

von jeder Verantwortung befreit. Vielmehr bleiben sie im Rahmen ihrer Gesamtverantwortung zur Überwachung der ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung durch den ressortzuständigen Compliance-Vorstand verpflichtet. Ergeben sich Mängel, haben sie einzuschreiten. In diesem Rahmen ist eine unternehmensspezifische Organisation zu schaffen, um Gesetzesverstöße im Unternehmen zu verhindern und dennoch eintretende Gesetzesverstöße aufzudecken und zu ahnden.

### Redaktionelle Hinweise:

- Zur Digitalisierung der Compliance vgl. *Brandt*, DB 2016 S. 970 = DB1192559;
- zur personellen Selbstreinigung nach Compliance-Verstößen vgl. *Eufinger*, DB 2016 S. 471 = DB1191010;
- zur Haftung der leitenden Angestellten vgl. *Beauregard/Baur*, DB 2016 S. 1754 = DB1207026;
- zu Compliance-Garantien in Unternehmenskaufverträgen vgl. *Schniepp/Holfeld*, DB 2016 S. 1738 = DB1208734.

## Handelsrecht

»DK1217967

RA Horst Grätz, Nürnberg / RA/FAStR Dr. Dirk Halm, Köln / RA Dr. Christoph Kurzböck, Nürnberg

# Die SE als Rechtsform für international tätige Familienunternehmen

**RA Horst Grätz** ist Partner von Rödl & Partner in Nürnberg und Lehrbeauftragter für Wirtschaftsrecht an der Universität Erlangen-Nürnberg.

**RA/FAStR Dr. Dirk Halm** ist Partner bei Rödl & Partner in Köln und Lehrbeauftragter für Umwandlungsrecht an der Hochschule Fresenius University of Applied Sciences in Köln. **RA Dr. Christoph Kurzböck** ist Senior Associate bei Rödl & Partner in Nürnberg und Lehrbeauftragter der SIBE Steinbeis Hochschule Berlin.

**Kontakt:** [autor@der-konzern.de](mailto:autor@der-konzern.de)

- I. Einleitung
- II. Rechtsgrundlagen/Entstehungsgeschichte der SE
- III. Gründungsvoraussetzungen – Der Weg in die SE
  1. Gründung durch Verschmelzung
  2. Gründung einer Holding-SE
  3. Gründung einer Tochter-SE
  4. Formwechsel in eine SE
  5. Weitere Wege in die SE
- IV. Organisationsverfassung
- V. Mitbestimmungsfragen
  1. Grundsätze bei der Mitbestimmung
  2. Gestaltungsmöglichkeiten bezüglich der Arbeitnehmerbeteiligung
- VI. Fazit

## I. Einleitung

Die Rechtsform der Societas Europaea (SE) erfreut sich in den letzten Jahren einer zunehmend steigenden Beliebtheit bei international tätigen Familienunternehmen in Deutschland. Die SE, die auch als europäische Aktiengesellschaft (AG) bezeichnet wird, ist eine eigenständige, supranationale Rechtsform, die nun schon seit dem 08.10.2004 existiert. Bereits viele namhafte Gesellschaften aus unterschiedlichsten Branchen haben den Weg in die SE beschritten.<sup>1</sup> Inzwischen existieren bereits 2.574 Gesellschaften dieser Rechtsform in Europa<sup>2</sup> und die Tendenz ist weiter steigend. Die Rechtsform der SE ist hierbei nicht nur für große kapitalmarktorientierte Unternehmen geeignet, sie kann auch für mittelständische

Familienunternehmen als Alternative zur regulären deutschen AG interessant sein. Grund hierfür sind zum einen Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich der Leitungsstruktur, da statt der klassischen (dualistischen) Struktur mit Vorstand und Aufsichtsrat, die für eine AG prägend ist, auch ein Verwaltungsrat als einheitliches Leitungs- und Kontrollorgan gebildet werden kann (sog. monistisches System). Zum anderen ist die Möglichkeit zum „Einfrieren der Mitbestimmung“ für viele mittelständische Unternehmen durchaus attraktiv, insb., wenn diese in absehbarer Zukunft durch steigende Mitarbeiterzahlen die Schwellenwerte nach Drittelbeteiligungs- oder Mitbestimmungsgesetz erreichen werden. Die Umwandlung in eine SE kann daher den Einfluss der Familie auf das Unternehmen für die Zukunft absichern.

