugleich dem Verwaltungsrat angehören. Sie sind aufgrund ihrer unternehmerischen Leitungsfunktion einem Vorstandsmitglied einer AG in sozialversicherungsrechtlicher Sicht gleichgestellt und damit nicht versicherungspflichtig.

Hinweis: *Maßgeblich für die sozialversicherungsrechtliche Einordnung dieser geschäftsführenden Direktoren ist ihre Verwaltungsratstätigkeit, bei der sie weisungsfrei agieren, nicht ihre Tätigkeit als geschäftsführender Direktor. Diese Abgrenzung ist jedoch teilweise umstritten.*

HAFTUNG DER ORGANE

Die Organhaftung ist grds. unabhängig von der Frage, ob die SE der monistischen oder der dualistischen Struktur folgt. Die gesetzlichen Grundlagen der SE sehen keine speziellen Regelungen vor, so dass für eine „deutsche“ SE das deutsche Aktiengesetz Anwendung findet. Damit müssen die Mitglieder des Leitungs- und Kontrollorgans die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einhalten, da sie andernfalls der Gesellschaft zum Ersatz des aus der Pflichtverletzung resultierenden Schadens verpflichtet sind.

MITBESTIMMUNG DER ARBEITNEHMER

In der Rechtsform der SE kann sowohl die betriebliche als auch die unternehmerische Mitbestimmung flexibler gestaltet werden als bei den klassischen deutschen Gesellschaftsformen. Die unternehmerische Mitbestimmung ist grundsätzlich nur erforderlich, soweit die Gründungsgesellschaften einer solchen unterliegen.

Die SE bietet Raum für individuelle, auf das jeweilige Unternehmen zugeschnittene Formen der Arbeitnehmermitbestimmung. Dies wird durch die Bildung eines Besonderen Verhandlungsgremiums (BVG) erreicht. Das BVG setzt sich aus Arbeitnehmervertretern, die von den Gründungsgesellschaften der SE entsandt werden, zusammen. Es führt die Verhandlungen mit den Leitungsorganen der Gründungsgesellschaften.

Über das BVG wird sichergestellt, dass Arbeitnehmervertreter aus dem jeweiligen Mitgliedstaat der Gründungsgesellschaften vertreten sind.

DIE SE BIETET RAUM FÜR INDIVIDUELLE, AUF DAS JEWEILIGE UNTERNEHMEN ZUGESCHNITTENE FORMEN DER ARBEITNEHMERMITBESTIMMUNG.

Die Unternehmensleitung kann mit dem BVG Umfang und konkrete Ausgestaltung der Mitbestimmung weitgehend frei aushandeln und in einer „Mitbestimmungsvereinbarung“ niederlegen. Dabei ist zwischen der betrieblichen und der unternehmerischen Mitbestimmung zu differenzieren.

Hinsichtlich der betrieblichen Mitbestimmung wird in der Mitbestimmungsvereinbarung grundsätzlich die Errichtung eines SE-Betriebsrats, über den die Unterrichtungs- und Anhörungsrechte der Arbeitnehmer gesichert werden, vorgesehen. Die Beteiligten haben jedoch auch die Möglichkeit, alternative Strukturen zu schaffen, um die Unterrichtung und Beteiligung der Arbeitnehmer sicherzustellen. In jedem Fall ist neben einem SE-Betriebsrat nicht zusätzlich noch ein Europäischer Betriebsrat erforderlich.

Bei der unternehmerischen Mitbestimmung sind die Beteiligten weitestgehend frei, ob sie eine Vereinbarung hierzu treffen und wenn ja, wie sie diese inhaltlich ausgestalten.

Hinweis: *Dies eröffnet die in der Praxis vielfach genutzte Möglichkeit, den Aufsichtsrat bzw. den Verwaltungsrat mit weniger Mitgliedern zu besetzen, als dies bei der paritätischen Mitbestimmung nach deutschem Recht der Fall wäre.*

Eine Einschränkung besteht lediglich bei einer Umwandlung einer nationalen Aktiengesellschaft in eine SE: hier herrscht Bestandsschutz und es muss mindestens der bisherige Mitbestimmungsumfang in der SE fortgelten.

