

---

# Die Societas Europaea als Restrukturierungsinstrument für den Schweizer Konzern

CHRISTOPH B. BÜHLER

## Inhaltsübersicht

Einleitung	412
I. Rechtsnatur und Rechtsgrundlagen der Societas Europaea	413
II. Vergleich der SE mit der Schweizer AG	415
A. Organisationsverfassung	415
1. Struktur der SE	415
2. Struktur der Schweizer AG	417
B. Gründung	419
1. Gründung der SE	419
2. Gründung der Schweizer AG	420
III. Praktische Bedeutung der SE für die Schweiz	421
A. Keine direkte Beteiligung an der Gründung einer SE	421
B. Einsatzmöglichkeiten der SE aus Schweizer Sicht	421
1. Grenzüberschreitende Kombinationsfusion der EU-Tochtergesellschaften der Schweizer Muttergesellschaft zu einer SE	423
2. Grenzüberschreitende Absorptionsfusion der EU-Tochtergesellschaften der Schweizer Muttergesellschaft zu einer SE	423
3. Zusammenführung der EU-Tochtergesellschaften in einer Holding-SE	424
4. Gründung einer Joint-Venture-SE	424
IV. Abwägung der Vor- und Nachteile einer SE aus Sicht des Schweizer Konzerns	424
A. Vorteile	425
1. Marketingeffekt des europäischen Labels «SE»	425
2. Vereinfachung der Konzernstruktur und Kosteneinsparungen	425
3. Einheitliches Gesellschaftsstatut	426
4. Identitätswahrende Sitzverlegung innerhalb der EU	426
B. Nachteile	427
1. Besitzstandswahrung bei der Mitbestimmung	427
2. Keine echte Entlastung der Standortwahl von der Frage des Gesellschaftsstatuts	427
3. Niederlassungsfreiheit gewährleistet bereits identitätswahrende grenzüberschreitende Sitzverlegung	428
4. Grenzüberschreitende Umstrukturierung in der EU bereits harmonisiert	428
5. Kein Abbau der steuerlichen Hindernisse bei grenzüberschreitenden Umstrukturierungen	429
V. Schluss	429

## Einleitung

PIETER SANDERS, der von der Europäischen Kommission mit der Ausarbeitung eines ersten Vorentwurfs<sup>1</sup> für eine Europäische Gesellschaft beauftragt worden war, hat am 22. Oktober 1959 in seiner Antrittsvorlesung am Hochschulinstitut für Wirtschaftswissenschaften in Rotterdam den folgenden für die «Societas Europaea» (SE) wegweisenden Grundgedanken auf den Punkt gebracht<sup>2</sup>:

«Was europäisch gedacht ist, kann sich so konstituieren und braucht sich für die juristische Form nicht in ein nationales Mäntelchen zu stecken.»

Dieser Grundgedanke ist über vierzig Jahre später in die Erwägungen zur verabschiedeten *Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft* eingeflossen<sup>3</sup>; dort heisst es heute etwas differenzierter<sup>4</sup>:

«Die juristische Einheitlichkeit der europäischen Unternehmen muss ihrer wirtschaftlichen weitestgehend entsprechen. Neben den bisherigen Gesellschaftsformen nationalen Rechts ist daher die Schaffung von Gesellschaften vorzusehen, deren Struktur und Funktionsweise durch eine in allen Mitgliedstaaten unmittelbar geltende gemeinschaftsrechtliche Verordnung geregelt werden.»

Solange das Gesellschaftsrecht in Europa nicht vereinheitlicht ist, muss eine Gesellschaft mit allen ihren Konsequenzen praktisch «nationalisiert» werden<sup>5</sup>. Dieser

<sup>1</sup> Commission des Communautés Européennes, Etudes sur un Projet des Sociétés anonymes européennes par Mr. Le Prof. Pieter Sanders, Doyen de la Faculté de Droit de Rotterdam, Série Concurrence – 1967 – 6; PIETER SANDERS, Vorentwurf eines Statuts für europäische Aktiengesellschaften, in: Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Hrsg.), Reihe Wettbewerb Nr. 6, Brüssel 1967; DERS., AG, *Erscheinungsort vom Autor nachzutragen* 1967, 344; Vorschlag einer Verordnung des Rates für das Statut für Europäische Aktiengesellschaften vom 30. Juni 1970, ABL 1970 C 124/1 = KOM (70) 600 endg.

<sup>2</sup> PIETER SANDERS, Auf dem Weg zu einer europäischen Aktiengesellschaft?, AWD 1960, 1 ff.; zuvor hat bereits der Notar THIBIÈRGE auf dem Kongress des französischen Notariats im Jahre 1959 entsprechende Überlegungen vorgetragen: CHRISTOPHE THIBIÈRGE, Le statut des sociétés étrangères, 57<sup>ème</sup> congrès des Notaires de France tenu à Tours 1959, Paris 1959, 270 ff., 360 ff.

<sup>3</sup> Vgl. zur Geschichte der SE MARCUS LUTTER, Societas Europaea, in: Peter Nobel (Hrsg.), Internationales Gesellschaftsrecht, einschliesslich internationales Kapitalmarktrecht, Bern 2004, 19 ff.; DERS., in: Marcus Lutter/Peter Hommelhoff (Hrsg.), SE Kommentar, Köln 2008, Einl. SE-VO, N 7a ff.; PETER NOBEL, Transnationales und Europäisches Aktienrecht, Bern 2006, 403 ff.

<sup>4</sup> Verordnung Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABL Nr. L 294 vom 10. November 2001, 1 ff., Erw. 6 (SE-Verordnung).

<sup>5</sup> ANTON K. SCHNYDER, Zur Societas Europaea (SE) – Wendepunkt im Europäischen Gesellschaftsrecht?, in: Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey, Zürich 2002, 569 ff., 571.

Umstand erweist sich angesichts der fortgeschrittenen wirtschaftlichen Integration des Europäischen Binnenmarktes zunehmend als Hemmnis<sup>6</sup>.

Obwohl die Schweiz nicht Mitglied der EU ist, partizipiert sie gestützt auf die Freizügigkeitsabkommen ebenfalls zunehmend am Europäischen Binnenmarkt, und ihre grenzüberschreitend tätigen Unternehmen sind gleichermassen von territorial begrenzten Regulierungen und Marktzutrittsschranken innerhalb von Europa betroffen<sup>7</sup>. SANDERS' Grundgedanke einer «entnationalisierten» Aktiengesellschaft hat also durchaus auch für schweizerische Aktiengesellschaften mit europäischen Niederlassungen einen gewissen Charme.

Das führt zur Frage, ob und inwieweit die supranationale Gesellschaftsform der Societas Europaea auch für die Schweiz bzw. die Schweizer Unternehmen eine praktische Bedeutung hat. Um dieser Frage nachzugehen, ist zunächst ein Blick auf die rechtlichen Rahmenbedingungen der «Europäischen Gesellschaft» zu werfen. Auf dieser Grundlage wird die Schweizer Aktiengesellschaft sodann einem «Europakompatibilitätstest» unterzogen. Dabei sind namentlich diejenigen Bereiche, die in der SE-Verordnung und der begleitenden SE-Mitbestimmungsrichtlinie<sup>8</sup> gemeinschaftsrechtlich harmonisiert worden sind, die Organisationsverfassung und Gründungsmodalitäten, mit der Regelung im Schweizer Aktienrecht zu vergleichen.

