



PRAXISLEITFADEN

DIE EUROPÄISCHE AKTIENGESELLSCHAFT (SE) ALS RECHTSFORMALTERNATIVE FÜR FAMILIENUNTERNEHMEN

EIN LEITFADEN

von
Arnd Becker
Paul Schreiner
Luther Rechtsanwalts-
gesellschaft mbH

Luther.



WITTENER INSTITUT FÜR
FAMILIENUNTERNEHMEN

UNIVERSITÄT
WITTEN/HERDECKE



IMPRESSUM

VERANTWORTLICH:

Wittener Institut für Familienunternehmen (WIFU)
Universität Witten/Herdecke
Prof. Dr. Tom A. Rösen
Prof. Dr. Marcel Hülsbeck
Alfred-Herrhausen-Straße 50
58448 Witten

Gestaltung: HÖHNE MEDIA GROUP

Foto: www.stock.adobe.com

Hinweis: Soweit personenbezogene Bezeichnungen in männlicher Form aufgeführt sind, beziehen sich diese auf alle Geschlechter in gleicher Weise.

ISSN (Print) 2626-3424

ISSN (Online) 2626-3432

INHALT

1. Einführung	5
2. Welche Parameter entscheiden über Wahl und Änderung der Rechtsform eines Familienunternehmens?	6
2.1 Rechtsformwahl-Kriterien im Allgemeinen	6
2.2 Besonderheiten bei Familienunternehmen	6
3. Tatsächliche Verbreitung von Unternehmensformen und -führung bei Familienunternehmen	11
4. Was ist die SE und wie unterscheidet sie sich von AG und GmbH?	12
4.1 Europäische Aktiengesellschaft	12
4.2 In EU-/EWR-Mitgliedsstaaten	12
4.3 Anwendbares Recht	13
4.4 Grundkapital	13
4.5 Leitungsstruktur	13
4.6 Arbeitnehmerbeteiligung in der SE	16
(1) Mitbestimmung nach deutschem Recht	16
(2) Mitbestimmung bei der SE	16
(3) Mitbestimmtes Organ bei der monistischen SE	17
(4) Betriebsrat bei der SE	17
5. Wege in die SE	18
5.1 Überblick über die Gründungsarten	18
5.2 Insbesondere: Verhandlung über Arbeitnehmerbeteiligung als Bestandteil des Gründungsvorgangs	19
5.3 Typischer Ablauf der Gründung einer SE bei Verschmelzung	19
5.4 Verwendung einer Vorrats-SE als „wirtschaftliche Neugründung“	21
(1) Zur Vorrats-SE im Allgemeinen	21
(2) Ablauf der Aktivierung der SE im Wege der „wirtschaftlichen Neugründung“	21
(3) Arbeitnehmerbeteiligung bei Gründung und Verwendung einer Vorrats-SE	22

6. Die Geeignetheit der SE in verschiedenen Ausprägungen und Gestaltungen für Familienunternehmen	23
6.1 Die SE als solche	23
(1) Der Charakter der SE als Aktiengesellschaft	23
(2) Die Einschränkungen bei der Gründung	23
(3) Die monistische SE	24
(4) Arbeitnehmerbeteiligung	25
6.2 Die SE & Co. KG	25
(1) Struktur: Unterschiede und Gemeinsamkeiten zur GmbH & Co. KG	25
(2) „Gründung“ einer SE & Co. KG	25
(3) Arbeitnehmerbeteiligung bei der SE & Co. KG	26
6.3 Die SE & Co. KGaA	26
7. Zusammenfassung: Die maßgeblichen Faktoren bei der Entscheidung für die SE als Rechtsform für Familienunternehmen	28
8. Literatur	29
Kontakt	30

1 | EINFÜHRUNG

Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) ist in Deutschland, jedenfalls im Vergleich zu allen anderen europäischen Staaten, ein Erfolg. Warum ist das so und wieso kann die SE gerade für Familienunternehmen von Interesse sein? Diese Fragen soll der vorliegende Leitfaden beantworten und konkret zeigen, in welchen Konstellationen die SE insbesondere eine Rechtsformalternative für Familienunternehmen sein kann und wie der Weg zur SE (auch im Rahmen einer KG- oder KGaA-Struktur) konkret zu gestalten ist.

Ausgangspunkt sind dabei allgemeine Überlegungen zu den maßgeblichen Kriterien der Rechtsformwahl bei Familienunternehmen (unter 1.), gefolgt von einer Übersicht über die tatsächliche aktuelle Verteilung von Rechtsformen unter Familienunternehmen (unter 2.) und der Darstellung der Charakteristika einer SE (unter 3.). Sodann werden unter 4. die Wege in die SE dargestellt, einschließlich der Möglichkeit des Erwerbs einer Vorrats-SE. Unter 5. wird abschließend gezeigt, dass und warum, aber auch mit welchen Einschränkungen, die SE die Anforderungen erfüllt, die insbesondere Familienunternehmen haben.



2 | WELCHE PARAMETER ENTSCHEIDEN ÜBER WAHL UND ÄNDERUNG DER RECHTSFORM EINES FAMILIENUNTERNEHMENS?

2.1 | RECHTSFORMWAHL-KRITERIEN IM ALLGEMEINEN

Die wenigsten mittelständischen und größeren Unternehmen sind in Form eines Einzelunternehmens („eingetragener Kaufmann“) organisiert. Nachfolgend werden daher nur Gesellschaftsformen thematisiert. Bei der Frage nach der passenden Rechtsform für ein Unternehmen spielen vielfältige Aspekte eine Rolle. Der in wirtschaftlicher Hinsicht bedeutsame Aspekt der Besteuerung des Unternehmens und/oder der Gesellschafter bzw. von Anteilsübertragungen wird in der folgenden Betrachtung außen vorgelassen, da insoweit vorwegzunehmen ist, dass die SE in steuerlicher Sicht keinem Sonderrecht unterliegt.

- ➔ **Unternehmensleitung:** Durch wen (nur durch Gesellschafter oder auch durch Dritte) wird das Unternehmen vertreten? Ist die Unternehmensleitung dabei an Weisungen gebunden oder nicht? Unterliegt die Unternehmensleitung der Kontrolle und Aufsicht eines anderen Gremiums?
- ➔ **Gesellschafterrechte und -pflichten:** Haben die Gesellschafter Weisungsbefugnisse, haben sie Informations- und Einsichtsrechte, können sie die Unternehmensleitung (ab-)berufen? Welche Mehrheiten sind für Beschlüsse erforderlich?
- ➔ **Flexibilität des Gesellschaftsvertrages:** Gilt „satzungsstreu“, dass alles, was nicht ausdrücklich erlaubt ist, verboten ist, oder ist es umgekehrt weitgehend den Gesellschaftern überlassen, die Verhältnisse des Unternehmens zu gestalten?
- ➔ **Übertragbarkeit von Anteilen:** Ist die Beteiligung am Unternehmen ohne Einschränkungen zu veräußern und/oder im Todesfall zu übertragen? Sind besondere Formvorschriften zu beachten?
- ➔ **Kapitalbeschaffung:** Für das Wachstum eines Unternehmens ist die hinreichende Kapitalausstattung lebensnotwendig. Eigenkapital kann dabei in einem kleinen, persönlich bekannten oder in einem großen, anonymen, „institutionalisierten“ Gesellschafterkreis oder auch über „Private

Equity“ beschafft werden; Fremdkapital kann in Form von Bank- oder Gesellschafterdarlehen oder auch Anleihen gewährt werden; Zwischenformen („Mezzanine“ Finanzierungsformen) sind möglich. Neben der grundsätzlichen Frage, ob eine Unternehmensform über die Börse Eigenkapital einsammeln kann und das konkrete Unternehmen kreditwürdig ist, kommt es für die Frage der Kapitalbeschaffung auch darauf an, ob die Rechtsform aus der Sicht von Anlegern oder Fremdkapitalgebern als solche vertrauenswürdig und berechenbar ist, etwa weil Unternehmensdaten und -dokumente öffentlich zugänglich sind oder von dritter Seite (notariell, von Wirtschaftsprüfern) überprüft sind. Genießt die Unternehmensrechtsform einen guten Ruf, national wie international?

- ➔ **Haftung:** Haften (alle) Gesellschafter unbeschränkt oder lässt sich die Haftung begrenzen?
- ➔ **Arbeitnehmerbeteiligung:** Sind Arbeitnehmer in betriebliche und/oder unternehmerische Entscheidungen einzubeziehen? Haben sie Informationsrechte, Kontroll- oder Entscheidungsbefugnisse? Gilt dies für Arbeitnehmer in Deutschland oder auch in anderen Ländern, in denen das Unternehmen aktiv ist? Sind Gewerkschaftsvertreter einzubeziehen? Können Mitwirkungsrechte von Arbeitnehmern vereinbart werden oder sind sie gesetzlich starr geregelt?

2.2 | BESONDERHEITEN BEI FAMILIENUNTERNEHMEN

Familienunternehmen sind charakterisiert bzw. definiert dadurch, dass sie über eine Generation hinaus (zumindest teilweise) von Mitgliedern einer Familie gehalten werden, also auf Nachfolgenerationen übergehen.

Die Rechtsformwahl sollte daher einen solchen Generationenübergang ermöglichen und erleichtern. Dabei ist es nicht damit getan, nur Anteile am Unternehmen zu übertragen. Zum einen wächst tendenziell die Zahl der Familienmitglieder und damit der

potenziellen Gesellschafter über die Generationen, zum anderen wird in der ersten Generation der Gründer typischerweise geschäftsführender Gesellschafter sein, während die einzelnen Rollen schon im Zuge seiner Nachfolge oft verteilt und ausdifferenziert werden. Die Wahl der Rechtsform kann – wenn auch sicherlich nur unvollkommen und in Verbindung mit weiteren Instrumenten – dazu beitragen, das komplexe Beziehungsgeflecht aus Familie, Eigentum am Unternehmen und Unternehmertätigkeit zum Wohle sowohl des Unternehmens als auch der Gesellschaft auszutarieren.

Dies kann sich in der Organisation der Unternehmensleitung („Corporate Governance“) niederschlagen, wenn es darum geht, eine Form zu finden, die das Vertretungsorgan der Aufsicht oder sogar Weisung durch Gesellschafter unterwirft (oder gerade nicht oder nur in bestimmtem Umfang). Typischerweise werden Fremdgeschäftsführer der weitgehenden Kontrolle durch die Gesellschafterfamilie unterworfen sein, Gesellschafter-Geschäftsführer nicht

oder weit weniger. Auch kann die Rechtsform dazu dienen, zwischen „bloßen“ Gesellschaftern und solchen mit Aufsichts- und solchen mit Leitungsfunktion zu unterscheiden, wobei die Gesellschaftsform möglichst flexibel sein und gleitende Übergänge zwischen verschiedenen Positionen ermöglichen sollte.

Des Weiteren muss die Übertragung von Beteiligungen auf einen qualifizierten Nachfolgerkreis, also Familienmitglieder mit bestimmter persönlicher und/oder fachlicher Qualifikation, möglich sein. Daher liegt bei Familienunternehmen der Schwerpunkt für die Rechtsformwahl, wenn nicht schon bei der Gründung, so doch im weiteren Zeitverlauf, auf der Frage, wie der Einfluss der Familie auf das Unternehmen gewahrt werden kann. Je nach Definition, der Größe und Zusammensetzung der Unternehmerfamilie ist einerseits dafür zu sorgen, dass der gewollte Übergang nicht problematisch ist oder gar scheitert, aber andererseits soll ein Übergang auf Familienfremde ausgeschlossen sein.

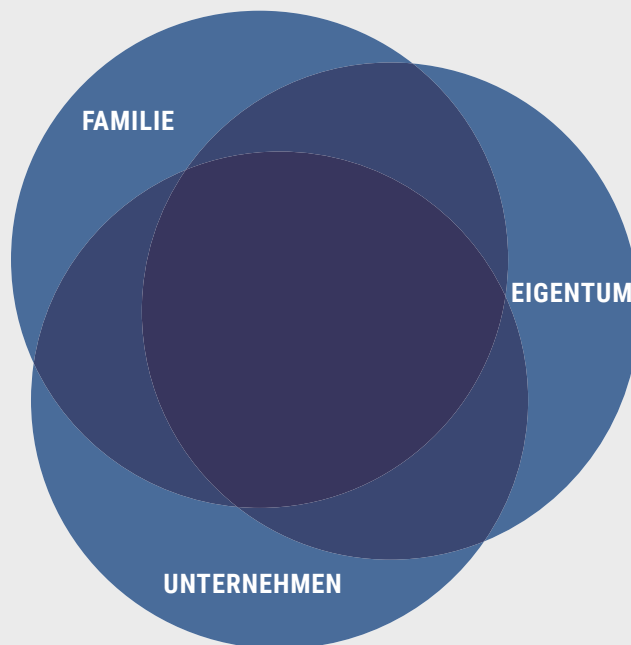


Abbildung 2: das Wittener Drei-Kreis-Modell.