Erzielen Unternehmensleitung und BVG keine Einigung über die konkrete Ausgestaltung der Arbeitnehmerbeteiligung, finden als Auffanglösung die gesetzlichen Vorschriften über die betriebliche und ggf. die unternehmerische Mitbestimmung Anwendung.

Zur Umsetzung der betrieblichen Mitbestimmung ist dann ein SE-Betriebsrat zu bilden, der über Unterrichtungs- und Anhörungsrechte verfügt.

Hinsichtlich der unternehmerischen Mitbestimmung setzt sich das höchste Mitbestimmungsniveau in der SE fort, welches in den Gründungsgesellschaften vorhanden war; dieses kann je nach Ausgangslage auch in einer Mitbestimmungsfreiheit bestehen. Art und Umfang der unternehmerischen Mitbestimmung werden zudem grundsätzlich auf dem zur Zeit der Errichtung der SE bestehenden Status Quo „eingefroren".

Ein späteres Unternehmenswachstum und das hiermit verbundene Überschreiten der nach nationalem Recht maßgeblichen Schwellenwerte für ein höheres Maß an Mitbestimmung haben grundsätzlich keinen Einfluss mehr auf Art und Umfang der Mitbestimmung in der SE.

Hinweis: *Lediglich bei strukturellen Änderungen, die bei einer bereits errichteten SE eintreten und geeignet sind, Beteiligungsrechte von Arbeitnehmern zu mindern, kann eine erneute Verhandlung über die Arbeitnehmerbeteiligung zwischen dem BVG bzw. alternativ dem SE-Betriebsrat, und der Unternehmensleitung erforderlich sein.*

Strukturelle Änderungen sind selten gegeben und sind allenfalls bei nicht organischem Wachstum oder (jedenfalls im Grundsatz) Wachstum durch Unternehmenstransaktionen anzunehmen.

Die Erfahrungen aus der Praxis zeigen, dass die SE einen Rechtsrahmen für flexible Regelungen schafft und die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen in gleichem Maße berücksichtigt. Dies kann so weit gehen, dass das Mitbestimmungsrecht durch Einführung adäquater Ersatzinstitutionen an Bedeutung verliert. Beispielsweise können die Arbeitnehmer zu Gunsten eines „Sozialfonds" auf ihr Mitbestimmungsrecht verzichten.

GRÜNDUNGSMÖGLICHKEITEN EINER SE

GRUNDZÜGE

Ob und in welchem Umfang es deutschen Unternehmen möglich ist, die Rechtsform einer SE anzunehmen, ist aufgrund der gesetzlich zwingend vorgegebenen Gründungswege im Wesentlichen von zwei Faktoren abhängig: Zum einen kommt es auf die Rechtsform an, welche die beteiligten Unternehmen vor Gründung oder Umwandlung in eine Europäische Aktiengesellschaft hatten. Zum anderen ist die grenzüberschreitende Tätigkeit des Unternehmens vor der Umwandlung in eine SE maßgeblich.

Eine SE kann nicht durch eine natürliche Person gegründet werden. Vielmehr stehen grundsätzlich vier primäre Möglichkeiten zur Gründung einer SE zur Verfügung (sog. numerus clausus der Gründungsformen):

› Verschmelzung mehrerer Aktiengesellschaften unterschiedlicher nationaler Rechtsordnungen
› Umwandlung einer bereits bestehenden deutschen Aktiengesellschaft
› Gründung einer Holding-SE
› Gründung einer Tochter-SE

Es ist nicht erforderlich, dass die Gründungsgesellschaft(en) operativ tätig sind. Entsprechend können auch Holdinggesellschaften und Gesellschaften ohne Geschäftsbetrieb, z. B. Vorrats- oder Mantelgesellschaften ohne Arbeitnehmer, eine SE gründen.

