

Die Europäische Aktiengesellschaft

Societas Europaea (SE) – im Gesellschafts- und Steuerrecht

Dr. Sebastian Korts, MBA, M.I.Tax,

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Fachanwalt für Handels und Gesellschaftsrecht, Steuerstrafverteidiger

Petra Korts, MBA, M.I.Tax,

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Fachanwalt für Handels und Gesellschaftsrecht, Steuerstrafverteidiger,
zertifizierter Mediator

2022 Januar

Inhaltsverzeichnis

Vorwort

I. Rechtliche Rahmenbedingungen in Deutschland

1. Gesetzgebung
2. Rechtsprechung

II. Gesellschaftsrecht der Societas Europaea

1. Gründung einer SE
2. Gesellschaftsverfassung
 - a) Dualistisches Leitungs- und Verwaltungssystem
 - b) Monistisches Leitungssystem
 - c) Mustersatzung einer Europäischen Aktiengesellschaft mit dualistischem System
 - d) Mustersatzung einer Europäischen Aktiengesellschaft mit monistischem System

III. Arbeitnehmerbeteiligung

1. Grundlagen der Arbeitnehmerbeteiligung in der SE
2. Verfahren und Inhalt der Vereinbarung über die Arbeitnehmerbeteiligung in der SE
3. Voraussetzungen und Inhalt der Auffangregelungen des SEBG
4. Besonderheiten der Mitbestimmung im monistischen System

IV. Steuerrecht

1. Steuern bei der Gründung
 - a) Verschmelzung
 - b) Gründung einer Holding-SE
 - c) Gründung einer SE durch Errichtung einer Tochtergesellschaft
 - d) Gründung durch Umwandlung einer nationalen Aktiengesellschaft
2. Grenzüberschreitende Sitzverlegung
3. Laufende Besteuerung

Literaturverzeichnis

Vorwort

Das Ziel der Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea – SE) war die Schaffung einer Europäischen Gesellschaft sui generis, um Gesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten die Gründung einer Holdinggesellschaft oder einer gemeinsamen Tochtergesellschaft ohne die rechtlichen und praktischen Zwänge zu ermöglichen, die sich aus dem Bestehen fünfzehn verschiedener Rechtsordnungen ergeben. Die Bedeutung der Europäischen Aktiengesellschaft ist insbesondere in einer Organisationsform für international organisierte und operierende Konzerne zu sehen, etwa als (Zwischen-)Holding-SE, als operative Konzerngesellschaft oder als europäischer Betriebsstättenkonzern oder als Tochter- bzw. Joint-Venture-SE zweier europäischer Unternehmen. Porsche und Allianz sind prominente Beispiele für die Nutzung der Rechtsform der SE durch deutsche Unternehmen.

Vom Gedanken handelt es sich bei der Europäischen Aktiengesellschaft um eine supranationale Gesellschaftsform, die durch die Verweise auf die jeweiligen nationalen Rechtsordnungen eine jeweilige nationale Ausprägung erhält. 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. Damit kann sich die SE als rein nationale Gesellschaft etablieren, die jedoch eine ausgezeichnete Reputation mit sich bringt.

Rechte von Mitarbeitern können darüber hinaus eingefroren werden.

Köln, Januar 2022

Sebastian Korts

I. Rechtliche Rahmenbedingungen in Deutschland

1. Gesetzgebung

Am 8. Oktober 2004 ist die SE-Verordnung (SE-VO)¹ in Kraft getreten². Mit der Umsetzung der SE-VO in nationales Recht durch das SE-Ausführungsgesetz³, welches am 29. Dezember 2004 in Kraft getreten ist, wurde in Deutschland die rechtliche Möglichkeit geschaffen, für die SE neben dem bisher vorgesehenen dualistischen Leitungs- und Verwaltungssystem mit einem Leitungsorgan (der Vorstand) und einem Aufsichtsorgan (der Aufsichtsrat) auch eine monistische Leitungs- und Verwaltungsstruktur, d.h. mit einem einzigen Leitungs- und Verwaltungsorgan, zu wählen. Maßgebliche gesetzliche Grundlagen der deutschen SE (d.h. einer SE mit Sitz in Deutschland) sind demnach die SE-VO, das SEAG und das deutsche Aktienrecht. Für eine SE mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat gelten dementsprechend die Normen der SE-VO und des jeweiligen nationalen Ausführungsgesetzes sowie des jeweiligen nationalen Aktienrechts. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf die deutsche SE, soweit nicht Normen der SE-VO ausschließlich einschlägig sind, die unmittelbar in jedem Mitgliedstaat, also für jede SE gelten.

Gleichzeitig mit der SE-VO wurde am 8. Oktober 2001 eine Richtlinie⁴ über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen AG geschaffen. Der EU-Rat hat ausdrücklich unter Hinweis auf die in den Mitgliedstaaten bestehende Vielfalt an Regelungen und Gepflogenheiten für die Beteiligung der Arbeitnehmer an der Beschlussfassung in Gesellschaften darauf verzichtet, ein einheitliches europäisches Modell der Arbeitnehmerbeteiligung in der SE zu schaffen. Die Sicherung bereits erworbener Rechte der Arbeitnehmer über ihre Beteiligung an Unternehmensentscheidungen ist fundamentaler Grundsatz und erklärtes Ziel der Arbeitnehmerbeteiligungsrichtlinie. Der deutsche Gesetzgeber hat mit Art. 2 SEEG⁵ die Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht verwirklicht.

Die Richtlinie 2005/56/EG⁶ des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, in Kraft getreten am 15. Dezember 2005, soll die grenzüberschreitende Verschmelzung von

Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union durch einen vereinfachten Rechtsrahmen erleichtern. Außerdem soll es der größtmöglichen Anzahl von Unternehmen, insbesondere denjenigen, die keine Europäische Gesellschaft schaffen möchten, ermöglicht werden, in den Genuss der Richtlinie zu kommen. Anhand der Richtlinie soll festgelegt werden, welches einzelstaatliche Recht bei einer grenzübergreifenden Verschmelzung für die beteiligten Gesellschaften maßgeblich ist. Nachdem aus der vorgenommenen Verschmelzung eine neue Gesellschaft hervorgegangen ist, gilt nur noch ein nationales Recht, nämlich das des Mitgliedstaates, in dem der Hauptsitz gewählt wurde. Art. 19 der Richtlinie verpflichtete die Mitgliedstaaten zur Umsetzung der Richtlinie spätestens bis Dezember 2007. In Deutschland wurde das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes 19.04.2007⁷ geschaffen, dessen Artikel 1 u.a. der Umsetzung der Richtlinie 2005/56/EG dient. Es wurde ein Zehnter Abschnitt im Umwandlungsgesetz (§§ 122a ff. UmwG n.F.) betreffend die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften eingefügt. Gleichzeitig sollen damit die Anforderungen erfüllt werden, die der EuGH für den Bereich der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften - insbesondere durch das Urteil in der Rechtssache „SEVIC Systems AG“⁸ - aufgestellt hat. Deshalb gelten die Regelungen des Umwandlungsgesetzes für innerstaatliche Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften grundsätzlich auch für die grenzüberschreitende Verschmelzung gelten. Neue Vorschriften sind lediglich für die Fälle vorgesehen, in denen die Richtlinie abweichende oder zusätzliche Anforderungen formuliert.

Die seit mehreren Jahren geplante Sitzverlegungsrichtlinie wird nach Verlautbarungen⁹ nun wohl doch nicht realisiert werden. Die Europäische Kommission hat im Dezember 2007 eine Folgenabschätzung zu der seit 2004 geplanten Richtlinie über die grenzüberschreitende Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes von Kapitalgesellschaften veröffentlicht¹⁰. Das Dokument stellt die Für und Wider der vorhandenen Handlungsoptionen in diesem Bereich dar, und schließt auch eine Bewertung der Konsequenzen ein, die sich im Falle eines Untätigbleibens des Gesetzgebers ergeben würden. Nach Abwägung der vorgebrachten Argumente hat der zuständige EU-Kommissar McCreevy beschlossen, dass kein Bedarf für ein Tätigwerden auf EU-Ebene in diesem Bereich besteht. Die Arbeiten an diesem Thema wurden daraufhin eingestellt. Die europäischen Regelwerke zur SE enthalten keine eigenen Bestimmungen zur Besteuerung einer SE, sondern verweisen auf das jeweils geltende nationale Recht des SE-Sitzstaates. Dies wird

i.d.R. eine unbeschränkte Steuerpflicht nach dem Welteinkommensprinzip vorsehen. Daneben sind die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts (u. a. Mutter-Tochter-Richtlinie¹¹ sowie die Zinsen-Lizenzen-Richtlinie¹²) und die zwischen den jeweiligen Mitgliedstaaten bestehenden Doppelbesteuerungsabkommen anwendbar und regelmäßig wird in dem beteiligten Mitgliedstaat eine beschränkte Steuerpflicht für dort erzielte Einkünfte zu beachten sein. Auf europäischer Ebene sind ergänzend die steuerlichen Fusionsrichtlinien des Rates aus den Jahren 1990 und 2005 (FRL 1990¹³ und FRL 2005¹⁴) relevant, die von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umzusetzen waren. In Deutschland erfolgte die Umsetzung durch das Gesetz über die steuerlichen Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften („SEStEG“) vom 07.12.2006¹⁵, welches vor allem die Gründung der SE durch grenzüberschreitende Verschmelzung und die grenzüberschreitende Sitzverlegung der SE regelt. Von besonderem Interesse wird in diesen Zusammenhängen regelmäßig die Frage nach der Aufdeckung stiller Reserven und deren Besteuerung sein.

2. Rechtsprechung

Das Gesellschaftsstatut ausländischer Gesellschaften richtete sich in Deutschland bisher infolge der Anwendung der in der Rechtsprechung und in weiten Teilen der Literatur vertretenen Sitztheorie nach dem Gesellschaftsrecht des Staates, in dem sich der effektive Verwaltungssitz der Gesellschaft befand¹⁶. Durch die EuGH-Rechtsprechung zur europäischen Niederlassungsfreiheit, insbesondere durch die Urteile in den Rechtssachen „Centros“¹⁷, „Überseering“¹⁸ und „Inspire Art“¹⁹, scheint die Geltung der Sitztheorie in Deutschland beendet²⁰. Ausländische Register tragen jedoch deutsche Kapitalgesellschaften ein, denn diese beurteilen die Eintragung unter dem Blickwinkel der Gründungstheorie. Der Gesetzgeber reagiert in der Neufassung des MoMiG, indem er den deutschen Kapitalgesellschaften zwangsweise den Satzungssitz in Deutschland („im Inland“) oktruiert und die Verlegung des Verwaltungssitzes in das Ausland zulässt. Mit dieser Regelung scheint der gänzliche Wegzug der deutschen Kapitalgesellschaft nicht mehr denkbar zu sein.

Mit dem Verfahren „Cartesio“²¹ hat der EuGH den Wegzugsfall einer ungarischen Personengesellschaft nach Italien entschieden. Mit Urteil vom 16.12.2008 stellte der EuGH fest, dass die Möglichkeit des formwahrenden Wegzugs nicht von der

Niederlassungsfreiheit geschützt ist, da Gesellschaften, die auf der Grundlage einer nationalen Rechtsordnung gegründet wurden jenseits dieser Rechtsordnung „keine Realität“ hätten. Allerdings stellte der EuGH auch klar, dass nationale Regelungen zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung mit Formwechsel der Niederlassungsfreiheit unterfallen.

Der EuGH hat in dem Inspire-Art-Urteil seine bisherige Rechtsauffassung bekräftigt, dass es für die Anwendung der Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit ohne Bedeutung sei, dass eine Gesellschaft in einem Mitgliedstaat nur deshalb errichtet wurde, um sich in einem zweiten Mitgliedstaat niederzulassen, in dem die Geschäftstätigkeit im Wesentlichen oder ausschließlich ausgeübt werden soll. Der Umstand, dass eine Gesellschaft in einem Mitgliedstaat gegründet wurde, um in den Genuss vorteilhafterer Rechtsvorschriften zu kommen, stelle keinen Missbrauch der Niederlassungsfreiheit dar. Auch die deutsche obergerichtliche und höchstrichterliche Rechtsprechung²² lehnt mittlerweile im Anschluss an die EuGH-Rechtsprechung die Anwendung der Sitztheorie ausdrücklich ab. Das Amtsgericht Neuwied hatte noch den Antrag der SEVIC Systems AG mit Sitz in Deutschland auf Eintragung ihrer Verschmelzung mit einer in Luxemburg ansässigen S.A. in das deutsche Handelsregister verweigert mit der Begründung, das deutsche Umwandlungsrecht sehe nur die Verschmelzung von Gesellschaften mit Sitz in Deutschland vor. Mit seinem Urteil vom 13. Dezember 2005²³ hat der EuGH entschieden, dass diese Verweigerung der Eintragung gegen die Niederlassungsfreiheit verstoße.

II. Gesellschaftsrecht der Societas Europaea

Die SE-VO ist in allen Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbares Recht, regelt jedoch nur Kernbereiche. Im Übrigen gibt es in Art. 9 Abs. 1 lit. c Ziffer ii) SE-VO eine Verweisung auf das nationale Gesellschaftsrecht des jeweiligen Sitzstaates. Daneben enthält die SE-VO Spezialverweisungen auf das jeweilige nationale Aktienrecht des Sitzstaates. Insbesondere beziehen sich diese Verweisungen auf die Erhaltung und Änderungen des Grundkapitals, die Wertpapiere der SE, die Gründung und das Registerverfahren sowie die Hauptversammlung. Mit anderen Worten: Es gibt so viele unterschiedliche Europäische Aktiengesellschaften, wie es

Mitgliedstaaten gibt. Vielleicht haben die Recht, die behaupten, es gäbe so viele SE, wie es Mitgliedstaatenkombinationen gibt.

Zur Ausführung der SE-VO und zur Umsetzung der Richtlinie über die Beteiligung der Arbeitnehmer ist das Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG)²⁴ vom 22. Dezember 2004 erlassen worden, welches am 29. Dezember 2004 in Kraft getreten ist. Es handelt sich um ein Artikelgesetz. Art. 1 enthält das SE-Ausführungsgesetz (SEAG), Art. 2 das SE-Beteiligungsgesetz (SEBG) über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft²⁵. Maßgebliche gesetzliche Grundlagen der deutschen SE (d.h. einer SE mit Sitz in Deutschland) sind demnach die SE-VO, das SEAG und das SEBG sowie das deutsche Aktienrecht. Für eine SE mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat gelten dementsprechend die Normen der SE-VO und des jeweiligen nationalen Ausführungsgesetzes und des jeweiligen nationalen Aktienrechts. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf die deutsche SE, soweit nicht Normen der SE-VO ausschließlich einschlägig sind, die unmittelbar in jedem Mitgliedstaat, also für jede SE gelten.

1. Gründung einer SE

Die Möglichkeiten der Gründung einer Europäischen AG sind vorgegeben durch Art. 2 Abs. 1 bis 4 SE-VO. Danach gibt es vier primäre Gründungsarten²⁶:

- grenzüberschreitende Verschmelzung von mindestens zwei nationalen Aktiengesellschaften;
- Umwandlung einer nationalen Aktiengesellschaft in eine SE, wenn die nationale Aktiengesellschaft seit mindestens zwei Jahren eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegende Tochtergesellschaft oder eine Zweigniederlassung hat;
- Gründung einer gemeinsamen grenzüberschreitenden Holding-SE durch mindestens zwei nationale Kapitalgesellschaften;

- grenzüberschreitende Gründung einer gemeinsamen Tochter-SE durch mindestens zwei nationale Gesellschaften nach Art. 48 Abs. 2 EG-Vertrag oder juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts der Mitgliedstaaten.

Natürliche Personen oder Personengesellschaften können nicht (Allein-)Gründer einer SE sein. Die Mehrstaatlichkeit ist obligatorisch, d. h. vom Gründungsvorgang müssen mindestens zwei EU-Mitgliedstaaten berührt sein.

Darüber hinaus gibt es eine weitere, sekundäre Gründungsart, die ausschließlich für bereits vorhandene SE gilt, nämlich durch Gründung einer Tochter-SE durch eine Mutter-SE.

Hinsichtlich der verschiedenen Gründungsvarianten sind folgende Voraussetzungen gleich: Die Gründung vollzieht sich nach dem Recht eines der Mitgliedstaaten; Sitz und Hauptverwaltung liegen in der EU; es gilt das Prinzip der Mehrstaatlichkeit.

