

Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) als Rechtsform für deutsche Familienunternehmen – eine Fallstudie



Prof. Dr. Andreas Wiedemann, Rechtsanwalt, Stuttgart,
Dr. Thomas Frohnmayer, Rechtsanwalt, Stuttgart

Diese Fallstudie zeigt exemplarisch den Weg eines Familienunternehmens in eine Europäische Aktiengesellschaft auf und liefert dabei einen „Fahrplan“ für eine „Umwandlung“ eines deutschen Familienunternehmens in die SE. In die Fallstudie einbezogen sind Ausführungen zur praktischen Relevanz dieser Rechtsform und zu den mit einer solchen Umwandlung verbundenen Motiven unter Abwägung von Vor- und Nachteilen.

I. Sachverhalt des Praxisfalls

Die Eheleute U führen als Geschäftsführer in der zweiten Generation mit der U-Unternehmensgruppe ein erfolgreiches Maschinenbauunternehmen in Ostwestfalen mit Tochtergesellschaften in Frankreich, Italien und verschiedenen anderen europäischen Ländern.

Das Unternehmen wird durch eine Holding in der Rechtsform einer GmbH geführt und beschäftigt europaweit rd. 6.600 Mitarbeiter,

INHALT

- I. Sachverhalt des Praxisfalls
- II. Praktische Relevanz der SE
- III. Charakteristika der SE im Vergleich zu anderen Rechtsformen
- IV. Vor- und Nachteile der SE als Rechtsform für ein Familienunternehmen
 1. Instrument eines „Rechtsformmarketing“
 2. Governance-Struktur
 3. „Einfrieren“ des Mitbestimmungsmodells
 4. Schaffung der Option zur Sitzverlegung

5. Nachteile der SE
- V. Der Weg in die SE
 1. Numerus Clausus der Gründungsformen
 2. Vorbereitende Maßnahme: Formwechselnde Umwandlung der Holding GmbH in eine AG
 3. Formwechselnde Umwandlung der Holding AG in eine SE
- VI. Zusammenfassung

Keywords

Familienunternehmen; SE; Umwandlung

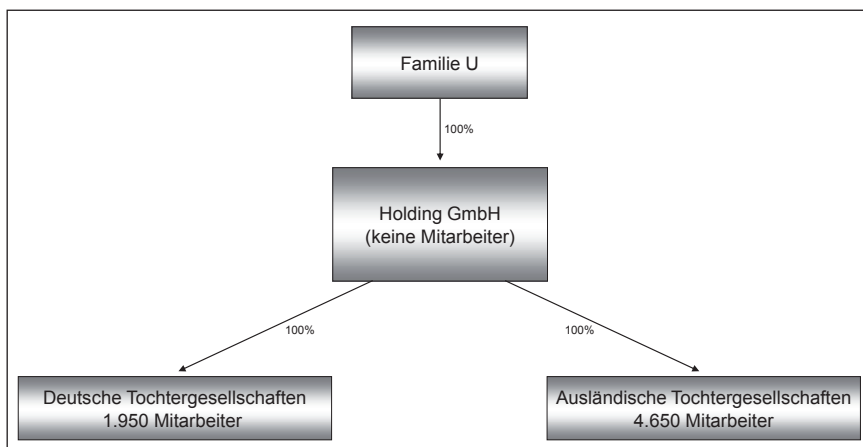


Abb. 1: Organigramm der U-Unternehmensgruppe (vereinfachte Darstellung)

davon 1.950 in Deutschland. Sämtliche Geschäftsanteile an der Holding GmbH werden von den Eheleuten und ihren Kindern gehalten. Die in Deutschland beschäftigten Mitarbeiter sind in operativen Tochtergesellschaften, die alle ebenfalls als Gesellschaften mit beschränkter Haftung organisiert sind, angestellt; keine der deutschen Tochtergesellschaften hat jedoch mehr als 500 Arbeitnehmer.

Die Eheleute U denken über die Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft (*Societas Europaea*, „SE“) nach und wollen zunächst wissen, welche praktische Relevanz diese Rechtsform hat und ob diese Rechtsform von anderen Familienunternehmen verwendet wird.

Das Organigramm der U-Unternehmensgruppe ist in Abbildung 1 vereinfacht dargestellt.

II. Praktische Relevanz der SE

Nach aktuellen Zahlen bestehen in Europa 1.966 Gesellschaften in der Rechtsform der SE. Tatsächlich operativ tätig sind hiervon 269 Gesellschaften, von denen 131 in Deutschland ansässig sind.¹ Obgleich die absolute Zahl der in Deutschland ansässigen

¹ Zu den empirischen Daten vgl. die Untersuchungen des ETUI (aktuelle Zahl abrufbar unter: ecdb.worker-participation.eu; Stand: 01.10.2013; zum 04.01.2014 beträgt die Anzahl der SE insgesamt bereits 2.052) sowie der Hans-Böckler-Stiftung, abrufbar unter www.boeckler.de/34750.htm; vgl. auch Köstler/Pütz, AG 2013, R 180

Europäischen Aktiengesellschaften keine zu große praktische Relevanz vermuten lässt, haben in den letzten Jahren gerade Familienunternehmen vermehrt diese Rechtsform für sich entdeckt. Hierunter fallen beispielsweise die Unternehmen Deichmann, Conrad Electronic, Lenze, Berner, Hochland, Hager, Jägermeister-Mast, Max Bögl, Wacker Neuson und Wilo. Der Grund hierfür liegt sicherlich in den erheblichen Gestaltungsmöglichkeiten, die mit dieser Rechtsform verbunden sind.

Die Eheleute U möchten mehr über die Rechtsform erfahren, insbesondere über die typischen Wesensmerkmale und die Unterschiede zu anderen Rechtsformen.

III. Charakteristika der SE im Vergleich zu anderen Rechtsformen

Mit der am 08.10.2004 in Kraft getretenen SE-VO² wurde die Europäische Aktiengesellschaft eingeführt. Es handelt sich dabei um eine eigenständige, supranationale Rechtsform des Europäischen Gemeinschaftsrechts, die auf die grenzüberschreitende Unternehmenstätigkeit im Binnenmarkt ausgerichtet ist. Die SE stellt eine europaweit anerkannte Rechtsform dar, wenngleich sie nicht vollständig

² Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 08.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)

durch das Gemeinschaftsrecht geregelt ist. Soweit die SE-VO keine Regelungen enthält, finden die jeweiligen nationalen Ausführungsgesetze sowie ergänzend das jeweilige nationale Aktienrecht des Sitzstaates Anwendung. Eine SE mit Sitz in Deutschland weist damit einen starken Bezug zur deutschen Rechtsordnung auf und ist somit „deutschrechtlich“ geprägt. Ferner finden beispielsweise die Regelungen des deutschen HGB bezüglich der Rechnungslegung auf eine in Deutschland ansässige SE Anwendung.

