

Arnd Becker, Mark Oelmüller  
**Die SE für den Mittelstand –  
Theorie und Praxis der SE-Gründung**

Praxishefte  
zum  
Europäischen Privatrecht

Heft 5



De Gruyter Recht · Berlin

# **Die SE für den Mittelstand – Theorie und Praxis der SE-Gründung**

unter besonderer Berücksichtigung  
des Zusammenspiels von Gesellschafts-  
und Arbeitsrecht

Von  
Arnd Becker, Mark Oelmüller



De Gruyter Recht · Berlin

**Die Autoren:**

*Arnd Becker*, Dr. iur., Rechtsanwalt, Essen,  
*Mark Oelmüller*, Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Essen.

∞ Gedruckt auf säurefreiem Papier,  
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

ISBN 978-3-89949-747-2

*Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek*

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Copyright 2009 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany  
Satz: Claudia Wild, Stuttgart  
Druck und buchbinderische Verarbeitung: AZ Druck & Datentechnik, Kempten

## Inhaltsübersicht

<b>I.</b>	<b>Einleitung</b> .....	9
	1. Die SE .....	9
	2. Die SE für den Mittelstand .....	11
	3. Ausgangslage und Gestaltungsziel .....	11
<b>II.</b>	<b>Gestaltungsüberlegungen</b> .....	12
	1. Ausländische Gesellschaftsform .....	12
	2. Personengesellschaft .....	13
	3. Stiftung .....	14
	4. Konzernumbau .....	15
<b>III.</b>	<b>Die SE</b> .....	16
	1. Das auf eine deutsche SE anwendbare Recht .....	16
	2. Die Gestaltung der Organisationsstruktur .....	17
	3. Die Gründungsvarianten .....	17
	a) Formwechsel .....	18
	b) Holding-SE .....	21
	c) Tochter-SE .....	22
	d) Verschmelzung .....	23
	e) Sekundärgründung einer SE .....	24
	4. Schnelle Wege zur SE .....	24
	a) Erwerb und Verwendung einer Vorrats-SE .....	25
	b) Verschmelzung einer neu gegründeten ausländischen Tochter-AG auf die deutsche Mutter-AG .....	29
<b>IV.</b>	<b>Umsetzung</b> .....	30
	1. Der Zeitplan .....	30
	a) Die Meilensteine im Zeitplan .....	30
	b) Zeitliche Faktoren aus gesellschafts- und umwandlungsrechtlicher Sicht .....	30
	c) Zeitliche Faktoren aus arbeitsrechtlicher Sicht .....	33
	2. Die Akteure .....	33
	3. Erste Schritte .....	35
	4. Kommunikation .....	36
<b>V.</b>	<b>Arbeitsrechtliche Fragestellungen, praktische Probleme und Lösungen</b> .....	37
	1. Auswirkungen auf individual- und kollektivrechtlicher Ebene .....	38
	a) Individualarbeitsrechtliche Folgen .....	38

b)	Kollektivarbeitsrechtliche Folgen . . . . .	39
2.	Mitbestimmungsrechte in der SE . . . . .	41
a)	Ausgangslage . . . . .	41
b)	Der Weg zum BVG – Information der Leitungen . . . . .	42
aa)	Zeitpunkt der Information . . . . .	42
bb)	Adressat der Information . . . . .	43
cc)	Information der im Ausland beschäftigten Arbeitnehmer . . . . .	45
dd)	Inhalt der Information . . . . .	46
c)	Der Weg zum BVG – Personelle Konstituierung des BVG . . . . .	47
aa)	Größe und Zusammensetzung . . . . .	47
(1)	Grundsätze . . . . .	47
(2)	Besonderheiten bei der Verschmelzungs- variante . . . . .	48
(3)	Neubesetzung bei Änderungen . . . . .	49
bb)	Wahl der in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmervertreter . . . . .	50
cc)	Wahl der im Ausland beschäftigten Arbeit- nehmer . . . . .	51
(1)	Österreich . . . . .	51
(2)	Tschechien . . . . .	52
(3)	Polen . . . . .	53
(4)	Niederlande . . . . .	53
(5)	Zusammenfassung . . . . .	53
3.	Verhandlungen des BVG . . . . .	54
a)	Grundsätze . . . . .	54
b)	Kosten des BVG . . . . .	55
c)	Stellvertretung im BVG . . . . .	58
4.	Abbruch oder Nichtaufnahme der Verhandlungen . . . . .	59
5.	Beteiligung durch Vereinbarungslösung . . . . .	61
a)	Inhalt der Vereinbarung . . . . .	61
b)	Beschlussfassung . . . . .	61
6.	Beteiligung durch gesetzliche Lösung . . . . .	63
a)	Grundsatz . . . . .	63
b)	Arbeitsdirektor gem. § 38 SEBG . . . . .	64
c)	Exkurs: Trotz Überschreiten der Schwellenwerte nicht mitbestimmte Gesellschaft . . . . .	65
7.	Wiederaufnahme von Verhandlungen . . . . .	67
8.	SE-Betriebsrat . . . . .	70