Gründungsschritte, die der SE selbst zuzuordnen sind, erfolgen nach dem nationalen Recht über Aktiengesellschaften des (zukünftigen) Sitzstaates der SE. Die anderen Gründungsschritte richten sich nach dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten, in denen die Gründungsgesellschaften ihren

2. Gesellschaftsverfassung

Die SE bildet eine Rechtsform eigener Art neben den bereits existierenden Gesellschaftsformen. Sie ist eine juristische Person, deren Kapital in Aktien zerlegt ist. Ihr Grundkapital muss mindestens 120.000 EUR betragen. Nationale Rechtsvorschriften eines EU-Mitgliedstaates, die ein höheres gezeichnetes Kapital für Gesellschaften vorsehen, gelten auch für eine SE mit Sitz in dem betreffenden Mitgliedstaat. Für Deutschland gibt es solche höheren Ansätze aus nationalem Recht für den Bereich des Kredit- und Versicherungswesens. Darüber hinaus gelten für das Kapital der SE, dessen Erhaltung und Änderungen, sowie deren Aktien und sonstige Wertpapiere die Vorschriften, die für eine Aktiengesellschaft mit Sitz in dem jeweiligen Mitgliedstaat gelten würden.

Der Zusatz „SE“ in der Firma der Gesellschaft ist obligatorisch. Die SE ist in das in dem Sitzstaat zuständige Gesellschaftsregister einzutragen. Die SE erlangt Rechtspersönlichkeit mit dem Tag

der Eintragung in dieses Register. In Deutschland ist dies das Handelsregister des für den Sitz der Gesellschaft zuständigen Amtsgerichts, § 3 SEAG.

Die Hauptversammlung der SE beschließt gem. § 52 SE-VO über Angelegenheiten, die ihr durch die SE-VO übertragen sind. Darüber hinaus nimmt die Hauptversammlung auch diejenigen Aufgaben wahr, die nach dem Recht des Sitzstaates der Hauptversammlung einer nationalen AG zugewiesen sind und natürlich die Aufgaben, die die Satzung der SE in die Zuständigkeit der Hauptversammlung legt. Für eine deutsche SE entsprechen die Kompetenzen der Hauptversammlung im Wesentlichen denen, die in § 119 Abs. 1 AktG für die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft aufgeführt sind. Die Hauptversammlung kann u.a. jederzeit Mitglieder des Verwaltungsrats bzw. des Aufsichtsorgans abberufen. Überträgt man die höchstrichterliche Rechtsprechung des BGH²⁷ zu ungeschriebenen Satzungs Kompetenzen der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft auf die Hauptversammlung der SE, so ist diese auch mitentscheidungsbefugt bei Grundlagen- und Strukturentscheidungen. Zur Vertretung der SE oder zur Geschäftsführung ist die Hauptversammlung nicht befugt. Die Einberufung einer Hauptversammlung ist auf Antrag eines oder mehrerer Aktionäre möglich, sofern sein oder ihr Anteil am Grundkapital mindestens 5% beträgt, § 50 Abs. 1 SEAG. Die Ergänzung der Tagesordnung einer Hauptversammlung ist auf Antrag eines oder mehrerer Aktionäre möglich, sofern sein oder ihr Anteil am Grundkapital mindestens 5% beträgt oder den anteiligen Betrag von 500.00 EUR erreicht, § 50 Abs. 2 SEAG.

Um den coronabedingten Einschränkungen der Versammlungsfreiheit Rechnung zu tragen und dennoch die Durchführung von Hauptversammlungen zu ermöglichen, wurde mit dem COVMG²⁸ (zunächst) für die HV-Saison 2020 die virtuelle Hauptversammlung geschaffen, d.h. eine Hauptversammlung ohne körperliche Anwesenheit der Aktionäre. Mit dem Aufbauhilfegesetz 2021 wurde die Geltungsdauer des „COVMG“ bis zum 31.08.2022 verlängert.²⁹

Nach § 1 COVMG dürfen Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, KGaA und Europäischen Aktiengesellschaften SE gem. §118 AktG unter Verwendung elektronischer Fernkommunikationsmittel abgehalten werden – und zwar auch ohne, dass dies in der Satzung

vorgesehen ist. Die Entscheidung, eine solche virtuelle HV abzuhalten liegt gem. § 1 Abs. 2 COVMG beim Vorstand, es ist zudem die Zustimmung des Aufsichtsrates erforderlich, der den entsprechenden Beschluss ungeachtet etwaiger Satzungsregelungen ebenfalls ohne physische Präsenz treffen kann, § 1 Abs. 6 COVMG. Für die SE trifft der Verwaltungsrat die Entscheidung über die Durchführung einer virtuellen HV, § 1 Abs. 8 COVMG.

Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 COVMG kann eine Hauptversammlung ohne physische Präsenz der Aktionäre oder ihrer Bevollmächtigten als virtuelle Hauptversammlung abgehalten wird, sofern

1. die Bild- und Tonübertragung der gesamten Versammlung erfolgt,
2. die Stimmrechtsausübung der Aktionäre über elektronische Kommunikation (Briefwahl oder elektronische Teilnahme) sowie Vollmachtserteilung möglich ist,
3. den Aktionären ein Fragerecht im Wege der elektronischen Kommunikation eingeräumt wird,
4. den Aktionären, die ihr Stimmrecht nach Nr. 2 ausgeübt haben, in Abweichung von § 245 Nr. 1 AktG unter Verzicht auf das Erfordernis des Erscheinens in der Hauptversammlung eine Möglichkeit zum Widerspruch gegen einen Beschluss der Hauptversammlung eingeräumt wird.

§ 1 Abs. 2 Satz 2 COVMG regelt Einzelheiten des Frage- und Antragsrechts. § 1 Abs. 3 COVMG enthält Details der Einberufung, insbesondere hinsichtlich der zu beachtenden Fristen.

Im Koalitionsvertrag des Regierungsbündnisses aus SPD, Bündnis 90/die Grünen und FDP vom 07.12.2021 enthält u.a. auch Vorhaben im Rahmen des Gesellschaftsrechts. So ist vorgesehen, die Möglichkeit der virtuellen Hauptversammlung über die bisherige gesetzliche Regelung des § 118 Abs. 1 Satz 2 AktG hinaus dauerhaft zu eröffnen. In Abweichung zu der Regelung durch das COVMG sollen bei der dauerhaften Lösung die Aktionärsrechte uneingeschränkt gewahrt sein. Wie genau dies geschehen soll, bleibt abzuwarten.

Nach der SE-Verordnung haben die Gründer die Wahl, ob sie der SE eine dualistische Verfassung, also ein Leitungsorgan und ein Aufsichtsorgan geben, oder eine monistische Verfassung, d.h. lediglich ein einziges Leitungs- und Verwaltungsorgan vorsehen. Die Wahl des

Leitungssystems erfolgt durch Festlegung in der Satzung. Da das deutsche nationale Aktienrecht eine monistische Leitungsstruktur bisher nicht kannte, hat der Gesetzgeber mit den §§ 20 ff. SEAG die gesetzlichen Voraussetzungen für das monistische System einer SE geschaffen. Obwohl es gem. Art. 47 Abs. 1 S. 1 SE-VO grundsätzlich möglich ist, kann bei einer deutschen SE eine Gesellschaft oder eine juristische Person nicht Organmitglied sein, d.h. Mitglieder von Leitungs- und Aufsichtsorgan bzw. Verwaltungsorgan und geschäftsführende Direktoren können bei der deutschen SE nur natürliche Personen sein. In anderen Mitgliedstaaten, z.B. Frankreich, kann eine juristische Person Organmitglied sein³⁰. In einem solchen Fall hat diese juristische Person bzw. Gesellschaft zur Wahrnehmung ihrer Befugnisse in dem betreffenden Organ der SE eine natürliche Person als Vertreter zu bestellen, Art. 47 Abs. 1 S. 2 SE-VO.

Nach Art. 48 der SE-VO soll die Satzung der SE die Arten von Geschäften benennen, für die das Aufsichtsorgan im dualistischen Modell seine Zustimmung erteilen und das Verwaltungsorgan im monistischen Modell einen ausdrücklichen Beschluss fassen muss. Im dualistischen Modell kann das Aufsichtsorgan neben den per Satzung zustimmungspflichtigen Geschäften selbst bestimmte Arten von Geschäften von seiner Zustimmung abhängig machen, ohne dass diese Zustimmungsbedürftigkeit bereits in der Satzung festgeschrieben ist. Von der in der SE-VO in Art. 48 Abs. 2 enthaltenen Ermächtigung der Mitgliedstaaten, die Arten von Geschäften zu bestimmen, die in jedem Fall in die Satzung aufzunehmen sind, hat der deutsche Gesetzgeber im SEAG keinen Gebrauch gemacht.

a) Dualistisches Leitungs- und Verwaltungssystem

§§ 15 ff. SEAG stellen im Wesentlichen einen Gleichlauf mit dem allgemeinen deutschen Aktienrecht her. Für das dualistische Leitungssystem, welches im deutschen Aktienrecht vorherrscht, sind daher im Wesentlichen keine tiefgreifenden Anpassungen aufgrund der SE-VO erforderlich gewesen.

Bei einem Grundkapital von mehr als 3 Mio. EUR hat gem. § 16 SEAG das Leitungsorgan aus mindestens zwei Personen zu bestehen, wobei die Satzung jedoch auch bestimmen kann, dass nur eine Person das Leitungsorgan bildet. § 38 Abs. 2 SEBG, der die Mindestanzahl der Mitglieder

des Leitungsorgans (bzw. der geschäftsführenden Direktoren im monistischen System) für die mitbestimmte SE auf zwei festlegt, bleibt ausdrücklich unberührt.

Die Vertretungsbefugnis des Leitungsorgans bei der dualistisch strukturierten SE ergibt sich nicht direkt aus der SE-VO, sondern über die Verweisungsnorm des Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) SE-VO auf das jeweilige nationale Recht des Sitzstaates. Für die deutsche SE gilt daher hinsichtlich der Vertretungsbefugnis des Leitungsorgans das deutsche Aktienrecht. Danach vertritt das Leitungsorgan (der Vorstand) die SE gerichtlich und außergerichtlich, § 78 Abs. 1 AktG. Es gilt der Grundsatz der gemeinschaftlichen Vertretung, wenn das Leitungsorgan aus mehreren Personen besteht und die Satzung keine anders lautende Bestimmung enthält, § 78 Abs. 2 S. 1 AktG. Die Satzung kann bestimmen, dass einzelne Mitglieder des Leitungsorgans allein oder in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft befugt sind. Die Satzung kann auch den Aufsichtsrat zu dieser Bestimmung ermächtigen, § 78 Abs. 3 S. 2 AktG. Ist eine Willenserklärung gegenüber der SE abzugeben, so genügt in jedem Fall die Abgabe gegenüber einem Mitglied des Leitungsorgans, § 78 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 S. 3 AktG. Zur Gesamtvertretung befugte Mitglieder des Leitungsorgans können einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen, § 78 Abs. 4 S. 1 AktG. Die Vertretungsbefugnis der Mitglieder des Leitungsorganes kann (nach außen) nicht beschränkt werden, § 82 Abs. 1 AktG i.V.m. Art. 9 c) ii) SE-VO.

Das Aufsichtsorgan besteht aus drei Mitgliedern, kann aber durch Satzungsbestimmung aus einer größeren Anzahl bestehen. Die Anzahl der Mitglieder muss allerdings durch drei teilbar sein. Die Höchstanzahl reicht in Abhängigkeit von der Höhe des Grundkapitals bis zu 21. Die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsorgan nach dem SEBG bleibt unberührt. Das Aufsichtsorgan hat gem. § 19 SEAG die Befugnis, bestimmte Arten von Geschäften von seiner Zustimmung abhängig zu machen.

b) Monistisches Leitungssystem

Die §§ 20 ff. des SEAG ersetzen für die Verfassung der deutschen SE mit monistischer Leitungsstruktur die §§ 76 bis 116 AktG. Neben der Hauptversammlung sieht das SEAG als Organe den Verwaltungsrat und den oder die geschäftsführenden Direktoren vor. Die

Funktionsteilung zwischen Verwaltungsrat und geschäftsführenden Direktoren erfolgt aufgrund der ihnen durch das SEAG zugewiesenen Aufgaben: Während der Verwaltungsrat gem. § 22 Abs. 1 SEAG die Gesellschaft leitet, die Grundlinien ihrer Tätigkeit bestimmt und deren Umsetzung überwacht, ist den geschäftsführenden Direktoren die Führung der Geschäfte der Gesellschaft und deren außergerichtliche und gerichtliche Vertretung zugewiesen. Die Unterscheidung erfolgt also anhand der Trennung zwischen der allgemeinen Unternehmensleitung (Verwaltungsrat) und der laufenden Geschäftsführung (Direktoren). Die geschäftsführenden Direktoren tragen keine originäre Eigenverantwortung wie der Vorstand im dualistischen Modell, sie sind an Weisungen des Verwaltungsrats gebunden und unterliegen der unbeschränkten Personalhoheit des Verwaltungsrats.

Der Verwaltungsrat besteht im Grundsatz aus drei Mitgliedern, wenn die Satzung nichts Abweichendes bestimmt, § 23 Abs. 1 SEAG. Beträgt das Grundkapital mehr als 3 Mio. EUR, so müssen dem Verwaltungsrat mindestens drei Mitglieder angehören. Die Höchstanzahl von Verwaltungsratsmitgliedern ergibt sich in Abhängigkeit vom Grundkapital. Unterliegt eine monistisch strukturierte SE der Mitbestimmung gemäß der SE-Richtlinie, muss der Verwaltungsrat aus mindestens drei Mitgliedern bestehen, Art. 43 Abs. 2 S. 3 SE-VO. § 23 Abs. 2 SEAG stellt klar, dass die Beteiligung der Arbeitnehmer aufgrund einer Vereinbarung nach § 21 SEBG oder der gesetzlichen Auffangregelungen in den §§ 34 bis 38 SEBG zu einer anderen zahlenmäßigen Zusammensetzung des Verwaltungsrats führen kann. Hinsichtlich der persönlichen Voraussetzungen für eine Mitgliedschaft im Verwaltungsrat schafft das SEAG mit § 27 eine an § 100 Abs. 2 AktG angelehnte Regelung. Danach kann nicht Mitglied des Verwaltungsrats sein, wer bereits in zehn Handelsgesellschaften Mitglied des Aufsichtsrates oder Verwaltungsrats ist, wer gesetzlicher Vertreter eines von der SE abhängigen Unternehmens ist oder wer gesetzlicher Vertreter einer anderen Kapitalgesellschaft ist, deren Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat ein Vorstandsmitglied oder ein geschäftsführender Direktor der SE angehört. Der Verwaltungsrat muss in seiner Mehrheit aus nichtgeschäftsführenden Direktoren bestehen. Der Verwaltungsrat kann aus seiner Mitte einen oder mehrere Ausschüsse bilden, um seine Verhandlungen und Beschlüsse vorzubereiten oder die Ausführung seiner Beschlüsse zu überwachen, § 34 Abs. 4 SEAG.

Dem Verwaltungsrat sind gem. § 22 SEAG folgende Aufgaben zugewiesen:

- die Bestellung eines oder mehrerer geschäftsführender Direktoren sowie dessen oder deren Abberufung;
- die Leitung der Gesellschaft und Bestimmung der Grundlinien deren Tätigkeit sowie die Überwachung deren Umsetzung;
- die Vorbereitung und Ausführung von Hauptversammlungen analog § 83 AktG (die Übertragung auf geschäftsführende Direktoren ist möglich);
- für die Führung der Handelsbücher und die Einrichtung eines Überwachungssystems zur Erkennung von den Fortbestand der Gesellschaft gefährdenden Entwicklungen zu sorgen;
- die Wahrnehmung von Einsichts- und Prüfungsrechten der Bücher, Schriften, Vermögensgegenstände, Gesellschaftskasse, Waren- und Wertpapierbeständen;
- die Bestellung des Abschlussprüfers gemäß § 290 HGB;
- die Wahrnehmung der Insolvenzantragspflicht gemäß § 92 Abs. 2, 3 AktG analog bei Vorliegen eines Insolvenztatbestandes.

Darüber hinaus gelten für den Verwaltungsrat die Rechte und Pflichten, die ansonsten nach dem deutschen Recht dem Aufsichtsrat oder dem Vorstand einer Aktiengesellschaft zugewiesen sind, mit Ausnahme der durch das SEAG den geschäftsführenden Direktoren zugewiesenen Aufgaben. Die §§ 113, 114, 115 AktG (betreffend die Vergütung von, die Kreditgewährung an und sonstige Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern einer deutschen AG) gelten gem. § 38 SEAG für Verwaltungsratsmitglieder einer SE analog.