Im Hinblick auf die laufende Besteuerung einer SE mit dem Sitz in Deutschland enthält die SE-VO keine Sonderregelungen. Es gelten daher die allgemeinen steuerlichen Vorschriften für Kapitalgesellschaften. Eine SE unterliegt daher – wie im Praxisfall bisher die Holding GmbH – der unbeschränkten Körperschaft- und Gewerbesteuerpflicht. Auch die SE kann von dem Holdingprivileg nach dem Körperschaftsteuergesetz Gebrauch machen, wonach nur 5 % der von der SE bezogenen Dividenden aus Tochtergesellschaften und der Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Tochter(kapital)gesellschaften der Besteuerung unterliegen.

Die Eheleute fragen im Weiteren nach den konkreten Vorteilen einer SE. Sie haben gehört, dass durch die SE die paritätische Mitbestimmung vermieden werden kann: ein Thema, das sie sehr beschäftigt, da das Unternehmen infolge der starken Expansion in den nächsten Jahren die Grenze von 2.000 Arbeitnehmern im Inland nachhaltig überschreiten wird. Bei der Holding GmbH müsste dann nach den Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes ein Aufsichtsrat gebildet werden, der sich zur Hälfte aus Arbeitnehmern zusammensetzt.

In der U-Unternehmensgruppe wird auf betrieblicher Ebene eine sehr partnerschaftliche Zusammenarbeit mit den Arbeitnehmervertretern gepflegt. Die Eheleute wollen sich aber keinesfalls in ihrem unternehmerischen

Führungsanspruch beschränken. Ein fremdbesetzter Aufsichtsrat, der über ihre Abberufung als Geschäftsführer entscheidet, kommt für sie daher nicht in Betracht. Außerdem stellt die Holding GmbH, die selbst keine Mitarbeiter beschäftigt, für sie lediglich ein Mittel zur rechtlichen Organisation der Familie im Hinblick auf die Unternehmensgruppe dar. Auch vor diesem Hintergrund wollen sie keinen Einfluss Familienfremder in diesem Bereich. Die Eheleute U würden jedoch nur ungern auf die Schaffung weiterer Arbeitsplätze in Deutschland verzichten und stattdessen die Anzahl der Mitarbeiter im Ausland erhöhen, um die paritätische Mitbestimmung in einem Aufsichtsrat zu vermeiden.

Kann die SE unter diesen Vorzeichen eine geeignete Rechtsform darstellen?

IV. Vor- und Nachteile der SE als Rechtsform für ein Familienunternehmen

1. Instrument eines „Rechtsformmarketing“

Als europaweit anerkannte und moderne Rechtsform ermöglicht es die SE, „Rechtsformmarketing“ zu betreiben und damit die internationale, insbesondere europäische Ausrichtung des Unternehmens zu betonen. Auf diese Weise kann eine „Europäische Corporate Identity“ in der gesamten Unternehmensgruppe geschaffen werden.³ Eine SE als erkennbar europäisches Unternehmen mit dem Sitz und den Wurzeln in Ostwestfalen würde auch nach der Überzeugung der Eheleute gerade die Identifikation der ausländischen Mitarbeiter mit der U-Unternehmensgruppe erhöhen.

Ferner ist die SE als Rechtsform für den Kapitalmarkt geeignet, insbesondere wenn internationale Inves-

toren angesprochen werden sollen. Sie stellt des Weiteren eine attraktive Rechtsform gerade für internationales Fremdmanagement dar.

2. Governance-Struktur

Bei einer SE mit dem Sitz in Deutschland handelt es sich um eine Aktiengesellschaft: Das Grundkapital der SE ist wie bei Aktiengesellschaften in Aktien zerlegt. Es besteht aber die für deutsche Rechtsformen einzigartige Möglichkeit, ein sogenanntes monistisches Führungssystem zu wählen, bei dem es zur Vereinigung der Funktionen von Vorstand und Aufsichtsrat in einem Organ, dem Verwaltungsrat, kommt.⁴ Dieses Wahlrecht zwischen dualistischer und monistischer Führungsstruktur ermöglicht es dem Familienunternehmen, bedarfsgerecht eine Governance-Struktur zu implementieren, die eine mehr oder weniger stark ausgeprägte Gewaltenteilung zum Gegenstand hat.

Während das dualistische Leitungssystem, das der deutschen Aktiengesellschaft entspricht, auf der strengen Gewaltenteilung zwischen Leitungs- und Kontrollorgan (Vorstand einerseits, Aufsichtsrat andererseits) beruht, bietet die monistische Führungsstruktur die Möglichkeit, ein dem anglo-amerikanischen Board-System ähnliches Modell zu schaffen. Zentrales Organ in der monistisch ausgeprägten SE ist der Verwaltungsrat, der die Gesellschaft leitet, die Grundlinien ihrer Tätigkeit bestimmt und deren Umsetzung überwacht. Er ist somit sowohl Leitungs- als auch Kontrollorgan, hat aber einen oder mehrere sogenannte geschäftsführende Direktoren zu bestellen, welche die laufenden Geschäfte führen und die SE im Rechtsverkehr nach außen vertreten.⁵ Dem Verwaltungsrat im monistischen System kommt somit die „Richtlinienkompetenz“

zu. Das Gewicht des Verwaltungsrats zeigt sich vor allem darin, dass er, im Unterschied zum Aufsichtsrat einer deutschen AG oder einer SE mit dualistischem System, den geschäftsführenden Direktoren jederzeit Weisungen erteilen kann.⁶

Die Stellung eines Vorstands in einer SE mit dualistischem System oder einer deutschen Aktiengesellschaft ist somit wesentlich stärker als die Stellung eines geschäftsführenden Direktors in einer monistischen SE. Nach § 40 Abs. 1 SEAG⁷ können sowohl Verwaltungsratsmitglieder selbst (sogenannte interne Direktoren) als auch Dritte (sogenannte externe Direktoren) zu geschäftsführenden Direktoren bestellt werden. Durch eine – teilweise – Personenidentität zwischen Verwaltungsratsmitgliedern und Mitgliedern der geschäftsführenden Direktoren kann der Einfluss des Verwaltungsrats weiter verstärkt werden. Zu beachten ist lediglich, dass die Mehrheit des Verwaltungsrats aus nicht geschäftsführenden Mitgliedern besteht (vgl. § 40 Abs. 1 S. 2 SEAG).

