

Geleitwort

Wenn Unternehmen planen, sich als Europäische Gesellschaft (SE) zu konstituieren, sind sie auf ausführliche und vollständige Informationen angewiesen. Diese wurden jetzt von den Autoren dankenswerterweise in Buchform zusammengestellt.

Mit dem Statut der SE steht nun ein einheitlicher rechtlicher Rahmen zur Verfügung, der es den Gründern einer solchen Gesellschaft gestattet, ihr Unternehmen europaweit einheitlich zu strukturieren.

Dank der Möglichkeit, mit Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten zu fusionieren und ihren Sitz innerhalb des gesamten Binnenmarkts zu wechseln, verfügt die SE über ein hohes Maß an Mobilität.

Grenzübergreifende Fusionen ermöglichen nun die Umstrukturierung von Unternehmensgruppen in der Weise, dass zum Beispiel einzelne Produktlinien, Regionen oder Tätigkeitsbereiche jeweils einer eigenen SE zugeordnet werden. Das Statut der SE eröffnet auch den Königsweg für jegliche Kooperation zwischen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten – man denke nur an die Realisierung aufwendiger grenzübergreifender Projekte wie Hochgeschwindigkeitsbahnstrecken, Brennertunnel und Ärmelkanaltunnel, an Allianzen im Stahlsektor (Arcelor) oder im Bankensektor (Nordea) usw.

Derartige Fusionen ermöglichen eine Senkung der Betriebskosten, zugleich aber ist die einfachere Struktur der Unternehmensgruppe kapitalmarktfreundlicher und erleichtert somit den Zugang zu privatem Kapital.

Diesen unbestreitbaren Vorteilen wird aber der Einwand entgegengestellt, dass die Mitbestimmungsregeln der SE abschreckend seien. Hier gilt jedoch der Grundsatz „nachher wie vorher“: Waren die Arbeitnehmer vor der Gründung der SE in den Organen keiner der beteiligten Gesellschaften vertreten, so müssen sie auch nicht in den Organen der SE vertreten sein.

Waren die Arbeitnehmer hingegen vorher in den Organen der beteiligten Gesellschaften vertreten, so ist dieser Besitzstand geschützt, wenn sich die Mitbestimmung auf mindestens 25% (durch Verschmelzung gegründete SE) bzw. mindestens 50% (als Holding oder gemeinsame Tochter gegründete SE) der Beschäftigten der beteiligten Gesellschaften erstreckte.

Leider enthält das SE-Statut keine steuerlichen Bestimmungen. Es ist daher besonders zu begrüßen, dass das vorliegende Werk interessierten Unternehmen praxisnahe Hilfestellung zur Lösung steuerlicher Fragestellungen anbietet. Gleichzeitig hoffe

ich, dass sich die Mitgliedstaaten den für die SE wichtigen Initiativen der Kommission, die das Buch ebenfalls kenntnisreich beschreibt, nicht verschließen werden.

Ich danke den Autoren für ihren Beitrag zur Schaffung eines echten Binnenmarktes für die Unternehmen.

Brüssel, im September 2005

Frits Bolkestein

Kommissar a. D. für Binnenmarkt, Steuern
und Zollunion der Europäischen Kommission

„Mit der fortschreitenden wirtschaftlichen Integration werden die Anwendungsmöglichkeiten der Europäischen Aktiengesellschaft zunehmen.“

(Pieter Sanders, *Auf dem Wege zu einer europäischen Aktiengesellschaft?*, RIW/AWD, 6 (1960), S. 1 f.)

Vorwort

Am 08. Oktober 2004 ist europaweit die Verordnung über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (*Societas Europaea*, SE) in Kraft getreten.¹ Damit hat der Europäische Gesetzgeber nach Jahrzehnten der kontroversen Diskussion die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen geschaffen, um den Europäischen Binnenmarkt auch im Bereich der Rechtsformen zu vollenden² und den Unternehmen das „Flaggschiff des europäischen Gesellschaftsrechts“³ zur Verfügung zu stellen, das ihnen zukünftig gemeinschaftsweit die grenzüberschreitende Mobilität und Flexibilität ermöglicht.⁴ Europa erhält damit die erste gemeinsame Organisationsform für global aufgestellte Unternehmen und Konzerne. Diesem historischen Ereignis war ein über 40-jähriger Leidensweg eines der zentralen und richtungweisenden europäischen Gesetzgebungsvorhaben vorausgegangen. Dieser konnte erst nach dem völlig unerwarteten Durchbruch im Europäischen Rat von Nizza Ende 2000, dem „Wunder von Nizza“⁵, durch die Verabschiedung sowohl der Verordnung über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (SE-VO) als auch der dazugehörigen Richtlinie betreffend die Beteiligung der Arbeitnehmer (SE-RL) durch den Europäischen Ministerrat im Oktober 2001 beendet werden. Seither waren die 28 Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) sowie des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR) damit beauftragt, nationale Einführungsgesetze zu erlassen, um die neue supranational-europäische Rechtsform in die nationalen Rechtsordnungen zu integrieren und dabei den Ermächtigungen und Verpflichtungen der SE-VO ebenso Rechnung zu tragen wie die Bestimmungen der SE-RL in nationales Recht zu transformieren. Speziell in Deutschland ist dies durch die Verabschiedung des Gesetzes zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) erfolgt, das am 23. Dezember 2004 in Kraft getreten ist und insbesondere das Gesetz zur Ausführung der SE-VO (SE-Ausführungsgesetz, SE-AG) sowie das Gesetz zur Beteiligung der Arbeitnehmer (SE-Beteiligungsgesetz, SE-BG) umfasst.

¹ Vgl. Maul, S. / Wenz, M., in: FAZ v. 06.10.2004, S. 23.

² Vgl. Wenz, M., *Die Societas Europaea (SE)*, Berlin: Duncker & Humblot, 1993, S. 35-44.