Die Vertretung der SE wird zwingend von den geschäftsführenden Direktoren durchgeführt, § 41 SEAG. Es gilt der Grundsatz der gemeinschaftlichen Vertretung, wenn mehrere geschäftsführende Direktoren bestellt sind und die Satzung oder eine vom Verwaltungsrat erlassene Geschäftsordnung keine anders lautende Bestimmung enthält. Die Satzung kann auch bestimmen, dass einzelne geschäftsführende Direktoren allein oder in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft befugt sind. Ist eine Willenserklärung gegenüber der SE abzugeben, so genügt in jedem Fall die Abgabe gegenüber einem geschäftsführenden Direktor. Zur Gesamtvertretung befugte geschäftsführende Direktoren können einzelne von ihnen

zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen. Die Vertretungsbefugnis der geschäftsführenden Direktoren kann (nach außen) nicht beschränkt werden, § 44 Abs. 1 SEAG.

Die Aufgaben der laufenden Geschäftsführung sind ebenfalls zwingend von den geschäftsführenden Direktoren wahrzunehmen, § 40 Abs. 2 SEAG. Bei den geschäftsführenden Direktoren gilt – wie bei einem GmbH-Geschäftsführer – die Unterscheidung zwischen Bestellung und Anstellungsvertrag, § 40 Abs. 5 S. 2 SEAG. Ob mit einer Abberufung gleichzeitig die Beendigung des zugrunde liegenden Anstellungsvertrages verbunden ist, ist der konkreten Ausgestaltung des Anstellungsvertrages überlassen. Hinsichtlich der Haftung der geschäftsführenden Direktoren wird in § 40 Abs. 8 SEAG auf die aktienrechtliche Regelung für den Vorstand in § 93 AktG verwiesen. Die Gesetzesbegründung weist aber darauf hin, dass der geschäftsführende Direktor aufgrund seiner Weisungsgebundenheit und jederzeitigen Abberufbarkeit eher der Stellung eines GmbH-Geschäftsführers als eines Vorstandes gleicht. Daher seien die unbestimmten Rechtsbegriffe des § 93 AktG in diesem Lichte auszulegen.

Den geschäftsführenden Direktoren sind im Wesentlichen folgende Aufgaben zugewiesen:

- die Führung der Geschäfte der Gesellschaft;
- die gerichtliche und außergerichtliche Vertretung der Gesellschaft;
- die Führung der Handelsbücher;
- die Anmeldungen und Einreichungen von Unterlagen beim Handelsregister, soweit diese Tätigkeiten nach den für deutsche Aktiengesellschaften geltenden Rechtsvorschriften der Vorstand vorzunehmen hat;
- die Wahrnehmung der Berichtspflichten gem. § 40 Abs. 3 und 6 SEAG gegenüber dem Verwaltungsrat;
- die Aufstellung des Jahresabschlusses und des Lageberichts sowie des Konzernabschlusses und des Konzernlageberichts, § 47 Abs. 1 SEAG.

Die §§ 87 bis 89 AktG (betreffend die Bezüge von, die Kreditgewährung an sowie das Wettbewerbsverbot für Vorstandsmitglieder einer deutschen AG) gelten gem. § 40 Abs. 7 SEAG für die geschäftsführenden Direktoren einer SE analog³¹.

Der grundlegende Unterschied des monistischen zum dualistischen Leitungssystem liegt darin, dass im monistischen System dem Verwaltungsrat sowohl die allgemeine Geschäftsleitung als auch die Weisungsbefugnis gegenüber den geschäftsführenden Direktoren (also eine Art erweiterte Aufsichtsfunktion) obliegt, während im dualistischen System der Aufsichtsrat allein die Aufsichtsfunktionen übernimmt, derweil dem Vorstand die Geschäftsleitung und -führung in eigener Verantwortung obliegen³². Nach der Gesetzesbegründung des SEAG sollen die Aufgaben des Verwaltungsrats der SE weiter reichen als die des Aufsichtsrates einer deutschen AG. Die beim Verwaltungsrat liegende Leitungsverantwortung äußere sich insbesondere darin, dass er die Direktoren jederzeit abberufen könne und ihm die allgemeine Verantwortung für das Wohlergehen der Gesellschaft obliege. Das wesentliche Merkmal sei, dass die Letztverantwortung für die Unternehmenspolitik allein beim Verwaltungsrat liege, während im dualistischen Modell die Verantwortung auf Aufsichtsrat und Vorstand aufgeteilt sei (originäre Eigenverantwortung des Vorstandes, kein Weisungsrecht des Aufsichtsrates, begrenzte Personalhoheit des Aufsichtsrates). Im Verhältnis zur Hauptversammlung übernehme der Verwaltungsrat die in § 83 AktG dem Vorstand der deutschen AG zugewiesenen Aufgaben (soweit diese Aufgaben nicht den geschäftsführenden Direktoren zugewiesen sind). Darin liegt aber auch das Dilemma des Verwaltungsrats: Er ist Geschäftsleitung und Kontrollorgan in einem, obwohl Erwägungsgrund (14) der SE-VO ausdrücklich das Erfordernis einer klaren Trennung hervorhebt³³.

Diese Erweiterung der Kompetenzen des Verwaltungsrats gegenüber dem Aufsichtsrat kann zudem – was der Gesetzgeber möglicherweise nicht bedacht hat – zu Problemen bei der (paritätischen) Mitbestimmung der Arbeitnehmer im monistischen Leitungsmodell führen³⁴.

c) Mustersatzung einer Europäischen Aktiengesellschaft mit dualistischem System

§ 1 Firma, Sitz, Geschäftsjahr

1. Die Gesellschaft führt die Firma ABC-SE.

2. Sie hat ihren Sitz in ... /Bundesrepublik Deutschland.

3. Geschäftsjahr ist das Kalenderjahr ...

§ 2 Gegenstand des Unternehmens

1. Gegenstand des Unternehmens ist ...

2. Die Gesellschaft ist zu allen Handlungen berechtigt, die unmittelbar oder mittelbar dem vorstehenden Zweck zu dienen geeignet sind. Sie darf Zweigniederlassungen errichten und sich an gleichartigen oder ähnlichen Unternehmen im In- und Ausland beteiligen. Die Gesellschaft kann Unternehmen erwerben oder veräußern, sie unter einheitlicher Leitung zusammenfassen und Unternehmensverträge mit ihnen abschließen oder sich auf die Verwaltung der Beteiligung beschränken.

§ 3 Grundkapital

1. Das Grundkapital der Gesellschaft beträgt 120.000 EUR.

2. Es ist eingeteilt in 120.000 Stückaktien (Aktien ohne Nennwert). Alle Aktien sind Namensaktien und können nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden.

3. Das Grundkapital der Gesellschaft wird erbracht durch Formwechsel der AB-AG in die ABC-SE im Wege der Verschmelzung der C-S.A. auf die AB-AG³⁵.

4. Bei einer Kapitalerhöhung kann die Gewinnbeteiligung neuer Aktien abweichend von § 60 Aktiengesetz geregelt werden, insbesondere können junge Aktien aus einer zukünftigen Kapitalerhöhung mit Vorzügen bei der Gewinnverteilung versehen werden.

5. Das Recht auf Einzelverbriefung ist ausgeschlossen, soweit nicht eine Verbriefung nach den Regeln einer Börse, an der die Aktien zugelassen sind, erforderlich ist. Die Gesellschaft kann über mehrere Aktien eine Urkunde ausstellen (Sammelaktien).

§ 4 Vorstand³⁶

1. Der Vorstand der Gesellschaft besteht aus mindestens zwei Personen. Der Aufsichtsrat bestimmt die Zahl der Mitglieder des Vorstandes und bestellt die Vorstandsmitglieder nach den gesetzlichen Bestimmungen. Der Aufsichtsrat ernennt einen Vorsitzenden des Vorstandes. Der Abschluss der Anstellungsverträge und der Widerruf der Bestellung obliegen ebenfalls dem Aufsichtsrat.
2. Der Vorstand gibt sich einstimmig eine Geschäftsordnung, die der Zustimmung des Aufsichtsrats bedarf.
3. Die Beschlüsse des Vorstandes werden mit Stimmenmehrheit gefasst, bei Stimmengleichheit entscheidet die Stimme des Vorstandsvorsitzenden.

§ 5 Vertretung

1. Die Gesellschaft wird durch zwei Vorstandsmitglieder vertreten.
2. Der Aufsichtsrat kann jedem Vorstandsmitglied die Befugnis zur Alleinvertretung erteilen. Der Aufsichtsrat kann jedes Vorstandsmitglied in dem Umfang von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien, dass dieses berechtigt ist, die Gesellschaft bei Rechtsgeschäften mit sich als Vertreter eines Dritten zu vertreten.

§ 6 Aufsichtsrat

1. Der Aufsichtsrat besteht aus drei Mitgliedern und setzt sich im Übrigen nach den gesetzlichen Bestimmungen zusammen³⁷.
2. Die Aufsichtsratsmitglieder werden für die Zeit bis zur Beendigung der Hauptversammlung gewählt, die über die Entlastung für das vierte Geschäftsjahr nach dem Beginn der Amtszeit beschließt. Hierbei wird das Geschäftsjahr, in dem die Amtszeit beginnt, nicht mitgerechnet.
3. Der Aufsichtsrat gibt sich selbst eine Geschäftsordnung.

§ 7 Vorsitzender des Aufsichtsrats

1. Der Aufsichtsrat wählt im unmittelbaren Anschluss an seine Wahl aus seiner Mitte einen Vorsitzenden und dessen Stellvertreter.

2. Scheiden der Vorsitzende des Aufsichtsrats oder sein Stellvertreter aus dem Aufsichtsrat aus, wird unverzüglich ein Nachfolger gewählt.

§ 8 Aufsichtsrat, Einberufung, Beschlüsse

1. Der Vorsitzende, ersatzweise sein Stellvertreter, beruft die Sitzungen des Aufsichtsrats ein, die mindestens viermal jährlich stattzufinden haben.
2. Der Aufsichtsrat entscheidet durch Beschluss. Der Aufsichtsrat ist beschlussfähig, wenn mindestens zwei Mitglieder, unter ihnen der Vorsitzende, an der Beschlussfassung teilnehmen. Für Beschlüsse des Aufsichtsrats ist die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen ausreichend, soweit nicht gesetzlich abweichende Mehrheitserfordernisse bestehen.
3. Bei der jährlichen Bilanzsitzung des Aufsichtsrats besteht Präsenzpflcht für jedes Aufsichtsratsmitglied sowie den Abschlussprüfer.
4. Der Vorsitzende ist ermächtigt, im Namen des Aufsichtsrats die zur Durchführung der Beschlüsse erforderlichen Erklärungen abzugeben und Erklärungen an den Aufsichtsrat in Empfang zu nehmen.

§ 9 Vergütung des Aufsichtsrates

Die Aufsichtsratsmitglieder erhalten eine von der Hauptversammlung festzusetzende Vergütung.

§ 10 Zustimmungspflichtige Geschäfte

Der Vorstand bedarf der Zustimmung des Aufsichtsrates zu folgenden Geschäften:

...

§ 11 Hauptversammlung

1. Die ordentliche Hauptversammlung findet binnen sechs Monaten nach Abschluss eines Geschäftsjahres am Sitz der Gesellschaft oder einem anderen Ort statt. Sie wird durch den Vorstand und in den gesetzlich vorgeschriebenen Fällen durch den Aufsichtsrat einberufen.

2. Die Einberufung erfolgt unter Einhaltung einer Frist von mindestens einem Monat durch einmalige Bekanntmachung im elektronischen Bundesanzeiger. Der Tag der Veröffentlichung und der Tag der Hauptversammlung werden dabei nicht mitgerechnet. Mit der Einberufung sind die Gegenstände der Tagesordnung mitzuteilen.
3. Ohne Wahrung der Einberufungsförmlichkeiten kann eine Hauptversammlung auch dann abgehalten werden, wenn alle Aktionäre erschienen oder vertreten sind und kein Aktionär der Beschlussfassung widerspricht.

§ 12 Teilnahme an der Hauptversammlung, Stimmrecht

1. Zur Teilnahme und Abstimmung sind die Aktionäre oder deren Vertreter berechtigt, deren Aktien am Tage der Hauptversammlung im Aktienregister eingetragen sind. Umschreibungen im Aktienregister werden in den letzten sieben Tagen vor der Hauptversammlung nicht vorgenommen.
2. Jede Aktie gewährt eine Stimme.

§ 13 Ablauf der Hauptversammlung

1. Den Vorsitz in der Hauptversammlung führt der Vorsitzende des Aufsichtsrats, im Falle der Verhinderung sein Stellvertreter, im Falle von dessen Verhinderung ein von der Hauptversammlung gewählter Versammlungsleiter. Der Vorsitzende leitet die Versammlung, bestimmt die Reihenfolge der Abhandlung der Tagesordnung sowie die Art und Reihenfolge der Abstimmungen.
2. Die Hauptversammlung ist beschlussfähig, wenn mindestens 75% des gesamten stimmberechtigten Grundkapitals vertreten sind. Soweit die Hauptversammlung nicht beschlussfähig ist, ist unverzüglich eine neue Hauptversammlung einzuberufen, die sodann, ohne Rücksicht auf das vertretene Kapital, hinsichtlich der Gegenstände beschlussfähig ist, die auf der Tagesordnung der beschlussunfähigen Hauptversammlung standen, soweit in der erneuten Einberufung darauf hingewiesen wurde.

3. Die Beschlüsse der Hauptversammlung bedürfen der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen, soweit nicht das Gesetz zwingend etwas anderes vorschreibt. Die Niederschriften über die Hauptversammlungen erfolgen nach den gesetzlichen Vorschriften.

§ 14 Jahresabschluss³⁸ und Gewinnverwendung

1. Der Vorstand hat in den ersten drei Monaten des Geschäftsjahres für das vergangene Geschäftsjahr den Jahresabschluss (Bilanz, Gewinn- und Verlust-Rechnung, Anhang) sowie den Lagebericht aufzustellen und ihn unverzüglich dem Aufsichtsrat sowie dem Abschlussprüfer vorzulegen.
2. Zugleich hat der Vorstand dem Aufsichtsrat den Vorschlag zuzuleiten, den er der Hauptversammlung für die Verwendung des Bilanzgewinns machen will.
3. Der Aufsichtsrat hat den Jahresabschluss, den Lagebericht und den Vorschlag für die Verwendung des Bilanzgewinns zu prüfen und über das Ergebnis seiner Prüfung schriftlich an die Hauptversammlung zu berichten. Der Aufsichtsrat hat ferner zu dem Ergebnis der Prüfung des Jahresabschlusses durch den Abschlussprüfer Stellung zu nehmen. Der Aufsichtsrat hat seinen Bericht innerhalb eines Monats, nachdem ihm die Vorlagen zugegangen sind, dem Vorstand zuzuleiten.
4. Billigt der Aufsichtsrat den Jahresabschluss, so ist dieser festgestellt, es sei denn, dass Vorstand und Aufsichtsrat beschließen, die Feststellung des Jahresabschlusses der Hauptversammlung zu überlassen.
5. Die Hauptversammlung nimmt den festgestellten Jahresabschluss entgegen bzw. stellt den Jahresabschluss fest, sofern dieser nicht vom Aufsichtsrat gebilligt wurde oder der Aufsichtsrat und der Vorstand beschlossen haben, die Feststellung der Hauptversammlung zu überlassen. Die Hauptversammlung beschließt weiterhin über die Entlastung des Vorstandes und des Aufsichtsrates und über die Verwendung des Bilanzgewinnes.

§ 15 Bekanntmachungen

Bekanntmachungen der Gesellschaft erfolgen ausschließlich im Bundesanzeiger³⁹.

§ 16 Gründungskosten

Die Kosten und Steuern der Gründung trägt die Gesellschaft, und zwar bis zu einem Höchstbetrag von ... EUR.

d) Mustersatzung einer Europäischen Aktiengesellschaft mit monistischem System

(§§ 1 bis 3 wie in vorhergehender Mustersatzung)

§ 4 Verwaltungsrat

1. Der Verwaltungsrat der Gesellschaft besteht aus drei Mitgliedern und setzt sich im Übrigen nach den gesetzlichen Bestimmungen zusammen⁴⁰.
2. Die Verwaltungsratsmitglieder werden für die Zeit bis zur Beendigung der Hauptversammlung gewählt, die über die Entlastung für das vierte Geschäftsjahr nach dem Beginn der Amtszeit beschließt. Hierbei wird das Geschäftsjahr, in dem die Amtszeit beginnt, nicht mitgerechnet.