## I. Rechtsnatur und Rechtsgrundlagen der Societas Europaea

Die Rechtsnatur der Societas Europaea ist in Art. 1 und 4 der SE-Verordnung geregelt. Danach ist die SE eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, die über ein festes, in Aktien zerlegtes Kapital von mindestens EUR 120'000 verfügt, also eine *Aktiengesellschaft*<sup>9</sup>. Die Aktionäre schulden lediglich die Erbringung der von ihnen

<sup>6</sup> CHRISTOPH B. BÜHLER, Die grenzüberschreitende Fusion von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union, Gesellschafts- und steuerrechtliche Rahmenbedingungen mit rechtsvergleichenden Exkursen zum schweizerischen Recht, Basler Diss., Zürich 2000, 1 ff.; STEFAN GRUNDMANN, Europäisches Gesellschaftsrecht, Heidelberg 2004, N 760 ff. m.w.H.

<sup>7</sup> ARNOLD KOLLER, Die Bedeutung des Europarechts für die Schweiz, EuZW 6 (1994), 705 ff.; KARL HOFSTETTER, Globalisierung und Wirtschaftsrecht, ZSR 119 (2000) II, 361 ff., 372 f.; CHRISTOPH B. BÜHLER, Regulierung im Bereich der Corporate Governance, Habil. Zürich 2009, N 195 ff. und 230a ff.

<sup>8</sup> Richtlinie 2001/86 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABL Nr. L 294 vom 10. November 2001, 1 ff. (SE-Mitbestimmungsrichtlinie).

<sup>9</sup> In der verabschiedeten Fassung wurde die Rechtsform – eher missverständlich – nur noch als «Europäische Gesellschaft» bezeichnet, weil der lateinische Begriff ebendies meint. In der Tat ist die Aktiengesellschaft eine Entwicklung der Neuzeit, entstanden aus dem Bedürfnis, grosse

übernommenen Einlage; für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften sie nicht. Ihre Existenz verdankt die SE, anders als die Gesellschaften des nationalen Rechts, dem SE-Statut und damit dem sekundären europäischen Gemeinschaftsrecht. Es handelt sich insoweit um eine *supranationale* Rechtsform, die eigenständig neben die nationalen Rechtsformen tritt<sup>10</sup>.

Nach dem Scheitern des angepassten Vorschlags für eine EG-Strukturrichtlinie<sup>11</sup> aus dem Jahre 1991 bildet die SE-Verordnung heute den wohl wichtigsten Bezugspunkt eines gemeinsamen europäischen Verständnisses zur *Organisationsverfassung* der Gesellschaft. Während in früheren Vorschlägen zum SE-Statut Strukturfragen noch umfangreich geregelt waren, ist in der nunmehr verabschiedeten Fassung nur gerade noch das Leitungsorgan detaillierter geregelt<sup>12</sup>. Der problematische Teil der Mitbestimmung der Arbeitnehmer ist in eine separate *Richtlinie*<sup>13</sup> ausgelagert worden. Im Übrigen verweist die SE-Verordnung zur Lückenfüllung weitgehend auf das jeweilige *nationale Recht der Mitgliedstaaten*. So ist etwa auf die Bereiche der Haftung der Leitungs-, Aufsichts- oder Verwaltungsorgane sowie auf den Jahresabschluss und dessen Prüfung das nationale Recht des Sitzstaates anwendbar<sup>14</sup>. Aufgrund dieser umfangreichen Verweisungen auf das nationale Aktienrecht waren entsprechende Ausführungsregelungen in den einzelnen Mitgliedstaaten notwendig, obgleich die gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen der SE-Verordnung nach Art. 249 Abs. 2 des EG-Vertrages in der EU an sich *unmittelbar geltendes Recht* bilden. Andere besonders umstrittene Bereiche wie das Konzern-, Übernahme-, Betriebsverfassungs- oder Steuerrecht wurden gänzlich ausgespart. Insgesamt sind der SE-Verordnung somit kaum noch konvergierende Aussagen zu einem europäischen Gesellschaftsstatut zu entnehmen<sup>15</sup>.

Mengen von Kapital bei einem Publikum zu sammeln, das selbst die Unternehmung nicht führen und dafür auch nicht persönlich haften wollte. Vgl. JOHN MICKLETHWAIT/ADRIAN WOOLDRIDGE, *The Company, A Short History of a Revolutionary Idea*, New York 2003.

<sup>10</sup> Vgl. MATHIAS HABERSACK, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 2. Aufl., München 2003, N 397; GRUNDMANN (FN 6), N 1011; NOBEL (FN 3), 409; BÜHLER (FN 5), 90 f.

<sup>11</sup> Dritter geänderter Vorschlag einer Fünften Richtlinie des Rates nach Artikel 54 EWG-Vertrag über die Struktur der Aktiengesellschaft sowie die Befugnisse und Verpflichtungen ihrer Organe vom 20. November 1991, KOM (90) 629 endg.

<sup>12</sup> Vgl. dazu hinten Abschnitt II. 1. a).

<sup>13</sup> SE-Mitbestimmungsrichtlinie (FN 8).

<sup>14</sup> Art. 51 und 61 SE-Verordnung; vgl. SCHNYDER (FN 5), 574.

<sup>15</sup> Vgl. MARCUS LUTTER, *Europäische Aktiengesellschaft – Rechtsfigur mit Zukunft?*, BB (2002), 1 ff.; NOBEL (FN 3), 403 f.; BÜHLER (FN 7), N 1608; PETER HEMELING, *Die Corporate Governance der Societas Europaea (SE)*, in: Peter Hommelhoff/Klaus J. Hopt/Axel Werder (Hrsg.), *Handbuch Corporate Governance, Leitung und Überwachung börsennotierter Unternehmen in der Rechts- und Wirtschaftspraxis*, 2. Aufl., Köln 2009, 769 ff.

Art. 9 Abs. 1 SE-Verordnung regelt die *Normenhierarchie* zwischen den gemeinschaftsrechtlichen und den mitgliedstaatlichen Vorschriften. Demnach gliedert sich die Normenpyramide wie folgt<sup>16</sup>:

- (i) Das *Fundament* bilden die Regelungen der SE-Verordnung;
- (ii) auf der *ersten Stufe* finden sich jene Bestimmungen in der Satzung der SE, mit denen der Satzungsgeber von der ihm erteilten Regelungsermächtigung Gebrauch gemacht hat;
- (iii) die *zweite Stufe* besteht aus den mitgliedstaatlichen Vorschriften des speziellen SE-Ausführungsgesetzes im Sitzstaat der SE, die auf diese anzuwenden sind;
- (iv) auf der *dritten Stufe* finden sich die mitgliedstaatlichen Vorschriften des allgemeinen Aktienrechts im Sitzstaat der SE, die auf diese anzuwenden sind;
- (v) auf der *vierten Stufe* kommen schliesslich jene anderen Satzungsbestimmungen der einzelnen SE zum Zuge, die nach dem Aktienrecht des Sitzstaates zulässig und von der SE-Verordnung nicht verboten sind.

## II. Vergleich der SE mit der Schweizer AG

### A. Organisationsverfassung

#### 1. Struktur der SE

Die Organisationsverfassung der SE ist das Ergebnis eines politischen Kompromisses. Da man sich nicht einigen konnte, ob man dem angelsächsischen monistischen Führungsmodell oder dem deutschen bzw. niederländischen Modell einer dualistischen Organisationsverfassung folgen sollte, hat man den SE-Gründern die *Wahl* gelassen<sup>17</sup>: Die Gründer können sich entweder für das *monistische* System entscheiden, in dem die Geschäftsleitungs- und Überwachungsfunktion zusammen von einem «board of directors» wahrgenommen werden, oder aber für das *dualistische* System, in dem Auf-

<sup>16</sup> Vgl. NOBEL (FN 3), 407; LUTTER (FN 3), Einl. SE-VO N 30.