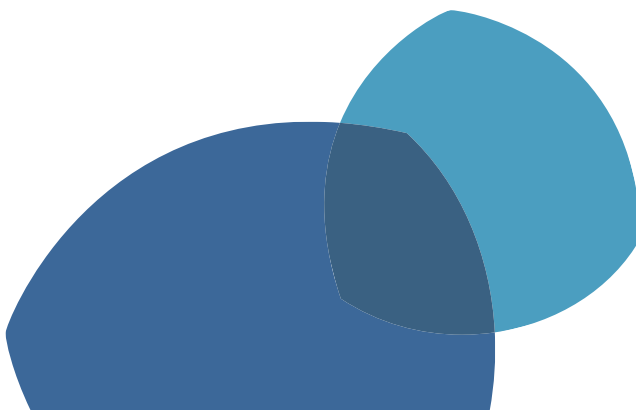
Beim Thema Kapitalbeschaffung ist aus Sicht von Familienunternehmen zwischen „Familienkapital“ und „Nicht-Familienkapital“ zu unterscheiden. Eine Eigenkapitalbeteiligung von familienfremden Gesellschaftern ist in diesem Sinne Fremdkapital. Mit der Aufnahme von familienfremdem Kapital sind Einfluss oder zumindest Informationsrechte Dritter verbunden. Die Rechtsform des Unternehmens sollte diese, aus Familiensicht unerwünschten, Effekte möglichst begrenzen. Hiermit steht der Aspekt der Haftung und Haftungsbegrenzung für (Familien-)Gesellschafter in Zusammenhang. Da der Gründer eines Unternehmens die fachlichen, branchentypischen Risiken noch überblickt (oder dies zumindest meint) und das Unternehmen zumindest in der ersten Zeit noch klein ist und nur einen oder wenige Gesellschafter hat, die oft untereinander gleichrangig auch Geschäftsführer sind, ist die Begrenzung der Haftung zunächst eher nachrangig. Im weiteren Verlauf, spätestens beim Generationenübergang, wird die Haftungsbegrenzung für die Gewinnung von Familiengesellschaftern (als „Familieneigenkapital“) ein relevanter Faktor sein. Die Nachfolger sind bei Eintritt in die Gesellschaft entweder noch minderjährig und damit besonders schutzbedürftig oder wollen als Erwachsene mit hervorragender Ausbildung den eigenen Lebensentwurf nicht dem Risiko unbegrenzter Haftung aussetzen, zumindest nicht als „Nur-Gesellschafter“.

Auch ist entscheidend, wie die Willensbildung in der Gesellschaft und unter den Familienmitgliedern beziehungsweise Gesellschaftern gestaltet werden kann. Hier wird die Wechselwirkung zwischen Familienmitgliedschaft und Gesellschafterstellung bedeutsam: Soll ein „Nur-Gesellschafter“ mit Minderheitsbeteiligung kraft Einstimmigkeitsprinzip Entscheidungen von geschäftsführenden Gesellschaftern blockieren können? Sollen „Stämme“ gebildet werden? Sollen qualifizierte Mehrheiten

gelten, die bei mehreren Stämmen erfordern, dass mindestens zwei miteinander stimmen? Da das Prinzip „Familie“, das auf Einigkeit statt Mehrheit und auf Emotion statt Mathematik aufbaut (beziehungsweise aufbauen sollte), dem Prinzip „Unternehmen“ entgegenstehen kann, sind in Familienunternehmen auch auf Ebene der rechtlichen Gestaltung oft Vorkehrungen getroffen worden, um konfrontative Entscheidungen zu vermeiden oder zumindest zu moderieren. Gesellschaftervereinbarungen und fakultative Organe, wie Beiräte oder Gesellschafterausschüsse, sind daher häufig anzutreffen. Es ist ratsam, dass die Rechtsform solchen Überlegungen gegenüber flexibel ist.

Arbeitnehmerbeteiligung ist für Familienunternehmen ein relevanter Faktor, aber oft nicht in den starren Mechanismen, die das deutsche Mitbestimmungsrecht vorsieht. In Familienunternehmen sind Inhaberschaft und unternehmerische Leitung und Verantwortung auch über Generationen mit zahlreichen Gesellschaftern hinweg kaum oder jedenfalls deutlich weniger entkoppelt als in Publikumsgesellschaften. Familienunternehmen sind tendenziell „paternalistisch“ geführt. Es mag daher überspitzt formuliert sein, aber doch nicht fernliegen, das Verhältnis gegenüber den Mitarbeitern als Eltern-Kind-Verhältnis zu charakterisieren: meist harmonische, von gegenseitigem Respekt und Verbundenheit und großem Verantwortungsgefühl der „Eltern“ geprägte Führung mit Mitspracherechten der „Kinder“, aber Entscheidungskompetenz auch gegen Widerspruch und ohne Aufsicht oder Kontrolle seitens der „Kinder“.

Nachfolgend werden typische deutsche Gesellschaftsformen in ihren Grundformen einander gegenübergestellt, um die Unterschiede und Gemeinsamkeiten in den für Familienunternehmen wesentlichen Aspekten herauszuarbeiten:



	KG	GmbH	AG
Flexibilität	Formfreier, nicht-öffentlicher Gesellschaftsvertrag; Registereintragung der Gesellschafter; weitgehende inhaltliche Flexibilität	Notarieller, beim Handelsregister einzureichender Gesellschaftsvertrag, einzureichende Gesellschafterliste; weitgehende inhaltliche Flexibilität	Notarielle, beim Handelsregister einzureichende Satzung; weitgehende „Satzungsstrenge“, was das Verhältnis der Organe zueinander und die Rechte und Pflichten angeht
Übertragbarkeit (unter Lebenden und von Todes wegen)	Formfreie Übertragbarkeit der Anteile, grds. mit Zustimmung aller Gesellschafter; Kommanditanteile von Todes wegen übertragbar; Einschränkungen, aber auch Erleichterungen vertraglich zu regeln	Übertragbarkeit der Anteile; notarielle Form; evtl. Einschränkung durch Satzung („Vinkulierung“ bzw. Einziehungs- oder Abtretungsklausel im Erbfall)	Formfreie Übertragbarkeit der Anteile; Vinkulierung bei Namensaktien möglich; Handelbarkeit an der Börse; freie Vererblichkeit
Geschäftsführung	Komplementär als „geborener“ Geschäftsführer; keine Weisungsrechte der Kommanditisten; Widerspruchsrecht nur bei außergewöhnlichen Geschäften	Dritter oder Gesellschafter als Geschäftsführer, weisungsabhängig von der Gesellschafterversammlung; grds. frei abberufbar; Aufsichtsrat außerhalb von Mitbestimmungsrecht fakultativ	Dritter oder Gesellschafter als Vorstand, weisungsunabhängig, abberufbar nur aus wichtigem Grund; unter der Aufsicht und Kontrolle durch obligatorischen Aufsichtsrat
Haftung des Gesellschafters	<i>Kommanditist:</i> Beschränkt auf Einlage <i>Komplementär:</i> Haftung auch mit Privatvermögen, allerdings Einsatz haftungsbeschränkter Gesellschaft zulässig	Haftung nur mit Einlage	Haftung nur mit Einlage
Willensbildung im Gesellschafterorgan	Grds. einstimmig, weitgehend abweichende Regelung im Gesellschaftsvertrag möglich	Grds. einfache Mehrheit, außer z. B. bei Satzungsänderungen	Grds. einfache Mehrheit, außer z. B. bei Satzungsänderungen
Mitbestimmung nach deutschem Recht	(-), es sei denn Komplementär ist GmbH, AG oder KGaA	Unterfällt Mitbestimmung	Unterfällt Mitbestimmung

Tabelle 1: Wesensmerkmale typischer Gesellschaftsformen.

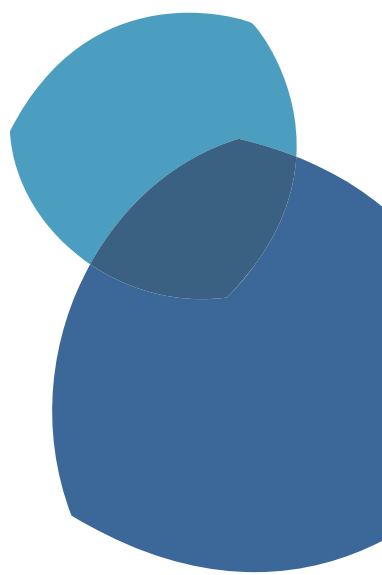
Die größere Flexibilität in der inneren Organisation bei KG und GmbH erklärt sich daraus, dass beide Gesellschaften typischerweise auf einen kleineren Gesellschafterkreis abstellen, insbesondere nicht börsenfähig sind, während AGs den Aktionären Schutz durch hohe Einheitlichkeit ihrer Strukturen (und natürlich durch ihre kapitalmarktrechtlichen Pflichten) bieten sollen. Denn anders als bei der GmbH haben die Aktionäre keinen unmittelbaren und erheblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft. Ihre oft einzige Reaktionsmöglichkeit ist die Veräußerung der Aktien. Die Besonderheit der KG wiederum liegt darin, dass sie zwischen den beiden Kategorien von Gesellschaftern im Grundsatz streng unterscheidet. Der Komplementär haftet voll mit seinem ganzen Vermögen; damit geht aber auch seine kaum eingeschränkte Kompetenz zur Leitung des Unternehmens einher. Die Kommanditisten sind eher mit Aktionären als GmbH-Gesellschaftern vergleichbar, was auch erklärt, dass es „Publikums-KGs“ gibt.

Diese Trennung rechtfertigt auch, warum das Mitbestimmungsrecht auf die „reine“ KG mit einer natürlichen Person als Vollhafter keine Anwendung findet: Wer mit seinem gesamten Vermögen haftet, soll das Unternehmen auch ohne Kontrolle lenken können beziehungsweise nur mit Einfluss der übrigen Eigentümer, also der Kommanditisten. Bei GmbH und AG hingegen ist hinzunehmen, dass Arbeitnehmer über den Aufsichtsrat Einfluss nehmen können, weil die Interessen von nur beschränkt haftenden Eigentümern dem nicht entgegenstehen. Auf die Voraussetzungen und Inhalte des Mitbestimmungsrechts wird im weiteren Verlauf dieses Leitfadens noch näher eingegangen.

Nimmt man noch Mischformen wie die GmbH & Co. KG oder die KGaA (siehe auch Kapitel 5) hinzu, ergibt sich eine breite Palette von Unternehmensformen, die den einen oder den anderen Aspekt, der für Familienunternehmen von Interesse ist, stärker betonen oder verwirklichen. Nachfolgend wird in Kapitel 3 gezeigt, auf welche Rechtsformen sich Familienunternehmen tatsächlich fokussieren, bevor der Frage nachgegangen wird, was die SE eigentlich ist und inwieweit sie sich von altbekannten Rechtsformen unterscheidet (oder auch nicht), wie sie gegründet und verwendet werden kann und wie gut beziehungsweise unter welchen Voraussetzungen sie sich als Rechtsform anbietet.

Zu der Frage der Änderung von Rechtsformen für Familienunternehmen sei noch auf folgenden Aspekt hingewiesen, der auch für die Eignung der SE als Alternative von Bedeutung ist: Die Rechtsform eines Familienunternehmens ist auch Teil der Tradition. Jede Änderung einer einmal gewählten Rechtsform bedarf daher einer erheblichen Rechtfertigung, insbesondere wenn es sich um neue oder ausländische Rechtsformen handelt. Familienunternehmen gehen nicht mit einer Mode und sie scheuen administrativen Aufwand, der auch aus seltenen und beratungsintensiven Rechtsformen folgen kann. Dabei ist allerdings zu bemerken, dass die GmbH & Co. KG, trotz ihrer recht komplexen Mischform, schon lange bei Familienunternehmen anerkannt ist, und dass gerade im Zuge von Generationenübergängen Gelegenheit besteht, auch die Rechtsform des Unternehmens neu zu bedenken. Die Internationalisierung nicht nur des Geschäfts, sondern auch der Inhaber und Geschäftsleiter, wirkt sich auch und gerade bei Familienunternehmen aus.

3 | TATSÄCHLICHE VERBREITUNG VON UNTERNEHMENSFORMEN UND -FÜHRUNG BEI FAMILIENUNTERNEHMEN



Das typische deutsche Mehrgenerationen-Familienunternehmen im Bereich des verarbeitenden Gewerbes ist nach einer Studie des Wittener Instituts für Familienunternehmen (WIFU) aus dem Jahr 2010 eine inhabergeführte GmbH & Co. KG (55,6 %).¹

Diese Mischform aus KG und GmbH vereint einige gerade für Familienunternehmen bedeutsame Vorteile. Die GmbH & Co. KG ist zwar eine KG, in welcher es sowohl einen persönlich haftenden Gesellschafter – den Komplementär – als auch einen nur mit seiner Einlage haftenden gibt – den Kommanditisten. Der Komplementär ist hier allerdings eine „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ (auf ihr, in der Regel auf das Mindeststammkapital begrenztes, Vermögen). Neben der Haftungsbeschränkung weist eine GmbH, also eine „juristische Person“ als Komplementär, auch den Vorteil auf, potenziell „unsterblich“ und auch frei von Krankheit, Alter und Unfällen zu sein. Diese Risiken bestehen nur bei den GmbH-Geschäftsführern, bei denen schon durch die Bestellung mehrerer Geschäftsführer Vorsorge getroffen werden kann. Dies ermöglicht bzw. erleichtert in mehrfacher Hinsicht den Generationenübergang im Vergleich zu einer „reinen KG“, bei der ein Komplementär aus der nächsten Generation immer auch persönlich haften müsste, während er als Gesellschafter der GmbH und/oder Kommanditist der KG nur begrenzt haftet, aber dennoch (Mit-)Geschäftsführer der GmbH und damit der KG sein kann. Wie oben ausgeführt, erhöht das die Bereitschaft der nächsten Generation zum Eintritt in das Familienunternehmen.

Da der Komplementär einer KG nur selbst Geschäftsführer sein kann und darf, ist auch insoweit die Verwendung der GmbH ein Zuwachs an Flexibilität, weil die GmbH zwar selbst Komplementär ist, aber ihrerseits auch Fremdgeschäftsführer haben kann. Mehrgenerationen-Familienunternehmen in Deutschland sind zwar in jedem zweiten Fall inhabergeführt, 30 % weisen aber eine Mischgeschäftsführung zwischen Inhabern und Nicht-Inhabern auf.