§ 5 Vorsitzender des Verwaltungsrats, Geschäftsordnung

1. Der Verwaltungsrat wählt im unmittelbaren Anschluss an seine Wahl aus seiner Mitte einen Vorsitzenden und dessen Stellvertreter.
2. Der Verwaltungsrat gibt sich einstimmig eine Geschäftsordnung.

§ 6 Geschäftsführende Direktoren⁴¹

1. Die Gesellschaft hat mindestens zwei geschäftsführende Direktoren. Der Verwaltungsrat bestimmt die Zahl der geschäftsführenden Direktoren und bestellt die geschäftsführenden Direktoren nach den gesetzlichen Bestimmungen. Der Abschluss der Anstellungsverträge und der Widerruf der Bestellung obliegen ebenfalls dem Verwaltungsrat.
2. Die geschäftsführenden Direktoren geben sich einstimmig eine Geschäftsordnung, die der Zustimmung des Verwaltungsrats bedarf.

§ 7 Vertretung

Die Gesellschaft wird durch zwei geschäftsführende Direktoren vertreten. Der Verwaltungsrat kann jedem geschäftsführenden Direktor die Befugnis zur Alleinvertretung erteilen.

§ 8 Verwaltungsrat, Einberufung, Beschlüsse

1. Der Vorsitzende, ersatzweise sein Stellvertreter, beruft die Sitzungen des Verwaltungsrats ein, die mindestens viermal jährlich stattzufinden haben.
2. Der Verwaltungsrat entscheidet durch Beschluss. Der Verwaltungsrat ist beschlussfähig, wenn mindestens zwei Mitglieder, unter ihnen der Vorsitzende, an der Beschlussfassung teilnehmen. Für Beschlüsse des Verwaltungsrats ist die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen ausreichend, soweit nicht gesetzlich abweichende Mehrheitserfordernisse bestehen.
3. Bei der jährlichen Bilanzsitzung des Verwaltungsrats besteht Präsenzpflcht für jedes Verwaltungsratsmitglied sowie den Abschlussprüfer.
4. Der Vorsitzende ist ermächtigt, im Namen des Verwaltungsrats die zur Durchführung der Beschlüsse erforderlichen Erklärungen abzugeben und Erklärungen an den Verwaltungsrat in Empfang zu nehmen.

§ 9 Vergütung des Verwaltungsrats

Die Verwaltungsratsmitglieder erhalten eine von der Hauptversammlung festzusetzende Vergütung.

§ 10 Beschlussabhängige Geschäfte

Die Vornahme folgender Geschäfte bedarf eines ausdrücklichen Beschlusses des Verwaltungsrats: ...

§ 11 Hauptversammlung

1. Die ordentliche Hauptversammlung findet binnen sechs Monaten nach Abschluss eines Geschäftsjahres am Sitz der Gesellschaft oder einem anderen Ort statt. Sie wird durch den Verwaltungsrat einberufen.

2. Die Einberufung erfolgt unter Einhaltung einer Frist von mindestens einem Monat durch einmalige Bekanntmachung im elektronischen Bundesanzeiger. Der Tag der Veröffentlichung und der Tag der Hauptversammlung werden dabei nicht mitgerechnet. Mit der Einberufung sind die Gegenstände der Tagesordnung mitzuteilen.
3. Ohne Wahrung der Einberufungsförmlichkeiten kann eine Hauptversammlung auch dann abgehalten werden, wenn alle Aktionäre erschienen oder vertreten sind und kein Aktionär der Beschlussfassung widerspricht.

§ 12 Teilnahme an der Hauptversammlung, Stimmrecht

(wie in vorhergehender Mustersatzung)

§ 13 Ablauf der Hauptversammlung

1. Den Vorsitz in der Hauptversammlung führt der Vorsitzende des Verwaltungsrats, im Falle der Verhinderung sein Stellvertreter, im Falle von dessen Verhinderung ein von der Hauptversammlung gewählter Versammlungsleiter. Der Vorsitzende leitet die Versammlung, bestimmt die Reihenfolge der Abhandlung der Tagesordnung sowie die Art und Reihenfolge der Abstimmungen.
2. Die Hauptversammlung ist beschlussfähig, wenn mindestens 75% des gesamten stimmberechtigten Grundkapitals vertreten sind. Soweit die Hauptversammlung nicht beschlussfähig ist, ist unverzüglich eine neue Hauptversammlung einzuberufen, die sodann, ohne Rücksicht auf das vertretene Kapital, hinsichtlich der Gegenstände beschlussfähig ist, die auf der Tagesordnung der beschlussunfähigen Hauptversammlung standen, soweit in der erneuten Einberufung darauf hingewiesen wurde.
3. Die Beschlüsse der Hauptversammlung bedürfen der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen, soweit nicht das Gesetz zwingend etwas anderes vorschreibt. Die Niederschriften über die Hauptversammlungen erfolgen nach den gesetzlichen Vorschriften.

§ 14 Jahresabschluss⁴² und Gewinnverwendung

1. Die geschäftsführenden Direktoren haben in den ersten drei Monaten des Geschäftsjahres für das vergangene Geschäftsjahr den Jahresabschluss (Bilanz, Gewinn- und Verlust-Rechnung, Anhang) sowie den Lagebericht aufzustellen und ihn unverzüglich dem Verwaltungsrat sowie dem Abschlussprüfer vorzulegen.
2. Zugleich haben die geschäftsführenden Direktoren dem Verwaltungsrat den Vorschlag zuzuleiten, den der Verwaltungsrat der Hauptversammlung für die Verwendung des Bilanzgewinns machen soll.
3. Der Verwaltungsrat hat den Jahresabschluss, den Lagebericht und den Vorschlag für die Verwendung des Bilanzgewinns zu prüfen und über das Ergebnis seiner Prüfung schriftlich an die Hauptversammlung zu berichten. Der Verwaltungsrat hat ferner zu dem Ergebnis der Prüfung des Jahresabschlusses durch den Abschlussprüfer Stellung zu nehmen. Der Verwaltungsrat hat seinen Bericht innerhalb eines Monats, nachdem ihm die Vorlagen zugegangen sind, den geschäftsführenden Direktoren zuzuleiten.
4. Billigt der Verwaltungsrat den Jahresabschluss, so ist dieser festgestellt, es sei denn, dass der Verwaltungsrat beschließt, die Feststellung des Jahresabschlusses der Hauptversammlung überlassen.
5. Die Hauptversammlung nimmt den festgestellten Jahresabschluss entgegen bzw. stellt den Jahresabschluss fest, sofern dieser nicht vom Verwaltungsrat gebilligt wurde oder der Verwaltungsrat beschlossen hat, die Feststellung der Hauptversammlung zu überlassen. Die Hauptversammlung beschließt weiterhin über die Entlastung der geschäftsführenden Direktoren und des Verwaltungsrats und über die Verwendung des Bilanzgewinnes.

(§§ 15 und 16 wie in vorhergehender Mustersatzung)

III. Arbeitnehmerbeteiligung

1. Grundlagen der Arbeitnehmerbeteiligung in der SE⁴³

Gleichzeitig mit der SE-VO wurde die europäische Richtlinie 2001/86/EG vom 8. Oktober 2001 über die Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft⁴⁴ verabschiedet. Artikel 12 Abs. 2 der SE-VO schreibt vor, dass eine SE erst dann eingetragen werden kann, wenn eine Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer getroffen wurde oder wegen erfolglosen Ablaufs der Verhandlungsfrist eine Auffangregelung gilt. Die Arbeitnehmerbeteiligung bildet damit einen integralen Bestandteil der Verfassung einer SE. Die Aktionäre des Gründungsunternehmens können sich bei Gründung durch Verschmelzung sowie bei Gründung einer Holding-SE das Recht vorbehalten, die Eintragung der SE davon abhängig zu machen, dass die geschlossene Vereinbarung von ihr ausdrücklich genehmigt wird, Art. 23 Abs. 2 und 32 Abs. 6 SE-VO. Von der durch Art. 37 Abs. 8 SE-VO eröffneten Möglichkeit, bei Gründung durch Umwandlung diese von der qualifizierten Zustimmung des mitbestimmten Organs abhängig zu machen, hat der deutsche Gesetzgeber keinen Gebrauch gemacht.

Für die in der jeweiligen Europäischen Aktiengesellschaft geltende konkrete Form der Arbeitnehmerbeteiligung stellt die Richtlinie den so genannten Verhandlungsvorrang auf. Dies bedeutet, dass über die Form der Arbeitnehmerbeteiligung zwischen den beteiligten Unternehmen und der Vertretung der jeweiligen Belegschaften verhandelt und diese im Einzelnen festgelegt werden soll, ohne dass zunächst eine Bindung an eine gesetzliche Lösung der Mitbestimmungsfrage bestehen soll⁴⁵. Die Satzung der SE darf in keinem Fall im Widerspruch zu der ausgehandelten Vereinbarung über die Arbeitnehmerbeteiligung stehen. Liegt ein solcher Widerspruch vor, ordnet Art. 12 Abs. 4 SE-VO an, dass die Satzung zu ändern ist. Über das Verständnis dieser Anordnung bestehen verschiedene Ansichten. So wird vertreten, dass Art. 12 Abs. 4 SE-VO so zu verstehen sei, dass ohne die erforderliche Satzungsänderung die ausgehandelte Vereinbarung nicht wirksam werde⁴⁶. Nach anderer Auffassung treten die der

Mitbestimmungsregelung entgegenstehenden Satzungsbestimmungen gem. Art. 15 Abs. 1 SE-VO i.V.m. §§ 31 Abs. 3 S. 2, 97 Abs. 2 AktG analog „automatisch“ außer Kraft⁴⁷.

Maßgeblich für Art und Umfang der Arbeitnehmerbeteiligung sind nach dem so genannten Vorher-Nachher-Prinzip der Richtlinie grundsätzlich die bereits bestehenden Beteiligungsrechte in den Gründungsunternehmen, die auch in der SE erhalten bleiben sollen, wenn nicht Unternehmer und Arbeitnehmervertreter etwas anderes beschließen⁴⁸. Dies bedeutet im Umkehrschluss aber auch, dass allein anlässlich der Gründung einer SE Mitbestimmungsrechte nach den SE-Vorschriften nicht gegen den Willen der Unternehmen erzwungen werden können, wenn vorher keine Mitbestimmungsrechte vorhanden waren. Nur dann, wenn auf Verhandlungsbasis eine Einigung zwischen Unternehmen und Arbeitnehmervertreter nicht zustande kommt, greifen gesetzliche Auffangregelungen ein, welche die grundlegenden Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer sichern.

Die durch die Richtlinie vorgegebenen Regelungsinhalte sind in Deutschland durch das SE-Beteiligungsgesetz (SEBG)⁴⁹ umgesetzt worden. Das SEBG gilt gem. seinem § 3 Abs. 1 für eine SE mit Sitz in Deutschland, sowie unabhängig vom Sitz der Gesellschaft für Arbeitnehmer der SE, die im Inland beschäftigt sind, sowie für beteiligte Gesellschaften (die Gründungsgesellschaften), Tochtergesellschaften und Betriebe der SE mit Sitz im Inland. Nationale gesetzliche Regelungen über die Mitbestimmung in den Unternehmensorganen gelten für die SE zwar nicht⁵⁰, jedoch müssen aufgrund des grenzüberschreitenden Charakters einer SE unterschiedliche Rechtslagen verschiedener Mitgliedstaaten, in denen SE-Arbeitnehmer beschäftigt sind, berücksichtigt werden. Die geltenden nationalen Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer bleiben gem. § 47 SEBG von den Regelungen des SEBG und der Richtlinie unberührt⁵¹, mit Ausnahme natürlich der Mitbestimmungsrechte in den Organen der SE selbst und mit Ausnahme der Regelungen des Gesetzes über Europäische Betriebsräte (EBRG)⁵², es sei denn, das besondere Verhandlungsgremium (bVG) hat einen Beschluss nach § 16 SEBG (Nichtaufnahme oder Abbruch der Verhandlungen) gefasst. Regelungen und Strukturen über die Arbeitnehmervertretungen einer beteiligten Gesellschaft mit Sitz in Deutschland, die durch die Gründung der SE als eigenständige juristische Person erlischt, bestehen nach Eintragung der SE weiter und deren weitere Aufgabenwahrnehmung ist durch die SE-Leitung sicherzustellen.

Arbeitnehmerbeteiligung im Sinne des SEBG meint Unterrichtung, Anhörung, Mitbestimmung und sonstige Beteiligung. Die Beteiligung erfolgt grundsätzlich auf zwei Ebenen, zum einen auf betrieblicher Ebene durch Errichtung eines SE-Betriebsrates und zum zweiten auf Unternehmensebene durch die Bestellung bzw. Wahl von Arbeitnehmervertretern in das Aufsichts- bzw. Verwaltungsorgan sowie die Empfehlung bzw. Ablehnung einzelner Aufsichts- bzw. Verwaltungsorganmitglieder. In den §§ 40 ff. SEBG sind die Grundsätze der Zusammenarbeit und die Schutzbestimmungen zu Gunsten der Arbeitnehmervertreter festgelegt. Maßgebend für die Zusammenarbeit sind dabei eine „vertrauensvolle Zusammenarbeit zum Wohle der Arbeitnehmer und des Unternehmens“, die Vertraulichkeit von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (mit entsprechenden Ausnahmenvorschriften bei Informationspflichten gegenüber SE-Betriebsräten, anderen Arbeitnehmervertretern der SE, Mitgliedern des bVG etc.) sowie das Missbrauchsverbot (keine Ausnutzung der SE zum Entzug oder Vorenthalten von Arbeitnehmerbeteiligungsrechten). Die Arbeitnehmervertretungen unterliegen einem besonderen Einrichtungs- und Tätigkeitsschutz. Den Mitgliedern des bVG, des Vertretungsorgans, den Arbeitnehmervertretern in Aufsichts- oder Verwaltungsorgan sowie den Arbeitnehmern, die an den Anhörungs- und Unterrichtungsverfahren beteiligt sind, ist der gleiche Schutz und die gleiche Sicherheit zu gewähren, wie dies nach nationalem Recht für Arbeitnehmervertreter vorgeschrieben ist (insbesondere Kündigungsschutz, Entgeltfortzahlung und Freistellung für die Tätigkeit als Arbeitnehmervertreter).

2. Verfahren und Inhalt der Vereinbarung über die Arbeitnehmerbeteiligung in der SE

Ist die Gründung einer SE geplant, hat die Unternehmensseite die Arbeitnehmervertretungen der Gründungsunternehmen, der betroffenen Tochtergesellschaften und der Betriebe hierüber gem. § 4 SEBG zu informieren. Die Informationspflicht erstreckt sich insbesondere auf die Bekanntgabe der an der Gründung beteiligten Unternehmen und die Zahl der dort jeweils beschäftigten Arbeitnehmer. Diese Information dient der Vorbereitung der Verhandlungen zwischen den Unternehmen und den Vertretungen der jeweiligen Belegschaften über die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer in der geplanten SE. Zur Durchführung dieser Verhandlungen ist auf Seiten der Belegschaft ein besonderes Verhandlungsgremium bVG (auch „special negotiating body“ – SNB) zu gründen, und zwar innerhalb von zehn Wochen nach der Information über die Gründungsplanung. Das bVG ist nach bestimmten Vorgaben zu errichten⁵³,

wobei abzustellen ist auf den prozentualen Anteil der in einem Mitgliedstaat beschäftigten Arbeitnehmer im Verhältnis der gesamten Belegschaft der zu gründenden Gesellschaft. Gehören dem bVG mehr als zwei Mitglieder aus Deutschland an, ist jedes dritte Mitglied ein Vertreter einer Gewerkschaft, die in einem der Gründungsunternehmen vertreten ist, § 6 Abs. 3 SEBG.

Die §§ 11 bis 20 SEBG regeln das Verhandlungsverfahren zur Vereinbarung der Beteiligungsrechte. Dieses Verfahren findet auch dann statt, wenn aus von den Arbeitnehmern zu vertretenden Gründen die 10-Wochen-Frist für die Errichtung des bVG überschritten wird. Nach Ablauf der Frist und nach Beginn des Verhandlungsverfahrens gewählte oder bestellte Mitglieder des bVG können sich jederzeit an dem Verfahren beteiligen.