<b>VI. Gesellschaftsrechtliche Fragestellungen, praktische Probleme und Lösungen</b> . . . . .	71
1. Gründung einer ausländischen Kapitalgesellschaft . . . . .	71
2. Vereinfachungen bei einer Tochter-Mutter- Verschmelzung . . . . .	72
3. Formalia bei Verschmelzungsplan, Hauptversammlungen, Vollmachten . . . . .	74
a) Beurkundungen . . . . .	74
b) Notarielle Beglaubigungen . . . . .	75
c) Bekanntmachungen . . . . .	75
4. Monistische oder dualistische Unternehmensverfassung der künftigen SE? . . . . .	75
5. Die Organe der SE: „Vorstand“ und „Aufsichtsrat“ oder „Leitungs-“ und „Aufsichtsorgan“? . . . . .	80
6. Bestellung des ersten Aufsichtsrats und des Vorstands . . . . .	81
7. Anmeldung der SE mit Sitz in Deutschland gem. Art. 26 SE-VO . . . . .	84
8. Korrespondenz mit den Register . . . . .	84
a) Die involvierten Register . . . . .	85
b) Informelle Korrespondenz . . . . .	85
c) Formelle Korrespondenz . . . . .	85
9. Änderung der HR-Nummer der Gesellschaft . . . . .	85
10. Prokuren . . . . .	86
<b>VII. Die letzten Schritte zur SE</b> . . . . .	87
1. Die Rechtmäßigkeitsbescheinigung aus dem ausländischen Mitgliedsstaat . . . . .	87
2. Die Rechtmäßigkeitsbescheinigung aus Deutschland . . . . .	87
3. Die Eintragung der SE in Deutschland . . . . .	88
4. Die Bekanntmachung der SE . . . . .	89
5. Die Löschung der übertragenden AG . . . . .	89
<b>VIII. Schlussbetrachtungen</b> . . . . .	89
1. Dauer der Gründung einer SE durch Verschmelzung . . . . .	89
2. Kosten . . . . .	90
3. Zielerreichung . . . . .	90
4. Ausblick . . . . .	91

## Vorwort\*

Die europäische Aktiengesellschaft, die „SE“, hatte einen langen Anlauf, bis sie als erste europäische Gesellschaftsform Wirklichkeit wurde. Ist sie ein gutes „Produkt“ geworden? Hat die Wirtschaft in Europa nur auf sie gewartet? Nach nunmehr fünf Jahren und der inzwischen erfolgten Umsetzung in allen Mitgliedsländern der EU und des Europäischen Wirtschaftsraums EWR kann man feststellen, dass zwar die Zahl der Gründungen von SEs steigt, es aber bei weitem nicht so viele SEs gibt, wie die EU-Kommission angenommen und vorausgesehen hatte.