Diese Grundsätze, die für die monistisch geprägte SE gelten, ermöglichen es, die Machtbalance zwischen Verwaltungsrat und geschäftsführenden Direktoren sehr feingliedrig zu justieren. So kann beispielsweise ein CEO-Modell anglo-amerikanischer Prägung abgebildet werden, das durch die Bestellung des mit Doppelstimmrecht ausgestatteten Vorsitzenden des Verwaltungsrats zum Vorsitzenden der geschäftsführenden Direktoren und damit durch die Konzentration der Organleitungs- und Geschäftsführungskompetenzen in einer Person gekennzeichnet ist.⁸ Umgekehrt kann aber auch ein sehr strenges Trennungs-Modell auf der Basis der monistischen Führungsstruktur

³ Vgl. dazu w.news – Das Wirtschaftsmagazin der IHK Heilbronn-Franken, Heft 1/2011, S. 76 als Beispiel für die Umwandlung der Berner AG in eine SE, www.ihk-wnews.de

⁴ Instruktiv hierzu Wiedemann/Wanzl, FuS 2011, 51

⁵ Zur Kompetenzverteilung zwischen Verwaltungsrat und geschäftsführenden Direktoren vgl. auch Rockstroh, BB 2012, 1620

⁶ Teichmann in Lutter/Hommelhoff, SE, 2008, Anh. Art. 43 SE-VO (§ 40 SEAG) Rn. 28

⁷ Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 08.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) (SE-Ausführungsgesetz – SEAG) vom 22.12.2004

⁸ Vgl. hierzu Wiedemann/Wanzl, a.a.O.; in diesem Sinne auch Rockstroh a.a.O., 1621

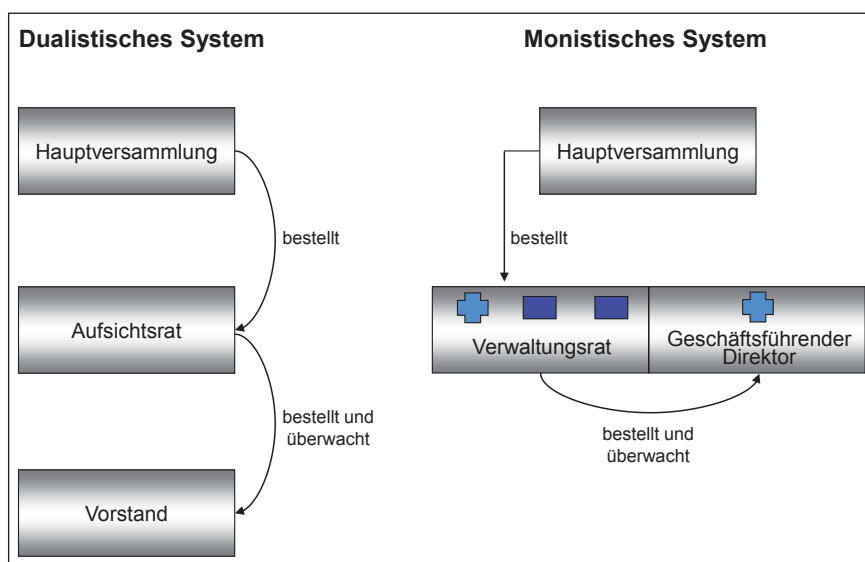


Abb. 2: Unterschiede Dualistisches System – Monistisches System

umgesetzt werden, indem dem mit der Letztverantwortung ausgestatteten Verwaltungsrat besondere Überwachungsfunktionen, beispielsweise das Recht, die Geschäftsordnung für die geschäftsführenden Direktoren zu erlassen, zugewiesen werden. Auf diese Weise können gerade familienfremde geschäftsführende Direktoren stärker an die im Verwaltungsrat vertretenen Familiengesellschafter gebunden werden, als dies bei einer Aktiengesellschaft oder bei einer SE mit dualistischer Verfassung möglich wäre. Die grundsätzlichen Gestaltungsmöglichkeiten sollen durch Abbildung 2 verdeutlicht werden.

3. „Einfrieren“ des Mitbestimmungsmodells

Eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder eine Aktiengesellschaft mit in der Regel mehr als 500 inländischen Arbeitnehmern haben nach den Regeln des Drittelbeteiligungsgesetzes einen Aufsichtsrat zu bilden, der zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern bestehen muss. Soweit mit Tochtergesellschaften allerdings kein Beherrschungsvertrag abgeschlossen wurde, werden deren Arbeitnehmer der Muttergesellschaft dabei nicht zugerechnet. *Aus diesem Grund musste die Unternehmensgruppe U bisher keinen drit-*

telparitätisch besetzten Aufsichtsrat einrichten. Anders die Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes: Hier werden die inländischen Arbeitnehmer von Tochtergesellschaften der Muttergesellschaft ohne Weiteres zugerechnet; eines Beherrschungsvertrages bedarf es nicht.⁹ Für die Holding GmbH der Familie U hat dies zur Konsequenz, dass sie einen paritätisch besetzten Aufsichtsrat einzurichten hat, sobald ihre Tochtergesellschaften (insgesamt) in der Regel mehr als 2.000 inländische Arbeitnehmer beschäftigen.

Durch die „rechtzeitige“ Umwandlung in eine SE vor Überschreitung der Grenze von 500 bzw. 2.000 inländischen Arbeitnehmern kann vermieden werden, dass die „strengere“ drittelparitätische oder paritätische Mitbestimmung eingreift.¹⁰ Vor der Umwandlung in eine SE muss mit den Arbeitnehmern über das Mitbestimmungsmodell verhandelt werden. Hierzu ist das sogenannte „besondere Verhandlungsgremium“ (BVG) zu bilden, das sich aus Arbeitnehmern aus

9 Vgl. zur drittel- und paritätischen Mitbestimmung Wiedemann/Kögel in Beirat und Aufsichtsrat in Familienunternehmen, 2008, § 3 I

10 Vgl. dazu beispielsweise Grambow, BB 2012, 902; Feuerborn in KölnKommAktG, 3. Aufl. 2010, § 43 SEBG Rn. 3; Jacobs in MÜchKommAktG, 3. Aufl. 2012, § 43 SEBG Rn. 2 und 2a; Wollburg/Banerjee, ZIP 2005, 277 und Drinhausen/Keinath, BB 2011, 2699, 2700

den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) und den Vertragsstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) zusammensetzt, in denen das Unternehmen Mitarbeiter beschäftigt. Sinn und Zweck des besonderen Verhandlungsgremiums ist es, über die Unterrichtung und Anhörung in der SE (SE-Betriebsrat – betriebliche Mitbestimmung) und darüber zu verhandeln, ob den Arbeitnehmern Sitze im Aufsichtsrat des Unternehmens zustehen (unternehmerische Mitbestimmung).