<sup>17</sup> GERALD MÄSCH/CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, *Societas Europaea – ein Vehikel für den Schweizer Investor?*, SZW 77 (2005), 49 ff., 55 f.; CHRISTOPH TEICHMANN, in: Marcus Lutter/Peter Hommelhoff (Hrsg.), *SE Kommentar*, Köln 2008, Art. 38 SE-VO, N 6, 14 ff.; BÜHLER (FN 7), N 450; PETER BÖCKLI, *Konvergenz: Annäherung des monistischen und des dualistischen Führungs- und Aufsichtssystems*, in: Peter Hommelhoff/Klaus J. Hopt/Axel Werder (Hrsg.), *Handbuch Corporate Governance, Leitung und Überwachung börsennotierter Unternehmen in der Rechts- und Wirtschaftspraxis*, 2. Aufl., Köln 2009, 255 ff., 262.

sichts- und Leitungsfunktion klar voneinander getrennt sind<sup>18</sup>. Wählen sie die dualistische Form, so haben sie die zusätzliche Option, die Mitglieder des Leitungsorgans durch das Aufsichtsorgan bestellen oder aber direkt durch die Hauptversammlung wählen zu lassen<sup>19</sup>. Die SE-Verordnung lässt es sodann – auch für das monistische System – zu, dass die operativen Aufgaben einem Geschäftsführer übertragen werden<sup>20</sup>. Nicht explizit vorgesehen ist jedoch die Ausgestaltung einer Mischform zwischen dem rein monistischen und dem dualistischen Führungsmodell.

Neben der Wahlfreiheit bietet das Leitungssystem der SE eine weitere und nicht für alle Mitgliedstaaten selbstverständliche Besonderheit: Gemäss Art. 47 SE-Verordnung kann auch eine *juristische Person* Mitglied eines Organs sein, was sich insbesondere für die Leitung des Konzerns als hilfreich erweisen kann<sup>21</sup>.

Für die *Hauptversammlung* ergeben sich aus der SE-Verordnung nur gerade in Bezug auf die Satzungsänderung<sup>22</sup> und die Besetzung des Leitungsorgans<sup>23</sup> Zuständigkeiten. Im Übrigen wird weitgehend auf das nationale Recht der Mitgliedstaaten verwiesen<sup>24</sup>. Die *Revisionsstelle* ist bei der SE nicht Teil der Organisationsverfassung, doch die SE-Verordnung schreibt ebenfalls eine Buch- und Abschlussprüfung durch eine unabhängige und kompetente Stelle vor<sup>25</sup>.

Das SE-Statut sieht sodann eine Regelung für die *Mitbestimmung der Arbeitnehmer* vor, die, wie erwähnt, in eine Richtlinie ausgelagert worden und damit, im Gegensatz zur SE-Verordnung, *nicht direkt anwendbar* ist; sie enthält lediglich Vorgaben zur Umsetzung ins nationale Recht der Mitgliedstaaten. Die Regelung beinhaltet in erster Linie eine Verhandlungslösung und – im Sinne einer Auffanglösung – eine Bestandswahrung<sup>26</sup>: die Arbeitnehmervertreter und die Leitungs- oder Verwaltungsorgane der beteiligten Gesellschaften müssen zuerst im Rahmen von Verhandlungen

<sup>18</sup> Art. 38 SE-Verordnung.

<sup>19</sup> Art. 39 Abs. 2 SE-Verordnung.

<sup>20</sup> Art. 43 Abs. 1 Satz 2 SE-Verordnung.

<sup>21</sup> Vgl. NOBEL (FN 3), 421; PAUL ACHLEITNER, Einleitender Vertrag zur Europäischen Aktiengesellschaft und guter Corporate Governance, in: Gerhard Cromme (Hrsg.), Corporate Governance Report 2007, Stuttgart 2007, 47 ff.

<sup>22</sup> Art. 40 Abs. 2 SE-Verordnung.

<sup>23</sup> Art. 43 Abs. 3 SE-Verordnung.

<sup>24</sup> Vgl. GRUNDMANN (FN 6), 496; NOBEL (FN 3), 423 ff.; GERALD SPINDLER, in: Marcus Lutter/Peter Hommelhoff (Hrsg.), SE Kommentar, Köln 2008, Art. 52 SE-VO N 1 ff.; HEMELING (FN 15), 779 f.; BÜHLER (FN 7), N 1606.

<sup>25</sup> Art. 31 Abs. 2, 32 Abs. 4, 37 Abs. 6, 66 Abs. 5 SE-Verordnung.

<sup>26</sup> JOCHEM REICHERT/STEPHAN BRANDES, Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SE: Gestaltungsfreiheit und Bestandsschutz, ZGR 32 (2003), 767 ff., 772 ff.; LUTTER (FN 3), 35 ff.; MÄSCH/FOUNTOULAKIS (FN 17), 55 f.; vgl. zur Entwicklung des Mitbestimmungsrechts ALEXIA HASSIOTIS, Die Entwicklung des Rechts der Arbeitnehmervertretung auf Information und Konsultation in der Europäischen Union, Basler Diss, Zürich 2000.

eine Lösung über die konkrete Ausgestaltung der Mitbestimmung finden<sup>27</sup>. Kommt keine Einigung zustande, setzt sich subsidiär der höchste Mitbestimmungsstandard durch, dem eine der beteiligten Gesellschaften nach ihrem nationalen Recht unterliegt<sup>28</sup>. Will also eine deutsche AG mit mehr als 2000 Arbeitnehmern im Konzern (paritätische Mitbestimmung)<sup>29</sup> mit einer belgischen S.A. (keine Mitbestimmung) in eine SE fusionieren und kommt keine Einigung zustande, so gilt in der neu gegründeten SE die paritätische Mitbestimmung im Aufsichtsrat (beim dualistischen System) bzw. im Conseil d'Administration (beim monistischen System). Es versteht sich, dass Länder mit paritätischer Mitbestimmung durch diese Regelung im Wettbewerb der Unternehmen in der EU benachteiligt sind<sup>30</sup>.

## 2. Struktur der Schweizer AG

Nach der dem schweizerischen Aktienrecht zugrunde liegenden *Paritätstheorie* stehen Verwaltungsrat und Generalversammlung nicht hierarchisch über- bzw. untereinander, sondern vielmehr funktional nebeneinander<sup>31</sup>. Die *Generalversammlung* ist nur insoweit «oberstes Organ», als ihr bestimmte grundlegende Aufgaben wie die Gründung und Auflösung der AG, die Beschlussfassung über die Statuten, die Wahl der wichtigsten Organe und die Genehmigung des Jahresberichts, anvertraut sind. Der Verwaltungsrat hat daneben grundsätzlich die kombinierte Machtfülle eines Aufsichts- und eines Geschäftsführungsorgans. Er hat einmal alle Funktionen eines Aufsichtsorgans deutscher Prägung, indem er die Mitglieder der obersten Geschäftsleitung wählt<sup>32</sup> und überwacht<sup>33</sup>. Er trägt direkt die Verantwortung für die Ordnungsmässigkeit der Rechnungslegung und die Gesetzeskonformität des Jahresabschlusses<sup>34</sup>. Der Verwaltungsrat *delegiert* in der Regel die *Geschäftsführung* an die Geschäftsleitung unter dem Vorbehalt seiner Zustimmung für bestimmte wichtige Geschäfte im Organisationsreglement gemäss Art. 716a Abs. 1 und 2 OR. Daneben behält er – im Gegensatz zum deutschen Aufsichtsrat – die oberste Führungsverantwortung

<sup>27</sup> Art. 3–6 SE-Mitbestimmungsrichtlinie.

<sup>28</sup> Art. 7 und Teil 3 des Anhangs der SE-Mitbestimmungsrichtlinie.

<sup>29</sup> Gemäss deutschem Mitbestimmungsgesetz von 1976 besteht ab 2000 Arbeitnehmern die Pflicht zur paritätischen Mitbestimmung im Aufsichtsrat.

<sup>30</sup> So auch MÄSCH/FOUNTOULAKIS (FN 17), 56; LUTTER (FN 3), 37.