³ Hopt, K.J., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, ZIP 19 (1998), S. 99.

⁴ Vgl. Maul, S. / Wenz, M., *Mobilität von Unternehmen in Europa*, in: Schröder, R. (Hrsg.), *Die GmbH im europäischen Vergleich*, Berlin: Lexxion, 2005, S. 193-200.

⁵ Hirte, H., *Die Europäische Aktiengesellschaft*, NZG 5 (2002), S. 1 f.

Anders als Aktiengesellschaften nationalen Rechts, die jenseits der nationalen Rechtsordnung, welche die Gründung und ihre Existenz regelt, keine Realität haben,¹ wird die Europäische Aktiengesellschaft als Rechtsform supranational-europäischen Rechts in allen Mitgliedstaaten der EU und des EWR uneingeschränkt anerkannt. Unternehmen können somit erstmals von der im EG-Vertrag sowie von der im EWR-Abkommen garantierten Niederlassungsfreiheit – wie natürliche Personen – uneingeschränkt Gebrauch machen und auch grenzüberschreitend mobil und flexibel sein, da die Europäische Aktiengesellschaft über sämtliche binnenmarktspezifischen Freiheitsgrade und somit europaweit über dieselben Entfaltungsmöglichkeiten wie nationale Rechtsformen in den jeweiligen Mitgliedstaaten verfügt. Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft kann daher als zentraler Schritt angesehen werden, um die bislang primär national ausgeprägte Unternehmensrechtsordnung an die seit der Vollendung des Europäischen Binnenmarktes bestehende supranational-europäische Marktrechtsordnung anzupassen;² diese ist als ein Raum mit innergemeinschaftlichen Hoheitsgrenzen, aber ohne Binnengrenzen bzw. -grenzkontrollen³ sowie einem intensiven grenzüberschreitenden Wettbewerb sowohl zwischen Unternehmen als auch zwischen Standorten und nationalen Rechtsordnungen gekennzeichnet. Damit leistet die Europäische Aktiengesellschaft auch einen wichtigen Beitrag, um nationale Unternehmensstrukturen und -kulturen, wie beispielsweise die Deutschland AG, weiter aufzubrechen und sie in europäische, im Wettbewerb entstandene und daher effiziente Strukturen (Europa Inc.) zu transformieren.

Pan-europäisch operierende Unternehmen und Konzerne können sich zukünftig in flexibler Weise über Länder- und Hoheitsgrenzen hinweg nach weitgehend einheitlichen europäischen Regeln auf Gemeinschaftsebene neu strukturieren, reorganisieren und zusammenschließen, auch, um mit amerikanischen und japanischen Unternehmen und Konzernen auf globaler Ebene zu konkurrieren; sie können zudem ihren Sitz grenzüberschreitend in andere Mitgliedstaaten identitätswahrend verlegen. Der jeweiligen Internationalisierungsstrategie sowie der Internationalisierung der operationalen Organisationsstruktur und der Stakeholder kann somit durch eine angemessene statutarische Organisationsstruktur besser Rechnung getragen werden (*structure follows strategy*), so dass sich zahlreiche Effizienzsteigerungen aufgrund verminderter Transaktions- und Organisations(form)kosten im Europäischen Binnenmarkt rea-

¹ Vgl. *EuGH*, Urteil v. 27.09.1988 (*Daily-Mail*), *EuGH Slg.* 1988, S. 5483; aber auch *EuGH*, Urteil v. 05.11.2002 (*Überseering*), *IStR* 11 (2002), S. 809; *EuGH*, Urteil v. 30.09.2003 (*Inspire Art*), *BB* 58 (2003), S. 2195.

² Vgl. *Wenz, M.*, Einsatzmöglichkeiten einer Europäischen Aktiengesellschaft in der Unternehmenspraxis aus betriebswirtschaftlicher Sicht, *AG* 48 (2003), S. 186 f.

³ S. Art. 14 Abs. 2 EG-Vertrag: „Der Binnenmarkt umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital ... gewährleistet ist.“

lisieren lassen. Denn an die Stelle der bislang erforderlichen, sehr komplexen Strukturen können Organisationsstrukturen treten, die einfacher sind und den Rahmenbedingungen im Europäischen Binnenmarkt erheblich besser entsprechen. So besteht insbesondere die Möglichkeit, europaweit durch eine einzige SE mit rechtlich unselbstständigen Niederlassungen zu agieren. Dadurch können Entscheidungswege verkürzt und die Kosten für zahlreiche Tochtergesellschaften deutlich reduziert werden. Eine SE kann ferner zum Abbau psychologischer Hemmnisse beitragen und die Attrahierung von zusätzlichen Direktinvestitionen aus Drittstaaten fördern; somit können v. a. auch außereuropäische Unternehmen und Konzerne zukünftig im Europäischen Binnenmarkt in klar strukturierter, rechtlich weitgehend einheitlicher Form auf Gemeinschaftsebene auftreten und agieren.¹ Die SE verfügt zudem über einen rechtsformspezifischen Europäischen Corporate Goodwill und wird zur Herausbildung einer unternehmensindividuellen Europäischen Corporate Identity und Culture beitragen.²