Diese vier Gründungsformen stehen in vollem Umfang allein der Aktiengesellschaft zur Verfügung. Bei allen anderen Gesellschaftsformen bestehen Einschränkungen hinsichtlich der zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zur Gründung einer SE (vgl. nachfolgende Tabelle).

Hinweis: *Diese Einschränkungen können aber durch entsprechende Gestaltungen behoben werden. Durch eine entsprechend vorgeschaltete Umwandlung etwa einer GmbH oder Kommanditgesellschaft in eine Aktiengesellschaft kann auch diesen Gesellschaften der Weg zu allen vier Gründungsformen einer SE eröffnet werden.*

ÜBERSICHT ÜBER DIE GRÜNDUNGSWEGE EINER SE IN ABHÄNGIGKEIT VON DER AUSGANGSGESELLSCHAFT

	VERSCHMELZUNG	HOLDING-SE	TOCHTER-SE	UMWANDLUNG
AKTIENGESELLSCHAFT	+	+	+	+
GESELLSCHAFT MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG	-	+	+	-
KOMMANDITGESELLSCHAFT	-	-	+	-
OFFENE HANDELSGESELLSCHAFT	-	-	+	-
GESELLSCHAFT BÜRGERLICHEN RECHTS	-	-	+	-
GENOSSENSCHAFTEN	-	-	+	-
JURISTISCHE PERSONEN DES ÖFFENTLICHEN RECHTS	-	-	+	-

ALLGEMEINE VORAUSSETZUNGEN FÜR DIE GRÜNDUNG EINER SE

Für die Gründung einer SE ist zu Beginn durch die Leitungs- oder Verwaltungsorgane der Gründungsgesellschaften in der Regel ein Plan bzw. Bericht für die Anteilsinhaber zu erstellen, in dem die für die Gründung der SE wesentlichen Informationen enthalten sind. Darin ist insbesondere – soweit vorhanden – auch das Umtauschverhältnis der Anteile anzugeben und zu erläutern. Auf der Grundlage dieses Plans bzw. Berichts treffen die Anteilsinhaber der Gründungsgesellschaften ihre Entscheidung, ob sie der Gründung einer SE zustimmen.

Außerdem sind die Gründungsgesellschaften verpflichtet, gewissen Publizitätspflichten nachzukommen. Dadurch sollen die Gläubiger und Anteilseigner über ihre Rechte bei der Entscheidung über die Gründung einer SE informiert werden.

Neben der Öffentlichkeit müssen auch die Arbeitnehmer über die beabsichtigte Strukturmaßnahme unterrichtet und entsprechend der gesetzlichen Bestimmungen beteiligt werden. Diesem Zweck dient das Beteiligungsverfahren der Arbeitnehmer (vgl. hierzu „Mitbestimmung der Arbeitnehmer“).

Schließlich muss die SE für ihr wirksames Entstehen in das Handelsregister eingetragen und gemäß den gesetzlichen Bestimmungen bekannt gemacht werden.

Die Ausgestaltung des Gründungsverfahrens hängt im Einzelnen von dem gewählten Gründungsweg ab.

GRÜNDUNG EINER SE DURCH VERSCHMELZUNG DER GRÜNDUNGS-GESELLSCHAFTEN

Eine SE kann durch Verschmelzung von zwei oder mehr Gründungsgesellschaften in der Rechtsform der Aktiengesellschaft entstehen. Die Gründungsgesellschaften müssen nach dem nationalen Recht eines Mitgliedstaates wirksam gegründet worden sein und ihren Sitz sowie ihre Hauptverwaltung in der Europäischen Union haben.

Die Gründung einer SE durch Verschmelzung ist auf zwei Wegen möglich:

1. als Verschmelzung durch Aufnahme auf eine bestehende AG, die im Rahmen der Verschmelzung die Rechtsform der SE annimmt oder
2. als Verschmelzung durch Neugründung einer SE, bei der eine SE im Rahmen der Verschmelzung neu entsteht.