<sup>31</sup> Vgl. PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 20 N 10 ff.; ERIC HOMBURGER, Art. 707–726, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V/b, Obligationenrecht, Der Verwaltungsrat, Zürich 1997, Art. 716a N 513; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 12 N 3 und § 13 N 284 ff.; BÜHLER (FN 7), N 611 ff.

<sup>32</sup> Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR 1991.

<sup>33</sup> Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR 1991.

<sup>34</sup> Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3/6 und Art. 662 OR 1991.

sowie bestimmte *unübertragbare und unentziehbare Kernkompetenzen*. Der Verwaltungsrat ist damit funktional zwischen dem deutschen Aufsichtsrat und dem deutschen Vorstand angesiedelt. Das schweizerische Führungsmodell entspricht insoweit einem monistischen System mit starken dualistischen Elementen<sup>35</sup>.

Im Gegensatz zur Konzeption des SE-Statuts ist die *Revisionsstelle* Teil der Organisationsverfassung der Schweizer Aktiengesellschaft. Ihr kommt nach der Konzeption des Schweizer Gesetzgebers<sup>36</sup> ebenfalls *Organfunktion* zu<sup>37</sup>. Das ist im Grunde ein Wertungsfehler, denn die Revisionsstelle darf gar nicht tun, was für ein Organ typisch ist<sup>38</sup>. Die Hauptaufgabe der externen Revision besteht im Prüfen, Beurteilen und Berichten und damit letztlich in einer blossen Hilfsfunktion für die Unternehmensleitung. Sie prüft, ob die Jahresrechnung und gegebenenfalls die Konzernrechnung sowie der Antrag des Verwaltungsrates an die Generalversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinnes den gesetzlichen Vorschriften, den Statuten und dem gewählten Regelwerk entsprechen, ob ein internes Kontrollsystem existiert und ob eine Risikobeurteilung vorgenommen wurde<sup>39</sup>.

Die Schweiz hätte aufgrund einer Initiative der Gewerkschaften aus dem Jahre 1971<sup>40</sup> sodann um ein Haar ebenfalls die *Mitbestimmung der Arbeitnehmer* eingeführt<sup>41</sup>. Der Bundesrat legte dem Volk folgenden Text zur Abstimmung vor<sup>42</sup>:

<sup>35</sup> Vgl. PETER FORSTMOSER, *Monistische oder dualistische Unternehmensverfassung?* Das Schweizer Konzept, ZGR 32 (2003), 688 ff.; KLAUS J. HOPT/PATRICK C. LEYENS, *Board Models in Europe – Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy*, ZGR 33 (2004), 135 ff.; PETER NOBEL, *Monismus oder Dualismus: ein korporatologisches Scheinproblem?*, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), *Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Ihre Tätigkeit und ihr Verhältnis zueinander*, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 76, Bern 2006, 9 ff.; BÜHLER (FN 7), N 451 f.; BÖCKLI (FN 17), 264 ff.

<sup>36</sup> Im Gegensatz zum US-amerikanischen und deutschen Aktienrecht, wo der Abschlussprüfer keine Organstellung hat.

<sup>37</sup> BGE 129 III 134; PETER FORSTMOSER, *Den letzten beißen die Hunde*, in: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.), *Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag*, Zürich 2001, 483 ff., 488; URS BERTSCHINGER, *Verantwortlichkeit der Revisionsstelle – Aktuelle Fragen und Perspektiven*, ZSR 124 (2005), 569 ff., 590; BÖCKLI (FN 31), § 15 N 31 ff.

<sup>38</sup> PETER BÖCKLI/CHRISTOPH B. BÜHLER, *Ausklammerung der Revisionsstelle aus der Solidarhaftung mit den geschäftsführenden Organen*, in: *Festschrift für Max Boemle zum 80. Geburtstag*, Zürich 2008, 235 ff., 247; BÜHLER (FN 7), N 499 f.

<sup>39</sup> Art. 728a OR 2005.

<sup>40</sup> *Mitbestimmungsinitiative der Schweizer Gewerkschaften vom 25. August 1971*, BBl 1971 II 780; dazu BÖCKLI (FN 17), 264 und WALTER R. SCHLUEP, *Mitbestimmung?*, in: Max Boemle/Willi Geiger/Mario M. Pedrazzini/Walter R. Schlupe (Hrsg.), *Festgabe für Wolfhart Friedrich Bürgi*, Zürich 1971, 311 ff.

<sup>41</sup> Der letzte Vorstoss zur Einführung einer verstärkten Mitwirkung der Arbeitnehmer im Sinne eines Mitbestimmungsrechts in unternehmerischen Teilbereichen geht auf das Jahr 2001 zurück (Parlamentarische Initiative *Urs Hofmann* vom Dezember 2001); die Initiative wurde jedoch 2003 im Parlament verworfen.

«Der Bund ist befugt, Vorschriften aufzustellen über eine angemessene, die Funktionsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit der Unternehmung wahrende Mitbestimmung der Arbeitnehmer.»

Dieses Modell unterlag in der Volksabstimmung von 1976 nur knapp; es hätte die Mitbestimmung direkt im monistischen Leitungs- und Verwaltungsorgan, dem Verwaltungsrat, angesetzt. Diese Art der Mitbestimmung wäre somit funktional sogar weiter gegangen als jene der Bundesrepublik Deutschland, in der die paritätische Mitbestimmung auf der Ebene des Aufsichtsrats angesiedelt ist<sup>43</sup>.

Das Mitwirkungs-gesetz<sup>44</sup> räumt heute der Arbeitnehmerseite lediglich ein *betriebliches Informations- und Mitspracherecht* ein, jedoch kein eigentliches Mitentscheidungsrecht auf der Unternehmensebene; ein solches ist nur selten in Gesamtarbeitsverträgen vorgesehen<sup>45</sup>.

## B. Gründung

### 1. Gründung der SE

Für die SE besteht ein enger *Numerus Clausus der Gründungsformen*<sup>46</sup>, wobei zwischen primärer und sekundärer SE-Gründung zu differenzieren ist. Die klassische Bar- oder Neugründung durch natürliche Personen ist ausgeschlossen. Stattdessen werden fünf Gründungsformen zwingend vorgegeben: eine SE kann *primär* nur durch *Fusion*<sup>47</sup> oder formwechselnde *Umwandlung*<sup>48</sup>, als  *Holding-SE*<sup>49</sup> oder als *Tochter-SE*<sup>50</sup> gegründet werden. Die bereits bestehende SE ist ihrerseits ein geeignetes Gründungsmitglied; sie kann im Wege der *sekundären* Gründung eine oder mehrere Tochter-SE errich-

<sup>42</sup> Botschaft vom 22. August 1973, BBl 1973 II 237 und Gegenvorschlag der Bundesversammlung vom 4. Oktober 1974, BBl 1974 II 886.

<sup>43</sup> BÖCKLI (FN 17), 264.

<sup>44</sup> Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungs-gesetz), SR 822.14.

<sup>45</sup> Vgl. FRANK VISCHER, *Rechtliche Aspekte des neuen Börsengesetzes*, in: Europainstitut an der Universität Basel (Hrsg.), *Ein schweizerisches Börsengesetz im europäischen Kontext*, Basel 1994, 15 ff.; BÜHLER (FN 7), N 770 ff. m.w.H.

<sup>46</sup> Vgl. dazu eingehend MATTHIAS CASPER, *Numerus Clausus und Mehrstaatlichkeit bei der SE-Gründung*, AG 52 (2007), 97 ff. m.w.H. sowie MEINHARD HEINZE, *Die Europäische Aktiengesellschaft*, ZGR 31 (2002), 66 ff., 79 f.; LUTTER (FN 3), 26 ff.