Bezüglich der Inhalte und des Umfangs der Arbeitnehmerbeteiligung sind die Verhandlungspartner grundsätzlich frei. Treffen die Verhandlungspartner ein Abkommen über die Arbeitnehmerbeteiligung in der Gesellschaft, so kann dies auch zu einer Minderung bereits bestehender (nationaler) Beteiligungsrechte führen (Ausfluss des Verhandlungsvorrangs aus Erwägungsgrund (8) der Richtlinie). Hierfür ist eine 2/3-Mehrheit innerhalb des bVG erforderlich; diese 2/3-Mehrheit muss mindestens 2/3 der Arbeitnehmer in mindestens zwei Mitgliedstaaten vertreten, § 15 Abs. 3 SEBG. Bei der SE-Gründung durch Verschmelzung muss sich die Mitbestimmung auf mindestens 25% der Gesamtzahl der Arbeitnehmer, bei der Gründung durch Errichtung einer Holding-SE bzw. Tochtergesellschaft auf mindestens 50% der Gesamtzahl der Arbeitnehmer erstrecken. Im Falle der Gründung durch Umwandlung ist eine Minderung der Beteiligungsrechte durch Beschluss gem. § 15 Abs. 3 SEBG nicht möglich.

Beschlüsse nach § 16 Abs. 1 SEBG (Nichtaufnahme oder Abbruch der Verhandlungen) sind ebenfalls mit einer 2/3-Mehrheit innerhalb des bVG zu fassen; diese 2/3-Mehrheit muss mindestens 2/3 der Arbeitnehmer in mindestens zwei Mitgliedstaaten vertreten.

Ansonsten genügt für die Schließung eines Abkommens die Mehrheit innerhalb des bVG, in der zugleich die Mehrheit der vertretenen Arbeitnehmer enthalten sein muss, § 15 Abs. 2 SEBG.

Die Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter auf betrieblicher Ebene muss gem. § 21 Abs. 1 SEBG mindestens folgende Punkte beinhalten:

- Geltungsbereich der Vereinbarung;

- Zusammensetzung des SE-Betriebsrates, Anzahl der Mitglieder und Sitzverteilung;
- Befugnisse und Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung des SE-Betriebsrates;
- Häufigkeit der Sitzungen des SE-Betriebsrates;
- die für die Arbeit des SE-Betriebsrates bereitzustellenden finanziellen und materiellen Mittel;
- den Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens, die Laufzeit der Vereinbarung, sowie die Fälle für eine erneute Aushandlung der Vereinbarung und des dabei zu beachtenden Verfahrens.

Wenn kein SE-Betriebsrat gebildet wird, haben die Parteien gem. § 21 Abs. 2 SEBG die Durchführungsmodalitäten für die Unterrichtungs- und Anhörungsverfahren unter analoger Anwendung des Absatzes 1 festzulegen.

Treffen die Parteien eine Vereinbarung über die Mitbestimmung auf Unternehmensebene, so müssen gem. § 21 Abs. 3 SEBG mindestens folgende Punkte enthalten sein:

- die Zahl der Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans, welche die Arbeitnehmer wählen/bestellen können oder deren Bestellung sie empfehlen oder ablehnen können;
- das Verfahren, nach dem die Arbeitnehmer diese Mitglieder wählen/bestellen/empfehlen/abberufen können;
- die Rechte dieser Mitglieder.

Als Soll-Vorschrift gibt § 21 Abs. 4 SEBG vor, dass auch die Aufnahme von Neuverhandlungen bei Strukturänderungen innerhalb der SE aufgenommen sowie das hierfür anzuwendende Verfahren geregelt werden sollen. Für den Fall der Gründung durch Umwandlung sieht § 21 Abs. 6 SEBG vor, dass in der Vereinbarung für die Mitbestimmung in der SE in Bezug auf alle Komponenten zumindest das gleiche Ausmaß vorgesehen sein muss, wie bei dem umgewandelten Unternehmen; dies ist auch zu beachten, falls im Wege der Umwandlung ein Wechsel vom dualistischen zum monistischen Leitungssystem und umgekehrt erfolgt.

Schließlich können die Parteien auch darauf verzichten, eigene Regelungen zu entwerfen und sich stattdessen auf die Geltung der Auffangregelungen⁵⁴ einigen, § 21 Abs. 5 SEBG.

Für die Verhandlungen ist ab Einsetzung des bVG eine Frist von sechs Monaten vorgesehen, die Verhandlungspartner können sich darauf einigen, dass die Frist auf insgesamt ein Jahr verlängert wird, § 20 SEBG. Für den Fall, dass innerhalb der geltenden Frist zwischen den Verhandlungspartnern keine Einigung zustande kommt, finden grundsätzlich die jeweils durch die Mitgliedstaaten vorgesehenen Auffangregelungen über die Arbeitnehmerbeteiligung in der SE Anwendung, für Deutschland also die im SEBG vorgesehenen Auffangregelungen.

Beschließt das bVG gem. § 16 Abs. 1 SEBG, entweder keine Verhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung zu führen oder bereits aufgenommene Verhandlungen abubrechen, kommt es zur Anwendung der nationalen Informations- und Anhörungsrechte der Arbeitnehmer, die in den Mitgliedstaaten gelten, in denen die SE-Arbeitnehmer beschäftigt sind. Die Auffangregelungen der §§ 22 bis 33 SEBG über den SE-Betriebsrat und die Auffangregelungen der §§ 34 bis 38 SEBG über die Mitbestimmung auf Unternehmensebene finden keine Anwendung, § 16 Abs. 2 SEBG. Ein solcher Beschluss nach § 16 Abs. 1 SEBG kann nicht gefasst werden, wenn die Gründung der SE durch Umwandlung erfolgt und den Arbeitnehmern der umwandelnden Gesellschaft Mitbestimmungsrechte zustehen, § 16 Abs. 3 SEBG.

3. Voraussetzungen und Inhalt der Auffangregelungen des SEBG

a) SE-Betriebsrat

Die Auffangregelungen über den SE-Betriebsrat nach §§ 22 bis 33 SEBG gelten also, wenn die Parteien dies vereinbaren oder eine Vereinbarung nicht fristgerecht zustande kommt und das bVG keinen Beschluss zur Nichtaufnahme oder Abbruch der Verhandlungen gefasst hat. Sie gelten ab Eintragung der SE. Danach ist zur Sicherung des Rechts auf Unterrichtung und Anhörung in der SE ein SE-Betriebsrat zu gründen, der sich aus Arbeitnehmern der SE, ihrer Tochtergesellschaften und Betriebe zusammensetzt. Die Grundsätze der Zusammensetzung und des Wahlmodus gleichen im Wesentlichen denen des bVG. Die Kompetenzen des Betriebsrates sind in den §§ 27 ff. SEBG festgelegt. Danach ist der Betriebsrat zuständig für die Angelegenheiten, die die SE selbst, eine ihrer Tochtergesellschaften oder einen ihrer Betriebe in einem anderen Mitgliedstaat betreffen oder die über die Befugnisse der zuständigen Organe auf der Ebene des einzelnen Mitgliedstaates hinausgehen.

Die Unternehmensleitung ist zur jährlichen Unterrichtung und Anhörung des SE-Betriebsrates über die Entwicklung der Geschäftslage und die Perspektiven der SE verpflichtet. Dabei sind dem SE-Betriebsrat die erforderlichen Unterlagen vorzulegen, insbesondere:

- die Geschäftsberichte;
- die Tagesordnungen aller Sitzungen des Leitungsorgans und des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans
- sowie Kopien aller Unterlagen, die in der Hauptversammlung den Aktionären vorgelegt werden.

Darüber hinaus ist der SE-Betriebsrat über außergewöhnliche Umstände mit erheblichen Auswirkungen auf die Interessen der Arbeitnehmer unter Vorlage der entsprechenden Unterlagen zu unterrichten und auf Antrag anzuhören. Zu solchen außergewöhnlichen Umständen zählen insbesondere Verlagerung, Verlegung oder Stilllegung von Unternehmen, Betrieben, wesentlichen Betriebsteilen und Massenentlassungen.

Der SE-Betriebsrat darf auf Kosten des Unternehmens seine Mitarbeiter fortbilden sowie bei der Erfüllung ihrer Aufgaben Sachverständigen-Unterstützung einholen (als Sachverständige gelten auch Vertreter von Gewerkschaften).

b) Mitbestimmung

Die Auffangregelungen über die Mitbestimmung auf Unternehmensebene (§§ 34 bis 38 SEBG) gelten ebenfalls, wenn die Parteien dies vereinbaren oder eine Vereinbarung nicht fristgerecht zustande kommt und das bVG keinen Beschluss zur Nichtaufnahme oder Abbruch der Verhandlungen gefasst hat. Zusätzlich treten weitere Bedingungen (§ 34 SEBG) sowie unterschiedliche Regelungen zum Umfang der Mitbestimmung (§ 35 SEBG) für die unterschiedlichen Gründungsalternativen der SE hinzu.

§§ 34 Abs. 1 Nr. 1, 35 Abs. 1 SEBG: Bei Gründung durch Umwandlung kommen die Auffangregelungen nur dann zur Anwendung, wenn in der Gesellschaft vor der Umwandlung Bestimmungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Aufsichts- oder Verwaltungsorgan bereits galten (Vorher-Nachher-Prinzip). Es bleibt in diesem Fall die Regelung zur

Mitbestimmung erhalten, die in der Gesellschaft vor der Umwandlung bestanden hat. Wird also eine deutsche mitbestimmte Aktiengesellschaft in eine Europäische Aktiengesellschaft umgewandelt, so kann in den Vereinbarungen über die Mitbestimmung die bisherige Struktur (Hälfte der Sitze im Aufsichtsorgan sowie Beteiligung von nicht im Unternehmen beschäftigten Gewerkschaftsvertretern) auf SE-Ebene nicht verändert werden.

§§ 34 Abs. 1 Nr. 2, 35 Abs. 2 SEBG: Bei Gründung durch Verschmelzung kommen die Auffangregelungen nur dann zur Anwendung, wenn entweder

- vor der Eintragung der SE in einer oder mehreren der beteiligten Gesellschaften eine oder mehrere Formen der Mitbestimmung bereits bestanden haben und sich auf mindestens 25% der Gesamtzahl der Arbeitnehmer aller beteiligten Gesellschaften und der betroffenen Tochtergesellschaft erstreckt haben oder
- vor der Eintragung der SE in einer oder mehreren der beteiligten Gesellschaften eine oder mehrere Formen der Mitbestimmung bereits bestanden haben und sich auf weniger als 25% der Gesamtzahl der Arbeitnehmer aller beteiligten Gesellschaften und der betroffenen Tochtergesellschaft erstreckt haben und das bVG einen entsprechenden Beschluss fasst.

In diesen Fällen haben die Arbeitnehmer der SE, ihrer Tochtergesellschaften und Betriebe oder ihr Vertretungsorgan das Recht, einen Teil der Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans der SE zu wählen/zu bestellen oder deren Bestellung zu empfehlen/abzulehnen. Die Zahl dieser Arbeitnehmervertreter bemisst sich nach dem höchsten Anteil an Arbeitnehmervertretern, der in den Organen der beteiligten Gesellschaften vor Eintragung der SE bestanden hat.

§§ 34 Abs. 1 Nr. 3, 35 Abs. 2 SEBG: Bei Gründung durch Errichtung einer Holding-SE bzw. einer Tochtergesellschaft kommen die Auffangregelungen nur dann zur Anwendung, wenn entweder

- vor der Eintragung der SE in einer oder mehreren der beteiligten Gesellschaften eine oder mehrere Formen der Mitbestimmung bereits bestanden haben und sich auf mindestens 50% der Gesamtzahl der Arbeitnehmer aller beteiligten Gesellschaften und der betroffenen Tochtergesellschaft erstreckt haben oder

- vor der Eintragung der SE in einer oder mehreren der beteiligten Gesellschaften eine oder mehrere Formen der Mitbestimmung bereits bestanden haben und sich auf weniger als 50% der Gesamtzahl der Arbeitnehmer aller beteiligten Gesellschaften und der betroffenen Tochtergesellschaft erstreckt haben und das bVG einen entsprechenden Beschluss fasst.

In diesen Fällen haben die Arbeitnehmer der SE, ihrer Tochtergesellschaften und Betriebe oder ihr Vertretungsorgan das Recht, einen Teil der Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans der SE zu wählen/zu bestellen oder deren Bestellung zu empfehlen/abzulehnen. Die Zahl dieser Arbeitnehmervertreter bemisst sich nach dem höchsten Anteil an Arbeitnehmervertretern, der in den Organen der beteiligten Gesellschaften vor Eintragung der SE bestanden hat.

Bestanden in den Fällen der Gründung durch Verschmelzung und durch Errichtung einer Holding-SE bzw. einer Tochtergesellschaft mehr als eine Form der Mitbestimmung, legt das bVG fest, welche dieser Mitbestimmungsformen in der SE eingeführt wird. Erfolgt eine solche Festlegung durch das bVG nicht und ist an der Gründung eine deutsche mitbestimmte Gesellschaft beteiligt, so haben die Arbeitnehmer das Recht, einen Teil der Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans zu wählen oder zu bestellen. Ist an der Gründung keine deutsche mitbestimmte Gesellschaft beteiligt, so haben die Arbeitnehmervertreter das Recht, einen Teil der Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans zu empfehlen oder abzulehnen, und zwar bezogen auf die höchste Zahl der in den beteiligten Gesellschaften beschäftigten Arbeitnehmer. Die Sitzverteilung im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan und die Auswahl der Kandidaten erfolgt durch den SE-Betriebsrat nach Maßgabe des § 36 SEBG. Die Hauptversammlung ist an die Vorschläge zur Wahl/Bestellung bzw. Empfehlung/Ablehnung gebunden.

Die Rechtsstellung und innere Ordnung bei Beteiligung von Arbeitnehmervertretern richtet sich nach § 38 SEBG. Danach haben die Anteilseignervertreter und die Arbeitnehmervertreter dieselben Rechte und Pflichten im Aufsichts- bzw. Verwaltungsorgan. Die Zahl der Mitglieder des Leitungsorgans (Vorstand) im dualistischen System bzw. die Zahl der geschäftsführenden Direktoren im monistischen System muss mindestens zwei betragen, wobei eines der Mitglieder für den Bereich Arbeit und Soziales zuständig ist. Besteht in einer der beteiligten Gesellschaften das Aufsichtsorgan aus dergleichen Anzahl an Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern sowie einem weiteren Mitglied, so muss diese Konstellation auch im Aufsichts- bzw. Verwaltungsorgan

der SE gewählt werden. Dieses weitere Mitglied wird auf gemeinsamen Vorschlag der Anteilseigner- und Arbeitnehmervertreter gewählt.

Es liegt ein Urteil des LAG Berlin Brandenburg⁵⁵ zur Frage der arbeitsgerichtlichen Überprüfung von Mitbestimmungsvereinbarungen einer SE vor. Es ging in dem Verfahren um die bei der Zalando SE geschlossene Mitbestimmungsvereinbarung. Die Gewerkschaft ver.di beantragte die Feststellung der Unwirksamkeit dieser Mitbestimmungsvereinbarung sowie die Verpflichtung der Zalando SE zur erneuten Durchführung des Verfahrens zur Verhandlung einer Mitbestimmungsvereinbarung, weil es ihr nicht ermöglicht worden war, eigene Vertreter in das besondere Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer zu entsenden. Das LAG wies beide Anträge als unzulässig zurück: Hinsichtlich des Feststellungsantrags fehle es an dem erforderlichen fortbestehenden Rechtsverhältnis zwischen der Zalando SE und ver.di. Für den weiteren Antrag, das Verfahren zur Verhandlung einer Mitbestimmungsvereinbarung erneut durchzuführen, seien die Arbeitsgerichte nicht zuständig. Eine solche gesellschaftsrechtliche Handlungspflicht könne nur vor den Zivilgerichten durchgesetzt werden.

Bis zum Ablauf des 19. März 2022 können gem. § 48 SEBG im Rahmen der Unterrichtung und Anhörung die Teilnahme an Sitzungen eines SE-Betriebsrats oder einer Arbeitnehmervertretung nach § 21 Abs. 2 SEBG sowie die Beschlussfassung auch mittels Video- und Telefonkonferenz erfolgen, wenn sichergestellt ist, dass Dritte vom Inhalt der Sitzung keine Kenntnis nehmen können. Es handelt sich hierbei um eine Sonderregelung aus Anlass der COVID-19-Pandemie, eingefügt durch Art. 8 des Gesetzes vom 10.12.2021, BGBl. I, S. 5162, m.W.v. 12.12.2021.

