

Handbuch zur Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea)

herausgegeben von

**Univ.-Prof. Dr. Manfred P. Straube
o.Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher**

Autoren:

**StB Dr. Manfred Biegler, LL.M. MIL
ao. Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Brodil
RA Dr. Maximilian Eiselsberg
RA ao. Univ.-Prof. Dr. Michael Enzinger
Univ.-Ass. MMag. Dr. Thomas Haberer
RA ao. Univ.-Prof. Dr. Hanns F. Hügel
Univ.-Ass. DDr. Thomas Ratka, LL.M. LL.M.
Univ.-Ass. Dr. Roman Alexander Rauter
Univ.-Ass. Dr. Elisabeth Schöberl
Univ.-Prof. Dr. Manfred P. Straube
Univ.-Ass. Dr. Clemens Völkl
Univ.-Ass. Dr. Martina Wallner, LL.M.
RA DDr. Jörg Zehetner
ao. Univ.-Prof. Dr. Christian Zib**

 **VERLAG
ÖSTERREICH**
VORMALS VERLAG DER K. U. K.
HOF- UND STAATSDRUCKEREY

Wien 2006

C. Die Gründung der Holding-SE und der Tochter-SE – Funktionsvergleich mit der Verschmelzungs-Gründung

RA ao. Univ.-Prof. Dr. Hanns F. Hügel

Inhaltsverzeichnis

1. Grundlagen der Holding-SE-Gründung	90
a. Struktur der Holding-SE-Gründung	90
b. Gründungsgesellschaften und Mehrstaatlichkeitserfordernis	92
c. Rechtsgrundlagen	94
2. Anwendungsfälle	96
a. Funktionsunterschiede der Gründungsformen	96
b. Aufrechterhaltung der Gründungsgesellschaften – Konzernbildung	97
c. Anteilstausch	98
d. Übernahmerecht	99
e. Mitbestimmungsrecht	101
f. Steuerrechtliche Kriterien	103
fa. Ertragbesteuerung der stillen Reserven im verschmelzungs- bedingt übergehenden Gesellschaftsvermögen	103
fb. Ertragbesteuerung in den stillen Reserven der im Zuge der Verschmelzungs-Gründung oder Holding-SE-Gründung getauschten Anteile	104
fc. Verlustvorträge	106
fd. Grunderwerbsteuer	106
fe. Gesellschaftsteuer	107
g. Alternative zur primären SE-Gründung: Fusionsähnliche Anteilseinbringung und nachfolgende SE-Gründung durch Umwandlung	107
3. Ablauf der Holding-SE-Gründung	108
a. Beschlussvorbereitungs-Phase	108
aa. Gründungsplan samt Gründungsbericht	108
ab. Gründungsplanprüfung	111
ac. Prüfung durch die Aufsichtsräte	111
ad. Offenlegung	111

ae. Gesellschafterbeschlüsse	112
b. Anteilstausch-Phase	112
ba. Anteilseinbringung	112
bb. Prüfung der Erfüllung der Gründungsbedingungen und Offenlegung	112
bc. Zweite Tranche des Anteilstauschs	113
c. Gründungsakte nach AktG	113
d. Mitbestimmungsregelung	113
e. Schlusseintragungen und Bekanntmachungen	114
4. Minderheitenschutz	114
a. Kein Austrittsrecht gegen Barabfindung	114
b. Überprüfung des Umtauschverhältnisses	114
5. Gründung einer Tochter-SE	115
a. Struktur der Tochter-SE-Gründung und Rechtsgrundlagen	115
b. Gründungsgesellschaften und Mehrstaatlichkeitserfordernis	115
c. Gründungsvorgang	116

1. Grundlagen der Holding-SE-Gründung

a. Struktur der Holding-SE-Gründung

Die **Gründung einer Holding-SE** ist als zweite der vier primären Gründungsformen in den Art 2 Abs 2, 32 ff SE-VO und den §§ 25 ff SEG geregelt. Wie die Gründungs-Verschmelzung dient die Holding-SE-Gründung idealtypisch der **Unternehmenskonzentration**, der Vereinigung (grundsätzlich unverbundener) Unternehmen.¹¹¹ Ausweislich der zweiten Begründungserwägung der SE-VO soll sie Maßnahmen der „gemeinschaftsweiten Reorganisation der Produktionsfaktoren“ fördern. Während die Gründung einer Tochter-SE (Art 2 Abs 3, 35 f SE-VO) Teilfusionen ermöglicht, dient die Holding-SE-Gründung – wie die Verschmelzungs-Gründung – typischerweise der **Vollfusion** von Unternehmen.

Obwohl die Durchführung einer Holding-Gründung – als Kombination von Sacheinlagevorgängen im Rahmen einer Sachgründung – auch nach allgemeinem österreichischen Gesellschaftsrecht zulässig ist¹¹², existiert in der österreichischen Rechtsordnung dennoch bisher keine der Holding-SE-Gründung vergleichbare Umgründungsform. Neu ist die Kombination von zwei Komponenten, die sich wechselseitig überlagern:

¹¹¹ Zum Begriff der Unternehmenskonzentration und zur Abgrenzung von anderen Umgründungsfunktionen vgl *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung, 3 ff, 61 f und passim; *Hügel*, RdW 1993, 55; Überblick auch bei *Hügel*, Umgründungsbilanzen, Rz 1.1 ff.

¹¹² Ebenso für das deutsche Recht *Brandes*, AG 2005, 178.

- Die Gesellschafter der Gründungsgesellschaften bringen ihre Anteile als Sacheinlagen in die entstehende Holding-SE ein. Dadurch werden die Gründungsgesellschaften zu Tochtergesellschaften der Holding-SE. Bestandteile dieser **Einbringungs-Komponente** sind somit Sachgründungsvorgänge iSd §§ 20 ff AktG. Insoweit bringt die Holding-SE-Gründung nichts Neues.
- Hinzu tritt die **verschmelzungsähnliche Komponente** der Holding-SE-Gründung.¹¹³ Ähnlich wie bei der Verschmelzung fungieren die Gründungsgesellschaften als Initiatoren und Organisatoren der Gründung. Sie bereiten die Gründung durch Aufstellung eines Gründungsplans, der insbesondere das Umtauschverhältnis der Anteile regelt, und eines Gründungsberichts sowie durch Vornahme und Veranlassung von Prüfungen und Offenlegungen vor. Im Vergleich dazu treten die Gesellschafter der Gründungsgesellschaften, die im Normalfall der aktienrechtlichen Sachgründung als Gründer eine führende Rolle übernehmen, zurück. Sie sanktionieren die von den Gründungsgesellschaften vorbereitete Gründung durch Fassung der Gesellschafterbeschlüsse in den Gründungsgesellschaften. Zusätzlich bleibt ihnen die Alleinentscheidung über die Einbringung ihrer Anteile durch Abschluss von Sacheinlageverträgen überlassen; denn die Gründungsbeschlüsse bewirken keine Einbringungsverpflichtung. Anders als im Rahmen einer AG-Gründung stellen sie aber nicht die Satzung fest; dies erfolgt vielmehr – ähnlich wie im Falle der Verschmelzung durch Neugründung – durch die Gründungsgesellschaften.¹¹⁴

Die für die Holding-SE-Gründung geltenden Regelungen geben einen strikten Rahmen für die Gründung vor. Zu Recht sprechen die EBzRV zu den §§ 25 ff SEG von einer „Verrechtlichung des Konzernierungsvorganges“. Anders als der Normalfall der strukturverwandten Unternehmenseinbringung, der nur als steuerrechtlicher (Art III UmgrStG), nicht als gesellschaftsrechtlicher Tatbestand vertypt ist, handelt es sich bei der Holding-SE-Gründung somit um einen **gesellschaftsrechtlich normierten Umgründungstyp**.¹¹⁵

Gemäß Art 33 SE-VO erfolgt die Einbringung der Anteile in zwei Tranchen: Innerhalb der dreimonatigen Frist des Art 33 Abs 1 SE-VO muss die SE zumindest einfache Stimmrechtsmehrheiten in jeder Gründungsgesellschaft erwerben; andernfalls ist die Holding-SE-Gründung gescheitert. Ist die erste Anteilstausch-Phase hingegen erfolgreich, weil sie – entsprechend dem Konzept der Art 32 f SE-VO – zur Begründung eines Konzernverhältnisses zwi-

¹¹³ Sachgründung und verschmelzungsähnlicher Charakter der Holding-SE-Gründung werden in den EBzRV 444 BlgNR, 22. GP Seite 19 betont.

¹¹⁴ Ebenso *Oplustil*, German Law Journal 2003, 107 (121).

¹¹⁵ Näheres bei *Hügel* in *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar §§ 25, 26 Rz 1; zum Begriff des gesellschaftsrechtlich normierten Umgründungstyps vgl *Hügel* in *Hügel/Mühlehner/Hirschler*, UmgrStG, Einleitung Rz 32 ff.

schen der SE und den Gründungsgesellschaften (Abhängigkeit iSd §§ 15 Abs 2 AktG, 115 Abs 2 GmbHG) geführt hat, ist die Erfüllung der Bedingungen der Holding-SE-Gründung gemäß Art 33 Abs 3 Satz 1 SE-VO bekanntzumachen. Daran schließt sich eine einmonatige „Nachfrist“ zur Einbringung weiterer Anteile an den Gründungsgesellschaften (Art 33 Abs 3 Satz 2 SE-VO, § 25 Abs 2 SEG).

Dieses Regelungskonzept zeigt, dass die Holding-SE-Gründung – wie die Konzentrationsverschmelzung – idealtypisch die **Vereinigung von Publikums-gesellschaften**, insbesondere von börsennotierten Gesellschaften, zum Gegenstand hat. Von Relevanz sind hier naturgemäß auch **kapitalmarktrechtliche Vorschriften**¹¹⁶, die nicht zum Regelungsbereich der SE-Verordnung zählen.¹¹⁷ Ungeachtet dessen können sich auch „closed companies“, ja sogar Gesellschaften ein und desselben Konzerns, der Holding-SE-Gründung zur Vereinigung ihrer Aktivitäten bedienen.

b. Gründungsgesellschaften und Mehrstaatlichkeitserfordernis

Der Kreis der zur Gründung einer Holding-SE zugelassenen Gesellschaftsformen ist weiter als im Falle der Verschmelzungs-Gründung:

Zunächst kommen als **Gründungsgesellschaften** nicht nur **AG**, sondern auch **GmbH** in Betracht (Art 2 Abs 2 SE-VO).¹¹⁸ Wie im Rahmen der Verschmelzungs-Gründung müssen die Gründungsgesellschaften nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet worden sein und ihren (Satzungs-)Sitz sowie ihre Hauptverwaltung in der Gemeinschaft haben. Gesellschaften, die nach außereuropäischem Recht gegründet wurden (zB eine US-Corporation), kommen somit selbst dann nicht als Gründungsgesellschaften in Betracht, wenn sie Sitz und Hauptverwaltung in einen Mitgliedstaat verlegt haben. Die Gründung einer Holding-SE mit Sitz in Österreich ist auch einer EU-Gesellschaft verschlossen, die ihre Hauptverwaltung nicht in der Gemeinschaft hat; von dem Wahlrecht nach Art 2 Abs 5 SE-VO hat das SEG nicht Gebrauch gemacht.

