

Die Europäische Aktiengesellschaft SE in Deutschland und Europa



Petra Korts, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, MBA, Steuerstrafverteidiger*, Partner der Korts Rechtsanwalts-Gesellschaft mbH, Köln
* zertifiziert durch die Universität Hagen

Petra Korts, attorney-at-law, certified attorney at tax law, MBA, criminal tax defence counsel*, partner at Korts Rechtsanwalts-Gesellschaft mbH, Cologne
* certified by the University of Hagen

The European Company (SE) in Germany and Europe

The transformation of Porsche Aktiengesellschaft into "Porsche Automobil Holding SE" will be on the agenda at the company's general meeting in Stuttgart on 26 June 2007. Porsche AG will be in good company as it follows the example set by about 30 European Companies that are entered in the commercial register in Germany. Allianz AG, the largest German financial service provider, was converted into Allianz SE headquartered in Munich by merger with the Italian RAS Riunione Adriatica di Sicurtà Società per Azioni in October 2006. The legal form of the European Company (Societas Europaea), however, is not only suitable for large

Am 26. Juni 2007 steht die Umwandlung in die „Porsche Automobil Holding SE“ auf der Agenda der Hauptversammlung der Porsche Aktiengesellschaft in Stuttgart. Die Porsche AG befindet sich damit in guter Gesellschaft von ca. 30 Europäischen Aktiengesellschaften, die in Deutschland im Handelsregister eingetragen sind. Der größte deutsche Finanzdienstleister, die Allianz AG, hat im Oktober 2006 durch Verschmelzung mit der italienischen RAS Riunione Adriatica di Sicurtà Società per Azioni die Allianz SE mit Sitz in München gegründet. Dabei ist die Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft – der Societas Europaea – nicht nur eine Rechtsform für Großkonzerne. Mit einem Mindestgrundkapital von 120.000,00 EUR, von denen bei der (Bar-)Gründung 25% eingezahlt sein müssen, bietet sich diese Rechtsform auch für mittlere Unternehmen an – sei es, um sich für einen Börsengang zu „europäisieren“, sei es um das Management durch Einführung eines monistischen Boardsystems oder eines bedeutend kleineren Aufsichtsrates zu straffen oder um anstehende Arbeitnehmerbeteiligungen einzufrieren. Die Gründe für die Verwendung einer SE sind vielfältig. Insbesondere den Unternehmen, die europaweit oder zumindest grenzüberschreitend tätig sind, gibt die Rechtsform der SE die Möglichkeit mit nur einer einzigen Gesellschaft anstelle von mehreren, im Ausland angesiedelten Tochtergesellschaften zu operieren und hierdurch auf der Ebene der Leitungs- und Verwaltungsstrukturen Kosten zu optimieren.

In einer vierteiligen Serie sollen die Grundstrukturen der SE vorgestellt werden. Der ersten Teil befasst sich mit den Gründungsmöglichkeiten und einigen Besonderheiten der SE. Im zweiten Teil werden die gesellschaftsrechtliche Verfassung der SE vorgestellt und die Unterschiede zwischen den wählbaren Leitungssystemen erläutert. Im dritten Teil werden die steuerlichen Besonderheiten der SE insbesondere nach der Änderung des Einkommensteuer-, Körperschaftsteuer- und Umwandlungssteuerrechts durch das sogenannte „SEStEG“ (Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften vom 07.12.2006) näher beleuchtet. Der vierte Teil rundet die Darstellung mit der Erörterung von Mitbestimmungsrechten der Arbeitnehmer ab.