4. Besonderheiten der Mitbestimmung im monistischen System

Unterliegt eine monistisch strukturierte SE der Mitbestimmung gemäß der SE-Richtlinie, muss der Verwaltungsrat aus mindestens drei Mitgliedern bestehen, Art. 43 Abs. 2 S. 3 SE-VO. § 23 Abs. 2 SEAG stellt klar, dass die Beteiligung der Arbeitnehmer aufgrund einer Vereinbarung nach § 21 SEBG oder der gesetzlichen Auffangregelungen in den §§ 34 bis 38 SEBG zu einer anderen zahlenmäßigen Zusammensetzung des Verwaltungsrats führen kann.

Die Wahl des Vorsitzenden des Verwaltungsrats ist unmittelbar durch Art. 45 SE-VO geregelt. Danach wählt das Verwaltungsorgan den Vorsitzenden aus seiner Mitte. Wird die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungsorgans von den Arbeitnehmern bestellt, so darf nur ein von der Hauptversammlung der Aktionäre bestelltes Mitglied zum Vorsitzenden gewählt werden. Art. 50 Abs. 2 SE-VO sieht vor, dass bei Stimmgleichheit die Stimme des Vorsitzenden des SE-Organs den Ausschlag gibt. Eine abweichende Satzungsänderung ist nicht möglich bei gleicher Anzahl von Arbeitnehmervertretern und Anteilseignervertretern im Aufsichtsorgan.

Für das monistische System wird in der Literatur⁵⁶ bereits eine Problematik diskutiert, welche insbesondere bei paritätischer Mitbestimmung virulent sein kann. Hintergrund der Problematik ist, dass dem Verwaltungsrat nach den Vorschriften des SEAG sowohl die allgemeine Geschäftsleitung als auch die Weisungsbefugnis gegenüber den geschäftsführenden Direktoren, welche die Geschäfte der SE führen, obliegt. Dadurch kann der Verwaltungsrat auch die eigentliche Geschäftsführung bestimmen. Nach der ausdrücklichen Gesetzesbegründung des SEAG reichen die Aufgaben des Verwaltungsrats der SE weiter als die des Aufsichtsrates einer deutschen AG und beschränken sich nicht nur auf eine bloße Aufsichtsfunktion. Diese Erweiterung der Kompetenzen des Verwaltungsrats kann dazu führen, dass bei einer mitbestimmten SE die Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsorgan faktisch nicht nur an Aufsichtsaufgaben, sondern auch an Geschäftsführungsaufgaben beteiligt sind. Eine solche Konstellation, die insbesondere bei gleicher Anzahl von Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern in verschärfter Form auftritt, kann zu einem erheblichen Machtzuwachs der Arbeitnehmervertreter und damit zumindest zu verfassungsrechtlichen Bedenken führen. In seiner Grundsatzentscheidung⁵⁷ zum Mitbestimmungsgesetz 1976 hat das BVerfG die darin geregelte Mitbestimmung im Aufsichtsrat für angemessen und zumutbar erachtet, da zu Lasten der Anteilseigner lediglich die Befugnisse zur Kontrolle der Unternehmensleitung und zu personalpolitischen Entscheidungen abgeschwächt werden, während in jedem Fall der maßgebliche Einfluss und das Letztentscheidungsrecht den Anteilseignern verbleiben. Eine Mitbestimmung ist nach Ansicht des BVerfG jedenfalls dann verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn die Mitbestimmung der Arbeitnehmer nicht dazu führt, dass über das im Unternehmen investierte Kapital gegen den Willen aller Anteilseigner entschieden werden kann, wenn diese nicht auf Grund der Mitbestimmung die Kontrolle über die Führungsauswahl im Unternehmen verlieren und wenn ihnen das Letztentscheidungsrecht belassen wird. Bei einem

paritätisch besetzten Verwaltungsrat einer SE dürften im Hinblick auf diese vom BVerfG gesetzten Maßstäbe zumindest erhebliche Bedenken angebracht sein, wengleich die Vorschriften über die ausschlaggebende Stimme des Verwaltungsratsvorsitzenden, der bei paritätischer Besetzung immer ein Anteilseignervertreter sein muss, zu einer gewissen Milderung der Problematik beitragen.

5. Ausschaltung der Mitbestimmung durch Verwendung einer SE?

Für die Unternehmensmitbestimmung ist der Anteil der Arbeitnehmervertreter in den Organen derjenigen Gründungsgesellschaft mit dem höchsten Mitbestimmungsniveau maßgeblich (vgl. §§ 34, 35 Abs. 2 SEBG). In der Literatur wurde vielfach dargestellt, dass die aktuelle Mitbestimmungssituation in Deutschland sehr weit in die Rechte des Unternehmens selbst eingreift. Aus der Sicht der ausländischen Gesellschaften, so wird befürchtet, werde daher die Involvierung einer deutschen Gesellschaft als Partner einer SE teilweise sehr kritisch beurteilt. Unter dieser Prämisse wird nach möglichen Gestaltungsspielräumen der SE im Zusammenhang mit bestehender oder zukünftiger Arbeitnehmerbeteiligung gesucht⁵⁸. Die (zumindest theoretisch bestehende) Möglichkeit, durch Verhandlung mit den Arbeitnehmervertretungen ein niedrigeres Niveau der Mitbestimmung für die SE zu vereinbaren, soll hier jedoch wegen mangelnder Praxisrelevanz bei jedenfalls gewerkschaftlich oder betriebsrätlich vertretener oder beeinflusster Arbeitnehmerschaft nicht erörtert werden.

Zunächst einmal stellt sich im Hinblick auf das deutsche Mitbestimmungsrecht die Frage nach der Größe des Aufsichtsrats bei der dualistisch strukturierten SE. Für diese ist die gesetzliche Mindestanzahl der Aufsichtsräte mit 3 festgelegt, abhängig von der Höhe des Grundkapitals sind Maximalzahlen festgelegt. Die im deutschen Mitbestimmungsgesetz (bei mehr als 2000 Arbeitnehmer) vorgeschriebenen Mindestsitze im Aufsichtsrat (bis 10.000 Arbeitnehmer insgesamt 12 Sitze, zwischen 10.000 und 20.000 Arbeitnehmern 16 Sitze und ab 20.000 Arbeitnehmern insgesamt 20 Sitze), die jeweils zur Hälfte mit Arbeitnehmer-Vertretern zu besetzen sind, finden bei der SE keine Anwendung – es bleibt vielmehr bei der alleinigen Mindestvorgabe von 3 Aufsichtsratssitzen. Doch schon gibt es Streit darüber, ob die tatsächliche Größe des Aufsichtsrates durch die Satzung vorgegeben wird oder Gegenstand der Verhandlung

über die Arbeitnehmerbeteiligung sei. Schließt man sich ersterer Auffassung an, so kann bereits dies allein zu einer erheblichen Reduzierung von Kosten und Verwaltungsaufwand führen.

Das Vorher-Nachher-Prinzip als ein grundlegendes (Mindest-)Anliegen der gesetzlichen Vorgaben zur Arbeitnehmerbeteiligung in der SE bewirkt dass zwar gegen den Willen der Arbeitnehmervvertretung kein niedrigeres Maß an Beteiligung, als es bereits besteht, für die SE gelten kann. Es bewirkt jedoch gleichzeitig auch in der entgegengesetzten Interessenrichtung, dass jedenfalls gegen den Willen der Gründer auch keine Erhöhung des bestehenden Beteiligungsmaßes entstehen kann. Es kann also bei bestehender Mitbestimmungsfreiheit in den Gründungsunternehmen keine ungewollte Mitbestimmung bei der SE entstehen. Ohne eine Vereinbarung über die Mitbestimmung gelten die gesetzlichen Auffangregelungen, die wiederum das sichern, was bereits besteht – besteht jedoch nichts, wird auch nichts gesichert. Besteht Drittelbeteiligung, wird nur diese gesichert, auch wenn (nach deutschem Mitbestimmungsrecht, welches für die SE nicht gilt) eine paritätische Mitbestimmung vorgesehen wäre. In der juristischen Literatur wird dieser Effekt als das „Einfrieren der Mitbestimmung“ sehr vehement und durchaus kontrovers diskutiert. Insbesondere spielt dabei natürlich die Frage der sogenannten Vorrats-SE's eine Rolle, die in der Regel arbeitnehmerlos und damit mitbestimmungsfrei gegründet werden.

Auch erste gerichtliche Entscheidung zur Frage, ob die neu gegründete arbeitnehmerlose SE ohne Durchführung einer Verhandlung über die Arbeitnehmermitbestimmung überhaupt eingetragen werden dürfen, sind bereits ergangen. Das Amtsgericht Hamburg⁵⁹, bestätigt durch das Landgericht Hamburg⁶⁰, ist der Meinung, dass Verhandlungen über die Beteiligung von Arbeitnehmern sind von den Gründern auch dann aufzunehmen, wenn die SE keine Arbeitnehmer hat und auch nie welche haben wird, wenn jedoch die Gründungsunternehmen Arbeitnehmer haben, und zwar auch dann, wenn die Gründungsunternehmen selbst mitbestimmungsfrei sind. Das Amtsgericht Düsseldorf⁶¹ hat entschieden, dass eine Vereinbarung über die Arbeitnehmerbeteiligung für die Handelsregistereintragung nicht erforderlich sei, wenn weder die SE noch die Gründungsunternehmen selbst Arbeitnehmer beschäftigen, denn „nicht vorhandene Arbeitnehmer können keine Vereinbarung schließen“. Ausreichend sei hier eine sogenannten Negativerklärung der Gründer, dass sie keine Arbeitnehmer beschäftigen. Diese Düsseldorfer Verfügung erging übrigens auf einen Antrag auf Amtslöschung einer Vorrats-SE

durch die gewerkschaftsnahe Hans-Böckler-Stiftung. Das Amtsgericht Charlottenburg⁶² hingegen hat eine Vorrats-SE ganz problemlos eingetragen, und zwar ohne Verhandlung und ohne Negativattest, denn die Arbeitnehmerlosigkeit ergebe sich aus der Offensichtlichkeit der Vorratsgründung von selbst. Und ist die SE erst einmal im Handelsregister eingetragen, so genießt sie grundsätzlich Bestandsschutz.

Ist also der Kauf einer Vorrats-SE des Rätsels Lösung? Vorsicht: Hier lauern mindestens zwei Stolpersteine im Hinblick auf die Mitbestimmung. Zum einen ist das Stichwort der „wirtschaftlichen Neugründung“ zu nennen, welches im Zusammenhang mit dem Erwerb von Vorrats-GmbH's ständige Rechtsprechung ist. Danach sind beim Erwerb von Vorratsgesellschaften durch den Erwerber (nochmals) sämtliche Gründungsvorschriften zu erfüllen. Für die SE würde dies also bedeuten, dass der Erwerber der Vorrats-SE die Verhandlung über die Arbeitnehmerbeteiligung durchführen müsste. Ob dies der Fall ist und die Rechtsprechung die Grundsätze der wirtschaftlichen Neugründung auch auf Vorrats-SE's ausweiten wird, bleibt abzuwarten. Der zweite Stolperstein versteckt sich unter dem Stichwort „strukturelle Änderungen“. Bei strukturellen Änderungen in einer SE ist es gesetzlich zwingend vorgeschrieben, dass (ggfls. erneut) Verhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung aufzunehmen sind. Dabei definiert das Gesetz jedoch nicht, was unter „strukturellen Änderungen“ zu verstehen ist, was naturgemäß einen juristischen Disput über diese Auslegungsfrage ausgelöst hat. Ebenfalls naturgemäß gehen die Meinungen weit auseinander: gewerkschaftsnahe Berater wollen quasi jedwede Veränderung in der SE darunter subsumieren, selbstverständlich und insbesondere auch die Einstellung von Arbeitnehmern bei zunächst arbeitnehmerlosen SE's, was natürlich auf die Vorrats-SE's abzielt⁶³. Andere Stimmen hingegen wollen ausschließlich „korporative Akte von ganz erheblichem Gewicht“ unter den Tatbestand der strukturellen Änderung subsumieren und greifen dabei zurück auf die entsprechende Gesetzesbegründung, in welcher als Beispiel für eine strukturelle Änderung die Verschmelzung einer nicht bestimmten mit einer mitbestimmten Gesellschaft nennt⁶⁴. Da es noch keine klärende Rechtsprechung zu dieser Thematik gibt, ist eine gewisse Rechtsunsicherheit nicht von der Hand zu weisen.

Bei der Wahl der Leitungsstruktur für die SE gilt es bei unausweichlicher Mitbestimmung im Leitungsorgan im Hinblick auf das monistische System besonderer Aufmerksamkeit.

Hintergrund der Problematik ist, dass dem Verwaltungsrat sowohl die allgemeine Geschäftsleitung als auch die Weisungsbefugnis gegenüber den geschäftsführenden Direktoren, welche die Geschäfte der SE führen, obliegen. Dadurch kann der Verwaltungsrat auch die eigentliche Geschäftsführung bestimmen. Diese (im Gegensatz zum Aufsichtsrat einer dualistisch strukturierten SE) weitreichenden Kompetenzen des Verwaltungsrat können dazu führen, dass bei einer mitbestimmten SE die Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsorgan nicht nur an Aufsichtsaufgaben, sondern faktisch auch an der konkreten Geschäftsführung beteiligt sind. Eine solche Konstellation, die insbesondere bei gleicher Anzahl von Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern in verschärfter Form auftritt, kann zu einem erheblichen Machtzuwachs der Arbeitnehmervertreter führen und dürfte in den seltensten Fälle von den Anteilseignern gewollt sein.

Hinzuweisen in diesem Zusammenhang auch auf die sogenannte Sekundärgründung, also die Gründung einer Tochter-SE durch eine bereits bestehende SE. In diesen Fällen ist das Beteiligungsverfahren nicht als registerliche Eintragungsvoraussetzung vorgesehen. Doch auch hier stellt sich natürlich die Frage der strukturellen Änderung.

Die ausländische mitbestimmungsfreie Gesellschaft, die in eine (ebenfalls mitbestimmungsfreie) SE umgewandelt wird, die sodann ihren Sitz nach Deutschland verlegt, bleibt mitbestimmungsfrei, denn die grenzüberschreitende Sitzverlegung einer SE wird überwiegend nicht als strukturelle Änderung angesehen.

An dieser Stelle soll bei allen Gestaltungsüberlegungen, die neben anderen auch den mitbestimmungsrechtlichen Aspekt einbeziehen müssen, darauf hingewiesen werden, dass die Rechtsform der SE natürlich nicht dazu "missbraucht" werden darf, um Arbeitnehmerbeteiligungsrechte zu mindern oder vorzuenthalten. Ein solches Vorgehen bestraft das Gesetz mit bis zu zwei Jahren Haft oder Geldstrafe.

Dass eine Strafvorschrift, die nicht konkret ist, eventuell keine andere Funktion hat, als zu zeigen, dass der Gesetzgeber hilflos ist, sich dennoch dazu eignet, eventuelle Gestaltungen einzudämmen, sei zugegeben. Wann allerdings der "Gebrauch" einer Rechtsform in "Missbrauch" umschlägt, bleibt völlig unklar.

IV. Steuerrecht

Es ist selbstverständlich, dass eine umfangreiche steuerliche Darstellung einer solchen neuen grenzüberschreitenden Gesellschaftsform nicht in diesem Text dargestellt werden kann. Ein kurzer Überblick soll jedoch Grundsatzpositionen verdeutlichen.

Die SE-VO enthält keine eigenen Bestimmungen zur Besteuerung, sondern verweist in Art. 9 Abs. 1 Buchstabe c ii) auf das geltende nationale Recht. Mit der Richtlinie 2005/19/EG⁶⁵ (FRL 2005) wurde die steuerliche Fusionsrichtlinie 90/434/EWG⁶⁶ (FRL 1990) geändert. Ihr Anwendungsbereich erfasst nunmehr auch die Europäische Gesellschaft (SE) und die Europäische Genossenschaft (Societas Cooperativa Europaea – SCE)⁶⁷ einschließlich deren Sitzverlagerungen von einem Mitgliedstaat in einen anderen. Für die Mitgliedstaaten wurde weiterhin die Möglichkeit geschaffen, bei der Besteuerung eines mittelbaren oder unmittelbaren Gesellschafters bestimmter körperschaftspflichtiger Gesellschaften die Bestimmungen der Richtlinie nicht anzuwenden. Die FRL 2005 enthält auch eine Klärung der Anwendung der Vorschriften für die Umwandlung von Niederlassungen in Tochtergesellschaften sowie die Änderung der Definition des Begriffs „Austausch von Anteilen“.