Führen die Verhandlungen mit dem BVG innerhalb von sechs Monaten (bzw. zwölf Monaten, falls die Verhandlungsfrist verlängert wird) zu keiner Vereinbarung, tritt eine gesetzliche Auffanglösung ein. Dies bedeutet, dass der mitbestimmungsrechtliche status quo für die Arbeitnehmer gewahrt bleibt. Ist das Unternehmen zum Zeitpunkt der Verhandlungen mitbestimmungsfrei, so wird dieser Status dauerhaft perpetuiert. Die SE bleibt also auch dann mitbestimmungsfrei, wenn sie und ihre Tochtergesellschaften im Inland weiter wachsen und dort zu einem späteren Zeitpunkt dauerhaft mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigen. Beim Eingreifen der gesetzlichen Auffanglösung ist jedoch ein SE-Betriebsrat einzurichten.

4. Schaffung der Option zur Sitzverlegung

Die SE stellt die einzige Rechtsform in Deutschland dar, bei der die Option zur identitätswahrenden Sitzverlegung in ein anderes Land im EU/EWR-Bereich besteht. Ein Auseinanderfallen von Verwaltungssitz und satzungsmäßigem Sitz stellt zwar nach den Gesetzesänderungen, die das GmbH-Gesetz und das Aktiengesetz erfahren haben, keinen Auflösungsgrund mehr dar, ein vollständiger „Wegzug“ der Gesellschaft – auch mit dem satzungsmäßigen Sitz – ist aber nur bei der SE möglich.

Nach so vielen guten Nachrichten fragen die Eheleute nach den Nachteilen, die mit der SE verbunden sind.

5. Nachteile der SE

Aufgrund der dargelegten nationalen Prägung stellt die SE keine europaweit einheitliche Rechtsform dar, was dazu führt, dass nach wie vor manche Rechtsfragen offen sind. Aus dem Zusammenspiel zwischen dem europäischen und dem jeweiligen nationalen Recht resultiert zudem eine gewisse Komplexität bezüglich des anwendbaren Rechts. Nachteilig wirken sich weiter die Kosten für die Gründung und der damit verbundene Zeitaufwand aus. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Organisation und Durchführung der Verhandlungen mit dem BVG. Insoweit handelt es sich aber um „Einmaleffekte“. Schließlich ist die Bildung eines SE-Betriebsrats zu nennen, der einzurichten ist, wenn die gesetzliche Auffanglösung eingreift (vgl. auch vorstehend unter IV. 3.). Dem SE-Betriebsrat kommen aber keine Entscheidungs- oder Blockaderechte, sondern lediglich Informationsrechte zu. Hierzu zählt allerdings auch das Recht, die Tagesordnung aller Sitzungen des Vorstands und des Aufsichtsrats bzw. des Verwaltungsrats sowie die Kopien aller Unterlagen zu erhalten, die der Hauptversammlung der Aktionäre vorgelegt werden. Insofern gehen die Rechte eines SE-Betriebsrats über die Rechte eines Europäischen Betriebsrats hinaus, dessen Einrichtung bei der U-Unternehmensgruppe bereits heute von den Arbeitnehmern verlangt werden könnte.

Die Eheleute U wollen nun wissen, wie sie am besten in die Rechtsform der SE „wechseln“ können und ob damit nachteilige steuerliche Folgen verbunden sind, dies auch vor dem Hintergrund, dass die Holding aus der Vergangenheit über erhebliche körperschaft- und gewerbsteuerliche Verlustvorträge verfügt.

V. Der Weg in die SE

1. Numerus Clausus der Gründungsformen

Im Art. 2 SE-VO sind die Möglichkeiten zur Gründung einer SE abschließend wie folgt geregelt:

Zunächst ist eine *Gründung durch Verschmelzung* von Aktiengesellschaften aus mindestens zwei verschiedenen Mitgliedstaaten (Mitgliedstaaten der EU und Vertragsstaaten des EWR) vorgesehen. Des Weiteren ist die *Gründung einer Holding-SE* durch Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung möglich, sofern mindestens zwei von ihnen (i) dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen oder (ii) seit mindestens zwei Jahren eine Tochtergesellschaft oder eine Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat haben. Ferner kommt die *Gründung einer Tochter-SE* durch gewerblich tätige Gesellschaften oder juristische Personen in Betracht, sofern mindestens zwei von ihnen (i) dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen oder (ii) seit mindestens zwei Jahren eine Tochtergesellschaft oder eine Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat haben. Schließlich kann eine Aktiengesellschaft in eine SE *umgewandelt* werden, wenn diese seit mindestens zwei Jahren eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegende Tochtergesellschaft hat.

Alle Gründungsformen erfordern damit einen Bezug zu mindestens zwei Mitgliedstaaten. Bei rein nationalen Sachverhalten scheidet die Errichtung einer SE folglich aus.

Nach den Vorstellungen der Eheleute U soll die Holding ihrer Unternehmensgruppe als SE firmieren. Im Übrigen wollen sie die bewährte Unternehmensstruktur nicht ändern. Von der Beteiligung eines ausländischen Rechtsträgers als „Gründungspartner“ möchten sie absehen, weil damit eine weitere Rechtsordnung zu beachten wäre, was das Vorhaben

komplizierter machen würde. Aus demselben Grund sollen Bewertungsfragen bei der SE-Gründung keine Rolle spielen.

Vor diesem Hintergrund scheiden die Gründung einer Tochter-SE ebenso wie die Gründung durch Verschmelzung und die Gründung einer Holding-SE aus. Die Eheleute entscheiden sich vielmehr für eine formwechselnde Umwandlung in eine SE. Hiervon bleibt die eingespielte Unternehmensstruktur unberührt. Hinzu kommt, dass die körperschaft- und gewerbsteuerlichen Verlustvorträge durch die formwechselnde Umwandlung – anders als bei anderen Gründungsformen – nicht gefährdet werden. Der Umwandlungsvorgang löst ferner weder Ertrag- noch Verkehrssteuern aus. Schließlich bleibt die formwechselnde Gesellschaft als solche bestehen; sie zieht sich mit der Rechtsform SE nur ein anderes „Rechtskleid“ an. Aus Sicht der Eheleute U hat dies den Vorteil, dass kein Gesellschaftsvermögen übertragen werden muss und Vertragsbeziehungen unverändert fortbestehen. Daher: Die Holding GmbH als bisherige Obergesellschaft der Unternehmensgruppe soll formwechselnd in eine SE umgewandelt werden. Dass die Holding GmbH seit mindestens zwei Jahren eine Tochtergesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat hat, kann dabei ohne Weiteres nachgewiesen werden.