Eine besondere Attraktion stellt die Möglichkeit dar, sich unabhängig von den im nationalen Recht niedergelegten Regeln für ein zwei- versus eingliedriges System der Corporate Governance entscheiden (Vorstand-/Aufsichtsrats- versus Boardmodell) und den Umfang der Beteiligung der Arbeitnehmer unternehmensindividuell auszuhandeln zu können. Vor dem Hintergrund der Diskussion über die Grenzen der organisatorischen Freiheit bei der Ausgestaltung der Corporate Governance deutscher Aktiengesellschaften, aber auch der bislang wenig erfolgreichen Bemühungen, die deutsche Mitbestimmung grenzüberschreitend fortzuentwickeln, um den Bedürfnissen international aufgestellter Unternehmen und Konzerne ebenso wie deren international ausgeprägten Arbeitnehmern Rechnung zu tragen, erscheinen diese Freiheitsgrade als geradezu revolutionär;³ erstmals wird dadurch ein Wettbewerb verschiedener Systeme auch tatsächlich möglich.⁴ Die Europäische Aktiengesellschaft kann daher auch dem Druck des US-amerikanischen Kapitalmarktes sowie allgemein der Amerikanisierung des internationalen Kapitalmarktumfeldes insoweit umfassend Rechnung tragen, als sich europäische Unternehmen nunmehr alternativ für ein Mo-

¹ Dazu in Bezug auf die europaweite Umstrukturierung von GM Europe einschließlich der Adam Opel AG vgl. *Reitz, U.*, in: WamS v. 24.10.2004, S. 25.

² Vgl. *Petri, S. / Wenz, M.*, Europäische Aktiengesellschaft – notwendig und zukunftsorientiert, in: *Der Aufsichtsrat* (2004), Heft 10, S. 3 f.

³ Zu den damit verbundenen Herausforderungen an den deutschen Gesetzgeber vgl. *Deges, S.*, in: *Rheinischer Merkur* Nr. 49 v. 02.12.2004, S. 17.

⁴ Zur weiteren Entwicklung des Gesellschaftsrechts in der EU und im EWR s. *Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament*, Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union – Aktionsplan, Brüssel, 21.05.2003, KOM(2003) 284 endgültig, in: http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/cnc/2003/com2003_0284de01.pdf.

dell der Corporate Governance nach US-amerikanischem Muster entscheiden können oder sogar entscheiden müssen; traditionelle europäische Mitbestimmungsstandards können zudem – sofern erforderlich – unternehmensindividuell angepasst und europaweit vereinheitlicht werden.

Nach einer gewissen Zurückhaltung der Unternehmens- und Beratungspraxis gegenüber der neuen supranational-europäischen Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft in den vergangenen Jahren hat das Interesse an der SE spätestens seit ihrer Einführung sowohl in Deutschland als auch in den anderen Mitgliedstaaten der EU und des EWR kontinuierlich zugenommen. Nachdem bereits am 08. Oktober 2004 die *MPIT Structured Financial Services SE* mit Sitz in Amsterdam als gemeinsame Tochtergesellschaft verschiedener Finanzdienstleistungsunternehmen als erstes Unternehmen in der neuen Rechtsform einer SE gegründet wurde, wandelte sich nur wenige Tage später die österreichische Strabag AG in eine SE um; europaweit sind seither verschiedene SE-Gründungen vorgenommen worden. Aktuell prüfen ferner zahlreiche europäische und verschiedene DAX-30-Unternehmen die Möglichkeiten, sich vollständig in eine SE umzuwandeln, ganze Konzernbereiche zu einer einzigen SE zusammenzufassen, sich zu einer SE zusammenzuschließen oder auch nur gezielte Aktivitäten fortan in einer SE zu organisieren. Jüngstes und europaweit prominentestes Beispiel, eine SE im Wege der grenzüberschreitenden Verschmelzung zu gründen, ist aber die Allianz AG.¹ Sie plant, ihre Holdinggesellschaft zusammen mit ihrer italienischen Konzerntochtergesellschaft, der RAS, in eine SE umzuwandeln. Den Presseberichten zufolge will sie dabei den Gesellschaftssitz in Deutschland und auch das deutsche Vorstands-/Aufsichtsratsmodell samt paritätischer Mitbestimmung, allerdings mit einem verkleinerten Aufsichtsrat, beibehalten. Mit der neuen Organisationsform soll u. a. der stärkeren Internationalisierung des Konzerns ebenso Rechnung getragen werden wie dem Ziel, die Komplexität der Konzernstruktur europaweit zu verringern, grenzüberschreitende Umstrukturierungen zu vereinfachen und die Vornahme neuer Akquisitionen im In- und Ausland zu erleichtern.

Ziel des vorliegenden Werkes ist es, eine umfassende interdisziplinäre Behandlung und Analyse der Europäischen Aktiengesellschaft in der im Jahr 2001 verabschiedeten Fassung unter Berücksichtigung des Ende 2004 verabschiedeten deutschen Einführungsgesetzes vorzunehmen.² Dadurch sollen die Anforderungen, die mit dem Einsatz dieser neuen europäischen Rechtsform in der Unternehmenspraxis verbun-

¹ Vgl. *Kuhr, D. / Reim, M.*, in: SZ v. 08.09.2005, S. 19; *Maier, A. / Fromme, H. / Carlo, M.*, in: FTD v. 12.09.2005, S. 18; *Flämig, M.*, in: Börsen-Zeitung v. 13.09.2005, S. 3; *Kuhr, D.*, in: SZ v. 13.09.2005, S. 27; *Fromme, H.*, in: FTD v. 14.09.2005, S. 18.

² Sowohl die SE-VO und die SE-RL als auch das deutsche SEEG, welches das SE-AG und das SE-BG umfasst, sind im Anhang abgedruckt.

den sind, aufgezeigt sowie Lösungsansätze für die damit einhergehenden Probleme vorgelegt werden. Der interdisziplinären Themenausrichtung entsprechend, konnten die Herausgeber ein sowohl rechtlich als auch betriebswirtschaftlich ausgewiesenes Autorenteam aus Wissenschaft und Praxis gewinnen, das sich individuell in sehr unterschiedlicher Form bereits seit vielen Jahren mit dem Gesetzfindungs- und Gesetzgebungsprozess zur Schaffung einer Europäischen Aktiengesellschaft befasst. Die jetzt vorgelegte Neuauflage bietet eine vollständige Überarbeitung, Aktualisierung und Ergänzung unter Berücksichtigung der nationalen und internationalen Diskussion in Theorie und Praxis sowie den zahlreichen Entwicklungen auf europäischer Ebene; gleichzeitig werden auch die ersten konkreten Anwendungsfälle in der deutschen und der europäischen Unternehmenspraxis einbezogen. Dadurch bietet das Werk, das bereits in erster Auflage zum Standardwerk in Deutschland avancierte und seit einem Jahr vergriffen ist, eine umfassende und konkrete Hilfe für die Unternehmens- und Beratungspraxis.