Im Gang der Darstellung wird zu wichtigen Punkten Stellung genommen, die bei dem Übergang von einer deutschen zu einer europäischen AG entscheidungserheblich sind. Im Folgenden wird dabei von der Grundkonstellation ausgegangen, dass eine deutsche AG formwechselnd zu einer SE wird. Dabei soll hier von einem großen, nicht kapitalmarktorientierten Unternehmen i.S.d. § 267 Abs. 3 HGB ausgegangen werden. Zwar bestehen (vgl. unter III.) eine Reihe von Möglichkeiten, eine SE zu gründen, gleichwohl wird nachfolgend auf den in der Praxis häufigen Fall einer Umwandlung zur SE-Gründung abgestellt. Ferner wird unterstellt, dass diese deutsche AG in zahlreichen Standorten im Ausland mit eigenen Tochtergesellschaften seit mehr als fünf Jahren Geschäfte betreibt und sich weiterhin auf Wachstumskurs befindet, um zusätzliche Standorte im Ausland mit neuen Märkten in den kommenden Jahren zu erschließen.

## II. Rechtsgrundlagen/Entstehungsgeschichte der SE

Die SE unterliegt der Verordnung EG Nr. 2157/2001 (SE-VO), die u.a. die Grundlagen der Gründung, der Gesellschaftsstruktur sowie der Organkompetenzen beinhaltet.<sup>3</sup> Art. 9 Abs. 1 SE-VO

<sup>1</sup> Namhafte Beispiele sind u.a. die Porsche Automobil Holding SE, die Zalando SE oder die Deichmann SE.

<sup>2</sup> Lt. Studie der Hans-Böckler-Stiftung, Stand: 01.07.2016.

<sup>3</sup> Wicke, MittBayNot 2006 S. 196.

geht hierbei von einem mehrstufig aufgebauten Normgefüge aus. Im ersten Rang steht hierbei die SE-VO. Soweit die SE-VO eine Regelung durch die Satzung vorschreibt, ist auf nächster Ebene die Satzung maßgeblich.<sup>4</sup> Ergänzend findet das jeweilige nationale, für AG geltende Recht Anwendung. Hierdurch variiert die exakte Ausprägung der SE in jedem Mitgliedstaat der EU leicht. In Deutschland gilt damit zum einen das Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG), das SE-Ausführungsgesetz (SEAG) sowie das SE-Beteiligungsgesetz (SEBG). Ergänzend findet das deutsche Aktien- und Umwandlungsrecht Anwendung.<sup>5</sup>

### III. Gründungsvoraussetzungen – Der Weg in die SE

Das Kapital einer SE ist in Aktien unterteilt. Das Mindestkapital einer SE beträgt 120.000 € (Art. 4 Abs. 2 SE-VO). Die Gründungsmöglichkeiten sind in Art. 2 und 3 Abs. 2 SE-VO abschließend geregelt. Eine Gründung unter direkter Beteiligung natürlicher Personen ist nicht möglich. Gründer können nur juristische Personen sein, wobei je nach Gründungstatbestand der Kreis der infrage kommenden juristischen Personen unterschiedlich weit gefasst ist.<sup>6</sup> Kennzeichnend für alle Gründungstatbestände des Art. 2 SE-VO ist ein Mehrstaatlichkeitsbezug.

#### 1. Gründung durch Verschmelzung

Die erste Möglichkeit ist die Gründung durch Verschmelzung von AG (Art. 2 Abs. 1 SE-VO). Taugliche Gründer sind nur AG, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet wurden. Von den beteiligten AG müssen mindestens zwei dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten der EU angehören.<sup>7</sup> Im Gegensatz zu den weiteren Gründungsmöglichkeiten ist kein Mindestzeitraum vorgegeben, für den die AG schon bestanden haben müssen.<sup>8</sup> Auf den Verschmelzungsvorgang findet ergänzend deutsches Umwandlungsrecht Anwendung, d.h., der Ablauf ähnelt einer Verschmelzung nach deutschem Recht, jedoch unter Beachtung der Besonderheiten einer SE.

#### 2. Gründung einer Holding-SE

Eine weitere Gründungsform ist gem. Art. 2 Abs. 2 SE-VO die Gründung einer Holding-SE, die sowohl für die AG als auch für die GmbH möglich ist.<sup>9</sup> Das Mehrstaatlichkeitsanfordernis ist hier etwas anders gefasst als bei der Verschmelzung: Es müssen mindestens zwei Gründer dem Recht unterschiedlicher Mitgliedstaaten unterliegen oder seit mindestens zwei Jahren eine Tochtergesellschaft oder eine Zweigniederlassung haben, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegt.<sup>10</sup>

#### 3. Gründung einer Tochter-SE

Die dritte Gründungsform ist die Gründung einer gemeinsamen Tochter-SE durch zwei Gesellschaften gem. Art. 2 Abs. 3 SE-VO. Der Kreis der möglichen Gründungsgesellschafter ist bei diesem Tatbestand weit gefasst. Es kommen alle Gesellschaften i.S.v. Art. 54 Abs. 2 AEUV in Betracht, d.h. auch

Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften und der sonstigen juristischen Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, sofern diese nach Art ihrer Tätigkeit einen Erwerbszweck verfolgen.<sup>11</sup> Es wird für ausreichend erachtet, wenn der zweite Rechtsträger gerade zum Zweck der Beteiligung an der Gründung einer SE errichtet wurde.<sup>12</sup> Es ist außerdem unschädlich, wenn es sich bei dem einen Gründungsgesellschafter um eine von dem anderen Gründungsgesellschafter abhängige Gesellschaft handelt.<sup>13</sup> Für die beteiligten Rechtsträger gilt dasselbe Mehrstaatlichkeitsanfordernis wie im Falle der Gründung einer Holding-SE gem. Art. 2 Abs. 2 SE-VO. I.Ü. ist die Gründung einer Tochter-SE durch eine bereits bestehende SE gem. Art. 3 Abs. 2 SE-VO möglich.

#### 4. Formwechsel in eine SE

Die Möglichkeit der formwechselnden Umwandlung einer AG in eine SE gem. Art. 2 Abs. 4 SE-VO ist neben der Verschmelzung einer der beliebtesten und in der Praxis häufig anzutreffenden Gründungstatbestände. Hierbei wird eine nach dem Recht eines Mitgliedstaats geregelte AG in eine SE umgewandelt. Dazu muss diese allerdings ihren Satzungs- und den Verwaltungssitz innerhalb der europäischen Gemeinschaft haben und seit mindestens zwei Jahren über eine Tochtergesellschaft verfügen, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaats angehört.<sup>14</sup> Eine Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat genügt bei diesem Gründungstatbestand nicht. Wie zuvor dargelegt, ist diese Alternative in der Praxis ein häufig anzutreffendes Gründungsszenario einer SE bei international tätigen Familienunternehmen.

#### 5. Weitere Wege in die SE

Eine SE kann anstelle der vorgenannten Gründungstatbestände auch als fertig errichtete Vorratsgesellschaft errichtet werden. Jedoch ist zu beachten, dass der Beratungsaufwand, der durch die Aktivierung der Vorratsgesellschaft und für die mitbestimmungsrechtliche Komponente entsteht, komplex sein kann.

### IV. Organisationsverfassung

Hinsichtlich der inneren Organisation der SE bestehen Wahlmöglichkeiten zwischen einem monistischen oder dualistischen System.

Das dualistische System gem. Art. 39, 40 SE-VO baut auf dem Modell der deutschen AG auf. Neben den zentralen Vorschriften in der SE-VO findet ergänzend insb. das jeweilige nationale Aktienrecht Anwendung.<sup>15</sup> Neben der Hauptversammlung gibt es einen Vorstand, der das Leitungsorgan darstellt und einen Aufsichtsrat, der das Überwachungsorgan bildet. Leitungs- und Überwachungsorgan sind personell und funktional streng voneinander getrennt.

Demgegenüber gleicht das monistische System gem. Art. 43 SE-VO dem anglo-amerikanischen Board-System. Hier besteht neben der Hauptversammlung der Aktionäre ein durch

4 Wagner, NZG 2002 S. 986; Wicke, MittBayNot 2006 S. 196.

5 Vgl. Wicke, MittBayNot 2006 S. 196.

6 Spitzbart, RNotZ 2006 S. 369.

7 Vossius, ZIP 2005 S. 743; Habersack, in: Habersack/Drinhausen (Hrsg.), Beck'sche Kurz-Kommentare Bd. 66, 2013, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 8–9.

8 Habersack, a.a.O. (Fn. 7), Art. 2 SE-VO Rn. 5.

9 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Hrsg.), SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 2 SE-VO Rn. 16.

10 Habersack, a.a.O. (Fn. 7), Art. 2 SE-VO, Rn. 14.

11 Habersack, a.a.O. (Fn. 7), Art. 2 SE-VO, Rn. 18; Oechsler, in: MünchKomm-(AktG), 3. Aufl. 2012, Art. 2 SE-VO Rn. 36.

12 Oechsler, a.a.O. (Fn. 11), Art. 2 SE-VO Rn. 37.

13 Vossius, ZIP 2005 S. 747; Oechsler, a.a.O. (Fn. 11), Art. 2 SE-VO Rn. 37.

14 Bayer, a.a.O. (Fn. 9), Art. 2 SE-VO Rn. 24–25.

15 Drygala, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Hrsg.), 2. Aufl. 2015, SE-Kommentar, Art. 39 SE-VO Rn. 1; Teichmann, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Hrsg.), 2. Aufl. 2015, SE-Kommentar, Art. 43 SE-VO Rn. 1.