Nach dem eindeutigen Wortlaut von Art. 2 SE-VO kann allerdings nur eine Aktiengesellschaft formwechselnd in eine SE umgewandelt werden. Die Holding GmbH muss daher vor der Umwandlung in eine SE zunächst in eine Aktiengesellschaft umgewandelt werden.

2. Vorbereitende Maßnahme: Formwechselnde Umwandlung der Holding GmbH in eine AG

Dem Betriebsrat des formwechselnden Rechtsträgers ist spätestens einen Monat bevor die Gesellschaft

terversammlung den Umwandlungsbeschluss fasst, der Entwurf des Beschlusses zuzuleiten, § 194 Abs. 2 UmwG. Der Betriebsrat kann auf die Einhaltung der Monatsfrist – nicht jedoch auf die Zuleitung des Umwandlungsbeschlusses selbst – verzichten. Nachdem die Holding GmbH mangels eigener Mitarbeiter nicht über einen Betriebsrat verfügt, entfällt dieses Erfordernis;¹¹ eine Monatsfrist vor dem Umwandlungsbeschluss ist daher nicht zu beachten. Vielmehr kann die Familie U – unter Verzicht auf Einberufungsfristen – sogleich eine notariell zu beurkundende außerordentliche Gesellschafterversammlung der Holding GmbH abhalten und die formwechselnde Umwandlung der Gesellschaft in eine Aktiengesellschaft unter der Firma „Holding AG“ beschließen, die Satzung der AG feststellen, die Aufsichtsratsmitglieder wählen sowie den Abschlussprüfer für das erste (Rumpf-)Geschäftsjahr der AG bestellen. Eine weitere Beschleunigung und Vereinfachung des Verfahrens erreicht die Familie U durch notariell zu beurkundende Verzichtserklärungen: zum einen durch den Verzicht nach § 238 Satz 2 i.V.m. § 192 Abs. 2 UmwG auf die Erstattung eines Umwandlungsberichts, in dem die Geschäftsführer der Holding GmbH sonst den Formwechsel und insbesondere die künftige Beteiligung der Anteilshaber rechtlich und wirtschaftlich erläutern und begründen müssten; zum anderen durch den Verzicht auf ein Angebot auf Barabfindung gemäß § 207 UmwG. Fragen zur Angemessenheit der Abfindung stellen sich dann von vornherein nicht. Die formwechselnde Umwandlung in eine Aktiengesellschaft kann nach § 198 Abs. 3 i.V.m. § 16 Abs. 2 UmwG erst dann in das Handelsregister eingetragen werden, wenn gegen den Umwandlungsbeschluss nicht

binnen eines Monats Klage erhoben wurde. Diese Wartefrist entfällt bei einem Verzicht der Gesellschafter auf die Klage gegen die Wirksamkeit des Umwandlungsbeschlusses.

Unmittelbar im Anschluss an die außerordentliche Gesellschafterversammlung der Holding GmbH konstituiert sich der neu bestellte Aufsichtsrat der Holding AG: Er wählt aus seiner Mitte einen Vorsitzenden und dessen Stellvertreter, ferner bestellt er mit den Eheleuten U die Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft.

Da die Mitglieder der Familie U der formwechselnden Umwandlung der Holding GmbH in eine Aktiengesellschaft einstimmig zustimmen, stehen sie gemäß § 245 Abs. 1 UmwG den Gründern einer Aktiengesellschaft gleich. Sie unterzeichnen daher noch am selben Tage den gemäß § 32 AktG erforderlichen Gründungsbericht über den Hergang der Gründung der Aktiengesellschaft durch formwechselnde Umwandlung. Auch die Mitglieder des Aufsichtsrats und des Vorstands der Aktiengesellschaft prüfen sogleich den Hergang des Formwechsels gemäß § 33 AktG und unterzeichnen den Bericht hierüber. Dies ist möglich, nachdem der Gründungsbericht der Gründer sowie der Gründungsprüfungsbericht von Vorstand und Aufsichtsrat bereits im Vorfeld vorbereitet und abgestimmt werden.

Schließlich hat ein vom für die Holding GmbH zuständigen Amtsgericht bestellter Prüfer gemäß § 197 UmwG i.V.m. § 33 Abs. 2 AktG einen Bericht über den Hergang des Formwechsels zu erstatten. Hierzu stellt die Holding GmbH bereits im Vorfeld einen Antrag auf Bestellung des Umwandlungsprüfers. Das Gericht folgt dem Vorschlag der Gesellschaft und bestellt den Abschlussprüfer zum Umwandlungsprüfer. Die Holding GmbH beschleunigt die Bestellung zudem dadurch, dass sie dem Antrag an das Gericht die Erklärung des Prüfers zur Übernahme des Amtes beifügt, mit der dieser versichert hat,

dass keine Gründe vorliegen, die gegen seine Bestellung sprechen.

Der gerichtlich bestellte Umwandlungsprüfer kann sich aufgrund seiner frühzeitigen Bestellung bereits vorab ein Bild über die Verhältnisse der Holding GmbH und das Umwandlungsvorhaben verschaffen. Vor diesem Hintergrund kann er seinen Prüfungsbericht unmittelbar nach Vorlage der notariellen Urkunde über die außerordentliche Gesellschafterversammlung der Holding GmbH fertigstellen.

Hiernach bringen die Eheleute U als Geschäftsführer der Holding GmbH die Handelsregisteranmeldung auf den Weg. Durch eine Vorabstimmung mit dem Registergericht wird die Umwandlung innerhalb von nur einer Woche in das Handelsregister eingetragen. Mit der Eintragung wird die Umwandlung der Holding GmbH in eine Aktiengesellschaft wirksam.

