

**Die SE als Konzerntochter- und Joint Venture-Gesellschaft
Dr. Erich Waclawik, Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof**

(Fußnoten nur im Original)

I. Einleitung

Blickt man auf die Rechtsformstrukturen international tätiger deutscher Konzerne mit Gesellschaften (u. a.) im EU-Ausland, so ist ein ausgeprägter „Rechtsformpluralismus“ auszumachen. Die nachgeordneten Konzerngesellschaften werden bzw. sind in aller Regel in einer Rechtsform ihres Sitzstaates errichtet. Der gleiche Befund ergibt sich bei Joint Venture-Gesellschaften (im Folgenden kurz: JV). Es stellt sich die Frage, ob die im Kern supranationale Rechtsform der Societas Europaea (SE) ein geeignetes Instrument ist, eine EU-weite Harmonisierung zu erreichen bzw. sich diesem Ziel zumindest zu nähern. Hierbei ist von Interesse, welche Vor- und Nachteile die SE als Konzerntochter und JV insbesondere im Vergleich mit ihrem deutschen Pendant - der Aktiengesellschaft (AG) - aufweist. Im Folgenden werden daher die Gründungsformen und der mit ihnen verbundene Aufwand, die Wahl der Führungsstruktur, die laufenden Rechtsformkosten, die Reorganisationseignung der SE sowie schließlich die Möglichkeit betrachtet, diese Rechtsform wieder zu verlassen. Der Fokus der Analyse liegt hierbei auf den gesellschaftsrechtlichen Handlungsspielräumen. Einzelheiten zu den Voraussetzungen und dem Verfahren der Arbeitnehmerbeteiligung sowie zu den steuerlichen Implikationen der Gründung der SE und ihrer Restrukturierung nach dem noch in der Entstehung befindlichen SEStBEG werden nicht dargestellt.

II. Wege in die Tochter- bzw. Joint Venture-SE („JV-SE“)

1. Der Numerus clausus der Gründungsformen

Die SE-VO sieht in ihrem Art. 2 sowie in Art. 3 Abs. 2 einen Numerus clausus der Gründungsformen vor:

- **Gründung durch Verschmelzung**, Art. 2 Abs. 1 SE-VO;
- **Gründung einer Holding-SE**, Art. 2 Abs. 2 SE-VO;
- **Gründung einer Tochter-SE durch mehrere „Mütter“**, Art. 2 Abs. 3 SE-VO;
- **Gründung einer Tochter-SE durch eine einzige Mutter-SE**, Art. 3 Abs. 2 SE-VO (sog. „Ausgründung“);
- **Gründung durch Umwandlung** (= Formwechsel), Art. 2 Abs. 4 SE-VO.

Die Errichtung einer Tochter- oder JV-SE muss sich einer dieser Gründungsformen bedienen. Die Bar- oder Sachgründung einer SE unter Beteiligung von natürlichen Personen ist nicht möglich. Die Tochter-SE wird in der SE-VO als solche ausdrücklich angesprochen. Hingegen wird die JV-SE weder in der SE-VO noch im deutschen Ergänzungsgesetz - dem SEAG - erwähnt. Dies bedeutet allerdings nicht, dass die SE als Rechtsform für Joint Ventures von vornherein ausscheiden würde. „Tochter-SE“ i.S.d. SE-VO ist vielmehr nicht nur die „Konzerntochter“, sondern - wie insb. Art. 2 Abs. 3 SE-VO zeigt - auch die JV-SE.

2. Gründung einer Tochter-SE im deutschen Mutter-SE-Konzern

Die nachfolgenden Überlegungen setzen voraus, dass es deutsche Konzernmütter in der Rechtsform der SE gibt. Wie der Fall „Allianz SE“ zeigt, wird dies künftig der Fall sein, wenngleich noch ungewiss ist, welche Konjunktur die SE als Rechtsform für deutsche Konzernobergesellschaften haben wird. Ferner ist diese Gründungsvariante relevant für die Beurteilung der Attraktivität der SE als Rechtsform einer Konzernmuttergesellschaft, da der Übergang in die Rechtsform der SE an der Konzernspitze mit der Erwägung einhergehen wird, die SE als Rechtsform auch auf nachgeordneten Konzernstufen zu etablieren.

a) Der Regelfall: Ausgründung der Tochter-SE gemäß Art. 3 Abs. 2 SE-VO

aa) Wesensmerkmale der Ausgründung

Die „Ausgründung“ der SE aus einer bereits bestehenden Mutter-SE ist von dem Fall der Tochtergründung nach den Artt. 2 Abs. 3, 35 f. SE-VO zu unterscheiden. Anders als nach jenen Vorschriften ist nach Art. 3 Abs. 2 SE-VO eine „Einmanngründung“ durch die Mutter-SE als Bar- oder Sachgründung möglich. Im Vergleich mit der deutschen AG bedeutet dies - siehe § 2 AktG - zwar keine Erleichterung. Anders kann dies hingegen bei der Gründung einer Tochter-SE im EU-Ausland sein, da nach Art. 3 Abs. 2 Satz 2 SE-VO strengere Anforderungen des nationalen Aktienrechts für die SE nicht gelten. Die Zahl der Ausgründungen ist nicht beschränkt. Art. 3 Abs. 2 SE-VO lässt „eine oder mehrere“ Ausgründungen - also beliebig viele - zu. Ebenfalls keine Beschränkungen gibt es hinsichtlich der Zahl der Konzernstufen. Es ist nicht nur die Gründung von „Tochter-SEs“, sondern auch die Gründung von „Enkel-SEs“, „Urenkel-SEs“ usw. möglich. Die Gründung erfolgt hierbei allerdings nicht durch die Konzernmuttergesellschaft, sondern jeweils durch die in der Konzernhierarchie übergeordnete SE. Dies impliziert, dass für die Anwendung des Art. 3 Abs. 2 SE-VO die „SE-Kette“ nicht oberhalb der zu gründenden SE unterbrochen sein darf. Ein weiteres Wesensmerkmal der Ausgründung ist, dass die Tochter-SE weder durch das Halten von EU-Auslandsbeteiligungen noch in sonstiger Weise einen EU-Bezug haben muss. Die Gründung einer deutschen Tochter-SE einer in Deutschland ansässigen Mutter-SE ist daher ohne weiteres möglich.