Einführend zeigen die Herausgeber den betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Hintergrund sowie die historische Entwicklung auf, die zur Schaffung des Statuts über die Europäische Aktiengesellschaft geführt haben. Darüber hinaus werden die Grundkonzeption und die Charakteristika der SE dargestellt, indem u. a. auf das Zielsystem, das der SE zugrunde liegt, sowie ihr Einfluss auf den Wettbewerb der Rechtsformen und der nationalen Gesellschaftsrechtssysteme eingegangen wird. Die Rechtsquellen der Europäischen Aktiengesellschaft werden vorgestellt und das auf sie anzuwendende Recht identifiziert. Anschließend legt *Neun* die verschiedenen Verfahren dar, nach denen eine Europäische Aktiengesellschaft gegründet werden kann. Dabei werden die rechtliche Komplexität dieser Rechtsform und die sich daraus ergebenden Probleme der Rechtsauslegung und -anwendung deutlich; diese sind auf das Zusammenspiel der SE-VO supranational-europäischen Rechts sowie der Bestimmungen der nationalen SE-AG und des allgemeinen nationalen Rechts, insbesondere Aktiengesellschaften betreffend, zurückzuführen. Nachfolgend zeigt *Wenz* die derzeit noch bestehenden rechtlichen Hindernisse der grenzüberschreitenden Mobilität von Unternehmen im Europäischen Binnenmarkt auf. Er stellt die Grundkonzeption der SE-VO sowie die Vorgehensweise und die einzelnen Verfahrensschritte der identitätswahrenden Sitzverlegung einer Europäischen Aktiengesellschaft sowohl im Wegzugstaat als auch im Zuzugstaat detailliert dar und geht zudem auf den Umzug einer Europäischen Aktiengesellschaft im EU- oder im EWR-Ausland mit Inlandsbezug ein.

Theisen und *Hölzl* erörtern wichtige offene Fragen, die mit der Corporate Governance in der Europäischen Aktiengesellschaft in Zusammenhang stehen. Sie gehen auf das Recht der Gesellschafter einer SE ein, zwischen verschiedenen Spitzenverfassungen wählen zu können, behandeln die Aufgaben der Hauptversammlung einer SE und zeigen die konkrete Ausgestaltung der Leitung und Überwachung einer SE mit

einem dualistischen versus einem monistischen System der Corporate Governance auf. Damit geben sie zugleich wichtige Hinweise an diejenigen Unternehmen, welche die Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft planen und sich für ein monistisches oder aber ein dualistisches System der Corporate Governance zu entscheiden haben. Die bei der Gründung und ggf. auch bei strukturellen Veränderungen einer Europäischen Aktiengesellschaft zu beachtenden Vorschriften betreffend die Mitbestimmung der Arbeitnehmer werden von *Köstler* analysiert. Er zeigt für verschiedene Gründungsalternativen die erforderlichen Verfahrensschritte auf, um eine Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer in den Unternehmensorganen der Europäischen Aktiengesellschaft beschließen zu können. Ergänzend stellt er den Anwendungsbereich der Auffangregelung dar; sie entfaltet Wirkung, sofern eine Vereinbarung über ein konkretes Mitbestimmungsmodell nicht zustande kommt.

Die Aspekte der Finanzierung und Kapitalausstattung einer Europäischen Aktiengesellschaft werden von *Theisen* und *Widmayer* dargelegt. Sie stellen den in der SE-VO niedergelegten rechtlichen Rahmen für die Finanzierung einer Europäischen Aktiengesellschaft vor, zeigen die verschiedenen Möglichkeiten zu deren Außen- und Innenfinanzierung auf und analysieren mögliche Finanzierungsprobleme, die sich bei typischen Einsatzgebieten dieser Rechtsform ergeben können. Nachfolgend widmen sich *Plendl* und *Niehues* dem Themenkomplex der Rechnungslegung, Prüfung und Publizität. Sie zeigen die grundlegende Bedeutung der externen Rechnungslegung für Unternehmen in der Rechtsform einer Europäischen Aktiengesellschaft auch aus Sicht des Kapitalmarktes auf und widmen sich den verschiedenen Aspekten, die bei der Aufstellung, Prüfung und Offenlegung des Einzel- und Konzernabschlusses einer Europäischen Aktiengesellschaft zu beachten sind; in diesem Zusammenhang gehen sie auch auf die Besonderheiten, die sich bei einer grenzüberschreitenden Gründung oder Sitzverlegung einer SE ergeben, ein. Ferner wird auf die Änderungen hingewiesen, die mit der verbindlichen Einführung der International Accounting Standards bzw. der International Financial Reporting Standards ab 2005 für alle europäischen Unternehmen verbunden sind, deren Wertpapiere in der EU oder im EWR zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind.