Entsprechend dem Anliegen der SE-VO, grenzüberschreitende Reorganisationsvorgänge zu ermöglichen, steht die SE für bloß nationale Fusionsvorgänge nicht zur Verfügung. Wie alle primären Gründungsformen des Art 2 SE-VO setzt auch die Holding-SE-Gründung ein Element der **Mehrstaatlichkeit** voraus. Während an der Verschmelzungs-Gründung nach Art 2 Abs 1 SE-VO Gründungsgesellschaften beteiligt sein müssen, von denen zumindest zwei

¹¹⁶ Dazu *Zollner in Kalss/Hügel*, SE-Kommentar, Vor § 17 Gründung Rz 69 ff.

¹¹⁷ Zur Abgrenzung des Regelungsbereichs der SE-VO, für welchen die Normenhirarchie der Art 9, 15 SE-VO maßgeblich sind, von anderen Rechtsgebieten, insbesondere dem Kapitalmarktrecht, vgl *Hügel in Kalss/Hügel*, SE-Kommentar, Vor § 17 Art 15 SE-VO 26 f.

¹¹⁸ Die AG iSd der SE-VO sind im Anhang I, die GmbH im Anhang II aufgezählt.

dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen, ist der Anwendungsbereich der Holding-SE-Gründung auch hier weiter: Neben der Beteiligung von mindestens zwei Gesellschaften mit unterschiedlichem Personalstatut ist auch die Beteiligung von mindestens zwei Gesellschaften ausreichend, die seit mindestens zwei Jahren über eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegende Tochtergesellschaft oder eine Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat verfügen (Art 2 Abs 2 SE-VO). Unter der zuletzt genannten Voraussetzung können somit auch Gesellschaften, die dem Personalstatut ein und desselben Mitgliedstaats unterliegen, eine Holding-SE gründen.

Weder die SE-VO noch das SEG definieren den Begriff der **Tochtergesellschaft**. Im Wege einer systematischen Interpretation, die die Zusammenhänge der gesellschaftsrechtlichen RL berücksichtigt, sollte auf das Vorliegen eines Beherrschungsverhältnisses („Control“) im Sinne des Konzernabschlussrechts (§ 244 HGB) abgestellt werden. Rechtsform-spezifische Einschränkungen fehlen.¹¹⁹ **Zweigniederlassung** ist jede räumlich und organisatorisch getrennte Betriebsstätte der Gründungsgesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat.

Wohl als Umgehungsschutz, der die „Erschleichung“ einer SE-Gründung durch schein-internationale Unternehmen verhindern soll, statuiert Art 2 Abs 2 lit b SE-VO, dass die Gründungsgesellschaft die ausländische Tochtergesellschaft oder Zweigniederlassung seit **mindestens zwei Jahre** haben muss. Voraussetzung ist somit im Falle der Tochtergesellschaft, dass jenes Beteiligungsverhältnis, das die Beherrschung ermöglicht, bereits seit zwei Jahren besteht. Zeiträume, in denen bloß eine Minderheitsbeteiligung bestand, können in die Zwei-Jahres-Frist nicht eingerechnet werden.

Liegt somit entweder ein grenzüberschreitender Fusionsvorgang (auch bloß nationaler) iSv Art 2 Abs 2 lit a SE-VO oder die Vereinigung von zwei international agierenden Gesellschaften, mögen diese auch dem Recht desselben Mitgliedstaats unterliegen, vor, ist die Holding-SE-Gründung zulässig. Unter diesen Voraussetzungen können sich auch weitere Gesellschaften uno actu an der Holding-SE-Gründung beteiligen, die weder in einem dritten Mitgliedstaat tätig sind, noch grenzüberschreitend agieren.

Sind die genannten Voraussetzungen nicht erfüllt, weil alle potenziellen Fusionspartner dem Recht desselben Mitgliedstaats unterliegen und über keine Auslandsaktivitäten verfügen, kann der „Umweg“ über eine andere primäre Gründungsform genommen werden. So ermöglicht der Erwerb einer Tochtergesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat die Verschmelzung-Gründung nach Art 2 Abs 1, 31 SE-VO durch Aufnahme der soeben erst erworbenen Tochtergesellschaft, ohne dass eine Zwei-Jahres-Frist eingehalten werden muss. Auch die vorhergehende Umwandlung der beteiligten Gesellschaften in

¹¹⁹ *Kalss* in *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar, Vor § 17 Gründung Rz 6 ff; eingehend *Kalss/Zollner*, GeS 2004, 339.

AG (Voraussetzung nach Art 2 Abs 1 SE-VO) schadet nicht. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass die unterschiedlichen Mehrstaatlichkeitsanforderungen der primären Gründungsformen des Art 2 SE-VO der Herausarbeitung eines allgemeinen Umgehungsschutzes entgegenstehen.¹²⁰ Ist eine SE primär durch Verschmelzung oder Umwandlung gegründet worden, kommt auf die (entstandene) SE kraft der Gleichstellung mit einer nationalen AG (Art 10 SE-VO) allgemeines Gründungs- und Umgründungsrecht zur Anwendung: Dies ermöglicht in einem zweiten Schritt die Einbringung der Anteile an dem Fusionspartner in die SE, ohne dass die Voraussetzungen einer primären oder sekundären SE-Gründungsform erfüllt sein müssen.¹²¹ Dies zeigt, dass das Mehrstaatlichkeitserfordernis des Art 2 Abs 2 SE-VO letztlich keine wirksame Schranke gegen den Wechsel nationaler Unternehmen zur Rechtsform der SE darstellt.

Schließlich kann jede SE gemäß Art 3 Abs 1 SE-VO an der primären Gründung einer weiteren SE als Gründungsgesellschaft – wie eine AG eines Mitgliedstaats – teilnehmen.¹²²

c. Rechtsgrundlagen

Rechtsfragen einer SE sind unter Berücksichtigung mehrerer Normenebenen zu beantworten. Deren Rangfolge ist Regelungsgegenstand der **Normenhierarchie des Art 9 SE-VO**. Vorrangig gelangen die Bestimmungen der SE-Verordnung und, sofern die SE-VO dies zulässt, die Regelungen der Satzung der SE zur Anwendung. Dadurch wird der EU-weit einheitliche Rechtsrahmen der SE konstituiert. Subsidiär kommen die Regelungen des nationalen Rechts des **Sitzstaats der SE** in nachstehender Rangordnung zur Anwendung: vorrangig die Regelungen des Ausführungsgesetzes, in Österreich somit des SEG; subsidiär jene des nationalen Aktienrechts sowie – entsprechend der Zulassung durch das nationale Aktienrecht – die Bestimmungen der Satzung (Art 9 Abs 1 lit c SE-VO).

Gegenüber dieser für **allgemeine** SE-rechtliche Fragen geltenden Normenhierarchie bestehen **Sonderverweisungsbestimmungen** für das Gründungsrecht. Da Verschmelzungs-Gründung und Holding-SE-Gründung Fusionen zum Gegenstand haben, handelt es sich um mehrschichtige Verfahren. Neben die Gründungsschritte der Gründungsgesellschaften treten die Gründungsschritte der werdenden SE. Dies erfordert die Abgrenzung der Anwendungsbereiche der nationalen – SE-spezialgesetzlichen und aktienrechtlichen – Gründungsvorschriften.

¹²⁰ Teichmann, ZGR 2002, 383 (410 ff).

¹²¹ Zur Teilnahme einer SE an einer Umgründung nach nationalem Umgründungsrecht vgl etwa Kalss in Kalss/Hügel, SE-Kommentar, Vor § 17 Rz 42 mwN.

¹²² Kalss in Kalss/Hügel, SE-Kommentar, Vor § 17 Rz 33 ff.

Zu diesem Zweck treten neben die allgemeine Normenhierarchie-Regelung des Art 9 SE-VO die Gründungsrechts-spezifischen Verweisungsregelungen des Art 15 SE-VO und des Art 18 SE-VO. Während Art 15 SE-VO für alle primären Gründungsformen gilt, kommt Art 18 SE-VO nur auf die Verschmelzungs-Gründung zur Anwendung.¹²³

Für die **werdende Holding-SE** gelten danach kraft Verweisung in Art 15 Abs 1 SE-VO die Gründungsvorschriften der Art 32 ff SE-VO, ergänzt durch die §§ 25 ff SEG.¹²⁴ Subsidiär kommen die Vorschriften des AktG und des FBG zur Anwendung, va die §§ 20 ff AktG betreffend die Sachgründung. Zusätzlich verweist § 26 SEG auf bestimmte verschmelzungsrechtliche Regelungen des AktG. Diese betreffen nicht nur die werdende SE, sondern auch die Gründungsgesellschaften (vgl etwa § 221 AktG und § 98 GmbHG iVm § 26 SEG).

Eine Art 18 SE-VO entsprechende Verweisungsvorschrift hinsichtlich des bei der Holding-SE auf jede **Gründungsgesellschaft** anwendbaren Gründungsrechts fehlt in der SE-VO. Dennoch ist im Ergebnis unbestritten, dass das Recht des Sitzstaates der jeweiligen Gründungsgesellschaft zur Anwendung gelangt.¹²⁵ Subsidiär zu den Art 32 ff SE-VO kommen die auf die Holding-SE-Gründung bezogenen Regelungen des Ausführungsgesetzes sowie des AG- oder GmbH-Rechts des Sitzstaats der Gründungsgesellschaften zur Anwendung. Soweit § 26 Abs 1 SEG dabei auf Regelungen des AktG verweist, gelten diese auch für eine Gründungs-GmbH; GmbH-spezifisches Gründungsrecht wird insoweit verdrängt.¹²⁶ Diese Gleichbehandlung von GmbH und AG beschränkt sich allerdings auf die „Offenlegung und Prüfung des Gründungsplans“.¹²⁷

Die Frage nach den anwendbaren Normen und Normenebenen stellt sich in zweifacher Hinsicht: In einem ersten Schritt geht es um die auf die werdende SE und jede Gründungsgesellschaft gegenüber der SE-VO subsidiär anwendbaren Regelungen des SE-Ausführungsgesetzes und des nationalen Aktienrechts. In einem zweiten Schritt sind die derart auf jede der beteiligten Gesellschaften (SE, Gründungsgesellschaften) anwendbaren, aus mehreren Ebenen bestehenden Normenkomplexe im Rahmen des gründungsspezifischen Zusammenspiels der von den einzelnen Gesellschaften zu setzenden Rechtsakte von einander abzugrenzen. Je enger die Interaktion der Gesell-

¹²³ Hügel in Kalss/Hügel, SE-Kommentar, Vor § 17 Art 15 SE-VO Rz 10 f sowie §§ 25, 26 Rz 3 f.

¹²⁴ Die Geltung von SEG-Vorschriften hat stets die Deckung der jeweiligen Vorschrift in einem Regelungsauftrag oder einer Regelungsermächtigung der SE-VO zur Voraussetzung; dazu Hügel in Kalss/Hügel, SE-Kommentar, Vor § 17 Art 15 SE-VO Rz 13 f.

¹²⁵ Nachweise bei Hügel in Kalss/Hügel, SE-Kommentar §§ 25, 26 Rz 4 FN 8; weiters Bayer in Lutter/Hommelhoff, Die Europäische Gesellschaft, 46.

¹²⁶ EBzRV 444 BlgNR, 22. GP 21.