bb) Der Gründungsvorgang

Weder SE-VO noch SEAG regeln Einzelheiten des Gründungsvorgangs. Es gilt das nationale Recht des künftigen Sitzstaates, Art. 15 Abs. 1 SE-VO. Bei der Ausgründung einer Tochter-SE mit Sitz in Deutschland finden daher die Vorschriften über die Gründung einer AG (§§ 23 ff. AktG) Anwendung. Art. 3 Abs. 2 SE-VO lässt leider unbeantwortet, ob daneben über Art. 9 Abs. 1 lit. c ii) SE-VO bzw. Art. 15 Abs. 1 SE-VO auch eine Ausgliederung i. S. d. § 123 Abs. 3 UmwG - also im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge - möglich ist. Im Schrifttum sind die Ansichten hierzu geteilt. Der Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 SE-VO spricht eher gegen die Möglichkeit der Ausgliederung, ebenso der Wortlaut der Parallelvorschrift des Art. 2 Abs. 3 SE-VO. Allerdings ist fraglich, ob der Wortlaut der SE-VO angesichts ihrer wechselvollen Entstehungsgeschichte den Anwendungsbereich der Vorschrift exakt umschreibt. Die Entwicklung der Rechtsprechung bleibt abzuwarten. Bis auf Weiteres ist die Ausgliederung jedenfalls keine gesicherte Gründungsform.

b) Alternative: Gründung einer Tochter-SE durch Verschmelzung

Die Gründung einer Tochter-SE durch Verschmelzung nach den Artt. 2 Abs. 1, 17 ff. SE-VO, §§ 5 ff. SEAG, ist dann eine erwägenswerte Alternative zur Ausgründung, wenn EU-weite Aktivitäten auf nachgeordneter Konzernebene in einer Gesellschaft rechtlich gebündelt werden sollen. Der Wechsel der aufnehmenden Gesellschaft in die Rechtsform der SE ist ausgehend von dieser Zielsetzung eher ein Nebenprodukt. Die Verschmelzungsgründung ist allerdings nur unter Beteiligung von Aktiengesellschaften möglich, Art. 2 Abs. 1 SE-VO i.V.m. Anhang I. Auch bereits gegründete Tochter-SEs können an einer Verschmelzungsgründung teilnehmen, Art. 3 Abs. 1 SE-VO. Möglich sind nicht nur bi-, sondern auch multilaterale Verschmelzungen. Auf Grund des Mehrstaatlichkeitserfordernisses (Art. 2 Abs. 1 SE-VO) müssen allerdings mindestens zwei der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften dem Recht verschiedener EU-Mitgliedstaaten unterstehen, also im Regelfall in verschiedenen EU-Staaten ansässig sein. Bei der multilateralen Verschmelzung können jedoch mehrere Gesellschaften in demselben EU-Staat ansässig sein. Der Ablauf der Verschmelzung entspricht dem Fall der Verschmelzung zweier (oder mehrerer) AG zu einer Mutter-SE.

c) Weitere Alternative: Gründung durch Formwechsel bzw. „Umwandlung“

Eine Tochter-SE kann ferner durch Formwechsel entstehen, den die SE-VO „Umwandlung“ nennt, Art. 2 Abs. 4, 37 SE-VO. Der Formwechsel nach der SE-VO ist - wie derjenige nach den §§ 190 ff. UmwG - identitätswahrend, Art. 37 Abs. 2 SE-VO. Spezielle Anforderungen an den Formwechsel auf nachgeordneter Konzernebene gibt es nicht. Auch hier ist ein Formwechsel in die SE nur der AG eröffnet, Art. 2 Abs. 4 SE-VO. Diese Rechtsformbeschränkung verbietet indessen einen vorgeschalteten Formwechsel in die AG nicht. Ferner ist ein mindestens dreistufiger Konzernaufbau erforderlich, da die formwechselnde AG nach Art. 2 Abs. 4 SE-VO seit mindestens zwei Jahren über wenigstens eine EU-Auslandstochtergesellschaft verfügen muss. Die Zweijahresfrist bezieht sich nur auf die Haltedauer, nicht hingegen auf die Rechtsform als solche. Auch „Nicht-AGs“ können daher innerhalb kurzer Zeit in eine SE formgewechselt werden. Allerdings lässt die SE-VO keine „Typenvermischung“ durch Kombination des Formwechsels mit einer Sitzverlegung zu, Art. 37 Abs. 3 SE-VO. Die Nacheinanderschaltung beider Maßnahmen ist jedoch möglich, ohne dass eine Wartefrist erfüllt werden muss. Auf die Einzelheiten des Verfahrens soll hier nicht eingegangen werden. Hingewiesen sei nur zum einen auf die Nichtanwendbarkeit des § 207 UmwG, der für den Formwechsel nach dem UmwG eine Barabfindung widersprechender Aktionäre bzw. Gesellschafter vorsieht. Art. 37 SE-VO enthält keine entsprechende Regelung. Eine Abfindung widersprechender Aktionäre ist daher bei dem SE-Formwechsel nicht erforderlich. Dies spiegelt den Rechtsgedanken des § 250 UmwG wider, wonach auch bei dem Formwechsel einer AG in eine KGaA (und umgekehrt) keine Barabfindung vorgesehen ist. Hingewiesen sei zum anderen auf § 21 Abs. 6 SEBG. Danach darf der Formwechsel zu keiner Verminderung der Arbeitnehmerbeteiligungsrechte führen.

d) „Gründung“ einer Tochter-SE durch Mantelverwendung?

Die vorbeschriebenen Beschränkungen bei der SE-Gründung legen die Frage nahe, ob die Gründung einer Tochter-SE durch Verwendung eines vorhandenen „SE-Mantels“ ein schnellerer und effizienterer Gründungsweg ist. Der Mantelverwendung stehen keine prinzipiellen gesellschaftsrechtlichen Hindernisse entgegen. Das SE-Recht sieht insbesondere keine Mindesthaltedauern für die Gründer vor. Daher können die Gründer ihre Aktien unmittelbar nach der erfolgten Handelsregistereintragung der neu gegründeten SE veräußern. Allerdings gelten über Art. 5 SE-VO für die SE die Kapitalhaltungsvorschriften des nationalen Aktienrechts. Für eine in Deutschland ansässige Tochter-SE dürften daher die Grundsätze zur Mantelverwendung Anwendung finden („Mantelverwendung als wirtschaftliche Neugründung“). Daher werden bei der „Aktivierung“ des SE-Mantels die nationalen Gründungsvorschriften (erneut) zu beachten sein. Die Handelsregistereintragung einer Mantel-SE wird daher nur nach sorgfältiger Prüfung erfolgen. Dies mag zumindest einen Teil des Zeitvorteils der SE-Mantelverwendung aufzuheben.