Die Umwandlung in eine SE kann damit in Angriff genommen werden. Dass die Holding AG gerade in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft seit mindestens zwei Jahren eine Beteiligung an einer Tochtergesellschaft mit dem Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat, ist – anders als der Wortlaut des Art. 2 Abs. 4 SE-VO suggerieren mag – nicht erforderlich. Vielmehr kann diese Frist bereits vollständig von der Holding GmbH gewahrt werden.¹²

3. Formwechselnde Umwandlung der Holding AG in eine SE

a. Durchführung des Arbeitnehmerbeteiligungsverfahrens

Eine SE kann erst in das Handelsregister eingetragen werden, nachdem mit den Arbeitnehmern über das Mitbestimmungsmodell verhandelt wurde (vgl. Art. 12 Abs. 2 SE-VO und vorstehend unter IV. 3). Das Verfahren zur Beteiligung der Arbeitnehmer wird durch die Information

11 Vgl. beispielsweise Stratz in Schmitt/Hörtnagel/Stratz, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 6. Auflage 2013, § 194 UmwG Rn. 12 und 13 m.w.N.

12 Vgl. beispielsweise Bückler in Habersack/Drinhausen, SE-Recht, 2013, Art. 37 SE-VO Rn. 13; Hörtnagel in Schmitt/Hörtnagel/Stratz a.a.O. Art. 2 SE-VO Rn. 27

über das Umwandlungsvorhaben an die Arbeitnehmervertretungen und Sprecherausschüsse (ersatzweise an die Arbeitnehmer direkt) der Holding AG, der Tochtergesellschaften und der betroffenen Betriebe (§ 4 Abs. 2 und 3 SEBG¹³) und die schriftliche Aufforderung des Vorstands der Holding AG, ein BVG zu bilden (§ 4 Abs. 1 SEBG), eingeleitet. Die Einleitung des Verfahrens kann bereits vor Offenlegung des Umwandlungsplans (vgl. hierzu nachstehend unter V. 3 b.) erfolgen.¹⁴ Auf diesem Weg lässt sich der Umwandlungsvorgang beschleunigen. Dagegen akzeptieren die Registergerichte regelmäßig nicht, dass das Verfahren zur Beteiligung der Arbeitnehmer bereits von einer GmbH – vor ihrer Umwandlung in eine Aktiengesellschaft – eingeleitet wird.¹⁵ Hierdurch wäre eine weitere Beschleunigung des Umwandlungsvorhabens möglich.

Das BVG setzt sich gemäß § 5 Abs. 1 SEBG wie folgt zusammen: Jeder Mitgliedstaat (Mitgliedstaat der EU und Vertragsstaat des EWR), in dem die U-Unternehmensgruppe Arbeitnehmer beschäftigt, erhält mindestens einen Sitz im BVG. Die Anzahl der einem Mitgliedstaat zugewiesenen Sitze erhöht sich jeweils um eins, soweit die Anzahl der in diesem Mitgliedstaat beschäftigten Arbeitnehmer jeweils die Schwelle von 10 %, 20 %, 30 % usw. aller Arbeitnehmer der U-Unternehmensgruppe in der EU und dem EWR übersteigt. Auf der Grundlage der Personalstatistik der U-Unternehmensgruppe ergibt sich demnach die in Abbildung 3 dargestellte Sitzverteilung im BVG.

Die persönlichen Voraussetzungen der Mitglieder des BVG richten sich nach den jeweiligen Bestimmungen der Mitgliedstaaten, in denen sie gewählt oder bestellt werden, § 6

Land	Mitarbeiter	% (gerundet)	Sitze im BVG
Deutschland:	1.950	29,43	3
Frankreich:	1.472	22,22	3
Italien:	1.082	16,33	2
Österreich:	352	5,31	1
Portugal:	264	3,98	1
Niederlande:	216	3,26	1
Tschechien:	186	2,81	1
Dänemark:	180	2,72	1
Ungarn:	174	2,63	1
Polen:	150	2,26	1
Belgien:	136	2,05	1
Finnland:	130	1,96	1
Schweden:	115	1,74	1
Norwegen:	60	0,91	1
Rumänien:	44	0,66	1
Lettland:	37	0,56	1
Litauen:	28	0,42	1
Slowakei:	28	0,42	1
Luxemburg:	22	0,33	1
Gesamt:	6.626	100,00	24

Abb. 3: Sitzverteilung im BVG

Abs. 1 SEBG. In Deutschland sind Arbeitnehmer der Gesellschaften und Betriebe sowie Gewerkschaftsvertreter zu Mitgliedern des BVG wählbar. Frauen und Männer sollen entsprechend ihrem zahlenmäßigen Verhältnis gewählt werden. Gehören dem BVG mehr als zwei Mitglieder aus dem Inland an, ist jedes dritte Mitglied ein Vertreter einer Gewerkschaft, die an einem der an der Gründung der SE beteiligten Unternehmen vertreten ist, § 6 Abs. 3 SEBG. Gehören dem besonderen Verhandlungsgremium mehr als sechs Mitglieder aus dem Inland an, ist mindestens jedes siebte Mitglied ein leitender Angestellter, § 6 Abs. 4 SEBG.

Die Wahl der Mitglieder des BVG erfolgt wiederum nach den jeweiligen Bestimmungen der Mitgliedstaaten. In Deutschland erfolgt die Wahl durch ein Wahlgremium: Ist aus dem Inland – wie hier mit der U-Unternehmensgruppe – nur eine Unternehmensgruppe an der SE-Gründung beteiligt, besteht das Wahlgremium aus den

Mitgliedern des Konzernbetriebsrats oder, sofern ein solcher nicht besteht, aus den Mitgliedern der Gesamtbetriebsräte oder, sofern ein solcher in einem Unternehmen nicht besteht, aus den Mitgliedern des Betriebsrats, § 8 Abs. 2 SEBG. Betriebsratlose Betriebe und Unternehmen einer Unternehmensgruppe werden vom Konzernbetriebsrat, Gesamtbetriebsrat oder Betriebsrat mitvertreten, § 8 Abs. 2 SEBG. Die Wahl der Mitglieder des BVG liegt grundsätzlich in der Verantwortung der Arbeitnehmer, ihrer Vertretungen bzw. der zuständigen Gewerkschaften. Die Wahl der Mitglieder des BVG soll innerhalb von zehn Wochen nach der Einleitung des Verfahrens zur Arbeitnehmerbeteiligung erfolgen, § 11 Abs. 1 SEBG.