¹²⁷ Vgl Hügel in Kalss/Hügel, SE-Kommentar §§ 25, 26 Rz 22 f.

schaften ist, desto mehr spitzt sich die Abgrenzungsproblematik zu. Anhand von Beispielen: Ohne Schwierigkeiten ist zu erkennen, dass das jeweilige Personalstatut der Gründungsgesellschaften für die Beschlusserfordernisse maßgeblich ist, denn dabei handelt es sich um jeweils getrennt von jeder Gründungsgesellschaft vorzunehmende Rechtsakte. Der Verschmelzungsplan oder Verschmelzungsvertrag ist hingegen ein gemeinsamer Rechtsakt. Dies spricht für eine weitgehend abschließende Regelung in den Art 20, 32 Abs 2 SE-VO, die die subsidiäre Anwendbarkeit nationalen Rechts ausschließt. So kommen etwa die nationalen Vorschriften über bare Zuzahlungen angesichts der für alle Gründungsgesellschaften geltenden einheitlichen Regelung betreffend eine „Ausgleichsleistung“ gemäß Art 20 Abs 1 lit b SE-VO iVm Art 32 Abs 2 Satz 3 SE-VO nicht zur Anwendung (dazu unten 3.aa.).

2. Anwendungsfälle

a. Funktionsunterschiede der Gründungsformen

Innerhalb der primären Gründungsformen ist zwischen der Verschmelzungs-Gründung, der Holding-SE-Gründung und der Tochter-SE-Gründung einerseits und der Umwandlungs-Gründung andererseits zu unterscheiden. Die zuerst genannten dienen der **Unternehmenskonzentration**, die letztere der **Umstrukturierung**, insbesondere zur Verwirklichung **SE-spezifischer Gestaltungsmöglichkeiten**, wie etwa der Implementierung des (nur im Rahmen der SE bestehenden) monistischen Organsystems oder der Vorbereitung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung oder Sitzverlegung, etwa zu dem Zweck, Sondervorschriften des subsidiär zur Anwendung gelangenden Rechtes des neuen Sitzstaates in Anspruch zu nehmen.¹²⁸ Auch die Schaffung eines einheitlichen (internationalen) SE-Konzerns kann Zweck der Umwandlungs-Gründung sein.

Innerhalb der ersten drei primären Gründungsformen dienen Verschmelzungs-Gründung und Holding-SE-Gründung – wie bereits ausgeführt – typischerweise der **Vollfusion**, während die Tochter-SE-Gründung **Teilfusionen** – etwa die Bildung von Joint Ventures – zweier oder mehrerer im Übrigen unabhängig bleibender Unternehmensgruppen ermöglicht. Auch diese Funktionsunterschiede bestehen jedoch nicht ohne Ausnahmen. So können auch Teilfusionen durch Verschmelzungs-Gründung verwirklicht werden, indem die Verschmelzung nicht durch die Spitzeneinheiten, sondern durch Sub-, Regional- oder Sparten-Gesellschaften (Holdings) durchgeführt wird. Auch die Holding-SE-Gründung kann derart eine Teilfusion verwirklichen.

¹²⁸ Dazu jüngst *Enriques*, ZGR 2004, 735.

Im Hinblick auf die wirtschaftlichen Ziele einer Fusion besteht weitgehende Funktionsgleichheit von Verschmelzungs-Gründung und Holding-SE-Gründung. Unterschiede bestehen hingegen im Zusammenhang mit der **Aufrechterhaltung der Gründungsgesellschaften** bei der SE-Holding-Gründung (dazu unten 2. b.) sowie in der Technik des **Anteilstauschs** (dazu unten 2. c.). Bei börsennotierten Gründungsgesellschaften können schließlich Auswirkungen des **Übernahmerechts** den Ausschlag für die Verschmelzungs-Gründung oder die Holding-SE-Gründung geben (dazu unten 2. d.). Ferner bestehen **mitbestimmungsrechtliche Unterschiede** (dazu unten 2. e.) sowie **steuerrechtliche Unterschiede** (dazu unten 2. f.) zwischen den beiden Gründungsformen. Zuletzt wird die Holding-SE-Gründung mit einer **fusionsähnlichen Anteilseinbringung in eine AG** unter nachfolgender Gründung einer SE durch **Umwandlung** verglichen (dazu unten 2. g.)

b. Aufrechterhaltung der Gründungsgesellschaften – Konzernbildung

Die Verschmelzung führt zur Vereinigung der Gesellschaftsvermögen der Gründungsgesellschaften im Wege der **Gesamtrechtsnachfolge**. Dies ist mit dem Untergang aller übertragenden Gesellschaften verbunden. Alle Gesellschafter der übertragenden Gesellschaften werden mit Aktien der übernehmenden oder neuen SE abgefunden, gleichgültig ob sie der Verschmelzung zugestimmt haben oder nicht: Die Verschmelzung beinhaltet einen **zwangsweisen Anteilstausch**.

Diese Effekte der Verschmelzung können im Einzelfall erwünscht oder unerwünscht sein.

Die Holding-SE-Gründung führt zur **Konzernbildung**, denn die SE erwirbt Stimmrechtsmehrheiten an jeder der Gründungsgesellschaften. Dies führt jedenfalls zur Abhängigkeit der Gründungsgesellschaft iSd §§ 15 Abs 2 AktG, 115 Abs 2 GmbHG.¹²⁹ Anders als bei der Verschmelzungs-Gründung bleibt die Existenz der Gründungsgesellschaften unberührt. Somit besteht **Kontinuität der Rechtsverhältnisse**. Dies begründet häufig Vorteile gegenüber der Verschmelzung. Zwar sorgt die verschmelzungsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge in aller Regel für den bruchlosen und unaufwändigen Übergang des Gesellschaftsvermögens in sachenrechtlicher Hinsicht sowie der vertrags- und sonstigen Rechtsverhältnisse der übertragenden Gesellschaften,¹³⁰ vertragliche Übertragungsbeschränkungen – insbesondere in der Form sog

¹²⁹ Zur Abhängigkeitsvermutung infolge Anteilmehrheit vgl nur *Koppensteiner*, GmbHG² § 115 Rz 6, 13 mwN.

¹³⁰ Nachweise bei *Hügel in Kalss/Hügel*, SE-Kommentar § 24 Rz 30.

„Change of Control-Klauseln“ –, die Höchstpersönlichkeit von Rechten und Unsicherheiten im Zusammenhang mit bestimmten sachenrechtlichen Übertragungshindernissen, ferner auch grundverkehrsgesetzliche Beschränkungen, können indessen Gesamtrechtsnachfolgevorgänge behindern. Fehlende Vertrautheit mit dem kontinentaleuropäischen Gesamtrechtsnachfolgekonzept kann schließlich zu Abwicklungsproblemen im Verhältnis zu ausländischen Geschäftspartnern führen.

In solchen Fällen kann es vorteilhaft sein, die Existenz der Gründungsgesellschaften unberührt zu lassen. Dies ist bei der Holding-SE-Gründung der Fall, denn diese wird nicht durch die Übertragung von Gesellschaftsvermögen, sondern durch die Vornahme von Anteilstauschvorgängen verwirklicht.

Ferner kann die getrennte Fortführung der Gründungsgesellschaften als Teilkonzerne der Verwirklichung einer **Spartenorganisation** im SE-Konzern dienen. Damit geht vielfach die Beschränkung der Spitzengesellschaft auf **Holding-Funktionen**, wie Beteiligungsverwaltung, Entscheidungskompetenz ausschließlich in unternehmensstrategischen Fragen sowie Finanzierungsentscheidungen einher.

Zwar ist die Verwirklichung einer derartigen Holding-Struktur auch im Falle einer Verschmelzungs-Gründung nicht ausgeschlossen. Führt die Verschmelzung aber (zunächst) zur Vereinigung operativer Unternehmen, erfordert die Implementierung einer Holding typischerweise nachgeschaltete Ausgliederungsvorgänge,¹³¹ die wiederum Übertragungsprobleme aufwerfen können.

Die Aufrechterhaltung der Gründungsgesellschaften und die damit verbundene Kontinuität von Rechtsverhältnissen sowie Erfordernisse der Konzerngliederung werden häufig gegen eine Vollvereinigung durch Verschmelzungs-Gründung und für eine Holding-SE-Gründung sprechen.

c. Anteilstausch

Verschmelzung und Holding SE-Gründung unterscheiden sich – wie oben ausgeführt – durch die Technik des Anteilstauschs. Kommt die Verschmelzung zustande, weil die qualifizierte Mehrheit der in der Hauptversammlung anwesenden Aktionäre aller beteiligten Gesellschaften die Verschmelzung beschließt, nehmen auch die nicht zustimmenden Aktionäre an dem Anteilstausch teil. Wie ausgeführt, führt die Verschmelzung zu einem **zwangsweisen Anteilstausch**. Alle Aktionäre der Gründungsgesellschaften werden zu Aktionären der neuen oder übernehmenden SE.

¹³¹ Weiterführend zu Holding-Funktionen und Spartenorganisation *Lutter*, Holding Handbuch⁴ § 4 Rz 94 ff; zur Spartengliederung etwa *Schiessl*, ZGR 1992, 64.

Anders bei der Holding SE: Ungeachtet der Zustimmung der Gesellschafterversammlungen (Art 32 Abs 6 SE-VO, § 26 Abs 2 SEG) ist kein Gesellschafter zur Vornahme des Anteilstauschs gezwungen.¹³² Verfehlt die Umtauschquote das Mehrheitserfordernis (Art 33 Abs 2 SE-VO) auch nur bei einer Gründungsgesellschaft, ist die Holding-SE-Gründung – ungeachtet der vorherigen Zustimmung der Gesellschafterversammlungen – gescheitert. Werden die Mindestumtauschquoten erreicht oder überschritten, kommt die Holding-SE-Gründung zwar zustande; jene Gesellschafter, die ihre Anteile an den Gründungsgesellschaften nicht in die werdende SE eingebracht haben, verbleiben aber Gesellschafter der Gründungsgesellschaften.¹³³ Die Folge ist eine mehrstöckige Konzernstruktur, bei der Minderheitsaktionäre an den Gründungsgesellschaften – somit auf unteren Konzernebenen – beteiligt bleiben. Die vollständige wirtschaftliche Eingliederung in den Konzern ist behindert. Unverändert sind bei den Gründungsgesellschaften, die nunmehr mehrheitlich von der SE-Holding gehalten werden, Gesellschafterversammlungen unter Einhaltung der Einberufungsvorschriften durchzuführen. Unter Umständen bleiben die Gründungsgesellschaften börsennotiert.¹³⁴ Ein nachgeschalteter Squeeze-out der Minderheitsgesellschafter hat in der Regel zur Voraussetzung, dass nur geringer Streubesitz existiert. Nach österreichischem Recht ist ein Squeeze-out nur möglich, wenn der Streubesitz maximal 10% des Nennkapitals umfasst (§ 2 Abs 1 UmwG, § 8 Abs 3 SpaltG).

Die Vorteile des **Zwangs-Anteilstauschs** werden oft für die Durchführung einer Verschmelzungs-Gründung und gegen eine Holding-SE-Gründung sprechen.

d. Übernahmerecht

Sind an der SE-Gründung börsennotierte Aktiengesellschaften beteiligt, kommt den übernahmerechtlichen Unterschieden zwischen der Verschmelzungs-Gründung und der Holding-SE-Gründung unter Umständen erhebliche Bedeutung zu:

Der verschmelzungsrechtliche Anteilstausch ist **kein öffentliches Angebot** iSd ÜbG. Dennoch kommt die analoge Anwendung einzelner Bestimmungen des ÜbG, wie etwa des Verbots von Paralleltransaktionen (§ 16 ÜbG), in Betracht.¹³⁵ Die Verschmelzung kann allerdings zu einer **Angebotspflicht**

¹³² Anders die Vorentwürfe zur SE-VO; dazu vgl *Bayer in Lutter/Hommelhoff*, Die Europäische Gesellschaft, 52.