Eine noch nicht geklärte Frage ist ferner, ob und unter welchen Voraussetzungen bereits bei der Mantelgründung das Verfahren der §§ 4 ff. SEBG zur Vereinbarung der Arbeitnehmerbeteiligung durchgeführt werden muss, obwohl die „Mantel-SE“ bis auf Weiteres inaktiv und „arbeitnehmerlos“ ist. Der Wortlaut des Art. 12 Abs. 2 SE-VO spricht für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens. Die Wortlautauslegung macht bei der Mantelgründung indessen keinen Sinn. Eine teleologische Reduktion der Vorschrift liegt daher nahe. Die Frage der Durchführung des Verfahrens zur Arbeitnehmerbeteiligung stellt sich allerdings erneut bei der Mantelverwendung. Versteht man „Gründung“ i.S.d. Art. 3 Abs. 1 SE-RL bzw. § 4 Abs. 2 SEBG unter Einschluss der „wirtschaftlichen Neugründung“ im Sinne der BGH-Judikatur, so ist vor der Handelsregistereintragung im Rahmen der Mantelverwendung ein Beteiligungsverfahren durchzuführen. Dies erscheint auch systemgerecht, da die SE erst zu diesem Zeitpunkt „mit Leben erfüllt“ wird. Da das Beteiligungsverfahren kein Selbstzweck ist, wird es aber auch in dem Fall der SE-Mantelverwendung nicht erforderlich sein, wenn die SE auch weiterhin - bspw. als Beteiligungs-Holding - arbeitnehmerlos bleibt. Die Praxis bleibt allerdings bis auf Weiteres damit konfrontiert, dass diese Überlegungen nicht (höchst-)richterlich abgesichert sind. Soll daher eine Tochter-SE durch Mantelverwendung gegründet werden, ist eine vorherige Abstimmung mit dem Registergericht des künftigen Sitzes der Tochter-SE zwingend.

3. Die Gründung einer Tochter-SE im „Nicht-Mutter-SE-Konzern“

Weder SE-VO noch SEAG schreiben vor, dass die Aktien einer SE nur von einer (anderen) SE gehalten werden könnten. Die SE kommt daher auch als nachgeordnete Gesellschaft im „Nicht-Mutter-SE-Konzern“ in Betracht.

a) Ausschluss der Ausgründung nach Art. 3 Abs. 2 SE-VO

Tochter-SE-Gründungen nach dieser Vorschrift stehen weder der AG noch anderen nationalen Rechtsformen offen. Dies zeigt, dass die SE-VO die SE als Tochter- bzw. Enkelgesellschaftsform im Nicht-Mutter-SE-Konzern nicht in gleicher Weise begünstigt wie im Mutter-SE-Konzern. Alle Gründungsformen des Art. 2 SE-VO stehen aber auch hier zur Verfügung.

b) Gründung einer Tochter-SE nach Art. 2 Abs. 3, 35 f. SE-VO

Die am Nächsten liegende Gründungsvariante ist die Gründung einer Tochter-SE nach den Art. 2 Abs. 3, 35 f. SE-VO. An dieser Gründungsform müssen zumindest zwei Gründer beteiligt sein. Dieser Beschränkung steht ein weiter Kreis möglicher Gründer gegenüber. Nach Art. 2 Abs. 3 SE-VO kommen als Gründer alle Gesellschaften i.S.d. Art. 48 Abs. 2 EGV in Betracht. Dies sind alle deutschen und EU-ausländischen Kapital- und Personengesellschaften sowie juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts. Ausgeschlossen sind „lediglich“ natürliche Personen. Ferner müssen mindestens zwei Gründer - hier Konzerngesellschaften - dem Recht verschiedener EU-Staaten unterliegen oder jeweils seit mindestens zwei Jahren eine EU-Auslandstochtergesellschaft oder eine EU-Auslandszweigniederlassung unterhalten, Art. 2 Abs. 3 SE-VO (sog. „Mehrstaatlichkeitserfordernis“).

SE-VO und SEAG verlangen keine (Konzern-)Unverbundenheit der Gründer. Mindestbeteiligungsquoten der Gründungsgesellschaften werden ebenfalls nicht gefordert, erst recht keine „paritätische“ Gründung. Ferner gibt es keinen Zwang zur befristeten Aufrechterhaltung der zwei- oder mehrgliedrigen Gesellschafterstruktur. Nach Abschluss der Gründung ist daher die Aktienübertragung auf einen Alleingesellschafter - bspw. die Konzernmutter oder eine Beteiligungs-Holding - möglich. An der Tochter-SE-Gründung nach Art. 2 Abs. 3 SE-VO kann daher eine Konzerntochtergesellschaft als „Zweitgründer“ teilnehmen. Diese Konzerntochter kann - muss aber nicht - im EU-Ausland ansässig sein, wenn sie - im drei- oder mehrstufigen Konzernaufbau - ihrerseits eine Beteiligung an einer EU-Auslandstochtergesellschaft hält. Zum Verfahren der Gründung nach Art. 2 Abs. 3 SE-VO enthalten weder die SE-VO noch das SEAG nähere Vorgaben. Gemäß Art. 15 Abs. 1 SE-VO findet das am künftigen Sitz der Tochter-SE geltende nationale Recht Anwendung. Die internen Abläufe bei den Gründungsgesellschaften richten sich, was Art. 36 SE-VO klarstellt, nach deren Gesellschaftsstatut. Der gesellschaftsrechtliche Aufwand für die Gründung einer Tochter-SE liegt mithin im Prinzip auf dem Niveau der Gründung einer AG nationalen Rechts. Allerdings ist, wie bereits erwähnt, eine „Einmanngründung“ nicht möglich.

c) Weitere Wege in die Tochter-SE: Verschmelzung, Formwechsel und Mantelkauf

Verschmelzungen auf nachgeordneter Konzernebene, Formwechsel in die Rechtsform der (Tochter-)SE sowie die Verwendung von Mantelgesellschaften sind im Nicht-Mutter-SE-Konzern ebenso möglich wie im Mutter-SE-Konzern. Die praktische Relevanz dieser „alternativen“ Gründungsformen ist hier allerdings höher, da im SE-Mutter-Konzern für die Tochter-SE-Errichtung der vergleichsweise einfache Weg der Ausgründung eröffnet ist.