1. Teil: Die Europäische AG in Deutschland und Europa

Vom Gedanken handelt es sich bei der SE um eine supranationale Gesellschaftsform, die aber durch die Verweise auf die jeweiligen nationalen Rechtsordnungen eine jeweilig nationale Ausprägung er-

hält. Die SE ist daher (auch) eine deutsche Rechtsform, genauso wie sie (auch) eine französische, belgische, spanische usw. Rechtsform ist, je nachdem, wo sie ihren Sitz nimmt. Nur einmal, nämlich bei der Gründung, muss die Mehrstaatlichkeit gegeben sein. Dies führt dazu, dass zwischen den 28 Staaten, in denen es eine jeweils national ausgeprägte SE als Rechtsform gibt, ein Wettbewerb der Rechtsordnungen entsteht – genauso wie er seinerzeit durch die EuGH-Rechtsprechung zur Zulässigkeit von EU-Gesellschaften in allen Mitgliedstaaten – insbesondere die Konkurrenz britischer Limiteds zur deutschen GmbH – ausgelöst wurde. „Race to the bottom“, „Delaware“-Effekt und „company-law-shopping“ sind die Schlagworte damals wie heute und sie dürften im europäischen Rahmen für Unternehmen bei der Suche nach dem „richtigen“ Rechtskleid die unterschiedlichsten Optionen und Gestaltungsmöglichkeiten bereit halten.

Ihre eigene Rechtspersönlichkeit beginnt ab dem Datum der Registereintragung im Handelsregister des jeweiligen Sitzstaates. Der Satzungssitz der Gesellschaft muss mit deren Verwaltungssitz zusammenfallen und innerhalb der Gemeinschaft liegen. Es besteht die Möglichkeit der grenzüberschreitenden Sitzverlegung. Im Fall der Sitzverlegung wird die Existenz bzw. die Identität der Gesellschaft nicht tangiert (Identitätswahrung).

Gegründet werden kann eine SE durch vier verschiedene Gründungsvarianten:

- Verschmelzung durch Aufnahme oder durch Neugründung,
- Gründung einer Holding-SE,
- Gründung einer Tochter-SE,
- Umwandlung.

Zudem besteht die fünfte Möglichkeit in der Gründung einer Tochter-SE durch eine bereits existierende SE (sog. Sekundärgründung). Eine Gründung durch eine natürliche Person ist nicht möglich.

Bei der Verschmelzungsgründung müssen als Gründer mindestens zwei Aktiengesellschaften aus verschiedenen EU-Mitgliedstaaten beteiligt sein. Bei der Verschmelzung durch Aufnahme geht das gesamte Vermögen einer (oder mehrerer) Gesellschaften im Wege der Auflösung ohne Abwicklung auf eine bestehende nationale Gesellschaft über, die im selben Rechtsakt die Gestalt einer SE annimmt. Bei der Verschmelzung durch Neugründung entsteht die Gesellschaft in Form der SE neu, indem zwei (oder mehrere) Gesellschaften ihr gesamtes Vermögen im Wege der Auflösung ohne Abwicklung auf die neu zu gründende Gesellschaft übertragen.

Die an der Gründung einer Holding-SE beteiligten Gesellschaften (Aktiengesellschaften oder GmbHs) bleiben bestehen, die Anteile gehen im Wege der Einzelrechtsnachfolge, Einbringung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten, über. Die Errichtung

der Holding-SE ist also eine Form des Anteilschusses.

Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, des Handelsrechts, Genossenschaften, sonstige juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts können eine SE als Tochter gründen, wenn zwei von ihnen dem Recht von verschiedenen Mitgliedstaaten unterliegen oder seit mindestens zwei Jahren eine Tochtergesellschaft oder Niederlassung in dem anderen Staat der EU als dem ihrer Hauptverwaltung haben.

Schließlich kann eine nationale AG durch formwechselnde Umwandlung in eine SE umgewandelt werden, wenn sie mindestens seit zwei Jahren ein Tochtergesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat hat. Im Fall der Sitzverlegung sind zum Schutze der Minderheitsgesellschafter und der Gläubiger umfangreiche gesetzliche Anforderungen zu erfüllen. Die europäischen Beratungen über einen ursprünglich bereits für Ende 2005 erwarteten Vorschlag für eine Sitzverlegungsrichtlinie (Richtlinie über die grenzüberschreitende Verlegung des satzungsgemäßen Sitzes von Gesellschaften) sowie für eine Richtlinie über die grenzüberschreitende Wahrnehmung von Aktionärsrechten sollen laut aktuellem Programm des Rates der Europäischen Union spätestens in der ersten Jahreshälfte 2008 abgeschlossen werden. Ausgeschlossen ist allerdings die Sitzverlegung einer SE als solcher in ein Gebiet außerhalb der EU/EWR.