Lange Zeit waren in Deutschland die steuerlichen Bedingungen für grenzüberschreitende Sachverhalte jedenfalls im unternehmerischen Bereich alles andere als zufrieden stellend. Nun liegt zwar mit dem sogenannten „SEStEG“⁶⁸ eine solche Regelung vor, ob sich damit auch Zufriedenheit einstellt, bleibt abzuwarten. Dieses Gesetz brachte eine komplette Neufassung des Umwandlungssteuergesetzes (im folgenden: UmwStG 2006) und berücksichtigt neben den EU-Verordnungen zur SE und zur Europäischen Genossenschaft auch die Richtlinien 2005/19/EG (FRL 2005) und 2005/56/EG⁶⁹ (gesellschaftsrechtliche Verschmelzungsrichtlinie). Ziel des SEStEG ist laut Gesetzesbegründung die Anpassung der nationalen steuerlichen Vorschriften zur Umstrukturierung von Unternehmen an die jüngsten gesellschaftsrechtlichen und steuerlichen Entwicklungen und Vorgaben des europäischen Rechts. Das UmwStG 2006 ist erstmals auf Umwandlungen anzuwenden, bei denen die Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister nach dem 12.12.2006 - dem Tag der Verkündung des SEStEG - erfolgt ist.

Im Rahmen der laufenden Besteuerung gibt es keine Sonderrechte der SE. Die steuerlichen Bedingungen bei der SE-Gründung ist abhängig von der Wahl der Gründungsform. Einzig die

Gründung durch Umwandlung einer nationalen AG in eine SE ist unproblematisch steuerneutral möglich.

1. Steuern bei der Gründung

a) Verschmelzung

Die Gründung im Wege der Verschmelzung ist in Anlehnung an die Dritte gesellschaftsrechtliche Richtlinie (gesellschaftsrechtliche Fusionsrichtlinie)⁷⁰ in Form der Verschmelzung durch Aufnahme, Art. 17 Abs. 2a SE-VO, und der Verschmelzung durch Neugründung vorgesehen, Art. 17 Abs. 2b SE-VO. 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 mehrere Gesellschaften ihr gesamtes Vermögen im Wege der Auflösung ohne Abwicklung auf die neu zu gründende Gesellschaft übertragen. Aus deutscher Sicht sind zu bei der Beteiligung eines deutschen Gründungsunternehmens die Hinausverschmelzung (die zu gründende SE hat ihren Sitz im EU-/EWR-Ausland) und die Hineinverschmelzung (die neu zu gründende SE hat ihren Sitz in Deutschland) zu unterscheiden.

Bei der Hinausverschmelzung werden gem. § 11 Abs. 1 UmwStG 2006 die auf die neue SE zu übertragenden Wirtschaftsgüter der deutschen Körperschaft in der Schlussbilanz mit dem gemeinen Wert angesetzt, was zu einer Aufdeckung stiller Reserven führen würde.

Auf Antrag können die übergehenden Wirtschaftsgüter mit dem Buchwert angesetzt werden, soweit sichergestellt ist, dass sie später bei der übernehmenden Körperschaft der Besteuerung mit Körperschaftsteuer unterliegen, das Recht der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich der Besteuerung des Gewinns aus der Veräußerung der übertragenen Wirtschaftsgüter bei der übernehmenden Körperschaft nicht ausgeschlossen oder beschränkt wird und eine Gegenleistung nicht gewährt wird oder in Gesellschaftsrechten besteht. Die wäre zum Beispiel der Fall, wenn in Deutschland eine Betriebsstätte der ausländischen SE verbleibt, welcher die Wirtschaftsgüter des

deutschen Gründungsunternehmens zuzurechnen sind und im Verhältnis zum SE-Sitzstaat das Betriebsstättenprinzip im Sinne von Art. 7 OECD-MA⁷¹ gilt.

Auf der Ebene der Anteilseigner der deutschen (übertragenden) Körperschaft wird der Erwerb neuer Anteile an der ausländischen SE wie eine Veräußerung behandelt und durch den Ansatz des gemeinen Werts werden stille Reserven aufgedeckt. Auf Antrag kann jedoch auch hier der Buchwert angesetzt werden, da es sich bei der SE-Verschmelzungsgründung um eine Umwandlung im Sinne der FRL 1990 / 2005 handelt.

Bei der Hineinverschmelzung hat die übernehmende (deutsche) Körperschaft (d.h. die neu entstehende SE mit Sitz in Deutschland) die auf sie übertragenen Wirtschaftsgüter mit dem in der steuerlichen Schlussbilanz der übertragenden Körperschaft enthaltenen Werten zu übernehmen. Bei der übernehmenden Körperschaft bleibt ein Gewinn oder ein Verlust in Höhe des Unterschieds zwischen dem Buchwert der Anteile an der übertragenden Körperschaft und dem Wert, mit dem die übergegangenen Wirtschaftsgüter zu übernehmen sind, außer Ansatz. Die übernehmende Körperschaft tritt in die steuerliche Rechtsstellung der übertragenden Körperschaft ein.

Auf der Ebene der Anteilseigner der deutschen Körperschaft und nach der Verschmelzung der deutschen SE findet keine steuerlicher Realisationstatbestand Anwendung, so dass sich keinerlei steuerliche Wirkungen ergeben.

Das Einkommen und das Vermögen der übertragenden und der übernehmenden Kapitalgesellschaften ist so zu ermitteln, als ob das Vermögen der übertragenden Kapitalgesellschaft(en) mit Ablauf des Stichtags der Bilanz, die dem Vermögensübergang zu Grunde liegt (steuerlicher Übertragungstichtag), ganz oder teilweise auf die übernehmende Kapitalgesellschaft übergegangen ist. Damit ist eine (auch) ertragsteuerliche Rückwirkung von max. 8 Monaten möglich. Aus der steuerlichen Rückwirkung folgt, dass die Einkünfte der übertragenden Kapitalgesellschaft bereits ab dem steuerlichen Übertragungstichtag der übernehmenden Kapitalgesellschaft zugerechnet werden.

Die bislang zulässige (innerdeutsche) Übertragung von Verlustvorträgen von der übertragenden auf die übernehmende Körperschaft ist jedoch nach dem UmwStG 2006 nicht mehr möglich, der deutsche Gesetzgeber will damit einen „Import von EU-Auslandsverlusten“ vermeiden.

Beim Anteilseigner gelten die Anteile an der übertragenden Körperschaft als zum gemeinen Wert veräußert, die Anteile an der übernehmenden Körperschaft (der SE) als zu diesem Wert angeschafft. Auch hier kann auf Antrag der Buchwert oder ein Zwischenwert der Anteile an der übertragenden Gesellschaft angesetzt werden, wenn das deutsche Besteuerungsrecht sichergestellt ist. Die Anteile an der übernehmenden Körperschaft (der SE) treten in die Rechtstellung der Anteile an der übertragenden Körperschaft ein.

b) Gründung einer Holding-SE

Neben der vorgestellten Verschmelzung kommt die Gründung einer Holding-SE gem. Art. 2 Abs. 2 SE-VO in Betracht⁷². Die an der Gründung beteiligten Gesellschaften 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 Anteilstausches.

Beim Anteilstausch soll mit dem UmwStG 2006 das Besteuerungsrecht der Bundesrepublik Deutschland durch den grundsätzlichen Ansatz des gemeinen Werts sichergestellt werden. Es besteht jedoch ein Wahlrecht zum Buchwert- oder Zwischenwertansatz, wenn der übernehmenden Gesellschaft nach der Einbringung unmittelbar die Mehrheit der Stimmrechte an der Gesellschaft zusteht, deren Anteile eingebracht werden und das Besteuerungsrecht der Bundesrepublik hinsichtlich der erhaltenen Anteile nicht eingeschränkt wird.

Der Wert, mit dem die übernehmende Gesellschaft die eingebrachten Anteile ansetzt, gilt für den Einbringenden als Veräußerungspreis der eingebrachten Anteile und als Anschaffungskosten der erhaltenen Anteile. Abweichend davon gilt für den Einbringenden der gemeine Wert der eingebrachten Anteile als Veräußerungspreis und als Anschaffungskosten der erhaltenen Anteile, wenn für die eingebrachten Anteile oder für die erhaltenen Anteile nach der Einbringung das Recht der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich der Besteuerung des Gewinns aus der Veräußerung dieser oder jener Anteile ausgeschlossen oder beschränkt ist.

Eine wesentliche Neuerung im UmwStG 2006 liegt darin, dass die bisherige Besteuerung einbringungsgeborener Anteile durch eine nachträgliche Besteuerung des zu Grunde liegenden Einbringungsvorganges abgelöst werden soll, wenn in den Fällen des Anteilstausches die eingebrachten Anteile innerhalb einer Frist von sieben Jahren nach der Einbringung veräußert werden. So soll u.a. die doppelte Besteuerung von stillen Reserven auf der Ebene des Veräußerers und auf der Ebene der veräußernden Kapitalgesellschaft vermieden, jedoch gleichzeitig gesichert werden, dass die im Zeitpunkt der Betriebseinbringung oder des Anteilstausches aufgelaufenen und auf die Anteile an der übernehmenden Gesellschaft übertragenen stillen Reserven bei einer Veräußerung der Anteile innerhalb der Sperrfrist letztlich im Zeitpunkt der Veräußerung der Anteile der vollen Besteuerung unterliegen.

c) Gründung einer SE durch Errichtung einer Tochtergesellschaft

Gesellschaften i.S.d. Art. 48 des EG-Vertrages sowie sonstige nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründete Körperschaften⁷³ 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 haben⁷⁴. Die Errichtung einer Tochter-SE ist ebenso wie die Errichtung einer Holding-SE eine Form des Anteiltausches. Daher kann an dieser Stelle auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.

d) Gründung durch Umwandlung einer nationalen Aktiengesellschaft

Eine nationale AG kann durch formwechselnde Umwandlung⁷⁵ in eine SE umgewandelt werden, wenn sie mindestens seit zwei Jahren eine Tochtergesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat hat. Dies ist ein Vorgang, der steuerneutral durchgeführt werden kann.

2. Grenzüberschreitende Sitzverlegung

Bisher war im deutschen Steuerrecht für den Fall, dass eine in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaft ihren Sitz ins Ausland verlegt und sich damit der unbeschränkten deutschen Steuerpflicht entzieht, vorgesehen, dass die Sitzverlegung wie eine Liquidation zu

behandeln und zu versteuern ist, was zur Aufdeckung aller stillen Reserven führte. Dies bleibt so für den Fall, dass die Sitzverlegung in einen Drittstaat (also Nicht-EU-/EWR-Staat) erfolgt.

Für die Sitzverlegung in einen EU-/EWR-Staat tritt nach der durch das SEStEG geänderte Rechtslage eine Versteuerung nur dann ein, wenn das Besteuerungsrecht der BRD durch die Sitzverlegung ausgeschlossen oder beschränkt wird. Soweit also Vermögen der wegziehenden SE weiterhin in Deutschland steuerverstrickt bleibt (z.B. durch Zurechnung zu einer in Deutschland verbleibenden Betriebsstätte der SE), kommt es nicht zur Besteuerung. Eine solche Zurechnung von Vermögen zu einer Betriebsstätte ist immer dann problematisch, wenn es sich Beteiligungen oder um immaterielle Wirtschaftsgüter (wie Patente, Lizenzen) handelt. Solche Wirtschaftsgüter werden üblicherweise nicht einer Betriebsstätte, sondern dem Stammhaus zugerechnet. Schließlich stellt sich die Problematik der Besteuerung stiller Reserven als besonders gravierend dar, wenn die sitzverlegende SE über einen hohen selbst geschaffenen Firmenwert oder andere, selbstgeschaffene immaterielle Wirtschaftsgüter verfügt. Da diese nicht aktiviert sind, bei Wegzug idR nicht einer etwaigen verbleibenden Betriebsstätte zugerechnet und zu versteuern sind, ist hier mit einer hohen steuerlichen Belastung zu rechnen. Wo sich solche Konstellationen abzeichnen, bedarf einer sehr sorgfältigen und abwägenden anwaltlichen Beratung, welche die gesellschaftlichen und steuerlichen Gestaltungsmöglichkeiten von Sitzverlegungen steueroptimal gewährleistet.

Eine andere Situation besteht für die Anteilhaber einer SE, die ihren Sitz aus Deutschland heraus in einen anderen EU-/EWR-Staat verlegt. Aufgrund der europäischen Vorgaben ist eine Besteuerung der stillen Reserven in den Anteilen an einer SE aus Anlass der Sitzverlegung verboten. Für diesen Fall gilt jedoch, dass ein späterer Veräußerungsgewinn dieser Anteile der deutschen Besteuerung zu unterwerfen ist, als hätte es die Sitzverlegung nicht gegeben. Gleiches gilt, wenn später die Anteile verdeckt in eine Kapitalgesellschaft eingelegt werden, wenn die SE aufgelöst oder wenn ihr Kapital herabgesetzt und zurückgezahlt wird oder wenn Beträge aus dem steuerlichen Einlagenkonto (§ 27 KStG) ausgeschüttet oder zurückgezahlt werden.

Mit dieser Regelung sind der deutschen Besteuerung nicht nur die stillen Reserven unterworfen, die zum Zeitpunkt der Sitzverlegung bestehen, sondern auch die, die bis zur tatsächlichen Veräußerung der Anteile ggfls. noch entstehen. Das deutsche Besteuerungsrecht für spätere

Veräußerungen besteht unabhängig von etwaigen anderslautenden DBA-Regelungen, was zwangsläufig zu Doppelbesteuerungssachverhalten führen wird.

3. Laufende Besteuerung

Im Rahmen der laufenden Besteuerung gibt es keine Sonderrechte der SE. Sie hat die jeweils geltenden nationalen Regelungen einschließlich der Doppelbesteuerungsabkommen und der Mutter-Tochter-Richtlinie zu beachten.

Literaturverzeichnis

- Benecke/Schnitger Änderungsrichtlinie zur Fusionsrichtlinie: Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung und Aufnahme transparenter Gesellschaften – zwei unvereinbare Ziele? Teil I in: IStR 2005, 606 ff.; Teil II in: IStR 2005, 641 ff.
- Blanke, Thomas, Europäische Aktiengesellschaft ohne Arbeitnehmerbeteiligung?, ZIP 2006, 789 ff.
- Blumers/Kinzl, Änderungen der Fusionsrichtlinie: Warten auf den EuGH, in: BB 2005, 971 ff.
- Früchtl, Bernd Societas Europaea (SE) – erste Einblicke in die deutsche Europa-AG, NotBZ 2005, 70 ff.
- Hahn, Formwechsel und Sitzverlegung nach dem künftigen Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften, in: IStR 2005, 677 ff.
- Heckschen, Europäische Gesellschaft (SE) Anhang 14 in: Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Bonn, Berlin 2005.
- Horn, Norbert Die Europa-AG im Kontext des deutschen und europäischen Gesellschaftsrechts, DB 2005, 147 ff.
- Kraft/Bron, Grundfreiheiten und grenzüberschreitende Verschmelzung im Lichte aktueller EuGH-Rechtsprechung (Sevic), in: IStR 2006, 26 ff.
- Manz, Gerhard/
Mayer, Barbara/
Schröder, Albert (Hrsg.) Europäische Aktiengesellschaft SE, Baden-Baden 2005
- Mellert, Christofer R./
Verfürth, Ludger C. Wettbewerb der Gesellschaftsformen, Berlin 2005
- Mückl, Patrick/ Wie gelingt der Auftakt zur Arbeitnehmerbeteiligung bei SE-Gründung? – Richtige Aufforderung und Information in

Götte, Mareike	der Praxis, BB 2017, 1845 ff.
Schwarz, Günter Chr.	SE-VO Kommentar, München 2006
Schwedhelm, Rolf,	Umwandlungsrecht, 6. Aufl. 2008
Scholz, Franz	Kommentar zum GmbHG, Bd. I, 10. Aufl. Köln 2006
Seibt, Christoph H.,	Arbeitnehmerlose Societas Europaea, ZIP 2005, 2248 ff.
Seibt, Christoph H./ Saame, Carola	Die Societas Europaea (SE) deutschen Rechts: Anwendungsfelder und Beratungshinweise, Anwaltsblatt 2005, 225 ff.
Thiel, Jochen	Europäisierung des Umwandlungssteuerrechts: Grundprobleme der Verschmelzung, in: DB 2005, 2316 ff.
Vogel, Klaus/ Lehner, Moris	Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 4. Aufl. München 2003
Walden, Daniel/ Meyer-Landrut, Andreas	Die grenzüberschreitende Verschmelzung zu ei ner Europäischen Gesellschaft: Beschlussfassung und Eintragung, DB 2005, 2619 ff.
Widmann, Siegfried/ Mayer, Dieter (Hrsg.)	Umwandlungsgesetz Umwandlungssteuergesetz Kommentar, Loseblattsammlung, Stand: 88. Erg.-Lfg./Juni 2006
Wisskirchen, Gerlind/ Prinz, Thomas	Das Gesetz über die Beteiligung der Arbeitneh mer in einer Europäischen Gesellschaft (SE), DB 2004, 2638 ff.
Wollburg, Ralph/ Banerjea, Nirmal Robert	Die Reichweite der Mitbestimmung in der Europäischen Gesellschaft, ZIP 2005, 277 ff.