4. Die Gründung der SE als Gemeinschaftsunternehmen

Die Rechtsformwahl ist bei der Gründung von Joint Ventures in der Regel von erheblicher Bedeutung. Sie beeinflusst zum einen Art und Umfang der Gesellschafterrechte der Partner, namentlich ihren Einfluss auf die Geschäftsführung. Ferner unterscheiden sich Kapital- und Personengesellschaften nach dem deutschen Steuerrecht wesentlich dadurch, dass die Letzteren ertragsteuerlich grds. keine Steuersubjekte sind, die Besteuerung also auf Gesellschafterebene erfolgt. Die SE ist daher nur dann eine Rechtsformalternative, wenn ihre Eigenschaft als Kapitalgesellschaft und damit als Körperschaftsteuersubjekt (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG-E) entweder gewollt oder zumindest hinnehmbar ist. Dies ist allerdings keine spezifische SE-Thematik, sondern eine Grundsatzfrage, die sich auch bei (rein)

nationalen Gesellschaftsformen stellt. Soll danach eine JV-SE errichtet werden, so dürfte die Gründung praktisch immer - ohne dass andere Gründungsformen ausgeschlossen wären - nach den Artt. 2 Abs. 3, 35 f. SE-VO erfolgen, da diese Gründerform ohnehin die Beteiligung mindestens zweier Gründer voraussetzt. Auf Grund des weiten Kreises möglicher Gründer ist die (JV-)SE nicht nur für Gemeinschaftsprojekte privater Unternehmen bzw. Konzerne, sondern auch für solche öffentlich-rechtlicher Körperschaften geeignet. Einsatzgebiete sind bspw. grenzüberschreitende Verkehrsprojekte oder Projekte der transnationalen Strom- und Gasversorgung.

III. Gestaltung der Leitungsstruktur bei Tochter- und JV-SE

1. Die Möglichkeit der Wahl zwischen zwei Leitungsmodellen

Eine wesentliche Eigenheit der SE ist die Möglichkeit der Wahl zwischen dem dualistischen und dem monistischen Leitungsmodell. Hier sind nicht die Einzelheiten der beiden Modelle, sondern die prinzipiellen Vor- und Nachteile der beiden Leitungsmodelle für Konzerngesellschaften und Gemeinschaftsunternehmen von Interesse.

a) Argumente für das dualistische Leitungsmodell

Für das dualistische Leitungsmodell spricht auch auf diesem Einsatzgebiet der bekannte und bewährte Regelungsrahmen der §§ 76 ff., 95 ff. AktG, der mit nur geringfügigen Modifikationen auch auf die (Tochter-/JV-)SE Anwendung findet, §§ 15 ff. SEAG. Ferner spricht für das dualistische Modell die weit gehende Trennung von Geschäftsführung und Überwachung.

b) Argumente für das monistische Leitungsmodell

Das monistische Leitungsmodell (Artt. 43 ff. SE-VO, §§ 20 ff. SEAG) zeichnet sich im Vergleich mit dem dualistischen Modell durch einen größeren satzungsmäßigen Gestaltungsspielraum aus. So kann die grundsätzliche Weisungsabhängigkeit der geschäftsführenden Direktoren (gD) eingeschränkt oder näher ausgestaltet werden, § 44 Abs. 2 SEAG. Ebenfalls modellierbar ist der Grundsatz der freien Abberufbarkeit der gD, § 40 Abs. 5 SEAG. Ferner können bei der Besetzung des Verwaltungsrats und der gD personelle Überschneidungen gefördert oder aber vermieden werden. Verwaltungsräte können zu gD bestellt werden (und umgekehrt), sofern die Mehrheit des Verwaltungsrats weiterhin aus nicht geschäftsführenden Mitgliedern besteht, § 40 Abs. 1 Satz 2 SEAG. Ferner kann - was gerade bei der Tochter-/JV-SE von Interesse ist - die Zahl der Organmitglieder stark reduziert werden. Grds. genügt ein einziger gD, § 40 Abs. 1 Satz 1 SEAG. „Nur“ falls die Gesellschaft mitbestimmt ist, muss sie mindestens zwei gD haben. Der gD kann zugleich Vorsitzender des Verwaltungsrats sein. Auch der Verwaltungsrat der „kleinen SE“ mit einem Grundkapital von weniger als Euro 3 Mio., das bei Konzern- und JV-Gesellschaften entsprechend gestaltbar ist, kann aus nur einer einzigen Person bestehen. Allerdings schließt § 40 Abs. 1 Satz 2 SEAG aus, dass eine einzige (natürliche) Person sowohl den Verwaltungsrat konstituiert als auch alleiniger gD ist. Die Minimalbesetzung der Tochter-/JV-SE mit einem Verwaltungsrat und einem gD ist hingegen möglich.

c) Möglichkeit des „Modellwechsels“

Die Wahl des Leitungsmodells erfolgt durch die Satzung. Die einmal getroffene Entscheidung kann durch eine Änderung der Satzung revidiert werden. Die Fehlerkorrektur bei der Wahl eines unpassenden Leitungsmodells ist daher ebenso möglich wie eine Anpassung an veränderte Verhältnisse. Eine „Beibehaltungsfrist“ sieht das SE-Recht nicht vor.

2. Wahl des Leitungsmodells bei der Tochter-SE

Bei der konzernabhängigen Tochter-SE besteht in der Regel kein Bedarf nach einem gemäß § 76 Abs. 1 AktG eigenverantwortlich handelnden Vorstand. Das monistische Modell mit einem - gegebenenfalls einzigen - Verwaltungsratsmitglied und einem weisungsabhängigen gD ist den Bedürfnissen einer Konzerngesellschaft besser angepasst als das aktienrechtlich-dualistische Modell. Die SE ermöglicht daher eher als die AG eine konzernadäquate Leitungsstruktur. Die aufwändige „Hilfskonstruktion“ des Beherrschungsvertrags zur Überbrückung der Weisungsunabhängigkeit des Vorstandes ist entbehrlich. Dieser Vorteil gilt allerdings „nur“ im Vergleich mit der AG, nicht hingegen gegenüber der GmbH, die bereits nach ihrem Regelstatut monistisch strukturiert ist. Ungeachtet der Vorzüge des monistischen Modells für die SE als Konzerngesellschaft kann es auch hier empfehlenswert sein, für das dualistische System zu optieren. Dies ist insbesondere dann zu erwägen, wenn die Tochter-SE mitbestimmt ist, da dann Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsrat vertreten sind, § 23 Abs. 2 SEAG, § 35 Abs. 2 SEBG. Die Arbeitnehmervertreter nehmen - anders als im dualistischen System - nicht nur Aufsichts-, sondern auch Leitungsaufgaben wahr. Dies dürfte sowohl unternehmensseitig als auch häufig den Arbeitnehmervertretern unerwünscht sein. Hat die Tochter-SE nicht nur einen Hauptaktionär, sondern auch Minderheitsgesellschafter, so kann dies gleichfalls für das dualistische System sprechen. Eine Überwachung der Geschäftsleitung durch den Aufsichtsrat als eigenständiges Organ mag hier im Interesse der Minderheitsgesellschafter liegen. Ferner können gesetzliche Vorschriften das dualistische System fördern. So sieht bspw. § 156 Abs. 1 VAG vor, dass eine Versicherungsaktiengesellschaft zwei Vorstandsmitglieder und einen Aufsichtsrat hat. Es ist fraglich, ob die Wahl des monistischen Systems hiermit vereinbar wäre.