¹³³ So auch *Brandes*, AG 2005, 175 mit Hinweis auf die Möglichkeit der Herstellung einer 100%igen Beteiligung durch nachfolgenden Squeeze-out.

¹³⁴ Anschaulich zu den Nachteilen der Konzernbildung im Wege grenzüberschreitender Übernahmeangebote anhand der Fusion von Rhone-Poulenc mit Hoechst: *Hoffmann*, NZG 1999, 1077; weiters *Oplustil*, German Law Journal 2003, 107.

¹³⁵ Grundlegend ÜbK vom 12. 9. 2000, GZ 2000/1/4-171 – HVB/Bank Austria; dazu *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht Rz 39 ff.

nach § 22 ÜbG führen. Dies ist der Fall, wenn sich die Aktionäre einer Gesellschaft nach der verschmelzungsbedingten Vereinigung der Aktionärskreise in der übernehmenden (neuen) Gesellschaft einem neuen kontrollierenden Aktionär oder einer kontrollierenden Aktionärsgruppe iSd § 23 ÜbG gegenübersehen.¹³⁶ Das im Wege des **Pflichtangebots** eingeräumte **Austrittsrecht** kann in Konkurrenz zum Austrittsrecht jener Gesellschafter treten, für die die Verschmelzungs-Gründung – infolge Übertragung des Gesellschaftsvermögens „ihrer“ Gesellschaft auf eine SE mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat – grenzüberschreitenden Charakter hat (§§ 17, 21 SEG).¹³⁷

Demgegenüber erfordert die Einbringung von Aktien an einer börsennotierten Gründungs-AG grundsätzlich ein **öffentliches Übernahmeangebot iSd ÜbG**.¹³⁸ Da die SE gemäß Art 32 Abs 2 Satz 4 SE-VO mehr als 50% der durch Aktien verliehenen ständigen Stimmrechte erwerben muss, führt die Holding-SE-Gründung für jede börsennotierte Gründungs-AG zu einem **Kontrollerwerb** oder **Kontrollwechsel** iSd § 22 ÜbG. Somit erfordert die Holding-SE-Gründung grundsätzlich die Stellung eines **antizipatorischen Pflichtangebots** iSd § 22 Abs 11 ÜbG.¹³⁹ Der Funktion der Holding-SE-Gründung entspricht ein Tauschangebot („Papierangebot“), nicht die – auch für Angebote iSd § 22 Abs 11 ÜbG geltende – Verpflichtung zur Stellung eines Barangebots gemäß § 22 Abs 8 ÜbG. Bestätigt wird dies durch den bewussten Verzicht des Gesetzgebers, die Holding-SE-Gründung mit einem Austrittsrecht zu verbinden, obwohl – wegen des Erfordernisses des Erwerbs der Stimmrechtsmehrheit – jede Holding-SE-Gründung mit einer Konzernbildung verbunden ist und somit notwendigerweise die Frage des Konzerneingangsschutzes besteht.¹⁴⁰ Die der

¹³⁶ ÜbK vom 12. 9. 2000 aaO; *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht Rz 137 f; *Zollner* in *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar, Vor § 17 Gründung Rz 79 f.

¹³⁷ *Zollner* aaO.

¹³⁸ Dazu und zum Folgenden vgl *Zollner* in *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar, Vor § 17 Gründung Rz 77; *Hügel* in *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar §§ 25, 26 Rz 5, 29. Zum Verhältnis von Umgründungs- und Übernahmerecht vgl *Kalss/Winner*, ÖBA 2000, 51 und *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht, Rz 137 f. Gegen die Anwendbarkeit des WpÜG im Falle der Holding-SE-Gründung: *Brandt*, NZG 2002, 991 (995), *Ihrig/Wagner*, BB 2004, 1749 (1753) mwN sowie *Brandes* AG 2005, 179.

¹³⁹ *Hügel* in *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar §§ 25, 26 Rz 29.

¹⁴⁰ Auch dem bei der Verschmelzungs-Gründung bestehenden Austrittsrecht (§§ 17, 21 SEG) liegt nicht der Rechtsgedanke des Konzerneingangsschutzes oder der Beteiligung an einer Kontrollprämie zugrunde; denn das Austrittsrecht setzt nicht Kontrollerwerb oder Kontrollwechsel voraus, sondern es wird nur jener Aktionärsgruppe eingeräumt, für die die Verschmelzung – infolge Übertragung des Gesellschaftsvermögens „ihrer“ Gesellschaft auf eine Gesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat – grenzüberschreitenden Charakter hat. Ratio legis ist somit der mit der Verschmelzung verbundene „Formwechsel“ durch Gewährung von Aktien an einer Gesellschaft, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegt; hinzu kommen Erschwernisse aufgrund der Ausübung der Herrschaftsrechte in einer Gesellschaft mit Sitz in einem andern Mitgliedstaat. Dazu vgl die EBzRV 466 BlgNR 22. GP 16: „In beiden Fällen (grenzüberschreitende Sitzverlegung und Verschmelzung) tritt zu dem Element der Umwand-

Ablehnung eines Austrittsrechts im Falle der Holding-SE-Gründung zugrunde liegende Wertentscheidung des Gesetzgebers des SEG ist geeignet, die Barangebotspflicht nach § 22 Abs 8 ÜbG zu verdrängen.¹⁴¹ Unabhängig davon ist auch den §§ 24 Abs 1 Z 2, 25 Abs 1 Z 2 ÜbG zu entnehmen, dass die Übertragung kontrollierender Beteiligungen zu keinem Pflichtangebot führt, wenn unter Berücksichtigung der schon vor der Übertragung – insbesondere im Wege mittelbarer Beteiligungen – gegebenen Beherrschungsverhältnisse kein Kontrollwechsel eintritt.¹⁴² Vorbehaltlich näherer Untersuchung erscheint es daher begründet, auch im Falle eines öffentlichen Angebots, das sich auf den Erwerb einer kontrollierenden oder Mehrheitsbeteiligung richtet, von der Barangebotspflicht nach § 22 Abs 8 ÜbG abzusehen, wenn unter Berücksichtigung der mittelbaren Beteiligungen keine Neubegründung oder Verschiebung von Beherrschungsverhältnissen eintritt. Auf die Holding-SE-Gründung übertragen: Das Anteilstauschangebot muss keine Barzahlungsalternative enthalten, wenn sich die Aktionäre der betreffenden Gründungsgesellschaft in der SE keinem neuen kontrollierenden Aktionär (Aktionärsgruppe) gegenübersehen; unter dieser Voraussetzung ist der Mehrheitserwerb der SE an der Gründungsgesellschaft kein Kontrollerwerb iSd § 22 Abs 11 Satz 1 ÜbG. Unberührt bleibt freilich die Anzeigepflicht nach § 25 ÜbG. Erwägenswert ist die Befreiung von der Anwendbarkeit der §§ 22 ff ÜbG analog § 25 ÜbG.¹⁴³

e. Mitbestimmungsrecht

Vor Eintragung einer SE in das jeweilige nationale Register (Art 12 Abs 1 SE-VO) muss eine der in Art 12 Abs 2 SE-VO, § 2 Abs 2 SEG genannten Bedingungen vorliegen, aus der sich die auf die **Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE** (§ 212 ArbVG) anwendbaren Regelungen ergeben. Andernfalls muss die Eintragung unterbleiben. Folgende Möglichkeiten bestehen:

- Abschluss einer Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer gemäß Art 4 der RL 2001/86/EG (SE-RL), §§ 230, 231 ArbVG („**Mitbestimmungsvereinbarung**“);
- Beschluss des besonderen Verhandlungsgremiums mit qualifizierter Mehrheit, keine Verhandlungen aufzunehmen oder bereits aufgenommene Ver-

lung die Verlagerung der Unternehmenszentrale ins Ausland.“ Zu gemeinschaftsrechtlichen Einwänden vgl *Hügel* in *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar § 17 Rz 25 f.

¹⁴¹ *Hügel* in *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar §§ 25, 26 Rz 29.

¹⁴² ÜbK 21. 2. 2000, GZ 2000/1/1-19; ÜbK 18. 5. 2000, GZ 2000/2/4-29; dazu *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht, Rz 165 ff; im Kontext der Holding-SE-Gründung vgl *Zollner* in *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar, Vor § 17 Gründung Rz 77.

¹⁴³ So *Teichmann*, AG 2004, 82 f, und *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, Die Europäische Gesellschaft, 57 f. Zur Befreiung vom Pflichtangebot infolge Ersetzung durch eine Squeeze-out-Umwandlung vgl ÜbK 6. 8. 2002, GZ 2002/3/3.

handlungen abzubrechen iSv Art 3 Abs 6 der RL 2001/86/EG (SE-RL), § 227 Abs 1 ArbVG („**Mitbestimmungsverzicht**“);

- **Ablauf der Verhandlungsfrist** nach Art 5 der RL 2001/86/EG (SE-RL), § 226 ArbVG.

Zu Unterschieden zwischen der Verschmelzungs-Gründung und der Holding-SE-Gründung kommt es im Ergebnis, wenn weder eine Mitbestimmungsvereinbarung noch ein Mitbestimmungsverzicht zustande gekommen ist. Infolge Ablaufs der Verhandlungsfrist kann die SE zwar eingetragen werden (Art 12 Abs 2 SE-VO, § 2 Abs 2 Z 3 SEG); dennoch kommt es zur **Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE** (§ 212 ArbVG). Einerseits ist ein **SE-Betriebsrat kraft Gesetzes** einzurichten (§§ 232 ff ArbVG); andererseits greift die **Mitbestimmung kraft Gesetzes** ein (§§ 244 ff ArbVG), die die Umsetzung der Auffangregelung gemäß Art 7 und Teil 3 des Anhangs der SE-RL darstellt.

Sowohl bei der Verschmelzungs-Gründung als auch bei der Holding-SE-Gründung ist zwischen einer **automatisch** eingreifenden Mitbestimmung kraft Gesetzes und einer nur über „entsprechenden Beschluss“ des besonderen Verhandlungsgremiums („**Beharrungsbeschluss**“) eingreifenden Mitbestimmung kraft Gesetzes zu unterscheiden. Dabei wird auf die Zahl der in mitbestimmten Gesellschaften beschäftigten Arbeitnehmer im Verhältnis zur Gesamtzahl der Arbeitnehmer aller beteiligten Gesellschaften (i.e. Gründungsgesellschaften; § 210 Abs 1 ArbVG) abgestellt. In diesem Zusammenhang sind die Anforderungen bei der Verschmelzungs-Gründung niedriger gesteckt als bei der Holding-SE-Gründung.

Automatisch greift Mitbestimmung kraft Gesetzes ein

- bei der **Verschmelzungs-Gründung**, wenn mindestens eine der beteiligten Gesellschaften mitbestimmt ist und sich die Mitbestimmung auf **mindestens 25%** der Gesamtzahl der Arbeitnehmer aller beteiligten Gesellschaften erstreckt (§ 244 Abs 2 Z 2 lit a ArbVG);
- bei der **Holding-SE-Gründung**, wenn mindestens eine der beteiligten Gesellschaften mitbestimmt ist und sich die Mitbestimmung auf **mindestens 50%** der Gesamtzahl der Arbeitnehmer aller beteiligten Gesellschaften erstreckt (§ 244 Abs 2 Z 3 lit a ArbVG).