- ¹ Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates v. 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABIEG Nr. L 249 v. 10.11.2001, S. 1 ff.
- ² Zur Entstehungsgeschichte der SE-VO vgl. die Ausführungen in der ersten Auflage.
- ³ Art. 1 des Gesetzes zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) v. 22.12.2004, BGBl. I 2004, S. 3675 ff.
- ⁴ Richtlinie 2001/86/EG des Rates v. 8.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABIEG Nr. L 249 v. 10.11.2001, S. 22 ff.
- ⁵ Art. 2 des Gesetzes zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) v. 22.12.2004, BGBl. I 2004, S. 3675 ff.
- ⁶ ABIEG Nr. L 310 v. 25.11.2005, S. 1 ff.
- ⁷ BGBl. I 2007, S. 542 ff.
- ⁸ EuGH Urt. v. 13.12.2005 – Rs. 411/01, RIW 2006, 140 = ABl. C 36 v. 11.2.2006, S. 5 ff.
- ⁹ In einer Entschließung vom 25. Oktober 2007 (veröffentlicht unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?Type=TA&Reference=P6-TA-2007-0491&language=DE>) bedauert das Europäische Parlament, dass die EU-Kommission es nunmehr mit erheblichem Verzug davon in Kenntnis gesetzt habe, dass sie beabsichtige, keinen Legislativvorschlag für eine vierzehnte gesellschaftsrechtliche Richtlinie auszuarbeiten.
- ¹⁰ Die Folgenabschätzung wurde veröffentlicht in englischer Sprache unter: http://ec.europa.eu/internalmarket/company/docs/shareholders/iattransfer122007part1_en.pdf sowie <http://ec.europa.eu/internalmarket/company/docs/shareholders/iattransfer122007part1en.pdf>.
- ¹¹ Richtlinie 90/435/EWG, ABl. EG Nr. L 225 1990, S. 6, ber. ABl. EG Nr. L 266 1990, S. 20; zuletzt geändert durch RL 2003/123/EG, ABl. Nr. L 7 2004, S. 41.
- ¹² Richtlinie des Rates 2003/49/EG vom 2. Juni 2003 über eine gemeinsame Steuerregelung für Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten (Zinsen-Lizenzen-Richtlinie), Abl. L 157, 26. Juni 2003, S. 49 f.
- ¹³ Richtlinie 90/434/EWG des Rates v. 23.7.1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, ABIEG Nr. L 225 v. 20.8.1990, S. 1 ff.
- ¹⁴ Richtlinie 2005/19/EG des Rates v. 17.2. 2005 zur Änderung der Richtlinie 90/434/EWG über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von

Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, ABIEG Nr. L 58 v. 4.3.2005, S. 19 ff.

- 15 BGBl. I 2006, S. 2782 ff.
- 16 *Westermann*, in: Scholz, GmbHG, Einl. Rn. 83 m.w.N.
- 17 EuGH, Urt. v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97 (*Centros Ltd. ./.* Erhvervsog Selskabsstyrelsen), BB 1999, 809 ff.
- 18 EuGH, Urt. v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00 (*Überseering BV ./.* NCC), BB 2002, 2425 f.
- 19 EuGH, Urt. v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01 (*Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam./.* Inspire Art Ltd.), RIW 2003, 957ff. = NJW 2003, 3331 ff.
- 20 Zur Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH und der deutschen Gerichte vgl. die Ausführungen in der ersten Auflage, Kapitel V. Sitz- und Gründungstheorie.
- 21 EuGH Urteil vom 16.12.2008, Rs. C-210/06 „*Cartesio*“, NJW 2009, 569.
- 22 So z.B. BGH, Urt. v. 13.3.2003 – VII ZR 370/98, BB 2003, 915ff. = NJW 2003, 1461 f.; BayObLG, Urt. v. 19.12.2002 – 2 Z BR 7/02; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 26.3.2003 - 3 W 21/03, BB 2003, 864 ff.
- 23 Rs. C-411/03 („*SEVIC Systems AG*“), RIW 2006, 140 = ABIEG Nr. C 36 v. 11.2.2006, S. 5 ff.
- 24 Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) v. 22.12.2004, BGBl. I 2004, S. 3675 ff.
- 25 Die Art. 3 bis 8 enthalten Folgeänderungen, die sich aus dem Erlass der beiden Gesetze in den Art. 1 und 2 ergeben.
- 26 Vgl. die ausführliche Erörterung der einzelnen Gründungsverfahren durch *Vossius*, in: Widmann/Mayer, Stand: 65. Erg.-Lfg./Juni 2002, § 20 UmwG Rn. 396 ff.
- 27 Insbesondere die Holz Müller-Entscheidung des BGH v. 25.2.1982 – II ZR 174/80 (BB 1982, 827 ff.), wonach es ungeschriebene Zustimmungskompetenzen der Hauptversammlung gibt, wenn eine Strukturmaßnahme so tief in die Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre und in deren im Anteilseigentum verkörpertes Vermögensinteresse eingreifen, dass der Vorstand vernünftiger Weise nicht annehmen kann, er dürfe sie in ausschließlich eigener Verantwortung treffen (konkret: die Einbringung des wertvollsten Betriebsteils in eine 100%ige Tochtergesellschaft im Wege der Sacheinlage); sowie das Gelatine-Urteil des BGH v. 26.4.2004 – II ZR 155/02 (BB 2004, 1182 ff.), wonach ein Zustimmungsvorbehalt der Hauptversammlung besteht, wenn eine von dem Vorstand in Aussicht genommene Umstrukturierung der Gesellschaft an die Kernkompetenz der Hauptversammlung, über die Verfassung der AG zu bestimmen, rührt, weil sie Veränderungen nach sich zieht, die denjenigen zumindest nahe kommen, welche allein durch eine Satzungsänderung

herbeigeführt werden können (konkret: Ausgliederungen und Umstrukturierung einer Tochter- in eine Enkelgesellschaft).

- ²⁸ Art. 15 des Gesetzes zur Errichtung eines Sondervermögens „Aufbauhilfe 2021“ und zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht wegen Starkregenfällen und Hochwassern im Juli 2021 sowie zur Änderung weiterer Gesetze (Aufbauhilfegesetz 2021 - AufbauhilfeG 2021) vom 10.9.2021, BGBl. I S. 4147.
- ²⁹ Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie (COVMG) vom 27. März 2020, BGBl. I S. BGBl. Jahr 2020 I Seite 569, 570; zuletzt geändert durch Art. 15 AufbauhilfeG 2021 vom 10.9.2021, BGBl. I S. 4147.
- ³⁰ Schwarz, SE-VO, 2006, Art. 47 Rn. 7 m.w.N.
- ³¹ Der Entwurf sah noch die analoge Geltung von § 86 AktG „Gewinnbeteiligung der Vorstandsmitglieder“ vor, die verabschiedete Gesetzesfassung nicht mehr.
- ³² Seibt/Saame, AnwBl 2005, 229.
- ³³ Erwägungsgrund (14) der SE-VO: „Es ist erforderlich, der SE alle Möglichkeiten einer leistungsfähigen Geschäftsführung an die Hand zu geben und gleichzeitig deren wirksame Überwachung sicherzustellen. (...) Die Wahl des Systems bleibt der SE überlassen, jedoch ist eine klare Abgrenzung der Verantwortungsbereiche jener Personen, die mit der Aufsicht betraut sind, wünschenswert.“
- ³⁴ Vgl. hierzu die Ausführungen unten S. 27 ff. zur Arbeitnehmerbeteiligung.
- ³⁵ Diese Formulierung betrifft die Gründungsvariante durch Verschmelzung gem. Art. 17 ff. SE-VO. Wird die SE durch eine der anderen Gründungsvarianten errichtet, ist eine entsprechende Anpassung an die Art der Grundkapitalaufbringung vorzunehmen.
- ³⁶ Bei einer mitbestimmten SE muss der Vorstand aus mindestens zwei Mitgliedern bestehen, von denen einer für den Bereich Arbeit und Soziales zuständig ist, § 38 Abs. 2 SEBG; andernfalls kann die Satzung gem. § 16 Abs. 1 SEAG vorsehen, dass der Vorstand aus weniger oder mehr als zwei Personen besteht.
- ³⁷ Die Mindestanzahl der Mitglieder des AR beträgt drei, § 17 Abs. 1 S. 1 SEAG. Die maximale Anzahl ergibt sich aus § 17 Abs. S. 4 SEAG in Abhängigkeit von der Höhe des Grundkapitals. In einer mitbestimmten SE ist die Beteiligung der Arbeitnehmer im AR zu beachten, deren Voraussetzungen und Umfang sich aus §§ 34 und 35 SEBG ergeben.
- ³⁸ Gem. Art. 61 SE-VO unterliegt die SE hinsichtlich des Jahresabschlusses einschließlich des Lageberichts und der Prüfung/Offenlegung dieser Abschlüsse dem nationalen Recht des Sitzstaates. Das SEAG sieht für die dualistisch strukturierte SE keine Sondervorschriften vor, so dass das deutsche Aktienrecht zur Anwendung kommt, an welches dieser Vorschlag anlehnt.

- ³⁹ Die in Art. 14 vorgesehene Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften wird gem. § 4 SEAG durch das zuständige Handelsregister veranlasst.
- ⁴⁰ Die Mindestanzahl der Mitglieder des Verwaltungsrates beträgt bei einem Grundkapital von mehr als 3 Mio. EUR drei, ansonsten kann die Satzung bestimmen, dass der Verwaltungsrat aus mehr oder weniger Mitgliedern bestehen soll, § 23 Abs. 1 S. 2 SEAG. Die maximale Anzahl ergibt sich aus § 23 Abs. 1 S. 3 SEAG in Abhängigkeit von der Höhe des Grundkapitals. In einer mitbestimmten SE ist die Beteiligung der Arbeitnehmer im Verwaltungsrat zu beachten, deren Voraussetzungen und Umfang sich aus §§ 34 und 35 SEBG ergeben.
- ⁴¹ Bei einer mitbestimmten SE müssen mindestens zwei geschäftsführende Direktoren bestellt werden, von denen einer für den Bereich Arbeit und Soziales zuständig ist, § 38 Abs. 2 SEBG; andernfalls kann die Satzung gem. § 40 Abs. 1 S. 1 SEAG vorsehen, dass ein oder mehr als zwei geschäftsführende Direktoren bestellt werden.
- ⁴² §§ 47 f. SEAG enthalten Sondervorschriften für die Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses einer monistisch strukturierten SE, die im Wesentlichen an das deutsche AktG angelehnt sind.
- ⁴³ Vertiefend: *Mückl/Götte*, Wie gelingt der Auftakt zur Arbeitnehmerbeteiligung bei SE-Gründung? – Richtige Aufforderung und Information in der Praxis, BB 2017, 1845.
- ⁴⁴ Richtlinie 2001/86/EG des Rates v. 8.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABIEG Nr. L 249 v. 10.11.2001, S. 22 ff.
- ⁴⁵ Erwägungsgrund (8) der Richtlinie 2001/86/EG.
- ⁴⁶ *Fuchs*, in: Manz/Mayer/Schröder, 2005, Art. 12 Rn. 32.
- ⁴⁷ *Walden/Meyer-Landrut*, DB 2005, 2619, 2623.
- ⁴⁸ Erwägungsgrund (7) der Richtlinie 2001/86/EG.
- ⁴⁹ Art. 2 des Gesetzes zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) v. 22.12. 2004, BGBl. I 2004, S. 3686 ff.
- ⁵⁰ Ausnahme bei Gründung durch Umwandlung: Hier ist eine Minderung der bereits bestehenden Beteiligungsrechte nicht möglich, § 15 Abs. 5 SEBG.
- ⁵¹ D.h., sie bleiben daneben bestehen, z.B. der nationale Betriebsrat nach BetrVG oder die Mitbestimmung im Aufsichtsrat nach dem Drittelbeteiligungsg
- ⁵² Gesetz v. 28.10.1996, BGBl. I 1996, S. 1548 ff, ber. S. 2022, geändert durch Gesetz v. 22.12.1999, BGBl. I 1999, S. 2809 ff.
- ⁵³ Die Zusammensetzung des bVG ist in §§ 5 bis 7 SEBG geregelt, der Wahlmodus in §§ 8 bis 10 SEBG.

- ⁵⁴ Zum Inhalt der gesetzlichen Auffangregelungen des SEBG siehe nachfolgenden Abschnitt 3.
- ⁵⁵ LAG Berlin-Brandenburg, vom 10.2.2017, 6 TaBV 1585/16 (Volltext dieser Entscheidung bei Juris). Auszüge der Entscheidung abgedruckt in AG 2017, S. 757. S.a. Pressemitteilung Nr. 6/17 vom 13.3.2017, <http://www.berlin.de/gerichte/arbeitsgericht/presse/pressemitteilungen/2017/pressemitteilung.570622.php>.
- ⁵⁶ z.B. *Horn*, DB 2005, 147, 150 ff., *Wisskirchen/Prinz*, DB 2004, 2638, 2641 f., *Früchtl*, NotBZ 2005, 70, 73 f.
- ⁵⁷ BVerfG, Urt. v. 1.3.1979 – 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290 ff.
- ⁵⁸ z.B.: *Früchtl*, NotBZ 2005, 70 76 ff; *Wollburg / Banerjea*, ZIP 2005, 277 ff; *Blanke*, ZIP 2006, 789 ff.
- ⁵⁹ Beschl. v. 28.06.2005 – 66 AR 76/05, ZIP 2005, 2017 f.
- ⁶⁰ Beschl. v. 30.09.2005 – 417 T 15/05, ZIP 2005, 2018 f., siehe auch den Kommentar zu diesem Beschluss von Reinhard, RIW 2006, 68 ff. und die Besprechung von Seibt, ZIP 2005, 2248 ff.
- ⁶¹ Verfügg. v. 16.01.2006 – HRB 52618, ZIP 2006, 287.
- ⁶² Register-Nr. HRB 96289 B.
- ⁶³ z.B. *Blanke*, ZIP 2006, 789 ff.
- ⁶⁴ so argumentieren z.B. *Wollburg / Banerjea*, ZIP 2005, 277, 279.
- ⁶⁵ Richtlinie 2005/19/EG des Rates v. 17.2.2005 zur Änderung der Richtlinie 90/434/EWG über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, ABIEG Nr. L 58, S. 19 ff.
- ⁶⁶ Richtlinie 90/434/EWG des Rates v. 23.7.1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, ABIEG Nr. L 225 v. 20.8.1990, S. 1 ff.
- ⁶⁷ Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates v. 22.7.2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE), ABIEG EG Nr. L 207, S. 1 ff.
- ⁶⁸ Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften (SEStEG), BGBl. I 2006, S. 2782 ff.
- ⁶⁹ Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.12.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABIEG Nr. L 310, S. 1 ff.
- ⁷⁰ Richtlinie 78/885/EWG v. 9.10.1978, ABIEG Nr. L 295 v. 20.10.1978, S. 46 ff.

- ⁷¹ Musterabkommen zur Vermeidung von Doppelbesteuerung der Organization for Economic Cooperation and Development (Organisation für Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung).
- ⁷² Damit auch Personengesellschaften: vgl. *Hirte*, NZG 2002, 3.
- ⁷³ Art. 2 Abs. 3 SE-VO.
- ⁷⁴ Art. 36 Abs. 2 SE-VO.
- ⁷⁵ *Schulz/Geismar*, DStR 2001, 1085.