3. Wahl des Leitungsmodells bei der JV-SE

Auch bei Joint Ventures ist die Möglichkeit der Wahl des Leitungsmodells ein Rechtsformvorteil der SE. Die JV-Partner werden in der Regel einen unmittelbaren Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft wünschen. Vorbehaltlich der soeben erwähnten mitbestimmungsrechtlichen oder sonstigen gesetzlichen Hindernisse besteht daher auch bei der JV-SE eine Tendenz zum monistischen Modell.

IV. Die Höhe der „laufenden Betriebskosten“ der Tochter- und JV-SE

Die Eignung der SE als Tochter- und Gemeinschaftsunternehmen wird ferner durch die Höhe der laufenden materiellen und administrativen Rechtsformkosten bestimmt.

1. Ausgangspunkt: Behandlung der SE wie eine AG nationalen Rechts

Nach Art. 10 SE-VO finden auf die SE grds. die Vorschriften ihres Sitzstaatsrechts Anwendung. Bereits der Vergleich der Zahl der Vorschriften der SE-VO mit derjenigen des AktG macht deutlich, dass der Umfang dieser Verweisung erheblich ist. Die Unterschiede zwischen der AG und der SE sind daher nicht grundsätzlicher Natur. Sehr wohl gibt es aber Unterschiede in den Einzelheiten.

2. Kostenrelevante Rechtsformaspekte

Auf einen wesentlichen Aspekt – die Wahl der Leitungsstruktur – wurde bereits eingegangen. Ferner sei auf folgende Punkte hingewiesen:

- *Erhöhter Mindestkapitalbedarf* der SE: Euro 120.000,00 (Art. 4 Abs. 2 SE-VO); hingegen Euro 50.000,00 bei der AG (§ 7 AktG).
- *Erhöhter Compliance-Aufwand* durch die unübersichtliche SE-Rechtsquellenstruktur; ungewisse Qualität der „SE-Rechtspflege“ durch den EU-Gesetzgeber.
- *Längere Amtszeiten der SE-Organe* - bis zu sechs Jahre - sind möglich.

- **Abgemilderte Satzungsstrenge** bei der SE: Beschlussfähigkeit der Organe ist freier gestaltbar (§ 108 Abs. 2 Satz 3 AktG gilt nicht); starre Größenvorgaben für den Aufsichtsrat nach § 7 MitbestG gelten nicht, die Größe des Aufsichtsrats bestimmt die Satzung. § 17 SEAG fordert nur Teilbarkeit durch drei und Einhaltung von Höchstgrenzen, aber keine Mindestgrenzen. Diese Möglichkeit zur „Schrumpfung des Aufsichtsrats“ hat die Allianz SE genutzt. Schließlich gibt es bei dem monistischen System, wie bereits erwähnt, erhebliche Gestaltungsfreiheit bzgl. der Größe des Verwaltungsrats, seiner Binnenstruktur und des Verhältnisses zu den gD.
- **Hauptversammlung:** Es gelten weitgehend die Vorschriften des Sitzstaats der SE, Art. 53 SE-VO. Bei der deutschen Tochter-SE sind mithin Universalversammlungen (§ 121 Abs. 6 AktG) möglich. Da die ordentliche Hauptversammlung (HV) innerhalb von sechs Monaten nach Geschäftsjahresende stattfinden muss, Art. 54 Abs. 1 Satz 1 SE-VO, ist eine zügige HV-Vorbereitung (einschließlich Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses) erforderlich. Beschlüsse werden von der HV in der Regel mit einfacher Stimmenmehrheit gefasst, Art. 57 SE-VO. Für Satzungsänderungen genügt grds. eine Mehrheit von 2/3 der abgegebenen Stimmen, Art. 59 SE-VO, § 51 SEAG. Dies ist vor allem bei JV-SEs zu beachten. Die Anfechtung von HV-Beschlüssen ist nach Maßgabe des Sitzstaatsrechts möglich. Dieses Risiko ist aber bei Tochter-/JV-SEs in der Regel von geringer Bedeutung als bei der börsennotierten Konzernmutter.
- **Rechnungslegung und Publizität:** Art. 61 SE-VO verweist hinsichtlich der Aufstellung des Jahres- und des Konzernabschlusses, der Prüfung und Offenlegung umfassend auf das Recht des Sitzstaates der Tochter-SE.
- **Konzernrecht:** Die SE-VO spricht das Konzernrecht nicht an. Der deutsche Gesetzgeber geht, wie § 49 SEAG zeigt, von der Geltung der §§ 291 ff. AktG aus. Bei der dualistisch strukturierten Tochter-/JV-SE sind diese Vorschriften (Vertragskonzernrecht) bzw. die §§ 311 ff. AktG (faktischer Konzern) ohne Besonderheiten anwendbar. Bei der „monistischen SE“ sind die gD Adressat des Weisungsrechts, obwohl sie selbst keine Organe sind, § 49 SEAG.

V. Die Tochter-SE bei konzerninterner Reorganisation

Nachfolgend werden die folgende Fällen näher betrachtet:

- **Sitzverlegung** – national und EU-grenzüberschreitend;
- **Verschmelzung** - national und EU-grenzüberschreitend;
- **Vertiefung der Konzernstruktur** durch die Errichtung weiterer Konzernstufen;
- **Abflachung der Konzernstruktur** durch die Beseitigung von Konzernstufen.