Von einem **Beharrungsbeschluss** des besonderen Verhandlungsgremiums abhängige Mitbestimmung kraft Gesetzes greift ein

- bei der **Verschmelzungs-Gründung**, wenn mindestens eine der beteiligten Gesellschaften mitbestimmt ist und sich die Mitbestimmung auf **weniger als 25%** der Gesamtzahl der Arbeitnehmer aller beteiligten Gesellschaften erstreckt (§ 244 Abs 2 Z 2 lit b ArbVG);

- bei der **Holding-SE-Gründung**, wenn mindestens eine der beteiligten Gesellschaften mitbestimmt ist und sich die Mitbestimmung **auf weniger als 50%** der Gesamtzahl der Arbeitnehmer aller beteiligten Gesellschaften erstreckt (§ 244 Abs 2 Z 3 lit b ArbVG).

Die Mitbestimmung kraft Gesetzes besteht in dem Recht der Belegschaftsorgane der SE, ihrer Tochtergesellschaften und Betriebe, einen Teil der Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsrats der SE zu wählen oder zu bestellen oder deren Bestellung zu empfehlen oder abzulehnen. Maßgeblich ist der höchste Anteil der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan in den Gründungsgesellschaften vor Eintragung der SE (§ 245 Abs 1 ArbVG).

Demgegenüber ist die Einrichtung eines SE-Betriebsrats kraft Gesetzes (§§ 232 ff ArbVG) nicht vom Erreichen eines Mindestanteils von Arbeitnehmern, die in mitbestimmten Gesellschaften beschäftigt sind, oder der Fassung eines Beharrungsbeschlusses abhängig. Vielmehr ist ein SE-Betriebsrat kraft Gesetzes immer dann einzurichten, wenn es nicht zum Abschluss einer Mitbestimmungsvereinbarung kommt und das besondere Verhandlungsgremium keinen Mitbestimmungsverzicht erklärt hat (§ 232 Abs 1 ArbVG).

Unterbleibt die Fassung des Beharrungsbeschlusses, kommt es somit zu **keiner Mitbestimmung**, wenn im Falle der Verschmelzungs-Gründung weniger als 25% der Arbeitnehmer in mitbestimmten beteiligten Gesellschaften beschäftigt sind und im Falle der Holding-SE-Gründung weniger als 50% der Arbeitnehmer in mitbestimmten beteiligten Gesellschaften beschäftigt sind.

f. Steuerrechtliche Kriterien

Verschmelzungs-Gründung und Holding-SE-Gründung unterscheiden sich hinsichtlich der steuerrechtlichen Tatbestandsbildung und den Steuerrechtsfolgen zum Teil beträchtlich. Das Ertragsteuerrecht, weiters aber auch die Verkehrsteuergesetze sowie die umgründungssteuerrechtlichen Modifikationen zu den vorgenannten Steuerrechtsgebieten knüpfen in aller Regel an das Vorliegen von **Veräußerungsgeschäften** an. Unterschiede zwischen den genannten Gründungsformen bestehen sowohl hinsichtlich der Verwirklichung von Veräußerungsgeschäften als auch in der steuerrechtlichen Tatbestandsbildung:

fa. Ertragbesteuerung der stillen Reserven im verschmelzungsbedingt übergehenden Gesellschaftsvermögen

Die **Verschmelzung** ist mit der **Veräußerung des Gesellschaftsvermögens** der übertragenden Gesellschaft verbunden, die – ohne Anwendung des UmgrStG

– zur Liquidationisbesteuerung führt (§§ 19, 20 Abs 1 Z 1 KStG); Vergleichbares fehlt bei der Holding-SE-Gründung.

Die stillen Reserven im Gesellschaftsvermögen der übertragenden Gesellschaft werden nicht besteuert, wenn die Verschmelzung zu keiner Einschränkung der österreichischen Besteuerungsrechte hinsichtlich der stillen Reserven einschließlich eines allfälligen Firmenwerts führt. Ist diese Voraussetzung im Falle der Verschmelzung auf eine übernehmende EU- oder EWR-Körperschaft nicht gegeben, wird ein Besteuerungsaufschub bis zur tatsächlichen Veräußerung gewährt (§ 1 Abs 1 und Abs 2 UmgrStG idF AbgÄG 2004).

Nur selten wird somit die Verschmelzungs-Gründung aufgrund der Steuerrechtsfolgen betreffend die stillen Reserven im Gesellschaftsvermögen einer übertragenden, in Österreich steueransässigen Gesellschaft zu Nachteilen führen, die den Ausschlag für eine Holding-SE-Gründung geben. Denn selbst wenn das Vermögen der übertragenden Gesellschaft nur aus Körperschafts-Beteiligungen besteht, sodass die Verstrickungsvoraussetzung des § 1 Abs 2 Satz 1 UmgrStG nicht erfüllt ist¹⁴⁴, greift bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung doch der Besteuerungsaufschub nach § 1 Abs 2 Satz 2 UmgrStG ein. Allerdings führt die (spätere) Veräußerung der verschmelzungsbedingt übergegangenen Körperschafts-Beteiligungen durch die ausländische übernehmende Körperschaft zur rückwirkenden Besteuerung der stillen Reserven in den genannten Beteiligungen.

Demgegenüber kann die mit einer **Holding-SE-Gründung** verbundene Einbringung von Kapitalanteilen an inländischen Körperschaften iSd § 98 Z 8 EStG nicht zu einer vergleichbaren „Nachbesteuerung“ führen. Allenfalls bewirkt die Ausschüttung des Veräußerungserlöses an die inländische Mutter-Körperschaft eine Dividendenbesteuerung auf Grund eines Methodenwechsels nach § 10 Abs 4 KStG, wenn die Erzielung des Veräußerungsgewinns als Unternehmensschwerpunkt im Sinne der genannten Regelung einzuordnen ist.

fb. Ertragbesteuerung in den stillen Reserven der im Zuge der Verschmelzungs-Gründung oder Holding-SE-Gründung getauschten Anteile

Beide Gründungsformen beinhalten **Anteilstauschvorgänge** . Diese können zur Besteuerung der stillen Reserven nach Tauschgrundsätzen (§ 6 Z 14 EStG) führen. Im Falle der Verschmelzungs-Gründung sind die im Zuge des verschmelzungsrechtlichen Anteilstausch untergehenden Anteile an der übertragenden Körperschaft betroffen. Bei der Holding-SE-Gründung geht es um die in die Holding-SE eingebrachten Anteile. Hier ist das Unterbleiben der Be-

¹⁴⁴ Schindler in Kalss/Hügel, SE-Kommentar, Steuerrecht Rz 91.

steuerung der stillen Reserven in den Anteilen an erheblich höhere Voraussetzungen geknüpft als im Falle der Verschmelzungs-Gründung:

Die Steuerfreiheit des **verschmelzungsrechtlichen Anteilstauschs** ist – abgesehen vom Vorliegen einer grenzüberschreitenden Verschmelzung – an keine besonderen Voraussetzungen geknüpft. Anders als bei nicht-grenzüberschreitenden Verschmelzungen besteht insbesondere keine Verknüpfung mit dem Verstrickungserfordernis nach § 1 Abs 2 UmgrStG¹⁴⁵ ebenso wie im Normalfall der Verschmelzung – aber anders als im Falle der Holding-SE-Gründung – kommt es auch auf die Steueransässigkeit des Anteilshabers nicht an.

Der Anteilstausch im Rahmen einer **Holding-SE-Gründung** fällt unter Art III UmgrStG. Zu einer Veräußerungsgewinnbesteuerung kommt es gemäß § 16 Abs 2 Z 2 UmgrStG idF AbgÄG 2004 nur bei Einbringenden aus Drittstaaten.¹⁴⁷ Allerdings verstößt dies gegen die Anteilstauschregelung der FRL.¹⁴⁶ Unabhängig davon kann Österreich den Veräußerungsgewinn des Einbringenden nicht besteuern, wenn mit dem Ansässigkeitsstaat des Einbringenden ein Art 13 Abs 5 OECD-MA entsprechendes DBA abgeschlossen ist. Die Veräußerungsgewinnbesteuerung greift im Rahmen der österreichischen beschränkten Steuerpflicht (§§ 31, 98 Abs 1 Z 8 EStG) somit nur dann ein, wenn Anteile an einer Gründungsgesellschaft mit Geschäftsleitung oder Sitz in Österreich eingebracht werden und mit dem Ansässigkeitsstaat des Einbringenden entweder kein DBA besteht oder ein DBA, das Österreich das Quellenbesteuerungsrecht belässt.¹⁴⁸

Unterschiedliche **Ertragsteuerrechtsfolgen für die Anteilshaber** werden in aller Regel nur dann relevant sein, wenn Anteilshaber in Drittstaaten ansässig sind. Dies kann für die Vornahme einer Verschmelzungs-Gründung sprechen.

¹⁴⁵ Diese Sonderregelung ist nicht auf die SE-Verschmelzungs-Gründung beschränkt. Sie gilt vielmehr für alle Verschmelzungen iSd § 1 Abs 2 Satz 2 UmgrStG. Dies umfasst alle Verschmelzungen auf eine EU-Kapitalgesellschaft sowie auf vergleichbare Kapitalgesellschaften eines Mitgliedstaats des EWR, mit dem eine umfassende Amts- und Vollstreckungshilfe mit der Republik Österreich besteht. Demgegenüber hängt die Steuerfreiheit des Anteilstauschs im Normalfall der Verschmelzung davon ab, dass das Besteuerungsrecht der Republik Österreich hinsichtlich der stillen Reserven einschließlich eines allfälligen Firmenwerts bei der übernehmenden Körperschaft nicht eingeschränkt wird. Zu dieser Verknüpfung des Verstrickungserfordernisses betreffend das Gesellschaftsvermögen mit der Steuerneutralität des Anteilstauschs vgl *Hügel* in *Hügel/Mühlehner/Hirschler*, UmgrStG § 5 Rz 2. Insoweit bewirkt § 5 Abs 1 Satz 2 UmgrStG idF AbgÄG 2004 eine Besserstellung grenzüberschreitender Verschmelzungen auf ausländische EU/EWR-Gesellschaften. Vgl dazu auch *Schindler* in *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar, Steuerrecht Rz 99.

¹⁴⁶ Diskriminiert ist somit die Einbringung von Vermögen (Anteilen) durch Einbringende, die weder in einem Mitgliedstaat der EU noch in einem Mitgliedstaat des EWR, mit dem eine umfassende Amts- und Vollstreckungshilfe mit der Republik Österreich besteht, steueransässig sind.

¹⁴⁷ Im Einzelnen *Hügel* in *Hügel/Mühlehner/Hirschler*, UmgrStG § 16 Rz 84; *Schindler* in *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar, Steuerrecht Rz 118 ff, 124 – jeweils mwN.

¹⁴⁸ Überblick über diese von Art 13 OECD-MA abweichenden DBA bei *Hügel* in *Hügel/Mühlehner/Hirschler*, UmgrStG § 16 Rz 35.

fc. Verlustvorträge

Unterschiedliche Auswirkungen können Verschmelzungs-Gründung und Holding-SE-Gründung ferner auf **Verlustvorträge** von Gründungsgesellschaften nehmen. Ist das verlustverursachende Vermögen vor dem Verschmelzungstichtag weggefallen oder qualifiziert gemindert („fehlende Vergleichbarkeit“), führt die Verschmelzung zum Wegfall von Verlustvorträgen (§ 4 Z 1 UmgrStG). In Abhängigkeit davon, bei welchen an der Verschmelzung beteiligten Körperschaften der Wegfall oder die qualifizierte Umfangsminderung eingetreten ist, kann dies Verluste sowohl der übernehmenden Körperschaft als auch der übertragenden Körperschaften betreffen.