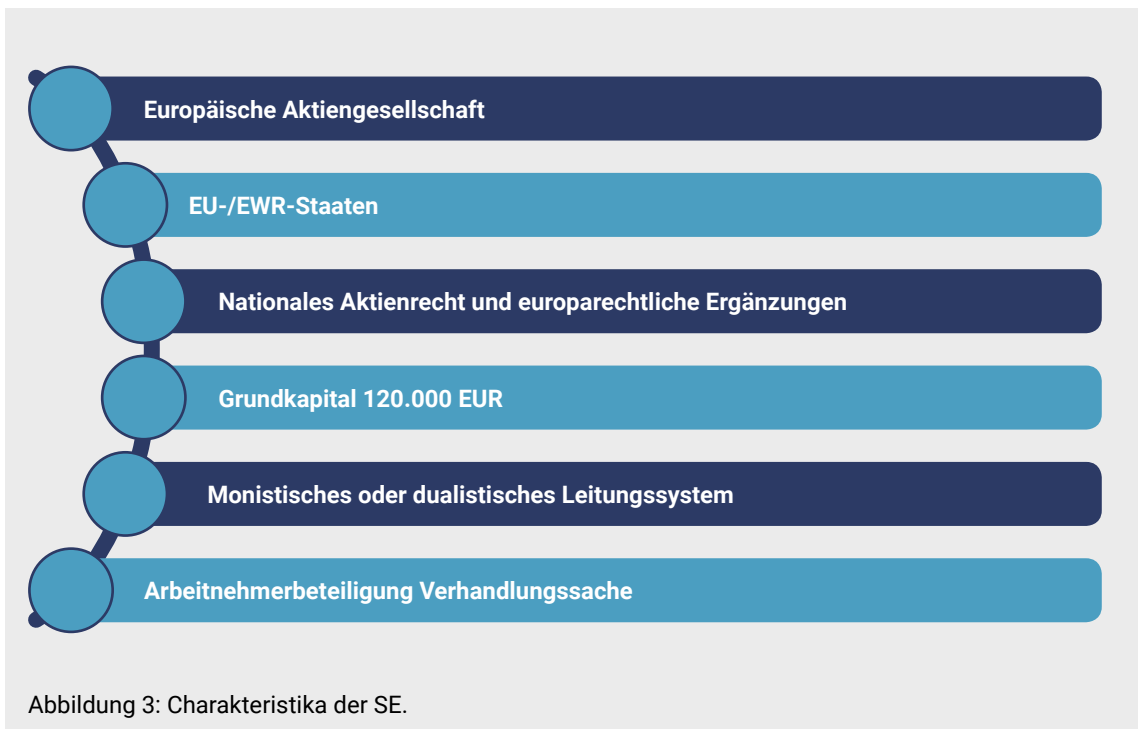
Da es sich bei KG und GmbH um die im Vergleich zur AG flexiblen Gesellschaftsformen handelt, bietet die GmbH & Co. KG viele Möglichkeiten, die Rollenverteilung zwischen Gesellschaftern, Geschäftsführern und Gesellschafter-Geschäftsführern zu regeln.

Beirat bzw. Aufsichtsrat sind gesellschaftsrechtlich mögliche, aber nicht zwingende Organe. Der Einfluss der GmbH-Gesellschafter, die oft identisch mit den Kommanditisten sind, auf die Geschäftsführung der GmbH ist über das umfassende Weisungsrecht gegeben, wobei ein Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer im Wesentlichen weisungsfrei ist, während ein Minderheitsgesellschafter oder Fremdgeschäftsführer deutlich abhängiger ist. Eine GmbH & Co. KG kann sich mit der Aufnahme familienfremder Kommanditisten leichter tun, solange die GmbH und damit die Leitungsmacht im Unternehmen im Allein- oder Mehrheitsbesitz der Familie bleiben. Hinzu kommt, dass der Wechsel oder Beitritt nur auf der Ebene der Kommanditisten – anders als bei der GmbH – kostengünstig und einfach ist, da er nicht notariell beurkundet, sondern nur zum Handelsregister anzumelden ist.

Die typische GmbH & Co. KG unterfällt zwar der Mitbestimmung, aber anders als die GmbH oder AG nur dem Mitbestimmungsgesetz, also ab 2.000 Mitarbeitern, und nicht dem Drittelbeteiligungsgesetz, also nicht bereits ab 500 Mitarbeitern. Weitere 25 % der Mehrgenerationen-Familienunternehmen sind GmbHs. Auf die reine KG und auf die AG entfallen nur etwa 7 %. Während steuerliche Unterschiede wohl im Wesentlichen die Verteilung zwischen GmbH & Co. KGs und GmbHs begründen, dürften die oben ausgeführten gesellschaftsrechtlichen Unterschiede für die eher zurückhaltende Verwendung der anderen Rechtsformen durchaus relevant sein.

¹ Wittener Institut für Familienunternehmen (WIFU), Studie zu Managementstrukturen in älteren deutschen Familienunternehmen des verarbeitenden Gewerbes, Mai 2010.

4 | WAS IST DIE SE UND WIE UNTERSCHIEDET SIE SICH VON AG UND GMBH?



4.1 | EUROPÄISCHE AKTIENGESELLSCHAFT

Die Abkürzung „SE“ steht für den lateinischen Begriff „Societas Europaea“. Diese sogenannte Europäische Aktiengesellschaft ist, wie auch die deutsche AG, eine börsenfähige Aktiengesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit und einem in Aktien zerlegten Grundkapital, bei der die Gesellschafter (Aktionäre) nur in Höhe ihrer Anteile haften.

Nach der ersten Idee für eine Europäische Gesellschaft aus dem Jahre 1959 wurde 1970 der erste Kommissionsvorschlag vorgelegt, aber erst 2001 eine entsprechende Verordnung auf europäischer Ebene verabschiedet, die schließlich am 08.10.2004 in Kraft trat.

4.2 | IN EU-/EWR-MITGLIEDSSTAATEN

Eine SE kann in jedem Mitgliedsstaat der Europäischen Union und des Europäischen Wirtschaftsraums (Island, Liechtenstein, Norwegen)

gegründet werden und ihren Sitz haben. Zum 01.07.2015² gab es europaweit 2.399 SEs, von denen 346 normale, das heißt operativ tätige Gesellschaften waren. Von diesen hatten wiederum 170, also ziemlich genau die Hälfte, ihren Sitz in Deutschland. Nur 96 dieser SEs waren zuvor bereits eine Aktiengesellschaft.

Der Sitz der SE liegt im selben Staat wie ihre Hauptverwaltung, kann aber innerhalb der Europäischen Union/des Europäischen Wirtschaftsraums nach der Gründung in einen anderen Mitgliedsstaat verlegt werden. Da allerdings auf eine SE, wie gesehen, das nationale Aktienrecht in weitem Umfang Anwendung findet (dazu sogleich), führt die Sitzverlegung zwar zum Fortbestand des Unternehmens als unveränderter Inhaber aller Rechte und Pflichten, aber es ändert sich das anwendbare Recht. Aus einer deutschen SE würde beispielsweise eine französische SE. Ein vergleichbares Resultat kann inzwischen auch mit einer grenzüberschreitenden Verschmelzung erreicht werden, so dass ein Alleinstellungsmerkmal der SE zwischenzeitlich entfallen ist. Zur Unterscheidung von nationalen Rechtsformen muss das Unternehmen den Rechtsformzusatz „SE“ voran- oder nachstellen.

² http://www.boeckler.de/pdf/pb_mitbestimmung_se_2015_07.pdf, zuletzt abgerufen am 12.01.2016.

4.3 | ANWENDBARES RECHT

Das auf die SE anwendbare Recht ergibt sich aus einem Stufenverhältnis: Vorrangig ist das europäische Recht anwendbar (SE-Verordnung für das Gesellschaftsrecht, SE-Richtlinie für das Arbeitsrecht), sodann das jeweilige nationale Umsetzungs- bzw. Konkretisierungsrecht (in Deutschland das SE-Ausführungsgesetz (SEAG) für das Gesellschaftsrecht, das SE-Beteiligungsgesetz (SEBG) für das Arbeitsrecht), schließlich das jeweilige nationale Aktienrecht (in Deutschland das Aktiengesetz) und das für Aktiengesellschaften geltende Recht (z. B. das Umwandlungsgesetz oder Kapitalmarktrecht sowie das Steuerrecht) und das allgemeine nationale Recht (insbesondere HGB, BGB). Faktisch läuft dieser Regelungsmechanismus aber darauf hinaus, dass außerhalb der Sondervorschriften zur Gründung einer SE, also für „das tägliche Leben“, im Wesentlichen deutsches Aktienrecht gilt, wenn die SE ihren Sitz in Deutschland hat. Hiervon wird in diesem Leitfaden ausgegangen.

4.4 | GRUNDKAPITAL

Das Grundkapital der SE muss mindestens 120.000 Euro betragen (bei der deutschen AG beträgt das Grundkapital mindestens 50.000 Euro, das Mindeststammkapital der GmbH 25.000 Euro).

4.5 | LEITUNGSSTRUKTUR

Ein fortbestehendes Alleinstellungsmerkmal der SE – jedenfalls im Vergleich zum deutschen Recht – ist die Wahlmöglichkeit bei der Struktur der Unternehmensleitung: Die Führung einer deutschen AG ist zwingend dualistisch aufgebaut. Sie hat einen Vorstand und einen Aufsichtsrat. Der Vorstand handelt dabei eigenverantwortlich, ist also weder Weisungen des Aufsichtsrats noch der Hauptversammlung unterworfen. Diese Struktur ist das genaue Gegenteil zu der einer (nicht mitbestimmten) GmbH. In ihrer dualistischen Ausprägung entspricht die SE der deutschen AG. Zwingende, unabänderliche Unterschiede zur AG ergeben sich kaum. Während bei der AG etwa die Amtszeit des Vorstands vom Aufsichtsrat bestimmt wird und dabei maximal

fünf Jahre betragen darf, muss die Amtszeit des Vorstands der dualistischen SE in der Satzung festgeschrieben sein und darf maximal sechs Jahre dauern. Auch kann bei der SE im Gegensatz zur AG die Wiederwahl von Vorstandsmitgliedern durch die Satzung ausgeschlossen werden.

Demgegenüber bietet die SE alternativ auch die Möglichkeit einer „monistischen“ Führungsstruktur. Dies bedeutet, dass Unternehmensleitung (sonst Aufgabe des Vorstands) und Aufsicht bzw. Kontrolle (sonst Funktion des Aufsichtsrats) in einem Organ zusammenfallen. Dieses heißt bei der SE **Verwaltungsrat**. Zwischen beiden Strukturen kann sowohl bei Gründung als auch später im Wege einer Satzungsänderung gewählt werden.

Der Verwaltungsrat wird von der Hauptversammlung gewählt und hat grundsätzlich drei Mitglieder. Sofern das Grundkapital der Gesellschaft weniger als drei Millionen Euro beträgt, kann die Satzung auch bestimmen, dass der Verwaltungsrat aus nur einer oder zwei Personen besteht. Außerdem ist eine Höchstzahl von Mitgliedern von 9, 15 bzw. 21, gestaffelt nach der Höhe des Grundkapitals bestimmt. Der Verwaltungsrat tritt regelmäßig zusammen, mindestens aber alle drei Monate.

Er bestellt die **geschäftsführenden Direktoren**. Diese sind zuständig für das laufende Geschäft, ähnlich der Geschäftsführung einer GmbH. Wie diese – und anders als der Vorstand einer AG – sind die geschäftsführenden Direktoren an die Weisungen des Verwaltungsrats gebunden. Sie können außerdem jederzeit vom Verwaltungsrat, auch ohne wichtigen Grund, abberufen werden.

Die geschäftsführenden Direktoren sind das Vertretungsorgan der SE, die diese gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Ihre Bestellung wird im Handelsregister eingetragen.

Grundsätzlich sind mehrere geschäftsführende Direktoren nur zur Gesamtvertretung befugt. Die Satzung kann aber auch die Einzelvertretungsbefugnis bestimmen.

Der Verwaltungsrat hat ihre Tätigkeit zu kontrollieren und zu überwachen. Hierfür muss er sich die Informationen selbst beschaffen, weswegen ihm auch ein uneingeschränktes Einsichts- und Prüfungsrecht in Geschäftsunterlagen der Gesellschaft zusteht.

Die geschäftsführenden Direktoren haben dem Verwaltungsrat gegenüber eine Berichtspflicht, etwa über den Gang der Geschäfte, Umsätze und die Lage der Gesellschaft, wie es auch das Aktienrecht für den Vorstand gegenüber dem Aufsichtsrat vorsieht. Die Pflicht zum Bericht über die beabsichtigte Geschäftspolitik und sonstige Fragen der Unternehmensplanung sind im Fall der monistischen SE reine Vorbereitungs- und Beratungspflichten. Denn im Gegensatz zur Aktiengesellschaft beziehungsweise zur dualistischen SE haben die geschäftsführenden Direktoren diese Bereiche nicht selbst zu bestimmen, sondern diese sind als strategische Unternehmensleitung stattdessen Aufgabe des Verwaltungsrats. Es ist schließlich auch Aufgabe des Verwaltungsrats, den Aktionären in der Hauptversammlung Auskunft über die Geschäfte zu erteilen.

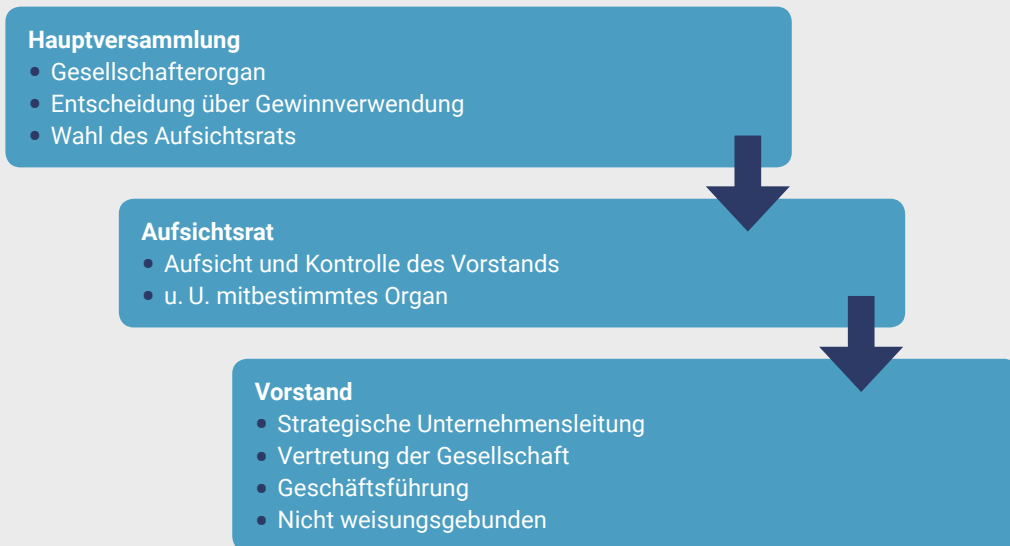
Der Verwaltungsrat ist den geschäftsführenden Direktoren somit organisatorisch übergeordnet. Der deutsche Gesetzgeber hat das „monistische“ System

zwar nur halbherzig umgesetzt und letztlich doch zwei Organe geschaffen, dabei aber der europarechtlichen Vorgabe entsprochen, dass das maßgebliche Organ der Verwaltungsrat ist.