sie bestelltes einheitliches Verwaltungsorgan, der Verwaltungsrat, dessen Rechte und Pflichten in Art. 43 Abs. 1 SE-VO sowie §§ 22 ff. SEAG geregelt sind. Ihm werden sämtliche Leitungs- und Überwachungsaufgaben hinsichtlich der Gesellschaft zugeordnet, wie etwa die Bestimmung von Grundlinien für die Tätigkeit der Gesellschaft und deren Überwachung. Der Verwaltungsrat hat geschäftsführende Direktoren zu bestellen, die ihrerseits auch Verwaltungsratsmitglieder sein können, wobei die Mehrheit des Verwaltungsrats gem. § 40 Abs. 1 Satz 2 SEAG gleichwohl aus nicht geschäftsführenden Mitgliedern bestehen muss. Die Bestellung und Abberufung der geschäftsführenden Direktoren obliegt dem Verwaltungsrat. Geschäftsführenden Direktoren ist die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft zugewiesen. Sie unterliegen bei ihrer Geschäftsführung den Anweisungen und Beschränkungen des Verwaltungsrats, § 44 Abs. 2 SEAG was nach überwiegender Ansicht im Schrifttum als umfassendes Weisungsrecht des Verwaltungsrats gegenüber den geschäftsführenden Direktoren in Geschäftsführungsangelegenheiten verstanden wird.<sup>16</sup> In dieser Hinsicht sei es nämlich die Intention des Gesetzgebers gewesen, die geschäftsführenden Direktoren weitestgehend mit den GmbH-Geschäftsführern gleichzusetzen.

Für familiengeführte Unternehmen kann die Möglichkeit zur Wahl eines monistischen Systems bei einer SE durchaus attraktiv sein. Sie ermöglicht es dem Unternehmer und Familienoberhaupt, die Rolle eines geschäftsführenden Direktors im Verwaltungsrat und damit Leitungs- und Überwachungsfunktion gleichzeitig einzunehmen, wohingegen dies bei dem dualistischen System einer AG nicht in Personalunion möglich ist. Die Familiengeschafter könnten in diesem Fall den Verwaltungsrat besetzen, um über die strategischen Leitlinien der Gesellschaft zu bestimmen und das Tagesgeschäft an externe geschäftsführende Direktoren delegieren zu können. Ihnen bleibt jedoch die Kontrolle der Tätigkeiten der geschäftsführenden Direktoren vorbehalten. Die strategische Leitung der Gesellschaft verbliebe somit gänzlich in den Händen des Verwaltungsrats. Gleichzeitig könnten die Familiengeschafter durch ihr Weisungsrecht bei Bedarf jederzeit auf die Geschäftsführung Einfluss nehmen.

Dies ist ein maßgeblicher struktureller Unterschied zum dualistischen System, bei dem der Vorstand grds. weisungsfrei handelt und Leitungs- und Kontrollfunktion zwischen Vorstand und Aufsichtsrat streng zu trennen sind. Die Kompetenzen des Verwaltungsrats gehen hingegen deutlich über die Kompetenzen eines Aufsichtsrats im dualistischen System hinaus, da er hierdurch nicht nur Kontroll-, sondern auch selbst Leitungsfunktion hat. Hierdurch kann die Kompetenzverteilung dem Führungsschema bei einer GmbH angenähert werden. Die SE ermöglicht dem Unternehmer daher, das Kompetenzgefüge der Organe bedarfsgerecht zu gestalten.

## V. Mitbestimmungsfragen

### 1. Grundsätze bei der Mitbestimmung

Den Schwerpunkt einer jeden Gründung einer SE stellen die Verhandlungen mit dem besonderen Verhandlungsgremium (bVG) über die Beteiligung der Arbeitnehmer auf betrieblicher Ebene als auch hinsichtlich der Unternehmensmitbestim-

mung dar. Dies gilt sowohl in zeitlicher als auch in finanzieller Hinsicht.

Die Leitungen der am Vorhaben beteiligten Gesellschaften haben die Arbeitnehmervertretungen sowie Sprecherausschüsse der betreffenden Gesellschaften, Tochtergesellschaften und Betriebe über das Vorhaben, eine SE zu gründen, zu informieren gem. § 4 Abs. 2 Satz 1 SEBG. Falls in einem Mitgliedstaat eine Arbeitnehmervertretung nicht vorhanden ist, sind die Arbeitnehmer direkt zu informieren (§ 4 Abs. 2 Satz 2 SEBG). Die Information hat unverzüglich nach Offenlegung des Gründungsplans zu erfolgen. Diese Information ist maßgeblich für den Lauf der Zehn-Wochen-Frist zur Bildung des bVG gem. § 11 Abs. 1 SEBG. Für den Fall einer fehlerhaften Information kommt es nur dann zu einem Anlauf der Zehn-Wochen-Frist, zumindest aber zu einer Heilung, wenn es trotz der fehlerhaften Information zu einer ordnungsgemäßen Wahl bzw. Bestellung des bVG gekommen ist.<sup>17</sup> Kontradiktorisch wird bei einer fehlerhaften Zusammensetzung des bVG die Frist nicht ausgelöst, eine Heilung kommt jedoch durch einen Beschluss des bVG gem. § 13 Abs. 1 SEBG oder § 16 Abs. 1 SEBG in Betracht.<sup>18</sup> Im Fall einer Korrektur einer zunächst fehlerhaften Information beginnt die Frist von neuem zu laufen.<sup>19</sup> Eine Verkürzung der Frist durch einen Verzicht des bVG ist in der Praxis nicht anzuraten, da jenen Verzicht nur das – zu diesem Zeitpunkt jedoch noch nicht konstituierte – bVG beschließen könnte.<sup>20</sup>