Den verschiedenen Verfahren zur Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft ist gemein, dass sich hieran in aller Regel mehrere Unternehmen aus verschiedenen Mitgliedstaaten beteiligen müssen. Die dadurch entstandene Europäische Aktiengesellschaft ist somit in den meisten Fällen als Konzerngesellschaft in einen Unternehmensverbund eingebunden. Dennoch enthält die SE-VO keine konzernrechtlichen Bestimmungen, da eine auch nur ansatzweise Verständigung unter den Mitgliedstaaten auf ein europäisches Konzernrecht nicht möglich war. *Maul* setzt sich daher mit den insoweit relevanten Fragen des nationalen und des internationalen Konzernrechts auseinander; dabei wird auch untersucht, inwieweit diese für die

Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft zu modifizieren sind. *Thömmes* analysiert anschließend die steuerlichen Probleme, die mit der Gründung, der grenzüberschreitenden Sitzverlegung und der Umstrukturierung einer Europäischen Aktiengesellschaft verbunden sind; Aspekte der laufenden Besteuerung einer Europäischen Aktiengesellschaft werden ebenfalls behandelt. Auch insoweit enthält die SE-VO keinerlei Bestimmungen, obwohl bei der Sitzverlegung und regelmäßig auch bei der Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft die Besteuerungsansprüche verschiedener Steuerhoheiten zu koordinieren und abzugrenzen sind, soll der Einsatz einer Europäischen Aktiengesellschaft nicht an fiskalischen Hindernissen scheitern. Allerdings kann sowohl für die Gründung und die Sitzverlegung einer Europäischen Aktiengesellschaft auf die Bestimmungen der Fusionsrichtlinie und der dazu ergangenen Änderungsrichtlinie zurückgegriffen werden, auch wenn diese vorgabenwidrig bisher nur teilweise in das nationale Recht der Mitgliedstaaten transformiert wurden. Die zahlreichen rechtlichen Aspekte der Insolvenz sowie der Sanierung einer Europäischen Aktiengesellschaft werden von *Nolting* behandelt und analysiert. Da eine SE regelmäßig grenzüberschreitend tätig ist, ergeben sich insbesondere auch bei ihrer Insolvenz über die Grenzen des jeweiligen SE-Sitzstaats hinaus zahlreiche Auswirkungen in anderen Mitgliedstaaten. Dennoch hat der europäische Gesetzgeber in der SE-VO keine insolvenzrechtlichen Regelungen aufgenommen. Ihrer Behandlung kommt daher eine besondere Bedeutung bei, wobei insbesondere grenzüberschreitende Insolvenzverfahren und deren Anwendung auf SE-typische Fallkonstellationen und Einsatzmöglichkeiten mit einem Schwerpunkt im Bereich der Konzerninsolvenzen erörtert werden.

Mit den verschiedenen Möglichkeiten des Einsatzes einer Europäischen Aktiengesellschaft in der Unternehmenspraxis befasst sich *Wenz*. Anhand von Fallstudien werden die Unterschiede in der statutarischen Organisationsstruktur herausgestellt, die sich ergeben, wenn statt der jeweiligen nationalen Rechtsformen die Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft gewählt wird. Dadurch können unterschiedliche rechtsformspezifische Vorteile aufgezeigt werden, die nicht unerheblich für den Erfolg der neuen supranational-europäischen Rechtsform sind. Anschließend erörtert *Teichmann* die Funktion des deutschen Ausführungsgesetzes zur SE-VO. Aufgrund der ergänzenden Anwendung des nationalen Aktienrechts des jeweiligen Sitzstaates einer Europäischen Aktiengesellschaft sowie der vielfältigen Verweisungen und Ermächtigungen der SE-VO an den nationalen Gesetzgeber, kommt den Ausführungsgesetzen der einzelnen Mitgliedstaaten große Bedeutung für die rechtliche Ausgestaltung der Europäischen Aktiengesellschaft zu. Für die Bereiche der Gründung, Sitzverlegung, Unternehmensverfassung, Auflösung und die behördlichen Zuständigkeiten wird aufgezeigt, wie die nationalen Gestaltungsspielräume durch den deutschen Gesetzgeber konkret ausgefüllt worden sind. Abschließend befassen sich *Schindler* und *Teichmann* mit dem Rechtsrahmen der SE in anderen Mitgliedstaaten der EU und des EWR. Aufgrund der Lückenhaftigkeit der SE-VO kommt den natio-

nenal Gesellschaftsrechtssystemen eine besondere Bedeutung zu. Deren Unterschiede werden für verschiedene europäische Rechtskreise anhand ausgewählter Länder der alten und neuen Mitgliedstaaten der EU sowie eines Mitgliedstaates des EWR vergleichend dargestellt. Dem Leser soll dadurch eine konkrete Orientierungshilfe für die Bewältigung der zahlreichen Schnittstellen zwischen den in- und ausländischen Rechtssystemen gegeben werden, je nach dem, ob die konkret zu gründende SE ihren Sitz in Deutschland oder im Ausland haben soll.

Die Herausgeber wollen mit der Neuauflage wiederum einen attraktiven Beitrag zur Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft in Deutschland und zur Nutzung dieser Rechtsform durch die Unternehmenspraxis leisten. Sie hoffen, damit auf ein ebenso nachhaltiges Interesse in der Unternehmens- und Beratungspraxis, aber auch in den Rechts- und Wirtschaftswissenschaften zu stoßen, wie mit der Voraufgabe. Darüber hinaus wollen die Herausgeber auch dem SE-Diskussionsforum, das 2002 mit der ersten Auflage eröffnet wurde, einen neuen Impuls geben.

Kritik, Anregungen und Ergänzungen sind uns jederzeit herzlich willkommen. Gerne können Sie auch direkt mit den Herausgebern unter theisen@bwl.uni-muenchen.de oder martin.wenz@hochschule.li in Verbindung treten.

Die Herausgeber schulden vielfachen Dank, allen voran den Autoren sowie den Personen, die diese unterstützen, für Ihre Bereitschaft, sich ungeachtet ihrer beruflichen wie privaten Verpflichtungen der großen Herausforderung anzunehmen und schon ein Jahr nach dem Inkrafttreten der Verordnung über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft und der ergänzenden Richtlinie betreffend die Mitbestimmung der Arbeitnehmer sowie des deutschen Einführungsgesetzes die Neubearbeitung, Aktualisierung und Erweiterung dieses gemeinsamen Werkes vorzunehmen. Für den nahezu unermüdlichen Einsatz bei der Ausführung sämtlicher formeller Arbeiten danken wir in besonderer Weise den studentischen Hilfskräften Frau *Sybille Wünsche*, Frau *Elena Zapryagaeva* und Herrn *Georg Allgaier*, Ludwig-Maximilians-Universität München.