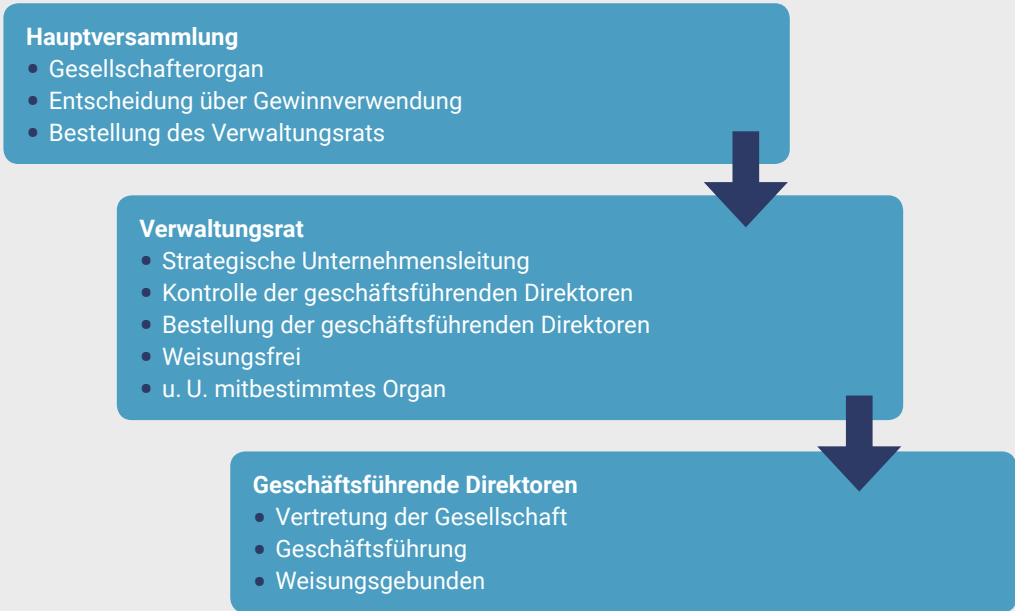
Zwischen den beiden Organen kann auch teilweise Personenidentität bestehen. Allerdings darf nur eine Minderheit des Verwaltungsrats gleichzeitig Teil der geschäftsführenden Direktoren sein. Besteht also der Verwaltungsrat aus drei Mitgliedern, so darf maximal eines von ihnen gleichzeitig geschäftsführender Direktor sein.

Die nachfolgende Grafik zeigt diese interne Struktur und die Position der monistischen SE zwischen der AG einerseits und der GmbH andererseits. Wesentlicher Unterschied zwischen auch der monistischen SE und der GmbH bleibt der geringere Einfluss der Aktionäre, die gegenüber dem Vorstand bzw. dem Verwaltungsrat kein Weisungsrecht haben.

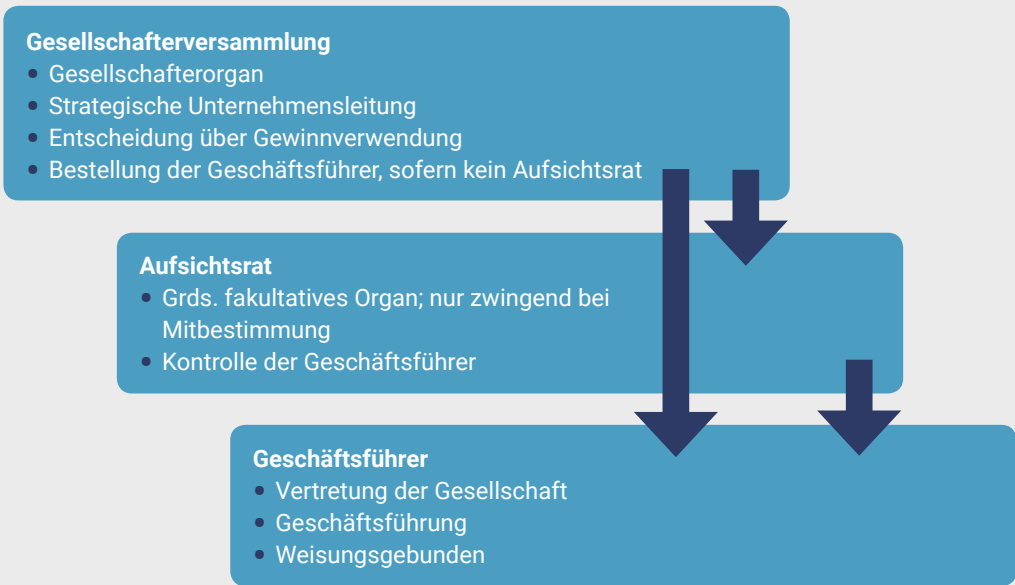
AKTIENGESELLSCHAFT



MONISTISCHE SE



GMBH



4.6 | ARBEITNEHMERBETEILIGUNG IN DER SE

Ein wesentlicher Unterschied der SE zu AG und GmbH liegt darin, dass die SE nicht dem deutschen Mitbestimmungsrecht unterliegt.

(1) MITBESTIMMUNG NACH DEUTSCHEM RECHT

In Deutschland bestehen verschiedene Gesetze, die die Beteiligung von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat zwingend vorsehen. Diese Vorschriften werden unter dem Oberbegriff Unternehmensmitbestimmung zusammengefasst und sind von der betrieblichen Mitbestimmung zu unterscheiden, die die Rechte des Betriebsrats als Mitarbeitervertretung eines Betriebes betrifft. Die größte Bedeutung unter diesen haben das Mitbestimmungsgesetz und das Drittelbeteiligungsgesetz.

Diese sehen jeweils einen Katalog von Gesellschaftsformen vor, für die sie anwendbar sind. Das Drittelbeteiligungsgesetz findet auf die AG, GmbH und KGaA (sowie Versicherungsvereine und Genossenschaften) Anwendung. Das Mitbestimmungsgesetz findet (neben den hier nicht interessierenden Genossenschaften) auf die AG, GmbH, KGaA und auf die GmbH & Co. KG (wenn – wie es regelmäßig der Fall ist – die Mehrheitsgesellschafter der KG zugleich mehrheitlich die GmbH halten) Anwendung.

Beide Gesetze setzen jeweils eine Mindestzahl von Arbeitnehmern für ihre Anwendbarkeit voraus. Für das Drittelbeteiligungsgesetz sind dies 500, für das Mitbestimmungsgesetz 2.000 Arbeitnehmer. Werden diese Schwellenwerte überschritten, so ist ein Aufsichtsrat zu errichten und es besteht die Verpflichtung, Arbeitnehmervertreter in diesen aufzunehmen. Abhängig von der Zahl der Arbeitnehmer im Unternehmen hat der Aufsichtsrat einer paritätisch mitbestimmten AG insgesamt 12, 16 oder 20 Mitglieder.

Im Anwendungsbereich des Drittelbeteiligungsgesetzes muss mindestens ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder aus Arbeitnehmervertretern bestehen, im Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes die Hälfte der Mitglieder.

(2) MITBESTIMMUNG BEI DER SE

Die SE als Rechtsform wird in Deutschland von keinem die Unternehmensmitbestimmung betreffenden Gesetz erfasst, auch das SEBG sieht aus sich heraus keine zwingende Mitbestimmung von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat vor. Das SEBG stellt die Vereinbarung von konkreten Mitbestimmungsregelungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgeber in den Vordergrund. Auf diese Weise ist es möglich, die Mitbestimmungsform den Bedürfnissen aller Verhandlungsparteien anzupassen und auch den übrigen rechtlichen Rahmenbedingungen in allen beteiligten nationalen Rechtsordnungen Rechnung zu tragen. So ist es insbesondere möglich, Verfahrensvorschriften für die Wahlen auch in solchen Rechtsordnungen vorzusehen, die selbst keine Regelungen für derartige Vorgänge beinhalten. Ebenfalls kann neben den Mitbestimmungsregelungen auch die Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder verhandelt werden.

Um abzusichern, dass die Verhandlungen zwischen der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerseite zu einem Ergebnis führen, das den Interessen aller Beteiligten Rechnung trägt, sind Regelungen für das Scheitern der Verhandlungen definiert. Diese sehen vor, dass bei einem Scheitern der Verhandlungen diejenigen Regelungen Anwendung finden, die im nationalen Recht der Gesellschaften bei entsprechender Mitarbeiteranzahl einschlägig sind, die sogenannte Auffanglösung. Im Falle der Gründung durch Umwandlung gelten dieselben Regeln wie bei der Ausgangsgesellschaft weiter; im Falle der Verschmelzung diejenigen Regeln, die auf die meisten Arbeitnehmer anwendbar waren. Für eine SE unter Beteiligung deutscher mitbestimmungspflichtiger Gesellschaften mit mehr als 500 bzw. mehr als 2.000 Arbeitnehmern führt dies dazu, dass im Ergebnis das Drittelbeteiligungsgesetz bzw. die paritätische Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz als Auffang-Recht für die SE gelten. Zwar kann bei SE-Gründung anders als durch Umwandlung, also insbesondere bei Verschmelzung, das Mitbestimmungsniveau der Auffanglösung durch Vereinbarung mit dem BVG unterschritten werden. In der Praxis besteht regelmäßig (mit Ausnahme über Vereinbarung zur Größe des Aufsichtsrats) keine Bereitschaft der Arbeitnehmer hierzu.

Haben entweder die Parteien eine Vereinbarung über die Mitbestimmung geschlossen oder scheitern die Verhandlungen und die Auffanglösung findet Anwendung, so bleibt dieses Ergebnis erhalten, selbst wenn sich die Mitarbeiteranzahl anschließend durch organisches Wachstum erhöht. Insoweit wird die Unternehmensmitbestimmung also bei Umwandlung in eine SE eingefroren. Bei der Übernahme anderer Unternehmen im Wege der Verschmelzung oder bei anderen umwandlungsrechtlichen Vorgängen ist zu beachten, dass diese teilweise als gründungsähnlich angesehen werden, mit der Folge, dass wegen sogenannter struktureller Änderung der SE das Mitarbeiterbeteiligungsverfahren erneut durchzuführen ist.

Zur Bestimmung des gegebenenfalls anzuwendenden Gesetzes ist es von erheblicher Bedeutung, welche Arbeitnehmer im Rahmen der Berechnung der Schwellenwerte zu berücksichtigen sind. Sowohl das Mitbestimmungsgesetz als auch das Drittelbeteiligungsgesetz verweisen insoweit auf das Betriebsverfassungsgesetz. Zur Ermittlung der Schwellenwerte kommt es daher in erster Linie auf inländische Arbeitnehmer des Unternehmens an. Hinsichtlich zweier weiterer Mitarbeitergruppen wird derzeit diskutiert, ob auch diese bei den Schwellenwerten zu berücksichtigen sind:

- ➔ **Leiharbeiter:** Nach tradierter Rechtsprechung sind Leiharbeitnehmer im Entleiherunternehmen für die Frage der Überschreitung von Schwellenwerten nicht zu berücksichtigen. Eine neuere Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts geht demgegenüber für solche Leiharbeiter, die auf Stammarbeitsplätzen eingesetzt werden, davon aus, dass diese bei der Ermittlung der für das Wahlverfahren einschlägigen Schwellenwerte (hier 8.000 Mitarbeiter) zu berücksichtigen sind. Weiterhin wird derzeit eine Novellierung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes diskutiert, der Gesetzesentwurf sieht eine umfassende Verpflichtung zum Mitzählen der Leiharbeitnehmer bei allen Schwellenwerten vor, also auch bei den Mitbestimmungsgesetzen.
- ➔ Einige Gerichte gehen davon aus, dass die Nichtberücksichtigung von Arbeitnehmern in ausländischen Betrieben eines deutschen Unternehmens

möglicherweise europarechtswidrig ist, zur Entscheidung dieser Frage wurde der Europäische Gerichtshof angerufen. Aus der von diesem vorzunehmenden Auslegung könnte sich ergeben, dass Arbeitnehmer ausländischer Betriebe zukünftig mitzuzählen sind.

Hat ein Unternehmen eine oder mehrere Tochtergesellschaften, so können auch deren Arbeitnehmer mitzuzählen sein, sofern die „Konzern“-Voraussetzungen des § 5 MitbestG bzw. des § 2 DrittelbG vorliegen.

Diese Regelungen der deutschen Mitbestimmung sind nur im Falle der Auffanglösung auch für die SE verbindlich, im Übrigen können die Parteien sich frei auf ein andersartiges Mitbestimmungsverfahren einigen, also etwa auch eine Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat von 40 % vereinbaren.

(3) MITBESTIMMTES ORGAN BEI DER MONISTISCHEN SE

Für die monistisch organisierte SE ist zu beachten, dass, sofern eine Mitbestimmung zwingend ist oder im Wege der Vereinbarungslösung ausgehandelt wurde, das mitbestimmte Organ nicht wie bei der klassischen AG das Kontrollorgan Aufsichtsrat, sondern der Verwaltungsrat, also das Geschäftsleitungsorgan ist. Somit sind auch kaum mitbestimmte SEs monistisch strukturiert, sondern eher mitbestimmungsfreie SEs.