Die mit einer Holding-SE-Gründung verbundene Einbringung von Anteilen an Gründungsgesellschaften kann nur nach den engeren Voraussetzungen des **Manteltatbestandes nach § 8 Abs 4 Z 2 KStG** zum Wegfall von Verlusten von Gründungsgesellschaften führen. Dies setzt das (kumulative) Vorliegen von drei Strukturänderungen voraus. Hat die Anteilseinbringung nicht mehr als 75% der Anteile an der Gründungsgesellschaft zum Gegenstand, verneint die Verwaltungspraxis das Vorliegen einer qualifizierten Änderung der Gesellschafterstruktur.¹⁴⁹ Doch selbst wenn eine qualifizierte Änderung der Gesellschafterstruktur gegeben wäre, müssten noch zusätzlich eine qualifizierte Änderung der wirtschaftlichen Struktur, somit wesentliche Änderungen der aus Vermögen und Tätigkeit gebildeten wirtschaftlichen Einheit¹⁵⁰, sowie eine wesentliche Änderung der organisatorischen Struktur in Form des Wechsels aller oder der überwiegenden Mehrheit der geschäftsleitenden Funktionäre¹⁵¹ vorliegen. Selbst wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, kann die Erhaltung eines wesentlichen Teils betrieblicher Arbeitsplätze den Wegfall des Verlustabzuges ausschließen (§ 8 Abs 4 Z 2 Satz 3 KStG). Alles in allem sind Verlustvorträge durch eine Holding-SE-Gründung tendenziell in geringerem Maße gefährdet als durch eine Verschmelzung.

fd. Grunderwerbsteuer

Befinden sich im Gesellschaftsvermögen der Gründungsgesellschaften Grundstücke, kann die **Grunderwerbsteuerbelastung** gegen die Vornahme einer Verschmelzungs-Gründung sprechen, auch wenn die Bemessungsgrundlage gemäß § 6 Abs 5 UmgrStG auf den zweifachen Einheitswert reduziert wird. Erfolgt im Rahmen der Holding-SE-Gründung die Einbringung aller Anteile an einer grundstückstragenden Gründungsgesellschaft, ist die Bemessungs-

¹⁴⁹ Rz 1182 KStR.

¹⁵⁰ Rz 1181 KStR.

¹⁵¹ Rz 1180 KStR.

grundlage seit dem BBG 2001 BGBl I 2000/142 indessen das Dreifache des Einheitswerts (§§ 4 Abs 2 Z 3 iVm 6 Abs 1 lit b GrEStG). Die Verwirklichung des Steuertatbestandes gemäß § 1 Abs 3 Z 3 GrEStG lässt sich indessen durch die Übertragung einer Teil-Beteiligung auf einen Treuhänder der SE vermeiden.

fe. Gesellschaftsteuer

Unterschiedliche Voraussetzungen gelten schließlich hinsichtlich der **Befreiung von der Gesellschaftsteuer**. Sowohl der Erwerb von Anteilen auf Grund einer Verschmelzung als auch im Zuge einer Holding-SE-Gründung fällt unter § 2 Z 1 KVStG. Allerdings ist die Holding-SE-Gründung – im Vergleich zur Verschmelzungs-Gründung – nur in eingeschränktem Maße in der Lage, die einschlägigen umgründungssteuerrechtlichen Befreiungsbestimmungen zu erfüllen. Bei Verschmelzungen greift bei zumindest zweijähriger Existenz der übertragenden Körperschaft die Befreiungsbestimmung des § 6 Abs 4 UmgrStG ein; jedenfalls führt aber § 6 Abs 1 Z 3 KVStG im Ergebnis zur Gesellschaftsteuerfreiheit aller Verschmelzungsfälle.¹⁵² Demgegenüber kommt bei der Holding-SE-Gründung die Gesellschaftsteuerbefreiung nach § 22 Abs 4 UmgrStG nur dann und insoweit zur Anwendung, als der einbringende Gesellschafter die Anteile an der Gründungsgesellschaft am Tag des Abschlusses des Einbringungsvertrages bereits länger als zwei Jahre hält. Nur im (wohl seltenen) Fall der Einbringung der 100%igen Beteiligung an einer Gründungsgesellschaft durch einen Gesellschafter in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, der sonst kein Vermögen hält, kann die Steuerbefreiung nach § 6 Abs 1 Z 3 KVStG in Anspruch genommen werden.

g. Alternative zur primären SE-Gründung: Fusionsähnliche Anteilseinbringung und nachfolgende SE-Gründung durch Umwandlung

Der gesetzlich vorgegebene strikte Rechtsrahmen der Holding-SE-Gründung kann im Einzelfall als Nachteil empfunden werden. Dies gilt insbesondere für die Notwendigkeit, die Anteilstauschfristen (Art 33 Abs 1 sowie Abs 3 Unterabsatz 2 SE-VO) einzuhalten.

Als Alternative kommt daher in Betracht, zunächst eine **fusionsähnliche Anteilseinbringung**¹⁵³ in eine AG vorzunehmen und diese danach gemäß

¹⁵² Gleichmaßen grundlegend und informativ *Kauba*, RdW 2004/518.

¹⁵³ Zum Begriff vgl *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 61 ff, 72 ff; *Hügel* in *Hügel/Mühlechner/Hirschler*, UmgrStG § 12 Rz 3.

Art 37 SE-VO, §§ 29 ff SEG in eine **SE umzuwandeln**.¹⁵⁴ Diese Vorgangsweise erspart gegenüber der Holding-SE-Gründung vor allem die verschmelzungsähnliche Vorbereitungsphase im Bereich der Gründungsgesellschaften, bestehend aus der Errichtung des Gründungsplans samt Gründungsbericht, Prüfung, Offenlegung und Gesellschafterversammlungen der Gründungsgesellschaften. Gegenüber der gewöhnlichen – auch grenzüberschreitend durchführbaren – fusionsähnlichen Einbringung bietet die Holding-SE-Gründung freilich den optischen Vorteil eines „Merger of Equals“. Sie wird daher insbesondere bei der Vereinigung namhafter Publikumsgesellschaften vorzugswürdig sein.

3. Ablauf der Holding-SE-Gründung

Der Ablauf einer Holding-SE-Gründung¹⁵⁵ ist in den Art 32, 33 SE-VO vorgezeichnet; die §§ 25 ff SEG enthalten nur geringfügige Modifikationen. Das Ineinandergreifen des SE-spezifischen Gründungsrechts und der aktienrechtlichen Gründungsvorschriften (§§ 16 ff AktG) konkretisiert die Reihenfolge einzelner Teilschritte. Danach kann zwischen **fünf Phasen** der Holding-SE-Gründung unterschieden werden:¹⁵⁶

a. Beschlussvorbereitungs-Phase

aa. Gründungsplan samt Gründungsbericht

Die Leitungs- oder Verwaltungsorgane der Gründungsgesellschaften haben einen Gründungsplan samt (integriertem) Gründungsbericht aufzustellen (Art 32 Abs 2 SE-VO, §§ 220a AktG iVm 26 Abs 1 SEG).

Der Gründungsplan ist das Pendant zum Verschmelzungsplan. Er ist notariell zu beurkunden (§ 222 AktG iVm § 26 Abs 1 SEG). Der obligatorische Inhalt des Gründungsplans wird durch Verweisung in Art 32 Abs 2 Satz 3 SE-VO auf die Regelung des Verschmelzungsplans in Art 20 Abs 1 SE-VO determiniert.¹⁵⁷ Die Verweisung umfasst nicht die Regelung des Beginns der

¹⁵⁴ Dies setzt voraus, dass die AG seit mindestens zwei Jahre eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegende Tochtergesellschaft hat (Art 2 Abs 4 SE-VO). Ist dies nicht der Fall, kann die Rechtsform der SE im Wege einer Verschmelzungs-Gründung angenommen werden. Zur vereinfachten Verschmelzung im Wege einer (uU eben erst erworbenen) ausländischen Tochtergesellschaft vgl im Text unter 1 b.

¹⁵⁵ Vgl auch die Darstellung bei Neun in *Theisen/Wenz*, Die Europäische Aktiengesellschaft, 128 ff, *Marsch-Barner* in *Lutter*, Holding Handbuch⁴ § 15 II, *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, Die Europäische Gesellschaft, 45 ff.

¹⁵⁶ Ebenso *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, Die Europäische Gesellschaft, 46 ff.

¹⁵⁷ Detaillierte Schilderung des Gründungsplans bei Neun, aaO 130 ff.

Gewinnberechtigung (Art 20 Abs 1 lit d SE-VO) und der für die Rechnungslegung maßgeblichen Rückwirkung (Art 20 Abs 2 lit e SE-VO); mangels Übertragung operativen Betriebsvermögens käme diesen Regelungen kein Anwendungsbereich zu. Über den Inhalt des Verschmelzungsplan hinausgehend statuiert Art 32 Abs 2 Satz 3 Halbsatz 2 SE-VO die Festsetzung eines „**Mindestprozentsatzes** der Aktien oder sonstigen Anteile“, dessen Einbringung Bedingung der Wirksamkeit der Gründung ist. Wie bereits ausgeführt, muss die Anteilsquote „**mehr als 50%** der durch die Anteile verliehenen ständigen **Stimmrechte** betragen“.¹⁵⁸ Bei Aufstellung des Gründungsplans steht somit die Anzahl der auf die SE zu übertragenden Anteile nicht fest. Dies ist erst am Ende der zweiten Anteilstauschphase (Art 33 Abs 3 Satz 2 SE-VO) der Fall. Dies führt zu mehreren Abweichungen von Verschmelzungs- und Sachgründungsvorgängen:

Mangels Kenntnis des Umfangs der Sacheinlagen kann auch die Zahl der auszubehenden Aktien zu diesem Zeitpunkt noch nicht fixiert werden; somit kann weder der Gründungsplan noch die dem Gründungsplan anzuschließende Satzung der Holding-SE die Höhe des Grundkapitals angeben. Dem trägt § 25 Abs 3 Satz 2 SEG Rechnung. Abweichend von § 20 Abs 1 AktG muss schließlich die Nennung der Sacheinleger in der Satzung, die dem Gründungsplan angeschlossen ist, unterbleiben.

Die Ungewissheit über das Ausmaß der Sacheinlagen führt dazu, dass vor Abschluss der zweiten Anteilstauschphase auch der Gesamtwert des künftigen Gesellschaftsvermögens der SE unbekannt ist. Auch dadurch unterscheidet sich die Holding-SE-Gründung von der Konzentrationsverschmelzung oder der fusionsähnlichen Einbringung; denn hier steht das zu übertragende Vermögen jeweils bereits bei Fassung der Beschlüsse und Abschluss der Verschmelzungs- und Einbringungsverträge fest.

Diese Unterschiede wirken sich zwar nicht auf die Festlegung des Umtauschverhältnisses aus; sie erfordern jedoch – im Vergleich zu einem Verschmelzungs- oder Einbringungsvertrag – abweichende Regelungen im Gründungsplan. Dies soll anhand des folgenden Beispiels gezeigt werden:

Die X-AG und die Y-AG wollen die Z-SE im Wege der Holding-SE-Gründung errichten. In den Fusionsverhandlungen einigen sich die Gründungsgesellschaften unter Berücksichtigung von Bewertungsgutachten auf einen Unternehmenswert der X-AG von 550 Mio und einen solchen der Y-AG von 1030 Mio. Das Grundkapital der X-AG ist in 10 Mio Aktien zerlegt, die somit einen „fusionsrelevanten Wert“ von 55 aufweisen. Das Grundkapital der Y-AG ist ebenfalls in 10 Mio Aktien zerlegt; eine Y-Aktie ist somit im Rahmen der Fusion 103 wert.