Bestimmend für die Zusammensetzung des bVG ist die Zahl der Arbeitnehmer in den jeweiligen Mitgliedstaaten. Gem. § 5 Abs. 1 SEBG sind dabei je 10% oder einem Bruchteil hiervon im Verhältnis zur Gesamtzahl aller Arbeitnehmer je ein Mitglied in den bVG zu wählen (Proportionalitätsgrundsatz).<sup>21</sup> Konsequenz dieses Modus ist, dass auch Mitgliedstaaten mit geringerer Arbeitnehmeranzahl einen verhältnismäßig großen Einfluss im bVG erlangen.<sup>22</sup> Zur Ermittlung der maßgeblichen Arbeitnehmerzahlen werden auch die Einzelgesellschaften miteinbezogen.<sup>23</sup>

Weiterhin legt § 6 SEBG für die Verteilung der Sitze nach deutschem Recht Vorgaben fest. So sind nach § 6 Abs. 2 Satz 1 SEBG Frauen und Männer entsprechend ihrem zahlenmäßigen Verhältnis zu wählen. Nach § 6 Abs. 3 SEBG muss jedes dritte inländische Mitglied Vertreter einer Gewerkschaft sein, dies kann mit Blick auf den Wortlaut auch ein externer Gewerkschaftsvertreter sein. Gem. § 6 Abs. 4 SEBG muss das siebte Mitglied ein Vertreter der leitenden Angestellten sein.

Ist ein bVG ordnungsgemäß gebildet worden, sind die Leitungen unverzüglich über die Identität der Mitglieder des bVG, deren Adressen und deren Betriebszugehörigkeit zu informieren (§ 11 Abs. 1 Satz 2 SEBG). Weiterhin sind die Arbeitnehmervertretungen bzw. die Arbeitnehmer sowie die örtlichen Unternehmens- oder Betriebsleitungen über die Zusammensetzung zu informieren. Da keine Formvorschriften diesbezüglich bestehen, ist auch eine Benachrichtigung via E-Mail

17 Feuerborn, in: KölnerKomm-[AktG], 3. Aufl. 2012, § 11 SEBG Rn. 12.

18 Middendorf, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Hrsg.), SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015, S. 1346 Rn. 46.

19 Middendorf, a.a.O. (Fn. 18), S. 1346 Rn. 46.

20 Middendorf, a.a.O. (Fn. 18), S. 1347 Rn. 48.

21 Hohenstatt/Müller-Bonanni, in: Habersack/Drinhausen (Hrsg.), Beck'sche Kurz-Kommentare Bd. 66, 2013, SE-Recht, § 5 SEBG Rn. 2.

22 Beispiel: Stellen sämtliche in Italien beschäftigte Arbeitnehmer eines Unternehmens nur 0,1% der Gesamtbelegschaft dar, so erhält Italien gleichwohl einen Sitz im bVG.

23 Hohenstatt/Müller-Bonanni, a.a.O. (Fn. 21), § 2 SEBG Rn. 25.

16 Reichert/Brandes, in: MünchKomm-[AktG], 3. Aufl. 2012, Art. 43 SE-VO Rn. 13 ff.; Thamm, NZG 2008 S. 132 (133).

ausreichend.<sup>24</sup> Gem. § 12 Abs. 1 Satz SEBG sind die Mitglieder des bVG unverzüglich nach deren Benennung durch die Leitungen zur konstituierenden Sitzung zu laden. Die Einladung setzt den Beginn der Sechs-Monats-Frist für die Verhandlungen fest (§ 20 Abs. 1 Satz 2 SEGB). In der Praxis empfiehlt sich mit Blick auf die Konsequenzen bei fruchtlosem Verstreichen der Sechs-Monats-Frist zur Dokumentation der Einladung die Schriftform, wenngleich das Gesetz keine Vorgaben macht. Aus Unternehmersicht ist ein Verzicht auf eine Geschäftsordnung vor dem Hintergrund einer zügigen Verhandlungsführung wünschenswert. Zu empfehlen ist vielmehr die Bildung eines kleineren Verhandlungsteams, das im Vorfeld mit den Leitungen die Verhandlungen soweit führt, sodass das bVG lediglich abschließend über die Beteiligungsvereinbarung beschließt.