Da die SE eine supranationale Gesellschaft ist, ist erforderlich, dass mindestens zwei Gründungsgesellschaften dem Recht unterschiedlicher Mitgliedstaaten unterliegen.

Beispiel: Beschließen eine deutsche und eine österreichische Aktiengesellschaft die Gründung einer SE durch Verschmelzung, so ist dies zulässig. Zwei deutsche Aktiengesellschaften können dagegen keine SE durch Verschmelzung gründen.

Zum Zweck der Verschmelzungsgründung halten einige Anbieter von Vorratsgesellschaften bereits österreichische Aktiengesellschaften vor, die zur Erleichterung und Beschleunigung einer SE-Gründung verwendet werden (siehe S. 21).

Bei einer Verschmelzungsgründung wird das Vermögen der übertragenden Gründungsgesellschaften im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gegen Gewährung von Anteilen an der aufnehmenden/neugegründeten Gesellschaft auf diese übertragen. Neben der Anteilsgewährung kann auch eine bare Zuzahlung von der aufnehmenden Gesellschaft an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft geleistet werden. Die übertragenden Gesellschaften gehen im Rahmen der Verschmelzung unter.

GRÜNDUNG EINER SE DURCH UMWANDLUNG EINER NATIONALEN AKTIENGESELLSCHAFT

Die Gründung einer SE durch Umwandlung einer nationalen Aktiengesellschaft stellt die einzige Form der primären Gründung einer SE dar, bei welcher die Beteiligung einer zweiten Gründungsgesellschaft nicht erforderlich ist. Eine Aktiengesellschaft kann in eine SE umgewandelt werden, wenn sie sowohl ihren Sitz als auch ihre Hauptverwaltung in der Europäischen Union hat und sie seit mindestens zwei Jahren über eine Tochtergesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat verfügt.

Die Umwandlung entspricht einem Formwechsel nach nationalem Recht. Die Gesellschaft behält ihre rechtliche Identität, ohne dass eine Rechtsnachfolge oder eine Vermögensübertragung erfolgt. Eine Besonderheit bei der Gründung einer SE durch Umwandlung einer nationalen Aktiengesellschaft ist, dass die nationale Aktiengesellschaft anlässlich der Umwandlung nicht ihren Satzungssitz verlegen darf.

GRÜNDUNG EINER HOLDING-SE

Eine Holding-SE kann sowohl von Aktiengesellschaften als auch von GmbHs gegründet werden. Voraussetzung ist, dass mindestens zwei Gründungsgesellschaften dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen oder seit mindestens zwei Jahren eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegende Tochtergesellschaft oder Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat haben.

Bei der Gründung einer Holding-SE werden nicht die Gründungsgesellschaften, sondern deren Gesellschafter Aktionäre der SE, soweit sie ihre Anteile an den Gründungsgesellschaften in die SE einbringen. Der Gründungsvorgang vollzieht sich im Wege der Sachgründung gegen Anteilstausch: Die Gesellschafter der Gründungsgesellschaft tauschen ihre Anteile an ihrer bisherigen Gesellschaft gegen Aktien an der SE. Die Gründungsgesellschaften bestehen dann als Tochtergesellschaften der SE fort.

GRÜNDUNG EINER TOCHTER-SE

Die Gründung einer SE-Tochtergesellschaft (Tochter-SE) steht allen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts offen. Zudem kann eine Tochter-SE auch durch Personengesellschaften originär gegründet werden.

Voraussetzung ist, dass mindestens zwei Gründungsgesellschaften dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen oder seit mindestens zwei Jahren eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegende Tochtergesellschaft oder Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat haben.

Die Gründung der Tochter-SE hat nach dem Gründungsrecht für Aktiengesellschaften desjenigen Mitgliedstaates zu erfolgen, in dem die Tochter-SE ihren Sitz haben soll. Dabei sind die speziellen Voraussetzungen der SE, wie z. B. die Höhe des Grundkapitals, die Einhaltung des Verfahrens über die Arbeitnehmerbeteiligung, der Firmenzusatz etc. zu beachten.