¹⁵⁸ Zur Berücksichtigung stimmrechtsloser Vorzugsaktien, GmbH-rechtlicher „Mehrstimmrechtsanteile“ und von Höchststimmrechtsregelungen vgl. *Hügel* in *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar §§ 25, 26 Rz 11.

Das Grundkapital der Z-SE soll maximal – nämlich im Falle der Einbringung aller X-Aktien und Y-Aktien – in 30 Mio Z-Aktien im Wert von jeweils 50 zerlegt sein.

Danach wird jede X-Aktie durch eine Z-Aktie und eine Zuzahlung von fünf, und jede Y-Aktie durch zwei Z-Aktien und eine Zuzahlung von drei abgegolten. Zur Finanzierung der Zuzahlungen nimmt die Z-SE einen Kredit auf.¹⁵⁹

Somit zeigt sich, dass der Gründungsplan – über die Angabe des Mindestbetrags und des Höchstbetrags des Grundkapitals hinausgehend – das festzusetzende Grundkapital in Abhängigkeit von der Zahl der eingebrachten Anteile an den Gründungsgesellschaften definieren kann (und sollte): Das Grundkapital ist das Produkt aus Nennbetrag der SE-Aktien und der Anzahl der SE-Aktien, die für den Umtausch gegen die eingebrachten Anteile an den Gründungsgesellschaften benötigt werden. Diese Anzahl ergibt sich wiederum durch Anwendung des im Gründungsplan festzulegenden Umtauschverhältnisses.

Die Eröffnungsbilanz der Z-SE zeigt – im Falle des Ansatzes der eingebrachten Aktien mit dem beizulegenden Wert (Zeitwert) gemäß § 202 Abs 1 Satz 1 HGB¹⁶⁰ – folgendes Bild:

X-Aktien	550	GK	1.500
Y-Aktien	1.030	Verb	80
	1.580		1.580

In diesem Fall wurde ein Grundkapital fixiert, das dem Wert der eingebrachten Aktien abzüglich der geleisteten Zuzahlungen entspricht. Das Grundkapital kann – durch Wahl eines niedrigeren Aktiennennbetrags – auch niedriger angesetzt werden; der Differenzbetrag ist als gebundene Kapitalrücklage auszuweisen (§§ 229 Abs 2 Z 1 HGB iVm § 130 AktG).

Gemäß Art 20 Abs 1 lit b iVm 32 Abs 2 Satz 3 SE-VO kann der Gründungsplan eine **Ausgleichsleistung** festsetzen. Der Begriff geht über jenen der „baren Zuzahlungen“ iSv §§ 220 Abs 2 Z 3, 224 Abs 5 AktG hinaus. Nicht nur Barleistungen kommen in Betracht, sondern auch andere Leistungen, wie insbesondere die Einräumung von Schuldverschreibungen oder von Aktien einer Konzerngesellschaft. Die Zuzahlungsbegrenzung nach § 224 Abs 5 AktG ist nicht anwendbar.¹⁶¹ De facto wird sich indessen eine Begrenzung aus den

¹⁵⁹ Stattdessen könnten die Zuzahlungen auch im Wege von Ausschüttungen der Gründungsgesellschaften an die SE finanziert werden.

¹⁶⁰ Werden (einzelne) Aktien mit dem Buchwert des Jahresabschlusses (der Zwischenbilanz) des Einbringenden angesetzt (§ 202 Abs 2 Z 1 HGB), ist die Differenz auf den „Gesamtbeitrag der Gegenleistung“ – bestehend aus dem Grundkapital und den Zuzahlungen – entweder als Einbringungsverlust auszuweisen oder als Umgründungsmehrwert zu aktivieren (§ 202 Abs 2 Z 3 HGB).

¹⁶¹ Eingehend zur Ausgleichsleistung bei der Verschmelzungs-Gründung *Hügel in Kalss/Hügel*, SE-Kommentar § 17 Rz 13.

anwendbaren steuerrechtlichen Vorschriften ergeben (vgl § 19 Abs 2 Z 3 UmgrStG).

Die Leitungs- oder Verwaltungsorgane haben ferner einen **Gründungsbericht** aufzustellen. Er ist Bestandteil des Gründungsplans („integrierter Gründungsbericht“).¹⁶² Der Gründungsbericht ist das Pendant zum Verschmelzungsbericht. Er hat die Gründung aus rechtlicher und wirtschaftlicher Sicht zu erläutern und die Auswirkungen der Gründung für die Aktionäre und für die Arbeitnehmer darzulegen. Gemäß § 220a AktG iVm § 26 Abs 1 SEG sind das Umtauschverhältnis und gegebenenfalls die Ausgleichsleistung zu erläutern und zu begründen.

ab. Gründungsplanprüfung

Der Gründungsplan samt integriertem Gründungsbericht ist durch unabhängige **Sachverständige** zu prüfen. Diese haben einen schriftlichen Bericht („Prüfbericht“) zu erstatten, der insbesondere die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses zum Gegenstand hat (Art 32 Abs 5 SE-VO, §§ 220b AktG iVm 26 Abs 1 SEG). Wie bei der Verschmelzungs-Gründung kann die Prüfung entweder für jede der Gründungsgesellschaften durch einen gesonderten Prüfer oder durch einen gemeinsamen Prüfer vorgenommen werden.¹⁶³

ac. Prüfung durch die Aufsichtsräte

Die Aufsichtsräte der beteiligten Gründungsgesellschaften haben die Holding-SE-Gründung auf der Grundlage des Gründungsplans samt integriertem Gründungsbericht und des schriftlichen Berichts der Gründungsplanprüfer zu prüfen (§§ 220c AktG iVm 26 Abs 1 SEG).

ad. Offenlegung

Danach erfolgten die **Einreichung des Gründungsplans** für jede Gründungsgesellschaft zum **Firmenbuch** (Art 32 Abs 3 SE-VO, §§ 221a Abs 1 AktG iVm 26 Abs 1 SEG) und die Veröffentlichung des Hinweises auf die Einreichung **einen Monat** vor der Gesellschafterversammlung, die über die Holding-SE-Gründung beschließt. § 221a Abs 2 AktG über die Einsichtnahme in die Verschmelzungsunterlagen sowie die kostenlose Erteilung von Abschriften gilt sinngemäß für die Gründungsunterlagen (§ 26 Abs 1 SEG).¹⁶⁴

¹⁶² Nachweise bei *Hügel* in *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar §§ 25, 26 Rz 14.

¹⁶³ *Hügel* in *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar §§ 25, 26 Rz 16 – auch zur Anwendbarkeit der wie im Verschmelzungsrecht gegebenen Verzichtsmöglichkeiten.

¹⁶⁴ Vgl *Hügel* in *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar §§ 25, 26 Rz 19 ff sowie zum Verzicht auf diese Aktionärsschutzbestimmungen in Rz 23.

ae. Gesellschafterbeschlüsse

Bei jeder Gründungsgesellschaft hat die Gesellschafterversammlung dem Gründungsplan mit Gesellschafterbeschluss zuzustimmen (Art 32 Abs 6 SE-VO, §§ 221 AktG oder 98 GmbHG iVm 26 Abs 2 SEG). Wie bei der Verschmelzungsgründung sind die Vorschriften über die gerichtliche Überprüfung des Umtauschverhältnisses (§§ 225c ff AktG, 22 SEG) anwendbar (§ 26 Abs 1 SEG), sofern sich die ausländischen Gründungsgesellschaften diesen unterwerfen.¹⁶⁵ Für Beschlussmehrheiten und Durchführung der Gesellschafterversammlung gelten die verschmelzungsrechtlichen Vorschriften (§§ 26 Abs 2 SEG iVm 221 AktG, 98 GmbHG).

Die Gesellschafterversammlung kann sich die Genehmigung der Mitbestimmungsvereinbarung durch einen weiteren Gesellschafterbeschluss vorbehalten (Art 32 Abs 6 Unterabsatz 2 SE-VO).

b. Anteilstausch-Phase

ba. Anteilseinbringung

Im Rahmen der ersten Tranche des Anteilstauschs erfolgt der Abschluss der **Anteilseinbringungsverträge** zwischen den Gesellschaftern der Gründungsgesellschaften und der (künftigen) Holding-SE¹⁶⁶ innerhalb der **Drei-Monats-Frist** gemäß Art 33 Abs 1 SE-VO.¹⁶⁷ Als Gegenleistung erhalten die einbringenden Gesellschafter der Gründungsgesellschaften Aktien an der künftigen SE. Gute Gründe sprechen dafür, in Art 33 Abs 1 und Abs 2 SE-VO nur die Anordnung einer Mindestfrist zu erblicken. Im Gründungsplan kann auch eine längere Frist festgesetzt werden.¹⁶⁸

bb. Prüfung der Erfüllung der Gründungsbedingungen und Offenlegung

Durch die Leitungs- oder Verwaltungsorgane ist die Anmeldung der Erfüllung der **Bedingungen** für die **beabsichtigte Gründung** einer Holding-SE zur Eintragung in das Firmenbuch vorzunehmen (Art 33 Abs 3 SE-VO, § 27 Abs 1 SEG).

¹⁶⁵ Näheres *Hügel* in *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar §§ 25, 26 Rz 25.

¹⁶⁶ Ebenso *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, Die Europäische Gesellschaft, 47; aA *Brandes*, AG 2005, 186: Vertragsabschluss zwischen dem einbringenden Aktionär und seiner Gründungsgesellschaft zugunsten der künftigen SE.

¹⁶⁷ Zur Frage der Verlängerungsmöglichkeit vgl *Hügel* in *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar, §§ 25, 26 Rz 30; dagegen *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, Die Europäische Gesellschaft, 52 FN 155.

¹⁶⁸ *Hügel* in *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar §§ 25, 26 Rz 30.

Das Firmenbuchgericht prüft die Gründungsvoraussetzungen, insbesondere die Einbringung des im Gründungsplan festgelegten Mindestprozentsatzes der Anteile. Danach erfolgen die Eintragung in das Firmenbuch und die Ausstellung der **Rechtmäßigkeitsbescheinigung** (§ 27 Abs 3 und 4 SEG), sowie die Bekanntmachung der Eintragung (Art 33 Abs 3 SE-VO, §§ 10 HGB iVm 25 Abs 2 SEG). Die Vorlage der Rechtmäßigkeitsbescheinigung ist Voraussetzung der Eintragung der Holding-SE (§ 28 Z 5 SEG; Art 27 Abs 2 SE-VO per analogiam).¹⁶⁹

bc. Zweite Tranche des Anteilstauschs

Danach besteht die Möglichkeit zur **Einbringung weiterer Anteile** an den Gründungsgesellschaften in die Holding-SE durch Abschluss von Sacheinlageverträgen innerhalb der weiteren Ein-Monats-Frist gemäß Art 33 Abs 3 Satz 2 SE-VO iVm § 25 Abs 2 SEG.

c. Gründungsakte nach AktG

Danach erfolgt die **Feststellung der Satzung** der Holding-SE entsprechend dem im Gründungsplan angegebenen Inhalt (§ 25 Abs 3 SEG) durch die Gründungsgesellschaften als Gründer.¹⁷⁰ Zusätzlich sind die Festsetzungen gemäß §§ 19, 20 AktG vorzunehmen. Das (nunmehr feststehende) Ausmaß der einzubringenden Anteile ist Satzungsinhalt. Die Feststellung der Satzung bedarf der notariellen Beurkundung (§ 25 Abs 3 SEG).