Die Satzung der Europäischen Gesellschaft sieht als Organe eine Hauptversammlung der Aktionäre sowie entweder ein Leitungs- und ein Aufsichtsorgan (dualistisches Leitungssystem) oder ein Verwaltungsorgan und geschäftsführende Direktoren (monistisches Leitungssystem) vor. Im Gegensatz zur deutschen Aktiengesellschaft, die grundsätzlich dualistisch strukturiert ist und bei der für den Aufsichtsrat ab einer bestimmten Arbeitnehmeranzahl Mindestgrößen vorgesehen sind, kann die dualistische deutsche SE mit einem wesentlich kleineren Aufsichtsrat versehen werden, da das deutsche Mitbestimmungsrecht für die SE nicht gilt. Voraussetzung jeder Handelsregistereintragung ist die Verhandlung über Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer (soweit bei den Gründungsunternehmen und/oder bei der SE Arbeitnehmer vorhanden sind). Es gibt jedoch keine starren gesetzlichen Vorgaben wie im deutschen Mitbestimmungsrecht, vielmehr gilt der Vorrang spezieller Verhandlungslösungen, die durchaus weit unter dem deutschen Mitbestimmungsniveau liegen können (ausgenommen die Umwandlungsgründung). Gibt es keine Einigung, kommen allerdings Auffanglösungen zum Tragen, die i.d.R. das stärkste in einem der Gründungsunternehmen vorhandene Mitbestimmungsmodell für die SE manifestieren.

Eine deutsche SE kann auch als Vorrats-SE erworben werden. Eine solche Vorrats-SE ist bereits im Handelsregister eingetragen, i.d.R. ist bereits ein Viertel des Kapitals eingezahlt. Die Wahl, ob es sich um eine monistisch strukturierte SE (also mit Verwaltungsrat und geschäftsführendem Direktor) oder um eine dualistisch strukturierte SE (also mit Vorstand und Aufsichtsrat) handelt, ist bei den Vorrats-SE schon getroffen. Verhandlungen zur Arbeitnehmermitbestimmung haben noch nicht stattgefunden, da die Vorrats-SE und meistens auch die Gründungsunternehmen keine Arbeitnehmer haben. Eine ausführliche Darstellung der gesetzlichen Anforderungen an die Arbeitnehmerbeteiligung in der SE im Einzelnen finden Sie unter www.korts.de. ■

enterprises. With a minimum share capital of 120,000 euros, 25% of which have to be paid up upon formation (by cash subscriptions), this legal form is also suitable for medium-sized enterprises – be it to “Europeanize” themselves in order to go public, to streamline management by introducing a one-tier system or a considerably smaller supervisory board or to freeze outstanding employee shares. The reasons for setting up an SE are varied. The legal form of the SE enables especially companies operating on a Europe-wide or at least a cross-border basis to operate as a single company instead of having to set up a network of subsidiaries located abroad and thus helps them reduce management and administrative costs.

In a four-part series, the basic structures of the SE are to be presented. The first part deals with the formation options and some characteristics of the SE. In the second part, the legal and corporate structure of the SE is outlined and the differences between the board systems to choose between are explained. In the third part, the tax characteristics of the SE are examined in more detail, in particular after the amendments to Income Tax Law, Corporation Income Tax Law as well as Mergers and Reorganization Tax Law by the “SEStEG” as it is termed (Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften vom 07.12.2006) (Act on Tax Measures regarding the Introduction of the European Company and Amendment to Other Tax Regulations as of 7 December 2006). The fourth (and final) part of the series gives a survey of workers’ rights of co-determination.