## 2. Gestaltungsmöglichkeiten bezüglich der Arbeitnehmerbeteiligung

Die Verhandlungen können grds. zu vier verschiedenen Verhandlungsalternativen führen, und zwar dem ergebnislosen Ablauf der Sechs-Monats-Frist gem. § 22 Abs. 1 Nr. 2 SEBG, einer aktiven Verhandlungsvereinbarung zwischen den Beteiligten gem. § 21 SEBG, einem Beschluss über die Nichtaufnahme der Verhandlungen oder einem Abbruch der Verhandlungen gem. § 16 SEBG. Bezüglich der beiden erstgenannten Alternativen besteht eine Dokumentationspflicht nach § 17 Abs. 1 SEBG. Die SE selbst kann nur dann in das Handelsregister eingetragen werden, wenn das Verhandlungsverfahren abgeschlossen ist (Art. 12 Abs. 2 SE-VO).

Die Dokumentationspflicht ist mit äußerster Sorgfalt durchzuführen, da eine Nachholung nur mit hohem Aufwand möglich ist und die Beschlüsse bei der Eintragung in das Registergericht entscheidend sind.<sup>25</sup> Dies gilt insb. für die ausschlaggebenden Mehrheitsverhältnisse der §§ 16 Abs. 1 Satz 2, 15 Abs. 3 Satz 1 SEBG.

Soweit innerhalb der Sechs-Monats-Frist zwischen den Parteien keine Vereinbarung nach §§ 13, 21 SEBG zustande gekommen ist, greift die gesetzliche Auffanglösung gem. § 22 Abs. 1 Nr. 2 SEBG i.V.m. §§ 23 ff. SEGB. Die Frist zur Verhandlung nach § 20 Abs. 2 SEBG kann von den Parteien einvernehmlich bis zur Höchstdauer von einem Jahr verlängert werden. Die Anwendbarkeit der gesetzlichen Auffanglösung kann von den Parteien auch ausdrücklich vereinbart werden, § 22 Abs. 1 Nr. 1 SEBG. Gesetzliche Vorschriften für den SE-Betriebsrat sind die §§ 23–33 SEBG. Regelungen zur unternehmerischen Mitbestimmung in der SE folgen aus den §§ 34 ff. SEBG. Von Bedeutung ist insb. § 35 Abs. 1 SEBG, der vorschreibt, dass im Fall einer Umwandlung das bei der umgewandelten Gesellschaft bestehende Mitbestimmungsniveau auch von der SE zu übernehmen ist. Obschon dieser Aspekt selten benannt wird, ist für viele Unternehmen die Möglichkeit des „Einfrierens“ des bestehenden Mitbestimmungsniveaus ein häufig anzutreffender Beweggrund für die Gründung einer SE. So erfolgt die Umwandlung sodann regelmäßig kurz vor dem Erreichen der relevanten Schwellenwerte (500 bzw. 2.000 Arbeitnehmer) bzw. auch schon zu einem früheren Zeitpunkt, wenn perspektivisch die Schwellenwerte überschritten werden.

Für den Fall, dass es zu einer vertraglichen Beteiligungsvereinbarung kommt, ist § 21 SEBG zu beachten, der wiederum