<sup>47</sup> Art. 2 Abs. 1 SE-Verordnung, und zwar einerseits durch Aufnahme (Art. 17 Abs. 2 lit. a SE-Verordnung) und andererseits durch Neugründung (Art. 17 Abs. 2 lit. b SE-Verordnung).

<sup>48</sup> Art. 2 Abs. 4 SE-Verordnung.

<sup>49</sup> Art. 2 Abs. 2 SE-Verordnung.

<sup>50</sup> Art. 2 Abs. 3 SE-Verordnung.

ten<sup>51</sup>. Zudem müssen die Gründer einen Bezug zu mindestens zwei EU-Mitgliedstaaten aufweisen (*Mehrstaatlichkeitserfordernis*), was in der Regel durch die Beteiligung von Gesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten erfüllt ist<sup>52</sup>.

Diese gemeinschaftsrechtlichen Schranken sind seit dem ersten Entwurf von 1970 bekannt, wurden aber in der sich anschliessenden Odyssee des Gesetzgebungsverfahrens kontinuierlich abgemildert. Insbesondere das Mehrstaatlichkeitserfordernis ist fortlaufend aufgeweicht worden. Nur noch für die Verschmelzungsgründung wird an dem echten Mehrstaatlichkeitserfordernis festgehalten, sodass zumindest zwei der beteiligten Rechtsträger aus unterschiedlichen Rechtsordnungen kommen müssen. Für die Holding- und die Tochtergründung ist es stark eingeschränkt worden. Es genügt, dass jede der Gründungsgesellschaften seit zwei Jahren eine Tochtergesellschaft oder sogar nur eine Zweigniederlassung im europäischen Ausland unterhält. Bei der Umwandlungsgründung soll aber wiederum nur eine seit mindestens zwei Jahren bestehende Tochtergesellschaft und nicht auch eine Zweigniederlassung genügen<sup>53</sup>.

Hintergrund der beiden Beschränkungen (Numerus Clausus und Mehrstaatlichkeitserfordernis) war die Befürchtung einiger Mitgliedstaaten vor einer *Flucht aus der Mitbestimmung der Arbeitnehmer*, weshalb man die Schwelle für eine SE-Gründung entsprechend hoch setzen wollte. Andererseits sollte die SE bei rein nationalen Sachverhalten die nationalen Aktiengesellschaften nicht verdrängen<sup>54</sup>.

Die Errichtung einer SE ist damit angelegt als *Konzernstrukturmassnahme von bereits grenzüberschreitend in der EU tätigen Unternehmen*: Gründer einer SE können nur Gesellschaften sein, die bereits einen Konzern bilden und diesen modifizieren oder mit Hilfe der SE einen solchen begründen wollen.

Das Mindestkapital für die Gründung einer SE beträgt EUR 120'000<sup>55</sup>. Der Gründungsakt besteht in der Errichtung und Beurkundung eines *Strukturplans*, der je nach der gewählten Form Umwandlungs-, Verschmelzungs- oder Gründungsplan heisst<sup>56</sup>.

## 2. Gründung der Schweizer AG

Im Gegensatz zur SE kann die Schweizer Aktiengesellschaft sozusagen «auf der grünen Wiese» gegründet werden, durch natürliche Personen, die das nötige Eigenkapital aufreiben. Die Aktiengesellschaft wird durch die öffentliche Beurkundung der

<sup>51</sup> Art. 3 Abs. 2 SE-Verordnung.

<sup>52</sup> SCHNYDER (FN 5), 575 ff.; HABERSACK (FN 10), N 402 ff.; GRUNDMANN (FN 6), N 1021 ff.; NOBEL (FN 3), 409 f.; WALTER BAYER, in: Marcus Lutter/Peter Hommelhoff (Hrsg.), SE Kommentar, Köln 2008, Art. 2 SE-VO N 11.

<sup>53</sup> CASPER (FN 46), 98 m.w.H.

<sup>54</sup> HEINZE (FN 46), 69 f.

<sup>55</sup> Art. 4 Abs. 2 SE-Verordnung.

<sup>56</sup> Art. 20, 32, 37 Abs. 4 SE-Verordnung.

Gründungserklärung und der Statuten, die Aktienzeichnung, die Feststellung der Einlageleistung und die Bestellung der Organe gegründet<sup>57</sup>. Das Mindestkapital für die Gründung einer Aktiengesellschaft ist mit CHF 100'000 deutlich tiefer angesetzt als bei der SE<sup>58</sup>.

Seit dem Inkrafttreten des Fusionsgesetzes am 1. Juli 2004 kann eine AG sodann – wie die SE – auch aus bereits bestehenden Gesellschaften heraus errichtet werden, sei es durch Fusion, Spaltung oder Umwandlung<sup>59</sup>.

## III. Praktische Bedeutung der SE für die Schweiz

Welche praktische Bedeutung hat nun die Societas Europaea angesichts dieser rechtlichen Rahmenbedingungen für Schweizer Unternehmen?

### A. Keine direkte Beteiligung an der Gründung einer SE

Wie bereits dargelegt, bedingt die Gründung einer SE stets ein transnationales Element. Die beteiligten Gesellschaften müssen grundsätzlich *sowohl ihren Sitz als auch ihre Hauptverwaltung in der EU* haben. Weil immer ein Bezug zur EU bzw. zu mindestens zwei EU-Mitgliedstaaten bestehen muss, kann die Gründung nicht unmittelbar durch Gesellschaften aus Drittstaaten erfolgen. Schweizerische Gesellschaften sind damit von der direkten Gründung einer SE ausgeschlossen. Die SE steht für Schweizer Unternehmen, die *in der EU* nicht über *mindestens zwei Tochtergesellschaften* verfügen, also gar nicht zur Verfügung. Der Handlungsspielraum ist damit für Schweizer Unternehmen und Investoren von vornherein äusserst beschränkt<sup>60</sup>.

### B. Einsatzmöglichkeiten der SE aus Schweizer Sicht

Eine Schweizer Muttergesellschaft kann *über eine EU-Tochtergesellschaft* immer dann an der Gründung einer SE beteiligt sein, wenn sowohl der Sitz als auch die Hauptverwaltung der Tochtergesellschaft in der EU liegen. Sie kann sich in diesem Fall an der Gründung einer SE *mittelbar* beteiligen,

<sup>57</sup> Art. 629 ff. OR 1991. Vgl. zur Gründung statt vieler BÖCKLI (FN 31), § 1 N 289 ff.

<sup>58</sup> Art. 621 OR 1991.

<sup>59</sup> Art. 1 Abs. 1, Art. 4, Art. 30, 54 FusG 2003.

<sup>60</sup> NOBEL (FN 3), 410; LUTTER (FN 3), 40; GUY EMMENEGGER/LORENZ HIRT, Die Europäische (Aktien-)Gesellschaft – Societas Europaea (SE), Anwaltsrevue (2005), 151 ff., 155 f.

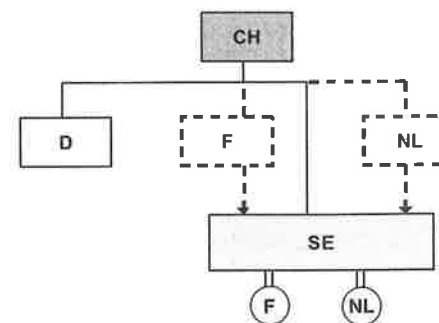
- (i) indem sie die Aktien einer bereits bestehenden SE erwirbt, oder
- (ii) indem sie in der EU eine Tochtergesellschaft gründet und diese an der Gründung einer SE beteiligt.