ERWERB EINER VORRATS-SE

Alternativ kommt auch der Erwerb einer sogenannten Vorrats-SE in Betracht – ein in der Praxis häufig gewähltes Mittel: Entsprechend wurde bei knapp der Hälfte der bislang erfolgten SE-Gründungen verfahren. Vorrats-SE werden von verschiedenen Anbietern von Vorratsgesellschaften zum Verkauf vorgehalten.

Motiviert ist dieses Vorgehen durch Vorbehalte gegen die gesetzlich vorgesehenen Gründungsformen, die den Unternehmen umständlich und mit zeitlichen Unwägbarkeiten verbunden zu sein scheinen.

Zwischenzeitlich ist zunehmende Rechtssicherheit bei der Verwendung von Vorrats-SE eingekehrt. Die Registergerichte haben signalisiert, dass das Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren vor der Eintragung der SE in das Handelsregister jedenfalls dann nicht durchzuführen ist, wenn weder die Gründungsgesellschafter noch die zu gründende SE über Arbeitnehmer verfügen.

Demgegenüber ist derzeit die Frage noch nicht hinreichend geklärt, wann und wie bei der Aufnahme der operativen Tätigkeit der Vorrats-SE das Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren nachzuholen ist.

Trotz dieser Unwägbarkeit bietet der Erwerb der Vorrats-SE den Vorteil, dass das Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren nachträglich erfolgen kann und die Aufnahme der operativen Tätigkeit durch die SE, die bereits in das Handelsregister eingetragen ist, grundsätzlich nicht hindert. Für den Erwerb einer Vorrats-SE spricht zudem, dass die Aktien auch von natürlichen Personen erworben werden können.

BETRIEBSWIRTSCHAFTLICHE FRAGEN UND AUFGABEN FÜR DIE WIRTSCHAFTSPRÜFUNG

KAPITALAUFBRINGUNG

In welcher Form eine SE auch errichtet wird, es ist jeweils das Vorhandensein eines Mindestgrundkapitals in Höhe von EUR 120.000,00 erforderlich.

Je nach gewähltem Gründungsweg ist dies ggf. im Rahmen einer Gründungs-, Kapitalaufbringungs- oder Kapitaldeckungsprüfung nachzuweisen. Auch zur Bestimmung des Umtauschverhältnisses der Anteile bei der Verschmelzungsgründung sowie der Holding-Gründung ist ggf. eine Bewertung der beteiligten Rechtsträger erforderlich.

ERMITTLUNG DER NETTOVERMÖGENSWERTE

Für die Ermittlung der Nettovermögenswerte kommen zwei grundlegend unterschiedliche Bewertungsmethoden in Betracht.

Erfolgt die Ermittlung des Nettovermögenswerts in Form einer Einzelbewertung, ist auf die Zeitwerte der Vermögenswerte und Schulden und nicht auf deren Buchwerte abzustellen.

In der Regel wird jedoch im Rahmen des Bewertungsstandards IDW S 1 das Ertragswertverfahren angewendet. Dieses steht grundsätzlich mit der Zielsetzung der aktienrechtlichen Kapitalaufbringungsvorschriften in Einklang, indem bei der Bewertung ganzer Unternehmen anlässlich der Einbringung als Sacheinlage auf Ertragswertüberlegungen abgestellt wird.

Der Wert eines Unternehmens bestimmt sich durch den Barwert der mit dem Eigentum an dem Unternehmen verbundenen Nettozuflüsse an die Unternehmenseigner (Nettoeinnahmen als Saldo von Ausschüttungen bzw. Entnahmen, Kapitalrückzahlungen und Einlagen). Dieser Zukunftserfolgswert ergibt sich grundsätzlich aufgrund der frei verfügbaren finanziellen Überschüsse, die bei Fortführung des Unternehmens erwirtschaftet werden können. Hinzu kommt gegebenenfalls der Liquidationswert nicht betriebsnotwendiger (neutraler) Vermögensteile. Zur Ableitung des Barwerts dieser Überschüsse wird ein Kapitalisierungszinssatz verwendet, der die Rendite aus einer zur Investition in das zu bewertende Unternehmen adäquaten Alternativanlage repräsentiert.