Mindestinhalte der Vereinbarung vorschreibt. Über diesen Mindestinhalt hinaus besteht für die Parteien ein weiter Gestaltungsspielraum. Es ist daher auch zulässig, anstelle der Einrichtung eines SE-Betriebsrats auch ein anderes, gleichwertiges Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer vorzusehen.<sup>26</sup> Die Einrichtung eines Europäischen Betriebsrats zusätzlich zum SE-Betriebsrat ist ausgeschlossen (§ 47 Abs. 1 Nr. 2 SEBG). Etwaige Lücken in der Vereinbarung können durch die gesetzlichen Vorschriften geschlossen werden, was jedoch eine Inbezugnahme des SEBG in der Vereinbarung erfordert.<sup>27</sup> Scheidet diese Möglichkeit aus, ist die Lücke zwischen Unternehmensleitung und SE-Betriebsrat einvernehmlich zu schließen, was je nach Interessenlage schwierige Verhandlungen mit sich bringen kann. Darüber hinaus können die Beteiligten auch über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Unternehmensorganen eine Vereinbarung treffen (§ 21 Abs. 3 SEBG). Bestehende Arbeitnehmerbeteiligungen können im Falle einer Umwandlung jedoch nach § 21 Abs. 6 SEBG nicht eingeschränkt oder gar abgeschafft werden, was die Übernahme des Mitbestimmungssystems i.S.e. proportionalen Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat meint.<sup>28</sup> Verhindert werden soll eine „Flucht aus der Mitbestimmung“. Möglich ist aber die Verkleinerung der Größe des Aufsichtsrats, z.B. von 20 auf 12 Sitze. Für die anderen Gründungsalternativen (Verschmelzung, Gründung einer Holding- bzw. Tochter-SE) besteht die vorgenannte Einschränkung gerade nicht, was aus Unternehmersicht durchaus vorteilhaft zu betrachten ist. So kann die bestehende Mitbestimmung verringert werden, weshalb die SE als Rechtsform insb. auch für familiengeführte Unternehmen in Betracht zu ziehen ist. Denn insb. Familienunternehmen, die regelmäßig von den Familienmitgliedern geleitet werden, können so auf eine von anderen Mitbestimmungsberechtigten weitestgehend befreite Unternehmensleitung hinwirken. Vorteilhaft ist auch, dass die unternehmerische Mitbestimmung in den Organen der SE abschließend im SEBG geregelt (§ 47 Abs. 1 Nr. 1 SEBG) ist, welches die deutschen Mitbestimmungsgesetze verdrängt.<sup>29</sup> Eine Minderung der Mitbestimmungsrechte bedarf jedoch einer entsprechenden Beschlussfassung im bVG. Der Beschluss muss mit der Mehrheit von zwei Dritteln der Mitglieder des bVG getroffen werden, die mindestens zwei Drittel der Arbeitnehmer in mindestens zwei Mitgliedstaaten vertreten (§ 15 Abs. 3 und 4 SEBG). Ebenso kann ein Beschluss, der zu einem Abbruch bzw. Nichtaufnahme der Verhandlungen führt, nur mit vorgenannter Mehrheit gefasst werden (§ 16 Abs. 1 SEBG). Ein solcher Beschluss – der wiederum bei einer SE-Gründung mittels Umwandlung ausgeschlossen ist, § 16 Abs. 3 SEBG – kann in den anderen Gründungsvarianten zu einer gänzlichen Mitbestimmungsfreiheit führen, da die Regelungen über die Mitbestimmung kraft Gesetzes gem. §§ 34 ff. SEBG in einem solchen Fall keine Anwendung finden (§ 16 Abs. 2 SEBG). Auch kommen die deutschen Mitbestimmungsgesetze nicht subsidiär zur Anwendung, da diese für die SE nicht gelten. Es ist offensichtlich, dass das bVG sich nur in seltenen Fällen zu einer Verringerung der Arbeitnehmerbeteiligung bewegen lässt bzw. nur mit erheblichen Zugeständnissen an anderer Stelle. Wichtig ist, dass die ausgehandelte Beteiligungsvereinbarung keinesfalls im Widerspruch zur Satzung der SE stehen darf (Art. 12 Abs. 4 SE-VO)

26 Middendorf, a.a.O. (Fn. 18), S. 1350 Rn. 58–59.

27 Oetker, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Hrsg.), SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015, S. 1235, Rn. 93.

28 Grobys, NZA 2005 S. 88.

29 Jacobs, in: MünchKomm-[AktG], 3. Aufl. 2012, § 47 SEBG Rn. 7.

24 Middendorf, a.a.O. (Fn. 18), S. 1347 Rn. 50.

25 Middendorf, a.a.O. (Fn. 18), S. 1348 Rn. 53.

Zusätzlich bleibt anzumerken, dass die Vereinbarungen veränderungsfest sind, d.h., grds. bleiben Änderungen wie z.B. ein Anstieg der Arbeitnehmerzahlen im Hinblick auf die Mitbestimmung unberücksichtigt. Dies macht das „Einfrieren“ der Mitbestimmung auf lange Sicht erst möglich. Eine Ausnahme hiervon stellen strukturelle Änderungen nach § 18 Abs. 3 SEBG dar. Danach ziehen strukturelle Änderungen, die dazu geeignet sind, Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu mindern, Neuverhandlungen über die Mitbestimmung nach sich.<sup>30</sup> Eine gesetzliche Legaldefinition der strukturellen Änderungen fehlt. Ebenso ist keine Klärung durch die Rspr. zu erwarten. Vom oftmals praktizierten Versuch der Parteien, strukturelle Änderungen in der Vereinbarung beispielhaft festzulegen, ist abzuraten. Eine Einigung über die einzelnen Beispiele ist kaum zu erzielen und die rechtliche Zulässigkeit eines solchen Katalogs ist völlig offen. Entsprechend dem Zweck der Norm können mit strukturellen Änderungen nur gründungsähnliche Vorgänge, wie z.B. die Verschmelzung einer Gesellschaft auf die SE, gemeint sein. Abzulehnen ist die Ansicht, wonach auch ein Ansteigen der Arbeitnehmerzahlen und hierbei insb. ein Erreichen der Schwellenwerte nach dem DrittBetG/MitBestG eine strukturelle Änderung darstellt, da dies das Wesen der SE unberührt lässt. Mit Blick auf die erhebliche Rechtsunsicherheit in diesem Punkt empfiehlt es sich, eine Fortgeltung der bisherigen Vereinbarung im Fall des Scheiterns der Neuverhandlungen zu regeln.<sup>31</sup> Anderenfalls kommt es im Fall eines Scheiterns der Verhandlungen zur Anwendbarkeit der gesetzlichen

30 Middendorf, a.a.O. (Fn. 18), S. 1357 Rn. 83 sowie S. 1361 Rn. 94; zu der i.S.e. „Versteinerung“ (zu weitgehenden Untersuchung von Teichmann vgl. ZIP 2014 S. 1049).