(4) BETRIEBSRAT BEI DER SE

Neben der Unternehmensmitbestimmung existiert auch für die SE eine Form der – nach deutschem Verständnis – betrieblichen Mitbestimmung. Auch insoweit ist im Grundsatz eine Vereinbarung zu treffen, die im Wesentlichen die Zusammensetzung und die Befugnisse des Betriebsrats regelt. Kommt es nicht zu einer derartigen Vereinbarung, so findet ähnlich wie bei der Unternehmensmitbestimmung eine Auffanglösung Anwendung. Der wesentliche Unterschied zum Betriebsrat des BetrVG liegt letztlich darin, dass der SE-Betriebsrat nur Informations- und Anhörungsrechte, nicht aber echte Mitbestimmungsrechte hat. Insoweit ist er eher mit dem Wirtschaftsausschuss des BetrVG vergleichbar.

5 | WEGE IN DIE SE

Die Arten der Gründung einer SE sind grundsätzlich abschließend von der europäischen SE-Verordnung vorgegeben. Danach kann die Europäische Gesellschaft auf vier verschiedene Arten errichtet werden: durch Umwandlung, Fusion, Gründung einer Holding-SE oder Gründung einer Tochter-SE. Zusätzlich gibt es noch die Möglichkeit der Sekundärgründung, also der Gründung einer SE durch eine andere SE.

Die Bar-Neugründung einer Gesellschaft direkt als SE und die Gründung durch natürliche Personen sind bei der SE nicht möglich. Sie kann also nur aus einer oder mehreren bestehenden Gesellschaften heraus gegründet werden. Eine Gründung ist außerdem nur möglich bei grenzüberschreitendem Charakter.

5.1 | ÜBERBLICK ÜBER DIE GRÜNDUNGSARTEN

- ➔ **Umwandlung:** Eine bestehende Aktiengesellschaft eines Mitgliedstaates kann in eine SE umgewandelt werden. Voraussetzung ist, dass diese AG seit mindestens zwei Jahren eine Tochtergesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat unterhält. Eine bloße Zweigniederlassung wie bei der Gründung einer Holding- oder Tochter-SE genügt nicht. Die Umwandlung ist auf den ersten Blick die am besten geeignete Gründungsart, da nur eine Gesellschaft am Gründungsvorgang teilnimmt.
- ➔ **Fusion:** Die Gründung durch Verschmelzung, auch Fusion genannt, ist nur für Aktiengesellschaften möglich. Dabei kann zum einen eine AG als Ganzes in eine andere aufgenommen werden, wodurch die Aufnehmende zur SE wird und die aufgenommene AG nicht weiter existiert, oder es kann durch Verschmelzung beider AGs eine neue Gesellschaft als SE gegründet werden. Um dabei „grenzüberschreitenden Charakter“ aufzuweisen, müssen wenigstens zwei der an der Fusion beteiligten AGs unterschiedliche EU-/EWR-Herkunftsstaaten aufweisen.
- ➔ **Holding-SE:** Die Gründung einer Holding-SE steht Aktiengesellschaften wie auch GmbHs offen. Wenigstens zwei Gesellschaften mit unterschiedlichen Herkunftsstaaten gründen eine Mutter-

gesellschaft, die SE, und werden selbst zu deren Tochtergesellschaften. Die Gesellschafter der Gründungsunternehmen tauschen ihre Anteile gegen die Anteile an der Muttergesellschaft aus, welche dann die Anteile an den Töchtern hält. Für die Voraussetzung des grenzüberschreitenden Charakters müssen wenigstens zwei der Gründungsgesellschaften ihren Sitz in unterschiedlichen Herkunftsstaaten oder seit mindestens zwei Jahren jeweils eine Tochtergesellschaft oder Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat haben.

- ➔ **Tochter-SE:** Diese Form der Gründung steht allen Gesellschaftsformen offen, wie etwa auch Genossenschaften, Stiftungen oder Idealvereinen, sofern nur wieder ein grenzüberschreitender Bezug vorliegt, der dem der Gründung der Holding-SE entspricht. Zwei oder mehr Gesellschaften können eine Tochter-SE gründen. Das heißt, wie bei der Holding-SE, dass die Ausgangsunternehmen in ihrer jeweiligen Rechtsform bestehen bleiben. Es wird zwar ein Unternehmensgegenstand (teilweise) in die SE verlagert, aber die Gesellschaften als solche werden nicht selbst zur SE. Die Tochter-SE stellt mithin insoweit keinen „Weg in die SE“ dar.
- ➔ **Sekundärgründung:** Schließlich ist auch die Gründung einer SE durch eine bereits bestehende SE möglich. Hierfür ist kein Mehrstaatenbezug nötig. Auch die Sekundärgründung ist kein „Weg in die SE“, da sie eine bestehende SE voraussetzt.

5.2 | INSBESONDERE: VERHANDLUNG ÜBER ARBEITNEHMERBETEILIGUNG ALS BESTANDTEIL DES GRÜNDUNGSVORGANGS

Nach Bekanntgabe des Plans, das Unternehmen in eine SE umzuwandeln, eine Verschmelzung zu einer SE vorzunehmen oder auf andere Weise eine SE zu gründen, werden Verhandlungen mit den Arbeitnehmern eingeleitet. Hierzu wird von den Arbeitnehmern durch Wahlen ein „besonderes Verhandlungsgremium“, das sogenannte BVG, gebildet. In diesem ist wenigstens ein Arbeitnehmer aus jedem der Länder, in welchem die beteiligten

Gesellschaften Mitarbeiter haben, vertreten. In der Regel beginnen mit Einsetzung des BVG die Verhandlungen mit der Unternehmensleitung, die bis zu sechs Monate, bei einvernehmlichem Beschluss der Parteien aber auch bis zu einem Jahr dauern können. Sofern beide Seiten zu ernsthaften Verhandlungen bereit sind, können diese in der Praxis oft deutlich schneller abgeschlossen werden. Bei guter Vorbereitung kann schon in einer eintägigen Verhandlung das Ergebnis gefunden und vereinbart werden. Die Verhandlungen können nahezu frei geführt werden, Vorgaben hinsichtlich Verhandlungsführung oder der zu treffenden Vereinbarung gibt es kaum. Bei der Umwandlung einer Gesellschaft in eine SE ist aber das bei Umwandlung bestehende Beteiligungsniveau zu halten.

Das BVG kann auch beschließen, keine Verhandlungen aufzunehmen oder diese abubrechen. In diesem Fall bleibt die SE dann mitbestimmungsfrei. Lediglich die nationalen Vorschriften zur Anhörung und Unterrichtung von Arbeitnehmern finden dann Anwendung. Nicht zulässig ist ein Abbruch oder die Nichtaufnahme von Verhandlungen bei der Gründung einer SE durch Umwandlung, sofern für diese Gesellschaft schon Mitbestimmungsrechte zur Anwendung kommen.

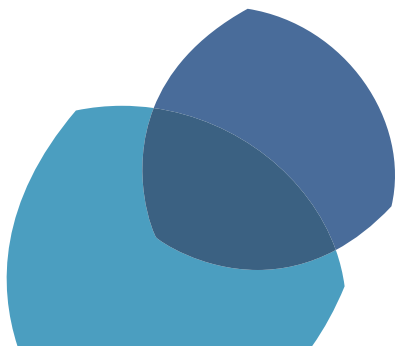
Wie schon oben dargestellt, kommt es zur sogenannten Auffanglösung, wenn die Parteien innerhalb der sechs Monate keine Verhandlungslösung erzielen. Hierbei sind bei der Umwandlung einer Gesellschaft in eine SE die bisherigen Regelungen über die Mitbestimmung auch im Rahmen der SE beizubehalten. Wird eine SE durch Verschmelzung gegründet, durch Gründung einer Holding oder Tochter-SE, wird im Rahmen der Auffanglösung die Anzahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bzw. im Verwaltungsrat nach dem höchsten Anteil der Arbeitnehmervertreter in den Organen der beteiligten Gesellschaften vor Eintragung der SE bemessen. Die Parteien können sich im Übrigen auch direkt auf diese Regelungen einigen, ohne hierfür sechs Monate ohne Ergebnis verhandeln zu müssen.

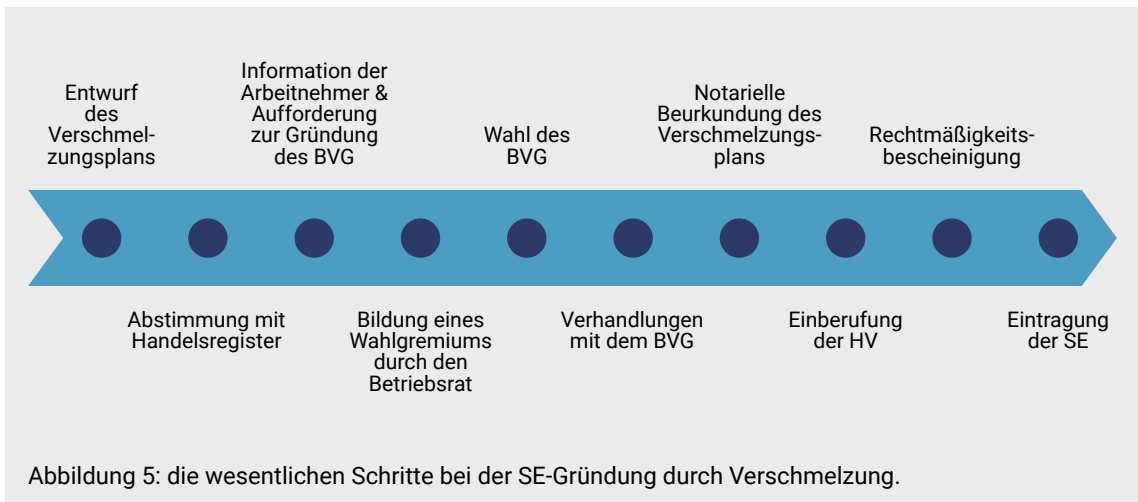
5.3 | TYPISCHER ABLAUF DER GRÜNDUNG EINER SE BEI VERSCHMELZUNG

Wie später noch gezeigt wird, sprechen mehrere Gründe für die SE-Gründung durch Verschmelzung anstelle der Umwandlungs-Gründung. Daher wird nachfolgend der Beispielfall einer Gründung durch Verschmelzung dargestellt, durch welche die aufnehmende deutsche Aktiengesellschaft eine SE mit Sitz in Deutschland werden soll:

Am Anfang der Gründung einer SE durch Verschmelzung steht der Entwurf eines Verschmelzungsplans. Dieser im Deutschen als „Verschmelzungsvertrag“ bezeichnete Plan muss neben der Firma und dem Sitz der verschmelzenden Gesellschaften sowie der geplanten SE Angaben zu etwaigen Sondervorteilen bzw. besonderen Vorteilen, Angaben zu den relevanten Stichtagen als auch die zukünftige Satzung der SE enthalten. Somit muss an diesem Punkt auch schon die Entscheidung für eine dualistische oder monistische Struktur gefallen sein. (Diese kann nach Gründung wieder geändert werden, siehe oben.) Der Verschmelzungsplan muss für die beteiligten Gesellschaften identisch sein. Dies bedeutet in der Regel Übersetzungsaufwand. Der Verschmelzungsplan muss auch Angaben zum Verfahren über die Arbeitnehmerbeteiligung enthalten, die aber in der Wiedergabe der gesetzlichen Vorgaben bestehen können und jedenfalls im Entwurfsstadium vor Durchführung des konkreten Verfahrens noch so abstrakt sein müssen. Des Weiteren muss der Verschmelzungsplan bzw. die ihm beizufügende Satzung der SE die Bestellung des „ersten Aufsichtsrats“ enthalten bzw. die des Verwaltungsrats, wenn die SE eine monistische sein soll. Auch diese Angabe kann im Entwurfsstadium nur abstrakt erfolgen, da die etwaige Mitbestimmung ja das Ergebnis der noch durchzuführenden Verhandlungen ist.

Der Entwurf des Verschmelzungsplans ist zunächst mit den zuständigen Handelsregistern in den betroffenen Ländern abzustimmen (so dass auch deswegen identische Fassungen in den jeweiligen Landessprachen vorliegen müssen), bei diesen einzureichen und auf diesem Wege bekannt zu machen.





Anschließend müssen die Arbeitnehmer der Gesellschaften informiert und aufgefordert werden, das BVG zu gründen. Die Arbeitnehmer(-vertreter) bilden ein Wahlgremium, welches wiederum die Vertreter des BVG durch geheime Wahl bestimmt. In der ausländischen Gesellschaft werden die Vertreter des BVG nach dem dort geltenden Recht gewählt.

Schließlich können die Verhandlungen mit dem BVG über die Beteiligung der Arbeitnehmer beginnen. An deren Ende steht dann gewöhnlich eine Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer, die schriftlich festgehalten wird.

Der Verschmelzungsplan wird dann notariell beurkundet. Dabei ist zu beachten, dass nach dem jeweiligen nationalen Recht zu prüfen ist, ob eine gemeinsame Beurkundung in nur einem Staat ausreicht. Die Beurkundung muss bei deutscher Beteiligung mindestens auch durch einen deutschen Notar beurkundet werden. Die Hauptversammlungen aller beteiligten Gesellschaften müssen ebenfalls in notarieller Form einberufen werden, um dem Verschmelzungsplan inkl. der Satzung der neuen Gesellschaft und der getroffenen Beteiligungsvereinbarung zuzustimmen. Im Sonderfall der Verschmelzung einer Tochter-AG auf ihre Mutter-AG können des Weiteren Erleichterungen bestehen (wenn sie das nationale Recht der beteiligten Staaten vorsieht – wie das deutsche Umwandlungsgesetz): So kann auf den Verschmelzungsbericht des Vorstands der beteiligten Gesellschaften, auf die Verschmelzungsprüfung

und den Bericht hierzu verzichtet werden und es sind keine Angaben zum Umtauschverhältnis von Aktien gemäß Unternehmensbewertung zu machen, da keine Aktien gewährt werden, weil die „Mutter“ ja schon zuvor alle Anteile an der „Tochter“ hält. Im Anschluss an die Hauptversammlungen kann der Aufsichtsrat bzw. der Verwaltungsrat zusammentreten, um sich zu konstituieren und den Vorstand bzw. die geschäftsführenden Direktoren zu bestellen.