Alternativ zu der Anwendung der Ertragswertmethode kann im Rahmen des IDW S 1 auch eine Bewertung nach der Discounted Cash Flow (DCF)-Methode erfolgen. Die DCF-Methode ist eine Abwandlung der Ertragswertmethode. Im Gegensatz zur Ertragswertmethode wird hierbei nicht der Jahresüberschuss, sondern der Cash Flow als Berechnungsgrundlage herangezogen. Nach der DCF-Methode in ihrer in der Praxis üblichen Form wird zunächst ein Gesamtkapitalwert für das operative Geschäft ermittelt. Der Wert des Eigenkapitals wird aus dem Gesamtkapitalwert für das operative Geschäft berechnet. Zur Ermittlung des Wertes des Eigenkapitals werden von dem Gesamtkapitalwert die Nettofinanzschulden in Abzug gebracht.

Hinweis: *Ertragswertmethode und DCF-Methode beruhen beide auf dem Kapitalwertkalkül und damit auf den gleichen konzeptionellen Grundlagen. Bei gleichen Prämissen, insbesondere bei einer in sich konsistenten Planung, bestehend aus Planergebnisrechnungen, Planbilanzen und Plankapitalflussrechnungen, kommen beide Methoden zu demselben Ergebnis.*

BÖRSENKAPITALISIERUNG

Sofern für Unternehmensanteile Börsenpreise zur Verfügung stehen, sind diese nach IDW S 1 bei der Unternehmensbewertung zur Plausibilitätsbeurteilung des nach vorstehenden Grundsätzen ermittelten Unternehmenswertes heranzuziehen. Diese Börsenpreise ersetzen die grundlegende Bewertung nach einem in IDW S 1 vorgeschriebenen Verfahren zur Ermittlung des Nettovermögens.

BESTEUERUNG EINER SE

Auch wenn in der Europäischen Union mit der SE eine einheitliche Rechtsform geschaffen wurde, erfolgte keine Vereinheitlichung der Besteuerung. Vielmehr findet stets das nationale Steuerrecht des Sitzstaates der SE Anwendung. Bei der Besteuerung ist zwischen der Gründung und der laufenden Besteuerung einer SE zu unterscheiden.

BESTEUERUNG IM RAHMEN DER GRÜNDUNG DER SE

Die Gesellschafter können sich bei der Gründung einer neuen Gesellschaft bereits für die Rechtsform der SE entscheiden. Genauso wie bei der Gründung einer AG oder GmbH existiert zunächst eine Vorgesellschaft, die mit der Eintragung ins Handelsregister zur SE wird.

Wie dargestellt, wird in der Regel bereits eine Gesellschaft bestehen, die auf sehr unterschiedliche Weise in eine SE überführt werden kann. Dabei kommen folgende Gründungsmöglichkeiten in Betracht:

Umwandlung einer bereits bestehenden deutschen Aktiengesellschaft

Beabsichtigen die Aktionäre einer AG, ihre bereits bestehende Gesellschaft in der Rechtsform der SE weiterzuführen, kann dies durch Formwechsel erreicht werden. Da hierbei weder der Rechtsträger noch das Besteuerungskonzept wechseln, ist der Formwechsel steuerneutral.

Gründung einer Tochter-SE

Bei der Gründung einer Tochter-SE ist im Hinblick auf die Besteuerung zu differenzieren, ob es sich hierbei um eine Gründung durch Bareinlage oder durch Sacheinlage handelt.

Die Gründung durch Bareinlage hat keine Auswirkung auf die Besteuerung. Dagegen wird bei der Gründung durch Sacheinlage ertragsteuerlich ein Veräußerungsvorgang fingiert, da die Muttergesellschaft als Gegenleistung für das eingebrachte Vermögen neue Gesellschaftsanteile an der Tochter-SE erhält. Sofern es sich bei der Sacheinlage um einen Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil handelt, kann die Einbringung unter bestimmten Voraussetzungen steuerneutral gestaltet werden.