Unverzüglich nach Benennung der Mitglieder des BVG bzw. nach Ablauf der Zehn-Wochen-Frist des § 11 Abs. 1 SEBG lädt der Vorstand der Holding AG zur konstituierenden Sitzung des BVG ein, womit die Verhandlungen beginnen. Das Ver-

¹³ Gesetz über die Beteiligungen der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft (SE-Beteiligungsgesetz – SEBG) vom 22. Dezember 2004

¹⁴ Bückler in Habersack/Drinhausen a.a.O. Art. 37 SE-VO Rn. 20 und Rn. 46

¹⁵ Anders jedoch beispielsweise Bückler a.a.O. Art. 37 SE-VO Rn. 8

handlungsverfahren findet auch dann statt, wenn die Zehn-Wochen-Frist zur Wahl der Mitglieder des BVG aus Gründen, welche die Arbeitnehmer zu vertreten haben, überschritten wird, § 11 Abs. 2 SEBG. Die Verhandlungen können alternativ folgenden Verlauf nehmen:

- Das BVG fasst einen Beschluss über die Nichtaufnahme der Verhandlungen oder den Abbruch bereits aufgenommener Verhandlungen. Dieser Beschluss bedarf einer Mehrheit von zwei Dritteln der Mitglieder des BVG, die mindestens zwei Drittel der Arbeitnehmer in mindestens zwei Mitgliedstaaten vertreten. Die Holding SE bleibt in diesem Fall mitbestimmungsfrei. Ein SE-Betriebsrat ist nicht einzurichten.
- Alternativ können das BVG und das Unternehmen eine Vereinbarung über die Mitbestimmung abschließen. Gegenstand einer solchen Vereinbarung kann z.B. die Errichtung eines SE-Betriebsrats sein, dem aber nur eingeschränkte Rechte zugewiesen werden. Hierfür ist eine Mehrheit der Mitglieder des BVG erforderlich, die zugleich die Mehrheit der vertretenen Arbeitnehmer repräsentiert. Mit der Vereinbarung kann jedoch keine einzige Komponente einer bereits bestehenden Arbeitnehmerbeteiligung abgeschafft oder eingeschränkt werden, § 21 Abs. 6 SEBG.
- Die gesetzliche Auffanglösung gilt hingegen, falls dies zwischen dem Unternehmen und dem BVG ausdrücklich vereinbart wird oder nach sechs (ggf. zwölf) Monaten seit Beginn der Verhandlungen keine Vereinbarung getroffen werden kann. Der mitbestimmungsrechtliche status quo bleibt dann gewahrt; allerdings ist ein SE-Betriebsrat einzurichten (vgl. vorstehend unter IV. 3).

Die Eheleute U würden gerne auch einen SE-Betriebsrat vermeiden.

Daher streben sie die Nichtaufnahme bzw. den Abbruch der Verhandlungen an. Um dieses Ziel zu erreichen, führen sie und ihre Berater bereits vor Einleitung des Arbeitnehmerbeteiligungsverfahrens Vorgespräche mit den Arbeitnehmervertretungen der im BVG vertretenen Länder und erläutern dort ihre Motive für das Umwandlungsvorhaben. Aufgrund ihres besonderen Gewichts im BVG finden diese Vorgespräche insbesondere mit den Arbeitnehmervertretungen in Deutschland, Frankreich und Italien statt. Schon bei diesen Vorgesprächen wird deutlich, dass die Arbeitnehmervertreter dem Umwandlungsvorhaben aufgeschlossen gegenüber stehen. Bei den typischerweise unternehmenskritischen Arbeitnehmervertretern aus Frankreich kommt hinzu, dass sie an der Mitbestimmungssituation der deutschen Muttergesellschaft kein großes Interesse haben.

Zudem lassen die Eheleute U die konstituierende Sitzung des BVG sehr sorgfältig vorbereiten. Die gewählten Mitglieder des BVG sprechen 15 unterschiedliche Sprachen. Damit die Redebeiträge simultan übersetzt werden können, werden für jede Sprache zwei Dolmetscher organisiert, die sich ständig abwechseln. Dieser Aufwand sowie die Reisekosten der Mitglieder des BVG verursachen einen wesentlichen Teil der Kosten des Arbeitnehmerbeteiligungsverfahrens. In der konstituierenden Sitzung informieren die Eheleute nochmals ausführlich über das Gründungsvorhaben, ihre Motive und den Verlauf des Verfahrens bis zur Eintragung der SE in das Handelsregister. Nach einer Aussprache unter den Mitgliedern beschließt das BVG die Nichtaufnahme der Verhandlungen mit der hierfür erforderlichen Mehrheit.

Aufgrund dieses Beschlusses bleibt die Holding SE mitbestimmungsfrei. Dies gilt auch dann, wenn die Grenze von 2.000 Arbeitnehmern im Inland zukünftig überschritten wird. Ein SE-Betriebsrat muss ebenfalls nicht

eingerrichtet werden. Bis zur Eintragung der SE in das Handelsregister sind noch weitere Verfahrensschritte erforderlich, die bereits parallel zum Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren durchgeführt werden können.

b. Weitere Verfahrensschritte

Die formwechselnde Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine SE erfordert zunächst einen Umwandlungsplan nach Art. 37 Abs. 2 SE-VO, der vom Vorstand der Holding AG zu erstellen ist. Was die inhaltlichen Anforderungen an den Umwandlungsplan anbelangt, haben sich in der Praxis – in Anlehnung an die Vorgaben für den Verschmelzungsplan in Art. 20 Abs. 1 SE-VO – bereits Standards etabliert. Besonders zu beachten ist, dass die Satzung der SE zwingender Bestandteil des Umwandlungsplans ist. Bei der Gestaltung der Satzung der Holding SE werden die speziellen Anforderungen eines Familienunternehmens berücksichtigt. So sieht die Satzung bspw. vor, dass die Aktien nur an Mitglieder der Familie U übertragen werden können. Der Umwandlungsplan muss des Weiteren Angaben zum Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren enthalten. Ob der Umwandlungsplan der notariellen Beurkundung bedarf, ist in der Literatur umstritten.¹⁶ In der Praxis wird der Umwandlungsplan jedoch regelmäßig in notarieller Form aufgestellt. Hiervon sollte nur nach einer Abstimmung mit dem Registergericht abgesehen werden.