Schließlich müssen die Rechtmäßigkeitsbescheinigungen der beiden zuständigen Register eingeholt werden (und zwar auch – obwohl es als unnötiges „Hin und Her“ erscheinen mag – beim Register der aufnehmenden Gesellschaft, bei dem diese Bescheinigung sodann wieder einzureichen ist). Dann kann der Antrag auf Eintragung der SE an ihrem künftigen Sitz erfolgen, gefolgt von der Löschung der verschmolzenen ausländischen AG im dortigen Register. Mit der Eintragung als SE ändert sich bei der aufnehmenden Gesellschaft deren Handelsregisternummer. Da sich ohnehin die Firma ändert und damit die Briefköpfe etc., ist auch die geänderte Registernummer dabei zu berücksichtigen.

In zeitlicher Hinsicht ist mit einem Aufwand von mindestens acht Monaten zu rechnen, und zwar auch dann, wenn die Verhandlungen mit dem BVG in kurzer Zeit, beispielsweise in einem einzigen Termin, abgeschlossen werden können. Die Erstellung und Abstimmung der Dokumente unter Einbeziehung der Vorstände und der Gesellschafter, der

gegebenenfalls erforderlichen Wirtschaftsprüfer, von Anwälten und Notaren, die Korrespondenz mit den Registern und deren Tätigkeiten sowie allein die Schritte zur Gründung des BVG brauchen Zeit.

5.4 | VERWENDUNG EINER VORRATS-SE ALS „WIRTSCHAFTLICHE NEUGRÜNDUNG“

(1) ZUR VORRATS-SE IM ALLGEMEINEN

Fast die Hälfte der SE-Gründungen in Deutschland erfolgt durch sogenannte Vorratsgesellschaften. Zwar ist in der Literatur die Gründung und Verwendung von Vorrats-SE nicht völlig unumstritten. In der Praxis ist sie jedoch anerkannt und ihre Gründung, aber auch ihre Verwendung grundsätzlich unproblematisch, wobei Einzelfragen weiterhin offen sind und sich insoweit nur die Verfolgung des „sichersten Weges“ anbietet.

Eine von einem darauf spezialisierten Anbieter „auf Vorrat“ gegründete Gesellschaft ist zunächst nicht operativ tätig. Ihr Unternehmensgegenstand sieht bei Gründung nur die Verwaltung des eigenen Vermögens vor. Die Vorrats-SE hat keine Arbeitnehmer. Ihre Organe (Vorstand und Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat und geschäftsführende Direktoren) werden zunächst durch den Anbieter gestellt.

Möchte eine bestehende, operativ tätige Gesellschaft sich zur SE wandeln, so kann sie bzw. ihre Gesellschafter (seien dies Gesellschaften, seien es natürliche Personen) eine solche Vorrats-SE durch Übernahme aller Anteile erwerben, anschließend die Gesellschaft auf diese schon existente SE verschmelzen, wodurch die operative Gesellschaft Teil dieser SE und somit selbst zur SE wird. Der Erwerb einer Vorrats-SE ist für Unternehmen eine besonders schnelle Alternative der SE-Gründung, bei welcher das relativ aufwändige Gründungsverfahren bereits erfolgt ist. Für die Verschmelzung ist kein grenzüberschreitender Charakter notwendig und ebenso wenig muss die verschmelzende Gesellschaft eine bestimmte Rechtsform aufweisen.

Eine deutsche Gesellschaft kann also mit einer „deutschen“ SE nach den Vorschriften des deutschen Umwandlungsgesetzes verschmelzen. Die Vorrats-SE steht damit ohne die oben geschilderten Einschränkungen allen Gesellschaftern und allen Gesellschaften zur Verfügung. Insbesondere für eine deutsche GmbH oder KG und/oder für Gesellschaften ohne eigene EU-/EWR-Tochtergesellschaften stellt dies daher eine sehr gute Möglichkeit der „Gründung“ einer SE dar.

(2) ABLAUF DER AKTIVIERUNG DER SE IM WEGE DER „WIRTSCHAFTLICHEN NEUGRÜNDUNG“

Im ersten Schritt wird die SE als solche, also alle Anteile an ihr, erworben. Dies erfolgt privatschriftlich. Der Kaufpreis dafür wird in der Regel ca. 10 % über dem eingezahlten Mindestgrundkapital von 120.000 EUR liegen. Um die weitere Nutzung zu beschleunigen, wird der Anbieter bei Vorliegen des bindenden Vertragsangebots des Erwerbers und nach Eingang des Kaufpreises, aber vor Gegenzeichnung des Anteilskaufvertrages, die Organe austauschen, also Aufsichtsrat und Vorstand bzw. Verwaltungsrat und geschäftsführende Direktoren mit vom Erwerber genannten Personen besetzen.

Diese können dann sofort nach Anteilserwerb die SE „aktivieren“. Dazu werden die neuen Gesellschafter eine Hauptversammlung zur umfassenden Satzungsänderung abhalten (Firma, Sitz, Unternehmensgegenstand, ggfs. Grundkapitalerhöhung, Vorschriften zur inneren Organisation der SE, die weitgehend denen der bisherigen operativen Gesellschaft entsprechen werden) und diese dann als „wirtschaftliche Neugründung“ beim Handelsregister anmelden. Dazu sind umfangreiche Dokumente vorzulegen, da diese Aktivierung der eigentlichen Neugründung entsprechen muss.

Insbesondere ist ausdrücklich anzumelden, dass es sich um eine „wirtschaftliche Neugründung“ handelt und das Grundkapital in voller Höhe eingezahlt ist und unverändert zur freien Verfügung steht. Zeitgleich oder danach wird dann die operative Gesellschaft auf die SE verschmolzen. Insoweit weist das Verfahren keine Besonderheiten gegenüber der Verwendung einer Vorrats-AG oder -GmbH auf.

Da die Eintragung der Neubesetzung der Organe im Handelsregister keine Wirksamkeitsvoraussetzung ist und die Satzungsänderungen für das Bestehen der SE, ihre Haftungsbegrenzung und ihre Handlungsfähigkeit irrelevant sind, kann der gesamte Vorgang unabhängig von der Schnelligkeit der beteiligten Handelsregister umgesetzt werden, je nach Verfügbarkeit der beteiligten Personen binnen einer Woche. Dabei stellt die Satzungsänderung der SE den komplexesten Aspekt dar, weil jeweils zu prüfen ist, ob und inwieweit sich bisherige Bestandteile des Gesellschaftsvertrages der operativen Gesellschaft auf eine SE übertragen lassen.

(3) ARBEITNEHMERBETEILIGUNG BEI GRÜNDUNG UND VERWENDUNG EINER VORRATS-SE

Zur Gründung einer SE ist eigentlich das Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren durchzuführen. Für die Bildung des notwendigen BVG muss die Gesellschaft aber wenigstens zehn Arbeitnehmer haben; dies ist bei der Gründung einer reinen Vorratsgesellschaft in der Regel aber nicht der Fall. Damit durch den Weg über die Vorrats-SE die erforderliche Arbeitnehmerbeteiligung nicht umgangen wird, muss diese Verhandlung mit dem „BVG“ bei der wirtschaftlichen Neugründung aufgrund der Verschmelzung und der dann folgenden Aufnahme der operativen Tätigkeit nachgeholt werden. Allerdings besteht nach herrschender Auffassung diese Pflicht zur Nachverhandlung nur, wenn die SE überhaupt Arbeitnehmer hat oder in absehbarer Zeit haben soll, wobei es wohl wegen der Mindestgröße des zu bildenden Verhandlungsgremiums mindestens zehn Arbeitnehmer sein müssen.

6 | DIE GEEIGNETHEIT DER SE IN VERSCHIEDENEN AUSPRÄGUNGEN UND GESTALTUNGEN FÜR FAMILIENUNTERNEHMEN

6.1 | DIE SE ALS SOLCHE

(1) DER CHARAKTER DER SE ALS AKTIENGESELLSCHAFT

Die SE ist eine durch europäisches Recht geprägte Sonderform der Aktiengesellschaft. Als solche gelten für sie aber wesentliche Prinzipien der deutschen AG, wenn sie ihren Sitz in Deutschland hat. Letzteres wird bei Familienunternehmen in der Regel der Fall sein. Eine Verlegung des Sitzes (bei der SE notwendigerweise ein einheitlicher Satzungs- und der Verwaltungssitz) der Gesellschaft ins Ausland kommt häufig nicht in Betracht, weil lokale und regionale Verbundenheit zum Kern des Selbstverständnisses gehört. Zudem sind die Auswirkungen in steuerlicher und auch mitbestimmungsrechtlicher Hinsicht im Einzelfall zu prüfen, so dass etwaigen Vorteilen einer Verlegung ins Ausland auch Nachteile gegenüberstehen können.

Ein wesentlicher Charakterzug einer Aktiengesellschaft ist der geringe Einfluss der Gesellschafter. Die Aktionäre einer AG können nur über die Hauptversammlung und deren (geringe) Kompetenzen Einfluss auf die Unternehmensleitung nehmen. Nur ausnahmsweise unterliegen Geschäfte der Zustimmung der Hauptversammlung, „ungeschriebene“ Zuständigkeiten der Hauptversammlung werden nur sehr restriktiv bejaht. Insbesondere hat die Hauptversammlung keinen unmittelbaren Einfluss auf die Unternehmensleitung. Sie wählt den Aufsichtsrat, der wiederum den Vorstand bestellt, ohne hierbei oder in sonstiger Hinsicht an Weisungen der Hauptversammlung gebunden zu sein. Die Hauptversammlung kann also nur mittelbar, im Wege der Zusammensetzung des Aufsichtsrats, Einfluss nehmen. Der Vorstand wiederum ist auch gegenüber dem Aufsichtsrat weisungsfrei und nur bei einem Katalog von einzelnen Geschäften zustimmungsbedürftig. Allerdings kann auch bei einer AG der Haupt- bzw. Alleingesellschafter (einziger) Vorstand sein oder Mitglied im Aufsichtsrat; allerdings auch bei der SE nicht beides in

Personalunion (zur monistischen SE siehe unten). Dadurch kann der Gesellschaftereinfluss durchaus variieren. Der Unterschied zur GmbH (oder auch GmbH & Co. KG) mit der starken Position der GmbH-Gesellschafter kann auch bei einer Familiengesellschaft durchaus gewollt sein. Insbesondere wenn über Generationen hinweg die Zahl der „Nur-Gesellschafter“ steigt, kann eine schwächere Stellung solcher Gesellschafter sogar sinnvoll sein.

Die Kapitalmarktfähigkeit der SE ist ein Vorteil gegenüber einer GmbH oder KG. Eine „deutsche“ SE dürfte insoweit auch keinen Nachteil gegenüber einer AG haben, was ihre Akzeptanz am Markt angeht. So firmieren heute im DAX etwa die Allianz, BASF, E.ON, SAP und Vonovia als SE, also anerkannte Unternehmen aus verschiedensten Branchen. Insbesondere im Vergleich zu ausländischen Rechtsformen wie einer „Ltd.“ genießt die SE einen sehr guten Ruf. Im internationalen Geschäft kann die SE auch gegenüber der recht sperrigen „GmbH & Co. KG“ einen Vorteil haben; es wird insoweit allerdings häufig eher auf das Unternehmen als solches als auf die Rechtsform ankommen.

Weiteres Merkmal einer SE ist die „Satzungsstrenge“. Es gilt vereinfacht gesagt der Satz „Es ist alles verboten, was nicht ausdrücklich erlaubt ist“. Daher kann insbesondere in die gesetzliche Kompetenzverteilung der einzelnen Organe nicht durch Gesellschaftsvertrag eingegriffen werden, weder indem solche Kompetenzen zwischen den Organen verlagert werden noch indem weitere Organe, wie zum Beispiel ein Beirat, mit solchen Kompetenzen ausgestattet werden. Dies stellt gegenüber der GmbH oder KG, an deren Flexibilität Familienunternehmen gewöhnt sind und die ihnen eine Anpassung an Veränderungen über die Generationen hinweg erlauben, eine Einschränkung dar.

Die formfreie Übertragung von Aktien mag gegenüber der GmbH (& Co. KG) ein Vorteil sein, dem allerdings der Nachteil der nicht völligen Vinkulierbarkeit von Aktien gegenübersteht.