Gründung einer Holding-SE

Die Gründung einer Holding-SE stellt steuerlich einen Anteilstausch dar, bei dem die Gesellschafter ihre Anteile an bereits bestehenden Kapitalgesellschaften in die neu gegründete Holding-SE einbringen und als Gegenleistung neue Anteile an dieser erhalten.

Der Anteilstausch führt generell zu einem steuerpflichtigen Gewinn auf Seiten der einbringenden Gesellschafter. Zur Vermeidung einer Steuerbelastung räumt der Gesetzgeber einen steuerneutralen Anteilstausch ein, sofern die Holding-SE nachweislich die unmittelbare Mehrheit der Stimmrechte an der bestehenden Kapitalgesellschaft übernimmt.

Verschmelzung mehrerer nationaler Aktiengesellschaften

Erfolgt die Gründung der SE durch die Verschmelzung bereits bestehender Aktiengesellschaften, löst dieser Vorgang grundsätzlich eine Schlussbesteuerung auf der Ebene der übertragenden Aktiengesellschaften aus. Eine steuerneutrale Übertragung des Vermögens ist jedoch unter gewissen Voraussetzungen möglich.

Bei der Verschmelzung ist allerdings zu beachten, dass verrechenbare Verluste und vorhandene Verlustvorträge nicht auf die übernehmende SE übertragen werden können und folglich ungenutzt untergehen. Ein Verlustuntergang kann durch bestimmte Gestaltungsmaßnahmen vermieden werden.

LAUFENDE BESTEUERUNG DER SE

Laufende Gewinnbesteuerung

Für die laufende Besteuerung der SE gelten die gleichen Vorschriften wie für andere Kapitalgesellschaften (z. B. AG, GmbH). Damit unterliegt der Gewinn der SE der Gewerbe- und Körperschaftsteuer sowie dem Solidaritätszuschlag. Die Steuerbelastung insgesamt beträgt derzeit ungefähr 30 %.

Dividendenbesteuerung

Bei einer Gewinnausschüttung der SE wird die Kapitalertragsteuer zzgl. Solidaritätszuschlag einbehalten (zusammen derzeit 25,68 %).

28E 5

Ist der Anteilseigner eine in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaft, sind im Ergebnis grundsätzlich 5 % der Dividende zu versteuern. In diesem Fall werden die Kapitalertragsteuer und der Solidaritätszuschlag auf die eigene Steuerschuld angerechnet bzw., soweit keine Steuer zu zahlen ist, erstattet.

Handelt es sich bei dem Anteilseigner um eine in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtige natürliche Person, die ihre Beteiligung im Privatvermögen hält, ist die Steuerpflicht der Dividende grundsätzlich durch die Kapitalertragsteuer abgegolten. Unter bestimmten Voraussetzungen kann für das Teileinkünfteverfahren optiert werden. Dann sind 40 % der Dividende steuerfrei. Der Rest ist unter Anrechnung der Kapitalertragsteuer mit dem persönlichen Steuersatz zu versteuern.

Aufsichts- und Verwaltungsratsvergütung

Besonderheiten sind bei der Vergütung der Aufsichts- bzw. Verwaltungsräte der SE zu beachten. Grundsätzlich ist die Hälfte der Aufsichts- bzw. Verwaltungsratsvergütung bei der SE steuerlich nicht als Betriebsausgabe abzugsfähig.

Bei einer monistisch strukturierten SE hingegen ist die Vergütung derjenigen Verwaltungsratsmitglieder, die gleichzeitig geschäftsführende Direktoren sind, grundsätzlich steuerlich voll abziehbar.