Die Diskussion über die erste wirklich europäische Organisationsform wirtschaftlichen Handelns, die Europäische Aktiengesellschaft, geht mit zunehmendem Tempo und Gewicht weiter. Nutzen Sie das über Jahre gesammelte Expertenwissen und die fundierten Kenntnisse der bewährten SE-Autoren und -Kommentatoren.

München/Vaduz, im September 2005

Manuel René Theisen

Martin Wenz

I. Betriebswirtschaftliche und rechtliche Bedeutung von Rechtsformen

Im Anschluss an den historischen, allerdings völlig unerwarteten Durchbruch im Europäischen Rat von Nizza Ende 2000, dem „Wunder von Nizza“¹, steht den Unternehmen und Konzernen in der Europäischen Union (EU) sowie auch im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) seit dem 08. Oktober 2004 das „Flaggschiff des europäischen Gesellschaftsrechts“², die neue supranational-europäische Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft (*Societas Europaea*, SE) zur Verfügung, die ihnen zukünftig die grenzüberschreitende Mobilität und Flexibilität gemeinschaftsweit ermöglicht. Zu diesem Zeitpunkt trat die Verordnung über das Statut der SE (SE-VO)³ in Kraft. Gleichzeitig waren sowohl zahlreiche Verpflichtungen und Ermächtigungen der SE-VO von den 28 Mitgliedstaaten der EU und des EWR in nationales Recht umzusetzen sowie insbesondere auch die Richtlinie betreffend die Beteiligung der Arbeitnehmer (SE-RL)⁴ in nationales Recht zu transformieren. Nach Jahrzehnten der kontroversen Diskussion, nicht zuletzt über die Frage der Mitbestimmung der Arbeitnehmer, hat der Europäische Gesetzgeber nunmehr die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen zur Vollendung des Europäischen Binnenmarktes auch im Bereich der Rechtsformen geschaffen.⁵ Unternehmen und Konzerne werden sich in Zukunft über Hoheits- und Ländergrenzen hinweg nach prinzipiell einheitlichen europäischen Regeln auf Gemeinschaftsebene neu strukturieren, reorganisieren und zusammenschließen sowie ihren Sitz identitätswahrend über die Grenze in andere Mitgliedstaaten verlegen können.⁶ Europa erhält damit die erste gemeinsame Organisationsform für global aufgestellte Unternehmen und Konzerne.

Ziel dieses einführenden Beitrages ist es, die rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Hintergründe, die zur Schaffung der SE geführt haben, sowie die historische Entwicklung der SE aufzuzeigen und deren Grundkonzeption, Zielsetzung, Charakteristika und Rechtsquellen sowie ihre bisherige Aufnahme in der Unternehmenspraxis vorzustellen, um einen grundlegenden Überblick über diese neue supranational-europäische Rechtsform zu geben.

¹ Hirte, H., Europäische Aktiengesellschaft, 2002, S. 1 f.

² Hopt, K. J., Gesellschaftsrecht, 1998, S. 99.

³ S. Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates v. 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. EG Nr. L 294 v. 10.11.2001, S. 1-21, abgedruckt in Anhang I.

⁴ S. Richtlinie 2001/86/EG des Rates zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer v. 8.10.2001, ABl. EG L 294 v. 10.11.2001, S. 22-32, abgedruckt in Anhang II.

⁵ Vgl. Wenz, M., *Societas Europaea*, 1993, S. 35-44.

⁶ Dazu vgl. Wenz, M., Einsatzmöglichkeiten, 2003, S. 185-187; sowie auch Maul, S. / Wenz, M., Einsatzmöglichkeiten, 2005, S. 261 f.; Petri, S. / Wenz, M., Aktiengesellschaft, 2004, S. 3 f.; Sauter, T. / Wenz, M., *European Company*, 2002, S. 10.

Nachfolgend wird daher zunächst die besondere Bedeutung von Rechtsformen sowohl für die Betriebswirtschaftslehre und die Rechtswissenschaft als auch für die Unternehmenspraxis dargelegt (vgl. Kapitel I.). Daran anschließend werden die mit der Globalisierung und Europäisierung verbundenen Entwicklungen sowie die sich dadurch verändernden Anforderungen an die Unternehmen und deren strategische Ausrichtung aufgezeigt; die grundlegenden Unterschiede zwischen der Europäischen Markt- und Unternehmensrechtsordnung werden dargestellt (vgl. Kapitel II.). Darüber hinaus wird auf die verschiedenen Schritte der über 50-jährigen Entstehungsgeschichte der SE eingegangen (vgl. Kapitel III.). Die Grundkonzeption sowie die rechtsformspezifischen Charakteristika der SE werden aufgezeigt.¹ Hierfür wird auf die Bedeutung der SE für die Vollendung des Europäischen Binnenmarktes eingegangen und das Zielsystem, das ihr zugrunde liegt, ebenso dargestellt, wie ihr Einfluss auf den Wettbewerb der Rechtsformen und der nationalen Systeme des Gesellschaftsrechts in der EU und im EWR; die spezifischen Vorteile der neuen Rechtsform für die Unternehmenspraxis werden vorgestellt (vgl. Kapitel IV.). Das System der Rechtsquellen der SE wird analysiert, um einen Überblick über die relevanten Regelungsebenen zu erhalten und v. a. das auf eine SE jeweils anzuwendende Recht identifizieren zu können (vgl. Kapitel V.). Abschließend wird auf die Einführung der SE in den Mitgliedstaaten der EU und des EWR eingegangen (vgl. Kapitel VI.) und über erste Gründungen von SE in der Unternehmenspraxis berichtet (Kapitel VII.).