31 Middendorf, a.a.O. (Fn. 18), S. 1361 Rn. 96.

Regelungen (§ 18 Abs. 3 Satz 3 SEBG). Fraglich ist, auf welchen Zeitpunkt mit Blick auf die unternehmerische Mitbestimmung abzustellen ist. In Konsequenz der hier vertretenen Auffassung, dass es sich bei den strukturellen Änderungen um einen gründungsähnlichen Vorgang handeln muss, ist auf die Sachlage nach Durchführung der Änderung abzustellen.

## VI. Fazit

Die Rechtsform der SE erfreut sich in den letzten Jahren einer zunehmend steigenden Beliebtheit bei international tätigen Familienunternehmen in Deutschland. Die SE hat mittlerweile einen festen Platz in der deutschen Unternehmenspraxis. Für international tätige Familienunternehmen kann die SE eine attraktive Rechtsform darstellen, da sie vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten, insb. in rechtlicher und steuerlicher Hinsicht, bereithält. Neben der Möglichkeit, die Struktur- und Organisationsverfassung der SE flexibel nach den Vorstellungen der Gesellschafter zu gestalten, kann die Beibehaltung des bestehenden Mitbestimmungsniveaus eine weitere interessante Facette darstellen. Die Praxis zeigt, dass die SE nicht nur für große, sondern zunehmend auch für kleinere mittelständische deutsche Unternehmen eine beachtenswerte Alternative darstellt.

## Redaktionelle Hinweise:

- Zur unternehmerischen Mitbestimmung von Arbeitnehmern ausländischer Konzernunternehmen vgl. *Hammen*, DK 2016 S. 105 = DK1193564;
- zur Entwicklung des Rechts des Aufsichtsrats im Jahr 2015 vgl. *Werner*, DK 2016 S. 157 = DK1192289.

## Aktienrecht

»DK1215169

Fabienne Rotering, stud. LL.M., New York / Mag. iur. Jean Mohamed, Hamburg

# Budgetrecht des Aufsichtsrats

– Zeit, dass sich was dreht? –

**Fabienne Rotering** befindet sich in ihrem LL.M.-Studium an der Columbia University in New York. **Mag. iur. Jean Mohamed** ist Doktorand bei Prof. Dr. Ulrich Noack an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Seminar für Handels-, Schifffahrts- und Wirtschaftsrecht der Universität Hamburg (Prof. Dr. Heribert Hirte, LL.M. Berkeley) sowie Referendar am Hanseatischen OLG in Hamburg.

**Kontakt: autor@der-konzern.de**

- I. Der Aufsichtsrat im finanziellen Wandel der Zeit
- II. Notwendigkeit eines Perspektivenwechsels?
  1. Unmittelbares Mitspracherecht des Vorstands
  2. Faktische Einwirkungsmöglichkeit des Vorstands
- III. Einräumung eines Aufsichtsratsbudgets
  1. Herleitung des zuständigen Organs de lege lata
  2. Zuständigkeitskonzept de lege ferenda
  3. Geeignetheit als Steuerungsmittel
- IV. Perspektivische Bemerkung

## I. Der Aufsichtsrat im finanziellen Wandel der Zeit

Die Funktion des Aufsichtsrats hat seit der Zeit der 90er Jahre einen gewaltigen Quantensprung erfahren: Wie sich u.a. aus den §§ 90 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 Satz 2, 111 Abs. 2 Satz 3 oder 171 Abs. 1 Satz 2 AktG sowie etwa der Pflicht zur jährlichen Entsprechenserklärung nach § 161 AktG ergibt, entwickelt sich seine Stellung von einem nur repräsentativen Kontrollorgan deutlich hin zu einem mitverantwortlichen Akteur.<sup>1</sup> Das erste Normenbündel stammt zwar ganz überwiegend noch aus dem AktG 1965 und eignet sich daher nur bedingt als Beleg der Tätigkeitsmodernisierung im Aufsichtsrat. Dennoch kann der Aufsichtsrat die faktische Fülle an neuen Aufgaben und die gesteigerte Unternehmensverantwortung

1 Lutter, DB 2009 S. 775 ff.; Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 6. Aufl. 2014, § 2 Rn. 58; Vetter, AR 2015 S. 82.