(2) DIE EINSCHRÄNKUNGEN BEI DER GRÜNDUNG

- ➔ **Katalog der Gründungsarten:** Die Gründung einer SE durch Umwandlung oder Verschmelzung steht nicht allen Gesellschaftsformen, sondern nur Aktiengesellschaften zur Verfügung. Die weiteren Gründungsarten sind für den „Weg in die SE“ für Familienunternehmen nicht praktikabel. Eine Bar-Gründung ist nicht vorgesehen. Indes steht der Weg über den Erwerb einer Vorrats-SE den deutschen Handelsgesellschaftsformen offen, da diese auf eine SE verschmolzen werden können. In der Praxis stellt die Gründung daher kein Problem dar.
- ➔ **Grenzüberschreitender Charakter:** Gleiches gilt im Ergebnis auch für den von der SE-Verordnung geforderten grenzüberschreitenden Charakter: Bei einer Verschmelzung zur SE kann die operative deutsche AG gegebenenfalls auch erst kurz vorher in eine AG formgewechselt worden sein, so dass über diesen Zwischenschritt (der allerdings mitbestimmungsrechtliche und steuerliche Nebenwirkungen haben kann) grundsätzlich jede deutsche Gesellschaftsform an einer Verschmelzung zur SE teilnehmen kann. Außerdem muss auch die ausländische Tochtergesellschaft bei einer Verschmelzung nicht schon seit zwei Jahren bestehen, wie dies andere Gründungsarten, insbesondere die Umwandlung, voraussetzen. Daher kann beispielsweise eine als Vorrats-AG kurz zuvor erworbene Tochtergesellschaft auf die deutsche AG verschmolzen werden, wodurch diese zur SE wird. Letztlich ist auch hier wieder die Verwendung der Vorrats-SE der einfachste Weg: Während bei der Gründung der Vorrats-SE im rechtlichen Sinne dieser grenzüberschreitende Bezug gegeben ist (in der Regel handelt es sich um die Tochter-SE einer deutschen und einer ausländischen Gesellschaft), ist er bei der wirtschaftlichen Neugründung und bei der Verschmelzung der deutschen operativen Gesellschaft auf die SE nicht erforderlich.
- ➔ **120.000 Euro Grundkapital:** Der Betrag von 120.000 Euro dürfte keinen Hinderungsgrund für die Verwendung einer SE darstellen. Zum einen

ist der Betrag Ausweis von Solidität, zum anderen weisen gerade Familienunternehmen hohe Eigenkapitalquoten (auch beim Eigenkapital im engeren Sinne) auf. Zum dritten handelt es sich auch bei der SE nicht um eine in bar zu erhaltende Summe, sondern um eine Bilanzgröße, die wertmäßig erreicht sein muss.

(3) DIE MONISTISCHE SE

Gedacht war die SE in erster Linie für große, multi-nationale Konzerne, für die durch die europäische Rechtsform grenzüberschreitende Transaktionen erleichtert werden sollten. Allerdings bilden den weit-aus größten Teil der deutschen, operativ tätigen SEs kleine und mittlere Unternehmen. Weniger als 50 % der SEs waren zuvor Aktiengesellschaften. Zirka die Hälfte der in Deutschland aktiven SEs weisen das monistische System auf. Es ist zwar nicht bekannt, liegt aber nahe, dass beides miteinander zusammenhängt, also Gesellschaften, die zuvor nicht als AG strukturiert waren, beim Wechsel in die SE das monistische System wählen.

Denn dieses System mit der starken Position des Verwaltungsrats bietet sich für Familienunternehmen an. Über den Verwaltungsrat kann eine Unternehmerfamilie, ohne selbst die alltägliche Geschäftsleitung zu übernehmen, dennoch direkten Einfluss auf die Führung des Unternehmens nehmen. Darüber hinaus kann über (teilweise) Personenidentität zwischen Verwaltungsrat und geschäftsführenden Direktoren einzelnen Personen eine besonders herausgehobene Position verschafft werden. Diese Person, oft der Haupt-gesellschafter, kann beispielsweise zugleich Vorsitzender des Verwaltungsrats (mit Stichentscheid) und der geschäftsführenden Direktoren sein. Ihr kann Einzelvertretungsmacht erteilt werden und es kann geregelt werden, dass sie nur aus wichtigem Grund als geschäftsführender Direktor abberufbar sein soll. Zwischen dieser extrem starken Position und der vergleichsweise schwachen Position als „bloßem“ Verwaltungsratsmitglied oder geschäftsführendem Direktor gibt es mehrere Abstufungen. Diese bieten Familienunternehmen sowohl im Generationenübergang als auch bei gemischter Eigen- und Fremdgeschäftsführung viel Flexibilität.

Die Vorteile einer AG, insbesondere die Kapitalmarktfähigkeit und die gegebenenfalls gewollte schwache Position von Nur-Gesellschaftern, können hier in erheblichem Maße mit der Organisation ähnlich einer GmbH verbunden werden.

(4) ARBEITNEHMERBETEILIGUNG

Wie oben bereits dargestellt, ist die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsorgan einer SE in erster Linie von einer entsprechenden Vereinbarung abhängig. Kommt es nicht zu einer solchen Vereinbarung, so verbleibt es bei der bestehenden Unternehmensmitbestimmung. Bei bestehender Mitbestimmungsfreiheit führt also auch der Wechsel in eine SE nicht dazu, dass das Unternehmen zukünftig mitbestimmt ist. Bei bestehender drittelparitätischer Arbeitnehmerbeteiligung bleibt diese erhalten, Gleiches gilt für die paritätische Mitbestimmung nach dem MitbestG, wenn nicht im Wege einer Vereinbarung ein niedrigeres Niveau der Mitbestimmung vereinbart wird. Dies ist allerdings bei der Gründung durch Umwandlung unzulässig und bei den übrigen Gründungsarten bedarf es zu einer solchen Vereinbarung über eine geringere Mitbestimmung einer qualifizierten Mehrheit im Besonderen Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer. Eine solche Absenkung des Mitbestimmungsniveaus ist daher unwahrscheinlich. Hingegen ist das „Einfrieren“ bestehender Mitbestimmungsfreiheit bzw. bestehender Drittelparität realistisch. Zudem kann bei Unternehmen, die nach dem Mitbestimmungsgesetz einen größeren Aufsichtsrat (mit bis zu 20 Mitgliedern) aufweisen müssten, eine Absenkung der Gesamtzahl erreicht werden, solange die Arbeitnehmer anteilig weiterhin paritätisch vertreten sind.

6.2 | DIE SE & CO. KG

(1) STRUKTUR: UNTERSCHIEDE UND GEMEINSAMKEITEN ZUR GMBH & CO. KG

Eine weitere Einsatzmöglichkeit einer SE in einem Familienunternehmen besteht darin, die SE anstelle einer GmbH als Komplementärin einer KG einzusetzen. Für die KG gilt dann das gleiche wie

schon bei der GmbH & Co. KG: Die Geschäftsführung obliegt der SE als Komplementärin, die Haftung ist somit auch für die persönlich haftende Gesellschafterin begrenzt, nämlich auf das Vermögen der Kapitalgesellschaft SE. Zudem ist auch eine mittelbare Fremdgeschäftsführung möglich, während dies für eine KG eigentlich untersagt ist, denn die SE kann auch Nicht-Gesellschafter als Vorstände bzw. geschäftsführende Direktoren und Verwaltungsräte bestimmen, die letztlich auch die KG leiten.

Für die SE selbst gelten die obigen Ausführungen zur monistischen oder dualistischen Struktur und zur „Satzungsstrenge“. Auch bleibt zu beachten, dass die Aktionäre der Komplementär-SE im Vergleich zur GmbH kaum Einfluss haben.

Die Kapitalmarktfähigkeit der SE spielt in dieser Konstellation naturgemäß keine Rolle bzw. nur insoweit, als eine spätere „Anwachsung“ der KG auf ihre Komplementärgesellschaft in Betracht kommt, die als SE dann an die Börse gehen kann.

Die SE & Co. KG bietet sich daher für Familienunternehmen nur an, wenn sie mit der KG als der „Betriebsgesellschaft“ als Personengesellschaft organisiert bleiben wollen (etwa aus steuerlichen Gründen), aber eine haftungsbegrenzte juristische Person als Komplementär wollen und die GmbH oder AG ungeeignet sind. Die SE wird dabei oft monistisch organisiert sein, um nahe an der GmbH zu bleiben. Wesentliches Argument für die Verwendung einer SE wird in diesen Fällen die Mitbestimmung sein, worauf unten gesondert eingegangen wird.

(2) „GRÜNDUNG“ EINER SE & CO. KG

Ausgangspunkt für eine SE & Co. KG wird oft eine GmbH & Co. KG sein, da diese die vorherrschende Gesellschaftsform bei Familienunternehmen ist. Gesellschaftsrechtlich stellt sich die „Gründung“ der SE & Co. KG als Wechsel des Komplementärs dar. Die SE tritt also der KG als neuer Komplementär bei und die bisherige Komplementär-GmbH tritt aus. Dazu bedarf es des entsprechenden Vertrages (zur Änderung des KG-Gesellschaftsvertrages) zwischen allen Gesellschaftern und der (deklaratorischen) Anmeldung zum Handelsregister.

Voraussetzung dafür ist mithin zunächst die Gründung bzw. der Erwerb der so zu verwendenden SE. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Insbesondere hier ist der Erwerb einer Vorrats-SE schon aus Gründen der Zeitersparnis geboten, zumal die nachfolgende Besonderheit hinsichtlich der Verhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung gilt.

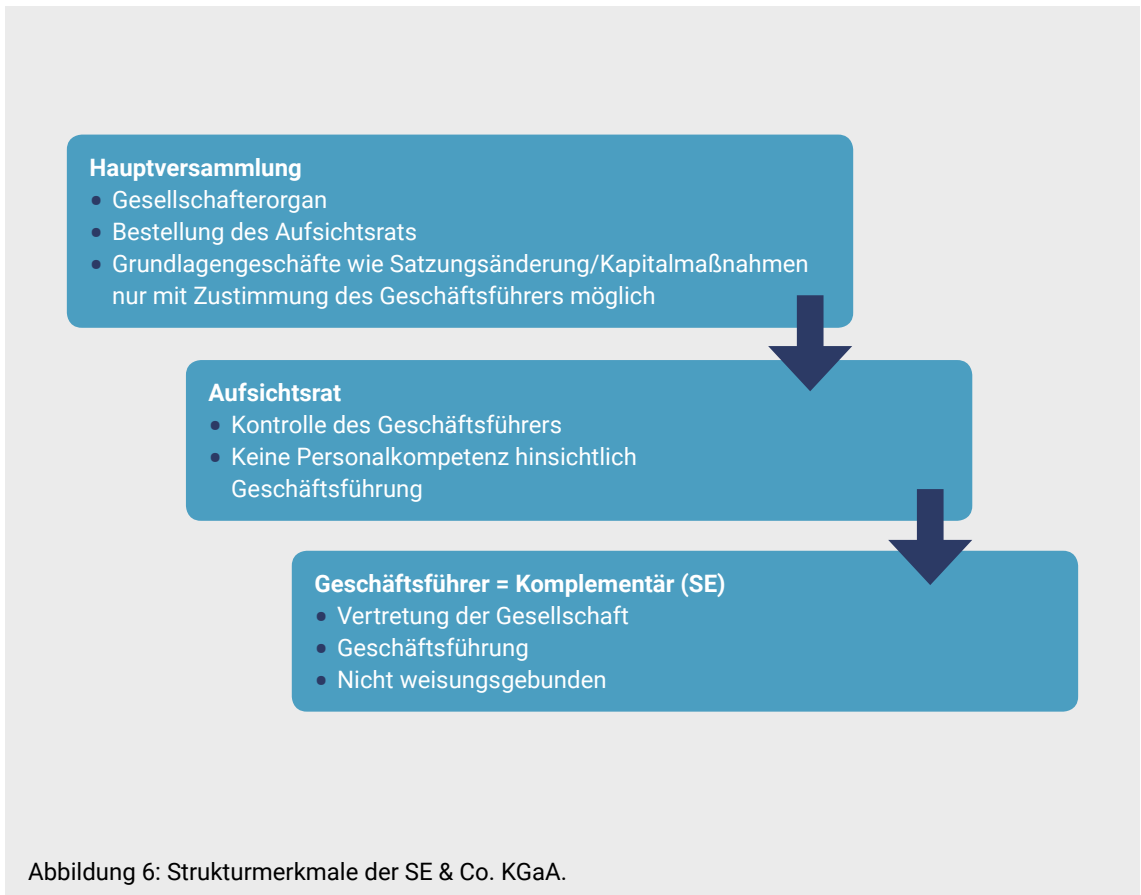
(3) ARBEITNEHMERBETEILIGUNG BEI DER SE & CO. KG

Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat setzt voraus, dass die jeweilige Gesellschaft überhaupt vom Anwendungsbereich des Gesetzes erfasst wird. Die KG kann unter bestimmten Umständen dem MitbestG unterfallen, dies setzt allerdings voraus, dass auch der Komplementär, hier also die SE, vom Geltungsbereich

des Gesetzes erfasst wird. § 1 des MitbestG regelt allerdings abschließend, für welche Gesellschaften der Anwendungsbereich eröffnet ist. Die SE ist keine dieser Gesellschaften. Die unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer kommt also nur dann in Betracht, wenn diese bereits aufgrund Vereinbarung oder der Auffanglösung im Rahmen der Gründung der SE Geltung erlangt hat.

6.3 | DIE SE & CO. KGAA

Eine weitere Variante der SE als Rechtsform für Familienunternehmen ist die SE & Co. KGaA. Diese zunehmend beliebter werdende Rechtsform kann bekannte Vertreter vorweisen wie Bertelsmann, STO oder Fresenius.





Die SE & Co. KGaA ist eine Sonderform der Aktiengesellschaft. Bei ihr gibt es wie bei der AG Gesellschafter, die am Grundkapital als Kommanditaktionäre beteiligt sind, das heißt, sie haften lediglich in Höhe ihrer Einlage. Außerdem gibt es mindestens einen Komplementär – einen persönlich haftenden Gesellschafter. Dieser ist zur Geschäftsführung und Vertretung befugt, da er wie der Komplementär einer KG aufgrund seiner persönlichen Haftung hierzu „geboren“ ist. Während bei der Aktiengesellschaft die Aktionäre in der Hauptversammlung den Aufsichtsrat und somit mittelbar auch den Vorstand bestimmen, ist die Geschäftsführung der KGaA wesentlich unabhängiger von den Kommanditisten. Dem Komplementär kann die Geschäftsführungsbefugnis nur durch ein gerichtliches Verfahren wegen Unfähigkeit zur Führung der Geschäfte oder grober Pflichtverletzungen entzogen werden.