1. Grundlage ökonomischen Handelns und institutionelle Erklärungsansätze

Allgemein stellen *Rechtsformen* die von der jeweiligen Rechtsordnung gestaltete rechtliche Grundlage, d. h. die rechtliche Struktur, und damit auch den rechtlich-institutionellen Rahmen jeder unternehmerischen Betätigung dar. Sie regeln die rechtlichen Beziehungen zum Unternehmensumfeld, bestimmen aber auch sämtliche rechtlichen Belange der inneren Organisation eines Unternehmens; sie determinieren somit alle wesentlichen Eigenschaften der rechtlichen Organisation von Unternehmen.² Als rechtliche Organisationsform oder Verfassung von Unternehmen¹ stellen

¹ Allgemein zur SE vgl. auch *Bartone, R. / Klapdor, R.*, Aktiengesellschaft, 2005; *Bellingwout, J. W. / Bongard, M. P. / van Veen, W. J. M.*, Europese Naamloze vennootschap, 2004; *Favero, M. / Colombani, J.-L.*, Société Européenne, 2002; *Jannott, D. / Frodermann, J.* (Hrsg.), Aktiengesellschaft, 2005; *Lutter, M. / Hommelhoff, P.* (Hrsg.), Europäische Gesellschaft, 2005; *Manz, G. / Mayer, B. / Schröder, A.*, Aktiengesellschaft, 2005; *Schindler, C. P.*, Europäische Aktiengesellschaft, 2002; *Wenz, M.*, Societas Europaea, 1993; sowie die Sammlung sämtlicher Materialien von *Neye, H.-W.*, Aktiengesellschaft, 2005.

² Dazu vgl. *Albach, H. / Albach, R.*, Unternehmen, 1989, S. 2, 37, 43; *Bea, F. X.*, Entscheidungen, 2004, S. 354-397; *Cole, B. / Shears, P. / Tiley, J.*, Law in a Business Context, 1993, S. 80-84; *Hommelhoff, P.*, Gesellschaftsrecht, 1993, Sp. 1433-1435, 1448 f.; *McGee, A. / Williams, C.*, Company Law, 1995, S. 6, 311; *Rose, G. / Glorius-Rose, C.*, Unternehmen, 2001, S. 2-4, 13-21; *Theisen, M.R.*, Konzern, 2000, S. 685-692; *Theisen, M. R.*, Rechtsformen, 2000, S. 437 f.; *Vahs, D. / Schäfer-Kunz, J.*, Einführung, 2002, S. 66, 73.

sie nach den Erkenntnissen der Neuen Institutionenökonomik² die institutionelle Alternative zur Marktkoordination der Wirtschaftssubjekte und zur Allokation der Ressourcen³ dar; Unternehmen werden daher auch als institutionelles Instrument zur Koordination von Entscheidungen und Handlungen verstanden.⁴

An die Stelle der unsichtbaren Hand der Marktkräfte tritt dabei die sichtbare Hand des Managements (Internalisierung).⁵ Infolgedessen nehmen Rechtsformen eine zentrale Stellung sowohl im Bereich der Rechts- und Wirtschaftsordnung von Staaten sowie von zwischen- und überstaatlichen (supranationalen) Einrichtungen, beispielsweise der EU, als auch in den Erkenntnisobjekten der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften⁶ ein. Während sich im Bereich der Rechtswissenschaften insbesondere das Gesellschafts- und Steuerrecht mit Rechtsformfragen befasst, gehören Kenntnisse und Erkenntnisse über Rechtsformen in den Wirtschaftswissenschaften zum Lehr- und Forschungsbereich der Allgemeinen Betriebswirtschaftslehre einschließlich der Betriebswirtschaftlichen Steuerlehre sowie der Organisationstheorie; volkswirtschaftlich sind sie der Ordnungspolitik, insbesondere der Wettbewerbs- sowie der Strukturpolitik zuzuordnen.

Aufgabe insbesondere der Legislative ist es, Rechtsformen zu entwickeln und zu kodifizieren.⁷ Sie kommt dieser Verpflichtung nach, indem sie den Wirtschaftssubjekten, die sich unternehmerisch betätigen, unterschiedliche *Rechtsformgrundtypen* mit jeweils spezifisch ausgeprägten Kriterien abschließend zur Verfügung stellt. Zu diesen Kriterien gehören beispielsweise die Möglichkeiten der Gründung, Umstrukturierung und Reorganisation sowie der Kooperation und Konzentration, die innerstaatliche und grenzüberschreitende Verlegung des Sitzes unter Wahrung der rechtlichen Identität, die Haftung der Gesellschafter, deren Beteiligung am Gewinn und Verlust sowie deren Geschäftsführungs-, Vertretungs- und Kontrollbefugnisse und -pflichten, die erforderliche Kapitalausstattung, die Kapitalbeschaffungs- und Finanzierungsmöglichkeiten sowie die Anforderungen an die externe Rechnungslegung,

¹ Ausführlich zur Unternehmensverfassung vgl. *Bleicher, K.*, Normatives Management, 1994, S. 289-457.

² Ausführlich dazu vgl. *Schanz, G.*, Wissenschaftsprogramme, 2004, S. 136-145; *Erlei, M. / Leschke, M. / Sauerland, D.*, Neue Institutionenökonomik, 1999; vgl. ferner *Kreikebaum, H.*, Organisationsmanagement, 1998, S. 23-32; *Müller-Stewens, G. / Lechner, C.*, Strategisches Management, 2005, S. 106-110; *Göbel, E.*, Institutionenökonomik, 2002; *Richter, R. / Furubotn, E. G.*, Institutionenökonomik, 2003; *Picot, A. / Dietl, H. / Franck, E.*, Organisation, 2005, S. 45-148.