1. Sitzverlegung

a) Die Sitzverlegung einer inlandsansässigen Tochter-SE im Inland

Nach § 2 SEAG, der - anders als § 5 Abs. 2 AktG - die Identität von Satzungssitz und Ort der Hauptverwaltung vorschreibt, ist die Inlandssitzverlegung der SE von größerer praktischer Bedeutung als bei der AG. Das SE-Sitzverlegungsregime der Art. 8 SE-VO, §§ 12 ff. SEAG, findet auf die Inlandssitzverlegung jedoch keine Anwendung, da Art. 8 Abs. 1 SE-VO ausdrücklich eine grenzüberschreitende Sitzverlegung fordert. Die Inlandssitzverlegung erfolgt – wie bei der AG auch (vgl. § 45 AktG) – durch schlichte Satzungsänderung, Art. 9 Abs. 1 lit. c ii), 10 SE-VO.

b) Sitzverlegung einer inlandsansässigen Tochter-SE in das EU-Ausland („Wegzug“)

Die SE-VO sieht „nur“ die Sitzverlegung in das EU-Ausland vor. Eine Sitzverlegung in einen Drittstaat ist (auch) mit der SE nicht möglich, Art. 7 Satz 1 SE-VO. Die Einzelheiten des Sitzverlegungsverfahrens regelt Art. 8 SE-VO. Hervorgehoben sei nur, dass die Sitzverlegung von der Hauptversammlung beschlossen werden muss. Bei Vorhandensein von Minderheitsaktionären besteht daher das Risiko der Beschlussanfechtung. Demgegenüber sieht Art. 8 SE-VO keine Neuverhandlung der Arbeitnehmerbeteiligung vor. Daraus folgt, dass der Wegzug in das EU-Ausland auch dann keine Neuverhandlung erfordert, wenn die SE bereits im Inland mitbestimmt war. Die ausverhandelte Beteiligungslösung (§ 21 SEBG) ist „wegzugsfest“.

c) Der Zuzug einer EU-auslandsansässigen Tochter-SE

Auch die Sitzverlegung einer auslandsansässigen Tochter-SE in das Inland unterliegt dem Art. 8 SE-VO. Die §§ 12 ff. SEAG gelten nach § 1 SEAG hingegen nicht. Da die wesentlichen Verfahrensschritte und Elemente der Sitzverlegung bereits in der SE-VO geregelt sind, entspricht der Ablauf und administrative Aufwand des Zuzuges prinzipiell dem Wegzugsfall.

2. Verschmelzung

a) Inlandsverschmelzung einer Tochter-SE

Das SE-Verschmelzungsregime (Art. 2 Abs. 1, 17 ff. SE-VO und §§ 5 ff. SEAG) findet auf Inlandsverschmelzungen keine Anwendung, da das von der SE-VO geforderte Mehrstaatlichkeitskriterium nicht erfüllt ist. Über Art. 15 Abs. 1 bzw. Art. 9 Abs. 1 lit. c ii) SE-VO findet das Umwandlungsgesetz (§§ 2 ff., 60 ff. UmwG) Anwendung. Die Tochter-SE kann bei der Verschmelzung sowohl übertragender als auch aufnehmender Rechtsträger sein.

b) Die „Hinausverschmelzung“ einer inlandsansässigen Tochter-SE

Ist der aufnehmende Rechtsträger seinerseits eine (Tochter-)SE, so finden auf Grund des Art. 3 Abs. 1 SE-VO die Art. 2 Abs. 1, 17 ff. SE-VO Anwendung. Auch eine SE kann sich daher - aktiv wie passiv - an Verschmelzungen nach der SE-VO beteiligen. Deren Regeln sind allerdings insoweit unpassend, als auch bei der Verschmelzung zur Aufnahme die aufnehmende Tochter-SE nochmals die Rechtsform der SE annimmt, Art. 17 Abs. 2 Satz 2, 29 Abs. 1 lit. d SE-VO. Im Wege einer teleologischen Reduktion der Vorschriften dürfte daher die „Umwandlung“ der aufnehmenden SE in eine „neue SE“ unterbleiben.

c) „Hineinverschmelzung“ einer auslandsansässigen Tochter-SE oder AG

Die vorstehenden Überlegungen zur Hinausverschmelzung gelten im Fall der Hineinverschmelzung entsprechend. Auch in diese Fall kann das SE-Verschmelzungsregime ungeachtet des Umstands genutzt werden, dass die aufnehmende Gesellschaft bereits eine SE ist.

d) Verschmelzung nach den „Sevic-Grundsätzen“ oder der Verschm-RL

Der EuGH hat in seinem „Sevic-Urteil“ festgestellt, dass die Beschränkung des deutschen UmwG auf die Umwandlung von Rechtsträgern mit Sitz im Inland (vgl. § 1 UmwG) mit dem primären Gemeinschaftsrecht unvereinbar ist. Das Urteil ist zu dem Fall einer „Hineinverschmelzung“ in die Bundesrepublik ergangen. Zur „Hinausverschmelzung“ nimmt es nicht Stellung. Nach den Urteilsgründen ist allerdings nicht zu erwarten, dass der EuGH in einem Wegzugsfall anders entscheiden würde. Dem Grunde nach muss also eine grenzüberschreitende Verschmelzung – unabhängig von der Verschmelzungsrichtung – unter Berufung auf die Grundfreiheiten des EU-Vertrages möglich sein. Da der EuGH in seinem Urteil keine Einzelheiten des Verschmelzungsverfahrens geregelt hat, bleibt auch nach

„Sevic“ das anwendbare Recht und die praktische Handhabung einer „EU-Primärrechts-Verschmelzung“ mit erheblichen Unsicherheiten behaftet. Für die Praxis – auch der SE – begründet es keinen rechtssicheren Verschmelzungsweg. Ein alternatives Verschmelzungsregime ist von den EU-Staaten durch die Umsetzung der gesellschaftsrechtlichen Verschmelzungsrichtlinie (Verschm-RL) zu schaffen, die bis Ende 2007 umzusetzen ist. Der deutsche Gesetzgeber hat schnell reagiert. Ein Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des UmwG (2. UmwÄndG), mit dem der gesellschaftsrechtliche Teil der Richtlinie umgesetzt werden sollen, liegt bereits vor. Auch die (Tochter-/JV-)SE wird dieses Verschmelzungsregime nutzen können. Dies ist deshalb von Interesse, da die Regelung der Arbeitnehmerbeteiligung in der Verschm-RL liberaler ist als diejenige durch SE-RL bzw. SEBG.