Warum also ein Praxisleitfaden zur SE-Gründung, noch dazu für den Mittelstand, der doch eher in den Formen der GmbH oder der KG organisiert ist als in einer Aktiengesellschaft? Weil die Antwort auf die Frage nach dem Erfolg der SE in den verschiedenen EU-Staaten unterschiedlich ausfällt. In Deutschland ist die SE mit ca. einem Drittel aller SEs in Europa recht prominent vertreten. Und es sind nicht etwa nur oder vorrangig die ganz großen Gesellschaften, wenn sie auch in den Medien bekannter sind und teilweise auch eine Vorreiterrolle gespielt haben.

Unsere Beratungspraxis ist geprägt vom Mittelstand, diesem vielgestaltigen und wichtigen Kern und Motor der deutschen Wirtschaft. Im Mittelstand besteht ein wachsendes Interesse an der Rechtsform der SE. Dieses Interesse hat viele Gründe. Der vorliegende Band widmet sich insbesondere einer Konstellation, die für viele Mittelständler von Relevanz ist, der SE-Gründung vor dem Hintergrund der Unternehmensmitbestimmung.

Bei der Frage der zukunftsfähigen Gestaltung der Mitbestimmung kann die SE helfen, vernünftige Antworten zu finden. Mit den nachfolgenden Ausführungen wollen wir aufzeigen, wie diese Antworten in der Praxis aussehen können.

Wir danken Frau Julia Kleinertz für ihre Mitarbeit bei der Erstellung des Manuskripts. Herrn Professor Dr. Riesenhuber danken wir für die Aufnahme in die Reihe der „Praxishefte zum Europäischen Privatrecht“ und dem Verlag für die schnelle und gute Zusammenarbeit. Literatur und Rechtsprechung sind bis August 2009 berücksichtigt.

Essen im September 2009

Arnd Becker und Mark Oelmüller

Kritik und Anregungen sind erwünscht und können gerichtet werden an:  
Arnd.Becker@luther-lawfirm.com  
oder Mark.Oelmueller@luther-lawfirm.com

---

\* Der Beitrag basiert auf Beispielen aus der Beratungspraxis. Die Autoren danken Frau Julia Kleinertz für ihre Mitarbeit.

## I. Einleitung

Dieser Beitrag gibt eine auf den praktischen Ablauf und dabei auftretende Fragestellungen fokussierte Darstellung der Gründung einer Societas Europaea („SE“). Hierbei sollen die naturgemäß noch vielstimmige Literatur und die noch vereinzelte Rechtsprechung aus dem Blickwinkel des um möglichst sichere und zügige Umsetzung bestrebt Praktiklers gewürdigt bzw. kritisch hinterfragt werden. Besonderes Augenmerk gilt dabei der Eignung der SE für mittelständische Unternehmen. Steuerliche Aspekte der Wahl der SE als Unternehmensrechtsform werden hingegen nur am Rande und ohne Anspruch auf Vollständigkeit angesprochen.

### 1. Die SE

Die SE ist verglichen mit den bekannten nationalen Kapitalgesellschaftsformen wie etwa der AG in Deutschland oder der PLC in Großbritannien eine erst wenige Jahre existierende Unternehmensrechtsform. Da sie zudem eine „europäische“ Gesellschaft ist<sup>1</sup> und damit ein Beispiel des noch jungen, wenn auch rapide wachsenden, europäischen Gesellschaftsrechts<sup>2</sup>, wurde sie bei ihrer Geburt kritisch beäugt. Mit überraschtem Unterton wird daher zur Kenntnis genommen, dass insbesondere in Deutschland, aber beispielsweise auch in Tschechien und in den Niederlanden die Zahlen neu gegründeter und weiterhin existenter SEs durchaus beeindruckend

---

<sup>1</sup> Inwiefern man bei der SE wirklich von einer „europäischen Gesellschaft“ sprechen kann und ob eine mangelnde europaweite Einheitlichkeit nicht gerade ein in der Rechtsanwendung positives Merkmal der SE ist, bleibt im Rahmen dieses Beitrags noch zu erörtern. Siehe dazu auch Lutter/Hommelhoff-Lutter, SE Kommentar (2008), Einleitung Rn. 29, 31; Janott/Frodermann-Kuhn, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft (2005), 2. Kapitel Rn. 8.