Ferner ist die konstituierende Sitzung des **Aufsichtsrats** der Holding-SE, insbesondere zur Bestellung der Mitglieder des **Vorstands** oder des **Verwaltungsrats** und der **geschäftsführenden Direktoren** im Falle einer Holding-SE mit Sitz im Inland, abzuhalten.

Schließlich erfolgt die **Gründungsprüfung** durch den Vorstand und den Aufsichtsrat (§ 25 Abs 1 AktG) sowie durch den **Sacheinlageprüfer** (§ 25 Abs 2 AktG: „Gründungsprüfer“); hinzu kommt der **Gründungsbericht** iSv § 24 AktG.

d. Mitbestimmungsregelung

Vor Eintragung der SE müssen die auf die SE anwendbaren Regelungen der Beteiligung der Arbeitnehmer feststehen (vgl oben 2 e).

Im Regelfall kommt es zum Abschluss der **Mitbestimmungsvereinbarung**, zwischen dem Leitungs- oder Verwaltungsorgan der SE und dem ge-

¹⁶⁹ Näheres *Hügel* in *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar §§ 25, 26 Rz 33.

¹⁷⁰ *Hügel* in *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar §§ 25, 26 Rz 37.

meinsamen Verhandlungsgremium. Andernfalls kommt die Abgabe eines Mitbestimmungsverzichts gemäß Art 3 Abs 6 SE-RL durch das besondere Verhandlungsgremium in Betracht (Art 12 Abs 2 SE-VO).

Falls sich die Gesellschafter im Rahmen der Gründungsbeschlüsse die Genehmigung der Mitbestimmungsregelungen vorbehalten haben (Art 32 Abs 6 Unterabsatz 2 SE-VO) sind in der Folge **weitere Beschlüsse** der Gesellschafterversammlungen der Gründungsgesellschaften zur Genehmigung der **Mitbestimmungsvereinbarung** (Art 32 Abs 6 Unterabsatz 2 SE-VO) zu fassen.

e. Schlusseintragungen und Bekanntmachungen

Im Falle einer **inländischen Holding-SE** melden die Leitungs- oder Verwaltungsorgane die SE zur **Eintragung in das Firmenbuch** an (§ 28 SEG).

Im Falle einer **ausländischen Holding-SE** erfolgt nach der Eintragung in das Register des Sitz-Mitgliedstaats beim österreichischen Firmenbuchgericht die Anmeldung der Eintragung der **Durchführung der Holdinggründung** (§ 27 Abs 5 SEG).

In beiden Fällen sind die Eintragungen gemäß § 10 HGB bekanntzumachen.

Zusätzlich wird die Eintragung der SE im **Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften** bekannt gemacht (Art 14 Abs 1 SE-VO).

4. Minderheitenschutz

a. Kein Austrittsrecht gegen Barabfindung

Ungeachtet der Ermächtigung gemäß Art 34 SE-VO zur Erlassung von Minderheitenschutzvorschriften hat das SEG – anders als im Falle der Verschmelzungs-Gründung – kein Austrittsrecht von Minderheitsgesellschaftern statuiert, die die Holding-Gründung ablehnen. Dies hat seinen Grund darin, dass die überstimmten Minderheitsgesellschafter durch die Gründungsbeschlüsse der Gründungsgesellschaften nicht zum Anteilstausch gezwungen werden.¹⁷¹

b. Überprüfung des Umtauschverhältnisses

Wie bei der Verschmelzungs-Gründung können die Gesellschafter die gerichtliche Überprüfung des Umtauschverhältnisses begehren (§§ 225c ff AktG, 22

¹⁷¹ Nachweise bei Hügel in *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar §§ 25, 26 Rz 42 FN 36; *Schindler*, wbl 2004, 253 (263); *Kalss/Greda*, GesRZ 2004, 91 (99); *Kalss*, ZGR 2003, 593 (633 f).

iVm 26 Abs 1 SEG). Die Verweigerung des Anteilstauschs ist hier kein Grund, die Überprüfung des Umtauschverhältnisses nicht zu gewähren.¹⁷² Vielmehr sollen solche Gesellschafter, die der Gründung positiv gegenüber stehen, nicht zur Anfechtung der Holding-SE-Gründung veranlasst werden, wenn sie das Umtauschverhältnis nicht für angemessen halten.

5. Gründung einer Tochter-SE

a. Struktur der Tochter-SE-Gründung und Rechtsgrundlagen

Die Gründung einer Tochter-SE wirft gegenüber einer AG-Gründung keine Besonderheiten auf. Einzige SE-spezifische Rechtsgrundlage ist Art 2 Abs 3 SE-VO, der die Tochter-SE-Gründung als dritte primäre Gründungsform statuiert, den Kreis der zugelassenen Gründungsgesellschaften umschreibt und das Mehrstaatlichkeitserfordernis regelt. Im Titel II der SE-VO ist der Tochter-SE-Gründung kein Abschnitt gewidmet, das SEG enthält keine einschlägigen Regelungen.

Art 2 Abs 3 SE-VO ist zunächst zu entnehmen, dass zwei oder mehrere Gesellschaften eine SE gründen können. Da die Einlagenleistungen nicht eingegrenzt werden, ist sowohl die **Bargründung** als auch die **Sachgründung** zulässig. Typischerweise werden die Gründungsgesellschaften Betriebe oder Beteiligungen einbringen. Die Tochter-SE wird daher treffend als **Joint-Venture-SE** bezeichnet.¹⁷³

Von der **primären Gründungsform** der Tochter-SE-Gründung nach Art 2 Abs 3 SE-VO, an der stets zwei oder mehr Gründungsgesellschaften beteiligt sind, ist die **sekundäre Gründungsform** der Gründung einer **Tochter-SE** durch eine SE zu unterscheiden. Dabei handelt es sich um eine Einpersonengesellschafts-Gründung, auf die § 35 AktG zur Anwendung gelangt.

Die Tochter-SE-Gründung zeichnet sich durch Einfachheit des Vorgangs aus. Die Anwendbarkeit anderer Gründungsvorschriften unter Umgehungs Gesichtspunkten kommt mE nicht in Betracht.¹⁷⁴

b. Gründungsgesellschaften und Mehrstaatlichkeitserfordernis

Als Gründungsgesellschaften können Gesellschaften iSd Art 48 Abs 2 EG sowie juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die nach dem

¹⁷² Kritisches *Schindler*, wbl 2004, 252 (263).

¹⁷³ So etwa *Kalss* in *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar, Vor § 17 Gründung Rz 19 ff.

¹⁷⁴ So aber *Hommelhoff/Teichmann*, SZW 2002, 1, 9; dagegen mit Recht *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, Die Europäische Gesellschaft, 59.

Recht eines Mitgliedstaats gegründet worden sind und ihren Sitz sowie ihre Hauptverwaltung in der Gemeinschaft haben, fungieren (Art 2 Abs 3 SE-VO). Als Gesellschaften iSd Art 48 EG gelten (in- und ausländische) Gesellschaften bürgerlichen Rechts sowie Gesellschaften des Handelsrechts, insbesondere Kapitalgesellschaften, ferner aber auch Genossenschaften und andere juristische Personen, die einen Erwerbszweck verfolgen. Sonstige juristische Personen sind Verbände, die – anders als Gesellschaften – keine Gesellschafter haben. Auch Sparkassen, Privatstiftungen und sonstige juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts können somit als Gründungsgesellschaften fungieren.¹⁷⁵

Wie im Rahmen der Holding-SE-Gründung müssen zumindest zwei der Gründungsgesellschaften dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen oder seit mindestens zwei Jahren eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegende Tochtergesellschaft oder eine Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat haben.

c. Gründungsvorgang

Auf die werdende SE kommt subsidiär zu den Vorschriften der SE-VO gemäß Art 15 Abs 1 SE-VO das für Aktiengesellschaften des Sitzstaates der SE maßgebliche Recht zur Anwendung. Im Falle einer SE mit Sitz in Österreich sind somit die Gründungsvorschriften des AktG einschlägig. Wie bereits erwähnt, können alle oder einzelne Gründungsgesellschaften sowohl Bareinlagen als auch Sacheinlagen leisten.

Für die Rechtsakte der Gründungsgesellschaften gilt das Personalstatut der Gründungsgesellschaften. Wenn – wie in Österreich – SE-spezifisches Ausführungsrecht fehlt, kommen somit ausschließlich die für die jeweiligen Gründungsgesellschaften geltenden allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften zur Anwendung. Dies betrifft insbesondere die für die Übertragung von Gesellschaftsvermögen und gegebenenfalls für den Erwerb der Beteiligung an der SE maßgeblichen Kompetenzregelungen. Umfasst die Sacheinlage in eine Tochter-SE das gesamte Vermögen einer Gründungs-AG, ist die Übertragung gemäß § 237 AktG durch die Hauptversammlung der Gründungs-AG zu genehmigen. Wird nicht das gesamte Vermögen übertragen, kann sich dies aus den Grundsätzen der BGH-Judikatur in den Fällen „Holzmüller“¹⁷⁶ und „Gelatine“¹⁷⁷ ergeben. Auch die Genehmigung durch den Auf-

¹⁷⁵ Kalss in Kalss/Hügel, SE-Kommentar, Vor § 17 Gründung Rz 23 f.

¹⁷⁶ BGHZ 83, 122; zur Relevanz in Österreich vgl. Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 103 Rz 28 ff.

¹⁷⁷ BGH 26. 4. 2004, BB 2004, 1182 sowie NZG 2004, 571 und 575; dazu Bungert, BB 2004, 1345; Götze, NZG 2004, 585; Simon, DStR 2004, 1482, 1528; Weißhaupt, AG 2004, 585.

sichtsrat wird häufig erforderlich sein (§ 95 Abs 5 Z 1 AktG). Bei einer Gründungs-GmbH ist die Rechtslage unsicher: In der Regel werden die Gesellschafter die Übertragung durch Gesellschafterbeschluss mit einfacher Mehrheit zu genehmigen haben, weil es sich um außergewöhnliches Geschäft handelt.¹⁷⁸ Die Übertragung des gesamten Gesellschaftsvermögens auf eine Tochtergesellschaft kann wegen der Funktionsänderung zu einer Holding-Gesellschaft als Gegenstandsänderung gemäß § 50 Abs 3 GmbHG sogar einen einstimmigen Gesellschafterbeschluss erfordern.¹⁷⁹ Bejaht man eine Analogie zum SpaltG, ist ein Gesellschafterbeschluss mit einer $\frac{3}{4}$ -Stimmenmehrheit erforderlich.¹⁸⁰ Besteht bei der Gründungs-GmbH ein Aufsichtsrat, wird die Übertragung des Vermögens auf die Tochter-SE und der Erwerb der Beteiligung an der Tochter-SE häufig seiner Zustimmung unterliegen (§ 30j Abs 5 Z 1 GmbHG).

¹⁷⁸ Reich-Rohrwig, GmbH-Recht² I Rz 2/253 f; Koppensteiner, GmbHG² § 20 Rz 4.

¹⁷⁹ Vgl OGH 10. 5. 1984, GesRZ 1984, 217; dazu Hügel, Verschmelzung und Einbringung, 97.

¹⁸⁰ So Koppensteiner in FS Zöllner, 295.