Liegt lediglich der Registersitz der Tochtergesellschaft in der EU, die Hauptverwaltung jedoch in der Schweiz, so ist eine Beteiligung an einer SE nur unter bestimmten Voraussetzungen denkbar: Art. 2 Abs. 5 SE-VO ermächtigt die Mitgliedstaaten nämlich zu einer Regelung, nach der sich eine Gesellschaft, die ihre Hauptverwaltung nicht in der Gemeinschaft hat, an der Gründung einer SE beteiligen kann, wenn sie ihren Sitz in diesem Mitgliedstaat hat und mit der Wirtschaft eines Mitgliedstaats «*in tatsächlicher und dauerhafter Verbindung*» steht. Diese Bestimmung eröffnet Staaten, die der Gründungstheorie folgen, die Möglichkeit, in ihren Registern eingetragene Unternehmen mit Verwaltungssitz ausserhalb der EU zur Beteiligung an der Gründung einer SE zuzulassen<sup>61</sup>. Von dieser Möglichkeit hat beispielsweise Grossbritannien Gebrauch gemacht<sup>62</sup>. Demnach könnte etwa eine Tochtergesellschaft einer schweizerischen Konzernmutter, die in England gegründet bzw. ins Register eingetragen ist, ihre Hauptverwaltung aber am Sitz der Konzernmutter in der Schweiz hat, an der Gründung einer SE beteiligt sein.

Unter diesen Voraussetzungen könnten für einen Schweizer Konzern im Wesentlichen die folgenden Einsatzmöglichkeiten der SE von Interesse sein:

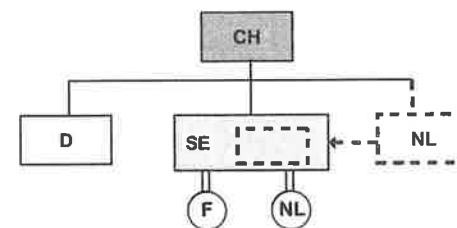
## 1. Grenzüberschreitende Kombinationsfusion der EU-Tochtergesellschaften der Schweizer Muttergesellschaft zu einer SE

Das Schweizer Mutterhaus kann seine gewachsenen Strukturen straffen, indem es sämtliche oder einen Teil seiner EU-Tochtergesellschaften zu einer SE zusammenfasst. Dies erreicht sie, indem sie ihre EU-Tochtergesellschaften im Wege der grenzüberschreitenden Kombinationsfusion zu einer neuen SE verschmilzt. Sie kann dabei ihre EU-Tochtergesellschaften auch mit anderen EU-Gesellschaften über die Grenze fusionieren. In den jeweiligen Mitgliedstaaten der EU-Tochtergesellschaften verbleiben nach der Transaktion lediglich noch Niederlassungen bzw. Betriebsstätten<sup>63</sup>.



## 2. Grenzüberschreitende Absorptionsfusion der EU-Tochtergesellschaften der Schweizer Muttergesellschaft zu einer SE

Die grenzüberschreitende Verschmelzung kann unter den erwähnten Rahmenbedingungen auch im Wege der Absorptionsfusion zu einer SE erfolgen. Das ergibt schematisch folgendes Bild:



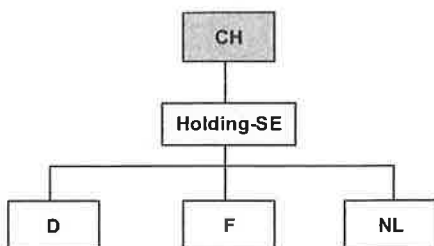
<sup>61</sup> Vgl. EMMENEGGER/HIRT (FN 60), 155; BAYER (FN 52), Art. 2 SE-VO N 24 ff.

<sup>62</sup> Vgl. Rule 55 European Public Limited-Liability Company Regulations 2004 (SI 2004/2326); dazu JESSICA SCHMIDT, «Deutsche» vs. «britische» Societas Europaea (SE) – Gründung, Verfassung, Kapitalstruktur, Gottmadingen 2006, 150 ff.

<sup>63</sup> EMMENEGGER/HIRT (FN 60), 156; NOBEL (FN 3), 446.

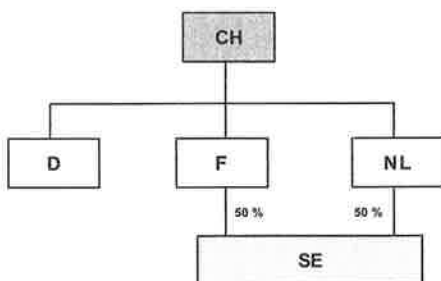
### 3. Zusammenführung der EU-Tochtergesellschaften in einer Holding-SE

Eine weitere Variante besteht in der Zusammenführung der EU-Tochtergesellschaften in einer Holding-SE. Den Tochtergesellschaften werden dann Sparten oder Gebiete zugeteilt, in denen sie innerhalb von Europa tätig werden<sup>64</sup>.



### 4. Gründung einer Joint-Venture-SE

EU-Tochtergesellschaften schweizerischer Unternehmen können schliesslich mit anderen EU-Gesellschaften oder EU-Tochtergesellschaften eine gemeinsame Tochter-SE als Joint-Venture gründen, ohne ihre Existenz aufzugeben<sup>65</sup>.



## IV. Abwägung der Vor- und Nachteile einer SE aus Sicht des Schweizer Konzerns

Erfüllt ein Schweizer Konzern die Voraussetzungen der indirekten Beteiligung an einer Gründung einer SE, so hat er die Vor- und Nachteile der Restrukturierungsmassnahme gegeneinander abzuwägen:

<sup>64</sup> HABERSACK (FN 10), 400; EMMENEGGER/HIRT (FN 60), 154; NOBEL (FN 3), 446.

<sup>65</sup> EMMENEGGER/HIRT (FN 60), 156; NOBEL (FN 3), 446.

## A. Vorteile

Die Gründung einer SE kann für ein schweizerisches Unternehmen die folgenden Vorteile bringen:

### 1. Marketingeffekt des europäischen Labels «SE»

Das europäische Label «SE» schafft nicht nur nach aussen eine europäische Identität<sup>66</sup>, sondern fördert bei grenzüberschreitend tätigen Unternehmen auch den internen Zusammenhalt. Es können insbesondere psychologische Hemmnisse und Nationalitätseffekte, die mit einer grenzüberschreitenden Zusammenarbeit oder Umstrukturierung von Unternehmen regelmässig einhergehen, reduziert werden. Gemeinsame Ziele und Wertvorstellungen werden nicht auf der nationalen Ebene des einen oder anderen bestimmt, sondern in einem europäischen Umfeld neu geregelt<sup>67</sup>. Dadurch können namentlich auch *Direktinvestitionen*<sup>68</sup> aus Drittstaaten gefördert werden<sup>69</sup>.

### 2. Vereinfachung der Konzernstruktur und Kosteneinsparungen

Mit der Rechtsform der SE kann auch ein grenzüberschreitend tätiges schweizerisches Unternehmen seine Strukturen in einem europäischen Konzern vereinfachen. Vielfach sind Konzerne gewachsen, die über eine Tochtergesellschaft in nahezu jedem Mitgliedstaat verfügen. Nun genügt grundsätzlich eine SE mit unselbstständigen Niederlassungen in verschiedenen Mitgliedstaaten der EU; nationale Tochtergesellschaften müssen zumindest nicht mehr allein aus rechtlichen Überlegungen aufrechterhalten werden. Ein europaweit tätiges Unternehmen, das in jedem Mitgliedstaat eigenständige Vertriebs Tochtergesellschaften unterhält, kann eine Holding-SE gründen, in der sämtliche Aktivitäten gebündelt werden. Dies ermöglicht eine bessere Koordinierung der Vertriebsstrategie. Eine schlankere Organisationsstruktur kürzt die *Entscheidungswege* und kann *Kosten* für funktionslose Zwischenholding- oder

<sup>66</sup> Vgl. Wiener Zeitung vom 13. Oktober 2004: Auf die Frage, warum man sich für die Umwandlung in eine SE entschieden habe, antwortete der Vorstandschef der Strabag AG: «Wir haben einfach an einen Werbegag gedacht.» Vgl. LÜTTER (FN 3), SE-VO Einl. N 33.