Im Fall der SE & Co. KGaA ist der Komplementär eine SE. Der Vorteil hieran ist zum einen, wie auch schon bei der GmbH & Co. KG, dass die persönliche Haftung von einer Kapitalgesellschaft übernommen wird und somit die Haftung für die an ihr beteiligten Aktionäre auf ihren Geschäftsanteil begrenzt ist. Außerdem ist die Komplementärgesellschaft in ihrer Geschäftsführungskompetenz weitgehend unabhängig von den Kommanditaktionären der KGaA, auch wenn das Kapital der KGaA über die Börse oder durch sonstige Aufnahme familienfremder Kommanditaktionäre aufgenommen wird.

So ist es etwa möglich, zwei verschiedene Gesellschaftergruppen zu schaffen, indem die Kommanditaktien an der Börse platziert werden, während die SE als Komplementärin in Familienhand bleibt und mit ihr die Geschäftsleitung und -führung. Denn diese obliegt unverändert der SE und bei dieser wiederum, je nach gewähltem Leitungssystem, dem Vorstand oder dem Verwaltungsrat.

Die KGaA unterfällt als solche – unabhängig von der Rechtsform ihrer Komplementärin – bei Erreichen der Schwellenwerte den Mitbestimmungsgesetzen, so dass ihr Aufsichtsrat mit Arbeitnehmervertretern besetzt werden muss. Bei der KGaA schmälert dies jedoch kaum den Einfluss der Familie, denn die Kompetenzen des Aufsichtsrats umfassen, anders als bei der AG, zum Beispiel nicht die Besetzung des Aufsichtsrats oder Vorstands der Komplementär-

gesellschaft – diese bzw. die Besetzung von Verwaltungsrat und geschäftsführenden Direktoren bleiben immer in der Hand der Komplementärgesellschaft und deren Gesellschaftern.

Die Komplementärin selbst unterfällt als reine Geschäftsführungsgesellschaft zumeist mangels eigener Arbeitnehmer ohnehin nicht den Mitbestimmungsregelungen. Während bei GmbH/AG & Co. KGaA allerdings umstritten ist, ob insoweit die gleichen Grundsätze wie bei einer GmbH/AG & Co. KG gelten sollen (was zur Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes auf die Komplementärin bei mehr als 2.000 Arbeitnehmern in der KG führt), ist dies für die SE & Co. KGaA schon aufgrund der zwingenden europarechtlichen Vorgaben nach ganz herrschender Auffassung in der Literatur abwegig.

Die SE & Co. KGaA verbindet daher mehrere Faktoren, die insbesondere für Familienunternehmen von Interesse sind: Sie ist zwar als solche mitbestimmungspflichtig, aber in deutlich schwächerem Maße als andere Gesellschaftsformen. Durch Einsatz einer SE wird dieses „Risiko“ aus Sicht der Eigentümerfamilie nochmals reduziert. Die SE als solche bietet die Wahl zwischen dualistischer und monistischer Struktur und damit die weitgehende Anpassung an die Wünsche der Familie und ihrer Mitglieder. Kommanditaktionäre haben wenig Einfluss und können insbesondere aus dem Gesellschafterkreis der Komplementärgesellschaft herausgehalten werden. Die Familie kann daher familienfremdes Kapital „einsammeln“ und dennoch die Geschicke des Unternehmens leiten, selbst wenn sie nur noch eine Minderheit an der KGaA hält. Dabei ist allerdings zu bedenken, dass die Gesamtkonstruktion „marktgängig“ sein muss. Institutionelle Anleger werden Strukturen, die ihnen zu wenig transparent sind, mit Abschlüssen sanktionieren.

7 | ZUSAMMENFASSUNG: ENTSCHEIDUNG FÜR DIE SE ALS RECHTSFORM FÜR FAMILIENUNTERNEHMEN

Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) wurde als Aktiengesellschaft für große, kapitalmarkt-orientierte Unternehmen konzipiert. Sie ist dennoch auch für mittelständische Unternehmen und dabei gerade auch für Familienunternehmen geeignet. Bei der Entscheidung für eine SE als neue Form des Familienunternehmens sind insbesondere folgende Aspekte zu beachten:

- ➔ Ist das Geschäft des Unternehmens international bzw. europaweit tätig? Dann ist die SE gut geeignet, dies zu betonen.
- ➔ Soll die Gesellschaft kurz- oder mittelfristig börsenfähig sein? Dann ist eine SE bzw. eine SE & Co. KGaA das Ziel, nicht die SE & Co. KG.
- ➔ Soll ein wachsender Kreis von „Nur-Gesellschaften“ zwar an das Unternehmen gebunden sein und an ihm partizipieren können, aber mit nur geringem Einfluss? Dann ist die SE als Aktiengesellschaft hierfür geeignet, aber auch die SE & Co. KG oder die SE & Co. KGaA. Insbesondere die SE & Co. KGaA erlaubt die Trennung zwischen großem, teilweise familienfremdem Gesellschafterkreis und Wahrung der Leitungsmacht der Familie als Gesellschafter, Verwaltungsratsmitglieder und Geschäftsführende Direktoren der Komplementär-SE.
- ➔ Soll die Gesellschaft möglichst eine Leitungsstruktur wie eine GmbH aufweisen? Dann ist die monistische SE mit dem starken Verwaltungsrat und den weisungsabhängigen Geschäftsführenden Direktoren in Betracht zu ziehen.
- ➔ Welcher mitbestimmungsrechtliche Zustand besteht und soll dieser beibehalten oder geändert werden? Die SE ist grundsätzlich die geeignete Rechtsform, um das bestehende Mitbestimmungsniveau auch bei künftigem Wachstum zu erhalten.
- ➔ Sind künftig grundlegende Änderungen in der Struktur der Unternehmensgruppe geplant, die sich auch bei der SE auswirken würden? Um erneute Verhandlungen über Arbeitnehmerrechte zu verhindern, sollten strukturelle Änderungen einer SE vermieden werden.
- ➔ In welchem Zeitfenster soll die SE gegründet werden und welche Ausgangskonstellation besteht? Es bietet sich im Einzelfall an, eine Vorrats-SE zu verwenden. Dies gilt insbesondere, wenn derzeit das Unternehmen nicht als Aktiengesellschaft geführt wird oder keine Tochtergesellschaft im EU-/EWR-Ausland hat. Über die Vorrats-SE steht die Rechtsform grundsätzlich allen deutschen Handelsgesellschaften offen.
- ➔ Ist eine Körperschaft in steuerlicher Hinsicht gewünscht bzw. soll diese beibehalten werden? Danach entscheidet sich, ob beispielsweise aus einer GmbH in eine SE gewechselt wird oder aus einer GmbH & Co. KG in eine SE & Co. KG.

Die Entscheidung zur Änderung der Rechtsform fällt gerade Familienunternehmen nicht leicht. Neben wirtschaftlichen und rechtlichen Randbedingungen und Folgen, sind auch die Auswirkungen im Unternehmen, gegenüber Kunden und Lieferanten sowie im gesellschaftlichen Umfeld zu berücksichtigen. Die Gründung einer SE bringt einen nicht unerheblichen, aber planbaren finanziellen und zeitlichen Aufwand mit sich. Auch bei ihrer laufenden Verwaltung ergeben sich Unterschiede zur GmbH oder KG. Die SE ist als moderne, seriöse, vertrauenswürdige Rechtsform in Deutschland und weltweit anerkannt. Die bei ihrer Gründung in der Regel zu führenden Verhandlungen mit dem Arbeitnehmergremium sind oft geeignet, mit Arbeitnehmern in konstruktive Gespräche zu kommen. Gerade von den im Ausland Beschäftigten wird dies positiv gesehen. Ein Blick über den „Tellerrand“ der altbekannten Unternehmensformen lohnt sich.

8 | LITERATUR



- ➔ Becker, A. & Oelmüller, M. (2009): Die SE für den Mittelstand – Theorie und Praxis der SE-Gründung. Ruhr-Akademie für Europäisches Privatrecht: Praxishefte zum Europäischen Privatrecht. De Gruyter: Berlin.
- ➔ Bergmann, A.; Kiem, R.; Mülbert, P.; Verse, D. & Wittig, A. (Hrsg.) (2015): 10 Jahre SE – Erreichter Stand – verbleibende Anwendungsfragen – Perspektiven. Deutscher Fachverlag GmbH: Frankfurt/Main.
- ➔ Haider-Giangreco, B. & Polte, M. (2014): Die SE als Rechtsform für den Mittelstand. In: Betriebsberater (BB), Heft 49, S. 2947-2953.
- ➔ Köster, R. (2011): Die Europäische Aktiengesellschaft: Eine Einführung in die Europäische Aktiengesellschaft mit Anmerkungen zur grenzüberschreitenden Verschmelzung. Böckler Stiftung, Arbeitshilfen für Aufsichtsräte: Düsseldorf, 5. Aufl.
- ➔ Mayer-Uellner, R & Otte, D. (2015): Die SE & Co. KGaA als Rechtsform kapitalmarktfinanzierter Familienunternehmen. In: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG), Heft 19, S. 737-742.
- ➔ Rockstroh, M. (2012): Verwaltungsrat und geschäftsführende Direktoren in der monistisch strukturierten Societas Europaea. In: Betriebsberater (BB), Heft 26, S. 1620-1624.

KONTAKT

LUTHER RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT MBH

Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, eine der führenden deutschen Wirtschaftskanzleien, erbringt ihre Beratungsleistungen mit ca. 350 Fachmitarbeitern an zehn Standorten im Inland und sechs ausländischen Büros in Kontinentaleuropa, England und Asien. Luther vertritt ihre Mandanten in allen Rechts- und Steuerfragen, die ihr Geschäft betreffen. Die Kenntnis des wirtschaftlichen Umfelds, der Hintergründe und Motivationen der Beteiligten ermöglicht es, die spezifischen Bedürfnisse der Mandanten zu adressieren. Im Luther-Kompetenzbereich „Familienunternehmen/Unternehmerfamilien“ sind Rechtsanwälte, Notare und Steuerberater tätig, die mit langjähriger und umfangreicher Erfahrung insbesondere auf den Gebieten des nationalen und internationalen Gesellschaftsrechts, Erbrechts, Familienrechts und Steuerrechts vor allem die Inhaberfamilien mittelständischer Unternehmen und große Familiengesellschaften begleiten.

ANSPRECHPARTNER

Dr. Arnd Becker

Rechtsanwalt
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Gildehofstraße 1
45127 Essen
E-Mail: arnd.becker@luther-lawfirm.com
Telefon: +49 201 9220-13136
Telefax: +49 201 9220-110
www.luther-lawfirm.com

Paul Schreiner

Rechtsanwalt
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Gildehofstraße 1
45127 Essen
E-Mail: paul.schreiner@luther-lawfirm.com
Telefon: +49 201 9220-11691
Telefax: +49 201 9220-110
www.luther-lawfirm.com

WITTENER INSTITUT FÜR FAMILIENUNTERNEHMEN (WIFU)

Das Wittener Institut für Familienunternehmen (WIFU) der Wirtschaftsfakultät der Universität Witten/Herdecke ist in Deutschland der Pionier und Wegweiser akademischer Forschung und Lehre zu Besonderheiten von Familienunternehmen. Drei Forschungs- und Lehrbereiche – Betriebswirtschaftslehre, Psychologie/Soziologie und Rechtswissenschaften – bilden das wissenschaftliche Spiegelbild der Gestalt von Familienunternehmen. Dadurch hat sich das WIFU eine einzigartige Expertise im Bereich Familienunternehmen erarbeitet.

Seit 2004 ermöglichen die Institutsträger, ein exklusiver Kreis von 75 Familienunternehmen, dass das WIFU auf Augenhöhe als Institut von Familienunternehmen für Familienunternehmen agieren kann. Mit derzeit 18 Professoren leistet das WIFU mittlerweile seit über zwanzig Jahren einen signifikanten Beitrag zur generationenübergreifenden Zukunftsfähigkeit von Familienunternehmen.

ANSPRECHPARTNER

Prof. Dr. Tom A. Rösen

Wittener Institut für Familienunternehmen (WIFU)
Universität Witten/Herdecke
Alfred-Herrhausen-Straße 50
58448 Witten
E-Mail: tom.ruesen@uni-wh.de
Telefon: +49 2302 926-513
www.wifu.de

WWW.WIFU.DE

WIFU-PRAXISLEITFÄDEN

IN DER REIHE „PRAXISLEITFÄDEN“ DES WIFU STEHEN IHNEN FOLGENDE VERÖFFENTLICHUNGEN ZUR VERFÜGUNG:

10 Jahre Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz in Deutschland

Der Beirat in Familienunternehmen

Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) als Rechtsformalternative für Familienunternehmen

Die kulturorientierte Führungskräfteauswahl in Familienunternehmen

Die zehn Wittener Thesen zu Familienunternehmen

Familienfremde Führungskräfte gewinnen und halten

Familienunternehmen und Besteuerung

Familienunternehmen und die Erbschaftsteuer

Familienunternehmen und Private Equity

Grundzüge des deutschen Erbrechts

Human Resource Management in Familienunternehmen

Interim Management in Familienunternehmen

Internationalisierung nach China und Indien

Konfliktmanagement in Familienunternehmen

Nachfolge in Familienunternehmen

IN ENGLISCHER SPRACHE SIND DERZEIT FOLGENDE PRAXISLEITFÄDEN VERFÜGBAR:

Succession in Family Business

Ten Witten Theses



Sämtliche WIFU-Praxisleitfäden finden Sie als kostenfreien Download unter www.wifu.de. Gerne senden wir Ihnen auch ein Printexemplar zu. Bitte richten Sie Ihre Anfrage an wifu@uni-wh.de.



**WITTENER INSTITUT FÜR
FAMILIENUNTERNEHMEN**

**UNIVERSITÄT
WITTEN/HERDECKE**

Fakultät für
Wirtschaftswissenschaft

Alfred-Herrhausen-Straße 50
58448 Witten
Tel.: +49 2302 926-513
Fax: +49 2302 926-561
wifu@uni-wh.de

www.wifu.de
www.facebook.com/gowifu

© 2018 · WIFU Witten/Herdecke