Grenzüberschreitende Umwandlungsvorgänge und Sitzverlegungen in der Europäischen Union

Grenzüberschreitende Umwandlungen innerhalb der Europäischen Union auf eine ausländische SE bzw. Sitzverlegungen einer deutschen SE ins EU-Ausland sind grds. steuerneutral möglich. Voraussetzung ist, dass stille Reserven im inländischen Betriebsvermögen nicht der deutschen Besteuerung entzogen werden.

Dies wirft Zuordnungsfragen vor allem bei Beteiligungen, dem Firmenwert und anderen immateriellen Wirtschaftsgütern auf. Sollte eine sofortige Besteuerung nicht vermeidbar sein, kann die Steuerbelastung unter bestimmten Voraussetzungen über fünf Jahre verteilt werden.

ABLAUFPLAN DER UMWANDLUNG IN EINE EUROPÄISCHE AKTIEN-GESELLSCHAFT

1. Aufstellung eines Umwandlungsplans
2. Erstellung eines Umwandlungsberichts
3. Prüfung der Umwandlung durch unabhängige Sachverständige
4. Erstellung der Werthaltigkeitsbescheinigung
5. Beachtung des nationalen Rechts für die Gründung von Aktiengesellschaften
6. Zuleitung des Umwandlungsplans an die Betriebsräte, soweit die Gründungsgesellschaften einen solchen haben
7. Offenlegung des Umwandlungsplans
8. Einleitung des Verfahrens über die Arbeitnehmerbeteiligung
9. Einberufung der Hauptversammlung
10. Durchführung der Hauptversammlung
11. Kapitalerhöhung bzw. Kapitalherabsetzung, sofern erforderlich
12. Anpassung der Satzung an die Arbeitnehmerbeteiligungsvereinbarung
13. Rechtmäßigkeitskontrolle
14. Eintragung der SE in das Handelsregister
15. Bekanntmachung der Gründung der SE

VOR- UND NACHTEILE EINER EUROPÄISCHEN AKTIENGESELLSCHAFT

VORTEILE	NACHTEILE
„Optimale Rechtsform“ für grenzüberschreitend tätige und/oder exportorientierte Unternehmen	Ggf. komplexes Gründungsverfahren aufgrund des grenzüberschreitenden Sachverhalts; Gründungskosten
Einfachere Unternehmensstruktur bei grenzüberschreitender Tätigkeit durch Führung der ehemaligen Tochterunternehmen als unselbständige Einheit › einfachere Entscheidungsstrukturen › Kosteneinsparungen	Transaktionsrisiken aufgrund erforderlicher Umwandlung (Anfechtungslagen)
Vereinheitlichungsmöglichkeit bei Konzernberichterstattung und Managementstrukturen („Einheits-SE“)	
Grundsätzlich freie und formlose Übertragbarkeit der Anteile	
Wahl zwischen monistischem und dualistischem Leitungssystem › größere Flexibilität	
Kombination von im Mittelstand bekannter Unternehmensleitungsstruktur – bei Wahl des monistischem Systems – mit Kapitalmarktfähigkeit › Erschließung weiterer Finanzierungsoptionen	

VORTEILE	NACHTEILE
Image einer „Europäischen Gesellschaft“ und grenzüberschreitendes Vertrauen in diese Rechtsform	
Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit gegenüber Konzernen aus Übersee	
Identitätswahrende Sitzverlegung sowie Verschmelzung innerhalb der Europäischen Union; Bestimmung des auf die SE anwendbaren (Gesellschafts-)Rechts	Minderheitenrechte (z. B. Abfindungsangebot)
Steuerliche Begünstigung bei Umstrukturierungen oder Sitzverlegung der SE › in der Regel keine sofortige Besteuerung vorhandener stiller Reserven	
Vermeidung der unternehmerischen Mitbestimmung durch „Einfrieren“ des Status Quo auch bei Unternehmenswachstum	
Gestaltungsspielraum insbesondere bei bestehender unternehmerischer Mitbestimmung durch Verhandlungslösung	Bei Scheitern der Verhandlungslösung ggf. Durchschlagen der aktuell einschlägigen deutschen Mitbestimmung