<sup>67</sup> So ausdrücklich Erwägungsgrund 3 der SE-Verordnung.

<sup>68</sup> Als Direktinvestitionen bezeichnet man Investitionen, die einen dauerhaften und direkten Einfluss auf die Geschäftstätigkeit eines Unternehmens im Ausland begründen. Gemäss Quartalsheft 4/2003 der Schweizerischen Nationalbank, 50, liegt eine Direktinvestition vor, wenn ein Investor sich mit mindestens 10% am stimmberechtigten Kapital einer Unternehmung im Ausland beteiligt oder im Ausland eine Tochtergesellschaft oder eine Filiale gründet.

<sup>69</sup> Vgl. zu diesem Aspekt eingehend MÄSCH/FOUNTOULAKIS (FN 17), 49 f.



Tochtergesellschaften sparen<sup>70</sup>. Zu denken ist namentlich an die Organisationskosten für die jährlich bei jeder Tochtergesellschaft durchzuführenden Generalversammlungen, die Verwaltungsratssitzungen und die verschiedenen zu erstellenden Jahresberichte.

### 3. Einheitliches Gesellschaftsstatut

Die Gesellschaftsform der SE ist in der gesamten EU dieselbe, so dass die *Frage des optimalen nationalen Gesellschaftsstatuts* eine geringere Rolle spielt. Der Sitz der SE kann vielmehr in erster Linie nach Steuer- sowie nach Produktivitäts- und Effizienzkriterien bestimmt werden. Eine nationale Aktiengesellschaft ist demgegenüber an die im nationalen Recht vorgegebenen Rahmenbedingungen gebunden. Die Rechtsform der SE ermöglicht den beteiligten Unternehmen etwa, sich unabhängig vom Sitz der Gesellschaft frei für eine monistische oder eine dualistische Leitungsstruktur zu entscheiden<sup>71</sup>. Ein Schweizer Konzern kann damit beispielsweise über eine SE konzernweit in ganz Europa – auch in Ländern mit einer monistischen Organisationsverfassung – eine einheitliche dualistische Leitungsstruktur umsetzen.

Auch die Option, *juristische Personen* zu Organmitgliedern zu bestellen, fördert die Errichtung einheitlicher Leitungsstrukturen im Konzern. Bei Unternehmenskooperationen ist zudem die Führung durch eine gemeinsame Betriebsführungsgesellschaft möglich<sup>72</sup>. Der Befürchtung, dass sich dadurch der Einfluss der Gesellschafter auf die Auswahl der geschäftsführenden Personen verringert, wird teilweise dadurch begegnet, dass eine natürliche Person als Vertreter der juristischen Person zu bestellen ist<sup>73</sup>.

### 4. Identitätswahrende Sitzverlegung innerhalb der EU

Die SE, deren Rechtsgrundlage in allen Mitgliedstaaten die gleiche ist, erleichtert die *grenzüberschreitende Sitzverlegung* der Konzerngesellschaften<sup>74</sup>. Sitz und Hauptverwaltung müssen nach den Verfahrensvorschriften des Art. 8 SE-Verordnung, deren Ziel es ist, ausreichenden Gläubiger- und Gesellschafterschutz zu gewährleisten, gemeinsam verlegt werden. Verlegt eine SE ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat, so tritt

<sup>70</sup> Das war offenbar die Hauptmotivation der Umwandlung der Allianz AG in die Allianz SE, vgl. Medienmitteilung Allianz Suisse vom 16. Oktober 2006; vgl. auch LUTTER (FN 3), Einl. SE-VO N 32 und 40.

<sup>71</sup> LUTTER (FN 3), Einl. SE-VO N 34 ff.

<sup>72</sup> CHRISTOPH TEICHMANN, in: Marcus Lutter/Peter Hommelhoff (Hrsg.), SE Kommentar, Köln 2008, Art. 47 SE-VO N 3; LUTTER (FN 3), Einl. SE-VO N 34 ff.

<sup>73</sup> Art. 47 Abs. 1 Satz 2 SE-Verordnung.

<sup>74</sup> Vgl. dazu JÜRGEN OECHSLER, Die Sitzverlegung der Europäischen Aktiengesellschaft nach Art. 8 SE-VO, AG 50 (2005), 373 ff. und DANIEL ZIMMER/WOLF-GEORG RINGE, in: Marcus Lutter/Peter Hommelhoff (Hrsg.), SE Kommentar, Köln 2008, Art. 8 SE-VO N 1 ff.

mit Abschluss der Sitzverlegung ein Statutenwechsel hinsichtlich des subsidiären nationalen Rechts ein. Im Unterschied zur bisherigen Praxis darf der Wegzugsbeschluss der SE vom nationalen materiellen Recht nicht mehr als Auflösungsbeschluss gewertet werden. Damit wird es der SE *kraft unmittelbar geltendem Gemeinschaftsrecht* ermöglicht, identitätswahrend ihren Sitz zu verlegen<sup>75</sup>.

## B. Nachteile

Die Nachteile der SE sind aus Schweizer Sicht im Grunde keine echten Nachteile, sondern vor allem Relativierungen der Vorteile:

### 1. Besitzstandswahrung bei der Mitbestimmung

Der angestrebten Erleichterung von Umstrukturierungen und Kooperationen in der EU steht aus Schweizer Sicht insbesondere die Hürde der *Mitbestimmung der Arbeitnehmer* nach der Regelung der SE-Mitbestimmungsrichtlinie entgegen. Die europäische Auffanglösung führt dazu, dass Schweizer Unternehmen, denen das Konzept der paritätischen Mitbestimmung fremd ist, davon abgehalten werden, eine SE mit einem Unternehmen zu gründen, das aufgrund der nationalen Vorschriften zu einer entsprechenden institutionalisierten Mitbestimmung verpflichtet ist<sup>76</sup>.

### 2. Keine echte Entlastung der Standortwahl von der Frage des Gesellschaftsstatuts

Auch eine echte Entlastung der Standortwahl von der Frage des massgeblichen Gesellschaftsstatuts ist angesichts der eingeräumten Wahlmöglichkeiten und Verweisungen auf das nationale Recht der Mitgliedstaaten nicht wirklich absehbar. Nicht einheitlich geregelt sind namentlich die Haftung der Organmitglieder und die Zuständigkeit für die Bestellung des Leitungsorgans, die Rechte und Pflichten der Aktionäre, der Minderheitenschutz sowie der Erwerb und die Übertragbarkeit der Aktien und deren Vinkulierung<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> ZIMMER/RINGE (FN 74), Art. 8 SE-VO N 8.

<sup>76</sup> LUTTER (FN 3), Einl. SE-VO N 37; RODERICH C. THÜMMEL, Die Europäische Aktiengesellschaft, Leitfaden für die Unternehmens- und Beratungspraxis, Frankfurt am Main 2005, 32.

<sup>77</sup> BÜHLER (FN 6), 94 f.; MÄSCH/FOUNTOULAKIS (FN 17), 57.

### 3. Niederlassungsfreiheit gewährleistet bereits identitätswahrende grenzüberschreitende Sitzverlegung

Die identitätswahrende grenzüberschreitende Sitzverlegung ist nach den jüngsten Entscheidungen des EuGH i.S. *Centros*<sup>78</sup>, *Überseeing*<sup>79</sup> und *Inspire Art*<sup>80</sup> zur Auslegung der gemäss Art. 41 und 48 EG-Vertrag statuierten Niederlassungsfreiheit für europäische Tochtergesellschaften inzwischen im Grunde auch ohne die SE gewährleistet<sup>81</sup>.