Art. 37 Abs. 4 SE-VO sieht zudem die Erstellung eines Umwandlungsberichts durch den Vorstand der Holding AG vor. In diesem Bericht werden die rechtlichen und wirtschaftlichen Aspekte der Umwandlung erläutert und begründet sowie die Auswirkungen, die der Übergang zur Rechtsform einer SE für die Aktionäre und für die Arbeitnehmer hat, dargelegt. Auch im Hinblick auf den Umwandlungsbe-

¹⁶ Vgl. beispielsweise Bückler a.a.O. Art. 37 SE-VO Rn. 30 m.w.N.

richt, der nach einhelliger Auffassung nicht zu beurkunden ist, haben sich in der Praxis einheitliche Standards entwickelt. Umstritten ist allerdings, ob die Aktionäre der formwechselnden AG auf eine Erstattung des Umwandlungsberichts verzichten können.¹⁷ Ohne eine entsprechende Abstimmung mit dem Registergericht ist ein solcher Verzicht nicht anzuraten.

Nach Art. 37 Abs. 5 SE-VO ist der Umwandlungsplan mindestens einen Monat vor dem Tag der Hauptversammlung, die über die Umwandlung zu beschließen hat, bei dem für die Holding AG zuständigen Handelsregister einzureichen. Das Registergericht hat hierauf einen Hinweis auf die Hinterlegung des Umwandlungsplans im elektronischen Bundesanzeiger zu veröffentlichen. Ob auch der Umwandlungsbericht – als angeblicher (rechtlicher) Bestandteil des Umwandlungsplans – offengelegt werden muss, wird unterschiedlich beurteilt.¹⁸ Daher empfiehlt sich, diesen Punkt ebenfalls mit dem Registergericht abzustimmen.

Vor der Hauptversammlung hat zudem ein vom Landgericht bestellter Prüfer gemäß Art. 37 Abs. 6 SE-VO zu bescheinigen, dass das Grundkapital der SE zuzüglich der nicht ausschüttungsfähigen Rücklagen durch das Nettovermögen der Gesellschaft gedeckt ist. Das Gericht folgt dem Vorschlag der Holding AG und bestellt den Abschlussprüfer (auch) zum Prüfer nach Art. 37 Abs. 6 SE-VO.¹⁹ Die Bescheinigung wird dann so recht-

zeitig erstellt, dass sie in der Hauptversammlung vorliegt. Ob es darüber hinaus auch einer Prüfung nach Art. 15 Abs. 1 SE-VO i.V.m. § 197 AktG i.V.m. § 33 Abs. 2 AktG durch einen vom Amtsgericht bestellten Umwandlungsprüfer (vgl. hierzu vorstehend unter V. 2) bedarf, ist wiederum umstritten.²⁰ Daher bedarf es auch insofern der Abstimmung mit dem Registergericht.

Die Familie U hält dann – wiederum unter Verzicht auf die Einberufungsfristen – eine notariell zu beurkundende Hauptversammlung ab. Der Vorstand hat dabei den Umwandlungsplan zu erläutern. Die Hauptversammlung stimmt dem Umwandlungsplan zu, genehmigt die dem Umwandlungsplan beigefügte Satzung und bestellt den Abschlussprüfer für das erste (Rumpf-)Geschäftsjahr der SE. Mangels Organkontinuität zwischen AG und SE sind auch die Mitglieder des Aufsichtsrats bzw. des Verwaltungsrats zu wählen. Um das Verfahren auch an dieser Stelle zu beschleunigen, verzichtet die Familie U auf die Klage gegen den Umwandlungsbeschluss (vgl. vorstehend unter V. 2). Bei der Umwandlung einer AG in eine SE soll – anders als nach § 207 UmwG – keine Verpflichtung, eine Barabfindung anzubieten, bestehen.²¹ Die Verzichtserklärung der Familie wird gleichwohl vorsorglich auf ein Angebot auf Barabfindung erstreckt.

Im Anschluss an die Hauptversammlung konstituiert sich der neu gewählte Aufsichtsrat bzw. Verwaltungsrat der SE und bestellt die Vorstandsmitglieder bzw. geschäftsführende Direktoren.

Ob ein Gründungsbericht der Gründer gemäß § 32 AktG und ein Gründungsprüfungsbericht von Vorstand und Aufsichtsrat nach § 33 AktG (vgl. vorstehend unter V. 2) bei der Umwandlung einer AG in eine SE erforderlich ist, ist bisher nicht abschließend geklärt.²² Sofern eine Abstimmung mit dem Registergericht nichts anderes ergibt, sollten diese Berichte daher vorsorglich erstellt werden.

Schließlich melden die Eheleute U als Vorstände bzw. geschäftsführende Direktoren die Umwandlung zur Eintragung in das Handelsregister an. Dabei haben sie u.a. über das Ergebnis des Arbeitnehmerbeteiligungsverfahrens (vgl. vorstehend unter V. 3. a.) zu berichten. Mit der Handelsregistereintragung entsteht dann die Holding SE.

VI. Zusammenfassung

Die Rechtsform SE bietet vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten für Familienunternehmen. Dies gilt insbesondere für die individuelle Regelung des Führungssystems und des Einflusses der Familie. Hinzu kommt, dass das Mitbestimmungssystem einer SE im Rahmen des Gründungsvorgangs auf Dauer geklärt werden kann. Noch bestehende Rechtsunsicherheiten bei der Gründung der SE sind beherrschbar und lassen sich zudem in der Regel durch eine Abstimmung mit dem zuständigen Registergericht klären. Schließlich kann das Umwandlungsvorhaben durch Verzichtserklärungen der Familiengeschafter und eine geschickte Gestaltung des Ablaufs erheblich beschleunigt werden.

17 So beispielsweise Bücken a.a.O. § 37 SE-VO Rn. 42; a.A. Casper in Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Auflage 2010, Art. 37 SE-VO Rn. 11; jeweils m.w.N.

18 Bejahend beispielsweise Casper a.a.O. Art. 37 SE-VO Rn. 12; Schäfer in MünchKommAktG a.a.O. Art. 37 SE-VO Rn. 19; verneinend etwa Bücken a.a.O. Art. 37 SE-VO Rn. 43.

19 Die Tätigkeit als Abschlussprüfer für die formwechselnde AG steht der Bestellung nicht entgegen, vgl. Bücken a.a.O. Art. 37 SE-VO Rn. 51

20 Vgl. zum Meinungsstand beispielsweise Schäfer a.a.O. Art. 37 SE-VO Rn. 26 i.V.m. Fn. 2

21 So beispielsweise Casper a.a.O. Art. 37 SE-VO Rn. 20; Schäfer a.a.O. Art. 37 SE-VO Rn. 37; Bücken a.a.O. Art. 37 SE-VO Rn. 67; jeweils m.w.N.

22 Vgl. zum Meinungsstand beispielsweise Bücken a.a.O. Art. 37 SE-VO Rn. 71 und 73