<sup>2</sup> Am 22.7.2003 erließ der Rat die Verordnung (EG) 1435/2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE). Zudem gibt es konkreter werdende Pläne für eine „Europäische Privatgesellschaft“, s. dazu den Vorschlag der Europäischen Kommission für ein Statut einer Europäischen Privatgesellschaft vom 25.6.2008, abzurufen unter „[http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/epc/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company/epc/index_de.htm)“. Zum 31.12.2007 lief die Umsetzungsfrist für die Richtlinie 2005/56/EG vom 26.10.2005 „über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedsstaaten“ aus, die in Deutschland mit dem zweiten Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 19.4.2007 mit Wirkung zum 25.4.2007 umgesetzt worden ist.

sind<sup>3</sup> und dass auch prominente Namen<sup>4</sup> darunter vertreten sind. So bestanden im April 2009 in der EU insgesamt 369 SEs, davon 91 in Deutschland, 139 in Tschechien und 22 in den Niederlanden.<sup>5</sup> Bei 100 der in Tschechien gegründeten SEs handelt es sich jedoch um sog. Vorrats-SEs. Der erwartete deutliche Anstieg der jährlichen SE-Neugründungen ist nach diesen Ergebnissen tatsächlich eingetreten.<sup>6</sup>

Auf die Hintergründe und die lange Gesetzgebungsgeschichte der SE soll hier nicht eingegangen werden.<sup>7</sup> Als allgemeine Charakterisierung sei die SE als im Grundsatz europäisch vorgeprägte, AG-ähnliche, mithin auch börsenfähige Kapitalgesellschaft beschrieben, die grenzüberschreitende Unternehmenszusammenschlüsse und auch Sitzverlegungen zulässt und bei deren Gründung Besonderheiten hinsichtlich der Arbeitnehmerbeteiligung zu beachten sind. Die SE wird daher auch als „Europäische Aktiengesellschaft“ bezeichnet.<sup>8</sup>

---

<sup>3</sup> Vgl. *Bayer/Schmidt*, Europäische Gesellschaft (SE) als Rechtsform für den Mittelstand?, AnwBl 2008, 327, 328.

<sup>4</sup> Porsche, Allianz, Fresenius, BASF, Conrad Electronic.

<sup>5</sup> Dies ergibt sich aus Erhebungen, die aktuell (Januar – September 2009) im Rahmen des im Auftrag der EU-Kommission nach Art. 69 SE-VO zu erstattenden Berichts gemacht werden. An der diesbezüglichen, europaweiten Studie wirkt der Verfasser Becker in leitender Position mit.

<sup>6</sup> Vgl. *Eidenmüller/Engert/Hornuf*, Die Societas Europaea: Empirische Bestandsaufnahme und Entwicklungslinien einer neuen Rechtsform, AG 2008, 721, 725, die im Juni 2008 213 SEs, davon 70 in Deutschland, zählten. Besonders beliebt waren bis Juni 2008 danach SEs im Finanz- und Versicherungsdienstleistungssektor, in welchem mit 43 SEs die SE am weitesten verbreitet war; 57 SEs hatten als sogenannte Vorrats-SEs dagegen im Juni 2008 noch keinen festen Verwendungszweck. Mit fast 27 % nahmen damit die Vorrats-SEs schon 2008 einen bedeutenden Anteil der insgesamt bestehenden SEs ein und bis April 2009 ist ihr Anteil sogar um weitere fast 11 % gestiegen, so dass diese Gestaltungsvariante im Folgenden noch zu erläutern sein wird.

<sup>7</sup> Siehe dazu etwa *Lutter/Hommelhoff-Lutter* (Fn. 1), Einleitung Rn. 7 ff.; *Jannott/Frodermann-Taschner* (Fn. 1), 1. Kapitel Rn. 1 ff.

<sup>8</sup> Bei *Jannott/Frodermann* (Fn. 1) taucht die Bezeichnung als „Societas Europaea“ nur im Untertitel des „Handbuch[s] der Europäischen Aktiengesellschaft“ auf.