3. „Vertiefung“ der Konzernstruktur

Hierunter wird die Eignung der SE verstanden, weitere Konzernstufen im Inland oder im EU-Ausland zu bilden. Verschiedene Gründungswege sind denkbar:

a) Die „(Ur-)Enkel-SE-Gründung“ nach Art. 3 Abs. 2 SE-VO

Es wurde bereits erwähnt, dass Art. 3 Abs. 2 SE-VO keine Beschränkung der Zahl der Gründungen vorsieht. Die Vorschrift lässt ferner die Schaffung drei- oder mehrstufiger SE-Strukturen zu. Die Ausgründung muss allerdings „entlang der Konzernhierarchie“ erfolgen, d. h. die jeweils übergeordnete Gesellschaft muss zuvor selbst die Rechtsform der SE angenommen haben. Nicht erforderlich ist, dass die Konzernmuttergesellschaft selbst eine SE ist. Nach Art. 3 Abs. 2 SE-VO ist ferner nicht nur eine „nationale Ausgründung“, sondern auch die Gründung einer Tochter- bzw. Enkel-SE in einem anderen EU-Staat als demjenigen der ausgründenden Muttergesellschaft möglich.

b) Alternative Gründungswege?

Angesichts der an relativ niedrige Voraussetzungen angeknüpften Ausgründung nach Art. 3 Abs. 2 SE-VO besteht im SE-Konzern kein dringender Bedarf nach alternativen Gründungsweisen. Eine gleichwohl nahe liegende Alternative ist die Ausgliederung nach dem UmwG. Die Grundfrage ist, ob dieses Gesetz, jedenfalls soweit es die Ausgliederung regelt, überhaupt Anwendung findet. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass dies (noch) nicht gesichert ist. Aber auch wenn man von der Möglichkeit der Ausgliederung ausgeht, so ist diese nur in dem durch das UmwG gesteckten Rahmen möglich. EU-grenzüberschreitende Ausgliederungen sind dort nicht vorgesehen. Die Verschm-RL und das 2. UmwÄndG ändern daran nichts.

4. Die „Abflachung“ der Konzernstruktur

Hierunter wird die Beseitigung nicht mehr gewünschter Konzernstufen – ohne Auflösung und Liquidation – verstanden. Dies kann durch Verschmelzung der Tochter- auf die Muttergesellschaft und umgekehrt („up- bzw. down-stream-merger“) erfolgen. Zu unterscheiden ist hierbei die „Inlandsverschmelzung“ und die „EU-Verschmelzung“:

a) Die Inlandsverschmelzung

Sind sowohl die Muttergesellschaft (SE oder nationale Rechtsform) als auch die Tochter-SE im Inland ansässig, so ist die Verschmelzung der Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft – und umgekehrt – nach den Vorschriften des UmwG voraussichtlich möglich. Das SE-VO-Verschmelzungsregime findet hingegen keine Anwendung, da nach wohl überwiegender und zutreffender Auffassung auch bei der Beteiligung einer SE das Mehrstaatlichkeitserfordernis des Art. 2 Abs. 1 SE-VO zu beachten ist. Die Anwendbarkeit der Verschmelzungsregeln des UmwG ist durch die Erwägung gerechtfertigt, dass es keinen Sinn machen würde, internationale Verschmelzungen unter Beteiligung von SEs zuzulassen, während hingegen die Inlandsverschmelzung mangels Regelung in der SE-VO als nicht statthaft angesehen würde. Die Inlandsverschmelzung einer Tochter-SE ist daher mit dem gleichen gesellschaftsrechtlichen Aufwand verbunden wie die Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft (rein) nationaler Rechtsform.

b) Die EU-grenzüberschreitende Verschmelzung

Ist die Tochter-SE im EU-Ausland ansässig, so finden im Rahmen eines up-stream-mergers die Artt. 2 Abs. 1, 17 ff. SE-VO und §§ 5 ff. SEAG unabhängig davon Anwendung, ob die deutsche Muttergesellschaft eine AG nationalen Rechts, die im Zuge der Verschmelzung zur SE wird („Fall Allianz SE“), oder bereits eine SE ist. Letzteres folgt, was bereits erwähnt wurde, aus Art. 3 Abs. 1 SE-VO. Ein down-stream-merger der Mutter-AG/-SE auf die Tochter-SE ist nach den Artt. 2 Abs. 1, 17 ff. SE-VO, §§ 5 ff. SEAG, gleichfalls möglich, sofern das Mehrstaatlichkeitserfordernis erfüllt ist. Alternativ dürfte – nach Anpassung des UmwG an die Verschm-RL – eine Verschmelzung nach dem UmwG n. F. möglich sein.

5. „(Re-)Nationalisierung“ der Tochter-SE

a) Der Formwechsel der SE in eine AG

Der Formwechsel einer SE in eine AG – die SE-VO spricht von „Umwandlung“ – ist durch Beschluss ihrer HV möglich, Art. 66 Abs. 6 Satz 1 SE-VO. Allerdings ist eine „Mindestwartefrist“ von in der Regel zwei Jahren seit der Eintragung der (Tochter-)SE einzuhalten. Eine beliebige Wahl des Gesellschaftsstatuts der AG ist hierbei nicht möglich. Vielmehr unterliegt diese dem Recht ihres Sitzstaats, Art. 66 Abs. 1 Satz 1 SE-VO. Der Formwechsel nach Art. 66 SE-VO ist – wie der Formwechsel nach dem UmwG (vgl. § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG) – identitätswahrend, Art. 66 Abs. 2 SE-VO. Das Verfahren ähnelt dem Formwechsel einer AG in die Rechtsform der SE gemäß Art. 37 SE-VO. Durch den Übergang in die Rechtsform der AG regelt sich die Arbeitnehmerbeteiligung nach dem Sitzstaatsrecht, Art. 66 Abs. 1 Satz 1 SE-VO.

b) Formwechsel in eine Kapital- oder Personengesellschaft anderer Rechtsform?

Der Formwechsel in eine andere Kapitalgesellschaftsform oder in eine Personengesellschaft wird durch die SE-VO nicht geregelt. Fraglich ist, ob Art. 66 SE-VO solche Formwechsel ausschließt. Eine Exklusivität wird zum Teil abgelehnt und über Art. 9 Abs. 1 lit. c ii) SE-VO das nationale Umwandlungsrecht für anwendbar erklärt. Hierfür spricht, dass Art. 66 SE-VO keine Ausschließlichkeit des „AG-Formwechsels“ anordnet. Andererseits liegt angesichts der detaillierten Regelung des Formwechsels in die AG und des Schweigens des Gesetzes zu anderen Formen der „Rückumwandlung“ der gegenteilige Schluss ebenso nahe. Bis zu einer Klärung dieser Frage durch den EuGH kann daher ein Formwechsel in eine „Nicht-AG“ nur nach vorheriger Abstimmung mit dem Handelsregister in Angriff genommen werden. Ergeben sich hierbei Bedenken, so kann der Formwechsel in die Zielrechtsform auch im Wege einer „Formwechselstafette“ durch (i) Formwechsel nach Art. 66 SE-VO in eine AG mit (ii) nachfolgendem Formwechsel nach dem UmwG bewerkstelligt werden. Auch hier muss vor dem ersten Formwechsel die Zweijahresfrist des Art. 66 Abs. 1 Satz 2 SE-VO erfüllt sein. Zwischen den beiden Formwechseln muss hingegen keine weitere Wartezeit liegen.