### 4. Grenzüberschreitende Umstrukturierung in der EU bereits harmonisiert

Auch im Bereich der angestrebten *Erleichterung von Umstrukturierungs- und Kooperationsmassnahmen* dürfte die SE ihre Bedeutung verlieren, denn am 25. November 2005 haben das Europäische Parlament und der Rat die *Richtlinie zur Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten* verabschiedet<sup>82</sup>, welche die kollisionsrechtlichen Regeln harmonisiert und punktuell materiellrechtliche Bestimmungen zum Fusionsplan und dessen Bekanntmachung<sup>83</sup>, zum Bericht des Leitungs- oder Verwaltungsorgans<sup>84</sup> und zur Zustimmung der Gesellschafterversammlung der sich verschmelzenden Gesellschaften<sup>85</sup> enthält<sup>86</sup>. Auch der Europäische Gerichtshof hat inzwischen in der Rechtssache *SEVIC* den Weg für grenzüberschreitende Fusionen geebnet<sup>87</sup>: Demgemäss verstösst die generelle Ablehnung der Eintragung einer Verschmelzung von Gesellschaften in das nationale Handelsregister, wenn eine der Gesellschaften ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat, gegen das Gemeinschaftsrecht. Diese unterschiedliche Behandlung von Gesellschaften nach Massgabe danach, ob es sich um eine innerstaatliche oder um eine grenzüberschreitende Verschmelzung handelt, stellt eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar und kann nicht mit zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden.

<sup>78</sup> EuGH vom 9. März 1999, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459.

<sup>79</sup> EuGH vom 5. November 2002, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919.

<sup>80</sup> EuGH vom 30. September 2003, Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155.

<sup>81</sup> ZIMMER/RINGE (FN 74), Art. 7 SE-VO N 26; MÄSCH/FOUNTOULAKIS (FN 17), 52 und 57.

<sup>82</sup> Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. EG Nr. L 310 vom 25. November 2005, 1 ff.

<sup>83</sup> Art. 5 f. EG-Fusionsrichtlinie 2005.

<sup>84</sup> Art. 7 EG-Fusionsrichtlinie 2005.

<sup>85</sup> Art. 9 EG-Fusionsrichtlinie 2005.

<sup>86</sup> NOBEL (FN 3), 335 ff.; vgl. zu den gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen der grenzüberschreitenden Fusion von Kapitalgesellschaften in der EU eingehend BÜHLER (FN 6), 43 ff. m.w.H.; MÄSCH/FOUNTOULAKIS (FN 17), 52.

<sup>87</sup> EuGH vom 13. Dezember 2005, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805.

### 5. Kein Abbau der steuerlichen Hindernisse bei grenzüberschreitenden Umstrukturierungen

Der erste Entwurf einer SE-Verordnung aus dem Jahre 1970 enthielt noch Regelungen zur steuerlichen Behandlung der SE<sup>88</sup>. Vorgesehen war, dass die SE ihren steuerlichen Sitz am Ort der Geschäftsleitung haben sollte. Ausserdem wurden bestimmte Regeln zur Sicherung der Steuerneutralität der Gründung der Holding-SE und bei Sitzverlegung zwischen Mitgliedstaaten formuliert. Schliesslich sollte im Rahmen der laufenden Besteuerung der SE eine grenzüberschreitende Verrechnung von Betriebsstättenverlusten oder Verlusten von Tochtergesellschaften mit Gewinnen am Sitzstaat der SE eingeführt werden.

Die verabschiedete Fassung der SE-Verordnung enthält jedoch keine normativen Vorgaben zur Besteuerung der SE mehr. Im 20. Erwägungsgrund wird für steuerliche Fragen vielmehr auf das Recht der Mitgliedstaaten verwiesen<sup>89</sup>. Mit dem Verzicht auf eigenständige steuerliche Regelungen bringt die SE letztlich keinen Abbau bestehender steuerlicher Hindernisse, die einer grenzüberschreitenden Strukturanpassung eines Unternehmens entgegenstehen können<sup>90</sup>.

## V. Schluss

Mit der Societas Europaea hat der europäische Gesetzgeber den Versuch unternommen, eine spezifisch gemeinschaftsrechtliche Gesellschaftsform für die grenzüberschreitende Unternehmenstätigkeit im Binnenmarkt zu schaffen. Seit dem Inkrafttreten der SE-Verordnung haben sich allerdings die rechtlichen Rahmenbedingungen im europäischen Gesellschaftsrecht tiefgreifend verändert. Die Vorteile, die diese supranationale Rechtsform zu bieten hat, sind aufgrund der parallel fortgeschrittenen Weiterentwicklung der Rechtsprechung zum Abbau der bestehenden Mobilitätshindernisse und neuer sekundärrechtlicher Regulierungen, aber auch aufgrund der zahlreichen Verweisungen des SE-Statuts auf das nationale Recht der Mitgliedstaaten, zu relativieren. Angesichts dieses veränderten Regelungsumfeldes war in Frage gestellt, ob die SE in der Rechtspraxis überhaupt Anklang finden würde. Inzwischen haben

<sup>88</sup> Art. 275 ff. Vorschlag SE-Verordnung 1970, vgl. vorne bei FN 1.

<sup>89</sup> «Andere Rechtsbereiche wie das Steuerrecht, das Wettbewerbsrecht, der gewerbliche Rechtsschutz und das Konkursrecht werden nicht von dieser Verordnung erfasst. Die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten und das Gemeinschaftsrecht gelten in den vorne genannten sowie in anderen nicht von dieser Verordnung erfassten Bereichen.»

<sup>90</sup> Vgl. zu den steuerrechtlichen Rahmenbedingungen BÜHLER (FN 6), 223 ff. m.w.H. und zur steuerlichen Behandlung der SE eingehend WOLFGANG SCHÖN/CLEMENS SCHINDLER, Die SE im Steuerrecht, in: Marcus Lutter/Peter Hommelhoff (Hrsg.), SE Kommentar, Köln 2008, N 1 ff.

sich immerhin bereits über 500 Unternehmen, darunter wirtschaftlich bedeutende Grosskonzerne<sup>91</sup>, für die Rechtsform der SE entschieden<sup>92</sup>.

Für international tätige Schweizer Unternehmen ist der Handlungsspielraum, in dem sie sich das Institut der SE im Sinne einer grenzüberschreitenden Konzernrestrukturierungsmassnahme nutzbar machen können, freilich relativ beschränkt. Dennoch darf die Bedeutung der SE auch für die Schweiz nicht unterschätzt werden. Hervorzuheben ist insbesondere die Möglichkeit zur Schaffung einer *europäischen Identität des Unternehmens*. Sie kann als wichtiger strategischer Baustein ein Signal für die Neuordnung der europäischen Aktivitäten und für die Internationalisierung des Konzerns setzen. Ob die SE in der Fortentwicklung eines europäischen Gesellschaftsrechts und des Binnenmarktes weitere Akzente setzen kann oder durch die fortschreitende Harmonisierung auf den einzelnen Teilgebieten überholt wird, bleibt abzuwarten.

---

<sup>91</sup> Z.B. Allianz, BASF, Bombardier Transportation, KLM Group, Porsche.

<sup>92</sup> Vgl. für den aktuellen Stand [www.worker-participation.eu/european\\_company](http://www.worker-participation.eu/european_company).

Sonderdruck

---

**M & A**  
**Recht und Wirtschaft in der Praxis**

Liber amicorum für Rudolf Tschäni

Herausgegeben von

Matthias Oertle  
Stefan Breitenstein

Matthias Wolf  
Hans-Jakob Diem

---

**CHRISTOPH B. BÜHLER**

**Die Societas Europaea  
als Restrukturierungsinstrument  
für den Schweizer Konzern**

---



2010. Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen  
ISBN 978-03751-265-4