Part 1: The European Company in Germany and Europe

Conceptually, the SE is a supranational corporate form, which, however, is lent a particular national character through references to the particular national legal systems. The SE is therefore (also) a German legal form, just as well as it is (also) a French, Belgian, Spanish, etc. legal form, depending on where it has its registered office. Only once, namely upon formation, is multinationality mandatory. This leads to competition between the legal systems of the 28 countries whose particular national laws govern the SE – just as it was triggered back then by the ECJ decisions on the admissibility of European companies in all Member States – in particular the competition between the British private limited company and the German GmbH. “Race to the bottom”, “Delaware effect” and “company-law-shopping” used to be and are still common catchphrases and may provide companies looking for the “right” legal structure with varied options within the European framework.

An SE shall acquire legal personality on the date of its entry in the commercial register of the state in which it has its registered office. The registered office of an SE shall be located within the Community, in the same Member State as its head office. The registered office may be transferred to another Member State without requiring a dissolution and subsequent re-incorporation of the SE (preservation of legal identity).

There are four ways of forming an SE:

- merger by acquisition or by formation of a new company,
- formation of a holding SE,
- formation of a subsidiary SE,
- conversion.

Moreover, there is a fifth option of setting up a subsidiary SE by an already established SE (secondary formation, as it is termed). Natural persons cannot be founders of an SE. In the case of formation by merger, at least two of the merging public limited companies must be governed by the laws of different EU Member States. In the case of a merger by

acquisition, all the assets and liabilities of each company being acquired are transferred without winding up to an existing national company, which at the same time adopts the form of an SE. In the case of a merger by the formation of a new company, all the assets and liabilities of two (or more) merging companies are transferred to the company newly to be formed, which shall take the form of an SE, whereas the merging companies cease to exist.

Public or private limited companies promoting the formation of a holding SE shall continue to exist, the shares are transferred by way of singular succession, transfer of shares in exchange for granting of membership rights. The establishment of a holding SE is thus a kind of exchange of shares.

Civil law associations, trading companies, co-operatives and other legal entities under public or private law may form a subsidiary SE, provided that two of them are governed by the laws of different Member States or have, for at least two years, had a subsidiary or establishment in a EU Member State other than that where their head offices are located.

Finally, a national public limited company may be converted into an SE if it has had a subsidiary governed by the law of another EU Member State for at least two years. If the registered office is transferred, extensive legal requirements have to be met to protect minority shareholders and creditors. According to the current programme of the Council of the European Union, European consultations on a proposal for a directive on the transfer of the registered office (Directive on the cross-border transfer of the registered office of limited companies), which was originally expected for the end of 2005, as well as for a directive on the cross-border exercise of shareholders’ rights are expected to be concluded by the first half of the year 2008 at the latest. However, an SE as such cannot transfer its registered office outside the EU/EEA.

The Council Regulation on the Statute for a European Company provides for the SE to comprise a general meeting of shareholders as well as either a managerial organ and a supervisory organ (two-tier system) or an administrative organ and managing directors (one-tier system). Unlike the German AG (public limited company), which always has a two-tier board structure and which provides for the supervisory board to have a minimum number of members from a certain number of employees on, the German-type SE with a two-tier system may have a considerably smaller supervisory board as German laws on co-determination do not apply to the SE.

Before an SE is entered in the commercial register, negotiations on worker involvement must be held (if the promoting companies and/or the SE have any employees). However, there are no rigid statutory requirements like in German law on co-determination, but special negotiated settlements are given priority, which may well be far below the German level of co-determination (except formation by conversion). If no agreement can be reached, standard principles will have to be applied, pursuant to which usually the strongest co-determination model existing in one of the promoting companies will be adopted for the SE.

A German-type SE may also be acquired as a ready-made SE. Such a ready-made SE has already been entered in the commercial register and ? of the capital has usually already been paid up. In the case of a ready-made SE, it has already been decided on whether the SE shall have a one-tier board structure (with administrative board and managing director) or a two-tier board structure (with management and supervisory board). Negotiations on worker involvement have not been held yet as the ready-made SE and usually also the promoting companies do not have any employees. For a detailed overview of the statutory requirements on worker involvement in the SE, please visit www.korts.de. ■