VI. Die JV-SE bei Beendigung der gemeinsamen Aktivitäten

1. Veräußerung des Joint Venture an einen Partner oder an einen Dritten

a) Veräußerung der Vermögensgegenstände (asset deal)

Rechtsformspezifische Besonderheiten der (JV-)SE sind hier nicht ersichtlich.

b) Veräußerung der Anteile an der JV-SE (share deal)

Da Art. 5 SE-VO auf die im Inland ansässige SE die Vorschriften des AktG für ergänzend anwendbar erklärt, haben „Anteile“ an der SE die gleiche rechtliche Qualität wie Aktien einer AG. Ein Vorzug der SE im Vergleich mit der GmbH als häufiger JV-Rechtsform ist daher die leichte und kostengünstige Anteilsübertragung. Verglichen mit der AG nationalen Rechts gibt es demgegenüber weder Vor- noch Nachteile. Wie bei der AG lässt sich das Risiko abredewidriger Anteilsveräußerungen durch einen der JV-Partner durch die Vinkulierung der Aktien (§ 68 Abs. 2 AktG) begrenzen.

2. Sonstige Wege der Beendigung

a) Auflösung, Liquidation und Insolvenz der JV-SE

Auf diese Formen der Beendigung finden nach Art. 63 SE-VO die Vorschriften des Sitzstaatsrechts Anwendung. Die JV-SE ist der AG nationalen Rechts gleichgestellt.

b) Aufspaltung der JV-SE

Die SE-VO enthält keine Vorschriften über die Aufspaltung einer (JV-)SE. Ihre „Spaltbarkeit“ entscheidet sich daher an der bereits in anderem Zusammenhang angesprochenen Frage, ob auf die SE über die Artt. 9 Abs. 1 lit. c ii), 10 SE-VO die §§ 123 ff. UmwG Anwendung finden. Die wohl überwiegende, aber nicht unumstrittene Auffassung bejaht die Anwendbarkeit der nationalen (Auf-)Spaltungsvorschriften. Ferner dürfte es ebenfalls überwiegende Meinung sein, dass eine Aufspaltung der SE in Gesellschaften nationaler Rechtsform zulässig ist. Für die Anwendbarkeit der Spaltungsvorschriften des UmwG spricht, dass – anders als hinsichtlich des Formwechsels (Art. 66 SE-VO) – die SE-VO keine ggf. beschränkende Regelung zur Spaltung enthält. Die Verweisung auf das nationale Recht bringt es mit sich, dass die Aufspaltung einer inlandsansässigen SE nur in Gesellschaften deutscher Rechtsform möglich ist. Grenzüberschreitende Spaltungen sind, auch nach dem 2. UmwÄndG, nicht möglich. Da die vorgenannten Erwägungen bislang nicht durch Rechtsprechung abgesichert sind, kann eine Spaltung nur in Abstimmung mit dem Handelsregister in Angriff genommen werden.

VII. Ergebnisse

1. Tochter-/JV-SE-Gründungen sind zum Teil - aber nicht notwendig - komplexer als bei der AG. Die gesellschaftsrechtlichen Erschwernisse sind aber nicht derart gravierend, dass die SE als Konzerntochter oder Gemeinschaftsunternehmen unattraktiv wäre.

2. Die laufenden Rechtsformkosten der SE liegen im Wesentlichen auf AG-Niveau. Allerdings kann durch die Wahl des monistischen Systems der „Organ-Aufwand“ deutlich reduziert werden. Die „kleine (Tochter-/JV-)SE“ kommt im monistischen System mit einem Verwaltungsrat und einem gD aus. Der - auch der mitbestimmte - Aufsichtsrat des dualistischen Systems kann im Vergleich mit der AG sowohl verkleinert als auch europäisiert werden. Bei Umstellung der nachgeordneten Konzerngesellschaften auf die Rechtsform der SE ergeben sich Compliance-Synergieeffekte. Diese Effekte werden allerdings durch das unübersichtliche SE-Recht abgeschwächt.

3. Der erste Hauptvorteil der Tochter-/JV-SE ist die Möglichkeit der Wahl des Leitungsmodells. In der Regel ist sowohl bei Konzerngesellschaften als auch bei Gemeinschaftsunternehmen das monistische System vorzugswürdig. Die nach dem SEBG mögliche Mitbestimmung des Verwaltungsrats ist hierbei jedoch im Einzelfall zu bedenken. Der zweite Hauptvorteil ist die gemeinschaftsweite Mobilität der SE durch Sitzverlegung und Verschmelzung. Dies führt zu einer hohen Reorganisationseignung der SE, was gerade bei Konzerngesellschaften von besonderem Interesse ist. Die auf der Ebene der Muttergesellschaft häufig gegebenen Anfechtungsrisiken fallen hier weg oder sind von geringerer Bedeutung. Die künftige Verschmelzung nach der Verschm-RL/dem UmwG n. F. neutralisiert diesen Vorteil der SE nicht, zumal diese selbst das alternative Verschmelzungsregime nutzen können.

4. Die SE als Tochter- bzw. JV-Gesellschaft ist nach alledem per gesellschaftsrechtlichem Saldo der AG häufig überlegen. Der im Einzelfall ggf. höhere Gründungsaufwand wird durch die Möglichkeit der Wahl der Leitungsstruktur und – vor allem – die hohe Reorganisationseignung der SE überkompensiert. Die SE ist somit eine ernst zu nehmende Rechtsformalternative. Dies gilt nicht nur für Großkonzerne, sondern auch und gerade für mittelständische Konzernstrukturen, bei denen eine Mitbestimmung im Aufsichts- bzw. Verwaltungsorgan der SE ggf. nicht erforderlich ist. Bei EU-grenzüberschreitenden Gemeinschaftsprojekten ist die SE auch für die öffentliche Hand interessant.