³ Vgl. *Williamson, O. E.*, Economics, 2004, S. 67; *Aoki, M.*, Game Theory, 1984, S. 4, 21-24; *Chandler Jr., A. D.*, Visible Hand, 1977, S. 1; *Coase, R. H.*, Nature of the Firm, 1937, S. 388-398; *Neus, W.*, Markt, 1997, S. 39-42; *Posner, R. A.*, Economic Analysis, 1992, S. 391 f.; *Williamson, O. E.*, Economic Organization, 1991, S. 18-25.

⁴ Vgl. *Neus, W.*, Betriebswirtschaftslehre, 2005, S. 9-11.

⁵ Vgl. *Chandler Jr., A. D.*, Visible Hand, 1977, S. 1: „In many sectors of the economy the visible hand of management replaces ... the invisible hand of market forces.“

⁶ Dazu vgl. insbesondere auch *Werder, A. v.*, Recht, 1992, Sp. 2170-2172.

⁷ Vgl. *Kolbeck, R.*, Rechtsformwahl, 1993, Sp. 3741 f.; *Stüdemann, K.*, Rechtsform, 1975, Sp. 3362; *Werder, A. v.*, Recht, 1992, Sp. 2170.

die Vorgaben zur betrieblichen und unternehmerischen Mitbestimmung sowie die laufende und die aperiodische Steuerbelastung.¹ Eine Neuschaffung von Rechtsformgrundtypen ist ebenfalls nur durch die Legislative, nicht aber individuell durch die Wirtschaftssubjekte selbst möglich (*numerus clausus* der Rechtsformen).²

Die aus der Privatautonomie abgeleitete Gestaltungs- und Vertragsfreiheit kann infolgedessen auch nicht primär, sondern nur sekundär im Anschluss an die zwingend vorzunehmende Wahl (Auswahlfreiheit) einer durch nationales Recht vorgeprägten und -strukturierten Rechtsform (Rechtsformzwang) ausgeübt werden. Dabei ist zu beachten, dass eine rechtsformlose unternehmerische Betätigung aus Gründen v. a. der Rechtssicherheit generell ausgeschlossen, die Wahl einer Rechtsform vielmehr stets zumindest implizit vorzunehmen ist oder ersatzweise durch Zuordnung erfolgt.³ Zur Disposition stehen v. a. die grundsätzlich freie Ausgestaltung der jeweiligen Rechtsform nationalen Rechts (Ausgestaltungsfreiheit) sowie die rechtsformübergreifende Kombination verschiedener Rechtsformen zu rechtlich nicht einheitlich geregelten Organisationsformen,⁴ sofern diesbezüglich keine Beschränkung durch Gesetz oder Rechtsprechung – beispielsweise für bestimmte Branchen oder Funktionen – besteht (Typenfreiheit versus Typenzwang⁵).⁶

Bei der grundlegenden Auswahl der verschiedenen Rechtsformgrundtypen sowie der Determinierung der typenspezifischen Kriterien hat die Legislative der damit verbundenen rechts- und wirtschaftspolitischen Bedeutung umfassend Rechnung zu tragen. Besonders zu berücksichtigen sind insoweit die disziplinären und interdisziplinären, auf interdependente rechtsformorientierte Beziehungen abstellenden Erkenntnisse der Rechtswissenschaft sowie weiterer Wissenschaften, insbesondere der Volks- und Betriebswirtschaftslehre.⁷

Neben rechts- und ordnungspolitischen sowie -dogmatischen Zielvorgaben sind ferner v. a. die Interessen der verschiedenen, vertraglich an einem Unternehmen beteiligten *Anspruchsgruppen* und die sich dadurch ggf. ergebenden Konfliktsituationen zu beachten.⁸ Unternehmen werden nach der Neuen Institutionenökonomik daher

¹ Allgemein dazu vgl. auch *Bea, F. X.*, Entscheidungen, 2004, S. 358-393; *Jacobs, O. H.*, Rechtsform, 2002, S. 7-89; *Picot, A. / Dietl, H. / Franck, E.*, Organisation, 2005, S. 225 f.; 246-279; *Rose, G. / Glorius-Rose, C.*, Unternehmen, 2001, S. 2-21, 23-120.

² Dazu vgl. *Schmidt, K.*, Gesellschaftsrecht, 2002, S. 102 f.; *Wenz, M.*, Unternehmensmischformen, 2006, S. 2 f.

³ Absorptionsfunktion des mit dem *numerus clausus* der Rechtsformen einhergehenden Rechtsformzwangs. Vgl. bereits *Schmidt, K.*, Stellung, 1972, S. 121-129.

⁴ Zur grenzüberschreitenden Rechtsformkombination vgl. *Wenz, M.*, Unternehmensmischformen, 2006.

⁵ Diese bilden die beiden verschiedenen Merkmalsausprägungen der Typengesetzlichkeit.

⁶ Vgl. *Hommelhoff, P.*, Gesellschaftsrecht, 1993, Sp. 1434 f.; *Lutter, M.*, Legal Forms, 1990, Sp. 1323; *Schmidt, K.*, Gesellschaftsrecht, 2002, S. 102-127; *Wiedemann, H.*, Gesellschaftsrecht, 1980, S. 42 f., 73.

⁷ Dazu vgl. allgemein insbesondere auch *Werder, A. v.*, Recht, 1992, Sp. 2169-2172.

⁸ Dazu vgl. *Gerum, E.*, Unternehmensordnung, 2004, S. 226-230; und ferner *Hungenberg, H.*, Management, 2000, S. 24-28; *Müller-Stewens, G. / Lechner, C.*, Strategisches Management, 2005, S. 126-133.